

ARTIKELEN

A letter of comfort: does it offer any comfort?

Een beschouwing over de *letter of comfort* naar Nederlands recht met een blik over de grens^{*}

S.A. Kruisinga & L. Leber

1 Inleiding

Als een bank een lening verstrekt, is het niet verwonderlijk en niet ongebruikelijk om, alvorens over te gaan tot verstrekking ervan, zekerheid van de kredietnemer te vragen met betrekking tot terugbetaling van deze lening. Vooral in tijden van financiële instabiliteit en onzekerheid, waar de huidige kredietcrisis een sprekend voorbeeld van is, doet zich bij kredietverstrekkers de hang naar (financiële) houvast en risicobeperking duidelijk en merkbaar gevoelen. Wanneer een kredietinstelling wil overgaan tot financiering van een vennootschap die onderdeel uitmaakt van een concern, vraagt zij vaak enige mate van zekerheid van vermogende (groeps)vennootschappen, zoals een (in)directe moedermaatschappij. In het bijzonder in multinationale concernmaatschappijen gaan dochtervennootschappen zelfstandig financiële relaties met kredietverstrekkers aan.¹ Desondanks kan het voor de kredietverlener van groot belang zijn dat de (kapitaalkrachtigere) moedermaatschappij zekerheid verstrekt ten aanzien van de vorderingen op een dochtervennootschap.²

Om in deze behoefte van zekerheidstelling te voorzien heeft de kredietverlener een aantal klassieke zekerheden tot zijn beschikking, zoals een hoofdelijke verbondenheid, een borgtocht of een garantie. Een minder klassieke wijze van zekerheidstelling betreft de *letter of comfort*. Deze verklaring wordt vaak onderscheiden van de klassieke zekerheden en bestempeld als een oneigenlijke of pseudozekerheid. *Letters of comfort* kunnen in concernverhoudingen door moedermaatschappijen worden aangewend ten behoeve van kredietverstrekking aan dochtervennootschappen. Hoewel de *letter of comfort* geen eenduidig of juridisch begrip betreft, komt zekerheidstelling door middel van een dergelijke verklaring in concernverhoudingen in grote lijnen neer op een verklaring van een natuurlijke dan wel rechtspersoon (de moedermaatschappij). In deze verklaring wordt de kredietverstrekker als het ware

* Met dank aan prof. mr. M.L. Lennarts en mr. H.J.E. Veerbeek voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1 J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 11. Hij noemt hierbij als redenen het valutarisicobeleid, fiscale redenen en deviezenvoorschriften in het land van vestiging.

2 Bij concernmaatschappijen kan dit voortvloeien uit het feit dat de moeder de dochter soms bewust onderkapitaliseert; vgl. J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 44.

gerustgesteld wat betreft de kans op voldoening van schuldvorderingen bij deze dochtervennootschap. Vaak betekent dit dat de moedermaatschappij via een *comfort letter* de bank (de crediteur) ertoe tracht te bewegen een lening of andere bancaire voorzieningen aan haar dochtermaatschappij te verstrekken of te handhaven. Dit doet zij door bijvoorbeeld in de *comfort letter* te vermelden dat zij erop zal toezien dat een bepaald beleid wordt aangehouden aangaande de dochter, dat ze het volste vertrouwen heeft in de dochter of door een bepaalde toezegging te doen over (de omvang van) het vermogen van de dochter.³ Het Engelse woord *comfort* betekent 'troost' of 'bemoediging'.⁴ In een letterlijke vertaling betekent een *letter of comfort* dus een brief van bemoediging.

Naast het verstrekken van een *comfort letter* als zekerheidstelling in verband met kredietverlening kan een dergelijke verklaring door een moedermaatschappij ook worden afgegeven in het kader van de waardering van de bezittingen en de schulden van de dochter. Het is voor de onderneming cruciaal om uit te kunnen gaan van de veronderstelling van continuïteit van het bedrijf. De waarde van een lopend bedrijf (going-concernwaarde) is normaal gesproken immers veel hoger dan de liquidatiewaarde. Wanneer twijfel bestaat over de juistheid van de genoemde veronderstelling, kan de accountant de aandeelhouders van een bv of nv vragen om een toezegging te doen over de voortzetting van de financiering. Zo ook in een geval waarover de Rechtbank Rotterdam recent vonnis wees.⁵ In dat geval verklaarde de Amerikaanse holding het volgende ten aanzien van een van haar (klein)dochtermaatschappijen, een Nederlandse bv. De holding:

'(...) is committed to provide the necessary level of financial support to (...) B.V. to enable it to pay its debts as they become due'.

In de geconsolideerde jaarrekening van de bv was voorts de volgende 'going-concernverklaring' opgenomen. De holding:

'(...) has confirmed that it intends to continue its financial support to the company to enable it to operate as a going concern and to meet at least its financial obligations during the financial year 2001/2002'.

Ook deze door de moeder verstrekte verklaring is een *letter of comfort*.

- 3 B.K. van der Waals, 'Vermogensverklaringen, te verkiezen boven borgtocht?', V&O 2004, p. 69. In deze bijdrage zal uitsluitend worden bedoeld op *comfort letters* in concernverhoudingen. Ook in andere verhoudingen kunnen *comfort letters* worden gebruikt. Een voorbeeld hiervan is een leverancier die een patronaatsverklaring aan de bank verstrekt ten behoeve van zijn afnemers; vgl. Smits 2003, p. 44. Zie voor een opsomming van *letters of comfort*: L.A. DiMatteo & R. Sacasas, 'Credit and value comfort instruments: crossing the line from assurance to legally significant reliance and toward a theory of enforceability', *Baylor Law Review* 1995, p. 361-364.
- 4 Van Dale, Groot Woordenboek Engels-Nederlands, Utrecht/Antwerpen: Van Dale Lexicografie 1998.
- 5 Rb. Rotterdam 21 mei 2008, JOR 2008, 285 m.nt. R.I.V.F. Bertrams.

De vraag rijst of een *letter of comfort* enkel morele verplichtingen doet ontstaan of ook rechtens afdwingbare verplichtingen. Gelet op het heersende economische klimaat is de verwachting gewettigd dat deze vraag vaker een rol zal spelen; accountants zullen immers vaker dan voorheen de moedermaatschappij vragen een dergelijke verklaring te verstrekken. Nu de *letter of comfort* niet specifiek in de wet is geregeld, moet eerst worden beoordeeld wat een dergelijke verklaring precies behelst. De vraag is of een *comfort letter* terecht deze naam draagt. Is het inderdaad niet meer dan een brief van bemoediging, zonder enige juridische binding? Perell⁶ merkt over een aan de bank verstrekte *comfort letter* op:

‘comfort letters are aptly named because they provide no more than a feeling of confidence and a diminished anxiety for taking on the risk of not being paid’.

De vraag of deze conclusie gerechtvaardigd is en in welke gevallen een *comfort letter* een rechtens afdwingbare verplichting inhoudt zal hierna, na een bespreking van enkele kenmerken van *comfort letters*, aan de orde komen. Deze vraag zal worden besproken aan de hand van de recente Nederlandse rechtspraak over de *comfort letter* en de rechtspraak uit een aantal van de *common law*-landen. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de uitleg van de *letter of comfort* en de looptijd ervan. Aansluitend zullen de vragen naar de grondslag van een vordering die een partij, naar Nederlands recht, mogelijk kan instellen op grond van een *comfort letter* en wie een dergelijke vordering kan instellen, worden besproken. Wij sluiten af met enige beschouwingen over de positie van de *comfort letter* in het internationaal privaatrecht, voornamelijk met betrekking tot het toepasselijk recht.

2 Enige kenmerken van *comfort letters*

De term *comfort letter* is een verzamelbegrip. In Nederland en België wordt een *comfort letter* ook wel aangeduid met de term patronaatsverklaring.⁷ Andere benamingen zijn onder andere *letter of awareness*, *keep well statement*, kapitaalinstandhoudingsverklaring en *letter of responsibility*. De *comfort letter* is ontstaan in de rechtspraktijk en kent geen specifieke wettelijke regeling. Zoals hiervoor is gesteld, kan een *comfort letter* door een moedermaatschappij worden gebruikt met het oog op kredietverstrekking of als *going-concern*verklaring in het kader van de waardering van de bezittingen van de dochtervennootschap. Met betrekking tot het gebruik van *comfort letters* als alternatieve zekerheid ten behoeve van kredietverstrekking aan een dochtervennootschap kan het onder bepaalde omstandigheden aantrekke-

6 P.M. Perell, ‘Lessons about Comfort Letters’, 34 Canadian Business Law Journal 2001, p. 435.

7 Benamingen in de vorm van ‘letter of intent’ dienen voor alle duidelijkheid te worden vermeden, daar hiermee met name op een voorloper van een definitief contract wordt gedoeld. Zie hierover: R.I.V.F. Bertrams & F.G.B. Graaf, ‘Letters of comfort en rechtspraak’, De Naamloze Vennootschap 1990, p. 76. Desondanks worden deze begrippen, ten onrechte, nogal eens als inwisselbare termen gebruikt (zie bijvoorbeeld L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen, Deventer: Kluwer 1993, p. 293). In dit artikel zullen uitsluitend de benamingen *letter of comfort* en *support letter*, afwisselend worden gebruikt voor de figuur die hiervoor is beschreven.

lijker zijn om in plaats van of naast klassieke zekerheden, zoals een borgtocht of garantie, een *comfort letter* te verstrekken. Aan de zijde van de moedermaatschappij kan er bijvoorbeeld sprake zijn van een 'negative pledge'-clausule, waarin zij is overeengekomen geen zekerheden aan te gaan ten gunste van derden.⁸ Het kan zijn dat een dergelijke clausule niet ziet op zekerheid door middel van een *comfort letter*, zodat men deze clausule door middel van een *comfort letter* buitenspel tracht te zetten.⁹ Een van de redenen voor een kredietverstrekker tot het aanvaarden van een *comfort letter* kan worden gevonden in hevige concurrentie, waardoor de kredietverstrekker zich genoodzaakt voelt minder strenge eisen te stellen ten aanzien van kredietverstrekking.¹⁰

Een *going concern support letter* wordt daarentegen gebruikt om in de jaarrekening uit te mogen gaan van de waarderingsgrondslag *going concern*. Artikel 2:384 lid 3 BW veronderstelt immers dat bij de waardering van de activa en passiva in de jaarrekening wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de werkzaamheden van de rechtspersoon worden voortgezet. Is die veronderstelling onjuist, of is haar juistheid aan gereede twijfel onderhevig, dan moet dit in de toelichting op de jaarrekening worden uiteengezet, onder mededeling van de invloed daarvan op het vermogen en het resultaat. Een *letter of comfort* wordt, zoals gezegd, vaak verstrekt indien sprake is van gereede twijfel omtrent de continuïteit van een vennootschap. Zo kan bij een vennootschap die voor haar voortbestaan afhankelijk is van haar financiers, bij de waardering mogelijk toch worden uitgegaan van *going concern* wanneer de moedermaatschappij in een *comfort letter* de intentie heeft uitgesproken om de vennootschap binnen de groep te laten voortbestaan. De accountant die belast is met de controle van de jaarrekening kan in dat geval van de aandeelhouders een zodanige toezegging omtrent voortzetting van de financiering verlangen, dat het verantwoord is een goedkeurende verklaring te verbinden aan de jaarrekening gebaseerd op een continuïteitsgrondslag. Het bestuur moet dan een toelichting in de jaarrekening opnemen met betrekking tot de continuïteit.¹¹

