Maastricht University

Engels vermogensrecht

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1996). Engels vermogensrecht: Rechtshandeling en overeenkomst. In *Toegang tot buitenlands vermogensrecht* (pp. 96-138). Gouda Quint.

Document status and date:
Published: 01/01/1996

Document Version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

• A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
• The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
• The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

Link to publication

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.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the “Taverne” license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 25 Apr. 2024

*J.M. Smits (met medewerking van F.A. Steketee)**

3.2 RECHTSHANDELING EN OVEREENKOMST

3.2.1 Algemeen

3.2.1.1 Introductie

De term verbintenissenrecht zoals die wordt gebruikt in Nederland en in andere continentale rechtsstelsels brengt tot uitdrukking dat een onderlinge samenhang tussen terreinen als contractenrecht, onrechtmatige daadsrecht en het recht inzake de ongerechtvaardigde verrijking bestaat. Een dergelijke *systematische* notie van recht is enigszins vreemd aan de Anglo-Amerikaanse rechtswereld: *the law of contract* is een autonoom rechtsgebied dat in zijn eigenheid moet en (anders dan in Nederland) *kan* worden begrepen. Een abstraheren tot een algemene *law of obligations* vindt dan ook niet plaats. Die laatste term wordt alleen gebruikt als een globale aanduiding van de zojuist genoemde rechtsterreinen zonder enige *inhoudelijke* betekenis.

Hiermee hangt samen dat men in Engeland en Wales aan een denken in termen van (wederom met elkaar samenhangende) bronnen van verbintenis niet toekomt. Spreekt men van een *obligation*, dan is dat weliswaar om aan te geven dat een recht kan worden afgedwongen, maar een algemeen concept verbintenis ('vinculum iuris') is dat niet; recht en rechtsvordering ontstaan tegelijkertijd waar een *contract*, *tort*, *restitutionary obligation* etc. worden aangenomen. Bij communicatie met een Engels jurist zij men dus altijd bedacht op deze meer pragmatische benadering van voor de *continental* juist centrale begrippen.

Met deze twee caveats (zie ook nr. 3.1.1) in het achterhoofd, kan thans worden getracht het Engels contractenrecht te beschrijven. Dit bestaat dan meer algemeen uit een verzameling ('lappendeken' is een betere benaming) van specifieke wettelijke regelingen (*statutes*) en van duizenden rechterlijke beslissingen (*cases*). De afwezigheid van een continentale systematiek maakt dat men steeds op het bestaan van specifieke wettelijke regels bedacht moet zijn.

Na het bovenstaande wekt het geen verbazing meer dat men een typisch abstraherend begrip als de rechtshandeling naar Engels recht niet kent. Onder invloed van de continentale rechtswetenschap rept men wel van een 'juristic act' of van een 'legal act', maar dat zijn in de praktijk volstrekt inhoudsloze begrippen. Slechts een continentaal jurist zou daaronder bijv. *contract*, *promissory note* en *agency* brengen. Een onderscheid tussen 'gewone' zaken en handelszaken bestaat niet: het contractenrecht is al vooral toegespitst op commerciële transacties (zie echter nr. 3.2.4.1 en nr. 3.2.8.2).

* Met dank aan mr. J.H.M. van Erp (KU Brabant) voor discussie omtrent het karakter van het Engelse recht.

3.2.1.2 Onderscheidingen

Nog in 1990 stelde het House of Lords dat de enige rechtens relevante onderscheiding in het Engelse recht die is tussen burgerlijk recht en strafrecht. Dit neemt niet weg dat om didactische redenen binnen het contractenrecht wordt onderscheiden tussen bijv. *simple contracts* (die mondeling of schriftelijk kunnen worden gesloten) en *formal contracts* (of: *by deed*. Om effect te hebben, moesten zij vroeger 'signed, sealed and delivered' zijn. Tegenwoordig bestaan minder vergaande eisen, waarover nr. 3.2.3.4). De laatste komen weinig meer voor (doch zie nr. 3.2.3.4).

Voorts onderscheidt men wel tussen *unilateral contracts* en *bilateral contracts* (bij de eerste bestaat een 'promise in return for an act' zoals bij de uitloving, bij de tweede staan wederzijdse prestatiebeloften tegenover elkaar) en tussen *express* en *implied contracts* (afhankelijk van de vraag of de overeenstemming expliciet in woorden is uitgedrukt of wordt afgeleid uit het gedrag van partijen). Zie voor deze en andere onderscheidingen ook Chitty vol. I, nr. 1-012 e.v.

3.2.1.3 Literatuur

Reeds sinds de negentiende eeuw valt Chitty on Contracts als *het* standaardwerk aan te merken. De tweedelige uitgave is onder de algemene redactie van A.G. Guest nu toe aan de 27ste druk, London 1994 (Sweet & Maxwell). Meer handzame werken omtrent het Engels contractenrecht zijn bijv. G.H. Treitel, The Law of Contract, 9de dr., London 1995 (Sweet & Maxwell), nog altijd ong. 1000 blz., van dezelfde auteur het compacte An Outline of The Law of Contract, 5de dr., London 1995 (Butterworths) en in de serie Fundamental Principles of Law J.C. Smith, The Law of Contract, 2de dr., London 1993 (Sweet & Maxwell). Smith baseerde zich hiertoe op zijn samen met J.A.C. Thomas geschreven didactisch standaardwerk A Casebook on Contract, 9de dr. 1992 (Butterworths). Voorts moet worden genoemd Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 12de dr., London 1991 (Butterworths). Rechtsvergelijkend met andere Europese rechtsstelsels is Michael H. Whincup, Contract Law and Practice, 2de dr., Deventer 1992 (Kluwer) en rechtsvergelijkend met Nederland is J.G.J. Rinkes & G.H. Samuel, Contractual and non-contractual obligations in English Law, diss. Maastricht 1992.

Een recent gepubliceerde tekst die bedoeld is om als hulpmiddel te dienen bij het maken van een eventuele 'European Civil Code', maar wellicht ook enige betekenis zal krijgen in de Engelse praktijk, is de 'Contract Code', opgesteld door Harvey McGregor onder auspiciën van de English Law Commission, Milano 1993 (Giuffrè Editore). Men vindt hier op continentale wijze artikelen (met toelichting) omtrent het Engels contractenrecht. Verwijzingen naar meer specifieke literatuur vindt men in onderstaande tekst.

3.2.2 Vertegenwoordiging

3.2.2.1 Algemeen

Een analytische onderscheiding als die tussen een algemeen begrip *representation* en een species *agency* kent het Engelse recht nauwelijks. *Agency* wordt algemeen omschreven als de situatie waarin iemand (de *agent*) de mogelijkheid heeft de juridische verhoudingen van een ander (de *principal*) te wijzigen. Uit deze ruime omschrijving blijkt dat ook op het terrein van *tort law* en *property law* soms van *agency* kan worden gesproken; hier concentreren wij ons op het *specific contract* van *agency*. Aan dit geval van directe vertegenwoordiging valt een extern en een intern aspect te onderscheiden: extern wordt de principaal gebonden jegens de wederpartij (hoewel de *agent* soms zelf jegens haar gehouden is), intern bestaan rechten en verplichtingen tussen *agent* en principaal (zie nr. 3.2.2.5). Bedacht zij dat niet iedere persoon die in de praktijk als *agent* wordt aangeduid, dat ook stricto sensu is. Bovendien realisere men zich dat middellijke vertegenwoordiging (*indirect representation*) ook naar Engels recht bestaat (zoals bij de 'commission agent'). Zie nader Chitty, vol. II, nr. 31-001 e.v. en Bowstead and Reynolds on Agency, 16de dr., London 1995 (Sweet & Maxwell).

3.2.2.2 Wie raakt gebonden?

Hoofdregel is dat de principaal is gebonden aan de overeenkomst die door zijn *agent* binnen de door hem gegeven bevoegdheid in zijn naam wordt gesloten. Hieruit blijkt reeds dat niet relevant dat de vertegenwoordiger de naam van zijn achterman niet noemt ('unnamed principal') en zelfs niet dat hij in het geheel niet aangeeft voor een achterman te handelen ('undisclosed principal'). Bepalend is in beginsel slechts de door de achterman aan de *agent* verleende bevoegdheid: omdat de achterman toestemming gaf aan de vertegenwoordiger diens rechtspositie te wijzigen, is de achterman gebonden. De *agent* 'drops out of the transaction'. Slechts waar de derde vertrouwt op een in werkelijkheid niet bestaande volmacht, kan deze redenering via gegeven toestemming niet dienen als rechtvaardiging voor gebondenheid. Dan komt naast de 'actual authority' (zie nr. 3.2.2.3) de 'apparent authority' (zie nr. 3.2.2.4) te staan.

3.2.2.3 In naam van

Indien de principaal een werkelijke bevoegdheid heeft gegeven aan de tussenpersoon om hem te vertegenwoordigen, treedt gebondenheid in omdat in naam van de principaal is gehandeld. Deze *actual authority* kan *express* zijn omdat zij in expliciete bewoordingen wordt gegeven, maar ook *implied* omdat zij bijvoorbeeld voortvloeit uit het hebben van een bepaalde betrekking.

Essentieel voor een goed begrip van de Engelse vertegenwoordigingsfiguur is dat ook 'in naam van' de principaal kan worden gehandeld wanneer aan de wederpartij in het geheel niet wordt medegedeeld dat men als vertegenwoordiger optreedt. De 'undisclosed principal' kan het via de 'undisclosing' vertegenwoor-

diger gesloten contract afdwingen en de wederpartij kan de 'principal' aanspreken (mits maar binnen de grenzen van de bevoegdheid is gehandeld). De rechtsfiguur is omgeven door nogal wat vragen omtrent haar toepassingsbereik: dat de wederpartij kan worden aangesproken door een hem onbekende derde, is immers nogal opmerkelijk. Dat is dan ook de reden waarom in bepaalde opzichten het gesloten contract niet als dat van de principaal, maar als dat van de tussenpersoon wordt beschouwd: de wederpartij mag niet in een slechtere positie komen dan wanneer hij met de tussenpersoon had gecontracteerd. Zo werd een vordering van een principaal afgewezen omdat de derde met de *agent* had gecontracteerd in de veronderstelling de door hem verschuldigde koopsom te kunnen verrekenen. Voorts behoudt de derde alle weren die hij tegen de *agent* zou hebben gehad.

Evident is dat de vraag naar een eventuele 'apparent authority' (zie nr. 3.2.2.4) niet kan spelen bij de aansprakelijkheid van de *undisclosed principal*: de wederpartij kan moeilijk vertrouwen op verklaringen van iemand van wiens bestaan hij niet op de hoogte is.

3.2.2.4 Onbevoegde vertegenwoordiging

Hoofdregel is dat de principaal die onbevoegd wordt vertegenwoordigd niet aan de door de pseudo-vertegenwoordiger gesloten overeenkomst gebonden is. Op grond van de 'doctrine of apparent authority' (een toepassing van *estoppel*; zie nr. 3.1.1) is dit echter anders indien door de principaal de schijn wordt gewekt dat de handelende tussenpersoon toch bevoegd is. De regels binnen deze doctrine bestaan geheel uit *case law* en zijn dus weinig gesystematiseerd. De principaal moet door zijn verklaringen of gedragingen de indruk hebben gewekt dat de pseudo-vertegenwoordiger bevoegd was voor hem te handelen en de derde moet op grond van die indruk hebben gehandeld. Het vertrouwen van de derde moet redelijk zijn geweest: indien de omstandigheden van het geval hem reden gaven een onderzoek in te stellen naar de bevoegdheid van de pseudo-vertegenwoordiger, kan hij zich niet beroepen op de schijn.

Naast de gebondenheid aan de overeenkomst van de achterman, is denkbaar dat ook de *agent* zelf aansprakelijk is. Indien de bevoegde vertegenwoordiger in eigen naam een overeenkomst sluit en niet aangeeft dat hij voor een ander handelt, is hij uiteraard geheel gebonden alsof hij zelf contracteerde (tot de principaal ingrijpt). Maar ook indien iemand in strijd met de waarheid zegt dat hij als vertegenwoordiger van een ander optreedt, kan de wederpartij met wie hij contracteert de door hem geleden schade vorderen op grond van 'breach of warranty of authority' (een 'collateral contract'; zie nr. 3.2.7.1). Kende hij zijn onbevoegdheid, dan is hij aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad (*tort of deceit*).

3.2.2.5 Volmacht

Onder het voorbehoud dat aan het begin van nr. 3.2.2.1 werd gemaakt t.a.v. de vaagheid van het begrip *agency*, zij opgemerkt dat de verhouding van *principal* en *agent* in vier situaties ontstaat:

– partijen sluiten een *express agreement*. Deze is over het algemeen vormvrij,

doch een belangrijke uitzondering op deze regel vindt men in de Powers of Attorney Act 1971. De *power of attorney* is een formele volmachtverlening tot behartiging der belangen van de volmachtgever (doorgaans gegeven bij ziekte of afwezigheid), die *signed and sealed* moet worden.
- een *implied agreement* tot vertegenwoordiging wordt aangenomen.
- de achterman kan een door de *agent* onbevoegd verrichte handeling bekrachtigen (*ratification*). De bekrachtiging kan ook uit het gedrag van de achterman worden afgeleid.
- er is sprake van *agency of necessity*. Deze aan zaakwaarneming verwante figuur houdt in dat in noodgevallen iemand voor een ander mag handelen zonder voorafgaande volmachtverlening. Standaardvoorbeeld is de kapitein die verregaande bevoegdheden heeft voor de eigenaar van het schip te handelen. Zie Chitty, vol. II, nr. 31-031 e.v.

De *capacity* om een vertegenwoordiger aan te stellen bestaat indien men ook bekwaam is om de handeling waarvoor de *agency* is gegeven te verrichten. Zo kan de minderjarige wel een *agent* aanstellen, doch is de overeenkomst aantastbaar (vgl. nr. 3.2.3.2). De *agent* zelf is slechts intermediair en behoeft dus niet handelingsbekwaam te zijn. De vertegenwoordiger kan zijn bevoegdheid overigens niet zonder toestemming van de achterman delegeren aan een derde; *delegation* kan echter voortvloeien uit het gebruik.

Ten aanzien van de rechten en verplichtingen van *agent* en principaal geldt uiteraard dat deze in de eerste plaats voortvloeien uit hun overeenkomst. Bij de uitvoering daarvan moet de *agent* een voldoende mate van 'care and skill' betrachten, alsmede niets doen wat in strijd zou komen met de *honesty* vereist in hun verhouding. De principaal zal de *agent* een *indemnity* moeten betalen voor alle kosten die de vertegenwoordiger bij de uitoefening van de hem verleende bevoegdheid heeft gemaakt en een eventueel overeengekomen *remuneration* moeten betalen. De *agent* heeft terzake van zijn vordering op de principaal een zg. *possessory lien* op diens goederen (vgl. nr. 3.4.4.1).

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de *agent* eindigt door *revocation* door de principaal of door *renunciation* door de agent. Beide zijn in beginsel steeds mogelijk. Bovendien eindigt zij onder meer door de dood of het faillissement van principaal of vertegenwoordiger. Zie voor verdere details bijv. Chitty, vol. II, nr. 31-144 e.v.

3.2.3 Vereisten voor een overeenkomst

3.2.3.1 Overzicht

Wil naar Engels recht een onaantastbare overeenkomst tot stand zijn gekomen, dan moet aan de volgende eisen zijn voldaan:
- tussen partijen moet wilsovereenstemming bestaan (*agreement*), waarover nr. 3.2.3.3.
- partijen moeten een *intention to be legally bound* hebben gehad toen zij contracteerden, waarover nr. 3.2.3.3.

– indien de overeenkomst niet in een *deed* is vervat, moet voor de gedane belofte *valuable consideration* bestaan, waarover nr. 3.2.3.6.

Dit korte overzicht van eisen geeft al aan dat naar Engels recht enerzijds van de wilsovereenstemming, anderzijds van de belofte wordt uitgegaan. Dit is het gevolg van een historische ontwikkeling: aanvankelijk bond naar Engels recht de gedane belofte, wilsovereenstemming is als eis vooral onder invloed van de continentale rechtswetenschap gesteld met als gevolg dat men thans op twee gedachten hinkt.

Indien niet aan een van de genoemde eisen is voldaan, komt de overeenkomst in het geheel niet tot stand. De handelingsonbekwaamheid van een contractspartij staat in beginsel niet in de weg aan totstandkoming en wordt doorgaans niet als aparte eis gesteld aan de overeenkomst; desalniettemin maakt onbekwaamheid de overeenkomst in bepaalde gevallen aantastbaar (zie nr. 3.2.3.2). Zie voor eventuele vormeisen nr. 3.2.3.4.

3.2.3.2 Handelingsbekwaamheid

Afwezigheid van handelingsbekwaamheid (*capacity to contract*) kan naar Engels recht onder omstandigheden leiden tot een aantasting van de overeenkomst. Het vraagstuk is weinig gesystematiseerd en deels gebaseerd op *case law*, deels op de Minors' Contracts Act 1987. Een apart begrip handelingsbevoegdheid kent men niet. Het is van belang om te onderscheiden tussen minderjarigen enerzijds en andere handelingsonbekwame personen anderzijds. Zie bijv. Chitty, vol. I, nr. 8-001 e.v.

a. Minors

Minors (personen jonger dan 18 jaar; zie echter onder b) zijn in een aantal gevallen gebonden aan een door hen gesloten overeenkomst. Dit is met name het geval indien een overeenkomst tot verkrijging van *necessaries* reeds is uitgevoerd door de wederpartij (een zg. *executed contract*). Het begrip *necessaries* wordt daarbij ruim opgevat: het omvat alle goederen en diensten die dienstig zijn voor de verbetering van de sociale positie van de minderjarige en die een concrete behoefte van hem kunnen vervullen. Zo kan de minderjarige bijvoorbeeld niet uit onder een door hem gesloten arbeidsovereenkomst (mits deze in zijn voordeel is).

In andere gevallen is de overeenkomst nietig (*void*), tenzij het gaat om bepaalde duurovereenkomsten (als die tot *lease* van land of tot verkrijging van aandelen, alsmede *partnership agreements*). Deze zijn vernietigbaar (*voidable*): de minderjarige heeft het recht *to repudiate* de overeenkomst voordat hij meerderjarig wordt (of binnen een redelijke termijn daarna). Het gevolg van deze *repudiation* is dat de minderjarige van zijn toekomstige verplichtingen wordt ontslagen, maar hij kan in beginsel niet de reeds gedane betalingen terugvorderen, tenzij er een *total failure of consideration* is geweest omdat hij niets heeft gekregen van hetgeen hem krachtens de overeenkomst toekwam (Steinberg v. Scala (Leeds) Ltd. [1923] 2 Ch. 452).

Buiten deze beide categorieën om is de overeenkomst van de minderjarige niet

afdwingbaar door de wederpartij (uiteraard wel door de minderjarige zelf); wel kan de minderjarige na het bereiken van de 18-jarige leeftijd de overeenkomst bevestigen (*ratification*).

Voorts zij bedacht dat de wederpartij van de minderjarige naar Engels recht soms een vordering op grond van *restitution* kan instellen. Het belangrijkste geval is geregeld in S. 3 van de *Minors' Contracts Act 1987*: indien dat 'just and equitable' is, kan de rechter de minderjarige verplichten om 'property (...) or any property representing it' (zoals de zaak die werd geruild voor een andere) terug te geven. Zie nader, ook voor andere gevallen, Chitty, vol. I, nr. 8-043 e.v. en Goff & Jones, The Law of Restitution, 4th. ed. 1993, p. 524 e.v. De minderjarige wordt in rechte overigens niet zonder meer vertegenwoordigd door zijn ouders, maar door een door de rechter aan te wijzen *next friend*, overigens veelal de vader.

b. Wilsonbekwamen: mental incapacity and drunkenness

Hoofdregel is dat overeenkomsten met personen die niet in staat zijn hun wil te bepalen (zoals geestelijk gestoorden, dronkaards en zeer jonge kinderen (*mentally incapacitated persons*) gewoon geldig zijn. Kan de wilsonbekwame aantonen dat hij niet bij zinnen was toen hij contracteerde en dat de wederpartij dit had moeten begrijpen, dan is de overeenkomst echter *voidable* (Imperial Loan Co. Ltd. v. Stone [1892] 1 QB 599). Indien de overeenkomst strekt tot verkrijging van *necessaries*, dan is evenwel een redelijke prijs verschuldigd.

De rechter kan personen die niet in staat zijn hun eigen belangen te behartigen onder toezicht stellen op grond van de Mental Health Act 1983. In hoeverre zij een onaantastbaar contract kunnen aangaan, is niet duidelijk (waarschijnlijk in het geheel niet).

3.2.3.3 Toestemming c.a.

a. Wil, verklaring en vertrouwen

Als grondslag voor de contractuele gebondenheid kan worden aangewezen de *agreement* van partijen (hoewel men in het juridisch spraakgebruik eerder de *belofte* als zodanig aanmerkt). Deze wilsovereenstemming ontleedt men doorgaans onmiddellijk in aanbod en aanvaarding. De vraag in hoeverre door een wederpartij mag worden afgegaan op verklaringen en gedragingen die niet in overeenstemming zijn met de wil van de verklarende of zich gedragende persoon, wordt dan ook doorgaans bij het aanbod behandeld. In het kader van dit boek komt zij hier aan de orde en is b. gereserveerd voor de meer technische aspecten van aanbod en aanvaarding.

Bepalend voor de bindendheid van het aanbod ('of partijen wilsovereenstemming bereikten') is dan de 'objective test': bestaat een *apparent intention* gebonden te raken? Dat is het geval indien de verklaringen of gedragingen van de aanbieder een redelijk persoon kunnen doen geloven dat die 'intention' bestaat (zelfs al was deze in werkelijkheid afwezig). Discrepanties tussen wil en verklaring komen daarmee in beginsel voor rekening van de partij die zich vergist (vgl. Centrovincial Estates plc v. Merchant Investors Assurance Co. Ltd. [1983] Com. LR 158). Omdat de objectief vast te stellen bedoeling boven de zuiver subjectie-

ve wil van partijen gaat kan de rechter, in weerwil van de stellingen van partijen, tot de conclusie komen dat geen overeenkomst tot stand is gekomen of dat juist wel een overeenkomst bestaat (vgl. The Amazonia [1990] 1 Lloyd's Rep. 236).

Bestaat naar Engels recht geen echte discussie over de vraag naar wil, verklaring of vertrouwen, des te meer aandacht wordt besteed aan de aparte eis van de *intention to create legal relations* teneinde de sociale afspraak af te scheiden van de juridisch bindende. Hoofdregel is dat *domestic*, *social* en *family-agreements* niet bindend zijn omdat zij niet op rechtsgevolg zijn gericht. De 'animus contrahendi' ontbrak bijv. toen een man zijn vrouw beloofde £ 30 per maand te zullen betalen zolang hij buitenslands verbleef (Balfour v. Balfour [1919] 2 KB 571), maar ook car pool-afspraken en de belofte prijzengeld te zullen betalen in een plaatselijk golftoernooi werden niet afdwingbaar geacht. Zie Chitty, vol. I, nr. 2-105 e.v. Het vermoeden van niet-afdwingbaarheid wijkt indien sprake is van een *business context*, zoals wanneer broers een afspraak maken over de bedrijfsvoering (Snelling v. John G. Snelling Ltd. [1973] 1 QB 87), doch bijv. ook indien scheidende echtelieden een convenant sluiten (vgl. Merritt v. Merritt [1970] 1 WLR 1211). Zekerheid omtrent de niet-afdwingbaarheid kan men bewerkstelligen door dat uitdrukkelijk te bedingen: een zg. *honour clause* voorkomt gebondenheid. Bij verkoop van grond wordt doorgaans *subject to contract* gecontracteerd zodat men pas gebonden is met het *formal contract*. Men zie nader Chitty, vol. I, nr. 2-107 en voor de *letter of intent* nr. 3.2.3.8.

b. Aanbod en aanvaarding

In de *offer* verklaart een adspirant-contractspartij zich bereid om te contracteren onder de voorwaarde dat de wederpartij met de in het aanbod vervatte voorwaarden instemt (zie bijv. Storer v. Manchester C.C. [1974] 1 WLR 1403). Het aanbod kan ook bestaan in een gedraging, zelfs in een nalaten, mits maar blijkt van de intentie van de aanbieder gebonden te willen raken en de voorwaarden waaronder dat zal gebeuren voldoende bepaald zijn. Bij de *invitation to treat* is dat niet het geval: zo vormen advertenties in het algemeen geen aanbod, tenzij zij in het geheel geen onderhandeling meer behoeven. Met name advertenties tot sluiting van een eenzijdige overeenkomst binden daarom nogal eens: in de beroemde zaak Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. Ltd. ([1893] 1 QB 256) werd de advertentie van de producent van de 'Smoke ball', inhoudende dat aan een ieder die na het gebruik van dit medicijn alsnog de griep zou vatten £ 100 zou krijgen uitbetaald, als een rechtens geldig aanbod aangemerkt dat door een ieder kon worden aanvaard. Ook de advertentie waarin een beloning wordt uitgeloofd, is doorgaans een geldig aanbod, het neerleggen van goederen in een winkel in het algemeen echter slechts een *invitation to treat* (vgl. Pharmaceutical Society of GB v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd. [1953] 1 QB 410). Zie algemeen Chitty, vol. I, nr. 2-002 e.v. en Samuel/Rinkes, nr. 82 e.v.

Een aanbod kan steeds worden herroepen vóór de aanvaarding. Deze *revocation* heeft, anders dan naar Nederlands recht, in beginsel ook effect indien in het aanbod een termijn voor de aanvaarding is opgenomen en het vóór het verstrijken daarvan wordt herroepen (Ramsgate Victoria Hotel Co. Ltd. v. Montefiore [1866] LR 1 Ex. 109). Op deze regel bestaan evenwel diverse uitzonderingen. Het

aanbod vervalt indien het wordt verworpen (*rejection*) of indien een van het aanbod afwijkende aanvaarding plaatsvindt (wat een *counter-offer* oplevert). Voorts vervalt het aanbod door verloop van de gestelde (en bij gebreke daarvan van een redelijke) termijn (*lapse*). Hoewel enigszins omstreden, wordt meestal ook aangenomen dat een *offer* vervalt als de *offeror* komt te overlijden, hoewel *acceptance* wel mogelijk is zolang de *offeree* onkundig is van aanbieders dood (tenzij het aanbod persoonlijke diensten van de aanbieder impliceert). Overlijdt de *offeree*, dan vervalt het aanbod. Zie bijv. Chitty, vol. I, nr. 2-058 e.v.

De *acceptance* (die in beginsel uitdrukkelijk moet zijn) brengt de overeenkomst tot stand, mits is voldaan aan de zg. 'mirror-image rule': aanbod en aanvaarding moeten elkaars spiegelbeeld zijn en mogen dus op relevante punten niet van elkaar afwijken. Is dat wel het geval, dan is er slechts een *counter-offer* (te onderscheiden van de *mere request for information*). Uiteraard geldt dat de aanvaarding moet worden medegedeeld aan de aanbieder. Over de vraag wanneer dat het geval is, bestaat naar Engels recht een gedetailleerde verzameling regels.

Hoofdregel is dat de aanvaarding aan de aanbieder moet worden medegedeeld ('communication of acceptance'). Zo kan een telefonische *acceptance* die wordt overstemd door het lawaai van een overvliegend vliegtuig niet als aanvaarding gelden (Entores Ltd. v. Miles Far Shipping Corp. [1955] 2 QB 327). Wordt de *acceptance* duidelijk uitgesproken, maar luistert de aanbieder niet, dan is de aanvaarding geldig tenzij de aanbieder aangeeft haar niet verstaan te hebben. De *acceptance* bij gebruik van telefoon en telex vindt plaats op het moment dat de aanbieder haar ontvangt op de plaats waar hij zich bevindt (Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl [1983] 2 AC 34). Aanvaarding zonder dat geadresseerde van het bestaan van het aanbod op de hoogte is, is niet denkbaar (R. v. Clarke [1927] 40 CLR 227).

De aanbieder kan de wijze van *acceptance* uiteraard voorschrijven en een overeenkomst zal dan alleen tot stand komen als daaraan precies is voldaan. Blijkt uit het aanbod onvoldoende dat een bepaalde vorm wordt voorgeschreven, dan zal de *acceptance* op een wijze die niet nadeliger is voor de aanbieder ook de overeenkomst tot stand kunnen brengen (Manchester Diocesan Council for Education v. Commercial & General Investments Ltd. [1969] 3 All ER 1593).

Belangrijk is dat voor de aanvaarding per post aparte regels gelden. Hoofdregel is dat de *acceptance* dan plaats vindt op het moment dat de daartoe strekkende brief wordt gepost (Adams v. Lindsell [1818] 1 B & Ald 681). Deze zg. 'postal rule' geldt alleen als het redelijk was om de *acceptance* ook per post te versturen. Op de regel bestaat wel veel kritiek: consequentie is immers dat het aanbod ook als aanvaard geldt indien de brief bijv. na de bezorging zoek raakt. Een andere consequentie (die men niet wenst te aanvaarden) is dat een overeenkomst tot stand komt indien de verwerping van het aanbod die wordt verzonden na de ter post bezorging van de aanvaarding, maar door middel van een sneller communicatiemiddel zodat deze de aanbieder eerder bereikt, geldig is. De 'postal rule' geldt niet bij snelle communicatiemiddelen als telefoon, telex en fax en voorts is beslist dat hij geen toepassing vindt indien hij leidt tot 'manifest inconvenience or absurdity' (Holwell Securities Ltd. v. Hughes [1974] 1 WLR 155).

c. Toestemmingsgebreken; dwaling

De functie die de dwaling naar Nederlands recht vervult, wordt naar Engels recht door drie leerstukken beheerst: *mistake*, *misrepresentation* en *implied terms*. De *mistake*, die eenzijdig (*unilateral*), wederzijds (*common*) en *mutual* (wanneer elk der partijen over iets anders dwaalt) kan zijn, kan naar *common law* leiden tot nietigheid van de overeenkomst. Deze 'operative mistake' kan echter moeilijk in algemene regels worden gevangen: men deelt de dwalingsgevallen doorgaans in naar datgene *ten aanzien waarvan* men dwaalt. Zo kent men de 'mistake as to the existence of the subject-matter' die leidt tot nietigheid omdat beide partijen ten onrechte aannamen dat de zaak (nog) bestond tenzij één van beide partijen wordt geacht het bestaan van de zaak te hebben gegarandeerd. Meer zal voorkomen de 'mistake as to the quality of the subject-matter', die echter naar *common law* geen effect heeft (Bell v. Lever Bros. [1932] AC 161), doch in *equity* wel degelijk tot vernietiging kan leiden. Ook onderscheidt men de 'mistake as to the identity of the subject-matter' (partijen hebben elk een andere zaak op het oog; een overeenkomst ontstaat niet) en de 'mistake as to the nature of the document', in welk geval men een stuk ondertekent zonder achteraf bezien zijn betekenis te hebben gekend. Men is aan de handtekening gebonden (l'Estrange v. Graucob [1934] 2 KB 394; geldt niet in consumentenzaken), doch indien de betekenis wezenlijk anders is dan men dacht, kan men het verweer van 'non est factum' ('it is not my deed') opwerpen indien men voldoende zorg betrachtte bij het tekenen (United Dominions Trust Ltd. v. Western [1976] QB 513). Rechtsdwaling wordt in beginsel niet erkend.

Nu blijkt juist bij de *mistake* van het belangrijke verschil tussen *common law* en *equity*: in *equity* worden de onrechtvaardige resultaten waartoe de bovenstaande dwalingsregels soms kunnen leiden, niet zelden teniet gedaan. Zo heeft de rechter dan (discretionair) de mogelijkheid de overeenkomst te vernietigen of aan te passen of de vordering tot nakoming af te wijzen (*refusal of specific performance*). Hier spelen vragen als naar de verschoonbaarheid van de dwaling en in wiens risico-sfeer deze valt, een niet onbelangrijke rol. Zie bijv. Chitty, vol. I, nr. 5-037 e.v.

Naast de *mistake* vervult vooral de *misrepresentation* de functie die de dwaling naar Nederlands recht heeft. Het vraagstuk wordt beheerst door zowel de Misrepresentation Act 1967 als door *case law*. Heel algemeen kan worden opgemerkt dat het Engelse recht in beginsel niet een algemene mededelingsplicht ten aanzien van relevante informatie kent, doch dat indien eenmaal een onjuiste mededeling is gedaan, deze een *misrepresentation* kan opleveren. Daartoe is vereist:

1. dat een feitelijke kwalificatie, die als juist of als onjuist kan worden bewezen, is uitgesproken. Algemene aanduidingen als 'de schoonste' of 'de beste' of persoonlijke meningen leveren geen *misrepresentation* op;
2. dat een uitspraak is gedaan: zwijgen is in beginsel niet voldoende (Walters v. Morgan [1861] 4 LT 758), tenzij daarmee slechts een halve waarheid wordt uitgesproken. Zwijgen kan in twee soorten van gevallen echter wel *misrepresentation* opleveren: in contracten 'uberrimae fidei' als verzekeringsovereen-

komsten (hier bestaat een 'general duty of disclosure') en in 'fiduciary relationships' als die tussen advocaat en cliënt, vennoten en arts en patiënt;
3. dat de *misrepresentation* de wederpartij heeft bewogen de overeenkomst aan te gaan (*inducement*). De onjuiste mededeling vormde voor de wederpartij (mede) de reden om te contracteren.

Men onderscheidt wel tussen *fraudulent misrepresentation* (de mededeler weet dat hij een onjuiste mededeling doet of doet deze roekeloos of onverschillig), *negligent misrepresentation* (de mededeler handelt 'without due care': hij heeft een specifieke kennis of vaardigheid en kan voorzien dat zijn wederpartij op de (onjuiste) mededeling zal vertrouwen) en *(wholly) innocent misrepresentation* (de mededeler meent en mag menen dat hij een ware uitspraak doet).

Dit onderscheid is vooral van belang voor de mogelijke acties die de dwalende heeft. In alle drie de gevallen bestaat de mogelijkheid van *rescission* (vernietiging), wat de overeenkomst ab initio doet vervallen. De rechter kan aan deze *rescission* een zg. *indemnity* koppelen voor de kosten 'necessarily created by the contract'. Daarnaast is steeds een vordering tot vergoeding van *damages* mogelijk, doch op verschillende grondslag: in geval van *fraudulent misrepresentation* op grond van de *tort of deceit*, in geval van *negligent misrepresentation* op grond van *tort* (Hedley Byrne v. Heller [1964] AC 465) of s. 2 (1) van de Misrepresentation Act 1967. In dat laatste geval is het aan de wederpartij van de dwalende om te bewijzen dat zijn mededeling niet *negligent* was. De *innocent misrepresentation* kon vroeger nooit tot *damages* aanleiding geven, maar sinds de wet van 1967 (s. 2 (2)) kan de dwalende indien hij tot *rescission* gerechtigd is, *in plaats daarvan* ook tot schadevergoeding worden veroordeeld (discretionaire bevoegdheid van de rechter).

Uiteraard kan men ook afzien van een beroep op *misrepresentation* en de overeenkomst in stand laten (als verweer blijft het steeds mogelijk). Vernietiging is niet meer mogelijk indien *affirmation* van het contract plaatsvindt, herstel van de oorspronkelijke positie van partijen onmogelijk is of rechten van derden zich tegen herstel verzetten. Men spreekt van 'bars to rescission'. Een exoneratie van aansprakelijkheid voor *misrepresentation* is nietig, behoudens voor zover de rechter deze in de concrete omstandigheden redelijk en billijk acht (s. 3 Misrepresentation Act 1967 jo. s. 8 Unfair Contract Terms Act 1977). Men zie nader bijv. Chitty, vol. I, nr. 6-001 e.v. en kort Whincup, p. 215 e.v.

Ten slotte bedenke men dat dwaling ook naar Engels recht deels effect krijgt langs de weg van uitleg der contractsbepalingen: mededelingen kunnen soms worden geacht deel uit te zijn gaan maken van de contractsinhoud, al dan niet als 'implied terms'. Wordt het contract niet op de aldus 'beloofde' wijze uitgevoerd, dan kan men uiteraard een vordering wegens *breach of contract* instellen. Vgl. bijv. Bentley v. Smith [1965] 2 All ER 65.

d. Bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden

Duress (bedreiging) en *undue influence* (misbruik van omstandigheden) worden ook naar Engels recht doorgaans in één adem genoemd. *Fraud* (bedrog) wordt echter meestal behandeld in het kader van de *fraudulent misrepresentation* (zie sub c).

Het klassieke geval van *duress* als dat waarin iemand met fysiek geweld tegen zijn persoon of naasten wordt gedwongen om te contracteren, is in Engeland lang het enige geweest waarin de overeenkomst vernietigbaar was. Inmiddels is echter ook bedreiging gericht tegen goederen voldoende en zal de rechter nagaan of men praktisch een keuze had om niet of anders te contracteren (zie Chitty, vol. I, nr. 7-002). Praktisch belangrijk is de ontwikkeling van een leerstuk van *economic duress* sinds de beroemde zaak Pao On v. Lau Yiu Lang [1980] AC 614. Enkele commerciële druk is daartoe niet voldoende: de druk moet zo groot zijn geweest dat niet langer gesproken kan worden van een vrijwillig aangegaan contract.

Is *duress* een *common law*-leerstuk, *undue influence* is een typische 'equitable remedy' die vooral opkwam om aan de te nauwe grenzen van *duress* te ontkomen. Thans kan op grond van *undue influence* worden geageerd indien de ene contractant zijn de facto bestaande invloed op de andere partij misbruikt. Men onderscheidt daartoe twee gevallen:

- die waarin een *special fiduciary relationship* bestaat als die tussen ouder en kind of advocaat en cliënt (doch niet tussen echtgenoten). Hier bestaat een vermoeden van *undue influence*, ook al wordt de dominante partij op zichzelf niet bevoordeeld: hij moet bewijzen dat geen misbruik is gemaakt. Dit vermoeden kan ook ad hoc worden aangenomen, mits dan maar in een in casu vast te stellen vertrouwensrelatie één partij dominanter is dan de andere en de overeenkomst nadelig is voor de zwakkere partij. De zg. *inequality of bargaining power* geeft op zichzelf geen aanleiding tot vernietiging.
- die waarin geen specifieke vertrouwensrelatie bestaat. In dat geval moet de benadeelde bewijzen dat hij onder *undue influence* contracteerde en dat het contract voor hem 'manifestly disadvantageous' is (Bank of Credit & Commerce International SA v Aboody [1990] 1 QB 923).

Zowel *duress* als *undue influence* leiden tot vernietigbaarheid van de overeenkomst. De *rescission* is echter uitgesloten na *affirmation* of indien het belang van derden zich daartegen verzet. Men zie Chitty, vol. I, nr. 7-001 e.v.

e. Geestelijke stoornis

Overeenkomsten met *mentally incapacitated persons* die niet onder toezicht zijn gesteld ingevolge de Mental Health Act 1983 (zie nr. 3.2.3.2) zijn gewoon geldig. Toont de wilsonbekwame aan dat hij niet in staat was zijn wil te bepalen toen hij contracteerde en dat de wederpartij dat moest begrijpen, dan is de overeenkomst echter vernietigbaar.

3.2.3.4 Vormeisen

Het sluiten van de overeenkomst is naar Engels recht in beginsel vormvrij. Op deze regel bestaan echter diverse uitzonderingen: sommige contracten dienen om geldig te zijn *by deed* of schriftelijk te worden aangegaan, andere kunnen slechts worden bewezen indien zij schriftelijk zijn gesloten. Specifieke wetten stellen vaak nadere eisen. Bedacht zij ook dat de zg. 'gratuitous promises' (waarvoor geen *consideration* bestaat) afdwingbaar kunnen worden gemaakt door hen in een *deed* te gieten. De belangrijkste formele contracten zijn de volgende:

- de *lease* aangegaan voor meer dan drie jaar moet *by deed* zijn (Law of Property Act 1925, ss. 52, 54 als aangepast in de Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989, s. 1 (8)). De eis van een *deed* houdt in dat een geschrift moet bestaan met daarin het woord *deed*, danwel een andere aanduiding waaruit blijkt dat het om een *deed* gaat. Het document dient voorts door de contractant(en) te worden getekend, terwijl de authenticiteit van de handtekening door de handtekening van een getuige dient te worden bevestigd. Voorts moet de *deed* worden *delivered*, wat wil zeggen dat er een gedraging moet zijn van degene die de *deed* uitvoert waaruit blijkt dat de bedoeling bestaat om de akte als bindend stuk over te geven (Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989, s. 1 (2), (3)). Het traditionele vereiste van *under seal* is afgeschaft.
- Overeenkomsten tot *sale or other disposition of an interest in land* moeten sinds 1989 op straffe van nietigheid schriftelijk worden aangegaan en door of vanwege beide partijen worden getekend (The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1989, s. 2). De regel geldt niet voor *lease* van land voor drie jaar of minder. Zie Chitty, vol. I, nr. 4-039 e.v.
- *Contracts of guarantee* kunnen slechts door middel van een geschrift worden bewezen (Statute of Frauds Act 1677 s. 4).
- de Consumer Credit Act 1974 stelt bepaalde formaliteiten aan overeenkomsten van consumentenkrediet.

3.2.3.5 Verboden overeenkomst

Zowel de gronden voor als de gevolgen van verboden overeenkomsten zijn naar Engels recht weinig gesystematiseerd. Overeenkomsten kunnen zowel *illegal* zijn op grond van *statute law* als op grond van *common law*, kunnen door hun enkele totstandkoming verboden zijn (*illegal as formed*) maar ook door hun wijze van uitvoering (*illegal as performed*). Men moet voorts onderscheiden tussen contracten die verboden zijn, nog daargelaten welk gevolg daaraan is verbonden, en contracten die direct *void* worden verklaard. Zie algemeen Chitty, vol. I, nr. 16-001 e.v.

Contracten die naar *common law* verboden zijn wegens strijd met *public policy* zijn bijv. die tot het verrichten van een strafbaar feit of die in strijd komen met de goede zeden of *public safety*. Welk gevolg aan een verboden overeenkomst is verbonden, is afhankelijk van de motieven van de handelende partijen. Beogen beide partijen een verboden doel, dan is de overeenkomst *void* en kan geen van hen deze afdwingen (men spreekt van 'ex turpi causa non oritur actio'). Is reeds uitvoering gegeven aan de overeenkomst, dan kan het betaalde geld of de overgedragen eigendom niet worden teruggevorderd (hierop bestaan wel uitzonderingen, bijv. op grond van de 'in pari delicto'-regel: de minder 'schuldige' partij mag wel terugvorderen). Beoogt echter slechts een der partijen een verboden resultaat te bereiken, dan is de overeenkomst wel geldig en heeft de 'onschuldige' partij alle contractuele acties. Zijn wederpartij kan echter geen schadevergoeding vorderen en het door hem reeds verrichte ter uitvoering van de overeenkomst kan hij in beginsel niet terugvorderen. Zie voor partiële nietigheid nr. 3.2.3.7.

Contracten die op grond van *statute* of *common law* direct *void* worden verklaard, hebben eigen rechtsgevolgen. Het betreft hier bijv. *wagering contracts* (nietig volgens de Gaming Act 1845), maar ook trouwbeloften en afspraken waarbij rechterlijke organen van de hen toekomende competentie worden beroofd (zoals het bij beding uitsluiten van de rechter bevoegd in familiezaken). Slechts de uitzonderingen voorzien in de Arbitration Act 1979 leveren geen nietigheid op. Praktisch belangrijk zijn de zg. 'contracts in restraint of trade', waarbij iemand wordt beperkt in zijn rechten een beroep of bedrijf uit te oefenen. Deze zijn *void*, tenzij 'reasonable' in het licht van de belangen van partijen en het publiek belang. Zo mogen ex-werknemers slechts worden beperkt in hun keuze van een nieuwe werkkring voor zover de ex-werkgever daar een redelijk belang bij heeft. Ook prijsbindingsovereenkomsten en exclusiviteitscontracten vallen onder de doctrine van *restraint of trade*. Zie nader Chitty, vol. I, nr. 16-066 e.v.

Deze nietige overeenkomsten zijn *void* ab initio en reeds verrichte prestaties kunnen dus worden teruggevorderd. Bedacht zij wel dat de nietigheid zich slechts uitstrekt over het contract zelf en dat daarmee niet in onverbrekelijk verband staande nevenafspraken of latere contracten afdwingbaar blijven. Iets anders is dat ook het contract zelve soms partieel nietig kan zijn (*severance*); zie daartoe nr. 3.2.3.7.

3.2.3.6 Bepaalbaarheid en causa c.a. ('consideration')

De vraag naar de *consideration* is berucht om haar moeilijkheid. Kort gezegd zijn beloften naar Engels recht slechts dan afdwingbaar indien zij in een *deed* zijn vervat of voor hen enige *(valuable) consideration* bestaat. Zo duidelijk als de mogelijkheid het contract via de *deed* afdwingbaar te maken (zie nr. 3.2.3.4), zo complex is het zeer uitgebreide geheel van regels dat de 'doctrine of consideration' vormt. Men zie Chitty, vol. I, nr. 3-001 e.v. en kort Whincup, p. 49 e.v.

Kern van de leer is dat 'gratuitous' of 'bare' *promises* niet afdwingbaar zijn omdat 'something of value in the eye of the law' voor de belofte moet worden gegeven (Thomas v. Thomas [1842] 2 QB 851). Ieder *simple contract* moet zo bezien bestaan in een *bargain* ('quid pro quo') en traditioneel wordt daartoe gesteld dat *consideration* òf bestaat in een *detriment* voor de belover òf in een *benefit* voor zijn wederpartij. Zo is de betaling door de koper *consideration* voor de belofte van de verkoper te zullen leveren en is levering door de verkoper *consideration* voor de belofte van de koper te zullen betalen. De eis van *consideration* wordt dus gesteld aan de belofte, niet aan de overeenkomst. Bovendien is de belofte om in de toekomst iets te *zullen* verrichten evenzeer *consideration* als het verrichten zelf.

Belangrijk is ook dat de 'adequacy' van de *consideration* niet wordt beoordeeld: dat iemand teveel of te weinig betaalt is niet relevant. Men spreekt wel van de 'peppercorn theory': een peperkorrel tegenover een grote som geld is voldoende zodat anders dan wel eens wordt gedacht een eis van materiële rechtvaardigheid in de *consideration* niet mag worden gelezen. Wel zij bedacht dat naar *equity* soms de *specific performance* op deze grond wordt geweigerd (zie Chitty, vol. I, nr. 27-021). Overigens moet de *consideration* wel 'real' zijn, d.w.z. op

(doorgaans economische) waarde waardeerbaar. Indien men door gevoelens van moraliteit of van 'natural love and affection' wordt gedrongen om te (beloven te) presteren, levert dat geen *consideration* op. Hier blijkt bij uitstek dat het Engels contractenrecht vooral een handelsrecht is (vgl. nr. 3.2.1.1).

Men onderscheidt tussen *executory* en *executed consideration*. De eerste bestaat waar nog slechts *mutual promises* aanwezig zijn: tegenover de belofte van de ene partij staat een belofte van de andere. Bij *executed consideration* staat tegenover de belofte van de ene een handeling of nalaten van de andere partij (zoals indien een beloning voor het vinden van een zaak wordt uitgeloofd). Beide vormen zijn onderworpen aan enkele meer technische regels die thans kort worden genoemd.

In de eerste plaats geldt: 'past consideration is no consideration': de (belofte van) prestatie of het handelen of nalaten van de ene partij moet met het oog op de (belofte van) prestatie van de andere partij worden verricht. Indien iemand een huis opknapt voor familie en *nadat* het werk gereed is, de belofte wordt gedaan dat de klusser zal worden betaald, bestaat slechts *past consideration*. Zie, ook voor uitzonderingen, bijv. Chitty, vol. I, nr. 3-022 e.v. In de tweede plaats bestaat de regel dat 'consideration must move from the promisee': alleen degene die de *consideration* heeft gegeven, kan de daartegenoverstaande belofte in rechte afdwingen. Indien A aan B belooft een som geld te betalen indien C iets doet, kan B die belofte niet afdwingen. Er bestaat een nauw verband met de *privity of contract* (zie nr. 3.2.7.1) en de regel draagt bij aan de moeizame positie van de derde naar Engels recht. In de derde plaats levert de nakoming van al bestaande verplichtingen geen *consideration* voor nieuwe beloften op. Zo bestond geen *consideration* voor de belofte iemand te betalen die als getuige zou optreden, omdat betrokkene reeds rechtens verplicht was om te getuigen (Collins v. Godefroy [1831] 1 B. & Ad. 950). Ook de toezegging om een reeds bestaande contractuele verplichting te zullen nakomen levert in beginsel geen geldige *consideration* op (Stilk v. Myrick [1809] 2 Camp. 317).

In de vierde plaats ten slotte de regel t.a.v. de gedeeltelijke betaling van schulden. Geen *consideration* bestaat indien de schuldeiser genoegen belooft te nemen met daadwerkelijke betaling van slechts een gedeelte van het verschuldigde (Pinnel's case [1602] 5 Co. Rep. 117a). Aangenomen wordt echter dat wel sprake is van *consideration* indien een eerdere datum van betaling wordt afgesproken, indien een zaak in plaats van geld wordt gegeven of indien op een andere plaats wordt betaald. De regel van Pinnel's case geldt nog steeds ondanks kritiek dat hij vanuit commercieel oogpunt ongewenst is. Naar *common law* bestaan twee uitzonderingen: ten eerste de *composition agreement* (meerdere schuldeisers nemen genoegen met gedeeltelijke betaling) en ten tweede het geval waarin de schuldeiser genoegen neemt met gedeeltelijke betaling door een derde.

Is hiermee de *common law*-doctrine der *consideration* uiteengezet, de Nederlandse jurist krijgt een verkeerd begrip van de afdwingbaarheid van de belofte naar Engels recht wanneer niet onmiddellijk een nadere opmerking wordt gemaakt. Vermelding verdient de hoogst belangrijke *equitable doctrine* van *promissory estoppel* (een soort 'rechtsverwerking'): ook indien *consideration* ontbreekt, kan een gedane belofte tot niet uitoefenen van bestaande rechten onder

omstandigheden binden. Sinds de beroemde zaak Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd. [1947] KB 130) is hiertoe vereist dat de rechthebbende duidelijk aangeeft niet onverkort op nakoming van zijn aanspraken te staan, dat de wederpartij daarop is afgegaan en in vertrouwen daarop heeft gehandeld (of daadwerkelijk nadeel moet zijn geleden, is niet duidelijk) en dat het 'inequitable' is voor de rechthebbende om zijn belofte niet gestand te doen. Het beroep op *promissory estoppel* kan slechts bij wijze van verweer (dus door de wederpartij) worden gedaan. Men zegt wel: 'Estoppel is a shield but not a sword'. Zie echter Chitty, vol. I, nr. 3-105 e.v.

Men is geneigd om te denken dat hiermee de gebondenheid op grond van *consideration* steeds aangevuld kan worden met die op grond van 'reliance' (zoals in het Amerikaanse recht). Dit is echter niet het geval: vooralsnog geldt de doctrine nog slechts in het omschreven geval van *promissory estoppel*.

Waar de vraag naar de bepaalbaarheid der wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen deels ook naar Engels recht een rol zal spelen bij de vraag of wel gebondenheid is *gewenst* (omdat men nu eenmaal doorgaans slechts wil wat min of meer precies omschreven is), bestaat ook een aparte eis van 'certainty of terms'. Vereist is dat de contractsinhoud op enigerlei wijze (zelfs indien dat moet door een verwijzing naar de 'reasonableness') bepaalbaar is. Zie Chitty, vol. I, nr. 2-099 e.v. en ook nr. 3.2.3.8.

3.2.3.7 Nietigheid en vernietigbaarheid

Een zelfstandig leerstuk vormt de nietigheid en vernietigbaarheid naar Engels recht niet. De vraag welke consequenties zijn verbonden aan bijv. *illegality*, *mistake*, *misrepresentation*, *duress* en *undue influence* wordt steeds bij die onderwerpen behandeld en dat bijv. een partiële nietigheid denkbaar is bij de ene nietigheidsgrond betekent niet automatisch dat dit ook bij een andere het geval is.

Nuttig is om te onderscheiden tussen contracten die *void*, *voidable* en *unenforceable* zijn. Het contract is *void* indien het achteraf bezien nooit heeft bestaan (zoals indien geen wilsovereenstemming aanwezig bleek of de overeenkomst wegens *mistake* naar *common law* wordt aangetast) en *voidable* indien een gebrek aan het contract een of beide partijen het recht geeft dit aan te tasten (zoals bij *incapacity*). Daarnaast is denkbaar dat het contract als zodanig geldig is, doch procedureel niet afdwingbaar. Wat de rechtsgevolgen van *voidness* en *voidableness* zijn, is niet in het algemeen te zeggen: als vuistregel hebben zij terugwerkende kracht, doch zie steeds bij de aparte gronden voor verdere details. Men zal het contract steeds kunnen aantasten door middel van een zg. *declaration action* waarbij de rechter wordt gevraagd de overeenkomst nietig te verklaren; ook mogelijk is echter de 'equitable remedy' van *rescission* of de eenzijdige *repudiation* (zie nader nr. 3.2.6.5 sub d).

De partiële nietigheid kent men naar Engels recht als *severance*. Deze wordt mogelijk geacht zowel bij nietige als bij verboden overeenkomsten (zie voor dit onderscheid nr. 3.2.3.5 en Carney v. Herbert [1985] AC 301). De rechter zal echter alleen een gedeelte van het contract als nietig willen beschouwen en de

rest als geldig indien dat niet zou 'alter entirely the scope and intention of the agreement' (Attwood v. Lamont [1920] 3 KB 571). De rechter zal de overeenkomst overigens nooit herschrijven: hij moet een bepaling kunnen schrappen zonder dat de resterende bepalingen daarmee hun betekenis verliezen (de zg. 'blue pencil test').

Een leerstuk als conversie van een nietige overeenkomst kent het Engelse recht niet. Wel kent *equity* de mogelijkheid van *rectification* van een schriftelijk contract indien daarin verkeerd is opgetekend wat partijen bewijsbaar anders waren overeengekomen. Vereist is dat beide partijen 'a continuing common intention' hebben. Het beroep op *rectification* zal in ieder geval worden afgewezen indien de eiser te lang heeft gewacht met het instellen van een daartoe strekkende vordering. Bevestiging (*affirmation*) van een aantastbare overeenkomst is in beginsel mogelijk (vgl. bijv. bij de wilsgebreken).

3.2.3.8 Precontractuele fase c.a.

Een algemeen beginsel van aansprakelijkheid in de precontractuele fase kent men naar Engels recht niet: met een beroep op de contractvrijheid neemt men aan dat het elke partij steeds vrij staat om de onderhandelingen af te breken en niet te contracteren. De onderhandelingen worden dan ook niet beheerst door de goede trouw: in Walford v. Miles [1992] 2 AC 128 werd recent opgemerkt dat 'a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations' en 'unworkable in practice'.

Toch bestaan diverse mogelijkheden om de afbrekende wederpartij aan te spreken. Zo kan men op grond van *tort law* ageren indien men door een *fraudulent* of *negligent misrepresentation* wordt bewogen om te contracteren (vgl. Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. [1964] AC 465). Zie Chitty, vol. I, nr. 1-051 e.v. Bovendien zal de rechter soms bereid zijn om een 'pre-contractual statement' als deel van de inhoud van de overeenkomst op te nemen. Zo had in Blackpool & Fylde Aero Club v. Blackpool Borough Council [1990] 1 WLR 1195 een overheidsorgaan offertes gevraagd aan een beperkt aantal personen voor de bouw van een vliegveld; eiser had een offerte gedaan vóór het daartoe gestelde tijdstip, maar door interne organisatieperikelen bij het orgaan was dit niet in staat geweest deze offerte te bekijken. In casu werd een vordering tot schadevergoeding toegewezen nu een 'implied contract to consider conforming tenders' werd gefingeerd.

Partijen kunnen diverse 'precontractuele stukken' opmaken. 'Agreements in principle' bevatten alleen een aantal elementaire gegevens zoals de namen van contractspartijen en het object der overeenkomst. Of deze bindend zijn, hangt af van de mate waarin zij voldoende bepaald of bepaalbaar zijn, wat een rechter met name bij overeenkomsten t.a.v. *land* niet snel zal aannemen (overigens worden dergelijke overeenkomsten doorgaans 'subject to contract' gesloten en zijn zij om die reden al niet afdwingbaar voor zover partijen nadere voorwaarden willen stellen). Wel voldoende bepaald was bijv. de uitgeefovereenkomst waarbij nog slechts vaststond dat de uitgever een boek zou uitgeven dat de auteur naar aan-

wijzingen van de uitgever zou schrijven (Malcolm v. Oxford University). Een zg. 'honour clause', bij ons beter bekend als 'gentlemen's agreement', voorkomt gebondenheid (zie Chitty, vol. I, nr. 2-107) terwijl de status van een zg. 'letter of intent' veel minder duidelijk is: het hangt af van de bewoordingen en van de mate waarin partijen in vertrouwen op het document handelden of het als bindend wordt beschouwd (Chitty, vol. I, nr. 2-089). Een 'contract to make a contract' bindt partijen in beginsel (o.c., nr. 2-097).

3.2.4 Inhoud

3.2.4.1 Contractsvrijheid

a. Algemeen

Het Engelse contractenrecht heeft de contractsvrijheid als juridisch-rechtsfilosofisch beginsel nog altijd hoog in het vaandel. Partijen zijn in beginsel volkomen vrij om te contracteren met wie en op welke voorwaarden zij maar willen. Dat partijen zich bijvoorbeeld kunnen verbinden tot nakoming van een onmogelijke prestatie, is hiervan een uiting. Pendant van de contractsvrijheid is de in beginsel eveneens sacrosancte bindende kracht van wat overeengekomen is: de rechter blijkt slechts hoogst zelden bereid om een evident 'onrechtvaardig' contract terzijde te stellen. In het Engelse recht is deze benadering wellicht in hogere mate aanwezig dan op het continent i.v.m. het typisch handelsrechtelijke karakter van het daar bestaande contractenrecht (vgl. nr. 3.2.1.1).

Dit neemt niet weg dat inmiddels vele uitzonderingen op de contractsvrijheid zoals deze in de negentiende eeuw werd verstaan, kunnen worden aangewezen. Enerzijds worden diverse (publieke) instellingen verplicht om te contracteren, anderzijds wordt de inhoud van de overeenkomst met vooral consumenten niet zelden aan specifieke wettelijke voorschriften onderworpen. Bovendien is een ingrijpen in de overeenkomst door de rechter in bepaalde gevallen mogelijk (zie nr. 3.2.4.4).

b. Soorten contractuele bepalingen

Indien men de inhoud van de overeenkomst wenst vast te stellen, is naar Engels recht van groot belang om te onderscheiden tussen diverse soorten van contractuele bepalingen (*terms*). Daartoe is het nuttig eerst de *terms* af te scheiden van de *representations*: de laatste bestaan uit mededelingen die een partij er toe bewegen de overeenkomst aan te gaan, maar zelf geen deel uitmaken van de contractsinhoud. Blijkt de *representation* onjuist, dan kan men een actie op grond van *misrepresentation* instellen (zie nr. 3.2.3.3) terwijl schending van een *term* aanleiding geeft voor een actie op grond van niet-nakoming (*breach of contract*). Of een mededeling een *representation* of een *term* is, hangt in de eerste plaats af van de bedoeling van partijen en bij gebreke daarvan van verschillende regels; zo is het niet waarschijnlijk dat een *term* bestaat wanneer de persoon die de mededeling doet de andere partij vraagt de juistheid ervan te verifiëren. Ook zal een mededeling eerder als een *term* worden aangemerkt wanneer zij van zodanig essentieel belang was voor de wederpartij dat deze zonder die *statement* de

overeenkomst niet gesloten zou hebben (Couchman v. Hill [1947] KB 554). Een *term* bestaat ook eerder wanneer de mededeling wordt gedaan door iemand met bijzondere kennis.

Het belang van het onderscheid tussen *representations* en *terms* is evident: bij *breach of contract* zal de niet-nakomer het *expectation interest* moeten vergoeden en de wederpartij dus in de positie brengen waarin hij bij correcte nakoming zou hebben verkeerd, terwijl bij *misrepresentation* het *reliance interest* moet worden vergoed, wat wil zeggen dat hij de schade die de wederpartij leed door af te gaan op de *representation* heeft te vergoeden.

De *terms* van de overeenkomst worden vervolgens onderverdeeld in *conditions*, *warranties* en *innominate terms*. *Conditions* maken de kern van de overeenkomst uit; worden zij geschonden, dan kan de wederpartij overgaan tot *termination* van de overeenkomst of tot het vorderen van *performance and damages* of van *affirmation and damages*. *Warranties* daarentegen zijn minder belangrijke bepalingen, waarvan de schending de wederpartij slechts recht geeft op *damages*. Onder welke categorie een bepaling valt, is afhankelijk van wat partijen te dien aanzien zelf aangeven (door bijv. te stellen dat iets 'of the essence' is), van de wet (de Sale of Goods Act 1979 kwalificeerde bijv. als een *condition* dat de koopwaar van 'merchantable quality' moet zijn; thans geldt onder de Sale and Supply of Goods Act 1994 dat zij van 'satisfactory quality' moet zijn) en van de rechterlijke beslissing te dier zake: of de bepaling de kern van de overeenkomst raakt, is dan 'in effect a value judgement about the commercial significance of the term in question' (State Trading Corp. of India Ltd. v. Golodetz [1989] 2 Lloyd's Rep 277, 284).

De *innominate terms* vormen een betrekkelijk recent opgekomen tussencategorie van contractsbepalingen (Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. [1962] 2 QB 26). Zij onderscheiden zich van de andere twee doordat de rechtsgevolgen van een *breach of the term* niet op voorhand precies vaststaan, maar eerst achteraf kunnen worden vastgesteld in het licht van de ernst van de gevolgen van de *breach*. Door een *term* als *innominate* te kwalificeren, heeft de rechter een mate van flexibiliteit die bij hantering van de oude tweedeling ontbreekt. Zie voor de hier besproken soorten bepalingen vooral Chitty, vol. I, nr. 12-017 e.v.

3.2.4.2 Uitleg

Uitleg van contractuele bepalingen (*interpretation*, ook wel *construction* genoemd) geschiedt naar Engels recht teneinde de bedoeling van contractspartijen vast te stellen. Om zo tot de *true meaning* van een bepaling te komen, is een sterk casuïstisch proces waarbij de visie van de rechter prevaleert boven die van partijen; bovendien wordt toegegeven dat uitleg soms een hoogst kunstmatige reconstructie is van wat partijen 'eigenlijk' wilden (vgl. Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd. [1980] AC 827). Het komt in laatste instantie aan op de objectieve vaststelling van wat 'reasonable persons would have in mind in the situation of the parties' (vgl. Reardon Smith Line Ltd. v. Yngvar Hansen-Tangen [1976] 1 WLR 989, 995).

De bedoeling van partijen moet in beginsel worden afgeleid uit het schriftelijk stuk waarin de overeenkomst is neergelegd (Lovell & Christmas Ltd. v. Wall [1911] 104 LT 85), wat niet wil zeggen dat men een louter grammaticale interpretatiemethode hanteert. De context, alsmede de overige bepalingen van de overeenkomst, dienen steeds bij de uitleg te worden betrokken. De zg. 'parol evidence rule', die inhoudt dat wanneer een overeenkomst is neergelegd in een schriftelijk stuk, *ander* ('extrinsic') bewijsmateriaal niet mag worden ingebracht teneinde de bestaande contractuele verplichtingen aan te vullen, te wijzigen of teniet te doen (zie nr. 4.2.4.3), gaat in beginsel niet op bij de uitleg omdat die nu juist dient om de inhoud *vast te stellen*. Het is echter in het algemeen niet toegestaan bewijs bij te brengen omtrent het verloop van de onderhandelingen die tot de overeenkomst hebben geleid, tenzij dat geschiedt om ten aanzien van een dubbelzinnigheid in de tekst te bewijzen dat partijen van een specifieke betekenis zijn uitgegaan. Ook gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst mogen in beginsel geen rol spelen bij de uitleg (Schuler AG v. Wickman Machine Tool Sales Ltd. [1974] AC 235).

Bepalingen dienen in beginsel in hun 'plain, ordinary, and popular sense' te worden begrepen, tenzij uit de context van het tegendeel blijkt (Robertson v. French [1803] 4 East 130) en technische termen hebben hun technische betekenis, tenzij blijkt dat die door partijen niet is bedoeld. Voorts kent men de belangrijke contra proferentem-regel ('construction against grantor'); deze uitleg ten nadele van degene die het meest profiteert van de overeenkomst mag echter slechts plaatsvinden indien een bepaling onduidelijk is en andere uitlegregels ontbreken. Sowieso geldt steeds dat de rechter slechts aan uitleg meent toe te komen wanneer de woorden van de overeenkomst onduidelijk zijn. Zie nader Chitty, vol. I, nr. 12-039 e.v.

3.2.4.3 Aanvulling

Had de uitleg betrekking op zg. *express terms*, dus op bepalingen die 'daadwerkelijk' door partijen in de overeenkomst zijn opgenomen, de contractsinhoud wordt mede gevormd door de *implied terms*. Dit de partij-afspraak aanvullend recht kan voortvloeien uit drie verschillende bronnen: wet, gewoonte en rechtspraak. Voor een juist begrip moet echter eerst worden bedacht dat de schriftelijk gesloten overeenkomst in beginsel *niet* kan worden aangevuld, gewijzigd of teniet gedaan door ander bewijsmateriaal (precontractuele of andere stukken, mondelinge uitspraken etc.). Deze 'parol evidence rule' is wel onderhevig aan zoveel uitzonderingen dat hij in de praktijk bijna in zijn tegendeel komt te verkeren. Zie daartoe Chitty, vol. I, nr. 12-081 e.v.

Aanvulling van de overeenkomst geschiedt in de eerste plaats bij wet. Het kan dan zowel gaan om bepalingen van dwingend recht als om aanvullend recht. De Sale of Goods Act 1979 bevat bijv. een aantal belangrijke, vooral de koper beschermende, bepalingen. In de tweede plaats is *custom* een bron van aanvulling, doch niet wanneer dit in strijd zou komen met een door partijen expliciet gemaakte regeling. De *implied term* zal worden aangenomen indien de gewoonte algemeen gebruikelijk is in (bijvoorbeeld) de betreffende tak van handel en een

zodanige bekendheid geniet dat een buitenstaander die inlichtingen inwint het bestaan ervan zeker zou ontdekken (Kum v. Wah Tat Bank Ltd. [1971] 1 Lloyd's Rep 439).

In de derde plaats wordt de overeenkomst door de rechter steeds aangevuld met *terms implied in fact* en *terms implied in law*. De eerste categorie ziet op 'implications necessary to give the transaction such business efficacy as the parties must have intended' (The Moorcock (1889) 14 PD 64). Het gaat hier om zulke evidente bepalingen dat wanneer een *officious bystander* zou hebben geadviseerd hen op te nemen, beide partijen zouden hebben gereageerd met een: 'that goes without saying'. Is duidelijk dat één der partijen niet accoord was gegaan met de *term*, dan kan deze niet *implied* worden. *Terms implied in law* zijn daarentegen deel van de overeenkomst omdat zij gebruikelijk zijn in het type overeenkomst dat wordt gesloten: zo zal de verhuurder de lift in een flatgebouw in goede staat moeten houden omdat dit nu eenmaal inherent is aan de huurovereenkomst (zie Liverpool City Council v. Irwin [1977] AC 239). Overigens zullen commercieel handelende partijen naar Engels recht zoveel willen regelen dat aanvulling in hun ogen niet nodig is.

3.2.4.4 Beperking

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is een naar Engels recht onbekende figuur. Een aantasting van de overeenkomst op grond van 'inequality of bargaining power' is uitdrukkelijk verworpen (National Westminster Bank plc v. Morgan [1985] AC 686) en 'unconscionable bargains' zijn gewoon afdwingbaar. Zie bijv. Chitty, vol. I, nr. 7-042. Desalniettemin moeten hier twee ontwikkelingen naar een 'rechtvaardiger' contractenrecht worden genoemd.

In de eerste plaats bieden met name de Unfair Contract Terms Act 1977, de Consumer Credit Act 1974 en de EU-richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de wederpartij van de exonerant een bescherming die qua resultaat deels vergelijkbaar is met een beperkende werking. Zie nr. 3.2.5.3. In de tweede plaats echter bestaat een meer algemene tendens dat onredelijke afspraken met 'poor and ignorant persons' in *equity* door de rechter kunnen worden aangetast. Enerzijds wordt de eis van 'poor and ignorant' daarbij ruim opgevat (ook ouderdom en zelfs 'a desire for a quick sale' vallen er onder), anderzijds mag de zwakke contractspartij geen deskundige bijstand hebben gehad en moet haar wederpartij zich door te contracteren op een 'morally reprehensible manner' hebben gedragen. Zie Chitty, vol. I, nr. 7-044 e.v.

3.2.4.5 Onvoorziene omstandigheden

Het vraagstuk van imprévision wordt naar Engels recht behandeld in het kader van de *doctrine of frustration*. Van *frustration* is sprake indien na het sluiten van de overeenkomst gebeurtenissen plaatsvinden die de nakoming van de overeenkomst *impossible*, *illegal* of *radically different* van de door partijen aanvankelijk voorziene nakoming maken. Gevallen van *frustration* doen zich niet vaak voor: enerzijds is de rechter huiverig om de heilige bindende kracht van de overeen-

komst aan te tasten, anderzijds voorzien met name commerciële contractspartijen doorgaans zelf in een regeling door een *force majeure clause* of een *hardship clause* op te nemen in hun overeenkomst: dat partijen zo zelf er in voorzien wie onder bepaalde omstandigheden niet behoeft na te komen, voorkomt toepasselijkheid van de *frustration*-doctrine.

Wanneer leidt *frustration* tot verval van de wederzijdse verplichtingen van partijen? Nodig is dat de omstandigheden zodanig zijn veranderd dat indien het overeengekomene zou worden nagekomen, daarmee een andere prestatie zou worden geleverd dan waaromtrent werd gecontracteerd. Men spreekt van een 'fundamental or radical change' (Davis Contractors Ltd. v. Fareham UDC [1956] AC 696). Hiermee is de 'implied term theory', aanvankelijk de basis voor een beroep op imprévision (Taylor v. Caldwell [1863] 3 B&S 826), verworpen.

De eerste categorie van de boven onderscheiden *frustration*-gevallen, is die waarin de nakoming geheel onmogelijk is. In de zojuist genoemde zaak Taylor v. Caldwell brandde een eerder gehuurde muziektent nog voor de voorstelling af, hetgeen volgens de rechter *frustration* opleverde. Ook denkbaar is dat het voorwerp waaromtrent werd gecontracteerd teniet gaat of dat de wijze waarop moet worden nagekomen onmogelijk wordt. De sluiting van het Suezkanaal in 1956 leverde geen onmogelijkheid op omdat de reis via Kaap De Goede Hoop commercieel niet *fundamentally different* werd geacht (Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noblee Thorl GmbH [1962] AC 93).

Een tweede categorie die doorgaans wordt onderscheiden, betreft gevallen waarin de nakoming onmogelijk is geworden door een na het sluiten van de overeenkomst ingetreden verbod ('supervening illegality'). Dit is bijvoorbeeld het geval bij een plots afgekondigd exportverbod of in een ontstane oorlogssituatie waarin het verboden is handel met de vijand te drijven (Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. [1943] AC 32).

Ten slotte moet een belangrijke derde soort van *frustration* worden genoemd, namelijk die waarin de overeengekomen prestatie *radically different* is geworden (dat nakoming enkel moeilijker is, is niet voldoende). Standaardvoorbeelden zijn de beroemde 'coronation cases' (vooral Krell v. Henry [1903] 2 KB 740): Henry huurde van Krell een kamer aan Pall Mall om de stoet voor de kroning van Edward VII te kunnen zien. Toen de kroning werd afgelast, weigerde Henry de huur te betalen en volgens het *court of appeal* terecht nu de kroning de 'foundation of the contract' vormde. De Engelse rechter zal overigens niet snel aannemen dat een wezenlijk afwijkende prestatie bestaat.

Een beroep op *frustration* zal niet slagen als de gebeurtenis door een der partijen vóór de contractssluiting is voorzien of had moeten worden voorzien. Aangenomen mag worden dat dit het geval is wanneer een persoon met normale intelligentie zou hebben aangenomen dat de gebeurtenis waarschijnlijk zou plaatsgrijpen. Evenmin kan een beroep op *frustration* slagen indien de intredende omstandigheid het gevolg is van eigen gedrag of van gedrag van anderen voor wie men verantwoordelijk is (zg. 'self-induced frustration'). Zo bijv. indien men zelf de overeenkomst verkeerd uitvoert en aldus nakoming onmogelijk maakt: in J. Lauritzen AS v. Wijsmuller BV (The Super Servant Two) [1990] 1 Lloyd's Rep 1 had Wijsmuller contractueel de keuze om één van twee schepen in te zetten.

Het door Wijsmuller gekozen schip zonk echter voordat aan de uitvoering van de opdracht kon worden begonnen. De rechter oordeelde dat geen sprake was van *frustration* omdat de oorzaak van het niet kunnen uitvoeren van de overeenkomst was gelegen in het inzetten van het andere schip voor een andere klus.

Gevolg van een geslaagd beroep op *frustration* naar *common law* is dat de overeenkomst van rechtswege eindigt (doch niet *ab initio*): partijen zijn voor de toekomst bevrijd, maar kunnen reeds verrichte prestaties niet terugvorderen. De Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 regelt echter de gevolgen voor de meeste andere overeenkomsten dan die tot verkoop van tenietgegane specieszaken. De belangrijkste regels van de Act zijn dat een reeds betaalde geldsom kan worden teruggevorderd en dat een nog te betalen geldsom niet langer behoeft te worden betaald; heeft een partij een *valuable benefit* verkregen omdat bijvoorbeeld reeds een zaak werd overgedragen, dan kan de rechter haar veroordelen tot betaling van een tegenprestatie in geld. Men zie voor grondslag en praktische consequenties van *frustration* bijv. Chitty, vol. I, nr. 23-001 e.v. en G.H. Treitel, Frustration and Force Majeure, London 1994 (Sweet & Maxwell).

3.2.4.6 Exoneratiebedingen

a. Algemeen

Het begrip *exemption clause* is naar Engels recht ruimer dan het Nederlandse exoneratiebeding. Ziet eerstgenoemd begrip doorgaans op de beperking van een verplichting tot schadevergoeding, de *exemption clause* kan ook betrekking hebben op beperkingen van andere (contractuele en delictuele) verplichtingen. Een inhoudelijke redelijkheidstoetsing van *exemption clauses* is in het systeem van de *common law* nimmer tot ontwikkeling gekomen: die mogelijkheid is pas met de introductie van wettelijke bepalingen (met name van de Unfair Contract Terms Act 1977) ontstaan. Voordien trachtte men gewenste resultaten te bereiken door de regels inzake totstandkoming en uitleg voor exoneratiebedingen een bijzondere betekenis te geven.

b. Regels van totstandkoming en uitleg

Of het exoneratiebeding deel is gaan uitmaken van de overeenkomst, hangt eerstens af van de vraag of de wederpartij van de exonerant de overeenkomst heeft getekend. In dat geval is hij gebonden, ook al heeft hij het beding niet gelezen (zie nr. 3.2.3.3 sub c). Is geen overeenkomst getekend, dan is vereist dat de exonerant aan de wederpartij 'reasonable and sufficient notice' geeft van het bestaan van het beding. Daartoe is nodig dat het beding in een document met contractueel aanzien is opgenomen (dus niet in een kwitantie o.i.d.) en dat vóór de contractssluiting de exonerant alles heeft gedaan dat 'reasonably sufficient' was om de ander op de hoogte te brengen van het bestaan van het beding. Hij moet *reasonable steps* hebben genomen; duidelijk is dat te dien aanzien hogere eisen worden gesteld naarmate het beding meer ongebruikelijk of meer onereus is (Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd. [1971] 2 QB 163).

Uit deze regels volgt dat het beding niet kan worden toegevoegd nadat de overeenkomst is gesloten. Een bord voorbij de ingang van een parkeergarage of

een mededeling aan de muur van een hotelkamer hadden dan ook geen gevolg voor de inhoud van de overeenkomst. Uiteraard is wel mogelijk dat partijen overeenkomen bepaalde zaken later (nader) te regelen, terwijl ook eerdere cont(r)acten tussen partijen een rol kunnen spelen (vgl. McCutcheon v. MacBrayne (David) Ltd. [1964] 1 All ER 430). *Fraud* of *misrepresentation* kan uiteraard leiden tot aantasting van de overeenkomst waarin het beding voorkomt. Zie voor de totstandkoming Chitty, vol. I, nr. 12-007 e.v. Exoneratie voor aansprakelijkheid wegens *negligence* of voor *fundamental breach* is ook mogelijk (vgl. voor *fundamental breach* de beroemde zaak Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd. [1980] AC 827).

Exoneratiebedingen zullen in zo duidelijk mogelijke bewoordingen moeten worden opgesteld. Dubbelzinnige of onduidelijke clausules worden zo veel als maar mogelijk is uitgelegd tegen de exonerant (contra proferentem). Zo werd in een verzekeringsovereenkomst van een automobilist aansprakelijkheid van de verzekeraar uitgesloten indien een 'excessive load' zou worden vervoerd. Een overgewicht veroorzaakt door passagiers werd geacht niet onder 'load' te vallen (Houghton v. Trafalgar Insurance Co. Ltd. [1954] 1 QB 247). Een beding dat heel algemeen 'schadevergoeding' uitsluit wordt, anders dan in Nederland, zo uitgelegd dat het slechts ziet op vergoeding van schade door niet-nakoming en niet op schade uit hoofde van onrechtmatige daad. Zie voor uitleg van exoneratiebedingen bijv. Chitty, vol. I, nr. 14-005 e.v.

c. De Unfair Contract Terms Act 1977

De onder b. genoemde regels blijven van belang voor die exoneratiebedingen die niet onder het bereik van de Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA) vallen. Deze wet is – anders dan de naam doet vermoeden – in hoofdzaak van toepassing op bedingen die contractuele of delictuele aansprakelijkheid uitsluiten of beperken. Voorts is het toepassingsbereik in hoofdzaak beperkt tot uitsluiting of beperking van 'business liability', d.w.z. tot aansprakelijkheid voor bedrijfsmatige handelingen. Op internationale koopovereenkomsten is de UCTA niet van toepassing (s. 26). De opzet van de wet is gecompliceerd, maar komt in hoofdzaak daar op neer dat sommige bedingen als absoluut onaanvaardbaar worden beschouwd en dat bij andere een weerlegbaar vermoeden van onredelijkheid geldt. Getoetst wordt de inhoud, niet de totstandkoming van het beding.

Hier kan slechts worden volstaan met het noemen van een aantal voorbeelden van niet toegestane exoneratiebedingen. Algemeen kan worden opgemerkt dat – anders dan naar *common law* – wetenschap van het bestaan van een exoneratie of instemming daarmee (bijv. door ondertekening) op zichzelf niet als bewijs van aanvaarding mag gelden (s. 2 (3)). Beperking of uitsluiting van schade door overlijden of letsel als gevolg van *negligence* is niet mogelijk. Belangrijk is ook dat de consument of degene die handelt op de standaardvoorwaarden van de wederpartij, wordt beschermd tegen clausules die de aansprakelijkheid voor *breach of contract* uitsluiten of beperken, die de wederpartij het recht geven een *substantially different performance* te leveren of die haar in staat stellen om geheel of gedeeltelijk niet te presteren, een en ander tenzij de clausule *satisfies the requirement of reasonableness* (s. 3). Voorts kan een verkoper jegens een

consument nooit zijn aansprakelijkheid uitsluiten voor een tekortkoming in de verplichting *a good title* te verschaffen (wat onder meer neerkomt op het leveren van een zaak overeenkomstig de verwachtingen van de koper). In niet-consumentenovereenkomsten is een dergelijk beding wederom geldig tenzij dit in strijd komt met *the requirement of reasonableness*. Bij de vraag wat *reasonable* is, spelen onder meer de *bargaining power*, een eventueel voordeel van de wederpartij van de exonerant tegenover de aanvaarding van het beding en kennis van het beding een rol (zie Schedule 2 bij de wet). Zie voor de zeer gedetailleerde regeling die de UCTA biedt bijv. nader Chitty, vol. I, nr. 14-045 e.v. Vgl. ook de bescherming die de EU-Richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten biedt (nr. 3.2.5.3).

3.2.5 Algemene voorwaarden

3.2.5.1 Algemeen

In Engeland bestond tot de invoering van de EU-Richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomstenop het gebied van de algemene voorwaarden (*standard forms*) geen specifieke wetgeving zoals in Nederland (en andere landen) wel te vinden is. Of gebondenheid bestaat, wordt doorgaans beschouwd als een vraag van *bewijs*: had de wilsovereenstemming ook betrekking op de standaardvoorwaarden? Overigens bieden ook de Unfair Contract Terms Act 1977 enige bescherming aan de wederpartij van de gebruiker der voorwaarden.

3.2.5.2 Gebondenheid aan het complex van voorwaarden

a. Gebondenheid zonder kennnis

Toepassing van de hoofdregel uit L'Estrange v. Graucob (zie nr. 3.2.3.3 sub c) maakt dat wanneer een partij een document tekent waarin algemene voorwaarden staan vermeld, hij daaraan gebonden is ook al kende hij de inhoud niet (zie bijv. Bahamas Oil Refining Co. v. Kristiansands Tank-rederie A/S [1978] 1 Lloyd's Rep 211).

Indien een document niet wordt getekend maar gewoon ter hand gesteld, is van belang of het overhandigde document zodanig is dat een *reasonable man* zou verwachten dat er contractuele bepalingen in voorkomen. Zo werd een kaartje, verkregen bij de huur van een strandstoel niet als zodanig aangemerkt, maar een treinkaartje wel (resp. Chapelton v. Barry UDC [1940] 1 KB 532 en Thompson v. L.M. & S. Ry. [1930] 1 KB 41). Bovendien moeten de voorwaarden voorafgaand aan of bij het sluiten van de overeenkomst ter kennis van de wederpartij worden gebracht (de eis van *notice*). Zo werd een bordje in een hotelkamer houdende uitsluiting van aansprakelijkheid niet geldig geacht aangezien de hotelovereenkomst eerder aan de balie was gesloten (Olley v. Marlborough Court Ltd. [1994] 1 KB 532). Bij partijen die regelmatig zaken met elkaar doen, kunnen algemene voorwaarden door de *course of dealing* tot de overeenkomst gaan behoren.

Aan de eis van kennisgeving kan ook voldaan zijn indien de wederpartij de voorwaarden niet daadwerkelijk leest. De volgende regels zijn in de rechtspraak ontwikkeld:
- als de partij die het document ontving niet wist of moest weten dat het beschreven of bedrukt was, is hij niet gebonden;
- als de wederpartij wist dat het document voorwaarden bevatte (of een verwijzing daarnaar), is hij gebonden;
- als de gebruiker zich redelijke inspanning heeft getroost om de wederpartij kennis te laten nemen van de voorwaarden of van de verwijzing daarnaar (*reasonable sufficiency of notice*), dan is de wederpartij gebonden, mits deze wist dat er iets op het document stond (al wist hij niet dat het voorwaarden waren). Men vgl. Chitty, vol. I, nr. 12-011.

Voor ongebruikelijke en onereuze bedingen in algemene voorwaarden geldt dat de gebruiker moet bewijzen dat hij daarop uitdrukkelijk de aandacht heeft gevestigd. Zie voor de soortgelijke regel bij exoneratiebedingen nr. 3.2.4.6 sub b.

b. Battle of forms

Indien beide partijen hun eigen algemene voorwaarden van toepassing verklaren en dus *conflicting conditions* gelden, is de hoofdregel dat *the last shot* werking heeft: de bepalingen van het laatst gedane (en aanvaarde) aanbod zijn toepasselijk. Dit is een gewone toepassing van de regels inzake aanbod en aanvaarding (vgl. de 'mirror-image rule', nr. 3.2.3.3 sub b) (Butler Machine Tool Co. Ltd. v. Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd. [1979] 1 WLR 401). De kritiek die wel op deze regel wordt geuit (zie bijvoorbeeld de visie van Lord Denning in genoemde zaak) heeft vooralsnog niet tot een wijziging geleid.

3.2.5.3 Inhoudstoetsing

In het Engelse *common law* is geen algehele redelijkheidstoetsing van algemene voorwaarden tot ontwikkeling gekomen (vgl. nr. 3.2.4.4). Wel worden eisen gesteld aan het ter kennis brengen van de voorwaarden aan de wederpartij (zie nr. 3.2.5.2). Ook geldt onverkort de contra-proferentem-regel, zodat uitleg van dubbelzinnige of onduidelijke bedingen doorgaans plaats zal vinden ten gunste van de consument-wederpartij.

Voorts geldt dat exoneratiebedingen in algemene voorwaarden doorgaans onder het regime van de Unfair Contract Terms Act 1977 vallen en dat de EU-richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aan consumenten een vergaande bescherming biedt bij overeenkomsten gesloten na 31 december 1994. In Engeland is uitvoering gegeven aan de richtlijn door de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 (in werking getreden op 1 juli 1995), die bepalingen in niet individueel uitonderhandelde overeenkomsten tussen consumenten en bedrijfsmatige verkopers soms als *unfair* aanmerken. Zie bijv. Treitel, The Law of Contract, p. 245 e.v.

3.2.6 Afwikkeling

3.2.6.1 Nakoming c.a.

De overeenkomst kan naar Engels recht op in beginsel vier wijzen tot een einde komen (*discharge*): door nakoming (*performance*), bij wederzijds goedvinden (*agreement*), van rechtswege (door *operation of law*, met name *frustration*) en door niet-nakoming (*breach of contract*) indien de wederpartij zich op grond daarvan ontslagen mag achten van zijn verplichtingen. De overeenkomst kan ook van rechtswege een einde nemen door bijv. de dood van een contractspartij bij een overeenkomst die persoonlijke inzet vereist, door faillissement en door verrekening. De term *performance* gebruikt men in het algemeen voor de nakoming in brede zin; *payment* wordt slechts gehanteerd voor de betaling van geldschulden. Een algemene wettelijke regeling omtrent de nakoming van overeenkomsten kent het Engelse recht niet; wel zijn in de jurisprudentie gedetailleerde regels ontwikkeld, terwijl voor enige bijzondere overeenkomsten wel wettelijke regels zijn vastgesteld (voor bijzonderheden over de koopovereenkomst zie hierna sub 3.2.8).

a. Tijdstip van nakoming

Ten aanzien van het tijdstip van nakoming geldt in de eerste plaats hetgeen terzake is overeengekomen. Als geen tijdstip voor de nakoming is vastgesteld voor een verbintenis om te doen, dan neemt het Engelse recht het bestaan aan van een *implied condition* die inhoudt dat moet worden nagekomen 'within a reasonable time having regard to all the circumstances of the case' (Postlethwaite v. Freeland [1880] 5 App.Cas. 599). Deze regel is ook neergelegd in s. 29 (3) van de Sale of Goods Act 1979. Vereist de nakoming de medewerking van beide partijen, dan geldt als *implied condition* dat elk der partijen *reasonable diligence* zal betrachten in de nakoming van zijn deel (Ford v. Cotesworth [1868] LR 4 QB 127).

In een aantal gevallen is *time of the essence*: het gevolg is dat bij niet-tijdige nakoming de wederpartij zich op het standpunt kan stellen dat sprake is van niet-nakoming bestaande in een *breach of a condition* met als belangrijk rechtsgevolg dat zij zelf niet langer behoeft na te komen (zie bijv. nr. 3.2.6.5 sub d). Dat enkel een termijn voor de nakoming is bepaald, betekent nog niet dat *time is of the essence*; dit is wel het geval wanneer dat uitdrukkelijk is overeengekomen, waar dit uit de aard van de overeenkomst of uit de omstandigheden voortvloeit en in geval *time* aanvankelijk niet *of the essence* was, maar de schuldeiser zijn onwillige wederpartij *notice* heeft gegeven dat zij binnen een redelijke termijn moet nakomen. Wordt niet voor het afgesproken tijdstip nagekomen, dan levert dat uiteraard wel een *breach of contract* op en kan de schuldeiser schadevergoeding vorderen (Raineri v. Miles [1981] AC 1050).

b. Plaats van nakoming

Als de plaats van nakoming niet uitdrukkelijk in de overeenkomst is bepaald, dan dient deze aan de hand van de (stilzwijgende) bedoeling van partijen te worden

vastgesteld. Daarbij zijn de aard van de overeenkomst en alle overige omstandigheden van belang (Reynolds v. Coleman [1887] 36 Ch.D. 453). Is zo geen plaats van nakoming vast te stellen, dan is de hoofdregel dat de schuldenaar de schuldeiser opzoekt en nakomt waar de schuldeiser is. Zie voor de koop van zaken de Sale of Goods Act 1979, s. 29. Zie algemeen Chitty, vol. I, nr. 21-043.

c. Nakoming door wie?
In beginsel zal steeds door de schuldenaar worden nagekomen. Deze kan echter de verbintenis in zijn plaats door een ander doen nakomen, tenzij stilzwijgend of uitdrukkelijk anders is overeengekomen of tenzij de nakoming de inzet van persoonlijke vaardigheden of toezicht vereist. De nakoming door een derde leidt slechts tot bevrijding van de schuldenaar indien de derde als vertegenwoordiger van de schuldenaar optreedt, hetzij met voorafgaande toestemming, hetzij door bekrachtiging achteraf (vgl. James v. Isaacs [1852] 12 CB 791). Betaling van een gezamenlijke schuld door één van de schuldenaren bevrijdt ook de andere schuldenaren.

d. Nakoming ten opzichte van wie?
Nakoming dient uiteraard in beginsel jegens de schuldeiser plaats te vinden; betaling aan een derde in opdracht van de schuldeiser bevrijdt echter ook de schuldenaar. Betaling kan ook plaatsvinden aan een vertegenwoordiger van de schuldeiser met *actual* of *apparent authority*. Van *apparent authority* is sprake wanneer de vertegenwoordiger niet bevoegd is de betaling in ontvangst te nemen, maar deze wel 'apparently entrusted with the conduct of the creditor's business' is (Barrett v. Deere [1828] Moo & M 200).

e. Imputatie
De schuldenaar die aan zijn schuldeiser meerdere schulden heeft, heeft het recht aan te geven welke specifieke schuld hij betaalt; indien de debiteur dit niet doet, kan de schuldeiser zelf bepalen ter delging van welke schuld hij het geld gebruikt. Men spreekt van *appropriation of payments*. Deze *appropriation* dient uitdrukkelijk of stilzwijgend aan de schuldeiser kenbaar te worden gemaakt. Maakt de debiteur geen gebruik van zijn recht, dan kan de crediteur nog tot tijdens een eventueel proces bepalen hoe hij de betaling zal opvatten (Seymour v. Pickett [1905] 1 KB 715). Heeft de crediteur zijn recht uitgeoefend dan is dat onherroepelijk. Bij gebreke van een afwijkende uitdrukkelijke regeling wordt de betaling eerst op de verschuldigde rente en daarna op de hoofdsom in mindering gebracht. Zie bijv. Chitty, vol. I, nr. 21-046 e.v.

f. Verrekening
Verrekening (*setting-off/counterclaim*) is mogelijk tenzij anders is overeengekomen. De schuldenaar kan niet verrekenen met de schuld die de vertegenwoordiger van de schuldeiser aan hem (schuldenaar) mocht hebben, tenzij dat overeenkomstig een de schuldeiser bekend gebruik is (Scott v. Irving [1830] 1 B & Ad 605) of indien de schuldeiser zijn agent heeft laten optreden als een *apparent principal* (Cooke & Sons v. Eshelby [1887] 12 App Cas 271).

g. Bijzonderheden met betrekking tot geldschulden
Een aparte wettelijke regeling voor de betaling van geldschulden kent het Engelse recht niet; wel komen verspreide bepalingen voor in diverse wetten en bestaat *case law*. Voor de betaling van geldschulden is, bij gebreke van partij-afspraak, de hoofdregel dat ter plaatse van de schuldeiser moet worden betaald (zie sub b). Men hanteert het nominaliteitsbeginsel: indien een schuld in de toekomst moet worden betaald, is het nominale bedrag op het tijdstip van betaling verschuldigd, ongeacht koerswisselingen. Indexatieclausules (inclusief *gold clauses*) zijn in beginsel geldig (zie Chitty, vol. I, nr. 21-055).

3.2.6.2 Schuldeisersverzuim

De schuldenaar die voor de nakoming van zijn deel van de overeenkomst de medewerking van de schuldeiser nodig heeft doch deze medewerking niet verkrijgt, kan zich, indien aangesproken in rechte, verweren met *the plea of tender* (het verweer van te hebben aangeboden). De schuldenaar moet dan aantonen dat hij bereid is geweest na te komen en dit ook heeft gedaan voor zover mogelijk zonder de medewerking van de schuldeiser. Een onvoorwaardelijk aanbod tot nakoming en weigering daarvan door de schuldeiser is voldoende: de *tender of performance* staat dan gelijk aan nakoming (zodat de schuldenaar bevrijd is). Een *tender under protest* of indien de schuldenaar zich het recht voorbehoudt de omvang van het verschuldigde bedrag aan te vechten, is geen onvoorwaardelijke *tender*.

Moet de schuldenaar een geldsom betalen, dan is de *tender* gevolgd door weigering van de schuldeiser echter niet bevrijdend. Wordt de debiteur aangesproken, dan kan hij door de verschuldigde geldsom bij de rechter te deponeren en door zijn eerdere bereidheid tot betalen te bewijzen, de vordering tot betaling van rente en schadevergoeding afweren. De kosten van een en ander komen voor rekening van de crediteur. Zie Chitty, vol. I, nr. 21-069 e.v.

3.2.6.3 Vordering tot nakoming

Kan naar Nederlands recht de vordering tot nakoming worden ingesteld zodra de verplichting opeisbaar is, naar Engels *common law* kan – opmerkelijk genoeg – uit hoofde van de overeenkomst zelf geen nakoming worden gevorderd. Dit is slechts anders indien het gaat om een verplichting tot betaling van een geldsom. In *equity* (dus de rechter heeft een discretionaire bevoegdheid) bestaat echter de mogelijkheid om onder omstandigheden zg. *specific performance* (bij een verplichting om te doen) of zg. *injunction* (bij een verplichting om niet te doen) te vorderen. Een gecompliceerd geheel van regels geeft uitsluitsel over de vraag of de actie tot *specific performance* beschikbaar is of niet (zie bijv. Chitty, vol. I, nr. 27-001 e.v.). Zie voor de koop van zaken (waarbij deze regels deels zijn uitgesloten door de *Sale of Goods Act 1979*) nr. 3.2.8.4 sub f. Algemeen zij opgemerkt dat de *remedy* sowieso niet beschikbaar is indien de overeenkomst om enigerlei reden (wegens wilsgebrek e.d.) aantastbaar is of indien de afdwinging *severe hardship* jegens de wederpartij zou opleveren, maar ook indien de overeenkomst

op onredelijke wijze (nog geen wilsgebrek opleverend) is totstandgekomen. Zelfs zal voor een *gratuitous promise* die bindend is wegens *deed* of *nominal consideration* doorgaans geen *specific performance* beschikbaar zijn. Voorts gelden de volgende regels.

De actie tot *specific performance* is in de eerste plaats slechts beschikbaar indien toewijzing ervan 'more perfect and complete justice' zal doen dan toekenning van schadevergoeding (Tito v. Waddell (No. 2) [1977] Ch. 106). Zo is schadevergoeding bijv. geen alternatief voor de verkrijging van een bepaald stuk land of een bepaald huis, doch wel voor de levering van bepaalde (niet unieke) zaken (s. 52 van de Sale of Goods Act 1979 maakt *specific performance* hier echter ook mogelijk). In de tweede plaats zijn contracten die verplichten tot een 'personal service' (zoals arbeidsovereenkomsten of overeenkomsten tot het verrichten van diensten) in beginsel niet afdwingbaar omdat dat in strijd zou komen met de persoonlijke vrijheid van de contractant. Om praktisch redenen wordt in de derde plaats aangenomen dat overeenkomsten die 'constant supervision' van de rechter zouden eisen bij de nakoming niet vatbaar zijn voor *specific performance*. Zo was de overeenkomst om een winkel open te houden niet afdwingbaar (Braddon Towers Ltd. v. International Stores Ltd. [1987] EGLR 209).

Ten aanzien van de *injunction* geldt algemeen dat deze in beginsel wordt toegekend indien in de overeenkomst duidelijk is bepaald dat men zich van een bepaalde handeling dient te onthouden. Heeft men reeds in strijd met de bepaling gehandeld (bijv. land bebouwd dat braak moest blijven liggen), dan geldt dat de *injunction* (die dan dus strekt tot ongedaanmaking) onderhevig is aan een 'balance of convenience'-test: de actie wordt geweigerd indien de schade die de wederpartij zou lijden door de ongedaanmaking in hoge mate onevenredig is met het voordeel dat de eiser daardoor zou verkrijgen. In beginsel kunnen zowel de actie tot *specific performance* als die tot *injunction* gepaard gaan met een vordering tot schadevergoeding.

3.2.6.4 Tekortkoming en verzuim

a. Tekortkoming in het algemeen

Het Engelse recht kent niet de tekortkoming als *neutraal* begrip. *Breach of contract* bestaat volgens de veel gehanteerde definitie van Treitel 'when a party without lawful excuse fails or refuses to perform what is due from him under the contract, performs defectively or incapacitates himself from performing'. *Breach of contract* sluit de toerekenbaarheid dus in zich. Is de tekortkoming niet-toerekenbaar, dan kan *discharge by operation of the law* ontstaan: de overeenkomst komt dan van rechtswege tot een einde.

Evenmin kent het Engelse recht een *uniform* begrip tekortkoming: wat de rechtsgevolgen zijn van de schending van enigerlei contractuele bepaling, is afhankelijk van de soort bepaling. Wordt een *condition* geschonden, dan heeft de wederpartij de keuze tussen het in stand laten van de overeenkomst (*affirmation*) en het zichzelf ontslagen achten van haar verplichtingen (*repudiation*; men spreekt van een *repudiatory breach*). In beide gevallen is in beginsel tevens een vordering tot schadevergoeding mogelijk. Wordt een *warranty* geschonden, dan

is slechts een vordering tot schadevergoeding toewijsbaar. Men zie nr. 3.2.4.1 sub b en Chitty, vol. I, nr. 24-029 e.v. De bewijslast ten aanzien van de niet-nakoming rust op de partij die de *breach of contract* stelt.

b. Verzuim en ingebrekestelling

Een zelfstandig begrip verzuim kent het Engelse recht niet. Zoals blijkt uit de omschrijving van *breach of contract* sub a bestaat reeds niet-nakoming wanneer een contractspartij weigert te presteren. Wil de niet-nakoming dan *repudiation* opleveren, dan moet zeker zijn dat de wanprestant zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet wenst na te komen (Woodar Investment Developments Ltd. v. Wimpey Construction (UK) Ltd. [1980] 1 WLR 277. Deze *renunciation* kan zowel blijken uit een expliciete uitspraak van de schuldenaar, maar ook uit zijn gedrag: bepalend is dan of een redelijke persoon op grond van het gedrag van de schuldenaar zou concluderen dat deze niet zal nakomen. Zie Chitty, vol. I, nr. 24-016 e.v.

Wat de vordering tot nakoming aangaat, is een *request to perform* evenmin noodzakelijk, tenzij dat is overeengekomen of voortvloeit uit de aard van de overeenkomst (zoals wanneer alleen de schuldeiser het verschuldigde bedrag kan vaststellen). Zie Chitty, vol. I, nr. 21-009.

Bij een zg. *anticipatory breach* (vóórdat de vordering opeisbaar wordt, blijkt reeds dat de schuldenaar niet na zal komen) heeft de schuldeiser twee opties. Hij kan de schuldenaar onmiddellijk aanspreken tot schadevergoeding wegens niet-nakoming en zichzelf ontslagen achten van zijn verplichtingen of hij kan wachten tot het moment van opeisbaarheid daar is en nakoming vorderen. Zie Chitty, vol. I, nr. 24-019 e.v.

3.2.6.5 Rechten schuldeiser in geval van tekortkoming

a. Algemeen

Naar Engels recht worden als de zg. *remedies for breach of contract* doorgaans de vordering tot schadevergoeding en die tot *specific performance* (of *injunction*) beschouwd. In het navolgende worden ook de mogelijkheid van ontbinding en van opschorting bestudeerd. Ten aanzien van de combinatiemogelijkheden van deze acties kan slechts algemeen worden opgemerkt dat de vordering tot schadevergoeding doorgaans gepaard kan gaan met alle andere acties. Voor de nakomingsvordering (die slechts bij wijze van uitzondering mogelijk is) zie men nr. 3.2.6.3. Zie algemeen Andrew Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, 2de dr., London 1994 (Butterworths).

b. Opschorting

De vraag naar het tijdstip waarop de contractspartijen dienen na te komen (en dus naar de mogelijkheid van opschorting), wordt naar Engels recht behandeld in het kader van de *order of performance*. Men onderscheidt daartoe drie situaties.

In de eerste plaats is denkbaar dat de nakoming door de ene partij (A) een *condition precedent* is voor de aansprakelijkheid van de wederpartij (B). Indien A volgens de overeenkomst vóór B moet presteren, is dat duidelijk en kan B zijn

prestatie opschorten. In de tweede plaats is mogelijk dat de beide prestaties *concurrent conditions* zijn voor aansprakelijkheid, zoals wanneer beide partijen op hetzelfde tijdstip moeten nakomen. Zo zijn bij koop betaling en levering doorgaans *concurrent conditions* en kan de koper geen levering vorderen tenzij hij betaalt en kan de verkoper geen betaling vorderen tenzij hij levert (vgl. de Sale of Goods Act 1979, s. 28). Beide partijen hebben een opschortingsrecht. Ten slotte is mogelijk dat *independent promises* bestaan: elk der partijen kan nakoming vorderen, hoewel men zelf nog niet gepresteerd heeft. Zo zijn de verplichting van de verhuurder om noodzakelijke reparaties aan het gehuurde te verrichten en de verplichting van de huurder om huur te betalen van elkaar onafhankelijk (Taylor v. Webb [1937] 2 KB 283). Opschorting is uitgesloten.

