



Hålogaland lagmannsrett - Dom - LH-2021-126623

Instans	Hålogaland lagmannsrett – Dom
Dato	2022-02-23
Publisert	LH-2021-126623
Stikkord	Selskapsrett. Aksjeselskap. Uforsvarlig egenkapital. Styreansvar. Erstatning. Aksjeloven § 17-1.
Sammendrag	<p>Saken gjelder erstatningsansvar etter aksjeloven § 17-1 for daglig leder/styremedlem og styreleder i et entreprenørselskap. Selskapet inngikk kontrakt om oppføring av fritidshus, men gikk konkurs før overtakelse. Lagmannsretten kom til at alle erstatningsvilkårene var oppfylt. Selskapets ledelse hadde plikt til å iverksette tiltak etter aksjeloven på grunn av uforsvarlig egenkapital, jf. aksjeloven § 3-4 og § 3-5. Lagmannsretten fant videre at pliktbruddet var uaktsomt fordi ledelsen hadde unnlatt å varsle byggherren om de økonomiske utfordringene når det var urealistisk at prosjektet ville bli gjennomført. Ankemotpartene anførte at varsling ville vanskeliggjort gjennomføringen av prosjektet, men ifølge lagmannsretten var poenget med varsling i dette tilfelle å få avsluttet prosjektet. (Sammendrag ved Lovdata.)</p>
Saksgang	Midtre Hålogaland tingrett TMHA-2020-127464 – Hålogaland lagmannsrett LH-2021-126623 (21-126623ASD-HALO).Anke til Høyesterett ikke tillatt fremmet, HR-2022-1065-U.
Parter	A og B (for disse: advokatfullmektig Johanne Hauglum Holter og advokat Kjell-André Honerud) mot C og D (for disse: advokat Knut Pedersen).
Forfatter	Lagdommer Jussi Erik Pedersen, førstelagmann Monica Hansen Nylund og lagdommer Erik Eldjarn.
Sist oppdatert	2022-05-30

Innholdsfortegnelse

Hålogaland lagmannsrett - Dom - LH-2021-126623	1
Innholdsfortegnelse	2
B og A har i korte trekk gjort gjeldende:	4
C og D har i korte trekk gjort gjeldende:	4
Lagmannsrettens vurdering:	5
Innledning – Cs og Ds rolle i [virksomhet]	5
Ansvarsgrunnlag	6
Årsakssammenheng	8
Det økonomiske tapet	9
Lemping	10
Sakskostnader	10

Saken gjelder erstatningsansvar etter aksjeloven § 17-1 for daglig leder/styremedlem og styreleder i et entreprenørselskap. Selskapet inngikk kontrakt om oppføring av fritidshus, men gikk konkurs før overtakelse.

Sakens bakgrunn – som er ubestridt mellom partene – er som følger:

[virksomhet] AS – heretter kalt [virksomhet] – er et aksjeselskap som ble stiftet i 2012. Selskapet er eid med 50 % av C og 50 % av D, som er ektefeller. Aksjekapitalen ved stiftelsen var 30 000 kroner, og den har ikke vært økt siden. Styret besto ved årsskiftet 2017/2018 av C og D med D som styreleder. Ved generalforsamlingen 3. mai 2018 fortsatte begge i styret med C som styreleder.

Selskapet førte opp elementhus i Lofoten produsert i Estland. I 2017 inngikk selskapet en forhandleravtale med Boligpartner AS, hvor Boligpartner leverte tegninger og materiale innenfor ferdighuskonseptet, mens [virksomhet] sto for lokalt salg og oppføring av byggene. Omsetningen for [virksomhet] for regnskapsåret 2016 var ca. 13 millioner kroner, og for 2017 økte den til ca. 23,5 millioner kroner. I årsregnskapet for 2017 utgjorde egenkapitalen 876 061 kroner og gjelden 7 116 509 kroner. Ureviderte omsetningstall for 2018 utgjorde etter det opplyste ca. 28 millioner kroner, noe lagmannsretten kommer nærmere tilbake til.

Den 16. mars 2018 inngikk [virksomhet] avtale med B og A – heretter kalt A – om oppføring av et kundetilpasset hus av modellen Brasso. Kontraktssummen var 3 957 735 kroner inkludert merverdiavgift. A skulle levere klargjort tomt, mens [virksomhet] skulle levere grunnmur og trebygg. I kontrakten ble det nedtegnet at «Antatt ferdigstillelse for boligen er høst 2018». Det ble ikke fastsatt en oppstartsdato, da prosjektsøknad først måtte godkjennes i kommunen. I henhold til fakturaplan ble partene enige om åtte milepæler med påfølgende faktureringsstidspunkt. Tidspunkt for de ulike milepæler ble senere endret i en revidert fakturaplan, og det er omtvistet mellom partene når og hvordan dette skjedde. Grunnarbeidet med tomta var ferdig 27. juni 2018, og 17. juli 2018 var ringmuren ferdigstøpt, og dette utgjorde de to første milepælene som ble fakturert. Begge fakturaene ble betalt rettidig. Etter fakturaplanen utgjorde dette 15 % av prosjektet. Neste milepæl var ferdigstillelse av grunnmur, og dette ble fakturert 25. oktober 2018. Byggesettet/elementene ble levert på tomta 6. desember 2018, og deretter startet arbeidet med å reise huset.

Styret i [virksomhet] besluttet 15. februar 2019 å begjære oppbud, og ved Lofoten tingretts kjennelse samme dag ble det åpnet konkurs i boet til [virksomhet]. A hadde på dette tidspunktet betalt de fem første fakturaene – dvs. til sammen 2 374 658 kroner. Milepæl fem er i fakturaplan beskrevet slik:

«Tett utvendig (Reist med yttertak (eks.takstein) ulv. Vindtetting utført og vinduer og dører/byggedører innsatt.»

