



NORGES HØYESTERETT

Den 5. desember 2013 avsa Høyesterett dom i

HR-2013-02531-A, (sak nr. 2013/544), sivil sak, anke over dom,

Handelsbanken

(advokat Dag Steinfeld)

mot

Kjelstraumen Brygge Gjestehuset AS,
dets konkursbo

(advokat Henrik Garmann – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Falkanger**: Saken gjelder spørsmål om en pantsettelse er ugyldig etter aksjeloven § 8-10, jf. § 8-11, som forbyr finansiering av aksjekjøp med målselskapets egne midler. Subsidiært er spørsmålet om innfrielsen av det lån som pantsettelsen er stilt som sikkerhet for, skal tilbakeføres etter samme bestemmelser.
- (2) Kjelstraumen Brygge Gjestehuset AS – heretter kalt Kjelstraumen – eide og drev et gjestgiveri på gnr. 44 bnr. 8 i Austrheim kommune. Gjestgiveriet besto av et eldre bygg på 500 m² med syv gjesterom i tillegg til kjøkken, matsal, bar, kontor mv. Dessuten hadde eiendommen åtte utleiehytter.
- (3) Sommeren 2007 overtok Johnsen og Bru Invest AS under stiftelse – heretter kalt JBI – reelt sett aksjene i Kjelstraumen. Steinar Johnsen og Jørg Bru – som utgjorde styret og eide aksjene i JBI – hadde planer om å seksjonere gjestgiveriet og selge enhetene hver for seg. Det skulle også oppføres og fradeles 13 nye hytter på eiendommen.
- (4) I midten av oktober 2007 ble aksjekjøpet formalisert gjennom skriftlig avtale. JBI skulle betale 20,5 millioner kroner for "gjeldfritt selskap", og kjøpesummen skulle "nedjusteres krone for krone i forhold til den gjeld" selskapet hadde på oppgjørstidspunktet.

- (5) I avtalens punkt 2 het det om gjennomføringen av kjøpet:

"Aksjekjøpet gjennomføres pr. 01.10.07 hvoretter kjøpesummen skulle vært betalt pr. dette tidspunkt. Selgerne er gjort kjent med at kjøpers finansiering kan bli forsinket pga problemstillingen relatert til pantsettelse av aktiva i selskapet ved aksjekjøp. Kjøper forplikter seg til å foreta betaling så snart det eventuelt er gitt dispensasjon til pantsettelse fra finansdept. eller loven mht. aksjeselskaps mulighet til pantsettelse av egne aktiva ved aksjekjøp er endret."

- (6) Med "dispensasjon til pantsettelse" siktes til den adgang departementet hadde etter aksjeloven § 8-10 annet ledd til å gjøre unntak fra bestemmelsens første ledd.
- (7) I punkt 4 var overføringstidspunktet for aksjene satt til 31. oktober 2007.
- (8) Aksjekjøpet til JBI skulle finansieres ved lån i Handelsbanken. Den 25. september 2007 utstedte banken et finansieringsbevis til JBI, der det fremgikk at det var gitt et "betinget tilbud om en låneramme stor: Kr 18.500.000,- til kjøp av Kilstraumen Brygge AS". Videre het det:

"Det forutsettes etablert 1. prioritetspant i eiendommen, det kreves således dispensasjon fra departementet før lån og pant kan etableres. Det forutsettes at egenkapitalen, kr. 2.000.000,- er innbetalt og at innbetaling bekreftes skriftlig av megler."

- (9) Nærings- og handelsdepartementet sendte sommeren 2007 ut et høringsbrev der det var foreslått at det skulle gis en forskrift i medhold av aksjeloven § 8-10 annet ledd, med generelle unntak fra § 8-10 første ledd. Et slikt unntak skulle blant annet gjøres for rene eiendomsselskaper. I den grad et selskap ble omfattet av forskriften, skulle det altså ikke lenger være nødvendig med dispensasjon fra departementet.
- (10) Istedenfor å søke om dispensasjon etter § 8-10 annet ledd, ventet man på at den nye forskriften skulle bli vedtatt og tre i kraft. Dette skjedde 30. november 2007.
- (11) Den 8. januar 2008 ga Handelsbanken skriftlig tilbud om lån til JBI på 18,5 millioner kroner, med en nedbetalingstid på ett år og seks måneder. Det ble stilt vilkår om sikkerhet i flere eiendommer, blant annet Kjelstraumens eiendom i Austrheim. Som forutsetning for at utbetalingen skulle finne sted, ble det krevd at styret i Kjelstraumen skulle erklære at vilkårene etter den nevnte forskriften for å gjøre unntak fra forbudet mot sikkerhetsstillelse i aksjeloven § 8-10 første ledd, var oppfylt. JBI aksepterte tilbudet 15. januar 2008, og den påkrevde erklæring ble gitt samme dag.
- (12) Handelsbanken overførte 25. januar 2008 det avtalte beløp til advokat Arve Hæreide, som representerte JBI. Av kjøpesummen ble 9 443 259 kroner brukt til å nedbetale Kjelstraumens gjeld, mens resten gikk til selgerne av aksjene. Pantobligasjonen ble tinglyst 13. mars 2008.
- (13) I februar 2008 ga Handelsbanken også et lån på 13,5 millioner kroner til Kjelstraumen. Lånet skulle brukes til å finansiere seksjonering av gjestgiverbygningen og salg av seksjonene, og dessuten oppføring, fradeling og salg av de planlagte hyttene. Som sikkerhet for lånet ble det stilt pant med 2. prioritet i eiendommen på Austrheim. Utbetalingen skjedde 18. april 2008.

