

## **EEN NEDERLANDSE CLIËNT MET EEN AMERIKAANSE DROOM**

### ***Valkuilen voor een Nederlandse advocaat***

*Mr. J.J.H. (Jan) Joosten en Mr. C.C. (Christine) Lamsvelt*

De Verenigde Staten oefenen een grote aantrekkingskracht uit op Nederlandse bedrijven. Dit geldt niet alleen voor grote multinationals, maar ook voor middelgrote en kleine bedrijven. Het internet en de relatief lage telecommunicatie- en reiskosten hebben er voor gezorgd dat de grootste economie ter wereld voor veel Nederlandse bedrijven binnen bereik is gekomen.

Veel Nederlandse bedrijven met een Amerikaanse droom wenden zich voor juridisch advies in eerste instantie tot hun Nederlandse huisadvocaat. Dit creëert een dilemma voor de Nederlandse advocaat. Het Nederlandse recht beheerst hij natuurlijk goed, maar veel kennis van het Amerikaanse recht (of van *common law* rechtstelsels in het algemeen) heeft hij meestal niet.

Het doel van dit artikel is om in kort bestek een aantal valkuilen uit de praktijk te bespreken. Met deze kennis kan de Nederlandse advocaat zijn client hopelijk behoeden voor een aantal veel voorkomende misstappen. In dit korte artikel gaan de auteurs met zevenmijlslaarzen door een groot en complex rechtsgebied. Om deze reden ontbreken soms bepaalde nuanceringen, hetgeen de lezer de auteurs hopelijk zal vergeven.

#### **› Rechtskeuze en forumkeuze**

De eerste juridische discussiepunten met een Amerikaanse contractspartij zijn vaak de rechtskeuze en de forumkeuze. Partijen kiezen vaak het liefst voor het recht en de rechter van hun eigen land. De Nederlandse partij voelt zich vertrouwd met het Nederlandse recht en de Nederlandse rechter. Maar de Amerikaanse partij wil precies het tegenovergestelde. Beide partijen zijn uit op een *home court advantage*. Als voordeel van procederen bij de eigen rechter wordt vaak aangevoerd dat men de kosten van procederen in het buitenland bespaart.

In de praktijk wordt het pleit vaak beslecht in het voordeel van de economisch sterkere partij. Vaak is dat de Amerikaanse partij. Denk bijvoorbeeld aan een Amerikaanse afnemer van diensten of goederen van een Nederlands bedrijf. Als je je spullen aan een Amerikaan wil verkopen, zal je je vaak naar zijn wensen moeten schikken.

Een interessante vraag is of een Nederlands bedrijf wel zoveel beter af is met een keuze voor de Nederlandse rechter. Natuurlijk heeft hij dan een vertrouwde rechter en wellicht een *home court advantage*, maar de Nederlandse rechtsgang resulteert in een Nederlands vonnis. En dat moet vervolgens ten uitvoer worden gelegd in de Verenigde Staten. Het probleem hierbij is dat er geen verdrag bestaat tussen Nederland

en de VS omtrent erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen.

Wel geldt er in de meeste deelstaten van de VS een wet op grond waarvan buitenlandse vonnissen strekkende tot betaling van een geldsom in beginsel worden tenuitvoergelegd, de zogenaamde *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act*. In de praktijk blijkt deze procedure echter complexer te zijn dan men als Nederlandse advocaat wellicht zou verwachten. Een andere complicatie is dat deze wet slechts betrekking heeft op vonnissen tot het betalen van een geldsommen. De wet is bijvoorbeeld niet van toepassing op een vonnis houdende een verbod of een gebod. In die gevallen zal de gewone lokale *exequatur* procedure gevolgd moeten worden.

Indien het contract bepaalt dat geschillen door een Amerikaanse rechter worden beslecht, heeft de Nederlandse partij het voordeel dat het vonnis redelijk eenvoudig ten uitvoer kan worden gelegd tegen zijn Amerikaanse wederpartij. Dat kan goed van pas komen in het geval van een niet-betalende Amerikaanse afnemer. En mocht de Amerikaanse afnemer een procedure aanhangig maken, dan moet deze eerst een Amerikaans vonnis bemachtigen om dat vervolgens in Nederland ten uitvoer te leggen middels de Nederlandse *exequatur* procedure.

Als nadeel van procederen in de VS wordt vaak aangevoerd dat het duur en tijdrovend kan zijn. Een belangrijke reden hiervoor is de zogenaamde *discovery* fase van een Amerikaanse juridische procedure. Gedurende deze fase zijn partijen verplicht elkaar allerlei informatie te verschaffen, zoals bijvoorbeeld interne emails. Dit kan zeer bezwarend zijn voor een partij. Anderzijds is het ook goed mogelijk dat op deze manier informatie boven water komt die in een Nederlandse procedure geheim zou zijn gebleven. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kan dit in het voordeel zijn van de Nederlandse partij.

Een ander nadeel van procederen in de VS is dat contractuele conflicten in beginsel worden voorgelegd aan een jury. In de praktijk wordt jury-rechtspraak echter bijna altijd uitgesloten door middel van een contractsbepaling.

### ➤ Arbitrage als alternatief

In de praktijk adviseren de auteurs vaak om af te spreken dat eventuele geschillen zullen worden beslecht door arbitrage, eventueel voorafgegaan door mediation. Een voordeel van arbitrage is dat zowel Nederland als de Verenigde Staten partij zijn bij het Verdrag van New York van 1958. Dit verdrag regelt erkenning en tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen. Een ander aantrekkelijk aspect van arbitrage is dat *discovery* doorgaans veel beperkter is. Hier is een voorbeeld van een arbitrageclausule die mediation en arbitrage combineert:

'(a) If any dispute arises out of or relates to this contract or the breach thereof, including any dispute involving the parent company, subsidiaries, or affiliates under common control of any party (a 'Dispute'), and if said Dispute cannot be settled through negotiation, the parties agree first to try in good faith to settle

the Dispute by mediation under the International Mediation Rules of the International Centre for Dispute Resolution (ICDR), before resorting to arbitration.

(b) Any Dispute that cannot be resolved by mediation within 30 days shall be finally resolved by arbitration administered by the ICDR under its International Arbitration Rules, and judgment upon the award rendered by the arbitrators may be entered in any court having jurisdiction. The arbitration will be conducted in the English language in the City of New York, New York, in accordance with the U.S. Federal Arbitration Act. There shall be three arbitrators, named in accordance with such rules.'

### › New Yorks recht

Het contractenrecht is in de VS op deelstaatniveau geregeld. Dit betekent dat een contract moet bepalen dat het recht van een bepaalde staat van toepassing is. Het is dus niet afdoende om te bepalen dat het contract wordt geregeerd door *U.S. law*. Er moet een keuze gemaakt worden voor een bepaalde staat.

In de praktijk kiezen partijen vaak voor het recht van de staat New York. Vaak is New York neutraal terrein. Denk bijvoorbeeld aan een contract tussen een bedrijf uit Texas en een bedrijf uit Nederland. New York is daarnaast een belangrijk commercieel centrum, waardoor er vaak al relevante jurisprudentie is. Een ander voordeel van New Yorks recht is dat het in algemeen contracten *enforces as written*. Voor een Nederlandse jurist kan dit echter ook een valkuil zijn omdat redelijkheid en billijkheid slechts een beperkte rol spelen.

### › Beperkte rol voor redelijkheid en billijkheid

In het Amerikaanse contractenrecht staat de tekst van de overeenkomst centraal. Overeenkomsten worden door de rechter doorgaans letterlijk uitgelegd. Begrippen zoals goede trouw en redelijkheid en billijkheid spelen slechts een zeer beperkte rol.

### › Four corners of the contract

De Amerikaanse *parol evidence rule* verbiedt in veel gevallen het leveren van mondeling of ander bewijs om aan te tonen dat partijen iets anders zijn overeengekomen dan het contract bepaalt. Denk bijvoorbeeld aan een emailuitwisseling tijdens de contractsonderhandelingen. De rechter en de jury nemen dit soort stukken niet mee in de interpretatie van het contract. Het enige dat geldt is hetgeen is vastgelegd binnen de *four corners of the contract*.

Het is dus erg belangrijk om de afspraken heel precies op papier te zetten. Dit is één van de redenen dat een Amerikaans contract vaak veel meer pagina's telt dan een vergelijkbaar Nederlands contract.



### › Boetebeding

In Nederlandse contracten staan vaak boetebedingen. Dit is een grote valkuil voor Nederlandse bedrijven die zaken doen in de Verenigde Staten. Naar Amerikaans recht zijn boetebedingen namelijk niet afdwingbaar. Dit is een belangrijke uitzondering op de regel dat de Amerikaanse rechter contracten *enforces as written*.

Soms bevat een Amerikaans contract wel een liquidated damages bepaling. Deze bepalingen zijn echter slechts afdwingbaar als de schade door niet-nakoming moeilijk is vast te stellen en er wel een redelijke inschatting van kan worden gemaakt. De liquidated damages bepaling mag niet het karakter van een boetebeding hebben.

### › Het Nederlandse eigendomsvoorbehoud

Een andere valkuil voor Nederlandse bedrijven is het eigendomsvoorbehoud. Veel Nederlandse bedrijven hebben een eigendomsvoorbehoud opgenomen in hun algemene voorwaarden. Naar Nederlands recht biedt het eigendomsvoorbehoud ruime bescherming aan een verkoper van goederen.

In de praktijk werkt deze Nederlandsrechtelijke figuur echter niet goed bij export naar de Verenigde Staten. In geval van een conflict eindig je vaak bij de Amerikaanse rechter, zeker als de betwiste goederen zich in de VS bevinden. De Amerikaanse rechter zal zijn analyse waarschijnlijk beginnen bij Uniform Commercial Code (de UCC). Dit is een modelwet waarvan elke Amerikaanse deelstaat haar eigen versie van heeft aangenomen. Artikel 2-401(1) van de UCC bepaalt dat '*[a]ny retention or reservation by the seller of the title (property) in goods shipped or delivered to the buyer is limited in effect to a reservation of a security interest.*' Het Nederlandse eigendomsvoorbehoud wordt dus gezien als een zekerheidsrecht onder de UCC. Het probleem is het zekerheidsrecht pas geldt tegen derden als het op een voorgeschreven manier bekend is gemaakt aan de buitenwereld. Dit gebeurt doorgaans door middel van het inschrijven van het zekerheidsrecht in het daarvoor bestemde openbare register (een UCC-filing). Dit is een eenvoudig (en goedkoop) proces. Helaas doen veel Nederlandse bedrijven uit onwetendheid deze filing niet.

### › Stuitingsbriefje is niet genoeg

Een Nederlands bedrijf dat overweegt te procederen tegen een Amerikaanse wederpartij dient zich te behoeden voor de toepasselijke Amerikaanse verjaringstermijn. Naar Nederlands recht kan de verjaring van een rechtsvordering op eenvoudige wijze worden gestuit door middel van een stuitingsbrief gericht aan de tegenpartij waarin de schuldeiser zijn recht op nakoming voorbehoudt, art. 3:317 BW. In de VS is vereist dat de claim daadwerkelijk wordt ingesteld (tenzij partijen anderszins overeenkomen, bijvoorbeeld in een *tolling agreement*). Het versturen van een stuitingsbriefje is dus niet afdoende.

### › Een Amerikaans merk moet je gebruiken

Een registratie van een handelsmerk bij het *U.S. Patent and Trademark Office* geldt in beginsel voor tien jaar. Deze termijn kan elke tien jaar verlengd worden zolang het merk gebruikt wordt voor hetzelfde goed of dezelfde dienst waarvoor het in eerste instantie geregistreerd is. Een belangrijk verschil met Nederland is de manier waarop het handelsmerk verloren kan gaan. In de VS kan de merkhouders zijn rechten kwijtraken als het merk niet daadwerkelijk wordt gebruikt. De gedachte hierachter is dat het merkenrecht alleen die merken dient te beschermen die daadwerkelijk in gebruik zijn en dient te voorkomen dat partijen een groot aantal merken registreren als een soort reserve. In beginsel geldt dat de merkhouders het recht kan kwijtraken nadat het gedurende drie opeenvolgende jaren niet is gebruikt. In Nederland is een enkele registratie voldoende om het merk te behouden. In de VS zal er echter actief gebruik van moeten worden gemaakt.

### › Caveat Emptor!

Waar het Nederlandse recht een balans probeert te vinden tussen de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper, geldt in de Verenigde Staten het adagium *caveat emptor!* (de koper zij op zijn hoede!). Een koper is belast met het doen van het nodige onderzoek om informatie te krijgen. Er ligt in principe geen verplichting op de verkoper om uit eigen beweging informatie te verstrekken. Dit levert voor de koper nogal een groot risico op. Er zijn twee elkaar aanvullende methoden om hiermee om te gaan. Ten eerste is het van belang een grondig *due diligence* onderzoek te verrichten voorafgaand aan een koop. Ten tweede zal de koper contractuele bescherming bedingen door middel van garanties (zgn. *representations and warranties*; soms verkeerd vertaald als *guarantees*).

