



Wikborg Reins Næringseiendom

Update

2011

4	Tilrettelegging for salg av næringseiendom
6	Utforming av tilbud
8	Skatterabatt – et kritisk blikk på praksis
10	Juridisk due diligence av eiendomsselskaper
13	Forkjøpsretter – noen praktiske problemstillinger
16	Gamle synder – forurensning i grunn og sjø
18	Kjøp av nybygg eller bygg under oppføring
21	Selgers garantier – mager trøst eller gull og grønne skoger
24	Selgers ansvarsfraskrivelser
28	Meldeplikt til Konkurransetilsynet ved kjøp av næringseiendom
32	Utvidet adgang til finansiell bistand?
34	Oppgjør – foreslått lovendring
36	Høyesterett – morselskapet kan holdes ansvarlig for datterselskapets forurensningsansvar

Kjære lesere,

NY VÅR, NYE MULIGHETER

For mange av dere som jobber med eiendomstransaksjoner, ble 2010 en hyggelig opptur. Et stort antall gjennomførte transaksjoner, et stort antall større transaksjoner og kamp om de gode objektene tyder også på at det er større optimisme i leiemarkedet.

Vi synes også det er positivt å se at de fleste kjøpergruppene nå er tilbake i markedet, med stor aktivitet fra både syndikater, eiendomsfond, pensjonskasser, livselskaper og tradisjonelle eiendomsbesittere.

Formålet med dette Update er å sette fokus på enkelte transaksjonsrettslige temaer, som vi tror vil stå sentralt for mange aktører i eiendomsbransjen i tiden fremover.

For den som skal selge næringseiendom, er det blant annet viktig å øke sannsynligheten for en vellykket og gjennomført eiendomstransaksjon, og redusere risikoen for komplikasjoner og rettslig etterspill. Det kan også være nyttig å sette seg inn i kjøpers posisjon, for på denne måten å være bedre forberedt på den prosessen som skal lede frem til et gjennomført salg.

For kjøpere er det viktig å være bevisst på hvilke forutsetninger som faktisk ligger til grunn for den prising som kjøper har foretatt. Dette er viktig dels for å verifisere forutsetningene for prisingen forut for gjennomføring av kjøpsavtalen, og dels for å sikre forutsetningene rettslig i kjøpsavtalen.

Når transaksjonen først er gjennomført, ønsker ingen av partene å bruke tid, penger og energi på rettslige diskusjoner. Det er derfor viktig med en så ryddig, ordentlig og åpen prosess som mulig, slik at partene primært kan ha fokus rettet fremover når transaksjonen først er gjennomført.

Vi håper at både kjøpere og selgere finner noen artikler av interesse i dette Update. Vi har i tillegg tatt med to artikler tilknyttet forurensning, som vi håper kan være av generell interesse for eiendomsbesittere.

Næringseiendomsteamet i Wikborg Rein har lang erfaring i å bistå selgere og kjøpere med alle former for eiendomstransaksjoner, og bistår gjerne dersom du har behov for råd i konkrete saker.

Med vennlig hilsen

Line Ravlo-Losvik og Morten Hugo Berger



TILRETTELEGGING FOR SALG AV NÆRINGSEIENDOM

Riktig tilrettelegging for salg av næringseiendom vil kunne utgjøre forskjellen på en gjennomført og vellykket eiendomstransaksjon og en eiendomstransaksjon som strander. Riktig tilrettelegging vil kunne gi fordeler som representerer en betydelig merverdi både for selger og kjøper, herunder reduserte kostnader, transaksjonsrisiko og risiko for uønsket etterspill mellom partene.

Selgers due diligence

Den viktigste enkeltstående øvelsen selger foretar seg som ledd i tilretteleggelsen for en ryddig, rask og enkel salgsprosess er en såkalt selgers due diligence.

Det overordnede formålet med selgers due diligence er det selvsagte; nemlig å skaffe selger informasjon om eget salgsobjekt. Det er flere årsaker til at selger bør skaffe seg slik kunnskap før transaksjonen igangsettes.

For det første vil selger få muligheten til å rette eventuelle avdekkede forhold ved salgsobjektet som lar seg rette, og som en kjøper normalt vil anmerke som et avvik. For det annet vil informasjon om salgsobjektet sette selger i stand til å oppfylle sin opplysningsplikt, hvilket igjen vil redusere risikoen for krav om prisavslag under forhandlingene og mulige etterfølgende reklamasjoner fra kjøper. Videre vil selgers due diligence kunne legge til rette for og forenkle kjøpers egne undersøkelser/due diligence. I denne sammenheng er det verdt å merke seg at kjøper så godt som alltid (for transaksjoner av en viss størrelse) gjennomfører sin egen due diligence. I praksis gjør kjøper også nesten uten unntak funn gjennom denne prosessen, som igjen resulterer i krav overfor

selger. Essensen i selgers due diligence er derfor å begrense antall funn for kjøper, samt å begrense virkningen av funn som ikke lar seg rette.

Selgers due diligence vil også kunne avdekke forhold som er egnet til å høyne prisen på salgsobjektet. Det finnes flere eksempler på due diligence-prosesser der selger har oppdaget rettigheter eller verdier som tilligger salgsobjektet og som ikke i tilstrekkelig grad har vært vektlagt i den innledende prisfastsettelsen. Det bemerkes i så måte at et positivt funn som først avdekkes av kjøper i forbindelse med kjøpers due diligence, normalt ikke vil gi økning i kjøpesummen. Med mindre selger avdekker dette før bud og aksept, vil disse potensielle verdiene i realiteten være tapt for selger.

«Selgers due diligence vil også kunne avdekke forhold som er egnet til å høyne prisen på salgsobjektet.»

Til tross for de fordelene som ligger i å gjennomføre selgers due diligence, er det vår erfaring at mange eiendomsaktører anser øvelsen som en unødvendig

kostnad og prosess. Dette kan være riktig for mindre og oversiktlige transaksjoner, hvor selger kjenner salgsobjektet godt og allerede besitter den informasjonen som en due diligence er ment å avdekke. For større transaksjoner vil imidlertid situasjonen ofte være en annen. Både størrelsen på og kompleksiteten av salgsobjektet vil kunne innebære at relevant informasjon er vanskelig tilgjengelig, og at selger derfor ikke har den nødvendige oversikten.

Det lar seg neppe oppstille en grense for når selgers due diligence bør gjennomføres og når den kan unnlates. Men dette er heller ikke en målsetting. Det sentrale er at detaljnivået og omfanget av due diligence-prosessen kan tilpasses transaksjonen. For de mer kurante salgsobjektene vil dette kunne innebære at selgers due diligence for eksempel begrenses til en gjennomgang og kontroll av leiekontraktene, heftelser og ferdigattest.

Salg av eiendom eller salg av eierselskap

Et ikke uvesentlig ledd i prosessen med salg av næringseiendom er å bestemme hvordan salget skal gjennomføres; direkte salg av eiendommen eller salg av selskapet som eier eiendommen.

For de fleste eiendomsaktører er dette ingen «ny» problemstilling. Gjennomføringsmåten vil imidlertid kunne være av stor betydning for partene i transaksjonen, og vi har derfor valgt å knytte noen korte kommentarer til temaet.

Fra selgers ståsted vil skattemessige forhold gjerne være bestemmende for hvordan salget struktureres. De fleste salg vil resultere i en skattemessig gevinst, og salg av aksjer/andeler i eierselskapet vil normalt være å foretrekke sammenlignet med direkte salg av eiendommen på grunn av lavere gevinstbeskatning (i realiteten 0,84 % skatt mot 28 % skatt).

For kjøper er bildet ofte mer sammensatt. Dersom eierselskapet har hjemmelen til eiendommen, vil kjøp av selskapet i stedet for eiendommen normalt innebære at kjøper unngår å måtte tinglyse en hjemmelsovergang. Derved slipper kjøper å betale dokumentavgiften på 2,5 % av kjøpesummen. Det vil også kunne være fordelaktig for kjøper å erverve selskapet dersom selskapet har et fremførbart underskudd som kjøper kan nyttiggjøre seg via reglene om konsernbidrag eller mot senere overskudd i selskapet.

På den annen side vil kjøp av selskapet normalt innebære at kjøper overtar et lavere skattemessig avskrivningsgrunnlag på eiendommen enn dens virkelige verdi, se egen artikkel om beregning av såkalt skatterabatt. Kjøp av selskapet vil også innebære at kjøper påtar seg risikoen for andre forhold i selskapets historie. Slik risiko vil selvsagt kunne reduseres ved en grundig due diligence, uten at man derved kan si sikkert at alle forhold avdekkes.

Prospekt/salgsinformasjon

Selger av næringseiendom har en omfattende opplysningsplikt overfor kjøper. Dersom forhold ved eiendommen ikke svarer til opplysningene som selger har gitt, vil dette kunne innebære at eiendommen har en mangel. Det samme gjelder dersom eiendommen ikke svarer til opplysning som er gitt i annonse, salgsprospekt eller ved annen markedsføring på vegne av selger.

«Selv om prospektet primært skal bidra til enklere salg av eiendommen eller eierselskapet, er det viktig å huske på prospektets betydning så vel praktisk hva gjelder etterfølgende forhandlinger før inngåelse av kjøpekontrakt, og rettslig hva gjelder etterfølgende reklamasjoner fra kjøper.»

Prospektet er kanskje det mest sentrale verktøyet for markedsføring av og informasjon om eiendommen som skal selges. Derfor er det også viktig at prospektet inneholder presise og korrekte opplysninger. I praksis er det imidlertid ikke uvanlig at det nettopp er opplysninger i prospektet som begrunner et senere mangelskrav fra kjøper.

Prospektet utarbeides ofte av megler på vegne av selger, og er for en vesentlig del basert på informasjon som selger har gitt om eiendommen. Det er således avgjørende at selger har tiltrekkelig kunnskap

om alle relevante forhold vedrørende eiendommen. Som nevnt ovenfor, vil slik kunnskap imidlertid ofte måtte «skaffes» gjennom en due diligence-prosess. Etter vår oppfatning bør derfor prospektet baseres på og avstemmes mot selgers forutgående due diligence. Selv om prospektet primært skal bidra til enklere salg av eiendommen eller eierselskapet, er det viktig å huske på prospektets betydning så vel praktisk hva gjelder etterfølgende forhandlinger før inngåelse av kjøpekontrakt, og rettslig hva gjelder etterfølgende reklamasjoner fra kjøper.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Kenneth Foyn Markeng
kfm@wr.no



Line Ravlo-Losvik
Lra@wr.no

UTFORMING AV TILBUD

Tilbudet har en svært viktig funksjon i en transaksjon. Vi ser i denne artikkelen på noen sentrale elementer som bør vurderes og eventuelt reflekteres i tilbudet. Våre erfaringer tilsier at et godt og gjennomarbeidet tilbud vil bidra til å forenkle den etterfølgende prosessen og øke muligheten for å få tilslaget.

Hensikten med tilbudet

Selger vil i et prospekt normalt legge føringer for salgsprosessen og vesentlige betingelser og vilkår for salget. Hovedformålet er gjerne å begrense konkurransen til pris (og ikke andre vesentlige kontraktsvilkår), for derved å gjøre tilbudene mer sammenlignbare og redusere transaksjonsrisikoen for selger.

For budgiver vil hensikten gjerne være å gi et tilbud som leder til at budgiver får anledning til å gjennomføre forundersøkelser (due diligence) og eksklusive kontraktsforhandlinger med selger før betingelser og vilkår for et eventuelt kjøp fastsettes.

Et tilbud som er uklart med hensyn til vesentlige betingelser og vilkår for transaksjonen kan skape en usikkerhet hos selger, som får betydning for om det aksepteres. Tilsvarende kan et tilbud med mange og/eller spesielle forbehold gjøre at selger velger en annen budgiver.

Budgiver bør bare ta forbehold som er nødvendige for å oppnå den ønskede grad av fleksibilitet og forutberegnelighet. Generelle forbehold bør unngås, og de forbehold som tas, bør utformes slik at det ikke oppstår tvil om hva som er virkningen dersom forutsetningene ikke innfris. Hvis for eksempel budgiver ønsker å stå helt fritt til å gå fra handelen etter å ha gjort forundersøkelser (due diligence) bør dette

presiseres. Tilsvarende gjelder styre- og kontraktsforbehold.

Standardkontrakter

Normalt vil selger legge frem et forslag til «standard» kjøpekontrakt, gjerne allerede som vedlegg til prospektet.

Budgiver bør gjennomgå kontrakten for å vurdere om budgiver ønsker å fristille seg helt eller delvis fra kontraktsforslaget og/eller om det er enkeltstående forhold, som bør omtales i budet. Hvis budgiver finner det hensiktsmessig å innta en «mark-up» av avtalen som vedlegg til budet, bør en være desto mer påpasselig med eventuelle øvrige kontraktsforbehold og andre forbehold i budet.

Tilbudets beskrivelse av eiendommen/selskapet

Selgers beskrivelse av eiendommen og selskapet påvirker hvorvidt kjøper bør presisere hva budet omfatter. Det bør fremgå uttrykkelig dersom byder alternativt ønsker å kjøpe eiendommen eller selskapet, samt hvordan dette påvirker transaksjonsvilkårene og betingelsene.

Det er vanlig å ta forbehold om at eiendommen er i teknisk god stand, godt vedlikeholdt og at den oppfyller offentlig-rettslige krav. Den konkrete utformingen av slike forbehold avhenger gjerne av den konkrete eiendommen og hva som er opplyst i prospektet.

I praksis kan det oppstå spørsmål om hva som følger med salget av større nærings-eiendommer som inneholder utstyr, utsmykning, kunst og inventar. Det kan da bli avgjørende om budet gjelder eiendommen eller selskapet.

Å overta et eiendomsselskap sammenlignet med direktekjøp av eiendom, kan være forbundet med risiko, som i praksis ikke kan prises, særlig dersom det aktuelle selskapet har drevet langvarig virksomhet. Budgiver bør derfor vurdere om det skal tas forbehold om kjøp av eiendom i stedet.

Ved kjøp av eiendomsselskap, og særlig når det er etablert såkalt hjemmels-selskap, bør budgiver ta forbehold om at selskapet har eller får rettsvern for sitt erverv uten at det påløper dokumentavgift for kjøper eller eiendomsselskapet.

Sentrale elementer i kjøpesumsberegningen

I tillegg til det som er nevnt ovenfor om forutsetninger for kjøpesumsberegningen, hender det at budgiver forutsetter en bestemt direkteavkastning fra eiendommen. Budgiver bør i så fall ta et klart forbehold om prisforhandlinger eller hevingsrett ved avvik. Budgiver vil ofte begrense seg til å angi hvilke leieinntekter tilbudet er basert på.

Hvis kjøper ønsker å knytte kjøpesummen til det generelle rentenivået, må det



inntas forbehold om det i tilbudet. Det er vanlig for særlig finansielle investorer som kjøpere, at det inntas en forutsetning i budet om kjøpesumsjustering ved endringer i for eksempel 10-års SWAP-rente. Kjøper vil normalt selv ta risikoen for mindre endringer, dvs. endringer i et intervall som gjerne ligger i området +/- 10 til 20 basispunkter.

Ved bud på eiendomsselskaper bør kjøper vurdere hvilke balanseposter som skal inngå i kjøpesumsberegningen og hvordan slike skal vurderes (prises). Det samme gjelder eventuelle poster som ikke fremgår av balansen – så som eventuell skatteulempe sammenlignet med kjøp av eiendommen direkte (skatterabatt). Hva gjelder sistnevnte, bør budgiver ikke benytte forbehold om såkalt «standard» skatterabatt uten å ha vurdert konkret hva som er skatteulempen. Se nærmere om dette temaet på side 8.

Forbehold i praksis

Eiendomsselskapet Otium fikk erfare viktigheten av å være klar og presis med hensyn til innholdet i og virkningen av et due diligence-forbehold da de kjøpte eiendomsselskapet Madlastokken AS i 2009. Etter budaksept tok Otium skriftlig forbehold om due diligence-gjennomgåelse som lød slik:

«Kjøper skal innen et nærmere fastsatt tidspunkt gjennomføre en juridisk og økonomisk gjennomgang av selskapet.»

Videre tok Otium

«... forbehold ved resultatet av den tekniske, juridiske og økonomiske gjennomgangen».

Da Otium ønsket å gå fra kjøpet med henvisning til due diligence-forbeholdet, nektet selgeren og fikk senere medhold fra Gulating lagmannsrett (RG-2009-1363) i at Otium var bundet til kjøpet. Lagmannsretten mente at forbeholdet var uklart, og at kjøper, som var den parten som hadde tatt forbeholdet, hadde en *«særlig oppfordring til å presisere hva selskapet mente»*. Videre mente retten at det må foreligge konkrete holdepunkter, som er akseptert av begge parter, for at terskelen for å heve et kjøp skal være en annen enn det som følger av kjøpsloven og avhendingsloven. Saken ble anket til Høyesterett, men nektet fremmet.

