

2014-12-19. LB-2013-170795. Borgarting lagmannsrett - dom.

2014-12-19. LB-2013-170795. Borgarting lagmannsrett - dom.

Stikkord: Selskapsrett - styreansvar - aksjeloven § 17-1 - egenkapitalkrav - aksjeloven § 3-4 og § 3-5.

Sammendrag: Saken gjaldt erstatningskrav mot styreleder i et selskap som var gått konkurs. Selskapet hadde bestilt tjenester fra et bilverksted i en situasjon der selskapet var klart insolvent og hadde negativ egenkap[i]tal. Lagmannsretten fant at styret hadde brutt handleplikten etter aksjeloven § 3-5, jf. § 3-4, ved ikke å iverksette tiltak som kunne sikre et forsvarlig driftsgrunnlag innen rimelig tid. Det var etter forholdene ikke forsvarlig å avvente et mulig konsernbidrag som ville kunne komme et halvt år senere. Styret hadde også brutt den kontraktsrettslige lojalitetsgrunnsetningen ved å la det insolvente selskapet kontrahere med bilverkstedet, uten å informere verkstedet om selskapets finansielle stilling. Lagmannsretten fant - i likhet med tingretten - at styrelederen hadde handlet uaktsomt og var erstatningsansvarlig for verkstedets tap, jf. aksjeloven § 17-1. Styrelederen ble også holdt erstatningsansvarlig for verkstedets sakskostnader i et tidligere søksmål som verkstedet hadde anlagt mot det insolvente selskapet.

Avsagt: 19.12.2014

Saksnr.: 13-170795ASD-BORG/03

[**Saksgang:** TDRAM-2012-168539, LB-2013-170795. Anken ikke tillatt fremmet for Høyesterett, HR-2015-00543-U.]

Dommer: Lagdommer: Svein Kristensen. Lagdommer: Eyvin Sivertsen. Tingrettsdommer: Torild Margrethe Brende.

Ankende part: A. (Advokat Morten Steenstrup.)

Ankemotpart: Fjeldhus Motor AS. (Advokat Tone-Lise Langerud Klose.)

Dom

Saken gjelder erstatningskrav rettet mot tidligere styreleder i et selskap som er gått konkurs.

I. SAKENS BAKGRUNN

AL Transport AS (heretter AL Transport) ble stiftet i 2005. Selskapet drev transportvirksomhet i byggebransjen. Selskapet var heleid av JK Entreprenør AS (JK Entreprenør) og fikk sine transportoppdrag fra dette selskapet. JK Entreprenør var eid av Heffalompen Holding AS (75,5 prosent) og B (24,5 prosent).

A var daglig leder og styreleder i AL Transport fra stiftelsen og frem til selskapet gikk konkurs i 2012, med unntak for en periode i 2008 da hans ektefelle var styreleder. A var i tillegg styreleder i JK Entreprenør og eeneier av Heffalompen Holding AS. Daglig leder i JK Entreprenør var B.

AL Transport inngikk i 2009 avtale med bilverkstedet Fjeldhus Motor AS (heretter Fjeldhus) om reparasjoner og service på lastebilene som AL Transport disponerte. Oppdragene ble utført etter særskilt bestilling og honorert etter medgått tid/stykkpris.

Bakgrunnen for erstatningssaken er reparasjoner m.m. som AL Transport bestilte i perioden 3. november 2010 til 23. februar 2011. Fjeldhus sendte 46 fakturaer for disse oppdragene. Fakturaene, som var på til sammen på 299 834 kroner inkludert merverdiavgift, ble ikke betalt.

På vegne av Fjeldhus sendte advokat Klose i april 2011 prosessvarsel til AL Transport med betalingsfrist 1. juni samme år. Fakturaene ble fortsatt ikke betalt. Mekling i forlikrådet i Bærum førte ikke frem.

I november 2011 reiste Fjeldhus søksmål mot AL Transport for Asker og Bærum tingrett med krav om betaling av fakturaene. Hovedforhandling i saken var opprinnelig berammet i mars 2012, men saken ble utsatt fordi A, som var stedfortreder for AL Transport, meldte sykdomsforfall. Da AL Transport heller ikke stilte med stedfortreder ved den omberammede hovedforhandlingen i mai 2012, ble saken avgjort ved fraværdsdom. I Asker og Bærum tingretts fraværdsdom 8. mai 2012 ble AL Transport dømt til å betale 299 834 kroner til Fjeldhus med tillegg av renter fra 1. juni 2011. AL Transport ble også ilagt sakskostnader med 73 200 kroner. Fraværdsdommen er rettskraftig, men AL Transport har ikke oppfylt dommen.

AL Transport og JK Entreprenør begjærte oppbud 11. september 2012. Asker og Bærum tingrett åpnet samme dag konkurs i begge selskapene. Det fremgår av borevisorenes innberetninger at virksomheten i de to selskapene ble overtatt av de to nystartede selskapene Mr. Pukk AS og JK Maskin AS. A er styreleder i begge selskapene.

Ved stevning 19. oktober 2012 til Drammen tingrett reiste Fjeldhus søksmål mot A. Det ble gjort gjeldende at A, i egenskap av å ha vært daglig leder og styreleder for AL Transport, var personlig erstatningsansvarlig for beløpene på 299 834 kroner (fakturerte beløp) og 73 200 kroner (sakskostnader) som AL Transport var dømt til å betale i fraværdsdommen. Erstatningskravet for det fakturerte beløpet på 299 834 kroner ble senere redusert til 239 867 kroner fordi merverdiavgift ikke skal erstattes.

Drammen tingrett avsa 25. juni 2013 dom med slik domsslutning:

1. A dømmes til å betale Fjeldhus Motor AS 239 867 -tohundreogtrettinitusenåttehundreogsekstisju-kroner innen 2 -to- uker etter at dommen er forkynt med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 1. juni 2011 til betaling skjer, og med tillegg av forsinkelsesrente med 12 689 -tolvtusensekshundreogåttini - kroner for perioden forut for 1. juni 2011.
2. A dømmes til å betale Fjeldhus Motor AS 73 200 -syttitretusentohundre- kroner innen 2 -to- uker etter at dommen er forkynt med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 8. juni 2012 til betaling skjer.
3. A dømmes til å betale Fjeldhus Motor AS sakskostnader med 268 283 -tohundreogsekstiåttetusentohundreogåttitre- kroner innen 2 -to- uker etter at dommen er forkynt.

For nærmere detaljer om saksforholdet vises det til tingrettens dom og til lagmannsrettens merknader nedenfor.

A har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 28. til 31. oktober 2014 i Borgarting lagmannsretts hus. A og Fjeldhus Motor AS, representert ved styreleder Roar Fagernes, møtte med sine prosessfullmektiger. A ga forklaring. Det ble avhørt åtte vitner, hvorav to var sakkyndige. Om bevisføringen ellers vises det til rettsboken.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist på grunn av sakens omfang og andre oppgaver.

