



DET KONGELIGE  
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

# Ot.prp. nr. 83

(2005–2006)

---

## Om lov om endring i veglov 21. juni 1963 nr. 23

(konkurs i OPS-selskapet)

*Tilråding fra Samferdselsdepartementet av 9. juni 2006,  
godkjent i statsråd samme dag.  
(Regjeringen Stoltenberg II)*

### **1 Proposisjonens hovedinnhold**

---

Samferdselsdepartementet foreslår i denne proposisjonen en ny bestemmelse i vegloven (ny § 21) om at OPS-selskapets konkursbo ikke har rett til å tre inn i en OPS-avtale dersom minst halvparten av selskapets vederlag skal betales etter at vegen er åpnet for trafikk.

### **2 Bakgrunn**

---

Stortinget har vedtatt at tre ulike riksvegprosjekter skal gjennomføres etter den såkalte OPS-modellen (Offentlig Privat Samarbeid). Kontrakt for det første prosjektet, E39 Klett – Bårdshaug i Sør-Trøndelag, ble inngått i april 2003. Kontrakt for det andre prosjektet, E39 Lyngdal – Flekkefjord i Vest-Agder, ble inngått i april 2004. Kontrakt for det tredje prosjektet, E18 Grimstad – Kristiansand i Vest-Agder og Aust-Agder, ventes inngått i 2006.

OPS-modellen som er benyttet av Statens vegvesen Vegdirektoratet i forbindelse med disse prosjektene, går ut på at Vegdirektoratet inngår en avtale med et privat selskap (OPS-selskapet) som påtar seg å finansiere, prosjektere, bygge, drifte og vedlikeholde et veganlegg mot et vederlag fra staten. OPS-selskapets ansvar, herunder plikt til å

drifte og vedlikeholde veganlegget, løper i mange år – i de to prosjektene hvor kontrakt er inngått er driftsfasen avtalt til 25 år. Ved utløpet av denne perioden opphører OPS-selskapets drifts- og vedlikeholdsplikt, og staten overtar ansvaret for veganlegget.

Kjernen i kontraktsmodellen er at OPS-selskapet over en lang tidsperiode påtar seg en totalleveranse av et veganlegg som skal tilfredsstille visse nærmere definerte funksjonskrav, og at selskapet i denne perioden har et helhetsansvar for veganlegget med hensyn til blant annet fremkommelighet, trafikkikkerhet, estetikk og miljø, samt overfor trafikanter og omgivelser for øvrig. Ved at OPS-selskapet både skal ha ansvar for prosjektering/bygging og senere drift og vedlikehold, tvinges selskapet til å anlegge et livssyklusperspektiv på veganlegget, hvilket en antar blant annet vil kunne føre til en optimalisering av forholdet mellom kvalitet, byggekostnader og drifts- og vedlikeholdskostnader.

Etter den OPS-modellen som benyttes av Vegdirektoratet, vil staten som utgangspunkt ikke være forpliktet til å betale vederlag for OPS-selskapet har ferdigstilt veganlegget slik at det kan åpnes for trafikk. Vederlaget vil deretter utbetales i terminer, og være betinget av at veganlegget oppfyller visse avtalte minimumskrav til kvalitet, tilgjengelighet (at det ikke må stenges), sikkerhet og miljø

mv. Dette gjør at OPS-selskapet får en sterk oppfordring til å sørge for at veganlegget er mest mulig sikkert og tilgjengelig mv. i hele drifts- og vedlikeholdsperioden.

Konsekvensen av at vederlaget først opptjenes når vegen er åpnet for trafikk, er at OPS-selskapet må finansiere hele utbyggingen. I de to prosjektene hvor det til nå er inngått kontrakt, har finansieringen bestått av noe egenkapital fra OPS-selskapets eiere, samt i første rekke lån fra banker. I hvert av prosjektene har de aktuelle OPS-selskapene tatt opp lån på langt over én milliard kroner. Ved denne prosjektfinansieringsmodellen vil långivers primære sikkerhetsrett for sitt krav på tilbakebetaling av lånet, være en avtalt panterett i OPS-selskapets fremtidige vederlagskrav mot staten.

Da gjeldende rett med hensyn til om OPS-selskapets konkursbo har inntredelsesrett i OPS-avtalen ikke kan anses avklart, og fordi en eventuell inntreden vil kunne ha svært negative konsekvenser for både staten og for OPS-selskapets långivere, er det etter departementets oppfatning behov for en lovregulering.

### 3 Nærmere begrunnelse for lovforslaget

Et sentralt formål med boets inntredelsesrett er å øke omfanget av midlene kreditorfellesskapet kan ta beslag i ved å gi boet en rett til å tre inn i de kontrakter som er gunstige for boet (se Arne Tjaum: Valuta- og renteswaper (1996), side 361-364, Sjur Brækhus: Konkursrett (1970), side 163, og Mads H. Andenæs: Konkurs (1999), 2. utgave, side 149). Dessuten skal inntredelsesretten sikre at *«avviklingen av skyldnerens bedrift [skal] kunne skje noenlunde rasjonelt,»* se NOU 1972: 20 side 311.

OPS-selskapet vil normalt være stiftet utelukkende med det formål å være part i OPS-avtalen og vil derfor ikke ha vesentlig andre beslagbare eiendeler av betydning enn denne avtalen. Samtidig kan en rett til å tre inn i OPS-avtalen gi boet en betydelig gevinst. Dette skyldes at det vederlaget staten skal betale til OPS-selskapet etter at vegen er ferdigstilt, også skal sette OPS-selskapet i stand til å betale renter og avdrag på de betydelige lån som er tatt opp for å finansiere byggingen av veganlegget. Etter at vegen er ferdigstilt ville en inntredelsesrett for boet innebære at det kunne få rett til hele dette vederlaget, mot kun å utføre kontraktsmessig drift og vedlikehold.

Det er derfor klart at de ovennevnte hensynene til kreditorfellesskapets beslagsrett og rasjonell

bobehandling kan bli skadelidende hvis boet nektes rett til å tre inn i en OPS-avtale.

