

Artikel

10 jaar Contracteren – een praktijkvisie

Mr. B.J. Schoordijk*

1. Inleiding

Wat is een contract? Deze vraag is eigenlijk een variant op een vraag die mij een aantal jaren geleden werd gesteld door een Amerikaanse business collega. Deze kwam op een gegeven moment bij mij, een stuk papier in zijn hand. Hij ging er eens goed voor zitten en vroeg: 'Tell me, what's the difference between an agreement and a contract?'

Ai, een *leading question*, waarin de veronderstelling lag besloten dát er een verschil was. Ik legde uit dat er eigenlijk geen verschil is, hoewel 'contract' in de regel wordt gebruikt voor de schriftelijke weergave van een 'agreement' tussen partijen. Het werkwoord 'to contract' betekent volgens het woordenboek 'engage by written agreement'. Ik zei hem dat je het zo kunt zien: 'Parties reach an agreement and conclude a contract.' Een 'written contract' kan als pleonasme worden beschouwd.

Maar waarom, zo werd mij toen gevraagd, staat er boven contracten (en hij citeerde uit het papier dat hij bij zich had): 'This Agreement is made etc.' en niet 'This Contract is made'?

Weer typisch zo'n vraag waar je nooit bij stilstaat. Zal wel iets met kopieergedrag van juristen te maken hebben, dat van generatie op generatie overgaat. Het enige antwoord dat ik op dat moment kon verzinnen, was dat daarmee tot uitdrukking komt dat het gaat om de weergave van de wilsovereenstemming, de *agreement*, die tussen partijen is bereikt.

Hij keek me over zijn brillette aan en zei: 'And what do you think of this contract?'

Hij gaf mij het stuk papier, dat dus kennelijk een contract was. Ik keek naar de laatste pagina, gaf hem het papier terug (althans dat wilde ik) en ik zei: 'I think it is signed.'

* Mr. B.J. Schoordijk is Director Legal Affairs – Corporate en tevens advocaat bij Akzo Nobel NV te Amsterdam. Deze bijdrage is gebaseerd op de lezing gehouden op het congres Tien jaar Contracteren, Universiteit Utrecht 6 november 2009.

Hij weigerde echter het papier van mij aan te nemen en zei: 'Yeah, I know, but is it good or bad?'

Tja, weer zo'n vraag die mij nog nooit was gesteld over een contract. Wat maakt een contract een goed of slecht contract? Vanuit welk perspectief moet je dat beoordelen? Mag je het verloop van de tijd laten meewegen? Een contract dat bij afsluiting 'goed' was, kan na een paar jaar 'slecht' worden, bijvoorbeeld omdat een bepaalde clause is ingehaald door de jurisprudentie. Of omgekeerd, iets waar je bij afsluiting van het contract tegenaan hikte, kan na verloop van tijd juist goed uitpakken. Mag je clauses individueel wegen of moet je juist kijken naar het contract als geheel? Wordt een contract een slecht contract als erover wordt geprocedeerd? En doet dat verschil er wel toe? Een contract is een contract, ook als het een slecht contract is. *Pacta servanda sunt*. Punt. Gelukkig werd de vraag nader gespecificeerd: 'Have a look at 4.3. What does it say?'

Ik bladerde naar artikel 4.3 en las het tweemaal. Vervolgens legde ik hem uit wat er volgens mij stond, zonder de verdere context van het contract te kennen.

Hij zei toen: 'Shit, that's bad! And that's not at all what we agreed.'

Ik probeerde nog gevat te zijn en zei: 'Well, it may not be what you have agreed, but it is what you have contracted.' Er volgde het bekende 'F'-woord en ik zag de non-verbale vraag in zijn ogen: los dit voor mij op!

Nu is het voor een jurist nooit verkeerd om op zoek te gaan naar de feiten. *Da mihi facta, do tibi jus*. Niet voor niets wordt in de Amerikaanse rechtspraak de nadruk gelegd op de feiten: alle relevante (en vaak ook niet-relevante) feiten moeten naar boven zijn gekomen in een *pre-trial discovery*, voordat de eigenlijke *trial* plaatsvindt. Pas als alle feiten bekend zijn, kan rechtsbedeling plaatsvinden.

Het bleek dat de man een deal had gemaakt met zijn counterpart bij de wederpartij en hij had een van zijn medewerkers erop afgestuurd om dit verder af te ronden. Er was toen door de wederpartij het een en ander op papier

gezet en gemakshalve had die medewerker het maar meteen getekend.

Ik vroeg hem wat er dan wél was overeengekomen en, ook niet onbelangrijk, of er misschien documenten waren waaruit bleek wat de afspraken waren. Het verhaal werd me wat nader uitgelegd en ja, er was wel een fax (we schrijven 1991) en er was wat over en weer gebeld, maar over de inhoud van artikel 4.3 was van tevoren nooit gesproken. Het leek er sterk op dat de bepaling ertussen was gefrommeld en dat de medewerker die had getekend er overheen had gelezen (of hij had het niet begrepen, ook best mogelijk).

Vervolgens vroeg ik hem wat voor een type man zijn counterpart bij de wederpartij was.

‘What do you mean?’

‘Well, you know, is he just like you?’

Er werd even niet-begrijpend naar mij gekeken, dus ik besloot iets duidelijker te zijn.

‘Is he a real business man?’

Ja, zo werd mij verzekerd, het was een echte business man. En, zo vroeg ik, wat doet een echte business man, leest hij het contract helemaal voordat hij het tekent? Legt hij het getekende contract op zijn nachtkastje om er iedere avond met genoeg in te lezen? Of legt hij het in een contractenarchief om er vervolgens nooit meer in te kijken.

Het leek erop dat hij mij eindelijk een beetje begon te begrijpen. Hij keek weer over zijn brillette en zei, met een glimlach: ‘He’s just like me ...’

Ik kende het andere bedrijf wel en wist dat hun business juridisch werd ondersteund vanuit het hoofdkantoor van de moeder. Dus, was mijn advies, stop het contract goed weg in je bureau. Waarschijnlijk heeft jouw counterpart een van de juristen van het bedrijf snel een contract laten opstellen. Er zal nauwelijks communicatie over het concept zijn geweest tussen jouw counterpart en die jurist. Waarschijnlijk is die jurist met een slimmigheidje gekomen, of er is een eerder afgesloten contract als model gekozen. En 10 tegen 1 dat jouw counterpart het concept niet of in ieder geval niet goed heeft gelezen en artikel 4.3 er per abuis in is geslopen. Instrueer je mensen goed wat jij bent overeengekomen en voer het contract zo uit. Alle kans dat er verder geen aandacht aan artikel 4.3 wordt geschonken als jullie dat ook niet doen. En als dat anders wordt, dan zien we wel weer verder. Bind in ieder geval de kat de bel niet aan en probeer het niet nu op te lossen want dat kost alleen maar geld.

Aldus geschiedde en iedereen leefde nog lang en gelukkig. Het contract is nooit onderwerp van een dispuut geworden.

Ik moest aan dit voorval denken toen ik mij voorbereidde op dit congres. De aanleiding van dit congres is het tienjarig bestaan van het blad Contracteren. U is beloofd dat zal worden stilgestaan bij de ontwikkelingen in het contractenrecht sinds 1998. Ik vind het inderdaad interessant om stil te staan bij een paar van de ontwikkelingen. Het voorval dat ik schetste gebeurde in 1991, dus vlak voor de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het Nieuw BW. Zou het vandaag weer kunnen gebeuren? Ik denk het wel. Zoveel is de wereld nou toch ook weer niet veranderd.

Maar laat ik niet al te veel op mijn conclusies vooruitlopen en eens even stilstaan, niet bij de ‘acquis communautaire’, maar bij mijn eigen acquis. Ik werd advocaat in 1983, bedrijfsjurist in 1987. Vele duizenden contracten heb ik geschreven en beoordeeld. En ik kan niet zomaar een-twee-drie aangeven waarin de contracten die ik nú schrijf of beoordeel wezenlijk verschillen van de contracten van 20 tot 25 jaar geleden. Althans, waar de verschillen zitten vanuit juridische optiek.

Hebben we dan al die tijd stilgestaan? Is er niets dat het vermelden waard is? Nee, natuurlijk heeft de tijd niet stilgestaan en natuurlijk is er het nodige gebeurd op velerlei gebieden, ook op juridisch vlak. Ik zal eens een paar ontwikkelingen de revue laten passeren.

2. Rechtsontwikkelingen

In de eerste plaats wordt veel gehoord dat ons recht zou ‘veramerikaniseren’. Is dat nou een feit of praten we elkaar alleen maar na? Als ‘bewijs’ van de stelling wordt dan vaak gewezen op het feit dat er veel met Engelstalige contracten wordt gewerkt, ook tussen Nederlandse BV’s, waarmee termen als ‘representations and warranties’ gemeengoed zijn geworden, waarmee we ons eerst aan pagina’s definities te buiten gaan, waarin we het opeens hebben over ‘acts of God’ (waarmee, dit terzijde, merkwaardig genoeg slechts onheil wordt aangeduid), over ‘entire agreement clauses’, ‘severability’ en ga zo maar door. En contracten worden steeds langer en gedetailleerder. Maar is dat nou een recente ontwikkeling? Ik waag het te betwijfelen. Voor het internationale bedrijfsleven is er in ieder geval niets nieuws onder de zon.

Het is waar, de meeste zakelijke contracten zijn in het Engels. Vraag mij niet om een contract in het Nederlands op te stellen; ik ben het vrijwel verleerd. Het Engels is een prachtige taal voor proza, poëzie en liederen. Maar voor contracten eigenlijk een beetje onhandig. Het is geen compacte taal. Voor veel woorden bestaan er wel een paar synoniemen en die worden vaak ook alle in het contract gebruikt om er zeker van te zijn dat het hele pallet is gedekt. Duits is veel compacter. Gewoon, één woord voor één begrip en dan het liefst van 38 letters. Door de beschrijvende vorm is het vaak ook meteen duidelijk wat er met een woord wordt bedoeld.

Maar ja, voor het internationale bedrijfsleven is het Duits niet bepaald de *lingua franca*. Zelfs bij de grote Duitse bedrijven is Engels vaak de voertaal bij hun zakelijke contracten. Onlangs las ik het boek De goede nazi van Nanking. Prachtig boek. Gaat over de vertegenwoordiger van Siemens in China. Die zat daar al sinds ongeveer 1900. Een Duitser, maar zijn zakelijke voertaal was Engels. Ook toen al.

AkzoNobel is opgericht in 1911 en dus bijna een oude dame. Veel van haar dochters zijn zelfs nog ouder. Zoveel oude contracten zijn er helaas niet bewaard gebleven, maar soms kom je er nog wel eens een tegen van dertig tot veertig jaar geleden. Ook toen in het Engels opgesteld. En wezenlijk anders dan de contracten van vandaag de dag?

Nee, geenszins, in ieder geval niet qua opbouw. Zou ik ze vandaag de dag als model gebruiken? Nee, dat ook weer niet, maar dat komt vooral omdat het zakenleven is veranderd, de materiële afspraken zijn anders. Het formele kader waarin de oudere contracten zijn gegoten, is echter redelijk vergelijkbaar met hoe contracten tegenwoordig in elkaar zitten.

Met het veelvuldige gebruik van het Engels in contracten is het zeker geen gegeven dat daarmee ook een veramerikanisering van het recht heeft plaatsgevonden of dat we het binnenkort met Anglo-Amerikaans recht moeten doen. Natuurlijk is er beïnvloeding vanuit 'vreemde' rechtsstelsels, maar in de eerste plaats is die beïnvloeding er over en weer en in de tweede plaats gebeurt het niet uitsluitend vanuit de *common law*-jurisdicties.

Interessant is een recente uitspraak van de Engelse *High Court*. Partijen hadden een in hun branche gebruikelijk Amerikaans modelcontract gebruikt met daarin een wat vaag omschreven exoneratie, die in de Verenigde Staten op basis van aldaar geldende jurisprudentie zou hebben gewerkt. Partijen hadden in het contract echter gekozen voor toepassing van Engels recht. Dit werd de partij die zich op de exoneratie wilde beroepen fataal, omdat de exoneratie, beoordeeld naar Engels recht, niet duidelijk genoeg was omschreven. Zoals kernachtig uitgedrukt in een van de commentaren bij de uitspraak:

'A claimant cannot rely on US case law to interpret a US-based form contract where parties had provided for the contract to be governed by English law.'

118

De stijl van het contract mag dan Amerikaans zijn geweest, dit had geen invloed op de uitleg van het contract naar Engels recht. Ik denk dat een Nederlandse rechter, oordelend naar Nederlands recht, hetzelfde uitgangspunt zou hebben geformuleerd. Daarmee is echter niet het hele verhaal verteld. Het is zeker niet ondenkbaar dat de Nederlandse rechter via de Haviltex-formule uiteindelijk toch de Amerikaanse uitleg van de exoneratie zou hebben gevolgd. Het komt immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij mede van belang kan zijn tot welke Fmaatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

Onder omstandigheden kan de rechter dus de Amerikaanse uitleg van de exoneratie toepassen. Dit is echter geen veramerikanisering, maar een kwestie van contractuitlegging. Nogmaals, ik bestrijd dat ons recht, en zeker het contractenrecht, veramerikaniseert. Hoogstens kun je zeggen dat Nederlandse rechters tegenwoordig wat minder compassie lijken te hebben met professionele partijen die zich professioneel hebben laten bijstaan. Verder wordt in zakelijke relaties doorgaans de letterlijke tekst van een clause als leidend genomen, ook als dat onbillijk voor een der partijen lijkt uit te werken. Maar is dat nou typisch Amerikaans? Ik dacht van niet. Het is vooral een teken van de tijd, passend in de hedendaagse maatschappij. En misschien is het ook wel een kwestie van efficiency, een waar-

schuwing van de rechterlijke macht aan de justitiabelen: kom niet bij ons uithuilen als je veel geld en moeite hebt gestopt in het maken van een contract en het resultaat je bij nader inzien niet bevalt.

En ik zie óók geen veramerikanisering in de stijl van contracteren. Geen erger contract dan een Amerikaans contract. Wij sluiten veel meer aan bij de Engelse stijl van contracteren en dan bedoel ik niet de oude Engelse 'deed' waar geen punt of komma in voorkwam. Engelse contracten zijn vaak vrij helder geformuleerd en anders dan in Amerikaanse contracten komt er doorgaans weinig archaïsch taalgebruik in voor. Wel heb je, door allerlei verwijzingen en definities in definities in definities, soms de indruk dat je door tien hoepels moet springen om te begrijpen wat er staat, maar uiteindelijk kom je er wel.

Maar nogmaals, dat betekent geenszins dat wij beginselen van Engels recht zijn gaan omarmen. Wat ik aan rechtspraak in Nederland zie, is dat uitspraken die door sommigen als (bijna) Amerikaans worden gezien, nog steeds prima passen binnen de kaders van het Burgerlijk Wetboek en de rechtstraditie zoals wij die kennen.

Bij belangrijke contracten merk ik ook niet dat er vaker dan vroeger wordt gekozen voor toepassing van bijvoorbeeld Engels recht. Een belangrijke uitzondering moet ik echter maken: financiële transacties zoals *syndicated loans*, *multicurrency revolving facilities*, *swaps*, *commercial paper*, enzovoort, zijn thans vrijwel zonder uitzondering onderworpen aan Engels recht. Dit gebeurt niet omdat Nederlands recht daar geen oplossing voor zou hebben, maar omdat het de verhandelbaarheid vergroot. De voorwaarden zijn min of meer standaard en daar hoort een uniforme uitlegging bij. Instituten als ISDA (International Swaps and Derivatives Association) en LMA (Loan Markets Association) hebben hier belangrijk aan bijgedragen.

3. Economische, technologische en maatschappelijke ontwikkelingen

Als ik naar mijn praktijk van de afgelopen tien jaar kijk, dan is het belang van een aantal economische, technologische en maatschappelijke ontwikkelingen vele malen groter dan het belang van een aantal rechtsontwikkelingen. Ik noem er een paar, in willekeurige volgorde.

3.1 Globalisering

Ik aarzel een beetje om het over globalisering te hebben. Niet alleen omdat ik het een lelijk anglicisme vind, maar vooral omdat het geen fenomeen is van alleen maar de laatste tien tot twaalf jaar. AkzoNobel bijvoorbeeld opereert als multinational al sinds jaar en dag op het wereldtoneel. Sinds mijn eerste dag als bedrijfsjurist heb ik de wereld over gereisd. Wat echter wel nieuw is, is de enorme schaal waarop de mondialisering zich de afgelopen tien tot twaalf jaar heeft voltrokken en de snelheid waarmee bepaalde ontwikkelingen zijn gegaan.

3.2 Opkomst nieuwe economieën

Op de golf van de globalisering hebben we nieuwe economische supermachten zien ontstaan. Denk aan China en India. Alles wat ik daar over zou kunnen zeggen, is een open deur, maar velen van ons hebben nog weinig notie van het enorme tempo van de ontwikkelingen daar. De ondernemingszin is er niet te stuiten, de opleiding van de mensen gaat in rap tempo (bijna geen kind komt meer van school zonder Engels te hebben geleerd) en in enorme aantallen, en een flink deel van het contractenwerk vindt nu in *Asia-Pacific* plaats.

3.3 Consolidatie van de industrie

Ik hoef niet eens ver te kijken om deze ontwikkelingen terug te zien. Neem AkzoNobel. In 1998 een aardige speler op het gebied van coatings (verf), een zeer diverse portfolio in de chemie, te groot in kunstvezels en te klein in farma. En nu? Er zijn twee grote Engelse beursgenoteerde ondernemingen gekocht (Courtaulds in 1998 en ICI in 2008) waarmee de nummer 1-positie in de wereld op het gebied van coatings werd verkregen en verstevigd, er is afscheid genomen van de vezels en farma en er is veel meer focus gekomen in de chemieportfolio.

Ook deze ontwikkeling zie ik in het licht van de globalisering. In de business-to-business omgeving kom je niet vaak uitsluitend lokaal opererende bedrijven tegen. Kleinere bedrijven worden steeds meer opgekocht door grotere ondernemingen. Het aantal ondernemingen dat mee kan gaan in alle ontwikkelingen neemt af. Daardoor krijg je steeds meer te maken met steeds professioneler wordende partijen.

Van de andere kant heeft er echter ook een versnippering plaatsgevonden door de steeds verdergaande specialisatie. Een gloeilampenfabriek die vroeger zelfs haar eigen machines maakte, maakt tegenwoordig veel producten of onderdelen daarvan niet eens meer zelf.

3.4 Private equity in M&A-transacties

De radicaalste ontwikkeling die ik de afgelopen tien jaar heb gezien op het gebied van contracteren komt voort uit de grote rol die private equity in de overnamemarkt is gaan spelen. Inhoudelijk zijn overnamecontracten wezenlijk veranderd. De snelheid waarmee deals tot stand komen, het lef waarmee bepaalde risico's worden genomen, maar ook de indekking daartegen, de prijsmechanismen, de financiële toevenarij, het zonder scrupules zoeken van claims na de *closing*, de onderhandelings tactieken; allemaal zaken waar een *'old school'* contractenjurist aan ten onder zou gaan.

3.5 Opkomst 'grote' advocatuur; intrede buitenlandse kantoren in top Nederlandse advocatuur

Voor dit gehoor hoef ik daar waarschijnlijk weinig over te zeggen. Nederland is kennelijk een interessant speelveld geworden voor buitenlandse (veelal Engelse en ook wel Amerikaanse) advocatenkantoren. Je zou verwachten dat daarmee een heel scala aan Engelse *precedents* (modellen) over ons zou worden uitgestort, maar voor zover ik dat kan waarnemen, lijkt dat mee te vallen. En zo hoort het ook. Overigens merk je in zijn algemeenheid wel dat

de jonge Nederlandse advocaten op hun kantoren wat 'Engelser' worden geschoold dan zo'n twintig jaar geleden.

Ook deze ontwikkeling heeft volgens mij niets met ver-amerikanisering te maken. De buitenlandse kantoren zien gewoon een goede boterham in Nederland, en treffen hier een goed gestructureerde advocatuur met goede advocaten. Ik zie daar verder geen indicatie in van enige exportpretentie ten aanzien van de rechtssystemen van de Verenigde Staten of het Verenigd Koninkrijk.

3.6 Internet en e-mail; transactiesnelheid

De hoeveelheid data die er op het internet beschikbaar is, is zacht gezegd indrukwekkend. Een enorme hoeveelheid contracten en clausules is al dan niet tegen betaling te vinden. Dat is natuurlijk efficiënt, maar heeft tevens het gevaar van een *copy/paste*-mentaliteit bij juristen en, erger nog, bij business mensen die denken zelf een contract te kunnen schrijven.

Vroeger werd er uitvoerig over een conceptcontract onderhandeld, ging je naar huis, werkte het contract verder uit. Als je in een goede bui was, gaf je met rode pen aan wat er was gewijzigd, het nieuwe concept werd per post verstuurd naar de wederpartij, vervolgens ging je daar weer over onderhandelen, misschien gingen er nog eens een paar telexen overheen, dat herhaalde zich een aantal keren en uiteindelijk kwam je al dan niet tot een afronding. Zo was je soms wel eens een jaar met een transactie bezig. Nu gaat er per e-mail een paar keer een *markup* van een conceptcontract heen en weer, er wordt een paar keer over onderhandeld (op het laatst meestal een paar dagen non-stop) en de deal is rond.

In 2007 verkocht AkzoNobel haar farmaceutische activiteiten. Een deal van € 11 miljard, in twaalf dagen uitgeschreven en uitonderhandeld.

3.7 Standaardisering

Wie heeft nooit de vraag gekregen: heb je daar even een standaardcontractje voor? En wie heeft er niet van die vraag gegruwd? Met als gevolg het geijkte antwoord: 'Meneer/mevrouw, geen situatie is standaard, wij leveren alleen maatwerk ...'

Dat was vóór de crisis. Iedere contractenjurist wilde nog wel zijn modellen met collega's delen, maar o wee als hij/zij confectie moest gaan toepassen. Dat is nu wel anders. De juridische kosten zijn jaar in jaar uit fors gestegen en ook de juridische afdelingen ontkomen niet aan bezuinigingen. Het buzzwoord is standaardiseren. Routinematige klussen standaardiseren en zo mogelijk zelfs automatiseren, waardoor er meer ruimte komt voor het juridische werk met een grotere toegevoegde waarde. Grenzen doen er minder toe, er wordt goed naar elkaar gekeken, ook over de grens. Zo zie ik dat contracten van Zweedse collega's even zo gemakkelijk worden overgenomen door Engelsen, Duitsers en Nederlanders en vice versa, met slechts geringe 'lokale' aanpassingen. Behalve de Amerikanen, die gaan wel mee in het standaardiseringsproces, maar dan wel volgens de eigen modellen. Waag het niet aan de Amerikaanse *closed club* van juristen te komen.

Naast de standaardisering in eigen kring is er wat ik gemakshalve maar de externe standaardisering noem. Ik signaleerde al de ontwikkelingen in de financiële markten waarin veel wordt gewerkt met de standaarddocumentatie, zoals die van ISDA en de LMA. Zeker in de M&A-transactiepraktijk lijkt het soms of er een *look-alike contest* voor contracten aan de gang is. Onafhankelijk van het gekozen recht lijken contracten sterk op elkaar en de meeste issues, of liever: de keuzes die in het contract moeten worden gemaakt, zijn op voorhand wel bekend. Dit kan de snelheid van de transactie vergroten, maar heeft dan weer als nadeel dat er soms iets te gemakkelijk van elkaar wordt gekopieerd.

Het zou mij niet verbazen als we op het gebied van *commodities* een soortgelijke ontwikkeling gaan zien als op de financiële markten, waarbij met algemeen in de markt geaccepteerde modellen zal worden gewerkt, uiteraard voor zover toelaatbaar onder mededingingsregels. Veel contracten komen tegenwoordig elektronisch tot stand en dat laat maar weinig ruimte voor onderhandelingen.

Een veel gehoorde klacht is overigens dat contracten steeds dikker worden. Of beter: lijken te worden. Ik heb voor de aardigheid eens een paar contracten van zo'n tien jaar geleden vergeleken met recentere contracten. Ik heb geen wezenlijke verschillen in omvang kunnen ontdekken. Wel moet gezegd, dat het lijkt alsof de contracten die ik van sommige grote advocatenkantoren zie, er elk jaar weer een jaarring bij krijgen. Ik zie soms bepalingen waarvan ik denk, waar haal je het vandaan? Ik vermoed, maar heb er geen onderzoek naar gedaan, dat het komt door de versterkte centrale aandacht bij de kantoren voor de modellen. De jurisprudentie wordt nauwlettend gevolgd en voor iedere interessante uitspraak wordt er wel een passende tekst in de contracten verzonnen. De kunst van het weglaten wordt helaas nauwelijks meer verstaan ...

Dit leidt er dan weer toe dat er soms clausules bijkomen waarvan de relevantie niet op voorhand duidelijk is.

3.8 DCFR/Global Sales Law Project (?)

Ik heb een aantal van u wellicht teleurgesteld door de *Draft Common Frame of Reference* en het *Global Sales Law Project* niet te noemen. Ik zal u zo mogelijk nog dieper teleurstellen. Ik zet bij beide ontwikkelingen een vraagteken.

Op zichzelf valt het zeker toe te juichen dat de idealen van de *Lex Mercatoria* worden nagestreefd. Die leidde immers in de middeleeuwen tot een grotere vrijhandel en daarmee tot economische bloei en vooruitgang.

Maar wat zien we nu gebeuren? De Lando-commissie is al zo'n dertig jaar geleden met haar werk begonnen. In de tussentijd is er een hoop geschreven. De *Lex Mercatoria* had het voordeel van de eenvoud. Het was snel toepasbaar en juridische snufjes ontbraken, waardoor de handelaren zelf er in de praktijk eenvoudig mee konden omgaan, zonder steeds een jurist te hoeven raadplegen. Echter, de volledige versie van de DCFR telt zo'n 6100 (!) pagina's, de *Outline Edition* altijd nog 650 pagina's. Ik stel voorop dat ik een groot respect heb voor de groepen academici die de DCFR uiteindelijk hebben opgesteld. Als academisch werk heeft het grote waarde en er zal ongetwijfeld inspiratie uit worden geput door wetgevers en magistraten. Dat

is, zo begrijp ik, ook het voornaamste doel van de DCFR. Uiteindelijk zou het moeten uitmonden in een 'political CFR' en die is niet noodzakelijkerwijs gelijk aan de DCFR. Maar ik vrees toch dat het een juridisch Esperanto is waar de praktijk niet goed mee uit de voeten kan. Ik bewonder u als u alle 6100 pagina's heeft gelezen. Ik hoop er na mijn pensionering de tijd voor te vinden.

De vraag is of ook de praktijk wel behoefte heeft aan een uitgebreide uniforme wetgeving of ooit zal krijgen. De *Lex Mercatoria* was ontstaan vanuit de zakenwereld van die tijd, het stond dicht bij de handelaren zelf, was niet synthetisch. Een van de meest fundamentele beginselen was het beginsel van contractsvrijheid, iets dat ook nu nog is verankerd in de meeste rechtssystemen. Zonder die contractsvrijheid zou er geen moderne economie mogelijk zijn en reeds daarom moeten we deze koesteren. Bij een enorme set aan gedetailleerde regels dreigt er echter een grote hoeveelheid dwingend of semidwingend recht te ontstaan en daar schieten we niets mee op. Bovendien, recht – en zeker het contractenrecht – mag nooit het exclusieve domein van juristen worden. Juristen zijn slechts intermediair, de échte gebruikers zijn de ondernemers die transacties entameren en tot stand brengen. De afstand tussen hen en het recht mag dan ook nooit te groot worden.

Daar komt nog bij dat, hoe gedetailleerd de DCFR ook is, de praktijk altijd gevallen zal laten zien die niet zijn gecodificeerd. Als partijen daar niets over hebben afgesproken, zal daar alsnog in het lokale recht aanvullende toepassing voor moeten worden gevonden, of de rechter moet iets uit de hoge hoed toveren.

Een ander barrière voor succes zie ik in het gebruik van meer talen. Ik lees in de *Outline Edition*: '*Linguistic diversity will be respected by ensuring that the DCFR is translated into as many European languages as possible.*' Ik begrijp natuurlijk ook wel dat een ander uitgangspunt politiek en maatschappelijk gevoelig ligt, maar het doel van de DCFR is nu juist om één uniform recht te creëren en daarbij hoort niet dat er in iedere jurisdictie weer interpretatieverschillen kunnen ontstaan als gevolg van het verschillende taalgebruik. Beter is het mijns inziens te accepteren dat het Engels de lingua franca is van het internationale zakenleven en een dergelijk project tot één taal, het Engels, te beperken.

En dan heb ik het nog niet gehad over de toch lokale werking van het communautaire recht. Toegegeven, de Europese Unie is als economische factor nog steeds van belang, maar de belangrijkste bestaande economie is aan de andere kant van de oceaan en de belangrijkste opkomende economieën zitten niet in de EU en grenzen daar ook niet aan. Wat moet ik met de DCFR in mijn relatie met mijn Chinese wederpartij? De vraag stellen is hem beantwoorden. De CISG (*1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*) dan maar? De beoogde werking daarvan is in ieder geval ruimer dan de DCFR; ik meen dat het door zeventig landen is geratificeerd. Grootte is echter geen garantie voor succes. De eerlijkheid gebiedt mij te zeggen dat ik de CISG vrijwel alleen ken van de uitsluitingen ervan in overeenkomsten. Misschien

dus dat het succes er wel is, maar dat ik dat niet zie. Mijn blik is immers ook maar zo ruim als mijn praktijk lang is. *The Global Sales Law Project* wil nog een stap verder gaan. De CISG is de centrale focus en de ambitie is overweldigend: ‘*The Global Sales Law Project resumes the challenge of producing a comprehensive work on sales law encompassing all legal systems and taking into account present day problems.*’ U hoort het goed. Dus het recht van Afghanistan tot het recht van Zimbabwe, van sharia tot civil en common law, en de dagelijkse problemen die in alle landen spelen. Ik geloof niet dat ik daar mijn kaarten op ga zetten. Vrijwel iedere casus is uniek. Hoe vaak bent u, op zoek naar een uitspraak van de Hoge Raad, wel eens op precies dezelfde casus gestuit als de zaak waarmee u worstelt? Of waren er elementen van overeenstemming en was de uitspraak geënt op het specifieke geval, waardoor u het arrest wel kon noemen, echter zonder zekerheid dat de rechter u in uw specifieke geval zou volgen? En dat is nog maar de jurisprudentie van de Hoge Raad. Een van de aardige dingen van procederen in de Verenigde Staten is dat er *searchers* van de advocatenkantoren de hele dag in databanken zitten te neuzen op zoek naar die ene uitspraak die van toepassing is op de onder handen zijnde casus. Daar kan uit schier ontelbare uitspraken worden geput en de queeste naar de identieke casus is als het zoeken naar de speld in de hooiberg. De ambitie om alles omvattend te zijn, is mooi, haar tot leven wekken is een heel ander verhaal.

Wat ik dus maar zeggen wil, je kunt wel naar volledigheid streven, maar dat stadium zul je nooit bereiken. Beter is het dan mijns inziens om met een simpele set regels te komen waar de praktijk mee uit de voeten kan en waar de praktijk zelf de leemtes vult. Ik noemde al de mogelijkheid dat voor *commodities* met standaardcontracten zal worden gewerkt. Als er een kans ligt voor transnationale wetgeving, dan is het daar. Maar dan wel simpel en zonder veel poespas graag. Bovendien, als het al gaat werken, dan waarschijnlijk eerder bij de kleinere exporterende bedrijven – zonder een eigen juridische staf – dan bij de grote multinationals. En juist de kleinere bedrijven zullen behoefte hebben aan eenvoud.

4. Uitleiding

Dat brengt mij terug naar het begin van mijn voordracht. Uiteraard had ik een doel met het verhaal dat ik u heb verteld. Het is, denk ik, illustratief voor het werk van de contractenjurist.

Dus eerst maar eens terug naar de vraag: Wat is een contract? Het antwoord hangt waarschijnlijk ook van de context af. Ik werk voor een grote multinational en in mijn wereld hebben contracten vrijwel altijd betrekking op een zakelijke verhouding, vaak een transactie, maar dat hoeft niet. Voor nu zal ik mij tot de zakelijke transacties beperken. In mijn context zou ik dus zeggen: een contract is de schriftelijke, dus expliciete, weergave van de wilsovereenstemming die tussen twee of meer partijen is bereikt

ten aanzien van de rechten en verplichtingen in een zakelijke verhouding.

Iedere contractenjurist zal zijn best doen om een goed contract te schrijven. Maar wat is dat, een goed contract? Hoe tastbaar kun je ‘goed’ maken?

Ik heb in mijn leven al duizenden contracten gezien, goede en slechte. Je kunt je echter afvragen of je dit onderscheid wel kunt maken. Immers, als een contract de schriftelijke, expliciete weergave is van de wilsovereenstemming die tussen twee of meer partijen is bereikt ten aanzien van de rechten en verplichtingen in een zakelijke verhouding, dan zou er geen sprake zijn van een contract als de wilsovereenstemming tussen partijen niet of niet volledig wordt weergegeven.

Mij is met de paplepel ingegeven geen *a contrario* redeneringen te volgen dan met toestemming van de faculteit. En inderdaad, juridisch zit het natuurlijk wat anders in elkaar. Ik zei het al eerder, *pacta servanda sunt*. Anders gezegd: als de handtekeningen op papier staan, moet je niet zeuren. En, voeg ik daaraan toe met onder meer een verwijzing naar vrij recente jurisprudentie, je moet zeker niet zeuren als het contract met deskundige hulp tot stand is gekomen.

Contracten moeten worden nagekomen, goede en slechte. De rechter past terughoudendheid bij het terzijde stellen van contractuele bedingen, of bij het geven van een uitleg die afwijkt van de letterlijke bewoording.

Aan de contractenjurist de taak om ervoor te zorgen dat de wilsovereenstemming die bestaat tussen de zakelijke beslissingsmakers van partijen, volledig en juist op papier wordt gesteld. Daar doet zich dan wel de bijzonderheid bij voor dat er in contracten vaak *clausules* staan die de business man in het geheel niet begrijpt, laat staan heeft gewild. En toch geven ook die bepalingen de wilsovereenstemming van partijen weer. Niet omdat de business mensen dit willen, maar omdat de specialisten uit de diverse disciplines, en niet in het laatst de juristen, dit willen. Ook ons past hierin een zekere terughoudendheid. Een goed contract is zeker niet per definitie een dichtgetimmerd contract.

Velen van ons zullen het hebben meegemaakt. De business man komt terug met het eerste concept van een contract dat je hebt gemaakt en zegt: ‘Dit kan ook op een A4’tje.’ Ik heb ooit geantwoord dat het Rijksmuseum ook op één schilderij past. Als je echter in woorden moet vatten wat het Rijksmuseum is, welke grote meesters er hangen, hoe hun schilderijen eruit zien, welke stijlen zijn vertegenwoordigd, wat je moet doen bij brand en waar de nooduitgangen zijn, dan moet je jezelf iets meer ruimte gunnen.

Het is het zoeken naar de juiste balans tussen datgene wat voor de gebruikers van het contract essentieel is en datgene wat voor de onderneming van belang is en waar anderen wellicht niet direct bij hebben stilgestaan. Dat begint reeds bij het vaststellen wat nu precies de afspraak is geweest. Zelfs voor ervaren onderhandelaars valt het niet mee om uit een dag onderhandelen precies datgene te destilleren wat partijen menen te hebben afgesproken. Ik zeg met opzet ‘menen te hebben afgesproken’, want niet zelden is er langs elkaar heen gepraat en verkeren partijen

weliswaar in de veronderstelling dat ze sluitende afspraken hebben gemaakt, maar blijkt later bij het schrijven van het contract dat niet zo te zijn.

Het zal de *'litigators'* onder u wellicht verbazen, maar contracten plegen te worden nagekomen. Niet altijd helemaal volgens de letter, maar dat is meestal niet zo erg. Als er een probleem met een contract is, dan is het heel vaak niet vanwege de interpretatie ervan, maar omdat zich een situatie voordoet waar partijen niet in hebben voorzien. Het recht biedt lang niet altijd de helpende hand en het is dus primair aan partijen zelf om daar een oplossing voor te vinden. Het zijn typisch situaties die je niet aan een rechter of arbiter wilt overlaten. Er zal dus over onderhandeld moeten worden, in uiterste nood mogelijk met de hulp van een mediator. En ook die afspraken zullen weer op papier moeten komen.

Kortom, als ik een contract schrijf, dan probeer ik de gemaakte afspraken zo goed en helder mogelijk op papier te krijgen en een aantal leemtes te vermijden. Als dat is gebeurd, is het toepasselijke recht van ondergeschikt belang. Natuurlijk, de rechtskeuze moet de gemaakte afspraken niet in de weg staan, maar daar waar het principe van de contractsvrijheid geldt, is dat in de regel geen probleem. Met Nederlands recht kan ik prima uit de voeten en op een paar uitzonderingen na heb ik ook geen behoefte aan toepassing van het recht van bijvoorbeeld *common law*-jurisdicties.

Dames en heren, ik rond af met een blik vooruit. Waar zullen we zijn over tien jaar? Gaan we het meemaken dat het gros van de contracten in het Chinees wordt opgesteld, met verplichte bezwerings uit de koker van communistische bureaucraten? Zullen we alleen maar kunnen kiezen uit Engels recht of het recht van de staat New York? Zal er een *'political CFR'* tot stand zijn gekomen? Zal *The Global Sales Law Project* erin zijn geslaagd om een samenhangend opus over het wereldwijde recht van koop en verkoop samen te stellen? Zullen contracten alleen nog uit modellenmachines rollen zonder verdere inmenging van juristen? Zullen we in staat zijn om met computers rechterlijke uitspraken te voorspellen? Zullen we veramerikaniseerd zijn?

Ik denk het niet.

Zullen internationale contracten nog in het Engels luiden? Zullen Nederlandse rechters nog steeds Nederlands recht toepassen? Zal er nog over contracten worden geprocédéerd? Zal er nog inspiratie kunnen worden geput uit bladen als Contracteren?

Ik denk het wel.