II. PARTENES ANFØRSLER

Den ankende part,A, har i hovedtrekk anført:

Vilkårene for erstatning er ikke oppfylt. Det foreligger verken ansvarsgrunnlag eller årsakssammenheng.

Det var fullt forsvarlig av AL Transport å kjøpe verkstedtjenester fra Fjeldhus i perioden november 2010 til februar 2011. AL Transport var på dette tidspunktet ikke insolvent og hadde uansett ikke plikt til å begjære oppbud. Selskapet hadde et negativt driftsresultat i 2010, men problemene var forbigående og skyldtes blant annet problemer med bilparken. Fjeldhus hadde bidratt til disse problemene ved mangelfull service på lastebilene. Dette førte til havarier på minst tre lastebiler i løpet av 2010.

At AL Transport ikke betalte fakturaene fra Fjeldhus, skyldtes ikke manglende betalingsevne, men manglende betalingsvilje. AL Transport mente at Fjeldhus ikke hadde krav på betaling på grunn av mangler ved tjenestene. AL Transport dekket sine øvrige betalingsforpliktelser i denne perioden, enten selv eller ved at JK Entreprenør betalte.

AL Transports regnskaper for 2010 gir ikke et riktig bilde av egenkapitalen, fordi selskapet hadde store merverdier som ikke var bokført. Det er selskapets reelle verdier, og ikke den bokførte egenkapitalen, som er avgjørende. Blant annet eide selskapet flere lastebiler som ble solgt til JK Entreprenør i 2012 for 1,6 millioner kroner. I 2010 var verdien trolig høyere enn dette. Videre hadde selskapet en rekke avtaler om finansiell leasing av lastebiler. Disse avtalene innebar en betydelig merverdi ved at lastebilene kunne innløses til en lav sum. Merverdien ble i august 2011 vurdert til 5,2 millioner kroner. Selskapets egenkapital var derfor reelt sett positiv.

AL Transport måtte dessuten kunne forvente at JK Entreprenør ga konsernbidrag hvis selskapet gikk med underskudd. AL Transport hadde fått konsernbidrag både for 2008 og 2009. JK Entreprenør var helt avhengig av AL Transport i sin virksomhet.

Det var høsten 2010 ingen tegn til at JK Entreprenør ikke var i stand til å gi konsernbidrag. Selskapet hadde solid egenkapital og gikk med overskudd både i 2008 og 2009. Også periodiserte regnskap for første halvår og tredje kvartal 2010 viste et driftsoverskudd. Det var først i mars 2011 at det ble avdekket problemer. Det viste seg da at selskapet ikke fikk fullt betalt av PEAB for grunnarbeider utført på Fornebu. Inntektene ble minst sju millioner lavere enn forventet, noe som førte til at revisor krevde store nedskrivninger av selskapets eiendeler; nedskrivninger som JK Entreprenør er uenig i. Tapet måtte regnskapsføres for siste kvartal 2010 og ga underskudd i årsregnskapet. Det var ikke mulig å forutse dette da AL Transport bestilte de tjenestene fra Fjeldhus som saken gjelder. JK Entreprenørs økonomiske situasjon fremsto da som god.

JK Entreprenørs revisor godtok i mai 2010 et konsernbidrag til AL Transport for 2009. Dette bekrefter at JK Entreprenør på denne tiden hadde god økonomi.

Det er helt feil at JK Entreprenør hadde tapt mer enn halve aksjekapitalen allerede i september 2010. De regnskapstallene som Fjeldhus har påberopt, er ikke periodiserte og kan ikke legges til grunn.

Styret i AL Transport har uansett oppfylt sin handleplikt etter aksjeloven §§ 3-4 og 3-5. Så snart det ble avklart at JK Entreprenør ikke fikk fullt oppgjør for Fornebu-prosjektet, gjennomførte de to selskapene i fellesskap en refinansiering som ga grunnlag for videre drift. Refinansieringen ble godkjent av både kreditorer og banker i slutten av 2011. At selskapene likevel gikk konkurs høsten 2012, skyldtes konkursrykter i markedet. JK Entreprenør fikk ikke kreditt av leverandørene, og kundene holdt tilbake betalinger. Dermed fikk heller ikke AL Transport betalt. Ettersom det var etterfølgende forhold i 2012 som førte til konkursen, er det ikke årsakssammenheng mellom styrets handlemåte i 2010 og Fjeldhus' tap.

Erstatningen må uansett falle bort på grunn av medvirkning og aksept av risiko. Fjeldhus var kjent med AL Transports økonomiske situasjon, men valgte likevel å ta oppdrag for selskapet. Fjeldhus må selv bære risikoen for dette. Det er også grunnlag for lemping av ansvaret.

Erstatningen for tapet på oppdragene må under enhver omstendighet reduseres med 174 628 kroner til 65 239 kroner. Det skyldes at JK Entreprenør utstedte en garanti for oppdrag som Fjeldhus utførte for AL Transport i løpet av 2010. Hvis Fjeldhus hadde påberopt denne garantien, ville selskapet ha fått dekket fakturaene for 2010. Det foreligger ikke årsakssammenheng for tap som var omfattet av garantien.

A kan ikke holdes personlig ansvarlig for sakskostnadene i saken for Asker og Bærum tingrett. Personlig erstatningsansvar for styreleder er bare aktuelt når søksmål reises av det insolvente selskapet. I dette tilfellet var AL Transport ikke saksøker, men ble saksøkt av Fjeldhus. Det var dessuten legitimt av AL Transport å forsvare seg mot betalingskravet ved å påberope mangler ved Fjeldhus' tjenester. Det bestrides at det ikke var reklamert over manglene. At AL Transport ikke stilte med stedfortreder under hovedforhandlingen, gir ikke grunnlag for erstatning. Det førte tvert imot til lavere sakskostnader fordi saken kunne løses ved fraværdom.

Det er lagt ned slik påstand:

1. A frifinnes.
2. Fjeldhus Motor AS dømmes til å erstatte As saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, Fjeldhus Motor AS, har i hovedtrekk anført:

Det gjøres gjeldende at A i egenskap av vervet som styreleder og daglig leder i AL Transport har brutt handleplikten etter aksjeloven §§ 3-4 og 3-5, oppbudsplikten etter straffeloven § 284 og lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Alle de tre pliktbruddene er ansvarsbetingende.

AL Transport gikk med underskudd både i 2008, 2009 og 2010. Årsregnskapet for 2010 viser et underskudd på 4,5 millioner kroner og en negativ egenkapital på 3,2 millioner kroner. Selskapet var insolvent senest sommeren 2010, men styret lot likevel driften fortsatte for kreditorenes regning og risiko. Dette utgjør et erstatningsbetingende brudd på handleplikten etter aksjeloven §§ 3-4 og 3-5. Denne handleplikten inntrådte før selskapet ble insolvent.

At enkelte av AL Transports kreditorer fikk betalt i 2010 og 2011, er ikke et bevis for at selskapet var solvent. Det er vanlig at selskap i økonomiske problemer gjør opp overfor enkelte kreditorer. Et sentralt formål bak styrets handleplikt etter aksjeloven er nettopp å unngå at kreditorer forskjellsbehandles.

Det var ingen mangler ved Fjeldhus' tjenester som kan forklare at fakturaene ikke ble betalt. Anførlene om dette er konstruert i ettertid av AL Transport ved A.

Det er ikke sannsynliggjort at AL Transport hadde merverdier som ikke fremgikk av regnskapene. Det kan åpenbart ikke legges til grunn at selskapet i 2010 eide de lastebilene som i 2012 ble solgt til JK Entreprenør for 1,6 millioner kroner. Årsregnskapet for 2010 viser at AL Transport ikke lenger eide noen lastebiler. Det er videre ikke dokumentert at selskapet hadde finansielle leasingavtaler som innebar en merverdi. Det er verken fremlagt leasingavtaler eller annen dokumentasjon om dette. Årsberetningen for 2010 sa ingen ting om at selskapet hadde verdier utover de bokførte.

Det var uforsvarlig å fortsette driften i håp om at JK Entreprenør ville gi et konsernbidrag. Et slikt konsernbidrag ville ikke ha vært aktuelt før ved årsoppgjøret for 2011. AL Transport hadde negativ egenkapital og kunne ikke vente på et slikt bidrag. Styret har i en slik situasjon en streng aktsomhets- og handleplikt.

JK Entreprenør hadde dessuten for dårlig økonomi i 2010 til å kunne gi konsernbidrag. Dette var A kjent med. De fremlagte regnskapstallene viser at JK Entreprenør per september 2010 hadde tapt mer enn halvparten av sin aksjekapital. Det kan ikke bygges på vitneforklaringene om at det finnes periodiserte regnskapstall som viser at selskapets økonomi var god. Regnskapene måtte i så fall ha vært fremlagt for Fjeldhus og lagmannsretten før ankeforhandlingen. At dette ikke ble gjort, tilsier at regnskapene ikke egner seg for gjennomgåelse.

Om JK Entreprenør var i stand til å gi konsernbidrag til AL Transport, burde bidraget ha blitt gitt høsten 2010.

Ettersom AL Transport var klart insolvent høsten 2010, hadde selskapet oppbudspplikt, jf. straffeloven § 284. Det var As ansvar å sørge for oppbud. Bruddet på denne plikten gir grunnlag for erstatning. Det var dessuten illojalt å bestille tjenester fra Fjeldhus når AL Transport var insolvent. Også dette utgjør et eget erstatningsgrunnlag i saken.

Det er ikke riktig at JK Entreprenør garanterte for AL Transports tjenestekjøp i hele 2010. Garantien omfattet bare beløp som AL Transport skyldte Fjeldhus på tidspunktet da garantien ble gitt i mars 2010. JK Entreprenør hadde dessuten dårlig økonomi fra høsten 2010 og fremover, slik at garantien ikke kunne oppfylles. Garantien kan derfor ikke føre til at Fjeldhus' erstatningskrav reduseres.

Hvis styret i AL Transport hadde begjært oppbud i 2010, slik styret var forpliktet til, ville oppdragene ikke ha blitt utført. Erstatningsvilkåret om årsakssammenheng er derfor oppfylt.

Det foreligger ikke aksept av risiko, og Fjeldhus har ikke medvirket til tapet. Fjeldhus var ikke kjent med at AL Transport var insolvent da verkstedtjenestene ble bestilt.

A er også erstatningsansvarlig for sakskostnadene som AL Transport ikke betalte i henhold til Asker og Bærum tingretts fraværdom fra 2012. Det var ansvarsbetingende ikke å godta Fjeldhus krav om at AL Transport skulle betale for verkstedtjenestene. Anførselen om mangler ved Fjeldhus' tjenester var urimelig. Det var også ansvarsbetingende av A å utebli fra hovedforhandlingen uten å ha oppnevnt stedfortreder.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Fjeldhus Motor as tilkjennes sakens omkostninger også for lagmannsretten, med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrentelovens § 3 første ledd, fra forfall 14 dager etter dommens forkynnelse til betaling skjer.

III. LAGMANNSRETTENS VURDERINGER

1. Innledning

Spørsmålet i saken er om A er personlig erstatningsansvarlig etter aksjeloven § 17-1 eller på alminnelig uaktsomhetsgrunnlag for det økonomiske tapet som Fjeldhus er påført ved at selskapet ikke mottok betaling for verkstedtjenester som AL Transport bestilte i perioden 3. november 2010 til 23. februar 2011. Det er også krevet erstatning for Fjeldhus' sakskostnader i søksmålet mot AL Transport for Asker og Bærum tingrett. Fjeldhus har påberopt mislighold av handleplikten etter aksjeloven §§ 3-4 og 3-5, mislighold av oppbudsplikt etter straffeloven § 284 og brudd på lojalitetsplikten i kontraktsforhold.

Lagmannsretten er kommet til at A er erstatningsansvarlig for Fjeldhus' tap, og at anken må forkastes.

Lagmannsretten vil trekke opp noen rettslige utgangspunkter for vurderingen før spørsmålet om erstatningsansvar drøftes nærmere.

2. Rettslige utgangspunkter

Etter aksjeloven § 6-12 har styret det overordnede ansvaret for forvaltningen av selskapet. Dette innebærer blant annet en plikt til å holde seg orientert om selskapets økonomiske situasjon og til å føre tilsyn med hvordan virksomheten drives, jf. § 6-12 nr. 3 og § 6-13 første ledd.

Styrets forpliktelser er utdypet og presisert andre steder i aksjeloven. Sentralt i vår sak står § 3-4, som fastsetter at selskapet til enhver tid skal ha en forsvarlig egenkapital ut fra selskapets virksomhet. Etter forarbeidene skal det gjøres en skjønnsmessig vurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, og ikke bare av egenkapitalen, jf. Ot.prp. nr. 23 (1996-97) side 52. Samme sted understrekes det at bestemmelsen

"[...] retter seg mot den reelle og ikke balanseførte egenkapitalen. Det må likevel understrekes at dersom selskapet mener at det har en egenkapital som er høyere enn den balanseførte, må dette ha grunnlag i en forsvarlig vurdering".

Aksjeloven § 3-5 oppstiller en handleplikt for styret hvis egenkapitalen etter en skjønnsmessig vurdering ikke er forsvarlig. Det samme gjelder hvis aksjekapitalen er havnet på et nivå under halvparten av aksjekapitalen. Styret skal i så fall "straks" behandle saken og eventuelt innkalle til generalforsamling med forslag om tiltak for å rette opp situasjonen, for eksempel ved å legge om eller rasjonalisere driften, eller ved å be eierne om ny kapital, jf. proposisjonen side 53. Hvis styret ikke finner grunnlag for slike tiltak, skal det foreslå selskapet oppløst.

Brudd på handleplikten etter aksjeloven § 3-5, jf. § 3-4, fører ikke uten videre til erstatningsplikt. For at det skal oppstå erstatningsansvar, må det påvises at ledelsens vurdering av situasjonen har vært uaktsom, jf. aksjeloven § 17-1. Det må videre foreligge årsakssammenheng mellom pliktbruddet og tapet.

