

Selgers ansvar etter ny meglerstandard og håndtering av DD-funn

Foredrag Tigerseminaret, 26. august 2020

Jørgen Lindboe, Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS



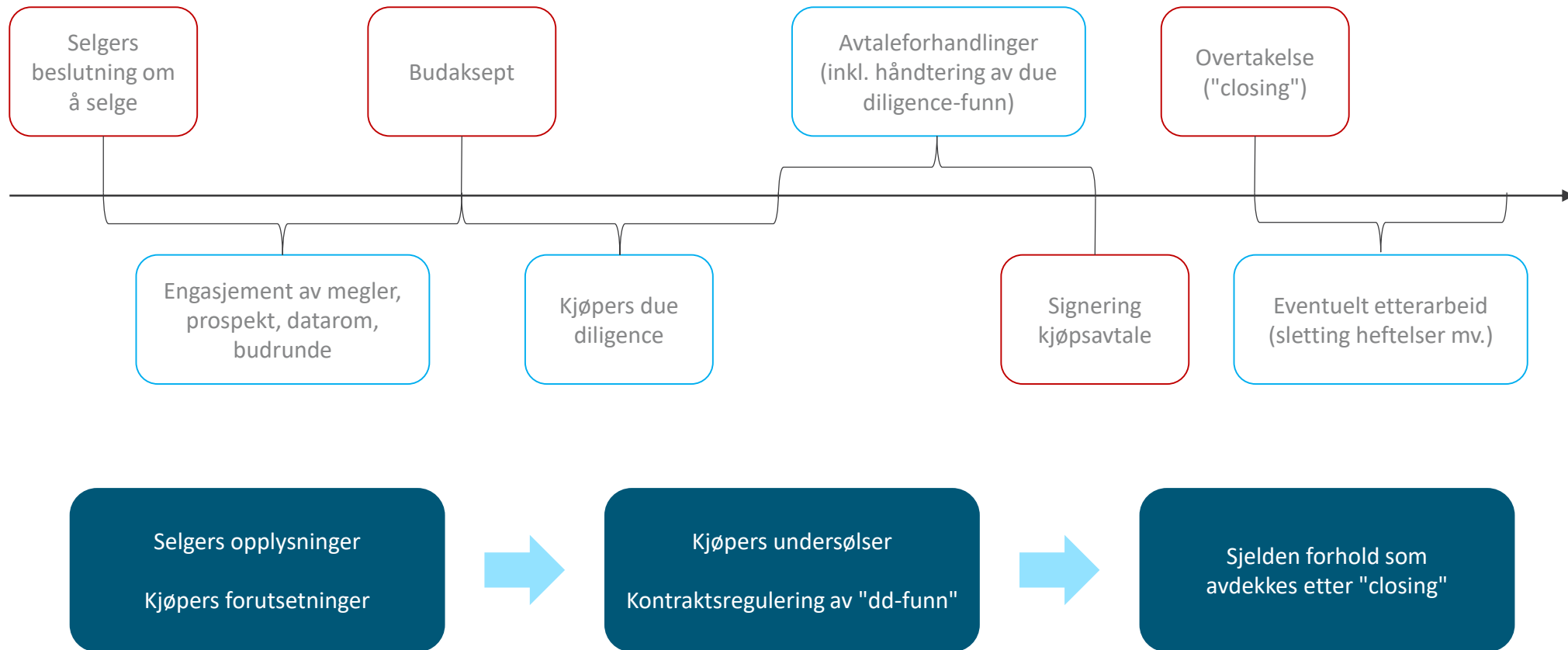
Tema for foredraget

Selgers ansvar etter ny meglerstandard