Etter fakturaplanen skulle bygget være 60 % ferdig på dette tidspunktet, men det er uenighet mellom partene hvor langt prosjektet hadde kommet på boåpningstidspunktet og om [virksomhet] var berettiget til å sende faktura nr. 5.

Etter konkursåpning kontraherte A Saltdalsbygg Nord AS til å fullføre byggeprosjektet. Bygget ble ferdigstilt i løpet av sommeren 2019, og ferdigattest ble utstedt 21. september 2019. Det påløp samlet 3 413 178 kroner i kostnader etter konkursåpning, og samlede byggekostnader for A ble 5 787 819 kroner.

A krevde deretter erstatning som følge av at prosjektet ble dyrere, og de tok 10. september 2020 ut stevning mot C og D med påstand om betaling av et beløp oppad begrenset til 1 700 000 kroner. C og D påsto seg frifunnet. Midtre Hålogaland tingrett avsa 2. juni 2021 dom med slik slutning:

1. C og D frifinnes.
2. B og A dømmes til å erstatte C og D sakskostnader på kr 309 211,25.

A har anket tingrettens dom. Anken gjelder bevisvurderingen og rettsanvendelsen. Ankeforhandling ble avholdt i Tromsø 25.-26. januar 2022. Det ble ført fem vitner, hvorav fire er nye for lagmannsretten. Det ble ført et sakkyndig vitne. Videre er det fremlagt nye dokumenter, og saken er bedre opplyst for lagmannsretten enn for tingretten hva gjelder selskapets økonomiske utvikling i 2018.

B og A har i korte trekk gjort gjeldende:

C og D er erstatningsansvarlig med hjemmel i aksjeloven § 17-1 for det tap som A har lidt som følge av at [virksomhet] gikk konkurs og Saltaldsbygg måtte ferdigstille byggeprosjektet.

Det foreligger ansvarsgrunnlag. Det stilles høye forventninger til profesjonell rolleutøvelse for entreprenørvirksomhet rettet mot forbrukere. C og D besatte alle rollene i selskapet. Selskapet hadde en uforsvarlig lav egenkapital allerede første kvartal i 2018, og det foreligger brudd på aksjeloven § 3-4. Den uforsvarlig lave egenkapitalen utløste en handleplikt etter aksjeloven § 3-5. Selskapet måtte enten skaffe mer egenkapital eller begjære oppbud. Selskapet var klart insolvent senest i august 2018, og fra dette tidspunktet forelå drift for kreditors regning og grov uaktsomhet.

Forvaltningen og ledelsen av selskapet var uforsvarlig og ikke i tråd med reglene i aksjeloven §§ 6-12 og 6-13. Det ble ikke ført et tilstrekkelig tilsyn med økonomien i selskapet som helhet, og styringen av de enkelte prosjektene var mangelfull. Både C og D hadde full kunnskap om situasjonen. Bruddet på handlepliktene ble begått våren 2018, men var klart konstaterbart i august 2018.

Det foreligger ytterligere ansvarsgrunnlag ved at A ikke på noe tidspunkt ble informert om selskapets økonomiske situasjon før konkursen i februar 2019. Styret og styremedlemmene har en ulovfestet lojalitetsplikt overfor selskapets kreditorer. Når det ikke lenger foreligger realistiske muligheter for å unngå konkurs, bør kreditorene informeres om situasjonen slik at de kan ta sine forholdsregler. I denne saken var det ingen realistiske muligheter for at selskapet skulle overleve. Den økonomiske situasjonen forverret seg i samme takt utover høsten, og styreprotokollene inneholder ingen tiltak for å bedre økonomien. Dersom A hadde fått korrekt informasjon senest i august 2018, kunne mye av tapet vært unngått. Prosjektet hadde da ikke kommet langt, og A ville ha funnet andre løsninger.

Det foreligger videre ansvarsgrunnlag som følge av illojal og svikaktig opptreden gjennom uriktige opplysninger som ble gitt til A. Milepælen om tett bygg var ikke oppfylt, og A betalte fakturaer på grunnlag av uriktige forutsetninger. Det er ingen holdepunkter i ankemotpartenes anførsler om at A ikke har overholdt sin tapsbegrensningsplikt. Dagmulkt er videre en like adekvat tapspost som alle andre merkostnader.

As reelle tap som følge av de uaktsomme handlingene utgjør 1 830 000 kroner, men det kreves et skjønnsmessig beløp oppad begrenset til 1 700 000 kroner.

Det foreligger videre adekvat årsakssammenheng mellom de uaktsomme handlingene og tapet. Dersom selskapet var tilstrekkelig kapitalisert og forsvarlig forvaltet, ville huset blitt ferdigstilt til avtalt kjøpesum. Dersom A hadde blitt orientert om problemene, ville de ha funnet andre løsninger.

Det er ikke grunnlag for lemping av et eventuelt ansvar, sett hen til de mange ansvarsbetingende handlinger som er begått over lang tid. Kravet er beskjedent, og ankemotpartene er i fast jobb. De kunne videre ha tegnet styreansvarsforsikring, og det er deres risiko at dette ikke er gjort.

B og A har lagt ned følgende påstand:

1. C og D dømmes in solidum til å betale A og B et beløp fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til kr 1 700 000, med tillegg av lovens forsinkelsesrenter fra forfall inntil betaling skjer.
2. A og B tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

C og D har i korte trekk gjort gjeldende:

Et aksjeselskap er en selvstendig økonomisk enhet, hvor kreditor kun kan søke dekning i selskapets aktiva. Styreansvar etter aksjeloven § 17-1 utgjør unntak fra hovedregelen. De ankende parter har ikke dokumentert at vilkårene er oppfylt. Det aksepteres imidlertid solidaransvar mellom ankemotpartene dersom lagmannsretten finner at vilkårene for erstatning er oppfylt.

