



NORGES HØYESTERETT

Den 22. mars 2013 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Matningsdal, Falkanger og Bergsjø i

HR-2013-00646-U, (sak nr. 2013/293), sivil sak, anke over kjennelse:

Agder Havrafting AS

mot

HK Motorservice Kristiansand AS (advokat Einar Heiberg)

Agder Havrafting AS, dets konkursbo (advokat Øystein E. Krabberød)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder videre anke over kjennelse om åpning av konkurs.
- (2) Etter begjæring fra HK Motorservice Kristiansand AS avsa Kristiansand tingrett 14. august 2012 kjennelse med slik slutning:

"Boet til Agder Havrafting AS, organisasjonsnummer/fødselsnummer 989453246, Postboks 1889 Gimle, 4686 Kristiansand S, tas under behandling som konkursbo."
- (3) Agder Havrafting AS anket til Agder lagmannsrett, som forkastet anken. Lagmannsrettens kjennelse var opprinnelig datert 26. oktober 2012, men datoen ble 21. desember 2012 rettet til 6. november 2012, jf. tvisteloven § 19-8.
- (4) *Agder Havrafting AS* har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett på grunn av feil ved saksbehandlingen og lovtolkningen. Det er i korte trekk gjort gjeldende:
- (5) Det foreligger saksbehandlingsfeil i form av brudd på retten til kontradiksjon ved at ankende part ikke ble gitt anledning til å ta til motmæle mot ankemotpartenes prosesskriv av 23. oktober 2012 og 25. oktober 2012 før anken ble avgjort 26. oktober 2012. Det er ikke sannsynlig at anken først ble avgjort 6. november 2012 slik det fremgår av rettingen.

- (6) Lagmannsretten har gitt uttrykk for uriktig lovtolking. Utsatt skatt skal tas med som en eiendel i suffisiensvurderingen dersom det er forutsetning for videre drift og denne vil gå med overskudd.
- (7) Agder Havrafting AS har lagt ned slik påstand:
- "1. Agder lagmannsretts kjennelse av 26.10.12 sak nr. 12-159388ASK-ALAG oppheves.**
 - 2. Tina Dvergsnes Homme tilkjennes saksomkostninger fastsatt av Høyesterett etter skjønn med minimum kr. 11500,- samt tillegg av kr. 5160,-."**
- (8) Ankemotpart nr. 1 – *HK Motorservice Kristiansand AS* – har i tilsvaret i korte trekk gjort gjeldende:
- (9) Det foreligger ikke saksbehandlingsfeil. Ankende part hadde rikelig med tid til å imøtegå anførselene i prosesskrivene av 23. oktober 2012 og 25. oktober 2012 før anken ble avgjort 6. november 2012.
- (10) Det foreligger heller ikke feil ved lagmannsrettens lovtolking når lagmannsretten har lagt til grunn at utsatt skatt ikke skal tas med i suffisiensvurderingen. Det følger av juridisk teori at det bare er aktiva som kreditorene kan ta beslag i ved enkeltforfølgning, som kan medregnes.
- (11) *HK Motorservice Kristiansand AS* har lagt ned slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
 - 2. Tina Dvergsnes Homme idømmes solidaransvar sammen med Agder Havrafting AS, dets konkursbo, for HK Motorservice Kristiansand AS' saksomkostnader for Høyesterett med kr 11 500."**
- (12) Ankemotpart nr. 2 – *Agder Havrafting AS, dets konkursbo* – har i tilsvaret bestridt ankende parts saksfremstilling og anført at selskapet var insolvent på konkursåpningstidspunktet.
- (13) *Agder Havrafting AS, dets konkursbo* har lagt ned slik påstand:
- "1. Anken tas ikke til følge.**
 - 2. Agder Havrafting AS, dets konkursbo tilkjennes saksomkostninger med kr 7 000,-."**
- (14) For det tilfellet at anken tas til følge, er det lagt ned slik subsidiær saksomkostningspåstand:
- "1. Agder Havrafting AS forpliktes til å betale 70 % av bostyreres salær for den ordinære bobehandlingen."**
- (15) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at utvalgets kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovforståelse, jf. tvisteloven § 30-6.
- (16) *Agder Havrafting AS* har anført at lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil ved at selskapet ikke fikk anledning til å ta til motmæle mot ankemotpartenes prosesskriv av 23. oktober og 25. oktober 2012.
- (17) Det er lagt frem e-postkorrespondanse som viser at advokat Svein Kjetil Stallemo, som var prosessfullmektig for *Agder Havrafting AS* under behandlingen for lagmannsretten, henvendte seg til en saksbehandler i lagmannsretten etter at anken var avgjort, og ba om "avklaring/bekreftelse på vår kontakt under saksgangen". I Stallemos e-post 9. november 2012

heter det:

"Jeg har notert meg følgende forhold/tidspunkt etter mitt prosesskrift 12.10.2012:

Torsdag 25.10.12 og fredag 26.10.12:

Jeg orienterte lagmannsretten om at jeg hadde mottatt prosesskrift datert 23.10.2012 fra Krabberød på e-post, og at jeg hadde behov for å ta til motmæle mot innholdet av dette dersom dette ble tatt med i avgjørelsesgrunnlaget. Jeg orienterte også om at jeg hadde mottatt prosesskrift 25.10.2012 fra advokat Leipsland, men at dette ikke foranlediget ytterligere merknader herfra. Ingen av prosesskriftene var mottatt hos lagmannsretten.

Jeg fikk også opplyst at kjennelsen var skrevet, og at den lå hos tredjehåndsdommer (fredag), men at kjennelsen ikke var signert. Dette støttes også av at kjennelsen fremstår å være avsagt 26.10.2012, mens den må være avsagt innværende uke i november.

Basert på dette tok jeg ikke til motmæle på dette tidspunkt.

Uke 44 (mandag 29.10.12 til fredag 02.11.12):

Jeg har ikke noen nøyaktige nedtegnelser, men minnes at jeg et flertalls ganger (kanskje 4-5) har vært i telefonisk kontakt med lagmannsretten. Temaet har vært det samme: (1) Hvorvidt kjennelsen var avsagt, og (2) Dersom prosesskriftet fra Krabberød 23.10.12, som ble mottatt av lagmannsretten 29.10. eller 30.10., ble tatt med i avgjørelsesgrunnlaget, ville det være sterkt påkrevd å imøtegå dette.

Jeg oppfattet klart at lagmannsretten forstod denne problemstillingen.

Mandag 05.11.2012 eller tirsdag 06.11.2012:

Jeg er usikker, men tror det var slik at lagmannsrettens sentralbord ikke var betjent mandag 05.11.2012. Uansett, én av disse dagene var jeg igjen i kontakt med lagmannsretten om det samme tema som er angitt ovenfor. Dette endte med at du sendte en e-post/intern beskjed til førstehåndsdommer om at dersom Krabberøds prosesskrift 23.10.2012 hadde betydning for utfallet, måtte jeg få anledning til å ta til motmæle mot dette."

- (18) Vedkommende saksbehandler besvarte henvendelsen ved e-post 12. november 2012. I svaret heter det:

"Jeg er stort sett enig i din fremstilling av forløpet av diverse telefonsamtaler angående sakens avgjørelse. Din første telefonhenvendelse må ha vært 23. eller 24.10. Det ligger nemlig melding i saken den 24.10. om at du skal ha beskjed om retten mottar prosesskriv som du skulle ha mottatt på e-post fra adv. Leipsland.

Prosesskriv fra advokat Leipsland er mottatt av lagmannsretten 26.10 og prosesskriv fra advokat Krabberød er mottatt av Kristiansand tingrett 26.10. og av lagmannsretten 29.10.

Melding i saken 06.11.:

'Det har kommet prosesskriv fra motpartene etter at du skrev kjennelsen (mens den har vært hos annen- og tredjehåndsdommer). Dette er adv. Stallemo klar over. Dersom disse prs.skrivene har betydning for avgjørelsen, bør vel Stallemo få anledning til å uttale seg.

Bente

Jeg har allerede undertegnet. Og jeg mener de to andre har skrevet på. Kan du sjekke det for meg?
akh'

Som du nevner var lagmannsretten stengt mandag 5. november pga kurs. Den fysiske saken var blitt brakt med en annen dommer fra Arendal til rettens kontor i Skien før helgen. Avgjørelsen ble sendt ut 7. november."

- (19) På bakgrunn av den kontakten advokat Stallemo hadde med lagmannsretten, kan han etter utvalgets syn ikke bebreides for ikke å ha inngitt merknader til prosesskrivene straks, men

isteden avventet nærmere beskjed fra lagmannsretten. At Stallemo avventet beskjed fra lagmannsretten, må også forstås på bakgrunn av opplysningen han fikk om at kjennelsen allerede var skrevet, slik at anken kunne bli avgjort uten at prosesskrivene ble tatt i betraktning.

- (20) Det fremgår av lagmannsrettens kjennelse at den har bygd på advokat Krabberøds prosesskriv av 23. oktober 2012. På bakgrunn av advokat Stallemos henvendelser skulle han i forkant av avgjørelsen ha fått en kort frist for å komme med merknader til prosesskrivet.
- (21) Brudd på kontradiksjonsprinsippet regnes som en alvorlig saksbehandlingsfeil, og etter rettspraksis skal det ikke mye til før en slik feil vil bli ansett å kunne ha hatt virkning på resultatet, se blant annet Rt. 2010 side 1025 avsnitt 56 med videre henvisninger. Lagmannsretten har som nevnt bygd på det aktuelle prosesskrivet, og kjennelsen må av denne grunn oppheves.
- (22) Anken har ført frem, og det tilkjennes sakskostnader for Høyesterett etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Det er krevd sakskostnader for eget arbeid og for rettsgebyret. Agder Havrafting AS har ikke vært bistått av prosessfullmektig for Høyesterett, og ankeutvalget finner at vilkårene for å kreve godtgjøring for eget arbeid etter tvisteloven § 20-5 første ledd tredje punktum, er oppfylt. Styrets leder likestilles i denne sammenheng med parten, jf. Schei mfl., Tvisteloven side 926. Godtgjørelsen settes skjønnsmessig til 5 000 kroner. I tillegg kommer rettsgebyret på 5 160 kroner. Til sammen utgjør kravet 10 160 kroner.
- (23) Sakskostnadene er påstått tilkjent styrets leder, Tina Dvergsnes Homme, trolig fordi hun har lagt ut for rettsgebyret. Det er imidlertid ikke hjemmel for å tilkjenne sakskostnader til andre enn parter og partshjelpere, jf. tvisteloven § 20-1, og erstatningen for sakskostnadene tilkjennes derfor Agder Havrafting AS.
- (24) Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING :

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler HK Motorservice Kristiansand AS og Agder Havrafting AS, dets konkursbo, én for begge og begge for én, til Agder Havrafting AS 10 160 – titusenetthundreogseksti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

Aage Thor Falkanger
(sign.)

Magnus Matningsdal
(sign.)

Per Erik Bergsjø
(sign.)

Riktig utskrift: