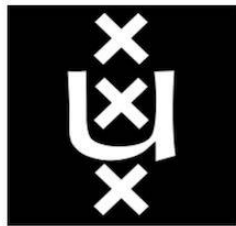


Masterscriptie

De betekenis van *representations & warranties* in (overname)contracten naar
Amerikaans recht



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Marinus Prakke

Master Privaatrecht: Commerciële Rechtspraktijk

Fusies & Overnames en Joint Ventures

Begeleider: dhr. dr. drs. G.J.P. de Vries

Inleverdatum: 6 januari 2020

Abstract

Ondanks dat *representations & warranties*-bedingen veelvuldig terugkomen in door Nederlands recht beheerste (overname)contracten, is in de praktijk niet altijd duidelijk hoe deze bedingen moeten worden uitgelegd. Op grond van de jurisprudentie en rechtsliteratuur kan het Amerikaans recht een belangrijke indicatie geven voor de uitleg van Anglo-Amerikaanse begrippen in door Nederlandse recht beheerste (overname)contracten. Daarom wordt in deze scriptie de betekenis van *representations & warranties* naar Amerikaans recht onderzocht. Deze onderzoeksvraag wordt beantwoord aan de hand van een juridisch literatuuronderzoek, waarbij tevens gebruik is gemaakt van wetgeving, jurisprudentie en handboeken uit zowel de Nederlandse als Amerikaanse juridische context.

Door de afwezigheid van een algemene *duty to disclose* (mededelingsplicht), een strikte (taalkundige) uitleg van contracten, de *parol evidence rule* en de afwezigheid van redelijkheid en billijkheid als rechtsbron, heeft de koper naar Amerikaans recht in vergelijking met Nederlands recht een relatief zwakke uitgangspositie. Waar *representations & warranties* ervoor zorgen dat de desbetreffende risico's voor rekening van verkoper komen, brengen de *entire agreement clause* en *non-reliance clause* met zich mee dat alle verdere risico's voor rekening van koper zijn. Er wordt op deze manier een contractuele risicoverdeling op papier gezet.

Een *representation* is een verklaring van verkoper over eigenschappen van het koopobject waarop koper (mede)overgaat tot contracteren. Als deze verklaring uiteindelijk onjuist blijkt te zijn is sprake van *misrepresentation* op basis waarvan kan koper van het contract af. De *warranty* is de contractuele verbintenis die aan de *representation* gekoppeld wordt waarmee verkoper belooft dat zijn verklaring correct is. Op basis van *breach of contract* heeft koper recht op schadevergoeding van het positief contractsbelang.

In mijn conclusie breng ik enkele nuances aan op de schijnbaar grote verschillen tussen het Amerikaanse en Nederlandse recht. Vooral het leerstuk van *misrepresentation* is ruimer dan gedacht. Tenslotte is het nog maar de vraag of het gebruik van *representations & warranties* in een door Nederlands recht beheerst overnamecontract nodig dan wel wenselijk is. Het Nederlands recht biedt relatief veel bescherming en er kunnen interpretatieproblemen ontstaan.

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	5
1.1.	Uitleg van commerciële contracten naar Nederlands recht.....	6
1.2.	Uitleg representations & warranties in door Nederlands recht beheerste (overname)contracten.....	9
1.3.	De onderzoeksvraag: Wat is de betekenis van representations & warranties in (overname)contracten naar Amerikaans recht?.....	10
2.	De Amerikaanse juridische context	12
2.1.	Geen eenheid	12
2.1.1.	Restatements of Law	12
2.1.2.	UCC	13
2.2.	Positie koper naar Amerikaans recht	13
2.2.1.	No duty to disclose	14
2.2.2.	Strikte (tekstuele) uitleg van contracten	16
2.2.3.	Parol evidence rule	17
2.2.4.	Redelijkheid en billijkheid geen aanvullende rechtsbron	18
2.3.	Representations & warranties minder noodzakelijk naar Nederlands recht ...	19
2.4.	Functies representations & warranties naar Amerikaans recht	20
3.	Representation	23
3.1.	Voorwaarden voor misrepresentation	23
3.1.1.	Een verklaring die niet overeenkomt met de werkelijkheid	23
3.1.2.	Fraudulent or material misrepresentation	25
3.1.3.	Justified reliance	26
3.1.4.	Inducement door misrepresentation.....	27
3.2.	Remedies en schadevergoedingsmaatstaf	28
3.2.1.	Avoidance	28
3.2.1.1.	Restitution	29
3.2.2.	Torts	29
3.2.2.1.	Damages	30
3.2.3.	Overige effecten van misrepresentation	31
3.3.	Tussenconclusie	32
4.	Warranty	33
4.1.	Voorwaarden voor warranty	33

4.2.	Implied warranty	34
4.3.	Breach of warranty	35
4.3.1.	Strict liability	35
4.3.2.	(Non-)reliance	36
4.4.	Remedies en schadevergoedingsmaatstaf	37
4.4.1.	Breach of contract	37
4.4.2.	Right to expectation	38
4.4.3.	Damages	38
4.5.	Tussenconclusie	39
5.	Conclusie	40

1. Inleiding

Het Anglo-Amerikaans recht heeft de afgelopen decennia steeds meer invloed gekregen op het Nederlandse contractenrecht en de Nederlandse overnamepraktijk.¹ Steeds vaker worden Anglo-Amerikaanse modellen van overnamecontracten gebruikt met daarin vaste Anglo-Amerikaanse clausules. Voorbeelden daarvan zijn de verschillende *boilerplate*-bedingen². In de *M&A*-praktijk³ is het beding van de *representations & warranties* een van de belangrijkste bedingen in het onderhandelingsproces. Kortgezegd is een *representation* een verklaring van verkoper over eigenschappen van het koopobject waarop koper (mede)overgaat tot contracteren. De *warranty* is de contractuele verbintenis die aan de *representation* gekoppeld wordt waarmee verkoper belooft dat zijn verklaring correct is. Deze figuren worden in overnamecontracten vaak samen opgenomen in het *representations & warranties*-beding. Een voorbeeld van een *representations & warranties*-beding in een overnamecontract ziet er als volgt uit:

“3.1. Representations and Warranties.

The Company hereby represents and warrants to the Purchasers that:

(a) All issued and outstanding shares have been, and as of the Closing Date will be, duly authorized, validly issued, fully paid and nonassessable, are and were, and as of the Closing Date will have been, offered, issued, sold and delivered by the Company in compliance with all applicable laws concerning the issuance of securities.⁴

(b) There are no Hazardous Substances or underground storage tanks in, on, or under the Property, except those that are (i) in compliance with Environmental Laws and with permits issued pursuant thereto (to the extent such permits are required under Environmental Law) in all material respects, and (ii) in amounts not in excess of that necessary to operate the

¹ C.E. Drion, ‘Anglo-Amerikaanse invloeden’, *NJB* 2010/1011 p. 1.

² Standaardbedingen waarvan de formulering is ontstaan door constant hergebruik in commerciële contracten. Lees meer over *boilerplate*-bedingen in J.W.A. Dousi, ‘Copy, paste’, *Contracteren* 2016/2.

³ *M&A* staat voor Mergers and Acquisitions (Fusies en Overnames).

⁴ <https://www.allbusiness.com/asset/2015/02/10.8-Sample-Representations-and-Warranties.pdf>

Property for the purposes set forth in the Loan Agreement which will not result in an environmental condition in, on or under the Property”⁵

(c) ...”

In bovengenoemd voorbeeld *represents and warrants* de verkoper dat de aandelen bepaalde eigenschappen hebben en dat bepaalde geldende milieuvoorschriften worden nageleefd.

Ondanks dat *representations & warranties*-bedingen veelvuldig terugkomen in door Nederlands recht beheerste (overname)contracten, is in de praktijk niet altijd duidelijk hoe deze bedingen moeten worden uitgelegd.

1.1. Uitleg van commerciële contracten naar Nederlands recht

In Nederland worden schriftelijke bepalingen in een contract in het algemeen uitgelegd aan de hand van de Haviltex-maatstaf.⁶ De Hoge Raad formuleert deze maatstaf als volgt:

“De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.”⁷

In het PontMeyer-arrest heeft de Hoge Raad hieraan verdere invulling gegeven door te bepalen dat een beding in een overnamecontract (een commercieel contract) gesloten tussen professionele partijen, die bij het opstellen van het contract zijn bijgestaan door juridische deskundigen, voorshands taalkundig moet worden uitgelegd, behoudens tegenbewijs te leveren

⁵ <https://www.lawinsider.com/clause/environmental-representations-and-warranties>

⁶ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*).

⁷ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*). r.o. VI.2.

door de partij die meent dat de bedoeling van partijen anders is dan uit de tekst volgt.⁸ Of sprake is van een commercieel contract hangt onder andere af van de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan en het gebruik van een *entire agreement clause*.⁹ Hierbij is relevant of partijen bijgestaan zijn door professionele partijen die uitvoerig hebben onderhandeld over de totstandkoming van het contract.¹⁰ Het uitgangspunt is dat wanneer professionele partijen een commercieel contract (inclusief een *entire agreement clause*¹¹) zijn aangegaan met bijstand van juridische deskundigen er voorshands van mag worden uitgegaan dat partijen hun bedoelingen duidelijk en volledig in de tekst van de schriftelijke overeenkomst hebben opgenomen.¹²

In de rechtsliteratuur is veel steun voor de lijn die de Hoge Raad heeft ingezet in het PontMeyer-arrest.¹³ Er wordt immers nog steeds aan de Haviltex-maatstaf getoetst maar gezien de feiten en omstandigheden van het geval ligt een voorshands taalkundige uitleg voor de hand.¹⁴ Ook uit de lagere rechtspraak volgt dat de rechter bij de uitleg van commerciële contracten gesloten tussen professionele partijen veelvuldig gebruikmaakt van de constructie dat voorshands, behoudens tegenbewijs, groot gewicht wordt toegekend aan een taalkundige uitleg van de bewoordingen van het contract.¹⁵

Het lijkt erop neer te komen dat de Hoge Raad de voorshandse taalkundige uitleg van het PontMeyer-arrest inmiddels in grote mate heeft gerelativeerd. Zo bevestigt de Hoge Raad in het Lundiform/Mexx-arrest dat de Haviltex-maatstaf beslissend blijft, ook bij de uitleg van een

⁸ HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (*PontMeyer*). In HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576; JOR 2007, 198 (Derksen/Homburg) wordt een voorshands taalkundige uitleg van commerciële contracten bevestigd.

⁹ HR 19 januari 2007, JOR 2007, 166 (*PontMeyer*). R.o. 3.4.3.

¹⁰ HR 19 januari 2007, JOR 2007, 166 (*PontMeyer*). R.o. 3.7.3.

¹¹ “Vierhoeksbeding”; meer hierover in paragraaf 2.2.3.

¹² R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, p. 284.

¹³ Zie bijvoorbeeld JOR 2007/198. Hierin stelt Tjittes in zijn noot bij het Derksen/Homburg-arrest dat “een met zorg gesloten commercieel contract in beginsel taalkunig moet worden uitgelegd”. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, ‘Terug naar de tekst – een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten’, *WPNR* 2007/6709, p. 417 e.v.; H.N. Schelhaas, ‘Pacta Sunt Servanda bij commerciële contractanten’, *NTBR* 2008, 21, p. 1.;

¹⁴ H.N. Schelhaas, ‘Pacta Sunt Servanda bij commerciële contractanten’, *NTBR* 2008, 21, p. 1.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 2 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2948 r.o. 4.4; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3872 r.o. 4.5 en 4.32; Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3025 r.o. 3.6-3.9; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2014:5859 r.o. 4.6; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8105 r.o. 5.9 en 5.10.

commercieel contract tussen professionele partijen.¹⁶ Daarnaast is het voorshands toekennen van groot gewicht aan de taalkundige uitleg (behoudens tegenbewijs), een vrijheid van de rechter en geen plicht. Deze vrijheid moet worden gezien als een bewijsvermoeden, zodat nader (tegen)bewijs moet worden toegelaten, indien daartoe voldoende is gesteld.¹⁷

Vervolgens vloeit uit het Rotterdam/Eneco-arrest voort dat de enkele hoedanigheid van partijen niet meebrengt dat per se een groot gewicht moet worden toegekend aan de taalkundige betekenis van de bewoordingen van de overeenkomst.¹⁸ Dit is later bevestigd in het Afvalzorg/Slotereind-arrest.¹⁹

De uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad laat zien dat op grond van de Haviltex-maatstaf voorshands taalkundig *kan* worden uitgelegd ingeval de aard van de transactie dit meebrengt en indien het gaat om professionele partijen die met bijstand van juridische deskundigen, na intensieve onderhandelingen, een gedetailleerde schriftelijke overeenkomst (inclusief *entire agreement clause*) hebben gesloten.²⁰ Echter, geen van deze omstandigheden zijn voorwaarden voor een voorshands taalkundige uitleg, blijkt ook uit het vrij recente Valerbosch-arrest van 13 december 2019.²¹ De Hoge Raad stelt dat het aan de rechter is om te beoordelen welk gewicht moet worden gehecht aan het al dan niet aanwezig zijn van deze omstandigheden, mede gelet op eventuele overige, op dat moment gebleken omstandigheden van het geval.²²

De relativering sinds Pontmeyer neemt niet weg dat de omstandigheden van het geval, indien het gaat om professionele partijen die met bijstand van juridische deskundigen, na intensieve onderhandelingen, een gedetailleerd overnamecontract (inclusief *entire agreement clause*) hebben gesloten, meebrengen dat de rechter voorshands groot gewicht toekent aan een taalkundige uitleg. Een volgende vraag is: Welke rol speelt de omstandigheid dat er Anglo-

¹⁶ HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*) r.o. 3.4.3.