Det foreligger ikke ansvarsgrunnlag. Selskapet drev i tråd med kravene til forsvarlig egenkapital, jf. aksjeloven § 3-4. Selskapet rådde internt over ressurser gjennom D kompetanse som ingeniør og tømrer, samt Cs kompetanse som regnskapsfører. Det er ingen spor av at regnskapsførselen var mangelfull. Hver mandag hadde de møte med byggelederne hvor status på de enkelte prosjekter ble gjennomgått. C førte løpende oversikt over

inntekter, faktureringsplan og utgifter i egne regneark, og det var etablert tilfredsstillende systemer for å drive virksomheten.

Selskapet var klart solvent ved årsskiftet 2017/2018, og videre finansiert i mars 2018 da avtalen med A ble inngått. De stadige større underskuddene utløste ikke i seg selv noen handleplikt. Det var orden i de offentligrettslige kravene, og bokettersynet viser at skattetrekk, lønn og merverdiavgift var à jour pr. oktober 2018. Likviditeten ble imidlertid mer anstrengt utover våren 2018, men ankemotpartene tok grep for å bedre likviditeten. De lånte penger til virksomheten for å erverve tomtene i boligfeltet Kreta i Kabelvåg, som igjen skulle bringe inn gevinst ved ferdigstilling. Det er ikke riktig at tomtekjøpet belastet likviditeten, og ervervet må vurderes ut ifra formålet med kjøpet.

Bostyrer har ikke funnet noen straffbare eller karantenebetingende forhold etter snart tre års bobehandling.

Revisor E er for bastant i sine konklusjoner om insolvens pr. 31. august 2008, og han har ikke vurdert de pågående prosesser for å fremskaffe kapital – herunder diskusjoner med største kreditor Boligpartner, som var støttende med tanke på videre drift. Forsøkene må ikke vurderes for strengt i etterpåklokskapens lys.

Ankemotpartene er uenige i at de hadde en varslingsplikt overfor A. Det forelå ingen plikt til å varsle om de pågående prosessene, da dette kun ville vanskeliggjort gjennomføringen av prosjektet. Det foreligger ingen overfakturering, og betalingsplanen ble avtalt med As tekniske og juridiske rådgivere.

Ankemotpartene har på denne bakgrunn ikke brutt handlepliktene etter aksjeloven § 3-5. Virksomheten var forsvarlig organisert, jf. aksjeloven § 6-12, og styret har utført tilsyn i tråd med kravene i aksjeloven § 6-13.

Det foreligger ikke årsakssammenheng mellom de påstått uaktsomme handlingene og et økonomisk tap. Det hypotetiske hendelsesforløpet ved en eventuell oppbudsbegjæring ville ikke unngått det økonomiske tapet. Dersom det kom inn en ny entreprenør, vil A kun ha et krav i konkursboet.

Det erkjennes at selskapet hadde likviditetsutfordringer, men selskapet hadde en stor ordresreserve som ikke var urealistisk. C og D hadde berettiget grunn til å tro at selskapet kunne komme over utfordringene. Selskapet hadde kommunikasjon med største kreditor Boligpartner høsten 2018.

Ankemotpartene er ikke enige Es beskrivelse av entreprenørbransjens egenkapitalbehov, fordi det er påkrevd med både betalingsgarantier og entreprenørgarantier for å sikre gjennomføring av prosjekter.

A har ikke oppfylt sin tapsbegrensningsplikt. Saltdalsbygg har brukt alt for mange timer på å ferdigstille bygget. Det forelå et adskillig lavere tilbud fra GP Invest om å fullføre bygget. GP Invest var på forhånd leid inn av [virksomhet], og var ferdig rigget på byggeplassen. Det foreligger et merforbruk på elektriker, og det er betalt for blant annet 61 downlights som ikke var omfattet av leveransebeskrivelsen. De håndverksmessige manglende kan ikke danne grunnlag for styreansvar, og kan ikke belastes på ankemotpartene, men må meldes som krav i boet. Det foreligger ikke rettslig grunnlag for døgnmulkt, og dette kan uansett ikke belastes ankemotpartene under styreansvarsreglene.

Oppsummert er det økonomiske tapet ca. 1 390 000 kroner for høyt utmålt av de ankende parter.

Et eventuelt ansvar bør lempes. Ankemotpartene har liten betalingsevne, og et resultat i tråd med As krav vil virke ruinerende for dem.

Sakskostnadskravet er for høyt.

C og D har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. B og A tilpliktes å erstatte C og D sakens omkostninger for lagmannsretten.

Lagmannsrettens vurdering:

Innledning – Cs og Ds rolle i [virksomhet]

A har krevd erstatning etter styreansvarsreglene av både C og D. Begge har sittet i styret i den aktuelle perioden, men de byttet på styreleder vervet etter generalforsamlingen 3. mai 2018. D har fungert som daglig

leder og har hatt det overordnede ansvaret for byggeprosjektene. C har hatt økonomiansvaret og foretatt inn- og utbetalinger fra selskapet. Som ektefeller har de fortløpende diskutert selskapets økonomiske situasjon. For aktsomhetsvurderingen har det ingen betydning at de har bekledd ulike roller i selskapet og i styret. Lagmannsretten vil derfor drøfte ansvarsgrunnlaget felles for begge. Ankemotpartene har også akseptert at de holdes solidarisk ansvarlig dersom lagmannsretten finner at vilkårene for erstatning er oppfylt.

Lagmannsretten finner det klart at den kunnskap som styremedlemmene ervervet gjennom sine aktive roller i selskapet er relevant for de handleplikter de hadde som styremedlemmer, jf. blant annet LB-2020-47049 punkt 4 og Rt-1998-276.

Lagmannsretten bemerker videre at styreansvaret i utgangspunktet ikke er subsidiært til selskapets kontraktsrettslige ansvar, jf. Rt-1998-276 (på side 282):

«Erstatningsansvaret for tillitsmenn og daglig leder vil særlig ha praktisk betydning når selskapet ikke oppfyller sine forpliktelser. Men jeg kan ikke se at erstatningsansvaret etter aksjeloven § 15-1 er subsidiært i forhold til selskapets ansvar. I den utstrekning tillitsmannen/daglig leder og selskapet er erstatningsansvarlige for de samme tapsposter, vil det derfor foreligge et solidarisk ansvar. Jeg understreker at en annen sak er spørsmålet om hvor langt uaktsomhetsansvaret etter aksjeloven § 15-1 i forskjellige sammenhenger rekker.»