Styret må gis et visst spillerom for feilvurderinger uten at det oppstår erstatningsansvar, jf. proposisjonen side 51. Det gjelder både i vurderingen av om egenkapitalen er uforsvarlig, og i vurderingen av hvilke tiltak som skal iverksettes. Men det vil lett kunne oppstå ansvar hvis egenkapitalen synker til under halve aksjekapitalen, uten at styret foretar seg noe, jf. Ot.prp. nr. 36 (1993-94) side 172. Det følger da direkte av loven at egenkapitalen skal regnes som uforsvarlig, slik at styret har handleplikt.

Handleplikten inntreffer på et tidligere stadium enn oppbudsplikten etter straffeloven § 284. Et sentralt formål er nettopp å hindre at selskapet havner i en oppbudssituasjon, jf. NOU 1996: 3 side 46. Det kan også forekomme situasjoner der det er forsvarlig ikke å begjære oppbud, men hvor styret bør opplyse medkontrahentene om selskapets økonomiske situasjon før det bestilles varer og tjenester. Om dette ikke gjøres, kan selve avtaleinngåelsen utløse erstatningsansvar, jf. Aarum, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, 1994, side 542.

Lagmannsretten går så over til å vurdere den konkrete saken.

3. AL Transports økonomiske situasjon høsten 2010

Lagmannsretten er i likhet med tingretten kommet til at AL Transport hadde tapt sin egenkapital, slik at styret hadde handleplikt etter aksjeloven § 3-5, før selskapet bestilte de tjenestene fra Fjeldhus som saken gjelder. Lagmannsretten vil nedenfor gjennomgå den økonomiske utviklingen i selskapet frem mot 2010/2011, da de aktuelle verkstedtjenestene ble bestilt. Som det vil fremgå, ble selskapets finansielle stilling stadig dårligere i denne perioden.

AL Transport hadde etter en kapitalutvidelse i 2007 en aksjekapital på 1,1 millioner kroner. Samlet egenkapital i henhold til årsregnskapet for 2007 var på 1,8 millioner kroner. Selskapet gikk dette året med et beskjedent overskudd på 14 000 kroner.

De neste årene gikk det vesentlig dårligere. Årsregnskapet for 2008 viser et negativt årsresultat på to millioner kroner, mens underskuddet i 2009 var på 1,2 millioner kroner. At den balanseførte egenkapitalen endte på 746 170 kroner i 2008, skyldtes et konsernbidrag på en million kroner fra morselskapet JK Entreprenør. I balansen for 2009 er egenkapitalen oppgitt til drøyt 1,3 millioner kroner, men det var etter et konsernbidrag på 1,8 millioner kroner fra morselskapet. Uten konsernbidragene ville AL Transport hatt underbalanse i egenkapitalen begge disse årene.

Situasjonen forverret seg ytterligere i 2010. Fremlagte regnskapstall per 30. september 2010 viser et underskudd på drøyt 3,3 millioner kroner og en negativ egenkapital på nesten to millioner kroner. Ettersom AL Transport hadde unnlatt å bokføre 645 278 kroner i kostnader til feriepenger og arbeidsgiveravgift, var den reelle situasjonen verre ved at driftstapet frem til september 2010 var på 3,9 millioner kroner, mens underbalansen i egenkapital utgjorde 2,6 millioner kroner. Regnskapstallene er ikke periodiserte, men det er ikke påvist at de gir et misvisende bilde av situasjonen.

Den negative utviklingen fortsatte i tiden etter september 2010. I det reviderte årsregnskapet for 2010 var underskuddet på 4,5 millioner kroner. Egenkapitalen var negativ med 3,2 millioner kroner. I 2011 var tapet noe lavere - 3,6 millioner kroner - men egenkapitalsituasjonen var sterkt forverret med en underbalanse på hele 6,7 millioner kroner. Selskapet meldte som nevnt oppbud i september 2012.

AL Transport har anført at den reelle egenkapitalen var høyere enn den bokførte fordi selskapet hadde betydelige merverdier i bilparken. Lagmannsretten finner ikke grunnlag for anførselen. AL Transport har vist

til en avtale fra februar 2012 om salg av tre lastebiler og en henger til JK Entreprenør for 1,6 millioner kroner. Det er imidlertid ikke dokumentert at AL Transport eide lastebilene i 2010. En regnskapsnote for 2010 angir at selskapet per 1. januar 2010 hadde lastebiler med en anskaffelseskostnad på 1,5 millioner kroner, men disse verdiene gikk ut av selskapet i løpet av året, slik at sluttsummen ble null. Hvis selskapet likevel eide motorvogner med vesentlig verdi, slik at regnskapet for 2010 ikke er dekkende, burde AL Transport ha fremlagt dokumentasjon for dette. Det er ikke gjort. Beløpet på 1,6 millioner er uansett for lite til å være utslagsgivende i saken.

AL Transport har videre påberopt store merverdier i selskapets leasingavtaler for lastebiler. Det var ifølge selskapet tale om såkalt finansiell leasing der AL Transport kunne kjøpe lastebilene for en gunstig pris etter en leasingperiode på fem år. Basert på differansen mellom innløsningspris og markedsverdi har AL Transport selv anslått samlet merverdi per april 2011 til 5 278 423 kroner. Det tilsier etter selskapets oppfatning at egenkapitalen var positiv i 2010.

Lagmannsretten finner ikke dekning for AL Transports anførsler vedrørende leasing. Det er på det rene at finansiell leasing kan gi rett til innløsning på gunstige vilkår, jf. NOU 1995: 30, Ny regnskapslov, punkt 7.6.4. Det er heller ikke omtvistet at små foretak kan unnlate å balanseføre slike avtaler, jf. regnskapsloven § 5-11 og NRS 8, God regnskapskikk for små foretak, punkt 7.2.5. Finansiell leasing kan derfor, som anført av AL Transport, innebære skjulte reserver.

Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det er dokumentert konkrete merverdier i dette tilfellet. AL Transport har ikke lagt frem leasingavtalene. Det er ikke innhentet noen uavhengige verdivurderinger, og det er uvisst når eventuelle merverdier kunne realiseres. Det er ikke engang dokumentert at leasingavtalene var finansielle. AL Transport har vist til en regnskapsnote fra de aktuelle årene der utgiftene til leasingen er kort omtalt, og hvor det står at avtalene "ikke [er] presentert som en finansiell leasing". Men det fremgår ikke om manglende "presentasjon" i regnskapene bygget på et valg fra AL Transports side, eller om årsaken var at leasingen etter sitt innhold ikke var finansiell.

Det eneste holdepunktet for merverdier i bilparken er en opplysning i AL Transports årsberetning for 2010 om at det "[s]om langsiktig løsning arbeides med å selge deler av bilparken". Sammenholdt med at selskapet ikke hadde bokførte verdier for biler, peker dette mot at selskapet kan ha hatt verdier utenfor regnskapene. Men i mangel av nærmere dokumentasjon kan denne enkeltstående uttalelsen ikke få avgjørende vekt. Det er ukjent hvilke biler det siktes til, og hvilken verdi de eventuelt hadde. Årsberetningen slår uttrykkelig fast at egenkapitalen er tapt, og at regnskapet gir et "rettviseende bilde av selskapets eiendeler og gjeld". Om selskapet hadde betydelige merverdier, måtte man forvente at disse ble omtalt nærmere i årsberetningen.