Bij een *comfort letter* zijn dus verschillende partijen betrokken. Allereerst is daar de financier die de lening verstrekt; deze duiden we in het vervolg aan als de bank, maar

- 8 B. Wessels, 'Contractuele zekerheden bij financieringscontracten', Tijdschrift voor Insolventierecht 1996, p. 102; R. Lingard, 'Comfort letters under English law', International Financial Law Review 1986, p. 36. Een ander argument dat vaak werd aangehaald in dit verband, was het feit dat *comfort letters* niet in de jaarstukken hoeven te worden vermeld, in tegenstelling tot bijvoorbeeld andere persoonlijke zekerheden als een borgtocht ex art. 2:376 BW. Echter, tegenwoordig zou een *letter of comfort* die verbintenissen bevat die (kunnen) leiden tot betalingsverplichtingen, moeten worden vermeld in de jaarstukken, in: Van der Waals 2004, p. 69 en de noot van R.I.V.F. Bertrams onder Rb. Utrecht 12 februari 2003, JOR 2003, 125.
- 9 A.C. Triest, 'De patronaatsverklaring: Vergelijking met het Franse en Nederlandse recht en de Common Law', Jura Falconis 2003-2004, p. 817-854.
- 10 H.C.F. Schoordijk, 'Letter of comfort: een opmerkenswaardige Engelse uitspraak over een zogenaamde patronaatsverklaring (letter of comfort)', NJB 1989, p. 1976.
- 11 Zie voor een bespreking van de eisen die gelden ten aanzien van de toelichting op de jaarrekening bij gereede twijfel omtrent de continuïteit: P.N. Ploeger & H.G. de Jong, 'Voortgezette financiering in de jaarrekening: aansprakelijkheid van aandeelhouders in het geding?', V&O 2006, 7/8, p. 130-134.

dit hoeft niet een bank te zijn. Dan komt de (dochter)vennootschap waaraan de betreffende lening is verstrekt of in wier jaarrekening moet worden uitgegaan van continuïteit van de onderneming, en als derde de (groot)aandeelhouder die de *comfort letter* heeft afgegeven. Deze laatste zullen wij in het vervolg van deze bijdrage aanduiden als de moedermaatschappij, maar dit kan, als gezegd, ook een andere groepsmaatschappij zijn, of een bestuurder of een aandeelhouder.

Onderhandelingen en bewoordingen

De inhoud van een *letter of comfort* is bepaald geen vaststaand gegeven: een dergelijke verklaring kan zeer diverse bewoordingen bevatten. Deze inhoud komt vaak tot stand na (uitgebreide) onderhandelingen. Hierbij zal de moedervennootschap waarschijnlijk zo min mogelijk (juridisch) bindende bewoordingen ten aanzien van de kredietverstrekker willen opnemen, waardoor haar voorkeur zal uitgaan naar zo vaag mogelijke (niet-juridische) bepalingen. Bovendien houden dergelijke verklaringen veelal geen concrete toezeggingen in, maar spreken zij van het beleid en de intenties van de moedermaatschappij om (al dan niet) te handelen.¹² Daarentegen zal de kredietverstrekker juist baat hebben bij concrete afspraken en toezeggingen op grond waarvan de moedervennootschap daadwerkelijk kan worden aangesproken wanneer de dochtervennootschap geen verhaal biedt.¹³ Uiteindelijk hangt het onder meer van de onderhandelingspositie van partijen af welke bewoordingen uiteindelijk in de *comfort letter* worden opgenomen. Dit onderhandelingsproces wordt wel vergeleken met een kat-en-muisspel.¹⁴ Deze onderhandelingen komen de duidelijkheid van de bewoordingen vaak niet ten goede. De flexibiliteit van het instrument kan aldus negatieve gevolgen hebben voor de rechtszekerheid. Zoals Byttebier en Feltkamp treffend opmerken: 'de (aantrekkings)kracht van het instrument vormt evenwel meteen de zwakte ervan'.¹⁵

De precieze juridische verplichtingen die de moeder in een *letter of comfort* op zich neemt, worden dus vaak bewust vaag gehouden. Een *comfort letter* is daarmee een intern tegenstrijdige verklaring. De bedoeling van het verstrekken van de *comfort letter* is immers om de bank aan te moedigen de betreffende lening te verstrekken, of de accountant ertoe te bewegen bij de waardering uit te gaan van *going concern*. In het algemeen is een *comfort letter* in de optiek van de moedermaatschappij echter niet bedoeld als een rechtens afdwingbare verplichting.¹⁶ Had de moedermaatschappij dat gewild, dan had ze immers net zo goed (of misschien nog wel beter) als borg kunnen optreden of een abstracte bankgarantie kunnen verstrekken. Een borg heeft immers een recht van regres op de hoofdschuldenaar op grond van artikel

12 Winter 1992, p. 30.

13 Hierover: Bertrams & Graaf 1990, p. 81.

14 M. Elland-Goldsmith, 'Comfort letters in English law and practice', *Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal* 1994, p. 540.

15 K. Byttebier & R. Feltkamp, 'Juridische aard, grondslagen, geldigheidsvoorwaarden en rechtsgevolgen van de patronaatsverklaring', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2002, p. 1055.

16 DiMatteo & Sacasas 1995, p. 359.

7:866 BW.¹⁷ Onder omstandigheden handelt de moeder onrechtmatig indien zij de door de geruststellende verklaring gewekte verwachtingen niet honoreert.¹⁸ Het zal van de aard van de verklaring en de omstandigheden waaronder zij is afgelegd afhangen of het niet-nakomen van de toezegging onrechtmatig is.¹⁹ Gezien de omvang van deze bijdrage laten we deze vraag verder rusten.

Zoals in vorenstaande inleiding is gebleken, kunnen bewoordingen in een *letter of comfort* zeer uiteenlopen. Om meer grip te krijgen op deze 'ongrijpbare' figuur is in de literatuur getracht *comfort letters* te categoriseren. Dit heeft geresulteerd in een aantal onderverdelingen: zij variëren van een globale onderscheiding tussen 2 (de zogenaamde 'harde' en 'zachte' *comfort letters*)²⁰ tot maar liefst 26 verschillende categorieën.²¹ Zo kan de moedermaatschappij verklaren dat zij kennis heeft genomen van de geldlening aan haar dochter, eventueel met de toevoeging dat zij daaraan haar goedkeuring verleent. De verklaring van de moeder kan ook inhouden dat de moeder een bepaald belang heeft in de dochter, of een toezegging van de moeder dat zij haar belang in de dochter niet zal verkopen zonder voorafgaande mededeling aan de bank (een dergelijke verklaring wordt soms aangeduid als de zogenaamde kapitaalinstandhoudingsverklaring). Het kan ook een verklaring zijn dat de moedermaatschappij, op eerste verzoek van de bank, het vermogen van de dochter zal aanvullen indien dit vermogen beneden een bepaald bedrag komt. De moedermaatschappij kan echter ook verklaren dat zij ervoor instaat dat de financiële situatie van de dochtermaatschappij steeds zodanig zal zijn dat zij al haar verplichtingen uit de leningsovereenkomst kan nakomen.

Een *comfort letter* betreft dus een verklaring van de moedermaatschappij. De vraag rijst hoe een dergelijk instrument juridisch gekwalificeerd moet worden. Onzes inziens behelst een dergelijke verklaring in veel gevallen een eenzijdige rechtshandeling.²² Slechts de uiting van de wil van de moedermaatschappij, aan de bank, kan voldoende zijn om een verplichting van eerstgenoemde te doen ontstaan. Uit een

17 In de *comfort letter* neemt de moedermaatschappij een eigen verplichting op zich. Dit betekent dat het voldoen aan deze verplichting in beginsel niet leidt tot regresaanspraken op de dochtervennootschap; vgl. Winter 1992, p. 34 en de noot van R.I.V.F. Bertrams bij Rb. Amsterdam 1 augustus 2007, JOR 2008, 53.

18 HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 (NBM/Securicor).

19 M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 230-231. Vgl. ook HR 12 september 2008, JOR 2008, 297 en J.M. Ramhorst, 'De support letter en doorbraak van aansprakelijkheid', *V&O* 2008/12, p. 252-254.

20 C. Kaufmann, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 339.

21 W. Mosch, *Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften und ihre Bedeutung für die Rechnungslegung*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking 1978. Zie voor een kleine greep uit andere onderverdelingen onder andere: J.V. Boonacker & E.D. Drok, *De mogelijke rechtsgevolgen van de letter of comfort volgens Nederlands, Engels, Duits en Frans recht*, Amsterdam: NIBE Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf 1992 (drie categorieën); M. Bellis e.a., *Les lettres de patronage*, Namur Société d'études morales, sociales et juridiques Paris: Feduci 1984, p. 18 (vier categorieën); M. Obermüller, 'Die Patronatserklärung', *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1975, p. 3-47 (zeven categorieën).

22 Vgl. ook Rb. Utrecht 12 februari 2003, JOR 2003, 125. Ook Smits spreekt van een rechtshandeling, in: Smits 2003, p. 44-46. Anders: E. van Emden, *Letter of support, Bank- en Effectenbedrijf* 2009, p. 12. Hij is van mening dat *comfort letters* dienen te worden beschouwd als overeenkomsten.

dergelijke eenzijdige toezegging van de moedermaatschappij kunnen aldus verbintenissen voortvloeiën.²³ Met betrekking tot de vraag of hier sprake is van een gerichte dan wel ongerichte rechtshandeling verwijzen wij naar paragraaf 6.

3 Een rechtens afdwingbare verplichting?

Of een *comfort letter* enig recht aan de crediteur geeft, hangt af van de bewoordingen en de inhoud van de verklaring van de moedermaatschappij.²⁴ De Hoge Raad heeft zich, voor zover ons bekend, nog niet gebogen over de strekking van een *comfort letter*.²⁵ In de afgelopen vijf jaar is in de lagere rechtspraak echter een aardig beeld ontstaan. We geven drie voorbeelden van verklaringen die, blijkens het oordeel van de Nederlandse rechter, een rechtens afdwingbare verplichting bevatten.

Een eerste voorbeeld is te vinden in een recent vonnis van de Rechtbank Amsterdam.²⁶ De casus was als volgt. De bank heeft in 2002 krediet verstrekt aan een Indonesische vennootschap (hierna: Mareno). DPW houdt 75,25 procent van de aandelen in Mareno. DPW verstrekt aan de bank een *comfort letter* die onder meer bepaalt:

‘We, DPW (...) shall ensure that the Borrower (Mareno, SK & LL) shall be (...) provided with financial means in such a way that the Borrower will be able at all times fully to meet any and all of its obligations in connection with such indebtedness in due time.’

In 2004 gaat Mareno failliet; vervolgens vordert de bank betaling van de moedermaatschappij DPW. De grondslag van de vordering is dat DPW toerekenbaar tekort

23 Smits 2003, p. 67; A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2008, p. 42. Een voorbeeld van een eenzijdige verklaring van de moedermaatschappij waaruit verbintenissen voortvloeien is de 403-verklaring. Zie hierover verder paragraaf 3 met betrekking tot de uitleg van de *letter of comfort*

24 Zie anders: Schoordijk 1989, p. 1676-1678, waarin hij stelt: ‘Mijns inziens moeten wij door verklaringen, die een zwakke binding lijken te suggereren, heen kijken en meer de knipoog onder het genot van een goede sigaar laten prevaleren boven de “Buchstaben” van een verklaring, die veelal louter zwak uitvalt, omdat partijen eigenlijk best weten, wat zij willen; de moeder lijkt zich ten volle achter de dochter op te stellen. De verklaring doet er dan niet veel toe.’ Deze opmerking heeft de gemoederen vervolgens flink beziggehouden. Zie: Moojen, ‘De ongemakkelijke *comfort letter*’, NJB 1990, p. 779-782; R.E. de Rooy, ‘Letters of *comfort*; nogmaals de Kleinwort Benson-zaak’, NJB 1990, p. 784-785; J. Spier, ‘Schoordijk vs Court of Appeal’, NJB 1990, p. 785-786; P.J.M. Akkermans, ‘Letters of *comfort*: een kwestie van risico’, NJB 1990, p. 786; en de reactie van Schoordijk: H.C.F. Schoordijk, ‘Naschrift bij de reacties van Akkermans, Moojen, De Rooy en Spier’, NJB 1990, p. 786-787.

25 Hierbij dient te worden vermeld dat in een onlangs verschenen uitspraak van de Hoge Raad de *comfort letter* slechts zijdelings aan de orde kwam (HR 26 juni 2009, JOR 2009, 221 m.nt. Borrius). Deze uitspraak zal verderop in deze paragraaf worden behandeld. Een andere uitspraak die in dit verband kan worden genoemd is HR 11 september 2009, RvdW 2009, 995 (Comsys). Laatstgenoemde uitspraak gaat echter in op de aansprakelijkheid van de holding op grond van onrechtmatig handelen. Dit zal in deze bijdrage niet nader aan de orde komen.

26 Rb. Amsterdam 1 augustus 2007, JOR 2008, 53.

is geschoten in haar uit de *letter of comfort* voortvloeiende verplichting om Mareno te laten bestaan en Mareno de financiële middelen te verschaffen om aan haar betalingsverplichtingen jegens de bank te voldoen. De rechtbank wijst de vordering toe, omdat DPW met het afgeven van deze verklaring een rechtens afdwingbare verplichting op zich heeft genomen. Hoewel de rechtbank daarop niet specifiek ingaat, kan worden gezegd dat de bewoordingen in deze *comfort letter* bijzonder verplichtend zijn gekozen: DPW zal ervoor instaan dat Mareno over voldoende financiële middelen zal beschikken om haar verplichtingen na te komen.

Een tweede voorbeeld betreft een zaak ontleend aan een vonnis van de Rechtbank Utrecht.²⁷ De casus was als volgt. De bank verstrekt een lening ter hoogte van f 350.000 aan een bv en de vier aandeelhouders van deze bv verklaren aan de bank dat zij het garantievermogen²⁸ van de vennootschap in bepaalde omstandigheden zullen aanvullen. De vier aandeelhouders van de bv hebben het volgende verklaard: indien het garantievermogen op enig tijdstip minder bedraagt dan 30 procent van het balanstotaal zullen zij

‘op eerste schriftelijk verzoek van de bank het garantievermogen aanvullen met een bedrag gelijk aan het verschil tussen het garantievermogen op het tijdstip van het schriftelijk verzoek en een bedrag van 30% van het balanstotaal op het tijdstip van het schriftelijk verzoek’

Na verloop van tijd gaat de bv failliet. Wanneer de bank de aandeelhouders verzoekt het vermogen van de bv aan te vullen met een bedrag van f 565.429, voeren de aandeelhouders aan dat zij er bij het afleggen van de vermogensverklaring van uit zijn gegaan dat zij met de genoemde verklaring niet meer verplichtingen op zich namen dan het bieden van zekerheid voor het aan de bv geleende bedrag van f 350.000. De vermogensverklaring bepaalde echter dat de aandeelhouders gehouden waren het vermogen van de bv aan te vullen. In deze verklaring werd geen verband gelegd met het bedrag van de lening. De rechtbank oordeelt daarom dat de door de aandeelhouders gesuggereerde uitleg op geen enkele wijze valt af te leiden uit de tekst van de vermogensverklaring en laat de bank toe om te bewijzen dat zij een vordering heeft op de bv.

Daarnaast overweegt de rechtbank dat in casu geen sprake is van een derdenbeding ten behoeve van de vennootschap in de zin van artikel 6:253 BW. De aandeelhouders hebben zich immers rechtstreeks jegens de bank verplicht om het garantievermogen van de bv aan te vullen. Uit de vermogensverklaring kan niet worden afgeleid dat deze ertoe strekte de bv een vorderingsrecht jegens de aandeelhouders te verlenen. Op grond daarvan oordeelt de rechtbank dat niet kan worden gezegd dat in casu sprake is van een derdenbeding. Ook kan de vermogensverklaring niet worden aangemerkt als een borgtocht, nu de aandeelhouders zich niet jegens de bank hebben

27 Rb. Utrecht 12 februari 2003, JOR 2003, 125. Vgl. over deze zaak ook Van der Waals 2004, p. 69-73.

28 Het garantievermogen bestaat uit het eigen vermogen van de vennootschap, vermeerderd met de vorderingen van crediteuren op de vennootschap die (mede) ten behoeve van de bank zijn achtergesteld.

verbonden tot nakoming van verbintenissen die de bv had of zou krijgen. Zij zijn 'slechts' jegens de bank gehouden tot aanvulling van het vermogen van de bv.

Een derde voorbeeld betreft de volgende situatie, die ten grondslag ligt aan een recent vonnis van de Rechtbank Rotterdam.²⁹ Plaid Enterprises Inc. is gevestigd in Delaware en houdt – via een tussenholding – alle aandelen in Plaid Enterprises BV. Laatstgenoemde is enig aandeelhoudster van Plaid Beheer BV. Plaid Beheer BV houdt op haar beurt alle aandelen in Plaid Nederland BV. In verband met de consolidatie van de jaarrekeningen van Plaid Nederland en Plaid Beheer heeft laatstgenoemde een verklaring verstrekt in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Hierin stelt Plaid Beheer zich hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van Plaid Nederland. Vanwege twijfel aan de juistheid van de continuïteitsveronderstelling ten aanzien van Plaid Beheer heeft Plaid Enterprises Inc., op verzoek van de accountant van Plaid Beheer, in augustus 2001 een zogenaamde *going concern support letter* afgegeven, gericht aan het bestuur van Plaid Beheer. Deze verklaring houdt onder meer in:

'Plaid Enterprises Inc. is committed to provide the necessary level of financial support to Plaid Beheer B.V. to enable it to pay its debts as they become due for a period ending on December 31, 2002 and believes that Plaid Enterprises Inc. has the financial resources to fulfil that commitment.'

Een jaar later gaat zowel Plaid Beheer als Plaid Nederland failliet. Zowel Plaid Enterprises Inc. als Plaid Enterprises BV heeft een vordering ter verificatie ingediend in het faillissement van Plaid Nederland. Deze vordering hebben zij tevens ter verificatie ingediend in het faillissement van Plaid Beheer, op grond van de 403-verklaring. De curator van Plaid Beheer stelt echter dat deze vorderingen op Plaid Beheer, op grond van de *support letter*, moeten worden achtergesteld bij de overige in het faillissement van Plaid Beheer ingediende concurrente vorderingen. Indien deze achterstelling zou worden afgewezen, vordert de curator nakoming van de verplichting uit de *support letter*, hetgeen dan neer zou komen op betaling van een bedrag om de crediteuren van Plaid Beheer te voldoen.

Plaid Enterprises Inc. stelt dat de *support letter* geen afdwingbare verplichting behelst en geen achterstelling tot gevolg kan hebben. De Rechtbank Rotterdam oordeelt echter dat Plaid Enterprises Inc. zich bij de tot het bestuur van Plaid Beheer gerichte verklaring ertoe heeft verbonden de nodige financiële ondersteuning aan Plaid Beheer te verschaffen om haar in staat te stellen haar schulden te voldoen. De rechtbank overweegt dat Plaid Inc. met de afgifte van de *support letter* een afdwingbare verplichting jegens Plaid Beheer op zich heeft genomen die met zich brengt dat Plaid Beheer nog steeds aanspraak heeft op een zodanige financiële ondersteuning door Plaid Enterprises Inc. dat zij in staat zal zijn haar schulden te voldoen, voor zover deze uiterlijk op 31 december 2002 opeisbaar zijn geworden. De rechtbank volgt de curator niet in de stelling dat de vorderingen die Plaid Enterprises Inc. ter

29 Rb. Rotterdam 21 mei 2008, JOR 2008, 285 m.nt. R.I.V.F. Bertrams. Vgl. overigens ook Rb. Rotterdam 21 mei 2008, LJN: BD6802.

verificatie heeft ingediend, in het faillissement van Plaid Beheer zouden moeten worden achtergesteld bij de overige concurrente vorderingen.

Uitleg van de comfort letter

Het voorgaande illustreert dat de gekozen bewoordingen in de *comfort letter* bepalen of deze verklaring rechtens afdwingbare verplichtingen met zich meebrengt of niet. Bij de uitleg van overeenkomsten geldt als hoofdregel de zogenaamde Haviltex-maatstaf,³⁰ op grond waarvan het bij uitleg van schriftelijke contracten niet alleen aankomt op een taalkundige uitleg, maar wordt gekeken naar 'de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'. Dit wordt ook wel de subjectief-objectieve uitleg genoemd. Hierna heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat ten aanzien van de uitleg van bepalingen van een cao een andere norm gold, namelijk de bewoordingen van de cao-bepaling in kwestie, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst.³¹ De bedoelingen van contractpartijen zijn hier niet van belang. Een cao geldt immers ook voor partijen die niet bij de totstandkoming ervan betrokken waren. Het betreft aldus een objectieve uitlegmethode waarbij de grammaticale uitleg bepalend is. Deze cao-norm wordt op weinig contracten toepasselijk geacht. Echter, binnen de Haviltex-norm is ook plaats voor een objectieve uitleg.³² Vervolgens diende de uitspraak DSM/Fox³³ zich aan, waarin de Hoge Raad stelt dat de overgang tussen de Haviltex-maatstaf en de cao-norm een vloeiende is.³⁴ De Hoge Raad stelt in deze uitspraak dat de taalkundige betekenis van de bewoordingen van schriftelijke contracten bij de uitleg van het geschrift van groot belang zijn. Overigens staat de DSM/Fox-uitspraak niet in de weg aan het uitgangspunt dat een subjectieve uitleg (het achterhalen van een gemeenschappelijke bedoeling) voor de objectieve uitleg (het vaststellen van een redelijke uitleg op grond van andere, objectieve factoren) gaat.³⁵

Ten aanzien van het voorgaande kan men zich afvragen hoe de Nederlandse rechter omgaat met de uitleg van bewoordingen in *comfort letters* ten aanzien van contractpartijen. Waar kunnen *comfort letters* worden geplaatst in het uitleg-vraagstuk? Ter illustratie halen wij een onlangs door de Hoge Raad besliste zaak aan.³⁶ In deze uitspraak verkrijgen de 50 procent-aandeelhouders en tevens bestuurders van Vista Office Solutions BV (hierna: Vista), Eurocommerce III BV en Kloosterbrink BV een verhoging van hun financiering door Fortis, op basis van een door Eurocommerce en Kloosterbrink afgegeven kapitaalinstandhoudingsverklaring (verder: KIV). De desbetreffende kredietovereenkomst is eerst geaccepteerd door Vista en daarna

30 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

31 HR 17 september 1993, NJ 1994, 173; HR 24 september 1993, NJ 1994, 174.

32 R.P.J.L. Tjittes, 'Terug naar de tekst – Een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten', WPNR 2007, 6709, p. 419, waarin hij signaleert dat deze objectieve uitleg aan betekenis lijkt te winnen.

33 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (DSM/Fox).

34 Idem, r.o. 4.4 en 4.5.

35 R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 11.

36 HR 26 juni 2009, JOR 2009, 221 m.nt. Borrius.

door Kloosterbrink, en vervolgens door Eurocommerce ondertekend. In de KIV is onder meer het volgende bepaald:

‘Kloosterbrink (...) verplicht zich jegens de bank om, zolang de debiteur van de bank kredietfaciliteiten geniet, in welke vorm dan ook, of jegens de bank enigerlei verplichting heeft en/of zal verkrijgen, ervoor zorg te dragen, dat het risicodragend vermogen van de debiteur intact zal blijven en nimmer zal dalen beneden voormeld percentage van het gecorrigeerde balanstotaal, verplicht zich, in het geval het risicodragend vermogen van de debiteur minder bedraagt dan voormeld percentage van het gecorrigeerde balanstotaal, op eerste verzoek van de bank dusdanige bedragen als achtergestelde lening of eigen vermogen aan de debiteur ter beschikking te stellen, dat het risicodragend vermogen weer minimaal voormeld percentage van het gecorrigeerde balanstotaal bedraagt. De beheermaatschappij en de debiteur verplichten zich geen handelingen te verrichten, waardoor het risicodragend vermogen daalt beneden voormeld percentage van het gecorrigeerde balanstotaal.’

Kloosterbrink blijkt daarna niet in staat te zijn een kapitaalstorting te doen, terwijl Eurocommerce meende dat deze storting kon worden gebaseerd op de KIV. Vervolgens gaat Vista failliet. Eurocommerce gaat over tot gehele betaling van de desbetreffende kredietfaciliteit aan Fortis en vordert aansluitend hoofdelijke veroordeling van Kloosterbrink BV en van beide bestuurders van Kloosterbrink tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door hun onrechtmatige handelwijze, daar zij Eurocommerce tot verstrekking van de KIV hebben bewogen terwijl zij wisten of redelijkerwijze konden weten dat Kloosterbrink haar verplichtingen uit de door haar afgegeven KIV niet kon nakomen.

Het hof stelt dat de door Kloosterbrink ondertekende KIV met betrekking tot Eurocommerce moet worden uitgelegd conform de Haviltex-formule, op grond waarvan bij de uitleg van een geschrift de nadruk op de taalkundige uitleg van de gebruikte bewoordingen ligt. Bij hantering van de ‘objectieve’ Haviltex-norm dient te worden gekeken naar ‘de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’.³⁷ Met betrekking tot onderhavig feitencomplex overweegt het hof voorts dat de taalkundige betekenis veel betekenis toekomt aangezien het in casu gaat om een mogelijke voorwaarde met betrekking tot een overeenkomst tussen twee gelijkwaardige professionele partijen en het gaat om een zuivere commerciële transactie. Op grond van deze overwegingen oordeelt het hof dat de KIV een ongeclausuleerde garantie van de aandeelhouders bevat.

In verband met de uitleg van *comfort letters* kan voorts worden gewezen op de uitleg van de 403-verklaring. Artikel 2:403 BW houdt een vrijstelling in voor een dochtervennootschap ter zake van de inrichtingsvoorschriften voor de eigen jaarrekening, wanneer aan de in dit wetsartikel genoemde voorwaarden is voldaan. Een van

37 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

deze vereisten is een schriftelijke, hoofdelijke aansprakelijkheidstelling van de moedermaatschappij voor de uit rechtshandelingen van de groepsmaatschappij voortvloeiende schulden (art. 2:403 lid 1 sub f BW). Deze verklaring houdt een niet tot een bepaalde partij gerichte, eenzijdige rechtshandeling in, op grond waarvan rechtstreeks aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ontstaat.³⁸ Men kan jegens de moedermaatschappij geen recht ontfangen aan artikel 2:403 BW, maar alleen aan de door de moedermaatschappij gedeponeerde verklaring, aldus de Hoge Raad in de uitspraak Akzo/ING.³⁹

In dezelfde uitspraak stelde de Hoge Raad met betrekking tot de uitleg van een dergelijke verklaring:⁴⁰

‘Wat deze verklaring (...) in een concreet geval inhoudt moet worden vastgesteld door uitleg daarvan. Daarbij zal in beginsel vooral moeten worden gelet op de aard van deze verklaring (...). De strekking van de verklaring zoals deze volgt uit de hiervoor vermelde context van de wet, kan ook een rol spelen bij deze uitleg.’

De bedoeling van degene die de verklaring afgeeft, dient hier als uitgangspunt te worden genomen.⁴¹ De strekking van de desbetreffende verklaring kan daarbij van belang zijn, maar vormt niet het vertrekpunt bij uitleg. Ook in het geval van een 403-verklaring wordt de tekst van de verklaring beslissend geacht bij de uitleg ervan. Op deze ongerichte eenzijdige rechtshandeling is dus een bijna volledig geobjectiveerd criterium van toepassing.

Op grond van de hiervoor aangehaalde rechtspraak lijkt de Nederlandse rechter te neigen naar een geobjectiveerde uitleg van de *comfort letter*.⁴² Ook ten aanzien van een 403-verklaring gaat de rechter in beginsel uit van de tekst van de verklaring. Ten aanzien van deze taalkundige uitleg is het van belang dat het gaat om een commercieel contract tussen professionele partijen.⁴³ Echter, juist ten aanzien van *comfort letters* is de moeilijkheid gelegen in het feit dat, zoals in paragraaf 2 is besproken, de inhoud van een dergelijke verklaring niet zelden een compromis tussen partijen betreft en derhalve vage bepalingen zal bevatten.

38 A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2008, p. 45.

39 HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447 r.o. 3.4.2 (Akzo/ING; m.nt. Ma).

40 HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447 r.o. 3.4.2 (Akzo/ING; m.nt. Ma).

41 H.J. de Kluiver, 'Het effect van zogenaamde 403-verklaringen', *Onderneming & Financiering* 2002, p. 100.

42 Hier kan tevens worden gewezen op een recente uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad, waarin de rechtbank zich vooral concentreert op de bewoordingen van de patronaatsverklaring ter vaststelling van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij (Rb. Zwolle-Lelystad 22 april 2009, JOR 2010, 107, r.o. 5.3 m.nt. R.I.V.F. Bertrams).

43 Met betrekking tot commerciële contracten en taalkundige uitleg: Tjittes 2007, p. 420.

Looptijd van de comfort letter

Uitleg van de bewoordingen van een *letter of comfort* kan ook betrekking hebben op de looptijd van de verklaring. Een arrest van het Gerechtshof Den Haag⁴⁴ heeft betrekking op de volgende *comfort letter*, die was verstrekt op verzoek van de accountant opdat hij de activa van de dochtermaatschappij op *going-concern*basis kon waarderen:

‘We herewith confirm that our company, Vobitech N.V. (...) being sole shareholder of Vobis Microcomputer B.V. (...) will provide all necessary support to Vobis Microcomputer B.V. and its subsidiaries to meet all of its obligations and continue its operations for the twelve-months period after the signature date of this letter.’

Deze verklaring werd ondertekend op 21 juni 2002. Vobitech heeft haar belang in Vobis Microcomputer in maart 2003 verkocht. Tijdens de looptijd van de verklaring heeft zij Vobis Microcomputer daadwerkelijk gesteund en er zijn twee jaar verstreken sinds 21 juni 2003 zonder dat door Vobis Microcomputer of derden een beroep op de *comfort letter* is gedaan. Vervolgens gaat Vobis Microcomputer failliet. De curator stelt dat de boedel van Vobis Microcomputer aan de genoemde *comfort letter* een aanspraak op betaling jegens Vobitech kan ontlenen, voor zover het gaat om vorderingen op Vobis Microcomputer die zijn ontstaan in de periode 21 juni 2002 tot 21 juni 2003. Vobitech bestrijdt deze uitleg van de verklaring en voert aan dat deze verklaring niet een garantie is in de zin van artikel 2:403 lid 1 sub f BW of vergelijkbaar is met een dergelijke garantie, en stelt dat de werking van de verklaring in beginsel eindigt op de laatste dag van de periode waarvoor zij is verstrekt. Het Hof bevestigt het standpunt van Vobitech en overweegt dat de moedermaatschappij Vobitech zich met de aan Vobis Microcomputer verstrekte verklaring verbond tot het verlenen van financiële steun gedurende de periode van een jaar na 21 juni 2002, zodat Vobis Microcomputer haar bedrijf kon voortzetten en in dat jaar aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. De beperkte strekking van deze verklaring brengt mee, zo oordeelt het Hof, dat Vobitech in beginsel slechts tot 21 juni 2003 gehouden was financiële steun te verstrekken en daarna niet meer, ook indien het gaat om tijdens die periode ontstane schulden die per 21 juni 2003 nog niet betaald waren. In casu wordt een vordering ingesteld op grond van de *comfort letter*, terwijl na de einddatum van de verklaring reeds meer dan twee jaar zijn verstreken zonder dat door Vobis Microcomputer een beroep is gedaan op de *comfort letter*. Het Hof oordeelt dat Vobitech in beginsel slechts tot 21 juni 2003 gehouden was financiële steun te verstrekken. Het Hof overweegt vervolgens dat het denkbaar is dat de steunverplichting van Vobitech onder bepaalde omstandigheden nog gedurende een korte ‘uitlooperperiode’ kan blijven voortduren. Het Hof oordeelt echter dat hiervan in casu geen sprake is, mede gezien de omstandigheden van het geval. Onduidelijk is echter wat het Hof precies bedoelt met de genoemde korte ‘uitlooperperiode’ en welke vereisten hiervoor gelden.

44 Gerechtshof Den Haag 11 oktober 2005, JOR 2005, 309.

4 Letters of comfort over de grens

De buitenlandse rechtspraak laat een wisselend beeld zien. De belangrijkste uitspraak over de positie van een *letter of comfort* in het Engelse recht is de zaak Kleinwort Benson.⁴⁵ De casus was als volgt. De bank verstreekte een kredietfaciliteit van 5 miljoen pond aan MMC Metals Ltd. De moedermaatschappij van MMC Metals Ltd. werd gevraagd om een garantie voor de terugbetaling van deze lening. Dit weigerde de moedermaatschappij echter. In plaats daarvan verstreekte zij een *letter of comfort* aan de bank. Voor de bank was dit aanleiding om een hoger rentepercentage te bedingen. De *comfort letter* bepaalde onder meer:

‘It is our policy to ensure that the business of MMC Metals Limited is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above arrangements.’

Vervolgens werd MMC Metals Ltd. failliet verklaard. De bank vorderde betaling van de moedermaatschappij op basis van de *comfort letter*. De vraag die voor de rechter rees, was of de *letter of comfort* een rechtens afdwingbare verplichting bevatte. Het Court of Appeal wees de vordering af en overwoog dat de genoemde bewoordingen geen rechtens afdwingbare verplichting van de moedermaatschappij inhielden. De moedermaatschappij had slechts een morele en geen rechtens afdwingbare verantwoordelijkheid jegens de bank op zich genomen.⁴⁶

Het Court of Appeal benadrukte dat het antwoord op de vraag of uit een afspraak tussen partijen juridische verplichtingen ontstaan, afhankelijk is van de omstandigheden van het desbetreffende geval. In dit geval was het relevant dat de partijen een gelijke onderhandelingspositie hadden, dat de moedermaatschappij expliciet geweigerd had om een juridisch bindende garantie te verstrekken en dat de bank, kennelijk, in plaats daarvan een *letter of comfort* accepteerde, op basis van het feit dat het rentepercentage dat over de lening moest worden betaald hoger was dan de bank gevraagd zou hebben bij afgifte van een garantie door de moedermaatschappij. Het Court of Appeal benadrukte dat de verklaring slechts betrekking had op het huidige beleid van de onderneming. De verklaring bepaalde immers niet dat het toekomstig beleid van de dochtermaatschappij. Deze verklaring kon daarom niet worden uitgelegd als een belofte om dit beleid in de toekomst niet te wijzigen. Zodoende was er, naar het oordeel van het Court of Appeal, geen sprake van een rechtens afdwingbare verplichting.

45 Kleinwort Benson Ltd. vs. Malaysia Mining Corp. Bhd., [1989] 1 WLR 379 All E.R. 785.

46 Ten aanzien van de afdwingbaarheid van overeenkomsten vereist het Engelse recht *consideration*. Het Court of Appeal kwam in casu echter niet aan het leerstuk van de *consideration* toe, daar het besloot dat de verklaring van de moedermaatschappij geen *contractual promise* betrof, maar er sprake was van een *statement of present fact* en daardoor geen rechtens afdwingbare verplichting behelsde.

Een Canadese uitspraak⁴⁷ heeft betrekking op de volgende *letter of comfort*, verstrekt door de moedermaatschappij aan de bank:

‘It is our policy that our wholly owned subsidiaries (...) be managed in such a way as to be always in a position to meet their financial obligations including repayment of all amounts due under the above facility.’

De rechter oordeelde dat deze verklaring voor de moedermaatschappij slechts een morele verplichting meebracht en niet een rechtens afdwingbare verplichting. Daarbij werd de nadruk gelegd op de bewoordingen *be managed*, die betekenen dat de dochtermaatschappijen zelf een verplichting hebben hun zaken zodanig te organiseren dat ze in staat zijn om aan hun financiële verplichtingen te voldoen. Daarom creëerde deze verklaring geen rechtens afdwingbare verplichting voor de moedermaatschappij. Voor de rechter was voorts van belang dat de bank en de moedermaatschappij commerciële instanties waren die beide bekend waren met *comfort letters*. De bank wilde heel graag zaken doen met deze moedermaatschappij en wist dat de *comfort letter* geen zekerheid bood in de traditionele zin en dat de waarde van een dergelijke verklaring afhankelijk was van de verhouding tussen de bank en de moedermaatschappij.

In de volgende twee Australische uitspraken concludeerde de rechter dat er wél rechtens afdwingbare verplichtingen voortvloeiden uit de *letter of comfort*. De eerste uitspraak is van de Supreme Court of New South Wales.⁴⁸ In deze zaak verstrekte de bank een lening aan Spedley Securities Ltd., een 100 procent dochtermaatschappij van Spedley Holdings Ltd. Van de aandelen in Spedley Holdings Ltd. is 45 procent in handen van Australian National Industries Ltd. (ANI). ANI bevestigde aan de bank dat zij op de hoogte was van deze lening en dat zij aandelen had in Spedley Holdings Ltd. ANI legde de volgende verklaring af aan de bank:

‘It would not be our intention to reduce our share holding in Spedley Holdings Limited (...) during the currency of this facility. We would, however, provide your Bank with ninety (90) days notice of any subsequent decisions taken by us to dispose of this share holding, and furthermore we acknowledge that, should any such notice be served on your Bank, you reserve the right to call for the repayment of all outstanding loans within thirty (30) days. (...) it is our practice to ensure that (...) Spedley (...) will at all times be in a position to meet its financial obligations as they fall due (...). We take this opportunity to confirm that it is our practice to ensure that our affiliate Spedley Securities Ltd. will at all times be in a position to meet its financial obligations as they fall due.’

47 Toronto-Dominion Bank vs. Leigh Instruments Ltd. (Trustee of); Toronto-Dominion Bank vs. The Plessey Co. plc 178 D.L.R. (4th) 634 Ontario Court of Appeal. Vgl. over deze zaak ook J. Goodman, ‘No Comfort by Letter of Comfort: Toronto-Dominion Bank v. Leigh’, 14 Banking & Finance Law Review, p. 389-396.

48 Banque Brussels Lambert SA vs. Australian National Industries Ltd. (1989), 21 N.S.W.L.R. 502 (S.C.). Vgl. hierover ook R.I.V.F. Bertrams & F.G.B. Graaf, ‘Letters of comfort: judge Rogers CJ vs UK Court of Appeal’, Bedrijfsjuridische Berichten 1990, p. 245-246.

ANI verkocht de aandelen zonder hiervan mededeling te doen aan de bank. Zou ANI deze mededeling hebben gedaan, dan zou de bank de lening naar verwachting hebben teruggevraagd. Dit zou tot gevolg hebben gehad dat de waarde van de aandelen aanzienlijk was gedaald en ANI de aandelen niet tegen een aantrekkelijke prijs had kunnen verkopen. Na het faillissement van Spedley Securities Ltd. vorderde de bank betaling van ANI. De rechter oordeelde dat de *comfort letter* een bindende, contractuele verplichting bevatte om mededeling te doen van iedere verkoop van de aandelen, dat ANI tekort was geschoten in de nakoming daarvan en dat zij daarom gehouden was tot betaling.

De rechter onderscheidde deze zaak van de zaak Kleinwort Benson en overwoog, meer in het algemeen, dat een *letter of comfort* in beginsel rechtens afdwingbaar zou moeten zijn:

‘There should be no room in the proper flow of commerce for some purgatory where statements made by a businessman, after hard bargaining and made to induce another business person to enter into a business transaction would, without any express statement to that effect, reside in a twilight zone of merely honourable engagement.’

Dit sluit volledig aan bij de visie van Schoordijk, die de *comfort letter* ‘behoudens duidelijk blijk van het tegendeel, altijd mede in de rechtssfeer plaatst’.⁴⁹ Hij schrijft dat het absurd zou zijn:

‘(...) indien banken grote bedragen, afgaande op min of meer sussende verklaringen van moedermaatschappijen, lenen en toch met lege handen staan’.

Een meer recente Australische uitspraak, van de Supreme Court van New South Wales,⁵⁰ heeft betrekking op een *letter of comfort* die gericht was aan de dochtervennootschap. Gate Gourmet International AG is een Zwitserse vennootschap die alle aandelen houdt in Gate Gourmet (Holdings) Pty Limited, een Australische vennootschap. Vanwege de waardering van de dochtervennootschap op basis van *going concern* verklaart de Zwitserse moedermaatschappij het volgende jegens haar dochtervennootschap:

‘(t)his is to confirm that the parent entity, Gate Gourmet International AG, will provide the financial support that may be necessary to enable Gate Gourmet (Holdings) Pty Limited and its controlled entities to meet its financial commitments as and when they fall due. This guarantee will not be withdrawn before

49 H.C.F. Schoordijk, ‘Enige opmerkingen over zogenaamde patronaatsverklaringen’, in: D.H. Beukenhorst e.a. (red.), *Offerhauskring vijftientig jaar* (Offerhaus-bundel), Deventer: Kluwer 1987, p. 151-152.

50 Gate Gourmet Australia Pty Limited (in liquidation) CAN 089 347 562 v Gate Gourmet Holding AG, Company Number CH-020.3.003.945-1 & Ors [2004] NSWSC 149. Vgl. hierover ook: G. Sutherland & A. Gruzman, ‘Does Gate Gourmet make comfort letters binding?’, 46 *International Financial Law Review* 2004/8, p. 45-46.

Gate Gourmet (Holdings) Pty Limited and its controlled entities have sufficient means to meet their obligations without the support of the parent entity.’

Een dochtermaatschappij van Gate Gourmet (Holdings) Pty Limited gaat failliet en de curator begint een procedure tegen Gate Gourmet International AG op grond van de stelling dat de *comfort letter* een rechtens afdwingbare verplichting inhoudt op grond waarvan de dochtermaatschappij een vordering kan instellen jegens haar moedermaatschappij, ten behoeve van de schuldeisers. De rechter overweegt dat de bewoordingen van de verklaring helder en eenduidig zijn. De verklaring houdt naar het oordeel van de rechter in dat de Zwitserse moedermaatschappij de financiële steun zal bieden die nodig is om de Australische holding en de dochtermaatschappijen in staat te stellen om aan hun financiële verplichtingen te voldoen. De *comfort letter* gaf de Australische dochtermaatschappij daarom het recht om schadeloos gesteld te worden door de Zwitserse moedermaatschappij. Het valt op dat zowel in laatstgenoemde zaak als in de Nederlandse rechtspraak de *comfort letter* die is verstrekt in verband met de toe te passen methode van waarderen in de jaarrekening van de dochter, rechtens relevante verbintenissen doet ontstaan jegens de dochter. De vraag of ook derden hierop een beroep kunnen doen, komt aan de orde in paragraaf 6.

5 Wat is de grondslag van een vordering op grond van een *comfort letter*?

Als de moedermaatschappij haar toezegging in de *letter of comfort* niet nakomt, kan zij hiervoor dus aansprakelijk zijn.⁵¹ De vraag rijst dan of de bank of de dochtervennootschap op grond van Nederlands recht een vordering op de moedermaatschappij heeft op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW). Daarvoor is vereist dat de tekortkoming door de moedermaatschappij aan haar kan worden toegerekend. Bovendien is voor aansprakelijkheid van de moedermaatschappij vereist dat de bank of de dochtervennootschap het causaal verband tussen de ontstane schade en de wanprestatie door de moeder kan aantonen (art. 6:98 BW). Ook is een vordering op grond van onrechtmatige daad denkbaar, bijvoorbeeld wegens het wekken van de schijn dat de dochter kredietwaardig is.⁵² Op deze laatste mogelijkheid zal gezien de omvang van de bijdrage niet verder worden ingegaan. In de zaak die ten grondslag ligt aan het eerdergenoemde vonnis van de Rechtbank Amsterdam⁵³ was de grondslag van de vordering dat de moeder toerekenbaar tekort is geschoten in haar uit de *letter of comfort* voortvloeiende verplichting haar dochter de financiële middelen te verschaffen om aan haar betalingsverplichtingen jegens de bank te kunnen voldoen. Aan deze verplichting heeft de moeder niet voldaan; de rechtbank wijst de vordering daarom toe. Het is aannemelijk dat de rechtbank dit baseert op artikel 6:74 BW.

51 Terecht signaleert Bertrams in zijn noot bij Rb. Zwolle-Lelystad 22 april 2009, JOR 2010, 107 dat, in tegenstelling tot bijvoorbeeld een borgtocht, een *letter of comfort* vaak geen primaire vordering tot betaling tot gevolg zal hebben maar een vordering tot betaling van schadevergoeding wegens wanprestatie.

52 HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 (NBM/Securicor).

53 Rb. Amsterdam 1 augustus 2007, JOR 2008, 53.

Een vergelijkbare redenering komt naar voren in een ander vonnis van de Rechtbank Amsterdam.⁵⁴ In dat geval waren Jaspers en Wehrens via hun holdings bestuurders en meerderheidsaandeelhouders van twee vennootschappen. De bank verstrekt krediet aan deze twee vennootschappen. Bij de kredietovereenkomst is een aantal zekerheden aan de bank verleend; Jaspers en Wehrens hebben zich onder meer verbonden om eigener beweging aan deze vennootschappen aanvullende middelen ter beschikking te stellen, telkens wanneer het garantievermogen minder zou bedragen dan 30 procent van het balanstotaal. Beide vennootschappen worden failliet verklaard. De bank vordert schadevergoeding wegens het niet-nakomen door Jaspers en Wehrens van hun verplichting uit de verklaring om het eigen vermogen van de vennootschap op peil te houden. De rechtbank oordeelt dat Jaspers en Wehrens jegens de bank aansprakelijk zijn voor de schade die de bank heeft geleden als gevolg van het feit dat zij hun verplichting tot het op peil houden van het garantievermogen van de vennootschappen niet zijn nagekomen. Ook dit lijkt op grond van artikel 6:74 BW te zijn.

Zal het tekortschieten door de moedermaatschappij altijd toerekenbaar zijn? Deze vraag is in de Nederlandse rechtspraak (nog) niet aan de orde geweest. De toerekenbaarheid lijkt ons in een dergelijk geval bijna een gegeven te zijn. Het is niet goed voorstelbaar welke omstandigheden aanleiding kunnen vormen voor het oordeel dat in een dergelijk geval de tekortkoming van de moedermaatschappij niet toerekenbaar is. Winter⁵⁵ is van mening dat dit wel mogelijk is en geeft daarbij als voorbeeld onverwachte claims op de dochter die de financiële positie van de dochter op een door de moedermaatschappij niet te herstellen wijze schaden. Wij vragen ons af of dit niet juist het risico is dat de moedermaatschappij op zich heeft genomen bij het verstrekken van de *comfort letter*. Wat zijn bovendien onverwachte claims? Het lijkt ons een tamelijk eenvoudig argument voor de moedermaatschappij om aan te voeren dat zij niet in staat is de financiële positie van de dochter te herstellen.

Anderzijds past het niet in het systeem van de wet om te stellen dat een tekortkoming in de nakoming van de *comfort letter* door de moedermaatschappij altijd toerekenbaar is. Het probleem is bovendien dat het maken van een voorbehoud voor bijzondere risico's niet goed past in een *comfort letter*. Dit wekt immers de suggestie dat de moedermaatschappij wel aansprakelijk is voor andere risico's. Dit gegeven rechtvaardigt dat de mogelijkheid open moet blijven dat een tekortkoming van de moedermaatschappij in de nakoming van verplichtingen uit een *comfort letter*, in uitzonderlijke omstandigheden niet toerekenbaar kan zijn.

6 Wie kan een vordering instellen op grond van een *letter of comfort*?

De vraag welke partij een vordering kan instellen op grond van een *comfort letter*, kan niet voor alle mogelijke *letters of comfort* eenduidig worden beantwoord. Dit hangt immers af van de bewoordingen en de bedoeling ervan. Ook de vraag aan wie

54 Rb. Amsterdam 7 december 2005, JOR 2006, 160.

55 Winter 1992, p. 33.

de moedermaatschappij een toezegging doet, is hierbij van belang. Een *comfort letter* die is verstrekt in verband met een lening aan de dochter, zal in het algemeen een gerichte rechtshandeling zijn. De verklaring is dan gericht aan de bank die de financiering verstrekt. Het is evident dat een moedermaatschappij die een dergelijke verklaring aflegt jegens de bank, naar verwachting, door de bank kan worden aangesproken.⁵⁶ Waartoe de moeder zich middels deze verklaring heeft verplicht, moet worden bepaald aan de hand van de bewoordingen van de verklaring en de omstandigheden van het geval.

In het eerdergenoemde vonnis van de Rechtbank Utrecht⁵⁷ verstrekte de bank een lening aan een bv. De vier aandeelhouders van de bv verklaren jegens de bank dat zij in bepaalde omstandigheden op eerste schriftelijk verzoek van de bank het vermogen van de bv zullen aanvullen met een bepaald bedrag. Wanneer de bv failliet gaat, verzoekt de bank de aandeelhouders het vermogen aan te vullen. De rechtbank wijst de vordering van de bank toe. De rechtbank definieert de desbetreffende vermogensverklaring als een eenzijdige, gerichte rechtshandeling op grond waarvan de aandeelhouders jegens de bank gehouden zijn op eerste verzoek het garantievermogen van de bv aan te vullen. Het gaat dus om een eigen vordering van de bank waaraan de bv niet zelfstandig rechten kan ontleen.

De rechtbank overweegt dat de bank slechts belang heeft bij aanvulling van het garantievermogen indien zij nog een vordering heeft op de bv. Bij het ontbreken van een eigen vordering jegens de bv kan de bank dan ook niet uitsluitend ten behoeve van de boedel aanvulling van het garantievermogen vorderen. Wanneer de bank de aandeelhouders tot nakoming van hun verplichtingen kan aanspreken, leidt dat niet tot betaling aan de bank, maar aan de vennootschap. De vermogensverklaring gaf immers geen zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de vennootschap jegens de bank. Terecht merkt annotator Bertrams op dat het verschil tussen de situatie waarin de bank geen enkele vordering meer heeft en het geval waarin de bank nog een vordering van één euro heeft, hiermee draconisch wordt. Ook in de laatste situatie zijn de aandeelhouders immers gehouden het vermogen aan te vullen, mogelijk tot een bedrag dat vele malen hoger is dan één euro.

Het is lastiger om te bepalen wie een vordering kan instellen wanneer de moedermaatschappij haar verklaring tot de dochter heeft gericht. In dat geval kan in beginsel slechts de dochter (of de curator van de dochter) een vordering instellen op grond van de *comfort letter*. Hierbij dient men zich te realiseren dat een *letter of comfort* over het algemeen niet jegens de crediteuren wordt verstrekt. De vraag rijst echter of ook derden hierop een beroep kunnen doen. Nu de *letter of comfort* veelal tot de dochter gericht is, moet deze vraag in beginsel ontkennend worden beantwoord.

In geval van een *comfort letter* die is verstrekt op verzoek van de accountant in verband met de keuze van de waarderingsgrondslag, zal per geval beoordeeld moeten worden of sprake is van een gerichte rechtshandeling. Een dergelijke verklaring

56 Vgl. ook: Winter 1992, p. 127.

57 Rb. Utrecht 12 februari 2003, JOR 2003, 125 m.nt. R.I.V.F. Bertrams.

kan immers gericht zijn tot de dochtervennootschap in wier jaarrekening de waardeeringsgrondslag van *going concern* slechts kan worden toegepast na het verstrekken van de *comfort letter*. Verklaart de moedermaatschappij dat zij ervoor instaat dat de financiële situatie van de dochtermaatschappij steeds zodanig zal zijn dat de dochter haar verplichtingen kan nakomen, dan zou onzes inziens ook sprake kunnen zijn van een ongerichte rechtshandeling.⁵⁸ Aan de *comfort letter* die dient ter ondersteuning van de continuïteitsveronderstelling wordt ruchtbaarheid gegeven in de toelichting bij de jaarrekening (vgl. par. 2) en de jaarrekening dient gepubliceerd te worden (art. 2:394 BW). De betekenis die een derde hier redelijkerwijs aan kan toekennen, moet worden bepaald aan de hand van de bewoordingen in de toelichting en de omstandigheden van het geval.⁵⁹ Heeft de moeder een *comfort letter* verstrekt vanwege de gerede twijfel omtrent de continuïteit, dan mag de moeder geacht worden ervan op de hoogte te zijn dat de dochtermaatschappij niet meer op eigen kracht haar verplichtingen kan nakomen. Dit betekent dat de moeder een bijzondere zorgplicht heeft; schending van die zorgplicht kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn jegens de crediteuren van de dochter.⁶⁰

7 Toepasselijk recht

Een bespreking van het toepasselijk recht op een *letter of comfort* mag niet ontbreken. Uit de gegeven voorbeelden blijkt immers dat *comfort letters* niet zelden voorkomen in internationale verhoudingen.⁶¹ Vaak bevinden de betrokken partijen bij *comfort letters* zich in verschillende rechtsstelsels. Een moedermaatschappij kan bijvoorbeeld een *comfort letter* verstrekken aan een buitenlandse kredietverstrekker ten behoeve van een daar gevestigde dochtervennootschap.⁶² Het kan natuurlijk ook voorkomen dat de partijen zich allemaal in verschillende landen bevinden.⁶³ Ook in de eerdergenoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam⁶⁴ ontkomt ze er niet aan het toepasselijk recht vast te stellen: de naar het recht van Delaware opgerichte moedermaatschappij Plaid Inc. verstrekke een aan het bestuur van Plaid Beheer BV gerichte *support letter*. In de verschillende rechtssystemen wordt verschillend tegen het – al dan niet – juridisch afdwingbare karakter van de verplichtingen uit *comfort letters* aangekeken. Dit maakt het toepasselijk recht een essentieel element bij een bespreking van de *comfort letter*. De vraag welk recht van toepassing is, wordt mede bepaald door de grondslag van de vordering die wordt ingesteld. Wordt een vordering ingesteld op grond van onrechtmatige daad, dan zal de Nederlandse rechter een dergelijke vordering mogelijk beoordelen aan de hand van de

58 Ook de, in paragraaf 3 behandelde, 403-verklaring kan een eenzijdige, ongerichte rechtshandeling inhouden. Zie: HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447 r.o. 3.4.3.

59 Vgl. de wenk bij Hof Amsterdam 29 maart 2007, RO 2007, 93 en Ploeger & de Jong, 2006, p. 132.

60 Vgl. Hof Amsterdam 29 maart 2007, RO 2007, 93.

61 DiMatteo & Sacasas 1995, p. 360.

62 In multinationale concerns opereren dochtervennootschappen vaak zelfstandig en gaan zelf financiële relaties met (plaatselijke) kredietverstrekkers aan.

63 P. Wautelet, 'De patronaatsverklaring in het internationaal privaatrecht', *Jura Falconis* 1996-1997, p. 317-342.

64 Rb. Rotterdam 21 mei 2008, JOR 2008, 285 m.nt. R.I.V.F. Bertrams.

Rome II Verordening.⁶⁵ De toepassing en uitleg daarvan laten wij hier verder rusten met het oog op de omvang van deze bijdrage.

Zoals in het voorgaande geschetst, is het onder omstandigheden mogelijk, voor de bank of de dochtermaatschappij, om een vordering in te stellen op grond van de *comfort letter* als zodanig. In dit verband zouden wij de *comfort letter* willen vergelijken met de borgtocht en de abstracte bankgarantie. Een *comfort letter* kan immers ook zodanig geformuleerd zijn dat de verklaring van de moedermaatschappij beschouwd moet worden als een garantie.⁶⁶ Hoewel de vraag of de rechtsverhouding tussen de garanderende bank en de begunstigde moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst of als een eenzijdige, gerichte rechtshandeling in de Nederlandse literatuur⁶⁷ verschillend wordt beantwoord, geldt voor de abstracte bankgarantie de regel van artikel 3 EVO op grond waarvan een overeenkomst wordt beheerst door het door partijen gekozen recht.⁶⁸ Gezien de parallel met de *comfort letter* menen wij dat het ook mogelijk is om in een *comfort letter* een rechtskeuze op te nemen.⁶⁹ Dit zal niet veranderen onder de Rome I Verordening⁷⁰ die op 17 december 2009 in werking treedt en het EVO vervangt. Ook de verordening erkent immers een rechtskeuze door partijen (art. 3 Rome I).

De mogelijkheid tot het maken van een rechtskeuze in *comfort letters* lijkt ook te zijn erkend in het eerdergenoemde vonnis van de Rechtbank Amsterdam.⁷¹ In dit geval was zowel de bank als de dochtervennootschap aan wie de lening was verstrekt in het buitenland gevestigd, maar de moedervernootschap was een Nederlandse bv. De rechtbank constateert dat niet in geschil is dat de vordering op grond van niet-nakoming van de verplichtingen in de *comfort letter* moet worden beoordeeld naar Nederlands recht. De *letter of comfort* bevatte namelijk een rechtskeuze voor het Nederlandse recht.

Bij gebreke van een rechtskeuze wordt de bankgarantie in beginsel beheerst door het recht van het land waar de partij die de karakteristieke prestatie dient te verrichten haar gewone verblijfplaats heeft (art. 4 lid 2 EVO en art. 4 lid 2 Rome I). Bij

65 Verordening nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (PbEU 2007, L 199).

66 M.J.C. Flinterman & A. Babiy, 'De corporate garantie in Nederlandsrechtelijke financieringen', TOP 2009/4, p. 132-137.

67 E.L.A. van Emden, *Bankgarantie*, Deventer: Kluwer 2005, p. 6-7 en G. van Empel & J.B. Huizink, *Betaling, waardepapier en documentair krediet*, Deventer: Kluwer 1997, p. 111 stellen dat sprake is van een eenzijdige rechtshandeling. Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding Handelsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 55 meent dat de Hoge Raad in zijn arrest van 26 maart 2004, NJ 2004, 309 de verhouding tussen de bank en de begunstigde gekwalificeerd heeft als een overeenkomst. R.F. Bertrams, *Bank garanties in international trade*, Parijs: ICC Publishing 2004, p. 68 noemt de bankgarantie een 'contract *sui generis*'.

68 Vgl. R.I.V.F. Bertrams & S.A. Krusinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Kluwer 2008, p. 181 en 185.

69 Vgl. ook de noot van Bertrams bij Rb. Rotterdam 21 mei 2008, JOR 2008, 285 en Wauetelet 1996/1997.

70 Verordening nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (PbEU 2008, L 177/6).

71 Rb. Amsterdam 1 augustus 2007, JOR 2008, 53.

een borgtocht of bankgarantie is dit het land waar de garant gevestigd is.⁷² Hierbij is niet van belang door welk recht de onderliggende overeenkomst waarvoor zekerheid wordt verstrekt, wordt beheerst.⁷³ Toepassing van het EVO of de Rome I Verordening op de *comfort letter* betekent onzes inziens dat op de vordering uit hoofde van de *comfort letter* het recht van toepassing is van het land waar de moedermaatschappij, die de *comfort letter* verstrekte, is gevestigd.⁷⁴ Immers, volgens artikel 4 lid 1 EVO wordt de overeenkomst in beginsel beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden. Het tweede lid van artikel 4 EVO bevat het vermoeden dat de overeenkomst het nauwst verbonden is met het land waar de partij die de voor de overeenkomst kenmerkende prestatie moet verrichten, op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst haar hoofdbestuur heeft.

Met de karakteristieke prestatie wordt bedoeld op 'de prestatie die de overeenkomst als type onderscheidt van andere typen overeenkomsten'.⁷⁵ Nu de eerdergenoemde *going concern support letter*, verstrekt door de in Delaware gevestigde Plaid Inc., vermeldt dat Plaid Inc. de nodige financiële ondersteuning zal verschaffen teneinde Plaid Beheer in staat te stellen haar schulden te voldoen, zal het op deze wijze toezeggen van ondersteuning als kenmerkende prestatie kunnen worden aangemerkt.⁷⁶ Dientengevolge zal dan het recht van Delaware moeten worden toegepast. Ook in het Duitse internationaal privaatrecht, waar de voorschriften in het EVO zijn geïntegreerd in het EGBGB, wordt deze benadering gevolgd.⁷⁷

Toepasselijk recht: de Wcc?!

De Rechtbank Rotterdam⁷⁸ oordeelde echter anders. In deze zaak verklaarde, als gezegd, de Amerikaanse holding dat zij haar (klein)dochter, een Nederlandse bv, financiële steun zou bieden. Dit was een voorwaarde van de accountant om een goedkeurende accountantsverklaring te verstrekken over de jaarrekening van de bv. De rechtbank concludeert dat het Nederlands recht van toepassing is op de *letter of comfort*. De rechtbank overweegt, zonder enige nadere toelichting, dat bij gebreke

72 Vgl. Bertrams & Kruisinga 2008, p. 181 en 185. Vgl. ook Rb. Rotterdam 6 mei 2009; LJN BI6287.

73 Vgl. Bertrams & Kruisinga 2008, p. 181 en 185.

74 Zo ook: Van Emden 2009, p. 12.

75 L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Deventer: Kluwer 2004, p. 103.

76 Vgl. ook Rb. Zwolle-Lelystad 22 april 2009, JOR 2010, 107 r.o. 4.5 m.nt. R.I.V.F. Bertrams. Overigens wordt het feit dat, behalve de moedermaatschappij, de andere partijen bij de patronaatsverklaring in Duitsland zijn gevestigd en de betreffende verklaring in de Duitse taal is opgesteld door de Rechtbank Zwolle-Lelystad onvoldoende bevonden om de exceptieclausule van art. 4 lid 5 EVO (art. 4 lid 3 Rome I) in te kunnen roepen. Zie over de moedermaatschappij als kenmerkende prestatie in het kader van een patronaatsverklaring ook: Wessels 1996, p. 105; E.D. Drok & J.V. Boonacker, 'De juridische waarde van een letter of comfort', *Bank- en Effectenbedrijf* 1992, p. 13. Ook zo ten aanzien van Belgische toepassing van het EVO op de patronaatsverklaring, in: Wautelet 1996-1997. Wautelet gaat hier nog in op de eventuele mogelijkheid dat de bank als karakteristieke prestatie zou kunnen worden aangemerkt. Hierop hoeft hier niet verder te worden ingegaan, daar er in onderhavige uitspraak geen bank aan de patronaatsverklaring te pas komt.

77 Vgl. N. La Corte, *Die harte Patronatserklärung* (diss. Keulen), Berlijn: Duncker & Humblot 2006, p. 37-38.

78 Rb. Rotterdam 21 mei 2008, JOR 2008, 285 m.nt. R.I.V.F. Bertrams en Rb. Rotterdam 21 mei 2008, LJN BD6801, LJN BD6820, LJN BD 6802.

van een rechtskeuze in een *comfort letter* naar Nederlands internationaal privaatrecht in casu op grond van artikel 2 van de Wet conflictenrecht corporaties (hierna: Wcc), Nederlands recht van toepassing is op de dochtervennootschap (de bv) nu Plaid Beheer BV is opgericht naar Nederlands recht en een statutaire zetel binnen Nederland heeft.⁷⁹ Artikel 3(b) Wcc merkt het inwendig bestel van de dochter, en ook alle met dat inwendig bestel verband houdende onderwerpen, aan als een onderwerp dat door het op een corporatie toepasselijke recht wordt beheerst.⁸⁰ Vervolgens overweegt de rechtbank in rechtsoverweging 7.13 dat uit de memorie van toelichting bij de Wcc volgt dat onder het ruim uit te leggen begrip ‘onderwerpen die verband houden met dat inwendig bestel’ mede de jaarrekening en het jaarverslag worden begrepen. Daaronder moet volgens de rechtbank ook worden begrepen de goedkeurende accountantsverklaring bij de jaarrekening, alsmede de voorwaarden die de accountant verbindt aan zijn bereidheid om een dergelijke verklaring af te geven.

Inderdaad worden de jaarrekening en het jaarverslag door de incorporatiewet beheerst.⁸¹ De vraag rijst echter of dit ook impliceert dat in casu Nederlands recht van toepassing is op de *letter of comfort*. Het in de Wet conflictenrecht corporaties gehanteerde criterium dat het op een corporatie toepasselijke recht naast de oprichting ook het inwendig bestel van de corporatie en alle daarmee verband houdende onderwerpen beheerst (art. 3(b) Wcc), is ook gehanteerd in artikel 1 lid 2 sub e EVO, om te bepalen dat het EVO op deze onderwerpen niet van toepassing is.⁸² In de memorie van toelichting⁸³ heeft de minister er expliciet op gewezen dat in de terminologie van artikel 3 Wcc zo veel mogelijk aansluiting is gezocht bij voornoemde bepaling in het EVO, teneinde conflicten met het EVO te vermijden. Uit diezelfde memorie van toelichting⁸⁴ blijkt dat onder ‘inwendig bestel’ in de eerste plaats moet worden verstaan ‘alles wat betrekking heeft op de structuur en de inrichting van de corporaties. In het bijzonder de organen (...) en hun respectievelijke taken, verantwoordelijkheden, bevoegdheden en verplichtingen.’ Ook de vraag wie naast de corporatie aansprakelijk is uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid zoals die van aandeelhouders, bestuurder of andere functionarissen van de corporatie (art. 3 sub e Wcc), wordt beheerst door het incorporatierecht. Het gaat hier in de eerste plaats om de aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen tegenover de corporatie. Daarnaast betreft het de aansprakelijkheid van bij deze corporatie betrokken personen tegenover schuldeisers van de corporatie.

79 Hierbij dient te worden gewezen op het wetsvoorstel Boek 10 Burgerlijk Wetboek (Internationaal Privaatrecht) (Kamerstukken II 2009/10, 32137, nr. 2), waarin de Wcc zal worden gecodificeerd. Overigens zal de redactie van de artikelen nagenoeg geen wijzigingen bevatten (art. 5b Wcc uitgezonderd).

80 Dit wordt door art. 1 lid 2 sub e EVO uitgesloten van toepasselijkheid.

81 W.J. Slagter & J.C.K.W. Bartel, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 170.

82 Vgl. ook art. 1 lid 2 sub f Rome I Verordening.

83 Kamerstukken II 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 19 (MvT).

84 Kamerstukken II 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 18 (MvT).

Uit de memorie van toelichting⁸⁵ volgt dat de Staatscommissie voor internationaal privaatrecht er in een advies op heeft gewezen dat de primaire toepasselijkheid van het incorporatierecht op deze onderwerpen niet uitsluit dat een bestuurder of andere bij de corporatie betrokken persoon op grond van een onrechtmatige gedraging persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld. De problemen van samenloop die zich op dit terrein kunnen voordoen, lenen zich wegens hun sterk op het concrete geval toegespitste karakter niet voor een wettelijke regeling. Zij dienen daarom aan de rechtspraak te worden overgelaten. De minister onderschrijft deze opvatting en voegt hieraan toe: '(d)e genoemde aansprakelijkheden kunnen zich ook in concernverband voordoen, bijvoorbeeld omdat de moeder vennootschap als aandeelhouder, bestuurder of commissaris in de buitenlandse dochter vennootschap fungeert. Ook hier kunnen zich problemen van samenloop voordoen, ook zij dienen mijns inziens aan de rechtspraak overgelaten te worden.'

Uit het vorenstaande leiden we af dat de vraag welk recht van toepassing is op een *comfort letter*, niet expliciet beantwoord wordt in de Wcc. De Wcc bepaalt immers in het algemeen dat het Nederlandse vennootschapsrecht van toepassing is op de vennootschapsrechtelijke vragen die rijzen in de dochtervennootschap. Het voert onzes inziens te ver om hieronder ook een – vrijwillig – door de moedermaatschappij verstrekte verklaring te scharen. Dit betreft immers een vrijwillig verstrekte verklaring die losstaat van het vennootschapsrechtelijk karakter van de dochter. Het verstrekken van een dergelijke verklaring wijzigt de structuur van de dochtervennootschap niet; daarom maakt een *comfort letter* onzes inziens geen onderdeel uit van het 'inwendig bestel' van de dochtervennootschap.

Een extra argument tegen de toepassing van de Wcc is gelegen in het feit dat deze wet een dwingendrechtelijke regeling bevat. Toepassing van de Wcc op een *comfort letter* zou er dus toe leiden dat een rechtskeuze in een *comfort letter* geen betekenis heeft. Dit is onzes inziens niet wenselijk, juist omdat het instrument van de *comfort letter* ook buiten het vennootschapsrecht een rol kan spelen. Dit sluit overigens aan bij de gedachte van de wetgever. In de memorie van toelichting⁸⁶ wordt opgemerkt:

'(m)et name voor de onderwerpen die van wezenlijk belang zijn voor het bestaan van de corporatie, in het bijzonder de oprichting en het inwendig bestel (de structuur), is moeilijk in te zien waarom (en hoe) zij door een ander recht zouden (moeten) worden beheerst dan door het recht van het land van oprichting'.

Dit geldt onzes inziens niet voor de *letter of comfort*. Hiervoor ligt het onzes inziens juist voor de hand om een rechtskeuze te erkennen. Waarschijnlijk ligt aan de beslissing van de rechtbank tot toepassing van de Wcc ten grondslag dat de verklaring is afgegeven ten behoeve van goedkeuring van de jaarrekening door de accountant, nu de rechtbank in rechtsoverweging 7.13 de memorie van toelichting aanhaalt waaruit blijkt dat het begrip 'onderwerpen die verband houden met dat inwendig bestel' ruim dient te worden geïnterpreteerd.

85 Kamerstukken II 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 19-20 (MvT).

86 Kamerstukken II 1994/95, 24 141, nr. 3, p. 5 (MvT).

Met de overwegingen ten aanzien van de Wcc was de rechtbank overigens blijkbaar niet helemaal zeker van haar zaak, getuige het feit dat zij stelt dat:

‘indien daarmee [met de Wcc; SK en LL] niet reeds is gegeven dat de support letter door Nederlands recht wordt geregeerd, als betreffend een onderwerp dat verband houdt met een inwendig bestel van Plaid Beheer, in ieder geval moet worden geoordeeld dat uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de support letter zozeer nauwer is verbonden met Nederland dan met de staat Delaware, dat de laatste geen reële aanknopingswaarde heeft’.

De rechtbank doelt hier op het feit dat de *support letter* is afgegeven ten behoeve van de continuïteitsgrondslag bij het opstellen van de door Nederlands recht geregeerde jaarrekening van het naar Nederlands recht opgerichte en in Nederland zetelende Plaid Beheer. Bertrams schrijft in zijn noot bij deze uitspraak terecht dat de rechtbank ook het EVO toepast, nu deze regel is vervat in artikel 4 lid 5 EVO. Hierin is immers bepaald dat artikel 4 lid 2 EVO niet van toepassing is wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land dan het land van de karakteristieke prestant. Een vergelijkbare bepaling is overigens opgenomen in artikel 4 lid 3 van de Rome I Verordening.

Met annotator Bertrams zijn wij van mening dat het teleurstellend is dat de rechtbank niet nader ingaat op haar opmerkelijke keuze voor toepassing van de Wcc. Gezien het voorgaande is onzes inziens slechts het EVO (en binnenkort de Rome I Verordening) van toepassing op een *letter of comfort* en niet de Wcc. Met haar uitspraak lijkt de Rechtbank Rotterdam een onderscheid te maken dat niet te handhaven is: bij *comfort letters* die zijn uitgegeven als *going-concern*verklaring in het kader van de waardering van de dochtervennootschap, acht zij de Wcc van toepassing, terwijl bij *comfort letters* die zijn verstrekt met het oog op kredietverstrekking, het EVO zal worden toegepast.

Rechtskeuze lijkt een verstandige keuze

Hoe dan ook, ter voorkoming van dergelijke problemen zouden partijen gebruik kunnen maken van de primaire verwijzingsregel door middel van opname van een rechtskeuze in de *comfort letter*. De mogelijkheid tot het doen van een rechtskeuze is neergelegd in artikel 3 lid 1 EVO. Deze keuze hoeft niet uitdrukkelijk te zijn, maar mag ook stilzwijgend gebeuren.⁸⁷ Een dergelijke keuze wordt in beginsel door de rechter geaccepteerd.⁸⁸ Het is niet te zeggen of een rechtskeuze in de Plaid-zaak enig effect zou hebben gehad. De Wcc bevat immers dwingendrechtelijke bepalingen en laat de mogelijkheid tot het doen van een rechtskeuze dus niet toe. Hoewel de Wcc onzes inziens in het geheel geen toepassing behoort te vinden in geval van een

87 Echter, een rechtskeuze die is opgenomen in de concept-patronaatsverklaring is niet voldoende om een stilzwijgende rechtskeuze in de uiteindelijke patronaatsverklaring aan te nemen, in: Rb. Zwolle-Lelystad 22 april 2009, JOR 2010, 107 r.o. 4.4 m.nt. R.I.V.F. Bertrams.

88 Vgl. onder meer: Rb. Amsterdam 1 augustus 2007, JOR 2008, 53. Zie voor de algemene en bijzondere beperkingen aan de rechtskeuzebevoegdheid: L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Deventer: Kluwer 2004, p. 94-98.

comfort letter, zal een rechtskeuze de rechter wellicht bewegen tot toepassing van het EVO. Wij vinden steun voor deze stelling in het gegeven dat de rechtbank in de Plaid-zaak voorafgaand aan de overwegingen inzake de Wcc constateerde dat geen sprake was van een rechtskeuze.

Wanneer het toepasselijke recht vaststaat, kunnen partijen, wanneer ze daartoe in staat zijn, mogelijk meer rekening houden met eventuele (rechts)gevolgen van de *comfort letter* bij bijvoorbeeld het bepalen van de bewoordingen in de verklaring. In ieder geval kunnen partijen bij een rechtskeuze de mogelijke consequenties beter inschatten. Overigens wordt wel gesteld dat een *comfort letter* niet snel een rechtskeuze zal bevatten betreffende toepasselijk recht, bevoegde rechter of domicilie, mogelijk om te voorkomen dat men hiermee de indruk wekt van juridische gebondenheid.⁸⁹

8 Conclusie

De term *comfort letter* is een verzamelbegrip voor verklaringen die door de moedermaatschappij worden gedaan in het belang van een dochtermaatschappij. Die verklaring kan van belang zijn voor het verkrijgen van financiering door de dochter of voor de toe te passen methode van waardering in de jaarrekening van de dochter. Voorbeelden uit de rechtspraak in Nederland en uit de *common law*-landen laten een voorzichtige tendens zien in de richting van de veronderstelling dat een *comfort letter* die verstrekt is in verband met de methode van waardering in de jaarrekening van de dochtermaatschappij, in beginsel niet alleen morele, maar ook rechtens relevante verplichtingen behelst. Maar het is een dunne lijn die het onderscheid markeert tussen een *comfort letter* die een rechtens afdwingbare verplichting bevat en de *letter of comfort* die slechts morele verplichtingen behelst. De bewoordingen in de *comfort letter* zijn hierbij van groot belang. De Nederlandse rechter is geneigd te kiezen voor een geobjectiveerde uitleg van de *comfort letter*. Echter, juist ten aanzien van deze verklaringen is de moeilijkheid gelegen in het feit dat de inhoud ervan niet zelden een compromis tussen partijen betreft. Dit betekent dat een geobjectiveerde uitleg niet gemakkelijk zal zijn.

Onzes inziens zal een *letter of comfort* vaak een eenzijdige rechtshandeling betreffen waaruit verbintenissen kunnen voortvloeien. Een *comfort letter* in het kader van de verkrijging van financiering voor de dochtermaatschappij zal vaak een gerichte, eenzijdige rechtshandeling vormen op grond waarvan de moedermaatschappij door de bank zou kunnen worden aangesproken. Met betrekking tot *comfort letters* in het

89 Moojen 1990, p. 781; Van Emden 2009, p. 12; Wautelet 1996-1997; A. Verbeke & D. Blommaert, 'De patronaatsverklaring: een persoonlijke zekerheid met vele gezichten', *Le droit des affaires/het ondernemingsrecht* 1994, p. 91. Laatstgenoemden verwijzen hierbij naar van Hecke (Van Hecke, 'Le droit international privé des sûretés issues de la pratique', in: A. Bruyneel & A. Stranart, *Les sûretés*, Paris: Feduci 1984, p. 457) en naar Limpens en Delierneux, die het met deze stelling niet eens zijn en menen dat zulke bedingen steeds vaker voorkomen (A. Meinertzhagen-Limpens & M. Delierneux, 'Les lettres de patronage', in: A. Bruyneel & A. Stranart, *Les sûretés*, Paris: Feduci 1984, K.1, nr. 4).

kader van waardering van bezittingen van de dochter zal per geval moeten worden vastgesteld of sprake is van een gerichte dan wel ongerichte rechtshandeling. Van dit laatste kan onzes inziens sprake zijn wanneer de moedermaatschappij verklaart in te staan voor de financiële situatie van haar dochter, waardoor de dochter haar verplichtingen kan nakomen. Daar *comfort letters* die zijn verstrekt in het kader van de waardering in de toelichting bij de jaarrekening dienen te worden genoemd, zouden derden hier mogelijkwerwijs betekenis aan kunnen toekennen. In het vorenstaande wordt echter niet nader ingegaan op mogelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad, maar is een vordering op basis van wanprestatie ex artikel 6:74 BW op grond van *comfort letters* als uitgangspunt genomen. Hiervoor is een causaal verband tussen de schade en de wanprestatie van de moedermaatschappij vereist en dient de tekortkoming in de nakoming van verplichtingen uit een *letter of comfort* door de moeder aan haar toerekenbaar te zijn. Van dit laatste zal onzes inziens slechts in uitzonderlijke omstandigheden geen sprake zijn.

In een *letter of comfort* kan een rechtskeuze worden gedaan die onzes inziens op grond van het EVO en de Rome I Verordening moet worden erkend. Bij gebreke van een rechtskeuze wordt de *comfort letter* onzes inziens in beginsel beheerst door het recht van het land waar degene die de verklaring heeft verstrekt, gevestigd is, zowel met betrekking tot *going-concern*verklaringen in het kader van de waardering van de bezittingen van de dochtervennootschap als bij *comfort letters* die zijn verstrekt met het oog op kredietverstrekking. In tegenstelling tot de meeste buitenlandse rechtsstelsels is de *letter of comfort* naar Nederlands recht een vrij onderbelichte rechtsfiguur. Echter, een toename van dergelijke verklaringen valt te verwachten, onder meer daar accountants vaker dan voorheen de moedermaatschappij zullen vragen een dergelijke verklaring te verstrekken om een dochtervennootschap *going concern* te kunnen waarderen. Wij hebben getracht met deze bijdrage enig licht te brengen in de duisternis; al met al lijkt een *comfort letter* echter geen comfortabel bezit.