På den annen side tilsier hensynet til staten som kontraktspart at insolvens hos OPS-selskapet bør gi staten hevningsrett. For staten ville det utgjøre en uakseptabel risiko for mislighold av avtalen, med tilhørende risiko for at eksempelvis sikkerheten for trafikantene ikke ivaretas, hvis OPS-selskapets konkursbo skulle være ansvarlig for å oppfylle avtalen. Selv om OPS-avtalen ikke krever *personlig* oppfyllelse fra OPS-selskapet i dekningslovens vanlige forstand, har det stor betydning for staten at de som opptrer på OPS-selskapets vegne og dermed i praksis har ansvaret for at OPS-avtalen oppfylles, har den nødvendige kompetanse til å besørge kontraktsmessig oppfyllelse. Konkursbehandlingen vil innebære at bobestyreren og kreditorutvalget overtar det overordnede ansvaret for at OPS-avtalen oppfylles. Hvorvidt boorganene har den kompetanse som trengs for å påta seg dette ansvaret, vil kunne være usikkert.

Dessuten vil det forhold at konkursbehandlingen innebærer en avvikling av OPS-selskapets forretningsdrift, gi boet en manglende oppfordring til å ivareta de langsiktige kravene eller målsettingene for OPS-prosjektet. For staten er det viktig at vegen i hele driftsperioden og ved statens overtakelse etter driftsperiodens utløp oppfyller de fastsatte krav til kvalitet, tilgjengelighet, sikkerhet og miljø mv. OPS-avtalen sikrer at OPS-selskapet har en sterk oppfordring til å tilfredsstille disse kravene i hele avtalens løpetid ettersom selskapets krav på vederlag, og dermed blant annet evnen til å betjene sine lån, avhenger av i hvilken grad det klarer å oppfylle OPS-avtalens krav. Konkursboet har på sin side liten interesse av å tilfredsstille OPS-avtalens krav eller målsettinger i den del av driftsperioden som går ut over konkursboets avviklingstid.

I tillegg vil insolvensen og insolvensbehandlingen typisk skape problemer i forhold til OPS-selskapets underleverandører. Konkursboet vil normalt ha rett til å tre inn i de avtaler OPS-selskapet har inngått med underleverandører, men det kan tenkes at disse stiller krav om sikkerhet i henhold til dekningsloven § 7-5, som konkursboet kan få problemer med å stille. I så fall må konkursboet i praksis inngå avtale med andre leverandører av nødvendige drifts- og vedlikeholdstjenester mv., men risikoen for at disse viser seg ikke å være i stand til å levere i henhold til OPS-kontrakten, med tilhørende risiko for manglende sikkerhet for trafikanter mv., er ikke akseptabel for staten. Og hvis årsaken til konkursen er manglende inntjening i OPS-selskapet som følge av mislighold fra OPS-sel-

skapets underleverandører, ville det av de samme grunner være uakseptabelt for staten at konkursboet benytter nettopp disse underleverandørene til å oppfylle avtalen.

OPS-selskapets sviktende økonomi, boets overtakelse av ansvaret for å oppfylle OPS-avtalen og dets manglende oppfordring til å oppfylle kontraktsmessig i hele driftsperioden, usikkerhet knyttet til boorganenes kompetanse til å besørge avtalen oppfylt og risikoen knyttet til hvilke underleverandører som i praksis skal stå for oppfyllelse av avtalen, skaper i sum en betydelig risiko for at OPS-selskapets konkursbo ikke vil makte å oppfylle OPS-avtalen kontraktsmessig. Denne risikoen går ikke bare utover staten som kontraktspart, men også – først og fremst – utover de offentlige interesser som OPS-avtalen skal ivareta: at veien er åpen for trafikk, sikkerhet for trafikantene, miljøhensyn osv.

Også hensynet til OPS-selskapets långivere, som finansierer en vesentlig del av OPS-selskapets utbyggingskostnader, taler for å avskjære boets inntredelsesrett. Långiverne vil normalt ivareta sine interesser ved å betinge seg panterett i OPS-selskapets krav på vederlag fra staten. I tillegg inngås i praksis en avtale mellom OPS-selskapet, OPS-selskapets långivere og Vegdirektoratet om at långiverne, på visse betingelser som ivaretar statens interesser, har rett til å tre inn i OPS-avtalen og oppfylle denne på OPS-selskapets vegne eller å utpeke en erstatter for OPS-selskapet hvis staten varsler om heving av avtalen som følge av OPS-selskapets mislighold. Hvis statens hevningsrett avskjæres og boet trer inn i avtalen, mister långiverne sin rett til å påberope sine rettigheter etter denne trepartsavtalen, med mindre disse rettighetene er gjort gjeldende før konkursåpningen. Samtidig reduseres verdien av panteretten i OPS-selskapets krav på vederlag vesentlig, siden långiverne ikke kan gjøre direkte krav på det vederlaget konkursboet vil inntjene etter at det har trådt inn i OPS-avtalen. En mulig rett for boet til å tre inn i OPS-avtalen kan således utgjøre et ikke ubetydelig skår i långivernes sikkerhet for de lån som er ydet. At långivernes rettigheter beskjæres på denne måten, øker risikoen knyttet til långivernes engasjement i OPS-prosjektet. Denne økte risikoen vil påvirke lånebetingelsene negativt, noe som dermed øker den prisen staten må betale til OPS-selskapet for å få gjennomført prosjektet.

Denne siste problemstillingen er aktuell i forhold til finansieringskostnadene på det andre OPS-prosjektet (E39 Lyngdal – Flekkefjord), hvor en långiver som kan tilby gunstigere finansiering enn øvrige långivere (European Investment Bank), har

stilt som betingelse for utbetaling av lånebeløpet at det oppnås tilfredsstillende sikkerhet mot risikoen for at OPS-selskapets konkursbo trer inn i OPS-avtalen. Problemstillingen vil kunne bli særlig aktuell på det tredje prosjektet (E18 Grimstad – Kristiansand), fordi dette prosjektet er vesentlig større og dermed vil kreve mer omfattende finansiering.

