

Tilburg University

Aanvullend contractenrecht

van Bijnen, R.H.J.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2004

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Bijnen, R. H. J. (2004). Aanvullend contractenrecht: Naar rechtsregels die de belangen van partijen optimaal verwezenlijken. *Nederlands Juristenblad*, 79(40), 2080-2088.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

mr R.H.J. van Bijnen*

Aanvullend contractenrecht:

*Naar rechtsregels die de belangen van partijen optimaal verwezenlijken***

1 De noodzaak van onderzoek naar aanvullend recht

In dit artikel gaat het om de vraag welk criterium de inhoud van aanvullend contractenrecht moet bepalen. Ik betoog dat aanvullend contractenrecht partijen zoveel mogelijk moet helpen om hun belangen te verwezenlijken. Contractspartijen hebben in het algemeen belang bij een zogenaamd compleet contract, omdat hen dat de meeste contractuele ‘winst’ oplevert.¹ Een compleet contract is een overeenkomst waarin voor elke (toekomstige) omstandigheid de meest optimale voorziening is getroffen. Partijen kunnen in werkelijkheid uiteraard nooit een compleet contract sluiten, omdat hen dat te veel tijd, moeite en geld zou kosten. Partijen willen daarom, zo betoog ik, dat het aanvullend recht hen helpt het complete contract zo dicht mogelijk te benaderen. De rechtsregels die dit het beste doen, gelden derhalve als optimaal.

Waarom is een onderzoek naar aanvullend contractenrecht belangrijk? In de eerste plaats is het gehele verbintenissenrecht – en daarmee het contractenrecht – aanvullend van aard, tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, wat niet vaak het geval is.² Ten tweede is het contractenrecht in dit opzicht uitzonderlijk. Op vrijwel alle andere rechtsgebieden zijn de rechtsregels immers overwegend dwingend van aard.³ Hierdoor zou men verwachten dat men in elk onderzoek naar (een leerstuk van) aanvullend recht uitgebreid stilstaat bij dit uitzonderlijke gegeven. Niets is echter minder waar. Ik heb geen Nederlandstalige publicatie over aanvullende rechtsregels kunnen vinden waarbij het feit dat partijen hier contractueel van af kunnen wijken, van invloed is op de uiteindelijke conclusies.

Uit de praktijk komen inmiddels klachten over het aanvullend contractenrecht. In een Kroniek van het vermogensrecht stellen Drion en Van Wechem dat ons aanvullend contractenrecht uit de tijd is, omdat het niet meer is toegesneden op de behoeften van de moderne (commerciële) contractsp praktijk. Als voorbeeld noemen ze de ongelimiteerde aansprakelijkheid voor toerekenbare tekortkomingen en het sterk gelimiteerde overmachtbegrip. Voor de commerciële praktijk is dit onaanvaardbaar, waardoor veel commerciële partijen gedwongen worden om contractueel af te wijken van het aanvullend recht. Dit brengt veel kosten met zich, die partijen zich zouden kunnen besparen wanneer het aanvullend recht beter aan zou sluiten op hun wensen.⁴ In het verlengde hiervan ligt de al vaak geuite kritiek – door bijvoorbeeld Tjittes en Brunner – dat commerciële partijen een

* Rogier van Bijnen is als AIO verbonden aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg. Met dank aan Maurits Barendrecht, Willem van Boom, Coen Drion, Ivo Giesen en Jan Vranken.

** Van dit artikel bestaat ook een langere versie welke is te raadplegen op www.njb.nl. In deze internetversie is meer aandacht voor praktische toepassingen en voor de verhouding tussen aanvullend contractenrecht en algemene voorwaarden.

¹ Met ‘winst’ bedoel ik ook niet-financiële winst.

² Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 247; Loth 2000, p. 11.

³ Loth 2000, p. 9-13.

⁴ Drion & Van Wechem 2004, p. 472.

eigen handelscontractenrecht willen, omdat commerciële partijen nu eenmaal aan hele andere normen behoefte hebben.⁵

In § 2 zet ik uiteen waarom aanvullend recht partijen moet helpen om hun belangen optimaal te verwezenlijken. Ik geef eveneens aan waarom de grondslag van ons huidige aanvullend recht verlaten dient te worden. De argumenten die ik hiervoor hanteer, zijn voor een groot deel (indirect) afkomstig uit de rechtseconomische literatuur. Degene die hierbij direct aan allerlei onbegrijpelijke formules en conclusies denkt, kan ik geruststellen. Ik heb getracht de abstracte en hoog theoretische conclusies van rechtseconomen om te zetten in concrete argumentaties en aanbevelingen voor het geldend recht, zodat ook lezers die kritisch tegenover de rechtseconomische methode staan, zich thuis zouden moeten kunnen voelen bij de argumentatie en de door mij gedane aanbevelingen.

In § 3 komen drie methoden aan bod, waarmee de belangen van partijen kunnen worden gediend. De methoden die ik bespreek zijn: regels (scherpe normen), standaarden (open normen) en de formele methode (geen aanvullend recht). Ik bespreek de voor- en nadelen van deze methoden en geef tevens aan wanneer men voor welke methode zou moeten kiezen als het gaat om het bepalen van het aanvullend recht. In § 4 komt aan de orde of de eerder getrokken conclusies aanleiding geven tot aanpassingen van ons aanvullend contractenrecht. Ik behandel de leerstukken overmacht, onvoorziene omstandigheden en uitleg.

2 De grondslag van aanvullend contractenrecht

2.1 Partijen helpen hun belangen optimaal te verwezenlijken

In de Nederlandse literatuur is nauwelijks aandacht besteed aan de grondslag van aanvullend recht. In de Verenigde Staten daarentegen, wordt al zo'n twintig jaar een intensief debat gevoerd over wat nu het juiste criterium is om de inhoud van aanvullend recht vast te stellen. De grondslag die daar vaak wordt gekozen, is dat het aanvullend contractenrecht er is om partijen te helpen hun belangen optimaal te verwezenlijken.^{6 7} Partijen willen het liefst een compleet contract sluiten, maar als gevolg van transactiekosten is dit onmogelijk.⁸ Onder transactiekosten versta ik naast alle puur financiële kosten ook zaken als tijd en moeite die het partijen zou kosten om (uiterst gedetailleerde) complete contracten te sluiten. Een compleet contract is een overeenkomst waarin voor elke (toekomstige) omstandigheid de meest optimale voorziening is getroffen.⁹ Het aanvullend recht kan partijen helpen transactiekosten terug te dringen om hen zodoende dichter bij het complete contract brengen. Dit is op drie manieren mogelijk.

In de eerste plaats kan aanvullend recht die zaken voor partijen regelen die zij zelf de moeite van het regelen niet waard vinden. Zo zullen partijen risico's, waarvan de kans erg klein is dat ze zich verwezenlijken, vaak niet in het contract benoemen. Een aanvullende overmachtregeling bijvoorbeeld kan de allocatie van deze risico's dan voor partijen

⁵ Zie bijvoorbeeld: Tjittes 1997, p. 375 e.v.; Brunner 1992, p. 93 e.v.; zie verder ook: Smits 1998, p. 24 en 31 e.v.; Van Boom 2003, p. 302 e.v.

⁶ Onder belangen versta ik *alles* waar partijen waarde aan hechten. Contractuele belangen bestaan derhalve uit financiële en niet-financiële belangen. Zie voor een uitgebreide rechtvaardiging van belangenmaximalisatie als normatief criterium: Kaplow & Shavell 2002; Toegesplitst op commerciële contracten: Schwartz & Scott 2003, p. 555-6.

⁷ De eersten die dit punt maakten zijn Goetz & Scott 1983, p. 971; Goetz & Scott 1985, p. 262-3; Een mooi overzicht geven Ayres & Gertner 1989, p. 90; Zie recentelijk: Schwartz & Scott 2003, p. 555-6, 596.

⁸ Zie: Eggleston e.a. 2000, p. 103; Ayres & Gertner 1992, p. 730 e.v.; Schwartz 1998, p. 277 e.v.; Schwartz & Scott 2003, p. 595.

⁹ Ayres & Gertner 1992, p. 729-32; Eggleston e.a. 2000, p. 100-103; Schwartz 1998, p. 277 e.v.

verzorgen. In de tweede plaats kan aanvullend recht zaken voor partijen regelen die zij bij afwezigheid van aanvullend recht wel zelf geregeld zouden hebben. Het voordeel hiervan is dat partijen zich de tijd en de moeite kunnen besparen die nodig zijn om zelf een regeling te treffen. Zo zal elke partij een remedie in geval van niet-nakoming wensen. Wanneer het aanvullend recht dit nu voor partijen oplost, hoeven zij zelf geen regeling meer te treffen. Ten derde maken partijen fouten bij het opstellen van hun contracten. Aanvullend recht kan die fouten voor partijen herstellen.¹⁰ Door de Haviltex-norm is het bijvoorbeeld mogelijk om eventuele fouten in een schriftelijk contract te herstellen door te kijken naar de achterliggende bedoelingen van partijen.¹¹

Aan deze gedachte dat aanvullend recht partijen kan helpen het complete contract te benaderen, ligt wel een belangrijke veronderstelling ten grondslag. Het aanvullend recht kan partijen namelijk alleen helpen wanneer het exact die contractuele bepalingen bevat *die partijen ook overeen gekomen zouden zijn*, als zij voldoende tijd en moeite zouden hebben genomen om zelf over het desbetreffende onderwerp te onderhandelen.¹² Regelt het aanvullend recht iets anders dan worden partijen niet geholpen en wijken ze bij contract van het aanvullend recht af. Wanneer het aanvullend recht bijvoorbeeld in een remedie voor niet-nakoming voorziet, dan bespaart dit partijen alleen maar tijd en moeite wanneer dit dezelfde remedie is, die zij ook zouden hebben gewild als ze zelf voldoende over het probleem hadden nagedacht. Komen de wil van partijen en het aanvullend recht namelijk niet overeen, dan wordt het complete contract niet benaderd en dient een andere regeling de belangen van partijen beter. Dit betekent dat partijen alsnog zelf een kostbare en tijdrovende regeling moeten treffen om van het aanvullend recht af te wijken.¹³ Het aanvullend recht heeft derhalve *alleen* maar nut als het datgene regelt waar partijen belang bij hebben, aangezien partijen er anders simpelweg van af zullen wijken.¹⁴

Men kan achterhalen wat partijen bij een compleet contract zouden afspreken, door na te gaan welke voorwaarden in het belang van *beide* partijen zouden zijn. Partijen willen namelijk die voorwaarden waarbij de gezamenlijke winst maximaal is. Partijen krijgen immers een gedeelte van die winst en daarom geldt, hoe groter de gezamenlijke winst, hoe groter ieders deel.¹⁵ Ik kom terug op de vraag hoe men in de praktijk deze wederzijds voordelige voorwaarden kan achterhalen.

Het recht zal echter niet altijd alle partijen aan wederzijds voordelige voorwaarden kunnen helpen. Er zijn talloze verschillende soorten contracten waarvoor steeds andere bepalingen de meest voordelige zijn. Commerciële partijen sluiten bijvoorbeeld heel andere contracten dan particulieren. Het aanvullend recht moet doorgaans weerspiegelen wat de meerderheid van partijen wil. Deze meerderheid bespaart dan transactiekosten. Voor de minderheid geldt echter dat zij nog altijd zelf iets anders overeen kunnen komen. Zij besparen weliswaar geen transactiekosten, maar er is voor hen ook niets verloren. Juist daarom is het grootste deel van het contractenrecht *aanvullend* van aard. Ik kom ook hier nog uitgebreid op terug.

¹⁰ Goetz & Scott 1985, p. 274. Het herstellen van fouten bespaart transactiekosten, aangezien partijen hierop kunnen anticiperen, waardoor zij niet meer bovenmatig secuur hoeven te zijn.

¹¹ Naar huidig recht is het de vraag of uitlegeregels aanvullend van aard zijn. In § 4.3 betoog ik echter dat dit wel het geval is, althans zou moeten zijn.

¹² Over deze ‘*would have wanted theory*’: Goetz & Scott 1983, p. 1007; Easterbrook & Fischel 1991, p. 15, 34, 250; Schwartz & Scott 2003, p. 596-7; zie verder het overzicht van Ayres & Gertner 1989, p. 90.

¹³ Soms zullen partijen zelfs geen regeling treffen, omdat de transactiekosten niet opwegen tegen de voordelen. Dit betekent echter een sub-optimaal contract, omdat, wanneer het niet geregelde probleem zich voordoet, het aanvullend recht in werking treedt, terwijl dat partijen nu juist niet datgene geeft waar ze belang bij hebben.

¹⁴ Schwartz 1993, p. 402, 413-6; Schwartz & Scott 2003, p. 597.

¹⁵ Schwartz & Scott 2003, p. 550-54.

Soms kiezen partijen voor eenzijdige in plaats van wederzijds voordelige voorwaarden. Moet het aanvullend recht dit dan ook doen, als dit is wat partijen zouden hebben gewild? Absoluut niet. Eenzijdige voorwaarden ontstaan omdat partijen niet goed geïnformeerd, irrationeel of niet gelijkwaardig zijn. In veel gevallen wordt getracht dit te voorkomen door een partij tegen zichzelf of tegen de wederpartij te beschermen.¹⁶ Wanneer partijen niets geregeld hebben, moet het aanvullend recht hen dan ook van die voorwaarden voorzien die volledig geïnformeerde, rationele en gelijkwaardige partijen gekozen zouden hebben: die voorwaarden waarbij de gezamenlijke winst maximaal is.

Bescherming van de zwakkere partij kan overigens verder los gezien worden van het aanvullend recht.¹⁷ Al zijn de voorwaarden nog zo onredelijk en is bescherming gepast, dan nog is het *altijd* positief wanneer het aanvullend recht *beide* partijen transactiekosten kan besparen voor de zaken die zij *niet* geregeld hebben.

2.2 *Het geldend recht*

De reden dat ons verbintenissenrecht grotendeels aanvullend van aard is, is gelegen in de contractsvrijheid. Zolang er geen reden is om de zwakkere partij, derden of de maatschappij als zodanig te beschermen, moeten partijen vrij zijn om bij contract van het recht af te wijken.¹⁸ Uit de Nederlandse literatuur wordt zodoende wel duidelijk *waarom* en *wanneer* aanvullend recht gewenst is, de *grondslag* ervan – volgens welk criterium bepaalt men de inhoud van het aanvullend recht – blijft echter veelal onbesproken.

Eén van de weinigen die in de Nederlandse literatuur aandacht heeft besteed aan de grondslag van het aanvullend recht is Scholten, die stelt dat het aanvullend recht in dienst staat van de *rechtvaardigheid*. Dit betekent dat de inhoud van het aanvullend recht bepaald moet worden aan de hand van hetgeen rechtvaardig is. De wetgever (of rechter) die aanvullend recht opstelt, moet bepalen welke rechtsregel de beste, de rechtvaardigste is.¹⁹ Dit is een normatieve benadering, omdat het aanvullend recht stelt – in de woorden van Scholten – hoe *‘het behoort’*.²⁰

Rechtvaardigheid is echter ongeschikt om als grondslag te dienen voor het aanvullend recht. Waarom moet partijen iets opgedrongen worden, terwijl volledige contractsvrijheid wenselijk wordt geacht? Er zijn zoveel verschillende soorten contracten en voor elk type contract is er een ander soort bepaling die het beste werkt. Waarom ‘behoort’ de ene bepaling dan wel en de andere niet? Is het niet veel logischer partijen datgene te geven wat ze willen en waar ze *beiden* beter van worden? Bovendien wijken partijen als het aanvullend recht niet in hun belang is, er simpelweg van af. Het aanvullend recht kan dan nog zo rechtvaardig zijn, maar als geen enkele partij het wil, is het volledig nutteloos. Is het dan niet beter dat het aanvullend recht partijen tijd en moeite bespaart door die regeling voor partijen te treffen die zij wensen?

2.3 *De nadelen van aanvullend recht*

¹⁶ Zie bijv. Loth 2000, p. 41 e.v.; Trebilcock 1997.

¹⁷ In uitzonderingsgevallen kan men met aanvullend recht zwakke partijen beschermen door het aanvullend recht zo op te stellen dat de sterke partij het niet wil (zgn. *penalty default*), zie Ayres & Gertner 1989. Ik laat deze uitzondering echter buiten beschouwing.

¹⁸ Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 247; Loth 2000, p. 41 e.v.; Meijers 1972, p. 831-2; Trebilcock 1997.

¹⁹ Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974, p. 21-22.

²⁰ Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974, p. 23.; zie ook Schwartz 1993, p. 402 en 413 e.v.; Zie Loth 2000, p. 24 en de internetversie van dit artikel voor een alternatieve benadering van Van Apeldoorn.

Het is inmiddels duidelijk dat partijen het liefst een compleet contract willen sluiten, omdat dit hun gezamenlijke winst maximaliseert. Omdat een compleet contract sluiten ondoenlijk is, willen partijen dat het aanvullend recht hen helpt transactiekosten te besparen en zo tot dat contract te komen dat ze zelf ook hadden gesloten als ze onbeperkt en kosteloos hadden kunnen onderhandelen. Ik noemde eerder al drie manieren waarop het aanvullend recht partijen transactiekosten kan besparen (§ 2.1).

Partijen willen transactiekosten echter niet tegen elke prijs besparen. Er kleven namelijk twee grote nadelen aan aanvullend recht. Zo kan aanvullend recht zowel de *kosten van een geschil* aanzienlijk verhogen, als *fouten van rechters* in de hand werken. Het aanvullend recht werkt veelvuldig met open normen, zoals de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid. Het nadeel van dergelijke open normen is dat deze zowel partijen als rechters in de regel weinig houvast bieden. Dit betekent dat wanneer het aankomt op een procedure beide partijen deze open normen in hun eigen voordeel zullen proberen toe te passen.²¹ Dit leidt er toe dat alle betrokkenen veel tijd (en dus kosten) kwijt zijn aan de invulling van deze normen. Deze kosten kunnen zodanig oplopen dat deze de eerder bespaarde transactiekosten weer tenietdoen, waardoor het aanvullend recht partijen per saldo niet meer zal helpen.

Op dezelfde wijze kunnen fouten van rechters de in eerste instantie bespaarde transactiekosten weer ongedaan maken. Een rechter maakt mijns inziens een fout *wanneer hij een rechtsnorm onjuist toepast*. Aanvullend recht kan fouten op twee manieren in de hand werken. Bij de toepassing van aanvullend recht hebben rechters in de eerste plaats vaak bijzonder veel (private) informatie van partijen nodig, welke vaak lastig te verifiëren is.²² Vooraf hebben partijen weliswaar dezelfde belangen, maar als achteraf een geschil ontstaat, zijn deze volledig tegengesteld. Hierdoor ontvangt de rechter tegengestelde informatie van partijen, waardoor de kans altijd aanwezig is dat de rechter deze private informatie onjuist beoordeelt.²³

Zo zal een rechter die in het kader van de open Haviltex-norm de partijbedoelingen probeert te achterhalen, hier tegengestelde informatie van partijen over ontvangen. Zo moest in de Haviltex-zaak zelf bepaald worden of Haviltex op grond van hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten, nu wel of geen goede reden nodig had om zijn bevoegdheid om een machine binnen zes maanden te kunnen retourneren, te kunnen inroepen.²⁴ Het logische gevolg van deze open norm is dat (op basis van private informatie) de ene partij zal betogen dat wel een goede reden nodig was om de bevoegdheid in te roepen (bijvoorbeeld omdat de bevoegdheid een soort van garantie was), terwijl de andere partij zal betogen dat de goede reden helemaal niet nodig was (bijvoorbeeld omdat de bevoegdheid onvoorwaardelijk bij wijze van verkoopstunt was toegekend om zo de koper over de streep te trekken). De rechter zal beide versies veelal niet objectief kunnen verifiëren. Hierdoor is de *kans* aanzienlijk dat hij de fout in gaat en juist het tegenovergestelde kiest van wat partijen over en weer werkelijk van elkaar mochten verwachten.²⁵ Merk overigens op dat wanneer de rechter daadwerkelijk een dergelijke fout maakt, hem dit nauwelijks verweten kan worden. Er is immers geen betere informatie voor handen en hij zal de open norm toch moeten toepassen.

Mocht de rechter deze eerste hobbel nemen, dan is er nog een tweede manier waarop hij in de fout kan gaan. De kans is namelijk aanzienlijk dat hij de eenmaal geverifieerde

²¹ Schwartz & Scott 2003, p. 601-5; Scott 1990, 613-4.

²² Posner 2000, p. 752; Schwartz 1992, p. 282; Schwartz 1998, p. 280, 282; Schwartz & Scott 2003, p. 605-8; Hadfield 1994, p. 162; Hart 1995, p. 37-8.

²³ Schwartz & Scott 2003, p. 605-7.

²⁴ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

²⁵ Soms kiezen rechters zelfs voor iets wat geen van beide partijen (!) heeft betoogd: HR 21 juni 1996, NJ 1997, 327 (Van Genk/De Wild).

informatie verkeerd interpreteert. Een rechter is immers een generalist, zonder specifieke (economische) opleiding op de terreinen waarover hij geacht wordt een uitspraak te doen. Zo bestaat er (Amerikaans) empirisch bewijs dat de meeste rechters die moesten oordelen over een bepaald type ingewikkelde financiële transacties, totaal niet begrepen hoe deze transacties in zijn werk gingen.²⁶ Rechters zijn op een flink aantal fronten – buiten hun schuld overigens – simpelweg niet toegerust om elke transactie volledig te doorgronden.²⁷

Waarom is een rechterlijke fout nu precies nadelig? Herinner dat aanvullend recht datgene moet weerspiegelen wat partijen willen. Wanneer de rechter aanvullende normen nu onjuist toepast, leidt dit er toe dat partijen hun belangen juist niet kunnen verwezenlijken. Bovendien creëert een grote kans op rechterlijke fouten voor toekomstige contractspartijen een grote mate van rechtsonzekerheid.²⁸ Sommige partijen zullen dit aanvaarden, anderen zullen hierop anticiperen door of (a) hun intenties voor zover mogelijk nog beter te communiceren, hetgeen transactiekosten met zich brengt,²⁹ of (b) alleen eenvoudig te verifiëren en te interpreteren contracten te gebruiken, maar dit zijn niet de meest optimale contracten.³⁰ Derhalve kunnen ook rechterlijke fouten – net als de kosten van een geschil – de voordelen van eenmaal bespaarde transactiekosten weer volledig teniet doen.³¹

3 Drie methoden om aanvullend recht op te stellen

De conclusie tot zover is dat aanvullend contractenrecht zoveel mogelijk datgene voor partijen moet regelen wat zij zelf ook afgesproken zouden hebben als ze onbeperkt en kosteloos hadden kunnen onderhandelen. Op die manier brengt het aanvullend recht partijen dicht bij het complete contract. Er moet echter ook rekening worden gehouden met de nadelen die aanvullend recht kan veroorzaken, welke partijen juist weer verder van het complete contract afbrengen. De rechtsregels die partijen per saldo het dichtst bij het complete contract brengen, dienen de belangen van partijen optimaal en hebben daarom de voorkeur. De vraag die in deze paragraaf centraal staat, is aan de hand van welke methode een wetgever of rechter het beste de rechtsregels kan achterhalen die aan dit criterium voldoen. Ik zal laten zien dat er een drietal alternatieven bestaan die allen tegemoet kunnen komen aan de belangen van partijen, maar die ook elk hun eigen nadelen hebben.

3.1 *Regels*

De eerste methode om aanvullend recht op te stellen, is het gebruik van *regels*. Regels zijn scherpe normen, waarvan de exacte rechtsgevolgen op voorhand vaststaan. Het enige dat de rechter nog moet doen, is het vaststellen van de feiten.³² Een voorbeeld hiervan is de regel dat

²⁶ Allen & Staaf 1982, te kennen uit Posner 2000, nt. 21.

²⁷ Posner 2000, p. 758; Scott 2000, p. 861, 865, 875; Hadfield 1994, p. 162.

²⁸ Posner 2000, p. 752-3; Kraus & Walt 2000, p. 196-8; Scott 2000, p. 859-60; Sunstein 1999, p. 654-7.

²⁹ Charny 1991, p. 1820, nt. 24; Goetz & Scott 1985, p. 266; Triantis 1999, p. 111.

³⁰ Men gaat er in het algemeen van uit dat partijen liever sub-optimale contracten gebruiken die rechters kunnen verifiëren, dan optimale contracten die niet verifieerbaar zijn. Schwartz, 1998, p. 282; Posner 2000, p. 752; Eggleston e.a. 2000, p. 119 e.v.

³¹ De tegenwerping dat deze twee factoren niet zo van belang zijn, omdat slechts een heel klein percentage van alle contracten tot een procedure leidt, is onjuist. *Elk* contract wordt namelijk (mede) opgesteld met het oog op een mogelijke procedure. Dit betekent dat partijen op dat moment al zullen anticiperen op mogelijke gerechtelijke kosten en rechterlijke fouten door transactiekosten te maken of een minder optimaal contract op te stellen.

³² Het vaststellen van de feiten is uiteraard niet altijd eenvoudig en er zal altijd interactie blijven met de norm die rechter moet toepassen (Asser-Vranken, nr. 106-111). Het gaat mij hier echter om het (principiële) contrast tussen een regel en een standaard.

men aansprakelijk is voor ingeschakelde hulppersonen (art. 6:76 BW). Partijen weten door deze regel op *voorhand* wat hen te wachten staat als ze een hulppersoon inschakelen. Het tegenovergestelde van een regel is een *standaard*, welke verderop uitgebreid aan de orde komt.³³ Een standaard is een vage, open norm, waarvan de rechtsgevolgen *achteraf* door de rechter worden ingekleurd. Het enkele vaststellen van de feiten is niet meer voldoende, de rechter zal aan deze feiten ook een waardeoordeel moeten koppelen. Zo bepaalt een rechter altijd achteraf welk gedrag wel en niet als redelijk en billijk beschouwd wordt.