Dette er situasjonen i denne saken, hvor A blant annet har krevd erstatning for det tapte dagmulktkravet som følge av konkursen. Det er videre anført av C og D at utbedringer som følge av mangelfullt arbeid på bygget ikke kan kreves erstattet gjennom styreansvarsreglene. Lagmannsretten kommer nærmere tilbake til dette nedenfor.

Ansvarsgrunnlag

A har påberopt aksjeloven § 17-1 første ledd som grunnlag for sitt erstatningskrav. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Selskapet, aksjeeier eller andre kan kreve at daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier erstatter skade som de i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt har voldt vedkommende.»

Høyesterett har uttalt følgende om innholdet i dette ansvarsgrunnlaget, jf. HR-2017-2375-A avsnitt 25:

«Bestemmelsen er en særlig regulering av den alminnelige erstatningsrettslige culpanormen, og den omfatter også krav om erstatning for et rent formuestap hos en kreditor, jf. Ot.prp.nr.55 (2005–2006) side 167. Den viderefører § 15-1 i aksjeloven 1976. Lovgiver har ansett en slik «generell» og «skjønsmessig» regel som «ønskelig og nødvendig», fordi dette gir «en stor grad av fleksibilitet» og legger opp til at ansvarsspørsmålet «må løses ut fra en konkret vurdering av forholdene i det enkelte tilfellet», jf. Ot.prp.nr.36 (1993–1994) side 82. Ønsket om fleksibilitet, og forutsetningen om at det skal foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, er ikke til hinder for at det i rettspraksis foretas en avklarende presisering av normen for bestemte typetilfeller.»

I den alminnelige erstatningsrett tas det ved fastleggingen av ansvarsgrunnlag utgangspunkt i den potensielle skadeevne/risiko for skade med utgangspunkt i den faktiske situasjonen på handlingstiden. Vurderingen skal bygge på de faktiske forhold slik disse fremsto for skadevolderen, jf. blant annet Hagstrøm og Stenvik, Erstatningsrett, 2. utg. 2019. s. 104 flg.

Lagmannsretten finner det klart at det er kjent i bransjen at et avbrutt byggeprosjekt vil kunne medføre store kostnader ved at ny entreprenør må inn og fullføre arbeidet, og lagmannsretten legger til grunn at dette naturligvis også var kjent for både C og D. Det sentrale for ansvarsvurderingen er etter lagmannsrettens syn hvilken risiko det var for at ny entreprenør måtte inn og overta prosjektet, enten som følge av konkurs, dårlig prosjektstyring eller en kombinasjon av dette. I et slikt tilfelle er det fullt påregnelig at det påløper kostnader utover det som opprinnelig var avtalt for å fullføre bygget. I en aktsomhetsvurdering må det foretas en løpende vurdering av hvilke handlingsalternativer C og D hadde.

I den videre vurdering vil lagmannsretten starte med å redegjøre for hvordan selskapets økonomiske situasjon utviklet seg fra kontraktsignering i mars 2018 og utover sommeren og høsten 2018. Styremedlemmer har plikt til å iverksette tiltak etter aksjeloven § 3-5 ved tap av forsvarlig egenkapital, jf. aksjeloven § 3-4. Disse

bestemmelsene har stått sentralt for lagmannsretten. Overtredelse av slike objektive handleplikter, kan ha betydning for aktsomhetsvurderingen etter aksjeloven § 17-1, jf. HR-2016-1440-A avsnitt 41:

«Ved vurderingen av om vilkårene etter § 17-1 er oppfylt, må det tas utgangspunkt i om aksjeeier/styreleder har overtrådt de plikter som objektivt sett gjelder for vedkommende. Der disse pliktene er overtrådt, vil det være en presumsjon for at vedkommende har opptrådt uaktsomt, jf. Kristin Normann Aarum, Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper (1994) side 221.»

Høyesterett uttaler videre at vurderingen av hva som utgjør forsvarlig egenkapital «må skje ut fra forholdene i det enkelte selskapet», jf. avsnitt 43.

Lagmannsretten legger til grunn at selskapets økonomiske situasjon var kritisk tidlig i 2018, og at selskapet var klart insolvent senest 31. august 2018. Kravet til forsvarlig egenkapital ble brutt lenge før dette tidspunkt. Den eksakte tidfestingen av dette har imidlertid ikke avgjørende betydning i saken. Lagmannsretten bygger dette særlig på forklaringen til det sakkyndig vitnet, statsautorisert revisor E. Han har gjennomgått samtlige prosjektregnskap med oversikt over fakturert omsetning og varekjøp pr. prosjekt, saldobalanser for 2017 og 2018, perioderegnskaper, åpne poster for kunder og leverandører, aldersfordelt saldoliste for kunder og leverandører for 2017 og 2018 og resultatregnskap og balanse for 2018.

E redegjorde for hvilke hensyn som gjør seg gjeldende ved vurdering av krav til forsvarlig egenkapital for en entreprenørbedrift som [virksomhet]. Generelt kreves større egenkapital enn for eksempel ved varehandel. En virksomhet som [virksomhet] har gjerne få kunder med betydelig omsetning pr. kunde. Dette innebærer at tap på et prosjekt kan bli svært store – både for selskapet og den enkelte kunde/forbruker. Dette innebærer at virksomheten må ha en buffer *både* i form av egenkapital (tåle tap pr. prosjekt) og likviditet (sikre gjennomføring/betalingsevne ved betalingsmislighold, uforutsette kostnader etc.). Lagmannsretten er ikke enig med ankemotpartene om at garantireglene i bustadoppføringslova § 12 gir forbrukeren tilstrekkelig beskyttelse, slik at egenkapitalkravet ikke behøver å praktiseres like strengt som vitnet redegjorde for. Det kan oppstå tap som langt overstiger garantibeløpene i § 12 (5 % av kontraktssum før overlevering og 10 % etter overlevering), noe denne saken tydelig illustrerer. Lagmannsretten bemerker at beløpene utgjør et kompromiss mellom forbrukerens behov for sikkerhet og de kostnader garantiene påfører entreprenørene, jf. Ot.prp.nr.21 (1996–1997) s. 32.

