

ALGEMENE ASPECTEN VAN HET BOUWCONTRACT

Het contract in de wetenschappelijke en arbitrale praktijk

J.M. van Dunné

Intro. De betrekkelijke waarde van het contract

Sinds mensenheugenis kan het privaatrecht gevangen worden in drie begrippen: overeenkomst, onrechtmatige daad en eigendom. Hieruit blijkt al dat de overeenkomst – in de praktijk meestal met ‘contract’ aangeduid, waarschijnlijk om op een passend moment te kunnen zegen: ‘contract is contract’, als variant op ‘zaken zijn zaken’ – een zeer veel omvattende figuur is. Bij een bespreking van de betekenis van die figuur voor de praktijk moet dus een keuze gemaakt worden. Bij deze auteur gaat het bij ‘praktijk’ om de advies- en arbitragepraktijk, terwijl de achtergrond die van de praktijk van het wetenschappelijk onderzoek is. Bij dat laatste, evenals in mindere mate bij het eerste, zijn praktijk-contracten meestal aan de orde zoals ze ter kennis komen bij lezing van jurisprudentie, of van een conflict dat contractspartijen hebben, dat zich tot een geschil aan het ontwikkelen is.¹ Overigens, de typen contracten die daarbij passeren zijn met name: bedrijfsovername, koop, aanneming van werk, en dienstverlening. Daarbij gaat het soms om heel grote belangen, honderden miljoenen euro’s staan op het spel, maar het kunnen ook wel om eenvoudige contracten van een schoonmaakbedrijfje zijn, waarbij er ruzie om een paar duizend euro is.

Hier past al direkt een kanttekening. Mijn achtergrond als wetenschapper/arbiter brengt met zich dat een contract altijd als een *probleem* geserveerd wordt, van het archetype: er zijn moeilijkheden tussen partijen, waarbij een beroep op het contract gedaan wordt. Het probleem is met name dat beide partijen een dergelijk beroep op het contract doen, en dat de uitkomst tegengesteld is, anders was er geen dispuut tussen hen. Het contract is dus niet duidelijk, althans voor tweeërlei uitleg vatbaar. Schoolvoorbeeld: de casus van *Gemeente Bunde – Erckens*, begrijpelijkerwijze ook als *misverstand*-arrest bekend: in de lezing van de gemeente moet zij ruim €1.000,- betalen in het kader van een minnelijke onteigening (‘belastingschade’), in de lezing van de wederpartij is dat bedrag rond € 25.000,- (*NJ* 1977, 241). Het contract als georganiseerd misverstand, dus? Wat ik hiermee wil zeggen, is dat ik in mijn praktijk met *de pathologie van het contractenrecht* te maken heb: de zaken die fout gaan. Het gevaar is groot, met name in de wetenschappelijke beoefening van het recht, om te vergeten dat het in de overgrote meerderheid van de contracten goed gaat wanneer partijen met problemen geconfronteerd worden, die zij ‘te goeder trouw’ gezamenlijk tot een oplossing brengen, met wat geven en nemen. Het contract dient daarbij als richtsnoer. Dat is ook de wereld van ‘zaken zijn zaken’:

¹ In het hier volgende wordt afgezien van noten en vindplaatsen. De belangstellende lezer kan daartoe te rade gaan in mijn boek *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, 4e dr., 2001, Kluwer, Deventer.

zo ga je met elkaar om, wanneer je ten minste van plan bent om dat nog langer met elkaar te doen (of in de branche te blijven waar je een naam op te houden hebt).

Hoe komt het dat het in sommige gevallen fout gaat, en juristen in actie moeten komen? Een gemakkelijk antwoord zou zijn dat er nu eenmaal slechteriken in de wereld zijn, dus ook in de zakenwereld, hetgeen naar een wijdverbreid inzicht met de zondeval in gang gekomen is. *Homo homini lupus*, wisten de Romeinen al: de mens is een geldwolf, in zaken. Een ander, wat genuanceerder, antwoord zou zijn dat, zeker wanneer het belang groot is – een subjectief begrip, in ogen van een contractspartij – het verleidelijk is om een contractstekst in eigen voordeel te lezen, uitleggen is hierbij niet aan de orde: ‘het staat er gewoon!’ Zie weer het schoolvoorbeeld van het *misverstand*-arrest. Met een letterlijke lezing van een contract – ‘uitleg’ is een te groot woord hiervoor, zoals wij weten – is vaak snel geld te verdienen, soms veel geld. Boeteclausules zijn een navrante variant op dit thema. Een les die ik ooit van een advocaat en vriend leerde is dat wanneer jij je contractspartij het vel over de oren haalt, dat jou in de nabije toekomst door die partij met gelijke munt terugbetaald gaat worden, maar wel op een wijze die je niet door hebt. Er zijn immers veel branches waar niet alle kosten na te rekenen zijn, of de wijze van uitvoeren niet steeds op de voet te volgen is (bijvoorbeeld in de bouw) en er een bepaalde mate van vertrouwen moet zijn. In een volgend contract met deze partij (of vervolg van de duurovereenkomst) word je ‘teruggepakt’, reken maar. Het is dus vaak *penny wise, pound foolish* om tot eigen voordeel aan de letter van een contract te gaan hangen. Geef je wederpartij dus enige ruimte, zij moet ook leven. Naastenliefde en eigenliefde gaan, als het goed is, hand in hand.

