



# NORGES HØYESTERETT

Den 28. juni 2016 avsa Høyesterett dom i

**HR-2016-01440-A (sak nr. 2015/2102), sivil sak, anke over dom,**

A (advokat Odd Jo Forsell – til prøve)

mot

B

C

(advokat Atle Helljesen)

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

- (1) Dommer **Noer**: Saken gjelder spørsmål om det kan kreves erstatning av en kontraktspart som overdro sine rettigheter og forpliktelser etter en kontrakt til et påstått underkapitalisert aksjeselskap. Anførte grunnlag er avtaleloven § 36, aksjeloven § 17-1 og ulovfestede regler om ansvarsgjennombrudd.
- (2) Ankende part A – heretter A – er gårdbruker og næringsdrivende i X kommune. Ankemotpartene B og C – heretter B/Cs – driver blant annet med eiendomsutvikling innen hotell- og reiselivsbransjen.
- (3) Eiendommen Y, gnr. 00 bnr. 00 og 00 i Z kommune, er på vel 20 000 dekar. Den strekker seg fra Lysefjorden og opp på fjellet, hvor den grenser til As gårdsbruk i X kommune. Y har i mange år vært eid i sameie mellom A og hans to brødre. Eiendommen er et nedlagt gårdsbruk, uten veiforbindelse og elektrisitet. Innmarka ligger på en flate på noen titalls dekar ned mot fjorden. På gården ligger det et våningshus fra 1790, som er i svært dårlig forfatning.
- (4) Høsten 2008 ble A og B/Cs introdusert for hverandre på et seminar med båttur i Lysefjorden. De kom i snakk om mulighetene for å utvikle hovedbruket på Y som turistdestinasjon, med overnattingsbesøk og ulike andre aktiviteter. Partene skjønte at de

kunne ha gjensidig interesse av et slikt prosjekt, og førte forhandlinger om et mulig samarbeid.

- (5) Den 14. desember 2008 ble det fremlagt forslag til intensjonsavtale, og 6. oktober 2009 ble intensjonsavtale inngått. I innledningen under overskriften "Selve intensjonen" heter det:

**"Denne avtalen bygger på at A (AA) i Årdal, som er en tredjedels eier av garden Y ved Lysefjorden, skal komme i en økonomisk situasjon slik at han kan overta hele garden ved en eventuell oppløsning av sameiet Y. Videre skal B og C (BC) få rett til å leie deler av garden og bygge opp igjen bygningene nede ved Lysefjorden, og kunne bruke disse i næringssammenheng."**

- (6) Avtalen la altså opp til at A skulle få økonomisk mulighet til å kunne kjøpe hele Y-eiendommen fra sine to brødre ved en eventuell oppløsning av sameiet. B/Cs skulle få rett til å leie innmarka med påstående bygninger, og skulle også påta seg å gjenoppbygge og restaurere hovedbruket. De skulle videre få bruke eiendommen i næringssammenheng. Den årlige leieprisen skulle settes til 4 % av den totale kjøpesummen som A måtte ut med for eiendommen, men begrenset oppad til 300 000 kroner. Leiebeløpet skulle indeksreguleres med 75 % av konsumprisindeksen.
- (7) Etter krav fra As brødre ble sameiet i Y tvangsoppløst ved Stavanger tingretts kjennelse 14. februar 2009. Det ble i oktober samme år avholdt en takst over eiendommen, hvor konsesjonsverdien ble satt til 4 850 000 kroner.
- (8) Den 28. mars 2010 signerte A og B/Cs en endelig avtale om hovedbruket på Y. Avtalens punkt 12 er den viktigste klausulen for løsningen av saken her, men jeg finner grunn til også å sitere punktene 3, 5 og 7:

- "3. B/C leier den del av eiendommen som utgjør hele området nede ved Lysefjorden, ref. Intensjonsavtalen, til en avtalt pris for inntil kr 300.000,- pluss indeks (75 % av Konsumprisindeksen beregnet fra den 15. i første hele måned etter avtalens ikrafttreden, ref. pkt. 14) i hele leieperioden som er på 30 år fra ikrafttreden av avtalen. B/C har rett på videre leie i 10 års perioder iht. Intensjonsavtalen. Leien er basert på 4 % av kjøpesummen. Utover det ovenfor nevnte har B/C rettigheter til jakt (1/2 del) og fritt fiske iht. Intensjonsavtalen.**
- 5. B/C er forpliktet til å gjenoppbygge og restaurere gårdshus, løa og naustet nede på Y, utvendig og innvendig, iht. egen plan og de tillatelser/og eventuelle pålegg som gis fra kommunen/fylkesmannen. I tillegg skal B/C har rett til å etablere midlertidige og permanente småhytter og tilbygg i forbindelse med etablering av det planlagte reiselivssenteret. Det kan også være aktuelt å plassere slike bygg på andre deler av eiendommen (jakthytter/utsiktshytter), men da med nødvendige offentlige godkjenninger og i forståelse med A. A skal gis mulighet til arbeidsoppdrag i forbindelse med oppbygging av bygg og anlegg. B/C har rett til alle inntekter ved drift og utleie av gjenoppbygde hus og de øvrige anlegg samt tilhørende del av Eiendommen.**
- 7. A skal medvirke dersom B/C ønsker å søke om tilskudd til gjenoppbyggingen fra offentlige myndigheter eller andre støttespillere/sponsorer. Dersom offentlige eller private långivere som for eksempel Innovasjon Norge eller bank krever det, i forbindelse med lån og støtte til gjenoppbygging av bygningene iht. pkt. 5, skal A akseptere et eventuelt slikt pant i eiendommen med prioritet etter banklån opptatt av A i forbindelse med kjøpet av eiendommen. Eventuelle slike lån skal nedbetales i løpet av leieperioden.**

