

Säkerheter i exploateringsavtal

Professor emeritus Ulf Jensen

het?



Frågeställningar

- Vad ska säkerheterna skydda mot?
- När kan man lagligen avtala om säkerhet?
- Vilka slags säkerheter är tänkbara?
- Hur utformas klausuler om säkerhet?
- Gäller likställighetsprincipen krav på säkerhet?

Behovet av säkerhet

- Stora åtaganden i en osäker bransch gör att det är viktigt att kommunen har säkerhet för byggherrens förpliktelser ifall byggherren inte kan betala
- De flesta säkerheterna fördyrar för byggherren

Statistik

I examensarbetet från Högskolan Väst 2016
Säkerheter i exploateringsavtal av Fredrik Cervell
och Isak Pettersson framkom av deras enkäter att

- 58 % av de 197 exploateringsavtalen innehöll säkerhet,
- 37 % av avtalen saknade säkerhet och
- 5 % av avtalen inte har något behov av säkerhet.

Vanligast "valfri godtagbar" och bankgaranti

Ungefär samma siffror i kandidatuppsatsen
Säkerhet och viten i genomförandeavtal från KTH
2015 av Tiidus och Åhman

6 kap 40 § PBL

- Ett exploateringsavtal får avse **åtagande** för en byggherre eller en fastighetsägare att **vidta eller finansiera** åtgärder för anläggande av gator, vägar och andra allmänna platser och av anläggningar för vattenförsörjning och avlopp samt andra åtgärder. Åtgärdena ska vara **nödvändiga** för att detaljplanen ska kunna genomföras.
- [...]
- De åtgärder som ingår i byggherrens eller fastighetsägarens åtagande ska stå i rimligt förhållande till dennes **nytta** av planen.

Vad innebär ett exploateringsavtal?

- Ensidigt enligt lagtexten
- Åtagande = kommunen genomför det som exploatören inte klarat av
- Finansiera = kommunen genomför åtgärder och skickar räkningen till exploatören
- Svåra att precisera
- Invändningar om nödvändighet och om nytta

Byggherrens ekonomiska ansvar

- Ansvaret uttrycks ofta i avtalen som en blandning av tydliga belopp (t ex för gatukostnader) och mer allmänna förpliktelser, t ex kostnaden för att flytta ledningar)
- I riktlinjerna är kravet på säkerhet ofta allmänt och opreciserat

När åberopas säkerheten

1. När exploatören inte presterar eller betalar
 - Risk för invändningar och motkrav
2. När exploatören går i konkurs
 - Ofta enkelt att precisera kommunens krav
 - Enklast om kommunen har förmånsrätt genom pant eller företagshypotek

Stockholm

Riktlinjer för exploateringsavtal i Stockholms stad 2018

Säkerhet

Staden kan kräva att
exploatören tillhandahåller
moderbolagsborgen,
självständig bankgaranti eller
annan av staden godtagbar
säkerhet avseende
exploatörens åtaganden i
exploateringsavtalet.



Olika säkerheter

- Deponerade medel eller pantsatt bankkonto
- Förskottsbetalning
- Fastighetspant
- Företagshypotek
- Borgen (extern eller intern)
och
- Bankgaranti

Observera att säkerheterna kan kombineras

Exempel från Svedala

Rangordning av ekonomiska säkerheter

- Kommunen rangordnar ekonomiska säkerheter enligt nedanstående.
 1. bankgaranti
 2. klientmedelskonto
 3. moderbolagsborgen
 4. försäkringsbrev
 5. avsättning av medel på konto
 6. pantbrev

Lagstiftningen

Säkerhet krävs ofta i rättsliga sammanhang.

Grundläggande beskrivning i 2 kap 25 § utsökningsbalken:

- Säkerhet som ska ställas enligt denna balk ska bestå av pant, borgen eller företagshypotek. Borgen ska ställas såsom för egen skuld och, om den ingås av två eller flera personer gemensamt, vara solidarisk. Är säkerheten inte godkänd av den till vars förmån säkerheten ska gälla, ska den prövas av Kronofogdemyndigheten.
- Om bank eller annan jämförbar penninginrättning ska ställa säkerhet, får godtas utfästelse av penninginrättningen att infria den förpliktelse som säkerheten ska avse.
- Säkerheten ska tas i förvar av Kronofogdemyndigheten.

