

Ad rem

Ad Fontes!

Prof. mr. F.W. Grosheide

1.

In het recent uitgekomen Asser-Vranken Vervolg komt de volgende passage voor:

*'Slechts een enkele keer lukt het om de feitelijke grondslag van ingeroepen waarden, beginselen of grondslagen (empirisch) te toetsen. Ik geef twee voorbeelden. Het eerste voorbeeld betreft de stelling van sommigen dat in het zakenleven contract contract is en dat dit vooral zo dient te blijven. Daarmee bedoelt men dat zakenlieden niet ach en wee roepen als iets fout gaat, maar gewoon hun verlies nemen. Gezegd wordt dat zakenlieden behoefte hebben aan hard en fast rules, waaraan niet snel getornd mag worden. Waar die mening op steunt, wordt er niet bij vermeld. Ze strookt in ieder geval niet met het feit dat bijvoorbeeld aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden voor het eerst regelmatig werden gehanteerd in handelscontracten, en dat redelijkheid en billijkheid via het handelsrecht tot het burgerlijk recht is doorgedrongen, niet omgekeerd. Toch wordt volgehouden dat in het zakenleven contract contract is en wordt die stelling als feit geponeerd.'*¹

De passage is onderdeel van paragraaf 5 (Wel een deugdelijke feitelijke basis), die weer voorkomt in hoofdstuk IV: Het ontbreken van een deugdelijke feitelijke grondslag.

In het vervolg gaat het mij om dit eerste voorbeeld. Bij de geciteerde passage behoort een voetnoot 34 waarin wordt verwezen naar het werk van Brunner, Tjittes, Hartlief, Van Schaick en mij-

zelf.² Wat Vranken ons aanrekent, is niet mis: we verkopen praatjes voor de vaak en kennen bovendien onze rechtsgeschiedenis niet. Ik heb het mij bekende gerefereerde werk van de anderen er niet op nagelezen, maar voor mijzelf sprekend moet ik Vrankens verwijt verwerpen.

2.

In de eerste plaats – over feitelijke onderbouwing van beweringen gesproken – schrijf ik in het van mij aangehaalde opstel niet dat wat Vranken mij toedicht.³ Zoals (naar ik hoop) uit de titel van het opstel reeds is af te leiden: *Evenwicht in internationale commerciële contractsverhoudingen*, gaat het mij er daarin juist om na te gaan hoe, onder meer door middel van aanpassings- en wijzigingsclausules en het instrument van de goede trouw, in internationale commerciële contracten (bij conflicten dikwijls via arbitrage) wordt gezocht naar evenwicht in de contractuele relatie, zij het zo veel mogelijk met behoud van de in het handelsverkeer verlangde (rechts)zekerheid. Ik kom onder meer tot de conclusie dat – anders dan in elk geval ik verwachtte voordat ik mijn onderzoek deed – het internationale handelsrechtelijke contractenrecht, de

2. C.H.J. Brunner, *Rechtsvinding onder het nieuwe BW*, Deventer: Kluwer 1992, p. 87-100; R.P.J.L. Tjittes, *Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers*, in: S.C.J.J. Kortmann (e.a.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Tjeenk Willink 1997; T. Hartlief, *De vrijheid beschermd: enkele opmerkingen over contractsvrijheid en bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999, nr. 67; A.C. van Schaick, *De ondernemer, consument en hun overeenkomsten*, Preadvies Vereniging Handelsrecht 2000, p. 83-126. Wat mijzelf betreft wordt verwezen naar F.W. Grosheide, *Evenwichtigheid en onevenwichtigheid in internationale commerciële contractsverhoudingen*, in: Molengrafica 1996, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 45-97. Zie overigens voor een andere opvatting over de redelijkheid en billijkheid in commerciële relaties R.P.J.L. Tjittes, *Enige opmerkingen over de beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid in het ondernemerscontractenrecht*, *Contracteren* 2001, p. 31.

3. Meer voor de hand zou hebben gelegen te verwijzen naar mijn in dit blad gepubliceerde artikel over uitleg van commerciële contracten (Lees maar er staat wat er staat, *Contracteren* 2004, p. 100), waarin ik een objectieve uitleg bepleit van commerciële contracten die met enige kwade wil te bestempelen valt als een pleidooi voor de '*contract is contract*'-opvatting. Vranken vermeldt dit artikel niet, ook niet daar waar hij komt te spreken over de uitlegproblematiek (p. 112-114 [nr. 104-106]).