12. **B/C har rett til framleie av eiendommen eller deler av denne og øvrige rettigheter. Rettigheter iht. denne avtalen kan overdras til B/Cs livsarvinger. Avtalen kan også overdras til selskaper opprettet av B/C med formål å videreføre avtalens intensjoner. A kan ved et slikt tilfelle og dersom avtalen overdras til for eksempel et aksjeselskap, og dersom han ønsker det, kreve normal bankgaranti for den løpende årsleien."**

- (9) Etter budrunde mot brødrene fikk A 30. juli 2010 stadfestet høyeste bud på Y med 7 millioner kroner. Han fikk skjøte på eiendommen samme høst. Avtalen mellom partene, herunder B/Cs' plikt til å svare månedlig leie med 23 330 kroner, trådte i kraft fra oktober 2010.
- (10) I januar 2011 laget B/Cs' arkitekt et forslag til utviklings- og restaureringsplan for Y. Skissen viste et foreløpig investeringsbudsjett på snaut 27 000 000 kroner.
- (11) Den 1. februar 2011 stiftet B/Cs aksjeselskapet Æ, med B som eneaksjonær, styreleder og daglig leder. Selskapet hadde 100 000 kroner i aksjekapital. Selskapet ble registrert i Foretaksregisteret 15. mars. Aksjekapitalen ble i sin helhet brukt til å betale utestående leie til A på registreringsdagen. Foruten leien, hadde selskapet på registreringstidspunktet en akkumulert gjeld til andre kreditorer på om lag 341 000 kroner. Det var imidlertid ikke tatt inn noen gjeldsposter i åpningsbalansen.
- (12) Samme dag, 15. mars 2011, ble det også inngått avtale mellom selskapet og B/Cs om at alle B/Cs' rettigheter og plikter etter avtalen med A skulle overdras til selskapet. Her het det blant annet:

**"Alle rettigheter og plikter i henhold til den foreliggende avtalen mellom A og B og C, datert 28. Mars 2010, overdras herved til Æ."**

- (13) A mottok ingen formell underretning om overdragelsen, men var varslet om opprettelsen av selskapet på e-post. A krevde ikke bankgaranti i henhold til avtalens punkt 12.
- (14) Æ søkte om støtte fra en rekke kommunale, fylkeskommunale og statlige organer. Selskapet fikk 29. mars 2011 lovnad om kommunal støtte med 340 000 kroner som skulle utbetales når reguleringsplanen var ferdig, og fra august 2011 til desember 2012 ble det utbetalt fylkeskommunal støtte med til sammen 700 000 kroner. Selskapet ble tilført øvrig kapital først og fremst gjennom lån på om lag 820 000 kroner fra B/Cs familieselskaper.
- (15) Innbetalingen av leie til A var fra starten regelmessig forsinket, og han purret en rekke ganger. Æ var likevel á jour med leien i november 2012, da siste betaling skjedde. Fra våren 2013 var det ingen reell aktivitet i selskapet.
- (16) Den 18. juni 2013 skrev As advokat til B/Cs, og ba om at utestående leie på 140 000 kroner ble betalt. I e-post 1. juli 2013 svarte C at rettigheter og plikter etter avtalen var overdratt til Æ, og at korrespondanse og krav måtte rettes mot selskapet. En ytterligere redegjørelse fra Æ v/ B/Cs ble sendt 12. juli 2013. Der ble det blant annet gitt uttrykk for at det for øyeblikket ikke var tilgjengelige midler til betaling av leie, og at selskapets engasjement i Y-prosjektet ville "bli vurdert på nytt" som følge av manglende samarbeidsvilje fra As side. Dette gjaldt blant annet at A ikke ville gå med på en avtale om å overdra våningshuset til en stiftelse, sammen med en rett til punktfeste, noe B/Cs mente ville gjøre det lettere å skaffe finansiering.