- (14) Salget av seksjonene og hyttene gikk ikke som planlagt. Det oppsto også tvist med entreprenøren som sto for oppføringen av hyttene, og utover 2009 maktet ikke Kjelstraumen å innfri gjelden til Handelsbanken etter hvert som den forfalt. Hele eiendommen på Austrheim ble derfor høsten 2009 solgt til det nystiftede selskapet Kjelstraumen Eiendom AS for 32 millioner kroner, hvilket ifølge partene i hvert fall ikke lå under markedsverdi. Salgssummen ble i sin helhet brukt til å dekke lånene til banken.
- (15) Den 3. mars 2010 ble det åpnet konkurs i Kjelstraumen etter krav fra skattemyndighetene. Konkursboet mente at pantsettelsen for lånet til JBI var i strid med aksjeloven § 8-10 første ledd, mens Handelsbanken avviste dette.
- (16) Konkursboet tok ut stevning mot banken for Oslo tingrett med krav om tilbakebetaling etter aksjeloven § 8-11, jf. § 8-10. Saken ble overført til Nordhordland tingrett, som 1. desember 2011 avsa dom med slik domsslutning:
- "1. Handelsbanken frifinnes.**
- 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke."**
- (17) Tingretten fant at pantsettelsen var i strid med aksjeloven § 8-10 første ledd, men at banken var i god tro, jf. § 8-11 første ledd annet punktum.
- (18) Konkursboet anket tingrettens dom til Gulating lagmannsrett. I tillegg til anførselen om at pantsettelsen var i strid med aksjeloven § 8-10 første ledd, gjorde konkursboet nå også gjeldende at det samme gjaldt *innfrielsen* av lånet.
- (19) Gulating lagmannsrett avsa 12. februar 2013 dom med slik domsslutning:
- "1. Handelsbanken vert dømd til å betala konkursbuget Kjelstraumen Brygge Gjestehuset AS 18 500 000 – attenmillionarfemhundretusen – kroner innan 2 – to – veker frå forkynning av denne domen med tillegg av forseinkingsrente etter lova frå 30. september 2009 fram til betaling skjer.**
- 2. I saksomkostnader for lagmannsretten betalar Handelsbanken til konkursbuget Kjelstraumen Brygge Gjestehuset AS 148 320 – eitthundreogfortiåttetusentrehundreogtjue – kroner innan 2 – to – veker frå forkynning av denne domen.**
- 3. I saksomkostnader for tingretten betalar Handelsbanken til konkursbuget Kjelstraumen Brygge Gjestehuset AS 96 000 – nittisekstusen – kroner innan 2 – to – veker frå forkynning av denne domen."**
- (20) Lagmannsretten tok ikke stilling til om sikkerhetsstillelsen var i strid med aksjeloven § 8-10 første ledd, fordi Handelsbanken under enhver omstendighet hadde vært i god tro, jf. § 8-11 første ledd annet punktum. Derimot fant banken at selve innfrielsen av lånet var i strid med finansieringsforbudet i § 8-10 første ledd, og at disposisjonen var ugyldig etter § 8-11.
- (21) Handelsbanken har påanket lagmannsrettens dom. Anken gjelder rettsanvendelsen. Saken står i samme stilling for Høyesterett som for tidligere instanser.
- (22) Den ankende part – *Handelsbanken* – har i hovedsak gjort gjeldende:

- (23) Pantsettelsen av eiendommen gnr. 44 bnr. 8 i Austrheim var i strid med § 8-10 første ledd isolert sett, men det er mye som taler for at den falt inn under § 10 i den unntaksforskriften som er gitt med hjemmel i bestemmelsens annet ledd.
- (24) Det er imidlertid ikke nødvendig å ta standpunkt til om pantsettelsen omfattes av forskriftens § 10, fordi banken under enhver omstendighet var i aktsom god tro. Forut for pantsettelsen hadde Steinar Johnsen og Jørg Bru ved flere anledninger erklært at vilkårene i forskriften var oppfylt, og banken hadde god grunn til å tro at dette var riktig. Det var herunder ikke uaktsomt av banken å tolke § 10 nr. 1 slik at Kjelstraumen var et "eiendomsselskap". En slik rettsvillfarelse må i denne sammenheng likestilles med en faktisk villfarelse. En eventuell ugyldighet kan da ikke gjøres gjeldende, jf. § 8-11 første ledd annet punktum.
- (25) Når Handelsbanken hadde gyldig pant i eiendommen, kan heller ikke selve innfrielsen av lånet være i strid med § 8-10 første ledd. Som panthaver var banken utvilsomt berettiget til å begjære eiendommen tvangssolgt ved mislighold av lånet. Det kan da ikke være i strid med loven å oppnå det samme ved et frivillig salg. Tvert imot er dette en vanlig og hensiktsmessig fremgangsmåte.
- (26) Dersom pantsettelsen eller innfrielsen var i strid med § 8-10 første ledd, kan det ikke være riktig at hele beløpet på 18,5 millioner kroner skal tilbakeføres. Den delen av dette beløpet på 9 443 259 kroner som ble brukt til nedbetaling av Kjelstraumens gjeld, må holdes utenom. Kravet kan derfor i høyden være 9 056 741 kroner.
- (27) Handelsbanken har lagt ned slik påstand:
- "1. Tingrettens dom stadfestes for så vidt gjelder domsslutningens punkt 1.**
- 2. Ankemotparten dømmes til å erstatte ankende parts omkostninger i anledning saken for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."**
- (28) Ankemotparten – *Kjelstraumen Brygge Gjestehuset AS, dets konkursbo* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (29) Pantsettelsen av eiendommen gnr. 44 bnr. 8 i Austrheim falt ikke inn under unntaksforskriftens § 10. Det vises til at Kjelstraumen ikke var et "eiendomsselskap", idet planen var å seksjonere, bebygge, fradele og selge ut stykkevis. Dessuten hadde selskapet flere kreditorer enn Handelsbanken og flere ansatte enn bare én daglig leder.
- (30) Banken var ikke i aktsom god tro. Det var ikke tilstrekkelig å slå seg til ro med erklæringene fra Steinar Johnsen og Jørg Bru om at vilkårene i forskriften var oppfylt. Tvert imot skulle banken ha foretatt ytterligere undersøkelser. At banken hadde en uriktig forståelse av vilkåret i § 10 nr. 1 om at målselskapet må være et eiendomsselskap, kan ikke danne grunnlag for god tro. Bestemmelsen i § 8-11 første ledd annet punktum kan derfor ikke redde pantsettelsen.
- (31) Under enhver omstendighet var selve innfrielsen av lånet i strid med § 8-10 første ledd. Denne disposisjonen må holdes adskilt fra selve pantsettelsen. At banken som panthaver kunne ha begjært eiendommen tvangssolgt, er her ikke avgjørende. Hvorvidt banken var i god tro, er heller ikke av betydning.

- (32) Dersom pantsettelsen eller innfrielsen var i strid med § 8-10 første ledd, må hele beløpet på 18,5 millioner kroner tilbakeføres.
- (33) Konkursboet har lagt ned slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. Ankende part dømmes til å erstatte ankemotpartens kostnader i anledning saken for Høyesterett."**
- (34) *Mitt syn på saken*
- (35) Jeg ser først på spørsmålet om Handelsbankens pant i gnr. 44 bnr. 8 i Austrheim kommune var gyldig, jf. aksjeloven § 8-10, jf. § 8-11.
- (36) Aksjeloven § 8-10 første ledd lyder slik:
- "(1) Selskapet kan ikke stille midler til rådighet eller yte lån eller stille sikkerhet i forbindelse med erverv av aksjer eller rett til aksjer i selskapet eller selskapets morselskap."**
- (37) I likhet med lagmannsretten finner jeg det ikke tvilsomt at pantsettelsen som utgangspunkt omfattes av forbudet i § 8-10 første ledd. Sikkerhetsstillelsen kan likevel være rettmessig etter bestemmelsens annet ledd første punktum, der det fremgår at Kongen ved forskrift eller enkeltvedtak kan gjøre unntak fra første ledd. I henhold til forskrift om unntak fra aksjeloven § 8-10 og allmennaksjeloven § 8-10 av 30. november 2007 nr. 1336 § 9 kan et aksjeselskap uten hinder av § 8-10 stille sikkerhet i form av pant i forbindelse med erverv av aksjer i selskapet dersom kravene i §§ 10 til 12 er oppfylt.
- (38) Den sentrale bestemmelsen i forskriften er § 10, der det heter:
- "Selskapet som skal stille sikkerhet, må, på det tidspunkt sikkerheten etableres, oppfylle følgende krav:**
- 1) Selskapet må være et eiendomsselskap. Med eiendomsselskap menes selskap hvis virksomhet utelukkende består i å eie fast eiendom og drift av denne. Selskapet kan likevel i tillegg eie aksjer eller andeler i andre eiendomsselskaper.**
 - 2) Selskapet må ikke ha andre kreditorer enn den som finansierer ervervet. Selskapet kan likevel ha kreditorer med krav som knytter seg til den løpende driften av selskapet, eller som har betryggende sikkerhet for sitt krav, eller som skriftlig samtykker i slik sikkerhetsstillelse som nevnt i § 9.**
 - 3) Selskapet må ikke ha andre ansatte enn daglig leder."**
- (39) Som det fremgår innledningsvis i paragrafen, må vilkårene være oppfylt "på det tidspunkt sikkerhetsstillelsen etableres". Lagmannsretten la til grunn at skjæringstidspunktet i vår sak var 15. januar 2008, da JBI aksepterte bankens lånetilbud av 8. januar 2008. Jeg slutter meg til dette.
- (40) Handelsbanken har for Høyesterett latt det stå åpent om pantsettelsen oppfyller kravene i § 10, idet det anføres at en eventuell ugyldighet uansett ikke kan gjøres gjeldende fordi banken var i aktsom god tro da sikkerheten ble stilt, jf. aksjeloven § 8-11 første ledd annet punktum.

