

LE-1992-2572

INSTANS:	Eidsivating lagmannsrett - Dom.
DATO:	1994-10-14
DOKNR/PUBLISERT:	LE-1992-2572
STIKKORD:	Kausjon.
SAMMENDRAG:	En kontrakausjonist påsto seg uforpliktet, under henvisning til avtaleloven § 30, § 33, § 36 og bristende forutsetninger. Ingen av anførslene førte frem. Anførsler om at hovedkausjonisten, som kreditor for kontrakausjonen, hadde vært uaktsom ved inndrivelsen av regresskravet mot hoveddebitor ble heller ikke gitt medhold.
SAKSGANG:	- Oslo byrett Nr. 90-00809 A/54 (førsteinstans) - Eidsivating lagmannsrett LE-1992-2572 A - Anket til Høyesterett - HR-1995-302 K - Anken nektet fremmet.
PARTER:	Ankende part: Håkon Brekke (Prosessfullmektig: Advokat Per Danielsen). Motpart: Karstein Gjersvik (Prosessfullmektig: Advokat Tom A. Torkildsen).
FORFATTER:	1. Lagdommer Gunvald Gussgard, formann 2. Lagdommer Sverre Mitsem 3. Herredsrettsdommer Helge Monstad.

Karstein Gjersvik har kausjonert for Porto Rotondo Holding A/S' låneforpliktelser i ABC-bank (nå Sparebanken NOR). Som garantist har han innbetalt ca 19 millioner kroner. Ved kausjonserklæring av 21. mars 1988 kontragaranterte Håkon Brekke for 12/54-deler av Gjersviks ansvar, og Gjersvik har krevd at Brekke skal innfri. Brekke bestrider at han er forpliktet og har dessuten subsidiære innsigelser mot kravets størrelse. Etter forliksmegling og henvisning til retten, ble saken innbragt for Oslo byrett ved Gjersviks stevning av 11. mai 1990. Oslo byrett avsa 14. juli 1992 dom med slik domsslutning:

1. Håkon Brekke betaler til Karstein Gjersvik kr 3407866,- - tremill.firehundreogsyvtusenogåttehundreogsekstiseks-, med tillegg av 18 -atten- % renter p.a. av kr 2444400,- -tomill.- firehundreogførtifirehundretusenogfirehundrefra 12. februar 1990 til 2. mars 1992, av kr 44400,- -førtifiretusenogfirehundre- fra 4. desember 1990 til 2. mars 1992, av kr 1807866,- -enmill.åttehundreogsyvtusenogåttehundreogsekstiseks- fra 10. juni 1991 til 2. mars 1992, og av kr 3407866,- -tremill.firehundreogsyvhundretusenogåttehundreogsekstiseks- fra 3. mars 1992 til betaling skjer.
2. I saksomkostninger betaler Håkon Brekke til Karstein Gjersvik kr 57275,- - femtisyvtusentohundreogsyttifem-.
3. Oppfyllelsesfristen er 2 -to- uker fra dommens forkynnelse.

Understrekninger foretatt av lagmannsretten markerer etpar feil i domsslutningens punkt 1.

Dommen er i rett tid påanket av Håkon Brekke, som for lagmannsretten har nedlagt slik påstand:

1. Håkon Brekke frifinnes.
2. Karstein Gjersvik tilpliktes å betale Håkon Brekkes saksomkostninger for byrett og lagmannsrett.

Karstein Gjersvik har nedlagt slik påstand:

1. Oslo byretts dom av 14. juli 1992 stadfestes.
2. Karstein Gjersvik tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten.

Ankesaken var etter tvistemålsloven § 98 forent til felles behandling med en parallell tvist mellom Gjersvik og Kroda A/S mfl., ankesak nr. 94-00871 A, som ble forlikt og hevet ved lagmannsrettens kjennelse av 16. september 1994.

Ankeforhandlingen ble avholdt 20.-21. september 1994. Partene møtte og avga partsforklaring. Det ble avhørt tre vitner og foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken. Saken er noe bedre opplyst for lagmannsretten enn for byretten, særlig hva angår hendelsesforløpet i Italia. Endel av Håkon Brekkes subsidiære anførsler for byretten er ikke gjort gjeldende for lagmannsretten. Anførsler knyttet til forliksinngåelsen i erstatningssaken mellom Porto Rotondo A/S og advokat A, som byretten satte ut av betraktning etter tvistemålsloven § 355, er opprettholdt for lagmannsretten. Forøvrig står saken i store trekk i samme stilling som for byretten, og sakens sammenheng fremgår av byrettens dom og den følgende fremstilling.

Den ankende part - Håkon Brekke - anfører i det vesentlige:

Aksjonæravtalen av 21./23. oktober 1987 ga Brekke adgang til å tre inn som aksjonær i Porto Rotondo Holding A/S med 12 (av 54) aksjer, hvis han stilte garanti etter avtalens pkt. 2 "for 12/54 av selskapets forpliktelser overfor ABC-bank". Han var hverken berettiget eller forpliktet av aksjonæravtalen hvis han ikke stilte slik garanti.

Brekke innbetalte kjøpesummen på 12000 kroner for aksjene, men ga ingen garanti før ved kontrakausjonserklæringen av 21. mars 1988. Da var pengene tapt for Porto Rotondo, ved at italienske interessenter hadde tømt joint venture selskapet Emerald Development S.r.l.'s bankkonto.

Det var i strid med Brekkes uttalte forutsetninger at midlene ble overført til Emeralds bankkonto fra Porto Rotondos italienske datterselskap Norhold S.r.l., uten mot hjemmelsdokumentene til den eiendommen som skulle kjøpes på tvangsauksjon. Det var heller ikke nødvendig å ha midlene på Emeralds konto på dette tidlige stadiet. En bankgaranti måtte være tilstrekkelig for den italienske domstolen som foresto tvangsauksjonen, slik at et bud fra Emerald kunne bli stadfestet, og kjøpesummen kunne ha vært innbetalt direkte fra Norhold til domstolen. Joint venture avtalen mellom Porto Rotondo og den italienske samarbeidspartneren Durium S.p.a. forutsatte heller ikke en slik tidlig overføring; Brekke hadde forøvrig ikke sett denne avtalen.

Overføringen fra Norhold til Emerald muliggjorde tapet. Siden Gjersvik var klar over at overføringen var skjedd og pengene tapt, er Brekkes kontrakausjonserklæring av mars 1988 fremkalt ved svik fra Gjersviks side og ugyldig etter avtaleloven § 30. Styrereferatene i Porto Rotondo viser også at Gjersvik ga uriktige opplysninger om hvor midlene befant seg.

Siden midlene allerede var tapt, ble Brekkes kausjonserklæring under enhver omstendighet avgitt på grunnlag av uriktige forutsetninger og er også av den grunn uforpliktende. Hvis retten imidlertid skulle mene at Brekke var forpliktet til å kausjonere allerede ved aksjonæravtalen av oktober 1987, påberopes bristende forutsetninger. Dessuten påberopes avtaleloven § 33 og § 36.

Overføringen fra Norhold til Emerald burde dessuten ha vært behandlet i Porto Rotondos styre. Det skjedde ikke. Derimot godtok Gjersvik overføringen på egen hånd. Han overskred dermed sine fullmakter og opptrådte uaktsomt og erstatningsbetingende.

Brekke gjør etter dette gjeldende at han ikke er forpliktet til å gjøre opp i henhold til kausjonserklæringen.

Subsidiært anføres at Porto Rotondos juridiske rådgiver, advokat A, opptrådte uaktsomt ved å overføre midlene til Emerald uten samtidig å sørge for at de registrerte vedtektene for Emerald blokkerte for at italienske interessenter, ved flertallsvedtak i styret, kunne foreta uttak fra Emeralds bankkonto. Erstatningskravet mot advokat A var så vidt klart at Porto Rotondo, på dette tidspunkt med Gjersvik som eneaksjonær og enestyre, ikke burde ha inngått forlik om erstatning på fem millioner kroner i saken mot ham. Brekke burde iallfall ha vært varslet om forliksdraftelsene, slik at han kunne ha øvet innflytelse og eventuelt trådt inn som sterk hjelpeintervenient. Advokat A var forsikret for ti millioner kroner, og 12/54-deler av dette beløpet bør fratrekkes kontragarantiansvaret; enhver mulig utbetaling til Porto Rotondo fra advokat A (eventuelt hans forsikringsselskap) må betraktes som en nedbetaling av Gjersviks regresskrav mot Porto Rotondo og redusere Brekkes kontragarantiansvar. Det var iallfall uriktig å ta hensyn til salæret på én million kroner som ble betalt

til Porto Rotondos advokat. Det er ikke grunnlag for å belaste Brekke for disse advokatutgiftene, som dessuten var for høye.

Ankemotparten - Karstein Gjersvik - anfører i det vesentlige:

Brekke var forpliktet av aksjonæravtalen av oktober 1987 til å stille den omtvistede garantien. Under enhver omstendighet underskrev han, adskillig forsinket, kausjonserklæringen av 21. mars 1988, og dermed var han utvilsomt bundet. På dette tidspunktet var Gjersvik ikke klar over at pengene var tapt. Det fikk han først vite under et møte i Roma 25. mars 1988. Brekke har forøvrig også erkjent sin betalingsforpliktelse i orøvrig også erkjent sin betalingsforpliktelse i flere samtaler med Gjersvik.

Både prospektet og joint venture avtalen forutsatte den overføringen av midler til Emerald som fant sted, noe Brekke var klar over. Under enhver omstendighet var han kjent med overføringen da han avga kausjonserklæringen 21. mars 1988, blant annet etter å ha deltatt på styremøter i Porto Rotondo hvor dette var et tema.

Overføringen til Emerald skjedde fordi advokat A, som hadde erfaring med italienske forhold og var bistått av et lokalt advokatfirma, sa den var påkrevet for å få stadfestet tvangsauksjonsbud i Italia. Også Gjersvik var bekymret for sikkerheten og hadde tatt til orde for at en bankgaranti burde være tilstrekkelig. Gjersvik hadde imidlertid ikke noe særskilt ansvar for å passe på at midlene ikke gikk tapt og ingen forutsetninger for å overprøve advokat A' vurderinger, og det er ikke grunnlag for å karakterisere Gjersviks handlemåte som uaktsom.

Det som muliggjorde uttakene fra Emeralds konto, var dessuten at vedtektsbestemmelser som avvek fra de avtalte ble registrert for Emerald, vedtekter som ikke krevde enstemmighet i styret. Heller ikke dette kan Gjersvik lastes for.

Det er uten betydning for Brekkes forpliktelse at pengene var tapt da kontrakausjonserklæringen ble underskrevet av 21. mars 1988. For det første oppsto ikke garantiforpliktelsen for Gjersvik, og kontragarantiansvaret for Brekke, før etter at banken så sent som 2. november 1989 sa opp Porto Rotondos lån. For det andre var Brekke bundet før overføringen til Norhold og deretter til Emerald fant sted, nemlig allerede av aksjonæravtalen av oktober 1987. Det ville dessuten være urimelig om Gjersvik skulle bære et tap som det var forutsatt at aksjonærene eventuelt skulle ta i fellesskap. Det er heller ikke noe grunnlag for å anvende avtaleloven § 33 og § 36.

Det bestrides at Porto Rotondo kan kritiseres for å ha inngått forliket i erstatningssaken mot advokat A. Allerede på et tidlig tidspunkt ble Brekke varslet om rettssaken og invitert til å øve innflytelse, men man hørte aldri fra ham. Da forlikutspillet kom fra advokat A, etpar dager før hovedforhandlingen, var det ikke mulig å involvere Brekke. Dessuten kunne Brekke under ingen omstendighet ha hindret et forlik som Porto Rotondo fant gunstig. Forøvrig må det holdes fast ved at Porto Rotondo er et eget rettssubjekt; selv om Gjersvik på dette tidspunktet var eneksjonær og enestyre i selskapet, kan ikke en eventuell kritikkverdig håndtering av erstatningssaken få konsekvenser for Brekkes forpliktelser overfor Gjersvik personlig.

Bare en del av de fire millioner kronene (forliksbeløpet etter betaling av advokathonoraret) har nedbetalt Gjersviks regresskrav mot Porto Rotondo. Gjersvik har allikevel akseptert at 12/54-deler kan gå til reduksjon av Brekkes kontrakausjonsforpliktelse. Det er under ingen omstendighet grunnlag for ytterligere fradrag, heller ikke for hva tvisten mellom Porto Rotondo og advokat A kan tenkes å ville ha innbragt om rettssaken var fortsatt.

Lagmannsretten bemerker:

Porto Rotondo Holding A/S ble stiftet 25. september 1987, med en aksjekapital på 54000 kroner fordelt på 54 aksjer. Stifterne, Karstein Gjersvik og Tom Stabe, tegnet seg for 27 aksjer hver. Til styre ble valgt de to stifterne og Håkon Brekke. Brekke var trukket med i prosjektet av Gjersvik. På dette tidspunktet var ikke Brekke aksjonær i Porto Rotondo, men det var antakelig meningen at han senere skulle tre inn også som aksjonær.

Da aksjonæravtalen mellom blant andre Gjersvik og Brekke ble inngått 21./23. oktober 1987, hadde Gjersvik garantert for Porto Rotondos forpliktelser overfor ABC-banken, begrenset oppad til 19,2 millioner kroner. Etter punkt 2 i aksjonæravtalen skulle Brekke "i forbindelse med

aksjeoverdragelsen (fra Gjersvik og Stabe, rettens anm.) stille sikkerhet (...) for 12/54 av selskapets forpliktelser overfor ABC-bank, begrenset oppad til et beløp på NOK 6400000".

Brekke betalte for sine 12 aksjer, men avga ingen garantierklæring før den 21. mars 1988, da han underskrev en "selvskyldnerkausjon overfor Karstein Gjersvik" med den maksimering av kausjonsansvaret som fulgte av aksjonæravtalen.

På dette tidspunktet var 17,5 millioner kroner overført fra Porto Rotondo til datterselskapet i Italia, Norhold S.r.l., og deretter til joint venture selskapet Emerald Development S.r.l., og pengene var tapt ved uberettigede uttak fra Emeralds konto, i det alt vesentlige i perioden 5.-11. november 1987.

Etter lagmannsrettens syn innebar aksjonæravtalen en forpliktelse for Brekke til å overta aksjer og stille slik garanti som omtalt i avtalens punkt 2. Avtalens punkt 5, som Brekke har vist til - hvor det bl.a. heter at "aksjer (...) skal overdras til (Brekke) i h.h.t. (avtalens punkt 2) ettersom de aktuelle sikkerheter er stillet" - kan ikke forstås slik at Brekke sto fritt. Punkt 5 fastslår derimot prinsippet om en samtidig utveksling av partenes ytelser og regulerer dessuten stifternes forhold seg imellom hvis Brekke ikke skulle oppfylle sine forpliktelser.

Garantierklæringen av 21. mars 1988 var således en formalisering av den forpliktelsen Brekke påtok seg allerede ved aksjonæravtalen. Riktignok lot aksjonæravtalen det stå åpent om Brekke skulle kausjonere overfor banken eller kontrakausjonere overfor Gjersvik. Brekke har imidlertid ikke gjort denne (mulige) uklarheten i punkt 2 i aksjonæravtalen gjeldende som en innsigelse, men har erkjent at garantierklæringen av 21. mars 1988 ikke adskilte seg negativt fra aksjonæravtalen med hensyn til ansvar og risiko. Brekkes anførsler knyttet til hendelsesforløpet i tiden mellom aksjonæravtalen av oktober 1987 og garantierklæringen av mars 1988 vil dermed være uten relevans for spørsmålet om Brekkes var forpliktet. Til sviksinnsigelsen vil lagmannsretten allikevel bemerke at det ikke er godtgjort at Gjersvik var klar over at Emeralds bankkonto urettmessig var tømt da han fikk Brekkes kausjonsklæring.

Overføringen av midler fra Norhold til Emerald fant sted fordi de italienske interessentene hadde understreket at dette var nødvendig for at Emerald skulle kunne få stadfestet et bud ved tvangsauksjonen i Italia. Denne oppfatningen av italiensk rett ble bekreftet av Porto Rotondos rådgiver, advokat A.

Som én av tre styremedlemmer i Porto Rotondo hadde ikke Gjersvik et særskilt ansvar for at selskapets midler ble forvaltet på en betryggende måte. Overføringen fra Porto Rotondo til Norholds bankkonto i Italia representerte imidlertid ingen særskilt risiko, siden advokat A var enestyre i Norhold. Overføringen videre, fra Norholds til Emeralds bankkonto, skjedde etter instruks fra advokat A og i forståelse med Gjersvik, og den muliggjorde det tapet som oppsto ved uttakene fra Emeralds bankkonto. Gjersvik kan imidlertid ikke påføres et ansvar overfor Brekke fordi han, basert på de rådene som ble gitt av advokat A, la til grunn, for det første, at midlene måtte overføres til Emerald og, for det andre, at den nødvendige sikkerhet var etablert ved vedtektsbestemmelser om enstemmighet i Emeralds styre. At midlene ble overført til Emerald og deretter tapt kan heller ikke sees å representere noen opphørsgrunn for Brekkes forpliktelse basert på bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36.

Brekke har anført at det var uaktsomt å inngå forliket i rettssaken mellom Porto Rotondo og advokat A, idet Porto Rotondo ville ha fått fullt medhold om saken var gått til doms. Dessuten burde Porto Rotondo ha varslet Brekke før forliket ble inngått. Det hevdes videre at Gjersvik, som eneaksjonær og enestyre i selskapet da forliket ble inngått, må pålegges et ansvar for selskapets handlinger og unnlater.

Til disse anførslelene bemerkes innledningsvis at Brekkes kontrakausjon er til sikkerhet for hovedkausjonistens (Gjersviks) regresskrav mot hoveddebitor (Porto Rotondo). En tilføring av midler til Porto Rotondo ville, hvis de ble benyttet til dekning av Gjersviks regresskrav, kunne ha betydning også for omfanget av Brekkes kontrakausjonsansvar. Gjersvik og Brekke hadde således felles interesser i søksmålet mot advokat A.

Det måtte allikevel være opp til Porto Rotondo å avgjøre om tvisten med advokat A skulle forlikes, og det kan ikke sees at Porto Rotondo hadde noen plikt til å konsultere Brekke før

forlikssinngåelsen. Porto Rotondo inviterte allikevel Brekke til, allerede på et tidlig stadium, å engasjere seg i tvisten, noe han imidlertid unnlot. Lagmannsretten kan da ikke se at Porto Rotondo under noen omstendighet kan bebreides fordi Brekke ikke ble varslet om forlikssforhandlingene, som fant sted kort før hovedforhandlingen og på initiativ fra den annen part.

Lagmannsretten legger til at Brekke heller ikke kunne ha hindret at tvisten ble forlikt og rettssaken hevet ved å opptre som sterk hjelpeintervenient; en avgjørelse i saken mellom Porto Rotondo og advokat A ville ikke være rettslig bindende for Brekke, og fullbyrdelsen ville ikke medføre noe umiddelbart rettsinngrep, jfr. tvistemålsloven § 79.

Brekkes øvrige anførsler om uaktsomhet ved forlikssinngåelsen har, så vidt lagmannsretten forstår, to sider: For det første hevdes det at Gjersvik hadde en aktsomhetsplikt overfor Brekke ved inndrivelsen av Porto Rotondos erstatningskrav mot advokat A, og at hans uaktsomme opptreden bør få direkte konsekvenser for selve kontrakausjonsforpliktelsen. For det andre anføres det at Gjersviks uaktsomhet er erstatningsbetingende (eventuelt etter aksjeloven § 15-1), slik at det oppstår et motkrav på Brekkes hånd som gir grunnlag for motregning.

Lagmannsretten finner det tilstrekkelig å konstatere at Gjersvik måtte ha et vidt spillerom for skjønn i sin opptreden på vegne av Porto Rotondo. Det må i den forbindelse også kunne tas et visst hensyn til at Brekke var invitert til å øve innflytelse i rettssaken, men forholdt seg passiv. Lagmannsretten forstår det slik at forliket ble anbefalt av Porto Rotondos prosessfullmektig. Det er ingen omstendigheter som tilsier at Gjersvik kan kritiseres for ikke å ha overprøvet denne vurderingen fra prosessfullmektigens side, slik at det endog skulle kunne karakteriseres som uaktsomt at han unnlot dette.

Gjersvik har akseptert at det beløpet som innkam til Porto Rotondo fra advokat A' forsikringsselskap, etter fradrag av salæret til Porto Rotondos advokat, kan anses som en delinnfrielse av hans regresskrav og av kravet etter kontrakausjonen. Partene er enige om at konsekvensen av delbetalingen er at det maksimerte kontrakausjonsansvaret reduseres med 12/54 deler av fire millioner kroner.

Brekke har imidlertid anført at man må se bort fra salæret på én million kroner for advokatbistanden til Porto Rotondo. Det hevdes ikke å være grunnlag for å holde Brekke ansvarlig for dette salæret.

Lagmannsretten bemerker at det ikke kan sees å være spørsmål om å gjøre Brekke "ansvarlig", men om å konstatere at Porto Rotondo har utbetalt beløpet til tredjemann, slik at det ikke har redusert Gjersviks regresskrav. Det kan forøvrig heller ikke i så henseende sees å være grunnlag for noe uaktsomhetsansvar for Gjersvik.

Det er ikke reist andre innsigelser mot kravet fra Brekkes side, heller ikke mot forrentningen som er kommet til uttrykk i byrettens dom. Fra 1. januar 1994 vil rentesatsen imidlertid være 12 % p.a.

Brekkes anke har vært forgjeves. Etter tvistemålsloven § 180 første ledd bør han erstatte Karstein Gjersviks saksomkostninger. Ifølge omkostningsoppgaven utgjør disse 84800 kroner, hvorav 84000 kroner i salær. Salæret er betraktelig høyere enn for byretten og under enhver omstendighet noe høyt. Lagmannsretten finner allikevel å kunne akseptere oppgaven, hensett bl.a. til at bearbeidelsen av faktiske opplysninger tilkommet etter byrettens behandling med nødvendighet har måttet ta noen tid. Lagmannsretten er enig i byrettens omkostningsavgjørelse og tiltrer begrunnelsen.

Siden det er et par feil i byrettens domsslutning utformes en ny slutning forsåvidt angår punkt 1.

Dommen er enstemmig.

Slutning:

1. Håkon Brekke dømmes til innen to uker fra dommens forkynnelse å betale til Karstein Gjersvik 3407866 - tremillionerfirehundreogsyvtusenåttehundreogsekstiseks - kroner med tillegg av 18 % årlig rente - av 2444400 kroner fra 12. februar 1990 til 2. mars 1992, - av 44400 kroner fra 4. desember 1990 til 2. mars 1992, - av 1807866 kroner fra 10. juni 1991 til 2. mars 1992, - av

3407866 kroner fra 3. mars 1992 til 31. desember 1993, og deretter 12 % årlig rente av 3407866 kroner fra 1. januar 1994 til betaling skjer.

2. Byrettens omkostningsavgjørelse, domsslutningens punkt 2, stadfestes. Håkon Brekke betaler innen to uker fra dommens forkynnelse 84800 - fireogåttitusenåttehundre - kroner i saksomkostninger for lagmannsretten til Karstein Gjersvik.