¹⁷ HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*) r.o. 3.4.4.

¹⁸ C.E. Drion, 'Memorandum uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad', *ORP* 2016/4, p. 31-37; HR 20 september 2013, NJ 2014, 522 (*Rotterdam/Eneco*) r.o. 3.4.2.

¹⁹ C.E. Drion, 'Memorandum uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad', *ORP* 2016/4, p. 31-37; HR 7 februari 2014, NJ 2015, 274 (*Afvalzorg/Slotereind*) r.o. 4.2.2.

²⁰ C.E. Drion, 'Memorandum uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad', *ORP* 2016/4, p. 31-37. Zie HR 19 januari 2007, *JOR* 2007, 166 (*PontMeyer*). R.o. 3.4.3.; HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*) 3.4.2.-3.4.4.

²¹ HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940 (*Valerbosch*) r.o. 3.2.1. – 3.2.3.

²² HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940 (*Valerbosch*) r.o. 3.2.1. – 3.2.3.

Amerikaanse begrippen als *representations & warranties* in het overnamecontract zijn opgenomen? En hoe zal een rechter deze begrippen uitleggen?

1.2. Uitleg *representations & warranties* in door Nederlands recht beheerste (overname)contracten

Een belangrijk arrest over de Anglo-Amerikaanse invloeden op de uitleg van door Nederlands recht beheerste (overname)contracten is het UPC/Land-arrest.²³ Het hof noemde een drietal factoren die in deze zaak een zware betekenis aan de taalkundige uitleg met zich meebrachten. Het ging namelijk om een groot aantal Amerikaanse contractspartijen, het contract was in de Engelse taal opgesteld en de afspraken waren - volgens de Anglo-Amerikaanse rechtstraditie - in detail vastgelegd.²⁴ De Hoge Raad gaat hier in mee.²⁵

In het Lundiform/Mexx-arrest werd aan de hand van het Amerikaanse recht een uitleg van de *entire agreement clause* door een lagere rechter verworpen omdat die niet in overeenstemming was met het Amerikaanse recht.²⁶

Wanneer beide contractspartijen van Anglo-Amerikaanse afkomst zijn of internationale commerciële partijen die regelmatig Anglo-Amerikaanse contracten sluiten, dan zullen partijen er in beginsel op mogen vertrouwen dat de Anglo-Amerikaanse begrippen – in een door Nederlands recht beheerst contract - worden uitgelegd volgens de Anglo-Amerikaanse rechtsleer.²⁷ Zo oordeelde de Hoge Raad dat de Londense beursopvattingen van belang zijn bij de uitleg van een door Nederlands recht beheerste verzekeringsovereenkomst die op de Londense beurs is gesloten.²⁸ Mogelijk geldt dat ook indien wederpartij wordt bijgestaan door een Anglo-Amerikaans advocatenkantoor.²⁹

Een goed voorbeeld van een vonnis over de uitleg van de begrippen *representation or warranty* in een overnamecontract tussen twee grote professionele partijen – beiden niet Amerikaans –

²³ Drion 2010, p. 1; HR 9 april 2010, LJN BK1610 (*UPC/Land*);

²⁴ Drion 2010, p. 1; Gerechtshof Amsterdam 13 september 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC0317 r.o. 4.11.

²⁵ HR 9 april 2010, LJN BK1610 (*UPC/Land*) r.o. 5.3.

²⁶ HR 5 april 2013, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

²⁷ Tjittes 2018, p. 379; HR 18 november 1983, NJ 1984, 345 (*Shu/Lam*); Zie conclusie A-G van Peursum onder (2.10) voor HR 14 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:623 (art. 81 Wet RO).

²⁸ Tjittes 2018, p. 379; HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

²⁹ Tjittes 2018, p. 379; HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (*Bunde/Erckens*).

kwam van de Rechtbank Oost-Brabant.³⁰ De rechtbank stelt dat het concept van de *representation or warranty* in het Nederlandse recht niet bekend is, waardoor de betekenis van het beding in kwestie aan de hand van uitleg moet worden vastgesteld. Het Angelsaksische rechtssysteem biedt daarbij volgens de rechtbank een richtsnoer.³¹

Op grond van de jurisprudentie kan het Amerikaans recht een belangrijke indicatie geven voor de uitleg van Anglo-Amerikaanse begrippen in door Nederlands recht beheerste (overname)contracten. In de rechtsliteratuur is deze visie ook betoogd door Dousi en Schelhaas. Zij noemen aantal argumenten waarom bij de uitleg van *representations & warranties* het Amerikaans recht een belangrijk aanknopingspunt kan zijn.³²

Om te beginnen mogen grote professionele partijen die worden bijgestaan door advocaten redelijkerwijs van elkaar verwachten dat zij op de hoogte zijn van de Amerikaansrechtelijke achtergrond van het door hen gebruikte *representations & warranties*-beding. Ook rust er mogelijk een onderzoeksplicht op professionele partijen naar de betekenis. Daarnaast onderhandelen partijen doorgaans niet of nauwelijks over de betekenis van het *representations & warranties*-beding, juist omdat zij erop vertrouwen dat de gestandaardiseerde (buitenlandse) betekenis wordt gehanteerd. Het Nederlandse recht kent bovendien geen gestandaardiseerde betekenis van het *representations & warranties*-beding. *Representations & warranties* worden al snel gekwalificeerd als “garanties”. Alhoewel de schending van een garantie dezelfde rechtsgevolgen met zich mee kan brengen, heerst er in het Nederlandse recht over de precieze betekenis van het begrip “garantie” nog veel onduidelijkheid. In ieder geval is duidelijk dat een garantie geen vastomlijnde betekenis heeft.³³ Ondanks de verwantschap tussen beide praktijkfiguren brengt een uitleg van een *representations & warranties*-beding door een verwijzing naar het begrip “garanties” te weinig duidelijkheid.³⁴

Volgens Dousi en Schelhaas is het Amerikaanse recht een objectief contextueel aanknopingspunt bij de uitleg van *representations & warranties*. Een uitleg op basis van het Amerikaanse recht zou meer houvast en duidelijkheid geven, aangezien het Amerikaanse recht

³⁰ Rb. Oost-Brabant 27 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6627.

³¹ Rb. Oost-Brabant 27 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6627, r.o. 4.25.

³² Dousi 2016, p. 44-45. Het artikel gaat over de uitleg van *boilerplate*-bedingen waar volgens Dousi het *representations & warranties*-beding er één van is; H.N. Schelhaas, in: Uitleg van rechtshandelingen, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR), 2016, par. 6.2.3.

³³ Raaijmakers 2002, p. 92 e.v.; HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (*ABP/FGH*) ‘Hoog Catharijne’; HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (*Mol/Meijer*).

³⁴ J.W.A. Dousi, ‘Representations en warranties’, *Contracteren* 2017/4, p. 135-136.

op dit punt meer is uitgekristalliseerd. Volgens Dousi moeten *representations & warranties* zelfs “in beginsel volgens de Anglo-Amerikaanse betekenis” worden uitgelegd.³⁵

1.3. De onderzoeksvraag

In deze scriptie schep ik meer helderheid over de betekenis van *representations & warranties* naar Amerikaans recht. Mede in het licht van de hierboven opgesomde trend in de jurisprudentie en rechtsliteratuur, draagt mijn scriptie bij aan het uitlegvraagstuk van het *representation & warranties*-beding in door Nederlands recht beheerste overnamecontracten. In het geval dat voor de uitleg van Anglo-Amerikaanse begrippen zoals *representations & warranties* het Amerikaanse recht maatgevend is, wordt de betekenis van deze begrippen naar Amerikaans recht van extra belang. De centrale onderzoeksvraag van deze scriptie is daarom:

Wat is betekenis van *representations & warranties* in (overname)contracten naar Amerikaans recht?

Om deze onderzoeksvraag te beantwoorden behandel ik in de volgende hoofdstukken de volgende deelvragen:

- 2) Hoe ziet de voor *representations & warranties* relevante Amerikaanse juridische context eruit?
- 3) Wat is de betekenis van *representation* naar Amerikaans recht?
- 4) Wat is de betekenis van *warranty* naar Amerikaans recht?

Vervolgens sluit ik in de conclusie af met de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag. De basis voor deze scriptie is een juridisch literatuuronderzoek, waarbij tevens gebruik is gemaakt van wetgeving, jurisprudentie en handboeken uit zowel de Nederlandse als Amerikaanse juridische context.

³⁵ Dousi 2017, p. 135.

2. De Amerikaanse juridische context

In dit hoofdstuk wordt uitgelegd wat voor *representations & warranties* de voornaamste bronnen van het Amerikaans recht zijn. Ook worden belangrijke leerstukken behandeld die meer duidelijkheid geven over de positie van koper naar Amerikaans recht. Daarnaast wordt gekeken hoe deze zich verhoudt tot de positie van koper naar Nederlands recht. Ten slotte worden de functies van *representations & warranties* naar Amerikaans recht beschreven.

2.1. Geen eenheid

In feite bestaat er niet zoiets als het Amerikaanse contractenrecht.³⁶ Elke staat heeft zijn eigen rechtsregels en is een jurisdictie op zichzelf.³⁷ Desondanks bestaan er grote gelijkenissen in de rechtsregels tussen deze staten. Om te beginnen wordt door gerechtshoven en wetgevers van verschillende staten een zekere waarde gehecht aan elkaars *case law* (jurisprudentie), zonder dat sprake is van dwingende precedentwerking.³⁸ Daarnaast kent het Amerikaanse contractenrecht nog twee belangrijke rechtsbronnen, te weten de *Restatements of the Law* (hierna: Restatements) en de *Uniform Commercial Code* (hierna: UCC). Ook zijn er een aantal toonaangevende handboeken en naslagwerken die de grote gelijkenissen in het Amerikaans recht weergeven.³⁹ Hieruit zijn enkele grote lijnen uit het Amerikaanse contractenrecht te filteren.⁴⁰

2.1.1. Restatements of Law

De Restatements zijn door het American Law Institute opgestelde documenten waarin uit jurisprudentie bestaande *common law* in verschillende *sections* (artikelen) wordt “geherformuleerd”.⁴¹ Elke *section* bevat een zogenaamd *black letter statement of general principle*. Deze algemene rechtsregels worden aangevuld met officieel commentaar en illustraties.⁴² Het doel van de Restatements is om het recht, dat vanwege de enorme hoeveelheid

³⁶ G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties in overnames: over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames* (diss. Tilburg), Tilburg: Schoordijk Instituut 2002, p. 122-123; Dousi 2016, p. 38.

³⁷ Raaijmakers 2002, p. 123.

³⁸ Raaijmakers 2002, p. 123-124.

³⁹ Voor dit onderzoek maak ik gebruik van de Farnsworth 2004, de White/Summers 2010, de Calamari/Perillo 2009 en de Prosser/Keeton 1984.

⁴⁰ Raaijmakers 2002, p. 123-124; Dousi, 2016, p. 38.

⁴¹ Raaijmakers 2002, p. 126-127; Dousi, 2016, p. 38; Letterlijke betekenis van *Restatements of Law* is “herformulering van het recht”.

⁴² Farnsworth 2004, p. 27.

aan precedentes steeds onoverzichtelijker en ondoorgrondelijker werd, inzichtelijker te maken door de rechtsregels, die uit die precedentes voortvloeien, te ordenen.⁴³ Alhoewel de Restatements worden gezien als een *highly persuasive authority*⁴⁴ is geen sprake van codificatie, noch wordt rechtsvorming of een autonome rechtsbron nagestreefd.⁴⁵

Voor meerdere rechtsgebieden zijn Restatements opgesteld. Voor deze scriptie zijn vooral de *Restatement (Second) of Contracts* en de *Restatement (Second) of Torts* van belang. Deze Restatements zien respectievelijk op het contractenrecht en het leerstuk van de onrechtmatige daad.

2.1.2. UCC

De UCC is een door het American Law Institute en de National Conference of Commissioners on Uniform State Law opgestelde modelwet.⁴⁶ Het doel van de UCC is om op bepaalde deelterreinen, zoals de koop van roerende zaken, landelijke uniformering van wetten te stimuleren.⁴⁷ De UCC is in nagenoeg alle deelstaten geïmplementeerd.⁴⁸

Vooraf voor de rechtsvorming rondom de *warranty*-figuur is de UCC belangrijk. In hoofdstuk 2 van de UCC staan, in tegenstelling tot de Restatements, specifieke *sections* over de *warranty*.⁴⁹ En hoewel dit hoofdstuk, dat betrekking heeft op koop, feitelijk niet op een overname van aandelen van toepassing is, vindt in de praktijk vaak een analoge toepassing plaats.⁵⁰

2.2. Positie koper naar Amerikaans recht

Hieronder zal ik de algemene positie van koper naar Amerikaans recht bespreken teneinde de achtergrond te schetsen waartegen *representations & warranties* tot leven komen: hun functie en reikwijdte worden zo verduidelijkt.

⁴³ Raaijmakers 2002, p. 126-127; Dousi, 2016, p. 38.

⁴⁴ Dousi 2016, p. 38.

⁴⁵ Raaijmakers 2002, p. 124-127; Dousi, 2016, p. 38.

⁴⁶ Raaijmakers 2002, p. 124; Dousi 2016, p. 38.

⁴⁷ Raaijmakers 2002, p. 124.

⁴⁸ Raaijmakers 2002, p. 124; Dousi 2016, p. 38; Behalve Louisiana die dat slechts gedeeltelijk heeft gedaan.

⁴⁹ Raaijmakers 2002, p. 126.

⁵⁰ Raaijmakers 2002, p. 125; hoofdstuk 8 UCC heeft wél betrekking op de koop en verkoop van aandelen, alleen gaan deze bepalingen nauwelijks over de privaatrechtelijke verhouding tussen koper en verkoper en zijn ze daarom voor dit onderzoek minder interessant.

Eerst bespreek ik de afwezigheid van een algemene *duty to disclose* (mededelingsplicht). Daarna ga ik in op de strikte uitleg van contracten naar Amerikaans recht. Vervolgens behandel ik de *parol evidence rule* (in combinatie met de *entire agreement clause* en de *non-reliance clause*). Ten slotte ga ik in op de afwezigheid van redelijkheid en billijkheid als rechtsbron bij vaststelling van de rechtsgevolgen van de overeenkomst.

2.2.1. No duty to disclose

Het beginsel van eigen verantwoordelijkheid is diep geworteld in het Amerikaanse recht. Hieruit vloeit voort dat verkoper geen algemene *duty to disclose* heeft in het geval hij/zij bekend is met bepaalde eigenschappen van het koopobject die voor koper een rol kunnen spelen bij zijn/haar koopbeslissing.⁵¹ Toch zijn daar nuances op aan te brengen. Om te beginnen zijn in de Restatements een paar specifieke *disclosure*-verplichtingen opgenomen die verkoper verbieden concrete kennis van ernstige gebreken voor zich te houden.⁵² Daarnaast brengt *Rule 10b-5* van de *Securities Act* van 1943 met zich mee dat verkopers van effecten⁵³ hun kopers geen onjuistheden mogen voorhouden noch anderszins mogen misleiden.⁵⁴

Ondanks deze nuances geniet de koper op basis van het Amerikaans recht in beginsel weinig bescherming. Koper moet zorgen dat hij toezeggingen van verkoper krijgt en dat diens verklaringen over de eigenschappen van het koopobject in het contract worden opgenomen. Anders heeft hij later geen middelen om van het contract af te komen en/of schadevergoeding te vorderen als het koopobject niet voldoet aan zijn gerechtvaardigde verwachtingen.

In Nederland is dat anders. Om te beginnen wordt in Nederland getoetst aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase.⁵⁵ In het arrest *Baris/Riezenkamp* stelt de Hoge Raad:

⁵¹ Raaijmakers 2002, p.128; Dousi, 2017, p. 137.; Farnsworth 2004, § 4.11.

⁵² Raaijmakers 2002, p. 128; Dousi, 2017, p. 137; Restatements § 161, vooral in kader van *misrepresentation* en deze *duty of disclose* gaat minder ver dan Nederlandse mededelingsplicht.

⁵³ Raaijmakers 2002, p. 128; Waaronder ook onderhandse aandelen.

⁵⁴ Raaijmakers 2002, p. 128; In beginsel was deze *Rule* alleen van toepassing op beursgenoteerde bedrijven maar tegenwoordig wordt hij veel ruimer toegepast.

⁵⁵ HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*); R.P.J.L. Tjittes, 'De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandingen – een kritisch overzicht', *THEMIS* 2016/5, p. 237-238.

“dat (...) partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw⁵⁶ beheerste, rechtsverhouding, medebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij;⁵⁷

Deze zinsnede behoort nog steeds tot het geldend recht en is van toepassing op de redelijkheid en billijkheid in de gehele precontractuele fase. Daarvan is het bereik ruimer dan alleen de kwestie van het afbreken van onderhandelingen. Zo vormt de redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase ook de grondslag voor precontractuele mededelingsplichten.⁵⁸

Aan de mededelingsplicht van verkoper wordt in de rechtspraak meer belang gehecht dan aan de onderzoeksplicht van koper.⁵⁹ Wordt de mededelingsplicht niet vervuld, dan kan koper zich onder meer beroepen op dwaling.⁶⁰ Daarnaast heeft koper recht op de eigenschappen die hij van de zaak mag verwachten op grond van de conformiteitseis van 7:17 BW. Als verkoper zwijgt tijdens de onderhandelingen, mag koper in het algemeen nog steeds bepaalde verwachtingen hebben. Zo mogen de “normale” eigenschappen van een zaak worden verwacht zonder nader onderzoek.⁶¹

⁵⁶ Naar huidig recht: redelijkheid en billijkheid. Zie Ruijgvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en gebruik voorbehouden (R&P nr. 173)* Deventer: Kluwer 2009, p. 52.

⁵⁷ HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (ten aanzien van het tweede middel). (*Baris/Riezenkamp*)

⁵⁸ Tjittes 2016, p. 237.

⁵⁹ K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 192-195.

⁶⁰ Een mededelingsplicht ontstaat naar Nederlands recht echter niet snel. Zie HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424 (Inbev/Van der Valk) r.o. 4.2.2.: *“Het antwoord op de vraag of Inbev [verweerder] had behoren in te lichten in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling van [verweerder] wist of behoorde te weten, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als uitgangspunt geldt dat voor de wederpartij van de dwalende bezwaarlijk een gehoudenheid tot het verschaffen van inlichtingen aangenomen kan worden met betrekking tot omstandigheden waarvan zij niet op de hoogte is. Zoals in Parl. Gesch. Boek 6, p. 909, is vermeld, mag een verplichting tot “preventief” inlichten niet te snel worden aangenomen, en zal van een “behoren in te lichten” in het algemeen slechts sprake zijn als de wederpartij van de dwalende zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte was. Een dergelijke verplichting mag ook aangenomen worden indien die wederpartij, bijvoorbeeld vanwege haar deskundigheid ten aanzien van de omstandigheid waaromtrent gedwaald wordt, geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn.”* Zie ook J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer, 2019, nr. 166; In het Amerikaans recht is de reikwijdte van het figuur dwaling beperkter. Er is pas sprake van dwaling in het geval koper door verkoper bewust op het verkeerde been wordt gezet. Zie Dousi 2017, p. 141.

⁶¹ Raaijmakers 2002, p. 140.

2.2.2. Strikte (taalkundige) uitleg van contracten

Ook naar Amerikaans recht wordt bij de uitleg van een schriftelijke overeenkomst primair gekeken naar de bedoeling van partijen. Zo stellen de Restatements:

“The primary search is for a common meaning of the parties, not a meaning imposed on them by the law [...] The objective of interpretation in the general law of contracts is to carry out the understanding of the parties rather than to impose obligations on them contrary to their understanding: ‘the courts do not make a contract for the parties.’”⁶²

Echter, de manier waarop de bedoelingen van partijen door de Amerikaanse rechter uit het contract worden geïnterpreteerd verschilt wezenlijk van de Nederlandse aanpak. Om te beginnen kent het Amerikaanse recht de zogenaamde *plain meaning rule*. De essentie van deze bewijsregel is dat wanneer de tekst van een contractsbeding *plain* (duidelijk) is, er geen bewijs van buiten de letterlijke tekst van het contract mag worden toegelaten bij het bepalen van de betekenis van dat contractsbeding.⁶³ *Extrinsic evidence of surrounding circumstances* wordt pas toegelaten als de tekst *ambiguous* (dubbelzinnig) is. Zoals door een rechtbank exemplarisch gesteld:

“When the language of the contract is clear, the court will presume that the parties intended what they expressed, even if the expression differs from the parties’ intentions at the time they created the contract.”⁶⁴

De vraag is of bewijsmateriaal uit de precontractuele fase toelaatbaar is om de rechtbank te helpen bij haar voorlopige vaststelling over de duidelijkheid van de tekst.⁶⁵ Kunnen bewijzen uit eerdere onderhandelingen worden gebruikt om aan te tonen of contracttaal de vereiste mate van duidelijkheid mist, of het *ambiguous* is in tegenstelling tot “*plain*”?⁶⁶ Hierover is veel discussie. Volgens de aanhangers van de (oudere) *restrictive view* is bewijs uit de precontractuele fase ontoelaatbaar tijdens de voorlopige vaststelling van de duidelijkheid van

⁶² § 201 Restatements (Second) of Contracts.

⁶³ Farnsworth 2004, p. 463; Dousi 2016, p. 40.

⁶⁴ Calamari/Perillo 2009, p. 129; Mobil Expl. & Prod. V. Dover Energy Expl. 56 S.W.3d 772 (Tex.App.2001).

⁶⁵ Dit wordt door Calamari en Perillo ook wel het tweede aspect van de *parol evidence rule* genoemd (hierover meer in par. 2.2.3.). Zie Calamari/Perillo, p. 128.

⁶⁶ Farnsworth 2004, par. 7.12.

de tekst.⁶⁷ Tevens zijn er meer liberale stromingen (ook weergegeven in de Restaments, de UCC en in werk van Corbin en Farnsworth) die bewijs uit de precontractuele fase in meer en mindere mate toelaatbaar achten in deze fase van het interpretatieproces.⁶⁸

Op het moment dat de rechtbank geen gemeenschappelijke partijbedoeling kan vinden, zal zij zoeken naar een *standard of reasonableness*. Daarbij kijkt de rechter naar hoe een redelijk persoon onder dezelfde omstandigheden het beding heeft moeten begrijpen.⁶⁹

We kunnen uit het voorstaande concluderen dat er in het Amerikaans recht een sterke neiging heerst om bepalingen in schriftelijke overeenkomsten strikt (taalkundig) uit te leggen.⁷⁰ Er wordt primair naar de tekst van de overeenkomst gekeken en niet naar de subjectieve bedoelingen van partijen.

Naar Nederlands recht worden overeenkomsten uitgelegd op grond van de Haviltex-maatstaf, waarbij zoals gezegd de bedoeling van partijen centraal staat.⁷¹ Commerciële contracten kunnen voorshands taalkundig worden uitgelegd, behoudens tegenbewijs te leveren door de partij die meent dat de bedoeling van partijen anders is dan uit de tekst volgt. Aan de hand van de omstandigheden van het geval moet steeds blijken of en in hoeverre schriftelijke bepalingen strikt moeten worden uitgelegd.

2.2.3. Parol evidence rule

In het Amerikaanse recht speelt de *parol evidence rule* een grote rol. Die regel brengt met zich mee dat een schriftelijke overeenkomst die door partijen als definitief en compleet is bedoeld, niet mag worden tegengesproken door bewijs van eerdere schriftelijke of mondelinge toezeggingen.⁷² Of sprake is van een definitieve en complete schriftelijke overeenkomst moet de rechter aan de hand van de bedoelingen van partijen bepalen. Door middel van een *entire agreement clause* kunnen partijen bedingen dat de overeenkomst definitief en compleet is.⁷³

⁶⁷ Farnsworth 2004, p. 464-465.

⁶⁸ Farnsworth 2004, par. 7.12; Calamari/Perillo par. 3.10.

⁶⁹ Farnsworth 2004, par. 7.9.

⁷⁰ Raaijmakers 2002, p. 127; Dousi, 2017, p. 137.

⁷¹ HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex). Zie ook paragraaf 1.1.

⁷² Tjittes, 'De betekenis van de parol evidence rule in het Amerikaanse contractenrecht', *Contracteren* 2002/1, p. 4; Dousi, 2017, p. 137; § 2-202 UCC.

⁷³ Dousi 2017, p.; J.W.A. Dousi, 'De *entire agreement clause* naar Amerikaans en Nederlands recht: afbakening, geen uitleg', *Contracteren* 2013/4 p. 127-18; Binnen de verschillende Amerikaanse jurisdicties wordt niet

Wanneer sprake is van fraude zal de *parol evidence rule* in beginsel echter niet in de weg staan aan een *tort action* (onrechtmatige daadsactie) op grond van *misrepresentation*.⁷⁴

Anders dan de in vorige paragrafen beschreven leerstukken, geldt de *parol evidence rule* niet van rechtswege. De regel is alleen van toepassing wanneer blijkt dat partijen de bedoeling hadden om de overeenkomst definitief en compleet te laten zijn. Echter, in de praktijk wordt in (overname)contracten vrijwel altijd een *entire agreement clause* bedongen.⁷⁵ Dus alhoewel de *parol evidence rule* niet van rechtswege geldt, is deze vrijwel altijd van toepassing. Vandaar dat ook dit leerstuk meer duidelijkheid geeft over de uitgangspositie van koper naar Amerikaans recht.

In Nederland staat de Haviltex-maatstaf de *parol evidence rule* in de weg en kunnen eerdere schriftelijke of mondelinge toezeggingen, die niet uitdrukkelijk zijn opgenomen, wel degelijk impact hebben op hoe de overeenkomst moet worden uitgelegd.⁷⁶ Of een zaak de eigenschappen bezit die de koper daarvan mocht verwachten - en dus conform is geleverd⁷⁷ - wordt mede bepaald aan de hand van toezeggingen in de precontractuele (en ook postcontractuele) fase.⁷⁸

2.2.4. Redelijkheid en billijkheid geen aanvullende rechtsbron

Redelijkheid en billijkheid zijn geen rechtsbron bij de vaststelling van de rechtsgevolgen van de overeenkomst. De redelijkheid en billijkheid spelen dan ook een zeer geringe rol in het Amerikaanse contractenrecht. Koper kan zich niet beroepen op de - zoals we dat in Nederland kennen - aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁷⁹ De *obligation of good faith*, de Amerikaanse equivalent van de redelijkheid en billijkheid, creëert geen afzonderlijke plicht van redelijkheid en billijkheid die onafhankelijk kan worden geschonden en speelt alleen een rol bij de *uitleg* van verplichtingen die daadwerkelijk in de overeenkomst zijn vastgelegd.⁸⁰

eenzelfde gewicht gegeven aan de *parol evidence rule* en wordt haar contractuele uitwerking in de *entire agreement clause* verschillend 'uitgelegd' en toegepast; zie Dousi 2013, p. 127-128.

⁷⁴ Farnsworth 2004, p. 429-430. Zie hoofdstuk 3 voor het leerstuk van *misrepresentation*.

⁷⁵ Het is een zogenoemde *boilerplate*-beding. Zie Dousi 2016, p. 36-46 en Dousi 2013, p. 127-128.

⁷⁶ Dousi 2017, p. 141.

⁷⁷ Art. 7:17 BW.

⁷⁸ Dousi 2017, p. 141.

⁷⁹ 6:248(1) BW; Raaijmakers 2002, p. 127; Dousi, 2017, p. 137.

⁸⁰ Raaijmakers 2002, p. 127; Dousi, 2017, p. 137; Farnsworth 2004, § 7.17; § 1-304 UCC.

Wel kan een rechter oordelen dat hij een bepaling in een koopovereenkomst *unconscionable* (onredelijk) vindt en mag hij ervoor kiezen de overeenkomst of de bepaling niet afdwingbaar te laten zijn.⁸¹

In Nederland geldt de redelijkheid en billijkheid wel als rechtsbron bij vaststelling van de rechtsgevolgen overeenkomst. De overeenkomst kan rechtsgevolgen hebben die voortvloeien uit de gewoonte of de eisen van de redelijkheid en billijkheid.⁸² Daarbij kunnen de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid ook als aanvullende rechtsbronnen gelden.⁸³ Koper mag op grond daarvan zelfs bepaalde eigenschappen van het goed verwachten waar verkoper géén schriftelijke of mondelinge toezeggingen over heeft gedaan.⁸⁴

2.3. Representations & warranties minder noodzakelijk naar Nederlands recht

Zoals hiervoor gebleken is de positie van koper naar Nederlands recht een stuk sterker dan naar Amerikaans recht. Zo wordt in Nederland getoetst aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase (zie HR Baris/Riezenkamp) en kent het Nederlandse recht een aantal wettelijke regelingen die de positie van koper versterken.

Om te beginnen kan koper bij een onjuiste inlichting een beroep doen op dwaling.⁸⁵ Er moet dan sprake zijn van (i) een onjuiste voorstelling van zaken, (ii) verkoper weet dat koper bij een juiste voorstelling van zaken niet onder dezelfde voorwaarden de overeenkomst was aangegaan en (iii) de onjuiste voorstelling van zaken is te wijten aan een onjuiste inlichting van verkoper. Deze onjuiste inlichting kan ook plaatsvinden in de precontractuele fase.⁸⁶ Daarnaast kan koper in bepaalde situaties dwalen door een verzwijging van verkoper.⁸⁷ Met een geslaagd beroep op dwaling kan koper de overeenkomst vernietigen.

Daarnaast kan koper een beroep doen op non-conformiteit van het koopobject. De conformiteitseis van 7:17 BW ziet zelfs op eigenschappen die koper mag verwachten zonder dat verkoper daarover verklaringen heeft gedaan. Op grond van artikel 7:17 BW mag koper

⁸¹ § 2-302 UCC; Raaijmakers 2002 p. 125; White/Summers 2010 p. 151 e.v.

⁸² Art. 6:248(1) BW.

⁸³ Dousi 2017, p. 141.

⁸⁴ Dousi 2017, p. 141.

⁸⁵ Art. 6:228 lid 1 sub a BW.

⁸⁶ HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183 (Zelfrijdende kraan)

⁸⁷ Art. 6:228 lid 1 sub b BW. Zie voetnoot 60; HR 27 november 2015 (Inbev/van der Valk)

mede verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen.

Echter wordt in de praktijk het recht op vernietiging bij dwaling en de kooptitel van Boek 7, en daarmee regeling van non-conformiteit, in overnamecontracten vaak uitgesloten.⁸⁸ Hierdoor wordt het belang van de *representations & warranties* in overnamecontracten ook naar Nederlands recht weer groter.

Ook kan een opzettelijke onjuiste inlichting van verkoper en een verzwijging van verkoper leiden tot een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Koper krijgt hierdoor het recht op schadevergoeding op basis van het negatief contractsbelang.

Naast bovengenoemde aanwezigheid van redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase en wettelijke regelingen ter bescherming van koper, worden overeenkomsten uitgelegd aan de hand van de Haviltex-maatstaf en geldt de redelijkheid en billijkheid als een aanvullende rechtsbron. Op grond van daarvan kunnen we stellen dat een koper onder het Amerikaanse recht in vergelijking met het Nederlandse recht in beginsel een zwakkere uitgangspositie heeft. Er is geen sprake van een algemene *duty to disclose* voor verkoper, de overeenkomst wordt strikt (taalkundig) uitgelegd, de *parol evidence rule* houdt toezeggingen uit de precontractuele fase buiten de overeenkomst en de redelijkheid en billijkheid zijn geen rechtsbron. Dat is precies de reden dat een koper onder Amerikaans recht *representations & warranties* wil bedingen in de overeenkomst.

2.4. Functies *representations & warranties* naar Amerikaans recht

Koper kan de afwezigheid van de *duty to disclose* verhelpen door *representations & warranties* te bedingen. In de regel worden *representations & warranties* gezamenlijk opgenomen in een *representations & warrantie*-beding. De reden hiervoor is dat de twee figuren verschillende rechtsgevolgen hebben en een combinatie van de twee het gunstigst is voor de koper. *Representations* zijn verklaringen over eigenschappen van het koopobject die voor risico van de verkoper zijn. Op het moment dat deze verklaringen niet kloppen kan koper van het contract af. *Warranties* zijn bedoeld om de koper een recht op schadevergoeding te geven op basis van het positief contractsbelang. Door een *representations & warranties*-beding op te nemen moet verkoper wél *disclosen*. Koper heeft daarmee de zekerheid dat verklaringen uit de

⁸⁸ C.E. du Perron en T.H.M. van Wechem, 'Het uitsluiten van het beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptabele of een onacceptabele boilerplate?' *VrA* 2004/1, p. 4.; Dousi 2017, p. 142-143.

precontractuele fase onderdeel worden van de overeenkomst. De schriftelijk vastgelegde *representations & warranties* worden vervolgens strikt (taalkundig) uitgelegd. Koper zal de beloftes van verkoper zo uitgebreid en duidelijk mogelijk willen vastleggen, aangezien de rechter primair naar de letterlijke tekst van het contract kijkt. Ten slotte ondervindt koper - door het opnemen van een *representations & warranties*-beding – niet de potentiële nadelen van de *parol evidence rule*. Bij de vaststelling van de rechtsgevolgen van de overeenkomst wordt gekeken naar de bewoordingen in de definitieve en complete overeenkomst.

Om die redenen heeft een *representations & warranties*-beding eigenlijk twee functies. Ten eerste wordt informatie overgedragen van verkoper naar koper.⁸⁹ Zo weet de koper zeker welke risico's hij loopt en welke niet. Als de verklaringen van de verkoper niet kloppen beschikt koper over een remedie.⁹⁰ Het doel is om een momentopname te maken van de feiten die belangrijk zijn voor de zakelijke beslissing van koper om de transactie wel of niet aan te gaan.⁹¹ Daarnaast kan door middel van een *representations & warranties*-beding, in combinatie met een *entire agreement clause* en een *non-reliance clause*, een contractuele risicoverdeling op papier worden gezet.⁹² Waar *representations & warranties* ervoor zorgen dat de desbetreffende risico's voor rekening van verkoper komen, brengen de *entire agreement clause* en *non-reliance clause* met zich mee dat alle verdere risico's (die *niet* in het *representations & warranties*-beding zijn opgenomen) voor rekening van koper zijn. Op die manier heeft koper zekerheid over de gelopen risico's, welke hij kan verdisconteren in de prijs.⁹³ Door middel van een *representations & warranties*-beding kunnen koper en verkoper deze risicoverdeling contractueel vastleggen.⁹⁴ Later zal (bij de beantwoording van het *reliance*-vraagstuk in paragraaf 4.2.2.) blijken dat aan deze laatste functie van het *representations & warranties*-beding het meeste gewicht wordt toegekend.

Voor de toezeggingen die in het *representations & warranties*-beding zijn opgenomen rust het risico inderdaad op de verkoper. Als een toezegging uiteindelijk onjuist blijkt te zijn, kan koper

⁸⁹ Raaijmakers 2002, p. 149 ; Dousi 2017, p. 140.

⁹⁰ Dousi 2017, p. 140.

⁹¹ Dousi 2017, p. 140.

⁹² Dous 2017, p. 140 ; Raaijmakers 2002, p. 149.

⁹³ Dousi 2017, p. 140; Raaijmakers 2002, p. 149.

⁹⁴ Raaijmakers 2002, p. 149.

van het contract af en heeft hij recht op schadevergoeding. Maar de verkoper heeft ook weer de mogelijkheid om het risico naar de koper te schuiven door een *entire agreement clause* en een *non-reliance clause* op te nemen. Verkoper neemt dan al het risico op zich van de bepalingen in het *representations & warranties*-beding, maar alle overige risico's zijn voor de rekening van koper. Ook de *non-reliance* clause is bedoeld om het risico van verkoper af te bakenen.⁹⁵ Koper mag hierdoor alleen vertrouwen op feiten die in het contract staan opgesteld op grond van de *entire agreement clause*.

In het vervolg van deze scriptie zal ik per rechtsfiguur de totstandkomingsvereisten, remedies en schadevergoedingsmaatstaf behandelen. Ik begin in het volgende hoofdstuk met de figuur van *representation*. In hoofdstuk 4 behandel ik de *warranty*-figuur.

⁹⁵ <https://definitions.uslegal.com/n/non-reliance-clause/>

3. Representation

Een *representation* is een verklaring van de verkoper. Deze verklaring zal meestal betrekking hebben op de eigenschappen van het koopobject, maar kan ook gaan over andere omstandigheden die met de koop te maken hebben.⁹⁶ Als een *representation* onjuist blijkt te zijn, is sprake van *misrepresentation*.⁹⁷ *Misrepresentation* kan voor koper een grond zijn om van het contract af te komen middels *avoidance*. Daarvoor moet wel aan een aantal voorwaarden zijn voldaan, welke ik zal bespreken in de volgende paragraaf. De remedies en effecten van *misrepresentation* behandel ik in paragraaf 3.2.

3.1. Voorwaarden voor misrepresentation

Een overeenkomst is *voidable* (vernietigbaar) wegens *misrepresentation* wanneer koper op grond van een *fraudulent* (frauduleuze) dan wel *material* (materiële) *misrepresentation* van verkoper besluit de koopovereenkomst aan te gaan.⁹⁸ Daarbij moet bij koper ook sprake zijn van *justified reliance* (gerechtvaardigd vertrouwen) op de *misrepresentation*.⁹⁹

3.1.1. Een verklaring die niet overeenkomt met de werkelijkheid

Om op basis van een *misrepresentation* van een contract af te komen, moet koper bewijzen dat verkoper een verklaring heeft gedaan die niet met de werkelijkheid overeenkomt.¹⁰⁰ Indien sprake is van uitdrukkelijke leugens wordt aan dit criterium snel voldaan. Echter, niet alleen uitdrukkelijke schriftelijke of mondelinge verklaringen kunnen tot *misrepresentation* leiden. Ook bepaalde acties of verzwijgingen kunnen *misrepresentation* teweegbrengen. Een actie van *concealment* (verberging) kan bijvoorbeeld leiden tot *misrepresentation* wanneer verkoper weet of kon weten dat deze actie voorkomt dat koper een bepaald feit ontdekt. Denk aan een huizenverkoper die een groot gat in de muur bedekt met een schilderij. Verkoper wist of behoorde te weten dat potentiële kopers nu een onjuiste weergave van de werkelijkheid krijgen. Eigenlijk “verklaart” verkoper door deze actie aan koper dat er niet zulke schade is.¹⁰¹

⁹⁶ Dousi 207, p. 138; § 159 Restatements (Second) of Contracts.

⁹⁷ Dousi 207, p. 138; § 159 Restatements (Second) of Contracts.

⁹⁸ § 164(1) Restatements (Second) of Contracts.

⁹⁹ § 164(1) Restatements (Second) of Contracts.

¹⁰⁰ § 159 Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, § 4.11.

¹⁰¹ Farnsworth 2004, p. 239.

In hoofdstuk 2 hebben we gezien dat in het Amerikaans recht in principe de regel van *non-disclosure* geldt. Toch zijn hier uitzonderingen op.

Ook *non-disclosure* van een feit zal worden gezien als een verklaring dat het feit niet bestaat in vier situaties:

- a) waar de mededeling noodzakelijk is om te voorkomen dat zijn eerdere verklaring leidt tot *misrepresentation*. Als verkoper er bijvoorbeeld achter komt dat zijn eerdere verklaring niet klopt moet hij dat melden;
- b) wanneer de mededeling noodzakelijk is om een misvatting van koper te corrigeren en het niet mededelen daarvan in strijd zou zijn met de goede trouw en redelijke normen voor eerlijke handel;
- c) wanneer de mededeling nodig is om een schriftelijke fout van de koper te corrigeren; en
- d) wanneer er een vertrouwensrelatie tussen partijen is en koper op basis daarvan recht heeft op kennis van bepaalde feiten. Dit hoeft niet per se een wettelijke vertrouwensrelatie te zijn (zoals een voogd of een agent) maar kan ook zien op meer feitelijke vertrouwensrelaties zoals familierelaties.¹⁰²

In elk van deze situaties wordt het verzwijgen van een feit gezien als een *misrepresentation* wanneer deze de koper misleidt. Verkoper moet wel op de hoogte zijn van het feit en er moet sprake zijn van *intent* (opzet).¹⁰³

De tweede situatie (onder sub b) heeft in de rechtspraak voor de meeste discussie gezorgd. Het is duidelijk dat verkoper redelijkerwijs van koper mag verwachten dat hij normale stappen heeft genomen om aan zijn eigen onderzoeksplicht te voldoen. Als de koper lui, onervaren of onwetend is, wordt van verkoper over het algemeen niet verwacht te compenseren voor deze tekortkomingen.¹⁰⁴

Maar hoe zit het met het klassieke voorbeeld van de huiseigenaar die weet dat het huis vol zit met termieten en dat de potentiële koper hiervan niet op de hoogte is? Heeft verkoper in dit geval de plicht om dit feit te *disclosen*? In de Nederlandse rechtsliteratuur wordt wel eens het beeld geschetst dat in deze situatie naar Amerikaans recht geen *duty to disclose* geldt. Dit

¹⁰² § 161 Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, p. 239-242.

¹⁰³ § 161 cmt. a. Restatements (Second) of Contracts.

¹⁰⁴ § 161 cmt. d. Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, p. 241-242.

gebeurt op basis van de standaarduitspraak *Swinton v. Whitinsville Savings Bank*.¹⁰⁵ Rechtbanken zijn echter in toenemende mate bereid geweest te stellen dat *non-disclosure* van dit feit wordt gezien als een verklaring dat het huis *niet* vol zit met termieten.¹⁰⁶ Een leidende uitspraak is *Obde v. Schlemeyer*.¹⁰⁷ In deze zaak hadden de verkopers “*a duty to inform the [purchasers] of the termite conditions [...] regardless of the latter’s failure to ask any questions relative to the possibility of termites*”.¹⁰⁸

Feit blijft dat verkoper niet alle misvattingen van de koper hoeft te corrigeren en er wordt alleen van verkoper verwacht dat deze handelt op basis van de goede trouw en volgens redelijke normen voor eerlijke handel.¹⁰⁹

3.1.2. Fraudulent or material misrepresentation

Een beroep op *misrepresentation* slaagt alleen als deze *fraudulent* (frauduleus) of *material* (materieel) is.¹¹⁰

Fraudulent misrepresentation

Een *misrepresentation* is *fraudulent* wanneer deze is bedoeld om de wederpartij tot contracteren te bewegen en wanneer een van deze situaties zich voordoet:

- (1) de verklarende partij weet of gelooft dat de verklaring niet waar is;
- (2) de verklarende partij heeft niet het vertrouwen dat wat hij beweert of impliceert waar is; of
- (3) de verklarende partij weet dat hij geen grondslag heeft voor wat hij beweert of impliceert.¹¹¹

Deze geestesgesteldheid, waarbij verkoper weet of denkt te weten dat zijn verklaring onjuist is, wordt ook wel *scienter* genoemd.¹¹² Naast *scienter* moet er ook *intent* zijn om koper te misleiden.¹¹³

¹⁰⁵ Dousi 2017, p. 136-144. *Swinton v. Whitinsville savings bank*, 311 Mass.677, 42 N.E.2d 808 (1942)

¹⁰⁶ Farnsworth 2004, p. 241.

¹⁰⁷ *Obde v. Schlemeyer*, 353 P.2d 672 (Wash: 1960)

¹⁰⁸ Zie ook § 161 illus. 5 Restatements (Second) of Contracts; §551 illus. 3 Restatements of Torts.

¹⁰⁹ § 161 cmt. d. Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, p. 241-242. In het Amerikaans recht spreken ze van “*to act in good faith and in accordance with reasonable standards of fair dealing*”.

¹¹⁰ § 164 Restatements (Second) of Contracts.

¹¹¹ § 162 Restatements (Second) of Contracts.

¹¹² Farnsworth 2004, p. 243; Calamari/Perillo 2009, p. 293-294.

¹¹³ § 162 Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, p. 243-244.

Een *fraudulent misrepresentation* hoeft niet per se materieel te zijn.¹¹⁴ Wel is vereist dat koper daadwerkelijk door de verklaring is bewogen tot contracteren (dit wordt ook wel *inducement* genoemd, hierover meer in paragraaf 3.1.4.). Desalniettemin ligt de nadruk op de partij die de frauduleuze verklaringen heeft gedaan.

Material misrepresentation

Ook met een beroep op *material misrepresentation* is een contract *voidable*. Een *misrepresentation* is materieel wanneer een redelijk persoon er waarschijnlijk door bewogen zou worden om te contracteren, of wanneer verkoper weet dat koper waarschijnlijk bewogen wordt om te contracteren.¹¹⁵ Net als de test van *fraudulent misrepresentation*, is dit voornamelijk een subjectieve test die de nadruk legt op de geestesgesteldheid van verkoper in plaats van op de impact van de onjuiste verklaring.¹¹⁶ De vraag is of de verklarende partij dacht dat zijn verklaring - waarvan hij niet wist dat hij onjuist was - belangrijk genoeg was om de wederpartij te doen bewegen om te contracteren.¹¹⁷

Tenslotte kan koper op basis van een niet-materiële, niet-frauduleuze *misrepresentation* niet van een overeenkomst af.¹¹⁸

3.1.3. Justified reliance

Op basis van alleen een *fraudulent* of *material misrepresentation* kan men nog niet van de overeenkomst af. De koper moet ook aantonen dat de verkeerde voorstelling hem heeft bewogen tot contracteren en dat hij daarop gerechtvaardigd mocht vertrouwen.¹¹⁹ Dat vereiste wordt in het Amerikaans recht *justified reliance* genoemd.

In het algemeen wordt hieraan niet voldaan als de verklaring in kwestie een mening van de verkoper behelst, diens opvatting over de wet verkondigt of een *intention* (intentie) van verkoper omvat.¹²⁰ Men mag namelijk niet vertrouwen op de mening van de verkoper ("Deze

¹¹⁴ § 164 Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, p. 244.

¹¹⁵ § 162(2) Restatements (Second) of Contracts.

¹¹⁶ § 162(2) Restatements (Second) of Contracts.

¹¹⁷ § 162(2) Restatements (Second) of Contracts.

¹¹⁸ § 162 Restatements (Second) of Contracts.

¹¹⁹ § 164 Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, p. 245.

¹²⁰ § 164 cmt. d. Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, p. 249-252; Calamari/Perillo 2009, p. 297-301.

auto rijdt heel lekker”).¹²¹ Ook wordt koper in beginsel geacht de wet te kennen, dus mag hij niet vertrouwen op verklaringen van verkoper op dit gebied. Verklaringen die de intentie van verkoper weergeven zijn lastiger te plaatsen. Toch moeten dergelijke verklaringen, net als meningen, vaak niet serieus worden genomen.¹²² Bovendien kunnen de intenties van een persoon in de loop van de tijd veranderen en een verandering van gedachten is geen *misrepresentation*.¹²³ Koper mag alleen gerechtvaardigd vertrouwen op een verklaring over een intentie van verkoper als hij verwacht dat deze *intention* kan en zal worden uitgevoerd.¹²⁴

Daarnaast is ook geen sprake van *justified reliance* als de verklaring betrekking heeft op een onderwerp waarover de verkoper überhaupt niet serieus mag worden genomen.¹²⁵ Ook is geen sprake van *justified reliance* wanneer is vertrouwd op verklaringen die voor het aangaan van de overeenkomst van ondergeschikt belang zijn.¹²⁶ Verder is geen sprake van *justified reliance* wanneer koper zelf onderzoek heeft gedaan en alleen op basis daarvan - en dus niet op basis van *misrepresentation* - de koop is aangegaan.¹²⁷

Over het algemeen zal een partij niet worden verweten dat hij op een verklaring heeft vertrouwd, zolang hij niet te kwader trouw is of in strijd handelt met de redelijke normen van eerlijke handel.¹²⁸

3.1.4. Inducement door misrepresentation

Koper kan niet enkel op basis van een *fraudulent* of *material misrepresentation* van het contract af, ook al is sprake van *justified reliance*. Koper moet door de *misrepresentation* ook *induced* (aangespoord / bewogen) zijn tot het aangaan van de overeenkomst.¹²⁹ Met andere woorden, de koper moet de overeenkomst hebben gesloten op basis van de verklaring van verkoper.¹³⁰

¹²¹ Farnsworth 2004, p. 249-250.

¹²² Farnsworth 2004, p. 250-251.

¹²³ Calamari/Perillo 2009, p. 300-301.

¹²⁴ Farnsworth 2004, p. 251-252.

¹²⁵ § 164 cmt. d. Restatements (Second) of Contracts.

¹²⁶ § 164 cmt. d. Restatements (Second) of Contracts.

¹²⁷ Raaijmakers 2002, p. 132; Farnsworth 2004, p. 245.

¹²⁸ § 172 Restatements (Second) of Contracts.

¹²⁹ § 164 Restatements (Second) of Contracts.

¹³⁰ § 164 cmt. c. Restatements (Second) of Contracts.

Hierbij hoeft koper niet aan te tonen dat hij de overeenkomst anders niet was aangegaan.¹³¹ De *misrepresentation* moet substantieel hebben bijgedragen aan de beslissing om de overeenkomst aan te gaan - maar het hoeft niet het keerpunt te zijn geweest.¹³²

Het vereiste van *inducement* is sterk verweven met de vereisten van materialiteit en *reliance*.¹³³ Bij afwezigheid van tegenbewijs wordt verondersteld dat de gedwaalde partij waarde heeft gehecht aan de waarheid van de *misrepresentation* wanneer deze materieel was.¹³⁴ Daarnaast kan een partij die niet op een *misrepresentation* heeft vertrouwd er niet door zijn bewogen en omgekeerd.¹³⁵

3.2. Remedies en schadevergoedingsmaatstaf

Wanneer sprake is van *misrepresentation* heeft koper een aantal remedies. Om te beginnen kan koper van het contract af op grond van *avoidance* (of *rescission*) en heeft hij recht op *restitution* (restitutie). Daarnaast kan koper - als er sprake is van *fraudulent misrepresentation* - een *tort action of deceit* (onrechtmatige daad van bedrog) instellen om eventuele *damages* (schade) te verhalen. Ook kan een *misrepresentation* als verdedigingsmiddel worden gebruikt tegen pogingen van verkoper om het contract uit te oefenen. Ten slotte kan een *misrepresentation* ook worden gebruikt als *estoppel* om verkoper ervan te weerhouden zijn *representation* later te ontkennen.¹³⁶

3.2.1. Avoidance

Het contract is *voidable* als aan de vereisten voor *misrepresentation* - zoals opgesomd in paragraaf 3.1 - is voldaan. Koper kan dan van het contract af door middel van *avoidance*.¹³⁷

Toch is er een aantal situaties waarin *avoidance* niet mogelijk is. Ten eerste kan een koper niet van het contract af als hij het contract al eerder heeft bekrachtigd nadat hij weet of had moeten weten dat er sprake was van *misrepresentation*.¹³⁸ Bekrachtiging kan expliciet zijn of impliciet door gedrag dat niet in overeenstemming is met *avoidance*. Van impliciete bekrachtiging is

¹³¹ § 167 cmt. a. Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, p. 245.

¹³² § 167 Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, p. 245.

¹³³ § 167 cmt. b. Restatements (Second) of Contracts.

¹³⁴ § 167 cmt. b. Restatements (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, p. 245.

¹³⁵ § 167 cmt. a. Restatements (Second) of Contracts.

¹³⁶ Farnsworth 2004, p. 255; Calamari/Perillo 2009, p. 312.

¹³⁷ § 164 Restatements (Second) of Contracts; Farnsworth 2004, p. 252.

¹³⁸ Calamari/Perillo 2009, p. 312-313.

bijvoorbeeld sprake als koper op grond van het contract het koopobject gaat gebruiken alsof het zijn eigendom is.¹³⁹

Daarnaast verliest koper het recht om van het contract af te komen als hij - na de valsheid van de verklaring te hebben ontdekt - niet binnen een redelijke tijd op grond van *avoidance* tegen het contract opkomt.¹⁴⁰

Een contract is ook niet langer *voidable* op grond van *misrepresentation* als deze op tijd wordt “genezen”.¹⁴¹ Dat betekent dat de werkelijke situatie later toch overeenkomt met de - in eerste instantie - valse verklaring. Eigenlijk heeft verkoper een mogelijkheid om de situatie zo te repareren dat zijn verklaring niet meer onjuist is. Dit is alleen mogelijk als er door de koper niet reeds een voornemen tot *avoidance* is geuit én koper intussen geen schade heeft geleden door op de *misrepresentation* te vertrouwen.¹⁴²

Als koper het recht op *avoidance* verliest zou hij nog wel via een *tort action* (onrechtmatige daadsactie) schadevergoeding kunnen vorderen.¹⁴³ Hierover meer in paragraaf 3.2.2.

3.2.1.1. Restitution

Wanneer koper door middel van *avoidance* van het contract afkomt heeft hij recht op *restitution* (restitutie) van hetgeen hij aan verkoper heeft betaald. *Restitution* werkt beide kanten op dus koper zal ook hetgeen hij op basis van het contract heeft gekregen aan verkoper moeten teruggeven.¹⁴⁴ Het doel van *restitution* is kortweg om de situatie te herstellen zoals hij was vóór het sluiten van de overeenkomst.¹⁴⁵

3.2.2. Torts

In beginsel kan koper een *tort action of deceit* (onrechtmatige daad van bedrog) instellen op grond van een *misrepresentation* als deze *fraudulent* en *material* is.¹⁴⁶ Hij kiest ervoor om de overeenkomst in stand te houden en op grond van een *tort action of deceit* zijn *damages* te

¹³⁹ Farnsworth 2004, p. 253.

¹⁴⁰ § 383 Restatement (Second) of Contracts; Calamari/Perillo 2009, p. 311.

¹⁴¹ § 165 Restatement (Second) of Contracts.

¹⁴² § 165 Restatement (Second) of Contracts.

¹⁴³ Calamari/Perillo 2009, p. 313.

¹⁴⁴ § 384 Restatement (Second) of Contracts; Farnsworth 2004, p. 311.

¹⁴⁵ Prosser/Keeton 1984, p. 765-766.

¹⁴⁶ § 525 Restatement (Second) of Torts; Farnsworth 2004, p. 243.

claimen.¹⁴⁷ Naast de vereisten van *fraudulent misrepresentation* (dus van een onjuiste verklaring, *scienter, intend to mislead, justified reliance* en *inducement*) moet er ook sprake zijn van *pecuniary loss*¹⁴⁸ (geldelijke verliezen) aan de zijde van koper.

Naast de *tort of deceit* wordt aansprakelijkheid op grond van *tort of negligent* (nalatige) *misrepresentation* in sommige gevallen ook aangenomen.¹⁴⁹ Zelfs aansprakelijkheid in *tort of innocent misrepresentation* is mogelijk.¹⁵⁰

3.2.2.1. Damages

In beginsel is het doel van *tort remedies* om de benadeelde te compenseren voor de geleden schade, dan hem het belang gemoeid met de uitvoering van het contract te geven.¹⁵¹

De algemene maatstaf voor schadebepaling is die van de *direct damages* en daarbij andere *damages* zoals *special or consequential damages* die de koper kan bewijzen/aantonen.¹⁵² *Consequential damages* moeten met redelijke zekerheid worden vastgesteld en mogen niet speculatief of voorwaardelijk zijn.¹⁵³ Daarnaast moet er een causaal verband zijn tussen de *tort* en de *damages*.¹⁵⁴ *Consequential damages* kunnen over het algemeen niet worden geclaimd op grond van *restitution*.

Er zijn kortweg twee manieren om de *damages* voor *tort of deceit* te berekenen. De eerste schadevergoedingsmaatstaf is de *out-of-pocket rule*. Deze is ontworpen om de situatie te herstellen zoals deze was vóór het sluiten van de overeenkomst, in plaats van het compenseren van de geleden schade op basis van het contract.¹⁵⁵ Dit zouden wij naar het Nederlands recht kwalificeren als het negatief contractsbelang.¹⁵⁶ De andere is de *loss-of-bargain rule*. Deze maatstaf voor geleden schade ziet op het verschil tussen de waarde van het ontvangen koopobject – op het moment van acceptatie – en de waarde van het koopobject als deze *as*

¹⁴⁷ Calamari/Perillo 2009, p. 309.

¹⁴⁸ Verliezen die in geld kunnen worden uitgedrukt. <https://thelawdictionary.org/pecuniary-loss/>

¹⁴⁹ § 552 Restatement (Second) of Torts; Farnsworth 2004, p. 243.

¹⁵⁰ § 552C Restatement (Second) of Torts; Farnsworth 2004, p. 243.

¹⁵¹ Prosser/ Keeton 1984, p. 768.

¹⁵² Prosser/ Keeton 1984, p. 766.

¹⁵³ Prosser/Keeton 1984, p. 767.

¹⁵⁴ Prosser/Keeton 1984, p. 767.

¹⁵⁵ Calamari/Perillo 2009, p. 313.

¹⁵⁶ Asser-Hijlma 7-I* 2013, nr. 467. Zie ook Ruijgvoorn 2009, p. 318-319.

represented zou zijn.¹⁵⁷ Naar Nederlands recht zouden we dit het positief contractsbelang noemen.¹⁵⁸

In beginsel geldt de *out-of-pocket rule* omdat deze het karakter van *tort* kenmerkt. Schadevergoeding op grond van de *loss-of-bargain rule* kan alleen worden geclaimd als deze met redelijke zekerheid kan worden aangetoond.¹⁵⁹

3.2.3. Overige effecten van misrepresentation

Een *misrepresentation* kan ook worden ingezet als een *estoppel*. Een *estoppel* is een regel die voorkomt dat een partij een bepaald standpunt inneemt vanwege een belemmering op grond van de wet.¹⁶⁰ Op grond van *misrepresentation* heeft koper hierdoor een wapen tegen een verkoper die achteraf probeert te bewijzen dat hij die *representation* nooit zo gemaakt of bedoeld heeft.¹⁶¹ Alhoewel een *estoppel* in beginsel slechts een verdedigingsmiddel is en geen actie op zichzelf, wordt deze wel opgebracht als iets bevestigends.¹⁶² Bijvoorbeeld wanneer een verkoper bij voorbaat is *estopped* om de geldigheid van een bonnetje van een bonafide koper in twijfel te trekken.¹⁶³

Misrepresentation kan ook als verdedigingsmiddel worden gebruikt tegen pogingen van verkoper om het contract uit te oefenen. Deze verdediging kan ook worden gebaseerd op bewijs dat koper pas later verkregen heeft.¹⁶⁴

Een ander effect van *misrepresentation* kan zijn dat de schriftelijke overeenkomst wordt *reformed* (herschreven).¹⁶⁵ Het doel hiervan is om het contract te herschrijven op een manier die de intenties van partijen beter weergeeft.¹⁶⁶

Bovenstaande remedies en effecten zorgen ervoor dat koper op grond van een *misrepresentation* van de overeenkomst af kan en eventueel schadevergoeding kan vorderen

¹⁵⁷ Prosser/Keeton 1984, p. 766-770.

¹⁵⁸ Asser-Hijlma 7-I* 2013, nr. 467. Zie ook Ruijgvoorn 2009, p. 318-319.

¹⁵⁹ Prosser/Keeton 1984, p. 766-770.

¹⁶⁰ Prosser/Keeton 1984, p. 733.

¹⁶¹ Farnsworth 2004, p. 255; Calamari/Perillo 2009, p. 312.

¹⁶² Calamari/Perillo 2009, p. 312.

¹⁶³ Calamari/Perillo 2009, p. 312.

¹⁶⁴ Calamari/Perillo 2009, p. 312.

¹⁶⁵ Farnsworth 2004, p. 255; § 155 Restatement (Second) of Contracts.

¹⁶⁶ § 155 Restatement (Second) of Contracts.

op grond van een *tort action of deceit*. De *damages* die geclaimd kunnen worden zijn voornamelijk op basis van het *negatief* contractsbelang. We zullen later zien dat als een *representation* ook als een *warranty* geldt, koper bij een inbreuk ervan recht heeft op het *positief* contractsbelang. Naast de geleden schade heeft hij daarmee onder andere recht op gedeelde winst.

3.3. Tussenconclusie

Een *representation* is een verklaring van de verkoper die meestal betrekking heeft op de eigenschappen van het koopobject. Dit kan een uitdrukkelijke schriftelijke of mondelinge verklaring zijn, maar ook een actie van *concealment* en zelfs *non-disclosure* kunnen gelden als een verklaring. Als een *representation* uiteindelijk onjuist blijkt te zijn, is er sprake van *misrepresentation*. *Misrepresentation* kan voor koper een grond zijn om van het contract af te komen middels *avoidance*. In dat geval heeft koper recht op *restitution*. Koper kan er ook voor kiezen het contract in stand te laten en middels een *tort action of deceit* zijn *damages* te claimen. Hiermee kan koper in beginsel schadevergoeding vorderen op basis van het negatief contractsbelang, maar soms ook schade op basis van het positief contractsbelang. Ten slotte kan *misrepresentation* nog een aantal overige effecten met zich meebrengen. Zo kan *misrepresentation* worden gebruikt als *estoppel* om ervoor te zorgen dat verkoper niet onder zijn eerdere verklaringen uit kan komen. Ook kan *misrepresentation* worden ingezet als verdedigingsmiddel tegen een uitoefening van het contract. Ten slotte kan op basis van *misrepresentation* het contract worden *reformed* zodat intenties van partijen beter worden weergegeven.

4. Warranty

Het Amerikaanse recht kent over het algemeen twee soorten *warranties*. Om te beginnen is er de *express warranty* (uitdrukkelijke *warranty*) die expliciet door de verkoper wordt vermeld of in het contract zelf is opgenomen.¹⁶⁷ Deze rechtsfiguur is voor het onderwerp van deze scriptie het meest van belang. Wanneer ik hierna spreek over *warranties* wordt daarmee steeds primair de *express warranty* bedoeld. Daarnaast is er zogenaamde *implied warranty* (stilzwijgende *warranty*).

De *warranty* is de contractuele verbintenis die aan de *representation* wordt gekoppeld.¹⁶⁸ Hiermee belooft verkoper dat de *representation* juist is.¹⁶⁹ De *representation* van verkoper is pas een *warranty* als deze tot de “*basis of the bargain*” (vrij vertaald: de essentialia van de koopovereenkomst) behoort. Als de *representation* uiteindelijk onjuist blijkt te zijn, is sprake van *breach of warranty*. Voor een vordering op grond van *breach of warranty* lijkt echter geen *reliance* (vertrouwen) vereist. Een *breach of warranty* leidt weer tot *breach of contract* (wanprestatie). De remedies en effecten van *breach of contract* behandel ik in paragraaf 4.3.¹⁷⁰

4.1. Voorwaarden voor warranty

Er is sprake van een *warranty* wanneer een door de verkoper gegeven i) belofte of bevestiging m.b.t. de goederen, ii) beschrijving van de goederen of iii) monster of model van de goederen onderdeel is geworden van “*the basis of the bargain*”.¹⁷¹ Het is niet noodzakelijk dat verkoper hierbij formele woorden zoals ‘*warrant*’ of ‘*guarantee*’ gebruikt.¹⁷² Slechts een mening of aanbeveling van verkoper schept echter nog geen *warranty*.¹⁷³ Wanneer een autoverkoper bijvoorbeeld over de auto in de showroom zou zeggen dat het “een heel goed model” is, ontstaat nog geen *warranty*.

Een *warranty* is dus eigenlijk een expliciete belofte, bevestiging of beschrijving die bijdraagt aan de gerechtvaardigde verwachtingen van verkoper. Maar daarvoor is wel vereist dat

¹⁶⁷ Ook precontractuele verklaringen kunnen gelden als *warranty*. Alleen zal vrijwel altijd een *entire agreement clause* zijn opgenomen die de *parol evidence rule* activeert. Hierdoor kunnen precontractuele verklaringen – welke geen onderdeel van de schriftelijke overeenkomst zijn geworden – niet gelden als *warranties*.

¹⁶⁸ Dousi 2017, p. 139.

¹⁶⁹ Dousi 2017, p. 139.

¹⁷⁰ Dousi 2017, p. 139.

¹⁷¹ § 2-313(1) UCC.

¹⁷² § 2 cmt d Restatement (Second) of Contracts.

¹⁷³ § 2 cmt d Restatement (Second) of Contracts; § 2-313(2) UCC; Raaijmakers 2002, p. 150; Calamari/Perillo 2009, p. 297-299.

verkoper een uitdrukkelijke verklaring heeft gedaan die onderdeel is geworden van “*the basis of the bargain*”. Wanneer behoort een verklaring van verkoper tot de *basis of the bargain*? Het Amerikaans recht is daar onduidelijk over en op dit punt heerst nog veel discussie.¹⁷⁴

Het officiële commentaar van de UCC probeert meer duidelijkheid over het *basis of the bargain*-vereiste te scheppen. Hierin staat dat wanneer verkoper tijdens het koopproces bevestigingen van feiten over de goederen geeft, deze als onderdeel van de beschrijving van die goederen worden beschouwd; daarom hoeft er geen bijzondere *reliance* van dergelijke verklaringen te worden aangetoond om ze in de structuur van de overeenkomst te verweven. In plaats daarvan vereist elk feit dat dergelijke bevestigingen géén deel van de overeenkomst is geworden bewezen te worden. Het is meestal een feitenkwestie.¹⁷⁵ Om bij het voorbeeld van de autoverkoper te blijven; wanneer deze belooft dat het model in de showroom een *hybride* auto is, mag je er vanuit gaan dat deze expliciete belofte onderdeel is geworden van de *basis of the bargain*.

Vermoedelijk moeten kopers aantonen dat de verklaring van verkoper voldoet aan het *basis of the bargain*-vereiste. Maar de precieze normen waarmee kopers aan deze test zullen voldoen of niet zullen voldoen is vooralsnog onduidelijk.¹⁷⁶

4.2. Implied warranty

De Amerikaanse figuur die meer zegt over de gebondenheid aan de “normale” eigenschappen van een zaak is de *implied warranty*. Aan die eigenschappen moet in ieder geval worden voldaan, ook al doet verkoper daarover überhaupt geen verklaringen.

Implied warranties zijn alleen beschikbaar voor de verkoop van goederen onder de UCC. Op grond van de UCC gelden voor professionele verkopers een aantal *implied warranties*. Om te beginnen is er de *implied warranty* van de *merchantability* (verkoopbaarheid) van de verkochte goederen.¹⁷⁷ Goederen zijn “verkoopbaar” als ze van gemiddelde kwaliteit zijn, correct zijn verpakt en geëtiketteerd en voor hun normale doeleinden geschikt zijn.¹⁷⁸

Daarnaast geldt de *implied warranty* dat de goederen “*fit for a particular purpose*” zijn. Wanneer een koper door een verkoper wordt geholpen in zijn zoektocht naar specifieke

¹⁷⁴ Raaijmakers 2002, p. 150; §10-5 White/Summers 2010.

¹⁷⁵ §10-5 White/Summers 2010; UCC 2-313 cmt. 3.

¹⁷⁶ §10-5 White/Summers 2010.

¹⁷⁷ § 2-314 UCC.

¹⁷⁸ White/Summers 2010, p. 360 (§ 9-7); Raaijmakers 2002, p. 141.

goederen (met specifieke doelen), vertrouwt hij doorgaans op de expertise en het oordeel van de verkoper. In dat geval moeten de verkochte goederen voor die bepaalde doelen geschikt zijn.¹⁷⁹ In overnamecontracten worden deze *implied warranties* minder snel aangenomen. Zij zullen dan beperkt zijn tot basale vereisten zoals een geldige titel bij verkoop van de aandelen.¹⁸⁰ Tot slot mogen *implied warranties*, door bijvoorbeeld exoneraties, slechts onder strenge voorwaarden worden beperkt.¹⁸¹

4.3. Breach of warranty

Aangezien *contract liability* een *strict liability* is, hoeft koper niet te bewijzen dat sprake is van opzet of nalatigheid aan de kant van verkoper. Ook lijkt voor *breach of contract* (in tegenstelling tot *misrepresentation*) geen *reliance* vereist te zijn. Op grond van *breach of contract* heeft koper het recht om schadevergoeding te claimen op basis van het positief contractsbelang.

4.3.1. Strict liability

In het Amerikaanse recht maakt het voor een beroep op schadevergoeding wegens tekortkoming niet uit of sprake is van een toerekenbare tekortkoming.¹⁸² *Contract liability* is namelijk een *strict liability* (risicoaansprakelijkheid).¹⁸³ Verkoper is derhalve aansprakelijk voor schadevergoeding wegens *breach of contract*, ook al heeft hij geen schuld.

Als verkoper niet zo'n strenge verplichting wil aangaan, kan hij deze afzwakken door verlichtende bepalingen in het contract op te nemen. Bijvoorbeeld door alleen te bedingen dat hij zijn "*best efforts*" (beste inspanningen) zal verrichten om het contract na te komen. Daarnaast kan een "*to the best knowledge*"-toevoeging ook het absolute karakter van een *warranty* weghalen. Ook kan verkoper zich het recht voorbehouden om het contract te annuleren, of hij kan zijn *damage for breach* (schade wegens inbreuk) beperken. Maar verkoper moet daarvoor dus wel zelf zorgdragen, wil hij zijn aansprakelijkheid inperken.¹⁸⁴

¹⁷⁹ § 2-315 UCC.

¹⁸⁰ Raaijmakers 2002, p. 129.

¹⁸¹ § 2-316 UCC. Er zal bijvoorbeeld niet snel een *implied warranty* worden aangenomen wanneer een goed "as is" wordt verkocht. Zie § 2-316 (3)(a) UCC.

¹⁸² R.P.J.L. Tjittes, 'Veelvoorkomende misverstanden bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse termen in internationale contracten', *Contracteren* 2008/2, p. 41.

¹⁸³ Dousi 2017, p. 139; Ch. 11. Introduction Restatement (Second) of Contracts; Farnsworth 2004 § 9.1a.

¹⁸⁴ Ch. 11. Introduction Restatement (Second) of Contracts.

Bij een *breach of warranty* (inbreuk van *warranty*) hoeft er dus geen sprake te zijn van enige nalatigheid of opzet aan de kant van verkoper.¹⁸⁵ Het Amerikaanse recht kent in principe enkele overmachtsverweren. Zo kan een verkoper zich beroepen op het feit dat het presteren door verandering van omstandigheden *impossible* (onmogelijk) of *impracticable* (onredelijk bezwarend) is geworden.¹⁸⁶ Alleen geeft een *warranty* aan dat partijen impliciet van deze verweren afzien.¹⁸⁷

Een *warranty* zorgt er voor dat de *strict liability* nog strikter wordt dan deze in eerste instantie was. Verkoper is aansprakelijk voor hetgeen is opgenomen onder de *warranties* en daar is geen speld tussen te krijgen.

4.3.2. (Non-)reliance

Wanneer koper vertrouwt op een verklaring van verkoper en op basis daarvan mede overgaat tot het aangaan van de overeenkomst, spreken we van *reliance* (vertrouwen).¹⁸⁸ Er is nog geen uitsluitsel over de rol van *reliance* bij een vordering wegens *breach of warranty*.¹⁸⁹ De vraag is of *actual reliance* (daadwerkelijk vertrouwen) een vereiste is voor een *breach of warranty*.¹⁹⁰ Anders gezegd, maakt het uit of koper de verklaringen van verkoper voor waarheid aannam én op basis daarvan mede is overgegaan tot het aangaan van de overeenkomst. Of is *actual reliance* minder belangrijk en is het risicoverdelende karakter van de *warranty* doorslaggevend. In het laatste geval maakt het niet uit of koper daadwerkelijk vertrouwen had in toezeggingen van verkoper. Hij wil alleen zeker weten welke risico's hij draagt en welke niet.¹⁹¹ Op grond van de *Uniform Sales Act*, moest koper in geval van een *express warranty* bewijzen dat er sprake was van *reliance*. De *Uniform Sales Act* stelde in Section 12:

“Any affirmation of fact or any promise by the seller relating to the goods is an express warranty if the natural tendency of such affirmation or promise is to induce the buyer to purchase the goods, and if the buyer purchases the goods relying thereon.”¹⁹²

¹⁸⁵ Dousi 2017, p. 139.

¹⁸⁶ § 261 Restatement (Second) of Contracts.

¹⁸⁷ Dousi 2017, p. 139; Farnsworth 2004, § 9.6.

¹⁸⁸ Dousi 2017, p. 138; § 159 Restatement (Second) of Contracts.

¹⁸⁹ Raaijmakers 2002, p. 150 e.v.; Dousi 2017, p. 139.

¹⁹⁰ Raaijmakers 2002, p. 150 e.v.

¹⁹¹ Raaijmakers 2002, p. 149-150.

¹⁹² White/Summers 2010, p. 457.

Met de invoering van de UCC heeft het *reliance*-vereiste plaatsgemaakt voor het *basis of the bargain*-vereiste.¹⁹³ Zodra een verklaring van koper behoort tot “*the basis of the bargain*” is sprake van een *warranty*. Of koper daadwerkelijk heeft vertrouwd op de verklaring is daarbij van minder groot belang. Daarmee is de nadruk meer komen te liggen op het risicoverdelende karakter van de *warranty* en lijkt *actual reliance* geen vereiste (meer) voor een *breach of warranty*.¹⁹⁴

4.4. Remedies en schadevergoedingsmaatstaf

Wanneer sprake is van een *breach of warranty* betekent dat ook een *breach of contract*. De remedie van een *breach of contract* is in beginsel een recht op schadevergoeding, tenzij dit onaanvaardbaar zou zijn.¹⁹⁵ Naar Amerikaans recht is *specific performance* (nakoming) in beginsel geen remedie.¹⁹⁶

In beginsel is de maatstaf voor de geleden schade het verschil tussen de waarde van het ontvangen koopobject - op het moment van acceptatie - en de waarde van het koopobject als deze *as warranted* zou zijn.¹⁹⁷ Met andere woorden, de geleden schade is het verschil in waarde tussen de zaak die je dacht te kopen en de zaak die je uiteindelijk hebt gekregen. In Nederland noemen we dit het positief contractsbelang.¹⁹⁸

4.4.1. Breach of contract

De toekenning van schadevergoeding is de gebruikelijke remedie voor *breach of contract*. Het basisprincipe voor de toekenning van verdere schade ziet op hetgeen koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, zijn zogenaamde *right to expectation*. Verder geeft vrijwel elke *breach* aan koper een vordering tot schadevergoeding voor ten minste de *nominal damages*.¹⁹⁹ De algemene schadevergoedingsmaatstaf van *breach of contract* bestaat uit vier

¹⁹³ Raaijmakers 2002, p. 150. Zie paragraaf 4.1.1. van deze scriptie voor meer informatie over “*the basis of the bargain*”.

¹⁹⁴ Raaijmakers 2002, p. 160; Dousi 2017, p. 139; Zie ook *CBS v. Ziff-Davis Publishing Co.* Toch is er nog steeds debat over rol van *reliance*, zie Raaijmakers 2002, p.159-160.

¹⁹⁵ Tjittes 2008, p. 42.

¹⁹⁶ Tjittes 2008, p. 42.

¹⁹⁷ § 2-714(2) UCC. Zie ook Raaijmakers 2002, p. 142.

¹⁹⁸ Asser-Hijlma 7-I* 2013, nr. 467. Zie ook Ruijgvoorn 2009, p. 318-319.

¹⁹⁹ Farnsworth 2004, p. 757.

componenten, te weten *loss in value, other loss, cost avoided* en *loss avoided*. De som van deze vier componenten bepaalt het uiteindelijke schadebedrag.

