
Less is more; voldoet ons contractenrecht nog?

prof. mr. dr. M.R. Ruygvoorn

Oratie



Omslagontwerp en opmaak: The Creative Hub, Canon. (Piz Bern ina, 4049M.)
© 2023, M.R. Ruygvoorn

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan de auteur. Niets uit deze uitgave mag worden veele-
voudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op
enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder
voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond op van art. 16h t/m 16m Au-
teurswet jo Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde
vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht www.reprorecht.nl. Hoewel aan de totstandkoming van
deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur, de drukker en Van Benthem & Keulen B.V.
geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en/of onvolkomenheden, noch voor de gevolgen daarvan.

Less is more; voldoet ons contractenrecht nog?

Rede

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Nationaal en Internationaal Commercieel Contracteren vanwege Van Benthem & Keulen B.V. aan de Faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie van de Universiteit Utrecht op 7 maart 2023 door Marcel Robert Ruygvoorn.



Inhoud

1. Inleiding	6
2. De uitkomsten van de enquête	8
3. Enkele theoretische bespiegelen	16
4. Enkele (meer) praktische bespiegelingen	19
5. Tussentijdse conclusie en inbedding in het onderwijs	26
6. Dankbetuiging	30

Less is more; voldoet ons contractenrecht nog?

Mijnheer de Rector Magnificus, geachte collega's, beste familie en vrienden, waarde toehoorders hier in de zaal en online,

1. Inleiding

Eén van de belangrijkste functies van ons recht is dat het verhoudingen tussen rechtssubjecten reguleert. Dat is voor het verbintenissenrecht en, meer in het bijzonder, voor het contractenrecht niet anders. Wanneer ik u een machine verkoop en u die van mij koopt, dan bepaalt de wet onder meer

- wanneer ik die machine moet leveren,
- wanneer u de koopprijs moet betalen,
- wat u allemaal van mij mag verlangen (en bij de rechter kunt vorderen) indien de machine niet de beloofde capaciteit heeft,
- wanneer en voor welke schade ik aansprakelijk ben als de machine ontploft,
- ja zelfs is door de wetgever op voorhand al vastgelegd welke schadevergoeding u mij moet betalen indien u in verzuim bent met het betalen van de koopprijs. Dat is namelijk de wettelijke handelsrente.

De regulering gaat zelfs zo ver dat de wetgever al heeft voorgeschreven wat u allemaal van de machine mag verwachten, namelijk dat de machine geen eigenschappen mag hebben waarvan u de afwezigheid mocht veronderstellen.

Kortom, wat wilt u nog meer? Als we het eens zijn over het object en de prijs, stapt u in een rijdende trein waarvan de route al van A tot Z door de wetgever is opgetekend in ons burgerlijk wetboek. Waarom zou u dan toch de moeite nemen om die route vooraf minutieus uit te stippelen? Of om, in overeenstemming met de al bestaande dienstregeling, vast te leggen bij welke stations de trein stopt en hoe laat u waar aankomt?

Dat lijkt, objectief gezien, weinig zinvol. Maar toch is dat wat ons juristen dag in dag uit bezighoudt en, en dan kom ik op het thema van deze oratie, in toenemende mate bezig lijkt te houden.

Ik werk inmiddels al zo'n kleine 30 jaar in het commerciële contractenrecht en de laatste jaren bekwam mij het gevoel dat we het met elkaar bij het opstellen van commerciële contracten steeds ingewikkelder maken. Met commerciële contracten doel ik dan, in navolging van Schelhaas¹, op contracten waarbij geen consumenten betrokken zijn, maar louter commerciële contractanten. Geen toepassing van het consumentenrecht dus.

¹ H.N. Schelhaas, *Commerciële contracten- consistentere differentiëren?* P. 7.

Daarbij vielen mij meer in het bijzonder twee dingen op: wat vroeger bij wijze van spreken achterop een bierviltje werd geregeld, daar wordt tegenwoordig een duimdik contract voor opgesteld. En de inhoud van commerciële contracten wordt juridisch-inhoudelijk steeds complexer. Daar leek het mij althans op en ik voelde de behoefte om dat eens iets breder te verifiëren. Want als mijn eigen waarneming bevestigd zou worden, dan rijst een aantal interessante vragen, zoals:

- Wat is of zijn daarvan de oorzaak of oorzaken?
- Wat vinden we van die ontwikkeling?
- Wat betekent die ontwikkeling voor de contractenrechtpraktijk en, meer in het bijzonder, voor het aantal geschillen over contracten?
- Wat betekent dat alles voor het aantal geschillen op het gebied van het contractenrecht? En, last but not least:
- Wat doet deze ontwikkeling met de transactiekosten² in het bedrijfsleven?

Die laatste thematiek is, zo zou ik menen, actueel. Het bedrijfsleven, en vooral het MKB (terecht vaak de "ruggengraat van de economie" genoemd³), gaat al jaren gebukt onder toenemende regeldruk van de overheid, leidend tot telkens toenemende regeldrukkosten. Dat wordt door het bedrijfsleven als problematisch ervaren.⁴

Als mijn hiervoor omschreven aannames zouden kloppen, dan zouden daar de transactiekosten, die in een vergelijkbare kostencategorie vallen, nog bij komen. Mijn hypothese: als gevolg van de geschetste ontwikkelingen duren onderhandelingen langer, dient er steeds specialistischer kennis aanwezig te zijn of extern te worden ingehuurd en wordt het afbreukrisico (lees: het risico op tussentijdse beëindiging en daarmee op het mislukken van de onderhandelingen) groter.

Kortom, mijn interesse was gewekt en dat heeft onder meer geleid tot een enquête onder bedrijfsjuristen die zich bezighouden met de commerciële contractenrechtpraktijk. Daarin heb ik een aantal van mijn hypothesen getoetst. Uit die enquête, die is uitgezet onder een representatieve groep bedrijfsjuristen en general counsels bij nationale en internationale bedrijven, laat zich het een en ander destilleren waar ik in het navolgende meer uitvoerig bij stil zal staan. In dat kader zal ik u ook laten zien tot welke onwenselijke gevolgen de "hang" naar steeds omvangrijkere en ingewikkelder contracten kan leiden (u begrijpt: met dit

² *Transactiekosten zijn de totale kosten die moeten worden gemaakt om tot een transactie te komen. Dit kan betrekking hebben op de economische markt, maar ook in de politiek en binnen organisaties hanteert men dit begrip. De transactiekostentheorie is een belangrijk onderdeel van de economische denkrichting die nieuwe institutionele economie wordt genoemd, als aanvulling op de neoklassieke economische theorie. Ontleend aan Wikipedia "Transactiekosten", 15 december 2022.*

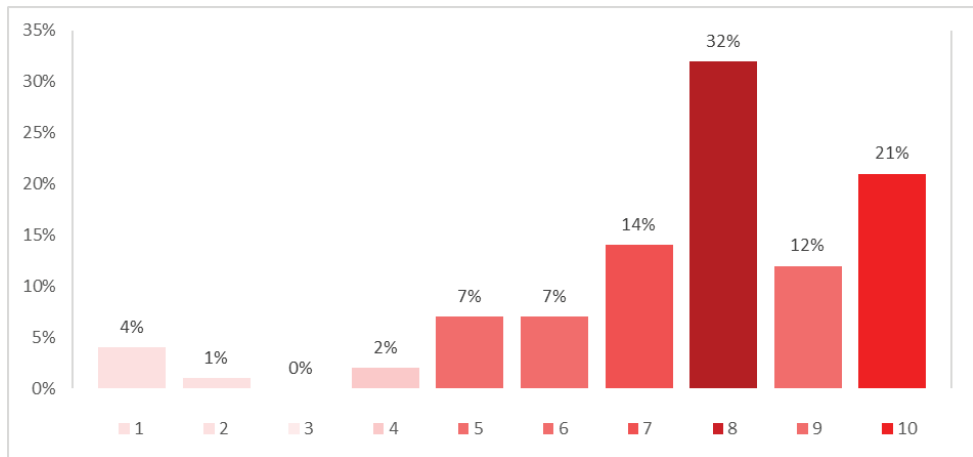
³ H.N. Schelhaas, t.a.p., p. 10.

⁴ *Rijksoverheid, Kenniscentrum voor beleid en regelgeving, <https://www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/integraal-afwegingskader-voor-beleid-en-regelgeving/7-wat-zijn-de-gevolgen/72-gevolgen-voor-bedrijven>, hfdst. 7.2, versie 3 mei 2022.*

voorzicht licht ik al een klein tipje van de sluier voor wat betreft de uitkomsten van de enquête op) en ik wil u ook graag enkele gedachten voorhouden ten aanzien van wat dit zou kunnen betekenen voor zowel het curriculaire als het postdoctorale onderwijs. Ik besluit met een aantal conclusies.

2. De uitkomsten van de enquête

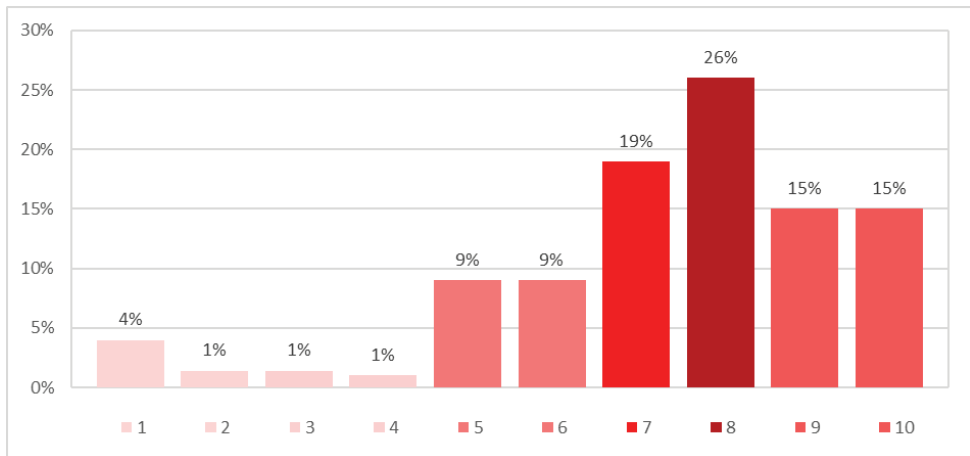
Eerst de kernvraag: is het waar dat commerciële contracten de laatste jaren inderdaad steeds omvangrijker zijn geworden? Dat was de eerste vraag die aan de geënquêteerden is voorgelegd en de uitkomst is helder: bijna 90% van de geënquêteerden "scoort" een 6 of hoger op een schaal van 10, waarbij 10 staat voor "volledig mee eens".



Gemiddelde waarde: 7,63

De tweede vraag ging over de juridisch inhoudelijke complexiteit van commerciële contracten en ook de uitkomsten daarvan zijn interessant:

Stelling: Commerciële contracten zijn de afgelopen tien jaar juridisch inhoudelijk steeds complexer geworden.

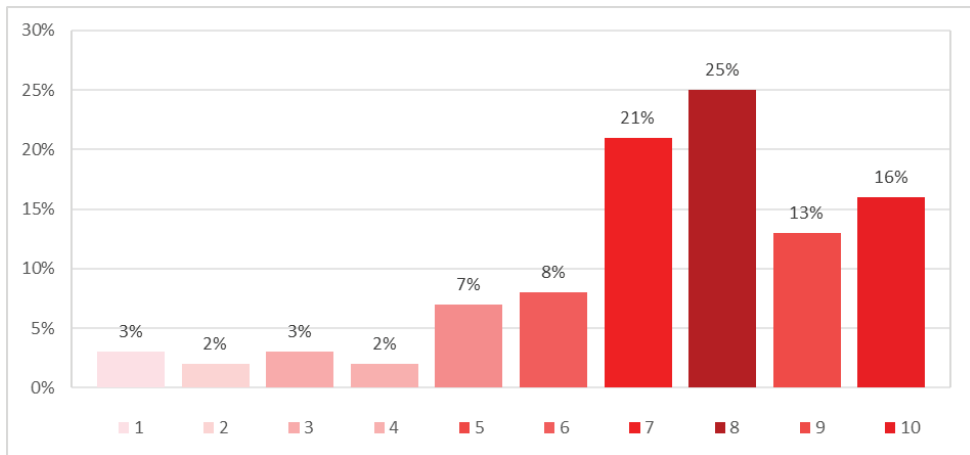


Gemiddelde waarde: 7,38

Bijna 90% van de geënquêteerden vindt dat de commerciële contracten de laatste jaren juridisch inhoudelijk steeds complexer zijn geworden (score 6 of hoger).

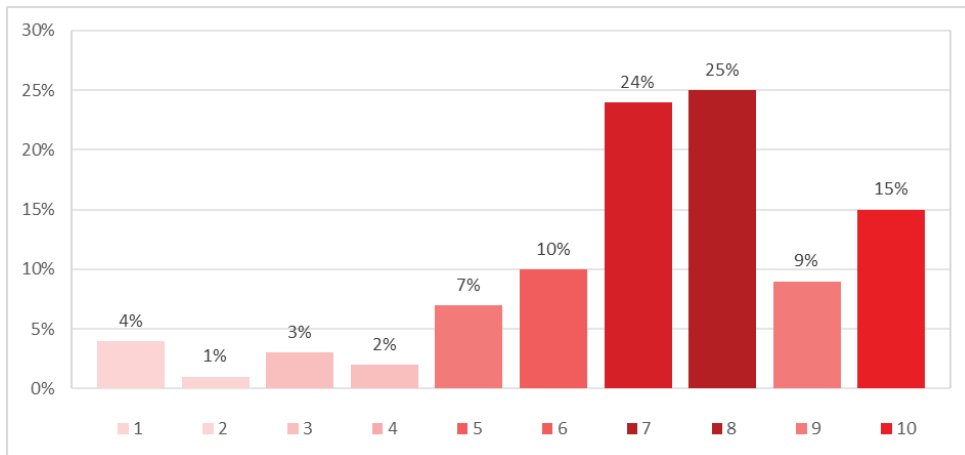
Interessant zijn ook de antwoorden op de vraag of de geënquêteerden vinden dat commerciële contracten onnodig uitgebreid of inhoudelijk complex zijn. Beide vragen wordt door circa 85% van de geënquêteerden in positieve zin beantwoord (score 6 of hoger)!

Stelling: Veel commerciële contracten zijn onnodig uitgebreid.



Gemiddelde waarde: 7,31

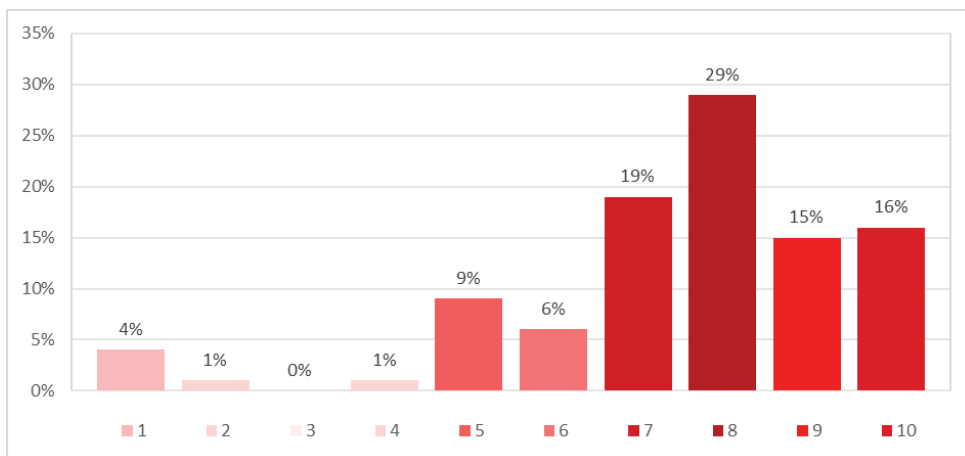
Stelling: Veel juridische contracten zijn onnodig juridisch inhoudelijk complex opgesteld.



Gemiddelde waarde: 7,17

En, tot besluit van de inleidende vragenreeks, de vraag of dit betekent dat de transactiekosten (zeg maar: de totale interne kosten om te komen tot de contractsluiting) significant zijn gestegen. Daarop geeft ruim 85% van de geënquêteerden aan het daarmee eens te zijn (met een cijfer 6 of hoger).

Stelling: Doordat commerciële contracten de laatste tien jaar steeds uitgebreider en/of juridisch inhoudelijk complexer zijn geworden, zijn de transactiekosten (de totale (interne) kosten om te komen tot de contractsluiting) gestegen.



Gemiddelde waarde: 7,51

Kennelijk was mijn gevoel dus niet geheel op het luchtledige gebaseerd. Interessant wordt dan natuurlijk de vraag hoe het komt dat de laatste jaren commerciële contracten steeds

uitgebreider en steeds complexer zijn geworden. Gevolgd door de vraag waar dit dan allemaal toe leidt. Maar eerst de oorzaken. In dat kader heb ik in de enquête een aantal hypothesen geformuleerd die de geënquêteerden van een waardering konden voorzien al naar gelang de mate waarin de betreffende hypothesen als mogelijke oorzaak in beeld komen. Voorafgaand daaraan dienden de geënquêteerden evenwel eerst hun eigen visie te geven: wat denken de geënquêteerden die bij de eerste vragen een 7 of hoger "scoorden" zélf dat de oorzaak of oorzaken zijn?

Het is interessant om vast te stellen dat er een grote mate van overeenstemming lijkt te zijn, waarbij drie oorzaken pregnant naar voren komen. Ik parafraseer noodzakelijkerwijze enigszins:

1. Angelsaksische invloeden; we kopiëren in de Nederlandse contractenrechtpraktijk het gebruik in de Angelsaksische "common law traditie"⁵ om in commerciële contracten de rechtsverhouding tussen partijen zo uitputtend mogelijk te regelen. Dat is een in een common law jurisdictie (waarin niet teruggevallen kan worden op een burgerlijk wetboek zoals wij dat kennen) begrijpelijk fenomeen, maar wij kunnen in veel gevallen terugvallen op ons BW.
2. Nieuwe, complexe wetgeving; de wet- en regelgeving is de afgelopen jaren substantieel toegenomen. Daarbij wordt onder meer verwezen naar privacywetgeving, anti-witwas- en anti-corrupciwetgeving, maar daarnaast ook op fenomenen als governance en ESG. Overigens maak ik dan direct wel een relativerende opmerking in die voege dat veel van deze aspecten in de praktijk geregeld plegen te worden in bijlagen bij overeenkomsten, vaak in een vast format, en daardoor minder van invloed zijn op de omvang van het eigenlijke lichaam van de overeenkomst.
3. Als derde, meest belangrijke oorzaak wordt vanuit de geënquêteerden gewezen op de vanuit de directie/commercie van veel bedrijven nadrukkelijk geuite wens om – kort gezegd – alle potentiële risico's zoveel mogelijk van meet af aan bij de contractspartner neer te leggen.

Tot zover de rode draad die volgt uit de door de geënquêteerden zélf aangedragen redenen. Daarbij wil ik overigens niet onvermeld laten dat een aantal bedrijfsjuristen dat de enquête heeft ingevuld, de rol van de externe hulpverlener (lees: de advocaat) benadrukt. Twee citaten wil ik u in dat kader niet onthouden waarin eigenlijk alle overige opmerkingen die in ditzelfde verband zijn gemaakt, cumuleren:

"Te veel advocaten betrokken die zeer theoretische nauwelijks voorkomende problemen proberen te adresseren, waardoor het contract voor de niet-juridische collega's die ermee moeten werken volledig onleesbaar wordt. Gemaakte contractuele afspraken worden niet meer begrepen door de niet-juristen."

⁵ Dit wordt meer in het bijzonder zichtbaar bij het gebruik van zogenaamde "boiler plate clauses". Vgl. r J.W.A. Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten*, (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

en

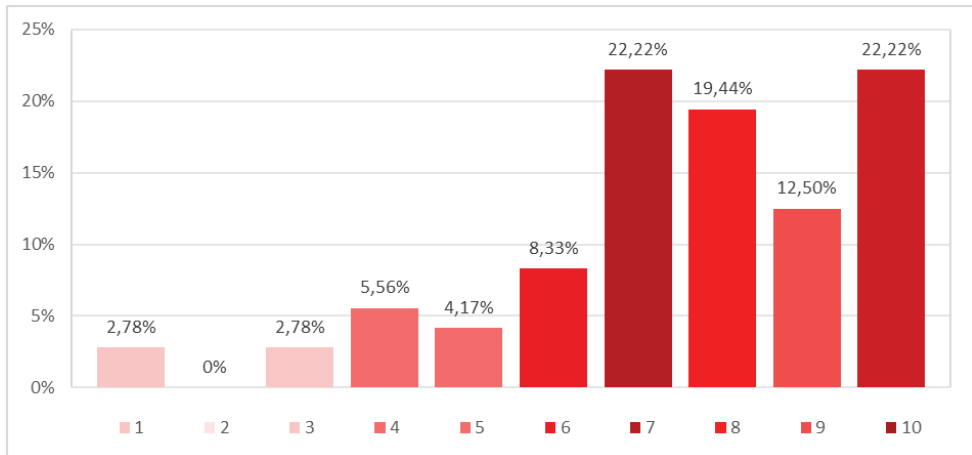
"Toenemende inzet van advocaten die onvoldoende kennis hebben van bedrijfsprocessen en behoeften van het bedrijf, onzeker zijn over de gevolgen van het contract en daarom het zekere voor het onzekere nemen (lappen tekst uit andere contracten kopiëren, ook als deze niet of nauwelijks relevant zijn voor het nieuwe contract)."

De eerlijkheid gebiedt mij te zeggen dat ik mij in de praktijk ook weleens afvraag wat de toegevoegde waarde is van 15 pagina's contractsclausules voor bijvoorbeeld een betrekkelijk eenvoudige vaststellingsovereenkomst die 10 jaar geleden waarschijnlijk tussen dezelfde partijen in een korte e-mailcorrespondentie zou zijn vastgelegd, maar dat thans terzijde. Het is in ieder geval een bij herhaling geconstateerd fenomeen vanuit de praktijk dat stof tot nadenken voor de advocatuur oplevert. Enige zelfreflectie binnen deze beroepsgroep op dit punt zou m.i. in ieder geval niet misstaan.

Dan, als vervolgvraag in de enquête, een vraag die ik mijzelf ook regelmatig stel wanneer ik om 2 uur 's ochtends opsta voor de beklimming van een hoge berg (bij een aantal van u veronderstel ik deze hobby genoegzaam bekend): Welke hypothesen zijn volgens mij denkbaar waarom we doen wat we doen? Dat brengt mij allereerst tot de waardering van een zevental door mij voorgestelde hypothesen. De drie hypothesen met verreweg de hoogste waarderingen waren de navolgende:

1. Ook hier, met stip op nr. 1, de verwijzing naar – kort gezegd – Angelsaksische invloeden.

Stelling: De wens om uitgebreidere en/of juridisch inhoudelijk complexere contracten op te stellen en daarbij de rechtsverhouding zo uitputtend mogelijk te regelen, is een "modegril" die is overgewaaid uit de Anglo-Amerikaanse jurisdicties ("big is beautiful").

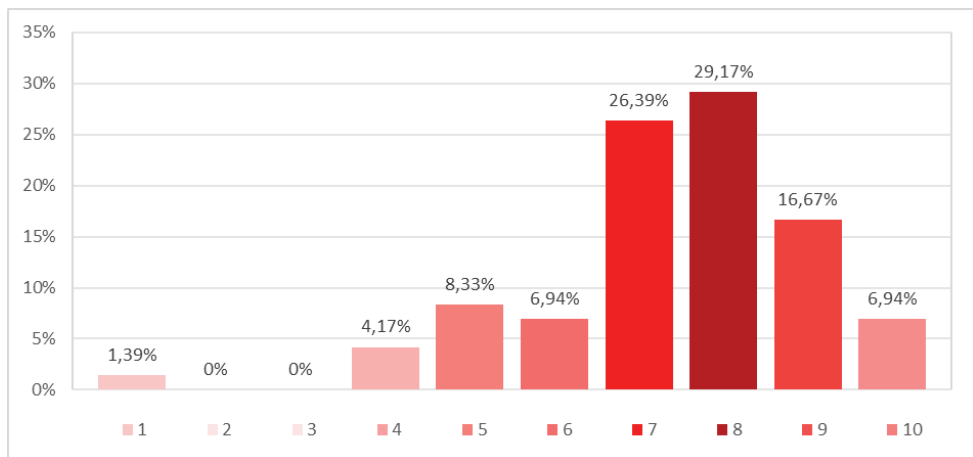


Gemiddelde waarde: 7,50

Bijna 80% van de geënquêteerden waardeert deze stelling met een 7 of hoger.

2. De stelling die op de tweede plaats als een van de drie hoogste werd gewaardeerd heeft te maken met een internationale component. De stelling luidde als volgt: bij internationale contracten wordt het door de partij wiens "eigen" recht niet van toepassing is, wenselijk gevonden om uitvoerig(er) te contracteren in verband met de onbekendheid van het op het contract toepasselijke recht. Dat leidt tot steeds uitgebreidere en/of complexere contracten. Bijna 80% van de geënquêteerden scoort hier een 7 of hoger.

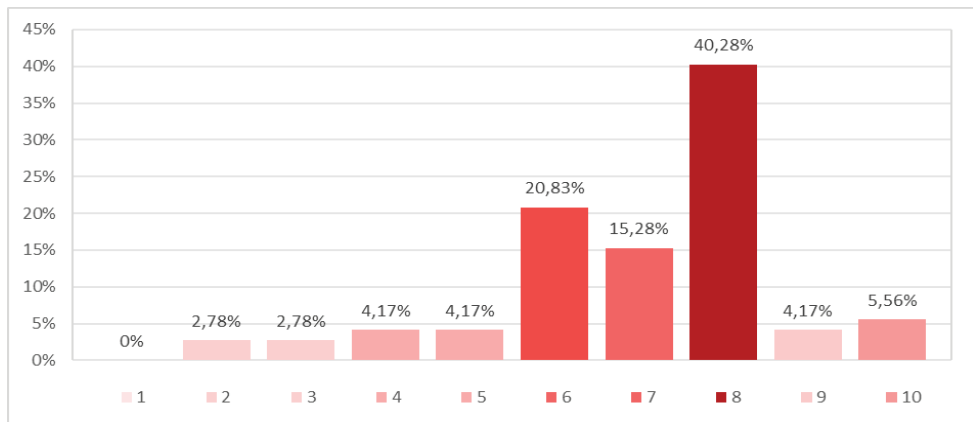
Stelling: Bij internationale contracten wordt het door de partij wiens "eigen" recht niet van toepassing is, wenselijk gevonden om uitvoerig(er) te contracteren in verband met de onbekendheid met het toepasselijk recht. Dat leidt tot steeds uitgebreidere en/of complexere contracten.



Gemiddelde waarde: 7,39

Deze uitkomst is natuurlijk een opsteker voor degenen die streven naar een geüniformeerd Europees privaatrecht⁶. Maar hoewel wij in toenemende mate doorwerking zien van op Europees niveau geïntroduceerde wet- en regelgeving in ons nationale privaatrecht⁷ is er nog een lange weg te gaan.⁸ Bovendien lost een uniform Europees privaatrecht natuurlijk nog niet de discrepantie op met bijvoorbeeld het Engelse recht en het recht van de Amerikaanse staten.⁹

3. Op de derde plaats twee stellingen die mijns inziens deels in elkaars verlengde liggen, namelijk de stelling dat partijen steeds vaker situaties regelen waarin de wet of de rechtspraak niet of onvoldoende voorziet in een risicoverdeling, leidend tot steeds uitgebreidere en ingewikkelder contracten, en daarnaast de stelling dat – kort gezegd – de toenemende onzekerheid, bijvoorbeeld bij toepassing van de Haviltex-norm in de rechtspraak, ertoe leidt dat contractspartijen hun rechtsverhouding nauwkeuriger willen omschrijven, met wederom uitgebreidere en/of juridische inhoudelijk complexere contracten tot gevolg. Ook deze beide stellingen mochten zich in de enquête verheugen in een relatief hoge score. Bijna 80% scoorde een 7 of hoger. Stelling: Partijen beogen steeds vaker situaties te regelen waarin de wet niet voorziet in een risicoverdeling leidend tot steeds uitgebreidere en/of juridisch inhoudelijk complexere contracten.



Gemiddelde waarde: 6,99

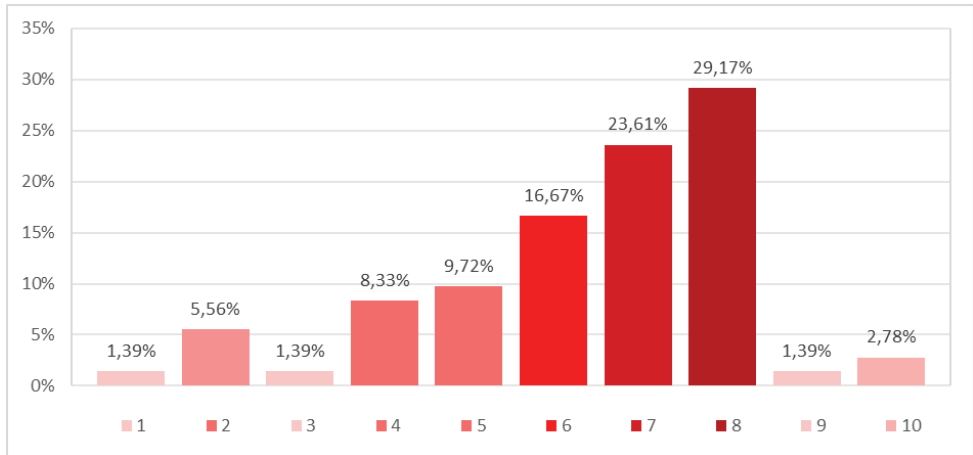
⁶ M.W. Hesselink, A.S. Hartkamp, E.H. Hondius en C.E. Du Perron, C. Mak, *Towards a European civil code*, 4th rev. and exp. edition.

⁷ S. van Dijk en M. van 't Ende, *De recente invloed van het Unierecht op het Nederlandse contractenrecht*, NTBR 2022/15. Vgl. onder meer D.F.H. Stein, *Richtlijnen en privaatrecht*, *Maandblad voor vermogensrecht* 2019/7, p. 225-234, Asser/Hartkamp 3-1, 2019/9, D. Busch, *De invloed van het Europees financieel toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht*, J.M. Smits, *Het ontwerp – Gemeenschappelijk Referentiekader GRK voor een Europees privaatrecht*, WPNR 2008/6741, p. 109-111.

⁸ Voor een overzicht met betrekking tot de stand van het Europees privaatrecht (2019) aan de hand van verschillende bronnen, zie L.A.D. Keus, *Europees Privaatrecht*, monografieën BW. Zie voorts, S. van Dijk en M. van 't Ende, t.a.p.

⁹ J.M. Smits, *De Principles of European Contract Law en Common Law en Civil Law*, WPNR 01/6436, p. 235 e.v.

Stelling: De toenemende objectivering die samenhangt met uitleg van contracten door de rechter met toepassing van de Haviltex-formule leidt ertoe dat contractspartijen hun rechtsverhouding nauwkeuriger willen omschrijven, leidend tot steeds uitgebreidere en/of juridisch inhoudelijk complexere contracten.



Gemiddelde waarde: 6,38

3. Enkele theoretische bespiegelingen

Bijzondere aandacht vraag ik voor de laatstgenoemde 2 stellingen, waarvan de score m.i. samenhangt met een ontwikkeling in ons verbintenissenrecht met een wellicht, wanneer men er op meta niveau naar kijkt, tweeslachtig karakter. Ik doel dan op het wankele evenwicht tussen enerzijds het belang van de rechtzoekende om op voorhand te weten waar hij of zij aan toe is op grond van een eenduidige inschatting van zijn of haar juridische positie op basis van de wet en de rechtspraak en anderzijds het belang van diezelfde justitiabele dat de rechter in de oordeelsvorming de mogelijkheid heeft om genuanceerd te kijken naar de specifieke omstandigheden van het geval en om op basis daarvan tot een gewogen oordeel te kunnen komen. Dat zijn in zekere zin twee zijden van dezelfde medaille van het beginsel van de rechtszekerheid.

In dat kader zou men zich de vraag kunnen stellen of onze Hoge Raad, althans in ieder geval voor wat betreft het verbintenissenrecht, wellicht niet hier en daar wat te genuanceerd is gaan oordelen. Voor de commerciële advocatuur is dat natuurlijk een prachtige ontwikkeling, maar, anders dan sommige confrères en collega's wellicht soms voor ogen lijkt te zweven, het recht wordt niet primair gemaakt voor advocaten, maar voor de justitiabelen die er dag in, dag uit een beroep op moeten kunnen doen. Ik licht dit kort toe.

Daarbij wil ik mij niet bezondigen aan het cliché dat vroeger alles beter was, maar één ding is voor mij wel duidelijk: wat het verbintenissenrecht betreft was het leven in ieder geval een stuk overzichtelijker. Ik leg dat uit aan de hand van een drietal verbintenisrechtelijke leerstukken en kom dan via het laatste te behandelen leerstuk tot de link met het thema van deze oratie.

Er zijn in dit kader meer verbintenisrechtelijke leerstukken te benoemen, maar drie in het oog springende zijn allereerst het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen (mijn "*all time favourite*", want thema van mijn proefschrift), het leerstuk van de schijn van volmachtverlening en het uitlegleerstuk.

Allereerst het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen. Vroeger gold de, om maar eens een procesrechtelijk cliché te gebruiken, in beginsel strakke regel dat wanneer je ging onderhandelen, je je niet al te veel zorgen behoeft te maken wanneer je er genoeg van had en de stekker uit de onderhandelingen wilde trekken. In beginsel gold het fenomeen "vrijheid, blijheid" en met het afbreken was de kous af.¹⁰ Dat werd al genuanceerder toen de Hoge Raad verkondigde dat partijen, door met elkaar in onderhandeling te treden, ten opzichte van elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding.¹¹

¹⁰ In de lagere jurisprudentie werd soms het bestaan van een stilzwijgend, gefingeerd contract aangenomen, terwijl onder (bepaalde) andere omstandigheden weleens tot een onrechtmatige daad werd gekomen. Vgl. H. Drion, *Precontractuele verhoudingen naar Nederlands recht, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1967* (opgenomen in: *Geschriften van H. Drion, Kluwer, Deventer 1982*), p. 231.

¹¹ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67.

En kijk waar we nu staan na de arresten JPO/CBB¹² en Vollenhove/Shell¹³: de onderhandelingen mogen worden afgebroken, tenzij bij de wederpartij van de partij die afbreekt het rechtens relevante vertrouwen heeft postgevat dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zal resulteren, met dien verstande dat er desalniettemin toch gelegitimeerd afgebroken kan worden ingeval van onvoorziene omstandigheden¹⁴ die niet in de risicosfeer liggen van de afbrekende partij! Hoe genuanceerd wil je het hebben? Het leerstuk is verworden tot een "lawyers paradise" waarin menig advocaat zijn of haar kans schoon ziet om te betogen dat bepaalde feiten of omstandigheden in onderling verband en samenhang beschouwd, toch echt kunnen rechtvaardigen dat bij de "maatman/vrouw"¹⁵ van de partij ten opzichte van wie wordt afgebroken wel degelijk het hier bedoelde rechtens relevante vertrouwen heeft kunnen postvatten, met alle additionele juridische procedures van dien.¹⁶ Wat dat betreft was de toepassing van de in beginsel strakke regel van vroeger een stuk eenvoudiger.

Dan het leerstuk van de schijn van volmachtverlening. Hier doet zich hetzelfde fenomeen voor. Aanvankelijk gold volgens Meijers¹⁷ dat überhaupt geen sprake kon zijn van binding indien iemand zijn volmacht overschreed en later heeft de Hoge Raad hier een heldere grens getrokken¹⁸: het toedoen-beginsel. Simpel gezegd, als de pseudogevolmachtigde niet op de een of andere wijze door zijn of haar eigen doen of nalaten de indruk had gewekt dat degene die hem of haar stelde te vertegenwoordigen bevoegd was, kon er van schijn van volmachtverlening en daarmee van enigerlei juridische binding geen sprake zijn. Hoe genuanceerd ligt dit leerstuk nu! Kijkend naar ING/Bera¹⁹ en een recente uitspraak van de Hoge Raad²⁰ uit 2022 is het overzichtelijke toedoen-beginsel verlaten en vervangen door een risicobeginsel²¹; wordt de handelwijze van de partij die de gewraakte handeling heeft verricht geacht te liggen in de risicosfeer van de pseudogevolmachtigde, dan staat een beroep op schijn van volmachtverlening open. Hoe vaag wil je het hebben? En ook hier biedt het verlaten van de in beginsel strakke regel van het toedoen-beginsel menig advocaat nieuwe haakjes om het de pseudogevolmachtigde moeilijk te maken. En dat dit in potentie niet bijdraagt aan een afname van juridische procedures moge ook duidelijk zijn.

¹² HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337.

¹³ HR 29 februari 2008, ECLI:NL:HR:2018:BC1855.

¹⁴ HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105.

¹⁵ Vgl. M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. 2009, *Recht en Praktijk* 173, p. 165 e.v.

¹⁶ Vgl. M.R. Ruygvoorn, t.a.p. p. 79-111.

¹⁷ E. Meijers, *WPNR* 1921, 2678.

¹⁸ HR 6 mei 1926, NJ 1926/721 (*Vas Dias/Salters*) en HR 18 juni 1926, NJ 1926/1021 (*Altena/Van der Horst*), later genuanceerd doordat in uitzonderingsgevallen ook van schijn van volmachtverlening sprake kan zijn door een niet-doen van de vertegenwoordigde (Vgl. HR 1 maart 1968, NJ 1968/246 (*Molukse Evangelische Kerk/Clijnk*), waarin de zich afzijdig houdende aanbesteder gebonden werd geoordeeld door vertegenwoordigend handelen van de architect. Vgl. ook HR 12 januari 2001, NJ 2001/157 (*Kuijpers/Wijnveen*).

¹⁹ HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK7671.

²⁰ HR 14-07-2017, ECLI:NL:HR:2017:1356 en HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1456.

²¹ Voor een algemeen overzicht van de verhouding tussen het toedoen- en risicobeginsel zie Asser/*Kortmann* 3-III 2017/38.

Dan het derde leerstuk dat ik in dit verband de revue laat passeren en dat een mijns inziens duidelijke link heeft met het onderwerp van deze oratie. Dat is het uitlegleerstuk. Scholten²² schreef weliswaar in 1909 al dat woorden nooit duidelijk zijn, maar desalniettemin heerste alom het uitgangspunt dat wat op papier stond, tussen partijen in beginsel van toepassing was en dat het daarbij gaat om een grammaticale uitleg. Hoe anders werd dat met het Haviltex-arrest²³ en de opvolgende nuanceringen die daarop zijn aangebracht²⁴; zelfs als de bewoordingen van een overeenkomst, objectief bezien, kraakhelder zijn, geldt dat wanneer een voldoende gemotiveerd bewijsaanbod wordt gedaan, verbonden met de stelling dat wat er op papier staat toch echt niet is wat partijen hebben beoogd af te spreken of in ieder geval wat een van partijen op grond van die bewoordingen in samenhang met de gedragingen van de wederpartij redelijkerwijs anders heeft mogen begrijpen, de uitkomst best eens kan zijn dat datgene wat naar objectieve maatstaven uit de contractsbepaling volgt, toch tussen deze partijen helemaal niet van toepassing is.²⁵ Onder omstandigheden kan zelfs de perceptie die in de precontractuele fase slechts bij één van partijen bekend was of de toepassing van de contractsbepaling in kwestie door een derde, na contractssluiting de wederpartij in een uitlegdiscussie worden tegengeworpen!²⁶

Dit fenomeen is begonnen met de introductie van de wils-/vertrouwenstheorie, zoals in ons BW neergelegd in de artikelen 3:33 e.v., maar in de rechtspraak inmiddels met een grote mate van nuance verder uitgewerkt. Ook hier geldt, hoe onzeker wil je het hebben?²⁷ En daarmee is de link gelegd met het centrale thema van deze oratie. Van de in beginsel strakke regel dat wat naar objectieve maatstaven in een contract is vastgelegd, geldt, naar de situatie waarin iedere contractspartij kan betogen dat wat op papier staat toch echt anders moet worden uitgelegd en daarmee tot hele andere rechtsgevolgen leidt dan uit de bewoordingen volgt.²⁸ Dat dit tot toegenomen (rechts)onzekerheid leidt, behoeft denk ik geen betoog²⁹, maar dat doet wel de vraag rijzen wat het effect daarvan is op de wijze waarop partijen hun afspraken vastleggen.

²² P. Scholten, *WPNR* 1909, 2059.

²³ *HR* 20 februari 2004, *ECLI:NL:PHR:2004:AO1427*, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*) en *HR* 13 maart 1981, *ECLI:NL:HR:1981:AG4158* (*Ermes/Haviltex*).

²⁴ *HR* 5 april 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BY8101* (*Mexx/Lundiform*), *HR* 13 december 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1940*.

²⁵ *HR* 10 augustus 1989, *ECLI:NL:HR:1989:AC1562*, *NJ* 1989/825 (*Boekhorst/Ikazia*), *HR* 10 maart 1995, *ECLI:NL:HR:1995:ZC1669*, *NJ* 1995/550 (*Vlooiemarkt/De Kring*), *HR* 29 oktober 1999, *ECLI:NL:HR:1999:AA1484*, *NJ* 1999/823 (*Ekkersrijt/De Rooij*) en *HR* 12 januari 2001, *ECLI:NL:HR:2001:AA9430* en *NJ* 2001/199 (*Steinbusch/ Van Alphen*). Vgl. verder Asser/Sieburgh 6-III 2018, 364 en *HR* 20 mei 1949, *NJ* 1950/72 (omtrent de toepassing van redelijkheid en billijkheid bij contractsuitleg).

