



TransaksjonsABC – Del 5 – Formålet med due diligence



Anders Hilt
Senioradvokat

I budaksepten er det normalt inntatt et forbehold om en for kjøper tilfredsstillende undersøkelse av transaksjonsobjektet (due diligence). I denne del 5 av TransaksjonsABC går vi nærmere inn på formålet med due diligence, due diligence som del av kjøpers undersøkelsesplikt og omfanget av due diligence-undersøkelsen.

I takt med eiendomsbransjens økte profesjonalisering har due diligence-undersøkelsen utviklet seg til å bli et av kjøpers viktigste verktøy for å skaffe seg nødvendig informasjon om transaksjonsobjektet i eiendomstransaksjoner.

En forutgående due diligence bidrar i praksis til å avklare om det kommersielle grunnlaget som ble lagt til grunn ved inngåelsen av budaksepten fortsatt er gjeldende mellom partene etter at kjøper har fått gjennomgått transaksjonsobjektet nærmere. Dersom selger tilbyr garantier som ikke er objektive, bør kjøper være bevisst på at manglende due diligence kan resultere i at garantien ikke kan gjøres gjeldende for enkelte forhold.

Formålet med due diligence

I de fleste eiendomstransaksjoner vil kjøpers tilbud basere seg på nøkkelinformasjon mottatt fra selger om eksempelvis eiendommens kontantstrøm, leietakeroversikt, tilstand og utviklingspotensial, samt generelle antakelser om at det ikke foreligger spesielle forhold som avviker fra normalen. Kjøpers tilbud vil av den grunn ofte være betinget av at de sentrale forutsetningene som ligger til grunn for tilbudet faktisk stemmer. Ett av due diligence-undersøkelsens hovedformål er dermed å verifisere at kjøpers forutsetninger for tilbudet er korrekt.

I tillegg ønsker de fleste kjøpere å avdekke forhold som potensielt kan medføre risiko for kjøper eller transaksjonsobjektet så tidlig som mulig i forhandlingene, slik at disse kan håndteres særskilt i kjøpekontrakten. Hvis den avtalte kjøpesummen i budaksepten er basert på uriktige eller mangelfulle

opplysninger vil kjøper eksempelvis risikere å betale en høyere kjøpesum enn det transaksjonsobjektet er verdt eller å bli eier av en eiendom som ikke kan benyttes slik kjøper hadde tenkt.

Due diligence som del av kjøpers undersøkelsesplikt

Kjøpsloven § 20 er hovedregelen for kjøpers undersøkelsesplikt ved kjøp av eiendomsselskap (AS). Tilsvarende bestemmelse ved kjøp av eiendom direkte er avhendingsloven § 3-10. Kjøper har ikke noen rettslig plikt til å foreta noen forundersøkelse, men manglende undersøkelse kan få rettslige konsekvenser.

Etter kjøpslovens § 20 (1) kan ikke kjøperen gjøre gjeldende som mangel noe han «kjente» eller «måtte kjenne til» ved kjøpet. Med «måtte kjenne til» siktes det ofte til forhold som det ville vært grovt uaktsomt av kjøper ikke å kjenne til.

Videre følger det av kjøpsloven § 20 (2) at dersom kjøper har undersøkt transaksjonsobjektet forut for kjøpet, eller uten rimelig grunn har unnlatt å foreta slik undersøkelse til tross for selgers oppfordring, kan han som hovedregel ikke fremme krav mot selger vedrørende noe han «burde» ha oppdaget ved en slik undersøkelse. Det er verdt å merke seg at loven oppstiller et kausalitetsvilkår her. Kjøper måtte faktisk kunne oppdaget den aktuelle mangelen gjennom den aktuelle due diligence-undersøkelsen for at selger skal kunne avskjære kjøpers krav under henvisning til at kjøper ikke har oppfylt undersøkelsesplikten.

I den konkrete vurderingen av betydningen av kjøpers undersøkelsesplikt, vil også selgers opplysningsplikt få betydning.