4.4.2. Right to expectation

Het basisprincipe van de schadevergoedingsmaatstaf van *breach of contract* is dat van compensatie op basis van de *expectation* (verwachting) van koper.²⁰⁰ Men heeft recht om een bedrag te vorderen dat hem in de positie zou brengen als ware het contract wél goed uitgevoerd. Wel zijn er beperkingen die kleven aan het basisprincipe van compensatie op basis van de *expectation*. Zo kan koper bijvoorbeeld alleen schade claimen die met *reasonable certainty* (redelijke zekerheid) is bewezen.²⁰¹ Bovendien zal een rechtbank gewoonlijk geen *punitive damages* opleggen.²⁰² In het Amerikaanse contractenrecht heerst immers het beginsel dat een koper niet in een betere positie moet worden gebracht dan wanneer het contract wél goed was uitgevoerd. Er is sprake van *strict liability* en er wordt geen rekening gehouden met de mate van schuld.²⁰³

4.4.3. Damages

Welk bedrag brengt de koper in de positie alsof het contract was wél goed was uitgevoerd? Dat hangt af van het feit of koper het contract heeft beëindigd (*terminate*). Als koper het contract beëindigd zal hij geen tegenprestatie meer leveren en schadevergoeding wegens *total breach* (volledige inbreuk) vorderen. Laat koper de overeenkomst in stand, dan zal hij wel zijn tegenprestatie leveren en schadevergoeding wegens *partial breach* (gedeeltelijke inbreuk) claimen.²⁰⁴ In beginsel heeft koper recht op compensatie van hetgeen hij op grond van de overeenkomst mocht verwachten, ook wel de *loss-of-bargain rule* genoemd. In Nederland ook wel het positief contractsbelang genoemd.²⁰⁵ Naast het basisprincipe van compensatie op basis van *expectation*, worden naar Amerikaans recht ook zogenaamde *nominal damages* vergoed. Vrijwel elke *breach* geeft koper een vordering tot schadevergoeding voor ten minste de *nominal damages*.²⁰⁶

²⁰⁰ Farnsworth 2004, p. 757-758.

²⁰¹ Farnsworth 2004, p. 760.

²⁰² Farnsworth 2004, p. 760.

²⁰³ Farnsworth 2004, p. 760-761.

²⁰⁴ Farnsworth 2004, p. 764.

²⁰⁵ Asser-Hijlma 7-I* 2013, nr. 467. Zie ook Ruijgvoorn 2009, p. 318-319.

²⁰⁶ Farnsworth 2004, p. 757.

4.5. Tussenconclusie

De *warranty* is de contractuele verbintenis waarmee verkoper belooft dat zijn *representation* juist is. Een *representation* wordt pas een (*express*) *warranty* als deze onderdeel is geworden van de *basis of the bargain*. Daarnaast zijn er op grond van de UCC enkele *implied warranties*, alhoewel die voor de overnamepraktijk minder interessant zijn. De precieze betekenis van het *basis of the bargain*-beginsel is nog niet volledig uitgekristalliseerd.

In het Amerikaanse contractenrecht is er sprake van *strict liability* waardoor geen toerekenbare tekortkoming van verkoper vereist is. Over het *reliance*-vereiste voor een vordering voor *breach of warranty* heerst nog discussie, maar met de opkomst van het *basis of the bargain*-vereiste lijkt *reliance* niet noodzakelijk (meer) te zijn.

Breach of warranty veroorzaakt automatisch een *breach of contract*. In beginsel heeft koper recht op compensatie van hetgeen hij op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

5. Conclusie

In deze scriptie heb ik de volgende centrale onderzoeksvraag onderzocht:

Wat is betekenis van *representations & warranties* in (overname)contracten naar Amerikaans recht?

Representations & warranties zijn Anglo-Amerikaanse rechtsfiguren die inmiddels hun weg hebben gevonden in door Nederlands recht beheerste (overname)contracten. Ook voor Nederlandse juristen is kennis over de Amerikaansrechtelijke betekenis van deze rechtsfiguren nodig. Voor de uitleg van deze begrippen naar Nederlands recht kan de betekenis van deze rechtsfiguren naar Amerikaans recht namelijk een belangrijk aanknopingspunt bieden.

Om meer te weten te komen over de betekenis en functies *representations & warranties* heb ik de positie van koper naar Amerikaans recht onderzocht. Door de afwezigheid van een algemene *duty to disclose*, een strikte (taalkundige) uitleg van contracten, de *parol evidence rule* en de afwezigheid van redelijkheid en billijkheid als rechtsbron, heeft de koper naar Amerikaans recht in vergelijking met Nederlands recht een relatief zwakke uitgangspositie. Vandaar dat *representations & warranties* voor de koper een middel zijn om verklaringen van verkoper over de eigenschappen van het koopobject vast te leggen en verkoper aan deze verklaringen te houden. Op het moment dat deze verklaringen onjuist blijken heeft koper het recht om van de overeenkomst af te komen en om schadevergoeding te vorderen.

Dus naar Amerikaans recht heeft koper belang bij een uitgebreid *representations & warranties*-beding en neemt verkoper de *entire agreement clause* en *non-reliance clause* om ervoor te zorgen dat de overige risico's voor rekening komen van koper. Naar Nederlands recht is voor koper een uitgebreid *representations & warranties*-beding, gezien de wettelijke regelingen en de redelijkheid en billijkheid, wellicht minder noodzakelijk. Een Nederlandse verkoper zal het *representations & warranties*-beding limitatief proberen vast te leggen en Titel 1 van Boek 7 BW uit te sluiten.

Vervolgens zijn de betekenissen van respectievelijk de *representation* en *warranty* onderzocht. Een *representation* is een verklaring van verkoper met betrekking tot de eigenschappen van het koopobject. Dit kan een uitdrukkelijke schriftelijke of mondelinge verklaring zijn, maar ook

een actie van *concealment* en zelfs *non-disclosure* kunnen gelden als een verklaring. Als deze verklaring uiteindelijk onjuist blijkt te zijn is sprake van *misrepresentation*. Op basis van *misrepresentation* kan koper eventueel van de overeenkomst af door middel van *avoidance* en heeft hij recht op *restitution*. Daarnaast kan koper bij een opzettelijke of nalatige *misrepresentation* op grond van een *tort action of deceit* schadevergoeding vorderen. In beginsel is deze schadevergoeding op basis van het negatief contractsbelang.

Een *warranty* is een contractuele verbintenis die aan de *representation* wordt verbonden. Voorwaarde voor de *warranty* is dat de verklaring tot de *basis of the bargain* behoort. *Breach of warranty* leidt tot *breach of contract*. Aangezien er sprake is van *strict liability* is geen toerekenbare tekortkoming van verkoper vereist. Ook *reliance* lijkt niet noodzakelijk te zijn. Op basis van *breach of contract* heeft koper recht op schadevergoeding van het positief contractsbelang.

Er zijn wel enkele nuances aan te brengen op de schijnbaar grote verschillen tussen het Amerikaanse en Nederlandse recht. Zo is het leerstuk van *misrepresentation* ruimer dan gedacht. Exemplarisch is de situatie van verkoper die weet dat zijn huis vol termieten zit. Anders dan gedacht heeft verkoper hier weldegelijk een *duty to disclose*. Daarbij staat de *parol evidence rule* niet in de weg aan een *tort action*. Verder is ook binnen de strikt (tekstuele) uitleg een liberale trend te zien, waarbij ook bewijsmiddelen uit de precontractuele fase toelaatbaar zijn bij de interpretatie van de contractstekst.

Tenslotte is het maar de vraag of het gebruik van *representations & warranties* in een door Nederlands recht beheerst overnamecontract nodig dan wel wenselijk is. Ten eerste biedt het Nederlands recht al grotendeels de bescherming die *representations & warranties* dienen te geven aan een koper naar Amerikaans recht. Daarmee is dit beding naar Nederlands recht minder noodzakelijk. Daarnaast kunnen er interpretatieproblemen ontstaan. Denk aan een Nederlandse rechter die bij de uitleg van dit beding het Amerikaans recht als richtsnoer wilt gebruiken maar dit recht vervolgens verkeerd toepast. Bij dit soort uitlegvraagstukken kan deze scriptie de nodige handvatten bieden.

Literatuurlijst

Asser-Hijma 2013

C. Asser, J. Hijma, *Bijzondere overeenkomsten, Koop en Ruil*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Beenders & Meijer 2013

D. Beenders & J.W. Meijer, 'Uitleg van commerciële contracten in de praktijk', AA 2013/9.

Breeman 2012

M.S. Breeman, 'Vijf jaar 'taalkundige uitleg' van commerciële contracten; een overzicht', *MvV*, 2012/11.

Drion 2010

C.E. Drion, 'Anglo-Amerikaanse invloeden', *NJB* 2010/1011.

Drion 2016

C.E. Drion, 'Memorandum uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad' *ORP* 2016/4

Dousi 2013

J.W.A. Dousi, 'De entire agreement clause naar Amerikaans en Nederlands recht: afbakening, geen uitleg', *Contracteren* 2013/4.

Dousi 2016

J.W.A. Dousi, 'Copy, paste', *Contracteren* 2016/2.

Dousi 2017

J.W.A. Dousi, 'Representations en warranties', *Contracteren* 2017/4.

Du Perron & van Wechem 2004

C.E. du Perron & T.H.M. van Wechem, 'Het uitsluiten van het beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptabele of een onacceptabele boilerplate?' *VrA* 2004/1.

Calamari/Perillo 2009

J.M. Perillo, *Calamari and Perillo on Contracts. 6th edition*, St. Paul, MN: Thomson Reuters 2009.

Farnsworth 2004

E.A. Farnsworth, *Contracts. 4th edition*, New York, NY: Aspen Publishers 2004.

Hijma 2019

J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer, 2019.

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Prosser/Keeton 1984

W.L. Prosser & W. Page Keeton, *Prosser and Keeton on the Law of Torts. 5th edition*. St. Paul, MN: West 1983.

Raaijmakers 2002

G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.
/ G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties in overnames: over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames* (diss. Tilburg), Tilburg: Schoordijk Instituut 2002.

Ruijgvoorn 2009

M.R. Ruijgvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (Recht en Praktijk nr. 173) (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

Schelhaas 2008

H.N. Schelhaas, 'Pacta Sunt Servanda bij commerciële contractanten', *NTBR* 2008, 21.

Schelhaas 2016

H.N. Schelhaas, in: *Uitleg van rechtshandelingen*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR), 2016

Tjittes 2002

R.P.J.L. Tjittes, 'De betekenis van de parol evidence rule in het Amerikaanse contractenrecht', *Contracteren* 2002/1.

Tjittes 2007

R.P.J.L. Tjittes, 'Terug naar de tekst – een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten', *WPNR* 2007/6709

Tjittes 2008

R.P.J.L. Tjittes, 'Veelvoorkomende misverstanden bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse termen in internationale contracten', *Contracteren* 2008/2.

Tjittes 2016

R.P.J.L. Tjittes, 'De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen – een kritisch overzicht', *THEMIS* 2016/5.

Tjittes 2018

R.P.J.L. Tjittes, *Commerciële contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018.

White/Summers 2010

J.J. White & R.S. Summers, *Uniform Commercial Code. 6th edition*, St. Paul, MN: West 2010.

Nederlandse jurisprudentie

HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp).
HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (Zelfrijdende kraan).
HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (Bunde/Erckens).
HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).
HR 18 november 1983, NJ 1984, 345 (Shu/Lam).
HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (ABP/FGH) 'Hoog Catharijne'.
HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (Mol/Meijer).
HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (Royal & Sun Alliance/Universal Pictures).
HR 19 januari 2007, JOR 2007, 166 (PontMeyer).
HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576; JOR 2007, 198 (Derksen/Homburg) met noot Tjittes.
Gerechtshof Amsterdam 13 september 2007 ECLI:NL:GHAMS:2007:BC0317.HR 9 april 2010, LJN BK1610 (UPC/Land).
HR 5 april 2013, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx).
HR 20 september 2013, NJ 2014, 522 (Rotterdam/Eneco).
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8105.
Rb. Oost-Brabant 27 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6627.
HR 14 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:623 (art. 81 Wet RO).
HR 7 februari 2014, NJ 2015, 274 (Afvalzorg/Slotereind).
HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424 (Inbev/Van der Valk).
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2014:5859.
Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3025.
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3872.
Rb. Amsterdam 2 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2948 r.o. 4.4.
HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940 (Valerbosch).

Amerikaanse jurisprudentie

Swinton v. Whitinsville savings bank, 311 Mass.677, 42 N.E.2d 808 (1942).
Obde v. Schlemeyer, 353 P.2d 672 (Wash: 1960).
CBS, Inc. v. Ziff-Davis Pub. Co. - 75 N.Y.2d 496, 554 N.Y.S.2d 449, 553 N.E.2d 997 (1990).
Mobil Expl. & Prod. V. Dover Energy Expl. 56 S.W.3d 772 (Tex.App.2001).