Wil een regel partijen helpen het complete contract te benaderen, dan dient deze opgesteld te worden aan de hand van hetgeen partijen willen. Kiest men namelijk een ander criterium – bijvoorbeeld rechtvaardigheid – dan bestaat het risico dat veel partijen van de regel af zullen wijken. Het is echter vrijwel onmogelijk om een regel te kiezen die voor *alle* contractspartijen voordelig is. Commerciële partijen hanteren onderling immers hele andere bepalingen dan particulieren. Zo zijn er contracten waarbij beide partijen het voordelig vinden om aansprakelijkheid voor hulppersonen aan te nemen, maar er zijn ook contracten waarbij beide partijen deze aansprakelijkheid juist niet willen. Het ligt dan voor de hand om die regels te kiezen waarvan de meerderheid van de contractspartijen wil dat deze gelden.³⁴

Dit is alleen anders wanneer de belangen van de minderheid zwaarder wegen. Dit is het geval wanneer de minderheid veel lastiger van het aanvullend recht af kan wijken dan de meerderheid.³⁵ Zo kunnen particulieren bijvoorbeeld veel lastiger afwijkende bepalingen in hun contract op nemen, dan dat grote commerciële partijen dit kunnen. Ook al sluiten commerciële partijen de meerheid van de contracten, dan kan het toch heel logisch zijn om voor een minderheidsregel te kiezen.

Het is belangrijk om te beseffen dat er bij een regel vrijwel *altijd* partijen zijn voor wie de regel niet voordelig is. Deze partijen zullen afwijken van het aanvullend recht door zelf een bevredigende regeling te treffen. Rechters dienen dergelijke regelingen volledig te respecteren,³⁶ aangezien er in mijn optiek geen enkele normatieve werking van het aanvullend recht uit gaat. Regels worden gekozen op basis van wat de meerderheid wil, omdat dan de meeste partijen worden geholpen, niet omdat wat zij willen ‘behoort’. Partijen die afwijken hebben nu eenmaal gemeend dat niet het aanvullend recht, maar de door hen gekozen voorwaarden hun beider belangen het beste dienen.

3.2 *Standaarden*

Het tegenovergestelde van een regel is een standaard. Een standaard is een open, vage norm waarbij de rechtsgevolgen achteraf door de rechter bepaald worden. Het enkel vaststellen van de feiten is hier niet voldoende. De rechter zal deze feiten ook moeten beoordelen teneinde een rechtsgevolg aan de standaard te kunnen geven. Eerder noemde ik al dat de redelijkheid en billijkheid aan dit kenmerk voldoet. Wil men met een standaard partijen helpen, dan zal de rechter de standaard in moeten vullen *aan de hand van hetgeen partijen zelf overeen zouden zijn gekomen* als ze de tijd en moeite hadden genomen om een compleet contract te sluiten.³⁷

³³ Wanneer ik spreek over *rechtsregels* bedoel ik daar het samenspel van regels en standaarden mee. De tegenstelling tussen een regel en standaard zit hem in het moment van het creëren van de norm: vooraf of achteraf. Zie over het verschil tussen *rules* en *standards*: Kaplow 1992; Barendrecht 1995; Toegespitst op contracten: Ayres & Gertner 1989, p. 90-92, 117-8.

³⁴ Op die manier worden namelijk maatschappelijk gezien de meeste transactiekosten bespaard, Goetz & Scott 1985, p. 263; Goetz & Scott 1983, p. 971.

³⁵ Ayres & Gertner 1999, p. 1594 e.v.; Ayres & Gertner 1989, p. 114.

³⁶ Schwartz & Scott 2003, p. 596; Goetz & Scott 1985, p. 266, 290; Ayres & Gertner 1989, p. 120.

³⁷ Zie over de hypothetische keuze: Charny 1991; zie verder Kaplow 1992, p. 619; Posner 2003, p. 840; Ayres 1992, p. 1395-7; Easterbrook & Fischel, p. 15, 34, 250.

Dit betekent dat de rechter moet achterhalen wat *dergelijke* (vergelijkbare) partijen in die situatie normaliter zouden afspreken.³⁸

Alleen als de rechter dit criterium hanteert, helpt het aanvullend recht de partijen om transactiekosten te besparen. Als partijen namelijk voor de keuze staan om een bepaald thema in hun contract al dan niet zelf te regelen, dan zullen ze er alleen voor kiezen om dit aan het aanvullend recht over te laten, wanneer het aanvullend recht datgene voor hen doet wat ze anders zelf zouden hebben willen regelen.³⁹ Weten partijen dat het aanvullend recht achteraf iets anders regelt (of dat de kans hierop groot is), dan zullen partijen ervan afwijken en zelf een (kostbare) voorziening treffen.⁴⁰ Rechters passen momenteel het hier voorgestelde criterium echter niet toe wanneer zij een standaard gebruiken. Verderop zal ik dan ook betogen dat verandering op dit punt wenselijk is.

Bij het vaststellen van wat partijen zelf overeen zouden zijn gekomen, mag een rechter er van uit gaan dat partijen datgene zouden afspreken wat het meest in hun *beider* belang is (zie § 2.1). Hoe een rechter dit criterium nu concreet moet toepassen, wordt het beste duidelijk door middel van een voorbeeld. Wanneer de rechter bijvoorbeeld moet bepalen of het een huurster van een auto op grond van verkeersopvattingen al dan niet toe te rekenen valt (art. 6:75 BW) dat zij de auto niet retourneert als gevolg van diefstal, dient hij dit te doen aan de hand van hetgeen partijen hierover zelf op voorhand afgesproken zouden hebben, als ze de tijd en moeite genomen hadden om dit risico te alloceren. Nu een professionele verhuurder zich in het algemeen goedkoper tegen diefstal kan verzekeren dan de particuliere huurder, zouden partijen het risico van diefstal vooraf bij de verhuurder gelegd hebben. Hierdoor moet de rechter beslissen dat de niet-nakoming de huurster niet toe te rekenen valt.⁴¹ Bijkomend voordeel is dat bij dergelijke toekomstige huurcontracten ook geen aandacht aan dit probleem hoeft te worden besteed.

Het grote voordeel van een standaard is dat een rechter op deze wijze naar de omstandigheden van het geval kan kijken en rekening kan houden met problemen die ten tijde van het maken van het contract nog niet bekend waren.⁴² In theorie zal geen enkele partij van een standaard willen afwijken, dit simpelweg omdat de rechter exact datgene doet wat ze zelf ook gedaan zouden hebben. In tegenstelling tot een regel helpt men met een standaard daarom *alle* partijen transactiekosten te besparen.⁴³ Een regel is immers ‘*one size fits all*’ en voor wie de regel niet ‘past’, geldt dat hij zelf maar een bevredigende regeling moet treffen.

Een norm als de redelijkheid en billijkheid is op het eerste gezicht erg aantrekkelijk, omdat men rekening kan houden met toekomstige omstandigheden en de omstandigheden van het geval. Hierdoor hoeft in principe geen enkele partij af te wijken van het aanvullend recht, hetgeen erg veel transactiekosten scheelt en partijen in theorie dicht bij het complete contract brengt. De reden dat men met een standaard veelal alleen *in theorie* enorme transactiekosten kan besparen, is gelegen in het feit dat een standaard extreem gevoelig is voor fouten van rechters. Een rechter moet namelijk achteraf, aan de hand van wat partijen vooraf gewild zouden hebben, zelf de inhoud van het recht bepalen, iets wat van tal van factoren afhankelijk is. Als gevolg hiervan heeft een rechter bijzonder veel (private) informatie van partijen nodig, welke vaak lastig te verifiëren is en ook lastig te interpreteren valt. Hierdoor is de kans op

³⁸ Wat de *desbetreffende* partijen concreet hadden afgesproken, is achteraf uiteraard niet objectief te achterhalen.

³⁹ Charny 1991, p. 1820, 1840-41.

⁴⁰ Of een sub-optimaal contract sluiten, zie nt. 13.

⁴¹ Zie over de *superior risk bearer*: Posner & Rosenfield 1977 en De Geest 1994, p. 218 e.v.; De Hoge Raad besliste ook zo (maar niet op grond van dit criterium): HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 69 (Spruijt/Tigchelaar). Partijen zouden wel een eigen risico overeenkomen om lichtvaardig handelen door de huurster tegen te gaan.

⁴² Kaplow 1992, p. 563, 599 e.v.; Sullivan 1992, p. 66; Barendrecht 1992, p. 6-7.

⁴³ Ayres 1992, p. 1403.

rechterlijke fouten bijzonder groot. Dit veroorzaakt tal van problemen (§ 2.3), waarvan rechtsonzekerheid één van de belangrijkste is.⁴⁴ Rechterlijke fouten komen overigens nog uitgebreid aan bod wanneer ik een aantal concrete standaarden bespreek (§ 4).

Bovendien zorgen standaarden in een procedure voor hoge kosten, omdat beide partijen de open norm in het eigen voordeel zullen proberen in te vullen, hetgeen tijdrovend en derhalve erg kostbaar is. Deze twee nadelen kunnen de eenmaal bespaarde transactiekosten daarom weer volledig te niet doen. Dit kan zelfs zodanig zijn dat partijen van een standaard zullen afwijken. Zo levert de kans op rechterlijke fouten rechtsonzekerheid op, hetgeen (commerciële) partijen met veel behoefte aan zekerheid, willen vermijden.

3.3 *De formele benadering*

De formele benadering komt eenvoudigweg neer op geheel geen rechtsregels van aanvullend recht. Dit betekent dat partijen bij dit alternatief gedwongen worden om zelf goede en volledige afspraken te maken.⁴⁵ Laten partijen dit na, dan zal de rechter het contract afdwingen alsof het helemaal geen leemtes bevat,⁴⁶ óf hij zal beslissen dat de verbintenissen van partijen onvoldoende bepaalbaar zijn, waardoor er in het geheel geen sprake is van een contract (art. 6:227 BW).⁴⁷

Het grote nadeel van de formele benadering is uiteraard dat er in het geheel geen transactiekosten bespaard kunnen worden. Partijen worden gedwongen bijzonder veel tijd en moeite te stoppen in het schrijven van hun contract en worden niet geholpen om het complete contract te benaderen. De grote voordelen van de formele benadering zijn echter dat de procedurele kosten laag zijn en dat rechters vrijwel geen fouten kunnen maken.⁴⁸ Het enige wat rechters moeten doen, is door middel van uitleg vaststellen wat partijen overeen zijn gekomen. Uiteraard brengt uitleg ook kosten met zich en een rechter kan hierbij eveneens de fout in gaan, maar dit is bij een regel en een standaard niet anders. Het grote voordeel van de formele methode is dat een rechter niet achteraf zelf de inhoud van het recht hoeft vast te stellen.

Dit is dan ook het belangrijkste argument dat de voorstanders van deze, op het eerste gezicht contra-intuïtieve methode aanhalen: partijen zijn zelf beter in staat om de meest voordelige bepalingen in hun contracten op te nemen, dan dat de wetgever of rechters dit kunnen.⁴⁹ Bovendien bestaat er volgens hen veelal een gebrek aan verifieerbare informatie die ook nog eens lastig te interpreteren valt, hetgeen veel te veel rechterlijke dwalingen oplevert.⁵⁰ Wanneer deze dwalingen er voor zorgen dat partijen het complete contract juist helemaal niet benaderen, is het beter om helemaal geen aanvullend recht te hebben, zodat rechters geen fouten kunnen maken en de procedurele kosten minimaal zijn. Commerciële partijen hebben veelal behoefte aan dergelijk formalisme.⁵¹ Zij hechten veel waarde aan de rechtszekerheid die deze methode met zich brengt. Zij realiseren zich ook dat voor deze zekerheid een prijs betaald moet worden. Zo is het schriftelijke contract definitief: er is geen aanvullend recht dat kan helpen om fouten te herstellen.

⁴⁴ Zie nt. 28 en ook: Schwartz & Scott 2003, p. 601-2; Kaplow 1992, p. 562-3; 569, 597-8; Sullivan, 1992, p. 62-3, 66; Barendrecht 1995, p. 167; Barendrecht 1992, p. 66-68.

⁴⁵ Scott 2000, p. 859-60; Kraus & Walt 2000, p. 198-9; Posner 2003, p. 840.

⁴⁶ Alsof het dus een compleet contract betreft, Schwartz 1992, p. 282.

⁴⁷ Scott 2000, p. 860; Ayres & Gertner 1989, 95-97.

⁴⁸ Posner 2000, p. 752; Scott 2000, p. 859-61; Kraus & Walt 2000, p. 196 e.v.

⁴⁹ Schwartz & Scott 2003, p. 549; Schwartz 1998, p. 282.

⁵⁰ Zie nt. 22 en 27.

⁵¹ Zie nt. 5, alsmede Schwartz & Scott 2003, p. 594-608.

3.4 Wanneer kiezen voor welke methode?

Geen van de drie genoemde methoden heeft altijd de voorkeur. Alledrie hebben ze hun eigen voor- en nadelen. De meeste transactiekosten worden bespaard met standaarden en de minste met de formele benadering. Hier staat tegenover dat rechters met de formele benadering nauwelijks fouten maken, terwijl de foutkans bij een standaard bijzonder groot is. Hetzelfde geldt voor procedurele kosten. Regels nemen steeds een tussenpositie in.⁵²

'*Hard and fast rules*' lijken ideaal wanneer een bepaald probleem op voorhand volledig in kaart te brengen is en daarbij de oplossing bekend is die de meerderheid van partijen zou willen.⁵³ Alleen dan is het mogelijk om een adequate regel op te stellen. Bij bijvoorbeeld de aansprakelijkheid voor de hulppersoon (6:76 BW) lijkt aan deze vereisten te zijn voldaan. Het probleem en de oplossing die de meerderheid wenst, staan immers op voorhand vast.⁵⁴

In veel gevallen zal het echter niet mogelijk zijn om op voorhand een goede regel op te stellen. Zo is het bijvoorbeeld onmogelijk om alle problemen die de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid bestrijkt, op voorhand in kaart te brengen.⁵⁵ Als een regel onmogelijk of onwenselijk is, moet men kiezen tussen een standaard of de formele benadering. Hecht men het meeste belang aan het terugdringen van transactiekosten, dan heeft een standaard de voorkeur. Is het terugdringen van rechterlijke fouten en procedurele kosten het belangrijkste, dan kiest men voor de formele benadering. Welke factor het zwaarst weegt, is een empirisch vraagstuk – waarop het antwoord van geval tot geval zal verschillen – dat voorlopig niet op te lossen is.⁵⁶

Dit probleem kan echter eenvoudig worden omzeild door partijen zelf te laten kiezen onder welk regime zij hun contract willen laten vallen. Partijen zelf zijn namelijk veel beter in staat om in te schatten of procedurele kosten en de kans op rechterlijke fouten opwegen tegen bespaarde transactiekosten. Deze keuze aan partijen laten, is echter geen gebruikelijke aanpak. Dat partijen af kunnen wijken van aanvullend recht is geaccepteerd, maar partijen zelf het regime van aanvullend recht laten kiezen, is een stap verder. Wanneer bescherming niet aan de orde is en dus sprake is van volledige contractsvrijheid, kan ik echter geen bezwaar bedenken waarom partijen die daar voordeel bij hebben, niet voor een ander regime zouden mogen kiezen.⁵⁷

Ook al mogen partijen kiezen, één van deze twee methoden zal toch als aanvullend recht moeten gelden. Volgens mij kan gesteld worden dat grote commerciële partijen in het algemeen behoefte hebben aan de formele benadering, omdat deze veel rechtszekerheid met zich brengt en derhalve zorgt voor snelle oplossingen en strikte risicoverdelingen.⁵⁸ Bovendien zijn hun contracten dermate complex dat de kans op rechterlijke fouten bijzonder groot is. Kleine partijen daarentegen, zoals particulieren en kleine ondernemers, hebben naar mijn mening behoefte aan vage, open normen, waarmee in geval van een geschil recht gedaan

⁵² De hogere foutkans bij regels is subtiel, zie Goetz & Scott 1985, p. 290, 311 e.v.: Een rechter kan de poging van partijen om af te wijken niet als zodanig herkennen en ten onrechte menen dat partijen met hun contract juist hebben willen aansluiten bij het aanvullend recht. Onder de formele benadering bestaat dit risico uiteraard niet.

⁵³ In soortgelijke zin, maar strikter: Schwartz & Scott 2003, p. 598 e.v.; Schwartz 1998, p. 280; Zie ook Barendrecht 1995, p. 167; Overigens moet men soms juist voor een *minderheidsregel* kiezen, zie § 3.1.

⁵⁴ Hierbij ga ik er intuïtief van uit dat de meeste partijen deze regel willen.

⁵⁵ Zie nt. 42.

⁵⁶ Sunstein 1999, p. 642, 647; Kraus & Walt 2000, p. 196 e.v.; Scott 2000, p. 861, 866.