Fastighetspant

- Byggherren lämnar pantbrev, i de fastigheter som skall exploateras eller andra
- Pant kan lämnas av tredje man
- Fördel att det är billigt om inteckningarna ändå måste tas ut
- Nackdel att byggherrens kreditmöjligheter kan begränsas under den tid kommunen innehar pantbreven
- Att kontrollera: att inteckningarnas prioritet är tillräckligt god för att de skall täcka åtagandet

Företagshypotek

- Företagshypotek ger säkerhet i gäldenärens lösa tillgångar, alltså inte fastigheterna
- Fördeel att det är lägre stämpelskatt (1 %) på företagshypotek än på fastighetsinteckningar (2 %)
- Nackdel att underlaget sällan är värt särskilt mycket om gäldenären kommer på obestånd
- Prioritetskontroll behövs även här, men viktigast är att företagshypotek inte ensam ska täcka större fordringar (halva tillgångssidan i balansräkningen, sedan den fasta egendomen räknats bort, är realistiskt som värde)

Borgen

- Proprieborgen: uttrycks ”såsom för egen skuld” och innebär att borgenären kan kräva borgensmannen utan att först ha ställt krav mot gäldenären
- Nackdel för kommunen är att borgensmannen kan komma med samma invändningar som exploatören
- Om proprieborgen inte noteras i avtalet, blir åtagandet sk enkel borgen. Då måste borgenären styrka att gäldenären inte kan betala

Bankgaranti

- Ibland som proprieborgen
- Giltighetstid: antingen tidsbestämt eller gällande till dess exploateringen slutförts
- Maximalt belopp anges
- I bankgarantier för entreprenader finns ofta en klausul om att eventuell tvist mellan parterna måste avgöras innan betalning kan ske. Se upp för dylika inskränkningar!