- (41) Ved vurderingen av om banken var i god tro finner jeg det hensiktsmessig å se på de enkelte vilkår i § 10 hver for seg.
- (42) Siden Kjelstraumen på det aktuelle tidspunktet hadde både en daglig leder i full stilling og en assistent i halv stilling, er det klart at kravet i § 10 nr. 3 ikke var oppfylt. At den daglige lederen og assistenten var på ferie fra uke 2 til uke 7 – som følge av erfaringsmessig lavt belegg på den tiden av året – endrer ikke dette. Det var ordinær drift i selskapet frem til de dro på ferie, og denne virksomheten ble gjenopptatt da de kom tilbake.
- (43) Banken hadde imidlertid ved flere anledninger presisert overfor Johnsen og Bru at kravene i § 10 måtte være oppfylt, herunder at det bare kunne være én ansatt. Senest ble dette fremholdt i bankens tilsagnsbrev av 8. januar 2008, der det også ble krevd at Kjelstraumen skulle avgi en erklæring om at betingelsene var oppfylt. Slik erklæring ble gitt 15. januar 2008. At erklæringen ved en åpenbar feil ble utferdiget i JBIs navn istedenfor Kjelstraumens, er i denne sammenheng uten betydning.
- (44) For Kjelstraumen ville det ha vært meget enkelt å overføre assistenten og gjestgiverivirksomheten til et annet selskap, for eksempel JBI, og det er ikke opplyst om forhold som skulle gjøre at banken hadde grunn til å tvile på erklæringen på dette punkt. I departementets veileder til forskriften antas at en erklæring fra selskapet normalt vil være tilstrekkelig; bare i "spesielle tilfeller" antas det at en erklæring fra andre kan være en "løsning alternativt".
- (45) På denne bakgrunn er jeg enig med lagmannsretten i at det ikke foreligger omstendigheter som tilsa at banken for disse forholdene burde ha undersøkt ytterligere.
- (46) Jeg ser så på kravet i § 10 nr. 1 om at Kjelstraumen måtte være et "eiendomsselskap". Spørsmålet er om selskapet ved å utvikle eiendommen som beskrevet, oppfylte vilkåret om å drive en virksomhet som "utelukkende består i å eie fast eiendom og drift av denne". Dersom svaret er nei, blir neste spørsmål om banken også på dette punktet var i god tro.
- (47) En alminnelig språklig forståelse tilsier etter min mening at kravet ikke var oppfylt. Selv om en viss videreutvikling av eiendommen nok må aksepteres, er det ikke naturlig å si at de omfattende tiltakene på eiendommen i Austrheim falt inn under "drift". Departementets veileder til forskriften underbygger dette. Det fremheves der at definisjonen er ment å dekke de "såkalte rene eiendomsselskap (single purpose)".
- (48) Denne avgrensingen mot utviklingsselskaper har indirekte støtte også i § 10 nr. 2. Vilkåret om at selskapet – på det tidspunkt sikkerheten etableres – ikke må ha andre "kreditorer enn den som finansierer ervervet", viser at unntaket fra § 8-10 første ledd er ment å omfatte selskaper med oversiktlige gjeldsforhold. Ved slik utbygging og utvikling som vår sak gjelder, vil andre relativt store kreditorgrupper – for eksempel entreprenører – komme inn.
- (49) Jeg viser videre til Nærings- og handelsdepartementets høringsnotat av 11. juli 2007 side 4, der det – med mine kursiveringer – heter:

"Formålet med forskriften er å gi et generelt unntak fra forbudet mot sikkerhetsstillelse fra eiendomsselskaper, slik at disse ikke lenger behøver å sende inn søknad om unntak

fra § 8-10. For disse typetilfellene innebærer forskriften i hovedsak en kodifisering av gjeldende dispensasjonspraksis."

- (50) Det tilføyes at bestemmelsen er utformet slik at "den kun tar sikte på å omfatte transaksjoner hvor det ikke er tvil om at dispensasjon ved enkeltvedtak ville bli gitt". Når det så gjelder hvilke typer eiendommer som det var gitt dispensasjon for, heter det på side 6:

"Disse eiendomsselskapene kjennetegnes ved at de ikke har ansatte, har én eller få aksjeeiere, ingen vesentlige kreditorer utover långiver som finansierer oppkjøpet og ingen annen virksomhet foruten drift av eiendommen. Med andre ord er selskapets formål kun å eie og drive fast eiendom og virksomhet direkte relatert til dette. Etter departementets vurdering vil hensynet til aksjeeierne, kreditorene eller de ansatte i disse selskapene ikke være til hinder for at det gjøres unntak fra forbudet."

- (51) Uttalelsene viser at forskriften ikke tok sikte på selskaper med slike planer som Kjelstraumen hadde.
- (52) Jeg viser også til vedtaket om Hinna Park AS av 18. juni 2008, der departementet fremholdt at forskriften ikke fikk

"anvendelse i dette tilfelle, fordi målselskapene ikke er rene eiendomsselskaper. Selskapene driver i tillegg med betydelige innslag av oppføring av bygg ..."

