



AGDER LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 18.02.2015

Saksnr.: 14-046759ASD-ALAG

Dommere:

Lagdommer

Lagdommer

Ekstraordinær lagdommer

Jan Morten Olsen

Erland Henrichsen

Nils Henrik Johansen

Ankende part Babcock Industry & Power GmbH Advokat Ola Haugen

Ankemotpart Trond Morten Hassum Advokat Jan Birger Jansen

Ankemotpart Børre Loe Nordheim-Larsen Advokat Jan Birger Jansen

DOM

Saken gjelder spørsmål om erstatningsansvar for styremedlemmer i aksjeselskap, jf. aksjeloven § 17-1. Spørsmålet er nærmere bestemt om det var erstatningsbetingende uaktsomt å gjøre påkrav under to påkravsgarantier.

Babcock Industry & Power GmbH (heretter også Babcock) ved advokat Ola Haugen reiste ved stevning av 14. desember 2012 søksmål ved Larvik tingrett mot Trond Morten Hassum, Børre Loe Nordheim-Larsen, Egil Solheim, Helge Engum Havskjold, Leif Thore Larsen, Knut Henning Næss, Tor Martin Røed og Espen Eriksen, med krav om erstatning basert på de nevnte personers funksjoner som styremedlem/daglig leder i NLI Alfr. Andersen AS (heretter også NLI). Det ble nedlagt påstand om at samtlige saksøkte - in solidum - skal betale i alt 4.943.687 euro, med tillegg av avsavnsrente på fem prosent og lovens forsinkelsesrente deretter til betaling skjer i tidsrom angitt noe forskjellig for de saksøkte, og at samtlige saksøkte - in solidum - skal erstatte sakens kostnader.

De saksøkte ved advokat Jon Christian Thaulow redegjorde i tilsvar av 12. februar 2013 for sitt syn på saken. Det ble nedlagt påstand om frifinnelse og om erstatning av sakens kostnader.

Partene er enig om at den beskrivelsen som tingretten har gjort av sakens bakgrunn er korrekt. Det er derfor hensiktsmessig å hitsette denne beskrivelsen:

"Babcock Industry & Power GmbH ("Babcock") har fremmet erstatningskrav mot tidligere styremedlemmer og daglige ledere i NLI Alfr. Andersen AS ("NLI"). Bakgrunnen for kravet er at NLI fikk utbetalt to påkravsgarantier som var stilt som sikkerhet for Babcocks kontraktsforpliktelser; de såkalte Euler Hermes- og Zürich-garantiene.

Den 18. desember 2009 og 19. januar 2010 fremsatte NLI påkrav – og senere mottok utbetaling – under de to påkravsgarantiene som Babcock hadde stilt overfor NLI. Ved dette ble NLI tilført henholdsvis EUR 1.543.687 og EUR 3.400.000, totalt ca NOK 40 millioner. NLI meldte senere oppbud, og pengene er tapt for Babcock. Babcock krever nå erstatning fra styremedlemmer og daglig leder i NLI tilsvarende garantibeløpene.

Sakens bakgrunn er knyttet til Babcock og NLIs kontrakt av 5. november 2008 om prefabrikasjon og installasjon av rør til det såkalte SMIL-prosjektet på Statoils oljeraffineri på Mongstad ("Underkontrakten"). I prosjektet fungerte Babcock som underentreprenør i en totalentreprise NLI utførte for StatoilHydro ASA ("Statoil"). SMIL er en forkortelse for «Statoil Environmental Investments». NLI hadde et betydelig kontraktsansvar overfor Statoil, og Babcock utførte store deler av NLIs arbeider under Underkontrakten i løpet av 2009. NLI hevet kontrakten med Babcock 13. januar 2010.

I hevingsoppgjøret fremsatte begge parter en rekke krav og motkrav, som tilslutt ble avgjort i en voldgiftsdom 16. januar 2012. Med fradrag for motregning av tilkjente krav og motkrav, konkluderte voldgiftsretten med at NLI skyldte Babcock ca EUR 12 000 000 med tillegg av forsinkelsesrenter. Som en konsekvens måtte NLI tilbakebetale beløpene utbetalt under påkravsgarantiene. Ca to måneder etter dommen var avsagt, ble det klart at NLI ikke var i stand til å innfri selskapets forpliktetser og NLI ble tatt under konkursbehandling.

Saken reiser to hovedspørsmål. For det første om trekket på Euler Hermes-garantien representerte et ansvarsbetingende forhold fordi styret ikke med rimelighet kan ha lagt til grunn at NLI hadde et forfalt krav mot Babcock som var sikret under garantien da trekket ble foretatt, jf. aksjeloven § 17-1. For det andre om trekket på både Euler Hermes- og Zürich-garantien må anses ansvarsbetingende fordi styret ikke aktsomt kan ha lagt til grunn at NLI hadde krav mot Babcock, jf. aksjeloven § 17-1.

Det nevnes innledningsvis at Babcock under prosedyren for retten frafalt kravet mot de to ansattrepresentantene i styret, Leif Thore Larsen og Knut Henning Næss, samt den ene daglig lederen, Espen Eriksen."

Larvik tingrett avsa dom og kjennelse 12. desember 2013 med slik slutning:

1. Trond Morten Hassum, Børre Loe Norheim-Larsen, Egil Solheim, Helge Engum Havskjold og Tor Martin Røed frifinnes.
2. Saken heves for Leif Thore Larsen, Knut Henning Næss og Espen Eriksen.
3. Babcock Industry & Power GmbH pålegges å betale Trond Morten Hassum, Børre Loe Norheim-Larsen, Egil Solheim, Helge Engum Havskjold, Tor Martin Røed, Leif Thore Larsen, Knut Henning Næss og Espen Eriksen sakskostnader med 2 638 924,14 kroner – tomillionerseksundreogtrettiåttetusennihundreogtjuefire14/100 - kroner innen 2 - to - uker fra dommens forkynnelse."

Når det gjelder partenes anførsler for tingretten og tingrettens begrunnelse, vises til tingrettens dom.

Trond Morten Hassum, Børre Loe Norheim-Larsen, Egil Solheim, Helge Engum Havskjold og Tor Martin Røed ble frifunnet ved tingrettens dom, fordi ingen av dem hadde opptrådt ansvarsbetingende. Saken ble hevet ved tingrettens kjennelse for Leif Thore Larsen, Knut Henning Næss og Espen Eriksen, fordi saksøkeren under hovedforhandlingen hadde frafalt søksmålet mot dem. Sakskostnader ble tilkjent samtlige åtte saksøkte fra saksøker Babcock Industry & Power GmbH. Kravet om ansvar for sakskostnader for selskapets stedfortreder Jürgen Schneider ble ikke behandlet av tingretten fordi prosesskrivet hvor Schneider ble trukket inn som medansvarlig for sakskostnadene ikke ble forkynt for Schneider.

Babcock Industry & Power GmbH har 13. januar 2014 anket over tingrettens dom mot Trond Morten Hassum, Børre Loe Norheim-Larsen, Egil Solheim, Helge Engum Havskjold, Leif Thore Larsen, Knut Henning Næss, Tor Martin Røed og Espen Eriksen. Anken mot Trond Morten Hassum og Børre Loe Norheim-Larsen gjelder dommen i sin helhet, og retter seg mot både bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Anken mot de øvrige gjelder avgjørelsen om sakskostnader, og retter seg mot saksbehandlingen. Det ble nedlagt påstand om at Trond Morten Hassum og Børre Loe Norheim-Larsen - in solidum - skal betale i alt 4.943.687 euro, med tillegg av avsavnsrente på fem prosent og lovens forsinkelsesrente deretter til betaling skjer, og erstatte sakens kostnader i begge instanser, samt at tingrettens sakskostnadsavgjørelse oppheves.