Tingretten fant det ikke sannsynliggjort at AL Transport hadde merverdier utover de bokførte. Det gjorde heller ikke borevisor i sin innberetning 2. mai 2013. I den grad dette var feil, hadde AL Transport en sterk oppfordring til å dokumentere verdiene for lagmannsretten. Det er påfallende at selskapet ikke har gjort dette.

Basert på bevisførselen må konklusjonen bli at AL Transport ikke hadde merverdier av betydning for saken, og at regnskapene i hovedsak ga et dekkende bilde av selskapets egenkapital. Ved utløpet av september 2010 var egenkapitalen i sin helhet tapt med en underbalanse på 2,6 millioner kroner. Selskapet var altså insuffisient. Situasjonen utløste handleplikt for styret etter aksjeloven § 3-4, jf. § 3-5 første ledd andre punktum, slik også selskapets revisor påpekte i brev 8. november 2010 til selskapsledelsen.

Lagmannsretten finner det videre klart at AL Transport manglet betalingsdyktighet og var insolvent da selskapet bestilte de aktuelle verkstedtjenestene fra Fjeldhus mot slutten av 2010. Insolvenstidspunktet er vurdert av siviløkonom og revisor Geir Dege på oppdrag fra Fjeldhus. I Deges rapport 17. oktober 2012 er forholdet mellom selskapets omløpsmidler og kortsiktige gjeld beregnet til minus 3,6 millioner ved årsskiftet 2010/2011. Forholdstallet var omtrent det samme i september 2010. Dette tilsier svært dårlig likviditet. Det trekkes i samme retning at selskapet ikke på noe tidspunkt i 2010 betalte skatter og avgifter ved forfall. Ubetalt skattetrekk var i årsregnskapet oppgitt til 358 850 kroner. På konto for skattetrekk var det innsatt 843 kroner.

Dege peker videre på at omsetningen i henhold til merverdiavgiftsoppgavene var nedadgående, og at selskapets innkjøp oversteg salget av tjenester. Dette underbygger at likviditeten var dårlig, og at situasjonen forverret seg utover høsten.

Dege konkluderte i rapporten - og i sin forklaring for lagmannsretten - med at AL Transport utvilsomt var insolvent før november 2010, da verkstedtjenestene ble bestilt, og at insolvens trolig inntrådte på vårparten dette året. Det er ikke fremkommet avgjørende innvendinger mot denne konklusjonen, og lagmannsretten legger den til grunn.

4. Ansvarsgrunnlag for erstatning

Som påpekt ovenfor forelå handleplikt etter aksjeloven § 3-4, jf. § 3-5, i god tid før verkstedtjenestene ble bestilt i november 2010.

Som styreleder og daglig leder var A godt kjent med hvordan AL Transports økonomiske situasjon utviklet seg i 2010. Det er imidlertid ingen holdepunkter for at styret høsten 2010 tok konkrete initiativer for å styrke egenkapitalen og likviditeten. Selskapet ser ut til å ha basert den videre driften på en forventning om at JK Entreprenør ville gi et nytt konsernbidrag i 2011, noe A bekreftet i sin forklaring.

Spørsmålet blir om styret ved dette utsatte kreditorene for en uforsvarlig tapsrisiko, slik at det i lys av handleplikten etter aksjeloven oppstår personlig erstatningsansvar for A, jf. aksjeloven § 17-1.

Lagmannsretten finner at dette må besvares bekreftende.

Det følger av rettspraksis at styret i et selskap med svak økonomi kan disponere med en viss optimisme uten å pådra seg ansvar, jf. Rt. 1991 side 119 (på side 127). Men optimismen må ha støtte i konkrete forhold. I Aarum, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper, 1994, side 500 heter det:

"Rettsstridsvurderingen må foretas ut fra forholdene slik de fremsto på det aktuelle tidspunkt. Det bør gis rom for en viss optimisme, men denne må ha grunnlag i konkrete forhold. En generell optimisme hos styret er ikke tilstrekkelig."

I Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven, 2012, side 162 uttales i samme retning:

"[L]edelsen vil ha både rett og plikt til å ta hensyn til en forventet fremtidig utvikling. At selskapets egenkapital på vurderingstidspunktet er lav, behøver således ikke å bety at den er uforsvarlig lav dersom ledelsen har berettigede forventninger om at situasjonen vil bedre seg innen rimelig tid. "

I vår sak blir spørsmålet om den forventningen om konsernbidrag som AL Transports styre baserte seg på, var realistisk og berettiget, det vil si forankret i konkrete forhold. Det må også kreves at den økonomiske

bistanden ville komme innen rimelig tid. Hva som er rimelig tid, beror på en konkret vurdering. Jo dårligere selskapets økonomi og utvikling er, desto strengere er aktivitetsplikten for styret.

Det er ikke påberopt at JK Entreprenør høsten 2010 hadde forpliktet seg til å gi finansiell bistand. Det fremgår heller ikke noe sted at et konsernbidrag ble drøftet og diskutert mellom partene. Ifølge As forklaring bygget forventningen om konsernbidrag på et mer generelt forhold, nemlig det økonomiske interessefellesskapet mellom partene. JK Entreprenør hadde tidligere gitt konsernbidrag og hadde en generell interesse av å sikre videre drift av AL Transport for å få tilgang til transporttjenester på rimelige vilkår i sin entreprisvirksomhet.

Lagmannsretten finner ikke at det var forsvarlig av AL Transport å avvente et mulig konsernbidrag, uten å iverksette andre tiltak for å bedre situasjonen. Lagmannsretten legger i denne vurderingen vekt på at AL Transports finansielle stilling var prekær høsten 2010. Selskapet hadde en kraftig underbalanse i egenkapitalen og var klart insolvent. Den løpende driften gikk med stort og økende underskudd. Situasjonen hadde forverret seg kraftig i løpet av 2010, og det var ingen håndfaste tegn til at den negative trenden ville snu. As anførsler knyttet til problemer med bilparken kan på ingen måte forklare utviklingen dette året.

Styrets aktsomhetsplikt må i en slik situasjon være streng. Det må enten tas konkrete initiativer for å snu den negative utviklingen og skaffe ny kapital i tråd med aksjelovens krav, eller tas initiativ til oppløsning eller oppbud. Et generelt håp om fremtidig kapitaltilførsel som ikke er forankret i løfter eller avtaler, og som heller ikke er nedfelt i handlingsplaner eller liknende, kan ikke være nok til å oppfylle styrets handleplikt. I motsatt fall ville handleplikten, og de tilhørende reglene om styreansvar, få liten realitet.