Hensynet til staten og de offentlige interesser som skal ivaretas under OPS-avtalen, samt hensynet til långivernes sikkerhet og dermed finansieringskostnadene som staten i realiteten betaler gjennom vederlaget til OPS-selskapet, taler derfor etter departementets syn samlet sett sterkt for at boet nektes rett til å tre inn i OPS-avtalen. Disse hensynene er etter departementets oppfatning så tungtveiende at hensynet til kreditorfellesskapets beslagsrett mv. bør vike. At det for OPS-avtaler oppstilles et unntak fra boets inntredelsesrett, er for øvrig i samsvar med forarbeidenes idealfordring om at det «*tryggeste ville være å regulere konkursavviklingen av kontraktene særskilt for hver enkelt kontrakttype,*» se NOU 1972: 20 side 309, og redegjørelsen for forarbeidene i pkt. 3 om gjeldende rett.

Hvis OPS-selskapets økonomi svikter, vil dette kunne føre til at OPS-avtalen ikke oppfylles på riktig måte. Ved alvorlig oppfyllelsssvikt vil staten kunne heve avtalen. Som følge av at OPS-selskapet har finansiert utbyggingen og i realiteten leverer ytelsene under OPS-avtalen på kreditt til staten, vil ikke en slik situasjon være dramatisk for staten i økonomisk forstand. I praksis vil dessuten OPS-selskapets långivere tre inn og besørge OPS-avtalen oppfylt på OPS-selskapets vegne i en periode og/eller utpeke en erstatter for OPS-selskapet, i henhold til en trepartsavtale mellom Vegdirektoratet, OPS-selskapet og långiverne. Inntreden/utpeking av erstatter vil skje i henhold til avtalte betingelser som ivaretar statens interesser. Ved en slik løsning sikrer långiverne seg at kontrakten oppfylles og at vederlagskravet mot staten, som långiverne har panterett i, ikke forringes.

Hvis långiverne ikke skulle ønske, eller ikke rekke å påberope sine rettigheter etter en slik trepartsavtale før OPS-selskapet eventuelt går konkurs, oppstår enkelte særlige spørsmål som følge av hovedregelen om konkursboets inntredelsesrett i debitors kontrakter.

Økonomisk sett vil ikke OPS-selskapets konkurs være dramatisk for staten. OPS-selskapet har som nevnt i realiteten ytt en betydelig kreditt til staten, slik at staten har sikkerhet for sine eventuelle krav ved at et betydelig vederlag på konkurstidspunktet ikke vil være utbetalt. Derimot vil statens interesser kunne bli skadelidende av andre grun-

ner dersom OPS-selskapets konkursbo skulle ha rett til å tre inn i kontrakten.

Slik inntreden vil dessuten kunne være svært alvorlig for OPS-selskapets långivere. Långiverne vil ha finansiert store deler av utbyggingsprosjektet, men risikerer å tape store deler av sin fordring dersom OPS-selskapets konkursbo trer inn i OPS-avtalen og dermed avskjærer långiverne fra å påberope den nevnte trepartsavtalen. Dessuten vil slik inntreden gjøre långivernes panterett i vederlagskravet etter OPS-avtalen verdiløs, fordi vederlagskravet etter inntreden vil tilkomme boet og dermed ikke lenger være omfattet av panteretten.

OPS-selskapets konkursbo vil som hovedregel ha rett til å tre inn i de gjensidige tyngende avtaler som OPS-selskapet har sluttet, jf. lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) § 7-3 første ledd. Det følger dessuten av dekningsloven at en kontraktspart som utgangspunkt ikke kan heve en avtale som følge av at det åpnes konkurs hos kontraktsmotparten, se § 7-3 annet ledd annet punktum.

Slik inntreden fra OPS-selskapets konkursbos side med tilhørende begrensning av statens rett til å heve OPS-avtalen når OPS-selskapet går konkurs, er problematisk av flere grunner. Dette skyldes først og fremst at de offentlige interesser som skal ivaretas under OPS-avtalen, kan bli skadelidende dersom staten ikke kan heve OPS-avtalen hvis OPS-selskapets økonomi svikter helt. I tillegg utgjør risikoen for at boet trer inn i OPS-avtalen en begrensning av verdien av de sikkerhetsretter OPS-selskapets långivere har betinget seg, og gjør långivernes posisjon svært usikker i tilfelle av en konkurs. Dette kan bidra til å fordyre OPS-selskapets finansiering av prosjektet, noe som i sin tur også øker statens kostnader ved å gjennomføre dette.

Av dekningsloven § 7-1 følger det riktignok at reglene i dekningsloven kap. 7 bare kommer til anvendelse når ikke annet følger av «*vedkommende rettsforholds egenart*», og det følger av § 7-3 annet ledd annet punktum at boets inntredelsesrett ikke griper inn i den annen parts (her statens) rett til å påberope insolvensen «*som opphørsgrunn etter avtalens art*». En avveining av de berørte interesser taler etter departementets syn for at staten, som følge av OPS-avtalens særtrekk, ville kunne påberope dette unntaket dersom det skulle bli åpnet konkurs i et OPS-selskap. Det kan imidlertid ikke utelukkes at domstolene vil innta et annet standpunkt, eller i hvert fall at det vil kunne bli tvist om løsningen. Det er således et behov for rettsavklaring. Departementet foreslår derfor at det i vegloven gjøres klart ved en uttrykkelig bestemmelse at konkursboet ikke har rett til å tre inn i en OPS-avtale.

## 4 Gjeldende rett

Etter dekningsloven § 7-3 første ledd har konkursboet en rett, men ikke plikt, til å tre inn i de gjensidige tyngende avtaler som skyldneren har sluttet. Hvis boet utøver denne retten, blir det som utgangspunkt berettiget og forpliktet på avtalens vilkår, og må dekke kontraktspartens fordring som massefordring, jf. dekningsloven § 7-4 første ledd.