Trond Morten Hassum, Børre Loe Nordheim-Larsen, Egil Solheim, Helge Engum Havskjold, Leif Thore Larsen, Knut Henning Næss, Tor Martin Røed og Espen Eriksen redegjorde i tilsvar 5. mars 2014 for sitt syn på anken. Det ble nedlagt påstand om at anken forkastes, og om erstatning av sakskostnader i begge instanser og med solidaransvar for stedfortreder Hartmut Grub for sakskostnader for lagmannsretten, samt at tingrettens sakskostnadsavgjørelse oppheves og at sakskostnader for tingretten i stedet tilkjennes med oppgitte beløp til hver enkelt av partene.

I den særskilte anken over sakskostnadsavgjørelsen avsa Agder lagmannsrett kjennelse 3. oktober 2014 med slik slutning:

- "1. Tingrettens avgjørelse av sakskostnadene i slutningen punkt 3, mellom saksøkeren Babcock Industry & Power GmbH og de seks saksøkte Leif Thore Larsen, Knut Henning Næss og Espen Eriksen samt Egil Solheim, Helge Engum Havskjold og Tor Martin Røed, oppheves.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for lagmannsretten."

Lagmannsretten la til grunn at anken over tingrettens avgjørelse av sakskostnadene mot de to ankemotpartene som dommen i sin helhet ble anket mot – Trond Morten Hassum og Børre Loe Norheim-Larsen – var subsidiær, og ble stilt i bero inntil avgjørelsen av anken i hovedsaken foreligger, jf. Schei mfl.: Tvisteloven kommentarutgave 2. utgave bind I side 747 og 751.

Etter dette avsa Larvik tingrett 9. januar 2015 ny kjennelse vedrørende sakskostnadene med slik slutning:

"Babcock Industry & Power GmbH dømmes til å betale Egil Solheim, Helge Engum Havskjold, Tor Martin Røed, Leif Thore Larsen, Knut Henning Næss og Espen Eriksen sakskostnader for tingretten med 329 865,52 -trehundreogtjuenitusenåttehundreogsekstifem 52/00 – kroner til hver."

Ankeforhandling ble holdt i tinghuset i Skien 26. – 30. januar 2015. For ankende part møtte prosessfullmektigen og to rettslige medhjelpere. Daglig leder, Hartmut Grub, møtte på ankeforhandlingens dag tre og avga forklaring. Trond Morten Hassum og Børre Loe Nordheim-Larsen møtte med sin prosessfullmektig og en rettslig medhjelper og avga forklaringer. Det ble mottatt forklaring fra fire vitner og foretatt slik dokumentasjon som rettsboken viser.

Babcock Industry & Power GmbH har lagt ned slik påstand:

- "1. Trond Morten Hassum og Børre Loe Norheim-Larsen dømmes in solidum til å betale til Babcock Industry & Power GmbH EUR 4.943.687.
2. Trond Morten Hassum og Børre Loe Norheim-Larsen dømmes in solidum til å betale til Babcock Industry & Power GmbH 5 % avsavnsrente av EUR 1.543.687 fra 15. januar 2010 til 20. mai 2012.
3. Trond Morten Hassum og Børre Loe Norheim-Larsen dømmes in solidum til å betale til Babcock Industry & Power GmbH 5 % avsavnsrente av EUR 3.400.000 fra 15. august 2010 til 20. mai 2012.
4. Trond Morten Hassum og Børre Loe Norheim-Larsen dømmes in solidum til å betale til Babcock Industry & Power GmbH lovens forsinkelsesrente av EUR 4.943.687 fra 20. mai 2012 og frem til betaling skjer.
5. Trond Morten Hassum og Børre Loe Norheim-Larsen dømmes in solidum til å betale til Babcock Industry & Power GmbH sakens kostnader for tingrett og lagmannsrett."

Babcock Industry & Power GmbH har i hovedtrekk gjort gjeldende følgende påstandsgrunnlag:

Erstatningsansvaret etter aksjeloven § 17-1 er ikke subsidiært i forhold til selskapets krav, NLI og ankemotpartene er derfor solidarisk ansvarlig for det tap Babcock har lidt som følge av garantitrekke. Ansvarsgrunnlaget består av to komponenter; om det foreligger objektivt pliktbrudd og om ankemotpartene kan klandres for overtredelsen.

For at NLI hadde rett til påkrav under garantiene overfor Babcock, måtte Babcock ha et betalingskrav mot Babcock som var forfalt og som var omfattet av garantiene.

Ankemotpartene krevde utbetaling under påkravsgarantiene uten at NLI hadde et forfalt krav mot Babcock som var sikret under garantiene. Euler Hermes-garantien ga sikkerhet for en forskuddsbetaling for rigg og drift som NLI hadde mottatt på tidspunktet for det første påkravet. Zürich-garantien ga sikkerhet for misligholdskrav NLI måtte ha mot Babcock. På påkravstidspunktet var det imidlertid NLI som skyldte Babcock penger, ikke

omvendt. Det foreligger et ubegrunnet påkrav dersom NLI ikke hadde et krav mot Babcock som var omfattet av garantien.

Trekket på Euler Hermes-garantien representerer et ansvarsbetingende forhold for ankemotpartene fordi de med rimelighet ikke kan ha lagt til grunn at NLI hadde et krav som var sikret under garantien da trekket ble foretatt, jf. aksjeloven § 17-1.

Euler Hermes-garantien skulle sikre forskuddsbetaling for rigg og drift fra NLI til Babcock på 1.543.687 euro. Dette forskuddet var for lengst brukt opp da NLI ved ankemotpartene den 30. juni 2009 første gang trakk på garantien. Den etterfølgende forlengelsen og endringen av ordlyden innebar ikke at garantien endret karakter fra å være sikkerhet for forskuddsbetalingen.

Endringen var dessuten et resultat av at NLI fremsatte trusler om urettmessige sanksjoner mot Babcock, og er av den grunn ugyldig, jf. avtaleloven §§ 29 og 33.

Også trekket på Zürich-garantien må anses ansvarsbetingende fordi ankemotpartene ikke aktsomt kan ha lagt til grunn at NLI hadde noe krav på Babcock, jf. aksjeloven § 17-1. Heller ikke her foretok ankemotpartene noen vurdering av partenes totale mellomværende før garantitrekket. Hadde dette vært gjort, ville ankemotpartene ikke med rimelighet kunnet komme til at NLI hadde et krav mot Babcock tilsvarende garantiens pålydende.

Voldgiftsdommen viser at NLI skyldte Babcock 54 millioner kroner da Euler Hermes-garantien ble påkalt og kr. 66 millioner kroner da Zürich-garantien ble påkalt. Det ble heller ikke fremsatt noe krav mot Babcock, NLI gjorde bare påkrav mot garantistene.

