

NGB

De Bedrijfsjurist

■ Internationaal contracteren:
valkuilen en oplossingen

■ De lange arm van het Amerikaanse
recht

Het NGB in 2014 (jaaroverzicht)

Save the date! NGB LUSTRUM 5 november 2015 early adopter or laggard?

Thema wordt later bekend gemaakt; inschrijving volgt.

NGB Seminar 15 januari 2015

Internationaal contracteren: valkuilen en oplossingen



Prof. mr. Rieme-Jan Tjittes, advocaat en partner bij BarentsKrans

Teksten in Engelstalige contracten zijn vaak ontleend aan Anglo-Amerikaans recht. Is Nederlands recht van toepassing op die contracten, dan kan dat tot problemen in de uitleg van gebruikte begrippen leiden. Prof. mr. Rieme-Jan Tjittes, advocaat en partner bij BarentsKrans en hoogleraar Privaatrecht aan de VU, belicht tijdens zijn presentatie over internationaal contracteren de verschillen tussen civil law en common law.

Vooraf in financierings- en overnamecontracten komt het vaak voor dat teksten ontleend zijn aan Amerikaanse modellen. Van oudsher is in het Anglo-Amerikaanse recht de vorm minstens zo belangrijk als de inhoud, terwijl dat in Nederland anders is. Relevant is hier wat partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen redelijkerwijs mochten afleiden (Haviltex-criterium: HR NJ 1981, 635). Maar zowel in common law als in civil law is een verschuiving gaande: van tekst naar context in het ene systeem en omgekeerd in het andere. De Nederlandse rechter heeft meerdere malen geoordeeld dat het voor de uitleg van een contract relevant is of het is gesloten in een internationale context (Shu/Lam, HR NJ 1984, 345; UPC, HR RvdW 2010, 511). Overigens zijn binnen common law, net als binnen civil law, verschillen in rechtssystemen te onderscheiden. Engels recht is in het algemeen behoudender dan Amerikaans recht, dat bovendien per staat verschilt. Een groot verschil tussen contracteren naar Nederlands recht en naar Engels recht is, dat in Nederland in beginsel wettelijke bepalingen van aanvullend recht gelden (zoals bij koop). Het contracteren houdt vooral het uitsluiten of wijzigen van wettelijke bepalingen in, terwijl naar Engels recht alles in het contract moet komen, omdat de rechtsverhouding tussen partijen niet automatisch wordt aangevuld bij gebreke van aanvullende wettelijke regels.

Boilerplates

In Anglo-Amerikaanse contracten komen veel standaardbepalingen, *boilerplates*, voor. Bekend is de *entire agreement clause* (EAC), die inhoudt dat het schriftelijke contract de hele contractuele rechtsverhouding tussen partijen omvat. De betekenis van een EAC hangt volgens de Hoge Raad (Lundiform / Mexx, HR BY 8101) af van de omstandigheden van het geval, zoals de bewoordingen van de clausule, de aard, inhoud, strekking en mate van gedetailleerdheid van de overeenkomst waarvan de clausule deel uitmaakt. Ook de manier waarop de clausule tijdens de onderhandelingen ter sprake is gekomen en in de overeenkomst is opgenomen is van belang: *boilerplate*, of is er apart over onderhandeld? Naarmate een contract gedetailleerder is opgesteld wordt het vermoeden groter dat partijen hebben beoogd hun hele rechtsverhouding in het contract te regelen. In het arrest Pont Meyer (HR NJ 2007, 575) bepaalde de Hoge Raad dat het de rechter vrij staat om veel gewicht toe te kennen aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van een contract, als het gaat om een commercieel contract, zorgvuldig tot stand gekomen en gesloten tussen commerciële partijen. Sinds die tijd wordt er vaker onderhandeld over EAC's en andere boilerplates.

Een *Subject to contract*-bepaling houdt in dat partijen pas gebonden zijn nadat het contract is getekend. Als de bepaling individueel is onderhandeld en uitdrukkelijk is overeengekomen kent de rechter er meer gewicht aan toe.

Goede trouw

Civil law landen kennen de verplichting om te goeder trouw te onderhandelen. In de meeste landen, zoals Duitsland, Frankrijk, en Italië is dat in de wet opgenomen. In Nederland volgt dit uit de jurisprudentie. In CBB/JPO (HR NJ 2005,467), de standaarduitspraak op dit terrein, werd bepaald dat het afbreken van onderhandelingen zonder goede reden tot aansprakelijkheid en schadevergoeding kan leiden. De benadeelde partij kan daarbij ten eerste in de positie gebracht worden waarin hij zou zijn als de onderhandelingen niet plaats gevonden zouden hebben. In Nederland kan, als enige land ter wereld, bovendien ook vergoeding van gederfde winst worden toegekend. Vaak gebeurt dat niet. Onder common law bestaat geen verplichting om te goeder trouw te onderhandelen. Tjittes: 'De Engelsen zien ons systeem als onzeker. Common law biedt *business certainty*. Maar de systemen bewegen wat naar elkaar toe. De Engelse rechter in eerste aanleg lijkt sinds kort niet meer afwijzend te staan tegenover een algemeen rechtsbeginsel van goede trouw in relationele contracten.' De goede trouw als algemeen beginsel is nog niet uitdrukkelijk aanvaard door een Court of Appeal of het Supreme Court.

Ook in de werking van een *Letter of Intent* (LOI) of een *Memorandum of Understanding* (MOU) komen de verschillen tussen civil law en common law naar voren. Onder civil law kan een LOI of een MOU een contract zijn. Doel is vaak de precontractuele aansprakelijkheid te beperken. In Nederland is het niet van belang hoe het contract eruit ziet. 'Het kan ook op een bierviltje', aldus Tjittes. In common law is een LOI of MOU meestal niet bindend, want het wordt niet als contract gezien. Een *subject to contract*-bepaling of een *subject to board approval*-bepaling kan, afhankelijk van de afspraak of de omstandigheden, naar Nederlands recht een totstandkomingsvoorwaarde zijn, een opschortende voorwaarde of een ontbindende voorwaarde.

Mededelingsplicht

Een ander belangrijk verschil in de voorfase is dat naar Nederlands recht een mededelingsplicht bestaat, die zo ver gaat dat de koper op de informatie van de verkoper mag afgaan. *Due diligence* en *warranties* zijn hier dan ook minder belangrijk dan in common law-landen. Onder common law hebben partijen alleen in rechtsverhoudingen van *utmost good faith* een mededelingsplicht. Dat geldt onder andere voor bankcontracten, verzekeringcontracten, vennootschappen en joint ventures. Deze regel kan leiden tot opname in een contract van de zinsnede: '*This agreement does not constitute a partnership or joint venture*', hetgeen naar Nederlands recht dus geen enkele zin heeft, omdat ook bij bijvoorbeeld een koopovereenkomst een mededelingsplicht bestaat van de verkoper jegens de koper.

Uitleg

Voor de uitleg van een overeenkomst is naar Engels recht alleen de uiteindelijke schriftelijke overeenkomst zelf van belang. In tegenstelling tot in Nederland kan alleen bij hoge uitzondering een beroep worden gedaan op eerdere *drafts*, begeleidende e-mails, of op de manier waarop partijen vervolgens uitvoering aan het contract hebben gegeven. Bij ons blijft het Haviltex-criterium doorslaggevend, maar bij zorgvuldig tot stand gekomen commerciële contracten tussen commerciële partijen kun je volgens de Hoge Raad zwaar gewicht toekennen aan de bewoordingen van het contract. In Engeland is juist een beweging van tekst naar context te zien. Wel geldt nog steeds de *parol evidence rule*: (mondeling) bewijs kan een schriftelijke overeenkomst tussen partijen niet tegenspreken. Is een contract voor meerderlei uitleg vatbaar, dan geldt de uitleg die het meest past bij *business common sense*. Een belangrijke regel naar Engels recht is de *contra proferentem*-regel, die inhoudt dat het contract bij onduidelijkheid in het nadeel van de opsteller wordt uitgelegd.

Een *Entire agreement Clause* (EAC) kan betekenen dat alleen het laatste contract tussen partijen – die vaak opeenvolgende contracten hebben gesloten – geldt, dat de hele rechtsverhouding in het contract begrepen is, of partijen geen beroep op eerdere drafts of precontractuele mededelingen kunnen doen. De clausule kan ook alle drie deze betekenissen hebben. Volgens de Hoge Raad (Lundiform / Mexx, HR LJN: BY 8101) bakent een EAC alleen het onderwerp van het contract af en zegt het niets over de uitleg. Daarvoor geldt altijd Haviltex. Onder common law is de clausule vooral belangrijk om te waarborgen dat de *parol evidence rule* wordt toegepast (nauwe EAC).

Contract

De *considerans* (*Recitals*) is naar civil law onderdeel van het contract (maar dit kan contractueel uitgesloten worden). Schending kan dus wanprestatie opleveren. Naar common law maken de *Recitals* geen onderdeel van het contract uit, tenzij opgenomen is dat zij daar wél deel van uitmaken. Bevat een contract een inspanningsverplichting, dan is naar Engels recht meer helder hoe ver de inspanning moet gaan. Er is een schaal die via vele nuances loopt van '*must*' tot '*reasonable efforts*'. Dat laatste houdt in dat een partij zich wel moet inspannen, maar niet in die mate dat hij er zelf financieel slechter van wordt. Bij '*best efforts*' moet hij zo ver wél gaan. Naar Nederlands recht is dit minder duidelijk. Daar moet de vereiste inspanning worden afgeleid uit de bedoeling van partijen. Veel

voorkomende contractsbepalingen zijn *warranties*, waarvan schending naar Engels recht alleen recht geeft op schadevergoeding, niet op ontbinding. Schending van een *condition* daarentegen kan tot ontbinding van het contract leiden. Volgens de Hoge Raad is het een kwestie van uitleg wat garantie inhoudt naar Nederlands recht.