Regulering av dd-funn

*Transaksjonsprosessen og
meglerstandardens oppbygging*

Gangen i en næringseiendomstransaksjon

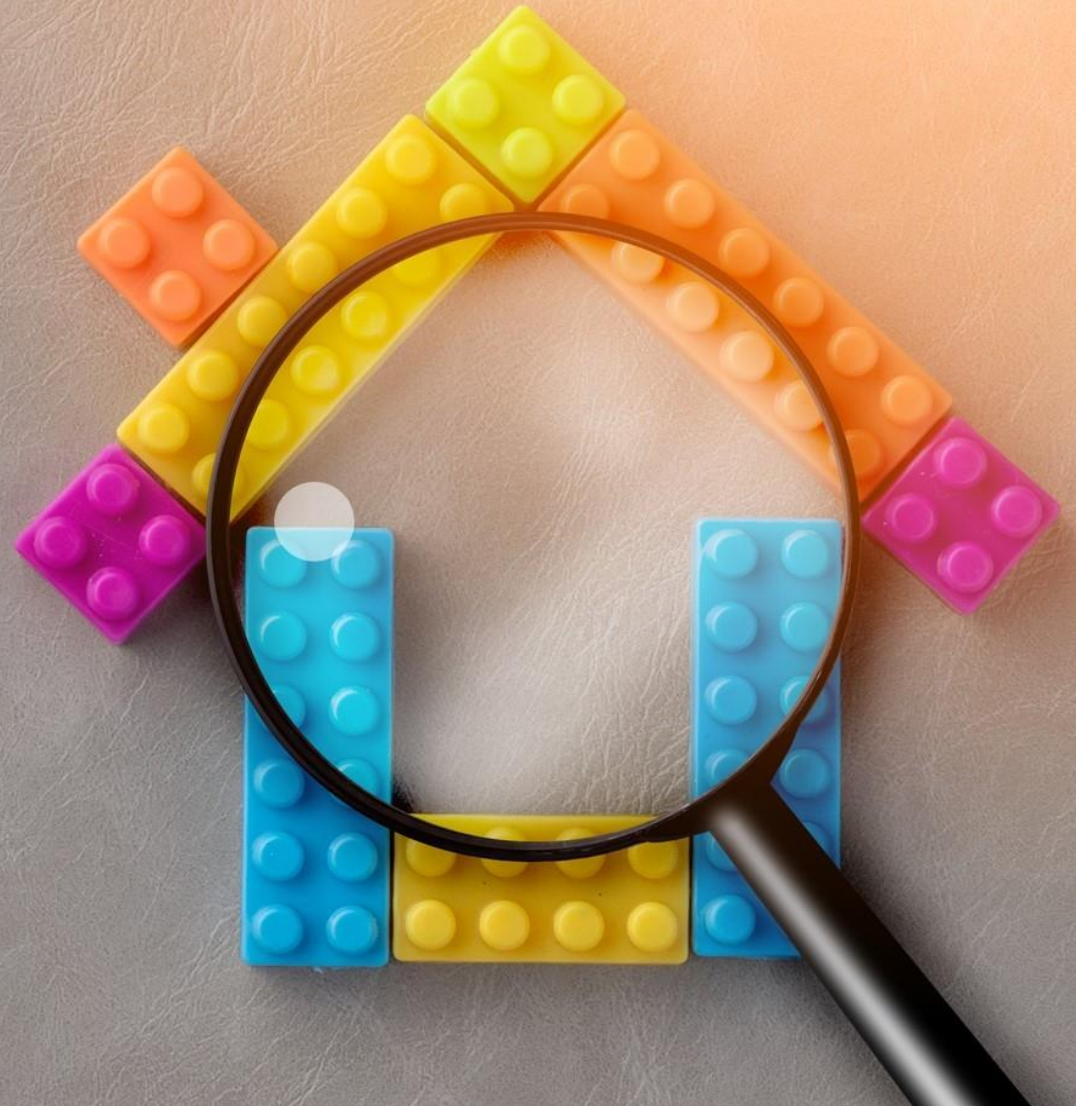


Meglerstandardens utgangspunkt

- **Meglerstandard – "as is" både i forhold til eiendommen og selskapet**
 - Meglerstandarden punkt 6.4

"Kjøper fraskriver seg herved så langt gjeldende rett tillater det, enhver rett til å gjøre krav gjeldende mot Selger som følge av at salgsobjektet ikke er som det skal være, i medhold av kjøpsloven § 19 (1) bokstav a, b og c, avhendingsloven § 3-7, 3-8 og 3-9, andre regler om ansvar for uriktige og manglende opplysninger og ethvert annet lovfestet eller ulovfestet grunnlag utenfor denne avtalen."
- **"As is" – reguleringen er imidlertid bare et utgangspunkt**
 - Det foreligger en mangel dersom selger har brutt sin opplysningsplikt
 - Informasjonsansvaret er nå regulert som en del av garantiene selger gir i punkt 7, nytt punkt 7 (a) og 7 (b)
 - Avtaletekniske / pedagogiske hensyn som ligger bak
 - Tanken er at partene skal kunne ta utgangspunkt i kontraktsteksten uten å måtte sjekke bakgrunnsretten / lese loven

*Meglerstandardens regulering av
selgers opplysningsplikt*



Punkt 7 (a) og (b)

- 7 (a) (**Manglende opplysninger**)

"Selger har opplyst Kjøper om de omstendighetene vedrørende Selskapet og Eiendommen som Selger kjenner til ved signering av denne avtalen, og som Kjøper har grunn til å regne med å få. «Grunn til å regne med å få» skal forstås på samme måte som i kjøpsloven § 19 (1) bokstav b."

- 7 (b) (**Uriktige opplysninger**)

"De opplysninger vedrørende omstendigheter ved Selskapet og Eiendommen som Kjøper har mottatt fra Selgers side før signering av denne avtalen, er riktige [Alt: så langt Selger kjenner til]. Denne garantien omfatter ikke opplysninger i dokumenter utarbeidet av andre enn Selger eller selskap i samme konsern som Selger, med mindre Selger kjenner til at opplysningene er uriktige ved signering av denne avtalen."

Nærmere om opplysningsplikten

- **Manglende opplysninger**, jf. kjl § 19 (1) bokstav b (avhl § 3-7)
- Reglene og punkt 7 (a) har sitt utspring i det alminnelige lojalitetskravet i kontraktsforhold
- Selgers fortielser kan skape forventninger for kjøper, reglene sørger for at disse forventningene bestemmer innholdet av selgers forpliktelser etter avtalen
- De nå være snakk om manglende opplysninger om "*vesentlige forhold*" ved selskapet, eiendommen mv. (Meglerstandarden/kjøpsloven: "*grunn til å regne med å få*")
- Vesentlighetskravet har også en side mot årsakskravet og at det ville ha hatt en innvirkning på kjøpet (avtalevilkårene) dersom kjøper hadde fått disse opplysningene.
- Punkt 7.2: "*Med forhold Selger kjenner til i punkt 7.1 menes både de forhold som Selger faktisk kjenner til ved signering av denne avtalen, og de forhold som Selger ikke har en rimelig grunn til å være uvitende om på dette tidspunktet. Selger hefter ikke for manglende opplysninger fra andre enn Selger selv.*"

Nærmere om opplysningsplikten

- **Uriktige opplysninger**, jf. kjl § 19 (1) bokstav a (avhl § 3-8)
- Selv om eiendomsselskapet er solgt "as is" har selger risikoen for uriktige opplysninger, jf. punkt 7(b)
- Gjelder ikke opplysninger utarbeidet av andre selger (med mindre selger kjenner til at opplysningene er uriktige ved signering av avtalen)
- Opplysningene må objektivt sett være uriktige
- Opplysningene må ha vært konkrete og hatt en innvirkning på kjøpet (årsakskrav)

Begrensninger i selgers ansvar

- Er det "as is " når selger har opplysningsplikt og selger gir forholdsvis omfattende garantier i punkt 7?
- Selgers ansvar begrenses gjennom andre bestemmelser i standarden
 - Kjøpers **kunnskap** vil innebære at det ikke kan gjøres gjeldende mangels- og/eller garantikrav, jf. standardens punkt 8.2

"Kjøper kan ikke gjøre gjeldende som brudd på punkt 7 noe som han selv faktisk kjente til ved inngåelsen av denne avtalen, eller noe som rimelig klart og tydelig fremgår av de skriftlige opplysningene som Kjøper har mottatt fra Selgers side før signering av denne avtalen."

- I lys av at en kjøper normalt vil gjennomføre due diligence-undersøkelser (juridisk/teknisk/finansiell), og at selger regelmessig gir omfattende informasjon i den forbindelse, innebærer bestemmelsen en svært viktig begrensning i selgers mulige ansvar
- Gjelder ikke for såkalte "Fundamentale Garantiene"

Begrensninger i selgers ansvar forts.

- Reklamasjonsreglene jf. standardens punkt 8.3
 - 5 år for de såkalte "Fundamentale Garantiene"
 - 18 måneder for andre krav
- Beløpsmessige ansvarsbegrensninger, jf. standardens punkt 8.4 og 8.5
 - a) 0,1 % av Eiendomsverdien for enkeltstående krav (de minimis)
 - b) 1 % av Eiendomsverdien for samlede tap (basket)
 - c) Selgers samlede ansvar er begrenset til 10 % av Eiendomsverdien (cap)
 - Terskelverdiene i a) og b) gjelder også for de Fundamentale Garantiene – annen viktig begrensning.
- Hva mener jeg?



Håndtering av DD-funn



Håndtering av DD-funn

Hovedalternativer

Prisavslag

Selger skal bringe forholdet i orden

Skadesløsholdelse og garantier

Hovedalternativer

- **Prisavslag**
- **Forpliktelse for selger til å bringe forholdet i orden**
 - Bringe forholdet i orden etter overtakelse
 - Bringe forholdet i orden før overtakelse som en betingelse for gjennomføring (CP)
- **Skadesløsholdelse**
- **(Fundamental Garanti)**



Nærmere om prisavslag

- **Når er det særlig aktuelt med prisavslag**

- Utbedring av forholdet er ikke mulig

(omstendigheter ved eiendommen var ikke som forutsatt (lavere leieinntekter enn forutsatt, færre parkeringsplasser, tomten eller bygningsmassen var mindre enn forutsatt)

- Utbedring er vanskelig
- Kjøper ønsker å utbedre selv

- **Fordeler med prisavslag**

- Endelig avsluttet /"Clean cut" – slipper ytterligere diskusjoner og selger får ingen "haler"

- **Ulemper**

- Utbedring kan bli dyrere enn forutsatt
- Kjøper må bruke ressurser på å få det utbedret

- **Prisavslaget skal avhjelpe et forhold som må utbedres - kjøper skal ikke komme bedre ut**

- Fradrag for standardheving
- Er forholdet noe som leietaker er ansvarlig for (erklæring fra leietaker + garanti fra selger)

Nærmere om prisavslag (skattemessige konsekvenser)

- Reduksjon av "Eiendomsverdien" eller fradrag ved beregningen "Kjøpesummen"
- Skattemessige konsekvenser (der hvor prisavslaget er gitt som følge av en faktisk utbedringskostnad og fradrag ved beregningen av Kjøpesummen)
 - Skatterettslig vil utbedringskostnaden enten kunne fradragsføres direkte eller aktiveres på skattesaldo
 - Aktiveres på saldo (normalt liten diskusjon, "skatterabatten" reduseres iht. avtalt prosentsats)
 - Utbedringskostnaden skal fradragsføres (må beregne nåverdi av skattefordelen ($< 22\%$))
 - Hva er avtalt? Kjøper mente at det skulle være en "rundsumskompensasjon" og at det ikke skal gjøres fradrag for skattefordelen

Selger skal bringe forholdet i orden (etter overtakelse)

- **Når er det aktuelt at selger er forpliktet til å bringe forholdet i orden**
 - Selger mener at mangelen kan utbedres på en billigere og/eller enklere måte en estimat/forslag fra teknisk rådgiver
 - Kjøper ønsker ikke administrere utbedringsarbeidene eller ha kostnadsrisiko
 - Det er rimelig klart at forholdet lar seg utbedre
 - Forholdet er ikke av vesentlig betydning for transaksjonen (CP / Oppgjørsbetingelse)
- **Viktig at det er eiendomsselskapet som er oppdragsgiver**
 - Avtalereguleringen må utføres slik at selskapet er oppdragsgiver
 - Kjøper skal kun kompenseres for netto-kostnaden
 - Blir uansett "galt" at selger utfører og faktureres for arbeid som utføres på en eiendom som eies av et selskap selger har solgt



Selger skal bringe forholdet i orden (etter overtakelse) forts.

- **Sikkerhetsstillelse**

- Vanlig med sikkerhetsstillelse / tilbakehold (ytelse mot ytelse)
- Tilbakeholdt beløp frigis når forholdet er "tilfredsstillende" utbedret
- Hva er "tilfredsstillende"
- Definere konkret hva som selger er ansvarlig for (hva hvis utbedringen avdekker ytterligere mangelfulle forhold)
- Avregningsmekanisme (løpende utbetalinger, passer fint ved f.eks. manglende garantistillelser fra leietaker eller ved garantileie fra Selger)
- Selger har en dårlig posisjon – tvisteløsningsmekanisme?
- Avtale hvem som skal utføre arbeidet og hvem som skal godkjenne arbeidet (forskriftskrav, brannkrav, hva er tilfredsstillende utbedret – ikke noen eksakt vitenskap)

- **Avsetning (gjeldspost) i balansen for estimert utbedringskost + evt. buffer**

- Selger er ansvarlig for sluttkostnaden (har risiko for overskridelser og fordel ved besparelser)
- Her blir det et etteroppgjør, men partene slipper å sette beløpet inn på en særskilt konto etc.

CP'er - selger skal bringe forholdet i orden før overtakelse

- **Når er det aktuelt med CP'er / oppgjørsbetingelser**

- Forholdet er av vesentlig betydning for transaksjonen
- Det er rimelig klart at forholdet lar seg utbedre
- Gir lite fleksibilitet
- Ikke heldig for selger med en lang CP-liste. I dd- og kontraktsforhandlingsfasen så kan selger trekke seg dersom man ikke blir enige om håndteringen av dd-funn, men når kan selger kan trekke seg dersom selger ikke klarer å oppfylle en CP er mer usikkert (bør legge inn en tidsfrist) og på den andre side kan kjøper gå fra transaksjonen som følge av at mindre forhold ikke kommer på plass hvis selger har akseptert at dette legges inn som en CP.
- Heller ikke sikkert at kjøper ønsker å utsette gjennomføring eller trekke seg, gir mer fleksibilitet med utbedringsforpliktelse for selger i kombinasjon med skadesløsholdelse og/eller sikkerhetsstillelse
- Ikke å anbefale at kjøper bare legger inn alle dd-funnene som CP'er (mange kjøpere begynner med det)



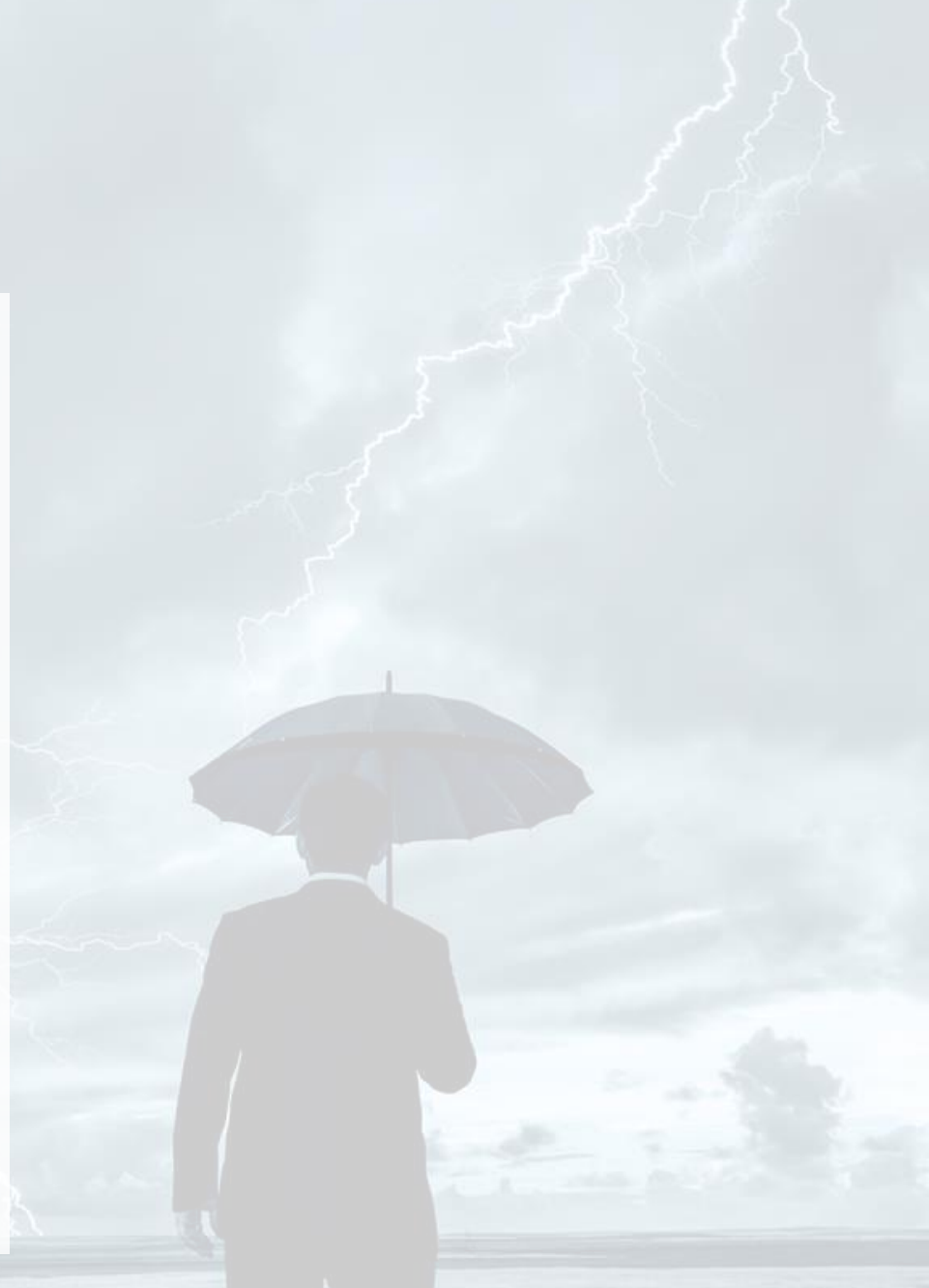
Skadesløsholdelser

- **Når er det aktuelt med Skadesløsholdelse**

- Generelt: Særskilt forhold som øker risikoeksponeringen, men usikkert om det risikoen materialiserer seg (og partene ønsker nødvendigvis ikke å rydde opp i forholdet, usikkert utfall og om det er nødvendig)
- Eksempler: Det kan være forhold som øker risikoen for kjøper uten at det nødvendigvis er gjort noe galt, f.eks. forutgående fisjoner og fusjoner)
- Det er usikkerhet om ting er håndtert korrekt skatte- og avgiftsmessig. Selger og kjøpers rådgivere er uenige om ting er håndtert korrekt. (put your money where your mouth is)
- Tvist: Leietaker har fremmet et krav som er avvist av utleier, der er inngått en forlik, men er tvisten endelig avsluttet
- Utleier har fakturert for mye leie