- (17) I brev til A 26. august 2013 skrev advokat Atle Helljesen, på vegne av Æ og B/Cs, at verken selskapet eller B/Cs lenger "har noen forpliktelser i henhold til avtalen". Det ble vist til at prosjektet ikke lot seg realisere, noe som ytterligere hadde blitt understreket av at reguleringsarbeidet hadde stoppet opp fordi det forelå krav om utredning vedrørende rassikring av området. I brev 4. september 2013 fastholdt A at B/Cs var forpliktet etter avtalen.
- (18) Ved stevning 2. oktober 2013 til Stavanger tingrett reiste A søksmål mot B/Cs med påstand om krav på erstatning oppad begrenset til 35 000 000 kroner med tillegg av forsinkelsesrente. Beløpet ble seinere justert, slik at det under rettsforhandlingene ble lagt ned påstand om erstatning oppad begrenset til 23 400 000 kroner med tillegg av forsinkelsesrente. Tingretten avsa 25. mai 2014 dom med slik domsslutning:
- "1. B og C frifinnes.**
- 2. A betaler innen 2 – to – uker etter at dommen er forkynt 183 375 – etthundreogåttitretusentrehunderogsyttifem – kroner i sakskostnader til B og C."**
- (19) Tingretten fant at punkt 12 i avtalen av 28. mars 2010 ga B/Cs rett til å overdra sine rettigheter og plikter til Æ. Overdragelsen var ikke ugyldig etter avtaleloven §§ 33 eller 36. Videre hadde B/Cs ikke opptrådt ansvarsbetingende overfor A, jf. aksjeloven § 17-1, verken i forbindelse med den anførte underkapitaliseringen eller i forbindelse med termineringen av avtalen. Det var heller ikke grunnlag for ansvarsgjennombrudd etter ulovfestede regler.
- (20) A anket dommen til Gulating lagmannsrett, og ankeforhandling ble holdt 15.–16. juni 2015. Lagmannsretten besluttet underveis å avskjære videre forhandlinger, jf. tvisteloven § 29-18 tredje ledd, idet det ble funnet klart at anken ikke kunne føre fram. A nedla påstand om krav på erstatning oppad begrenset til 12 000 000 kroner med tillegg av forsinkelsesrente.
- (21) Gulating lagmannsrett avsa 10. september 2015 dom med slik domsslutning:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. Innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom betaler A kr 178.450,75 – etthundreogsyttiåttetusenfirehundreogfemtikronerogsyttifemøre – til B og C i sakskostnader for lagmannsretten."**
- (22) Lagmannsretten kom til at kravet om rassikring av området og de forsinkelser dette medførte for reguleringsarbeidet, utgjorde en bristende forutsetning for avtalen. Termineringen var derfor rettmessig. Lagmannsretten fant dessuten at A verken hadde sannsynliggjort ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng eller økonomisk tap, og viste for øvrig til tingrettens dom.
- (23) Den 22. juni 2015 – noen dager etter ankeforhandlingen i lagmannsretten – ble det åpnet konkurs i Æ. Det ble meldt krav i boet med til sammen 1 838 259 kroner. A meldte ikke krav. Bobehandlingen ble innstilt grunnet manglende midler i boet.

- (24) A har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen, bevisbedømmelsen og saksbehandlingen.
- (25) Høyesteretts ankeutvalg traff 22. januar 2016 beslutning om å tillate anken fremmet. Etter beslutningen er forhandlingene for Høyesterett begrenset til spørsmålet om B/Cs er ansvarlige for As eventuelle tap som følge av anført underkapitalisering av Æ, jf. tvisteloven § 30-14 tredje ledd. Dette omfatter spørsmålene om overdragelsen av avtalen til Æ er ugyldig som følge av den påståtte underkapitaliseringen, og om det foreligger ansvar etter aksjeloven § 17-1, eventuelt om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd.
- (26) Den ankende part – A – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (27) Æ hadde ikke forsvarlig egenkapital, jf. aksjeloven § 3-4. Aksjekapitalen var tapt allerede ved registreringen av selskapet i Foretaksregisteret, og egenkapitalen har vært negativ hele veien. Selskapet var kraftig underkapitalisert i forhold til behovet det hadde for kapital. A var ukjent med selskapets svake økonomi. Som følge av underkapitaliseringen er B/Cs fortsatt personlig ansvarlige overfor A, både på avtalerettslig og selskapsrettslig grunnlag.
- (28) Avtalen av 28. mars 2010, som i punkt 12 åpner for at B/Cs' rettigheter og plikter kan overdras til et aksjeselskap, kan ikke forstås slik at den gir rett til overdragelse til et aksjeselskap som er underkapitalisert. Det anføres i den forbindelse også avtalerevisjon etter avtaleloven § 36.
- (29) Det anføres videre at B/Cs er personlig ansvarlige overfor A etter den ulovfestede læren om ansvarsgjennombrudd. Det vises til at ansvarsgjennombrudd særlig er aktuelt ved underkapitalisering, jf. blant annet Rt. 1996 side 672 (Kongeparken) og Ot.prp. nr. 23 (1996–1997) side 117. Det anføres også at B/Cs er erstatningsansvarlige etter aksjeloven § 17-1 første og andre ledd. B/Cs har opptrådt uaktsomt ved å tillate at kontrakten ble overført til et underkapitalisert aksjeselskap. Det foreligger brudd på en rekke bestemmelser i aksjeloven, herunder §§ 3-4 jf. 3-5, § 3-8 og kapittel 2 om stiftelse av aksjeselskap.
- (30) A har nedlagt slik påstand:
1. **Gulating lagmannsretts dom av 10.09.2015 oppheves og hjemvises til ny behandling.**
  2. **C og B tilpliktes å betale As sakskostnader for Stavanger tingrett og Gulating lagmannsrett."**
- (31) Ankemotpartene – B og C – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (32) Etter avtalen av 28. mars 2010 hadde B/Cs rett til å overføre sine rettigheter og plikter til et aksjeselskap. Dette var B/Cs' intensjon fra starten av, noe A var innforstått med. Han var sikret gjennom sin rett til å kreve bankgaranti for den løpende leien, noe han ikke benyttet seg av. Avtalen er dessuten ubalansert i favør av A, ikke i favør av B/Cs.
- (33) Æ hadde uansett forsvarlig egenkapital. Det kan ikke kreves at egenkapitalen samsvarer med prosjektets totale omfang. Selskapet ble, som i slike selskaper, fortløpende tilført

kapital fra B/Cs etter behov. Ved utløpet av 2012 var alle utgifter dekket, inkludert leien til A. Selskapet har ikke pådratt seg kostnader på uforsvarlig måte.