Een *Indemnity*-bepaling (vrijwaring) is onder common law een *Debt claim* of een *Damages claim*. Een *Debt claim* geeft recht

op nakoming of op betaling van een bedrag dat vast staat of redelijkerwijs te bepalen is. Anders dan bij een *Damages claim* zijn de regels van de schadevergoeding zoals de voorzienbaarheid van de schade en de schadebeperkingsplicht niet van toepassing. Er zijn dus verschillende rechtsgevolgen. Naar Nederlands recht is minder duidelijk wat een vrijwaring inhoudt. Ook hier moet de bepaling weer uitgelegd worden volgens het Haviltex-criterium. ■

NGB Seminar 15 januari 2015

De lange arm van het Amerikaanse recht: anti-omkoping, sancties en export controls



Mr. Jan Joosten, advocaat en partner bij Hughes Hubbard & Reed LLP

De strenge Amerikaanse regels vinden ruimschoots extra-territoriale toepassing, zoals menig Nederlands bedrijf heeft ondervonden. Aan sommige zijn hoge boetes opgelegd.

Mr. Jan Joosten, advocaat en partner bij Hughes Hubbard & Reed LLP in New York, gaat in zijn presentatie op deze regels in. Daarbij biedt hij handvatten om hiermee om te gaan en tips om valkuilen te vermijden.

'Lange arm VS maakt bestuurders nerveus', kopte het FD onlangs. Men vreest voor wat BNP Paribas is overkomen. De Franse bank heeft zo'n negen miljard dollar moeten betalen, zo blijkt uit de schikkingsovereenkomst - die op internet te vinden is - met de Amerikaanse overheid. De bank overtrad de Amerikaanse sanctiewetgeving met betrekking tot Iran, Cuba en vooral Soedan. BNP Paribas fungeerde min of meer als huisbankier van de Soedanese overheid. Dollarbetalingen lopen via New York, waar de *clearing* plaats vindt. Daarom is de Amerikaanse regelgeving van toepassing, althans volgens de Amerikaanse overheid. Betalingen ten behoeve van de Soedanese overheid vallen op; computersystemen filteren dat soort informatie uit het betalingsverkeer. De bank bedacht

cover payments, haalde sommige mededelingen of namen uit de betaalomschrijvingen weg, en gaf instructies om bepaalde omschrijvingen uitdrukkelijk niet te gebruiken. Bij deze procedures om het toezicht te omzeilen gebruikte de bank een speciaal stempel met de tekst: 'Attention: US embargo'. De waarschuwing van de interne compliance afdeling dat een en ander wel eens een *serious breach* zou kunnen opleveren werd genegeerd. Kortom: een forse boete, maar er was dan ook wel wat aan de hand, aldus Joosten. Ook Nederlandse banken hebben boetes moeten betalen.

Export

Wanneer de Amerikaanse overheid een bedrijf aanpakt is het vaak op het gebied van anti-omkopingsregels, sancties en export controls of een combinatie daarvan. De drie verschillende onderwerpen komen op die manier vaak samen. Het begrip export omvat niet alleen het verplaatsen van een product uit de VS, maar ook *deemed export*: het doorgeven van technologische informatie of producten aan een buitenlander in de VS. Als de Nederlandse manager van een Amerikaanse dochter van een Nederlandse multinational informatie krijgt, valt dat onder export. Wordt de Nederlandse manager Amerikaan, dan is er geen sprake meer van export, maar ontstaat een nieuw probleem. Want wie vrijwillig een nieuwe nationaliteit aanneemt verliest de Nederlandse, weet Joosten uit eigen ervaring. Export omvat tenslotte *re-export*: wat onder de Amerikaanse export controls valt, blijft daaronder vallen, ook als het van het ene buitenland naar het andere wordt vervoerd, bijvoorbeeld door een Nederlands expeditiebedrijf. *Re-export* is een veelomvattend begrip. Joosten raadt bedrijven die tegen problemen aanlopen aan om voor goede advocaten te zorgen, niet alleen voor het bedrijf maar ook voor de werknemers.

Foreign Corrupt Practices Act

De *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) uit 1977 is ontstaan tegen de achtergrond van affaires als Watergate (1972), Lockheed en Bananagate. Met de wet wil de overheid voorkomen dat bedrijven overheidsfunctionarissen in andere landen omkopen. In december 2014 was van 107 bedrijven bekend dat zij onderwerp waren van een FCPA-onderzoek door het *Department of Justice* (DOJ) of de *Securities and Exchange Commission* (SEC). Overtreding van de FCPA kan leiden tot