⁵⁷ Het besef dat er geen bezwaar bestaat tegen partijen die hun eigen 'spelregels' kiezen, dringt slechts langzaam door. Alleen voor uitleg ben ik deze opvatting sporadisch tegengekomen (zie nt. 76).

⁵⁸ Zie nt. 51.

kan worden aan de specifieke omstandigheden van het geval.⁵⁹ Het gaat daarbij vaak om simpele contracten, zodat de kans op rechterlijke fouten klein is.

Zolang er geen apart handelscontractenrecht bestaat, lijkt mij dat aan standaarden de voorkeur moet worden gegeven. Het is voor (grote) partijen immers veel eenvoudiger om van een standaard naar een formeel regime toe te contracteren, dan het voor (kleine) partijen is om vanuit een formeel regime naar een standaard toe te gaan.⁶⁰ Bovendien zal wanneer een kleine partij met een grote commerciële partij contracteert, een standaard vaak vanuit beschermingsoogpunt de voorkeur hebben. Het is echter wel van groot belang om te beseffen dat het aanvullend recht partijen niet voorschrijft hoe het 'behoort'. Wanneer (grote commerciële) partijen kiezen voor formele oplossingen, dient een rechter die beslissing te respecteren en mag hij partijen niet met een beroep op de redelijkheid en billijkheid beletten een beroep te doen op bijvoorbeeld een strikte risicoverdeling.⁶¹

Dergelijke keuzevrijheid maakt een apart handelsrecht ook direct minder noodzakelijk, aangezien commerciële partijen heel eenvoudig naar de door hen gewenste (formele) normen toe kunnen contracteren. Wanneer nu blijkt dat commerciële partijen hier massaal gebruik van maken, levert dit – naast de bestaande argumenten – wel een belangrijk argument op voor een apart contractenrecht voor ondernemers. Zowel grote commerciële partijen als kleine contractspartijen kunnen dan namelijk kosten besparen bij het opstellen van hun contracten.

4 Gevolgen voor het geldend recht

In deze paragraaf bespreek ik een aantal consequenties van de door mij voorgestelde aanpak voor het geldend aanvullend recht. Ik bespreek overmacht, onvoorziene omstandigheden en uitleg. De reikwijdte van dit artikel strekt uiteraard verder,⁶² maar deze leerstukken illustreren grotendeels de essentie van hetgeen ik betoog.

4.1 Overmacht

Bij elk contract bestaat het risico dat partijen later verhinderd zijn om de beloofde prestatie na te komen. In bepaalde gevallen willen partijen dan dat de verhinderde partij ontslagen wordt van de verplichting om na te komen.⁶³ Vanwege het onvoorziene karakter van het probleem is het onmogelijk om op voorhand in een regel exact aan te geven onder welke voorwaarden een rechter een partij van zijn verplichting om na te komen, kan ontslaan. Dit betekent dat men zal moeten kiezen tussen een standaard, waarbij het probleem aan de rechter wordt overgelaten, en de formele benadering, waarbij het probleem aan partijen zelf wordt overgelaten.

Naar geldend recht wordt gewerkt met een standaard gebaseerd op verkeersopvattingen. Uit de praktijk komt de klacht dat rechters een veel te beperkt overmachtbegrip hanteren, waardoor (commerciële) partijen veelvuldig van art. 6:75 BW afwijken.⁶⁴ Wanneer een rechter een standaard echter invult op dezelfde wijze als partijen dit vooraf zelf zouden

⁵⁹ Echt empirisch bewijs voor deze stellingen is er naar mijn mening nog niet. Zie wel het zeer experimentele: Chovat e.a. 2004, p. 27-30.

⁶⁰ Ook al zou het aantal partijen dat een standaard wil, kleiner zijn, dan nog weegt hun belang naar mijn mening zwaarder, omdat het veel duurder is om van een formeel regime naar een standaard te gaan, dan andersom (zie Ayres 1992, p. 1406), zodat een minderheidsregel gerechtvaardigd is; zie ook § 3.1.

⁶¹ Zie nt. 36.

⁶² Zie de internetversie van dit artikel voor een bespreking van de ongelimiteerde aansprakelijkheid voor toerekenbare tekortkomingen en de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid.

⁶³ Ook de wederpartij wil dit op voorhand, want als de verhinderde partij voor elk risico moet instaan, zal hij dit verdisconteren in de prijs.

⁶⁴ Drion & Van Wechem 2004, p. 471.

hebben gedaan – d.w.z. een partij alleen van zijn verplichtingen ontslaan als partijen dit op voorhand ook zelf overeen zouden zijn gekomen –, zal geen enkele partij van art. 6:75 BW willen afwijken.⁶⁵ Denk hierbij ook aan het voorbeeld van de gestolen huurauto uit § 3.2. Wanneer partijen dan toch van de standaard afwijken, betekent dit dat de rechter of (a) fouten maakt bij de toepassing van dit criterium, of (b) een onjuist criterium hanteert.

Wanneer er sprake zou zijn van (a) een grote hoeveelheid rechterlijke fouten, is dit lastig op te lossen. Vaak zal men de fouten bij de standaard gewoon voor lief moeten nemen of men moet kiezen voor de formele benadering. De problemen in het geldend recht worden echter veroorzaakt door (b): rechters die een onjuist criterium hanteren. De rechter die moet beslissen of er sprake is van overmacht, moet zichzelf deze vraag stellen: *Wat hadden dergelijke partijen vooraf afgesproken als ze de tijd en moeite hadden genomen om dit probleem contractueel te regelen?* Dit is niet het criterium dat rechters nu aanleggen bij het bepalen van de verkeersopvattingen.⁶⁶ Hierdoor wijken partijen massaal af van het aanvullend recht en zodoende wordt niet voldaan aan de doelstelling dat aanvullend recht partijen moet helpen. Als partijen nu zelf in hun contracten massaal voor een ruimer overmachtbegrip kiezen, is dit een teken dat rechters niet-nakoming op basis van verkeersopvattingen ook minder snel moeten toerekenen, aangezien dit nu eenmaal is wat partijen willen.

Dit probleem is simpel te verhelpen: rechters moeten het juiste criterium aanleggen. Dit heeft tot gevolg dat nog maar weinig partijen zullen afwijken van het aanvullend recht, mits de rechter weinig fouten maakt. Waarom die kans op fouten bij overmacht – in tegenstelling tot onvoorziene omstandigheden – niet heel erg groot is, wordt hierna duidelijk. Als de rechter weinig fouten maakt, kan men concluderen dat een standaard als art. 6:75 BW de voorkeur heeft boven de formele benadering.⁶⁷ Partijen die toch meer zekerheid willen hebben dan een standaard hen kan bieden, is het uiteraard altijd toegestaan om van de standaard af te wijken en zelf een betere oplossing te zoeken.

4.2 *Onvoorziene omstandigheden*

Voor onvoorziene omstandigheden is het om dezelfde redenen als bij overmacht – het onvoorziene karakter – niet mogelijk om op voorhand regels te maken. Het is louter mogelijk om – zoals art. 6:258 BW ook doet – de rechter door middel van een open norm aanwijzingen te geven. Het is de vraag of een dergelijke standaard wenselijk is, of dat gekozen moet worden voor een formele benadering. Hoewel de leerstukken overmacht en onvoorziene omstandigheden vele raakvlakken hebben, kan niet zoals bij overmacht direct geconcludeerd worden dat een standaard de beste oplossing is.

De kans dat de rechter een fout maakt bij de toepassing van een standaard als art. 6:258 BW, is namelijk veel groter dan bij overmacht. Bij overmacht is er sprake van een verhindering in de nakoming, terwijl de nakoming bij onvoorziene omstandigheden slechts bezwaarlijk is geworden.⁶⁸ Het belangrijke verschil hiertussen is dat een rechter op basis van objectieve informatie kan verifiëren of een partij in de nakoming verhinderd is, terwijl hij bij de vraag of nakoming bezwaarlijk is, moet vertrouwen op lastig te verifiëren private informatie van partijen.⁶⁹ Dit wordt versterkt doordat dit punt mede bepaald wordt door omstandigheden die alleen te kennen zijn uit private informatie welke door partijen eenvoudig

⁶⁵ Zie ook nt. 39 en 43.

⁶⁶ Overmacht wordt veelal aangenomen als de verhindering is gelegen in een vreemde oorzaak, aldus Goedmakers 1998, p. 147 e.v.

⁶⁷ Er worden immers veel transactiekosten bespaard, terwijl er maar weinig fouten worden gemaakt, zie § 3.4.

⁶⁸ Vergelijk Asser-Hartkamp 4-I, nr. 318 met Asser-Hartkamp 4-II, nr. 340.

⁶⁹ Schwartz, 1992, p. 282-7.

is te manipuleren.⁷⁰ Hierdoor is het lastig om vast te stellen wat partijen op voorhand zelf overeen gekomen zouden zijn.

Of nakoming verhinderd is, valt namelijk eenvoudig te verifiëren: een bedrijfspand brandt af, een huurauto wordt gestolen, er is sprake van natuurgeweld, etc.⁷¹ Of nakoming daarentegen bezwaarlijk is, is een stuk lastiger te verifiëren voor een rechter. Partijen verdisconteren namelijk altijd (stilzwijgend) bepaalde omstandigheden in hun contract, omdat anders elke prijsstijging direct tot het openbreken van het contract leidt. Het is voor een rechter echter heel erg lastig om te bepalen tot welke hoogte partijen een prijsstijging hebben verdisconteerd en vanaf welk punt de omstandigheid ‘onvoorzien’ wordt (en partijen op voorhand rechterlijk ingrijpen zouden wensen).⁷²

Vooraf commerciële partijen zullen niet vertrouwen op standaarden met een hoog risico op rechterlijke fouten. Dit geldt te meer omdat een rechter vaak geen verstand heeft van hun complexe contracten en zij in hun contracten vaak wel rekening houden met het feit dat zich onvoorziene omstandigheden kunnen voordoen. Zo vertrouwen deze partijen veelvuldig op objectief verifieerbare mechanismen zoals prijsindexeringen of clausules waarbij de marktprijs gevolgd wordt. Zij kiezen duidelijk niet voor mechanismen die op onverifieerbare informatie, zoals kosten of opbrengsten van partijen, zijn gebaseerd.⁷³ Kleine partijen daarentegen geven naar mijn mening meer om de flexibiliteit die een regeling betreffende onvoorziene omstandigheden biedt. Hierdoor kunnen zij veel transactiekosten besparen, omdat ze geen rekening hoeven te houden met toekomstige omstandigheden. Bovendien sluiten zij doorgaans simpele contracten waardoor de kans op rechterlijke fouten afneemt.

Het zal voor kleine partijen doorgaans lastiger zijn om een bepaling als art. 6:258 BW in hun contract op te nemen, dan het voor grote commerciële partijen is om een dergelijke bepaling uit te sluiten. Derhalve is de bestaande regeling voor onvoorziene omstandigheden gewenst. Grote partijen dienen zelf een bevredigende regeling te treffen als zij daar behoefte aan hebben. Het probleem met art. 6:258 BW is echter dat het partijen niet is toegestaan om van deze regeling af te wijken (art. 6:250 BW). Dit is ongewenst, omdat sommige partijen de zekerheid van de formele benadering verkiezen boven de foutgevoelige regeling van art. 6:258 BW. Dit probleem kan naar mijn mening zonder wetswijziging worden ondervangen door de rechter te instrueren het contract te behandelen alsof het compleet is, waarbij partijen uitdrukkelijk aangeven alle toekomstige omstandigheden te hebben verdisconteerd.

Wanneer partijen art. 6:258 BW wél wensen, moet de rechter steeds vaststellen of de onvoorziene omstandigheden zodanig zijn dat partijen op voorhand zouden hebben gewild dat het contract zou worden opgebroken. Als dit het geval is, dan moet de rechter vervolgens vaststellen welke rechtsgevolgen dit heeft: ontbinding of wijziging. Om dit te bepalen moet de rechter zich wederom afvragen welke oplossing dergelijke partijen op voorhand zelf zouden hebben gekozen als ze daar de tijd en moeite voor hadden genomen (en in geval van wijziging ook *hoe* partijen zelf zouden hebben gewijzigd).⁷⁴

4.3 Uitleg

De methode die een rechter kiest om een contract uit te leggen, zou naar mijn mening eveneens van aanvullend recht moeten zijn. Als aanvullend recht geldt de Haviltex-norm,⁷⁵

⁷⁰ Schwartz 1992, p. 292-3; Triantis 1999, p. 111.

⁷¹ Zie Goedmakers 1998, p. 147 e.v.; zie voor de huurauto nt. 41.

⁷² Baird 1990, p. 589; Schwartz 1992, p. 282-3; Scott 1990, p. 613-4.

⁷³ Schwartz 1992, p. 285, 288-290; Schwartz & Scott 2003, p. 604, 607.

⁷⁴ Zie de internetversie van dit artikel voor een nadere toelichting en literatuur.

⁷⁵ Een uitzondering is bijvoorbeeld de uitleg van CAO-bepalingen, zie voor een overzicht: Tjittes 2003, p. 121-2.

maar het zou partijen vrij moeten staan om hier contractueel van af te wijken. Zo moeten partijen in plaats van de contextuele Haviltex-norm bijvoorbeeld kunnen kiezen voor de tekstuele uitlegmethode. Er is namelijk geen enkele reden om partijen door middel van dwingend recht deze keuze te onthouden. De enige reden om voor dwingend contractenrecht te kiezen, is immers de bescherming van partijen, maar daar is bij de keuze voor een uitlegmethode meestal geen enkele aanleiding voor.⁷⁶

De twee meest gangbare uitlegmethoden zijn de tekstuele en contextuele methode. Bij tekstuele uitleg mag de rechter alleen het schriftelijke contract gebruiken, hetgeen vrijwel gelijk is aan de formele benadering. Contextuele uitleg lijkt daarentegen op een standaard, want de rechter mag alle omstandigheden die hij relevant acht, meewegen. Naast het schriftelijke contract kan de rechter dus bijvoorbeeld ook zaken als precontractuele onderhandelingen, branchegebruiken, vakjargon, eerdere transacties tussen de partijen en latere gedragingen meewegen bij de zoektocht naar de partijbedoelingen en de hieruit voortvloeiende rechtsgevolgen. Het verschil tussen de twee methoden is daarom het bewijs en de bewijsmiddelen die de rechter mag gebruiken bij de uitleg.⁷⁷ Hoewel uitlegproblematiek door zijn bijzondere karakter, niet exact overeen komt met de keuze tussen een standaard en de formele benadering, zijn de dilemma's wel exact dezelfde.⁷⁸

Het moge duidelijk zijn dat partijen onder de tekstuele uitleg weinig transactiekosten kunnen besparen, aangezien zij alle gewenste rechtsgevolgen (die niet door het aanvullend recht worden geleverd) in hun schriftelijke contract moeten opnemen. Bovendien kunnen fouten in het schriftelijke contract niet meer hersteld worden. Hier staat echter tegenover dat de procedurele kosten laag zijn en een rechter de rechtsnorm nauwelijks fout kan toepassen. Hij hoeft immers alleen maar naar algemeen spraakgebruik vast te stellen wat het contract (eventueel in onderlinge samenhang gezien) betekent. Bij de contextuele uitleg is dit exact andersom. Partijen kunnen veel transactiekosten besparen en fouten van partijen kunnen hersteld worden. Hier staan hoge procedurele kosten en een grote kans op rechterlijke fouten tegenover. Partijen zullen in geval van een geschil namelijk allerlei omstandigheden in hun voordeel aandragen waaruit de voor hen voordelige partijbedoeling moet blijken. Hierdoor ontvangt de rechter tegengestelde informatie, waardoor de kans op fouten groot is.⁷⁹ Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat een rechter van mening kan zijn dat er sprake is van een branchegebruik of vakjargon, terwijl dit helemaal niet bestaat.⁸⁰

De keuze voor een standaard of de formele benadering kan ook hier op dezelfde wijze gemaakt worden als bij de onvoorziene omstandigheden. Vooral grote commerciële partijen lijken namelijk behoefte te hebben aan de formele benadering (tekstuele uitleg), omdat hun dit een grote mate van zekerheid biedt. Kleine partijen hebben daarentegen meer behoefte aan een standaard (contextuele uitleg), omdat men dan met alle omstandigheden van het geval rekening kan houden. Omdat het voor particulieren veel lastiger zal zijn om naar een formeel regime toe te contracteren dan het andersom voor grote partijen is, moet de contextuele benadering de voorkeur krijgen. Partijen die een voorkeur hebben voor tekstuele uitleg, moet echter niets in de weg gelegd worden wanneer zij dit contractueel overeen willen komen. De

⁷⁶ Schwartz & Scott 2003, p. 569, 610-11; Schwartz & Watson 2004, p. 6; Eggleston e.a. 2000, p. 131. Bescherming van zwakke partijen zal veeleer geboden zijn wanneer de inhoud van de overeenkomst onredelijk is, de uitlegmethode heeft daar meestal niet zo heel veel mee van doen.

⁷⁷ Schwartz & Scott 2003, p. 571-3.

⁷⁸ Zie bijvoorbeeld Kraus & Walt 2000, p. 196 e.v.

⁷⁹ In § 2.3 noemde ik in dit kader ook al het voorbeeld van de Haviltex procedure, waar ook sprake was van tegengestelde informatie van partijen.

⁸⁰ Zie voor empirisch bewijs hiervan: Bernstein 1996 en 1999.

rechter dient een dergelijk contract gewoon tekstueel te interpreteren.⁸¹ Dergelijke partijen hechten blijkbaar meer waarde aan zekerheid en hebben meer vertrouwen in hun eigen capaciteiten om een goed schriftelijk contract te sluiten dan dat zij een rechter vertrouwen die de contextuele methode hanteert.

5 Conclusie

Ik ben dit artikel gestart met aan te tonen dat aanvullend recht gebruikt moet worden om partijen te helpen om hun contractuele belangen optimaal te verwezenlijken. Er zijn drie methoden waarmee dit mogelijk is. Men kan kiezen voor een regel (scherpe norm), een standaard (open norm) of de formele benadering (geen aanvullend recht). Een regel heeft de voorkeur, maar het is niet altijd mogelijk om een adequate regel op te stellen. In dat geval moet men kiezen tussen een standaard en de formele benadering. Het nadeel van een standaard is dat deze erg gevoelig is voor fouten van rechters en hoge procedurele kosten met zich brengt, terwijl het nadeel van de formele benadering is dat partijen niet geholpen worden om datgene te bereiken wat ze belangrijk vinden.

Grote commerciële partijen hebben vaak een voorkeur voor de formele benadering, omdat zij zekerheid verkiezen boven een foutgevoelige standaard. Kleine partijen hebben daarentegen een voorkeur voor standaarden, omdat men via open normen rekening kan houden met de omstandigheden van het geval. Omdat kleine partijen vaak lastig af kunnen wijken van het aanvullend recht, hebben standaarden meestal de voorkeur. Het moet (commerciële) partijen die de formele benadering wensen, echter volledig vrij staan om hiervoor te kiezen en per contract van de standaard af te wijken. Dit betekent onder andere dat partijen ook af moeten kunnen wijken van art. 6:258 BW en van de Haviltex-norm.

Dit verschil in belangen tussen grote en kleine partijen, levert ook een argument op voor een apart contractenrecht voor ondernemers. Het aanvullend recht kan dan namelijk de belangen van beide typen partijen dienen. Een andere concrete aanbeveling voor het geldend recht betreft de wijze waarop rechters invulling moeten geven aan standaarden (open normen). Rechters die een open norm moeten invullen, moeten zich afvragen: hoe hadden partijen deze norm ingevuld als ze op voorhand de tijd en moeite hadden genomen om hier overeenstemming over te bereiken? Alleen dan dient het aanvullend recht de belangen van partijen. Bij elk ander resultaat zullen partijen pogen van het aanvullend recht af te wijken.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- J.E. Allen & R.J. Staaf, 'The Nexus between usury, "time price," and unconsiliability in installment sales', 14 *UCC L. J.* 219 (1982).
I. Ayres, 'Making a difference: The contractual contributions of Easterbrook and Fischel', 59 *Univ. of Chicago L. Rev.* 1391 (1992).
I. Ayres & R. Gertner, 'Filling gaps in incomplete contracts: An economic theory of default rules', 99 *Yale L. J.* 87 (1989).
I. Ayres & R. Gertner, 'Strategic contractual inefficiency and the optimal choice of legal rules', 101 *Yale L. J.* 729 (1992).
I. Ayres & R. Gertner, 'Majoritarian vs. Minoritarian defaults', 51 *Stanford L. Rev.* 1591 (1999).
D.G. Baird, 'Self-interest and cooperation in long-term contracts', 19 *J. of Legal Studies* 583 (1990).
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg), Kluwer 1992.
J.M. Barendrecht, 'Een pleidooi voor een informatiever burgerlijk recht,' *NTBR* 1995/7, p. 165-170.
L. Bernstein, 'Merchant law in a merchant court: Rethinking the code's search for immanent business norms', 144 *U. Pennsylvania L. Rev.* 1765 (1996).
L. Bernstein, 'The questionable empirical basis of article 2's incorporation strategy: A preliminary study', 66 *U. Chicago L. Rev.* 710 (1999).
W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RM Themis* 2003/6, p. 297-306.
C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het Nieuwe BW', in: Brunner (red.), *Rechtsvinding onder het NBW: Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Kluwer 1992.
D. Chamy, 'Hypothetical bargains: The normative structure of contract interpretation', 89 *Michigan L. Rev.* 1815 (1991).
T. Chorvat, K. McCabe & V. Smith, 'Law and Neuroeconomics', *George Mason University School of Law, Law and economics working paper series* (2004-07), <http://ssm.com/abstract=501063>.

⁸¹ Zie ook Drion 2004, p. 18 die stelt dat dit resultaat onder het geldend recht is te realiseren door middel van een bewijsovereenkomst.

- C.E. Drion, 'De innovatieve contractenmaker en de bewijsovereenkomst', *NJB* 2004, p. 18.
- C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2004, p. 469-480.
- F.H. Easterbrook & D.R. Fischel, *The economic structure of corporate law*, Harvard University Press 1991.
- K. Eggleston, E.A. Posner & R. Zeckhauser, 'The design and interpretation of contracts: Why complexity matters', 95 *Northwestern Univ. L. Rev.* 91 (2000).
- G. de Geest, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, Maklu 1994.
- A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. Rotterdam), 1998.
- C.J. Goetz & R.E. Scott, 'The mitigation principle: Toward a general theory of contractual obligation', 69 *Virginia L. Rev.* 967 (1983).
- C.J. Goetz & R.E. Scott, 'The limits of expanded choice: An analysis of the interactions between express and implied contract terms', 73 *California L. Rev.* 261 (1985).
- G.K. Hadfield, 'Judicial competence and the interpretation of incomplete contracts', 23 *J. of Legal Studies* 159 (1994).
- O. Hart, *Firms, Contracts and Financial Structure*, Clarendon 1995.
- L. Kaplow, 'Rules versus standards: An economic analysis', 42 *Duke L. J.* 557 (1992).
- L. Kaplow & S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press 2002.
- J.S. Kraus & S.D. Walt, 'In defence of the incorporation strategy', in: Kraus & Walt (eds.), *The jurisprudential foundations of corporate and commercial law*, Cambridge University Press 2000, p. 193-237.
- M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Kluwer 2000.
- E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek*, Toelichting: Boek 7, 1972.
- E.A. Posner, 'A theory of contract under conditions of radical judicial error', 94 *Northwestern Univ. L. Rev.* 749 (2000).
- E.A. Posner, 'Economic analysis of contract law after three decades: Success or failure?', 112 *Yale L. J.* 829 (2003).
- R.A. Posner & A.M. Rosenfield, 'Impossibility and related doctrines in contract law', 6 *J. of Legal Studies* 83 (1977).
- A. Schwartz, 'Relational contracts in the courts: An analysis of incomplete agreements and judicial strategies', 21 *J. of Legal Studies* 271 (1992).
- A. Schwartz, 'The default rule paradigm and the limits of contract law', 3 *S. California Interdisciplinary L. J.* 389 (1993).
- A. Schwartz, 'Incomplete Contracts', in: P. Newman (ed.), *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, Macmillan 1998, p. 277-283.
- A. Schwartz & R.E. Scott, 'Contract theory and the limits of contract law', 113 *Yale L. J.* 541 (2003).
- A. Schwartz & J. Watson, 'The law and economics of costly contracting', 20 *J. of Law, Economics and Organization* 2 (2004).
- R.E. Scott, 'A relational theory of default rules for commercial contracts', 19 *J. of Legal Stud.* 597 (1990).
- R.E. Scott, 'The case for formalism in relational contract', 94 *Northwestern Univ. L. Rev.* 847 (2000).
- J.M. Smits, 'Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht', *R&R* 1998, p. 10-38.
- K.M. Sullivan, 'Foreword: The justices of rules and standards', 106 *Harvard L. Rev.* 22 (1992).
- C.R. Sunstein, 'Must formalism be defended empirically?', 66 *Univ. Chicago L. Rev.* 636 (1999).
- R.P.J.L. Tjittes, 'Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers', in: Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar burgerlijk recht*, Tjeenk-Willink 1997, p. 375-388.
- R.J. Tjittes, 'Contractsuitleg', *RM Themis* 2003/3, p. 121-2.
- G.G. Triantis, 'Unforeseen contingencies. Risk allocation in contracts', in: Bouckaert & De Geest (eds.), *Encyclopedia of law and economics*, Edward Elgar 1999, nr. 4500, p. 111.
- M.J. Trebilcock, *The limits of freedom of contract*, Harvard University Press 1997 (2^e druk).