Otium-dommen illustrerer at det er viktig å være bevisst på om due diligence-forbeholdet skal representere en betingelse for inngåelse av avtale, eller bare innebære at eventuelle avvik avdekket under due diligence skal representere mangel på vanlig måte. Hvis det siste er tilfellet,

vil kun vesentlige avvik gi hevingsadgang. Når et bud er riktig utformet, bør det ikke foreligge tvil knyttet til hva som skal gjennomføres, innenfor hvilke tidsfrister og hvilke konsekvenser funn skal ha. Er det slik tvil, går det i tråd med Otium-dommen ikke uventet ut over kjøper.

Det foreligger også en rekke rettsavgjørelser om uklare finansiseringsforbehold, som ikke uventet vil kunne utløse erstatningsansvar for tap ved selgers deknings salg dersom forbeholdet som påberopes som grunnlag for å trekke seg fra transaksjoner, ikke er godt nok utformet, se blant annet dom fra Hålogaland lagmannsrett avsagt i juli 2009 (LH-2009-77637).

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Tormod Ludvik Nilsen
tln@wr.no



Lars-Kaspar Andersen
Lka@wr.no

SKATTERABATT – ET KRITISK BLIKK PÅ PRAKSIS

Ved kjøp av eiendomsselskap, som et alternativt til kjøp av eiendom direkte, beregnes det som regel en såkalt «skatterabatt». Skatterabattens størrelse har historisk sett utgjort ca. 7 %. Nyere markedspraksis etter innføring av saldogruppe J har resultert i mer variabel markedspraksis, og gjennomgående høyere skatterabatt. Ukritisk bruk av standardisert skatterabatt kan imidlertid innebære feil fokus, gi feil insitament og urimelige utslag på kjøpesummen.

Hva er «skatterabatten»?

Etter hvert som salg av eiendomsselskaper vokste frem som et alternativ til salg av eiendommer, ble det vanlig å få fradrag i eiendomsverdien for skatteulempen. Skatteulempen kunne enten ses på som en latent realisasjonsskatt, eller som en erstatning for tapte fremtidige avskrivningsmuligheter. Med latent realisasjonsskatt anføres enten at selger sparer betydelig skatt ved salg av aksjer i stedet for eiendom (0,84 % vs. 28 %) eller at kjøper risikerer latent skatt (28 %) dersom eiendommen, og ikke aksjene, må selges. Spart dokumentavgift for kjøper inngår også i vurderingen og et synspunkt er at besparelsene «deles». Med «erstatning for tapte fremtidige avskrivningsmuligheter» sikter man til at eiendommens skattemessige saldogrunnlag (som danner basis for avskrivninger) er lavere enn den eiendomsverdi som er lagt til grunn for transaksjonen.

Det har i bransjen, frem til 2009, utviklet seg en praksis for at skatterabatten ofte fastsettes skjønnsmessig til 7 % av differansen mellom eiendomsverdien og den skattemessige saldooverdien. Ulempen kan imidlertid være betydelig høyere – eller lavere – enn den skjønnsmessige

beregningen, og partene i en eiendoms-transaksjon bør derfor foreta en konkret vurdering og beregning. Fra og med inntektsåret 2009 ble det innført nye regler for avskrivning av tekniske anlegg i bygg. Faste tekniske installasjoner skulle etter dette tidspunkt avskrives i en egen saldogruppe (saldogruppe J) med avskrivnings-sats 10 %. Som følge av dette vil den matematiske beregningen av tapte fremtidige avskrivningsmuligheter øke fra 7 % til 11,2 % for et bygg hvor avskrivnings-satsen for bygget er 2 %. Markedspraksis viser imidlertid at skatterabatt ikke utelukkende er en matematisk beregning, og heller ikke bør være det.

Matematisk beregning av skatterabatt

Dersom skatterabatten skal erstatte tapte fremtidige avskrivningsmuligheter sammenliknet med kjøp av eiendom i stedet for kjøp av aksjer, vil skatterabatten for et bygg hvor tekniske installasjoner utgjør 40 % og bygget utgjør 60 % av eiendommens totale verdi (eksklusive tomten som ikke kan avskrives), utgjøre 11,2 % av differansen mellom eiendomsverdi og skattemessig saldooverdi. Dersom tekniske installasjoner utgjør mer enn 40 % øker tapet ytterligere, og dersom tekniske

installasjoner utgjør mindre enn 40 %, vil tapet bli tilsvarende lavere. Allokeringen 40/60 følger en skjønnsmessig sjablongregel for bygg oppført før 1. januar 2009, forutsatt at bygget ikke har ubetydelige faste tekniske installasjoner, og forutsatt at bygget ikke har vært omsatt som eiendom etter det aktuelle tidspunkt. Dersom sjablongregelen i realiteten gir en gunstigere avskrivningsposisjon enn ved faktisk allokering av verdier, vil skatterabatten i ytterste konsekvens kunne bli 0 eller negativ. Etersom avskrivning allerede har vært foretatt både for 2009 og 2010, innebærer sjablongregelen dessuten at tilnærmet ingen bygg per i dag vil ha en fordeling mellom bygg og tekniske installasjoner på 40/60. Den matematiske beregningen på 11,2 % blir således kun et teoretisk utgangspunkt. Regnestykket forutsetter en avskrivnings-sats på 2 % på bygget, og en diskonteringsrente på 6 %. Dersom avskrivnings-satsen er 4 % blir rabatten høyere, og ved en lavere diskonteringsrente vil også nåverdien av tapte fremtidige avskrivningsmuligheter bli større.

Markedspraksis

Markedspraksis fra især 2010 viser at størrelsen på den såkalte skatterabatten

varierer veldig. Vår erfaring er at skatterabatten gjennomgående ligger noe høyere enn 7 %, men sjelden over 10 % for bygg som avskrives med 2 %. For bygg som avskrives med 4 %, ligger dog satsen oftere opp mot 13-14 %. Vi ser imidlertid en viss forskjell mellom de ulike aktørene hva gjelder beregning av skatterabatten. Jo mer finansiell aktøren er, jo større grad av nøyaktighet er forbundet med beregning av og oppsett av skatterabatt, herunder også justeringer av kjøpesummen dersom beregningsgrunnlaget endrer seg eller er feil. Som et motstykke til dette har vi sett eksempler på andre aktører som i begrenset grad er i skatteposisjon, og hvor skatterabatten er lavere eller ikke medtas i det hele tatt. Budet inngis da ofte basert på netto eiendomsverdi og ikke brutto eiendomsverdi.

Ulempe eller egentlig en fordel?

Konsekvensen av de matematiske beregningene innebærer at et bygg med høyere tekniske installasjoner vil få en lavere kjøpesum enn et tilsvarende bygg med mindre tekniske installasjoner. Dette kan for en eiendomsbesitter fremstå som nokså paradoksalt. Dersom to identiske bygg, med identisk leiestrøm, har ulik saldogruppe J, bør det i forhold til skatterabatten betales mer for det bygget som har den høyeste saldogruppe J enn det som har den laveste saldogruppe J. Dette ettersom høyere saldogruppe J medfører større nåverdi av avskrivningene. En slik tilnærming gir således motsatt beregning av størrelsen på skatterabatten enn den matematiske beregningen ovenfor. Den matematiske beregningen vil medføre at kjøper vil betale mindre for den eiendommen som har høyest saldogruppe J.

I tillegg til eksemplet knyttet til to

identiske bygg, vil problemstillingen være tilsvarende paradoksalt ved oppføringen av nybygg. For en eiendomsbesitter er det en fordel å allokere størst mulige verdier til saldogruppe J nettopp for å få et høyest mulig avskrivningsgrunnlag for denne saldogruppen, og høyest mulig nåverdi på fremtidige avskrivninger. Saldogruppe J er også slik utformet at det ligger en betydelig grad av skjønn forbundet med allokering av verdier i forbindelse med et byggeprosjekt. For eiendomsbesitteren vil det således være en fordel med høyest mulig saldogrunnlag, men dersom eiendomsbesitteren vet at dette vil resultere i en lavere salgssum ved salg av eiendoms-selskapet, kan vurderingen bli en annen.

Forholdet til andre regnskapsposter

Veldig mange eiendomsselskaper er ikke i skatteposisjon, eller betaler i begrenset grad skatt. Dette skyldes eksempelvis store avskrivninger og fremførbare underskudd. Allokering av vedlikeholdskostnader slik at kostnadene aktiveres, er også med på å forsterke dette utgangspunktet. Ettersom mange av eiendomsselskapene uansett ikke er i skatteposisjon, blir det igjen nokså teoretisk å skulle operere med en matematisk beregning av nåverdi på tapte fremtidige avskrivningsmuligheter, ettersom de tapte fremtidige avskrivningsmulighetene ikke ville ha resultert i mindre skatt på svært mange år. I tillegg kommer at en høy saldogruppe J i seg selv resulterer i store avskrivninger som resulterer i lavere betalbar skatt. Ved vurdering av den reelle ulempen knyttet til tapte fremtidige avskrivningsmuligheter, bør således også andre regnskapsposter hensyntas.

Kjøpers skatteposisjon kan også ha betydning. Enkelte kjøpere argumenterer for

hvorfor de ikke skal betale for et fremførbart underskudd, og tilsvarende betraktninger bør da anvendes ved vurdering av skatterabattens størrelse.

Oppsummering

Vår erfaring er at svært mange aktører har et ukritisk forhold til «skatterabatt». Fastsettelsen av skatterabatten i det konkrete tilfellet er mer avhengig av hva man tror andre aktører gjør, enn en konkret vurdering av de reelle fordeler og ulemper. Dette er uheldig. Vår erfaring tilsier at man bør beregne skatterabatten konkret, og at man i tillegg bør foreta en vurdering av øvrige faktorer som eksempelvis fordelene knyttet til høye verdier på tekniske installasjoner. Aktørene vil da i større grad se skillet mellom de gode objektene hva gjelder såkalt skatterabatt, og de mindre gode kjøpene hva gjelder skatterabatt. Ettersom markedspraksis fortsatt ikke har stabilisert seg hva gjelder skatterabatt etter innføring av saldogruppe J, blir det spennende å se hvilke utslag dette gir både i 2011 og årene fremover.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Anders Myklebust
amy@wr.no



Line Ravlo-Losvik
Lra@wr.no

JURIDISK DUE DILIGENCE AV EIENDOMSSLESKAPER

Ved kjøp av eiendomsselskaper er det vanlig at kjøper ønsker å gjennomføre en juridisk, teknisk, finansiell og miljømessig due diligence av selskapet og dets hovedaktivum – eiendommen. En due diligence er forundersøkelsen kjøper normalt gjennomfører av både eiendommen og selskapet før endelig beslutning om kjøp fattes. I denne artikkelen skal vi se på hvilke forhold man bør fokusere på i en slik prosess, og hvilke fallgruver som lurar.

Ved en due diligence av eiendomsselskaper bør både de selskapsrettslige sidene av selskapet, herunder inngåtte avtaler m.m., og eiendommen som sådan, undersøkes. Hensikten med en due diligence er å avdekke om det eksisterer forhold som avviker fra de opplysninger selger har gitt, eller fra de forventninger kjøper har. For at formålet med en due diligence skal oppnås, er det dermed viktig at den som skal gjennomføre due diligence kjenner forutsetningene til kjøper. På denne måten får kjøper best mulig oversikt over risikoen og andre forhold som er viktig å kjenne til, før man endelig forplikter seg til å kjøpe selskapet. Dette kan for eksempel få konsekvenser for eventuelle garantier, pris og gjennomføring av selve transaksjonen.

Hvor omfattende en due diligence bør være, vil avhenge av transaksjonens størrelse og kompleksitet.

I det følgende vil vi presentere enkelte utvalgte temaer som det er viktig å fokusere på i en due diligence av et eiendomsselskap.

Elementer i en juridisk due diligence av eiendomsselskaper

Eiendommen

Både offentligrettslige og privatrettslige forhold rundt selve eiendommen må gjennomgås. Det er naturlig å starte med å undersøke offentligrettslige forhold, herunder om eiendommen er regulert til det formål den benyttes til p.t. eller eventuelt det formål kjøper tenker å benytte den til. Viktig i denne sammenheng er eventuelle planer fra kommunens side om omregulering av området/eiendommen.

Det finnes for eksempel tilfeller, hvor en eiendom i etterkant av kjøpet, har blitt omregulert fra industriområde til friområde.

Planlegger kjøper å videreutvikle og endre bruken av eiendommen, må det også verifiseres hvorvidt planene kan realiseres innenfor rammene av den nåværende regulering. Det er derfor viktig at kjøper klargjør for sine rådgivere hva som er forutsetningene for kjøpet.

Bygningen(e) som skal selges må videre inneha alle de nødvendige, offentlige godkjenninger. Vi ser ofte at bygg for eksempel mangler nødvendige ferdigattester.

Heftelser

Eiendommens tinglyste, og eventuelle

ikke tinglyste heftelser blir alltid gjennomgått i en due diligence.

Et særlig spørsmål kan oppstå i forhold til eldre heftelser. Eldre bygg kan gjerne ha tinglyste servitutter eller andre grunnbyrder, som går tilbake til tidlig på 1900-tallet. Servituttene må bestilles fra Riksarkivet; de er håndskrevne og vanskelig å tyde. Kjøper bør her være oppmerksom på den risiko som potensielt kan materialiseres, dersom en tredjemann er gitt rettighet etter en slik servitutt og påberoper seg denne.

Kjøper bør videre være oppmerksom på at alle heftelser ikke nødvendigvis fremgår av en grunnboksutskrift. Når en eiendom skilles ut fra den opprinnelige eiendommen («hovedbølet»), vil alle servitutter som var påheftet hovedbølet ved utskillelse, følge den nye eiendommen. Slike heftelser vil likevel ikke alltid framgå av grunnboksutskriften. For eksempel kan det ligge en erklæring på hovedbølet om at grunneier er forpliktet til å opparbeide en vei som tilligger eiendommen. En slik forpliktelse vil da også gjelde for den utparsellerte eiendommen. På denne bakgrunn bør det alltid foretas en rutinemessig sjekk av når eiendommen ble



utparsellert, og av heftelser på hovedbølet.

Leieforhold

Et eiendomsselskaps verdi vil i stor grad påvirkes av selskapets leieavtaler, og særlig vil leieavtalenes varighet og leietakers soliditet påvirke prissettingen av selskapet. En gjennomgang av selskapets leieavtaler er derfor en viktig del ved en due diligence av et eiendomsselskap.

Kommersielle leieavtaler er ofte tidsbestemte og uoppsigelige. Det er derfor viktig å klargjøre leieavtalenes lengde, opsjonsklausuler og hvorvidt leietaker har noen adgang til å komme seg ut av leieforholdet. Sistnevnte enten gjennom oppsigelsesklausuler, eller såkalte «change of control»-klausuler. En «change of control»-klausul kan gi leietaker rett til å si opp leieforholdet dersom eiendommen eller aksjene i utleiers selskap overdras til ny eier. En slik klausul kan dermed potensielt medføre tap for utleier dersom

leietaker velger å benytte muligheten til å komme seg ut av leieforholdet.

Det bør også undersøkes om leieavtalene gir adgang til å indeksregulere leien, om det er hjemmel for dekning av felleskostnader og om det er underdekning av felleskostnader (sistnevnte forhold hører hjemme i den finansielle due diligence). Videre er det viktig å sjekke hvorvidt leiekontrakten gir grunnlag for å kreve dekning av eiendomsskatt dersom slik skatt innføres i den aktuelle kommune. Gir leiekontrakten ikke hjemmel til å kreve dekning ved en innføring, eller økning, av eiendomsskatt, kan dette påføre eier/utleier en betydelig økning i kostnader. Hvis det foreligger en opsjon til å forlenge leieavtalen, bør det vurderes om leien og de øvrige vilkårene i avtalen kan rehandles.

Vi ser med jevne mellomrom at leietaker gis leiefritak, eller at det gjennomføres særlige leietakertilpasninger, i løpet av

en leieperiode. Leiefritak gis som regel i begynnelsen av leieforholdet, men vil utjevne seg gjennom leieperioden med den konsekvens at leien øker med årene (trappetrinnsmodell). Særlige leietakertilpasninger vil ofte belastes leietaker gjennom at leien i leieperioden ligger på et høyere nivå enn den egentlig skulle, og dermed at leietaker på denne måten tilbakebetaler til utleier de utgifter utleier har hatt ved tilpasningene som ble gjennomført. Det kan også være tilfelle at leietaker har påtatt seg å gjennomføre vesentlige oppgraderinger av lokalet, som gir utslag i en lavere leie i leieperioden. Både leiefritak og leietakertilpasninger vil dermed kunne resultere i kunstig høy / eventuelt lav, leie for deler av, eller hele, leieperioden. Det er på denne bakgrunn viktig at ny kjøper er oppmerksom på at den nåværende leien således ikke nødvendigvis reflekterer den reelle leie, som kan forventes ved fremleie eller ved leiekontraktens utløp.

Videre er det viktig å undersøke om leieavtalene oppstiller krav til garantier fra leietaker, og om garantiene i så fall er stilt. Vår erfaring er at utleier ikke alltid følger opp at leietaker oppfyller sine forpliktelser hva angår garantier og indeksregulering av disse.

Betalingsmislighold, og eventuelle tidligere og nåværende tvister med leietakere, bør også avklares gjennom en due diligence.