- **Kan skadesløsholdelsen gis overfor eiendomsselskapet?**

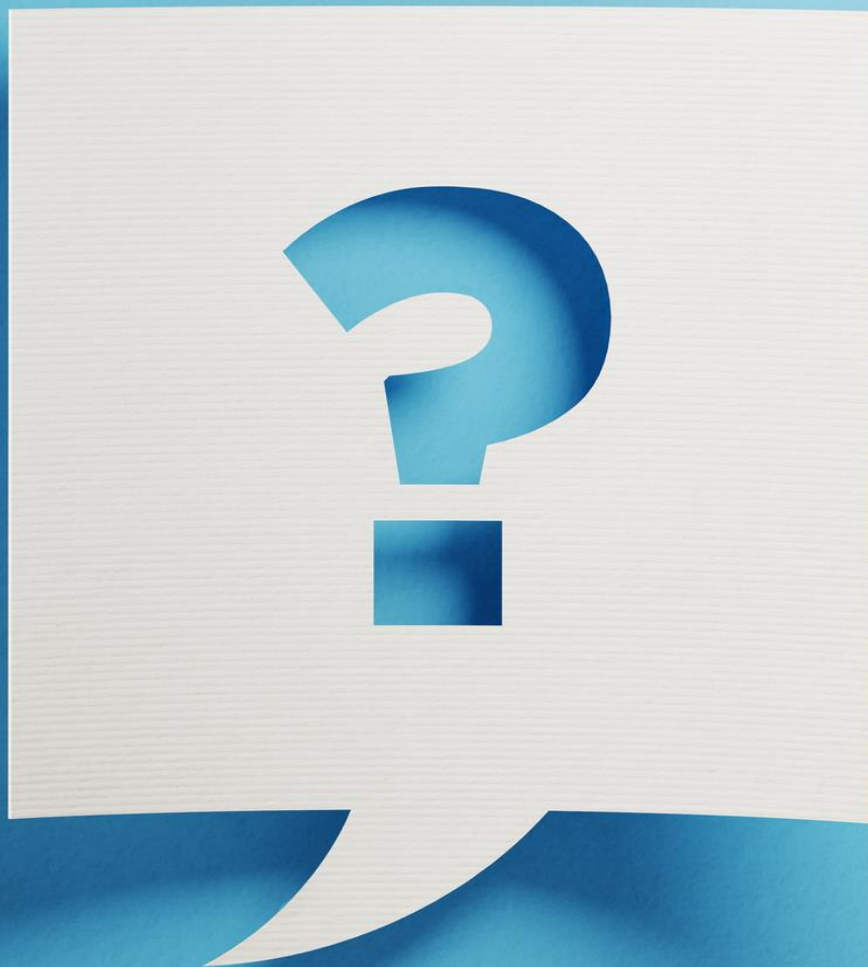
- Anbefaler at man legger inn dette, kan unngå å måtte gi tilsvarende skadesløsholdelse ved evt. videresalg



Fundamental Garanti

- **Utvide de Fundamentale Garantiene**

- Ligger allerede inne for skatt, avgift + eierskap til aksjer og eiendom
- Kan legge til flere garantier som Fundamentale (f.eks. årsregnskap og estimert og revidert balanse)
- Kan unnta de Fundamentale Garantiene fra beløpstersklene i punkt 8.4 a) minimumsbeløp og b) terskel
- Utvide reklamasjonsfristen for de Fundamentale Garantiene i punkt 8.3
- **Når er det aktuelt:**
- Litt samme anvendelsesområde som skadesløsholdelse.
- Mindre sannsynlig at risikoen materialiserer seg i et krav mot selskapet
- Ønsker ikke eksplisitt regulering av forholdet i kjøpekontrakten



SVW er et av de største advokatfirmaene i Norge, og har ekspertise innenfor et vidt spekter av bransjer og fagområder

- Simonsen Vogt Wiig er et ledende forretningsjuridisk advokatfirma.
- Våre 180 advokater bistår alle sentrale bransjer, og bygger varige relasjoner med våre klienter ved å kombinere inngående forretningsforståelse og juridisk spisskompetanse i rådgivningen.
- Høy kvalitet i alle ledd skal være førende for vår virksomhet. Gjennom samarbeid og tilgjengelighet tilrettelegger vi for relevant og effektiv kommunikasjon og rådgivning til våre klienter.
- Vi har kapasitet til å være både spesialiserte og allsidige, og ekspertise til å løse de mest krevende problemstillingene og de største oppdragene.
- *Vår visjon er at vi skal ha de mest fornøyde kundene*

Utvalgte bransjer

Bank og finans

Detaljhandel (inkl. netthandel)

Energi og fornybar energi

Eiendom og entrepriser

Fintech

Offentlig sektor

Shipping og offshore

Telekom og media

Transport

Utvalgte fagområder

Arbeidsrett

Compliance og granskning

EU- og konkurranserett

Immateriell rett

Kontraktsrett

Miljørett

Personvern

Prosedyre

Skatt og avgift

Takk for oppmerksomheten!



Jørgen Lindboe

Partner

+47 918 03 814

jli@svw.no



simonsen
vogtwing