Når det gjelder virksomheten i selskapene, er Hinna Park AS med datterselskaper ikke rene 'single purpose' eiendomsselskaper, idet det er planlagt en betydelig videreutvikling av eiendomsmassen i form av ny bebyggelse. På denne bakgrunn er etablering av sikkerhet i form av pant i fast eiendom ikke mulig med utgangspunkt i forskrift av 30. november 2007 nr. 1336."

- (53) Selv om dette vedtaket ble fattet nesten et halvt år etter at eiendommen i Austrheim ble pantsatt, kaster det lys over innholdet i forskriften. Også senere vedtak fra departementet underbygger at vilkåret "eiendomsselskap" skal vurderes strengt i lys av hensynene bak forbudet i § 8-10.
- (54) Jeg viser endelig til departementets brev til Sparebanken Sør av 12. september 2012. I en artikkel i Finansavisen var det hevdet at praktiseringen av unntaksforskriften var endret, slik at utviklingseiendommer ikke lenger var omfattet. Om dette uttalte departementet:

"Etter departementets vurdering er det naturlig å sette grensen for 'drift av eiendommen' til at det faktisk er oppført et bygg som skal driftes. Det må med andre ord eksistere en bygningsmasse. Drift av den eksisterende bygningsmassen vil omfattes av unntaksforskriften mens bygg under oppføring ikke omfattes av unntaksforskriften."

Departementet har siden 2005 gitt dispensasjon til utviklingseiendommer ved enkeltvedtak. Etter at unntaksforskriften trådte i kraft i 2007 har det i flere saker blitt stadfestet at utviklingseiendommer ikke omfattes av unntaksforskriften. Etter departementets vurdering har det ikke vært en endring av departementets praksis på dette området."

- (55) Så langt oppsummerer jeg med at ordlyden, forarbeider, formål, forvaltningspraksis og sammenhengen i regelverket tilsier at slike utviklingsselskaper som Kjelstraumen faller utenfor § 10. Så lenge det ikke var innhentet individuell dispensasjon fra departementet, var pantsettelsen til fordel for Handelsbanken derfor i strid med aksjeloven § 8-10 første ledd.

- (56) Skal pantsettelsen likevel stå seg, må det være fordi banken var i aktsom god tro, jf. § 8-11 første ledd annet punktum. Banken kjente til de faktiske forhold, men hadde tolket forskriften uriktig. Spørsmålet er om denne rettsvillfarelsen oppfylte lovens krav til aktsom god tro.
- (57) Jeg legger til grunn at en rettsvillfarelse generelt sett kan danne grunnlag for god tro, jf. Falkanger, *God tro* (1999) side 229–304. På samme måte som ved faktiske villfarelser må det foretas en konkret aktsomhetsvurdering, der kravene vil bero på de nærmere omstendigheter.
- (58) I vår sak tar jeg utgangspunkt i at Handelsbanken er en profesjonell aktør, og at det inngår i dens kjernevirksomhet å gi lån til næringsdrivende mot ulike former for sikkerhet. Det må forutsettes at banker setter seg grundig inn i de regler som gjelder på området. Særlig gjelder dette når det er tale om så store verdier som her.
- (59) Det må også tas i betraktning at § 8-10 første ledd verner om viktige interesser, og at en långiver har all oppfordring til å undersøke hvor grensene for forbudet mot sikkerhetsstillelse går. Det forhold at forskriften – på et begrenset felt – innførte unntak fra forbudet, trekker i samme retning.
- (60) Jeg legger også vekt på at det var tale om en ny forskrift, som banken ikke hadde erfaring med. På denne bakgrunn måtte det kunne forventes av banken at den ville foreta grundige undersøkelser for å klarlegge innholdet.
- (61) Banken har vist til departementets vedtak av 7. oktober 2005 om dispensasjon i saken om Ustaoset 1001 AS. Det er også vist til et par andre vedtak, hvor det imidlertid hverken i søknad eller vedtak er sagt noe om at de aktuelle selskapene skulle drive eiendomsutvikling. Jeg ser at vedtaket om Ustaoset 1001 AS kan ha gitt banken forhåpninger om at det var grunnlag for dispensasjon for Kjelstraumens pantsettelse. Jeg kan derimot ikke se at vedtaket ga tilstrekkelig grunnlag for å trekke den slutning at *forskriften* omfattet slike tilfeller. Som nevnt skulle ikke forskriften omfatte alle tilfeller der det tidligere var gitt dispensasjon, bare de "transaksjoner hvor det ikke er tvil". Lest i sammenheng med forskriftens § 10 kan dette vanskelig referere seg til annet enn rene eiendomsselskaper, ikke utviklingsselskaper.
- (62) Når ordlyden, støttet av øvrige rettskilder, ga klare indikasjoner på at forskriften ikke omfattet eiendommer som skulle utvikles, kan jeg vanskelig se at det var aktsomt av banken å basere seg på dette vedtaket.
- (63) Etter dette er jeg kommet til at banken ikke var i aktsom god tro, og at pantsettelsen dermed var ugyldig, jf. § 8-11 første ledd første punktum.
- (64) Jeg ser så på virkningen av dette. Det er på det rene – og heller ikke bestridt – at innfrielsen av lånet har så nær forbindelse med den ugyldige pantsettelsen at ugyldigheten må medføre tilbakeføringsplikt for Handelsbanken. Spørsmålet er om hele beløpet på 18,5 millioner kroner som salget av eiendommen innbrakte Handelsbanken, skal tilbakeføres til Kjelstraumen, eller om det skal gjøres fradrag for de 9 443 259 kronene av lånet som hadde gått med til å dekke Kjelstraumens gjeld.