Det ble aldri avtalt mellom NLI og Babcock at Babcock skulle være ansvarlig for en form for konvensjonalbot på 1.543.687 euro dersom ett av alternative vilkårene i den reviderte garantiteksten ikke ble oppfylt. Selv med et slikt krav i behold, kunne ankemotpartene ikke med rimelighet legge til grunn at NLI hadde et netto tilgodehavende hos Babcock.

Forføyningssaken gjaldt rettsforholdet mellom NLI og Zürich, ikke rettsforholdet mellom NLI og Babcock. I det sistnevnte forholdet kreves det at det foreligger et forfalt krav som er dekket under garantien før påkrav kan gjøres overfor garantisten.

Som følge av garantitrekke ble Babcock påført et tap tilsvarende garantiens samlede pålydende. Dersom ankemotpartene hadde foretatt en aktsom vurdering av NLIs kravsposisjon, ville de ha innsett at det ikke var grunnlag for å trekke på garantiene, og tapet ville ha vært unngått.

Det er beregnet 5 % avsavnsrenter fra utbetalingstidspunktet for garantiene til 30 dager etter påkrav og deretter forsinkelsesrenter.

Det bestrides at Babcock skal ha misligholdt sin tapsbegrensningsplikt ved ikke å akseptere NLI's tilbud om betaling av en mindre del av kravet som fullt og endelig oppgjør. Videre bestrides at det er grunnlag for lempning av erstatningsansvaret. Det skal heller ikke gjøres fradrag for det beløp NLI ble tilkjent i voldgiftssaken.

Trond Morten Hassum og Børre Loe Nordheim-Larsen har lagt ned slik påstand:

- "1. Anken forkastes.
2. Babcock Industry & Power GmbH dømmes til å betale Trond Morten Hassum og Børre Loe Nordheim-Larsen sakskostnader for tingretten.
3. Babcock Industry & Power GmbH og Hartmut Grub dømmes in solidum til å betale Trond Morten Hassum og Børre Loe Nordheim-Larsen sakskostnader for lagmannsretten."

Trond Morten Hassum og Børre Loe Nordheim-Larsen har i hovedtrekk gjort gjeldende følgende påstandsgrunnlag:

Ankemotpartene er enig i tingrettens dom, både i dens begrunnelse og resultat.

For å påvise uaktsomhet må det som et grunnvilkår påvises at den ansvarlige objektivt sett har handlet rettsstridig, og at vedkommende subjektivt er å bebreide i tilstrekkelig grad. Retten skal ikke overprøve ankemotpartenes forretningsmessige skjønn, ansvar for uaktsomhet er kun aktuelt der beslutningens innhold er klart uforsvarlig eller der beslutningsgrunnlaget eller beslutningsprosessen har vært klart klanderverdig. I dette tilfellet var det en forsvarlig organisering av prosjektet og en forsvarlig vurdering ved trekkene på garantiene.

NLI's trekk på garantiene er bare utøvelse av selskapets kontraktsfestede rettigheter. Det ligger ingen uaktsomhet i det å fatte og gjennomføre en slik beslutning. En påkravgaranti utgjør avtalepartenes risikoregulering, og Babcock var klar over at garantiene kunne trekkes. Problemet for Babcock var at selskapet hele tiden var på etterskudd likviditetsmessig.

I lagmannsrettens avgjørelse i forføyningssaken var Babcock og NLI parter. Ved at lagmannsretten avgjorde at påkravet på Zürich-garantien ikke var uberettiget er også ansvarsspørsmålet i forhold til NLI avgjort.

Både ut fra garantiens ordlyd og funksjon bestrides det at det må foreligge et forfalt krav som dekkes av garantien før påkrav kan gjøres gjeldende ved en påkravgaranti.

NLI hadde på handlingstidspunktet et betydelig kontraktsansvar overfor Statoil, og risikerte sanksjoner og eventuelt heving av Statoil-kontrakten. NLI kom i en svært vanskelig situasjon fordi Babcock tidlig unnlot å opplyse om egen insolvens og restrukturering, og på grunn av Babcocks manglende og forsinkede leveranser. Styret gjorde det som var nødvendig for å ferdigstille SMIL-prosjektet, bl.a. ved å benytte ordningen med påkravsgarantier.

Euler Hermes-garantien var brukt opp da garantien ble forlenget første gang i juni 2009, men prosjektet var ikke tilført tilsvarende verdier. Det manglet dokumentasjon, og installerte rør har ingen verdi uten dokumentasjon. Det er dermed klart at partenes intensjon med å forlenge garantien ikke var å sikre NLI forskuddsbetaling. Da garantien ble reforhandlet for annen gang, ble det avtalt at garantien kunne kreves utbetalt dersom Babcock var i brudd med ett av fire alternative vilkår, noe som skulle sikre den videre fremdrift i prosjektet.

Det bestrides at vilkårene i den reforhandlede Euler Hermes-garantien kan settes til side som urimelig eller at de er ugyldige av andre grunner. Avtalen er inngått mellom profesjonelle parter, og Babcock burde reservert seg dersom de ikke sto inne for de avtalte vilkårene.

NLI hadde god grunn til å kreve ytterligere garantiforpliktelser fra Babcock på bakgrunn av at arbeidene var vesentlig forsinket og mangelfulle. Da garantiene endelig ble stilt, var deres pålydende lavere enn avtalt. NLI hadde derfor god grunn til å kreve sikkerhet som motytelse for å gi Babcock en "ny sjanse" til å gjennomføre kontrakten.

Styret rådførte seg fortløpende med selskapets advokat Olav Bergsaker, og påkallelsen av Zürich-garantien ble prøvd av Agder lagmannsrett før garantibeløpet ble utbetalt. Lagmannsretten fant Babcocks innsigelser mot garantipåkallelsen grunnløse, og det er desto mindre grunn til å anse garantipåkallelsen som personlig erstatningsbetingende for styremedlemmene.

Når det gjelder voldgiftsdommen fra 2011 må styremedlemmenes opptreden vurderes på grunnlag av hva de visste eller burde visst på tidspunktet da de aktuelle handlingene fant sted, og ikke i etterpåkløkskapens lys.

Kravet om økonomisk tap er ikke oppfylt i den utstrekning Babcock gjør gjeldende. I sluttoppgjør var utbetalingene under garantien en del av oppgjøret. NLI ble tilkjent flere krav mot Babcock i voldgiftssaken, og gjennom motregning har Babcock fått oppgjør med et beløp som utgjør en vesentlig del av garantiutbetalingen.

Dersom kravet helt eller delvis fører frem, gjøres det gjeldende at ansvaret må lempes etter skadeserstatningsloven § 5-2, blant annet ut fra den lave skyldgraden, at forsikringsdekning er avslått samt det særdeles tyngende ansvaret.

Endelig anføres det at stedfortreder, Hartmut Grub, må gjøres ansvarlig for sakskostnadene for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-7.

Lagmannsrettens vurdering:

Etter aksjeloven § 17-1 kan blant annet styremedlem i et aksjeselskap holdes ansvarlig for skade styremedlemmet forsettlig eller uaktsomt har voldt for eksempel en medkontrahent. Bestemmelsen er en spesialanvendelse av den alminnelige erstatningsrettslige skyldregel, jf. Aarbakke m.fl., Aksjeloven kommentarutgave 3. utgave side 904. Ved siden av at tapet må være voldt forsettlig eller uaktsomt, er ansvar betinget av at det foreligger årsakssammenheng mellom dette forhold og skaden. Det er tale om et individuelt ansvar, slik at ansvarsgrunnlag må påvises i forhold til det enkelte medlem.