I meglerstandardens punkt 8.2 er kjøpsloven § 20 fraveket, hvoretter kjøper ikke kan gjøre gjeldende forhold som kjøper enten «kjente til» eller som «rimelig klart og tydelig» fremgår av de skriftlige opplysningene som kjøper har mottatt fra selger før avtaleinngåelsen. Dette innebærer at selger, som utgangspunkt, ikke har ansvar for forhold som selger har opplyst kjøper om i forkant av transaksjonen. I praksis innebærer dette at kjøper i eiendomstransaksjoner hvor meglerstandard benyttes, får en rettslig undersøkelsesplikt av all skriftlig informasjonen mottatt fra selger for ikke å redusere sin rettslige posisjon overfor selger. For «fundamentale garantier» tilknyttet skatt, avgift og eierskap er dog selgers ansvar utvidet, slik at selgers garantier gjelder uavhengig av kjøpers kunnskap. Dette kommer vi tilbake til i del 14 i TransaksjonsABC.

Omfanget av due diligence-undersøkelsen

Omfanget av kjøpers undersøkelser i forkant av eiendomstransaksjoner vil blant annet variere ut fra hvem som er parter, markedspraksis og den konkrete kjøpsprosessen. I de fleste tilfellene vil kjøper som regel være avhengig av selgers medvirkning for å få tilstrekkelig kunnskap om sentrale forhold om transaksjonsobjektet, utover avlagte årsregnskap og enkelte andre offentlig tilgjengelige opplysninger (tinglyste heftelser, foretaksregisteret med videre).

Kjøpers undersøkelse vil i enkelte tilfeller påvirkes av om en selger tilbyr garantier/inneståelser/skadesløsholdelser eller ikke. Hvorvidt en kjøper kan basere seg på slike avtalereguleringer som alternativ til due diligence er blant annet avhengig av to forhold. Det første spørsmålet er selgers soliditet, ergo om garantien/inneståelsen/skadesløsholdelsen vil være verdt noe hvis den materialiseres. Det andre spørsmålet er om den aktuelle avtalemekanismen unntas fra kjøpers

undersøkelsesplikt. Dersom avtalemekanismen ikke unntas fra meglerstandardens punkt 8.2 risikerer kjøper å likevel tape kravet som følge av manglende forundersøkelse.

Selger vil således, med mindre det gis objektive garantier, rent faktisk påvirke hvilke krav som stilles til omfanget av kjøpers undersøkelser. Dette siden det avgjørende rettslige spørsmålet er om kjøpers undersøkelse av selgers fremlagte dokumentasjon ville avdekket mangelen. Vurderingens kjerne er som regel om den informasjonen som selger fremla overfor kjøper var tilstrekkelig klar og tydelig (fairly disclosed). Selger bør av den grunn ikke ukritisk laste opp all informasjon relatert til transaksjonsobjektet, spesielt ikke i siste liten, men heller fremlegge relevant informasjon på en så klar, strukturert og forståelig måte som mulig.

Praktiske tips i forbindelse med gjennomføring av due diligence

For å unngå uklarhet i etterkant av transaksjonen knyttet til hvilken informasjon som var fremlagt for kjøper og om denne var tilstrekkelig klar og tydelig, anbefaler DLA Piper at det benyttes en elektronisk dataromsløsning hvor all informasjon om transaksjonsobjektet tilgjengeliggjøres og struktureres i samsvar med en spørsmålsliste.

I tillegg vil de fleste dataromsløsninger muliggjøre at kjøpersiden kan stille oppfølgingsspørsmål (Q&A) direkte til selgersiden og til det enkelte dokument. Det vil også kunne hentes ut metadata fra et elektronisk datarom med oversikt over hvem som har åpnet dokumenter, lesetid, antall nedlastinger med videre.

Datarommet vil kunne vedlegges kjøpekontrakten inneholdende alle dokumenter, svar på kjøpers spørsmålsliste og oppfølgingsspørsmål, samt en indeks-liste som viser dato/klokkeslett for når informasjonen ble opplastet til datarommet. Bilaget vil utgjøre et sentralt bevis som kan hindre etterfølgende tvister.

[Se også vår samleside for TransaksjonsABC.](#)



Fagområder Fast eiendom

Bransjer Real Estate