Nytt av fjoråret er innføringen av reglene om energimerking av bygg. Fra 1. juli 2010 skal alle bygg som selges, nyoppføres eller leies ut, ha gyldig energiattest, og regelverket gjelder i utgangspunktet for alle bygg med bruksareal over 50 m². I tillegg er alle yrkes- og næringsbygg over 1 000 m² pålagt å ha gyldig energiattest uavhengig av om de skal selges eller leies ut.

I en due diligence-prosess er det viktig å forsikre seg om at energiattest er framlagt. Dersom energiattest er framlagt, må kjøper vurdere kostnadene ved utbedringstiltak for å nå den bestemte karakter kjøper ønsker.

Andre avtaler

Ved kjøp av et eiendomsselskap eller en eiendom, overtar kjøper også risikoen for de forpliktelser (og eventuelt rettigheter) som følger av de øvrige avtaler som foreligger i selskapet eller eiendommen. Det er derfor viktig å være klar over hvilke avtaler som ligger i selskapet eller eiendommen, avtalenes generelle betingelser, varighet og adgangen til oppsigelse av avtalene. Forvaltningsavtaler og service- og driftsavtaler er typiske eksempler på avtaler i et eiendomsselskap. Ved gjennomgangen av slike avtaler er det viktig å undersøke om avtalene inneholder noen unormale reguleringer. Et forhold som kan være en potensiell fallgrube, og som det derfor er viktig å være oppmerksom på, er

om salg av eiendom eller selskapsoverdragelse krever samtykke fra kontraktsparten. Dersom det foreligger avtaler med slike «change of control»-klausuler, er det viktig at samtykke innhentes før avtale om overdragelse inngås, slik at eventuelle innsigelser i etterkant unngås.

Ansatte

Et eiendomsselskap har ofte ikke egne ansatte, men det forekommer at eiendomsselskaper har ansatt for eksempel en daglig leder, vaktmester, rengjøringspersonell eller lignende.

Ved et salg av et eiendomsselskap, har eventuelle ansatte etter arbeidsmiljøloven rett til å kreve ansettelse hos den nye eieren på samme vilkår som de hadde hos den forrige. Hvor overdragelsen gjelder aksjene i arbeidsgiverselskapet, forblir arbeidsgiveren den samme og arbeidsforholdet fortsetter som før.

Videre må man være oppmerksom på at dersom selskapet har flere ansatte enn kun en daglig leder, er ikke vilkårene for dispensasjon fra finansieringsforbudet i aksjeloven § 8-10 oppfylt. Dispensasjon må dermed omsøkes særskilt, noe som kan medføre at det medgår ekstra tid i oppkjøpsprosessen.

Skatt og mva

Kjøper av et eiendomsselskap overtar også risikoen for selskapets eksisterende og fremtidige krav fra offentlige myndigheter. Dette vil blant annet innebære risikoen for feilaktige historiske selvangivelser, ligninger og omsetningsoppgaver, og i en due diligence bør disse derfor undersøkes, også der det gis garantier fra selger.

Det bør foretas en analyse av selskapets skatteposisjon. Det er videre hensiktsmessig å verifisere saldogrunnlaget for bygg, tekniske installasjoner mv. for å verifisere beregningsgrunnlaget for fremtidige avskrivninger, og herunder også

grunnlaget for eventuell skatterabatt, se egen artikkel om dette på side 8.

Videre bør eventuelle bokettersynsrapporter, varsler, vedtak mv. fra skatte- og avgiftsmyndighetene knyttet til selskapet gjennomgås. Eventuelle interne transaksjoner, omstruktureringer og kostnadsfordeling mellom konsernselskaper bør også undersøkes med tanke på skatte- og avgiftsrettslige konsekvenser. Det samme gjelder transaksjoner mellom selskapet og aksjonærene. Dersom selskapet har ansatte, bør forhold vedrørende forskuddstrekk og arbeidsgiveravgift undersøkes. Det må også avklares om det vil påløpe eiendomskatt.

Utleieforhold, herunder eventuelle fremleieforhold, bør gjennomgås særskilt knyttet til merverdiavgift, herunder blant annet frivillig registrering, fradragsføring og fordelingsnøkler. Forholdet til justeringsreglene for merverdiavgift bør undersøkes, samt også selskapets potensielle solidaransvar for merverdiavgift knyttet til eventuell fellesregistrering med konsernselskaper.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Kristin Eliasson
kel@wr.no



Silje Mjelle
smj@wr.no



Leif Petter Madsen
lpm@wr.no

FORKJØPSRETTER – NOEN PRAKTISKE PROBLEMSTILLINGER

En forkjøpsrett kan være en sikkerhetsventil mot et uønsket salg – eksempelvis for en medinvestor eller for en leietaker. Motstykket er at forkjøpsretten kan være et hinder for å oppnå en reell markedspris for en selger, eller den kan innebære at en potensiell kjøper ikke får den eiendommen eller det eiendomsselskapet som kjøperen la inn bud på, eller inngikk kjøpekontrakt for. Forkjøpsretter danner i mange tilfeller grobunn for uenigheter, tvister og fallgruver, og vi vil i denne artikkelen se nærmere på noen av de problemstillingene som selger, kjøper eller rettighetshaver bør være oppmerksom på.

Terminologi

I rettslig terminologi skilles det mellom forkjøpsrett og løsningsrett. Forkjøpsrett er knyttet til et eierskifte, mens løsningsrett kan inntreffe uavhengig av et eierskifte (for eksempel som en ren kjøpsoppsjon). I denne artikkelen benytter vi for enkelthets skyld begrepet forkjøpsrett, som i dagligtale ofte benyttes som en fellesbetegnelse for ulike forkjøpsretter og løsningsretter.

Stiftelse av forkjøpsretter

Forkjøpsretter kan stiftes i forbindelse med inngåelse av leiekontrakter – eksempelvis i forbindelse med «sale and lease back»-transaksjoner eller ved spesialtilpassede bygg. Forkjøpsretten kan da fremkomme av leiekontrakten, eller av et særskilt dokument. I enkelte tilfeller er forkjøpsretten tinglyst, men det gjelder langt fra ubetinget. For å nyte full beskyttelse bør forkjøpsretten tinglyses/registeres.

Forkjøpsrett stiftes også ofte i forbindelse med syndikeringer. En vanlig form for forkjøpsrett, er forkjøpsrett i forbindelse med

såkalte trigger-bestemmelser, hvor et antall investorer kan fremtvinge et salg av enten eiendommen eller eiendomsselskapet, og hvor forkjøpsretten fungerer som en sikkerhetsventil for de som stemmer imot et salg.

I enkelte tilfeller er også forkjøpsretten lovbestemt. I praksis gjelder det forkjøpsrett til aksjer i ca. 70-80 % av aksjeselskapene. Dersom samtlige eiere ønsker å selge aksjene i et eiendomsselskap, er slike forkjøpsretter uproblematisk. Det finnes også særlover som etablerer forkjøpsrett, for eksempel odelsloven, eierseksjonsloven og lov om kommunal forkjøpsrett.

Forkjøpsrett kan eksistere på to ulike nivåer. Forkjøpsrett kan være knyttet til selve eiendommen, og salg av denne, og/eller til aksjene eller andelene i et eiendomsselskap, og salg av enkelte eller samtlige av disse. Ved etablering av forkjøpsrett bør man være bevisst på dette for å sikre rettighetene uavhengig av nivå, og ved transaksjoner bør man være oppmerksom på dette for å unngå uheldige overraskelser.

Hvilke rettsregler regulerer forkjøpsrett?

Ettersom de fleste eiendommer i dag omsettes i form av salg av selskap, og da primært aksjeselskaper, får aksjelovens («asl.») regler om forkjøpsrett betydning for forholdet til medinvestorer. I praksis eksisterer det også enkelte aksjonæravtaler, og forholdet mellom aksjonæravtaler, vedtekter og asl. regler skaper ofte uklarheter og konflikter relatert til forkjøpsrett til aksjer.

I tillegg til asl., gjelder lov om løysingsrett («løysl.») for forkjøpsretter til fast eiendom, både hva gjelder forkjøpsretter til selve eiendommen og til aksjene eller andelene i eiendomsselskapet. Det er noen unntak fra dette dersom selskapets dominerende hovedformål ikke er å være et eiendomsselskap. I utgangspunktet er det enten asl. eller løysl. som får anvendelse, men grensen mellom disse to lovene er i enkelte tilfeller uklar, og begge lover kan i enkelte tilfeller få anvendelse på samme forkjøpsrett. Vår erfaring tyder på at partene sjelden avtaler seg vekk fra løysl., selv om mange av dens



bestemmelser kan fravikes.

Salg av aksjer kan utløse forkjøpsrett til eiendommen

Det er viktig å være klar over at i de tilfeller hvor forkjøpsrett til en eiendom reguleres av løysl., utløses forkjøpsrett dersom salget av andeler innebærer at styringsretten i eiendomsselskapet kommer på andre hender. Også i tilfeller hvor forkjøpsrett til eiendommen faller utenfor løysl. regler, kan konklusjonen bli den samme basert på en konkret tolkning av forkjøpsretten, eller i svært spesielle tilfeller også basert på omgåelsesbetraktninger.

Som kjøper av et eiendomsselskap, er det derfor viktig å avklare eventuelle forkjøpsretter til selve eiendommen, og ikke bare eventuelle forkjøpsretter til aksjene eller andelene.

Når kan en forkjøpsrett gjøres gjeldende?

Spørsmålet om når en forkjøpsrett kan

gjøres gjeldende, må baseres på en konkret tolkning av stiftelsesgrunnlaget til forkjøpsretten. I noen tilfeller er retten generell, og kan gjøres gjeldende uavhengig av eierskifte eller øvrige kriterier. I andre tilfeller er retten knyttet opp til bestemte kriterier, som for eksempel at det skal gjennomføres eller har funnet sted et eierskifte. Noen forkjøpsretter er knyttet opp til vage forutsetninger som «ønsker å selge», mens andre er helt klare, for eksempel dødsfall hos eksisterende eier. Det har vært en rekke tvister knyttet til hvorvidt vilkårene for å gjøre gjeldende forkjøpsrett er til stede, men ettersom ordlyden knyttet til forkjøpsretter varierer svært mye, går vi ikke inn på de nærmere grensdragninger i denne artikkelen.

Formalkrav

Både asl. og løysl. inneholder en rekke formalkrav knyttet til utøvelse av forkjøpsrett.

Det gjelder krav knyttet til varsel og krav til innholdet i slikt varsel. Manglende varsel

til rettighetshaveren innebærer normalt at fristene ikke løper, og rettighetshaveren kan ha forkjøpsretten i behold selv etter gjennomføring av en transaksjon.

Forkjøpsrett må ofte gjøres gjeldende innen bestemte frister. Mange er imidlertid ikke klar over at det ofte også gjelder krav knyttet til avklaring av løsningssummen som skal betales, og at løsningssummen ikke nødvendigvis er den samme som den kjøpesummen som partene i en transaksjon har fremforhandlet. Det gjelder også absolutte frister knyttet til betaling av løsningssummen. Manglende overholdelse av slike frister er som regel preklusive, slik at rettighetshaveren mister sin rett ved fristoversittelse. Dette kan være en felle for rettighetshaveren ettersom enkelte rettighetshavere tror, at så lenge de er i en dialog med selger eller kjøper, så er rettigheten i behold.

En rettighetshaver kan som det klare utgangspunktet heller ikke ta forbehold om pris eller andre sentrale forhold

TIPS:

- Ved stiftelsen:** Presiser forkjøpsretten og forholdet til løysl., samt om forkjøpsretten gjelder eiendommen og/eller aksjer/andeler.
- Rettighetshaver:** Etabler rettsvern for forkjøpsretten. Overhold alle formelle krav dersom forkjøpsrett skal gjøres gjeldende.
- Selger:** Avklar innholdet i forkjøpsretten. Vurder avklaring av bruk av forkjøpsretten med rettighetshaver(e). Opplys interessenter om forkjøpsretten.
- Kjøper:** Identifiser forkjøpsretter. Avklar forkjøpsretter før kostnader påløper.
- Selger og kjøper:** Avklar forkjøpsretter før en transaksjon gjennomføres, eller innta risikofordeling i kjøpekontrakten.

knyttet til salget. I Rt. 2009 side 1299 var spørsmålet om rettighetshaveren hadde fremsatt en gyldig erklæring om bruk av forkjøpsretten. Den forkjøpsberettigede hadde tatt forbehold om ikke å benytte forkjøpsretten dersom det ved endelig skjønn skulle bli fastsatt en høyere pris enn vedkommende hadde tilbudt. Høyesterett kom til at et slikt forbehold resulterte i at utøvelsen av forkjøpsrett ikke var gyldig.

Retten til forhåndsavklaring

Løysl. gir eieren av en eiendom rett til å kreve at forkjøpsrettshaveren (ved forkjøpsrett ved eierskifte) tar standpunkt til om han vil benytte løsningsretten før eiendommen avhendes til andre. Aksjeloven har ikke en tilsvarende regel. En slik regel kan imidlertid vedtektsfestes eller avtalesfestes.

Fordelen med et forhåndstilbud er at en avklaring av forkjøpsretten før eiendommen tilbys i markedet, vil kunne eliminere eller redusere en eventuell prisreduserende effekt som en forkjøpsrett ellers vil kunne få.

Et forhåndstilbud etter løysl. må inneholde vilkårene for en overdragelse i henhold til forkjøpsretten, som pris, betalingsmåte, overtakelse og andre sentrale vilkår, og må inneholde en tomåneders akseptfrist. Dersom forkjøpsrettshaveren ikke aksepterer tilbudet, kan eieren innen

to år deretter avhende eiendommen på samme eller strengere vilkår til hvem han ønsker uten at forkjøpsretten kan gjøres gjeldende.

Ikke sjelden vil en forkjøpsrettshaver kunne si seg interessert i å kjøpe, men ønsker å endre eller forhandle om vilkårene. Også i disse tilfellene vil tomånedersfristen komme til anvendelse, således at retten går tapt dersom bindende avtale med forkjøpsrettshaveren ikke er inngått innen fristen.

Uklare forkjøpsretter

En uklar forkjøpsrett kan skape store utfordringer ved gjennomføringen av en transaksjon og skape uklarheter både for eieren av eiendommen og rettighetshaveren.

Et eksempel på en uklar forkjøpsrett er en forkjøpsrett, hvoretter fristen for å gjøre retten gjeldende er knyttet opp mot at rettighetshaveren skal forelegges «et markedsmessig kjøpstilbud». I slike tilfeller kan det oppstå tvist om hvor spesifikt tilbudet skal være, og ikke minst hva som er markedsmessig.

Et annet eksempel på en forkjøpsrett som kan skape tvil, er en forkjøpsrett som inntrer når det har fremkommet «et tilbud». Er det da krav om et ubetinget tilbud, eller vil et tilbud med en rekke forbehold, eksempelvis om due diligence, være

tilstrekkelig til å utløse forkjøpsretten og fristberegningen?

Opplysningsplikt

Som følge av alle de uklarheter og mulige ulemper som følger av en forkjøpsrett, vil en selger av en eiendom eller et eiendomsselskap ha opplysningsplikt om eventuelle forkjøpsretter. Manglende overholdelse av opplysningsplikten vil kunne resultere i erstatningsansvar for selgeren.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:

Tormod Ludvik Nilsen
tln@wr.no



Line Ravlo-Losvik
Lra@wr.no

GAMLE SYNDER – FORURENSNING I GRUNN OG SJØ

De siste årene har vi sett stadig flere eksempler på at gamle forurensningssynder har påført utviklingsprosjekter merkostnader som velter lønnsomheten i prosjektene. Kjøp og salg av potensielt forurenset grunn kan utgjøre en betydelig økonomisk belastning for både kjøper og selger. I utlandet, og i særdeleshet USA, har man gjennom mange år hatt et bevisst forhold til kontraktsreguleringen av miljørisikoen. I EU har innføringen av strengere miljødirektiver medført tilsvarende bevisstgjøring. Selv om næringslivet i Norge de siste årene i større grad har økt forståelsen av problemkomplekset, er det fortsatt et stykke igjen.

De siste årene har myndighetene gitt flere hundre forurenser og grunneiere pålegg om undersøkelser eller opprydningstiltak, og det forventes at det også i nær fremtid vil bli utstedt flere pålegg knyttet til forurenset grunn og sjøbunn. Wikborg Rein har også merket en markant økning i henvendelser knyttet til pålegg om undersøkelser/opprydning, kjøp og salg av potensielt forurenset eiendom og regresskrav mot forurenser, tidligere eiere eller mot eget forsikringselskap.

Hvilke opprydningstiltak som er nødvendig vil avhenge av bruken av eiendommen. Dersom kjøper skal videreføre den tidligere virksomheten, for eksempel en industribedrift, vil det ikke nødvendigvis være behov for tiltak, men dersom for eksempel en gammel industrieiendom skal benyttes til boligutvikling, vil forurensningen kunne medføre krav om omfattende tiltak. Selger må derfor ha et bevisst forhold til hvordan eiendommen er tenkt utnyttet. Ved salg av eiendom som skal utbygges har man sett flere eksempler på at opprydningskostnadene har oversteget

20 % av kjøpesummen. Et ekstremt tilfelle er utbyggingen av Norges Varemesse på Lillestrøm, hvor opprydningskostnadene oversteg flere hundre millioner kroner.