(34) B/Cs har spilt med åpne kort overfor A, og de har verken opptrådt uredelig eller forsøkt å unndra seg ansvar. Det bestrides ikke at det er adgang til ansvarsgjennombrudd i spesielle tilfeller, men det er ikke grunnlag for ansvarsgjennombrudd her. B/Cs har heller ikke opptrådt uaktsomt, jf. aksjeloven § 17-1. Det er uansett bare B som kan holdes ansvarlig etter denne bestemmelsen. Selv om C har jobbet iherdig med prosjektet, kan han ikke holdes ansvarlig for styrets handlinger.

(35) B og C har nedlagt slik påstand:

**"Anken forkastes."**

(36) *Jeg har kommet til at anken fører fram.*

(37) Saken gjelder spørsmålet om B og C er erstatningsansvarlige overfor A. For Høyesterett er problemstillingen begrenset til betydningen av at B/Cs overdro sine rettigheter og forpliktelser etter avtalen til et påstått underkapitalisert aksjeselskap.

(38) Lagmannsretten kom som nevnt til at avtalen mellom A og B/Cs var falt bort på grunn av bristende forutsetninger. Anken til Høyesterett gjelder også dette spørsmålet, og spørsmålet er ikke rettskraftig avgjort. Forhandlingene for Høyesterett er imidlertid begrenset til avgjørelsen av om avtalen ble overdratt til et underkapitalisert selskap og den eventuelle betydningen av dette, jf. tvisteloven § 30-14 tredje ledd. Som utgangspunkt for denne vurderingen må jeg da legge til grunn at leieavtalen gjaldt fullt ut etter sin ordlyd – med fastsatte forpliktelser og rettigheter – på tidspunktet for overdragelsen. Dette innebar en forpliktelse for B/Cs til å betale månedlig leie på vel 23 000 kroner i 30 år, og til å sette i stand og restaurere bygningene på gården. Mot dette fikk de rett til å utvikle stedet for turistformål og til å få eventuelle inntekter fra dette.

(39) A har som nevnt anført ulike grunnlag for sitt krav. Jeg finner det naturlig å ta utgangspunkt i aksjeloven § 17-1 første ledd, som gir en kreditor rett til å kreve erstatning fra blant annet styremedlem eller aksjeeier for skade som vedkommende gjennom sin rolle i et aksjeselskap har voldt forsettlig eller uaktsomt:

**"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."**

(40) Etter andre ledd kan også medvirker holdes ansvarlig.

(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.

(42) Sentralt ved vurderingen av om det er grunnlag for ansvar i vår sak, står spørsmålet om Æ var underkapitalisert i forhold til de forpliktelsene selskapet påtok seg. Aksjeloven § 3-4, slik den lød fram til 2013, stilte krav om at selskapet til enhver tid skulle ha en "forsvarlig egenkapital":

**"Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet."**

(43) Formålet med bestemmelsen er primært å verne selskapets kreditorer. I Ot.prp. nr. 36 (1993–1994) skriver departementet på side 68 at bestemmelsen må "sees som et supplement til ansvarsbestemmelsene", og at "en slik klarere betoning av at det er en del av ledelsens plikter å sørge for at selskapet har en forsvarlig egenkapital, trolig [vil] gjøre det enklere å vinne fram med erstatningskrav mot ledelsen".

(44) Avgjørelsen av hva som er forsvarlig egenkapital må skje ut fra forholdene i det enkelte selskapet. Vurderingen vil blant annet kunne variere alt etter hvilken fase selskapet er i. Jeg viser til Magnus Aarbakke m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven – kommentarutgave* (3. utg., 2012) på side 180:

**"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. Dette er særlig aktuelt i en oppstartingsfase, hvor det vil kunne være forsvarlig å akseptere underskudd og synkende egenkapital i en overgangsperiode, inntil selskapet kommer over i en normalisert og lønnsom driftssituasjon, jf NOU 1996: 3 s 146."**

(45) Mads Henry Andenæs skriver i *Selskapsrett* (2007) på side 214 at kravet om forsvarlig egenkapital "ikke bør tolkes slik at det uthuler det grunnleggende prinsipp om at det i aksjeselskap og allmennaksjeselskap er tilstrekkelig å skyte inn en beløpsmessig begrenset egenkapital som grunnlag for virksomheten". På side 215 heter det:

**"At det kan reises tvil og usikkerhet med hensyn til om den innskutte egenkapital er stor nok til å gjøre selskapet levedyktig, er ikke til hinder for at det kan være lagt et forsvarlig grunnlag for virksomheten i relasjon til § 3-4."**

(46) Om overprøvingen av selskapets egen vurdering av om egenkapitalen er forsvarlig, skriver Gudmund Knudsen i sin rapport, *Forenkling og modernisering av aksjeloven* (2011) på side 95:

**"Domstolene vil normalt ikke ha grunnlag for å overprøve selskapets egen vurdering av hva som er en forsvarlig egenkapital. Normalt vil derfor ikke domstolene ha grunnlag for å sette til side selskapets egen vurdering med mindre det foreligger særlige forhold. Dette betyr imidlertid ikke at kravet til forsvarlig egenkapital er uten rettslig realitet. Dersom selskapets vurdering av kapitalbehovet er klart uforsvarlig, må domstolene kunne sette selskapets vurdering til side med den konsekvens at det etter omstendighetene kan gi grunnlag for erstatningsansvar etter § 17-1, eventuelt tilbakeføring eller ansvar etter § 3-7."**

(47) Jeg er enig i disse rettslige utgangspunktene.

