

Ad rem

Lack of legal certainty

Prof. mr. F.W. Grosheide

1. Casus

In een al in rechte aanhangig gemaakt geschil tussen meerdere partijen, wordt na uitvoerige onderhandelingen afgesproken dat partij A zich uit de procedure zal terugtrekken onder aanvaarding van aansprakelijkheid voor de toerekenbare tekortkoming van een van haar werknemers. Een conceptbrief waarin de afspraak wordt bevestigd, wordt aan A toegestuurd en door deze ondertekend geretourneerd, vergezeld van een begeleidende e-mail waarin A aangeeft dat aanvaarding van de aangegeven aansprakelijkheid geen volledige aansprakelijkheid voor alle schade inhoudt en dat partijen het nog eens moeten worden over een instrument ter bepaling van A's aandeel daarin en bijgevolg over de hoogte van de financiële vergoeding. In dat verband wordt gesproken over mediation en arbitrage als mogelijke instrumenten. Vervolgens strijden partijen over het antwoord op de vraag of de combinatie van brief en e-mail een haar rechtens verbindende overeenkomst oplevert, en zo ja, waartoe deze dan strekt.

In de onder 1 beschreven casus gaat het dus om een vraagstelling bestaande uit twee samenhangende deelvragen: enerzijds de vraag of wel een overeenkomst is tot stand gekomen, anderzijds – bij een positieve beantwoording van de eerste deelvraag – de vraag of de inhoud van het overeengekomene partijen rechtens verbindt.

2. Engels recht

Bovenstaande casus is ontleend aan de Engelse uitspraak inzake *Willis Management Ltd v. Cable & Wireless plc jo Pender Insurance Ltd* [2005] EWCA Civ 806. Naar Engels recht blijkt de voorliggende vraag te worden beantwoord door na te gaan of de tussen partijen gemaakte afspraak voldoende zekerheid (*certainty*) biedt over wat over en weer de rechten en de verplichtingen zijn. In hoger beroep oordeelde de rechter in de *Willis*-zaak dat een afspraak, inhoudende dat Willis aansprakelijk zou kunnen worden

gehouden voor een onbepaald aandeel in het verlies dat Cable & Wireless en Pender mogelijk zouden lijden, *would lack legal certainty*. Waar het aan de rechter is om rechtsgevolg te verbinden aan hetgeen partijen zijn overeengekomen, kan het niet zo zijn dat de rechter zelfstandig gaat bepalen datgene wat partijen verzuimden met voldoende zekerheid te preciseren. *An agreement to agree an essential term or terms is not an agreement which can be held to be binding upon the parties*, oordeelde de rechter.

Naar Engels recht kan dus kennelijk worden onderscheiden tussen rechtens verbindende overeenkomsten en rechtens onverbindende overeenkomsten. Onverbindend is die overeenkomst die geen zekerheid biedt over de inhoud van het overeengekomene. Dat doet zich in elk geval voor indien partijen niet meer hebben afgesproken dan dat zij het over de betekenis van een term nog eens moeten worden. Toegepast op de casus betekent dit: er is wel een overeenkomst tot stand gekomen, maar deze is niet verbindend omdat onzeker is of partijen zouden kiezen voor mediation dan wel arbitrage. Let wel: dit is geen zaak over pre-contractuele verhoudingen en evenmin over uitleg van overeenkomsten. Dat en wat partijen hebben afgesproken staat niet ter discussie. De afspraak laat zich echter rechtens niet verzilveren.

3. Nederlands recht

Naar Nederlands recht moet het antwoord in deze casus worden gezocht langs de lijnen van de artikelen 6:217 en 6:227 BW. Nagegaan moet worden of is voldaan aan alle essentialia voor het totstandkomen van een overeenkomst. Daarbij is onder meer van belang of sprake is van een zodanig bepaald aanbod, dat dit zonder meer kan worden aanvaard. Dit veronderstelt dat de inhoud van de te sluiten overeenkomst (reeds) in voldoende mate blijkt uit het

aanbod. Naar voor de hand ligt, is de rechtspraak op dit punt uitgebreid en casuïstisch (zie bijv. HR *Nf* 1968, 331 (*Polak/Zwolsman*); HR *Nf* 1993, 27 (*De Velde/De Wilt*); HR *Nf* 2004, 460 (*Regiopolitie/Hovax*)).

Het is nu interessant dat in de Nederlandse rechtspraak een beslissing voorkomt die naar casuïstiek en uitkomst verwant is met de Engelse *Willis*-zaak. Dat is het *Bunde/Erckens*-arrest (ook: *Misverstands*-arrest; HR NL 1977, 2412). Men herinnert zich dat in die zaak partijen een overeenkomst sloten gericht op beëindiging van een onteigeningsgeschil, zulks in de later onjuist blijken- de veronderstelling dat zij het ook eens waren over de in het kader daarvan door de gemeente Bunde te vergoeden belastingschade. Dat bracht het hof tot zijn, door de Hoge Raad gesanctioneerde, oordeel dat aangenomen moest worden dat Erckens de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien bij de ondertekening daarvan voor hem duidelijk zou zijn geweest dat tussen partijen ter zake geen overeenstemming bestond. Mitsdien was volgens het hof *in het geheel geen overeenkomst tot stand gekomen*.

4. Tot slot

Lack of legal certainty dan wel *onvoldoende bepaaldheid*; het is weliswaar een terminologisch, maar per saldo geen begripsmatig onderscheid, omdat zowel naar Engels als Nederlands recht de onderliggende gedachte is dat partijen duidelijk moeten kunnen weten waartoe zij zich verbinden. Rechtdogmatisch is er dan nog dit verschil, dat naar Engels recht *lack of legal certainty* leidt tot een rehtens onverbindende overeenkomst, terwijl naar Nederlands recht onvoldoende bepaaldheid maakt dat in het geheel geen overeenkomst tot stand is gekomen.

Linksom of rechtsom is dus het gemeenschappelijke parool: contractenmakers let op uw zaak.

Prof. mr. F.W. Grosheide