Dekningsloven oppstiller vidtgående unntak fra disse reglene om boets rett til å tre inn i skyldnerens avtaler. Av dekningsloven § 7-3 annet ledd følger at boets inntredelsesrett «*griper ikke inn i den annen parts rett til å påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art*». I forarbeidene heter det at denne regelen kan ses på som en spesialutforming av det mer generelle prinsippet i lovens § 7-1 om at reglene i dekningsloven kapittel 7 bare kommer til anvendelse «*når ikke annet følger av andre lovbestemmelser eller vedkommende rettsforholds egenart*». Selv om den formelle hovedregel er at boet har rett til å tre inn i skyldnerens avtaler, angir forarbeidene at de nevnte unntakene er «*så mange og vesentlige, at regelens preg av «hovedregel» kanskje blir mer formell enn reell*». Se konkurslovutvalgets innstilling Gjeldsforhandling og konkurs, NOU 1972: 20 side 313.

I forarbeidene erkjennes det også at det «*vekker visse betenkeligheter*» å oppstille en generell regel om boets inntredelsesrett som i prinsippet gjelder alle kontraktstyper. Bakgrunnen for dette er at det «*er vanskelig å skaffe seg en tilfredsstillende oversikt over den store mengde ulike kontraktstyper og over de reelle hensyn som melder seg ved de forskjellige typer. Det kan derfor komme til å vise seg at de generelle regler som oppstilles fører til uheldige resultater eller viser seg helt uanvendelige for en eller flere kontraktstypers vedkommende. Det tryggeste ville være å regulere konkursavviklingen av kontraktene særskilt for hver enkelt kontrakttype, fortrinnsvis i forbindelse med en alminnelig lovregulering av typen, slik det er gjort i kjøpsloven for kjøpekontraktens vedkommende,*» se NOU 1972: 20 side 309. Konkurslovutvalget kom likevel til at en generell hovedregel om boets inntredelsesrett «*synes praktisk sett å være den eneste mulige løsning; faren for for vidt dreven generalisering kan formodentlig et langt stykke avverges ved forbehold for de særregler som måtte følge av «vedkommende rettsforholds egenart», jfr. § 7-1,*» se NOU 1972: 20 side 309.

Hvorvidt boet har rett til å tre inn i en OPS-avtale, avhenger dermed av om noen av unntakene fra inntredelsesretten kan anvendes. Det er mest nærliggende å ta utgangspunkt i bestemmelsen i dekningsloven § 7-3 annet ledd.

Forarbeidene fremhever to forhold som kan henføres under dette unntaket. For det første nevnes at det for visse kontraktstyper ligger i «kontraktens art at insolvensen er en relevant bristende forutsetning.» *For det andre kan det «videre tenkes at kontrakten forutsetter personlig oppfyllelse fra debtors side, slik at medkontrahenten kan motsette seg oppfyllelse fra andre, også fra debtors bo».*

Selv om OPS-selskapets kredittverdighet og evne til å oppfylle OPS-avtalen står sentralt ved inngåelse av avtalen, lar det seg ikke hevde at avtalen forutsetter personlig oppfyllelse fra debtors side. Dette synspunktet støttes av at det gjerne er flere prekvalifiserte anbydere som konkurrerer om et OPS-opdrag, og av at det normalt inngås avtale mellom OPS-selskapet, dets långivere og Vegdirektoratet om at långiverne på visse vilkår kan tre inn i avtalen og selv besørge denne oppfylt hvis OPS-selskapets mislighold truer långivernes interesser. I praksis vil dessuten avtalen ikke bli oppfylt av personer ansatt i OPS-selskapet, men ved at OPS-selskapet engasjerer kontraktsmedhjelpere til å utføre de aktuelle arbeidene. At OPS-selskapets konkursbo eksempelvis kan engasjere de samme kontraktsmedhjelpere til å oppfylle kontrakten etter inntreden, viser at unntaket for «personlig oppfyllelse» ikke kan være anvendelig.

Spørsmålet blir dermed om insolvens hos OPS-selskapet kan anses som en *relevant bristende forutsetning* for OPS-avtalen. Et forhold som gjør det nærliggende å anvende dette unntaket, er at OPS-avtalen pålegger OPS-selskapet en meget omfattende og langvarig forpliktelse.

Ut over de generelle uttalelsene sitert ovenfor om boets inntredelsesrett og unntakene fra denne, inneholder forarbeidene en uttalelse om boets rett til å tre inn i avtaler som forutsetter meget store fremtidige utbetalinger fra boets side og i langsiktige avtaler. I NOU 1972: 20 heter det på side 313 at «Med de regler om boets plikt til å stille sikkerhet og boets oppsigelsesadgang som er oppstillet i §§ 7-5 og 7-6, skulle det etter utkastet være mulig å gi boet en rasjonelt begrenset rett til å tre inn også i kontrakter av disse typer». I tråd med denne uttalelsen er det i juridisk teori anført at boet «er altså ikke prinsipielt avskåret fra å tre inn i slike avtaler,» se Mads H. Andenæs, Konkurs (1999), 2. utgave side 156. Standpunktet i NOU 1972: 20 synes å være at boet må innrømmes en begrenset rett til å tre inn i langsiktige kontrakter, siden lovens avveining av partenes interesser har medført at kontraktsparten må være forberedt på at boet sier opp avtalen etter § 7-6, samtidig som kontraktspartens forventning om kontraktsmessig oppfyllelse er ivarett på en rime-

lig måte ved at boet plikter å stille sikkerhet i henhold til § 7-5.

At en OPS-avtale er langvarig og pålegger OPS-selskapet omfattende forpliktelser, synes etter dette ikke uten videre å være tilstrekkelig til at staten kan nekte boet å tre inn i avtalen under henvisning til «avtalens art», jf. dekningsloven § 7-3 annet ledd.