### › Productaansprakelijkheid

Amerikaanse productaansprakelijkheid wordt vaak gezien als een belemmering voor het toetreden tot de Amerikaanse markt. Dit hoeft echter niet zo te zijn. Een onderneming kan stappen zetten om aansprakelijkheidsrisico's zo veel mogelijk te verminderen. Ten eerste is het van belang voldoende waarschuwingen op het product te hebben. Zulke waarschuwingen zijn overal te zien in de VS. Een bekend voorbeeld hiervan is dat op elk papieren koffiebekertje een waarschuwing '*caution: contents hot*' staat. Daarnaast moet het ontwerp goed zijn en moet het productieproces zorgvuldig worden gecontroleerd. Tot slot is het van cruciaal belang om een goede aansprakelijkheidsverzekering te hebben. Een aandachtspunt is hierbij dat veel Nederlandse verzekeringspolissen met zogenaamde 'wereldwijde dekking' de Verenigde Staten expliciet uitsluiten.

### › Extraterritoriale werking van Amerikaanse regels: FCPA en sanctieregels

Er zijn nogal wat Amerikaanse regels die een extraterritoriale werking hebben. Een voorbeeld dat momenteel veel in de actualiteit is, is de *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Deze wet verbiedt het omkopen van ambtenaren. De wet heeft een verreikende werking. De FCPA kan bijvoorbeeld van toepassing worden op een Nederlands concern als het een Amerikaanse dochtervennootschap opricht. Een ander aandachtsgebied is de Amerikaanse sanctieregeling. Denk bijvoorbeeld aan de sancties tegen Iran en Cuba.

Het belang van strikte naleving van de regels moet echter niet onderschat worden. De Amerikaanse autoriteiten hebben een actief vervolgingsbeleid, waarbij het vizier de laatste jaren vaak gericht is op niet-Amerikaanse bedrijven.

### › Melding substantiële deelnemingen

Een valkuil voor Nederlandse beleggers is gelegen in het Amerikaanse regels met betrekking tot substantiële deelnemingen. Deze regels zijn namelijk van toepassing op alle beleggers in bedrijven met een Amerikaanse beursnotering, dus bijvoorbeeld ook op een Nederlandse belegger in een Nederlands bedrijf met een beursnotering op Nasdaq. De regels zijn van toepassing zodra een direct of indirect belang van meer dan 5% van eenzelfde klasse aandelen wordt verkregen. Een dergelijke transactie moet worden gemeld bij de *Securities and Exchange Commission* middels een formulier 13D of 13G, afhankelijk van de achterliggende motieven van de koper.

### › Discovery voor Nederlandse procedures

Hierboven behandelden we al kort de rol van *discovery* in het Amerikaanse procesrecht. Door middel van *discovery* kan een wederpartij documenten en ander bewijs boven water krijgen. Een interessant aspect voor Nederlandse advocaten is dat Amerikaanse *discovery* ook beschikbaar is voor procedures in Nederland op grond van Section 1782 van Title 28 van de United States Code. Hiermee kan een Nederlandse partij in de VS documenten en getuigenverklaringen verkrijgen die men met het Nederlandse procesrecht wellicht niet in handen zou kunnen krijgen. Het verkregen bewijs kan vervolgens gebruikt worden in de Nederlandse procedure. Dit kan een buitengewoon handig middel zijn.





Jonge Balie Congres 2012

**ONBEGRENSEDE MOGELIJKHEDEN**



## **EEN NEDERLANDSE CLIËNT MET EEN AMERIKAANSE DROOM**

*Valkuilen voor een Nederlandse  
advocaat*



### **Mr. J.J.H. (Jan) Joosten**

*Jan Joosten is een corporate partner bij Hughes Hubbard & Reed LLP, een gerenommeerd Amerikaans advocatenkantoor. Vanuit New York helpt Jan Joosten al 15 jaar Nederlandse bedrijven die zaken doen in de Verenigde Staten. Jan heeft zowel in Nederland (in Leiden) als in de Verenigde Staten (aan Harvard) rechten gestudeerd. Hij is lid van de New York bar. Daarnaast is Jan co-auteur van Legal Aspects of Doing Business in the United States for Dutch Companies en U.S. Securities Regulation – a Guidebook for International Companies, alsmede van verschillende wetenschappelijke artikelen.*



### **Mr. C.C. (Christine) Lamsvelt**

*Christine C. Lamsvelt is een corporate associate bij Hughes Hubbard & Reed LLP. Christine heeft zowel in Nederland (aan de Universiteit van Amsterdam) als in de Verenigde Staten (aan Columbia Law School) rechten gestudeerd. Zij is lid van de New York bar. Christine is co-auteur van Legal Aspects of Doing Business in the United States for Dutch Companies.*