I forbindelse med kontraktsreguleringen er det også nødvendig med tilstrekkelig kjennskap til reglene om opprydningsplikt ved kjøp og salg av potensielt forurenset eiendom.

Opprydningsplikt

Opprydningsplikten skiller mellom opprydning i forbindelse med bygge- og gravearbeider og plikten til å igangsette tiltak uavhengig av om det skal iverksettes slike arbeider. Ved bygge- og gravearbeider er ansvars- og pliktreglene forholdsvis gjennomregulert. I slike tilfeller fremgår det således eksplisitt av *forurensningsforskriften* (forskrift av 1. juli 2004 nr. 931) at tiltakshaver skal undersøke om det foreligger forurensning og dersom det avdekkes forurensning, må tiltakshaver blant annet utarbeide en nærmere definert tiltaksplan, samt treffe tiltak som sikrer at konsentrasjonen av miljøgifter

ikke overstiger bestemte akseptkriterier. Statens forurensningstilsyn (i dag Klima- og forurensningsdirektoratet) har nylig utgitt en veileder (TA-25553/2009, Tilstandsklasser for forurenset grunn) for hvilken forurensningsgrad som kan aksepteres og som varierer med den planlagte arealbruk.

Ved kjøp av forurenset eiendom som skal utbygges, er det følgelig klart at kjøper/tiltakshaver må foreta de nødvendige undersøkelser og tiltak. Avhengig av kontraktsreguleringen vil kjøper kunne velte disse kostnadene over på selger.

Selv om kjøper ikke skal iverksette bygge- og gravearbeider, vil det likevel kunne foreligge en opprydningsplikt etter *forurensningsloven* (lov av 13. mars 1981 nr. 6) og flere vil kunne bli holdt ansvarlig for å oppfylle plikten. Således vil den som har forårsaket forurensningen som den klare hovedregel alltid anses som den ansvarlige og normalt vil også kjøper av forurenset eiendom kunne holdes ansvarlig. Avhengig av de konkrete



omstendighetene vil myndighetene altså kunne velge om pålegget skal rettes mot forurenser, selger og/eller kjøper.

Det påpekes at vi i flere sammenhenger har erfart at det kan anføres vektige innsigelser mot at et myndighetspålegg kan forankres i loven, og at pålegget derfor må anses som ugyldig. Dette gjelder blant annet i enkelte tilfeller hvor pålegget er rettet mot grunneier istedenfor den som forårsaket forurensningen. Selv om retts-tilstanden ikke er endelig avklart, vil det også med tyngde normalt kunne hevdes at loven ikke kommer til anvendelse på grunnforurensning som oppsto før loven trådte i kraft, det vil si oktober 1983.

«Miljø-due-diligence» og kontraktsregulering

Ved kjøp og salg av store og verdifulle eiendommer som kan være forurenset, har det etter hvert blitt vanlig å gjennomføre en såkalt miljø-due diligence (Environmental Due Diligence Audit, "EDDA") hvor særlig det potensielle forurensningsansvaret og andre miljørisiki vurderes. I den forbindelse gjennomgås tidligere miljørapporter, historisk bruk av

eiendommen, registrerte avvik fra utslippstillatelser m.m. I samarbeid med miljørådgivere kan det også være aktuelt å gjennomføre fysiske undersøkelser som kan danne grunnlag for en vurdering av eventuelle egnede tiltak og kostnadene ved disse.

«Ved salg av eiendom som skal utbygges har man sett flere eksempler på at opprydningskostnadene har oversteget 20 % av kjøpesummen. Et ekstremt tilfelle er utbyggingen av Norges Varemesse på Lillestrøm, hvor opprydningskostnadene oversteg flere hundre millioner kroner.»

Forurensningsansvaret bør alltid kontraktsreguleres dersom det er en risiko for at eiendommen er forurenset. Ved større transaksjoner benyttes ofte enkle og generelle garantier som kombineres med

detaljerte begrensninger i garantiens virkeområde. Vanlig regulering i denne sammenheng er blant annet begrensninger med hensyn til terskelverdier før ansvar inntreffer, maksimalerstatning, avgrensning mot indirekte tap og garantitid. Det er viktig å være oppmerksom på at verdien av garantien avhenger av betingelsene, hvilket kan innebære at en begrenset garanti i realiteten utgjør en ansvarsbegrensning, og ingen ekstra beskyttelse for kjøperen.

Det påpekes at avtaleregulering av ansvaret kun er bindende mellom partene og at avtalen således ikke begrenser myndighetenes kompetanse til å gi pålegg. Forutsatt at kontraktspartene har tilstrekkelig økonomisk evne, vil imidlertid en avtale kunne begrense den økonomiske eksponeringen.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Morten Hugo Berger
mhb@wr.no

KJØP AV NYBYGG ELLER BYGG UNDER OPPFØRING

Ved kjøp av nye lokaler vil kjøper kunne stå overfor valget mellom enten å kjøpe et nyoppført bygg eller å kjøpe et bygg som befinner seg på planleggings- eller oppføringsstadiet. Dette valget vil kunne være avgjørende for hvilken risiko kjøper blir sittende med. Det er derfor viktig å foreta en grundig risikoanalyse i forkant, og denne artikkelen vil ta for seg hva kjøper bør ha særlig fokus på i en slik analyse.

Kjøp av aksjeselskap som eier nybygg

Ved kjøp av aksjene i et selskap som eier et ferdig oppført bygg hvor sluttoppgjøret mellom selskapet (byggherren) og entreprenøren(e) (og eventuelt de(n) prosjekterende) er gjennomført, overtar kjøper i utgangspunktet kun risikoen for at bygget er beheftet med skjulte feil og mangler.

Dersom slike feil og mangler oppdages i reklamasjonstiden, vil selskapet normalt kunne holde enten entreprenøren(e) eller de(n) prosjekterende ansvarlig. Hvem som kan holdes ansvarlig, vil i mange tilfeller avhenge av hvordan selve entreprisen har vært organisert.

Har selskapet inngått en totalentrepriseavtale med en entreprenør, vil entreprenøren i utgangspunktet ha det kontraktuelle ansvaret for alle typer feil og mangler, uavhengig av om mangelen skyldes en utførelses- eller prosjekteringsfeil og uavhengig av om totalentreprenøren selv eller andre han har ansvaret for, har begått feilen.

I mange tilfeller vil ansvaret for leveransen av bygget være fordelt på flere aktører. Entreprisen kan eksempelvis ha vært

organisert som en såkalt generalentreprise, hvor byggherren har inngått egne avtaler med én eller flere prosjekterende i tillegg til å ha inngått en egen avtale med en utførende entreprenør. Entreprisen kan også ha vært organisert som en byggherrestyrt delentreprise, hvor også utførelsesansvaret er fordelt på ulike aktører.

Har ansvaret for leveransen vært fordelt på flere aktører, vil kravet måtte rettes mot den som har begått feilen. I praksis vil det ofte være vanskelig å identifisere «rotårsaken» til en mangel, slik at det kan være uklart hvem ansvaret skal gjøres gjeldende mot. Før man kjøper et selskap med nyoppført bygg, bør entreprisestrukturen analyseres. Trås det feil med hensyn til hvem kravet rettes mot, er det risiko for at selskapet vil måtte dekke utbedringskostnadene selv.

I hvilken utstrekning selskapet vil kunne gjøre krav gjeldende mot den ansvarlige, avhenger av hva byggherren og entreprenøren har avtalt med hensyn til reklamasjonsfrister, mangelsansvar og sikkerhetsstillelse.

Det første som bør undersøkes, er hvilke absolutte reklamasjonsfrister som er

avtalt. Den absolutte reklamasjonsfristen angir det seneste tidspunkt for når byggherren kan gjøre reklamasjonskrav gjeldende. Har den absolutte fristen utløpt, hjelper det ikke at det var umulig å oppdage mangelen tidligere.

De norske standardiserte entreprisekontraktene opererer stort sett med en absolutt reklamasjonsfrist på fem år. I mange tilfeller er det imidlertid avtalt en kortere frist, hvilket innebærer at byggherren eksponeres for en utvidet risiko for selv å måtte bekoste utbedring av skjulte feil og mangler som avdekkes lenge etter overtakelse.

I tillegg vil det vanligvis være avtalt at mangler må gjøres gjeldende «innen rimelig tid» etter at mangelen ble eller burde ha blitt oppdaget. Dette stiller nokså strenge krav til byggherrens rutiner for avdekking og oppfølging av mangler. I og med at selger gjerne kjenner bygget bedre enn kjøper, kan det også være hensiktsmessig å avtale at selger skal ha ansvaret for å følge opp eventuelle reklamasjoner overfor entreprenøren i en periode etter ferdigstilling, for eksempel frem til ettårsbefaring er gjennomført.

Entreprenøren vil i alminnelighet ha plikt



til å utbedre en mangel som avdekkes og varsles innenfor gjeldende frister. Krav om erstatning og/eller prisavslag er vanligvis subsidiære mangelsbeføyelser, som kun vil kunne gjøres gjeldende dersom entreprenøren nekter å utbedre eller dersom utbedring vil være umulig eller uforholdsmessig tyngende for entreprenøren. Entreprenørens økonomiske ansvar i en situasjon hvor utbedring nektes utført, vil normalt tilsvare byggherrens kostnader med å la andre utbedre. Er utbedring umulig eller uforholdsmessig tyngende, vil entreprenøren måtte svare et prisavslag

tilsvarende den forholdsmessige verdiforringelsen mangelen medfører. Entreprenøren kan også holdes ansvarlig for det økonomiske tapet byggherren påføres utover utbedringskostnadene dersom mangelen har sin årsak i et forsettlig eller grovt uaktsomt forhold hos entreprenøren. I forbindelse med kjøp av nyoppført bygg er det viktig å undersøke om entrepris-kontrakten gir byggherren en svakere rettsposisjon enn det som følger av standardkontraktene, for eksempel om det er avtalt at ansvaret skal være begrenset til en andel av kostnadene ved utbedring.

Selv om byggherren reklamerer over en skjult mangel i tide, og entreprenøren er ansvarlig for mangelen, kan entreprenørens økonomiske posisjon medføre at byggherren ikke får dekket sitt tap fullt ut. Kjøper bør derfor forsikre seg om at det er stilt sikkerhet for entreprenørens kontraktsforpliktelser, og at denne garantien kan gjøres gjeldende av kjøper. Kjøper bør i denne forbindelse forsikre seg om at garantien ikke angir noen «change of control»-begrensning som medfører at rettighetene under garantien ikke kan gjøres gjeldende etter at aksjene i

byggherreselskapet har skiftet eier.

Kjøp av aksjeselskap med bygg under oppføring

Kjøp av selskap med bygg under oppføring er normalt forbundet med større risiko enn kjøp av selskap med nyoppført bygg. I tillegg til at man i utgangspunktet har risikoen for eventuelle skjulte feil og mangler, kan man også bli sittende med risikoen for en uforutsett fremdrifts- og kostnadsutvikling.

Det er to kontraktsmodeller som gjerne benyttes ved slike aksjekjøp. Den ene modellen forutsetter at partene signerer kontrakt forut for eller tidlig i byggeprosessen, men at aksjeovertakelse først finner sted etter ferdigstilling av bygget. Den andre modellen – gjerne benevnt «forward-modellen» – forutsetter at kjøper overtar aksjene før ferdigstilling. Hvorvidt aksjene overtas før eller etter ferdigstilling, vil i utgangspunktet ha stor betydning for hvilken risiko kjøper påtar seg. Fornuftig regulering av den spesielle risiko som knytter seg til «forward-modellen» krever særskilte bestemmelser i aksjekjøpsavtalen.

Når aksjeovertakelse skjer forut for ferdigstilling, påtar kjøper seg i utgangspunktet risikoen for kostnadsoverskridelser i prosjektet. I praksis avtales det imidlertid som regel at selger innestår for at faktisk byggekostnad ikke overskrider estimert byggekostnad. I forlengelsen av dette bør kjøper påse at alle relevante kostnader er omfattet av den byggekostnad som ligger til grunn for estimert kjøpesum, herunder for eksempel infrastrukturbidrag eller krav fra naboer. Kjøper løper i så tilfelle primært en risiko for at selger har tilstrekkelige midler til å tilbakebetale en del av kjøpesummen dersom prosjektet resulterer i kostnadsoverskridelser som berettiger en tilbakebetaling fra selger til kjøper. Kjøper løper også risikoen for at selger har tilstrekkelig likviditet til å kunne dekke

kostnadsoverskridelsene løpende – normalt i form av et avtalt tillegsslån. Denne risikoen kan reduseres ved at selger stiller sikkerhet i form av eksempelvis et depositum eller en bankgaranti.

Overtas aksjene etter ferdigstilling, ligger risikoen for kostnadsoverskridelser i utgangspunktet selger, ettersom det er normalt å avtale at aksjekjøpesummen baseres på en avtalt eiendomsverdi med justering for blant annet faktisk gjeld på overtagelsestidspunktet. Kostnadsoverskridelser blir dermed både faktisk og rettslig sett selgers risiko da kjøper har sikkerhet i form av at selve kjøpesummen ikke er betalt.

Risikoen for forsinkelser i prosjektet vil være til stede uavhengig av hvilken modell som velges. Forsinket ferdigstilling kan bli et stort problem dersom selskapet allerede har inngått bindende avtale med én eller flere leietakere hvor leiestart er spesifisert. For det første bør kjøper påse at leiekontraktens overtakelsesbestemmelser er tilpasset entreprisekontraktens. Dernest kan kjøper søke å innta en bestemmelse i aksjekjøpsavtalen som eventuelt gjør det mulig å rette krav mot selger.

En fordel ved å kjøpe et selskap med bygg under oppføring sammenlignet med å kjøpe et ferdig oppført bygg, er at kjøper vil kunne ha større innflytelse på lokalenes utforming. Dersom kjøper overtar aksjene forut for eller under byggingen, vil han kunne utøve denne innflytelsen gjennom endringsreglene i entreprisekontrakten. Selger er imidlertid den som gjerne har best kjennskap til både lokale forhold og selve byggeprosjektet. Det kan derfor være hensiktsmessig at kjøper avtaler med selger at selger skal opptre som byggeleder og utføre tilgrensende oppgaver i byggeperioden. I forbindelse med byggelederoppdraget gis selger gjerne også rett og plikt til å representere selskapet

som selskapets fullmektig i kontakt med entreprenør, eventuelle leietakere, offentlige myndigheter og andre aktører. Det kan også være hensiktsmessig å avtale at selger skal ha oppfølgingsansvaret vis-à-vis entreprenør i en periode etter ferdigstilling.

Dersom aksjeovertakelse først skal skje etter ferdigstilling, vil kjøper i prinsippet ikke kunne utøve endringsbeføyelsene under entreprisekontrakten. Det kan derfor være grunn til å innta en bestemmelse i aksjekjøpsavtalen om at kjøper også i disse tilfellene skal ha en medbestemmel sesrett underveis, og at kjøper skal ha rett til å delta i byggemøter og lignende. Også i disse tilfellene bør man vurdere om selger skal ha ansvaret for å følge opp mangler som avdekkes i reklamasjonstiden.

Selv om det som regel er ønskelig for kjøper at selger utfører byggeleder og/eller byggherrefunksjoner under byggingen, er det viktig å avtale mekanismer som ikke gjør det mulig for selger å foreta byggetekniske endringer som påvirker byggets verdi. Det selvsagte er at bygget skal tilfredsstillende offentligrettslige krav og kravspesifikasjoner fra leietakere, men det er også hensiktsmessig å få øvrige garantier for at det ikke skal kunne gjøres endringer som reduserer byggets verdi.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Marius Egeberg
meg@wr.no



Erlend W. Holstrøm
ewh@wr.no

SELGERS GARANTIER – MAGER TRØST ELLER GULL OG GRØNNE SKOGER

Et garantitilsagn innebærer vanligvis et løfte om å innestå rent objektivt for de forhold som tilsagnet omfatter. Garantien vil med andre ord kunne påføre selger et utvidet erstatningsansvar i forhold til hva han ville hatt etter bakgrunnsretten, eller i henhold til kontraktens bestemmelser om mangler. Samtidig kan garantier være kombinert med så vidtgående ansvarsfraskrivelser at garantiansvaret blir illusorisk.

Garantiansvar og ordinært mangelsansvar – garantien innebærer en særskilt tilsikring og et sterkere erstatningsrettslig vern for kjøper

Ved salg av aksjer i eiendomsselskaper vil kjøpekontraktens garantibestemmelser kunne omfatte både aksjene og selskapet, i tillegg til selve eiendommen. Garantien er en særskilt ansvarserklæring fra selger til kjøper idet den som utgangspunkt gir en mer eller mindre ubetinget rett til å gjøre krav gjeldende i garantiperioden, uavhengig av de reklamasjonsfrister som kjøps- og avhendingsloven oppstiller.