Slik lagmannsretten ser det, var selskapets situasjon så alvorlig at styret uansett ikke kunne vente til våren 2011 - nærmere bestemt til årsregnskapsavleggelsen for 2010 - med å avklare spørsmålet om konsernbidrag. Styret måtte allerede høsten 2010 foreta seg noe som var egnet til å gi et forsvarlig driftsgrunnlag, slik at kreditorene ikke ble utsatt for en uakseptabel tapsrisiko.

Styrets strategi om å avvente et konsernbidrag var risikofylt også av andre grunner. For det første var AL Transports kapitalbehov vesentlig større mot slutten av 2010 enn i tidligere år. Et eventuelt konsernbidrag måtte bli tilsvarende høyere.

For det andre var JK Entreprenør selv i en usikker økonomisk situasjon fra høsten 2010. Dette skyldtes at selskapets grunntreprise på Fornebu var blitt vesentlig mer krevende enn forventet. Det ble sommeren 2010 avdekket store mengder leire i grunnen, og en sterk kuldeperiode fra midten av oktober 2010 vanskeliggjorde arbeidet vesentlig. Ved sluttoppgjøret med PEAB i mars 2011 fikk JK Entreprenør ikke betalt for alt merarbeidet. Konsekvensen ble at selskapet fikk store økonomiske problemer og måtte gå i forhandlinger med sine kreditorer.

Selv om avklaringen først kom ved sluttoppgjøret i 2011, legger lagmannsretten til grunn at det allerede høsten 2010 må ha fremstått som usikkert om JK Entreprenør ville få godgjort det omfattende merarbeidet. Det var derfor også usikkert i hvilken grad selskapet ville kunne bistå datterselskapet økonomisk.

A var kjent med situasjonen i JK Entreprenør, ettersom han var styreleder også i dette selskapet. Han forklarte for lagmannsretten at han hadde regnet med at JK Entreprenør ville få fullt oppgjør for merarbeidet, men det er uklart hva denne vurderingen bygget på.

Den usikkerheten som knyttet seg til morselskapets økonomi høsten 2010, underbygger at AL Transport ved A handlet uforsvarlig ved å bygge driften på en forventning om et stort konsernbidrag våren 2011.

Konklusjonen blir at AL Transports styre har brutt handleplikten etter aksjeloven § 3-5, jf. § 3-4. Ettersom As handlemåte var uaktsom, foreligger ansvarsgrunnlag for erstatning etter § 17-1.

A har innvendt at styrets handleplikt er oppfylt ved at AL Transport og JK Entreprenør i fellesskap gjennomførte en refinansiering etter sluttoppgjøret med PEAB våren 2011. Det er vist til at refinansieringen ble godtatt av kreditorene i slutten av 2011.

Anførselen kan ikke føre frem. Den fremlagte dokumentasjonen om refinansieringsordningen gjelder i all hovedsak JK Entreprenør. Det er ikke påvist at også AL Transport og dette selskapets kreditorer var del av ordningen. Som tidligere påpekt var det uansett ikke forsvarlig å vente til våren 2011 med tiltak for å løse AL Transports økonomiske problemer.

Lagmannsretten er enig med tingretten i at styret også kan holdes erstatningsansvarlig for brudd på kontraktsrettslig lojalitetsplikt. Det var etter lagmannsrettens syn illojalt og uforsvarlig å kjøpe verkstedtjenester på kreditt i en situasjon der AL Transport var åpenbart insolvent, og hvor styret måtte forstå at det var stor risiko for at fakturaene ikke ville bli betalt. Styret burde i tilfelle ha informert Fjeldhus om selskapets stilling. Det vises til Borgarting lagmannsretts dom i sak LB-2012-204471, der lagmannsretten tok utgangspunkt i følgende uttalelse fra Knut Ro, Konkursboet eller enkelkreditorens erstatningskrav, Lov og Rett 1994 side 233-241, på side 240:

"Dersom man vet at selskapet er insolvent (eller burde vite dette) og at konkurs er en ikke usannsynlig utvei, bør man ikke kjøpe på kreditt. Det skal derfor i en slik situasjon ikke så meget til før tillitsmenn som kontraherer på vegne av selskapet, pådrar seg personlig ansvar dersom de ikke gjør medkontrahenten kjent med selskapets stilling."

Det er ikke holdepunkter for at Fjeldhus var kjent med alvoret i AL Transports økonomiske problemer og den kraftige forverringen som fant sted i løpet av 2010. Fjeldhus kan heller ikke kritiseres for å ha unnlatt undersøkelser. Det er styret i selskapet med sviktende økonomi som er nærmest til å vurdere sannsynligheten for at forpliktelsene vil kunne oppfylles, jf. LB-2012-204471 og Aarum, 1994, side 550. Det er følgelig ikke grunnlag for de synspunktene om medvirkning og aksept av risiko som A har påberopt.

Lagmannsretten er etter dette kommet til at A kan holdes erstatningsansvarlig både for brudd på handleplikten etter aksjeloven § 3-5, jf. § 3-4, og for brudd på lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om når oppbudsplikt inntrådte, jf. straffeloven § 284.

5. Årsakssammenheng

Lagmannsretten legger til grunn at Fjeldhus ikke ville ha ytt tjenester på kreditt hvis AL Transport hadde informert om den økonomiske situasjonen. Denne vurderingen støttes av at Fjeldhus krevet en garanti fra JK Entreprenør da AL Transport var forsinket med betalinger i begynnelsen av 2010, jf. punkt 6 nedenfor. Det konkrete tapet ville heller ikke ha oppstått om styret høsten 2010 hadde sørget for tiltak etter aksjeloven som ga et forsvarlig driftsgrunnlag, eller alternativt tatt initiativ til opphør eller oppbud.

Det betyr at det foreligger årsakssammenheng mellom styrets pliktbrudd og Fjeldhus' tap.

A har for sin del anført at det ikke var manglende betalingsevne, men manglende betalingsvilje som var årsaken til at AL Transport ikke betalte fakturaene fra Fjeldhus. AL Transport mente - ifølge As forklaring for lagmannsretten - at dårlig service- og reparasjonsarbeid hadde ført til tre lastebilhavarier i løpet av 2010, og at

Fjeldhus derfor ikke hadde krav på betaling. Det er anført at fakturaene ellers ville ha blitt betalt, slik at det ikke er årsakssammenheng mellom styrets pliktbrudd og Fjeldhus' tap.

Lagmannsretten finner ikke å kunne legge anførselen til grunn. Bevisførselen gir ingen dekning for at det var mangler ved Fjeldhus' tjenester. AL Transport hadde ikke inngått en generell serviceavtale med Fjeldhus. Reparasjoner og vedlikehold ble utført etter særskilt bestilling. Lagmannsretten ser ikke grunn til å gå i detaljer, men understreker at et oppdrag om å "smøre" en lastebil, åpenbart må forstås slik at det siktes til smøring med fett. I dette ligger ingen forpliktelse til å sjekke og etterfylle olje i bilens ulike deler (akslinger, gir m.m.) eller til å føre generelt tilsyn med slitasje.