(48) I Rt. 1991 side 119 (Normount) – som gjaldt den tidligere erstatningsregelen i aksjeloven 1976 § 15-1 – ble utgangspunktet for aktsomhetsvurderingen beskrevet slik på side 124:

**"Tvistespørsmålet er, som tidligere antydnet, om Normounts økonomi på den aktuelle tid var så dårlig at styret burde ha søkt avverget at ytterligere krav ville oppstå mot selskapet – krav som selskapet ikke ville være i stand til å dekke når de forfalt."**

(49) Avgjørende for vurderingen av om det foreligger underkapitalisering i vår sak er om det på tidspunktet for overdragelsen av kontrakten fra B/Cs til selskapet var grunnlag for et realistisk håp om at selskapet kunne reise den kapitalen som var nødvendig for å dekke

forpliktelsene etter avtalen. Spørsmålet er altså om B/Cs foretok en uforsvarlig vurdering av kapitalbehovet og/eller kapitaltilgangen den 15. mars 2011.

- (50) I forretningsplanen som B/Cs utarbeidet i januar 2011, er budsjettet totalt på snaut 27 millioner kroner. Finansieringen var forutsatt å skje gjennom ulike offentlige støtteordninger med 7 millioner kroner, sponsorstøtte med 12,5 millioner, egeninnsats 2 millioner og udekket/egenfinansiering med 5,3 millioner kroner.
- (51) Dette budsjettet bygde imidlertid på den rimeligst mulige løsningen. Gjenoppbyggingen av det gamle våningshuset var her beregnet til å koste 6 millioner kroner. B/Cs klare siktemål var imidlertid full antikvarisk rehabilitering av huset. Kostnadene til dette ville ifølge en rapport som B/Cs fikk fra sin arkitekt 18. januar 2011, bli på 16–17 millioner kroner, eksklusiv utgifter til møblering og til innlegging av strøm og vann. I en prosjektbeskrivelse fra 31. januar 2011, ble finansieringsbehovet derfor anslått til mellom 35 og 40 millioner kroner:
- "Et foreløpig estimat for en full utbygging av Y i henhold til foreliggende planer er mellom Kr. 35 og 40 mill. ...**
- Finansieringskilder vil være følgende:**
- *Offentlige kilder: Stat, Fylke og Kommune.*
  - *Private: Sponsorer, legater og lignende.*
  - *Spesielle kilder: Enova og lignende."*
- (52) I praksis viste det seg vanskelig å skaffe i nærheten av det som var nok i tilskudd for å få til rehabilitering og utbygging av Y. B/Cs hadde håpet å få betydelig støtte gjennom et såkalt Regionalt utviklingsprogram for Rogaland (RUP), og søkte 1. oktober 2010 om 10 millioner kroner. I svaret fra Fylkesrådmannen 17. desember 2010 fikk B/Cs imidlertid beskjed om at prosjektet "faller noe på siden av det som er vedtatt ramme for RUP-prosjekter", og at de ikke kunne forvente støtte til annet enn et forprosjekt, "bl.a. med formål å finne midler fra andre budsjettposter/aktører". Det ble opplyst at det bare var 2 millioner kroner til nye prosjekter, og at det var mange søknader.
- (53) Høsten 2010 innhentet B/Cs prosjektskisse fra arkitekt og ulike konsulenter. Fakturaene for dette arbeidet ble imidlertid ikke betalt ved forfall, idet B/Cs avvartet opprettelsen av selskapet. Forutsetningen fra deres side var at driften skulle skje i selskapets regi. Alle oppdragene ble derfor bestilt i selskapets navn, også før selskapet formelt var opprettet. På samme måten misligholdt ekteparet betalingen av leien, siden også denne forpliktelsen var ment dekket av selskapet.
- (54) Selskapets aksjekapital ved stiftelsen 1. februar 2011 utgjorde den daværende minimumskapitalen på 100 000 kroner. Aksjekapitalen og et lån på 400 000 kroner fra et av B/Cs' familieselskaper ble umiddelbart etter stiftelsen brukt til å dekke skyldig leie til A og øvrig forfalt gjeld.
- (55) Situasjonen per 15. mars 2011 – den dagen kontrakten mellom B/Cs og A ble overdratt til selskapet – var altså at B/Cs hadde fått beskjed om at de ikke på langt nær ville få den støtten fra fylkeskommunen som de hadde forventet, og at de heller ikke hadde fått tilsagn om annen offentlig eller privat støtte. Samlet hadde selskapet en akkumulert gjeld på om lag 481 000 kroner, hvorav skyldig leie utgjorde ca. 140 000 kroner. Antatte



driftsinntekter ville først komme når hovedhuset var restaurert og overnattingshytter mv. satt opp, noe som først kunne skje når finansieringen var i orden.

- (56) I boinnberetningen til Stavanger tingrett i forbindelse med selskapets konkurs i 2015, heter det om situasjonen for selskapet ved stiftelsen:
- "Tallene viser at selskapet fra første driftsår har vært illikvid og at egenkapitalen var tapt allerede kort tid etter stiftelsen."**
- (57) I tiden etter stiftelsen forsøkte selskapet å få tilført tilstrekkelig med midler, men uten å lykkes. Selskapet fikk som nevnt utbetalt 700 000 kroner i såkalte RUP-midler fra Rogaland fylkeskommune, og fikk lovnad om utbetaling av 340 000 kroner fra Z kommune når reguleringsplanen var utarbeidet. Sistnevnte beløp ble ikke utbetalt, siden reguleringsplanen aldri ble gjennomført. Det er ikke dokumentert noen sponsorstøtte til prosjektet.
- (58) Selskapet holdt driften i gang på grunnlag av RUP-midlene og ved løpende kapitaltilførsel gjennom lån fra B/Cs' familieselskaper på samlet om lag 818 000 kroner. Dette finansierte blant annet leien til A, arkitektarbeid, ulike håndverks- og konsulenttjenester, oppsetting av midlertidig tak over våningshuset og rapport om rasforhold mv. fra Norges Geotekniske Institutt (NGI).
- (59) Det ble ikke på noe tidspunkt gitt bindende tilsagn om større lånebeløp til selskapet. Lånene fra familieselskapene ser jeg derfor primært som en form for "krisehjelp", og ikke den typen kapital som kan regnes med ved vurderingen av selskapets finansielle styrke, jf. Rt. 1996 side 672 (Kongeparken) på side 680.
- (60) Problemene med finansieringen gjenspeilet seg i årsregnskapene for selskapet. I årsregnskapet for 2011 heter det at selskapet har et "underskudd på kr 121 695 og en negativ egenkapital på kr 21 695". I 2012 er underskuddet på 443 115 kroner og egenkapitalen er negativ med 464 809 kroner.
- (61) Objektivt sett er det liten tvil om at B/Cs' finansieringsplan var lite gjennomarbeidet og håndfast. Forventningene om støtte fra offentlige og private kilder i et slikt omfang som forutsatt, var lite realistiske. Før B/Cs engasjerte seg i prosjektet var det riktignok gitt signaler om støtte fra offentlige myndigheter, som ønsket at gården skulle bli satt i stand før det var for seint å berge bygningene. Gården var svært verdifull kulturhistorisk, og hadde på grunn av dette og beliggenheten ned mot Lysefjorden, ikke langt fra Prekestolen, åpenbart et potensiale som turiststed.
- (62) På tross av disse signalene, var det på tidspunktet for overdragelsen av avtalen helt uklart hvordan selskapet skulle få inn tilstrekkelige midler til å dekke de forpliktelsene som fulgte av avtalen. De undersøkelser som var gjort, hadde som nevnt gitt temmelig nedslående resultater. Det var derfor helt urealistisk at selskapet skulle motta støtte i den størrelsesorden som forretningsplanen budsjetterte med. Riktignok bidro B/Cs selv med lånekapital fra egne selskaper. Utover de lånene som ble gitt, var omfanget av dette imidlertid ikke konkretisert utover en budsjettpost kalt "udekket/egenfinansiering" som var på vel 5 millioner kroner. Det ble aldri ytt noe lån fra B/Cs av en slik størrelse.
- (63) Min konklusjon så langt er altså at overdragelsen av B/Cs' rettigheter og forpliktelser etter avtalen med A skjedde til et selskap som ikke oppfylte kravene til egenkapital etter

aksjeloven § 3-4, og som heller ikke kunne ha noen rimelig forventning om å oppnå dette innen overskuelig framtid, gitt de forpliktelser selskapet pådro seg ved overdragelsen.

- (64) I vurderingen av om det er grunnlag for ansvar legger jeg også en viss vekt på at avtaleoverdragelsen ikke ble foretatt i henhold til aksjelovens regler. Jeg viser til at kontrakten med A ikke gikk fram av stiftelsesdokumentet og åpningsbalansen, som aksjeloven §§ 2-4 og 2-8 krever. Etter aksjeloven § 2-6 skal det utarbeides en redegjørelse for den virksomheten som overtas av selskapet, herunder en erklæring om at kontrakten selskapet overtar har en verdi som minst svarer til det avtalte vederlaget. Av § 3-8 andre ledd gjelder det tilsvarende for alle avtaler mellom blant annet en aksjeeier og selskapet. Noen slik redegjørelse forelå ikke.
- (65) Ut fra det jeg har gjennomgått om selskapets mulighet for å få fullført reiselivsprosjektet, må det etter mitt syn legges til grunn at leieavtalen hadde negativ verdi på overdragelsestidspunktet. Selskapet overtok i praksis en forpliktelse fra B/Cs. En slik frigjøring av ansvar for B/Cs innebærer en overføring av verdier mellom selskapet og aksjonær, og skulle ha vært vurdert etter reglene for utdeling fra selskapet, jf. aksjeloven § 3-6 første og andre ledd. Dette ble heller ikke gjort.
- (66) Fra B/Cs' side er det anført at A var klar over at prosjektet var avhengig av støtte for at det skulle komme opp og stå, og at det derfor ikke er grunnlag for erstatningsansvar.
- (67) I referat fra et møte mellom B/Cs og A 6. januar 2011 – før avtalen ble overført til selskapet – heter det for eksempel at A vurderte å stenge ned hele stedet om det ikke kom støtte:
- "Dersom Fylkeskommunen/Fylkesmannen stiller seg tvilende og vrang til støtte, som har vært positivt meddelt muntlig og også skriftlig tidligere (brev fra Fylkeskommunen (8/7-2008), vil DA [D og A] i ytterste konsekvens vurdere å stenge ned Y for allmenn bruk."**
- (68) Videre opplyser B/Cs i e-post til A av 31. januar 2011 – også det før overdragelsen av avtalen til selskapet – at de søkte om offentlig støtte fra ulike instanser, og at dette også omfattet "dekning for leiekostnader i planperioden som du ser".
- (69) Jeg kan imidlertid ikke se at dette kan tolkes dithen at A hadde noe ansvar for prosjektets finansiering eller at han hadde noen risiko for dette. As forpliktelser i denne forbindelse var positivt regulert i avtalens punkt 7. At A ble informert om problemene med å få støtte, endrer ikke innholdet av kontraktsforpliktelsen.
- (70) Jeg kan heller ikke se at det er dokumentert at A ble orientert om selskapets økonomiske situasjon på en slik måte at han ved passivitet kan sies å ha samtykket til overdragelsen til selskapet med dets svake økonomi. A var opptatt av å sikre finansieringen av kjøpet av gården. Det var derfor han hadde inngått leieavtalen. Jeg finner det lite trolig at han ville unnlatt å kreve bankgaranti eller foreta seg andre ting dersom han var gjort kjent med situasjonen og selskapets kapitalbase.
- (71) B/Cs har også vist til at de hadde rett etter leieavtalen til å overføre forpliktelsene til et selskap. Etter deres syn kan de ikke bli erstatningsansvarlige som følge av en transaksjon som var uttrykkelig hjemlet i avtalen.

