

Amerikaanse contracten

Jochem Dousi

advocaat Amerikaans en Nederlands contractenrecht

WYN
STÆL
ADVOCATEN



Geen contract is hetzelfde, maar veel Amerikaanse contracten volgen een vergelijkbare structuur. In dit artikel worden enkele belangrijke bouwstenen beschreven van een Amerikaans commercieel contract. Ook wordt ingegaan op waarom deze specifieke clausules zo belangrijk zijn in een Amerikaanse context én hoe deze clausules met elkaar samenhangen. Met die kennis begrijpt men beter hoe een Amerikaans contract in elkaar zit. Dat helpt bij een (high level) beoordeling van een contract naar Amerikaans recht.

In een Amerikaans commercieel contract^[1] is het gebruikelijk om heel precies te omschrijven welke eigenschappen de koper mag verwachten van de te leveren goederen of diensten, en welke niet. Dat betekent niet alleen een omschrijving van welke goederen of diensten worden geleverd inclusief uitgebreide specificaties, maar ook een precieze omschrijving van waar, wanneer en hoe zij worden geleverd.

1. Representations & warranties

Bij de omschrijving van de prestatie wordt soms gewerkt met ‘*representations & warranties*’. Hoewel ze in een overeenkomst vaak als een onlosmakelijk duo worden gebruikt, hebben beide begrippen strikt genomen hun eigen betekenis en functie. Een *representation* is een in het contract opgenomen inlichting van de verkoper, bijvoorbeeld dat de goederen of diensten over bepaalde eigenschappen beschikken, op basis waarvan de koper mede overgaat tot het sluiten van de overeenkomst. De *warranty* is de met die *representation* samenhangende contractuele verbintenis (belofte) dat de inlichting correct is. Blijken de *representations* niet correct, dan kan de koper de overeenkomst in beginsel ontbinden op grond van dwaling.

Bij een schending van de *warranties* kan de koper een schadevergoeding vorderen op grond van wanprestatie.

2. Bescheiden rol redelijkheid en billijkheid

Het belang van de precieze omschrijving van de prestatie laat zich onder andere verklaren door de zéér bescheiden rol van de redelijkheid en billijkheid in het Amerikaanse recht. Zo bestaat er geen aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. De rechter zal een partij dus niet ‘helpen’ door een leemte op te vullen en een bepaalde verplichting in het contract te lezen op basis van de redelijkheid en billijkheid.

3. Parol evidence rule

Daarnaast staat de Amerikaanse *parol evidence rule* eraan in de weg dat partijen zich erop kunnen beroepen dat een verplichting weliswaar niet in de schriftelijke overeenkomst staat, maar wel mondeling of schriftelijk zou zijn overeengekomen gedurende de onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van het schriftelijke contract. De *parol evidence rule* houdt namelijk in dat, als partijen beogen dat het schriftelijke contract een ‘*final expression of their agreement*’ is, oftewel allesomvattend



is, de inhoud van de overeenkomst wordt afgebakend tot uitsluitend de tekst van het schriftelijke contract. Partijen mogen de overeenkomst dan niet meer aanvullen door te verwijzen naar een afspraak vastgelegd in bijvoorbeeld een email uitgewisseld tijdens de onderhandelingen.

4. Plain meaning rule

Evenmin zal een Amerikaanse rechter de helpende hand bieden door een contractsbeding zo uit te leggen als partijen dat bedoeld zouden hebben, maar niet precies in het schriftelijke contract hebben opgenomen. In het Amerikaanse recht wordt niet ‘ge-haviltex’, maar zal het contract vaak strikt aan de hand van de tekst worden uitgelegd op basis van de ‘*plain meaning rule*’. Die regel houdt in dat als de tekst van het contractsbeding duidelijk (plain) is, er geen bewijs van buiten de letterlijkste tekst van het beding mag worden toegelaten bij het bepalen van de betekenis van het beding.

5. Geen precontractuele redelijkheid en billijkheid

De redelijkheid en billijkheid speelt in het Amerikaans recht ook in de precontractuele fase geen rol van betekenis. Er bestaat geen algemene verplichting te goeder trouw te onderhandelen (no general duty to negotiate in good faith). De verkoper heeft in beginsel ook geen mededelingsplicht (duty of disclosure). De koper moet zelf onderzoek doen en

zal hierbij mededelingen aan de verkoper willen ‘ontlokken’. Door als koper uitgebreide *representations & warranties* te vragen aan de verkoper, kan hij de verkoper mededelingen ontlokken over eigenschappen van het object van de koop. Weet de verkoper immers dat bepaalde eigenschappen ontbreken, dan zal hij niet de *representation & warranty* in de overeenkomst willen opnemen. Zo komen de feiten op tafel. Dit noemen de Amerikanen: ‘*smoking out the facts*’.

Amerikaanse contractenmakers hebben vaak tot doel om van het contract een ‘zelfvoorzienend systeem’ te maken, waarbij ze zo min mogelijk hoeven terug te vallen op de wet of jurisprudentie. Om het contract dicht te timmeren, worden doorgaans een aantal specifieke bepalingen in het contract opgenomen die hierna aan de orde komen.

6. Non reliance-clausule

Partijen komen met een *non reliance-clausule* uitdrukkelijk overeen dat de koper bij het aangaan van de overeenkomst alleen heeft vertrouwd op de in de overeenkomst opgenomen *representations*. De bedoeling van partijen hiermee is doorgaans dat er geen sprake is van dwaling (*misrepresentation*) bij een *representation* van de verkoper in de precontractuele fase, die het niet ‘tot de overeenkomst’ heeft gehaald.

“De redelijkheid en billijkheid speelt in het Amerikaans recht ook in de precontractuele fase geen rol van betekenis.”



7. Entire agreement-clausule & no implied warranties-clausule

Waar de *non-reliance*-clausule een slot op de deur is voor de *representations*, zijn de *entire agreement*-clausule en *no implied warranties*-clausule dat voor de *warranties*. Met een *entire agreement*-clausule komen partijen overeen dat de verbintenis van de verkoper allesomvattend in de overeenkomst is vastgelegd (*final expression of their agreement*). Als gevolg hiervan wordt op basis van de hierboven beschreven parol evidence rule de overeenkomst afgebakend tot het schriftelijke contract. Zo is er geen sprake van *breach of contract* bij een belofte die de verkoper in de precontractuele fase heeft gedaan, maar die niet in het schriftelijke contract is opgenomen. In een *no implied warranties*-clausule worden daarnaast enkele belangrijke wettelijke *warranties* expliciet uitgesloten, waaronder de *warranties of merchantability en fitness for a particular purpose*.^[II]

8. Exclusive remedy-clausule

Met een *exclusive remedy*-clausule leggen Amerikanen contractueel vast wat de exclusieve remedies zijn die de partijen ter beschikking staan als de prestatie niet wordt geleverd. Partijen kunnen bijvoorbeeld opnemen dat de koper uitsluitend recht heeft op vervanging van de niet conforme goederen. Niet

alleen de prestatie wordt dus nauwkeurig vastgelegd, ook de gevolgen als die prestatie niet wordt geleverd.

9. Limitation of liability-clausule

In een Amerikaans contract is het gebruikelijk om de aansprakelijkheid te beperken door het uitsluiten van bepaalde typen schade. In het oog springend is het uitsluiten van *indirect damages*. Zowel directe als indirecte schade is voorzienbare schade. Het onderscheid ziet op de reden waaróm de schade voorzienbaar was. Directe schade is voorzienbaar omdat de schade natuurlijk (volgens de gebruikelijke gang van zaken) voortvloeit uit de tekortkoming. Van indirecte schade is sprake wanneer de schade voorzienbaar is vanwege het feit dat de contractspartijen op het moment van contracteren op de hoogte waren (of moesten zijn) van een bijzondere omstandigheid bij de schadelijdende partij en zij er rekening mee hielden (of redelijkerwijs hadden moeten houden) dat zich hieruit bepaalde schade zou kunnen voordoen bij een tekortkoming.

Wat verder opvalt aan een Amerikaanse *limitation of liability*-clausule is dat zij vaak vrijwel volledig is opgesteld in hoofdletters. De achtergrond daarvan is dat de Uniform Commercial Code in artikel 2-316 voorschrijft dat sommige vormen van aansprakelijkheidsbeperking

‘*conspicuous*’, opvallend, moeten zijn. In de Amerikaanse rechtspraak is er een gebruik ontstaan waarbij hieraan gevolg wordt gegeven door hele aansprakelijkheidsclausules in hoofdletters op te nemen.

10. Indemnification-clausule

Ten slotte wijs ik nog op de *indemnification*-clausules die in Amerikaanse contracten worden opgenomen. Vaak zal hierin een vrijwaringsprocedure staan omschreven voor de situatie dat een *derde* partij schade lijdt (bijvoorbeeld doordat door uitvoering van de overeenkomst inbreuk wordt gemaakt op zijn intellectuele eigendomsrecht) en hiervoor een schadevergoedingsvordering alst bij één van de partijen. Een *indemnification*-clausule kan echter, in plaats van een vrijwaring voor ‘*third party claims*’, ook een contractuele regeling betreffen waarin de partijen omschrijven hoe schadevergoedingsvorderingen moeten worden afgewikkeld voortvloeiend uit de schending van de *representations & warranties* door een van de contractspartijen. Het doel hiervan is om het contract verder zelfvoorzienend te maken en niet afhankelijk te zijn van het wettelijke schadevergoedingsrecht.

11. Force majeure-clausule

Een overmachtsclausule is in een Amerikaans contract hard nodig, omdat het contractenrecht

uitgaat van risicoaansprakelijkheid (*strict liability*) waarbij voor een schadevergoedingsvordering het in beginsel niet noodzakelijk is dat de tekortkoming toerekenbaar is. Een beroep op overmacht is daardoor, zonder contractuele regeling, maar zeer beperkt mogelijk. Om die reden nemen Amerikaans partijen doorgaans een zeer uitgebreide overmachtsbepaling op.

12. Toepasselijk recht

In Amerikaanse contracten wordt doorgaans een rechtskeuze gemaakt. Een contract kan echter niet beheerst worden door ‘Amerikaans recht’, omdat het contractenrecht in de Verenigde Staten niet op federaal niveau is gereguleerd. In plaats daarvan heeft iedere Amerikaanse staat zijn eigen contractenrecht. In veel Amerikaanse commerciële contracten wordt het recht van de staat New York van toepassing verklaard, omdat dit recht doorgaans wordt gezien als goed doorontwikkeld wat rechtszekerheid voor partijen biedt.

[I] Met een ‘Amerikaans contract’ wordt bedoeld een contract naar het recht van één van de 50 Amerikaanse staten of de District of Columbia. Met een ‘commercieel contract’ wordt bedoeld een contract tussen professionele partijen voor bijvoorbeeld de levering van goederen of diensten.

[II] Zie § 2-314 en § 2-315 Uniform Commercial Code

Over Jochem Dousi

Jochem Dousi is advocaat bij Wijn & Stael en gespecialiseerd in commerciële contracten naar zowel Nederlands als Amerikaans recht. Voor zijn klanten stelt hij contracten op, onderhandelt hij hierover en adviseert hij over de uitvoering, aanpassing of beëindiging ervan.

Jochem heeft veel ervaring met inkoop-en verkoopovereenkomsten, licentieovereenkomsten, samenwerkingsovereenkomsten, algemene voorwaarden, IT-contracten, NDA's en LOI's.

Vanuit het kantoor van Wijn&Stael in Washington DC staat hij Nederlandse bedrijven bij die zaken doen in Amerika en adviseert hij hen bij al hun Amerikaanse contracten met bijvoorbeeld Amerikaanse klanten, leveranciers of partners. Zijn klanten variëren van Nederlandse start-ups tot multinationals.

Vragen? Neem contact op met Jochem op: j.dousi@wijnenstael.nl of +1 202 977 76 46.

Dit artikel is eerder in de Bedrijfsjurist gepubliceerd.