Garantiförsäkring – specialister i stället
för banker

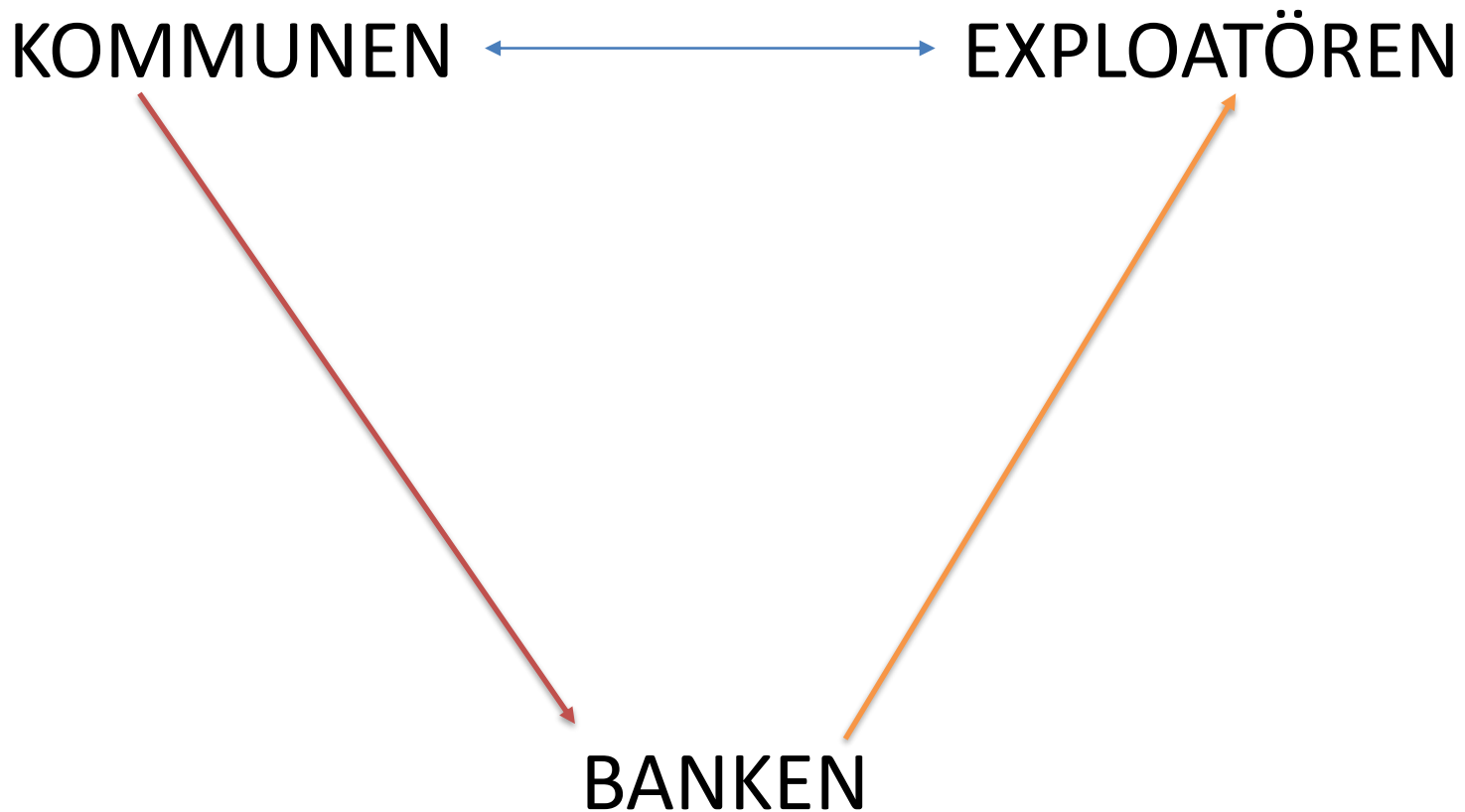
Tryg | Garanti

nordic **g**uarantee

Moderna | Garanti



Bankgarantier



On Demand-garanti

- Kallas även självständig bankgaranti
- ”banken betalar då förmånstagaren har framfört ett betalningskrav i enlighet med garantivillkoren utan någon rätt eller skyldighet att fastställa garantitagarens ersättningsskyldighet gentemot förmånstagaren”
- Det vill säga: banken betalar utan att komma med invändningar om vad exploateringsavtalet omfattar eller med motkrav
- Men banken kräver exploitören på utlägggen...

Exempel från kommuner

Trollhättan:

- För gator och annan allmän plats som Staden har ansvar att bygga ut, begär Staden antingen en preliminär exploateringsersättning som täcker hela den bedömda kostnaden för utbyggnaden, eller en (bank)garanti on demand för motsvarande belopp

Göteborg

- I första hand ska en bankgaranti (on demand) lämnas med belopp som fastställs i exploateringsavtalet. Bankgarantin ska gälla utan begränsning i tid, till dess exploatörens åtaganden är uppfyllda

Fritt att kräva?

- I princip måste garantin uppfyllas när krav ställs. Villkor kan ställas i avtalet.
- Om problemet med risken för obefogade krav:

Lena Dalman, Några problem rörande first demand-garantier, SvJT 1985 s 177—219

Henrik Ulander, Bankgarantier – särskilt om demandgarantier i svensk rätt, magisteruppsats Linköpings universitet 2000

Oskälighet?

- On demand-garantier är förmånliga för kommunerna
- Strider de mot kraven på ”nödvändighet” och ”nytta” i 6 kap 40 § PBL?
- Inte prövat, men en alltför generös säkerhet ansågs i NJA 1980 s 1 som villkor för bygglov vara ett ogiltigt rättsstridigt tvång enligt 29 § avtalslagen

Exempel på otydligheter

(Från Haninge 2015)

- **4.2 Säkerhet**
- För rätta fullgörandet av Exploatörens *samtliga förpliktelser* gentemot Kommunen enligt detta exploateringsavtal ska Exploatören tillställa Kommunen *godtagbar* säkerhet om 18 miljoner kronor.
- Sådan säkerhet kan utgöras av moderbolagsgaranti *eller liknande*.

Moderbolagsborgen

- En fördel för byggherren som slipper köpa en garanti
- Moderbolagets ekonomiska ställning måste förstås kontrolleras, särskilt likviditeten



Uppsala Principer 2017

Kommunstyrelsen: **endast bankgaranti eller pantbrev med bästa rätt godtas som säkerhet i exploateringsavtal**

- Moderbolagsborgen innebär att bolaget hanterar säkerheter inom koncernen. Det är en svårbedömd säkerhet och kräver i regel en omfattande analys för att bedöma om det finns täckning för moderbolagsborgen. Trots omfattande analys finns risk att säkerheten inte infrias, till exempel om motparten hamnar i ekonomiskt obestånd. Ökat antal aktörer i Uppsala i kombination med alltmer komplicerade bolags- och koncernstrukturer gör denna säkerhet än mer svårbedömd.
- Ett generellt ställningstagande kring ekonomiska säkerheter stödjer likabehandling och förutsägbarhet i exploateringsprocessen. Det minskar också Uppsala kommuns ekonomiska risker, givet den kraftiga expansion och de åtaganden som föreligger.

Är olikbehandling skälig?

Kommunen bör grunda sina krav på den risk som motparten utgör

Därmed kommer stora byggbolag att få bedömas annorlunda än små

I stora bolag är moderbolagsgarantier för det mesta en tillfredsställande säkerhet

Olikbehandling

Från små bolag måste pant eller extern borgen eller garanti krävas, därför att de för med sig en större risk



Detta gör att olikbehandlingen är skälig



Möjligen värre att inte begära säkerhet, eftersom det kan vara ett gynnande av näringsidkare enligt 2 kap 8 § kommunallagen