

Ad rem

Prof. mr. F.W. Grosheide

1.

Een Franse ontwikkeling die het signaleren waard lijkt, is te vinden in een alweer van vorig jaar daterende uitspraak van het Cour de cassation inzake de betekenis van een zogeheten *best efforts-clause* in een *comfort letter*. De zaak is gepubliceerd in *Bulletins des Arrêts* 2002, p. 126 (nr 117) en in Engelse samenvatting op www.internationallawoffice.com onder Litigation. Om te weten wat ook maar weer een *letter of comfort* is, raadplege men de recente druk van Marcel Fontaine, Filip De Ly, *Droit des contrats internationaux* (Bruylant 2003), p. 11-13: (...) *un document (...) par lequel une société mère manifeste au profit d'un cocontractant de sa filiale son intention de maintenir son contrôle et son soutien*. Fontaine/De Ly wijzen erop dat het bij een dergelijk document gaat om een kennelijke overeenkomst waarbij de moeder in algemene zin de solvabiliteit garandeert van de dochter. De auteurs voegen daaraan echter toe dat voor de juiste betekenis van een *letter of comfort* alles aankomt op de concrete tekst: *la terminologie utilisé par les parties est sans incidence, lorsqu'elle démente par les éléments de fait*. Zo gezien, moet de *letter of comfort* dan ook uitdrukkelijk worden onderscheiden van *lettres d'intention spécifiques* als hoedanig de auteurs de 'gewone' intentieverklaring beschouwen. Deze laatste encadreert contractsonderhandelingen en heeft in het algemeen gesproken nu juist niet de bedoeling contractuele rechten en verplichtingen in het leven te roepen.

2.

In het hier te signaleren geval verstrekte Lordex met het oog op de herstructurering van die onderneming, een door hypotheek versterkte lening aan SMS, onder gelijktijdige afgifte door La Rhenane, de moeder van SMS, van een *letter of comfort* (in de Engelse bron staat abusievelijk *letter of intent*). In de *letter of comfort* verklaarde La Rhenane (en nu volg ik de accurate Engelse vertaling voor die lezer die voorlopig genoeg Frans heeft gezien) *for the purpose of restructuring our affiliate (...) SMS (...) and having consideration of our links with that company, from now on we shall pay attention to the closing of the operation and we shall take the necessary steps in order to bring the operation to a successful conclusion*. Lening en *letter of comfort* komen af in 1983; in 1996 gaat SMS failliet, en tegelijkertijd houdt Lordex La Rhenane aansprakelijk voor de garantie van solvabiliteit die deze laatste zou hebben afgegeven. Dat wordt de inzet van een rechtsstrijd die pas met de uitspraak van de cassatierechter eindigt. Ook Frankrijk lijkt behoefte te hebben aan een Rapport Asser/Groen/Vranken/Tzankova, Een nieuwe balans – Interimrapport

Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht (Boom Juridische uitgevers, 2003).

3.

Maar waartoe had La Rhenane – zoal tot iets – zich per saldo verbonden? Dat is, wanneer ik Fontaine/De Ly volg, in het bijzonder een kwestie van uitleg van de gebezigde terminologie in de *letter of comfort* in het licht van de feiten van het concrete geval. Maar daarover verschaft de tekst van het arrest – zoals gebruikelijk in een uitspraak van de Franse hoogste rechter – weinig of geen informatie. En dus geldt voor het vervolg van dit Ad Rem het *caveat* dat het commentaar levert bij een uitspraak waarvan de onderliggende feiten (met inbegrip van het bewuste document) niet in de beschouwing zijn betrokken.

Met het voorgeschrevene in gedachten kan uit het arrest worden opgemaakt dat La Rhenane zich op het standpunt heeft gesteld tot niet meer verbonden te zijn geweest dan om een oogje in het zeil te houden. Volgens de beroepsrechter verbond La Rhenane zich in geen geval – zoals betoogd door Lordex – tot het afgeven van een borgstelling (*engagement de cautionnement*). Wat leert de Cour de cassation? Dit begint met vast te stellen dat een *letter of comfort* een overeenkomst is in de zin van artikel 1134 Cc, die te goeder trouw moet worden nagekomen. En om te weten waartoe nakoming van de overeenkomst strekt, is bepalend *le commune intention des parties*. Inderdaad, merk ik op: zo moeten overeenkomsten worden uitgelegd – de wilsovereenstemming moet worden vastgesteld aan de hand van de gemeenschappelijke bedoeling van partijen zoals deze blijkt uit de tekst van de overeenkomst. Ik schreef in die geest eerder in dit blad (Contracteren 2000, p. 100). Zie in soortgelijke zin – als ik goed lees – recentelijk R.J. Tjittes, *Contractsuitleg*, RMTh 2003/3, p. 121.

Dus was de volgende door de cassatierechter te beantwoorden vraag: wat hield de *letter of comfort* in de berechte casus precies in? Dat antwoord geeft het Cour de cassation (net als eerder op de eerste vraag) in de van deze rechter bekende apodictische stijl, dat wil zeggen: zonder enige motivering wordt een machtswoord uitgesproken. Hoewel La Rhenane, aldus de cassatierechter, niet heeft gegarandeerd dat SMS niet failliet zou gaan, zij heeft zich wel degelijk verbonden tot het bereiken van een bepaald resultaat: het tot een goed einde brengen van de herstructureringsoperatie. Het uitblijven van dat resultaat levert een wanprestatie op. En dus wordt het arrest van het appèlhof gecasseerd. Omdat men bij het in eigen woorden weergeven van een rechterlijke uitspraak en wel in het bijzonder een Franse, niet voorzichtig genoeg kan zijn, laat

ik hieronder de desbetreffende overwegingen van de cassatierechter in hun geheel volgen:

Attendu que pour statuer comme il a fait, l'arrêt retient que la promesse faite par la société La Rhenane a été de fournir des moyens en vue d'un résultat qui, lui, n'a pas été explicitement garanti et qu'il n'est nulle part fait mention de ce que la société La Rhenane s'engage a tout mettre en oeuvre pour éviter la défaillance de sa filiale ou pour que les engagements de cette dernière soient tenus; Attendu qu'en statuant ainsi, que la société La Rhenane avait pris l'engagement de faire le nécessaire envers la société Lordex pour mener l'opération a bonne fin, ce dont il résultait qu'elle s'était engagée a un tel résultat, la cour d'appel a violé le texte [texte? FWG] susvisé.

4.

Wat moet de conclusie uit het voorafgaande zijn? Mijns inziens deze, dat in de benadering van *letters of comfort* door de Franse hoogste rechter (uiteeraard afhankelijk van de concrete en precieze tekst) die *letters* die een zogeheten *best efforts-clause* (*s'engager a tout mettre en oeuvre – mener l'opération a bonne fin*) bevatten, op het eerste gezicht kunnen worden gelijkgesteld met overeenkomsten die verplichten tot de nakoming van verbintenissen die naar Nederlands recht plegen te worden aangemerkt als resultaatsverbintenissen. Het uitblijven van het toegezegde resultaat schept dan een vermoeden van wanprestatie waarbij het bewijs van overmacht op de prestant rust. Over dat laatste spreekt de Franse cassatierechter echter niet.

En dat lijkt erop te wijzen dat het Cour de cassation nog een stap verder is gegaan en naar Frans recht de *best efforts-clause* opvat als een daadwerkelijk garantiebeding. Wanneer dat inderdaad de juiste interpretatie van deze clause is, maakt het natuurlijk niets meer uit of de *letter of comfort* nu wel of niet een expliciete garantie bevat. Dat maakt dat het voor de contractspraktijk oppassen geblazen is wanneer voortaan onder toepasselijkheid van Frans recht *letters of comfort* met een *best efforts-clause* worden afgegeven. Wanneer men wil vermijden aansprakelijk te worden gehouden voor het niet nakomen van een resultaatsverbintenis, is het zaak de *letter of comfort* zeer precies te formuleren.