1. Asser-Vranken, *Algemeen Deel* ***, Deventer: Kluwer 2005, p. 57 (nr. 48).

lex mercatoria moderna, veel meer beantwoordt aan de uitgangspunten voor een modern contractenrecht (de zogeheten *relational contract theory*) dan het niet-handelsrechtelijke contractenrecht (dat nog sterk de zogeheten *neo-classical approach* volgt). Anders dan men (althans ik aanvankelijk) zou denken, worden internationale commerciële contracten vaak gesloten *intuitus personae*, en zijn zij daarom even zo vaak veel meer *uberrimae fidei* dan ‘gewone’ contracten.

3.

Ik baseer mij in het desbetreffende opstel onder meer op de ook door Vranken genoemde studie van Nassar en op bestudering van arbitrale uitspraken.⁴ Maar ik verwerk uiteraard meer literatuur en gebruik in het bijzonder ook het grondleggende onderzoek van Macaulay uit de jaren zeventig van de vorige eeuw waaruit blijkt dat in het zakenleven de *contract is contract*-maxime zoveel betekent als: het voortbestaan (en soms dus redden) van de relatie is mij meer waard dan daarover een juridisch geschil uitvechten.⁵ Echter, dit alles wel tegen de achtergrond van *pacta sunt servanda* as *fundamental principle*, zoals Frick dit noemt.⁶ Anders gezegd: met dat beginsel hangt de schaduw van het recht (Gadamer) over het contract en de relatie. Nog weer anders geformuleerd: contractsbepalingen fungeren vooral als stok achter de deur voor het geval de relatie onherstelbaar stukloopt. Precies dus zoals Vranken Korobkin citeert maar waarbij hij (zonder dat hij vermeldt waarop die mening steunt) aantekent:

‘Misschien zijn ook andere conclusies denkbaar – regels kunnen best gemist worden, of regels moeten aansluiten bij gewoonten van de markt – maar hoe dan ook wijst het niet op een houding bij ondernemers van contract is contract.’⁷

Denkbaar is dat zeker, maar empirisch onderzoek wijst toch eerder in de richting van Macaulay en Korobkin. Met andere woorden: voorzover al wordt vast gehouden aan de grondregel *contract is contract* is dat met het oog op het onverhoopte geval dat contractspartijen er niet op een andere dan juridische manier uitkomen wanneer zich een geschil voordoet.

4.

Waar brengt ons dit? Bij de bevinding mijns inziens dat Vrankens voorbeeld van gemis aan feitelijke grondslag waar het de door hem

aangevochten *contract is contract*-regel betreft, ongegrond is. Dit is zeker zo voor de internationale, dus in het algemeen grotere contractspraktijk. Maar ik betwijfel (inderdaad: waarop steunt die twijfel?) of dit anders ligt voor kleine ondernemers zoals Vranken op gezag van Jettinghof aanneemt. ‘Aan “hard and fast” contractenrecht is geen behoefte, wel aan “zachte”, niet-juridische vormen van probleempreventie en -oplossing’, zegt Vranken Jettinghof na.⁸ Ik ken Jettinghofs onderzoek niet, maar uit het gegeven dat het betrekking heeft op de manier waarop kleine ondernemers met elkaar omgaan bij klachten en onderlinge geschillen, leid ik af dat het harde contractenrecht in die context precies dezelfde functie vervult als beschreven door Gadamer en Frick. En wat die alternatieve vormen van conflictoplossing betreft: Vrankens voorkeur kennende voor allerlei vormen van *mediation* lijkt mij hier vooral de wens de vader van de gedachte.

4. Nagla Nassar, *Sanctity of Contracts Revisited*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1995.

5. S. Macaulay, *Non-contractual Relations in Business*, 28 *American Sociological Review* 1963, p. 55.

6. Joachim G. Frick, *Arbitration and Complex International Contracts*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, p. 146. Frick schrijft in dit verband nog het volgende: ‘If it is a known fact that contacts [hij schrijft dus niet ‘contracts’, FG] can be modified at least within broad limits at the will of one party, there arises a kind of “moral hazard” (...) that this “lack of respect” will taint the process or setting the original terms of the exchange in two ways which undermine the exchange model of efficient resource allocation. Parties may build a “moral hazard premium” into their offers; alternatively, parties may offer better terms to their opposites than they otherwise would in the expectation that they can unilaterally revise them to appropriate levels if it turns out to be necessary to do so.’ (p. 146).

7. Asser-Vranken Vervolg, p. 58, verwijzend naar R.B. Korobkin, *Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls*, *University of Illinois Law Review* 2002, p. 1033-1066.

8. A. Jettinghof, *Het komt zelden voor. Beheersing van klachten en geschillen in relaties tussen bedrijven*, Maastricht 2001, ongepubliceerde diss.