

---

---

## De support letter en doorbraak van aansprakelijkheid

### Inleiding

In het kader van de economische malaise valt een groei te verwachten van het aantal gevallen waarin de accountant straks na de jaarafsluiting niet zonder meer bereid is af te tekenen op een jaarrekening op 'going concern'-basis. Soms vraagt de accountant aan de moeder vennootschap een 'support letter' of 'comfort letter' af te geven, waarin de moeder vennootschap verklaart bereid te zijn de dochter vennootschap financieel te ondersteunen. De vraag is welke aansprakelijkheid de moeder vennootschap daarmee op haar hals haalt.

De formele grondslag voor onvrijwillige aansprakelijkheid van de moeder vennootschap voor de schulden van haar dochter vennootschap is doorgaans gelegen in een onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 BW. Dit leerstuk wordt ook wel aangeduid met de term 'indirecte doorbraak van aansprakelijkheid'; men breekt als het ware door de beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouder van de dochter vennootschap heen. Over het algemeen geldt dat de moeder vennootschap slechts onder bijzondere omstandigheden aansprakelijk kan worden gesteld voor de schulden van de dochter vennootschap. Het wekken van een schijn van kredietwaardigheid door de moeder vennootschap kan onder omstandigheden leiden tot aansprakelijkheid van de moeder vennootschap uit hoofde van onrechtmatige daad, indien de gewekte verwachtingen niet uitkomen.<sup>1</sup>

In deze bijdrage zal ik aandacht besteden aan de vraag of het afgeven van een 'support letter' door de moeder vennootschap aan de dochter vennootschap een *schijn van kredietwaardigheid* met zich meebrengt tegenover de schuldeisers van de dochter vennootschap. Daarbij zal ik ingaan op het onlangs door de Hoge Raad gewezen arrest betreffende Van Dusseldorp q.q./Coutts Holdings.<sup>2</sup>

### Van Dusseldorp q.q./Coutts Holdings

Op 27 oktober 2004 deed de Rechtbank Zutphen uitspraak in de zaak Van Dusseldorp q.q./Coutts Holdings.<sup>3</sup> De Nederlandse vennootschap Coutts Eddag Display (hierna: CED) was een dochter vennootschap van het Engelse Coutts Holding PLC (hierna: Coutts). CED sloot het jaar 2000 nog af met een ruime winst, maar vanaf 2001 ontstonden grote verliezen, wat leidde tot een negatief eigen vermogen. Door Coutts werd een ingrijpend reddingsplan in gang gezet, dat ertoe moest leiden dat CED er weer bovenop kwam. Vanaf begin 2002 nam Coutts ook de rol van enig kredietverstrek-

- 
1. HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (Osby) en HR 13 januari 1995, NJ 1995, 170 (NBM/Securicor).
  2. HR 12 september 2008, JOR 2008, 297 (Van Dusseldorp q.q./Coutts Holdings).
  3. Rb. Zutphen 27 oktober 2004, JOR 2005, 4 (Van Dusseldorp q.q./Coutts Holdings).

ker van haar dochtervennootschap op zich. Coutts verstreekte aanzienlijke bedragen aan CED zonder dat daarvoor zekerheden werden afgegeven. Het reddingsplan werd medio 2003 afgerond. De opbrengsten ervan bleken tegen te vallen en Coutts stopte vanaf dat moment ook met het verstrekken van nieuwe geldleningen. Niet lang daarna ging CED failliet. Na inventarisatie bleek Coutts de grootste schuldeiser te zijn van CED. De curator van CED stelde vervolgens haar moedervennootschap Coutts aansprakelijk en vorderde betaling van het gehele tekort in het faillissement.

Volgens de Rechtbank Zutphen is de centrale vraag of Coutts haar financiering in juni 2003 zonder meer mocht beëindigen. De rechtbank beantwoordde deze vraag ontkennend en nam daarbij in aanmerking dat Coutts als (indirect) enig aandeelhouder zich intensief en ingrijpend met het beleid van CED had bemoeid en voldoende zeggenschap had over de bedrijfsvoering van CED. Coutts had CED kunstmatig in leven gehouden en wist, althans behoorde te weten, dat zodra zij de financiering van CED zou staken, het faillissement onafwendbaar zou zijn. Immers, CED kon medio 2003 zonder steun nog niet op eigen benen staan. Door de financiering zonder meer abrupt te beëindigen heeft Coutts onrechtmatig gehandeld tegenover de schuldeisers van CED, aldus de rechtbank. Coutts heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Arnhem. Het gerechtshof meende echter dat Coutts zich de belangen van crediteuren voldoende en tijdig had aangetrokken met het reddingsplan, en later wederom door tijdig op een surseance (gevolgd door faillissement) aan te sturen.<sup>4</sup> De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep van de curator.<sup>5</sup>

### Schijn van kredietwaardigheid

De jaarcijfers van CED zijn niet geconsolideerd met de jaarcijfers van Coutts en Coutts heeft ook nooit een 403-verklaring afgegeven (art. 2:403 lid 1 aanhef en onder f BW). Er bestond dus geen rechtstreekse aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de schulden van de dochtervennootschap. Maar volgens de curator had Coutts een *schijn van kredietwaardigheid* opgeroepen bij de schuldeisers van de dochtervennootschap. Coutts had een support letter afgegeven voor een periode van twaalf maanden, die eindigde op 31 december 2002, een halfjaar voor het faillissement. Extern werd volgens de curator de schijn van kredietwaardigheid gecreëerd onder andere door een passage in het jaarverslag over het boekjaar 2001:

'The financial statements are drawn up on a going concern basis and reflect the intention of Coutts to continue the financial support of CED for at least a 12-months period.'

4. Hof Arnhem 30 mei 2006, JOR 2006, 230 (Coutts Holdings/Van Dusseldorp q.q.).

5. HR 12 september 2008, JOR 2008, 297 (Van Dusseldorp q.q./Coutts Holdings).

Creëert de support letter een juridisch afdwingbare verplichting? Het hof oordeelde dat de schuldeisers uit een mededeling over financial support in het jaarverslag gedurende een niet-onbepaalde periode geen garantie hebben mogen afleiden. Uit aanvullende correspondentie met de accountant volgde ook dat Coutts met de brief expliciet geen garantstelling beoogde. Maar ook heeft Coutts niet bij de schuldeisers van CED de gerechtvaardigde verwachting gewekt dat Coutts wel instond voor de schulden van CED. Een parallel met het Albada Jelgersma-arrest gaat hier niet op.<sup>6</sup> Daar had de moedervennootschap op grote schaal richtbaarheid gegeven aan de overname van de verliesgevende onderneming, waarna bij leveranciers van de verliesgevende dochtervennootschap de verwachting bestond dat de moedervennootschap geleidelijk aan erin zou slagen haar dochtervennootschap weer gezond te maken en dat deze zich met de bedrijfsvoering had bemoeid, in het bijzonder inkoopcontracten. De support letter in het jaarverslag van CED kan naar de mening van A-G Timmerman niet worden gelijkgesteld met de verwachtingen zoals de moedervennootschap die in het Albada Jelgersma-arrest heeft gewekt.<sup>7</sup> Volgens Coutts strekte de support letter er slechts toe vast te leggen dat Coutts de intentie had financiële ondersteuning aan CED voort te zetten.

### Rekening houden met de belangen van schuldeisers

De support letter speelde in deze zaak geen hoofdrol. Coutts ontliet vooral aansprakelijkheid, omdat zij zich voldoende en tijdig de belangen van schuldeisers had aangetrokken. Zo waren er geen zekerheden aan de moedervennootschap verstrekt. Het verstrekken van zekerheden ten behoeve van de ene schuldeiser beïnvloedt vanzelfsprekend de verhaalspositie van de andere schuldeiser. De positie van de moedervennootschap die geen zekerheden heeft verkregen (zoals Coutts), is zwakker dan die van de moedervennootschap die wel zekerheden heeft bedongen (zoals in het Osby-arrest).<sup>8</sup> Omdat op het moment dat Coutts de leningen verstreekte nog lang niet zeker was dat CED ten onder zou gaan, heeft Coutts in deze fase niet haar eigen belangen voor die van andere schuldeisers gesteld door zekerheden te bedingen.<sup>9</sup> Hierdoor werd het voor verhaal vatbaar vermogen niet ondermijnd. Door onverplicht aanzienlijke bedragen te verstrekken zonder daarvoor zekerheden te eisen, is Coutts daarmee wel de grootste concurrent-schuldeiser geworden.

Wat is dan de aard van de support letter? Dit hangt niet alleen af van de context, maar ook van de bewoordingen. In de onderhavige zaak was de support letter niet meer dan de vastlegging van de intentie van een financiële steunverlening van de moedervennootschap aan de dochtervennootschap. De strekking ervan was de jaarrekening vervolgens

6. HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (Albada Jelgersma).

7. Conclusie A-G Timmerman bij HR 12 september 2008, JOR 2008, 297 (Van Dusseldorp q.q./Coutts Holdings).

8. HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (Osby).

9. Vgl. HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (Sobi/Hurks II).

---

op going concern-basis op te kunnen maken. Het bestuur van de dochtervennootschap zal zich ervan moeten vergewissen dat de intentie daadwerkelijk bestaat, omdat anders niet alleen de verwijzing in het jaarverslag, maar wellicht ook de going concern-assumptie onvoldoende gefundeerd is. Dit kan leiden tot aansprakelijkheid voor een misleidende jaarrekening. Of schuldeisers zelf een beroep kunnen doen op de support letter, is maar de vraag: op zichzelf beschouwd waarschijnlijk niet, maar indien de moeder ook andere uitlatingen doet of gedragingen verricht die kredietwaardigheid van de dochtervennootschap suggereren, wellicht wel.<sup>10</sup> Hierbij zullen ook de overige (financiële) relaties tussen de moedervennootschap en dochtervennootschap van belang zijn.<sup>11</sup>

### Conclusie

Bij het opstellen van een support letter is van belang te voorkomen dat de moedervennootschap aansprakelijk wordt jegens schuldeisers van de dochtervennootschap. Daarbij moet allereerst de totale (financiële) relatie tussen de moedervennootschap en de dochtervennootschap in kaart worden gebracht. Voorts moet worden geïnventariseerd of de moedervennootschap overigens (door mededelingen of gedragingen) een schijn van kredietwaardigheid van de dochtervennootschap heeft gewekt. Ook is van belang of en hoe de moedervennootschap overigens zich de belangen van schuldeisers van de dochtervennootschap heeft aangetrokken en aantrekt. Ten aanzien van de brief zelf dient deze zo te zijn opgesteld dat hieruit geen expliciete garantstelling door de moedervennootschap blijkt, maar slechts een niet-afdwingbare intentie. Ten slotte dient de ruchtbaarheid die aan de brief gegeven wordt, te worden beperkt tot een zakelijke mededeling in het jaarverslag. Moedervennootschappen en andere concernvennootschappen dienen dus opletend te zijn bij het afgeven en het opstellen van een dergelijke support letter. Eventuele onduidelijkheden in de tekst van de support letter zouden wel eens in het nadeel van de moedervennootschap kunnen worden uitgelegd. De (aard van de) support letter, waarbij de schuldeisers van de dochtervennootschap de waarborg kregen dat zij betaling zouden ontvangen, althans waardoor zij in die veronderstelling werden gebracht, zou in de toekomst met zich mee kunnen brengen dat de moedervennootschap geen aanspraak kan maken op betaling van hun vorderingen zolang financiële steun nodig was om de schuldeisers te voldoen. In dat geval wordt daarmee de kring van mogelijke vormen van concernaansprakelijkheid uitgebreid.

*Mr. J.M. Ramhorst  
Allen & Overy*

---

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

11. HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral/Stalt).