- (72) Allerede i intensjonsavtalen var det tatt inn en klausul om at avtalen kunne overdras til et selskap opprettet av B/Cs, såfremt A ga skriftlig samtykke. Han var dessuten gitt rett til å kreve personlig garanti for en eventuell konkurs i selskapet:
- "Leieavtalen er personlig, men kan overføres til direkte livsarvinger eller egne selskaper. Dersom leieavtalen overføres til selskap skal det stilles personlig garanti vedrørende en eventuell konkurs i selskapet. Slik overførsel skal skriftlig godkjennes av A (grunneier) som ikke kan motsette seg slik overførsel uten saklig grunn."**
- (73) Reguleringen ble annerledes i den endelige avtalen. Vilkåret om samtykke falt bort, og B/Cs ble gitt en ubetinget rett til å overdra avtalen til et selskap, så lenge selskapet hadde som formål å videreføre avtalens intensjoner. A kunne imidlertid kreve bankgaranti for oppfyllelse av leiebetalingen. Partene er enige om at dette ga ham rett til å kreve garanti for 6–12 måneders leiebetaling. Jeg viser til kontraktens punkt 12, som jeg har sitert tidligere.
- (74) B/Cs hadde altså fått forhåndssamtykke til å overføre sin del av avtalen til et aksjeselskap. Som tingretten og lagmannsretten legger jeg til grunn at A var klar over opprettelsen av selskapet, og at han forsto at B/Cs mente å drive virksomheten gjennom dette.
- (75) Jeg kan likevel ikke være enig i at dette ga B/Cs rett til å overdra forpliktelsene til et selskap som ved å påta seg avtaleforpliktelsen overfor A ikke ville oppfylle helt grunnleggende krav etter aksjeloven. Slik jeg tolker avtalen, må den forstås som en rett for B/Cs til å overføre virksomheten til et selskap, men med en selvfølgelig forutsetning om at selskapet var lovlig kapitalisert slik aksjeloven krever. Det var rimelig og forståelig at B/Cs ønsket å drive virksomheten i regi av et selskap, og kapitaliseringskravet må ses i sammenheng med at selskapet var i startfasen. Men dette innebærer likevel ikke at avtalen kan tolkes slik at den ga B/Cs en rett til å overføre sine forpliktelser til et selskap som på grunn av underkapitalisering i praksis var uten realistiske muligheter til å oppfylle avtalens forpliktelser.
- (76) Når det gjelder As rett til å kreve bankgaranti, ga denne ham en mulighet til å kreve sikkerhet for at en begrenset del av kontraktsforpliktelsen ville bli betalt. At bankgarantien ikke ble gjort gjeldende, endrer imidlertid ikke de underliggende avtaleforpliktelsene eller ansvarsspørsmålet i saken.
- (77) Jeg finner heller ikke å kunne legge avgjørende vekt på at B/Cs la ned mye arbeid og gjennom egne selskaper lånte ikke ubetydelige beløp til prosjektet. Det er et faktum at de ikke har tjent penger på selskapets ulike disponeringer, men tvert imot har tapt de utlånte midlene. Men sammenlignet med det potensielle ansvaret de ville kunne pådra seg dersom de sto personlig ansvarlige for oppfyllelsen av leieavtalen i 30 år – herunder en månedlig leiebetaling på vel 23 000 kroner – oppnådde de en betydelig begrensnig av sitt mulige ansvar gjennom overdragelsen til aksjeselskapet.
- (78) Til dette kommer at de forpliktelsene som B/Cs påtok seg, var en forutsetning for As finansiering av kjøpet av eiendommen til syv millioner kroner, jf. det jeg innledningsvis har sitert fra intensjonsavtalen. Med den begrensede garantiforpliktelsen som kontrakten innebar, var realiteten i overdragelsen at B/Cs ble fri sine forpliktelser overfor A samtidig som den finansielle forutsetningen for ervervet av eiendommen raknet.

(79) Det går fram av det jeg har sagt så langt at B og C overdro sine forpliktelser etter kontrakten med A til et selskap som var uten realistiske muligheter for å kunne oppfylle avtalen. Basert på ekteparets egne estimater for hva prosjektet ville koste, og gitt de løse og hypotetiske planene for finansiering og inntektsmuligheter, var det etter min mening klart uaktsomt av B som styreleder å pådra selskapet en slik forpliktelse. Ved dette ble også A påført et potensielt tap. C opptrådte på lik linje med sin ektefelle, og må anses som medvirker i denne sammenheng. Jeg har på denne bakgrunn kommet til at B og C opptrådte erstatningsbetingende etter aksjeloven § 17-1 ved overdragelsen.