Felles for garantiene er at et brudd som utgangspunkt medfører erstatningsplikt for selger, uavhengig av skyld, med mindre garantien selv gir anvisning på en annen rettsvirkning. Garantienes funksjon er dermed primært knyttet opp mot kjøpers krav på erstatning. Her ligger også en sentral forskjell mellom selgers garantiansvar og selgers regulære mangelsansvar.

Hvor det foreligger en mangel ved eiendommen, vil kjøper kunne gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser etter avhendingslovens regler, mens kjøpsloven som utgangspunkt vil gjelde hvor mangelen knytter seg til aksjene eller selskapet som sådan. Mangelskravene på kjøpers hånd

vil primært være retting, prisavslag eller i ytterste konsekvens heving av kjøpekontrakten. Grunnlaget for misligholdsbeføyelsen er i disse tilfeller det faktum at selgers ytelse er mangelfull, uavhengig av i hvilken grad selger kan klandres for det aktuelle forholdet.

En mangel kan også gi kjøper krav på erstatning. Etter den alminnelige erstatningslære må det imidlertid foreligge et ansvarsgrunnlag for at erstatningsplikt skal inntre. Som utgangspunkt må det påvises uaktsomhet hos den påstått ansvarlige. Avhendings- og kjøpsloven opererer i tillegg med et såkalt *kontrollansvar*, hvor det sentrale vurderingstema er hvorvidt det tapsbringende forhold lå innenfor eller utenfor selgers kontroll. Kontrollansvaret blir ofte betegnet som en krysning mellom skyldansvar og objektivt ansvar; terskelen er høyere enn for objektivt ansvar, men lavere enn for skyldansvar.

Avhendingslovens sondring mellom skyldansvar og kontrollansvar får betydning for erstatningsutmålingen. Dette idet kontrollansvar kun gir erstatningsgrunnlag for kjøpers *direkte tap*. Erstatning for *indirekte tap* forutsetter at det i tillegg foreligger skyld. Sondringen medfører således

en begrensning av selgers ansvar for fjernere tapsposter, som ofte er vanskeligere å kalkulere på forhånd. For begge tapskategorier gjelder i tillegg den alminnelige begrensning at kun *påregnelige tap* kan kreves erstattet. Påregnelige tap er tap som selger med rimelig grunn kunne forutsett som en følge av kontraktsbruddet. Et påregnelig direkte tap kan typisk være kjøpers kostnader knyttet til utbedring av mangelen. Tapte leieinntekter mens utbedringen pågår, vil derimot kunne være et påregnelig, men indirekte tap.

Ved brudd på selgers garantier vil erstatningsutmålingen følge den alminnelige ulovfestede erstatningslære. Her finnes det ikke et tilsvarende skille mellom direkte og indirekte tap. Selgers objektive ansvar for garantibrudd innebærer dermed som utgangspunkt en plikt til å erstatte kjøpers fulle påregnelige, økonomiske tap.

Hvor det foreligger et garantibrudd, vil det samme forhold også kunne utgjøre en regulær mangel. Kjøper vil da ha valget mellom å gjøre gjeldende de alminnelige mangelsbeføyelser eller å kreve erstatning i medhold av garantien. Sistnevnte vil normalt være å foretrekke. I praksis kan garantibestemmelser likevel, både i



seg selv og i sin kontraktuelle kontekst, være så vidt uthulet at de ikke nødvendigvis innebærer noen egentlig merverdi for kjøper.

Kvasigarantier og selgers ansvarsfraskrivelser – garantiansvarets «Janus-ansikt»

Som nevnt innebærer et garantiansvar som utgangspunkt erstatningsplikt på rent objektivt grunnlag, uavhengig av hvorvidt selger har opptrådt uaktsomt. En garanti kan samtidig være formulert slik at den gir anvisning på mer eller mindre

subjektive vurderingstema. Vurderingen av hvorvidt det i det hele tatt foreligger garantibrudd, kan bli vidt forskjellig hvor selger garanterer for forhold eller kvaliteter som rent objektivt kan påvises, enn hvor selger eksempelvis garanterer for at han «ikke kjenner til» bestemte forhold. Enda mer subjektiv blir vurderingen hvor selger garanterer for at det ikke foreligger omstendigheter som han «burde kjenne til». Hvor slike subjektive forhold hos selger må påvises for at garantibrudd skal foreligge, uthules det objektive erstatningsansvar. Manglende

opplysninger om forhold ved eiendommen som selger «kjente eller måtte kjenne til», vil uansett kunne utgjøre en mangel etter avhendingslovens regler. Vurderingen av om selger «måtte kjenne til» et forhold, vil innebære en vurdering av selgers aktsomhet. Dersom selger har opptrådt uaktsomt, vil erstatningsplikt som nevnt kunne foreligge etter avhendingslovens regler, også i relasjon til indirekte tap. Man kan altså stå overfor en «garanti» som egentlig ikke innebærer noen særskilt tilsikring for kjøpers del.

Hvor garantibestemmelsen gjør det lett å konstatere at et brudd foreligger, kan *virkingen* av garantibrudd likevel være regulert annerledes enn hva som følger av det alminnelige utgangspunkt om objektivt erstatningsansvar. En vanlig avgrensning er at kjøper ikke kan gjøre gjeldende garantikrav knyttet til forhold som kjøper selv kjente eller burde kjenne til ved kontraktsinngåelsen, eller eventuelt etter gjennomført due diligence. Det objektive ansvar gjøres dermed avhengig av *kjøpers* aktsomhet. Hvor kjøper har vært i aktsom uvitenhet, vil imidlertid det objektive ansvaret kunne påberopes.

En annen praktisk ansvarsbegrensning er at indirekte tap ikke kan kreves dekket under selgers garantier. Begrensningen blir gjerne inntatt i en fellesbestemmelse sammen med de alminnelige mangelskrav, slik at den ikke nødvendigvis fremgår under kjøpekontraktens garantiavsnitt. En slik ansvarsfraskrivelse vil likevel kun begrense omfanget av et eventuelt erstatningskrav – selger vil fortsatt hefte for direkte tap på objektivt grunnlag, altså uavhengig av hvorvidt det foreligger kontrollansvar.

Etter avhendings- og kjøpsloven må reklamasjoner over mangler som utgangspunkt gjøres gjeldende innen *rimelig tid* etter at kjøper oppdaget eller burde ha oppdaget det aktuelle forhold. Med mindre annet fremgår av kjøpekontrakten, kan garantikrav derimot fremsettes når som helst innenfor garantitiden, uavhengig av når det aktuelle forhold ble eller burde vært oppdaget. I praksis ser man at garantitiden ofte angis som en absolutt frist både for å gjøre garantikrav og ordinære mangelskrav gjeldende. Fristen kan være vesentlig kortere enn avhendings- og kjøpslovens absolutte reklamasjonsfrister. Garantien kan dermed utvide selgers ansvar etter avhendings- og kjøpslovens regler, samtidig som ansvarets varighet i tid avkortes, også med hensyn til det ordinære mangelsansvaret. Sannsynlighetsgraden for hvorvidt mangler ved den

aktuelle eiendom vil synliggjøres i nær eller fjern framtid, kan her bli avgjørende for hvorvidt kjøper i stedet ser seg tjent med å være garantien - og dermed tidsavgrensningen - foruten.

Foreldelse av garantiansvar – særregel om foreldelsesfristens utgangspunkt

Som det fremgår, må garantibestemmelser tolkes i lys av kjøpekontraktens øvrige bestemmelser så vel som bakgrunnsretten. Det forhold at en bestemmelse betegner seg selv som «garanti», innebærer ikke nødvendigvis et utvidet vern for kjøper totalt sett.

Foreldelsesloven § 3 angir utgangspunktet for når foreldelsesfristen for fordringer begynner å løpe. For krav som oppstår ved mislighold, regnes foreldelsesfristen i utgangspunktet fra den dag da «misligholdet inntreffer». Bestemmelsen gjelder mislighold av alle typer krav som bygger på kontrakt. Hvor selger har «garantert for tingen», oppstilles imidlertid en særskilt regel. Foreldelsesfristen for krav som bygger på garanti, løper fra «den dag da kjøperen gir varsel om det forhold kravet grunner seg på» eller senest «den dag garantien løper ut».

Avgjørende for friststarten er dermed ikke tidspunktet da garantien kunne ha vært påberopt, men den dagen hvor den faktisk påberopes, eller senest ved garantitidens utløp. Bestemmelsen går klart i kjøpers favør, men må ses i sammenheng med at garantiansvaret i utgangspunktet foreligger i hele garantiperioden, uten hensyn til hvorvidt kjøper har reklamert over det aktuelle forhold innen «rimelig tid», jf. ovenfor. Uten en slik særskilt foreldelsesfrist kunne garantiansvaret vært foreldet før utløpet av garantitiden.

Høyesteretts avgjørelse i den såkalte Lysefjordsaken, jf. Rt. 1997 side 392, slår fast at hvor det først foreligger en garanti, er det uten betydning for foreldelsesfristens utgangspunkt hvorvidt det konkrete

krav mot selger også kunne ha vært fremmet som et ordinært mangelskrav. Samtidig er det i juridisk teori antatt at særbestemmelsen for garantikrav kun gjelder hvor det foreligger en *reell* garanti, i den forstand at selger i og med garantien i det minste kan risikere et utvidet ansvar i forhold til hva som ville følge av det regulære mangelsansvar.

Som det fremgår av de ovennevnte eksempler, kan selgers garantier «gi med den ene hånden, men ta med den andre». Dermed kan vurderingen av hvorvidt garantiansvaret samlet sett er *gjevere* for kjøper enn det regulære mangelsansvaret, bli høyst sammensatt. I hvilken kategori havner eksempelvis en bestemmelse som utvider ansvaret for kjøpers indirekte tap, samtidig som ansvaret for både direkte og indirekte tap innsnevres i tid? Slike vurderinger er generelt uheldige i foreldessammenheng, hvor hensynet til klarhet og forutberegnelighet bør veie tungt. Reelle hensyn tilsier derfor at også de såkalte «tomme» garantier omfattes av foreldelseslovens særregel. Spørsmålet må likevel anses uavklart.

I praksis kan det dermed, enn så lenge, innebære en risiko å avvente med fristavbrytende skritt i tillit til foreldelseslovens garantiregel - selv om kjøpekontrakten rent språklig skulle betegne det aktuelle forhold som et garantiansvar.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Anders Skage Thinn
ath@wr.no



Bjørn Frode Skaar
bfs@wr.no

SELGERS ANSVARFRASKRIVELSER

Etter kontraktslovgivningen har selger et relativt omfattende ansvar overfor kjøper. Med mindre selger har innskrenket sitt ansvar etter denne bakgrunnsretten, vil de aktuelle lovbestemmelsene automatisk komme til anvendelse på avtaleforholdet – uavhengig av om de passer eller ikke. Mot denne bakgrunn vil selger normalt ha et ønske om å fraskrive seg sitt ansvar etter bakgrunnsretten, enten på enkeltpunkter eller så langt som overhodet mulig. Vi skal her se nærmere på enkelte sentrale elementer ved slike ansvarsfraskrivelser fra selger.

Avtaleregulering av ansvarsfraskrivelser – selgers behov for å begrense sitt ansvar etter bakgrunnsretten

Ved salg av aksjer i eiendomsselskaper er det ikke uvanlig at partene avtaler bestemmelser som i større eller mindre grad fraviker de regler om selgers misligholdsansvar som følger av deklaratorkontraktlovgivning, det vil i hovedsak si bakgrunnsretten basert på bestemmelsene i avhendingsloven hva gjelder eiendommen og kjøpsloven hva gjelder aksjene og selskapet for øvrig.

Denne typen avtalebestemmelser kan gjelde både hva som vil utgjøre et relevant mislighold, de nærmere rettsvirkningene av slikt mislighold samt hvilke beføyelser som i tilfelle kan gjøres gjeldende av den annen part.

Slik avtaleregulering skyldes vanligvis at den lovregulerte bakgrunnsretten, som rett nok er blitt til gjennom en balansert avveining av partenes motstridende interesser, er gitt anvendelse på generelt grunnlag og således ikke alltid i tilstrekkelig grad reflekterer verken transaksjonstypens egenart, partenes stilling eller salgsgjenstandens egenskaper.

Videre vil en nærmere avtaleregulering på dette punkt kunne skape større forutberegnelighet for partene enn det som måtte følge av bakgrunnsretten, typisk ved at skjønsmessige vilkår erstattes av mer konkrete og faste kriterier. En konkret avtaleregulering av selgers ansvar kan også gi bedre balanse mellom partene, for eksempel ved at det etableres et visst samsvar mellom omfanget av selgerens mulige erstatningsansvar og den risiko og fortjeneste som tilligger partene etter avtalen.

Tilsvarende hensyn kan også tilsi at det i en konkret sak avtales bestemmelser som fraviker gjeldende standardvilkår, til tross for at slike vilkår normalt vil ligge betydelig nærmere både egenarten, partsstillingen og salgsgjenstanden enn hva tilfellet er med bakgrunnsretten.

Dersom bakgrunnsretten fravikes, vil det normalt gjelde i forhold til selgers ansvar. Dette skyldes at bakgrunnsretten inneholder vesentlig mer omfattende og inngripende ansvarsregler for selger i egenkap av realdebitor enn for kjøper, som stort sett bare er forpliktet til å betale riktig beløp til riktig tid. Det er således til fordel for selger at behovet for avvikende

avtalebestemmelser vanligvis vil være størst.

Hvor de ordinære bestemmelser om selgers misligholdsansvar etter bakgrunnsretten fravikes, taler man generelt om «selgers ansvarsfraskrivelser» enten slike avtaler går ut på totalt å utelukke selgers ansvar eller bare å begrense ansvaret. Vanligvis gjør selgers ansvarsfraskrivelser inngrep i kjøpers rett til erstatning fra selger, men reguleringene kan også gå ut på å utelukke eller begrense andre misligholdsbeføyelser, eventuelt sette vilkår for anvendelsen av bestemte beføyelser.

Ansvarsfraskrivelse i relasjon til selgers lovbaserte mangelsansvar – også utover alminnelige «as is-klausuler»

Etter bakgrunnsretten kan selger i stor utstrekning avgrense sitt mangelsansvar gjennom overføring av risikoen for skjulte feil og mangler på kjøper basert på såkalte «as is-klausuler».

Slike klausuler er helt vanlige også utenfor salg av aksjer i et eiendomsselskap. Uansett vil en slik risikooverføring normalt også følge av den omstendighet at det er tale om kjøp av et eksisterende selskap



med en brukt eiendom, hvor kjøper allerede ut fra alminnelige forutsetninger vil måtte ha en risiko for at det kan foreligge skjulte feil eller mangler.

Til tross for slike «as is-klausuler» vil imidlertid selger etter bakgrunnsretten fremdeles være ansvarlig for opplysningssvikt, dvs. mangelfulle eller uriktige opplysninger fra ham selv eller noen han svarer for, samt for situasjoner hvor salgsgjenstanden viser seg å være i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med. Særlig sistnevnte alternativ kan i praksis volde atskillige vanskeligheter med hensyn til den konkrete grensedragnings og derved rekkevidden av selgers mangelsansvar.

Mot denne bakgrunn er det ikke uvanlig at selgere, utover bruk av «as is-klausuler», først og fremst ønsker å begrense sitt mangelsansvar etter bakgrunnsretten gjennom en uttrykkelig fravikelse av ansvaret for skjulte feil og mangler i sin helhet.

Når det gjelder selgers mangelsansvar for opplysningssvikt, er det mindre vanlig med tilsvarende ansvarsfravikelser.

Dette skyldes at et mangelsansvar på slikt grunnlag forutsetter skyld, dvs. at selger kan bebreides for ikke å ha gitt opplysninger eller korrekte opplysninger. At selger skal kunne fraskrive seg ansvar på slikt grunnlag, vil normalt ikke være like greit å akseptere for kjøper.

I relasjon til opplysningssvikt er det likevel ikke uvanlig at selgers ansvar begrenses til utelukkende å gjelde den kunnskap som anses kjent for bestemte personer på selgersiden, samt opplysninger som gis eller burde vært gitt av de samme personer. På denne måten avgrenses den aktuelle personkrets på selgersiden, noe som gir større kontrollmuligheter og forutberegnelighet for selger.

I tillegg er det ikke uvanlig å skille mellom egen og andres opplysningssvikt, hvoretter selger fraskriver seg ansvaret for opplysninger gitt av tredjemenn, alternativt at et ansvar på slikt grunnlag kun omfatter svikt som selger var kjent med eller eventuelt burde vært kjent med.

Ansvarsfraskrivelse i relasjon til kjøpers forundersøkelser

En særskilt ansvarsfraskrivelse foretas

ikke sjelden av selger overfor forhold som kjøper ble kjent med eller burde blitt kjent med gjennom sine undersøkelser av salgsobjektet forut for avtaleinngåelsen. Særlig typisk vil slike klausuler normalt foreligge i tilfeller hvor kjøper gjennomfører en formell due diligence før signering av avtalen.

Begrunnelsen for en slik ansvarsfraskrivelse ligger for det første i at det fremstår som unaturlig at kjøper skal kunne holde selger ansvarlig for forhold som kjøper har eller burde fått kjennskap til, men som likevel ikke er særskilt hensyntatt eller regulert i avtalen. Og når kjøper først har gjennomført en forundersøkelse, må kjøper selv bære risikoen for at undersøkelsen er tilstrekkelig grundig og aktsomt utført fra kjøpers side.

Tilsvarende vil det i en viss grad være naturlig med en risikooverføring fra selger til kjøper når kjøper først har fått anledning til å foreta en forundersøkelse, uavhengig av om denne er forsvarlig utført eller ikke. Slike avtalte ansvarsfraskrivelser korresponderer for øvrig i stor utstrekning med bakgrunnsretten på dette punkt.



På den annen side er slike ansvarsfraskrivelser gjerne mindre aktuelle hvor kjøper kun har gjennomført en begrenset forundersøkelse, eventuelt at ansvarsfraskrivelsen konkret tilpasses det forhold at kun en begrenset forundersøkelse er foretatt av kjøper. Tilsvarende gjelder ofte i tilfeller hvor kjøpers undersøkelser først gjennomføres etter inngåelsen, men før gjennomføringen av avtalen, samt tilfeller hvor det foreligger uttrykkelig garantier eller opplysningssvikt fra selger basert

på manglende opplysninger. I så fall kan det være naturlig med en mer nyansert tilnærming fra partenes side ved reguleringen av ansvarsspørsmålet for selger.

Ansvarsfraskrivelse basert på innskjerping av lovbaserte reklamasjonsfrister

Etter bakgrunnsretten vil kjøper måtte reklamere innen rimelig tid etter at han ble eller burde blitt kjent med selgers avtalebrudd. I tillegg må slik reklamasjon

være fremsatt innen bestemte og absolute maksimumsfrister. I motsatt fall bortfaller kjøpers adgang til å gjøre avtalebruddet gjeldende.

For å oppnå en endelig avslutning av sitt potensielle ansvar etter avtalen på et tidligst mulig stadium, er det ikke uvanlig at selger ønsker å innskjerpe de reklamasjonsfrister som følger av bakgrunnsretten. Spesielt gjelder dette lengden på maksimumsfristene.

Dersom det først avtales kortere reklamasjonsfrister, er det vanlig at disse også omfatter eventuelle garantikrav mot selger.

Ansvarsfraskrivelse basert på terskelverdier og maksimumsgrense for erstatnings- og prisavslagskrav

Etter bakgrunnsretten foreligger det ingen særskilte utmålingsregler for selgers erstatningsansvar utover et skille mellom direkte og indirekte tap basert på typen av ansvarsgrunnlag. I relasjon til prisavslagskrav og erstatningskrav for øvrig er selger i prinsippet ansvarlig for å dekke kjøpers påregnelige økonomiske tap fullt ut.

For å unngå tvister om småting er det ikke uvanlig at selger ønsker å etablere bestemte terskelverdier som må overstiges før krav kan gjøres gjeldende fra kjøper, både enkeltvis og samlet. For å oppnå forutberegnelighet med hensyn til omfanget av sitt potensielle erstatningsansvar, etableres normalt også en ytre grense for selgers totale ansvar overfor kjøper, hvor også hensynet til bedre balanse mellom partene spiller inn i forhold til den risiko og fortjeneste som tilligger partene etter avtalen.

I tillegg er det ikke uvanlig å avtale at eventuelle krav skal beregnes netto etter fradrag for eventuelle fordeler eller besparelser som kjøper kan nyttiggjøre seg, for eksempel skatte- og avgiftsbesparelser eller krav mot tredjemenn. For det tilfelle at et krav mot selger er dekket av forsikring og forsikringsbeløpet tilfaller kjøper eller selskapet, vil det normalt også avtales at kjøper ikke kan gjøre krav gjeldende i sin helhet eller så langt forsikringsdekningen rekker.

Ansvarsfraskrivelse basert på avgrensning mot indirekte tap

Etter bakgrunnsretten vil et krav om erstatning for indirekte tap normalt forutsette skyld eller garanti fra selgers side.

For å oppnå større forutberegnelighet med hensyn til omfanget av sitt potensielle erstatningsansvar etter avtalen, er det likevel ikke uvanlig at selger ønsker å avgrense sitt ansvar for indirekte tap i sin helhet, uavhengig av ansvarsgrunnlag. I slike tilfeller er det dog gjerne vanlig med en presisering om at økonomisk tap som følge av bortfall av garanterte leieinntekter og lignende uansett skal kunne gjøres gjeldende fullt ut.

Ansvarsfraskrivelse ved flere selgere

Etter bakgrunnsretten vil flere selgere være solidarisk erstatningsansvarlige overfor kjøper, hvorved kjøper kan forholde seg til hvem han vil av selgerne for hele sitt krav.

For å oppnå en avgrensning av sitt individuelle erstatningsansvar i overensstemmelse med sin eierinteresse i salgsgjenstanden, er det derfor vanlig å avtale et proratarisk ansvar for selgerne overfor kjøper. I så fall blir den enkelte selger ikke ansvarlig i større utstrekning av hva som følger av vedkommendes eierandel (eller eventuelt avvikende andel basert på avtale). Særlig praktisk er en slik bestemmelse ved salg av samtlige andeler i ansvarlige selskaper, hvor det alltid vil foreligge minst to selgere.

Ytterligere utvidelse av rekkevidden av selgers ansvarsfraskrivelse – hvor langt kan selger overhodet fraskrive seg ansvar?

Av og til ser man forsøk på at selger ønsker å betinge seg full ansvarsfrihet uavhengig av skyld. I andre tilfeller ønsker selger full ansvarsfrihet med unntak kun for eget forsettlig og grovt uaktsomt forhold.

Dette er eksempelvis veldig praktisk i «syndikeringstilfellene», hvor selger består av en rekke små aksjonærer som ikke har særlig inngående kjennskap til verken eiendommen eller virksomheten som selges. I slike tilfeller avsettes

normalt også et depositum («escrow») i en begrenset periode.

Basert på eldre rettspraksis har det vært hevdet at det etter norsk rett er adgang til å fraskrive seg ethvert ansvar med unntak kun for tilfeller av egen forsettlig eller grovt uaktsom skadevoldelse. Etter rådende juridisk teori vil spørsmålet om hvorvidt en ansvarsfraskrivelse uavhengig av skyld kan opprettholdes, bero på et bredt og sammensatt skjønns med forankring i urimelighetskriteriet etter avtaleloven § 36, avtaleforholdets egenart og arten av avtalebrudd.

Etter nyere rettspraksis vil normalt rekkevidden av generelle ansvarsfraskrivelse begrenses dersom konsekvensen av en opprettholdelse av ansvarsfraskrivelsen vil være at et ellers betydningsfullt kontraktsbrudd blir uten rettsvirkninger, basert enten på et forutsetningssynspunkt, en innskrenkende fortolkning av ordlyden i avtalen eller bestemmelsen i avtaleloven § 36. I tillegg vil det normalt spille en rolle om skylden kan tilordnes ledelsen i motsetning til andre ansatte hos selger, samt om rettsområdet er undergitt konkret lovregulering eller ikke. Noe sikkert og endelig svar på dette kan således ikke gis på generelt grunnlag.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Torkjel Valland
tva@wr.no



Bjørn Frode Skaar
bfs@wr.no

MELDEPLIKT TIL KONKURRANSETILSYNET VED KJØP AV NÆRINGSEIENDOM

Kjøp av næringseiendom av en viss verdi vil normalt være underlagt meldeplikt til Konkurransetilsynet. Slike transaksjoner kan ikke gjennomføres før tilsynets saksbehandlingsfrist er utløpt. For å unngå forsinkelser i gjennomføringen av transaksjonen, er det derfor viktig at partene tar hensyn til meldeplikten når tidsplanen for transaksjonen legges.

Konkurranseloven inneholder regler som skal gi Konkurransetilsynet mulighet til å hindre at fusjoner og oppkjøp fører til en vesentlig begrensning av konkurransen i de markeder som blir berørt. Fusjoner og oppkjøp av en viss størrelse er derfor underlagt meldeplikt til Konkurransetilsynet.

Meldeplikten er utformet slik at transaksjoner over fastsatte terskelverdier alltid må meldes, også slike som etter sin art nesten aldri vil kunne reise konkurransemessige problemer. Overdragelse av næringseiendom er et eksempel på dette. Det skal svært mye til for at Konkurransetilsynet skal kunne gripe inn mot kjøp av næringseiendom, men slike transaksjoner er likevel i mange tilfeller meldepliktige. Nettopp fordi det knapt kan tenkes eiendomstransaksjoner som kan ha konkurransemessig betydning, samtidig som mange slike transaksjoner gjelder såpass store verdier at de ofte vil utløse meldeplikt, ble det i forbindelse med en revisjon av meldepliktsreglene i 2006 reist spørsmål om det burde utformes et særskilt unntak fra meldeplikten for eiendomstransaksjoner. Dessverre ble dette ikke noe av, og aktørene i eiendomsmarkedet er derfor nødt til å ta hensyn til meldepliktsreglene ved planlegging og gjennomføring av transaksjoner.

En optelling på Konkurransetilsynets nettsider viser at antall meldte eiendomstransaksjoner har fulgt nedgangen i transaksjonsvolumet, med en nedgang fra 16 meldte transaksjoner i 2007 til ni i 2008 og videre ned til fire i 2009. Som kjent har imidlertid markedet tatt seg opp, og i 2010 ble det meldt 14 eiendomstransaksjoner. (Vår uformelle optelling er ikke nødvendigvis komplett, ettersom vi bare har sett på transaksjoner der partsnavnene, eller unntaksvis et eiendomsnavn, indikerer at det dreier seg om eiendomstransaksjon.)

Hvilke transaksjoner som må meldes

Meldeplikten påhviler kjøperen, og det er derfor i utgangspunktet kjøperen som må vurdere om vilkårene for meldeplikt er oppfylt. Også selgeren bør imidlertid være oppmerksom på spørsmålet om meldeplikt, blant annet fordi meldeplikten kan ha betydning for tidsplanen for gjennomføring av transaksjonen.

Det er to vilkår for at en eiendomstransaksjon skal være meldepliktig. Transaksjonen må anses som en «foretakssammenslutning» etter konkurranseloven, og partenes omsetning må overstige bestemte terskelverdier.

Når utgjør en eiendomstransaksjon en foretakssammenslutning?

De fleste kjøp av næringseiendom gjennomføres i dag som kjøp av eiendomsselskaper. Når et selskap kjøper et eiendomsselskap, anses det alltid som en foretakssammenslutning. Kjøp av en minoritetspost som ikke gir kontroll, er i utgangspunktet ikke å anse som en foretakssammenslutning, men kjøp av minoritetspost kan være en foretakssammenslutning dersom kjøperen vil få felles kontroll over eiendomsselskapet sammen med én eller flere andre aksjonærer. Dersom kjøperen av en minoritetspost trer inn i en aksjonæravtale som gir vetorett over viktige beslutninger, eller det inngås en slik aksjonæravtale i forbindelse med kjøpet, vil minoritetsposten kunne anses å gi kjøperen felles kontroll over målselskapet sammen med andre aksjonærer – nye eller eksisterende.

Dersom et eiendomskjøp ikke struktureres som et kjøp av aksjene i et eiendomsselskap, men som et kjøp av selve eiendommen, vil det ikke alltid dreie seg om en foretakssammenslutning i lovens forstand. Konkurransetilsynet har i en veiledningsuttalelse¹ fra 2005 gitt uttrykk for at det normalt vil anses som en foretakssammenslutning der en eiendom selges med tilknyttede leieavtaler. Motsatt vil

¹ Konkurransetilsynets veiledningsuttalelse av 7. september 2005 i sak 2005/458.



det normalt ikke foreligge en foretakssammenslutning der en eiendom overdras uten tilknyttede leieavtaler. Kjøp av en tomt der det skal bygges et næringsbygg, vil normalt heller ikke være en foretakssammenslutning.

Terskelverdier for meldeplikt

En eiendomstransaksjon som anses som en foretakssammenslutning, må meldes til Konkurransetilsynet dersom partenes omsetning overstiger bestemte terskelverdier. Dersom både kjøperen og målselskapet har en omsetning i Norge siste regnskapsår over NOK 20 millioner, og deres samlede omsetning i Norge også oversteg NOK 50 millioner, er transaksjonen meldepliktig. Ved beregning av kjøperens relevante omsetning medregnes alle selskaper i samme konsern, og for målselskapets del medregnes

eventuelle datterselskaper. Selgers omsetning er uten betydning.

Der transaksjonen gjennomføres som kjøp av en næringsseiendom med leiekontrakter, og ikke som kjøp av et eiendomsselskap, er det avgjørende om inntektene fra leiekontraktene overstiger terskelverdien på NOK 20 millioner. (I tillegg må disse inntektene sammen med kjøperens omsetning oppfylle kravet om en samlet omsetning over NOK 50 millioner.)

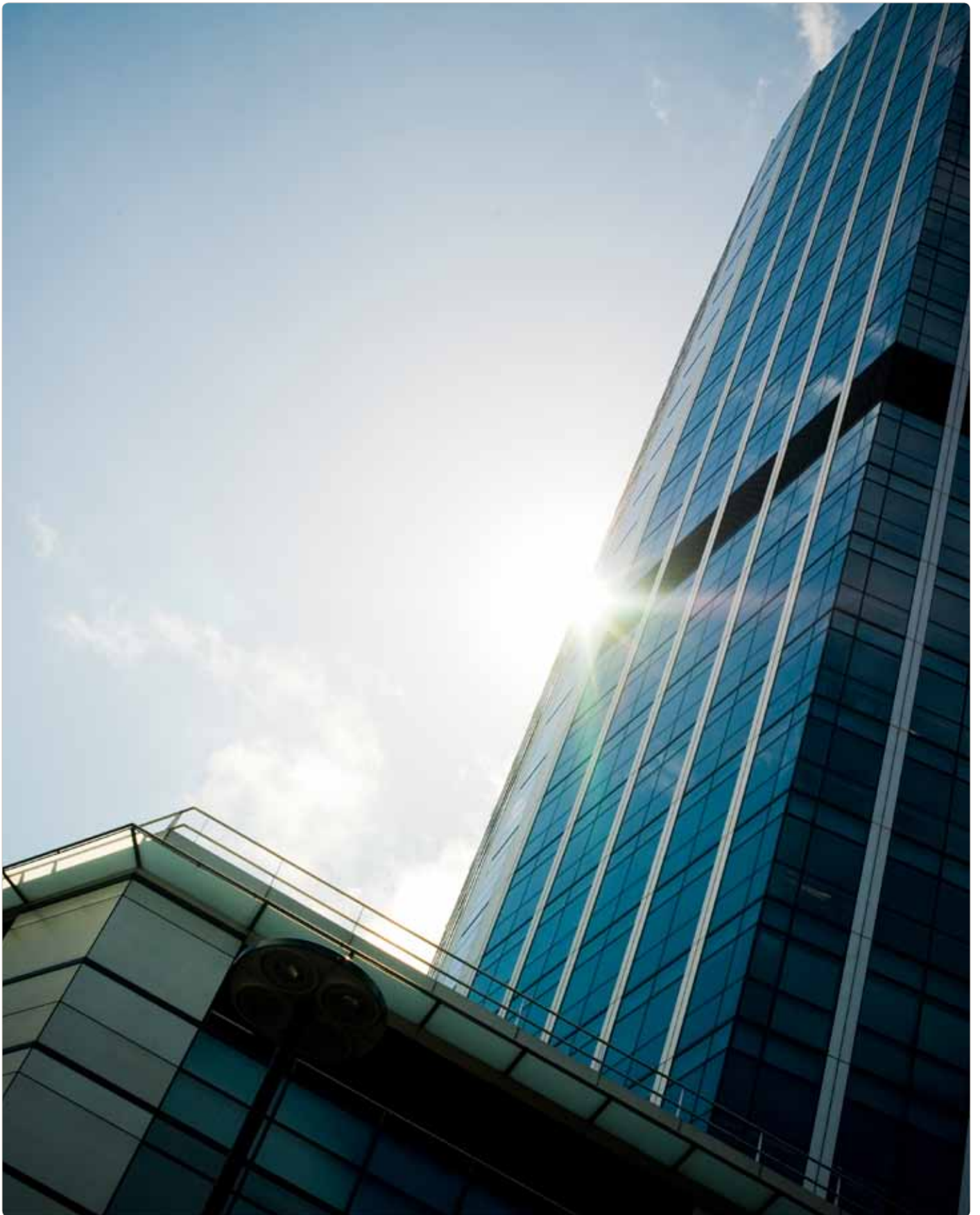
Flere kjøpere

I tilfeller hvor to kjøpere erverver 50 % hver i et eiendomsselskap, er det tilstrekkelig at hver av kjøperne har omsetning over disse terskelverdiene. I slike tilfeller kan det altså oppstå meldeplikt uten at omsetningen i målselskapet (eller leieinntektene, ved kjøp av eiendom med

leiekontrakter) overstiger terskelverdien på NOK 20 millioner. Det samme kan skje dersom flere enn to kjøpere gjennomfører et eiendomskjøp i fellesskap, dersom kjøperne oppnår felles kontroll over målselskapet. Felles kontroll vil for eksempel kunne anses å foreligge dersom kjøperne i forbindelse med kjøpet inngår en aksjonæravtale som gir hver av kjøperne omfattende vetorettigheter.