- (65) Ordlyden i § 8-11 første ledd første punktum gir ikke et klart svar på dette. De hensyn som ligger bak forbudet i § 8-10 første ledd tilsier imidlertid at ikke hele beløpet skal tilbakeføres til boet. Poenget med forbudet er at selskaper ikke skal tømmes for verdier, til skade for kreditorer, aksjonærer og ansatte. Jeg kan ikke se at konsekvensene bør strekkes lenger enn disse hensynene tilsier, jf. annenvoterendes votum i Rt. 1995 side 46, der han på vegne av et mindretall på to dommere – uimotsagt av flertallet – uttalte:
- "I hvilken utstrekning en part som har foretatt en ytelse i henhold til en ugyldig avtale kan kreve sin ytelse tilbake fra medkontrahenten må, mener jeg, avgjøres konkret ut fra en vurdering av partenes forhold og hva som best fremmer de hensyn som har medført at avtalen erklæres ugyldig."**
- (66) Bestemmelsen i § 8-11 annet ledd – som ikke får anvendelse i vår sak – kan ses som et utslag av dette prinsippet. Når det der heter at "et beløp tilsvarende verdien av midlene" skal tilbakeføres, må det forstås slik at det skal gjøres fradrag for midler som reelt sett har tilfalt selskapet.
- (67) Den delen av lånet fra Handelsbanken som medgikk til nedbetalingen av Kjelstraumens gjeld, kan vanskelig sies å ramme de interesser som § 8-10 første ledd skal beskytte. Jeg kan heller ikke se at det er andre grunner til at boet skal tilføres hele beløpet på 18,5 millioner kroner. Tvert imot antar jeg at en full tilbakeføring ville ha hatt som konsekvens at boet – i hvert fall langt på vei – fikk dobbelt opp for den delen av lånet som opprinnelig ble brukt til å betale ut kreditorene.
- (68) På denne bakgrunn må det trekkes 9 443 259 kroner fra de 18,5 millioner kronene. Handelsbanken skal etter dette betale 9 056 741 kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 30. september 2009.
- (69) Ingen av partene har vunnet saken, og det er ikke grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om at partene da bærer sine egne sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-1 annet ledd.
- (70) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Handelsbanken dømmes til å betale Kjelstraumen Brygge Gjestehuset AS, dets konkursbo, 9 056 741 – ni millioner femtisekstusensyvhundreogførtien – kroner innen 2 – to – uker fra forkynningen av denne dommen med tillegg av forsinkelsesrente fra 30. september 2009 frem til betaling skjer.
 2. Partene bærer sine egne sakskostnader for alle instanser.
- (71) Dommer **Tønder**: Jeg er kommet til et annet resultat enn førstvoterende og mener at anken må tas til følge.
- (72) Jeg er enig med ham i at Handelsbanken har vært i aktsom god tro hva angår antall ansatte i Kjelstraumen. Det samme gjelder det forhold at selskapet i realiteten drev restaurantvirksomhet da endelig avtale om pantsettelse av selskapets eiendom ble inngått.

- (73) Jeg er også enig med ham i at en riktig fortolkning av forskriften § 10 må være at utviklingsselskaper faller utenfor virkeområdet for forskriften. Avgjørende for meg er at en annen forståelse harmonerer dårlig med kravet om at selskapet ikke skal ha andre kreditorer enn den som finansierer ervervet av aksjene. Kravet indikerer en økonomisk aktivitet hos målselskapet som er av en annen karakter og omfang enn den man normalt vil finne hos et utviklingsselskap.
- (74) Derimot har jeg et annet syn enn ham når det gjelder den konkrete vurderingen av hvorvidt Handelsbanken var i aktsom god tro når den la til grunn at Kjelstraumen som et utviklingsselskap falt inn under forskriften.
- (75) Jeg finner for det første forskriftens ordlyd mindre klar enn det førstvoterende gir uttrykk for. Uttrykket eiendomsselskap har etter min mening ikke et så presist innhold at et selskap som tar sikte på å utvikle eiendommen med sikte på salg – enten av eiendommen i sin helhet eller stykkevis etter seksjonering/fradeling – uten videre faller utenfor. Heller ikke forskriftens nærmere forklaring av begrepet – "selskap hvis virksomhet utelukkende består i å eie fast eiendom og drift av denne" – gjør en slik fortolkning utvilsom. Jeg kan heller ikke se at dette avklares gjennom departementets veiledning. Blant annet er det ingen opplysning om hvilken del av departementets tidligere dispensasjonspraksis som ikke skal omfattes av forskriften.
- (76) Det følger av oversendelsesbrevet til høringsnotatet som gikk forut for forskriften, at "[f]orslaget om en ny forskrift for eiendomsaksjeselskapene er en del av regjeringens forenklingsarbeid for næringslivet, og innebærer i hovedsak en kodifisering av gjeldende dispensasjonspraksis". I departementets brev 18. juni 2008 som gjaldt spørsmål om erverv av aksjene i Hinna Park AS falt inn under forskriftens anvendelsesområde, gis det uttrykk for at selskap "med betydelige innslag av oppføring av bygg", faller utenfor forskriften. Det ble heller ikke gitt dispensasjon, noe som opplyses å være "i tråd med departementets dispensasjonspraksis".
- (77) Dette står i motstrid til en redegjørelse departementet ga i anledning en artikkel som sto i Finansavisen 8. september 2011. I artikkelen ble det hevdet at departementet "har endret sin praktisering av unntaksforskriften slik at denne ikke lenger omfatter utviklingseiendommer". Om dette uttaler departementet:

"Departementet har også en viss praksis for å gi dispensasjon ved enkeltvedtak for å utvikle eiendomsselskapets egen faste eiendom (eiendomsutvikling) utover 'drift av eiendommen'.

Etter departementets vurdering er det naturlig å sette grensen for 'drift av eiendommen' til at det faktisk er oppført et bygg som skal driftes. Det må med andre ord eksistere en bygningsmasse. Drift av den eksisterende bygningsmassen vil omfattes av unntaksforskriften mens bygg under oppføring ikke omfattes av unntaksforskriften.

Departementet har siden 2005 gitt dispensasjon til utviklingseiendommer ved enkeltvedtak. Etter at unntaksforskriften trådte i kraft i 2007 har det i flere saker blitt stadfestet at utviklingseiendommer ikke omfattes av unntaksforskriften. Etter departementets vurdering har det ikke vært en endring av departementets praksis på dette området."

- (78) Jeg leser det som her sies slik at det hadde vært praksis for å gi dispensasjon til utviklingsselskaper, men at forskriften ikke var ment å omfatte disse. At departementet fant det på sin plass å gi en slik redegjørelse i 2012, viser at den tidligere praksisen med å

gi dispensasjon til utviklingselskaper hadde medført uklarhet om hvorvidt forskriften omfattet dette.

- (79) Hvor omfattende denne praksisen har vært, er det ingen opplysning om. For Høyesterett er det framlagt søknad om dispensasjon og departementets vedtak i sak vedrørende selskapet Ustaoset 1001 AS, som er opplyst å gjelde ombygging av Ustaoset hotell til leilighetskompleks. I søknaden ble dette presentert som et "utviklingsprosjekt". Svarbrevet fra departementet, der søknaden ble innvilget, er utformet som et standard tilsagnsbrev uten noen vurdering for eller imot om tilsagn skal gis i dette tilfellet eller andre opplysninger som indikerer at dette var et særtilfelle. Tvert imot avsluttes brevet med at "[d]epartementet har vektlagt at dispensasjonen er forretningsmessig begrunnet på normale kommersielle vilkår, og at disposisjonen ikke strider mot hensynene bak forbudet".
- (80) Det signalet som her gis, er at dette er et kurant dispensasjonsvedtak sett i sammenheng med de hensyn som aksjeloven § 8-10 skal ivareta. Det spesielle ved denne saken – og som har særlig interesse for aktsomhetsvurderingen i vår sak – er at Handelsbanken er oppgitt som gjenpartsadressat til søknaden.
- (81) Når det så opplyses i høringsnotatet at forskriften er ment å kodifisere gjeldende dispensasjonspraksis, finner jeg det på denne bakgrunn lite tvilsomt at Handelsbanken var i god tro når den la til grunn at forskriften også omfattet utviklingsprosjekter. Ved å gi lån til innfrielse av selskapets eksisterende gjeld, ble også vilkåret i forskriften § 10 nr. 2 oppfylt.
- (82) Spørsmålet er om banken likevel skulle ha gjort undersøkelser for å avklare om dens forståelse av forskriften også ble delt av departementet. Selv om det i høringsnotatet også presiseres at forskriften "kun tar sikte på å omfatte transaksjoner hvor det ikke er tvil om at dispensasjon ved enkeltvedtak ville bli gitt", mener jeg at banken – på bakgrunn av det jeg her har redegjort for om dens erfaring med utviklingsprosjekter – måtte være berettiget til å legge sin forståelse til grunn. Med dette mener jeg ikke å gi uttrykk for at det er dokumentert en fast praksis for dispensasjon i utbyggingstilfellene. Aktsomheten må imidlertid vurderes individuelt. Slik vedtaket i Ustaoset-saken ble presentert for Handelsbanken, mener jeg at banken måtte kunne gå ut ifra at dette i sin tid var et klart tilfelle hvor det ikke er tvil om at dispensasjon ved enkeltvedtak ville bli gitt, og dermed var av de tilfellene som skulle kodifiseres gjennom forskriften.
- (83) I denne vurderingen har jeg også hensyntatt det jeg innledningsvis uttalte om ordlydens uklarhet. Jeg legger også vesentlig vekt på at det i veiledningen, til tross for "en viss praksis", ikke positivt er avklart at utviklingsprosjekter ikke er omfattet av forskriften. Intensjonen med forskriften var nettopp å spare næringslivet, herunder finansieringsinstitusjonene, bryderiet med å henvende seg til departementet for å få rettslig adgang til å benytte målselskapets eiendom som panteobjekt. Når det ikke avklares hvilken del av praksis som ikke er ment kodifisert, vil omleggingen lett få virkning som en "snubletråd".
- (84) Jeg konkluderer etter dette med at sikkerhetsstillelsen var lovlig.
- (85) Det gjenstår å ta stilling til om innfrielsen av lånet til Handelsbanken som skjedde i forbindelse med salget av selskapets eiendom høsten 2009 til Kilstraumen Eiendom AS,

rammes av forbudet i aksjeloven § 8-10 første ledd, slik lagmannsretten konkluderte med. Ankemotparten har i denne forbindelse anført at enhver innfrielse av lånet fra målselskapets side rammes, også om dette skjer i tilknytning til salg av den pantsatte eiendommen. Det er vist til faren for omgåelse. En realisering av pantet gjennom tvangsauksjon må derimot aksepteres, så fremt selve pantsettelsen var lovlig.

(86) Det er på det rene at forbudet i § 8-10 rammer ikke bare økonomisk bistand som gis på tidspunktet for selve kjøpet, men også etterfølgende bistand, så sant dette skjer "i forbindelse med" aksjeerhvervet. Det må altså foreligge en årsakssammenheng mellom innfrielsen av lånet og ervervet.

(87) Når en slik årsakssammenheng foreligger, er nærmere drøftet i forarbeidene til aksjeloven, jf. Ot.prp. nr. 23 (1996–97) side 48. Etter å ha vist til at Aksjelovutvalget foreslo et forbud som går lenger enn det som var påkrevd etter EØS-avtalen for oppfyllelse av andre selskapsdirektiv artikkel 23 nr. 1 – blant annet ut fra behovet for å unngå omgåelser – uttalte departementet:

"Ut fra de hensyn som er påpekt ovenfor, finner departementet at man bør bygge på grunntrekkene i Aksjelovutvalgets forslag og gjeldende bestemmelser. Departementet finner det likevel riktig å begrense rekkevidden av finansieringsforbudet noe. Departementet legger da i første rekke vekt på behovet for ikke å hindre ordinære disposisjoner som har en naturlig forretningsmessig begrunnelse.

...

Formuleringen ['i forbindelse med'] innebærer at det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet av om aksjeerhvervet og den finansielle bistanden skjer i sammenheng, eller om det er tale om helt adskilte disposisjoner. Ved denne vurderingen vil også formålet med disposisjonene være av vesentlig betydning. Departementet legger til grunn at man ved formuleringen også unngår urimelige følger for banker og andre finansinstitusjoners ordinære kredittvirksomhet."

(88) Om innfrielsen skal stå seg, må altså bero på en konkret vurdering av om denne er en selvstendig disposisjon, atskilt fra aksjeerhvervet.

(89) Som førstvoterende har redegjort for, gikk ikke salget av seksjonene og hyttene som planlagt. Da lånene til Handelsbanken sommeren 2009 forfalt til betaling, var verken Kjelstraumen eller JBI i stand til å innfri gjelden. Det er uomstridt at dette hadde sammenheng med den generelle økonomiske nedgangen som fant sted i kjølevannet av finanskrisen i 2008. Det er på denne bakgrunn ikke tvilsomt at alternativet for banken – om lånet ikke ble innfridd gjennom salg av eiendommen – var å begjære tvangsauksjon.

(90) Ved salget oppnådde Kjelstraumen en pris på 32 millioner kroner, en pris som minst tilsvarte markedsverdien, og som i sin helhet gikk til dekning av Handelsbankens lån. Det er opplyst at kjøperselskapet Kilstraumen Eiendom AS var eid av Frode Johnsen, som er bror av Steinar Johnsen, og at fastsettelsen av kjøpesummen har sammenheng med at Steinar Johnsen og Jørg Bru sto som selvskyldnerkausjonister for bankens lån.

(91) Jeg er på denne bakgrunn kommet til at innfrielsen av lånet gjennom salg av eiendommen er skjedd ut fra reelle forretningsmessige grunner, som ikke har sammenheng med aksjeerhvervet. Betalingen representerer følgelig ikke brudd på aksjeloven § 8-10 første ledd.

(92) Etter dette er jeg kommet til at anken må tas til følge.

(93) Dommer **Noer:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Tønder.

(94) Dommer **Bårdsen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Falkanger.

(95) Justitiarius **Schei:** Likeså.

(96) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Handelsbanken dømmes til å betale Kjelstraumen Brygge Gjestehuset AS, dets konkursbo, 9 056 741 – ni millioner femtisekstusensyvhundreogførtien – kroner innen 2 – to – uker fra forkynningen av denne dommen med tillegg av forsinkelsesrente fra 30. september 2009 frem til betaling skjer.
2. Partene bærer sine egne sakskostnader for alle instanser.

Riktig utskrift bekreftes: