

Drafting tips & skills: Less is more!

MR. M. RUYGVOORN

Vraag een jurist een contract op te stellen en veelal zal de neiging bestaan om zoveel mogelijk risico's, die zich in het kader van de uitvoering kunnen voordoen, bij de wederpartij te leggen. De vraag is of dat altijd nastrevenswaardig is. Enkele overdenkingen ter nuancering.

De twee belangrijkste functies van een commercieel contract zijn wel de bewijsfunctie en de herverdeling van risico's ten opzichte van de verdeling die uit de wet volgt. En om die herverdeling van risico's gaat het mij nu. Doorgaans zal die herverdeling in financieel opzicht kwantificeerbaar zijn en wie te veel risico's herverdeelt, loopt het risico zichzelf tekort te doen. Ik licht dit kort toe. Een leverancier van machines met een gemiddelde levensduur van vijf jaar spreekt een dienovereenkomstig lange garantietermijn af. Non-conformiteit die na die periode optreedt, is voor risico van de klant. De leverancier weet uit ervaring dat de betreffende machines de eerste vijf jaar nagenoeg storingsvrij functioneren. In het zesde jaar vertoont 10% van de machines gebreken. De gemiddelde herstelkosten daarvan zijn de leverancier bekend. Verlangt de klant een garantie van zes jaar, dan zal de leverancier bij het bepalen van zijn prijs dus rekening moeten houden met die te verwachten herstelkosten in het zesde jaar en zal de prijs, die de klant betaalt, hoger zijn. Als de gemiddelde levensduur en de afschrijvingstermijn van de machine vijf jaar bedraagt, rijst de vraag hoe zinvol het is om het risico van non-conformiteit na ommekomst van de gemiddelde levensduur van het gekochte, in afwijking van artikel 7:17 BW bij de verkoper te leggen. Dit is natuurlijk een heel simpel voorbeeld van de wijze waarop herverdeling van risico's financieel kwantificeerbaar is, maar in de kern kan men een soortgelijke redenering toepassen bij de reallocatie van nagenoeg alle juridische risico's die kleven aan de uitvoering van een commercieel contract.

Het is dus zinvol om alleen die risico's weg te contracteren, die ook echt wezenlijk zijn. Dat wil zeggen: risico's, waarvan enerzijds de kans op het intreden daarvan reëel te noemen is en die anderzijds, wanneer zij intreden, ook een substantiële financiële impact hebben. Dat vooronderstelt een goed inzicht in die risico's en daarmee in de aard en de uitvoering van het op te stellen contract. Vervolgens kan onderzocht worden welke praktische maatregelen kunnen

worden genomen om die risico's te beperken en in hoeverre bepaalde risico's wellicht (al) verzekerd zijn. Die risico's hoeven dan immers niet meer per se weggecontracteerd te worden.

De neiging tot het opstellen van hele eenzijdige contracten kent echter meer valkuilen. Het leidt tot onnodig lange contracten, door de vele nuances die noodzakelijkerwijs moeten worden aangebracht (om telkens risico's te verleggen en alle mogelijke uitzonderingen daarop dan weer te benoemen) ontstaan moeilijk leesbare contracten en worden al snel allerlei uitlegproblemen binnengehaald en, last but not least: het leidt snel tot lange discussies met de wederpartij en – wellicht belangrijker nog – kan de relatie met de wederpartij schaden. Hoe leg je immers uit dat je met de wederpartij een handelsrelatie wilt opbouwen die is gebaseerd op een onevenwichtige risicoverdeling?

Steeds meer commerciële partijen lijken hiervoor oog te hebben, getuige het steeds grotere aantal 'minimalistische contracten' dat ik in de praktijk aantref. Ondernemers die kiezen voor het terugbrengen van hun voorwaarden tot één of twee A-viertjes, in simpele heldere bewoordingen, kunnen daar commercieel munt uit slaan; het vormt voor die ondernemers een 'unique selling point' ten opzichte van de concurrentie, waar in reclame-uitingen melding van kan worden gemaakt (een voorbeeld hiervan is verzekeringsmaatschappij Interpolis, die adverteert met 'glasheldere voorwaarden'), het levert tijdwinst op in het onderhandelingstraject, het maakt de contractuele verhoudingen volstrekt transparant en werkt positief uit op de relatie tussen partijen.

Natuurlijk zitten er ook nadelen aan deze benaderingswijze; een verzekeraar die kiest voor korte, simpele polisvoorwaarden zal zich minder snel kunnen beroepen op allerlei uitsluitingen en beperkingen en daardoor vaker uitkeringen moeten doen die andere verzekeraars met een beroep op

hun voorwaarden zouden kunnen pareren, maar wanneer de gekozen strategie meer klanten aanspreekt, dan kan de omzetsijging dat nadeel compenseren.

Daarmee pleit ik niet voor het sluiten van enkel ‘minimalistische contracten’. Veel situaties zullen zich daar niet voor lenen, bijvoorbeeld omdat een bepaalde dienst of het tot stand brengen van een bepaald werk zodanig grote risico’s met zich brengt dat die dienst of dat werk niet tegen commerciële tarieven zou kunnen worden uitgevoerd op het moment dat bepaalde risico’s niet in overwegende mate eenzijdig bij de klant worden gelegd. En sommige situaties zullen eenvoudigweg te complex zijn om in een minimalistisch contract te worden beschreven. Maar dat neemt niet weg dat het – ook voor ervaren juristen

– buitengewoon leerzaam is om eens een ‘minimalistisch contract’ op te stellen en daarbij bij elke bepaling de vraag te stellen wat nu eigenlijk de toegevoegde waarde van die bepaling is, welke herverdeling van risico’s ten opzichte van het wettelijk regime daarmee eigenlijk wordt beoogd en of die herverdeling – gezien vanuit de optiek van de eigen partij – wel toegevoegde waarde heeft. Of, nog anders geformuleerd: wat die risicoverdeling eigenlijk kost. Anders gezegd: terug naar de basis van ons contractrecht dat dient ter ondersteuning van de commerciële relatie tussen partijen (en niet omgedraaid).

Over de auteur

Marcel Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen en universitair docent aan de universiteit Utrecht.