I NOU 1993: 16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v., side 115, forutsettes det imidlertid at kontraktsparten har en vidtgående rett til å heve langsiktige avtaler hvis skyldneren går konkurs. Det samme standpunktet er inntatt i juridisk teori. Lengst i å avskjære boets inntredelsesrett går Sandvik som anfører at «*Avviklingsformålet med konkursboets forretningsdrift må innebære at medkontrahenten må kunne heve en kontrakt som løper over en så lang tid at det går ut over normal avviklingstid for et konkursbo*», se Tore Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett (1985), side 89. Det samme standpunkt er inntatt i dansk teori, se Niels Ørgaard, Konkursret (1999), 7. utgave, side 59. I tråd med disse synspunktene antar Kaasen at et konkursbo må akseptere bestemmelsene i fabrikkkontrakten NF 92 om at leverandørens insolvens gir bestilleren rett til å heve, se Knut Kaasen, Kommentar til NF 92 (1994), side 593-594.

Forholdet til reglene i dekningsloven §§ 7-5 og 7-6 om boets plikt til å stille sikkerhet og boets rett til å si opp langsiktige avtaler, er ikke drøftet i NOU 1993: 16 eller av de nevnte juridiske forfattere.

Heller ikke andre rettskilder, herunder reelle hensyn, kan sees å gi så klart grunnlag som ønskelig for å fastslå hvorvidt staten kan påberope seg unntaket i dekningsloven § 7-3 annet ledd. Hensynet til en rasjonell bobehandling og kreditorfelleskapets beslagsrett tilsier at boet innrømmes en inntredelsesrett. På den annen side taler hensynet til staten som kontraktspart og de offentlige interessene som skal ivaretas under OPS-avtalen, for å gjøre unntak fra inntredelsesretten. I samme retning trekker hensynet til långiverne som har finansiert utbyggingen av veganlegget mot pant i OPS-selskapets krav på vederlag fra staten. Etter at boet har trådt inn i avtalen kan ikke långiverne påberope panteretten som grunnlag for å gjøre krav på det vederlaget boet inntjener. Det finnes således hensyn som taler for begge løsninger.

På denne bakgrunn er det uklart om staten etter gjeldende rett kan påberope seg insolvensen som opphørsgrunn etter OPS-avtalens art.

De hensyn som kan anføres for og imot at unntaket i dekningsloven § 7-3 annet ledd får anvendelse, kan gjøres gjeldende også i forhold til bestemmelsen i § 7-1 om at reglene i dekningslo-

ven kap. 7 ikke får anvendelse når noe annet følger av «*vedkommende rettsforholds egenart*». Rekkevidden av denne bestemmelsen er uklar, og det må uten videre kunne slås fast at heller ikke denne bestemmelsen fører til noe entydig resultat.

## 5 Høringsinstansenes syn

Vegdirektoratet har i brev av 21. desember 2005 forestått høringen av forslaget til lovendring på vegne av Samferdselsdepartementet. Forslaget ble sendt 28 høringsinstanser. Høringsfristen var 20. februar 2006, og Vegdirektoratet mottok 11 høringsuttalelser.

Følgende instanser fikk høringen tilsendt:

- Justis- og politidepartementet
- Kommunal- og regionaldepartementet
- Moderniseringsdepartementet (senere Fornyings- og administrasjonsdepartementet)
- Finansdepartementet
- Nærings- og handelsdepartementet
- Miljøverndepartementet
- Kommunenes Sentralforbund
- Næringslivets Hovedorganisasjon
- Landsorganisasjonen i Norge
- Finansnæringens Hovedorganisasjon
- Sparebankforeningen i Norge
- Finansieringsselskapenes forening
- Norske Inkassobyråers Forening
- Oslo kommune
- Bergen kommune
- Trondheim kommune
- Stavanger kommune
- Kristiansand kommune
- Konkursrådet
- Den norske advokatforening
- Norvegfinans

I tillegg ble forslaget sendt til uttalelse til de fem statlige regionvegkontorene, samt til etablerte OPS-selskaper i egen ekspedisjon

Følgende instanser hadde ingen merknader til lovforslaget:

Finansdepartementet, Nærings- og handelsdepartementet, Fornyings- og administrasjonsdepartementet og Konkurransetilsynet.

Følgende høringsinstanser ga realitetsuttalelser:

- Justis- og politidepartementet
- Konkursrådet
- Allfarveg E 39 Lyngdal - Flekkefjord
- Norvegfinans
- Oslo kommune

- Landsorganisasjonen (LO)
- Sparebankforeningen
- Finansnæringens Hovedorganisasjon (FNH)

Kort sammendrag av de enkelte høringsuttalelsene:

### *Allfarveg E39 Lyngdal - Flekkefjord*

Allfarveg uttaler at forslaget sikrer og klargjør långivers risiki og vil gjennom dette bidra til lavere finansieringskostnader. Endringen vil sikre intensjonen om kostnadseffektiv gjennomføring av prosjekter ved bruk av OPS.

### *Norvegfinans*

Norvegfinans har i flere sammenhenger uttalt seg positivt til at private selskaper får et mer helhetlig og langsiktig ansvar for bygging og drift av veganlegg. Den norske bompengemodellen med kommunale/fylkeskommunale garantier gir en sikker og gunstig finansiering.

En kombinasjon av denne finansieringsformen og en totalleveranse av prosjektering, bygging og drift og vedlikehold burde være interessant. De negative forhold som forslaget beskriver er relevante. De samme motforestillinger kan gjøres gjeldende overfor långiver som får rett til å tre inn i OPS avtalen. Långiver har normalt samme interesse som boer, nemlig å sikre seg best mulig økonomisk gjennom å oppfylle avtalen billigst mulig. Norvegfinans er usikre på om långivere er kompetansemessig bedre egnet enn boorgan til å påta seg ansvaret for å oppfylle avtalen. Forslaget betyr en særlig og styrket rett for en bestemt gruppe kreditorer.

### *Oslo kommune*

Oslo kommune er positiv til endringer som ivaretar de offentlige interesser i en OPS-avtale.

### *Landsorganisasjonen (LO)*

LO mener forslaget virker fornuftig, men peker på at dette er ett av flere forhold ved kontraktsmodellen som krever oppmerksomhet. LO har derfor bedt om en grundig evaluering av påbegynte prosjekter før man igangsetter nye. Bakgrunnen for forslaget er ett eksempel på at de økonomiske og regnskapsmessige sidene ved kontraktsmodellen er sentrale problemstillinger. Et annet eksempel er spørsmålet om innsynsrett i OPS-selskapets økonomiske informasjon. Slik informasjon er helt avgjørende i flere faser av avtalen. Slik LO ser det ligger det flere store utfordringer for myndighetene for å sikre offentlige interesser.

### *Sparebankforeningen*

Sparebankforeningen støtter forslaget som nødvendige og fornuftige. Uklarheter omkring den sikkerhet som kan tilbys finansinstitusjonen vil reflekteres i finansinstitusjonens vilkår. Å fjerne mulige rettslige uklarheter vil også ha positiv effekt når det gjelder kostnadene for vegprosjekter som gjennomføres etter OPS-modellen.

Finansnæringens Hovedorganisasjon (FNH)

FNH er positive til forslaget. Når banken yter lån, må prisingen reflekteres i den risiko banken står overfor. En rettslig usikkerhet om hvorvidt konkursboet kan tre inn i en OPS-avtale øker bankens risiko. Finansieringskostnadene vil som følge av den rettslige usikkerheten bli høyere enn om det var uttrykkelig klart at pantehaver hadde sine sikkerhetsstillelser i vederlagskravet mot staten i behold viss OPS selskapet går konkurs. Forslaget vil eliminere denne rettslige usikkerheten og derigjennom bidra til gunstigere finansiering av OPS selskapet. Det er på denne bakgrunn avgjørende at forslaget fremmes.

### *Justisdepartementet*

Justisdepartementet har avgitt en uttalelse hvor de reiser spørsmål om det er særlig behov for den foreslåtte lovendringen. Departementet påpeker avslutningsvis i sitt brev at: «fordringspanthaveren gjennom regelen i panteloven § 4-6 har tilstrekkelig sikkerhet for sin panterett i kravet som OPS-selskapet har opparbeidet før konkursåpningen. Pantehaveren kan når som helst «tiltre» pantet og overta kreditorbeføyelsene for vederlagskravet. Boets adgang til inntreden i kontrakter av denne art er i alle tilfelle begrenset. Långiverne må så vidt vi kan forstå ha adgang til å sikre pant i fremtidige vederlagskrav som blir opparbeidet av en «erstatte» ved å inngå ny pantsettelsesavtale med denne.»

Departementet sier i en senere uttalelse at det ser at lovforslaget vil kunne imøtekomme et praktisk behov, og at det rent faktisk kan være slik at dekningslovens alminnelige regulering av konkursboets inntredelsesrett er til hinder for at man oppnår en gunstigst mulig finansiering av utbyggingsprosjektene. Departementet opprettholder sitt syn om at det rettslig sett kan stilles spørsmål ved behovet for lovforslaget, men presiserer at departementet ikke motsetter seg forslaget.

### *Konkursrådet*

Konkursrådet reiser spørsmål om det foreligger tilstrekkelige grunner for å bryte med et grunnleggende konkursrettslig prinsipp ved å begrense en

rett som ikke vil være særlig praktisk med tanke på avtalens art.

Rådet kan ikke se at en OPS-avtale er i en særstilling i forhold til andre omfattende prosjekter. Statens interesser fremstår ikke å være av en slik tyngde at de i tilstrekkelig grad begrunner en begrensning i boets inntredelsesrett. Det vil neppe være særlig realistisk for boet å tre inn i en OPS-avtale da boet sjelden vil ha mulighet til å stille sikkerhet for kontraktsoppfyllelse etter dekningsloven.

Konkursrådet viser for øvrig til høringsuttalelsen fra Justisdepartementet.

## **6 Departementets vurdering**

De fleste høringsinstanser er positive til høringsforslaget. Finansnæringen representert ved Finansnæringens Hovedorganisasjon (FNH) og Sparebankforeningen trekker frem at forslaget vil eliminere den rettslige usikkerheten og derigjennom bidra til gunstigere finansiering av OPS-selskap og redusere kostnadene for vegprosjekter gjennomført etter OPS-modellen.

Justisdepartementet og Konkursrådet stiller spørsmål ved behovet for lovendringen. Norveginans påpeker at långiverne normalt vil ha samme interesse som boet, nemlig å sikre seg best mulig økonomisk gjennom å oppfylle avtalen billigst mulig. Noveginans er også usikre på om långiverne er kompetansemessig bedre egnet enn boorganer til å påta seg ansvaret for å oppfylle OPS-avtalen.

Samferdselsdepartementet har følgende merknader til Justisdepartementets uttalelse:

Det er i høringsuttalelsen for det første vist til at OPS-selskapets långivere, som regelmessig vil ha panterett i OPS-selskapets krav på vederlag mot staten, etter gjeldende rett har tilstrekkelig vern for så vidt angår panteretten i det vederlaget som OPS-selskapet har opparbeidet før konkursåpningen. Denne del av vederlaget vil være omfattet av fordringspantet.

Departementet er enig i dette, men vil peke på at vederlagsstrukturen og kontraktsreguleringen i OPS-avtalene fører til at det vederlag som OPS-selskapet etter disse avtalene eventuelt har opparbeidet ved konkursåpningen, kan være svært lavt i forhold til pantekravet (lånet som er ydet til OPS-selskapet). Et av formålene med forslaget er å bidra til redusert risiko for långiverne ved at de sikres at til dels betydelige vederlagskrav som opparbeides

etter konkursåpningen, også vil kunne omfattes av panteretten.

I høringsuttalelsen er det for det andre pekt på at det gjelder begrensninger for boets rett til inntreden i en langsiktig kontrakt, at det «ligger i sakens natur at et konkursbo vil eksistere i kortere tid», og at det «må være nokså uaktuelt» at et konkursbo trer inn i en kontrakt og fortsetter drift og vedlikehold av et veganlegg over lengre tid.

Departementet vil bemerke at det etter gjeldende rett er uklart hvilke begrensninger som gjelder for boets rett til å tre inn i langsiktige kontrakter, jf. proposisjonens punkt 3. Av de grunner som det vises til i punkt 4, er det derfor behov for en rettsavklaring for de aktuelle tilfeller. Hvorvidt slik inntreden praktisk sett er aktuell eller ikke, er dessuten usikkert. Som følge av vederlagsstrukturen i OPS-kontraktene vil boet, og dermed kreditorfellesskapet, ved slik inntreden kunne opptjene et vederlag som er vesentlig høyere enn kostnadene ved den kontraktsoppfyllelsen som fører til vederlagsopptjening. Boet har derfor et sterkt incitament for å tre inn. Departementet minner dessuten om at en i norsk praksis har sett eksempler på konkursboer som har pågått i et tosfret antall år – hvilket det i alle fall rent formelt ikke er noe i veien for.

I høringsuttalelsen er det for det tredje antydning at formålet med lovforslaget synes å være å sikre långiver i en situasjon hvor det etter en trepartsavtale utpekes en erstatting for OPS-selskapet. Departementet vil understreke at det ikke er tilfelle. Spørsmålet om boet har inntredelsesrett eller ikke, påvirker långivernes mulighet til å påberope sine rettigheter etter en trepartsavtale, men er uten betydning hvis en erstatting allerede er utpekt (forutsetningsvis med bindende virkning også overfor boet). Situasjonen hvis en erstatting er utpekt, påvirkes derfor ikke av lovforslaget.

Samferdselsdepartementet er enig med finansnæringen når det gjelder behovet for å fjerne usikkerhet om hvorvidt et OPS-selskaps konkursbo kan tre inn i en OPS-avtale.

Usikkerheten bør fjernes av hensyn til at staten som kontraktspart bør ha hevingsrett. Bare på den måte kan staten sikre seg styring med at den som i praksis utfører arbeidet på veggen har den nødvendige kompetanse.

Usikkerheten bør også fjernes for å bidra til gunstigere finansiering av OPS-prosjekter. En institusjon som European Investment Bank (EIB) har eksempelvis satt som betingelse for å yte lån som forutsatt i OPS-prosjekt E39 Lyngdal – Flekkefjord at denne usikkerheten i norsk lovgivning fjernes. En lovendring er en forutsetning for at EIB

vil yte gunstige lån i kommende OPS-prosjekt som for eksempel E 18 Grimstad – Kristiansand.

## 7 Økonomiske og administrative konsekvenser

---

Lovforslaget medfører ikke administrative konsekvenser av betydning.

Forslaget vil være egnet til å begrense statens kostnader ved å benytte OPS-modellen, se nærmere avslutningsvis i punkt 4 ovenfor om forholdet til OPS-selskapets långivere.

Forslaget vil avskjære boet fra å tre inn i en avtale som kan være meget gunstig sett fra boets ståsted, og vil derfor bidra til at kreditorenes dividende i OPS-selskapets bo blir mindre. På den annen side vil de største kreditorene i OPS-selskapets bo nettopp være de som har ytt lån til finansiering av byggingen av veganlegget, og som etter omstendighetene vil få en økt beskyttelse av sine interesser som følge av at OPS-selskapets bo ikke gis inntredelsesrett i OPS-avtalen.

For øvrig antas forslaget å ha positive samfunnsmessige konsekvenser. Dette skyldes at de offentlige interesser som skal ivaretas under OPS-avtalen, vil bli ivaretatt på en bedre og sikrere måte hvis boet ikke kan kreve å tre inn i avtalen, ved at Vegdirektoratet da i utgangspunktet overtar veganlegget.

## 8 Merknader til lovforslaget

---

### *Til § 21 (ny)*

Departementet finner det naturlig å plassere en ny bestemmelse i vegloven kapittel IV som ny § 21.

Vegloven kapittel IV omhandler det økonomiske ansvar vedrørende planlegging, bygging, utbedring, vedlikehold og drift av offentlige vegger. Innholdet i kapittel IV har vært gjenstand for flere endringer, senest i 1996, jf. Ot.prp. nr. 60 (1994-95) og Innst. O. nr. 14 (1995-96). Ved lovendringen i 1996 ble §§ 21 til 25 opphevet. Den økonomiske ansvarsdelingen er nå i samsvar med fordelingen av myndighet mellom de statlige, fylkeskommunale og kommunale vegmyndighetene.

I *første ledd* angis de sentrale karakteristika ved OPS-avtaler innenfor vegsektoren slik de i dag er kjent. Begrepet «OPS» benyttes ikke i forslaget til lovtokst, da dette begrepet på andre sektorer i praksis benyttes også om andre kontraktsmodeller enn den som Vegdirektoratet benytter i sine prosjekter.



Paragrafen vil få anvendelse når en «vegstyremakt» har inngått en slik avtale. Det følger av vegloven § 9 at vegstyremaktene er Vegdirektoratet, fylkeskommunene og kommunene, for henholdsvis riksveger, fylkesveger og kommunale veger. Departementet foreslår at paragrafen ikke begrenses til avtaler inngått av Vegdirektoratet, for det tilfelle at det skulle bli aktuelt for fylkeskommuner eller kommuner å inngå OPS-avtaler for langsiktige totalleveranser av veganlegg.

Den annen part, OPS-selskapet, er i forslaget til lovtekst angitt som «selskapet». I praksis vil nok den annen part være et selskap i selskapslovgivningens forstand, men uttrykket bør ikke fortolkes for snevert slik at det utelukker eventuelle andre organisasjonsformer.

Paragrafen vil bare gjelde avtale om finansiering, utbygging, drift og vedlikehold av *offentlig* veg, jf. definisjonen i vegloven § 1. I vegloven § 1 er offentlig veg definert som veg eller gate som er åpen for allmenn ferdsel «og som blir holden ved like av stat, fylkeskommune eller kommune etter reglane i kap. IV». Andre veger eller gater skal anses som private. At OPS-selskapet står for vedlikehold av vegen fører ikke til at vegen ikke anses som offentlig veg. Henvisningen i vegloven § 1 til reglene i vegloven kap. IV innebærer at det er tilstrekkelig at *utgiftene* til vedlikehold bæres av stat, fylkeskommune eller kommune. Det er intet vilkår at en av disse vegmyndighetene selv forestår det faktiske vedlikehold.

Det er ikke nødvendig at avtalen *bare* gjelder en offentlig veg som OPS-selskapet skal drifte og vedlikeholde i minst ti år. At avtalen eksempelvis også omfatter bygging av en vegstrekning eller konstruksjoner som Vegdirektoratet skal overta på ordinær måte etter ferdigstillelse, er ikke til hinder for at paragrafen anvendes når det fremtredende trekk ved avtalen er at OPS-selskapet skal yte en totalleveranse av en vegstrekning i minst ti år.

En viktig begrensning for at paragrafen skal få anvendelse, gjøres i *annet ledd*. Det må for det første følge av avtalen at minst halvparten av OPS-selskapets vederlag ikke skal betales før etter at vegen er åpnet for trafikk. Hvis den vesentligste del av vederlaget skal betales allerede under utbyggingsperioden, faller et av de sentrale elementer i avtaleforholdet som begrunner unntaket fra boets inntredelsesrett, bort. I de to OPS-avtaler som Vegdirektoratet har inngått, skal alt vederlag betales etter trafikkåpning. Det er imidlertid ikke naturlig å oppstille dette som et absolutt krav. Ved å begrense kravet til at minst halvparten av vederlaget først skal betales etter trafikkåpning, skapes en

viss fleksibilitet i forhold til struktureringen av eventuelle fremtidige OPS-prosjekter.

Ved beregningen av hva som utgjør minst halvparten av vederlaget, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i den antatte neddiskonterte nåverdi av vederlaget på kontraktsinngåelsestidspunktet, og se bort fra eventuelle senere inntrådte vederlagsjusteringer – eksempelvis som følge av endringsarbeider. Det ville skape for stor uforutsigbarhet, især for OPS-selskapets långivere, hvis det skulle tas hensyn til senere vederlagsjusteringer. Spørsmålet om OPS-selskapets konkursbo har rett til å tre inn i OPS-avtalen, er et spørsmål som det er viktig for avtalepartene og tilknyttede aktører å ha klarhet i når kontrakten inngås.

For det andre oppstilles i annet ledd et krav om at vederlaget etter trafikkåpning skal betales frem til avslutning av driftsfasen. Bestemmelsen sier intet om profilen på disse betalingene. Om betalingen skjer med helt eller tilnærmet like periodemessige beløp, eller om det i en periode betales høyere beløp som deretter nedtrappes, er uten betydning. Det sentrale er at betalingen er knyttet opp til den løpende levering av et veganlegg som driftes og vedlikeholdes av OPS-selskapet og som dermed er tilgjengelig for alminnelig trafikal bruk.

*Tredje ledd* inneholder paragrafens sentrale bestemmelse om at OPS-selskapets konkursbo ikke har inntredelsesrett i OPS-avtalen. Paragrafen inneholder derfor et unntak fra dekningsloven § 7-3 første ledd første punktum, jf. bestemmelsen i dekningsloven § 7-1 om at reglene i dekningsloven kap. 7 bare kommer til anvendelse dersom ikke annet følger av andre lovbestemmelser.

Konsekvensen av at boet ikke har inntredelsesrett vil være at det aktivum kontrakten utgjør, ikke beslaglegges av boet. Vedkommende vegstyremakt som er kontraktspart vil dermed i praksis være tvunget til å heve avtalen som følge av OPS-selskapets mislighold, og vil dermed stå fritt til selv å besørge videre drift og vedlikehold av vegen, med mindre långiverne påberoper sine rettigheter i henhold til eventuell avtale med vedkommende vegstyremakt om å besørge oppfyllelse på OPS-selskapets vegne og på de vilkår som fremgår av vedkommende avtale.

Hevning av OPS-avtalen vil normalt lede til et hevningssoppgjør, hvor OPS-selskapet vil kunne få krav på et restvederlag. I praksis vil alle OPS-selskapets krav mot Vegdirektoratet som springer ut av OPS-avtalen, være pantsatt til fordel for OPS-selskapets långivere. Når avtalen heves som følge av OPS-selskapets konkurs, må hevningsvederlaget anses som oppgjør for den del av OPS-avtalen som var oppfylt før konkursåpningen. Dette vederlaget

må dermed anses oppstått i OPS-selskapets virksomhet og dermed også som omfattet av fordringspanteretten. Et slikt syn legges til grunn av Jens Edvin Andreassen [Skoghøy], *Factoringpant* (1990), side 186, i relasjon til factoringpantavtaler. Etter departementets oppfatning kan dette ikke stille seg annerledes når det er tale om pant i et enkelt pengekrav.

Eventuelle slike inntekter på OPS-selskapets hånd som overstiger fordringspanthavernes krav, vil derimot gå inn i bomassen, jf. dekningsloven § 2-13.

I *fjerde ledd* gis departementet hjemmel til å gi forskrift til utfylling av paragrafen.

Samferdselsdepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om lov om endring i veglov 21. juni 1963 nr. 23.

---

Vi HARALD, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endring i veglov 21. juni 1963 nr. 23 i samsvar med et vedlagt forslag.

---

## Forslag

### til lov om endring i veglov 21. juni 1963 nr. 23

#### I

I veglov 21. juni 1963 nr. 23 skal ny § 21 lyde:

#### § 21

*Paragrafen her gjeld avtalar mellom vedkomande vegstyremakt og det selskapet som skal finansiere og stå for utbygging av ein offentleg veg, og stå for drift og vedlikehald av vegen i minst ti år etter at han er opna for trafikk.*

*Paragrafen gjeld berre dersom det følgjer av avtalen at minst halvparten av selskapet sitt vederlag skal betalast etter at vegen er opna for trafikk, og at*

*dette vederlaget skal betalast i samsvar med avtalen fram til selskapet si plikt til å drifte og vedlikehalde vegen tek slutt.*

*Om det vert opna konkurs i selskapet sitt bu, har konkursbuet ikkje rett til å tre inn i ein avtale som nemnt i paragrafen her.*

*Departementet kan gje føresegner om utfylling og gjennomføring av paragrafen her.*

#### II

Lova gjeld frå den tid Kongen fastset.

---