Om ansvaret overfor aksjeeier, kreditor og andre heter det hos Aarbakke på sidene 916-917:

"I forhold til kreditorer og andre medkontrahenter vil det grunnleggende ansvarsspørsmål være om det er selskapet eller den som handlet, som skal bli ansvarlig for kontrakten, herunder ansvar for kontraktsbrudd. Utgangspunktet er at det er selskapet, og ikke de som har representert selskapet i kontraktsforholdet, som hefter for selskapets kontraktsforpliktelser, jf. note 2 til innledningen til dette kapitlet. Skal de som har representert selskapet, holdes personlig ansvarlig, må det foreligge et særlig ansvarsgrunnlag for disse.

.....

Generelt er det en forutsetning for at den som har handlet på selskapets vegne, skal gå fri, og for at selskapet skal bli ansvarlig, at vedkommende har handlet i selskapets navn, jf. Rt. 1976 s. 117, Rt. 1980 s. 1109.

.....

Selv om de nevnte forutsetninger for å unngå ansvar er oppfylt, kan den som har handlet, pådra seg ansvar overfor medkontrahenten med grunnlag i § 17-1 eller alminnelige erstatningsregler om ansvar for forsettlig eller uaktsom skadeforvoldelse (skyldansvar).

.....

Representantens ansvar er et selvstendig ansvar som har grunnlag i skyldansvaret etter § 17-1 første ledd, eventuelt det alminnelige ulovfestede skyldansvaret. Det betyr blant annet at erstatningsberegningen kan bli forskjellig, se nedenfor om dommen i Rt. 1998 s. 276."

I nærværende sak er ansvarsgrunnlaget som gjøres gjeldende at de to ankemotpartene, Trond Morten Hassum i egenskap av styreleder og Børre Loe Nordheim-Larsen som styremedlem, påkalte de to garantiene og at dette var erstatningsbetingende uaktsomt. Det

er opplyst at Hassum også var medlem av en egen styringsgruppe for dette prosjektet og deltok i beslutningen om påkrav på garantiene. Børre Loe Nordheim-Larsen har forklart at han ikke deltok i disse beslutningene, men at han er enig i de beslutninger som ble tatt.

Begge garantiene i nærværende sak er påkravsgarantier, eller demandgarantier, som de også ofte benevnes. Dette utgangspunkt er også partene enige om, men det er dyp uenighet om hva som skal til, i forholdet mellom kreditor (NLI) og hoveddebitor (Babcock) for å påkalle denne type garantier. Det er derfor hensiktsmessig at lagmannsretten først på generelt grunnlag redegjør for sitt syn på dette spørsmålet.

Det fremgår av Vinje, Tolking av garantier i forretningsforhold, side 172 at denne type garantier er en relativt ny garantiform, som først fikk sitt praktiske gjennombrudd etter oljekrisen i 1973. Om dette heter det:

"De store oljeinntektene som landene i Midtøsten og andre oljeproduiserende nasjoner i den tredje verden fikk i denne perioden, ble i stort omfang benyttet til en massiv utvikling av infrastrukturen i disse landene. Det ble i den sammenheng inngått en rekke kjøps- og entreprisekontrakter med vestlige selskaper. Den plutselige rikdommen medførte at bestillerne ofte var ukritisk i valg av medkontrahenter, noe som medførte at mange av kontraktene ble misligholdt. Samtidig oppdaget bestillerne at det ofte var vanskelig å nå frem med krav under de bankgarantier som hadde blitt stilt for kontraktsforpliktelsene. Dette resulterte etter hvert i krav fra bestillernes side om at leverandørene skulle fremskaffe bankgarantier som kunne påkalles ved ganske enkelt å kreve utbetaling. På grunn av hard konkurranse ble leverandørene tvunget til å godta disse nye vilkårene. Etter dette har demandgarantier fått stor utbredelse i det internasjonale forretningsliv."

Om forskjellen mellom påkravsgaranti og selvskyldnergaranti påpeker Høyesterett i Rt-2012-1267 følgende i avsnitt 36-38:

"En påkravsgaranti har en faktisk tilknytning til hovedfordringen, men er ellers uavhengig av den. Normalt er det ikke et vilkår for å gjøre garantien gjeldende at den tilgodesette påviser mislighold hos hoveddebitor – garantien forfaller ved påkrav. Garantisten kan da ikke fremsette innsigelser fra det underliggende forholdet. Dette må eventuelt skje ved et senere søksmål om tilbakebetaling av hele eller deler av garantibeløpet. Likviditets- og søksmålsrisikoen påhviler følgelig garantisten.

En selvskyldnergaranti er en aksessorisk garanti og dermed knyttet til hovedfordringen. Den utløses ved mislighold i hovedforholdet. Den tilgodesette må gjøre krav gjeldende mot debitor og godtgjøre mislighold før han kan rette krav mot garantisten. Og når krav gjøres gjeldende etter garantien, kan garantisten fremsette alle innsigelser som hoveddebitor kan fremsette – dette må ikke skje i et etterfølgende søksmål.

Det kan også forekomme mellomformer hvor graden av uavhengighet mellom garantien og hovedfordringen kan variere. Hver garanti må derfor vurderes etter sitt innhold".

Om påkravsgarantier heter det følgende hos Vinje, sidene 3 og 4:

"Garantien vil i de fleste tilfeller være et *aksessorium* til det underliggende kravforhold. Det vil si at garantisten bara kan kreves i den utstrekning også hoveddebitor er forpliktet. Det er imidlertid intet begrepskjennetegn ved garantier at garantiansvaret er aksessorisk i forhold til hovedforpliktelsen. I kommersielle forhold benyttes ofte såkalte *demandgarantier* der kreditor kan kreve utbetaling under garantien uten å måtte påvise at han har noe krav mot hoveddebitor. Det er demandgarantistens regressrett mot hoveddebitor som gjør at denne forpliktelsestypen fortsatt kan betegnes som en garanti rettslig sett. Garantisten har regressrett mot hoveddebitor, og hoveddebitor har i sin tur regressrett mot garantikreditor dersom det skulle vise seg at garantistens utbetaling, vurdert utifra hovedforholdet, ikke var korrekt. Dermed er det likevel en sammenheng mellom hovedfordringen og garantien, selv om garantistens ansvar ikke er aksessorisk."

Om påkravsgarantiens særpreg og bruksområder heter det videre på side 171:

"At garantien er uavhengig av hovedfordringen, betyr at kreditor i utgangspunktet kan kreve betaling av garantisten, selv om kreditor ikke skulle ha noe krav mot hoveddebitor. Garantiansvaret utløses her ganske enkelt av kreditors krav mot garantisten. I praksis benyttes derfor uttrykket *demandgaranti* eller *first demandgaranti*. Som jeg skal komme tilbake til nedenfor, vil kreditor, etter norsk rett, antagelig være uberettiget til å kreve utbetaling fra garantisten i tilfeller der det er klart at kreditor ikke har noe krav mot hoveddebitor."

Om forskjellen mellom påkravsgaranti og selvskyldnergaranti fremheves følgende hos Vinje, sidene 173 – 175:

"Sammenlignet med en alminnelig selvskyldnergaranti er demandgarantien særlig fordelaktig for kreditor og garantisten, mens hoveddebitor blir dårligere stilt. For *kreditor* er demandgarantien gunstig fordi han slipper å bruke ressurser på å dokumentere kravets eksistens og omfang overfor garantisten. Prosessbyrden forflyttes derved over på hoveddebitor.

Garantistens fordel ved bruk av demandgarantier ligger i at han løper liten risiko for feilaktig utbetaling under garantien, slik at han taper sitt regresskrav mot hoveddebitor.

.....

Det blir således *hoveddebitor* som sitter igjen med svarteper. Hoveddebitors rettsstilling etter en demandgaranti har, noe slagordsmessig, blitt angitt med uttrykket "*pay first and argue later*". Teoretisk skal det ikke ha betydning at hoveddebitor må betale som han etter det underliggende forhold ikke var ansvarlig for, ettersom han da får regressrett mot kreditor. I praksis er det imidlertid ikke alltid like lett å få innkrevet et slikt regresskrav. Kreditor kan befinne seg i en jurisdiksjon der inndrivelse av kravet er vanskelig eller umulig, eller kreditorselskapet kan være tømt for penger. Noen har stilt spørsmålet om demandgarantien rettslig sett overhodet kan kategoriseres som en garantiavtale, siden garantiansvaret er løsrevet fra hovedfordringen. Det må langt på vei være et systematisk spørsmål uten materiell betydning hvorvidt demandgarantien skal anses som en helt særegen kontraktstype, eller om man velger å

behandle den sammen med øvrige garantiformer. Ettersom utbetalingsplikten under en demandgaranti antagelig vil opphøre i tilfeller der det er klart at kravet – vurdert utifra det underliggende forhold – er ubegrunnet, og at det i alle tilfeller vil foreligge et regresskrav mot kreditor der han har fått uberettiget utbetaling, foreligger det likevel en viss tilknytning til hovedfordringen. Derfor synes jeg det er mest naturlig å behandle denne avtaletypen i en garantirettslig ramme."

Endelig heter det på sidene 177 – 178 og 181 om skranker for garantistens plikt til å utbetale under en demandgaranti:

"Selv om plikten til utbetaling under en demandgaranti i prinsippet er løsrevet fra hoveddebitors forpliktelse, synes det klart at det må oppstilles skranker for utbetalingsplikten der kreditor fremmer et krav som er klart ubegrunnet i henhold til hovedavtalen. Det ville være svært urimelig om kreditor skulle tillates å inndrive et beløp som det åpenbart ikke er materielt grunnlag for.

.....

Unntaket for klart uberettigede krav kan også oppstilles *ad tolkningsvei*. Selv om det i garantierklæringen ikke er gjort unntak for ubegrunnede krav, er det i hvert fall klart at unntak for klart ubegrunnede krav ikke ville være i strid med demandgarantiens formål. Poenget med en demandgaranti er jo at garantisten skal betale først, og at partene deretter skal strides om hvorvidt kravet var begrunnet (*pay first and argue later*). Det er imidlertid ingen rasjonell grunn til å utbetale der det er klart at det ikke foreligger noe krav mot hoveddebitor, slik at utfallet av den senere konflikt er åpenbart."

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at det karakteristiske ved en påkravsgaranti, til forskjell fra en selskyldnergaranti, er at garantistens betalingsforpliktelse er uavhengig av det underliggende kontraktsforhold som skal sikres. Hovedformålet ved denne type garantier er å sikre likviditeten i f.eks. større entrepriser, hvor fremdriften kan være kritisk. I en situasjon hvor leverandørens ytelse uteblir, gis oppdragsgiveren en mulighet for å trekke på garantien for å finansiere fullføringen av prosjektet. Garantien fordeler risikoen mellom partene ved en tvist ved at likviditetsbelastningen legges på leverandøren i påvente av et sluttoppgjør i minnelighet eller ved rettergang. Dette syn samsvarer med det som kom til uttrykk i Agder lagmannsretts kjennelse av 22. juli 2010 i sak om midlertidig forføyning mellom partene, slik det er redegjort for nedenfor.

Lagmannsretten vurderer først påkravet på Zürich-garantien. Denne garantien dekket inntil 3.400.000 euro og var en garanti som sto uendret gjennom kontraktsperioden. Garantiteksten hadde "Performance Guarantee No. 704.003.360.374" som overskrift. Når det gjelder hva som skulle til for å påkalle garantien het det følgende:

"On behalf of the Principal, we undersigned hereby irrevocably undertake to pay to the Beneficiary any amount up to the Aggregate Maximum Amount upon his first demand in writing, waiving all rights of objections and defence arising from the Principal, provided that such claim including the above mentioned Documentation is received by us not later than on Expiry Date».

Etter garantiteksten var det Babcock som var Principal mens NLI var Beneficiary.

Videre fremgår det at garantien ble redusert i samsvar med det som fremgår av kontrakten mellom Statoil og NLI ved utstedelse av Completion Certificate.

Denne garantien ble trukket på den 13. januar 2010. Trekket ble begrunnet med at Babcock var i mislighold i sin kontrakt med NLI. Situasjonen på dette tidspunkt var at det over tid var oppstått betydelige problemer med de rørarbeider som Babcock hadde ansvaret for. Statoil hadde blant annet allerede i en epost av 26. juni 2009 påpekt de store forsinkelsene, som på dette tidspunktet ble opplyst å være 6 – 7 uker. I denne eposten sies det at "Contractor's inability to fulfil his contractual obligations is a considerable concern to Company". Det listes opp 12 kulepunkter der man har kommet til kort. På dette tidspunkt besto Babcocks manglende kontraktsleveranse hovedsakelig av følgende forhold:

- Forsinket leveranse på ca. 6-7 uker
- Manglende originaldokumentasjon for sine leveranser
- Underleverandørene mottok ikke betaling
- For lite personell på Mongstad
- Manglende styring og koordinering av eksisterende personell på Mongstad
- Forskjellig utstyr manglet og/eller var ikke tilgjengelig ved behov

Videre fremgår det av eposten at "Company is deeply concerned about the current situation and expects that Contractor will immediately implement measures to improve the progress and meet the dates in the recovery plan, presented in meeting 25.05.2209". Det sies også at "If Contractor can not demonstrate immediate improvement Company will consider further measures."

Statoil foretok en finansiell verifisering av NLI og Babcock 14. juli 2009. Om NLI het det i denne vurderingen:

"The SMIL contract is a major contract for NLI, and their limited experience in the execution of projects this size has probably contributed to the current situation.

However, in our meeting, the NLI top management made a good impression, and is considered both willing and able to take measures towards completing the contract.

NLI Holding AS, the parent company guarantor, represents considerable financial resources".

Tilsvarende vurdering for Babcock lød slik:

"However, Krebs seemed reluctant to give us the information and the documentation we had requested before and during the meeting. Only after making it very clear what is the stake, he showed some willingness.

This reluctance together with the signals from the project of poor performance, major outstanding amounts and the obviously lacking cooperation between BIP [Babcock] and NLI, is, as I see it, reason for us to question BIP's ability to perform in the SMIL project.

.....

«Based on the information received from BIP and the meeting with management we have reason to question Babcock Industry & Power's ability to perform according to the SMIL contract".

Utover høsten vedvarte denne bekymringen fra Statoil. I en epost 21. september 2009 til NLI fremgår det innledningsvis at "Company registers with deep concern Contractor's piping performance". Det ble i eposten nærmere redegjort for hva problemene besto i. En del av problemene var Babcocks manglende levering av dokumentasjon, slik det blant fremgår av NLI's epost av 21. september 2009 til Babcock.

Advokat Olav Bergsaker, som fra juni 2009 hadde vært engasjert av NLI i forbindelse med oppfølgingen av Babcock, oppsummerte problemene i et notat til NLI den 20. november 2009. Blant annet fremgår følgende:

- "1. Kontraktsforholdet med Babcock særtegnes av noen spesielle forhold
- det foreligger en betydelig forsinkelse, der partene er sterkt uenige om hvem som er ansvarlig for denne
 - det fremmes nå en rekke krav, hvorav en del antas i utgangspunktet berettigede, men der kravenes omfang framstår kraftig oppskrudd. Kravsbildet bærer preg av at Babcock bygger opp til et betydelig samlet sluttoppgjørskrav
 - Babcock har ved flere anledninger vist vilje til, i strid med kontrakten, å holde tilbake dokumentasjon som er av stor viktighet for prosjektets øvrige framdrift"

I den senere voldgiftssaken blir NLI tilkjent maksimal dagbotansvar på 10 % av den regulerte kontraktsprisen 21.138.780 euro, dvs. 2.113.878 euro.

Det er opplyst at Babcock utstedte i alt 313 endringsforespørsler, såkalte VOR, som beløpsmessig utgjorde 46 millioner euro. Under saksforberedelsen for voldgiftsretten reduserte Babcock sitt krav med ca. 200 millioner kroner. Dette, sammenholdt med at NLI aksepterte noen av kravene og at voldgiftsretten ga medhold i noen, viser at det alt vesentlige av disse endringsforespørslene var uberettiget.

Babcock gikk til forføyningssak mot NLI med krav om at NLI skulle påbys å trekke påkravet overfor Zürich. Uten at det var holdt muntlig forhandling, og uten at NLI var varslet, avsa tingretten 12. februar 2010 kjennelse som ga Babcock medhold. Etter krav fra NLI ble holdt muntlig forhandling om begjæringen, og tingretten avsa 3. mars 2010

kjennelse hvor den stadfestet sin første avgjørelse. NLI anket til Agder lagmannsrett, som 22. juli 2010 avsa kjennelse hvor NLI ble frifunnet fra kravet om midlertidig forføyning.

Fra kjennelsen hitsettes følgende:

"Det er et vilkår for midlertidig forføyning etter tvisteloven § 34-2 første ledd at både det kravet som begjæres sikret ved forføyningen og sikringsgrunnen etter § 34-1 er sannsynliggjort. «Kravet» er i dette tilfelle at NLI i forhold til Babcock er uberettiget til å gjøre bruk av påkravsgarantien på 3,4 millioner euro stilt av Zurich til fordel for NLI. Lagmannsretten er kommet til at Babcocks krav ikke er sannsynliggjort og vurderer ikke spørsmålet om sikringsgrunn.

.....

Det karakteristiske for en påkravsgaranti til forskjell fra en vanlig bankgaranti er at garantistens betalingsforpliktelse er uavhengig av det underliggende kontraktsforholdet som skal sikres. Hovedformålet med slike garantier er å sikre likviditeten i større entrepriser, hvor fremdriften ofte er kritisk. Garantien fordeler risikoen mellom partene ved en tvist ved at likviditetsbelastningen blir lagt på leverandøren i påvente av et endelig oppgjør ved rettergang eller voldgift, som i dette tilfelle. Oppdragsgiveren gis i en situasjon hvor leverandørens ytelse uteblir, mulighet for å trekke på garantien for å finansiere fullføringen av prosjektet.

.....

Som vilkår for midlertidig sikring er det derfor ikke nok at Babcock eventuelt sannsynliggjør at NLI i det endelige oppgjør mellom partene ikke vil ha krav på garantisummen. Det må sannsynliggjøres at NLI er uberettiget til å kalle på garantien. De materielle vilkårene for at kreditor skal være uberettiget til å kreve dekning fra garantisten, er ikke klart formulert. Med støtte i synspunkter i norsk og utenlandsk teori som det er redegjort for spesielt i ankeerklæringen, legger lagmannsretten til grunn at et krav om utbetaling vil være uberettiget dersom dette må anses som et illojalt misbruk fra kreditors side av den sterke posisjon garantien gir. Dette har også støtte i rettspraksis i tilsvarende saker om midlertidig sikring, se blant annet Agder lagmannsretts kjennelse i LA-2009-36068.

Lagmannsretten oppfatter at Babcock har søkt å tilpasse sin argumentasjon til disse rettslige synspunktene ved å gjøre gjeldende at NLI etter å ha misligholdt sin betalingsforpliktelse og foretatt en ubegrunnet heving av kontrakten, forsøker å tvinge Babcock i kne økonomisk, slik at Babcock, stilt overfor bankens regresskrav etter innfrielse av garantien, ikke vil makte å gjennomføre voldgiftssaken. Lagmannsretten er enig i at en slik adferd ville vært kritikkverdigg og illojal. Det skal imidlertid adskillig til for å underbygge en slik karakteristikk. Lagmannsretten mener dessuten at man som forutsetning for å anse en slik anførsel tilstrekkelig sannsynliggjort som grunnlag for å forby bruk av en påkravsgaranti ved midlertidig forføyning, bør kreve at slutningen om misbruk kan trekkes uten å foreta en svært inngående drøftelse av det materielle rettsforholdet mellom partene i strid med de reelle hensyn som er nevnt innledningsvis.

Etter å ha gjennomgått partenes innlegg, med henvisning til stevning og tilsvarende i voldgiftssaken, konstaterer lagmannsretten at partene på vesentlige punkter gir helt forskjellige fremstillinger av faktiske forhold av vesentlig betydning for spørsmålet

om mislighold. Det er blant annet helt ulike oppfatninger om årsakene til forsinkelser i prosjektet og om grunnlaget for NLI's heving av kontrakten og krav om dagmulkt som følge av forsinkelser. Det er også betydelig uenighet om faktiske og rettslige vilkår for omfattende krav om vederlag for tilleggsarbeider som er fremsatt av Babcock. Hovedproblemstillinger her er å trekke grensen mellom hva som er kontraktsarbeider i henhold til anbudet, og hva som er endringer som berettiger til tilleggsvederlag, herunder hva som følger av det «back to back»-prinsipp det er referert til med henvisning til forholdet mellom NLI og Statoil som byggherre. Lagmannsretten har festet seg ved at NLI etter det som er opplyst har opptrådt i forståelse med Statoil, og at hevingen av kontrakten med Babcock skjedde etter drøftelser med Statoil. Lagmannsretten har, slik saken er opplyst på dette trinnet, ikke grunnlag for karakterisere NLI's krav og anførsler i voldgiftssaken som oppkonstruerte eller klart uholdbare med den virkning at det er uberettiget å påberope påkravsgarantien."

Da påkrav ble gjort under Zürich-garantien, mente NLI at selskapet hadde et betydelig utestående mot Babcock. Det har senere vist seg, blant annet ved voldgiftsdommen, at kravssituasjonen var uoversiktlig og til dels usikker. Basert på det som var situasjonen da påkrav ble gjort var det imidlertid ikke uforsvarlig å legge til grunn at NLI hadde et betydelig tilgodehavende mot Babcock. NLI utarbeidet en egen oversikt over det økonomiske mellomværendet mellom partene. Misligholdskravet var akkumulert siden forsinkelsene oppsto våren 2009, og styret i NLI var av den oppfatning at Babcock skyldte NLI en sum som oversteg garantiene. Styret rådførte seg også med sin advokat, som bekreftet at det antagelig var et betydelig krav.

At NLI i en slik situasjon utøvde sin kontraktsrettslige rett til å påkrevne garantien før denne løp ut kan ikke karakteriseres som uforsvarlig, og langt mindre som erstatningsbetingende uaktsomt for de to ankemotpartene i deres egenskap av styremedlemmer. Som nevnt ovenfor regulerte garantien risikoen mellom partene ved at det ble sikret likviditet i en stor entreprise som dette, hvor fremdriften var kritisk. Det var ikke tale om noe endelig oppgjør, det skulle korrigeres for garantiutbetalingen i sluttoppgjøret mellom partene.

Som påpekt var det tale om to profesjonelle aktører, og begge var vel kjent med hvilken risikofordeling en påkravsgaranti innebar. Babcock var således vel kjent med hvilken likviditetsbelastning man påtok seg ved å stille denne type garanti.

Det er også grunn til å påpeke at utbetalingen under garantien skjedde først etter at lagmannsretten hadde avsagt sin kjennelse 22. juli 2010, en kjennelse som for NLI og de to ankemotpartene må ha fremstått som en bekreftelse på at det var berettiget å gjøre påkrav under Zürich-garantien. Det er heller ikke opplysninger om at det var endringer i partenes vurderinger av kravssituasjonen frem til utbetaling av Zürich-garantien.

Når det gjelder Euler Hermes-garantien, ble den utstedt 13. februar 2009 for et beløp på inntil 1.543.687,50 euro. Hovedteksten i garantien lød slik:

"Guarantee purpose: to secure fulfillment of all Contractor's contractual obligations

Whereas it is condition of the Contract that the Contractor provides a Guarantee to the Company, we the undersigned, as Guarantor hereby irrevocably undertake, subject to no other conditions than those specified in this document, to pay to the Company, 15 (fifteen) days after demand, any sum or all sums up to an aggregate maximum amount as stated above, provided that the Company states that the Contractor has failed to fully or timely fulfill his contractual obligations.

This guarantee declaration for the Preliminary down payment shall expire after orderly receipt of all equipment and/or materials ordered and/or complete execution of all services, as the case may be, however on the 30th June 2009 at the latest, if by date no written claim has been lodged against us under this guarantee".

Som redegjort for ovenfor var det over tid oppstått betydelige problemer med de rørarbeider som Babcock hadde ansvaret for, og Statoil hadde blant annet i en epost av 26. juli 2009 påpekt de store forsinkelsene. Det ble avholdt flere møter mellom partene, blant annet 30. juni 2009, hvor denne eposten fra Statoil var tema. På dette møtet ga NLI uttrykk for hvilke krav de mente å ha mot Babcock, blant annet krav på dagbøter, og at man mente å være i posisjon til å heve kontrakten med Babcock. Videre mente NLI at man hadde adgang til å påkalle begge garantiene.

30. juni 2009 utløp Euler Hermes-garantien, og NLI valgte å påkalle garantien. For å hindre utbetaling ble nytt møte mellom partene avholdt 3. juli 2009, hvor også Statoil deltok. I møtereferatet, som ble signert av begge parter, ble det redegjort for de problemer som eksisterte i prosjektet og Babcock erkjente at egen økonomiske situasjon var et problem. Det fremgår av referatet at man ble enige om at NLI skulle tilbakekalle trekket på Euler Hermes-garantien og at denne skulle forlenges på reviderte vilkår.

13. juli ble det utstedt et tillegg ("Addendum") til garantien, hvor siste avsnitt i garantiteksten fra 13. februar 2009 ble tatt ut og erstattet med følgende tekst:

"This guarantee declaration for the Preliminary down payment shall expire after 1) By achieved piping installation progress of 84% measured towards the agreed NLI Recovery Schedule issued and dated 7th July 2009 and 2) Timely payment within the due dates of all Contractors suppliers and subcontractors undisputed invoices, however on 6th september 2009 at the latest, if by that date no written claim has been lodged against us under the guarantee."

Leveransene fra Babcock ble ytterligere forsinket utover sensommeren 2009. Fra NLI's side ble det opplyst at prosjektet nå var ca. fire måneder forsinket, hovedsakelig på grunn av manglende fremdrift hos Babcock. Samtidig opplyste NLI at Statoil var i en situasjon hvor de kunne kreve dagbøter fra NLI. På denne bakgrunnen opplyste NLI at man ønsket å trekke på Euler Hermes-garantien. NLI's styre var på dette tidspunkt av den oppfatning at

selskapet kunne heve kontrakten med Babcock og trekke på Euler Hermes-garantien. Fordi men likevel ønsket å ferdigstille prosjektet, foreslo NLI å reforhandle en forlengelse av Euler Hermes-garantien på fire nye vilkår, noe Babcock aksepterte.

Ny garanti ble utstedt av Euler Hermes 7. september 2009, med følgende hovedtekst:

"Guarantee purpose: to secure fulfilment of all Contractor's contractual obligations

Whereas it is condition of the Contract that the Contractor provides a Guarantee to the Company, we the undersigned, as Guarantor hereby irrevocably undertake, subject to no other conditions than those specified in this document, to pay to the Company upon receipt by us of Company's first demand in writing, waiving all rights of objection and defence arising from the Contract, within 15 (fifteen) days after demand, any sum or all sums up to an aggregate maximum amount as stated above, in case one or more of the following items are not fulfilled by the Contractor:

- 1) the achievement of piping installation progress of 100%, measured against the agreed Baseline Update issued and dated 26. August 2009 and
- 2) the continuous performance in accordance with the agreed Baseline Update schedule and maximum 5% deviation behind schedule, or that other disciplines are not hindered to perform acc. to baseline update, agreed between NLI and Babcock;
- 3) the timely payment within the due dates of all undisputed invoices from Contractor's employees, suppliers and subcontractors;
- 4) Babcock senior management to be present all weeks from Monday to Friday as a minimum.

This guarantee declaration for the Preliminary down payment shall expire after orderly receipt of all equipment and/or materials ordered and/or complete execution of all services, as the case may be, however on the 18. December 2009 at the latest, if by date no written claim has been lodged against us under this guarantee".

Kontrakter i næring inngått mellom to profesjonelle parter skal som utgangspunkt tolkes objektivt med vesentlig vekt på ordlyden. Det samme gjelder når en garanti er stilt i næring av en profesjonell part til fordel for en annen profesjonell part, jf. Rt-2012-1267 med videre henvisninger.

De fire vilkår som ble tatt inn i den nye garantien 7. september 2009, samsvarte med det som NLI betraktet som Babcocks hovedproblemer under kontraktsgjennomføringen, og som Babcock var enig i, slik det ble nedfelt i referatet fra møtet 3. juli 2009. Ingen av de fire vilkårene som nå ble tatt inn gir noen særlig mening dersom garantien fremdeles bare skulle dekke forskuddsbetalingen for rigg og drift. Når disse vilkårene ble tatt inn i garantien og akseptert av Babcock, kan det vanskelig forstås annerledes enn at disse elementene skulle dekkes av garantien. Dette er vilkår som går langt utover bare å dekke forskuddsbetaling for rigg og drift, og har i stedet mye til felles med en

gjennomføringsgaranti, det vil si på linje med Zürich-garantien. At man hadde med deler av den tidligere teksten som refererte til "Preliminary down payment" kan vanskelig forstås på annen måte enn som en redigerings-feil, og er ingen avgjørende innvending mot en slik forståelse.

Lagmannsretten er på denne bakgrunn enig med tingretten i at partene ved å endre Euler Hermes-garantien for andre gang, hadde avtalt seg bort fra det opprinnelige formålet med garantien, og i stedet tilpasset vilkårene opp mot partenes avtalte tiltak for å sikre videre oppfyllelse av kontrakten. Man avtalte seg med andre ord frem til det som fremdeles hadde et klart preg av påkravsgaranti, men som i tillegg opererte med fire vilkår, hvorav ett måtte være oppfylt før påkrav kunne skje. Det er en mellomform av garantier, jf. det siterte fra Rt-2012-1267 ovenfor.

18. desember 2009 krevde NLI utbetaling under Euler Hermes-garantien. Heller ikke dette påkravet kan lagmannsretten se er ansvarsbetingende for de to ankemotpartene. Når det gjelder vurderingen av mellomværendet mellom partene på dette tidspunkt og situasjonen for øvrig i prosjektet, vises det til redegjørelsen ovenfor under Zürich-garantien. Påkravet ligger godt innenfor det som må anses som en forsvarlig forretningsmessig handling mellom profesjonelle aktører.

Ankende part har anført at forlengelsene og tekstendringene i Euler Hermes-garantien er fremkalt ved tvang, og derfor ugyldig, jf. avtaleloven §§ 29 og 33. Det er en anførsel som åpenbart ikke kan føre frem. Foruten at tvangen må ha virket motiverende for løftgiveren, er det etter avtaleloven § 29 et vilkår at den er "rettsstridig". Bakgrunnen for denne reservasjonen er at legale virkemidler ikke skal kunne føre til ugyldighet. Om rettsstridig tvang for å skaffe seg kontraktsmessig oppfyllelse heter det hos Woxholt, Avtalerett 7. utgave side 310:

"For det annet er tvangen rettsstridig selv om man bare skaffer seg kontraktsmessig oppfyllelse, hvis man enten truer med en handling som i seg selv er rettsstridig (inkasso under trussel om juling) eller det ikke er noen saklig sammenheng mellom det man truer med og det man vil oppnå (inkasso under trussel om anmeldelse for sedelighetsforbrytelse)".

Lagmannsretten har ovenfor redegjort for omstendighetene knyttet til de to forlengelsene og endringene av Euler Hermes-garantien. Det var forretningsmessige overlegninger som lå til grunn bak endringene, som ble foretatt mellom to høyst profesjonelle parter. Slik situasjonen var på dette tidspunkt hadde NLI tre valg, enten å la garantien løpe ut, forlenge den eller påkalle den. Dersom garantien løp ut, ville ikke NLI få tilgang til den likviditeten som lå i garantiforholdet, noe som er selve kjernen ved en påkravsgaranti, jf. redegjørelsen om dette ovenfor. Babcock var selv innforstått med de problemer de hadde med blant annet fremdriften og sin egen svake likviditet. I en slik situasjon fremstår forlengelse av

garantien, og endring av innholdet slik at garantien ivaretok de problemene som var oppstått, som en adekvat forretningsmessig avgjørelse. Babcock har forøvrig først i ettertid anført at man ble utsatt for tvang, noe som er påfallende dersom selskapet mente seg utsatt for tvang.

Etter lagmannsrettens resultat har anken ikke ført frem, og Trond Morten Hassum og Børre Loe Nordheim-Larsen har vunnet saken fullstendig. De har da krav på full erstatning for sine sakskostnader hos motparten, jf. tvisteloven § 20-2 første og annet ledd.

Lagmannsretten har vurdert unntaksreglene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd og § 20-4, men finner ingen av disse anvendelige. Ved at tingrettens omkostningsavgjørelse er opphevet og tingretten har avsagt ny avgjørelse for de øvrige parter, fastsetter lagmannsretten sakskostnadene for tingretten for ankemotpartene. Advokat Jan B. Jansen har fremlagt omkostningsoppgave i samsvar med tvisteloven § 20-5. Omkostningene for tingretten utgjør kr. 659.731 inklusive merverdiavgift og utgifter. Det er opplyst at beløpet skal fordeles 50 % på hver av ankemotpartene. Beløpet utgjør følgelig kr. 329.865 på hver. Tilsvarende oppgave for lagmannsretten utgjør i alt kr. 1.130.466, hvorav salær utgjør kr. 844.625 og det resterende er merverdiavgift og utgifter. Det er opplyst at også dette skal fordeles med 50 % på hver av ankemotpartene, dvs. kr. 565.233 på hver. Det er ikke reist innsigelser mot oppgavene, som lagmannsretten legger til grunn som rimelige og nødvendige.

Det er fra ankemotpartenes side gjort gjeldende at Babcocks stedfortreder, Hartmut Grub, må gjøres solidarisk ansvarlig for sakskostnadene, jf. tvisteloven § 20-7. Bestemmelsen tar særlig sikte på at den som anlegger sak eller benytter rettsmidler på vegne av en insolvent sammenslutning kan bli holdt personlig ansvarlig for motpartens sakskostnader. Det dreier seg om en form for skyldansvar hvor sammenslutningens standpunkt må anses urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken, og den som handler på vegne av selskapet er eller bør være klar over det, jf. Schei mfl. Tvisteloven med kommentarer 2. utgave side 737. Det følger av bestemmelsens annet ledd tredje punktum at et slikt krav kan nektes behandlet i ankeinstansen dersom det mer hensiktsmessig kan behandles i egen sak. Det er i ankesaken ikke lagt opp til noen grundig gjennomgang og bevisføring knyttet til Babcocks økonomiske stilling. Det er opplyst at Grub ikke var stedfortreder da saken verserte for tingretten, og det er ikke tilstrekkelig belyst hvilke vurderingen han har foretatt i forbindelse med ankesaken. Lagmannsretten har på denne bakgrunn kommet til at spørsmålet om vilkårene er oppfylt for at et slikt ansvar kan bli aktuelt, ikke er tilstrekkelig opplyst til at det er forsvarlig å behandle det i denne saken, og at det heller bør behandles i en egen sak.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for tingretten betaler Babcock Industry & Power GmbH til Trond Morten Hassum og Børre Loe Nordheim-Larsen 329.865
– trehundreogtjuenitusenåttehundreogseksifem – kroner til hver innen
14 – fjorten – dager etter dommens forkynnelse.
3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Babcock Industry & Power GmbH til Trond Morten Hassum og Børre Loe Nordheim-Larsen 565.233
– femhundreogseksifemtusentohundreogtrettitre – kroner til hver innen
14 – fjorten – dager etter dommens forkynnelse.
4. Krav om erstatning for sakskostnader for Hartmut Grub nektes behandlet i denne saken, jf. tvisteloven § 20-7 annet ledd tredje punktum.

Jan Morten Olsen

Erland Henriksen

Nils Henrik Johansen