

## Contractenrecht voor luilakken

Wie de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad de afgelopen decennia heeft bijgehouden zal het zijn opgevallen: waar in de jaren 60, 70 en 80 (van de vorige eeuw) de Hoge Raad met enige regelmaat arresten wees over verkeersaansprakelijkheid komt dat sinds begin jaren 90 niet meer voor. In een aantal arresten van die tijd, bekend onder de namen van de vaak jonge vrouwelijke verkeersslachtoffers als Ingrid Kolkman, Marbeth van Uitregt, Anja Kellenaers en Marloes de Vos, heeft de Hoge Raad strakke en heldere regels gegeven wanneer een automobilist aansprakelijk is. De automobilist is voor verkeersslachtoffers onder de 14 jaar in de regel altijd aansprakelijk en voor slachtoffers boven de 14 jaar voor ten minste 50%.<sup>1</sup> Is het door de Hoge Raad gecreëerde systeem genuanceerd en altijd even redelijk? Nee, beslist niet. De Hoge Raad heeft ‘hard and fast rules’ gegeven en de omstandigheden van het concrete geval zijn naar de marge verdreven. Maar de betrokkenen bij een verkeersongeval zijn wel geholpen met de botte bijl die de Hoge Raad heeft gehanteerd. De schaderegelspraktijk heeft de heldere lijnen van de rechtspraak van de Hoge Raad omarmd en juridische procedures over de aansprakelijkheidsvraag komen eigenlijk niet meer voor. Slachtoffers en daders, hun verzekeraars en het juridisch apparaat worden aldus de hoge kosten bespaard – en waar het de slachtoffers betreft worden hun ook de emoties bespaard – die gepaard gaan met het bepalen of de automobilist al dan niet aansprakelijk is.

In het contractenrecht zijn de oordelen van de Hoge Raad meer genuanceerd en zijn de omstandigheden van het concrete geval nog altijd leidend. Wel is het toe te juichen dat de Hoge Raad op het terrein van het commerciële contractenrecht aangeeft dat aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen niet spoedig moet worden aanvaard, dat aan een grammaticale uitleg van een zorgvuldig tot stand gekomen commercieel contract veel gewicht toekomt en dat een beroep op een vrijelijk overeengekomen contractsbeding niet spoedig naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Maar uiteindelijk is naar Nederlands contractenrecht doorslaggevend wat redelijk is in de bijzondere omstandigheden van het individuele geval. Nederlands contractenrecht creëert aldus luie contractanten, omdat wet en rechter, als het erop aankomt, altijd redding bieden. Heb je een koopcontract niet uitgeschreven? Het Burgerlijk Wetboek (de kooptitel en de bepalingen over rechtshandelingen, verbintenissen en overeenkomsten) en de redelijkheid en

billijkheid vullen de rechtsverhouding automatisch aan met aanvullend recht. Heb je – bewust – een contractsbeding een beetje vaag opgeschreven? De redelijke Haviltex-uitleg zal je redden. Ben je een nadelig beding overeengekomen? Wie weet kun je eronderuit als een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Hoe anders is dat naar Engels contractenrecht. Het Engelse contractenrecht is er niet voor de teerhartigen. ‘Business certainty’ en ‘hard and fast rules’ voeren de boventoon. Recente uitspraken van het Engelse Supreme Court getuigen daar van. De hardheid en onvolmaaktheid van het Engelse contractenrecht dwingt partijen het contractenrecht in eigen hand te nemen. Partijen die dat niet doen zijn aan het wilde beest van de ‘common law’ en zijn bijpassende rechters overgeleverd. Wie zijn contracten niet volledig en helder uitschrijft, heeft pech. Er is geen Burgerlijk Wetboek met aanvullend recht en geen ruimhartige toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Een ruimere toepassing van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (‘implied terms’) is onlangs door het Supreme Court van de hand gewezen. Voor het aanvaarden van een ‘implied term’ blijft vereist dat een dergelijk beding vanzelfsprekend (‘obvious’) of absoluut noodzakelijk is om een contract te laten werken (‘necessary to give business efficacy’) en er een omissie in het contract zit, wat bij commerciële contracten niet spoedig wordt aanvaard.<sup>2</sup> De zwaluw van *Yam Seng* (2013), waarin een rechter in eerste aanleg oordeelde dat ‘the traditional English hostility towards a doctrine of good faith in the performance of contracts (...) is misplaced’, is gevolgd door evenzoveel uitspraken waarin de reikwijdte van die uitspraak is beperkt of betwist.<sup>3</sup> Kortom, de rechten en verplichtingen van partijen moeten worden uitgespeeld in het contract anders zijn zij er niet. Bij de uitleg van contracten staat de grammaticale uitleg nog steeds fier voorop. ‘A court should be very slow to reject the natural meaning of a provision (...)’<sup>4</sup> Waar partijen weten dat een contract grammaticaal wordt uitgelegd, zullen zij meer tijd en moeite steken in het formuleren van de contractsbedingen. Het Supreme Court is, ondanks recent aandringen, ook niet teruggekomen van zijn rechtspraak dat een boetebeding naar Engels recht nietig is.<sup>5</sup> In plaats van de oude geldigheidsmaatstaf, waarbij het onderscheid tussen een nietig boetebeding (‘penalty clause’) en een geldige ‘liqui-

1. Zie kort T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid* (Serie Recht en Praktijk, deel 79), Deventer: Kluwer 1999 (2e druk), p. 123 e.v.

2. Zie Supreme Court 2 december 2015 *Marks and Spencer v. BNP Paribas* [2015] UKSC 72.

3. Zie mijn artikel ‘Op de golven van de goede trouw naar Engels contractenrecht’, *RMThemis* 2015, afl. 5, p. 208 e.v.

4. Zie recent Supreme Court 10 juni 2015 *Arnold v. Britton* [2015] UKSC 36 (par. 20).

5. Zie Supreme Court 4 november 2015 *Cavendish v. Talal El Makdessi* en *ParkingEye v. Beavis* [2015] UKSC 67. Een boetebeding is nietig indien (par. 32): ‘(...) the impugned provision is a secondary obligation which imposes a detriment on the contract-breaker out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party in the enforcement of the primary obligation.’

dated damages clause' (dat enkel een 'genuine pre-estimate of the loss' mag zijn) maatgevend was, is een boetebeding nu nietig als het een disproportioneel nadeel oplegt gelet op de daarmee gediende belangen. Dat noopt de opsteller van een boetebeding tot een zorgvuldige afweging en formulering daarvan.

De 'civil law'-benadering van een boetebeding – het is een geldig beding, maar kan op grond van de goede trouw gematigd worden – stimuleert niet een zorgvuldige vaststelling van een contractuele boete. Sterker nog: overvragen wordt niet gestraft, maar leidt alleen tot matiging. Contractenrecht naar 'civil law' is een loterij zonder nienten.

De ferme regel dat een verkopende contractspartij jegens een potentiële koper geen mededelingsplicht heeft wat betreft nadelige eigenschappen van het verkochte ('let the buyer be ware'), is in het Engelse recht eveneens nog onaangetaast. De potentiële koper moet daarom zijn eigen hachje redden door de zaak die hij wil kopen goed te onderzoeken ('due diligence') of contractueel te bedingen dat als een risico aan het licht komt dat voor rekening van de verkoper komt (een 'warranty' bedingen).

Het Engelse recht accepteert geen luie contractanten. Wie het als contractspartij niet zelf goed en duidelijk regelt in de overeenkomst, wordt niet door het contractenrecht gered maar krijgt het lid op de neus.

'Waartoe is het contractenrecht op aarde?', zo parafraseer ik Hans Nieuwenhuis. Niet alleen om vrijwillig aangegane afspraken verbindend te maken en tot redelijkheid te polijsten, maar ook om contractanten te stimuleren open en duidelijke afspraken te maken. Vooral van contractuele 'repeat-players' (professionele contractspartijen) mag worden verwacht dat zij investeren in een helder contract. Een meer formeel contractenrecht met meer 'hard and fast rules' draagt daaraan bij. Ons contractenrecht moet meer doen om luie contractanten te voorkomen.

*RJT*