Lagmannsretten finner det for øvrig ikke sannsynliggjort at A i perioden rundt årsskiftet 2010/2011 selv hadde en oppfatning om at det forelå mangler. Hvis A mente dette, måtte man forvente at han reklamerte raskt. Første gang mangler ble skriftlig påberopt, var imidlertid i AL Transports tilsvarende 22. august 2011 til Fjeldhus' forlikssklage, det vil si rundt ni måneder etter det siste lastebilhavariet i desember 2010. Det kom ingen reaksjon verken på Fjeldhus' søksmålsvarsel eller på andre purringer i tiden før forlikssklagen. A hevdet i lagmannsretten at han reklamerte muntlig i januar 2011, men dette er bestridt fra Fjeldhus' side. A bærer selv risikoen for bevisvilen rundt dette.

Fjeldhus hevder at mangelsinnsigelsen ble konstruert i ettertid. Slik forholdet er opplyst, slutter lagmannsretten seg til dette.

Til støtte for at AL Transport hadde betalingsevne, men ikke ønsket å betale, har A påberopt at selskapet dekket sine øvrige forpliktelser i den aktuelle tidsperioden, enten selv eller ved at JK Transport betalte.

Heller ikke denne anførselen kan anses dokumentert. Det er vist til noen enkeltbetalinger som er foretatt av JK Transport, men det er uklart for lagmannsretten i hvilket omfang dette skjedde.

Øvrig bevisførsel taler klart imot at AL Transport oppfylte sine betalingsforpliktelser. AL Transport betalte som nevnt aldri skyldig skattetrekk, merverdiavgift og arbeidsgiveravgift ved forfall i 2010. For eksempel ble skattetrekk med forfall i henholdsvis november 2010 og januar 2011 i begge tilfeller betalt to måneder for sent. Merverdiavgift med forfall 10. februar 2011 ble ikke betalt før i midten av april. Og i henhold til leverandørspesifikasjonen i AL Transports oppbudsbelegget fra september 2012 hadde selskapet på dette tidspunkt fortsatt ubetalt gjeld fra 2010, blant annet en post på nesten 580 000 kroner til Maur Bilpåbygg AS.

Det er altså ikke riktig at AL Transports gjeld ble betalt ved forfall i den perioden som saken gjelder.

Det skal for ordens skyld bemerkes at A i sin partsforklaring uttalte at leverandørspesifikasjonen ved oppbudet ikke ga et riktig bilde av gjelden fra 2010. Lagmannsretten må imidlertid forholde seg til den skriftlige og tidsnære dokumentasjonen som A selv innleverte i forbindelse med oppbudet.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt.

6. Tapets størrelse - betydningen av garantien fra JK Entreprenør

A har gjort gjeldende at Fjeldhus' erstatning uansett må begrenses til oppdragene som ble utført i 2011. Det innebærer at kravet reduseres med 174 628 kroner til 65 239 kroner. Anførselen er begrunnet med at JK Entreprenør hadde gitt en betalingsgaranti som dekket AL Transports forpliktelser overfor Fjeldhus i 2010. Hvis Fjeldhus hadde påberopt denne garantien, noe som ikke ble gjort, mener A at selskapet ville ha fått fullt

oppgjør for oppdragene fra november og desember 2010. A anfører derfor at det ikke foreligger årsakssammenheng for tap på oppdrag i 2010.

Fjeldhus har for sin del anført at garantien bare omfattet forpliktelser som allerede var påløpt da garantien ble gitt 11. mars 2010, slik at oppdrag utført senere i 2010 faller utenfor.

Lagmannsretten må foreta en tolkning av garantierklæringen, som lyder slik:

"I hht. avtale, bekreftes med dette at JK Entreprenør AS, garanterer for fordring Fjeldhus Motor AS, har på AL Transport AS. Garantien gjelder for inneværende år."

Setningen om at garantien "gjelder for inneværende år", er tvetydig. Som A har anført, kan den leses slik at garantien omfattet oppdrag i hele 2010. Men formuleringen kan også oppfattes som en fristregel, det vil si at garantien måtte påberopes innen utløpet av 2010.

Ettersom den andre setningen er tvetydig, må det etter lagmannsrettens vurdering legges avgjørende vekt på at den første setningen viser til forpliktelser som Fjeldhus "har" på AL Transport. Dette indikerer at det siktes til forpliktelser som var pådratt på tidspunktet for garantien, og at fremtidige forpliktelser faller utenfor.

Den sistnevnte tolkningen støttes av korrespondansen mellom partene umiddelbart før garantien ble utstedt. I e-post 10. mars 2010 ga Fjeldhus ved daglig leder Bjørn Marthinsen uttrykk for bekymring over at AL Transport ikke hadde gjort opp sine forpliktelser fra 2009. Han ba i e-posten om en "skriftlig garanti for vårt tilgodehavende" blant annet av hensyn til regnskapsavslutningen for 2009. Fremtidige forpliktelser som måtte oppstå, er ikke omtalt.

JK Entreprenørs regnskapsfører Vivi Bjørnstad ga følgende svar i e-post samme dag:

"Først vil jeg benytte anledningen til å beklage hele denne uheldige situasjonen. Vi har stor forståelse for alle innvendinger, og jobber iherdig med å løse situasjonen. Jeg har sett på tilsendt åpen post liste, hvilket samsvarer med eget regnskap. Jeg har da også regnet meg frem til at jeg klarer å utbetale forfalte fakturaer tom januar. Jeg starter utbetaling så snart denne mailen er sendt. Jeg kan ikke love nøyaktig når jeg klarer resten, men rundt påsketider regner vi med å være i mål. Når det gjelder Garantien du ber om, er jeg usikker på i hvilken form du er ute etter. En tinglyst garanti tar det tid å fremskaffe. Undertegnede står imidlertid inne for at forfalte poster blir betalt, eventuelt fra morselskapet JK Entreprenør AS."

Også denne e-posten omtaler kun forfalte poster. Det gis løfte om at disse snart vil bli betalt, noe som også skjedde.

Det eneste stedet der fremtidige reparasjoner er berørt, er i Marthinsens svar til Bjørnstad kort tid etter:

"Takk for rask tilbakemelding, glimrende at dere kan begynne nedbetaling. [...] Det er to grunner til at jeg ønsker en slik garanti:

- Interne forhold: Revisor og eier av Fjeldhus vil se at tilgodehavende er sikret.
- Etter det jeg har forstått, [...] har AL Transport et behov for reparasjoner, utsatt grunnet ovennevnte, som kan påbegynne hvis en slik garanti foreligger."

Her vises altså til at reparasjoner "kan påbegynnes" hvis garanti foreligger. Det fremsettes imidlertid ikke noe uttrykkelig krav om at garantien skal gjelde for fremtidige reparasjoner. Det fremgår heller ikke at JK Entreprenør aksepterte en slik løsning. Uttrykksmåten i denne e-posten kan derfor ikke veie opp for de momentene som taler for det snevre tolkningsalternativet, ikke minst selve ordlyden i garantierklæringen. I avtaleforhold mellom profesjonelle må ordlyden normalt være utslagsgivende, jf. Rt. 2002 side 1155 (på side 1158-59).

Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at garantien må forstås slik at den bare dekket påløpte forpliktelse.

Selv om garantien tolkes til å omfatte alle oppdrag i 2010, kan lagmannsretten ikke se at Fjeldhus er avskåret fra å kreve hele tapet erstattet av A. Styreleders ansvar er ikke subsidiært til andre måter å få dekket tapet på. Det kreves således ikke at Fjeldhus har uttømt andre inndrivingsmuligheter før det rettes krav mot A. Det er dessuten ikke sannsynlig at JK Transport ville ha oppfylt garantien dersom Fjeldhus hadde fremmet krav mot selskapet i løpet av 2011. Som det fremgår ovenfor, fikk Fjeldhus ikke svar på sine betalingsoppfordringer til AL Transport før i august 2011, da selskapet nektet å betale med henvisning til påståtte mangler. Det er lite trolig at Fjeldhus ville ha møtt en mer velvillig holdning hos morselskapet JK Entreprenør, som selv hadde store likviditetsproblemer i 2011 og frem mot konkursåpningen i september 2012.

Ut fra dette kan garantien ikke føre til en reduksjon av Fjeldhus' krav.

7. Erstatning for pådømte sakskostnader

Fjeldhus har krevet erstatning fra A for sakskostnadene på 73 200 kroner som AL Transport ikke betalte i henhold til Asker og Bærum tingretts fraværdom fra mai 2012. Fjeldhus anfører at det var ansvarsbetingende ikke å godta kravet om at AL Transport skulle betale for verkstedtjenestene, idet anførselen om mangler ved Fjeldhus' tjenester var grunnløs. Fjeldhus ble derfor påført unødige sakskostnader. Det er også påberopt som ansvarsbetingende at A unnlot å møte opp til hovedforhandlingen i Asker og Bærum tingrett, slik at Fjeldhus' kostnader til saksforberedelse var bortkastet.

Det følger av rettspraksis at den som anlegger sak på vegne av en insolvent sammenslutning, på nærmere vilkår kan bli holdt personlig ansvarlig for motpartens sakskostnader, jf. Rt. 2005 side 531 avsnitt 21. Dette er et unntak fra utgangspunktet om at det bare er partene som kan ilegges sakskostnader, jf. Rt. 1997 side 713 (på side 719).

I Schei m.fl., Tvisteloven - kommentarutgave, 2013, side 737, er ansvarsnormen beskrevet slik:

"Det dreier seg om en form for skyldansvar, ikke et rent risikoansvar på objektivt grunnlag.

Sammenslutningens standpunkt må anses urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken, og den som handler på vegne av selskapet er eller bør være klar over dette [...]. Både karakteren av søksmålet og sammenslutningens betalingsevne er relevante momenter [...]."

A har anført at adgangen til å holde den som handler for det insolvente selskapet ansvarlig for motpartens sakskostnader, bare gjelder når dette selskapet opptrer som saksøker, og ikke når selskapet blir saksøkt, slik som i dette tilfellet.

Lagmannsretten ser ikke grunnlag for å oppstille en slik generell avgrensning. Det å motsette seg et krav på klart uholdbart grunnlag i egenskap av saksøkt, står ikke i en prinsipielt annen stilling enn det å fremme et klart uholdbart krav i egenskap av saksøker. Motparten vil i begge tilfeller kunne bli påført unødige

sakskostnader. Hvis styreleder er eller burde ha vært klar over at prosessstandpunktet er urimelig, og over at selskapet ikke har evne til å dekke motpartens sakskostnader, må han etter lagmannsrettens oppfatning kunne holdes personlig erstatningsansvarlig også når selskapet han handler på vegne av, er saksøkt i saken.

Lagmannsretten finner at A må erstatte Fjeldhus' sakskostnader i søksmålet mot AL Transport. Fjeldhus' krav var godt fundert, og A måtte forstå at mangelsanførselen var åpenbart uholdbar og ikke kunne føre frem, jf. punkt 5 ovenfor. Dette følger allerede av at det ikke kunne påvises rettidig reklamasjon. Mangelsanførselen fremstår for lagmannsretten som en forhalingsteknikk snarere enn som en reell innsigelse.

At formålet var å obstruere inndrivingen, underbygges av As opptreden i saken. Blant annet unnlot han, i egenskap av å være styreleder og daglig leder, å svare på både purringer og formelt søksmålsvarsel fra Fjeldhus. Videre uteble han fra andre gangs beramning av hovedforhandlingen uten å melde gyldig forfall - og uten å oppnevne stedfortreder, til tross for at Asker og Bærum tingrett hadde oppfordret til det ved to anledninger. Det er vanskelig å forstå at det ikke skulle finnes andre ansatte i AL Transport med tilstrekkelig innsikt i sakens problemstillinger til å kunne møte i hans sted, slik A forklarte for lagmannsretten.

A visste at AL Transport var åpenbart insolvent og ikke kunne dekke sakskostnader som måtte bli idømt. Han opplyste ikke Fjeldhus om dette, men motsatte seg i stedet kravet på urimelig grunnlag, slik at AL Transport ble påført unødige sakskostnader.

A dømmes etter dette til å erstatte Fjeldhus' sakskostnader.

8. Konklusjon

Lagmannsretten er som tingretten kommet til at A er erstatningsansvarlig både for fakturakravene på 239 867 kroner og for de idømte sakskostnadene på 73 200 kroner. Tingrettens påslag for forsinkelsesrenter er ikke omtvistet.

Som lagmannsretten har vært inne på tidligere, kan kravet ikke reduseres ut fra synspunkter om medvirkning og aksept av risiko, jf. punkt 4 ovenfor. Det er videre ikke påberopt forhold som kan begrunne lemping etter aksjeloven § 17-2, jf. skadeserstatningsloven § 5-2. Verken kravets størrelse, skyldforholdene eller As økonomiske bæreevne - som det ikke er gitt nærmere opplysninger om - taler for lemping.

På denne bakgrunn forkastes As anke.

9. Sakskostnader

Fjeldhus har fått fullt medhold i ankesaken og har krav på dekning av sakskostnader for lagmannsretten etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. andre ledd. Det foreligger ikke tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta A for kostnadsansvaret etter unntaksbestemmelsen i tredje ledd.

Advokat Klose har fremsatt et sakskostnadskrav for lagmannsretten på 440 712 kroner, der 386 100 kroner er salær. Restbeløpet gjelder dekning av utgifter, herunder sakkyndiggodtgjørelse til revisor Dege. Det er ikke fremmet innsigelser mot kravet. Lagmannsretten vurderer sakskostnadene som rimelige og nødvendige i lys av sakens omfang og kompleksitet. Kravet tas derfor til følge, jf. tvisteloven § 20-5.

Det gjøres ingen endringer i tingrettens sakskostnadsavgjørelse, jf. tvisteloven § 20-9 første og andre ledd.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler A 440 712 - firehundreogførtitusensjuhundreogtolv - kroner til Fjeldhus Motor AS innen 2 - to - uker etter forkynnelsen av denne dom.