(80) Etter mitt syn hefter B også som aksjonær. Mads Henry Andenæs skriver i *Selskapsrett* (2007) på side 215 om kravet om forsvarlig egenkapital:

**"For å fravike selskapets vurdering må det foreligge spesielle omstendigheter. At det kan reises tvil og usikkerhet med hensyn til om den innskutte egenkapital er stor nok til å gjøre selskapet levedyktig, er ikke til hinder for at det kan være lagt et forsvarlig grunnlag for virksomheten i relasjon til § 3-4. Annerledes kan det etter omstendighetene stille seg hvis det er urealistisk å regne med at selskapet vil overleve med mindre kreditorene i ettertid ettergir gjeld, og det ikke har vært noen forståelse med kreditorene på forhånd. I tilfelle av sistnevnte art kan det foreligge misbruk av aksjeselskapsformen eller allmennaksjeselskapsformen som det ikke er noen grunn til å beskytte."**

(81) Å overdra leieavtalen til et åpenbart underkapitalisert selskap, hvor B/Cs burde ha skjønnet at selskapet ikke ville kunne oppfylle avtalen, og på den måten kvitte seg med det personlige ansvaret, innebærer et misbruk av aksjeselskapsformen. C hefter som medvirker også på dette punktet.

(82) Min konklusjon er etter dette at det foreligger ansvarsgrunnlag for B/Cs for overdragelsen av avtalen til selskapet. Jeg kan i vår sak ikke se at de andre grunnlagene som A har påberopt seg, vil kunne gi ham noe mer enn det han oppnår ved at saken løses etter aksjeloven § 17-1. Jeg finner det da ikke nødvendig å gå nærmere inn på disse.

(83) Som tidligere nevnt har forhandlingene for Høyesterett vært begrenset til spørsmålet om konsekvensene av en eventuell underkapitalisering av selskapet, og om dette kunne lede til ansvarsgrunnlag for B/Cs. De andre tvistespørsmålene i saken er det ikke tatt standpunkt til. Jeg finner derfor at lagmannsrettens dom må oppheves.

(84) Partene har fri sakførsel for Høyesterett og har ikke lagt ned påstand om sakskostnader. Sakskostnadene for tingretten og lagmannsretten må avgjøres ved den endelige avgjørelsen av saken, jf. tvisteloven § 20-8 første ledd.

(85) Jeg stemmer for slik

#### D O M :

Lagmannsrettens dom oppheves.

(86) Dommer **Bårdsen**: Jeg er kommet til at anken må forkastes.

(87) Det er på det rene at Æ ikke hadde tilstrekkelig egenkapital til å dekke selskapets løpende forpliktelser. I drøyt halvannet år etter oppstart ble blant annet leien betalt ved hjelp av lån fra ekteparet B/C og deres ulike selskaper. Jeg har, i likhet med tingretten og

lagmannsretten, et annet syn enn førstvoterende på betydningen av selskapets egenkapital med hensyn til det spørsmålet saken gjelder, nemlig ekteparet *B/Cs eventuelle ansvar vis-a-vis A*. Dette er uavhengig av om ansvaret søkes forankret i kontraktsrettslige eller i selskapsrettslige synsmåter.

- (88) Jeg har særlig festet meg ved tre forhold, som i sum blir styrende for de forventninger A med rimelighet har hatt til avtalen med B/Cs og risikoen ved den, og – slik jeg ser på dette – derfor også for ansvarsspørsmålet i den konkrete relasjonen mellom A og B/Cs.
- (89) For det første ga A et generelt forhåndssamtykke til at kontrakten mellom ham og B/Cs kunne overdras til et selskap. Han betinget seg i den forbindelse rett til å kreve rullerende bankgaranti som sikkerhet for den årlige leiebetalingen. Det var allerede ved avtaleinngåelsen på det rene at avtalen mest sannsynlig ville bli overdratt til et nyetablert selskap.
- (90) For det andre forstår jeg forholdene slik at A var oppmerksom på at utviklingsprosjektet var i oppstartsfasen, og at man helt manglet finansiering. Arbeidet med å *skaffe finansiering* ville derfor uansett måtte bli en viktig del av utviklingsprosjektets første fase. A kjente ikke detaljene i økonomien til Æ. Men jeg legger til grunn at han helt fra den innledende kontakten med B/Cs ble etablert var klar over – og aksepterte – at nettopp finansieringen var en kritisk faktor.
- (91) For det tredje legger jeg til grunn at avtalen mellom A og B/Cs, ut fra avtalens spesielle bakgrunn, dens formål og partenes konkrete forutsetninger må forstås slik at plikten til å svare leie ut kontraktsperioden på 30 år forutsatte at utviklingsprosjektet på Y viste seg å være gjennomførbart, praktisk og økonomisk. Også dette forbeholdet knyttet til selve kontrakten mellom A og B/Cs må avspeiles i kravene til kapitalisering av Æ i den innledende fasen av utviklingsprosjektet.
- (92) Dommer **Arntzen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bårdsen.
- (93) Dommer **Webster:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Noer.
- (94) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (95) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom oppheves.

Riktig utskrift bekreftes: