

«Letter of support» i konkurs



Advokat
Andreas S. Christensen
Kco Advokater
Bostyrer i konkursen etter Habitat
Norway AS



Advokat
Else Loge
Kco Advokater

Hvilken stilling har et «letter of support» gitt fra et morselskap i datterselskapets konkurs? En ny, rettskraftig dom fra Borgarting lagmannsrett kan belyse spørsmålet.¹

Habitat-dommen

Artikkelen omhandler Borgarting lagmannsretts dom av 3. februar 2021 (Habitat-dommen). Spørsmålet for domstolene var om konkursboet kunne gjøre gjeldende «letter of support» som før konkursåpning var avgitt til skyldneren, eventuelt om og utstrekningen av erstatningsansvar som følge av tilbakekall av støtteerklæringene før konkursåpning.

Lagmannsrettens dom viser at støtteerklæringene ofte må anses som fattigmanns trøst, sagt med Erik Røsægs ord, og ingen reell sikkerhet for kreditorerne.

En slik rettsstilling reiser en rekke spørsmål, og bør påvirke hvordan revisor vurderer betydningen av eventuelle støtteerklæring når fortsatt drift vurderes.

res. Det bør også være særlig fokus på språkbruken i erklæringene, særlig når mor- og datterselskapet er i forskjellige jurisdiksjoner uten et felles språk.

«Letter of support», støtteerklæring og bruken av disse før og etter Habitat-dommen

Vi omtaler «letter of support» som støtteerklæring. Dette er gjort for å tydeliggjøre at det ikke foreligger et tredjemannsforhold, for eksempel mellom HDI, Habitat og Habitats kreditorer. Støtteerklæringene gjelder direkte mellom HDI som avgiver og beneficianten Habitat.

Bruken av støtteerklæringene er sannsynligvis utbredt, men det finnes ingen kjent oversikt. Likevel er spørsmålet om støtteerklæringers rettslige virkning i liten grad behandlet i rettspraksis, både i Norge og i Norden generelt. Støtteerklæringers rettslige virkning i en insolvenssituasjon er så vidt artikkelforfatterne bekjent kun behandlet i den ovennevnte saken.

Det er nå i to rettsinstanser slått fast at støtteerklæring fra et morselskap til et datterselskap ikke kan gjøres direkte gjeldende av datterselskapets konkursbo. I begge instanser ble det konkludert med at konkurs er en relevant bristende forutsetning som kan påberopes av morselskapet, som medfører at støtteerklæringene opphører.

Videre fremstilling

I det følgende vil dommen gjennomgå med utgangspunkt i konkursboets (boets) disposisjon under ankeforhandlingene for Borgarting lagmannsrett.

Habitat-konkursen og saksforholdet Habitat-dommen bygger på

Tvistens parter

Tvisten sto mellom det franske morselskapet til Habitat Norway AS, Habitat Design International S.A.S, og konkursboet til Habitat Norway AS.

Habitat Design International (HDI) drev flere møbelbutikker i Norge gjennom sitt heleide datterselskap Habitat Norway AS (Habitat). Styret i den norske virksomheten besto av to personer med tett tilknytning til det franske morselskapet, og selskapets norske revisor tilhørte samme internasjonale revisjonsforetak som morselskapets revisor.

Habitats negative egenkapital, fortsatt drift

Habitat hadde over tid en svært vanskelig økonomisk situasjon, og allerede i 2015 var selskapets egenkapital negativ med ca. MNOK 30. Habitats revisor ba derfor om at morselskapet avga støtteerklæring for å understøtte styrets vurdering av grunnlaget for fortsatt drift i den norske virksomheten.

Ved avleggelse av Habitats årsregnskap for 2015, 2016 og 2017 hadde HDI avgitt mer eller mindre likelydende «letter of support» til støtte for fortsatt drift i Habitat. Støtteerklæringene skulle gjelde frem til avleggelse og godkjenning av neste årsregnskap. Det ble opplyst om støtteerklæringene gjennom Habitats årsregnskap ved styrets beretning, notene til årsregnskapet og revisor henviste til støtteerklæringene i sin beretning. Informasjon om erklæringene var også kommunisert direkte av Habitats ledelse til enkelte kreditorer.

¹ Utenfor konkurssammenheng er spørsmålet behørig behandlet av Erik Røsæg i «Garantier eller fattigmanns trøst: støtteerklæring i selskapsforhold av typen *comfort letters*» (1992).

Tilbakekall av støtteerklæringene, oppbud og avvikling

Selv om de avgitte «letter of support» etter sin ordlyd var «irrevocable» ble de kort tid før konkursåpningen, trukket tilbake av HDI ved brev til selskapets ledelse og revisor. Etter styrets beslutning begjærte Habitat oppbud og konkursbehandling ble åpnet ved tingretten i april 2018.

Konkursboet avviklet virksomheten i Habitat, og etter realisering av varelager og andre aktiva var det en betydelig underdekning i konkursboet. Kreditormassen var sammensatt med krav fra blant annet ansatte, private kunder, alminnelige leverandører og utleiere. Det var inngått flere langvarige leieforhold av næringslokaler, og utleierens krav representerer en betydelig del av fordringsmassen.

Boet tok ut søksmål mot morselskapet HDI for Asker og Bærum tingrett, med påstand om at HDI skulle betale den samlede underdekningen i boet i tråd med de avgitte «letter of support». Tingretten fant at støtteerklæringene ikke kunne gjøres gjeldende av boet, men tilkjente boet erstatning for morselskapets urettmessige tilbakekall av erklæringene. Erstatningen ble skjønnsmessig utmålt til MNOK 18. HDI anket, og lagmannsretten stadfestet i februar 2021 tingrettens dom. HDI anket erstatningsutmålingen til Høyesterett, som ved beslutning av 6. mai 2021 nektet anken fremmet. Lagmannsrettens dom er dermed rettskraftig.

Tolkningen av ordlyden i støtteerklæringene

Ordlyden i alle de avgitte støtteerklæringene var like, men med forskjellig årstall tilknyttet det respektive årsregnskapene.

Hovedpunktene i støtteerklæringene var at HDI frem til Habitat avla nytt godkjent årsregnskap:

«... accepts the obligation to provide [Habitat] with the necessary funds, on demand in one or more stages, in

order for [Habitat] to meet its obligations when they fall due. ...

The contribution of cash and cash equivalents shall take place in the form of equity, i.e. capital increase, consolidated contribution or loan capital, and which on [HDI]'s part is uncallable ... and by an amount that is sufficient for [Habitat] to meet its obligations when they fall due».

Til slutt fremgår det at «this guarantee of financial support is irrevocable». Samtlige støtteerklæringer var dessuten signert av styreleder i HDI.

Særling om lånekapital

En problemstilling som ble tatt opp i begge rettsinstanser var forståelsen av «the contribution of cash and cash equivalents shall take place in the form of equity, i.e. capital increase, consolidated contribution or loan capital».

«I.e.» er en forkortelse på det latinske uttrykket id est som betyr det vil si. Etersom lånekapital («loan capital») ikke tradisjonelt forstås som en form for egenkapital, ble det usikkert om støtteerklæringens ordlyd viste tilbake til egenkapital eller om lånekapital var et selvstendig alternativ for oppfyllelse av støtteerklæringene. I så fall kunne HDI velge lånekapitalalternativet, og deretter melde tilsvarende lån som en fordring i konkursboet.

Boet mente at støtteerklæringene ble avgitt fordi Habitats egenkapital var tapt, og det derfor bør tas utgangspunkt i at kontanter eller andre likvide midler skal skje som egenkapital («equity»). Kravet om forsvarlig egenkapital og likviditet følger av aksjeloven § 3–4, og er en direkte følge av reglene om begrenset ansvar for selskapets aksjonærer. Selskapskreditorenes krav er dessuten som utgangspunkt begrenset til selskapets kapital. Støtteerklæringene måtte derfor tolkes på bakgrunn av at de ble gitt som substitutt for Habitats forsvarlige kapital.

Lagmannsrettens tolkning av støtteerklæringenes innhold

Boet anførte videre at HDI ved avgivelse av støtteerklæringene hadde avgitt en ensidig bindende ugjenkallelig disposisjon for å sikre Habitats kapital. Disposisjonen kan gjøres gjeldende ved påkrav for Habitat, når Habitat ikke kan oppfylle sine forpliktelser ved forfall, og gjelder krav som eksisterte og oppstod i perioden fra avgivelsen og frem til og med ny avgivelse av nytt årsregnskap fra Habitat.

Lagmannsretten var i det vesentlige enig i tingrettens forståelse av støtteerklæringene, og fant at støtteerklæringene:

«... forplikter HDI, at den er stilt til fordel for [Habitat] og at det er [Habitats] styre som må sette frem krav etter garantien. Formålet med garantien er å gjøre datterselskapet i stand til å innfri sine økonomiske forpliktelser ved forfall. Støtten er begrenset til det som er nødvendig for at [Habitat] kan innfri sine økonomiske forpliktelser etter hvert som de forfaller, men det er ingen beløpsbegrensning, og det er ikke oppstilt andre særlige vilkår for å kunne påkalle garantien. Garantien kan ikke kalles tilbake ensidig av HDI. Dette fremgår av dokumentets ordlyd og har også støtte i bevisene for øvrig. Lagmannsretten viser særlig til vitneforklaring fra ... det norske datterselskapets revisor».

Lagmannsretten tolket ordlyden i støtteerklæringene som at «tilførselen av kapital under garantiene skulle skje i form av egenkapital, herunder eventuelt ved et ansvarlig lån eller subordinert lån», og at de ikke bare sikret Habitats egenkapital, «... men også [er] en likviditetsgaranti».

Kan konkursboet gjøre støtteerklæringene gjeldende?

Både for ting- og lagmannsretten la boet ned påstand om at støtteerklæringene kunne gjøres gjeldende av boet, og det medførte at HDI skulle dekke boets samlede underdekning.

Kommer dekningsloven kapittel 7 til anvendelse?

I dekningsloven kapittel 7 er det gitt regler for hvorvidt et konkursbo kan tre inn i skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser.

Etter dekningsloven § 7–3 første ledd er hovedregelen at boet etter eget valg har rett til å tre inn i «de gjensidige tyngende avtaler skyldneren har sluttet». I bestemmelsen andre ledd er det gjort unntak for «den annen parts rett til å påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art».

Boet anførte at bestemmelsene i dekningsloven kapittel 7 ikke kommer til anvendelse fordi støtteerklæringene ikke er en kontraktsmessig forpliktelse for Habitat, all den tid de var ensidig avgitt av HDI til fordel for Habitat

Det ble gjort gjeldende av boet at støtteerklæringene må anses som et substitutt for å faktisk øke kapitalen i Habitat. Hvis kapitalen hadde blitt økt, ville ikke revisor hatt behov for ytterligere grunnlag for Habitats evne til fortsatt drift. Støtteerklæringene var derfor et instrument for å sikre Habitats behov for kapital, og med dette et virkemiddel som beskytter kreditorenes interesser, tilsvarende en bekrefteelse fra revisor om at aksjekapitalen er innbetalt.

Boet anførte at ordlyden i støtteerklæringene ikke tilsa at Habitat skulle yte noe tilbake til HDI hvis støtteerklæringene ble gjort gjeldende. En eventuell ytelse fra Habitat til HDI burde i motsatt fall kun begrenses til at Habitat fortsatte virksomheten og dermed kunne gi HDI fremtidige profittmuligheter.

På bakgrunn av det ovennevnte anførte boet at konkurs og betaling av boets samlede underdekning var støtteerklæringenes ytterpunkt, som HDI var forpliktet til å betale. Sagt på en annen måte, hadde HDI ytt i samsvar med støtteerklæringenes ordlyd, ville Habitat ikke gått konkurs.

Lagmannsrettens tolkning

Lagmannsretten påpekte at:

«Det er åpenbart at garantien ikke er noen ordinær gjensidig bebyrdende avtale der [Habitat] ved utstedelsen påtok seg en eksplisitt motytelse. Lagmannsretten er likevel av den oppfatning at garantien i relasjon til dekningslovens bestemmelser må anses som en gjensidig tyngende avtale».

Det ble deretter konkludert med at:

«... konkursboets rett til å tre inn i [Habitats] rettigheter etter garantien, må vike for HDIs rett til å påberope seg konkursen som bristende forutsetning og opphørsgrunn for garantien».

Vurdering av lagmannsrettens begrunnelse – bristende forutsetninger

Lagmannsrettens begrunnelse fremstår på dette punkt som noe uklar. På den ene siden konkluderer de med at støtteerklæringene åpenbart ikke er noen ordinær gjensidig bebyrdende avtale, og da bør heller ikke dekningsloven § 7–3 komme til anvendelse, jf. dekningsloven § 7–3 «de gjensidige tyngende avtaler skyldneren har sluttet».

Lagmannsretten konkluderer med at dekningsloven § 7–3 kommer til anvendelse fordi støtteerklæringene «... i relasjon til dekningslovens bestemmelser må anses som en gjensidig tyngende avtale».

Tidligere fant lagmannsretten at støtteerklæringene ikke innebærer en eksplisitt motytelse fra Habitat, og med den typen hybridkonklusjon som nå står, burde det kanskje i større grad ha blitt lagt vekt på at Habitats motytelse etter støtteerklæringene, da som gjensidig tyngende avtale, var oppfylt i form av fortsatt drift og muligheter for profitt for HDI. Det kan da argumenteres for at Habitat har oppfylt sin del av støtteerklæringen, og følgelig bør HDI også oppfylle sin forpliktelse, være seg ovenfor et konkursbo eller Habitat selv.

Lagmannsretten finner at konkursen er en bristende forutsetning og opphørsgrunn for støtteerklæringene, selv om ordlyden i dekningsloven § 7–3 viser til «insolvensen som opphørsgrunn» og ikke bristende forutsetninger.

Forarbeidene til dekningsloven § 7–3, NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs s. 313, viser imidlertid til at «[f]or visse kontraktstyper ligger det i kontraktens art at insolvensen er en relevant bristende forutsetning. Typiske eksempler her er ... garantiavtaler». Ordlyden i dekningsloven § 7–3 om «insolvensen som opphørsgrunn» har dermed en parallell til den ulovfestede læren om bristende forutsetninger, selv om det ikke fremgår uttrykkelig i hvilken grad læren skal anvendes (fullt ut, noen momenter, i liten grad m.m.).

Læren om bristende forutsetninger er at en kontraktsforpliktelse kan bortfalle eller endres som følge av en hendelse etter avtaleinngåelse. Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2. utgave 2011, beskriver de fire vilkårene for at bristende forutsetninger foreligger som at «løftet er avgitt under en bestemt forutsetning, at denne forutsetningen var kausal (dvs. motiverende) for løfteavgiveren, at forutsetningen og kausaliteten var synbar for løfteadressaten, og at forutsetningsbristen etter en nærmere rettslig vurdering kan anses relevant».

Lagmannsretten er ikke uttrykkelig i sin konklusjon om hvilken vekt forarbeidene gis i vurderingen. Tingretten derimot fremhever at «[f]orarbeidene gir i alle fall ikke grunn til å slutte at en garanti stilt overfor konkursskyldneren ikke etter sin art er en avtale som ikke kan gjøres gjeldende av konkursboet». Artikkelforfatterne forstår tingretten dithen at forarbeidene ikke kan tolkes slik at det er utelukket at konkursboet kan gjøre støtteerklæring avgitt til skyldneren gjeldende.

En alternativ innfallsvinkel kunne ha vært å konkludere med at støtteerklæringene ikke omfattes av dekningslo-

ven § 7–3 ettersom det konkluderes med at støtteerklæringene ikke er en gjensidig bebyrdende avtale. Deretter kunne en eventuell opphørsgrunn for støtteerklæringene forankres i den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

Med en slik innfallsvinkel kunne det kanskje vært større aksept for en konkret helhetsvurdering av om boet kunne gjøre støtteerklæringene gjeldende, og det kunne da blitt lagt vekt på at støtteerklæringene var gitt som substitutt for Habitats kapital og at kreditorene har handlet deretter. Det kunne da kanskje også i større grad blitt tydeliggjort at støtteerklæringene avgitt i den foreliggende saken nettopp er støtteerklæringer, og ikke rene garantiavtaler slik forarbeidene viser til.

Erstatning

Ansvarsgrunnlag

Subsidiært anførte boet at tilbakekallet av støtteerklæringene og den etterfølgende oppbudsbegjæringen var en erstatningsbetingende handling av HDI. På dette punktet fikk boet medhold.

Boet anførte prinsipielt at et eventuelt erstatningsansvar måtte vurderes etter aksjeloven § 17–1. Den erstatningsbetingende handlingen av HDI var etter boets oppfatning begått i egenskap av å være aksjeeier.

Tingretten konkluderte med at aksjeloven § 17–1 ikke kom til anvendelse fordi handlingen ikke var skjedd i egenskap av å være aksjonær, men i egenskap av å være garantist for Habitat.

Lagmannsretten tok ikke stilling til boets anførsel om erstatningsansvar etter aksjeloven § 17–1, men konkluderte med at:

«Tilbakekallet var i strid både med garantiens ordlyd og med forutsetningene for garantien, og var dermed urettmessig overfor [Habitat]. ... Etter lagmannsrettens syn foreligger det

ansvarsgrunnlag etter den ulovfestede culpanormen for forsettlig, ikke bare uaktksom, handling».

Erstatningsutmåling

Boet anførte at erstatningen måtte settes til den samlede underdekningen i boet, da denne viser skadelidtes stilling. Boet fikk imidlertid ikke medhold på dette punktet, og lagmannsretten konkluderte med at:

«Boets prinsipale påstand om at den totale underdekningen i boet utgjør det erstatningsberettigede tapet, kan imidlertid ikke føre frem. Beregningen av tapet må bygge på den hypotetiske forutsetning at det norske selskapets virksomhet opphørte ved en styrt avvikling, og det erstatningsberettigede tapet ligger da på selskapets hånd. Dette er et annet tap enn det tapet kreditorfellesskapet lider som følge av konkursen».

Erstatningsutmålingen ble satt til kostnadene med avvikling av Habitat som var beregnet forut for konkurs, med fratrukk for det boet hadde fått etter salg av selskapets aktiva. Ved erstatningsutmålingen er det derfor implisitt lagt til grunn at kostnadene ville være lavere ved en avvikling enn ved en konkurs, uten at dette begrunnes nærmere. Det vises her til at det i denne konkrete saken var betydelige langsiktige leieforpliktelser, som kanskje ville ha vært vanskelig å redusere også ved en avvikling.

Diskusjon

I foreliggende sak var det klart at HDI var den reelle beslutningstakeren hva gjaldt oppbudsbegjæringen i Habitat. At konkursen i Habitat da medfører en bristende forutsetning for HDI, fremstår uklart for artikkelforfatterne.

Konkurs var nettopp det HDI ønsket, og forut for konkursbegjæringen gikk eventuell profitt i Habitat direkte til HDI. Rettstilstanden medfører derfor at HDI fikk både i pose og sekk, profitt og opphørte støtteerklæringer. Det må antas at det typisk i denne formen for selskapsstruktur jevnlig vil være

liten eller ingen uavhengighet mellom mor- og datterselskapets ledelse. Dette kan selvsagt åpne for spørsmål om mulig personlig ansvar etter regler om styreansvar, men det ligger utenfor rammen av denne fremstillingen.

Noen av selskapskreditorene hadde handlet i tillit til støtteerklæringene som var avgitt, noe som gjør at det må vurderes om disse kreditorene individuelt, og ikke gjennom kreditorfellesskapet, må fremme sine krav som ordinære erstatningskrav mot HDI. Likevel er det sentralt å vise til at virksomhetens drift fortsatte i flere år, med grunnlag i støtteerklæringene og revisors vurdering av disse.

Habitat-dommen viser at støtteerklæringer sannsynligvis ikke uten videre kan gjøres gjeldende av konkursboet, og dette bør medføre en endret praksis og innføring av en konkursklausul. Revisor bør kreve at støtteerklæringens ordlyd inneholder en tydelig presisering om at forpliktelsen også gjelder etter at konkurs eller annen gjeldsforhandling er innledet. Morselskapets risiko ved en eventuell senere insolvens kan sannsynligvis begrenses til et fastsatt beløp i erklæringen, på lik linje med at en alminnelig kapitaltilførsel også er avgrenset.

Ved utforming av støtteerklæringer bør det videre tydelig presiseres hvilke krav som omfattes, og da med henblikk på at en insolvens medfører førtidige forfall av ofte langvarige kontraktsforpliktelser.

Habitat-dommen er en viktig foreløpig avklaring av rettstilstanden, men det må antas at det vil skje en videre utvikling på rettsområdet.