

Boilerplates etc.

Representations en warranties

Naar Nederlands en Anglo-Amerikaans recht

Mr. J.W.A. Dousi*

1. Inleiding

In veel Engelstalige contracten wordt een representations en warranties-beding opgenomen. Dat geldt met name voor contracten tussen professionele partijen en opgesteld door gespecialiseerde juristen zoals in de overnamepraktijk. Een representations en warranties-beding is, evenals bijvoorbeeld een *entire agreement clause*,¹ een contractbeding dat een specifieke herkomst en functie heeft in het Anglo-Amerikaans recht, en naar Nederlands recht niet zonder meer een bijzondere betekenis heeft.² In deze bijdrage beschrijf ik de Anglo-Amerikaanse herkomst en functie van de representations en warranties. Kennis van deze Anglo-Amerikaanse achtergrond is nodig, omdat ik meen dat bij de uitleg van de begrippen representations en warranties naar Nederlands recht, de Anglo-Amerikaanse betekenis onder omstandigheden een belangrijk gezichtspunt kan zijn. Bovendien helpt deze Anglo-Amerikaanse achtergrond de Nederlandse jurist die wordt gevraagd een contract

naar Engels of Amerikaans recht te beoordelen met daarin representations en warranties.

2. Achtergrond

In het Anglo-Amerikaans recht³ is het in de onderhandelingsfase ieder voor zich: partijen die met elkaar onderhandelen hoeven in beginsel géén rekening te houden met de belangen van de ander. Hieruit vloeit voort dat de verkoper van goederen of diensten tijdens het onderhandelen in beginsel geen mededelingsplicht heeft. De koper zal echter wel degelijk willen weten of de goederen of diensten waarover wordt onderhandeld (het object van de koop), beschikken over bepaalde eigenschappen die hij belangrijk vindt.⁴ Vindt de koper eigenschap A belangrijk, dan zal hij de verkoper doorgaans vragen om in de schriftelijke overeenkomst een *representation and warranty* op te nemen dat het object van de koop beschikt over eigenschap A. Een representation is een in het contract opgenomen inlichting⁵ van de verkoper dat het object van de koop over bepaalde

* Promovendus bij de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. HR 5 april 2013, NJ 2013/214, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.5.3: 'Daarbij zij aangetekend dat een "entire agreement clause" op zichzelf geen uitlegbepaling is. De clause heeft een specifieke herkomst en functie in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer, en heeft naar Nederlands recht niet zonder meer een bijzondere betekenis.'
2. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 27 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6627, r.o. 4.25: 'De rechtbank [stelt] voorop dat het Nederlands recht het concept van de "representation or warranty" niet kent, zodat de betekenis (...) door middel van uitleg moet worden vastgesteld (...) Het Angelsaksische rechtssysteem, waarin het concept van "representations and warranties" van groot belang is binnen het contractenrecht, biedt de rechtbank daarbij een richtsnoer.'

3. Strikt genomen bestaat er niet zoiets als het Anglo-Amerikaans recht. Engeland en de Verenigde Staten hebben ieder hun eigen rechtssysteem. De term Anglo-Amerikaans recht kan desalniettemin gebruikt worden om te verwijzen naar een groot aantal rechtsregels en beginselen die in beide stelsels hetzelfde zijn en die hun grondslag hebben in de Engelse common law of contracts. Zie bijv. E.A. Farnsworth, *United States Contract Law*, Huntington NY: Juris Publishing 1999, p. 32.
4. Overall waar ik in deze bijdrage spreek van koop, doel ik niet alleen op de koop van stoffelijke zaken en vermogensrechten, maar bijv. ook op de koop van diensten.
5. In deze bijdrage zullen de termen 'inlichting', 'mededeling' en 'verklaring' door elkaar gebruikt worden. Ik meen dat er geen inhoudelijke verschillen bestaan tussen deze termen. Art. 6:228 BW (dwaling) spreekt bijv. over een inlichting. Art. 7:17 BW (conformiteit) spreekt over mededeling, zonder dat daar een wezenlijk verschil tussen bestaat.

eigenschappen beschikt op basis waarvan de koper mede overgaat tot het sluiten van de overeenkomst. De warranty is de met die representation samenhangende contractuele verbintenis (belofte) dat de inlichting correct is.

Weet de verkoper dat het object van de koop niet over eigenschap A beschikt, dan zal hij doorgaans de representation en warranty niet in de overeenkomst willen opnemen. Doet hij dit namelijk wel, en blijkt eigenschap A later te ontbreken, dan is de verkoper in het Anglo-Amerikaans recht schadeplichtig en heeft de koper onder omstandigheden bovendien het recht de overeenkomst te ontbinden. Daarom zal de verkoper doorgaans de koper mededelen dat het object van de koop niet over eigenschap A beschikt. In het Anglo-Amerikaans recht zijn representations en warranties bij het ontbreken van een (uit de wet of jurisprudentie voortvloeiende) mededelingsplicht dus een instrument om de verkoper over bepaalde eigenschappen mededelingen te ontlokken – *smoking out the facts* – en deze uitdrukkelijk in de schriftelijke overeenkomst op te nemen.⁶

In het Nederlands recht is de onderhandelingsfase wél een rechtsverhouding die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Hieruit vloeit, onder andere, voor de verkoper een mededelingsplicht voort.⁷ Op het eerste gezicht heeft een koper dus geen representations en warranties nodig om mededelingen van de verkoper te ontlokken. Zoals gezegd, wordt in veel Engelstalige contracten waarop Nederlands recht van toepassing is, toch een representations en warranties-beding opgenomen. Waarom doen partijen dat? En hoe moet dit van oorsprong Anglo-Amerikaanse begrippenpaar naar Nederlands recht worden uitgelegd?

De waarom-vraag is goed te beantwoorden. Het is niet ongebruikelijk dat Nederlandse juristen gebruikmaken van Anglo-Amerikaanse contractmodellen. Dit verklaart, in ieder geval ten dele, waarom partijen de begrippen representations en warranties opnemen.

De hoe-vraag is ingewikkelder. Op het eerste gezicht lijken representations en warranties simpelweg het equivalent van het Nederlandse begrip ‘garantie’. Dit volstaat wellicht als vluchtige vertaling in het alledaagse spraakgebruik, maar volstaat mijns inziens niet voor de juridische uitleg van de term. De term garantie heeft in het Nederlands recht geen vastomlijnde betekenis en wordt in de jurisprudentie en literatuur op veel verschillende

manieren gebruikt en uitgelegd.⁸ Het uitleggen van een contractbeding (representations en warranties) aan de hand van een term (garantie) die op zijn beurt zelf moet worden uitgelegd, brengt mijns inziens weinig helderheid. Bovendien doet het geen recht aan het feit dat in de Anglo-Amerikaanse term twee rechtsfiguren besloten liggen (representations én warranties), terwijl de Nederlandse term uit slechts één figuur (alleen garantie) bestaat.⁹

3. Uitleg van boilerplate-bedingen

Schrijven partijen in de overeenkomst expliciet uit welke rechtsgevolgen het representations en warranties-beding moet hebben, dan zal aan de Anglo-Amerikaanse betekenis geen of weinig betekenis toekomen.¹⁰ Dat gebeurt echter lang niet altijd. Partijen onderhandelen vaak stevig over welke eigenschappen de verkoper ‘represents’ en ‘warrants’, maar partijen spreken vaak niet over de betekenis van het begrippenpaar representations en warranties, wat de beoogde rechtsgevolgen daarvan zijn en wat het onderscheid is met andere verbintenissen die niet als representations en warranties in de overeenkomst worden opgenomen. Om die reden vallen representations en warranties naar mijn idee onder een ruime definitie van boilerplate-bedingen. Onder die ruime definitie vallen standaard contractbedingen en termen die zonder onderhandeling of overdenking in de overeenkomst worden opgenomen en die niet specifiek voor deze transactie zijn opgesteld, maar afkomstig zijn uit bijvoorbeeld (Anglo-Amerikaanse)

6. C.M. Fox, *Working with contracts*, New York City NY: Practising Law Institute 2008, p. 10: ‘The process of negotiating representations has the effect of smoking out factual issues that might not otherwise be disclosed. Representations are a natural outgrowth of the principle of caveat emptor.’
7. Zie o.a. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/391 e.v.; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 28.

8. Raaijmakers geeft in zijn proefschrift dertien verschillende voorbeelden van garanties, waaronder het garantiebewijs (die vergaande exoneraties kan bevatten), de bankgarantie, de moedergarantie, de koopgarantie enz.; G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames, over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 4. Hartkamp signaleert een aantal verschijningsvormen van garanties, vrij samengevat als: ‘instaan voor’, ‘schadeloos stellen’, resultaatsverbintenis, garantiebewijs en ‘weergave inhoud overeenkomst’; Asser/Sieburgh 6-I 2016/21. Zie verder ook ten aanzien van de garantie: M.M. van Rossum & P.H.L.M. Kuypers, *Garanties in de rechtspraak*, *Recht en Praktijk CA12*, Deventer: Kluwer 2015; HR 22 december 1995, NJ 96/300 (Hoog Catharijne).
9. Zie anders R.J. Tjittes, die verdedigt dat het verschil tussen representations en warranties naar Nederlands recht niet relevant is: <<https://nl.linkedin.com/pulse/warranties-en-representations-een-verschil-rieme-jan-tjittes>, gepubliceerd op 26 oktober 2016.
10. Zie bijv. Hof Den Haag 16 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4668: ‘Dat dit karakter van een (afroep)garantie mogelijk afwijkt van de betekenis die naar Anglo-Amerikaans recht pleegt te worden toegekend aan het begrip corporate guarantee doet hier niet aan af. Dat recht is hier immers niet van toepassing, terwijl de onderhavige corporate guarantee een duidelijke omschrijving geeft van de inhoud ervan.’

contractmodellen (*contract templates*).¹¹ Bij deze definitie is het onderscheidend vermogen van boilerplate-bedingen ten opzichte van individueel onderhandelde contractbedingen hun *herkomst* en de *manier* waarop zij onderdeel worden van de overeenkomst, en niet zozeer het *onderwerp* van die bedingen of de *plek* waarop zij in de overeenkomst worden opgenomen. Ik meen dat dit het relevante onderscheidende criterium is, omdat juist deze factoren (herkomst en manier waarop) relevant zijn voor de manier waarop deze bedingen moeten worden uitgelegd. Bij deze ruime definitie kunnen boilerplate-bedingen ook de kern van de prestatie bevatten, zoals dat het geval is bij representations en warranties.¹²

a. Subjectieve bedoeling

Wanneer partijen niet specifiek hebben onderhandeld of stilgestaan bij de rechtsgevolgen van het begrippenpaar representations en warranties, heeft de rechter geen of weinig (subjectieve) aanknopingspunten bij het bepalen van wat de subjectieve bedoeling was van partijen met het opnemen van representations en warranties. E-mails, gespreksverslagen of getuigenverklaringen omtrent de bedoeling van het boilerplate-beding zullen immers doorgaans ontbreken. In die situatie zal – binnen de Haviltex-norm – een meer objectieve uitleg noodzakelijk zijn.¹³

b. ‘In beginsel letterlijke uitleg’

Voor de uitleg van uitonderhandelde commerciële contracten is in de jurisprudentie (met name in de arresten

*Derksen/Homburg*¹⁴ en *Meyer Europe/PontMeyer*¹⁵) een apart ‘gevalstype’ tot ontwikkeling gekomen waarbij er sprake kan zijn van een ‘in beginsel letterlijke uitleg’.¹⁶ Bij de uitleg van woorden zoals ‘and/or’,¹⁷ ‘insofar as not’,¹⁸ ‘take or pay’¹⁹ en ‘as of April 1’²⁰ kan een woordenboek of de betekenis in het reguliere taalgebruik inderdaad inzichten verschaffen.

c. ‘In beginsel volgens de Anglo-Amerikaanse betekenis uitleg’

Bij juridische begrippen werkt een dergelijke tekstuele uitleg vaak niet. Deze begrippen krijgen pas betekenis als zij worden geplaatst in een voor die begrippen logische juridische context.²¹ Dat geldt mijns inziens ook voor het begrippenpaar representations en warranties. De Anglo-Amerikaanse betekenis biedt die juridische context en kan als ‘juridisch woordenboek’ een belangrijk gezichtspunt zijn bij de uitleg van dit van oorsprong Anglo-Amerikaanse begrippenpaar.²² Op een vergelijkbare manier als de uit jurisprudentie bekende ‘in beginsel letterlijke uitleg’-regel zou naar mijn idee bij Anglo-Amerikaanse boilerplate-bedingen zelfs moeten worden uitgegaan van een ‘in beginsel volgens de Anglo-Amerikaanse betekenis uitleg’. Aan de Anglo-Amerikaanse betekenis wordt dan zwaarwegend gewicht toegekend.

Een belangrijk argument voor deze ‘in beginsel volgens de Anglo-Amerikaanse betekenis uitleg’ is dat er bij boilerplate-bedingen niet alleen schaarste is aan *subjectieve* aanknopingspunten (doordat partijen niet over de bedoeling hebben gesproken), maar ook aan *objectieve* aanknopingspunten.²³ Bij die relatieve ‘droogte’ moet het boilerplate-beding toch uitgelegd worden en lijkt het

11. Zie G. Cordero-Moss, *International Commercial Contracts*, Cambridge: CUP 2014, p. 17-18: ‘The drafting of these clauses is often considered to be a mere “copy and paste” exercise. They are often referred to as having “boilerplate”, standard language with a general applicability that follow automatically and does not require any particular attention.’ In dat kader bespreekt Cordero-Moss in par. 5.1 representations en warranties. Zie vergelijkbaar E.A. Farnsworth, *Farnsworth on contracts*, New York City NY: Aspen Publishers 2004, par. 7.1; G. Klass, *Contract law in the USA*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 132; M.J. Radin, *Boilerplate today: the rise of modularity and the waning of consent*, in: O. Ben-Sahir (red.), *Boilerplate, the foundation of market contracts*, Cambridge: CUP 2007; E. McKendrick, *The creation of a European law of contracts*, Deventer: Kluwer 2004, p. 5. Zie verder J.W.A. Dousi, *Copy paste, over de uitleg van boilerplate-bedingen en wat we kunnen leren van het Amerikaanse recht*, Contracteren 2016/2.
12. Zie voor een beperktere definitie bijv. M. Uijen, *Boilerplates: Ketelbinkie in Contractenland*, Contracteren 2010/4, p. 133: ‘(...) bepalingen die: 1. fungeren als een schil rond de kernbedingen van een contract; en 2. zich bovendien in principe lenen voor gebruik in ieder willekeurig contract.’ In gelijke zin: M. Wallart, *Boilerplates naar Nederlands recht: deel 1*, ORP 2013/5, p. 33: ‘(...) generieke bepalingen (...) die over het algemeen niet de kern van de prestaties zullen omvatten.’ Zie ook T.L. Stark, *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York City NY: ALM Publishing 2003, p. 5: ‘Traditionally, Lawyers use the term “boilerplate” to refer to any standardized, “one size fits all” provision. This text takes a more focused view and limits the term’s reach to those provisions that generally appear towards the end of a contract.’ Desondanks bespreekt Stark in dit boek ook warranties.
13. Zie H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Pre-adviezen 2016 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, par. 5.2 en 5.5.4; C.E. Drion, *De historie van Haviltex*, NJB 2016/28, p. 1961; Dousi 2016.
14. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, NJ 2007/576, m.nt. M.H. Wissink (*Derksen/Homburg*).

15. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*).
16. Zie Schelhaas & Valk 2016, par. 2.3.3.3 en 5.5.4. Schelhaas en Valk wijzen er terecht op dat dit niet een aparte maatstaf is die afwijkt van de Haviltex-maatstaf. Hoewel beide auteurs van mening verschillen over de precieze techniek, lijken zij eensgezind in hun typering dat sprake is van een ‘bijzondere aanpak’, waarbij met een voorlopig oordeel over uitleg of bewijs aan de letterlijke uitleg groot gewicht toekomt.
17. Hof Amsterdam 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4215.
18. Rb. Rotterdam 1 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ5641.
19. HR 10 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:623.
20. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575 (*Meyer Europe/PontMeyer*).
21. Zie Schelhaas & Valk 2016, par. 5.5.4.
22. Hof Den Bosch 3 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4428: ‘Bij de uitleg van een in de Engelse taal gesteld beding mag acht worden geslagen op de betekenis die die term [representations en warranties; JD] in het Angelsaksische recht heeft, temeer in het onderhavige geval waar die term in het contract of in de onderhandelings tussentijd geen specifieke betekenis is gegeven. Het hof voegt hieraan toe dat dit niet wegneemt dat het beding uitgelegd moet worden aan de hand van het Haviltex-criterium en dat daarin het door de rechtbank genoemde aspect één van de aspecten is waarop dient te worden gelet.’ Zie ook Schelhaas & Valk 2016, p. 149; R.P.J.L. Tjittes, *De uitleg van garanties en vrijwaringen in overnamecontracten*, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging van Corporate Litigation 2007-2008*, Deventer: Kluwer 2008, p. 119.
23. Ik noem dit zelf het ‘Nespresso argument’, verwijzend naar de reclameslogan van dit koffiemerk: ‘Nespresso, what else?’. Het argument draait immers om het gebrek aan andere objectieve aanknopingspunten bij de uitleg van het boilerplate-beding, kortom ‘what else?’. Voor overige argumenten verwijs ik naar Dousi 2016.

redelijk de bron van het beding, het Anglo-Amerikaans recht, als objectief gezichtspunt bij de uitleg te gebruiken.

Dat geldt in het bijzonder bij contracten gesloten door professionele partijen met juridische bijstand. Bij deze professionele partijen, doorgaans zogenoemde *repeat players*, mag men kennis van deze Anglo-Amerikaanse achtergrond veronderstellen.²⁴ Bij professionele partijen zou de ‘in beginsel volgens het Anglo-Amerikaans recht uitleg’ niet alleen moeten gelden in die gevallen waarin één²⁵ of beide²⁶ contractspartijen een Anglo-Amerikaanse achtergrond hebben, maar ook indien het twee Nederlandse contractspartijen betreft. Ook bij hen mag de kennis van het Anglo-Amerikaans recht verondersteld worden indien zij (dat wil vaak zeggen hun juristen) een representations en warranties-beding in hun contract opnemen.

Het gebruiken van de Anglo-Amerikaanse betekenis van de begrippen representations en warranties als zwaarwegend gezichtspunt bij de uitleg van deze begrippen naar Nederlands recht vereist een juridische vertaalslag.²⁷ Het simpelweg een-op-een importeren van het Anglo-Amerikaans recht bij de uitleg naar Nederlands recht is niet wenselijk vanwege de verschillen tussen de Nederlandse en Anglo-Amerikaanse juridische context waarbinnen deze contractbedingen worden gebruikt en moeten worden uitgelegd. In deze bijdrage onderzoek ik daarom hoe de Anglo-Amerikaanse betekenis van een representations en warranties-beding kan worden ‘ingepast’ in de Nederlandse juridische context met leerstukken zoals de (precontractuele) redelijkheid en billijkheid en de mededelingsplicht.²⁸ Dat doe ik door te kijken naar de functie die het beding heeft in het Anglo-Amerikaans recht. Naarmate het diezelfde functie ook in het Nederlands recht kan vervullen, ligt een uitleg aan de hand van de Anglo-Amerikaanse betekenis meer voor de hand.

Ter illustratie volgt eerst een casus, gebaseerd op een standaardarrest uit het Amerikaans recht, *Swinton v. Whitinsville savings bank*.²⁹ Deze casus bespreek ik van uit zowel Anglo-Amerikaans als Nederlands-rechtelijk

perspectief en voor het geval dat er géén en wel sprake is van representations en warranties.³⁰

4. Casus

In de Verenigde Staten is voor veel mensen het kopen van een eigen huis de ultieme *American dream*. Neil Swinton, een jonge dokter van 32, koopt een prachtig houten huis in Newton, een voorstad van Boston, waar hij samen met zijn vrouw en drie kinderen gaat wonen. Twee jaar later, augustus 1940, ontdekt Swinton een grote termietenplaag, die langzaam maar zeker zijn droomhuis opknaagt. In de gerechtelijke procedure die volgt, komen de volgende zaken vast te staan. De termietenplaag bestond al ten tijde van de verkoop. De verkoper was bekend met de termietenplaag en heeft hierover niets gemeld aan de koper. De verkoper heeft evenmin verklaard dat het huis termietenvrij was. En ten slotte, de verkoper heeft ten tijde van de verkoop aan de koper alle gelegenheid gegeven het huis te inspecteren. De vraag die de Supreme Judicial Court of Massachusetts in de zaak *Swinton v. Whitinsville savings bank* moet beantwoorden, is of het zwijgen van de verkoper de koper een grond geeft voor schadevergoeding. De overeenkomst bevatte geen representation en warranty waarin een termietenvrij huis was toegezegd. Was de uitkomst anders geweest indien zij wel zo’n representation en warranty hadden opgenomen? En, hoe moet de zaak naar Nederlands recht worden beoordeeld?

5. Anglo-Amerikaans recht, zonder representations en warranties

Voor een bespreking van de Anglo-Amerikaanse context van de representations en warranties beperk ik mij tot twee leerstukken: ten eerste de (afwezigheid van de) precontractuele redelijkheid en billijkheid en ten tweede de rol van de tekst van de overeenkomst bij de vaststelling van de inhoud van de verbintenissen van de contractanten.

a. Geen precontractuele redelijkheid en billijkheid

In het Anglo-Amerikaans recht is de onderhandelingsfase, zoals hiervoor al kort aangehaald, geen rechtsverhouding die wordt beheerst door de redelijkheid en

24. Zie bijv. Hof Den Haag 11 juli 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY8855 over de uitleg van het begrip ‘rescission’: ‘Naar Anglo-Amerikaans recht is “rescission” een rechtsmiddel dat vergelijkbaar is met vernietiging wegens een wilsgebrek naar Nederlands recht (...). Het ligt in beginsel voor de hand om een contractsbepaling naar haar vaste betekenis uit te leggen. Hierbij is van belang dat appellant tot dezelfde maatschappelijke kring behoort als de directeurs/enig aandeelhouders van Copes c.s., en dat appellant, die van beroep bankdirecteur is, geacht moet over dezelfde rechtskennis te (kunnen) beschikken als Copes c.s.’

25. Rb. Amsterdam, 6 augustus 2013, JOR 2015/91, m.nt. J.W.A. Dousi.

26. HR 18 maart 1983, NJ 1984/345 (*Shy Ying Cheung/Lam*).

27. Zie ook B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, p. 433.

28. In deze bijdrage richt ik mij in eerste instantie op representations en warranties in het kader van koop.

29. *Swinton v. Whitinsville savings bank*, 311 Mass.677, 42 N.E.2d 808 (1942).

30. De analyse van deze casus is met opzet versimpeld om enkele grote lijnen in het Anglo-Amerikaans recht te illustreren. Buiten beschouwing is onder andere gelaten wetgeving op statelijk niveau in Amerika die bij onroerendgoedtransacties bepaalde wettelijke mededelingsplichten in het leven roept voor de verkoper.

billijkheid of een equivalent daarvan.³¹ De verkoper heeft in beginsel geen *duty of disclosure* als hij op de hoogte is van bepaalde eigenschappen van het object van de koop die voor de koper van belang kunnen zijn bij zijn aankoopbeslissing.³² Doorgaans wordt geredeneerd dat het tegenovergestelde immers ook waar is. Als de koper iets weet wat de waarde hoger maakt, heeft hij evenmin de verplichting dit te vertellen.³³

De afwezigheid van de *duty of disclosure* heeft tot gevolg dat het Anglo-Amerikaanse leerstuk van de *misrepresentation* een veel beperktere reikwijdte heeft dan het Nederlandse dwalingsleerstuk, waarin een mededelingsplicht stevig is verankerd.³⁴ Spreekt de verkoper, dan moet hij in het Anglo-Amerikaans recht de waarheid spreken, maar zwijgt hij, dan zal dat zwijgen doorgaans *geen* grond voor *misrepresentation* opleveren. Voor *misrepresentation* is in beginsel een onjuiste mededeling of schriftelijke (in de vorm van een contractbeding) mededeling van de verkoper nodig, waarop de koper gerechtvaardigd heeft vertrouwd bij de beslissing de overeenkomst aan te gaan.³⁵

In het Anglo-Amerikaans recht is dus het uitgangspunt dat de koper onderzoek moet doen en dat de verkoper hem niet actief hoeft in te lichten.³⁶ De koper zal daarom mededelingen aan de verkoper willen 'ontlokken'. Zoals uit paragraaf 6 zal blijken, spelen de representations en warranties hierbij een belangrijke rol.

b. De tekst van de schriftelijke overeenkomst
Wil men in het Anglo-Amerikaans recht vaststellen tot welke prestatie de verkoper zich precies heeft verbonden, en daarmee dus wanneer de verkoper tekortkomt, dan is de tekst van de schriftelijke overeenkomst daarvoor van grote betekenis.

Een eerste reden hiervoor is dat de koper géén beroep kan doen op de redelijkheid en billijkheid (*duty of good faith*) als rechtstreekse bron voor de aanvulling van hetgeen partijen uitdrukkelijk in de schriftelijke overeenkomst zijn overeengekomen.³⁷ Hoewel de redelijkheid en billijkheid wel een bescheiden rol kunnen spelen bij de uitleg van de wél in de overeenkomst opgenomen verplichtingen, is de rol van de redelijkheid en billijkheid in het Anglo-Amerikaans recht een stuk beperkter dan in het Nederlands recht.³⁸

Een tweede reden waarom de tekst van de overeenkomst van grote betekenis is, is de zogenoemde *parol evidence rule*. Kort gezegd bepaalt de *parol evidence rule* of partijen in een eventuele gerechtelijke procedure bewijs mogen aandragen om aan te tonen dat de overeenkomst niet alleen bestaat uit de afspraken die in de schriftelijke overeenkomst zijn vastgelegd, maar dat er tijdens de onderhandelingen of gelijktijdig met de schriftelijke overeenkomst aanvullende afspraken zijn gemaakt die eveneens onderdeel uitmaken van de overeenkomst. Partijen mogen zulk bewijs *niet* aandragen indien de partijen beoogden dat de schriftelijke overeenkomst de definitieve en allesomvattende overeenkomst zou zijn.³⁹ De *parol evidence rule* zet in dat geval een hek om de overeenkomst. Conceptafspraken die wel tijdens de onderhandelingen zijn besproken, maar niet in het contract zijn opgenomen, maken dan geen onderdeel uit van de overeenkomst. De vraag of een overeenkomst definitief en allesomvattend is, is in eerste instantie een kwes-

31. **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 3.26 en 7.17; P. Linzer, Corbin on contracts, Charlottesville VA: Lexis 2010, par. 26.9. **Engels recht:** *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128, 138; J. Cartwright, Contract law, An introduction to the English law of contract for the civil lawyer, Oxford: Hart 2016, p. 74 e.v.; Zie ook R.P.J.L. Tjittes, Op de golven van de goede trouw naar Engels contractenrecht, RM Themis 2015/5, p. 208.
32. **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 4.11; J.M. Perillo, Corbin on contracts, Charlottesville VA: Lexis 2002, par. 28.20. **Engels recht:** H.G. Beale e.a (red.), Chitty on contracts, Volume 1, General principles, Londen: Sweet & Maxwell 2004, par. 6-013; *Smith v. Hughes* (1871) LR 6 QB 597, p. 607: 'whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor'; Cartwright 2016, p. 80. De regel is in de loop der tijd wel geanneceerd. Zie over deze nuancering **Amerikaans recht:** Restatement (Second) of Contracts, par. 161. Zie ook Farnsworth 2004, par. 4.11; Perillo 2002, par. 28.20. **Engels recht:** H.G. Beale (red.), Chitty on contracts, Londen: Sweet & Maxwell 2012, par. 6-017; E. Peel, Treitel, The law of contract, Londen: Sweet & Maxwell 2015, par. 9-136.
33. **Amerikaans recht:** *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178, 194, 4 L. Ed. 214 (1817); M.A. Chirelstein, Concepts and case analysis in the law of contracts, New York City NY: Foundation press 2006, p. 82. **Engels recht:** Peel 2015, par. 9-138; E. McKendrick, Contract law, Londen: Palgrave Law Masters 2017, p. 233.
34. Misrepresentation is te vergelijken met eigenlijke dwaling. Een belangrijk verschil is echter dat misrepresentation een onrechtmatige-daads-vordering (*torts*) is.
35. Bij *innocent* (in plaats van *fraudulent*) misrepresentation moet de verklaring bovendien voldoende belangrijk (*material*) zijn. Zie voor **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 4.12; Perillo 2002, par. 28.14. **Engels recht:** Beale 2015, par. 7-041; McKendrick 2017, p. 246.
36. In de bedrijfsvernamepraktijk heeft dit geleid tot uitgebreide *due diligence*-onderzoeken. Een dergelijk 'boekenonderzoek' kent echter zijn grenzen – een koper zal nooit alles boven water kunnen halen.

37. Farnsworth 2004, par. 7.17. Zie ook *Duquesne Light Co. v. Westinghouse Elec. Co.*, 66 F.3d 604, 617 (3rd Cir. 1995) en *Echo, Inc. v. Whitson Co.*, 121 F.3d 1099 (7th Cir. 1997). Zie ook W.J. Zwalve, C.A.E's Uniken Venema's Common Law & Civil Law, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 544 e.v.
38. De rol van de redelijkheid en billijkheid lijkt in het Amerikaans recht nog net iets ruimer dan in het Engels recht. Zo bevat de Amerikaanse UCC een bepaling over *good faith*, par. 1-304: 'Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.' Uit het officiële commentaar bij dit artikel volgt echter dat deze bepaling niet te ruim moet worden opgevat: 'the doctrine of good faith merely directs a court towards interpreting contracts within the commercial context in which they are created, performed and enforced, and does not create a separate duty of fairness and reasonableness which can be independently breached'. In het Engels recht heeft de *duty of good faith* met de uitspraak *Yam Seng v. International Trade Corporation* [2013] EWHC 111 een heel voorzichtig debuut gemaakt, maar is nog altijd beperkter dan in het Amerikaans recht. Zie Tjittes 2015, p. 208-209. Zie verder voor **Amerikaans recht:** S.J. Burton, History and theory of good faith performance in the United states, en voor **Engels recht:** E. McKendrick, Good faith in the performance of a contract in English law, beide in L.A. Dimatteo & M. Hogg (red.), Comparative contract law, British and American perspectives, Oxford: OUP 2016.
39. **Amerikaans recht:** par. 2-202 UCC; par. 213 en 215 Restatement (Second) of Contracts. Zie ook Farnsworth 2004, par. 7.2-7.3; R.A. Lord, Williston on Contracts, 1999, par. 33.1. **Engels recht:** Beale 2015, par. 13-099; McKendrick 2017, p. 162.

tie van de bedoeling van partijen.⁴⁰ Partijen kunnen schriftelijk overeenkomen dat zij beoogden dat de overeenkomst definitief en allesomvattend is.⁴¹ Dat doen zij doorgaans met een zogenoemde *entire agreement clause*. Wil de koper dat de verkoper niet alleen tijdens de onderhandelingen bepaalde beloftes doet over het object van de koop, maar ook dat deze beloftes onderdeel uitmaken van de overeenkomst, zodat hij op grond van *breach of contract*⁴² recht heeft op schadevergoeding indien deze beloftes niet waar worden gemaakt, dan zullen deze beloftes als verbintenis moeten worden opgenomen in de schriftelijke overeenkomst. Dat gebeurt door middel van de representations en warranties.

c. Casus

Swinton v. Whitinsville savings bank is een standaard-arrest uit het Amerikaans recht over de informatieplichten van partijen in de precontractuele fase. In lijn met wat hiervoor is besproken komt de Supreme Judicial Court of Massachusetts tot de conclusie dat het zwijgen van de verkoper geen grond is voor schadevergoeding. De verkoper heeft geen *duty to disclose* en hij heeft geen onjuiste mededeling gedaan waarop de koper gerechtvaardigd heeft vertrouwd bij de beslissing de overeenkomst aan te gaan. Van een misrepresentation is geen sprake en dus geldt in de woorden van de Supreme Judicial Court of Massachusetts: 'the rule of nonliability for bare non-disclosure has been (...) followed by this court'.⁴³ Niet aangevoerd door Swinton, maar een vordering tot schadevergoeding op grond van wanprestatie zou waarschijnlijk evenmin succesvol zijn geweest. Het contract bevatte geen representation en warranty dat het huis termietenvrij was, en de verplichting een termietenvrij huis te leveren zal waarschijnlijk evenmin door uitleg in het contract gelezen worden.

6. Anglo-Amerikaans recht, met representations & warranties

Hoewel representations en warranties vaak worden opgenomen als één contractbeding ('Seller represents and warrants ...'), hebben zij in het Anglo-Amerikaans recht een verschillende herkomst. De representation

heeft zijn wortels in het onrechtmatige-daadsrecht (*tort law*), de warranty in het contractenrecht (*contract law*).⁴⁴

a. Representation

Een representation is een verklaring van de verkoper, doorgaans dat het object van de koop over bepaalde eigenschappen beschikt,⁴⁵ op basis waarvan de koper mede overgaat tot het sluiten van de overeenkomst.⁴⁶ Dit laatste element, meestal *reliance* genoemd, onderscheidt een representation van een 'normale verklaring'.⁴⁷ Van reliance is bijvoorbeeld geen sprake wanneer de koper bij het aangaan van de overeenkomst weet dat een in de overeenkomst opgenomen representation niet correct is.

Blijkt een representation na het sluiten van de overeenkomst incorrect, dan is sprake van *misrepresentation*. Een misrepresentation geeft de koper in de regel het recht de overeenkomst te ontbinden.⁴⁸ De koper hoeft hiervoor doorgaans niet aan te tonen dat de verkoper de incorrecte representation opzettelijk (*intent*) of nalatig (*negligence*) heeft gedaan.⁴⁹

Is er echter sprake van opzet of nalatigheid, dan is de misrepresentation ook een onrechtmatige daad en kan de koper naast ontbinding ook (aanvullende) schadevergoeding van de verkoper vorderen.⁵⁰ De koper heeft daarbij recht op vergoeding van het negatief contractsbelang.⁵¹ In het Amerikaans recht geeft een opzettelijke misrepresentation, afhankelijk van de omstandigheden

40. Farnsworth 2004, par. 7.3; J.M. Perillo, Corbin on contracts, Charlottesville VA: Lexis 1993, par. 25.7. Zie ook par. 209 Restatement (Second) of Contracts en par. 2-202 UCC.
41. Perillo 1993, par. 25.3: 'Among the most elusive creatures in the contract law jungle, however, is that beast known as the "integrated contract" (...) How does one determine if a contract is a full expression of the parties' agreement? Either the contract itself says so or the court must declare that it is so.'
42. In plaats van alleen op een andere grondslag, bijv. misrepresentation.
43. De Supreme Judicial Court of Massachusetts beargumenteert: 'If this defendant is liable on this declaration every seller is liable who fails to disclose any nonapparent defect known to him in the subject of the sale which materially reduces its value and which the buyer fails to discover. (...) The law has not yet, we believe, reached the point of imposing upon the frailties of human nature a standard so idealistic as this.'

44. W.P. Keeton e.a. (red.), Prosser and Keeton on the Law of Torts, St Paul MN: West Group 1984, par. 105; K. Masson, Paradox of presumptions: seller warranties and reliance waivers in commercial contracts, Columbia Law Review 2009/109, p. 508; G.D. West & W.B. Lewis, Contracting to avoid extra-contractual liability - can your contractual deal ever really be the 'entire' deal?, The Business lawyer 2009/64, p. 1008 e.v.
45. De verklaring kan ook betrekking hebben op bijv. de bevoegdheid van de verkoper of het feit dat er geen procedures met betrekking tot het verkochte aanhangig zijn.
46. **Amerikaans recht:** par. 159 Restatement (Second) of Contracts. **Engels recht:** art. 2 Misrepresentation Act 1967.
47. **Amerikaans recht:** T.L. Stark, Drafting contracts, how and why lawyers do what they do, Deventer: Kluwer 2014, p. 13: 'Do not equate a statement in a representation with a representation. A representation is more than a bald statement of fact. It must be a past or present fact intended to induce the reliance of the person receiving the statement.' **Engels recht:** Cartwright 2016, p. 176; McKendrick 2017, p. 245.
48. **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 4.15; Perillo 2002, par. 28.13-14. **Engels recht:** G.H. Treitel, The law of contract, Londen: Sweet & Maxwell 1999, p. 731; J. Cartwright, Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure, Londen: Sweet & Maxwell 2011, p. 472; Zie ook art. 1 Misrepresentation Act 1967.
49. **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 4.12 (de misrepresentation moet wel *material* zijn, maar hiervan is in beginsel sprake indien de koper mede op basis van de misrepresentation de overeenkomst is aangegaan); Perillo 2002, par. 28.14. **Engels recht:** Cartwright 2016, p. 179; McKendrick 2017, p. 257.
50. **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 4.12; Perillo 2002, par. 28.23. Zie ook par. 525 en 552 Restatement (Second) of Torts. **Engels recht:** Cartwright 2016, p. 180; McKendrick 2017, p. 259. Zie ook art. 2 Misrepresentation Act 1967.
51. **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 4.15; Restatement (second) of Torts, div. 4. **Engels recht:** Cartwright 2011, p. 459; McKendrick 2017, p. 260.

van het geval, ook recht op vergoeding van *punitive damages*.⁵²

Bij een representations en warranties-beding herhalen de contractanten in feite de precontractuele inlichtingen in de overeenkomst zodat een schriftelijke representation ontstaat en combineren deze representation met een warranty.

b. Warranty

De warranty is de met de representation samenhangende contractuele verbintenissen.⁵³ Het is de belofte van de verkoper dat de inlichting correct is (en soms voor een bepaalde periode in de toekomst correct zal blijven).⁵⁴ Blijkt die warranty later niet correct, dan is er sprake van wanprestatie (*breach of contract*).⁵⁵ Bij wanprestatie heeft de koper recht op vergoeding van het positief contractsbelang.⁵⁶ De koper hoeft hierbij niet aan te tonen dat er sprake is van nalatigheid of opzet aan de kant van de verkoper.⁵⁷ In het Anglo-Amerikaans recht is er bij breach of contract namelijk sprake van risicoaansprakelijkheid (*strict liability*).⁵⁸ In plaats van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst is slechts een tekortkoming voldoende voor een recht op schadevergoeding.⁵⁹ In beginsel kan een verkoper dan nog steeds een beroep doen op enkele overmachtsverweren. In het Amerikaans recht bijvoorbeeld in het geval dat het presteren door een verandering in de omstandigheden absoluut onmogelijk is geworden (*impossibility*). Maar ook in gevallen waarin het presteren door een verandering in de omstandigheden een zodanig ander en bezwaarlijk karakter heeft gekregen dat presteren extreem en onredelijk wordt bemoeilijkt (*impracticability*).

ty).⁶⁰ In het Engels recht worden deze beide verweren aangeduid onder de term *frustration*.⁶¹ Deze verweren hebben echter een zéér beperkt toepassingsbereik.⁶² Bovendien kan een beroep op impossibility en impracticability contractueel worden uitgesloten.⁶³ Een warranty wijst erop dat partijen impliciet afstand hebben gedaan van een mogelijk beroep op de verweren impossibility en impracticability.⁶⁴

Anders dan bij misrepresentation is bij breach of contract het element reliance doorgaans geen apart vereiste.⁶⁵ De koper hoeft bij een breach of warranty dan niet afzonderlijk aan te tonen dat de koper op deze warranty heeft vertrouwd bij het aangaan van de overeenkomst, maar slechts dat de warranty onderdeel van de overeenkomst is geworden. Zo oordeelde de Court of Appeals of New York in de veel aangehaalde uitspraak *CBS v. Ziff-Davis Publ. Co.*:

‘The express warranty is as much a part of the contract as any other term. Once the express warranty is shown to have been relied on as part of the contract, the right to be indemnified in damages for its breach

52. **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 4.11; *CBS v. Ziff-Davis Publ. Co.*, 75 N.Y.2d 496 (1990). **Engels recht:** Peel 2015, par. 20-019.
53. Perillo 2002, par. 28.15: ‘To be distinguished are cases where a party warrants the accuracy of its representations. In such a case, the warranty is paid for, and no-fault contractual liability attaches.’
54. Een representation kan alleen betrekking op het verleden of heden; eigenschappen die het te leveren goed of de dienst had of nu heeft. Een representation kan geen betrekking hebben op een toekomstig feit. Zie voor **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 4.12; **Engels recht:** Cartwright 2016, p. 178.
55. **Amerikaans recht:** par. 2-313 (1) UCC; Perillo 1993, par. 1.14. Zie bijv. ook *Metropolitan coal co. v. Howard*, 155 F.2d 780 (2d Cir. 1946) (Judge Learned Hand): ‘A warranty is an assurance by one party to an agreement of the existence of a fact upon which the other party may rely. It is intended precisely to relieve the promisee of any duty to ascertain the facts for himself; it amounts to a promise to indemnify the promisee for any loss if the fact warranted proves untrue (...)’ **Engels recht:** art. 61(1) Sale of Goods Act 1979; McKendrick 2017, p. 191.
56. **Amerikaans recht:** par. 2-714 (2) UCC; Farnsworth 2004, par. 12.8; J.M. Perillo, Corbin on contracts, Charlottesville VA: Lexis 2005, par. 60.15. **Engels recht:** art. 53 Sale of Goods Act 1979; Cartwright 2011, p. 459; McKendrick 2017, p. 372.
57. Perillo 2002, par. 28.23.
58. **Amerikaans recht:** Restatement (Second) of Contracts ch. 11, introductory n. (1981): ‘Contract liability is strict liability. It is an accepted maxim that pacta sunt servanda, contracts are to be kept. The obligor is therefore liable in damages for breach of contract even if he is without fault (...)’; Farnsworth 2004, par. 9.1a; Perillo 2002, par. 28.15 & 28.23. **Engels recht:** Cartwright 2016, p. 261 e.v.; McKendrick 2017, p. 359; *Paradine v. Jane*, 82 Eng. Rep. 897, 897 (K.B. 1647).
59. Aangezien in het Anglo-Amerikaans recht toerekenbaarheid nooit een vereiste is voor schadevergoeding wegens breach of contract, is dit voor representations en warranties dus niet een onderscheidend element ten opzichte van andere contractuele verplichtingen.

60. Par. 261 Restatement (Second) of Contracts; par. 2-615 UCC.

61. Daarbij moet opgemerkt worden dat in het Engels recht *impracticability* veel beperkter wordt toegepast of zelfs helemaal afwezig is als overmachtsverweer. Zie G.H. Treitel, *Frustration and force majeure*, Londen: Sweet & Maxwell 2014, p. 283: ‘The chance of obtaining relief on the sole ground that rising costs have made performance “impracticable” may not be good in the United States (...) but in England a case based on such impracticability alone is virtually hopeless and is indeed generally regarded as unarguable. The preponderance of English judicial opinion (...) appears to be hostile to the existence of a doctrine of discharge by “impracticability” (in the American sense) (...)’; Peel 2015, par. 19-033, 19-034.

62. **Amerikaans recht:** officiële commentaar bij par. 261 Restatement (Second) of Contracts: ‘performance may be impracticable because extreme and unreasonable difficulty (...)’ **Engels recht:** Cartwright 2016, p. 266: ‘frustration is exceptional, and cannot be invoked lightly’.

63. **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 9.6: ‘If a party expressly undertakes to perform, even though performance becomes impracticable, impracticability will not be an excuse, and the party will be liable for damages for nonperformance’; J.P. Nehf, Corbin on contracts, Charlottesville VA: Lexis 2001, par. 74.15. Zie ook de laatste woorden van par. 261 Restatement (Second) of Contracts: ‘unless the language of the circumstances indicate the contrary’ **Engels recht:** Peel 2015, par. 19-070.

64. **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 9.6, met verwijzing naar: *Gulf Oil Corp. v. Federal Power Commission*, 563 F.2d 588 (3d Cir. 1977): ‘We believe, first of all, that a warranty by its very nature precludes relief on a theory of commercial impracticability resulting from the unavailability of gas. (...) By warranting, rather than merely promising, the availability of sufficient quantities of gas, Gulf assumed for itself the entire risk that future conditions would raise the cost of gas. As the Restatement says, [s]ince it is possible for a party to contract to assume the risk of every chance occurrence, a fair interpretation of a contract may indicate an intention to be bound to perform or to pay damages for nonperformance whatever contingencies occur’ **Engels recht:** Peel 2015, par. 19-071, met verwijzing naar *Bunge SA v. Kyla Shipping Co Ltd.* [2012] EWHC 3522 (Comm); [2013] 1 Lloyd’s Rep. 565: ‘The fact that the charterparty contained an express continuing warranty as to the insurance and the limit of liability made it impossible for the Owners to contend that the damage had been sufficient to frustrate the charterparty.’

65. **Amerikaans recht:** In het Amerikaans recht is het debat ten aanzien van het reliance-criterium bij een vordering wegens breach of warranty nog niet volledig uitgekristalliseerd. Voor een overzicht van de jurisprudentie zie Stark 2014, p. 15. Zie ook Perillo 2002, par. 28.23. **Engels recht:** Cartwright 2011, p. 453.

does not depend on proof that the buyer thereafter believed that the assurances of fact made in the warranty would be fulfilled. The right to indemnification depends only on establishing that the warranty was breached.⁶⁶

c. Representation en warranty

Hoewel de betekenis van de termen representation en warranty niet in steen staan gebeiteld, zijn de termen in het Anglo-Amerikaans recht wel in de wet en jurisprudentie verankerd. Doorgaans wordt een representations en warranties-beding daarom zo uitgelegd dat enerzijds de verkoper hiermee de koper inlicht over bepaalde eigenschappen van het object van de koop *op basis waarvan* de koper mede overgaat tot het sluiten van de overeenkomst (een representation), en anderzijds dat de verkoper zich ertoe verbindt dat de verklaring over deze eigenschappen correct is (een warranty).⁶⁷ Blijken die eigenschappen later te ontbreken, dan is er doorgaans sprake van zowel misrepresentation als breach of contract.

Het is niet strikt noodzakelijk dat hierbij de woorden representation en warranty worden gebruikt.⁶⁸ Wel zal het de koper helpen bij het bewijzen dat er sprake is van een representation of warranty. Het Engels recht lijkt daarbij formalistischer dan het Amerikaans recht. In de Engelse zaak *Sycamore Bidco Ltd v Breslin* oordeelde de English High Court dat, omdat naar de lijst met belangrijke eigenschappen werd verwezen als warranties, maar niet als representation, de koper geen vordering had op grond van misrepresentation toen bleek dat die eigenschappen niet aanwezig waren.⁶⁹

‘There is a clear distinction in law between representations and warranties, and that would be understood by the draftsman of the SPA. (...) The words of the warranting provision (clause 5) are words of warranty not representation. (...) In order to make the relevant material a representation one has to find something in the SPA which is capable of doing that. It is not enough that the subject matter of the warranty is capable of being a representation. One has to find out why those words are there. One finds that in clause 5; and what one finds is words of warranty, not words of representation.’

Worden de woorden representation en warranties wél gebruikt, dan zal de rechter doorgaans tot de conclusie komen dat er sprake is van zowel een representation als een warranty.

d. Functies

Om de positie van representations en warranties in het Anglo-Amerikaans recht goed te begrijpen bespreek ik samenvattend waarom contractanten het beding door-

gaans in hun contract opnemen. Er zijn drie belangrijke in elkaar overlopende functies te onderscheiden.

Ten eerste het in de precontractuele fase *uitlokken van verklaringen*. In het Anglo-Amerikaans recht, waar in beginsel geen mededelingsplicht bestaat, kan de koper met het opnemen van representations en warranties contractueel toch verklaringen van de verkoper omtrent het gekochte uitlokken en beschikt hij over een remedie indien die verklaringen niet correct blijken.⁷⁰

Ten tweede het in de schriftelijke overeenkomst *vastleggen van de precontractuele beloftes* waarop de koper is afgegaan bij het aangaan van het contract.⁷¹ Deze representations en warranties worden in de schriftelijke overeenkomst opgenomen omdat in het Anglo-Amerikaans recht op basis van de parol evidence rule een belofte in de precontractuele fase die niet in de schriftelijke overeenkomst wordt vastgelegd, geen onderdeel uitmaakt van de overeenkomst.⁷²

Ten derde het vastleggen in de schriftelijke overeenkomst van een *contractuele risicoverdeling*.⁷³ Zoals gezegd, is in het Anglo-Amerikaans recht in beginsel sprake van strict liability en hebben de overmachtsverweren impossibility en impracticability een zeer beperkt toepassingsbereik. Dat geldt des te meer indien sprake is van representations en warranties. De verkoper draagt daarom het risico voor de eigenschappen die in het contract als representations en warranties zijn vastgelegd. Met het beding kunnen echter ook bepaalde risico's bij de koper worden gelegd. In de Anglo-Amerikaanse rechtspraak beogen met name professionele partijen niet zelden om met de representations en warranties een allesomvattende en uitputtende invulling te geven aan de verbintenis van de verkoper. Enerzijds nemen contractanten hiervoor een uitgebreide lijst gedetailleerde representations en warranties in hun overeenkomst op. Anderzijds spreken zij contractueel af dat de mogelijkheden voor een vordering op grond van misrepresentation en breach of warranty, beperkt zijn tot alleen de in de overeenkomst opgenomen representations en warran-

66. *CBS v. Ziff-Davis Publ. Co.*, 75 N.Y.2d 496 (1990).

67. Stark 2014, p. 137 e.v.

68. Zie bijv. par. 2-313(2) UCC.

69. *Sycamore Bidco Ltd v Breslin and another* [2012] EWHC 3443 (Ch).

70. Cordero-Moss 2014, p. 105: ‘A party, during contract negotiations, is under no duty to disclose matters relating to the contract's object, and the representation and warranties clause is usually the occasion for the parties to list all of the information that they consider relevant, and where they expect the other party to assume responsibility. Without the representation and warranties clause, there would be no basis for a contractual claim if important information was withheld.’

71. Fox 2008, p. 9: ‘Representations and warranties are statement of fact made in the contract by one party to the other party as of a particular point in time. Their purpose is to create a “snapshot” of facts that are important to the recipient's business decision to enter into the transaction.’

72. De parol evidence rule zal in beginsel echter niet in de weg staan aan een *torts* vordering op grond van misrepresentation, bijv. in geval van fraude. **Amerikaans recht:** Farnsworth 2004, par. 7.4. **Engels recht:** J. Cartwright, Excluding liability for misrepresentation, in: A. Burrows & E. Peel (red.), *Contract terms*, Oxford: OUP 2007, p. 220 e.v.

73. Stark 2014, par. 3.2.4: ‘By establishing standards of liability, representations and warranties serve an important business purpose. They are a risk allocation mechanism.’

ties. Hiervoor gebruiken zij een *non-reliance*-beding en *entire agreement*-beding.⁷⁴

Met een *non reliance*-beding komen partijen uitdrukkelijk overeen dat de koper bij het aangaan van de overeenkomst alleen heeft vertrouwd op de in de overeenkomst opgenomen representations. De bedoeling van partijen hiermee is doorgaans dat er geen sprake is van misrepresentation bij een representation van de verkoper in de precontractuele fase die het niet 'tot de overeenkomst' heeft gehaald. Met een *entire agreement*-beding daarentegen komen partijen overeen dat de verbintenis van de verkoper allesomvattend in de overeenkomst is vastgelegd.⁷⁵ De bedoeling van partijen hiermee is doorgaans dat er geen sprake is van breach of contract bij een belofte die de verkoper in de precontractuele fase heeft gedaan, maar die niet in de overeenkomst is opgenomen. De representations en warranties die in de overeenkomst zijn opgenomen, hebben dan niet alleen het effect dat zij contractueel vastleggen tot welke verbintenis de verkoper gebonden is, maar ook het tegenovergestelde effect, namelijk dat de verkoper niet is gebonden aan alles wat niet uitdrukkelijk is opgenomen in de representations en warranties. Een dergelijke uitputtende regeling werkt *a contrario* dus als een impliciete exoneration.⁷⁶ De verkoper draagt het risico voor de eigenschappen die in het contract als representations en warranties zijn vastgelegd. Voor het overige zal het risico in beginsel bij de koper liggen.

e. Terug naar de casus

Had Swinton bij de contractonderhandelingen gevraagd om een representation en warranty dat het huis termieten vrij is, dan had de verkoper niet langer zonder consequenties kunnen zwijgen. Hij was dan uitgelokt om te verklaren dat er sprake was van een termietenplaag. De verkoper kon immers een dergelijke representation en warranty niet zonder consequenties geven, omdat hij wist van de termietenplaag. Had de verkoper, ondanks deze kennis, toch de representation en warranty gegeven, dan had Swinton bij de ontdekking van de plaag een vordering uit misrepresentation én breach of warranty gehad. Swinton had dan recht op ontbinding van de overeenkomst en op vergoeding van de schade die hij door de schending had geleden.

7. Nederlands recht, zonder representations & warranties

Voordat ik in paragraaf 8 toekom aan de vraag hoe de Anglo-Amerikaanse betekenis van representations en

warranties ingepast kan worden in de Nederlandse juridische context, bespreek ik in deze paragraaf eerst wat die context is.

a. Precontractuele redelijkheid en billijkheid

In het Nederlands recht is de redelijkheid en billijkheid een belangrijke gedragsnorm in de precontractuele fase. Hieruit vloeit een mededelingsplicht voor de koper voort. De Hoge Raad heeft een prioriteitsregel geformuleerd waarbij de mededelingsplicht prevaleert boven de onderzoeksplicht.⁷⁷ Voldoet een verkoper niet aan zijn mededelingsplicht, dan kan de koper onder andere een beroep doen op dwaling.⁷⁸ In het Anglo-Amerikaans recht is een beroep op dwaling in beginsel alleen mogelijk ingeval de verkoper actief de koper op het onjuiste been zet. In het Nederlands recht kan de koper ook een beroep doen op dwaling indien de verkoper zwijgt terwijl hij de koper had moeten informeren om te voorkomen dat de koper uitgaat van een verkeerde voorstelling van zaken (art. 6:228 lid 1 sub b van het Burgerlijk Wetboek (BW)). In het algemeen zal in het Nederlands recht een verkoper daarom vaker een mededelingsplicht hebben dan in het Anglo-Amerikaans recht.

b. Redelijkheid en billijkheid als aanvullende rechtsbron

De rol van de tekst van de schriftelijke overeenkomst bij het vaststellen van de verbintenis tot welke partijen zich hebben verbonden, is in het Nederlands recht minder vaak doorslaggevend dan in het Anglo-Amerikaans recht.⁷⁹ Het Nederlands recht kent bijvoorbeeld geen *parol evidence rule*, zodat een overeenkomst ook rechtsgevolgen kan hebben die volgen uit verklaringen en beloftes in de precontractuele fase die niet uitdrukkelijk in de schriftelijke overeenkomst zijn opgenomen.⁸⁰ De overeenkomst kan bovendien ook rechtsgevolgen hebben die niet voortvloeien uit een verklaring van een van de partijen, maar die voortvloeien uit de gewoonte of de eisen van de redelijkheid en billijkheid.⁸¹ De eisen van redelijkheid en billijkheid en de gewoonte kunnen een aanvullende rechtsbron vormen.⁸² De koper mag niet alleen bepaalde eigenschappen van het goed verwachten die in de tekst van de overeenkomst zijn opgenomen of waarover de verkoper verklaringen heeft gedaan in de precontractuele fase, maar zelfs ook eigenschappen waarover de verkoper überhaupt geen verklaringen heeft gedaan.

141

74. Cartwright 2007, p. 220 e.v.

75. Hoewel in de rechtspraak en literatuur verschillende opvattingen bestaan over de bewijskracht van een *entire agreement* clause, en het boilerplate-beding niet door iedereen als *conclusive* wordt gezien, zal het doorgaans wel van groot belang zijn het vaststellen van de bedoeling van partijen. Zie Farnsworth 2004, par. 7.3; Perillo 1993, par. 25.8.

76. Cordero-Moss 2014, p. 106; Stark 2003, p. 232.

77. Zie HR 30 november 1973, NJ 1974/97 (*Van der Beek/Van Dartel*); HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2884, NJB 2017/18; Jansen 2012, par. 3.6.17.

78. Vgl. art. 6:228 lid 1 sub a BW, ook wel de waarheidsplicht genoemd. K.J.O. Jansen 2012, p. 167.

79. Zie voor de mogelijkheden om de rol van de tekst in het Nederlands recht contractueel te vergroten: H.N. Schelhaas, *Pacta sunt servanda* bij commerciële contractanten, over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten, NTBR 2008/4.

80. Mededelingen in de precontractuele fase vullen bijv. in belangrijke mate de verwachtingen van de koper in en zijn daardoor van groot belang bij het vaststellen of aan de conformiteitseis is voldaan (art. 7:17 BW).

81. Vgl. art. 6:248 lid 1 BW.

82. H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid*, Mon. BW nr. A5, Deventer: Kluwer 2017, p. 6.

c. Terug naar de casus

Zou de vordering van Swinton bij een overeenkomst naar Nederlands recht en zonder representations en warranties kans van slagen hebben gehad? Ik meen van wel. Zo zou een beroep op dwaling een goede kans van slagen hebben, omdat de verkoper zweeg terwijl hij Swinton had moeten informeren om te voorkomen dat hij uitging van een verkeerde voorstelling van zaken (art. 6:228 lid 1 sub b BW). Volgens de Hoge Raad strekt de mededelingsplicht er ook toe om een onvoorzichtige koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling, veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens.⁸³ Swinton zal dan nog wel moeten bewijzen dat hij bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet (onder dezelfde voorwaarden) zou hebben gesloten en de verkoper hiervan op de hoogte was. Mogelijk kan Swinton ook kiezen voor de route van tekortkoming in de nakoming (over de boeg van non-conformiteit) en een vordering instellen voor vergoeding van schade.⁸⁴ In dat geval moet hij bewijzen dat de verbintenis van de verkoper mede omvatte het leveren van een huis dat termietenvrij was, althans dat de aanwezigheid van termieten aan normaal gebruik van het huis in de weg staat in de zin van artikel 7:17 BW.

8. Nederlands recht, met representations en warranties

In het restant van deze bijdrage bespreek ik hoe een representations en warranties-beding dat is opgenomen in een contract naar Nederlands recht, moet worden uitgelegd aan de hand van de Anglo-Amerikaanse betekenis.

a. Dwaling

In het Anglo-Amerikaans recht kan de koper bij een schending van een representations en warranties-beding doorgaans een beroep doen op misrepresentation, omdat sprake is van een onjuiste inlichting van de verkoper op basis waarvan de koper mede is overgegaan tot het sluiten van de overeenkomst. Kortom, er is sprake van een onjuiste representation.

Vertaald naar de Nederlandse context, meen ik dat het representations en warranties-beding in beginsel zo moet worden uitgelegd dat de verkoper met de representations en warranties een belangrijke inlichting doet over het object van de koop zonder welke de koper de overeenkomst niet onder dezelfde voorwaarden zou sluiten. Tenzij de koper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wist dat de inlichting niet correct was, staat bij een schending van het representations en war-

ranties-beding vast dat: (1) er sprake is van een onjuiste voorstelling van zaken; (2) bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten en de verkoper hiervan op de hoogte was; en (3) de onjuiste voorstelling van zaken te wijten is aan een onjuiste inlichting van de verkoper.

Kortom, met de schending staat vast dat aan de vereisten van artikel 6:228 lid 1 sub a BW is voldaan.

Of de koper wegens dwaling de overeenkomst kan vernietigen (of op grond van art. 6:230 lid 2 BW de rechter kan vragen de overeenkomst te wijzigen), hangt af van de vraag of ook aan de overige vereisten van artikel 6:228 BW is voldaan. Zo kan op grond van artikel 6:228 lid 2 BW de vernietiging niet worden gegrond op een dwaling die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Ik meen dat hiervan slechts bij hoge uitzondering sprake kan zijn, omdat contractanten met een representations en warranties-beding een expliciete risicoverdeling maken en het risico in beginsel bij de verkoper leggen. Het uitgangspunt moet daarom zijn dat bij een schending van een representations en warranties-beding, de koper een beroep kan doen op de wettelijke remedies wegens dwaling. Bij verhoudingsgewijs 'kleine' dwalingen⁸⁵ zal de mogelijkheid van een aanpassing van de overeenkomst ex artikel 6:230 BW (bijvoorbeeld in de vorm van prijsvermindering) echter tot het oordeel kunnen voeren dat de dwalende naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid het zware wapen van een vernietiging niet kan hanteren (art. 6:248 lid 2 BW).⁸⁶

Met name bij bedrijfsovername-overeenkomsten sluiten contractanten bovendien vaak het recht uit om een beroep te doen op vernietiging bij dwaling.⁸⁷ In dat geval is bij een schending van een representations en warranties-beding een beroep op vernietiging wegens dwaling niet meer mogelijk. Over de vraag of in dat geval een beroep op wijziging van de overeenkomst ex artikel 6:230 BW nog mogelijk is, verschillen de meningen en zal het bovendien afhangen van de precieze formulering van de contractuele uitsluiting van de dwaling.⁸⁸

83. HR 10 april 1998, NJ 1998/666 (*Offringa / Vinck en Van Rosberg*). Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/230.

84. Hij zal moeten kiezen tussen een beroep op dwaling of wanprestatie. Zie HR 11 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3765 (*Vano/FBS*).

85. Bijv. indien het gaat om paginalange lijsten met representations en warranties waarbij er sprake is van een schending van een representation en warranty ten aanzien van een ondergeschikte, niet-materiële eigenschap.

86. Asser/Hijma 7-I* 2013/248; J. Hijma, GS Verbintenissenrecht, art. 6:228 BW, aant. 1.4.7.

87. C.E. du Perron & T.H.M. van Wechem, Het uitsluiten van het beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptabele of onacceptabele boilerplate?, *VrA* 2004/1.

88. Zie HR 08 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068 (*Holle Bolle Gijs, IJsseloevers/De Jong*); NAI 31 juli 2003 en 28 februari 2005, *TvA* 2006/4. Zie ook: M.B. Krestin, Is er bij uitsluiting van een beroep op vernietiging wegens dwaling in overnamecontracten nog ruimte voor wijziging ex artikel 6:230 BW?, *V&O* 2010/7-8.

b. Wanprestatie

In het Anglo-Amerikaans recht kan de koper bij een schending van een representations en warranties-beding doorgaans ook een beroep doen op breach of contract, omdat er sprake is van schending van een contractuele verbintenis (een warranty) die inhoudt dat de inlichting (de representation) over een bepaalde eigenschap correct is. Zoals gezegd, is in het Anglo-Amerikaans recht in beginsel sprake van strict liability en hebben de overmachtsverweren impossibility en impracticability een zeer beperkt toepassingsbereik. Een warranty wijst er bovendien op dat partijen impliciet afstand hebben gedaan van een mogelijk beroep op deze verweren.

Vertaald naar de Nederlandse context, meen ik dat het representations en warranties-beding in beginsel zo moet worden uitgelegd dat de verkoper met de representations en warranties een contractuele verbintenis op zich heeft genomen dat de in het representations en warranties-beding opgenomen inlichting correct is. Bij een schending staat de tekortkoming in de nakoming van de verbintenis vast en komt de tekortkoming krachtens rechtshandeling voor rekening van de verkoper (art. 6:75 BW). Op grond van artikel 6:74 BW is de verkoper dan verplicht de schade die de koper daardoor lijdt te vergoeden.

Een representation en warranty kan de koper eveneens helpen bij de bewijsvoering dat sprake is van non-conformiteit (art. 7:17 BW), omdat de representation en warranty een belangrijke inlichting is over het onderwerp van de koop en daarmee mede het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper bepaalt. De route via non-conformiteit lijkt echter een ‘omweg’ indien bij een schending van een representation en warranty wanprestatie reeds vaststaat, en daarmee het recht op schadevergoeding.⁸⁹ Bovendien is bij overnameovereenkomsten de kooptitel vaak uitgesloten, zodat in die gevallen een beroep op artikel 7:17 BW in ieder geval niet aan de orde is.

De hiervoor beschreven rechtsgevolgen van een representations en warranties-beding bij een uitleg op basis van de Anglo-Amerikaanse betekenis worden in de Nederlandse literatuur met enige regelmaat, maar niet altijd, ook aan garanties verbonden.⁹⁰ Dat laat zien dat een representations en warranties-beding sterk verwant is aan een garantie. Zoals gezegd, is echter het begrip garantie diffuus en bestaan er in het Nederlands recht over de positie en uitleg van garanties nog veel onduidelijkheden. Ondanks de verwantschap tussen beide praktijkfiguren meen ik daarom dat een uitleg van een representations en warranties-beding door een verwijzing naar het begrip ‘garanties’ te weinig duidelijkheid brengt. Aangezien de betekenis van garantie in het

Nederlands recht onduidelijk is, haal je bij een uitleg van een representations en warranties-beding door een verwijzing naar de garantie diezelfde onduidelijkheid binnen. Een uitleg op basis van het Anglo-Amerikaans recht geeft meer houvast omdat het een helder aanknopingspunt biedt, namelijk het op dit punt meer uitgekristalliseerde Anglo-Amerikaans recht.

c. Uitputtende invulling

In het Anglo-Amerikaans recht kunnen representations en warranties een allesomvattende en uitputtende invulling geven aan de verbintenis van de verkoper. Zoals hiervoor beschreven werkt een dergelijke uitputtende regeling *a contrario* als een impliciete exoneration. De verkoper draagt het risico voor de eigenschappen die in het contract als representations en warranties zijn vastgelegd. Voor het overige zal het risico in beginsel bij de koper liggen. Ik kan mij voorstellen dat een representations en warranties-beding onder omstandigheden naar Nederlands recht op dezelfde manier wordt uitgelegd.⁹¹ Dit zal met name het geval zijn indien professionele partijen met juridische bijstand over een uitgebreide lijst representations en warranties hebben onderhandeld en zij een entire agreement-beding in de overeenkomst hebben opgenomen als uiting van het feit dat zij met deze overeenkomst een allesomvattende overeenkomst voor ogen hadden. Een beroep van de koper op dwaling of wanprestatie wegens het ontbreken van een eigenschap die niet in de representations en warranties is opgenomen, zal dan in beginsel niet moeten slagen.

Ten eerste betekent dit dat de rechter onder deze omstandigheden bij de uitleg van de overeenkomst grote terughoudendheid moet betrachten bij het in de overeenkomst lezen van een niet in de schriftelijke overeenkomst *uitdrukkelijk* opgenomen verbintenis.

Ten tweede betekent dit mijns inziens dat een (nog grotere) terughoudendheid moet worden betracht bij een eventuele toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Hoewel het volledig uitsluiten (‘wegcontracteren’) van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid niet mogelijk is, kunnen contractanten wel de reikwijdte ervan sterk beperken.⁹² Een beroep op artikel 6:248 lid 1 BW komt immers slechts ter sprake indien de afspraken van partijen een leemte bevatten. Of een zodanige leemte aanwezig is, moet door uitleg van de overeenkomst worden vastgesteld.⁹³ Bij een uitonderhandelde commerciële overeenkomst met een uitgebreide lijst representations en warranties en een entire agreement-beding zal voor aanvulling van de partijafpraak op grond van andere bronnen, zoals de redelijkheid en billijkheid, maar heel beperkt ruimte overblijven.

89. Wel kent de kooptitel eigen remedies, waaronder het recht op vervanging of herstel van de afgeleverde zaak bij non-conformiteit. Zie art. 7:21 BW.

90. Van Rossum & Kuypers 2015, p. 114-115, 143-144; Raaijmakers 2002, p. 171 e.v.; H.W. Heyman & S.E. Bartels, Vastgoedtransacties, Koop, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 324 e.v.

91. Zie bijv. Rb. Rotterdam 21 september 2011, RCR 2011/99, r.o. 4.20.

92. Schelhaas 2017, p. 65.

93. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/403.

d. Terug naar de casus

Verkoop van onroerend goed aan particulieren, zoals Swinton, gaat in Nederland doorgaans op basis van de standaard NVM-akte, een modelovereenkomst. Voor die situatie heeft deze bijdrage weinig relevantie. Niet alleen omdat het een Nederlandstalig contract met een particulier betreft, maar ook omdat de objectieve partijbedoeling tot op grote hoogte is vastgelegd in de bijbehorende officiële toelichting.⁹⁴ Ik wijzig de casus daarom naar een vastgoedtransactie tussen twee professionele partijen, bijgestaan door juristen die niet het NVM-model maar een Anglo-Amerikaans contractmodel als uitgangspunt nemen voor het opstellen van een Engels-talig contract met daarin representations en warranties ten aanzien van het termietenvrij zijn van het gebouw. Blijkt er sprake van een termietenplaag, en dus van een schending van de representations en warranties, dan vergemakkelijkt dat een beroep van Swinton op zowel dwaling als wanprestatie. Met de schending staat vast dat aan de vereisten van artikel 6:228 lid 1 sub a BW is voldaan, zodat voor Swinton een grote stap in de juiste richting is gezet om de vernietiging van de overeenkomst te vorderen wegens dwaling. Ook staat met de schending de tekortkoming in de nakoming van de verbintenis vast en komt de tekortkoming krachtens rechtshandeling voor rekening van de verkoper, zodat Swinton recht heeft op schadevergoeding wegens wanprestatie, zonder dat hij apart hoeft te bewijzen dat het termietenvrij zijn van het huis onderdeel uitmaakte van de verbintenis van de verkoper.

9. Slotbeschouwing

De Nederlandse juridische context met leerstukken als de (precontractuele) redelijkheid en billijkheid en de hieruit voortvloeiende mededelingsplicht verschilt sterk van de Anglo-Amerikaanse. Toch kan een representations en warranties-beding in het Nederlands recht een functie hebben die vergelijkbaar is met de functie die het beding heeft in Anglo-Amerikaans recht, zoals hiervoor beschreven in paragraaf 6d.

In de eerste plaats kan een representations en warranties-beding, evenals in het Anglo-Amerikaans recht, helpen bij het *uitlokken van verklaringen* van de verkoper over het object van de koop. Hoewel het Nederlands recht een mededelingsplicht kent, vallen onder deze mededelingsplicht immers alleen de gebreken waarvan de verkoper moet begrijpen dat zij voor de koper van wezenlijk belang zijn bij zijn aankoopbeslissing.⁹⁵ Door het opnemen van representation en warranties kan de koper contractueel vastleggen welke eigenschappen in

ieder geval voor hem van wezenlijk belang zijn en waarover de verkoper dan in ieder geval moet mededelen.

In de tweede plaats helpt een representations en warranties-beding bij het *vastleggen van deze precontractuele verklaringen* in de overeenkomst. In het Nederlands recht maken precontractuele verklaringen in beginsel ook onderdeel uit van de overeenkomst. Toch hebben representations en warranties een toegevoegde waarde, omdat zij de bewijspositie van de koper verbeteren. Wil de koper een beroep doen op een precontractuele verklaring van de verkoper, dan is die verklaring – en de (precieze) inhoud daarvan – veel makkelijker te bewijzen wanneer ze in de schriftelijke overeenkomst is opgenomen dan wanneer ze moet blijken uit bijvoorbeeld gespreksverslagen of e-mails of – nog lastiger – uit getuigenverklaringen over mondelinge mededelingen. Bovendien leggen contractanten met een representations en warranties-beding contractueel vast dat deze verklaringen zo belangrijk zijn dat de koper de overeenkomst niet (onder dezelfde voorwaarden) zou hebben gesloten zonder deze verklaringen. Dat vergemakkelijkt de bewijspositie van de koper bij een eventueel beroep op bijvoorbeeld dwaling indien die verklaringen niet correct blijken.

Ten slotte is een representations en warranties-beding, evenals in het Anglo-Amerikaans recht, ook in het Nederlands recht een instrument voor contractanten om *risico te verdelen*. Indien het beding zo wordt uitgelegd dat bij een schending van de representations en warranties de tekortkoming krachtens rechtshandeling voor rekening van de verkoper komt, hebben partijen contractueel het risico bij overmachtssituaties bij de verkoper gelegd.

Deze bijdrage laat daarom niet alleen zien wat de rechtsgevolgen van een representations en warranties-beding zijn indien dit wordt uitgelegd met de Anglo-Amerikaanse betekenis als zwaarwegend gezichtspunt. Het laat ook zien dat bij deze uitleg het beding goed is in te passen in de Nederlandse context en een nuttig instrument is voor contractanten bij het vormgeven en vastleggen van hun contractuele rechtsverhouding. Zoals gezegd, gaat het hier om ‘in beginsel volgens de Anglo-Amerikaanse betekenis uitleg’. Het staat contractanten vrij een andere betekenis te geven aan een representations en warranties-beding, bijvoorbeeld door in de overeenkomst expliciet uit te schrijven welke rechtsgevolgen het representations en warranties-beding in hun overeenkomst heeft. Bovendien kunnen partijen, zelfs indien zij de rechtsgevolgen van het representations en warranties-beding niet expliciet in hun overeenkomst hebben opgenomen, bewijs aandragen dat zij een van het Anglo-Amerikaans recht afwijkende betekenis voor ogen hadden toen zij het beding in hun overeenkomst opnamen.

94. Uit de tekst van de akte en de toelichting blijkt dat de systematiek die de NVM kiest, lijkt op het Anglo-Amerikaans recht doordat eerst alle verwachtingen van de koper worden getemperd en dan een aantal specifieke eigenschappen wordt toegezegd, waaronder ten aanzien van de geschiktheid als woning.

95. Heyman & Bartels 2012, p. 301.