

niet van toepassing op ondernemingen die geen aandelen ter beurse verhandelen en (2) SFAS 69 vereist *disclosure* van additionele informatie buiten de jaarrekening om.²² Deze *disclosures* moeten betrekking hebben op:

1. proved oil and gas reserve quantities;
2. capitalized costs relating to oil- and gas producing activities;
3. costs incurred in oil and gas property acquisition, exploration, and development activities;
4. results of operations for oil- and gas producing activities;
5. a standardized measure of discounted future net cash flows relating to proven oil and gas reserves. The discount rate to be used is 10 percent.²³

De reden om deze informatie niet in de jaarrekening zelf op te nemen, ligt voor de hand en houdt verband met het perspectiefverschil. De jaarrekening kijkt in beginsel naar het verleden; het antwoord op de vraag welke kasstromen er zullen voortvloeien uit bewezen voorraden ligt in de toekomst en kent onzekere elementen. Het antwoord op de vraag wanneer je met redelijke zekerheid kunt vaststellen dat de olie *recoverable* is, is dan ook redelijk arbitrair. Hetzelfde geldt voor de door de SEC gegeven nadere *guidance* over deze 'redelijke zekerheid':

'If the area in question is new to exploration and there is little supporting data for decline rates, recovery factors, reservoir drive mechanisms etc., a conservative approach is appropriate until there is enough supporting data to justify the use of more liberal parameters for the estimation of proved reserves. The concept of reasonable certainty implies that, as more technical data becomes available, a positive, or upward, revision is much more likely than a negative, or downward, revision. (...) In order to attribute proved reserves to legal locations adjacent to such a well (...) there must be conclusive, unambiguous technical data which support reasonable certainty of production of such volumes (...).²⁴'

Ondanks het feit dat de technieken voor de schatting van olievoorraden de laatste jaren aanzienlijk verbeterd zijn, is de definitie van bewezen voorraden niet helder en kan zij tot interpretatieverschillen leiden. Iets waar het jaarrekeningenrecht allergisch voor is.

4. Terug naar Shell

Die allergie uitte zich bij Shell. Daar kwam bij dat Shell eigen interne richtlijnen (de '*Shell Guidelines*') had opgesteld voor de vraag wat nu als bewezen heeft te gelden. Deze waren echter 'soepeler' dan de SEC richtlijnen. Niet het criterium '*reasonable certainty*' was doorslaggevend; voorraden konden als bewezen worden gecategoriseerd in het geval van '*expectation of availability of markets*'.²⁵ Door dit verschil tussen interne richtlijnen en externe verslaggevingsvoorschriften werden de olievoorraden in Gorgon, Australië gecategoriseerd als bewezen. Zij voldeden in het begin naar alle waarschijnlijkheid weliswaar aan het criterium uit de Shell Guidelines maar '(f)rom its inception, the Gorgon "proved" reserves did not meet the overriding SEC standard of "reasonable certainty".²⁶'

Dit in combinatie met het feit dat personen binnen Shell de interne Shell Guidelines gingen vermengen met de door de SEC voorgeschreven regels voor externe verslaggeving, heeft voor een groot deel geleid tot de reserveproblematiek bij Shell. Het verbaast dan ook niet dat de eerste aanbeveling van Davis Polk & Wardell een herschrijving van de Shell Guidelines voor bewezen voorraden is '*to ensure regulatory compliance*'.²⁷

De door de SEC gegeven definitie voor bewezen voorraden is rechtstreeks voortgekomen uit het gebrek aan daad-

kracht om een standpunt in te nemen voor de SE-methode of FC-methode. Het compromis – de additionele informatie buiten de jaarrekening om – kan tot meningsverschillen leiden. De vraag wanneer de olie met redelijke mate van zekerheid *recoverable* is, is een schatting waar een grote mate van onzekerheid aankleeft. Shell is in zekere zin een slachtoffer geworden van dit compromis. Ik zeg dit overigens met enige reserve.

Mr. E.A. de Jong is advocaat te Amsterdam.

22. In de 20F 2002 van Shell wordt de reservekwestie dan ook op p. G34 opgenomen onder '*Supplementary information*'.

23. SFAS 69 punten 10-38.

24. SEC Division of Corporation Finance: Frequently Requested Accounting and Financial Reporting Interpretations and Guidance, p. 17-18 (te raadplegen via: www.sec.gov/division/corpfm/guidance/cfact-faq.htm).

25. Davis Polk & Wardell (a.w.), p. 11.

26. Davis Polk & Wardell (a.w.), p. 11.

27. Davis Polk & Wardell (a.w.), p. 15.

Mr. D.A. Worst

De remedies opinion in internationale financieringen

¶ 110

1. Inleiding

In internationale financieringen wordt de financieringsdocumentatie (de '*credit documents*') op grond van een rechtskeuze meestal beheerst door het recht van de staat New York of Engels recht. Bij dit soort financieringen verlangen de betrokken banken in de regel in elke betrokken jurisdictie een *legal opinion*.¹ Het verkrijgen van *legal opinions* in de verschillende jurisdicties wordt als zorgvuldig gezien, omdat daardoor een duidelijke verdeling van verantwoordelijkheden tussen de advocaten in de verschillende jurisdicties ontstaat en omdat het systeem van de *assumptions*² en *qualifications*³ in de *legal opinion* de banken bovendien in staat stelt een goede beoordeling van de risico's in elke jurisdictie te maken.

De *legal opinion* van het New Yorkse of Engelse advocatenkantoor (de '*principal counsel*' of '*lead counsel*') is meestal de belangrijkste; daarin wordt onder meer verklaard dat de verplichtingen van de geldlener (de '*borrower*') onder de *credit documents* *legal, valid and binding* zijn en *enforceable against the borrower in accordance with its terms*. Dit is de zogenaamde *remedies opinion*, die ik hierna de traditionele *remedies opinion* noem. Zoals ik in § 2 nader zal toelichten, geeft de traditionele *remedies opinion* de banken, kort ge-

1. In toenemende mate is dit overigens ook bij nationale financieringen en andere transacties het geval. Financieringen waarbij de financieringsdocumentatie wordt beheerst door Nederlands recht vallen buiten het bereik van dit artikel.
2. Veronderstellingen die nodig zijn om tot een bepaald juridisch oordeel te komen.
3. Beperkingen aan dat juridische oordeel.

zegd, zekerheid over de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen waaruit geldige aanspraken voortvloeien en of de bank deze aanspraken in rechte jegens de geldlener kan afdwingen. Wanneer de *borrower* een Nederlandse rechtspersoon is, wordt aan een Nederlands advocatenkantoor (de '*foreign counsel*' of '*special counsel*') vaak vergelijkbare zekerheid gevraagd. Dit omdat de *legal opinion* van de *principal counsel* beperkt is tot het gekozen recht, terwijl andere zaken door Nederlands recht worden beheerst en omdat niet is uitgesloten dat van de *credit agreements* in Nederland nakoming moet (kunnen) worden gevraagd of een buitenlands vonnis in Nederland tegen de *borrower* ten uitvoer moet (kunnen) worden geëgd.

Vaak denkt de *principal counsel* deze zekerheid te krijgen door de *foreign counsel* te vragen (ook) een traditionele *remedies opinion* af te geven.⁴ In de Nederlandse rechtspraktijk bestaat echter discussie over de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden, een Nederlands advocatenkantoor⁵ als *foreign counsel* een traditionele *remedies opinion* kan geven ten aanzien van niet door Nederlands recht beheerste *credit documents*.⁶ In dit artikel zet ik uiteen dat het antwoord op deze vraag afhankelijk is van het antwoord op de volgende vragen. Ten eerste: is de Nederlandse rechter bevoegd van een eventueel geschil onder de *credit documents* kennis te nemen (zie § 3)? Ten tweede: is Nederlands recht op de *credit documents* van toepassing (zie § 4)? Om de discussie goed te kunnen begrijpen is het van belang eerst na te gaan wat in de Amerikaanse (nationale) rechtspraktijk en de internationale rechtspraktijk onder de traditionele *remedies opinion* wordt verstaan (zie § 2).⁷

Dit artikel is mede gebaseerd op de onlangs verschenen herdruk van het rapport '*Legal Opinions in International Transactions*' van de *International Bar Association* (het '*IBA Report*') en de in dit artikel opgenomen conclusies zijn daarmee in lijn.⁸

2. De betekenis van de traditionele *remedies opinion* in de Amerikaanse en internationale rechtspraktijk

2.1. De Amerikaanse rechtspraktijk

De praktijk waarin *legal opinions* worden afgegeven is oorspronkelijk afkomstig uit de Verenigde Staten. Het denken over *legal opinions* is ook met name in de Amerikaanse rechtspraktijk ontwikkeld. Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid dat in de Amerikaanse rechtspraktijk op een groot aantal gebieden (variërend van de betekenis van bepaalde *opinions* tot de wijze waarop over *legal opinions* moet worden onderhandeld) consensus bestaat. Deze consensus is in akkoorden en rapporten van de verschillende *bar associations* vastgelegd. De meest invloedrijke zijn het zogenaamde '*Silverado Accord*' (van de *American Bar Association*)⁹ en het '*TriBar Report*' (van een drietal organisaties in de staat New York¹⁰).¹¹

Het doel van de traditionele *remedies opinion* is volgens het *TriBar Report* ten eerste te bevestigen dat '*an agreement has been formed*', ten tweede dat '*the remedies provided by the agreement will be given effect to by the courts (...)*' en ten derde wordt bevestigd '*the extent to which the courts will enforce the provisions of the agreement (...)*'.¹² Het *Silverado Accord* bevat een min of meer gelijke betekenis.¹³ De traditionele *remedies opinion* valt dus kort gezegd in tweeën uiteen. Enerzijds bevat deze elementen van (materieel) privaatrecht (kort gezegd, is een overeenkomst tot stand gekomen, waaruit voor de banken geldige aanspraken voortvloeien, waarvan nakoming of schadevergoeding kan worden gevraagd?), die tot uitdrukking lijken te komen in de woorden *legal, valid and binding* (en *enforceable*).¹⁴ Anderzijds bevat de traditionele *remedies opinion* elementen van (materieel) procesrecht (kort gezegd, kunnen de banken hun aanspraken in rechte afdwingen?), die deels¹⁵ tot uitdrukking lijken

te komen in het woord *enforceable*.¹⁶ Daarbij merk ik wel op dat volgens het *Silverado Accord* en het *TriBar Report* de traditionele *remedies opinion* als geheel één betekenis (*as a matter of customary usage*) heeft zolang deze hetzij het woord *binding*, hetzij het woord *enforceable* bevat.¹⁷ In een

4. In de *legal opinion* van de *foreign counsel* komen verder meestal de volgende onderwerpen aan de orde: *corporate status, corporate power, corporate action, due execution, choice of law, no violation of law, jurisdiction* en *enforcement of judgements*. Kort gezegd wordt respectievelijk een oordeel gegeven over (a) het bestaan van de *borrower*, (b) zijn bevoegdheid de *credit documents* aan te gaan, (c) de interne besluitvorming, (d) de vertegenwoordiging, (e) de rechtskeuze, (f) strijd met Nederlands recht (voor zover van toepassing), (g) de forumkeuze, en (h) de erkenning en ten uitvoerlegging van buitenlandse vonnissen. Afhankelijk van het soort transactie worden *opinions* weggelaten of juist toegevoegd.
5. In dit artikel wordt met een Nederlands advocatenkantoor bedoeld een advocatenkantoor waarbinnen alleen Nederlands recht wordt beoefend.
6. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat – voorzover ik kan nagaan – door bijna elk advocatenkantoor in Nederland een andere soort '*remedies opinion*' wordt gegeven (en soms ook binnen kantoren verschillende opvattingen bestaan). Een duidelijke *market practice* ontbreekt. Aan de ene kant van dit spectrum staan de advocatenkantoren die slechts bevestigen dat de rechtskeuze voor het vreemde recht door de Nederlandse rechter zal worden erkend en toegepast. Aan de andere kant van het spectrum staan advocatenkantoren die in deze situatie wel de traditionele *remedies opinion* geven. In de Nederlandse literatuur is slechts beperkt aandacht gegeven aan het gebruik van de traditionele *remedies opinion* in een Nederlandse context. Zie bijvoorbeeld: P.J.A.M. Nijens, *Legal Opinions in de Nederlandse praktijk*, NIBE (NIBE – Bankjuridische reeks nr. 32), p. 90 e.v.
7. De Nederlandse literatuur is beperkt. Bijvoorbeeld: A.G.J. van Wasse-naer, 'Legal opinions', *Adv.bl.* 1988, p. 390 e.v., R.I.V.M. Bertrams, 'Legal opinions', *Bb* 1991, p. 187 e.v., M. Brink & G.T.M.J. Raaijmakers, 'Beroepsaansprakelijkheid en legal opinions', *AA* 1995, p. 466 e.v. en P.J.A.M. Nijens, a.w.
8. M. Gruson, S. Hutter & M. Kutschera, *Legal Opinions in International Transactions* (Kluwer Law International and International Bar Association – 2003).
9. American Bar Association Section of Business Law, *Third-Party Legal Opinion Report including the Legal Opinion Accord*, American Bar Association (1991).
10. De *Special Committee on Legal Opinions in Commercial Transactions, New York County Lawyers' Association, de Corporation Law Committee, The Association of the Bar of the City of New York en de Special Committee on Legal Opinions of the Business Law Section, New York State Bar Association*.
11. *TriBar Opinion Committee*, 'Third Party "Closing" Opinions', *The Business Lawyer* 1998, p. 591 e.v.
12. Zie: *TriBar Report*, p. 620.
13. *Silverado Accord*, p. 21.
14. Black's Law Dictionary: '*valid*': '*Legally sufficient; binding; 'binding': '(Of an agreement) that binds; 'to bind': 'To impose one or more legal duties on (a person or institution)*'. Het woord '*legal*' is minder goed te duiden: '*legal*': '*Established, required or permitted by law; LAWFUL*'; '*lawful*': '*Not contrary to law; permitted by law*'. Zie: S. FitzGibbon, D.W. Glazer, FitzGibbon and Glazer on *Legal Opinions, What Opinions in Financial Transactions Say and What They Mean* (Little, Brown and company – 1992), p. 186 en p. 193 e.v.: '*A legal, valid and binding opinion confirms compliance with applicable requirements for the formation of a contract. (...). The opinion also confirms that the agreement complies with any contract law requirements with respect to form. (...) The opinion further confirms that the agreement is not so incomplete, vague or confusingly drafted that a court would refuse to give it effect. (...) The opinion also confirms that the company's obligations are supported by consideration as required by applicable contract law.*'
15. Zie voorgaande zin: het woord '*enforceable*' heeft dus een dubbele betekenis. Zie ook noot 53.
16. Black's Law Dictionary: '*to enforce*': '*To give force or effect to (a law, etc.); to compel obedience to, Loosely, to compel a person to pay damages for not complying with (a contract)*'.
17. Zie *Silverado Accord*, p. 21 en *TriBar Report*, p. 620.

'nationale' situatie is dit onderscheid, dat doet denken aan het in het Nederlandse recht bestaande, maar vaak vergeeten, verschil tussen vorderingsrecht en rechtsvordering¹⁸, wellicht ook enigszins theoretisch; vorderingsrecht en rechtsvordering gaan immers in de regel hand in hand of worden gemakshalve over een kam geschoren.

2.2. De internationale rechtspraktijk

In de Amerikaanse rechtspraktijk is het denken over *legal opinions* met name ontwikkeld in een 'nationale' context. Daarbij is maar weinig aandacht gegeven aan het feit dat dingen in een internationale context anders kunnen liggen. In dit kader is onderstaand citaat uit het hier na te bespreken IBA Report¹⁹ illustratief:

'The proper wording and the meaning of legal opinions in international transactions (...) have not received much attention in the United States. Many lawyers in the United States seem to assume that legal opinions in international transactions should basically follow the same pattern as domestic US opinions.'

Het TriBar Report geeft slechts beperkt aandacht aan het gebruik van de traditionele *remedies opinion* in een internationale context. De conclusie is terughoudend:

*'An approach the Committee recommends be avoided is for Borrower's counsel to render a remedies opinion without specifying how it is affected by the statement in the opinion letter excluding coverage of the chosen law. To do so risks misunderstanding between the opinion giver and the opinion recipient's counsel over the coverage of the opinion. (...) The Committee recommends that opinion preparers discuss with counsel for the opinion recipient what the opinion should cover and, once an understanding is reached, reflect that understanding expressly in the opinion letter.'*²⁰

Het Silverado Accord heeft weer een geheel andere benadering. Indien *foreign counsel* een traditionele *remedies opinion* geeft, dan doet hij dat 'as if the Law of the Opining Jurisdiction governs the Transaction Document, without regard to whether the Transaction Document so provides'.²¹ Deze benadering heeft in de internationale praktijk niet veel navolging gekregen.

Mede in het kader van het bovenstaande is het doel van het IBA Report dan ook:

*'to improve the communication between US and non-US lawyers. (...) to analyze the interdependence of the opinion of Foreign Counsel and the opinion of Principal Counsel rendered in connection with the same transaction. Where the laws of several countries apply to a transaction, the opinions of Principal Counsel and of one or more Foreign Counsel must be put together like the pieces of a puzzle before the recipient can be certain that all relevant legal issues have been fully addressed by the opinions to the extent possible in a seamless manner.'*²²

Een van de centrale onderwerpen die het IBA Report behandelt, is de vraag of een *foreign counsel* met betrekking tot *credit documents* die worden beheerd door ander recht dan zijn eigen recht, een traditionele *remedies opinion* kan geven. De conclusie is dat:

*'The most important example of a traditional opinion formulation which is an inaccurate expression of its meaning is the opinion that an agreement governed by a law other than the Foreign Law of the opining lawyer is legal, valid, binding and enforceable in accordance with its terms under the Foreign Law.'*²³

Met het voorgaande in het achterhoofd kan nu de vraag worden beantwoord of een Nederlands advocatenkantoor, dat optreedt als *foreign counsel*, een traditionele *remedies opinion* kan geven. Ofwel, of hij wel kan bevestigen dat een overeenkomst (de *credit documents*) tot stand is gekomen waaruit geldige aanspraken voor de banken voortvloeien en, ten tweede, of de banken de *credit documents* in rechte kunnen afdwingen of dat de conclusies van het Silverado Accord en het IBA Report (zoals hierboven samengevat) ook gelden indien een Nederlands advocatenkantoor als *foreign counsel* optreedt.

3. De traditionele *remedies opinion* en de bevoegde rechter

Ik begin met de tweede vraag: kunnen de banken de *credit documents* in Nederland in rechte afdwingen? Dit is een vraag van Nederlands internationaal bevoegdheidsrecht. Indien sprake is van een exclusieve²⁴ forumkeuze of arbitragebeding – waarin een andere rechter dan de Nederlandse of één of meer arbiters is of zijn aangewezen – dan geldt dat de Nederlandse rechter zich onbevoegd dient te verklaren van het geschil kennis te nemen.²⁵ In dat geval kan de (traditionele) *remedies opinion* dus, in principe, niet worden gegeven omdat deze juist (deels) moet bevestigen dat de *credit documents* in rechte kunnen worden afgedwongen.²⁶ In een *legal opinion* van een Nederlandse *foreign counsel* wil dat zeggen afdwingen voor de Nederlandse rechter. Of de *credit documents* voor een andere rechter kunnen worden afge-

18. Zie titel 11 Boek 3 BW. Zie daarover: *Vermogensrecht*, Losbl. (Jongbloed), Inleiding, aantekening 3 bij Boek 3, titel 11 en W.H. Heemskerk, *Vorderingsrecht en rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 1974.

19. *IBA Report*, p. 23.

20. Zie *TriBar Report*, p. 630.

21. Zie *Silverado Accord*, p. 21.

22. Zie *IBA Report*, p. 24.

23. Zie *IBA Report*, p. 26.

24. Of sprake is van een exclusieve forumkeuze is een kwestie van uitleg (onder het toepasselijke recht). Daarbij geldt overigens wel dat art. 23(1) van de Verordening (EG) nr. 44/2001 (*PbEG* 2001, L 12) van de Raad van de Europese Unie van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (de 'Executie Verordening') bepaalt dat een forumkeuze exclusief is, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Dit is in lijn met rechtspraak van de Hoge Raad, waarin is aangenomen dat de aanwezigheid van de woorden 'exclusively', 'solely' of woorden van gelijke strekking geen voorwaarde is om een forumkeuze exclusief te laten zijn (zie HR 17 december 1993, *RvdW* 1994, 4 (*Esmil/Enka*)).

25. Zie HR 17 december 1993, *RvdW* 1994, 4 (*Esmil/Enka*), art. 1022, 1074 Rv en art. II van het verdrag inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van in buitenland gewezen arbitrale vonnissen, New York 10 juni 1958, *Trb.* 1958, 145.

26. Zie ook *IBA Report*, p. 193: 'If the Parties agree on the exclusive jurisdiction of a court other than a court in the Borrower's country, (...) the opinion of Foreign Counsel on the effectiveness of the jurisdiction clause would serve the purpose of assuring the opinion recipient that the courts sitting in the Borrower's country accept this 'ouster' or exclusion of their jurisdiction by the agreement between the parties, and that the plaintiff could not commence an action in the courts of the Borrower's country which would have jurisdiction but for the exclusive forum-selection clause. If an opinion confirming the validity of such ouster is given and Foreign Counsel opines that the courts sitting in the Borrower's country would not accept jurisdiction over a party to the agreement, opinions e. i. through iv. set forth above, become less significant. The questions addressed in such opinions, namely which law the courts sitting in the Borrower's country would apply to the agreement and whether the agreement would be enforceable in such courts is irrelevant if the courts would not accept jurisdiction.' Als 'compromis' zou ervoor gekozen kunnen worden in dit geval de (alternatieve) *remedies opinion* (zie § 4) wel te geven, maar duidelijk aan te geven dat deze alleen wordt gegeven als ware de Nederlandse rechter bevoegd. Dit compromis hinkt naar mijn mening wel enigszins op twee gedachten.

dwongen is immers geen vraag van Nederlands recht; daarover kan een Nederlands advocatenkantoor niet opiniëren.

Het is mijn ervaring dat in de praktijk ook in geval van een exclusieve forumkeuze of arbitragebeding in eerste instantie vaak ten onrechte wordt aangedrongen op het geven van een (traditionele) *remedies opinion*. Het helpt dan ten eerste uit te leggen dat door geen *remedies opinion* te geven juist bevestigd wordt wat de partijen zijn overeengekomen, namelijk dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is. Ten tweede kan (wellicht) bevestigd worden dat een vonnis van de betreffende rechter of arbiters in Nederland wordt erkend en ten uitvoer kan worden gelegd. Kort gezegd is dat voor alle Europese²⁷ en veel arbitrale²⁸ vonnissen het geval, terwijl Amerikaanse vonnissen²⁹ bij gebreke van een verdrag in principe niet worden erkend en ten uitvoer kunnen worden gelegd in Nederland. Zo vallen de puzzelstukjes allemaal op hun plaats.

4. De traditionele *remedies opinion* en het toepasselijke recht

De eerste vraag (is een overeenkomst (de *credit documents*) tot stand gekomen waaruit geldige aanspraken voor de banken voortvloeien?) is een vraag van Nederlands conflictenrecht. Het antwoord ligt besloten in het EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156 (het 'EVO'). Het EVO heeft een universeel formeel toepassingsgebied: het is van toepassing, ongeacht of het geval op enigerlei wijze verbonden is met Nederland. De Nederlandse rechter (indien bevoegd) dient de vraag naar het op een internationale overeenkomst toepasselijke recht dus aan de hand van de verwijzingsregels van het EVO te beoordelen, ongeacht de nationaliteit en de woon- en verblijfplaats van de contractspartijen, ongeacht de plaats van de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst en ongeacht welk rechtstelsel door de verwijzingsregel als toepasselijk wordt aangewezen.³⁰

De hoofdregel van het EVO is neergelegd in art. 3(1) EVO: een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen.³¹ Door de rechtskeuze kiezen partijen voor de algehele toepasselijkheid van een bepaald rechtstelsel, met uitsluiting van het recht (met inbegrip van de regels van nationaal dwingend recht) dat anders op de overeenkomst van toepassing zou zijn. Het gekozen recht moet door de bevoegde rechter worden vastgesteld en toegepast. Daarbij geldt dat hij zich bij de vaststelling van dit recht moet houden aan de opvattingen die daaromtrent in het land van het gekozen recht heersen. Hij stelt derhalve niet zelfstandig de inhoud van het vreemde recht vast, in afwijking van de betrokken vreemde rechtsopvatting.³² Zonodig schakelt hij een (buitenlandse) rechtsdeskundige in.

Art. 8(1) EVO bepaalt:

'Het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst of van een bepaling daarvan worden beheerst door het recht dat ingevolge dit Verdrag toepasselijk zou zijn, indien de overeenkomst of bepaling geldig zou zijn.'

Volgens het Rapport Giuliano/Lagarde (de officieuze toelichting op het EVO), omvat art. 8(1) EVO alle aspecten van de totstandkoming van de overeenkomst, met uitzondering van de formele geldigheid die is neergelegd in art. 9 EVO.³³ Art. 8(1) EVO heeft betrekking op zowel de overeenkomst in zijn geheel als afzonderlijke clausules, de rechtskeuzeclausule daaronder begrepen.

De vraag of een overeenkomst (de *credit documents*) tot stand is gekomen waaruit geldige aanspraken voor de banken voortvloeien (of deze *legal valid and binding* zijn) wordt volgens art. 8(1) EVO dus bepaald door het gekozen recht; in dit geval dus het recht van de staat New York of Engels

recht. Hetzelfde geldt met betrekking tot de vraag of van de *credit documents* bijvoorbeeld nakoming of schadevergoeding kan worden gevraagd (of deze *enforceable* zijn). Dit volgt uit art. 10(1)(b) en (c) EVO.³⁴ Onder art. 10(1)(b) EVO vallen volgens het Rapport Giuliano/Lagarde vragen die verband houden met de zorgvuldigheid die bij de uitvoering van de prestatie in acht moet worden genomen, de plaats en tijd van de prestatienakoming, de vraag in hoeverre de verbintenis kan worden nagekomen door een ander dan de schuldenaar, enzovoort.³⁵ Onder art. 10(1)(c) EVO vallen vragen die verband houden met de gevolgen die de wet of overeenkomst verbindt aan de niet-nakoming van een verbintenis uit overeenkomst.³⁶ Ook dit moet ruim worden uitgelegd.

Is er dan geen invloed van ander recht dan het gekozen recht? Jawel en wel op grond van vijf bepalingen van het EVO. Ten eerste geldt dat de Nederlandse rechter gevolg kan toekennen aan de zogenaamde buitenlandse voorrangstre-

27. Indien sprake is van een vonnis gewezen door een rechter die zetelt in een EG-lidstaat (met uitzondering van Denemarken) geldt dat indien de verweerder in Nederland woont of gevestigd is, een dergelijk vonnis op grond van art. 33(1) Executie Verordening zonder vorm van proces wordt erkend in Nederland. Voor Denemarken geldt het EEX nog en voor Noorwegen, IJsland en Zwitserland geldt het EVEX.
28. Voor arbitrale vonnissen geldt het Verdrag van New York. Bij het Verdrag van New York zijn meer dan 100 landen partij, waaronder de Verenigde Staten van Amerika, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk, Singapore en Japan (voor een volledige lijst zie <http://www.asser.nl>).
29. Indien sprake is van een vonnis gewezen door een rechter die zetelt in een staat waar geen verdrag mee bestaat, kan dit vonnis in Nederland niet ten uitvoer worden gelegd (art. 431(1) Rv). Voor het verkrijgen van een executoriale titel kan in deze gevallen de zaak opnieuw bij de Nederlandse rechter worden aangebracht op grond van art. 431(2) Rv. Indien het buitenlandse vonnis voldoet aan de door het commune recht gestelde vereisten voor erkenning, kan een behandeling ten gronde achterwege blijven en kan de Nederlandse rechter volstaan met een veroordeling van de wederpartij tot datgene waartoe zij bij het vreemde vonnis was veroordeeld. Voor erkenning geldt wel een aantal minimumvereisten. Zie L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationale privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 279 e.v.
30. Zie L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Deventer: Kluwer 2004, p. 75.
31. Met dien verstande dat (a) de rechtskeuze alleen is toegestaan indien sprake is van een internationaal geval (art. 1(1) EVO en HR 26 mei 1989, *585* 1989, 94, waaruit volgt dat dit vereiste ruim mag worden uitgelegd), (b) de rechtskeuze uitdrukkelijk moet zijn gedaan of voldoende duidelijk moet blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval, en (c) op grond van art. 1(2) EVO bepaalde onderwerpen buiten het toepassingsgebied van het EVO vallen.
32. Zie J.G. Sauveplanne, *Elementair Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1989, p. 138.
33. Zie ook: *Verbintenissenrecht V* (Steffens), art. 10 EVO, aant. 3: volgens haar vallen onder art. 8(1) EVO zowel kwesties van aanbod en aanvaarding, zoals de voorwaarden waaraan het aanbod moet voldoen, de termijn gedurende welke het aanbod geldig blijft, de mogelijkheid van herroeping van het aanbod en de gevolgen van een van het aanbod afwijkende aanvaarding, als wijsgebreken en nietigheid wegens strijd met de openbare orde.
34. Zie art. 10(1) EVO: *'Het recht dat ingevolge de artikelen 3 tot en met 6 van dit Verdrag op de overeenkomst toepasselijk is, beheerst met name: (...) b) de nakoming ervan; c) de gevolgen van gehele of gedeeltelijke tekortkoming (...).'* De opsomming van art. 10(1) EVO is overigens enuntiatief; derhalve kunnen ook andere onderwerpen worden beheerst door het gekozen recht.
35. Zie *Verbintenissenrecht V* (Steffens), art. 8 EVO, aant. 3.
36. Zie *Verbintenissenrecht V* (Steffens), art. 8 EVO, aant. 4.

gels (art. 7(1) EVO).³⁷ Voorbeelden van een geslaagd beroep op buitenlandse voorrangregels zijn mij overigens niet bekend. Ten tweede geldt dat het EVO de toepassing door de Nederlandse rechter van zijn eigen (forale) voorrangregels onverlet laat (art. 7(2) EVO). Het is onduidelijk welke regels van Nederlands recht gelden als voorrangregels.³⁸ Wel is duidelijk dat niet alle regels die in een intern geval als dwingend recht dienen te worden aangemerkt dat ook en in dezelfde mate in een internationaal geval zijn.³⁹ Ten onrechte wordt overigens wel eens betoogd dat de Nederlandse redelijkheid en billijkheid, niettegenstaande een rechtskeuze, altijd van toepassing zou zijn.⁴⁰ Ten derde geldt dat de Nederlandse rechter het gekozen recht terzijde kan stellen indien toepassing kennelijk onverenigbaar is met de Nederlandse openbare orde (art. 16 EVO). Het gebruik van het woord 'kennelijk' duidt erop dat de openbare orde-exception slechts in uitzonderlijke gevallen door de rechter mag worden toegepast.⁴¹ Voorbeelden van de toepassing van de openbare orde-exception in de Nederlandse rechtspraak zijn overigens schaars. Ten vierde geldt dat de Nederlandse rechter ten aanzien van de wijze van nakoming en de door de schuldeiser in geval van tekortkoming te nemen maatregelen, rekening kan houden met het recht van het land waar de overeenkomst wordt nagekomen (art. 10(2) EVO). De bewoording 'rekening houden met' in plaats van 'toepassen' duidt op een zekere beoordelingsvrijheid van de rechter, die echter beduidend minder ver strekt dan die van art. 7(2) EVO (de toepassing van de forale voorrangregels).⁴² Ten vijfde geldt dat het procesrecht van de Nederlandse rechter grenzen kan stellen aan zijn bevoegdheden tot vaststelling van de schade.⁴³

In de praktijk leidt een en ander ertoe dat met name wordt bekeken of het vennootschapsrecht beperkingen oplegt aan het aangaan van de *credit documents*. Bijvoorbeeld omdat sprake is van doeloverschrijding of schending van het financiële steunverbod.

Toepassing door de Nederlandse rechter van de voorrangregels kan tot nietigheid (of vernietigbaarheid) van de *credit documents* leiden (of bepalingen daarvan). Hetzelfde geldt indien hij aanneemt dat het aangaan van de *credit documents* strijd met de Nederlandse (internationale) orde oplevert. Verder is echter geen rol weggelegd voor het Nederlands recht: art. 10(1)(e) EVO bepaalt immers dat de gevolgen van nietigheid ook worden beheerst door het gekozen recht.

In het licht van het bovenstaande voegt het dus niets toe indien een Nederlands advocatenkantoor in deze situatie bevestigt dat de verplichtingen van de *borrower* onder de *credit documents* *legal, valid and binding enforceable against the borrower in accordance with their terms* zijn. Immers, dan zou (deels) bevestigd worden dat een overeenkomst (de *credit documents*) tot stand is gekomen waaruit geldige aanspraken voor de banken voortvloeien, hetgeen op grond van het EVO geen vraag van Nederlands recht is, maar van het gekozen recht, terwijl de banken deze bevestiging al van de *principal counsel* krijgen. Kortom, in dat geval is sprake van een '*opinion that looks like an elephant, but sounds more like a mouse*'⁴⁴, een *opinion* waarvan de vlag de lading niet dekt.⁴⁵ Wat met een dergelijke opinie wordt bedoeld is onduidelijk.⁴⁶ Wel is duidelijk dat (waarschijnlijk) wat anders wordt bedoeld dan er staat: het Nederlandse advocatenkantoor zal bijvoorbeeld niet bedoelen iets te zeggen over ander recht dan Nederlands recht.⁴⁷ Het ligt voor de hand dat deze onduidelijkheid interpretatierisico's meebrengt: '*One would normally assume that carefully honed opinion language is intended to have some meaning and so might a judge.*'⁴⁸ Dit is opmerkelijk gezien het feit dat *legal opinions* in de regel zorgvuldig opgebouwde en uitgedachte stukken zijn (waar in de *remedies opinion* een belangrijke plaats inneemt).

Is er in deze situatie dan helemaal geen rol weggelegd voor het Nederlandse advocatenkantoor als *foreign counsel*? Jawel. *Foreign counsel* zou ten eerste antwoord kunnen geven op de vraag of een rechtskeuze door de *borrower* is toegestaan. Dit gebeurt meestal in een aparte *choice of law opinion*. Ten tweede zou *foreign counsel* antwoord kunnen geven op de vraag of de *credit documents* in Nederland in rechte afdwingbaar zijn⁴⁹ en hoe de Nederlandse rechter (indien bevoegd) zal omgaan met een overeenkomst die wordt geregeerd door ander recht dan zijn eigen recht.⁵⁰ Indien deze vragen bevestigend beantwoord kunnen worden, zou het Nederlandse advocatenkantoor als *foreign counsel* kunnen bevestigen dat de *credit documents* in Nederland *enforceable*

37. De Memorie van Toelichting bij de Goedkeuringswet EVO (*Kamerstukken II*, 21 059 (R 1365)) meldt in dit kader dat '(...) bij de erkenning van het bijzonder dwingende derde-landsrecht (mag) worden aangenomen, dat het beginsel slechts bij hoge uitzondering en alleen in zeer duidelijk liggende gevallen zal worden toegepast'.

38. Waarschijnlijk betreft het: werknemersbeschermende voorschriften, consumentbeschermende voorschriften, huurbeschermende voorschriften, kartelwetgeving, effectenwetgeving, monetaire wetgeving, milieuwetgeving, wetgeving ter regulering van de arbeidsmarkt, prijzenwetgeving, enzovoort (zie L. Strikwerda (2003), a.w., p. 68 e.v.).

39. Zie ook R.I.V.F. Bertrams & F.J.A. van der Velden, *Overeenkomsten in het internationale privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Alphen a/d Rijn: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 17.

40. Zie de conclusie A-G mr. Strikwerda onder HR 8 mei 1998, *NJ* 1999, 44: 'Ook het beroep op de andere uitzonderingsregel faalt, reeds omdat die uitzonderingsregel niet bestaat. Het huidige Nederlandse internationale privaatrecht kent geen algemene uitzonderingsregel die inhoudt dat het door de verwijzingsregel als toepasselijk aangewezen rechtstelsel op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid geheel of gedeeltelijk buiten toepassing kan worden gelaten.'

41. L. Strikwerda (2004), p. 113.

42. R.I.V.F. Bertrams & F.J.A. van der Velden, a.w., p. 70.

43. Opgemerkt wordt dat het Nederlands procesrecht (dat wil zeggen het Wetboek van Rechtsvordering) geen grenzen stelt aan de bevoegdheden van de rechter de schade vast te stellen. Voor het Nederlandse recht geldt dat de rechter ook een ruime mate van vrijheid heeft (art. 6:97 en 6:105 BW).

44. Zie: S. FitzGibbon, D.W. Glazer, a.w., p. 277.

45. Vaak wordt het geven van een traditionele *remedies opinion* met betrekking tot *credit documents* die niet door Nederlands recht worden beheerst verdedigd met het argument dat de banken hechten aan de bewoordingen van de traditionele *remedies opinion*. Zie daarover: IBA Report, p. 22: '*The opinion - requesting lawyer does not serve his client by insisting on a familiar looking but incorrect legal opinion. This attitude, of course, betrays lack of experience of the opinion - requesting lawyer.*'

46. Wordt daar bijvoorbeeld mee bedoeld dat de opiniegever bevestigt dat van toepasselijkheid van forale voorrangregels of strijd met de Nederlandse internationale openbare orde geen sprake is. Dit ligt niet voor de hand gezien het feit dat *legal opinions* die de traditionele *remedies opinion* bevatten vaak ook een *qualification* bevatten waarin gewezen wordt op de mogelijke toepasselijkheid van forale voorrangregels of strijd met de Nederlandse internationale openbare orde. Of wordt bedoeld te bevestigen dat uit de *credit documents* geldige aanspraken voortvloeien indien deze beheerst zouden zijn door Nederlands recht (de benadering van het Silverado Accord, zie noot 20)? Of wordt eigenlijk alleen bedoeld te bevestigen dat de rechtskeuze geldig is? Over dit laatste zegt het *TriBar Report*, p. 636: '*Some lawyers have argued that when the chosen law is different from the law covered by the opinion letter, the remedies opinion should be understood to mean that the chosen law provision is effective under the law of the state covered by the opinion letter - but nothing more. Such an approach lacks general acceptance.*'

47. In de regel vermelden *legal opinions* van Nederlandse advocatenkantoren namelijk dat deze beperkt zijn tot Nederlands recht.

48. Zie: S. FitzGibbon, D.W. Glazer, a.w., p. 246. Vragen rond aansprakelijkheid laat ik buiten beschouwing.

49. Deze vraag dient onderscheiden te worden van de vraag of een buitenlands vonnis gewezen in verband met de *credit documents* in Nederland ten uitvoer kan worden gelegd.

50. Zie *IBA Report*, p. 163 en 180.

zijn. Ik noem deze bevestiging hierna de alternatieve remedies opinion.⁵¹

Mede gezien de uitleg die in het Silverado Accord en het TriBar Report aan de traditionele remedies opinion wordt gegeven, namelijk dat deze als geheel één betekenis heeft zolang deze hetzij het woord *binding*, hetzij het woord *enforceable* bevat⁵², is enige terughoudendheid bij het gebruik van het woord *enforceable* door *foreign counsel* op zijn plaats.⁵³ Om misverstanden daarover te voorkomen, verdient het dan ook ten eerste aanbeveling altijd te vermelden dat de *legal opinion* alleen bevestigt dat de *credit documents enforceable in the Netherlands* zijn. Om dezelfde reden verdient het daarnaast aanbeveling in een *qualification* uit te schrijven wat precies met *enforceable* wordt bedoeld.⁵⁴

Indien de alternatieve remedies opinion wordt gegeven, dienen uiteraard enige *assumptions* en *qualifications* te worden opgenomen. Ik noem kort de belangrijkste. Ten eerste de *assumption* (veronderstelling) dat de verplichtingen van de *borrower* onder de *credit documents* onder het gekozen en ander toepasselijk recht *legal, valid and binding* zijn, *enforceable against the borrower in accordance with its terms*. Immers, indien dat het geval is zou de Nederlandse rechter, behoudens hetgeen hierna wordt opgemerkt, door het gekozen recht toe te passen tot geen andere conclusie mogen komen dan dat de *credit documents* ook in Nederland in rechte kunnen worden afgedwongen (dat deze *enforceable* zijn).⁵⁵ Ten tweede de *qualification* (beperking) dat de *enforceability* beïnvloed kan worden door de toepassing van de derdelands en forale voorrangregels, de openbare orde uitzondering, toepassing van het recht van de plaats van nakoming en het procesrecht van de Nederlandse rechter en, kort gezegd, het faillissement van de *borrower*. Ten derde dient er op gewezen te worden dat het oordeel van *foreign counsel* 'face value only' is: aangezien de *credit documents* worden beheerst door ander recht dan Nederlands recht, kan het Nederlandse advocatenkantoor strikt genomen de aard en omvang van de verplichtingen onder de *credit documents* niet of niet goed beoordelen teneinde na te gaan of er sprake is van bijvoorbeeld strijd met de Nederlandse openbare orde.⁵⁶ Naar mijn mening is het niet nodig er in de *legal opinion* op te wijzen dat de Nederlandse rechter het buitenlandse recht wel eens verkeerd zou kunnen toepassen. Er mag van uitgegaan worden dat hetzij de Nederlandse rechter het buitenlandse recht goed toepast, hetzij dat ook de banken zich ervan bewust zijn dat rechters niet onfeilbaar zijn.

Het geven van de hierboven afgedrukte 'alternatieve' remedies opinion heeft als eerste evidente voordeel boven de traditionele remedies opinion dat volstrekt duidelijk is wat ermee wordt bedoeld. De alternatieve remedies opinion voorkomt misverstanden tussen de opiniegever en de geadresseerde en laat geen ruimte voor interpretatie door een rechter. Het spreekt voor zich dat dit niet in de laatste plaats in het belang van de opiniegever zelf is. Een tweede voordeel is dat de alternatieve remedies opinion recht doet aan het in de inleiding genoemde doel van een *legal opinion*: het aanbrengen van een duidelijke verdeling van verantwoordelijkheden tussen de advocaten in de verschillende jurisdicties. De *legal opinion* van de *principal counsel* geeft de banken de zekerheid omtrent vragen rond de materiële geldigheid van de *credit documents*, terwijl de *special counsel*, waar toepasselijk, zekerheid geeft omtrent vragen van bevoegdheids- en conflictenrecht. Het geven van een gelijkkluidende traditionele remedies opinion door *principal counsel* en *foreign counsel* doet afbreuk aan dit doel en doet onrecht aan de wezenlijk andere rol (en daarmee verantwoordelijkheid) van de *foreign counsel* ten opzichte van de *principal counsel*. Het derde voordeel is ten slotte dat het geven van een alternatieve remedies opinion in lijn is met zowel het TriBar Report⁵⁷ als het IBA Report. Dit laatste rapport zegt over het gebruik van de alternatieve remedies opinion:

'This Opinion Report simply proposes to use opinion formulations that express clearly what they mean rather than to continue the tradition of using formulations which require learned interpretations in order to reveal their true but not always clear meaning.'⁵⁸

Opvallend is overigens nog dat volgens het IBA Report het gebruik van de alternatieve remedies opinion 'has gained wide acceptance in the international legal community'.⁵⁹

5. Conclusie

Het antwoord op de vraag of een Nederlands advocatenkantoor als *foreign counsel* een traditionele remedies opinion kan geven is afhankelijk van het antwoord op de volgende vragen:

- is de Nederlandse rechter bevoegd van het geschil kennis te nemen?
- is Nederlands recht op de financieringsdocumentatie van toepassing?

De conclusie is dat indien de eerste vraag met nee wordt beantwoord, een Nederlands advocatenkantoor, in principe, geen traditionele remedies opinion kan geven. Wordt de eerste vraag met ja beantwoord, maar de tweede met nee, dan geldt ook dat de traditionele remedies opinion niet kan worden gegeven (een 'alternatieve' remedies opinion kan wel worden gegeven). Worden beide vragen met ja beantwoord, dan kan in principe de traditionele remedies opinion worden gegeven.

Mr. D.A. Worst is advocaat te Amsterdam.

51. Naar mijn mening kan in een *legal opinion* die in deze context wordt gegeven niet volstaan worden met de bevestiging dat de Nederlandse rechter de rechtskeuze zal erkennen en toepassen (en dat de vraag of een overeenkomst *legal valid, binding en enforceable* is wordt beheerst door het gekozen recht). Hoewel deze bevestiging op zich juist is, is deze te beperkt. Immers, niet wordt aangegeven hoe de Nederlandse rechter zal omgaan met het ingevolge de rechtskeuze toepasselijke recht indien de *borrower* in Nederland wordt gedagvaard wegens een tekortkoming onder de *credit documents* en dat is nu juist van belang voor de banken. Zie ook IBA Report, p. 180: '(...) an opinion of Foreign Counsel stating (to the extent possible) that the contractual choice of law will be recognized by the courts in Foreign Counsel's country, does not assure the opinion recipient that the courts in Foreign Counsel's country will enforce the agreement in questions. An opinion recipient generally expects an express and positive statement from Foreign counsel that the courts in Borrower's country will give "some remedy" to the aggrieved party in a suit on the agreement because of a breach thereof.'

52. Zie noot 17.

53. Vergelijk het IBA Report 1997, p. 161: 'If (...) Foreign Counsel and the opinion recipient are still troubled by the somewhat ambiguous meaning of the term "enforceable" and do not wish to use this term, they might expand [this] opinion to spell out in even more detail the meaning of the concept hidden behind that word (...).'

54. Een naar mijn mening minder fraaie, maar op zich niet verkeerde opinie zou zijn wel de traditionele remedies opinion te geven, waarbij ook in een *qualification* precies wordt uitgeschreven wat ermee wordt bedoeld. Ook deze aanpak hinkt op twee gedachten. Zie noot 27.

55. Zie ook IBA Report, p. 181.

56. Zie ook IBA Report, p. 167.

57. Zie noot 19.

58. Zie IBA Report, p. 183.

59. Zie IBA Report, p. 26.