Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Contracten maken

Veelvoorkomende misverstanden bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse termen in internationale contracten

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes

In de internationale commerciële contractspraktijk worden contracten nogal eens ontleend aan Anglo-Amerikaanse modellen. Indien het toepasselijke recht Nederlands recht is, of het recht van een andere 'civil law jurisdiction', dan roepen de in die contracten gebruikte Engelse termen nogal eens de nodige vragen op. Immers, Anglo-Amerikaanse contracten zijn gebaseerd op de Anglo-Amerikaanse doctrine en die verschilt op onderdelen van het Nederlandse recht (en het recht van andere *civil law*-landen).

In het hiernavolgende bespreek ik kort de achtergrond van een aantal Anglo-Amerikaanse rechtsbegrippen en ga ik in op mogelijke misverstanden die kunnen rijzen als Nederlands recht het op het contract toepasselijke recht is. In het Anglo-Amerikaanse recht hebben bepaalde begrippen (*warranty*, *condition*, *best endeavours*, *subject to contract* en dergelijke) een vastomlijnde betekenis, waar zij die naar Nederlands recht niet hebben. De inhoud van een contractsbepaling naar Nederlands recht blijft een kwestie van uitleg. Waar een Anglo-Amerikaanse partij met een Nederlandse partij (of een partij uit een ander *civil law*-land) contracteert, ligt het misverstand op de loer.

Behalve misverstand, komt ook onbegrip voor. Met enige regelmaat zie ik een Anglo-Amerikaans contract waar Nederlands recht op van toepassing is en waar een *consideration*-bepaling in staat (van 1 US dollar, of anders). Een consideration-bepaling is alleen van belang naar Anglo-Amerikaans recht, waar een eenzijdige belofte (*promise*) in beginsel slechts bindend is als daar een tegenprestatie van de wederpartij tegenover staat (*consideration*). De tegenprestatie hoeft niet een gelijkwaardige tegenprestatie te zijn ('*consideration need not to be adequate*'). Vandaar de gesignaleerde ene dollar als tegenprestatie.

Hierna bespreek ik in vogelvlucht een aantal belangrijke Anglo-Amerikaanse rechtsbegrippen die veel voorkomen in internationale commerciële contracten en die onder *civil law* aanleiding kunnen geven tot misverstand vanwege de specifieke *common law*-achtergrond van die termen.[1]

1. Warranty, condition, indemnity en guarantee

Naar Nederlands recht wordt – wat de Hoge Raad er ook van vindt – een garantie gezien als de sterkste contractsbepaling. De vertaling met '*warranty*' ligt voor de hand. Daar valt echter wel het nodige op aan te merken.

Naar 'Amerikaans recht'[2] heeft een *warranty* een vergelijkbare rangorde. Echter, de inhoud van een warranty naar Amerikaans recht is anders. Van een Nederlandse garantie wordt nogal eens aangenomen dat daarmee de toerekenbaarheid van de tekortkoming is gegeven (art. 6:75 BW). Naar Amerikaans recht speelt toerekenbaarheid geen rol bij schadevergoeding wegens tekortschieten. Schadevergoeding wegens wanprestatie naar Anglo-Amerikaans recht is een *strict liability* (risicoaansprakelijkheid).

Waar een 'warranty' naar Amerikaans recht vergelijkbaar is met een garantie wat betreft de 'sterkte' van de verbintenis, is dit naar Engels recht anders. De belangrijkste contractsbepaling naar Engels recht is een condition. Alleen schending van een *condition* (of een '*intermediate term*', die kwalificeert als een *condition*) geeft recht het contract als ontbonden te beschouwen. Een *warranty*

1 Een bespreking van de '*entire agreement clause*' laat ik achterwege, omdat die in de literatuur recent de nodige aandacht heeft gekregen.

2 Contractenrecht is statelijk recht, zodat 'het Amerikaanse contractenrecht' niet bestaat. Wel zijn er veel gemeenschappelijke delers, zoals de Uniform Commercial Code, de Restatements on Contracts en het belangrijke handboek van (wijlen) Farnsworth, waarin het contractenrecht in de Verenigde Staten als een zekere eenheid wordt gepresenteerd.

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

is naar Engels recht een minder belangrijke contractsbepaling, waarvan de schending alleen recht geeft op schadevergoeding en niet op ontbinding. Naar Amerikaans recht geeft de schending van een *warranty* wel recht op ontbinding, maar de mogelijkheid van ontbinding is in het Amerikaanse recht beperkt tot gevallen van wezenlijke tekortkomingen (*fundamental breach*).

Een garantie is ook geen '*guarantee*'. Een '*guarantee*' is naar Anglo-Amerikaans recht een secundaire en accessoire aansprakelijkheid van de *guarantor* jegens de crediteur, die intreedt als de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen jegens de crediteur niet nakomt. Denk aan een borgtocht.

Een *indemnity* is een vrijwaring. Een vrijwaring wordt veelal overeengekomen indien een bepaalde voorzienbare schadepost intreedt. Bijvoorbeeld een verkoper van een onderneming vrijwaart de koper tegen de financiële gevolgen van een tegen de verkoper door een derde ten tijde van het sluiten van de overeenkomst reeds aangespannen civiele procedure. Naar Engels recht wordt een vergoedingsplicht op grond van een *indemnity* niet gezien als schadevergoeding, maar als een geldschuld (*debt*). Dit heeft een aantal gevolgen, zoals dat de eis van voorzienbaarheid van de schade (de *Hadley v. Baxendale*-norm) niet geldt en dat de crediteur geen schadebeperkingsplicht heeft. Een belangrijk verschil tussen een *warranty* en een *indemnity* is ook dat een *warranty* wordt beperkt door wetenschap of behoren te weten (onderzoeksplicht) van de koper van de juiste stand van zaken, terwijl een *indemnity* (vrijwaring) daardoor niet wordt beperkt.

Bij het opstellen van een *warranty* in een internationaal contract (waarop *common law* of *civil law* van toepassing is) verdienen de volgende vragen beantwoording:

a Houdt de verplichting van de verkoper een inspanningsplicht of een resultaatsverplichting in?
b Wordt de garantie beperkt tot wetenschap van de verkoper ('*to [the best of] seller's knowledge*'; verkoper garandeert dat bij zijn weten er geen asbest in het pand zit), of wordt de aanwezigheid van een feitelijke eigenschap gegarandeerd (er zit geen asbest in het pand)?
c Wat is het effect van een weten of behoren te weten door de verkoper ten tijde van de totstandkoming van de garantie van feiten die afwijken van de garantie? Wordt de garantie in zoverre beperkt, of geldt de garantie dan onverkort?
d Is de garantie in tijd beperkt (zoals bij belastinggaranties en milieugaranties meestal het geval is)?
e Geldt er een bepaald drempelbedrag voor de koper om een claim in te dienen (*basket*)?
f Moet worden overeengekomen dat, waar de niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming een verweer kan zijn zoals in verschillende *civil law*-jurisdicties, de toerekenbaarheid van de tekortkoming gegeven is, dan wel moet, waar juist de toerekenbaarheid van iedere tekortkoming een gegeven is, zoals waar *common law* het toepasselijke recht is, die automatische toerekenbaarheid van de tekortkoming worden uitgesloten?
g Wat zijn de remedies bij schending van een garantie? Leidt schending van een garantie alleen tot een recht op schadevergoeding (met uitsluiting van andere remedies)? Als regel wordt ontbinding uitgesloten bij overnamecontracten en overdracht van onroerend goed. Het begrip '*termination*' is naar *common law* niet vastomlijnd, zodat het aanbeveling verdient hierachter tussen haakjes te vermelden wat naar Nederlands recht onder *termination* wordt verstaan: ontbinding (*repudiation*), maar ook opzegging, vernietiging (*rescission*) of wijziging van het contract? Schadevergoeding zal meestal in omvang zijn beperkt (*limitation clause*). Opvallend is dat in overnamecontracten nakoming veelal niet is uitgesloten, terwijl deze remedie de verkoper hard kan treffen (koper: verkoper zorg dat de aan mij verkochte onderneming in overeenstemming wordt gebracht met hetgeen ik op grond van het contract mocht verwachten) en waaraan weinig eisen worden gesteld (verzuim of toerekenbaarheid zijn geen issues). De achtergrond daarvan is logisch: nakoming (*specific performance*) is naar Anglo-Amerikaans recht in beginsel geen remedie. Tekortschieten leidt enkel tot een recht op schadevergoeding, tenzij schadevergoeding als remedie niet aanvaardbaar is.
h Wat wordt de procedure en de termijn waarbinnen de koper bij de verkoper moet klagen over een schending van een garantie, bij nalaten waarvan de koper al zijn remedies verliest? Hier is de contractueel vormgegeven klachtplicht (art. 7:23 BW) aan de orde.

2. Best endeavours en reasonable endeavours

Naar Nederlands recht bestaat geen vastomlijnde betekenis voor *best endeavours* en *reasonable endeavours*. Amerikanen spreken overigens meestal van *best efforts* en *reasonable efforts*. Het zijn wat varianten van een inspanningsplicht, zo redeneert de Nederlandse jurist. Naar Anglo-Amerikaans recht hebben de clausules een vastomlijnde betekenis. Een *best endeavours*-clausule noopt de debiteur alle mogelijke maatregelen te treffen, ook al leidt dit ertoe dat de door hem genoten tegenprestatie geheel tenietgaat, ja zelfs dat hij financieel nadeel lijdt. Een *reasonable endeavours*-clausule houdt daarentegen slechts een inspanningsplicht in die niet mag leiden tot financieel nadeel voor de debiteur.

3. Penalty clause en liquidated damages clause

Naar *civil law* is een boetebeding geldig in beide betekenissen van het begrip: een strafbepaling en een schadefixatiebeding. Onredelijke bedingen kunnen naar *civil law* door de rechter worden gematigd. Naar Anglo-Amerikaans recht is alleen een schadefixatiebeding (*liquidated damages clause*) geldig en niet een strafbeding (*penalty clause*). Er is alleen sprake van een *liquidated damages clause* als de vastgestelde som een '*genuine pre estimate of the anticipated loss*' is. Is de vastgestelde som hoger, dan is er sprake van een ongeldige *penalty clause*. Indien een *penalty clause* '*void*' is, is er in zoverre geen man overboord, dat de crediteur dan nog steeds schadevergoeding volgens de regels van de *common law* kan vorderen. De crediteur zal daarbij natuurlijk meer bewijsmoeilijkheden en meer verweren (eigen schuld en dergelijke) kunnen verwachten.

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

4. Time is of the essence

Naar Anglo-Amerikaans recht is een overeengekomen tijdsbepaling voor nakoming, anders dan naar Nederlands recht (art. 6:80 onder a BW), geen fatale termijn. Onder de *common law* is een termijn in beginsel eerst fataal als '*time is of the essence*'. Een fatale termijn is naar Anglo-Amerikaans recht ook echt fataal; er komt geen greintje redelijkheid en billijkheid aan te pas. Bekend is het voorbeeld van de debiteur die slechts tien minuten te laat presteerde, en de crediteur in die tien minuten nog geen nadeel had geleden. De debiteur had recht op ontbinding van het contract. *Time is of the essence.*

5. Direct loss and indirect loss

In de Nederlandse rechtspraktijk wordt nogal eens gedacht dat met een uitsluiting van *indirect loss* (ook wel '*consequential damages*' genoemd) gederfde winst (*lost profits*) wordt uitgesloten. Dat is niet het geval als we de Anglo-Amerikaanse juridische betekenis van die begrippen volgen. Schadevergoeding wegens wanprestatie wordt naar Anglo-Amerikaans recht toegekend volgens de indeling van de zaak *Hedley v. Baxendale*, die zowel in Engeland als in de Verenigde Staten nog steeds het geldende recht weergeeft. Ingevolge die uitspraak zijn er twee soorten schade. Ten eerste de '*damages arising directly and naturally from the breach*' (de '*first limb*' van *Hadley v. Baxendale*). Dit is de zogenoemde *direct loss.* Ten tweede '*damages arising from any special circumstances*', die aan de andere partij kenbaar zijn gemaakt ten tijde van het aangaan van de overeenkomst (de '*second limb*'). Dit is de '*indirect loss*', ook wel '*consequential loss*' of '*special loss*' genoemd. Wanneer een debiteur niet tijdig een machine levert, is het heel wel denkbaar dat de crediteur hierdoor contracten met afnemers misloopt (winst derft), wat '*direct and naturally*' het gevolg is van het tekortschieten. Gederfde winst is in dat geval een '*direct damage*', die niet wordt getroffen door de uitsluiting van '*indirect damages*'. Willen '*lost profits*' uitgesloten worden, dan is het verstandig die term te gebruiken en niet begrippen als *indirect damages*, *consequential damages* of *special losses*. Bovendien moeten partijen goed bedenken of zij ook '*lost profits*' in de '*first limb*' willen uitsluiten, of alleen in de '*second limb*'.

Hoe een contractuele uitsluiting van 'indirect damages' en 'consequential losses' naar Nederlands recht uitgelegd moet worden, is een kwestie van 'haviltexen'. Voor de hand ligt een uitleg dat daarmee is beoogd een bepaald soort schade (gederfde winst) en/of verder weg gelegen schade ('meerderegraadsschade', zoals gevolgschade) uit te sluiten. Indien partijen hebben willen bedoelen gederfde winst uit te sluiten, dan verdient het in ieder geval aanbeveling 'lost profits' als voorbeeld te noemen van uitgesloten '*indirect damages*' of '*consequential losses*'.

6. Force majeure clause

Een *force majeure clause* heeft eveneens een typische Anglo-Amerikaansrechtelijke achtergrond. Wanprestatie is naar Anglo-Amerikaans recht een '*strict liability*' (een risicoaansprakelijkheid). Overmacht bevrijdt de debiteur in beginsel niet van aansprakelijkheid. De absolute onmogelijkheid wordt in het Anglo-Amerikaanse contractenrecht wel erkend, maar de relatieve onmogelijkheid (de prestatie kan wel worden verricht, maar tegen zeer hoge kosten) in beginsel niet. Wordt het leveren van een prestatie zeer bezwaarlijk voor een debiteur als gevolg van een onverwachte natuurramp, dan vrijwaart dit de debiteur niet van aansprakelijkheid naar *common law.* De bevrijding van contractuele aansprakelijkheid wegens overmacht kan alleen bestaan als dat contractueel wordt overeengekomen: in een *force majeure*-clausule. Een *force majeure*-clausule is daarom vooral rechtens relevant naar *common law* en niet naar *civil law*, waar overmacht (en in het bijzonder relatieve onmogelijkheid) bevrijdend werkt.

Een *force majeure clause* kent meestal een lijst met evenementen die *force majeure* opleveren (natuurrampen, oorlogsomstandigheden en dergelijke), alsmede een opsomming van de rechtsgevolgen: het opschorten (*suspension*), wijzigen (*variation*) en/of eindigen van het contract.

7. Hardship clause

Een *hardship clause* is vooral van belang in landen waar het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) niet bekend is. Dat is in de *common law*-landen (het leerstuk van *frustration* (VK) en *impracticability* (VS) wordt welhaast nooit aanvaard) en Frankrijk ('imprévision' wordt alleen erkend door de administratieve rechter bij overheidscontracten, maar niet door de civiele rechter).

Een typische hardship-clausule definieert het begrip *hardship* (een wijziging in de initiële omstandigheden, op grond van bepaalde omstandigheden, die niet voorzienbaar waren), hoe een *hardship* moet worden vastgesteld, en wat de rechtsgevolgen zijn (heronderhandeling, opschorting, wijziging en/of beëindiging).