Meldeplikt i EU sjelden aktuelt

For store fusjoner og oppkjøp oppstår det spørsmål om det kan foreligge meldeplikt til EU-kommisjonen. Dette vil imidlertid bare helt unntaksvis kunne være aktuelt for kjøp av næringsseiendom. Et minstekrav for at det skal kunne oppstå meldeplikt til EU-kommisjonen er at minst to parter i transaksjonen har en omsetning i EU som overstiger EUR 100 millioner.



- Meldeplikt forutsetter at både kjøper og målselskapet har en omsetning i Norge over NOK 20 millioner. I tillegg må deres omsetning i Norge tilsammen overstige NOK 50 millioner.
- Ved kjøp av en næringseiendom med tilknyttede leieavtaler må inntektene under leieavtalene overstige NOK 20 millioner.
- Som regel er kjøpet klarert etter 15 virkedager regnet fra den datoen Konkurransetilsynet mottok melding om transaksjonen.
- Det er forbudt å gjennomføre transaksjonen før klarering foreligger.

Omsetning i Norge er ikke medregnet. Kjøp av en norsk eiendomsportefølje vil derfor i utgangspunktet ikke kunne utløse meldeplikt til EU-kommisjonen.

Ved erverv av felles kontroll over et eieendomsselskap vil imidlertid dette kunne tenkes, dersom to eller flere av kjøperne (eller eksisterende aksjonærer) er store konserner med internasjonal virksomhet. På samme måte som under norske meldepliktsregler, vil terskelverdiene under EU-reglene kunne oppfylles av to eller flere aksjonærer som oppnår eller har felles kontroll over målselskapet, selv om omsetningen i målselskapet ikke overstiger terskelverdiene.

Gjennomføringsforbudet

Transaksjoner som er underlagt meldeplikt til Konkurransetilsynet kan ikke gjennomføres før Konkurransetilsynets saksbehandlingsfrist er utløpt. Tilsynet har en frist på 15 virkedager – altså normalt tre uker – fra konkurransemeldingen (såkalt «alminnelig melding») mottas til å beslutte om de ønsker å se nærmere på saken. I så fall må tilsynet pålegge innlevering av en såkalt «fullstendig melding». Dersom slikt pålegg ikke gis innen fristen på 15 virkedager, er transaksjonen klarert.

Inntil slik klarering foreligger, gjelder det et forbud mot å gjennomføre transaksjonen. Dette innebærer at partene må ta høyde for saksbehandlingstiden på 15

virkedager ved planlegging av tidspunktet for closing. Dersom det skulle være vanskelig for partene å legge inn tilstrekkelig tid mellom signeringsdato og closing til å sende konkurransemelding og avvente klarering, er det mulig å sende konkurransemeldingen allerede før signering. Slik melding kan imidlertid reise særskilte problemstillinger, ettersom transaksjonsstrukturen kan bli endret underveis i forhandlingene. Det er også viktig å være oppmerksom på at Konkurransetilsynet publiserer informasjon på sine nettsider om alle konkurransemeldinger de mottar. Dersom transaksjonen krever børsmelding eller av andre grunner ønskes hemmeligholdt frem til endelig avtale er inngått, må derfor innsending av meldingen utestå inntil partene har offentliggjort transaksjonen.

Konsekvenser av overtredelser av gjennomføringsforbudet

Dersom transaksjoner gjennomføres uten at nødvendig konkurransemelding er sendt eller uten å avvente utløpet av saksbehandlingsfristen, kan Konkurransetilsynet ilegge bøter. Det er ingen unnskylding at transaksjonen er uproblematisk i et konkurransemessig perspektiv. I 2009 ila tilsynet bøter på henholdsvis NOK 150 000 og NOK 100 000 for brudd på gjennomføringsforbudet, og begge saker gjaldt transaksjoner som var konkurransemessig uproblematisk. Ordningen med gjennomføringsforbud ble innført først i

juli 2008, og dette var de to første sakene om brudd på gjennomføringsforbudet. Det er grunn til å vente at Konkurransetilsynet vil kunne reagere strengere mot fremtidige brudd på gjennomføringsforbudet.

Et brudd på gjennomføringsforbudet kan ha negative konsekvenser selv om det ikke skulle være ilagt noen bot for forholdet. Forholdet vil eksempelvis kunne bli oppdaget i forbindelse med en senere due diligence-prosess dersom det i fremtiden skulle bli aktuelt å selge hele eller deler av virksomheten.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Simen M. Klevstrand,
smk@wr.no



Mads Magnussen,
mma@wr.no

UTVIDET ADGANG TIL FINANSIELL BISTAND?

Ved finansiering av erverv av eiendomsselskap stilles det normalt krav om pant i de underliggende eiendommer. Etter aksjeloven § 8-10 er slik bistand i utgangspunktet forbudt, men en forskrift unntar en rekke eiendomsselskaper fra forbudet. For transaksjoner som ikke omfattes av forskriften, er det nødvendig med dispensasjon fra departementet. Dette kan forsinke gjennomføringen av en transaksjon. Et lovforslag utvider muligheten for finansiell bistand, dels ved en endring av § 8-10 og dels ved en endring av lovens generelle regler om utbytte.

Aksjeloven § 8-10 slår fast at selskapet ikke kan stille midler til rådighet eller yte annen finansiell bistand i forbindelse med erverv av aksjer eller rett til aksjer i selskapet eller selskapets morselskap. Dette innebærer eksempelvis at en finansinstitusjon som finansierer et erverv av et eiendomsselskap, i utgangspunktet er forhindret fra å få pant direkte i den eller de eiendommene som eies av eiendomsselskapet. Imidlertid er det gjort unntak ved forskrift 2007-11-30 nr. 1336, slik at den praktiske hovedregelen ved erverv av eiendomsaksjeselskaper er den motsatte. Det har vært hevdet at unntaket i forskriften er for snevert. Av den grunn er det av særlig interesse at det nå foreligger et forslag til å endre selve utgangspunktet i finansieringsforbudet i aksjeloven § 8-10. På høringen er det også reist spørsmål om en tilsvarende endring bør foretas i allmennaksjeloven § 8-10.

Høringsfristen utløp 19. april 2011, og saken skal nå behandles av Justisdepartementet.

Bakgrunnen for forslaget

Forbudet mot såkalt selskapsfinansierte aksjeerverv har til formål å verne om selskapskapitalen, beskytte

aksjeminoriteten, ivareta arbeidstakernes interesser og hindre «spekulasjonskjøp». Imidlertid ivaretas disse hensyn også av andre regler i aksjeloven.

Det har lenge vært et behov for å modernisere og forenkle aksjeloven. De øvrige nordiske land har så langt inntatt en langt mer offensiv holdning. Dette gjelder både generelt med hensyn til en forenkling av loven og spesielt for aksjelovens kapitalvernregler. Den nye danske aksjeloven som trådte i kraft i 2010, åpner eksempelvis for at aksjeselskaper etter nærmere regler kan yte finansiell bistand ved erverv av aksjer i selskapet. Dette er også i samsvar med rettsutviklingen i andre land i EU.

Forslaget

Hovedelementene i forslaget er som følger:

- Lån, sikkerhetsstillelse og annen finansiell bistand ved erverv av aksjene i selskapet må ligge innenfor rammen av det selskapet kan dele ut som utbytte. Videre må det stilles betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling eller tilbakesøking.

- Styrets vedtak om lån mv. må godkjennes av generalforsamlingen med flertall som for vedtektsendring.
- Styret skal sørge for at det utarbeides en redegjørelse om selskapets bistand.
- Bistanden må være på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper.
- Det kan bare ytes bistand til erverv av fullt innbetalte aksjer.

Forslagets praktiske virkning

Gjennomføres forslaget, vil hovedregelen bli at selskapet får endret adgang til å yte finansiell hjelp til erverv av aksjer i selskapet. Tilsynelatende er dette en radikal endring. Forslaget innebærer blant annet at eiendomstransaksjoner i utgangspunktet kan gjennomføres uten at man oppfyller dagens forskriftskrav. Slik sett trenger ikke selskapet som skal yte finansiell bistand i en eiendomstransaksjon å være et rent eiendomsselskap. Selskapet kan videre ha andre kreditorer enn den/de som finansierer ervervet.

Imidlertid gjelder dette «frislippet» finansiell bistand innenfor de midler som



selskapet kan dele ut som utbytte. Av den grunn blir ikke realitetsforskjellen så stor bare fordi man inntar et motsatt utgangspunkt i lovens hovedregel. Også dagens regelverk åpner for at man deler ut lovlig utbytte før en transaksjon gjennomføres for å redusere kjøpesummen, og/eller etter at en transaksjon er gjennomført for å dekke kjøpers anskaffelseskostnader.

Det er slik sett ikke justeringen i aksjeloven § 8-10 som er den vesentligste endringen i lovforslaget som nå er på høring. Den virkelige nyheten ligger i en

lemping i den generelle adgangen til utbytte slik dette er regulert i aksjeloven § 8-1. Gjennom blant annet bruk av mellombalanse er det foreslått å forenkle muligheten for å utvide utbyttegrunnlaget. Sammen med den foreslåtte endringen i aksjeloven § 8-10, vil en slik justering av de generelle reglene om utbytte gjøre det enklere å strukturere oppkjøpsfinansiering av aksjeselskaper.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Christian Hausvik
cha@wr.no



Filip Truyen
ftr@wr.no

OPPGJØR – FORESLÅTT LOVENDRING

En av de viktigste oppgavene megler har som mellommann i forbindelse med eiendoms-
transaksjoner er å sørge for sikker utveksling av partenes ytelser, slik at verken
kjøper eller selger utsettes for økonomisk tap. Det foreligger forslag til endring i
eiendomsmeglingsloven som søker å regulere meglers plikter i denne forbindelse.

Hva innebærer en sikker utveksling av partenes ytelser ved oppgjør ved bruk av mellommann?

Megler skal gjennomføre oppgjøret ut fra prinsippet om ytelse mot ytelse. Ideelt sett ville dette innebære at partenes utveksling av ytelsene skjer samtidig; kjøper overtar bruken og får rettsvern for sitt erverv samtidig som selger får kjøpesummen overført til seg. Ved gjennomføringen av eiendomstransaksjoner vil det imidlertid være vanskelig med en slik tidsmessig, samtidig utveksling av ytelsene.

Finanstilsynet har uttalt seg om hva som anses som en sikker utveksling av partenes ytelser ved et normalt eiendomsoppgjør gjennom mellommann. For å oppnå en sikker utveksling av ytelsene, vil megler normalt ikke kunne tinglyse hjemmel eller etablere annet rettsvern for eiendommen til kjøper før kjøper har oppfylt sin betalingsforpliktelse i henhold til kjøpekontrakten. Megler skal videre sørge for at selger ikke får råderett over kjøpesummen før kjøper har fått tinglyst hjemmel eller annet rettsvern for sitt erverv, og at det ikke påhviler andre heftelser på eiendommen enn de kjøper etter kjøpekontrakten skal overta.

Praksis knyttet til oppgjør ved bruk av mellommann

Det har vært praksis for at megler ved hjelp av sikringsobligasjon – med den antagelse at sikringsobligasjonen gir

tilstrekkelig beskyttelse mot økonomisk risiko for kjøper – foretar utbetaling av hele eller deler av kjøpesummen til selger og/eller selgers panthavere før kjøper har fått rettsvern for sitt erverv eller långiver har fått rettsvern for sitt pant. Det har også vært praksis for at det i mange tilfeller avtales forskuddsinnbetaling, typisk at kjøper skal betale 10 % av kjøpesummen ved kontraktsinngåelsen, som er å anse som en reell kredittytelse fra kjøper til selger. Dette er en fravikelse av prinsippet om ytelse mot ytelse.

Forslag om forbud mot disponering av kjøpesummen til fordel for selger før kjøper har fått rettsvern for sitt erverv

I høringsnotat fra Finanstilsynet sendt ut 10. desember 2010 foreslås endringer i eiendomsmeglingsloven og eiendomsmeglingsforskriften. Ett av de viktigste endringsforslagene knytter seg til gjennomføringen av oppgjøret som forestås av eiendomsmeglingsforetak og andre med tillatelse til å drive eiendomsmeglingsvirksomhet. Det foreslås en ny bestemmelse i eiendomsmeglingsloven § 6-9 tredje ledd, som setter forbud mot disponering av kjøpesummen til fordel for selger før kjøper har fått rettsvern for sitt erverv. Forslaget bygger på og er en korrigering av et forslag fra 2009.

Formålet med bestemmelsen er ifølge Finanstilsynet «å endre en praksis hvor

det rutinemessig ved hjelp av sikringsobligasjon legges til rette for utbetaling av hele eller deler av kjøpesummen til selger før kjøper har fått rettsvern for sitt erverv eller långivere har fått rettsvern for sitt pant».

Bakgrunnen for dette er at en slik praksis «medfører en risiko for kjøper ved at selgers fordringshavere kan ta beslag i eiendommen til tross for at kjøpesummen er utbetalt til selger».

Det foreslås flere unntak fra hovedregelen. For det første foreslås det at hovedregelen kan fravikes i avtale mellom kjøper og selger dersom det er forhold på kjøpers side som hindrer etablering av rettsvern innen rimelig tid, og beløpet som utbetales er forsvarlig sikret med pant i rettigheten oppdraget gjelder. For det andre foreslås det at hovedregelen ikke er til hinder for avtale med vilkår som nevnt i bustadoppføringslova § 47. For det tredje foreslås en bestemmelse, som åpner for at hovedregelen kan fravikes i de tilfeller der kjøper har stilt vilkår om utlevering av hjemmelsdokument uten tinglysing. Unntaket innebærer at kjøper i forbindelse med avtaleinngåelsen fremdeles kan stille som vilkår at selger utsteder såkalt blankoskjøte.

Når det gjelder formidling av nærings-eiendom, fremgår det av høringsnotatet at det allerede følger av



eiendomsmeglingsforskriften § 1-2 at eiendomsmeglingsloven § 6-9 kan fravikes ved avtale i slike tilfeller. Hovedregelen vil imidlertid komme til anvendelse også ved næringsmegling dersom annet ikke skulle være avtalt. Det fremgår videre at alminnelig leieformidling ikke vil være omfattet av forslaget, og det er foreslått unntak fra hovedregelen for formidling av boliger beliggende i utlandet, såkalt utenlandsmegling, ved endring i eiendomsmeglingsforskriften § 1-4. Finanstilsynet uttaler at meglers plikter i disse tilfellene vil bero på oppdragsavtalen, avtalen mellom partene i eiendoms-handelen og meglers omsorgsplikt etter eiendomsmeglingsloven § 6-3.

Enkelte virkninger av forslaget – «Back to basic»

Lovforslaget vil innebære at eiendomsmeglingsforetak og andre med tillatelse til å drive eiendomsmeglingsvirksomhet må legge om sin praksis.

Dersom bestemmelsen blir vedtatt og det ikke er hjemmel for å fravike denne, vil praksisen som har utviklet seg de senere år, ikke lenger kunne opprettholdes. Lovforslaget innebærer således at man må gå tilbake til tradisjonell praksis med sluttoppgjør etter hjemmelsoverføring.

Forslaget innebærer også at praksisen

hvoretter det avtales forskuddsbetaling som er å anse som en reell kredittytelse fra kjøper til selger, vil måtte opphøre ved oppgjør som forestås av mellommann.

Det vil fremdeles – som hovedregel – være adgang til å avtale at kjøper skal betale inn et kontantvederlag (som ikke kan være bundne midler) ved kontraktsinngåelsen, typisk 10 % av kjøpesummen, i samsvar med tradisjonell praksis. Finanstilsynet omtaler ikke dette som et forskudd, men som en sikkerhetsstillelse fra kjøpers side, som skal deponeres på meglers konto inntil begge parter har oppfylt avtalen. Finanstilsynet understreker i sitt høringsnotat viktigheten av at vilkårene for disponering av et slikt depositum er tilstrekkelig regulert mellom partene.

For å unngå tvil dersom tvist oppstår mellom kjøper og selger, hvor en av partene krever utbetalt det innbetalte beløpet til seg, kan det for eksempel avtales at det deponerte beløp i slike tilfeller skal stå på klientkonto inntil det foreligger skriftlig samtykke fra den av partene som ikke krever utbetalt beløpet eller inntil det foreligger en rettskraftig dom.

I forlengelsen av praksisen med avtale om kredittytelse fra kjøper til selger i form av forskuddsbetaling, har det vært vanlig å avtale at selger gir meglerforetaket rett

til å disponere det innbetalte forskudd til dekning av meglerhonorar og utlegg. Som følge av at det ikke lenger kan avtales forskuddsbetaling i form av kredittytelse fra kjøper til selger, vil også slik avtalepraksis måtte opphøre ved vedtakelse av forslaget. Finanstilsynet uttaler følgende om dette i høringsnotatet fra desember 2010: «Dersom kjøper eller selger seg i mellom ønsker andre oppgjørsvilkår enn det som faller innenfor rammene av lov- og forskriftsforslaget, for eksempel at kjøper skal yte kreditt til selger i form av forskuddsbetaling av kjøpesummen eller at kjøpesummen skal stilles til disposisjon for kjøper før kjøper har fått hjemmel til eiendommen, må megler overlate oppgjøret til partene selv [...]»