I følge sakkyndig E økte leverandørgjelden fra 4 682 734 pr. 31. desember 2017 til 10 257 178 kroner pr. 31. desember 2018 – dvs. en økning på 5 574 444 kroner i 2018. Es gjennomgang av bokførte perioderesultater i henhold 2018-regnskapet viser et underskudd på 6 684 818 kroner for 2018, med de største tapene i 2. og 3. kvartal. Bokført egenkapital pr. 31. august 2018 utgjorde etter Es analyse en negativ egenkapital på 6 062 911 kroner. Ved årsskiftet 2018/2019 var bokført negativ egenkapital 9 159 685 kroner. Selskapets samlede omsetning for 2018 var på 28,4 millioner kroner. Lagmannsretten bemerker at ankemotpartene ikke har bestridt ovennevnte tall hva gjelder selskapets utvikling i 2018, men har i all hovedsak anført at ordreserven var så stor at de sommeren/høsten 2018 hadde grunn til å tro at selskapet likevel ville klare seg. Lagmannsretten er ikke enig i dette, og kommer tilbake til spørsmålet nedenfor.

Lagmannsretten finner det klart at situasjonen utløste en selskapsrettslig handleplikt for styret – enten i form av å begjære oppbud eller ved å fremskaffe egenkapital, slik at kravet til forsvarlig egenkapital i aksjeloven § 3-4 ble oppfylt. Det er på det rene at dette ikke ble gjort i løpet av sommeren og høsten 2018. I styreprotokoll 18. september 2018 er følgende nedtegnet:

- «1. Selskapets kostnader øker og er ikke i henhold til fremdrift. Det må presses på så fremdriften samsvarer med fremdriftsplan til hver enkel kunde. Ta møte med byggeleder ny prosjektleder.
2. Dagligleder tar gjennomgang med byggeleder og prosjektleder av prosjektfremdrift. Endring/forbedring av mappestruktur til hver enkelt prosjekt må gjennomføres. Byggeleder assisterer ny prosjektleder for gjennomgang av nåværende prosjekter.»

I styreprotokoll 30. september 2018 behandlet selskapet «kostnader og kundeutfordringer» og «prosjektstyring og milepæler», men det ble ikke foretatt noe for å skaffe egenkapital. Styrets fokus var fakturering og fremdrift, mens egenkapitalbehov ikke ble diskutert. Styrets valg var å fortsette på samme kurs som ledet til de økonomiske problemene.

Lagmannsretten bemerker at pliktene etter aksjeloven § 3-4 og § 3-5 danner, som nevnt ovenfor, et utgangspunkt for vurderingen etter aksjeloven § 17-1. Lagmannsretten vil derfor videre redegjøre for status i As

prosjekt på dette tidspunktet, samt for forholdet til [virksomhet]s viktigste samarbeidspartner, og største kreditor, Boligpartner AS.

Som nevnt innledningsvis, var ringmuren ferdig støypt 17. juli 2018, og i henhold til fakturaplan var prosjektet da 15 % ferdig. [virksomhet] var da berettiget til å sende faktura nr. 1-2, pålydende til sammen ca. 600 000 kroner. I august 2018 gjensto dermed 6 milepæler, tilsvarende 85 % av prosjektet.

Boligpartners forhandlingsdirektør, F, ble ført som vitne for lagmannsretten. Basert på hans forklaring finner lagmannsretten det bevist at Boligpartner innførte en leveransestopp i slutten av mai 2018 som følge av at [virksomhet] ikke var å jour med sine betalinger. Da leveransestoppen ble iverksatt var utestående på ca. 2,3 millioner kroner. Leveransestoppen medførte at ingen materialer ble kjørt ut og at ingen andre tjenester etter samarbeidsavtalen ble levert. Boligpartner varslet videre alle leverandører at det ikke var anledning til å kjøre ut varer på Boligpartners regning. Dette innebar for alle praktiske formål at ferdigstilling med det avtalte prosjektet ikke ville la seg gjennomføre til avtalt tid før leveransestoppen ble opphevet. F forklarte videre at leveransestoppen ble opphevet i slutten av juni, da det kom inn en betaling på 1,5 millioner kroner.

Lagmannsretten bemerker at denne betalingen var av avgjørende betydning for at selskapet skulle kunne drive videre, men at betalingen for alle praktiske formål var en prioritering av hovedkreditor på bekostning av andre kreditorer. I oktober reiste F til Svolvær, da det på nytt hadde oppstått store betalingsproblemer, og han ble da overrasket over hvor mange andre kreditorer som slet med å få betalt av selskapet. Den 9. november 2018 ble det innført ny leveransestopp. Bolipartners utestående var da 4 352 305 kroner.

Det var med andre ord en svært stor risiko for at As prosjekt ikke ville la seg ferdigstille. [virksomhet] var klart insolvent, og det var kun et spørsmål om tid før konkursen ville inntreffe. Samtidig hadde selskapet store problemer med sin viktigste samarbeidspartner. Lagmannsretten legger til grunn at både C og D hadde kunnskap om selskapets økonomiske situasjon sommeren og høsten 2018. A visste på dette tidspunktet ingenting om selskapets økonomiske problemer.

Det er anført at selskapets pågående prosjekter og ordresreserve var tilstrekkelig til å få selskapet over kneika, slik at også As prosjekt ville la seg gjennomføre. Lagmannsretten er ikke enig i dette, og finner det heller ikke sannsynlig at C og D virkelig anså dette som en vei ut av de økonomiske problemene selskapet hadde. Lagmannsretten nøyer seg med å omtale prosjektet Kreta Eiendom. Dette var det største prosjektet som C og D oppførte i sin reserve, og omfattet totalt ti bygg med samlet kontraktssum 24 075 550 kroner. I henhold til forklaring til G i Ebb Holding AS, som var samarbeidspartner med [virksomhet] om utvikling av Kreta-prosjektet, var fire av byggene påbegynt. Han redegjorde for omfattende problemer fra inngåelsen av kontrakten, og at de raskt havnet i «bakleksa». Han var tydelig på at det var helt uaktuelt å gjennomføre avtalen for de seks siste byggene, og lagmannsretten legger til grunn at inntektene i henhold til denne kontrakten – i udatert oppsett («Signert kontraktsoversikt») fastslått til ca. 15 000 000 kroner – var helt urealistiske, og at det fremsto som klart på tidlig høsten 2018 at dette prosjektet ikke ville bli gjennomført. Uansett er det ingenting ved driften av [virksomhet] som tilsier at en videre gjennomføring av prosjektet Kreta Eiendom ville gitt et positivt dekningsbidrag.

I HR-2017-2375-A tok Høyesterett utgangspunkt i lojalitetsplikten i kontraktsforhold for å vurdere om ledelsen i et selskap hadde plikt til å varsle om egne betalingsproblemer. Lagmannsretten finner ikke grunn til å gå i detalj om hvilke varslingsnormer som gjelder generelt, da det er klart at C og D pliktet å varsle A i august-september 2018 om at de ville få problemer med å gjennomføre prosjektet. På dette tidspunktet hadde prosjektet kommet kort, og A ville hatt mange handlingsalternativer. Ankemotpartene har anført at en varsling om de økonomiske problemene ville vanskeliggjort gjennomføringen av prosjektet. Etter lagmannsrettens syn er dette det sentrale – en varsling ville avsluttet prosjektet, og det ville vært hele poenget med varslingsplikten.

Det foreligger dermed ansvarsgrunnlag etter aksjeloven § 17-1 ved at A ikke ble varslet om [virksomhet]s økonomiske utfordringer senest i september 2018.

Årsakssammenheng

Ansvarsgrunnlaget innebærer at A har krav på å få erstattet sitt økonomiske tap som er forårsaket av den manglende varslingen. Om dette årsakskravet har Høyesterett uttalt følgende, jf. HR-2021-967-A avsnitt 30:

«Landskapsentreprenørene skal derfor stilles som om styremedlemmene ikke hadde vært uaktsomme. Det må da skje en sammenligning av to hendelsesforløp: det hypotetiske hendelsesforløpet, det vil si

det hendelsesforløpet som sannsynligvis ville skjedd hvis aktsom informasjon om [virksomhet]s økonomiske stilling hadde blitt gitt, og det faktiske hendelsesforløpet. Mellom disse to hendelsesforløpene eksisterer en økonomisk differanse for Landskapsentreprenørene, og det er denne differansen som – dersom den er positiv – er selskapets økonomiske tap som skal erstattes.»

I denne saken innebærer dette at det faktiske hendelsesforløpet skal sammenliknes med hva som sannsynligvis hadde skjedd dersom A senest i september 2018 hadde fått beskjed om den økonomiske situasjonen i [virksomhet].

A beskrev et mer og mer anstrengt forhold mellom dem og D, noe lagmannsretten også har fått dokumentert gjennom fremlagte e-poster. A var urolige for gjennomføringen av prosjektet, men ble overtalt til å stå ved avtalen i et møte 25. september 2018 i Harstad. Både C og D hadde dratt til Harstad, og A fikk presentert en plan for gjennomføring av prosjektet. A ble verken orientert om svak økonomi eller at hus ikke var bestilt fra Boligpartner, og de ble anbefalt å akseptere en elementløsning fra Estland. Lagmannsretten legger til grunn at dette skyldtes at D og C visste at Boligpartner ikke kom til å levere materialer som følge av betalingsproblemene. A har forklart at de umiddelbart ville avbrutt samarbeidet dersom de hadde visst om de økonomiske utfordringene til selskapet, og lagmannsretten finner dette sannsynliggjort. Lagmannsretten finner det videre sannsynliggjort at A da ville kunne få satt opp et tilsvarende hus til noenlunde tilsvarende pris.

Det foreligger dermed årsakssammenheng mellom den manglende varslingen og de ekstra kostnadene A er påført ved at huset måtte ferdigstilles av andre etter konkursåpningen i [virksomhet].

Det økonomiske tapet

I henhold til As kravoppsett er det utbetalt samlet 5 787 819 kroner for å ferdigstille bygget. Det er krevd erstatning for differansen mellom dette beløpet og avtalt kontraktssum. Lagmannsretten er enig i denne tilnærmingen. Lagmannsretten forstår ankemotpartene slik at det ikke er innvendinger i beregningsmetoden, men at anførselene knytter seg til timeforbruket og selve utmålingen.

Borgarting lagmannsrett har uttalt følgende om utmåling av tap i et tilfelle som i vår sak, jf. LB-2014-31660:

«Videre er det hevet over tvil at kostnadene stiger når en ny entreprenør skal overta og fullføre et prosjekt en annen har påbegynt. ... Dessuten er posisjonen til å forhandle om priser nokså svak når man står med et halvferdig bygg som det haster med å fullføre. Med andre ord er det påregnelig at kostnaden på et byggeprosjekt stiger en god del når andre må overta og fullføre.»

Lagmannsretten er enig i dette, og beskrivelsen er treffende for den situasjonen som også A sto i etter konkursen.

C og D har anført at A ikke har oppfylt sin tapsbegrensningsplikt. Det er her blant annet vist til GP Invest sitt tilbud om å fullføre bygget, med både lavere timepris og et anslag på nødvendige timer som er betydelig lavere enn det Saltdalsbygg benyttet. GP Invest var underentreprenør for [virksomhet], og var rigget på byggeplassen. Saltdalsbyggs timepris var 600 kroner eksklusive mva., mens GP Invest tilbød 500 kroner eksklusive mva. Lagmannsretten finner det innenfor det akseptable å kontrahere til slik pris, gitt den situasjonen A da sto i. A forklarte at de hadde blitt advart mot å bruke GP Invest, og det er etter lagmannsrettens syn fullt forståelig at de ikke ønsket å bruke en underentreprenør til [virksomhet].

Saltdalsbygg har fakturert for 2900 timer. Lagmannsretten finner ikke at det er sannsynliggjort at Saltdalsbygg har brukt for mange timer på å ferdigstille bygget. Det var flere forhold ved bygget som ikke var utført på en tilfredsstillende måte, og som Saltdalsbygg måtte rette opp. Lagmannsretten viser her til forklaringen til H i Saltdalsbygg, som befarte byggeplassen etter at [virksomhet] begjærte oppbud. Han forklarte at byggeplassen så dårlig ut, var nedsnødd og at det måtte tas tak med en gang for å hindre skade på det som var oppført. Saltdalsbygg måtte også demontere en del av det oppførte, og H forklarte at det hadde vært bedre om ingenting hadde vært gjort.

Lagmannsretten finner ikke grunn til å gå i detalj om de bygningstekniske manglene ved konkursåpning, da oppretting av slike feil er en påregnelig følge av den uaktsomhet som C og D utviste og som er grunnlag for ansvar. Et selskap som går mot konkurs vil gjerne ha store problemer med prosjektstyringen og arbeidet, og det blir et stort press for å ferdigstille så raskt og billig som mulig. Dette kan gå ut over kvaliteten på det som leveres. Som nevnt, er ikke styreansvaret på dette punktet subsidiært sammenliknet med selskapets

kontraktsansvar, så lenge tapspostene står i en påregnelig sammenheng med ansvarsgrunnlaget. Anførselen til ankemotpartene bygger særlig på at GP Invest «grovt estimert» anslo at det ville gå 1800-2000 timer på å fullføre bygget. Lagmannsretten finner ikke i dette holdepunktet for at 2900 timer utgjorde for høy timebruk, og ankemotpartene har ikke ført andre bevis for å sannsynliggjøre unødvendig timebruk.

Det er videre anført et merforbruk på elektriker. Etter avtalen var utgiftene til elektriker 168 000 kroner, mens det er fakturert for 331 718 kroner. Lagmannsretten forstår anførselen som en anførselen om at standarden på elektroarbeidet er hevet, og at A dermed ikke kan kreve differansen. Det er blant annet vist til at det er fakturert for 61 downlights, noe som ikke fremkommer av leveransebeskrivelsen til [virksomhet].

Lagmannsretten tar anførselen delvis til følge. Det er fullt ut påregnelig at ny elektroentreprenør vil levere til en høyere pris enn det kontraherte tilbudet. Det har imidlertid vært begrenset bevisførsel knyttet til de ulike detaljer i elektroleveransen. Det er på det rene at det er fakturert for 61 «Downlight LED» under overskriften «Belysning». Dette finnes ikke igjen i tilbudet fra Vågan Elektro, men det er ikke helt lett å sammenlikne tilbudet med fakturaen fra ABC EL-montasje. Lagmannsretten kan imidlertid ikke gjenfinne downlights i tilbudet, og en ren sammenlikning av tilbud og faktura tilsier at det er levert noe som ikke var kontrahert i utgangspunktet. A har anført at det av NEK 400 følger krav om stikkontakter (punkter) og belysning. Lagmannsretten kan ikke se hvordan slike standardkrav sier noe om antall downlights, og lagmannsretten finner at ankemotpartene har sådd tilstrekkelig tvil om hvorvidt downlights – slik de er fakturert – var en del av den opprinnelige leveransen. Beløpet er 65 200 eks mva., men denne summen inneholder også seks andre belysningsleveranser (fire Orion 20 W LED og to Frame 8W LED). Beløpet som kommer til fradrag settes skjønsmessig til 50 000 kroner eks mva., 62 500 kroner inklusive mva.

Det er videre krevd erstatning for dagmulkt på 395 735 kroner. Lagmannsretten er ikke enig i at det alternative hendelsesforløpet ville gitt A et dagmulktkrav mot [virksomhet]. Lagmannsretten har lagt til grunn at dersom A hadde fått informasjon om de økonomiske forholdene, ville samarbeidet blitt avsluttet i september 2018. Dette ville rettslig sett enten være en heving av avtalen etter bustadoppføringsloven § 20 eller en avbestilling etter § 52. Poenget er at kontraktsforholdet ville blitt avsluttet, og [virksomhet] ville deretter ikke hatt plikt til å ferdigstille bygget innen en gitt frist. Dagmulktkrav er dermed ikke en erstatningsrettslig post i det alternative hendelsesforløpet. Lagmannsretten bemerker for ordens skyld at ved en eventuell avbestilling fra As side, ville ikke [virksomhet] ha hatt noe erstatningskrav i medhold av § 52 tredje ledd, da selskapet ikke ville ha lidt noe tap. En avbestilling ville tvert imot ha spart selskapet for ytterligere tap.

Det er videre utbetalt 395 774 kroner i henhold til entreprenørgarantien etter bustadoppføringslova § 12. Dette beløpet kommer til fratrukk, noe de ankende parter også har lagt til grunn i sitt kravsett.

Oppsummert har A krav på erstatning for 5 787 819 kroner fratrukket kontraktssummen på 3 957 735 kroner, garantibeløpet på 395 774 kroner og for standardheving elektro på 62 500 kroner. Samlet økonomisk tap utgjør dermed 1 371 810 kroner.