De betrekkelijke meerwaarde van het contract

Het voorgaande zou men kunnen samenvatten als: ‘de betrekkelijke waarde van het contract’ (vrij naar het bekende woord van Bregstein over de wet, in de Amsterdamse traditie). Echter, alles is betrekkelijk, zo ook deze uitspraak. Een goed contract kan veel onheil voorkomen. Als je het duidelijk kunt opschrijven, is daar niets tegen, zelfs alles voor. Wanneer er een gezamenlijk uitgangspunt is voor partijen, of een vooronderstelling waarop men zich baseerde, zet het dan in de overeenkomst, ook wanneer dat vanzelfsprekend lijkt. Het leerstuk van de dwaling is een oude liefde van mij, maar ik zeg altijd: ‘een goed jurist zorgt dat hij bij het schrijven van een contract niet aan dwaling hoeft toe te komen’. Bij koop van een huis, ook wanneer de nieuwe baan in de nieuwe stad zo goed als rond is, zet dan in de koopakte toch maar: ‘op voorwaarde van benoeming’. De relatie *voorkomen vs. genezen* is ook voor contractschrijvende juristen van levensbelang. Wanneer de verkoper een mededeling gedaan heeft over een belangwekkende eigenschap van de verkochte zaak, of dat nu een bedrijf, artspraktijk of een kunstvoorwerp is, laat het dan in de overeenkomst opnemen (of als het simpeler toegaat, op de factuur zetten). Daarmee is het van precontractuele mededeling tot contractsinhoud geworden, dat scheelt al direct veel bewijsellende, wat nu precies gezegd is, en komt wanprestatie in beeld, in plaats van dwaling.

Dit geldt ook voor het in vrede laten van andere leerstukken, belerende percelen van dwaling, zoals veranderde omstandigheden (zet nooit ‘onvoorziene omstandigheden’ in het contract, naar geldend recht mogen ze namelijk best ‘voorzienbaar’ zijn geweest voor een beroep op art. 6:258 BW (Abbas dissenting)). Je kunt partijen een gang naar de rechter besparen (om volstrekt onduidelijke redenen heeft de BW-wetgever bepaald dat slechts de rechter, niet partijen zelf, de overeenkomst mogen aanpassen bij onvoorziene omstandigheden) door een

aanpassingsclausule in het contract op te nemen, ook wel bekend als een *hardship clause*. Voor duurcontracten (zeker met overheden, met vaak een onvoorzienbaar beleid) is dat noodzaak; ik kom ze veel te weinig tegen in de praktijk. In wezen is de tussenkomst van de rechter die door de wetgever voorgeschreven werd een dode letter, partijen kunnen immers door novatie hetzelfde bereiken: aanpassing van de overeenkomst. Maar zo'n aanpassingsclausule, met de zo kenmerkende heronderhandelingsplicht, kan van nut zijn om een onwillige wederpartij bij de les te houden, je hoeft haar dan het contractenrecht niet meer uit te leggen, dat is toch al moeilijk wanneer je eenmaal een dispuut met elkaar hebt.

Zo kan men nog meer nuttig werk doen als contractenmaker, zoals bij overmacht - vaak gebeurt dat al in de praktijk - te vermelden dat men een mededelingsplicht heeft. Nu het huidige wetboek zo'n merkwaardig overmachtsartikel heeft (de dissenting opinion van Ph.A.N. Houwing, *fiis de son père*, in afwijking van de heersende leer en van omringende rechtsstelsels) waarin de regel opgenomen is dat bij overmacht de overeenkomst in stand blijft, en enkel de schadevergoedingsplicht weggevalen is, kan het verstandig zijn om het tegendeel in het contract vast te leggen. De regeling van verzuim en wanprestatie, en ontbinding van het BW is niemand uit te leggen, en kan dus beter zelf in het contract geregeld worden, en zo is er meer.

Een andere 'life safer' die ik ooit eens van (een andere) bevriende advocaat overnam, en intussen aan vele studentengeneraties doorgegeven heb, is dat wanneer je een contract moet opmaken over een onderwerp dat je niet echt goed beheerst (vanwege de technische aard, of zo) je een *considerans* moet opnemen, voorafgaand aan het eigenlijke contract. Ik zie dat veel te weinig in de praktijk gebeuren, terwijl het veel onheil kan voorkomen. Het gaat erom, dat men in rond Hollands zegt wat partijen voor ogen hebben en met hun contract van plan zijn. Archetype: A. heeft een uitvinding/idee voor de toepassing van apparaat/methode xyz; B. heeft een zak met geld, en samen zijn zij van plan om de markt C te veroveren, hetgeen zij verwachten in de periode D te kunnen klaren. Ander voorbeeld: wanneer een partij op zich neemt een prestatie te verrichten waarmee hij niet vertrouwd is - nieuwe techniek, nieuw materiaal, e.d. - dan zegt hij in de *considerans* dat hij zijn uiterste best zal doen, maar geen ervaring op dit gebied heeft. De meerwaarde van een dergelijk, ogenschijnlijk simplistische clausule is dat ze een grote steun kan bieden bij de uitleg van de contractvoorwaarden die erop volgen, wanneer later tweespalt ontstaat tussen partijen. Dan is men niet uitsluitend aangewezen op bewijslevering, ontbrekende documenten en moeizaam verkregen getuigenverklaringen.

De betrekkelijke waarde van een contract bij de uitvoering

Tot dusver hadden wij het over de inhoud van contracten; het gebruik ervan in de praktijk kwam nog niet aan de orde. Bij de uitvoering van overeenkomsten geldt de wijsheid: 'een goed contract is een niet gelezen contract' (broertje van: 'een goed proces is een niet gevoerd proces'). In veel branches worden contracten wel gesloten, vaak na stevig onderhandelen, op de commerciële punten, maar dan gaat het contract op de plank om daarop te blijven. En zo hoort het ook. In de bouw, en aanverwante gebieden, is dit een bekend beeld: aannemers lezen cijfers en tekeningen, geen letters. Pas wanneer er een geschil ontstaat dat niet op commerciële wijze, in der minne te regelen is, wordt het contract van de plank gehaald en aan een jurist voorgelegd, die er vaak allerlei leuke dingen in leest.

Het ongelezen laten van contracten in de praktijk wordt ook in de hand gewerkt door organisatie-aspecten: de afdeling van een bedrijf (vaak één persoon) die belast is met het sluiten van contracten, is doorgaans niet dezelfde afdeling die de uitvoering doet. Daarmee zijn er twee werelden, die nauwelijks met elkaar communiceren.

Even terzijde, in de context van standaardvoorwaarden die van toepassing zijn wordt doorgaans breed uitgemeten dat een adhesieve partij gedupeerd is wanneer haar de algemene voorwaarden van de wederpartij niet ter hand gesteld zijn, zodat ze niet gelezen konden worden (het 'kenbaarheidsvereiste' van de wetgever). Dit komt in een ander daglicht te staan wanneer men bedenkt dat commerciële partijen een gewoon contract (met grote letters) al meestal ongelezen laten. J.C. van Oven had het indertijd bij het rechte eind: niet zeuren over kleine lettertjes die niet gelezen waren, wel zeuren over onredelijke bedingen waarop men niet verdacht hoefde te zijn, en die buiten toepassing laten wegens strijd met de goede trouw (dat laatste is zoals bekend door de Hoge Raad overgenomen in het *Holleman – De Klerk*-arrest (NJ 1982, 517, inzake een dragline), en ook in de jurisprudentie onder het nieuwe BW gehandhaafd).

Een bijkomend probleem is hier, dat in grote bedrijven contracten meestal uitonderhandeld worden door de technische afdeling, c.q. marketing afdeling. Bij een kleiner bedrijf blijft het daarbij en wordt het contract getekend, bij een groter bedrijf mag de bedrijfsjurist ernaar kijken voor het getekend wordt. Wanneer hij dan rampzalige dingen ontdekt, is het al te laat, want de deal is rond, en het wachten is op de 'closing'. De bedrijfsjurist komt dikwerf als mosterd na de maaltijd. Over beroemde rampen op dit gebied zijn zelfs hele boeken geschreven, zoals in de *Westinghouse case* uit de jaren '70 (verkoop van kernreactoren met levering van uraneum gedurende 25 jaar voor een vaste prijs). Wat de zaak meestal compliceert, is dat bedrijfsjuristen in zo'n geval nog proberen te redden wat er te redden valt, en aanpassingen weten door te drukken die clausules onleesbaar maken.

Een ander aspect van de betrekkelijkheid van het contracteren, en dat beseft men niet altijd bij het schrijven van een contract, is dat bepaalde bedingen in een contract gelezen worden, ook wanneer ze er niet instaan, en anderzijds, dat bepaalde bedingen terzijde gesteld kunnen worden, die uitdrukkelijk opgenomen werden. Wij hebben het hier bijvoorbeeld over *garanties*: een stilzwijgende garantie kan aan de inhoud van de overeenkomst toegevoegd worden bij normatieve uitleg, een beroep op een exoneratieclausule, die haaks op zo'n garantie staat, kan afgewezen worden, in beide gevallen met een beroep op de goede trouw. Het *Steendijkpolder*-arrest van 1992 (NJ 1994, 289) is hier spraakmakend: aanvaard werd een stilzwijgende garantie van de gemeente dat de grond, uitgegeven met bouwverplichting, geschikt is voor woningbouw, terwijl het beroep op een vrijtekeningsbeding door de gemeente in strijd met de goede trouw geacht werd.

Indien een partij graag een garantie opgenomen zag in het contract, maar dat voor de wederpartij een brug te ver is (of er bestaan formele beletselen, denk ook aan 'off-balance'-constructies) ziet men vaak een 'best effort'-bepaling. Het kost weinig fantasie om daarin een stilzwijgende garantie te zien, hetgeen natuurlijk ook van de overige inhoud van de overeenkomst en omstandigheden zal afhangen.

Ik teken hierbij aan dat normatieve uitleg al heel lang in de jurisprudentie aanvaard is – *Haviltex* uit 1981 is voor de laatbloeiers – en dat de Hoge Raad daarin tegenwoordig heel ver gaat. Zo mag de rechter bij de uitleg van een overeenkomst daaraan een betekenis geven die geen van beide partijen voorgestaan heeft, hij hoeft dat zelfs niet aan hen voor te leggen voor commentaar (*Prêt-à-Porter*, NJ 1996, 566).

Dat een overeenkomst niet gelijk staat aan een contract als schriftelijk stuk, maar een dynamisch karakter heeft, komt ook sterk naar voren in een arrest waarin bepaald is dat de wijze van uitvoering van de overeenkomst van belang kan zijn voor de uitleg ervan (*Gasunie – Gem. Anloo, NJ 1994, 574*). Voor duurovereenkomsten is dit van grote betekenis, wanneer het contract uit een steeds grijzer verleden stamt.

De keerzijde is weer, indien men wat opneemt in het contract, kan het geen kwaad om dat op een zinvolle wijze te doen. Wanneer er bijvoorbeeld van een heronderhandelingsplicht sprake is in een aanpassingsclausule, waarom dan volstaan, zoals ik soms wel zie, met de open deur dat partijen ‘overleg zullen plegen’ over de nieuwe situatie? Dat dit mag, staat in de Grondwet (nog afgezien van het volgen van het boerenverstand). Waarom dan niet ook wat gezegd over de wijze waarop een aanbod afgewezen kan worden (slechts gemotiveerd), op wat voor termijn gereageerd moet worden, en de verplichting om de (her)onderhandelingen te goeder trouw voort te zetten? Dat scheelt weer het inroepen van jurisprudentie van de Hoge Raad, om de wederpartij tot medewerking aan te zetten. Ook kan men denken aan het inzetten van een neutrale derde om het onderhandelingsproces te bevorderen, de ‘third party intervener’; het scheelt weer gedoe wanneer die mogelijkheid gewoon in het contract staat (soms kan men tevoren al de naam van een persoon bedenken, in wie beide partijen vertrouwen hebben).

Ook hierbij geldt, en dit is meteen een afsluitende opmerking: het kan ook zonder. Maar dat geldt voor het hele contract, als schriftelijk stuk, mondeling contracteren gaat immers ook prima. Als het om heel grote transacties gaat, grote (staats-)banken onder elkaar bijvoorbeeld, is dat weer heel gewoon. Ik weet het, de trend is dat op terreinen waar het tot voor kort ook gebruik was om mondeling zaken te doen, dit terugloopt (zoals bij koop van huizen, effecten). Maar misschien komt dat door de aanwas van juristen in de samenleving. Of door de amerikanisering? In elk geval zijn onze contracten een factor 10 korter dan Amerikaanse of Engelse contracten, omdat wij op onze beginselen van contractenrecht vertrouwen. Het valt te hopen dat daarin geen verandering komt, al zijn de voortekenen niet gunstig.