²⁶ *HR* 18 juni 2021, *ECLI:NL:HR:2021:957* en M.R. Ruygvoorn, *Uitleg van overeenkomsten op grond van gemeenschappelijke partijbedoeling en toepassing door derden*, *Bedrijfsjuridische berichten* 2021/75.

²⁷ Vgl. P.S. Bakker, *Uitleg van commerciële contracten (II, slot)* *WPNR* 11 juni 2011/6891, p. 502.

²⁸ Vgl. in dit verband verder onder meer W.L. Valk, 'Verder denken over uitleg van rechtshandelingen', *NJB* 2018/1360; P.S. Bakker, 'Uitleg van overeenkomst sinds *Lundiform/Mexx*', *ORP* 2017/167, p. 21 e.v.; C.E. Drion, 'Memorandum uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad', *ORP* 2016/150 en H.N. Schelhaas en W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen. Preadvies Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Zutphen: Paris 2016.

²⁹ Vgl. M.S. Breeman, *Voorhands taalkundig uitleggen van contracten; Onderdeel van de gereedschapskist of de grabbelton van de rechter?*, *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak* nr. 7, oktober 2020, p. 9-15.

Dit is overigens bepaald geen onbekend fenomeen. Zo zagen wij bijvoorbeeld, vóór de nuancering die de Hoge Raad in het arrest JPO/CBB aanbracht in het kader van afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase³⁰ in de praktijk regelmatig dat twee Nederlandse partijen in hun letter of intent Engels recht daarop van toepassing verklaarden in de veronderstelling daardoor minder snel in de spreekwoordelijke fuik van de precontractuele redelijkheid en billijkheid te zwemmen en aldus langer hun handen vrij te kunnen houden. En zo zien we nog steeds in de praktijk dat in grensoverschrijdende contracten binnen de Europese Unie wordt verwezen naar Engels recht in de kennelijke aanname dat, wanneer het aankomt op uitleg van contractsbepalingen, een meer objectieve uitleg volgt, wat klaarblijkelijk door veel partijen als nastrevenswaardig wordt gezien.³¹

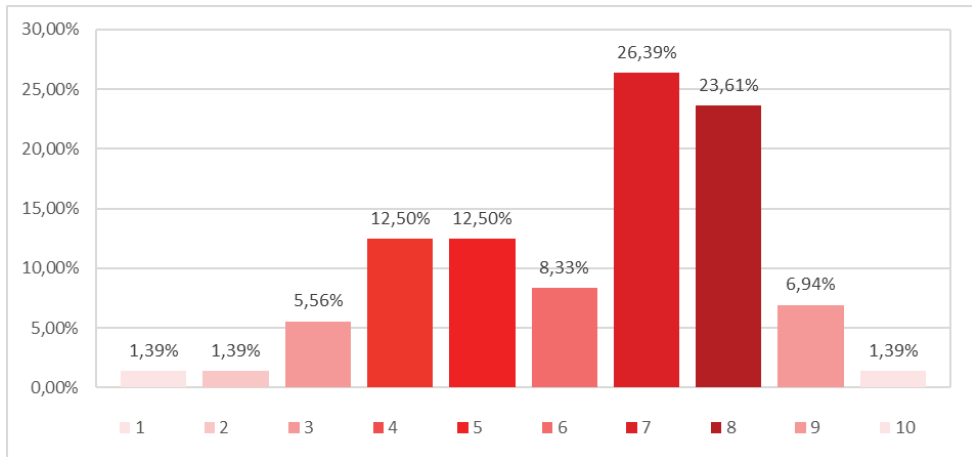
4. Enkele (meer) praktische bespiegelingen

Tot zover enkele meer theoretische beschouwingen. Tijd voor een meer praktijkgeoriënteerde beschouwing. Wij zien dat uit de enquête verschillende redenen naar voren komen om uitgebreider commercieel te contracteren dan vroeger het geval was. Kennelijk gebeurt dat bijvoorbeeld omdat naar een "vreemd" recht wordt gecontracteerd, om aan te sluiten bij de Anglo-Amerikaanse gewoonte en een kleine 50% van de respondenten geeft aan dat zij ernaar streeft om een zo compleet mogelijk overzicht van de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen in het contract neer te leggen zodat de niet-juristen die uiteindelijk bij het contract moeten werken, een zo compleet mogelijk overzicht van die rechten en verplichtingen hebben zonder deskundigen te hoeven consulteren:

Stelling: Veel juristen neigen ernaar om in commerciële contracten wettelijke risicoverdelingen aan te halen opdat de niet-juristen – die met de contracten moeten werken – een zo compleet mogelijk overzicht van de wederzijdse rechten en verplichtingen hebben zonder deskundigen te hoeven consulteren.

30 HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337.

31 M. van Kogelenberg, *Uitleg in commerciële verhoudingen naar Nederlands en Engels recht: de betekenis van "business common sense" als gezichtspunt*, MVV 2017/5, p. 164-169. Hierin concludeert de auteur overigens dat in het Engelse recht geen sprake is van een – kort gezegd – zuiver lexicale uitleg. De auteur concludeert (p. 169): "het Engelse recht plaatst in het algemeen, maar zeker ook in commerciële verhoudingen, een contextuele benadering voorop als het om uitleg gaat, waarbij de bewoordingen van het contract uiteraard ook een grote rol kunnen spelen. Een bepaling dient te worden uitgelegd met de tekst in de hand en met behulp van voor derden kenbare bronnen, met name het contract zelf en aanpalende documenten. Uitsluitend als deze benadering niet tot een eenduidige conclusie leidt, kunnen ook andere elementen bij de uitlegkwestie betrokken worden, zoals het gezichtspunt dat vanuit commercieel oogpunt een logische uitleg zou kunnen zijn. Vgl. in dit verband ook H.N. Schelhaas en W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Zutphen, Parijs 2016, meer in het bijzonder p. 43/49 omtrent uitleg in commerciële verhoudingen, p. 97-112 omtrent uitleg in het Engelse recht en p. 135-137 omtrent de wenselijkheid van (meer) objectieve uitleg in commerciële verhoudingen tussen grote partijen.



Gemiddelde waarde: 6,33

Wat deze drie oorzaken met elkaar gemeen hebben, is dat er strikt genomen geen noodzaak is voor het opnemen van een uitvoerige contractuele regeling, anders dan bijvoorbeeld in het geval waarin een regeling wordt opgenomen om van de wettelijke risicoverdeling af te wijken of om iets te regelen dat in de wet niet is geregeld.

In dat kader heb ik de respondenten die de enquête hebben ingevuld de mogelijkheid geboden om standaardcontracten waar zij zelf gebruik van maken, te uploaden. Het doel van dit verzoek was gelegen in de wens om te onderzoeken hoe het kennelijke streven om zo volledig mogelijk te zijn in commerciële contracten, in de praktijk uitwerkt.

Een aantal respondenten heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en dat brengt mij tot een kritische beschouwing in het kader waarvan ik u een aantal voorbeelden niet wil onthouden.

Bij het bestuderen van de contracten die geüpload zijn, vallen met name twee dingen op. Wat allereerst opvalt is dat, vanuit de kennelijke wens om zoveel mogelijk juridisch relevant geachte leerstukken contractueel te willen regelen, contractsbepalingen worden geformuleerd die weliswaar aan lijken te sluiten bij de wet, maar zodanig afwijkend ten opzichte van de wetstekst zijn geformuleerd dat de bepaling juist in het nadeel werkt van de partij wiens bescherming is beoogd of in ieder geval meer vragen oproept dan ze beoogt te voorkomen. Dat klinkt wellicht op het eerste gezicht wat paradoxaal, maar een tweetal voorbeelden licht dit toe.

Allereerst een bepaling die ik aantrof in model algemene onderaannemingsvoorwaarden van een landelijk opererende bouwonderneming (in de voorwaarden aangeduid als "opdrachtgever"):

"Indien opdrachtnemer toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichting onder deze overeenkomst, is hij verplicht om alle schade die de opdrachtgever daarmee samenhangende lijdt, te vergoeden".

Bij oppervlakkige betrachtning valt de gelijkenis met art. 6:74 BW op: "Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend".

Klaarblijkelijk heeft de opsteller van deze standaardonderaannemingsvoorwaarden het noodzakelijk geacht om in die voorwaarden een bepaling op te nemen die de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer jegens de opdrachtgever regelt. Daartoe lijkt de opsteller aansluiting te hebben gezocht bij de wettelijke bepaling omtrent aansprakelijkheid, maar heeft deze niet letterlijk overgenomen. Bij nadere betrachtning valt immers op dat ook de wet weliswaar voor aansprakelijkheid de voorwaarde stelt dat de tekortkoming toerekenbaar is, maar de wet vervat dat in de zogenaamde "tenzij-clausule". Dit impliceert dat wanneer wij kijken naar de stelplicht van de opdrachtgever, deze ermee kan volstaan om te stellen (en bij tegenspraak te bewijzen) dat er sprake is geweest van een tekortkoming. Het is vervolgens, als we ons op de wet baseren, aan de schadeveroorzaker om te stellen (en bij tegenspraak te bewijzen) dat er weliswaar sprake is van een tekortkoming,³² maar dat deze niet toerekenbaar is en dat er dus geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid. Dat is de wettelijke systematiek. Daar is echter contractueel van afgeweken. Door de wijze waarop de aansprakelijkheidsbepaling, die beoogde de belangen juist van de opdrachtgever te borgen, moet de opdrachtgever nu niet alleen de tekortkoming bewijzen, maar benevens dat ook dat deze niet aan de overmacht van de schadeveroorzaker te wijten is! Kortom, de opsteller van dit contract heeft met deze contractsbepaling een stelplicht en een bewijslast naar zich toegetrokken die op grond van de wet helemaal niet op hem rust. Hij had er verstandiger aan gedaan om, in plaats van deze bepaling op te nemen, in het geheel niets in de overeenkomst op te nemen omtrent de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.

En daar blijft het niet bij. In diezelfde overeenkomst heeft de opsteller ook gemeend iets te moeten regelen omtrent ontbinding. Dat leidde tot de volgende tekst:

"Indien opdrachtnemer in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenissen onder deze overeenkomst, heeft opdrachtgever het recht deze overeenkomst te ontbinden."

³² Parl. Gesch. Boek 6, p. 264.

Ook hier heeft de opsteller kennelijk gemeend aan te moeten sluiten bij de wettelijke bepaling van art. 6:265:

"Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt".

En ook hier zien we dat de opsteller in dezelfde val is getrapt; dat de tekortkoming onvoldoende ernstig is om de ontbinding te kunnen rechtvaardigen, behoort tot de stelplicht van de tekortschietende partij.³³ Onder deze contractuele bepaling evenwel haalt de partij die wil ontbinden, onbedoeld de stelplicht naar zich toe om te stellen (en bij tegenspraak te bewijzen) dat – kort gezegd – de ernst van de tekortkoming de ontbinding kan rechtvaardigen. Een ander voorbeeld dat ik, bij bestudering van de geüploade documenten regelmatig tegen kwam, heeft betrekking op overmachtsclausules. Hoewel de wet een uitvoerige definitie van dit begrip geeft in art. 6:75 BW, voelen veel juristen zich kennelijk geroepen om een eigen definitie te verzinnen. Daar is natuurlijk niets mis mee, want het overmachtsbegrip is van regelend recht en laat zich in beginsel naar believen beperken of uitbreiden. Wat we echter zien, is dat in heel veel gevallen de wettelijke definitie vervangen wordt door de stipulatie dat omstandigheden die buiten de controle liggen van de betroffende partij, overmacht vormen, gevolgd door een vaak eindeloze opsomming van potentiële gebeurtenissen die in elk geval overmacht of juist geen overmacht opleveren. Daarbij wordt de wettelijke definitie volledig verlaten. En daarmee ook de verkeersopvattingen van art. 6:75 BW. Dat leidt er bijvoorbeeld toe dat overmacht van een toeleverancier (zijnde een omstandigheid buiten de controle van de betroffende partij) plotseling ook "eigen" overmacht oplevert, terwijl dat op grond van de wet niet het geval zou zijn. Desalniettemin ontbreken de verkeersopvattingen in meer dan 90% van de door mij onderzochte zelf verzonden overmachtsclausules in voorwaarden of contracten die, bezien vanuit de partij die ze opstelde, juist zouden moeten beogen om het overmachtsbegrip te beperken. En daarmee doet de partij die gebaat zou zijn bij een zo eng mogelijk overmachtsbegrip zichzelf onbewust toch echt tekort in een poging om het voor zichzelf beter te regelen. Het ware in die gevallen beter geweest niets te regelen. Dit zijn bepaald niet de enige voorbeelden die ik tegenkwam. Kennelijk zijn juristen behept met de onbedwingbare neiging te streven naar volledigheid, maar schieten zij daarbij niet zelden in hun eigen voet.

En geloof u mij, het komt in de beste families voor; neem bijvoorbeeld de "Gastvrijheidsovereenkomst" die de Universiteit Utrecht mij in het kader van mijn benoeming heeft voorgehouden. Ook de opsteller van die overeenkomst heeft zich laten verleiden om een regeling omtrent aansprakelijkheid op te nemen:

³³ HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090.

“De gast is gehouden tot vergoeding van alle door de universiteit en door derden door zijn doen of nalaten geleden schade en gevolgschade indien en voor zover hem van voornoemd doen of nalaten een verwijt kan worden gemaakt”.

En het aardige is dat deze bepaling meteen mooi aansluit bij mijn tweede bevinding: contractspartijen hebben de neiging om, als zij al iets willen regelen wat al in de wet geregeld is, de bepaling zodanig te formuleren dat deze meer vragen oproept dan dat het duidelijkheid schept. Zo rijst bij mij naar aanleiding van de bepaling in de Gastvrijheidsovereenkomst die ik u net voorhield bijvoorbeeld de vraag of hier beoogd is om een derdenbeding in het leven te roepen als bedoeld in artikel 6:253 BW ten behoeve van bijvoorbeeld studenten. En wat wordt beoogd met het onderscheid tussen “schade” en “gevolgschade”? Wat is gevolgschade eigenlijk? De wet kent dit begrip niet. In artikel 6:96 BW wordt een definitie van schade gegeven, maar het begrip “gevolgschade” maakt daar geen deel van uit. De opsteller had kunnen volstaan met een verwijzing naar het begrip “schade”. Of gewoon niets kunnen regelen en kunnen terugvallen op de wet.

Door meerdere respondenten zijn de zogenaamde Metalenunievoorwaarden geüpload. En ook die voorwaarden heb ik eens kritisch bekeken. Ik stel voor dat wij kort artikel 13, handelend over aansprakelijkheid van de opdrachtnemer, ontleden. Dit artikel luidt als volgt:

“Opdrachtnemer is aansprakelijk voor schade die opdrachtgever lijdt en die het rechtstreeks en uitsluitend gevolg is van een aan opdrachtnemer toe te rekenen tekortkoming. Voor vergoeding komt echter alleen in aanmerking de schade waartegen opdrachtnemer verzekerd is, dan wel redelijkerwijs verzekerd had behoren te zijn”.

De eerste vraag die naar aanleiding van deze bepaling bij mij rijst is, wat nu precies wordt beoogd met de referte aan “het rechtstreeks en uitsluitend gevolg” van de tekortkoming. Wordt hiermee beoogd om de werking van artikel 6:98 BW (de toerekening naar redelijkheid) in te perken? Dit artikel bepaalt dat enkel die schade voor vergoeding in aanmerking komt die het redelijkerwijs voorzienbare gevolg is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Of is hiermee beoogd om aansprakelijkheid voor gederfde winst (in de zin van de definitie van het schadebegrip in artikel 6:96 BW) uit te sluiten? Of moeten we deze bewoordingen zuiver grammaticaal opvatten in die zin dat enkel de eerste schade die zich voor doet in een causale keten van schades voor vergoeding in aanmerking komt? Dat kan tot hele andere uitkomsten leiden. En zolang alles goed gaat en de algemene voorwaarden in de spreekwoordelijke lade blijven liggen, is dat geen probleem. Maar gaat het mis en ontstaat er een schade die hoog genoeg is om eens heel kritisch naar de tekst te kijken, dan biedt die tekst meer dan voldoende aanknopingspunten om een stevig geschil in de steigers te zetten. Dit terwijl een van de redenen om (zoals in dit geval) algemene voorwaarden te gebruiken nu juist is het creëren van helderheid ten aanzien van hetgeen tussen partijen rechtens is teneinde juridische procedures te voorkomen.

En bij deze door de opsteller gecreëerde onduidelijkheid blijft het niet. De bepaling bevat immers nog een verdergaande uitsluiting van aansprakelijkheid. Namelijk komt schade enkel

voor vergoeding in aanmerking wanneer de opdrachtnemer die op een verzekering kan verhalen dan wel wanneer hij tegen die schade, en nu komt het: “redelijkerwijs verzekerd had behoren te zijn”. Het moge duidelijk zijn dat ook met de toevoeging van die bewoordingen gemakkelijk tot in lengte van jaren gediscussieerd kan worden over het antwoord op de vraag of de opdrachtnemer “redelijkerwijs verzekerd had behoren te zijn”, te meer daar de opsteller het kader waarbinnen die vraag dient te worden beantwoord, volledig open heeft gelaten. Ik kan u vele voorbeelden voorhouden waarin de rechter eraan te pas heeft moeten komen om de rechtsgevolgen vast te stellen van een door partijen zelf gecreëerde contractuele vaagheid.³⁴ Een vaagheid, zo stel ik vast, die veelal voortkomt uit een andere natuurlijke neiging die juristen lijken te hebben, de hang naar nuance. Maar waarom kunnen contractuele afspraken niet gewoon “zwart/wit” zijn? Ik geef te bedenken dat ook ongenueanceerde contractsbepalingen geenszins in de weg behoeven te staan aan een gebalanceerde contractuele regeling. Sterker nog, men kan zich de vraag stellen of professionele contractspartijen niet wellicht beter af zijn met eenduidige contractsbepalingen met een minimaal risico op interpretatieverschillen en daarmee op juridische geschillen, dan met contractsbepalingen die gepaard gaan met tal van mitsen, maren en tenzij-formuleringen. Ik sluit mij in die zin aan bij het pleidooi van Van Bijnen in diens reeds in 2005 verschenen proefschrift om in de commerciële contractenpraktijk te werken met “scherpere normen”.³⁵

Dat dwingt partijen ook om zich de basale vraag te stellen op welke punten het ook echt opportuun is om van de wet af te wijken en om de beoogde relatie te bezien vanuit een (meer) rechtseconomisch perspectief. Uit de enquête blijkt namelijk dat een andere relevante oorzaak voor dikkere en complexere contracten, het gevolg is van de wens van de directie om alle potentiële risico's zoveel als mogelijk bij de contractpartner te alloceren. Vanuit rechtseconomisch perspectief (waarop ik in het navolgende nog meer uitvoerig terug kom) een weinig zinvol streven; uitzonderingsgevallen daargelaten zal de wederpartij een dienovereenkomstig opgesteld conceptcontract niet zonder meer willen accepteren, met alle gevolgen van dien voor duur en het afbreukrisico van de onderhandelingen, de relatie tussen partijen en de inhoudelijke/juridische complexiteit van de uiteindelijke overeenkomst. Dit alles zal er in ieder geval toe leiden dat de transactiekosten stijgen, een fenomeen dat, zoals al aangegeven, door circa 80% van de respondenten wordt vastgesteld.

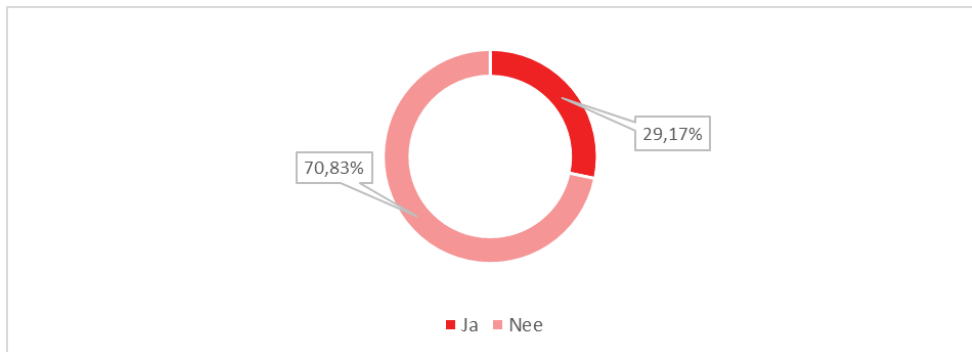
³⁴ *Het schoolvoorbeeld in dit verband is natuurlijk HR 17 december 1976, NJ 1977, 241, Bunde/Erckens (met betrekking tot de uitleg van het begrip “belastingschade”). Zie in dat kader bijvoorbeeld ook (over het begrip “indirecte schade”) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:11654. En, recent, Gerechtshof Den Haag 16 augustus 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1509 (met betrekking tot de uitleg van het begrip “directe schade”). Indien partijen in deze gevallen aansluiting hadden gezocht bij de wettelijke definitie van schade in art. 6:96 BW, rijst de vraag of hierover in meerdere instanties geprocedeerd had behoeven te worden. Zie verder, ter illustratie van vergelijkbare gevallen: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9927, Rb. Amsterdam 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019, 7832, Rb. Den Haag 7 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1380, Rb. Overijssel 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4489, Rb. Haarlem 28 juli 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN7354 en Rb. Utrecht, 12 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM4250.*

³⁵ *R.H.J. van Bijnen, Aanvullend contractenrecht, diss. Tilburg, Boom Jur. Uitgevers 2005.*

Maar terug naar het centrale thema van deze oratie. We hebben mijn hypothese dat we elkaar het leven op het gebied van het commercieel contracteren steeds lastiger maken, bevestigd gezien en we hebben een aantal oorzaken daarvan de revue zien passeren. De vervolgvraag die dan rijst is: wat vinden we daar dan met elkaar van? Ook die vraag kwam in de enquête naar voren. En wel in de vorm van de vraag of er behoefte bestaat om – kort gezegd – op minimalistischer wijze te contracteren.

Dat is in de enquête omschreven als de wens om zoveel mogelijk terug te vallen op de wettelijke regelingen, daarvan dus zo min mogelijk af te wijken in combinatie met het gebruik van zo min mogelijk juridisch jargon. Op de vraag of daar reeds concreet invulling aan wordt gegeven, antwoordt ruim 29% van de geënquêteerden bevestigend.

Vraag 8; Sommige bedrijven experimenteren met zogenaamde "minimalistische contracten". Daarbij vallen partijen zoveel mogelijk terug op de wettelijke regelingen en wordt daarvan zo min mogelijk afgeweken, wordt zo min mogelijk juridisch jargon gebruikt en wordt getracht om enkel invulling te geven aan die punten die voor beide partijen wezenlijk zijn. Maakt u gebruik van dergelijke "minimalistische contracten"?



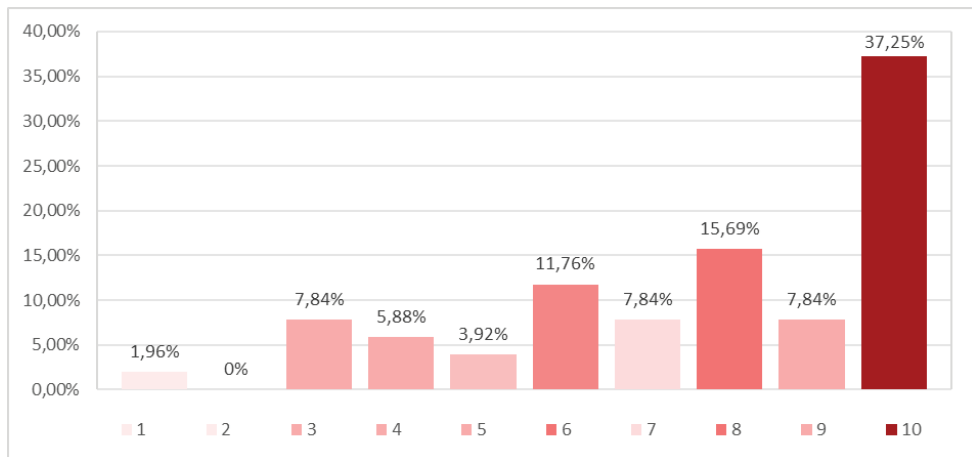
Als belangrijkste toelichting wordt desgevraagd door de geënquêteerden meer specifiek genoemd: het is efficiënter, het maakt het contract toegankelijker en het maakt het contract overzichtelijker. Daarnaast wordt er regelmatig op gewezen dat de wet reeds voldoende waarborgen bevat. Meer concreet worden genoemd:

- "sneller, minder complex om te maken en beheersbaarder voor de business die ermee werkt"
- "De capaciteit is [te] beperkt om alle contracten volledig uit te schrijven"
- "om contracten beter begrijpbaar en korter te maken en juist de verschillen met de wetgeving te benadrukken zodat het overzichtelijker wordt scheelt een hoop discussie over punten die al goed wettelijk geregeld zijn"
- "Eenvoudig houden, transactiekosten en vooral tijdsverloop beperken"
- "Overzichtelijk- en toegankelijkheid"

Ik leid hier voorzichtig uit af dat er in de (bedrijfsjuridische) praktijk een bredere behoefte lijkt te bestaan aan wat ik dan maar even ongenueanceerd noem: simpeler contracten.

Interessanter nog is de reactie van de geënquêteerden die op het antwoord op de voorafgaande vraag in ontkennende zin hebben geantwoord en dus nog niet met "minimalistische contracten" werken. Zij kregen de vraag voorgelegd of zij met "minimalistischer" contracten zouden willen experimenteren. Op deze vraag antwoordt maar liefst 67% van de geënquêteerden met een 7 of hoger en 37% geeft een "10" als antwoord, wat ik interpreteer als een volmondig "ja"!

Stelling: U heeft op de vorige vraag geantwoord dat u niet met "minimalistische contracten" werkt. Zou u bereid zijn om met dergelijke "minimalistische contracten" te experimenteren (op een schaal van 1 tot 10, waarbij 1 staat voor "nee, absoluut niet" en 10 voor "ja, absoluut (wel)")?



Gemiddelde waarde: 7,63

Het leven van de "business" wordt er dus kennelijk eenvoudiger door wanneer wij, juristen, ons niet verliezen in duimdikke contracten, maar is dat het enige gevolg? Volgens de geënquêteerden niet. Deze bespeuren namelijk ook een (aanzienlijke) toename in de transactiekosten. Het opstellen, beoordelen en uitonderhandelen van commerciële contracten neemt steeds meer tijd in beslag. Maar niet alleen dat. Ook het afbreukrisico in de onderhandelingen, daar waar beide partijen in veel gevallen trachten alle denkbare risico's op voorhand zoveel mogelijk in het bakje van de onderhandelingspartner te leggen, neemt toe. En ook dat leidt uiteindelijk natuurlijk tot hogere transactiekosten, daar waar toch ergens in een commerciële behoefte moet worden voorzien.

5. Tussentijdse conclusie en inbedding in het onderwijs

Waar leidt dit nu allemaal toe? Wat mij betreft in elk geval tot de conclusie dat ons contractenrecht nog steeds prima voldoet, maar dat de wijze waarop wij daar in de (commerciële) contractenrechtpraktijk invulling aan geven, minst genomen herbezinning verdient.

En zoals bij zoveel dingen in het leven geldt ook hier dat bewustwording een belangrijke rol speelt. Bewustwording op meerdere fronten, waarvan mijns inziens de meest wezenlijke de navolgende zijn:

1. De wet regelt meer dan je denkt; regel enkel wat belangrijk is om te regelen, maar
2. Realiseer je daarbij dat reallocatie van risico's financieel kwantificeerbaar is; "voor wat, hoort wat". Is het echt nodig om van de wettelijke risicoverdeling af te wijken en, zo ja, wat verwacht mijn onderhandelingspartner daarvoor terug?;
3. Wij lijden collectief aan een vorm van cognitieve dissonantie door onszelf voor te houden dat "big beautiful is" in een poging om alles naar Anglo-Amerikaans model uitputtend te willen regelen; en
4. Als je iets contractueel wilt regelen hoewel de wet er al in voorziet, bedenk dan dat een van de wet afwijkende formulering weleens meer vragen (en daarmee onzekerheid) kan oproepen dan het alsnog geheel weglaten van de beoogde bepaling!

Dat alles vereist een bredere kijk op het contractenrecht, uiteraard binnen de theoretische kaders van de wet. We zijn er niet met de theoretische wetenschap dat je aansprakelijkheid voor opzet en bewuste roekeloosheid van leidinggevende ondergeschikten niet kunt exoneren³⁶; de initiële vraag moet zijn of en, zo ja, met welke beperkingen, je überhaupt zou moeten exoneren. Wellicht doen we er namelijk eenvoudiger aan om in het concrete geval bepaalde aansprakelijkheidsrisico's te behouden in plaats van deze integraal te trachten bij de contractspartner "over de heg te gooien". Hier geldt met enkel het adagium "in der Beschränkung zeigt sich der Meister"³⁷, maar ook "voor wat, hoort wat". En met dat laatste verwijs ik meer in het bijzonder naar het leerstuk van de rechtseconomie.

Wat ik bedoel met een rechtseconomische benadering van het contractenrecht, laat zich in dit verband simpel verwoorden: reallocatie van risico's is in beginsel financieel kwantificeerbaar. Een heel simpel voorbeeld kan dit verduidelijken: wanneer ik, als leverancier van een product, met een Duitse koper een koopovereenkomst afsluit en de Duitse koper met alle geweld vasthoudt aan de toepasselijkheid van Duits recht en de bevoegdheid van de rechtbank in Konstanz, dan realiseer ik mij dat ik mij daarmee tal van additionele risico's op mijn hals haal. Als wij ruzie krijgen en ik wil weten wat rechtens is, dan zal ik een Duitse advocaat moeten consulteren, ik loop aan tegen vertaalkosten en daaraan gerelateerde interpretatierisico's, ik moet procederen volgens een mij onbekend procesrecht, ik word wellicht verrast

³⁶ HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524.

³⁷ Vgl. M.R. Ruygvoorn, *Drafting tips & skills: less is more!*, Tijdschrift *Overeenkomst in de Rechtspraktijk* nr. 2, maart 2014, p. 36 – 37. Zie verder C. Drion, *Naar een keuze voor kortere contracten*, NJB 2019/2170.

door specifieke, van het Nederlandse recht afwijkende rechtsgevolgen en, hoe mooi Konstanz aan het Bodensee ook is, ik zal voor de zitting van de rechtbank toch ruim 1.600 kilometer moeten afleggen. Kortom, als ik dat allemaal al wil accepteren, dan wil ik daar natuurlijk wel iets voor terug. Zij het in de vorm van een hogere koopprijs om de hierboven geschetste risico's af te dekken of bijvoorbeeld, in juridische zin, in een beperking van mijn garantieverplichtingen. Oftewel: "voor wat, hoort wat". Eigenlijk zou dat een samenspel moeten zijn tussen de bedrijfsjurist en zijn of haar commerciële collega binnen de onderneming, ware het niet dat de praktijk veelal zo is dat eerst een klap op de prijs wordt gegeven en vervolgens de bedrijfsjurist wordt opgezadeld met het "afkaarten" van de juridische kant van de zaak.

Van enige interactie tussen de beide disciplines is dan natuurlijk geen sprake meer. Dit terwijl de basisgedachte bij de rechtseconomische benadering van het contractenrecht nu juist is dat partijen hun gezamenlijke welvaart kunnen verhogen met een overeenkomst die juridisch afdwingbaar is.³⁸ Het contractenrecht dient er immers toe om de investering van contractspartijen in een wederzijds voordelig project veilig te stellen en het daarmee mogelijk te maken om een maximaal efficiënte overeenkomst aan te gaan.³⁹

Wanneer wij deze gedachten tot uitgangspunt nemen bij het opstellen van commerciële contracten, dan kunnen we al vrij snel vaststellen dat het eenzijdig alloceren van zoveel mogelijk juridische risico's bij een van de contractpartijen niet leidt tot maximaal efficiënt contracteren vanuit een rechtseconomisch perspectief. Maar van dit perspectief dienen de "contractjurist" en zijn commerciële collega zich dan natuurlijk wel bewust te zijn, dus ook die bewustheid hoort thuis in de gereedschapskist van de "contractjurist".

De "contractjurist" kan aldus niet volstaan met enkel kennis van het algemeen verbintenissenrecht. Naast een zeker gevoel voor taal en grammatica dient de praktijkjurist waar het werkveld naar op zoek is, méér tot zijn bagage te rekenen. Daartoe behoort bijvoorbeeld kennis van het procesrecht. Denk aan het voorbeeld dat ik hiervoor gaf omtrent stelplicht en bewijslast. Maar ook een zekere (basis)kennis van tal van aanpalende rechtsgebieden is onontbeerlijk. Denk aan vakgebieden als het mededingingsrecht, het aanbestedingsrecht en het internationaal privaatrecht. Hoe vaak wordt in de praktijk de toepassing van het Weens Koopverdrag niet over het hoofd gezien? Of wordt de rechtspraak van het Europese Hof op het gebied van forumkeuzebedingen veronachtzaamd?⁴⁰ En dan is er nog het hiervoor reeds genoemde rechtseconomisch inzicht. Dat alles pleit voor een brede (basis)opleiding en ik prijs mij gelukkig dat ik daar, tijdens mijn studie, nog standaard zes jaar de tijd voor had.

³⁸ R.H.J. van Bijnen, *Contractenrecht*, in: W.C.T. Weterings (rew.), *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 48-51.

³⁹ W.C.T. Weterings, *De rechtseconomische benadering van het contractenrecht. Opmerkingen naar aanleiding van en bespreking van G. de Geest (ed.), Contract Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2011, *Contracten september 2012*, nr. 3, p. 112.

⁴⁰ HvJ EU 07/07/2016, zaaknr. C-222/15.

Het is deze brede bewustwording die ik graag in het curriculaire en het postdoctorale onderwijs onder de aandacht zou willen brengen. Voor onze gewaardeerde studenten om hun een betere basis en daarmee voorsprong te geven in het werkveld op een rechtsgebied waarvan de beheersing voor de praktijkvoering wellicht wel één van de meest wezenlijke is. En voor de (startende) praktijkjurist om nog beter in te kunnen spelen op de needs of the business.

Ik hoop u duidelijk gemaakt te hebben dat het opstellen en beoordelen van commerciële contracten een vak apart is, dat interdisciplinaire vaardigheden vereist en niet enkel kennis van Boek 6 BW. Op deze wijze wordt het vak echter doorgaans niet onderwezen. Er is zeer zeker oog voor de juridisch inhoudelijke kant van de zaak. Onze studenten beschikken zonder meer over een grondige theoretische basis en kennis van de Boeken 3 en 6 BW, maar wat mijns inziens verbeterd kan worden is de kennis van wat ik zou willen noemen “het brede plaatje”. Dat geldt overigens niet enkel voor onze studenten, maar ook voor veel beginnende bedrijfsjuristen en advocaten. Voor wat betreft onze studenten hoop ik hier in samenspraak met mijn collega's van het Molengraaff Instituut, mijn steentje aan bij te kunnen dragen met bijvoorbeeld de ontwikkeling van specifiek op het opstellen en beoordelen van commerciële contracten toegesneden capita selecta en aanpalend onderwijs. Voor wat betreft de (beginnend) bedrijfsjurist en advocaat houd ik mij op dit moment bezig met de opzet van onderwijs voor professionals, oftewel postdoctoraal onderwijs, dat zich specifiek oriënteert op het opstellen en beoordelen van commerciële contracten binnen verschillende juridische disciplines vanuit het hiervoor geschetste, bredere perspectief.

6. Dankbetuiging

Dan kom ik nu toe aan wellicht het lastigste deel van deze oratie, de dankbetuigingen. Ik ben veel mensen dank verschuldigd en wil uiteraard niemand tekortdoen, een bijna onmogelijke taak. Maar gelukkig hebben juristen ook voor dergelijke situaties een passende formulering; mocht u niet met naam en toenaam worden genoemd, maar ben ik u wel dank verschuldigd, dan dient mijn dankbetuiging uiteraard ook jegens u als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.

Desalniettemin en zonder daarbij te streven naar volledigheid hecht ik eraan om, hier en nu, een aantal personen toch meer in het bijzonder mijn dank te betuigen.

Allereerst betreft dat het college van bestuur van de universiteit Utrecht en de decaan in het bijzonder. Het instellen van deze leerstoel is een grote blijk van vertrouwen die zeer wordt gewaardeerd en die mij enthousiasmeert om een zo waardevol mogelijke invulling aan de leerstoel te geven. Het is enorm stimulerend om te mogen werken in een omgeving waar interdisciplinaire en interfacultaire samenwerking wordt gestimuleerd. En over samenwerking gesproken, die heb ik gelukkig al heel lang met de gewaardeerde collega's van het Molengraaff Instituut die ik hopelijk ook in de toekomst met hand en spandiensten, daar waar behoefte bestaat, behulpzaam kan zijn op het gebied van onderwijs of andere studentenactiviteiten en met wie ik graag op korte termijn nader van gedachten wissel over de invulling en opzet van contractenrechtelijk georiënteerd onderwijs, bijvoorbeeld in de vorm van een capita selecta over het opstellen en beoordelen van commerciële contracten en een caput specifiek geënt op het ontwikkelen van "drafting skills" in het kader van de Legal Skills Academy.

Bijzondere dank ben ik verschuldigd aan mijn promotor, professor Ivo Giessen. Ivo, tijdens het schrijven van mijn proefschrift heb je mij op het rechte pad weten te houden, onder meer met de leerzame opmerking dat het schrijven van een pleidooi en het schrijven van een proefschrift toch echt twee volstrekt verschillende dingen zijn en dat een kleine aanpassing van de in het conceptproefschrift toegepaste retoriek wellicht op zijn plaats zou zijn; de leescommissie behoeft immers geen vordering tot dooronderhandelen toe te wijzen. Ik ben je buitengewoon erkentelijk voor de ondersteuning die ik telkens weer van jou mag ervaren!

Dat laatste geldt, niet in de laatste plaats ook voor mijn mentor in de alpen, die in een belangrijke fase van mijn leven richtingbepalend voor mij is geweest en zonder wie ik waarschijnlijk nooit op de onzinnige gedachte zou zijn gekomen alle 48 vierduizenders van Zwitserland te beklimmen. Tijdens vele klimtochten is, zo realiseerde ik mij achteraf, al een groot aantal van de hier besproken kwesties direct of indirect aan de orde geweest. Manfred, dank voor alles!

Dat brengt mij tot mijn compagnons binnen Van Benthem & Keulen en daarnaast meer in het bijzonder mijn oud-compagnons Anke, Rinke en Johan. Want laten wij niet onvermeld laten dat deze leerstoel weliswaar door de Universiteit Utrecht is ingesteld, maar op verzoek van Van Benthem & Keulen dat mij vervolgens in staat heeft gesteld om in deeltijd daaraan invulling te geven. Dank daarvoor! En dank meer in het bijzonder aan Anke, Rinke en Johan voor de plezierige samenwerking binnen het dagelijks bestuur van Van Benthem & Keulen en de niet aflatende steun voor het instellen van de onderhavige leerstoel.

En als we bij Van Benthem & Keulen zijn, dan kan ik natuurlijk schier onmogelijk om de praktijkgroep Commercial Contracting & Dispute Resolution heen. Beste praktijkgroepgenoten, jullie werken binnen een hele veeleisende praktijkgroep. Een praktijkgroep waar het altijd (te) druk is en waarbinnen heel veel van jullie wordt verlangd. De lat ligt hoog, maar jullie hebben mij nog nooit teleurgesteld. Integendeel; ik kan altijd op jullie ondersteuning rekenen en jullie houden mij op passende wijze juridisch scherp als na 30 jaar de routine dreigt toe te slaan.

Bij een gecombineerde baan is het geheel altijd meer dan de som der delen. En dan doel ik niet enkel op de kruisbestuiving tussen theorie en praktijk waar, naar ik meen, zowel onze studenten als mijn cliënten van profiteren, maar ook op het aantal uren per week dat, als gevolg daarvan, niet aan familie en vrienden kan worden besteed. Desalniettemin mag ik mij al vele jaren verheugen op de bijzondere bijstand van een aantal mensen dat dichtbij mij staat.

Wino en Sofia, dank voor de vele, vele uitermate gezellige avonden en de scherpe juridische analyses.

Alex, wij kennen elkaar sinds de eerste klas van het Atheneum en ik denk nog vaak terug aan ons Alpenavontuur met de Citroën Visa in de allereerste uitvoering.

En dan natuurlijk mijn beide paranimfen, Henk-Peter en Marcel. Ik ben ontzettend dankbaar dat ik jullie tot mijn vrienden mag rekenen en natuurlijk voor de vele goedbedoelde, zei het niet altijd gevraagde adviezen en jullie steun in het leven van alle dag.

En, *last but not least*, degenen die zonder twijfel het meest te lijden hebben onder mijn ambities. Lieve Christine, lieve Victoria, jullie zijn verreweg de belangrijkste mensen in mijn leven. Zonder jullie steun, inschikkelijkheid en de bereidheid om heel veel met de spreekwoordelijke mantel der liefde te bedekken, zou ik hier niet staan. Daar ben ik mij maar al te zeer van bewust. Dank voor jullie beider onvoorwaardelijke steun!

Ik heb gezegd!

Commerciële contracten in business to business-verhoudingen zijn de laatste jaren steeds uitgebreider en steeds juridisch complexer geworden. Dat volgt uit een uitgebreide enquête onder bedrijfsjuristen en general counsels. In dit boekje wordt deze ontwikkeling in perspectief geplaatst, wordt ingegaan op de mogelijke oorzaken daarvan, de (on)wenselijkheid van deze ontwikkeling en de gevolgen ervan voor onder meer de transactiekosten, de commerciële contractenrechtpraktijk en het juridisch onderwijs.