Lemping

C og D har anført at ansvaret skal lempes etter reglene i skadeerstatningsloven § 5-2. Bestemmelsen lyder slik:

«Erstatningsansvaret kan lempes når retten under hensyn til skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers finner at ansvaret virker urimelig tyngende for den ansvarlige. Det samme gjelder når det i særlige tilfelle er rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden.»

Lagmannsretten finner det klart at lempingskravet ikke kan tas til følge. Lagmannsretten viser til skadens størrelse, som kan betjenes da begge ankemotpartene etter det opplyste er i nye ansettelsesforhold med normal inntekt. Dernest vil lemping ikke fremstå som rimelig tatt i betraktning de handlingene som danner grunnlag for erstatningsansvaret.

Sakskostnader

A har fått medhold i at de har krav på erstatning, selv om de ikke har fått fullt medhold i alle utmålingspostene. Påstanden er utformet slik at erstatningskravet skal utmåles skjønsmessig, men etter lagmannsrettens syn er kravet i realiteten bygd opp av flere poster, jf. HR-2020-565-U avsnitt 26. A har ikke fått medhold i samtlige

poster, og særlig dagmulktsposten utgjør et vesentlig beløp i det samlede kravet. Ankemotpartene har dermed oppnådd et resultat som tilsier at det ikke var rimelig å forlange at de skulle ha akseptert As krav fullt ut. A har dermed ikke vunnet saken «fullt ut eller i det vesentlige» for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd.

Lagmannsretten bemerker at hovedtyngden i tvisten har ligget på spørsmålet om ansvarsgrunnlag, jf. Rt-2011-1294. A har i tillegg fått medhold i ca. 80% av sitt krav, og dermed «medhold av betydning», jf. tvisteloven § 20-3. Ved vurderingen av om det foreligger «tungtveiende grunner» for å tilkjenne A erstatning for sakskostnader, skal det, i tillegg til momentene som fremgår av tvisteloven § 20-2 tredje ledd, særlig legges vekt på hvor mye parten har fått medhold, og hvor stor andel av de samlede sakskostnadene som knytter seg til denne delen av saken, jf. HR-2020-565-U avsnitt 29. Lagmannsretten legger etter bevisførselen til grunn at A ikke har pådratt seg sakskostnader knyttet til dagmulktkravet isolert sett, utover hva som har vært nødvendig for å opplyse selve kontraktsforholdet og ferdigstillelsen av boligen, relatert til andre spørsmål i saken. Sammenholdt med den andelen av kravet som A har fått medhold i, finner derfor lagmannsretten at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å tilkjenne delvise sakskostnader for lagmannsretten.

As prosessfullmektiger har fremlagt en sakskostnadsoppgave for lagmannsretten på 630 163 kroner inklusive mva. Av dette utgjør 39 313 kroner utgifter til sakkyndig vitne E og 8 350 kroner andre utgifter. Resten utgjør salær. Ankemotpartene har protestert, og anført at salærkostnadene langt overstiger det nødvendige. De ankende parter fikk anledning til å imøtegå dette under ankeforhandlingen og gi ytterligere begrunnelse for kravet.

Lagmannsretten er enig i at salærkravet for lagmannsretten overstiger det som kan anses nødvendig for denne saken, og må estimere et passende beløp før det beregnes hva ankemotpartene plikter å erstatte, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Den sakkyndige for lagmannsretten har bidratt med viktig saksopplysning, noe som har redusert behovet for advokatenes arbeid. Samtidig erkjennes at ankemotpartenes anførsler om selskapets økonomi i 2018, deres samarbeid med Boligpartner og utestående prosjekter, nødvendigvis medførte betydelig arbeid i de ankende parters saksforberedelse. Lagmannsretten finner at nødvendige kostnader for lagmannsretten passende kan settes til 400 000 kroner inkludert mva. I tillegg kommer rettsgebyret på 32 373 kroner.

Lagmannsretten finner at de ankende parter skal tilkjennes ca. 3/4 av sakskostnadskravet for lagmannsretten, jf. § 20-3. Samlet sakskostnadskrav for lagmannsretten settes skjønnsmessig til 330 000 kroner, som inkluderer salær, kostnader til sakkyndig vitne, rettsgebyr og utgifter.

Det er videre krevd sakskostnader for tingretten. Lagmannsretten skal legge sitt resultat til grunn for avgjørelsen av sakskostnadskravet, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd. Lagmannsretten finner at tilsvarende vurderinger gjør seg gjeldende for kostnadskravet for tingretten. De ankende parter krevde samme beløp for tingretten, og lagmannsretten legger til grunn at kravet var bygd opp rundt de samme poster som for lagmannsretten. Lagmannsretten finner at de ankende parter skal tilkjennes delvise sakskostnader i medhold av § 20-3, med samme begrunnelse som ovenfor.

De ankende parters sakskostnadsoppgave for tingretten utgjør 697 035 kroner inklusive mva. Ankemotpartene har protestert på kravet. Lagmannsretten finner at også dette kravet overstiger det som utgjør nødvendige kostnader. Kravet var dårligere forberedt for tingretten enn for lagmannsretten. Lagmannsretten fastsetter nødvendige sakskostnader for tingretten skjønnsmessig til 350 000 kroner inkludert mva., jf. § 20-5 første ledd. Også for tingretten tilkjennes ca. 3/4 av dette beløpet, og avrundet fastsettes sakskostnadene for tingretten til 265 000 kroner inkludert mva. Rettsgebyret for tingretten er inkludert i beløpet.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. C og D betaler – én for begge og begge for én – til B og A 1 371 810 – enmilliontrehundreogsyttientusenåttehundreogti – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrenten etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler C og D – én for begge og begge for én – til B og A 330 000 – trehundreogtrettitusen – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.
3. I sakskostnader for tingretten betaler C og D – én for begge og begge for én – til B og A 265 000 – tohundreogsekstifemtusen – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.