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Lindy Ulltveit-Moe
lum@wr.no



Leif Petter Madsen
lpm@wr.no

HØYESTERETT – MORSELSKAPET KAN HOLDES ANSVARLIG FOR DATTERSELSKAPETS FORURENSNINGSANSVAR

Høyesterett fastslo i en dom fra 2010 at et morselskap kan holdes ansvarlig for datterselskapets offentligrettslige forurensningsansvar. Dommen innebærer et unntak fra det alminnelige selskapsrettslige utgangspunkt om begrenset ansvar for aksjeeiere.

Høyesterett uttalte i fjor at aksjeeierens begrensede ansvar for selskapets forpliktelse er et grunnleggende aksjerettslig prinsipp av stor samfunnsmessig betydning, blant annet for å stimulere til etablering av risikofylt virksomhet. Likefullt konkluderte Høyesterett i dom av 10. mars 2010 at morselskapet i kraft av å være aksjonær kan pålegges å gjennomføre og bekoste forurensningsundersøkelser som et datterselskap er forpliktet til å utføre. Dommen hadde for så vidt vært av mindre interesse dersom morselskapets ansvar hadde vært begrunnet i det alminnelige uaktsomhetsansvar som følger av aksjelovgivningen eller av de ulovfestede restriktive regler om ansvarsgjennombrudd. Morselskapets ansvar forankres imidlertid direkte i forurensningsloven og innebærer at prinsippet om aksjeeierens begrensede ansvar uthules.

Nærmere om Høyesteretts dom av 10. mars 2010

Tvisten som var underlagt behandling i Høyesterett gjaldt to eiendommer, hvor det fra henholdsvis 1918 og fra 1960-tallet, var drevet malings- og plastproduksjon. Bedriften som startet virksomheten på eiendommene, ble i 1983 fusjonert med et norsk datterselskap av et stort

internasjonalt foretak (heretter kalt morselskapet). I 1989 ble morselskapet ene-eier av det fusjonerte selskapet (heretter datterselskapet) og produksjonen på eiendommene ble avviklet i 1991, mens eiendommene ble solgt i 1995 og 1996. I de påfølgende år ble det foretatt en rekke selskapsrettslige transaksjoner, som ikke har noen betydning for Høyesteretts vurdering, og som det derfor ikke er nødvendig å omtale.

I 1997 ble datterselskapet pålagt å gjennomføre innledende miljøundersøkelser. Undersøkelsene viste at begge eiendommene var forurenset, og det ble senere lagt til grunn at forurensningen skyldtes utslipp fra virksomheten i perioden 1950-1970. Som følge av at datterselskapet ble avviklet i 2001, valgte Statens forurensningstilsyn (i dag Klima- og forurensningsdirektoratet) i 2004 å rette pålegget om ytterligere undersøkelser mot morselskapet. Vedtaket ble påklaget, men Miljøverndepartementet opprettholdt vedtaket. Morselskapet tok deretter ut stevning for domstolene med påstand om at vedtaket var ugyldig.

Den prinsipielle hovedproblemstilling som drøftes av Høyesterett, er om et

morselskap med hjemmel i forurensningsloven § 51 kan pålegges å gjennomføre eller bekoste undersøkelser og liknende tiltak. Ifølge § 51 kan forurensningsmyndighetene pålegge «den som har, gjør eller setter i verk noe som fører eller som det er grunn til å tro kan føre til forurensning, å sørge for eller bekoste undersøkelser eller lignende tiltak som med rimelighet kan kreves for» blant annet å kartlegge virkningen av forurensning, årsak til forurensning og hvordan forurensningen skal motvirkes.

Selv om morselskapet kun eide aksjer i datterselskapet, mente Høyesterett at den omfattende rådighet et morselskap kan ha over datterselskapet etter omstendighetene, innebærer at morselskapet kan «ha noe» som medfører forurensning. Videre uttales det at særlig hvor morselskapet er ene-eier, vil morselskapet ved sin bestemmende innflytelse kunne sørge for nødvendige tiltak for å unngå forurensning eller fare for forurensning fra datterselskapets virksomhet. Etter en gjennomgåelse av øvrige relevante rettskildefaktorer, hvor særlig lovens forarbeider og etterarbeider kommenteres, konkluderer Høyesterett med at forurensningsloven § 51 «åpner for å pålegge et



FOTO: © iStockPhoto

morselskap etter en helhetsvurdering å gjennomføre miljøtekniske undersøkelser og utredning av tiltak».

Selv om man kan være fristet til å kommentere Høyesteretts vurderinger og rettskildebruk, konsentreres den videre drøftelse om rekkevidden av høyesterettsdommen og hvilken praktisk betydning dommen vil ha for aksjonærer i selskaper som eier forurenset eiendom.

Hvem kan bli ansvarlig?

Morselskapets ansvar ble forankret i forurensningsloven § 51. Det var ikke et tema for Høyesterett om morselskapet kunne holdes ansvarlig etter de ulovfestede og restriktive regler om ansvarsgjennombrudd, det vil si hvor ansvar begrunnes med at det enten fremtrer som utilbørlig overfor kreditorene å

oppretholde ansvarsbegrensningen eller hvor det har vært en sammenblanding mellom selskapene, som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern (se nærmere høyesterettsdommene inntatt i Rt. 1996 side 672 og side 742).

I motsetning til hva staten ved Miljøverndepartementet hevdet i tidligere rettsinstanser, ble det for Høyesterett heller ikke anført at morselskapet på noen måte, gjennom selskapsstrukturen eller andre selskapsrettslige disposisjoner, hadde søkt å unndra seg ansvar for forurensningen. Det er således heller ingen spor i Høyesteretts vurderinger om at slike hensyn har vært vektlagt ved tolkningen.

Basert på uttalelser i dommen, vil imidlertid morselskapets ansvar være betinget

av at selskapet har tilstrekkelig styring og kontroll over datterselskapet. At det ene selskapet karakteriseres som et morselskap, innebærer i seg selv at selskapet har bestemmende innflytelse over et selskap, jf aksjeloven § 1-3 annet ledd. Tilstrekkelig styring og kontroll over datterselskapet må anses å foreligge dersom morselskapet har faktisk styring og avgjørende innflytelse over selskapets virksomhet.

Det kan hevdes at dommen ikke kun har betydning i konsernforhold, men at den også kan tas til inntekt for at enhver aksjeeier, som har faktisk styring og kontroll over et selskap, under omstendighetene kan holdes ansvarlig etter forurensningsloven § 51. Både den tolkning som er gitt av ordlyden og de momenter som Høyesterett utleder av lovens formål og

forarbeider, har direkte overføringsverdi overfor andre aksjeeiere med tilsvarende innflytelse over et selskap.

Ansvar også for opprydningstiltak og erstatningsansvar?

Kostnadene forbundet med miljøundersøkelser kan bli betydelige, men kan på den annen side fort bli bagatellmessige sammenliknet med kostnader som oppstår dersom forurensningen må fjernes (jf for eksempel opprydningskostnaden på ca. MNOK 250 i forbindelse med utbyggingen av Norges Varemesse på Lillestrøm). Forurensningsloven § 51 gjelder kun undersøkelsesplikten, mens pliktene til å treffe tiltak for å hindre at forurensning inntreffer og til å sørge for at virkningen av en inntrefft forurensning stanses, fjernes eller begrenses, er regulert i forurensningsloven § 7 annet ledd.

Selv om høyesterettsdommen er begrenset til å gjelde undersøkelsesplikten etter forurensningsloven § 51, vil tilsvarende synspunkter anføres ved tolkningen av § 7 annet ledd. Riktignok er ansvarssubjektet etter reglene om tiltaksplikt i § 7 annet ledd definert som «den ansvarlige» og ikke den som «har, gjør eller setter i verk noe», men sett i sammenheng med § 7 første ledd om forbudet mot å «ha, gjøre eller sette i verk noe» som kan medføre fare for forurensning, vil den som «har, gjør eller setter i verk noe» kunne bli betraktet som «den ansvarlige». Videre er de uttalelser i forarbeidene som Høyesterett vektlegger ved vurderingen av forurensningsloven § 51 gitt i tilknytning til hvem som er «den ansvarlige» etter § 7 annet ledd. For ordens skyld påpekes det at de øvrige vilkårene for tiltaksplikt etter § 7 annet ledd adskiller seg fra vilkårene for undersøkelsesplikt etter § 51, men dersom først disse øvrige vilkår er oppfylt vil altså dommen kunne tas til inntekt for at en aksjeeier med bestemmende innflytelse kan holdes tiltaksansvarlig.

Derimot kan ikke aksjeeierne i medhold

av forurensningsloven holdes erstatningsansvarlig for forurensningsskader som selskapet medfører. Et slikt ansvar ble både vurdert av lovgiver i 1989 i tilknytning til innføringen av erstatningsreglene i forurensningsloven (se forurensningsloven kapittel 8) og i 2006 i forbindelse med endringer i aksjelovgivningen. Som Høyesterett selv fremhever i ovennevnte dom, ønsket imidlertid ikke lovgiver å uthule begrensningene i aksjonæransvaret. At disse synspunkter fra lovgiver også burde ha vært vektlagt ved tolkningen av det offentligrettslige ansvaret etter forurensningsloven, får ligge i denne omgang.

Konkret helhetsvurdering

Selv om aksjeeieren har faktisk styring og kontroll over selskapet, vil ikke det være tilstrekkelig for at aksjeeieren kan pålegges å gjennomføre eller bekoste miljøundersøkelser og tiltak. En forutsetning for aksjeeierens ansvar er at selskapet i seg selv kunne vært holdt ansvarlig og at selskapet enten er avvirket eller ikke har økonomisk evne til å bære sine forpliktelser.

Videre har Høyesterett gitt uttrykk for at et ansvar først vil være aktuelt dersom aksjeeieren etter en konkret helhetsvurdering utpeker seg som ansvarlig. Ved den konkrete vurderingen i den aktuelle sak, ble det sett hen til morselskapets innflytelse over datterselskapet samt datterselskapets tilknytning til forurensningen.

Etter min oppfatning er denne tilnærmingen forkjær. I forbindelse med spørsmålet om et morselskap i det hele tatt kan holdes ansvarlig, legger Høyesterett avgjørende vekt på at det vil «være naturlig å si at morselskapet har noe» dersom morselskapet har faktisk styring og kontroll med datterselskapet. Motsetningsvis vil en aksjeeier, som ikke har slik innflytelse, ikke «ha noe» og følgelig er det heller ikke hjemmel for å pålegge ansvar. Selv om det må vurderes nærmere om hva som

ligger i kravet til faktisk styring og kontroll (spørsmålet kom ikke på spissen i saken da morselskapet var eeneier), er dette et vilkår for ansvar og ikke et moment i en helhetsvurdering.

Videre vil de sentrale momenter som skal vektlegges ved ansvarsvurderingen, hvor særlig tilknytning til forurensningen og mulighet til å treffe effektive tiltak har betydning, først måtte vurderes i forhold til selskapets ansvar. En slik vurdering vil kunne innebære at selskapet ikke kan holdes ansvarlig, for eksempel som følge av at tilknytningen til forurensningen er avledet, og da vil, som nevnt, heller ikke aksjeeieren kunne holdes ansvarlig. Dersom det derimot på bakgrunn av en slik konkret helhetsvurdering konkluderes med at selskapet er ansvarlig, vil det kun unntaksvis kunne tenkes at aksjeeieren, etter Høyesteretts dom, ikke kan holdes ansvarlig.

Det vil føre for langt å belyse i hvilke tilfeller et selskap (og derigjennom eventuelt aksjeeieren) kan holdes ansvarlig. Det påpekes likevel at for eksempel et eiendomsselskap i utgangspunktet verken kan holdes tiltaksansvarlig for forurensning som skyldes leietakers virksomhet (trolig med unntak av forurensning på egen grunn) eller hvor selskapet kun har vært mellomliggende eier av forurenset eiendom og ikke selv eller via et oppkjøpt selskap har forårsaket forurensningen.

Konsekvenser for eiendomsbesittere

Det er ikke uvanlig at større eiendomsbesittere organiserer virksomheten slik at det på toppen av selskapsstrukturen ligger et holdingselskap/morselskap mens de enkelte eiendommer er plassert i egne selskaper, såkalte SPV-selskaper hvis eneste aktiva er den konkrete eiendommen. SPV-selskapene er enten eid direkte av holdingselskapet/morselskapet eller gjennom et mellomliggende eiendomselskap. Tilsvarende er flere eiendomsfond organisert slik at et fondsselskap/



morselskap eier SPV-selskaper hvor de enkelte eiendommer er plassert. Videre vil også private eiendomsbesittere ofte eie eiendommer gjennom SPV-selskaper.

Dersom et av SPV-selskapene i et slikt tilfelle kan pålegges undersøkelsesplikt eller tiltaksplikt, vil også et holdingselskap/morselskap/fondsselskap eller en juridisk eller privat person, som har faktisk styring og kontroll over SPV-selskapet, under omstendighetene kunne pålegges ansvar og det uavhengig av om selskapet eller den private eieren har handlet uaktsomt eller har søkt å unndra seg ansvar

gjennom selskapsrettslige disposisjoner. Dersom for eksempel et holdingselskap kjøper en industritomt gjennom et nyopprettet 100 % eid SPV-selskap, vil holdingselskapet kunne holdes ansvarlig dersom SPV-selskapet ikke har økonomisk evne til å etterkomme et pålegg om opprydning.

For å begrense risikoen for forurensningsansvar i slike sammenhenger, bør andre selskapsstrukturer vurderes og, som alltid, bør forurensningsansvaret reguleres i de kontrakter som inngås ved kjøp og salg av eiendommer/selskaper. Selv om

en avtale ikke er bindende i forhold til det offentligrettslige forurensningsansvar, vil en avtale, forutsatt at kontraktspartene har tilstrekkelig økonomisk evne, kunne begrense den økonomiske eksponeringen.

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:



Morten Hugo Berger
mhb@wr.no

NÆRINGSEIENDOMSTEAMET HOS WIKBORG REIN

Partnere

Lars-Kaspar Andersen
(+47) 917 16 383, lka@wr.no

Morten Hugo Berger
(+47) 977 74 607, mhb@wr.no

Haakon Blaauw
(+47) 905 54 064, hbl@wr.no

Erlend W. Holstrøm
(+47) 911 32 417, ewh@wr.no

Leif Petter Madsen
(+47) 915 42 885, lpm@wr.no

Line Ravlo-Losvik
(+47) 952 23 394, lra@wr.no

Bjørn Frode Skaar
(+47) 970 55 552, bfs@wr.no

Geir Sviggum
(+86) 1391 861 3473, gsv@wrco.com.cn

Senioradvokater

Torkjel Valland
(+47) 970 55 561, tva@wr.no

Gøran Mjelde Aarvik
(+47) 908 45 263, gla@wr.no

Fast advokat

Marius Egeberg
(+47) 996 30 464, meg@wr.no

Peter Grape
(+47) 913 04 955, pgr@wr.no

Hans Jørgen Langeland
(+47) 910 00 619, hjl@wr.no

Kenneth Foyn Markeng
(+47) 408 56 043, kfm@wr.no

Advokatfullmektiger

Jørgen Aas Eide
(+47) 907 57 526, kel@wr.no

Kristin Eliasson
(+47) 907 57 526, kel@wr.no

Andreas Kildal
(+47) 470 19 494, akd@wr.no

Silje Mjelle
(+47) 915 28 531, smj@wr.no

Tormod Ludvik Nilssen
(+47) 905 80 478, ken@wr.no

Anders Skage Thinn
(+47) 938 66 401, ath@wr.no

Lindy Ulltveit-Moe
(+47) 975 47 115, lum@wr.no

WIKBORG REINS KONTORER

Oslo

Kronprinsesse Märthas pl. 1
Postboks 1513 Vika
0117 Oslo, Norway
Tel.: +47 22 82 75 00
Fax: +47 22 82 75 01
oslo@wr.no

London

Cheapside House, 138 Cheapside
London EC2V 6HS, England
Tel.: +44 20 7367 0300
Fax: +44 20 7367 0301
london@wr.no

Singapore

6 Raffles Quay #10-05/06
Singapore 048580
Tel.: +65 6438 4498
Fax: +65 6438 4496
singapore@wr.no

Bergen

Olav Kyrresgt. 11
Postboks 1233 Sentrum
5811 Bergen, Norway
Tel: +47 55 21 52 00
Fax: +47 55 21 52 01
bergen@wr.no

Shanghai

Hong Kong New World Tower, Room 1302
No. 300 Huai Hai Middle Road
Shanghai 200021, China
Tel.: +86 21 6339 0101
Fax: +86 21 6339 0606
shanghai@wr.no

Kobe

Sannomiya Kokusai Bldg. 5F
1-30, Hamabe-dori 2-chome, Chuo-ku
Kobe 651-0083, Japan
Tel.: +81 78 272 1777
Fax: +81 78 272 1788
kobe@wr.no