De bevoegdheid om op te schorten is dus afhankelijk van de kwalificatie van een contractuele bepaling als één der hier genoemde. Algemeen valt slechts op te merken dat daartoe de partij-afspraak bepalend is en dat bij gebreke daarvan de rechter terughoudend is om beloften als *independent* te beschouwen. Men zie voor de vele details bijv. Treitel, The Law of Contract, p. 677 e.v.

c. Schadevergoeding

Een recht op schadevergoeding (*damages*) ontstaat bij elke *breach of contract*, ongeacht of de geschonden bepaling een *condition*, een *warranty* of een *innominate term* is (zie voor die onderscheiding nr. 3.2.4.1 sub b). De rechter kan de schadevergoeding zowel aanvullend als een andere actie vervangend opleggen (waarbij zij opgemerkt dat niet nakoming, maar de deze vervangende schadevergoeding naar Engels recht de normale actie is). Het doel van de schadevergoedingsvordering is om de wederpartij van de wanprestant in de positie te brengen alsof het contract wel (op juiste wijze) was nagekomen. Dit positief contractsbelang (*expectation interest*) onderscheidt men wel van het *reliance interest* (negatief belang). Het omvat in beginsel zowel de gemaakte kosten als de gederfde winst. *Punitive damages* (ook wel *exemplary damages* genoemd), die dus boven de geleden schade uitgaan en ten doel hebben de wanprestant te straffen, worden bij niet-nakoming niet toegekend. Men zie voor de vele soorten schade die kunnen worden geleden Chitty, vol. I, nr. 26-001 e.v. Ten aanzien van de eis dat een causaal verband moet bestaan tussen de niet-nakoming en de schade en het effect van eigen schuld op de aansprakelijkheid (*contributory negligence*) zie men de op het overeenkomstenrecht analoog toe te passen regels bij de onrechtmatige daad (nr. 3.3.2.5). De vraag welke soorten van schade in aanmerking komen voor vergoeding (die naar de *remoteness of damages*) wordt aldus beantwoord dat de gebruikelijke gevolgen van de niet-nakoming in casu voor rekening van de wanprestant komen (zie bijv. Koufos v. C. Czarnikow Ltd. (The Heron II) [1969] 1 AC 350. Men zie voor de vele details van deze regel Chitty, vol. I, nr. 26-021 e.v.

Partijen kunnen overeenkomen dat in geval van niet-nakoming door één van hen bij wijze van boete een vaststaande geldsom moet worden betaald. Een dergelijke *penalty clause* is geldig mits het te betalen bedrag een redelijke schatting vooraf is van de schade die de benadeelde waarschijnlijk zou lijden bij niet-nakoming. Men zie, ook over de relatie met *liquidated damages*, Chitty, vol. I, nr. 26-061 e.v.

d. Ontbinding

Is het vorderen van schadevergoeding naar Engels recht de normale actie bij niet-nakoming, soms mag de wederpartij van de wanprestant de overeenkomst ook als beëindigd beschouwen. Men zegt wel: 'Any breach of contract gives rise to a cause of action; not every breach gives a discharge from liability'. De mogelijkheid voor de wederpartij om het contract te 'ontbinden' ('to accept the repudiation') biedt een eenvoudige wijze om aan de contractuele verplichtingen te ontsnappen: een verklaring aan de wanprestant is voldoende, mits deze op duidelijke en ondubbelzinnige wijze geschiedt. Ook mogelijk is echter dat de wederpartij de overeenkomst in stand laat (*affirmation*).

Discharge of contract is mogelijk indien a) een partij aangeeft haar hoofdverplichtingen uit de overeenkomst niet te willen nakomen of aangeeft daartoe niet in staat te zijn (*renunciation*); b) indien een partij door haar eigen gedrag zichzelf buiten machte heeft gesteld te presteren; c) indien een partij niet nakomt (*failure of performance*), doch dan alleen indien aan nadere voorwaarden is voldaan. Niet-nakoming van een *condition* levert in elk geval een ontbindingsmogelijkheid op; niet-nakoming van een *innominate term* slechts indien daarmee de kern van de overeenkomst (het geheel van de tegenover elkaar staande hoofdverplichtingen) wordt aangetast.

Het gevolg van de 'ontbinding' is dat in de plaats van de verplichtingen uit overeenkomst voor de wanprestant een 'secondary obligation to pay money compensation to the other party for the loss sustained by him in consequence of their non-performance in the future' ontstaat (vgl. Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd. [1980] AC 827, 849). De wederpartij van de wanprestant is voor de toekomst bevrijd van haar verplichtingen. Een eventueel betaalde geldsom kan zij onder voorwaarden terugvorderen met een *action for money had and received*, maar overigens heeft de ontbinding geen terugwerkende kracht en ontstaan in principe geen ongedaanmakingsverbintenissen. Zie Chitty, vol. I, nr. 24-029 e.v.

3.2.6.6 Opzegging

Een wettelijke regeling voor de opzegging van overeenkomsten bestaat naar Engels recht niet. In het algemeen dient het overeengekomene te worden nagekomen en kan van eenzijdige opzegging geen sprake zijn. Dit geldt ook voor duurovereenkomsten. Uiteraard kan de overeenkomst wel door middel van een nadere (uitdrukkelijke of stilzwijgende) overeenkomst worden beëindigd. De voor de afdwingbaarheid van die *express provision on termination* vereiste *consideration* bestaat dan uit het over en weer afzien van de aanspraak op nakoming door de ander. Is de overeenkomst door één van beide partijen reeds geheel nagekomen, dan is een *deed* vereist.

Lijken deze regels in theorie nogal hard, praktisch bestaat een belangrijke mogelijkheid om toch eenzijdige opzegging van duurovereenkomsten mogelijk te maken. Is namelijk geen tijdstip voor het aflopen der contractuele rechten en verplichtingen bepaald, dan moet de gemeenschappelijke bedoeling van partijen te dien aanzien (bij wijze van *implied term*) worden vastgesteld: beoogden zij ten

tijde van het sluiten van de overeenkomst dat deze op enig tijdstip beëindigd zou worden? Doorgaans wordt dit *upon reasonable notice* mogelijk geacht. Zo bijv. bij een arbeidsovereenkomst, bij een verleende volmacht en bij een contract dat verplichtte tot de levering van gas aan een openbaar lichaam (Crediton Gas Co. v. Crediton Urban Council [1928] Ch. 174). Zie Chitty, vol. I, nr. 13-019.

3.2.7 Overeenkomst en derden

3.2.7.1 Beginsel

Het Engelse contractenrecht kent het beginsel van *privity of contract*: een overeenkomst kan in beginsel slechts rechten verschaffen en verplichtingen opleggen aan partijen; derden kunnen aan de overeenkomst dus geen aanspraken ontlenen en evenmin op grond van haar worden aangesproken (de eerst in de negentiende eeuw ontwikkelde regel werd nog eens bevestigd in Beswick v. Beswick ([1968] AC 58)). Verwant is de regel *consideration must move from the promisee*. Dus ook indien de uitdrukkelijke bedoeling van de partijen bij de overeenkomst was om een derde te bevoordelen, heeft die derde geen contractuele aanspraken jegens partijen (Tweddle v. Atkinson [1861] 1 B&S 393).

Op de aldus geformuleerde hoofdregel bestaat een aantal uitzonderingen die hier kort de revue zullen passeren. Belangrijk is echter om eerst drie rechtsfiguren te noemen die strikt genomen geen uitzondering zijn op de *privity*-regel, maar praktisch wel onder bovenstaand kopje mogen worden behandeld. In de eerste plaats is dat *agency*: deze schept direct een rechtsverhouding tussen principaal en wederpartij en is dus geen echte uitzondering (ook al kan naar Engels recht ook de *undisclosed principal* de wederpartij in rechte aanspreken; zie nr. 3.2.2). In de tweede plaats is denkbaar dat een overeenkomst tussen twee partijen gepaard gaat met een ander, zg. *collateral contract* ten aanzien van dezelfde zaak tussen één dezer partijen en een derde. Indien A bijvoorbeeld goederen koopt van detaillist B en B geeft A een garantie in naam van de fabrikant C, dan kan de garantie worden geconstrueerd als een *collateral contract* tussen A en C. Daarbij moet wel aan alle 'gewone' eisen voor een overeenkomst zijn voldaan.

In de derde plaats kan *tort law* soms een uitkomst bieden bij de bescherming van de derde. Soms namelijk is de rechter bereid om in de niet-nakoming van een contractueel beding onrechtmatig gedrag jegens een derde (die door de niet-nakoming schade lijdt) te lezen. Zo kunnen bijvoorbeeld advocaten aansprakelijk zijn jegens anderen dan hun cliënten wegens onjuiste uitvoering van hun overeenkomst met die cliënten (vgl. Ross v. Caunters [1980] Ch 287). De meest bekende (en omstreden) beslissing op dit terrein is die in Junior Books Ltd. v. Veitchi Co Ltd. [1983] 1 AC 520, waarin het House of Lords een opdrachtgever gerechtigd achtte een onderaannemer rechtstreeks aan te spreken op grond van *tort* voor het niet goed leggen van een vloer, ondanks het ontbreken van een contractuele relatie tussen de twee partijen. Deze uitspraak is zeer bekritiseerd, onder meer omdat de geleden schade typische wanprestatieschade (mindere waarde van de vloer) betrof, en de *Junior Books case* lijkt dan ook niet representatief voor dit soort gevallen. Zie Chitty, vol. I, nr. 18-015 e.v.

Echte uitzonderingen op het beginsel van *privity* worden voornamelijk mogelijk gemaakt door wettelijke bepalingen (zie echter nr. 3.2.7.2). Onder hen zijn de volgende:

- in geval van *assignment* (cessie) krachtens s. 136 van de Law of Property Act 1925 kunnen contractuele rechten door de crediteur worden overgedragen aan een derde. Belangrijk nadeel voor de derde-verkrijger is dat tegen hem alle weren kunnen worden gevoerd die tegen de oorspronkelijke rechthebbende open stonden.
- een door de man op zijn leven afgesloten levensverzekering ten behoeve van zijn vrouw en kinderen, roept voor deze laatsten een *trust* in het leven (s. 11 van de Married Women's Property Act 1882).
- in diverse gevallen heeft een gelaedeerde een aanspraak jegens de verzekeringsmaatschappij van de dader. Zie bijv. s. 148 van de Road Traffic Act 1988.
- de Law of Property Act 1925 bepaalt in s. 56 (1) dat iemand 'may take an immediate or other interest in land or other property, or the benefit of any condition, right of entry, covenant or agreement over or respecting land or other property, although he may not be named as a party to the conveyance or other instrument'.
- ten slotte is er een belangrijke uitzondering in geval van huur en pacht (*lease*). Reeds lang wordt aangenomen dat verplichtingen die uit een dergelijke overeenkomst voortvloeien 'run with the land': indien de huurder (*tenant*) een nieuwe huurder zoekt, kan de verhuurder (*landlord*) de nieuwe huurder aanspreken tot betaling van de huurprijs; indien de verhuurder het verhuurde verkoopt, dient de nieuwe eigenaar de huurovereenkomst te respecteren (aldus nog onlangs bevestigd in P&A Swift Investments v. Combined English Stores Group [1988] 2 All ER 885).

De doctrine van *privity of contract* staat in beginsel in de weg aan de zg. derdenwerking van exoneratiebedingen. Het House of Lords heeft deze *vicarious immunity* uitdrukkelijk verworpen (Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd. [1962] AC 446), hetgeen tot de nodige kritiek aanleiding heeft gegeven. Een poging de beslissing te relativeren vindt men in New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd. (The Eurymedon) [1975] AC 154, waarin werd aangenomen dat een stuwadoor die bij het uitladen goederen had beschadigd, een beroep kon doen op een exoneratieclausule in de overeenkomst tussen expediteur en opdrachtgever: de expediteur werd geacht de clausule als vertegenwoordiger van de stuwadoor mede in diens belang te hebben gemaakt. De stand van zaken is daarom thans dat op diverse manieren toch een derdenwerking kan worden geconstrueerd (nl. behalve via de zojuist genoemde *agency* ook via een *trust*), zonder dat van een algemene aanvaarding kan worden gesproken (zie echter Chitty, vol. I, nr. 14-044).

3.2.7.2 Derdenbeding

Is het beding waarbij een vorderingrecht ten behoeve van een derde wordt bedongen in de doctrine van *privity of contract* in beginsel uitgesloten, juist hier bestaat een uitzondering in *equity*. Indien A aan B belooft ten behoeve van C, dan

kan C de belofte afdwingen indien B als *trustee* van A's belofte voor C kan worden beschouwd. Nodig is dat B de intentie had een *trust* voor C te creëren en dat C daarvan zou profiteren. Men zie Les Afréteurs Réunis SA v. Walford [1919] AC 801, alsmede Chitty, vol. I, nr. 18-045 e.v. In de rechtspraak worden wel hoge eisen gesteld aan het bewijs dat de bedoeling om een derde te bevoordelen heeft voorgezeten (Vandepitte v. Preferred Accident Corp. of New York [1933] AC 70).

3.2.7.3 Kwalitatieve verbintenissen

Kwalitatieve verplichtingen kent men naar Engels recht niet. Kwalitatieve rechten kent men met betrekking tot land (Tulk v. Moxhay [1848] 2 Ph. 774). Een eigenaar die een gedeelte van zijn grond verkoopt, kan daarbij bedingen dat deze grond niet wordt bebouwd. Een dergelijke beding kan ook tegen opvolgende eigenaren worden ingeroepen indien (i) de nieuwe eigenaar van het beding op de hoogte was en (ii) de oorspronkelijke eigenaar nog eigenaar is van de grond en daardoor enige baat heeft bij de gestelde beperking.

3.2.8 Koop

3.2.8.1 Plaatsbepaling; essentialia

Inzake het uniforme recht zie men Polak, nr. 7.1 e.v.

De koop van roerende zaken wordt in hoofdzaak beheerst door de Sale of Goods Act 1979. Deze werd voorafgegaan door diverse andere wetten op het terrein van de koop; in 1995 trad bovendien de Sale and Supply of Goods Act 1994 in werking. Stellen dat de algemene regels van het overeenkomstenrecht van toepassing zijn op de koop, zou een typisch continentale uitspraak zijn; in beginsel kent de koop eigen regels (waaruit de meer algemene regels wel mede worden afgeleid). Omtrent de koopovereenkomst zie men vooral het uitputtend standaardwerk Benjamin's Sale of Goods (onder algemene redactie van A.G. Guest, 4de dr., London 1992 (Sweet & Maxwell) alsmede Chitty on Contracts, vol. II, nr. 41-001 e.v. Zie voor de koop van onroerende zaken nr. 3.2.8.2.

De koopovereenkomst (*contract of sale of goods*) wordt in s. 2 (1) van de Sale of Goods Act 1979 (verder: SGA 1979) omschreven als 'a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price'. Uit deze omschrijving blijkt reeds dat zowel een koopovereenkomst bestaat indien nog slechts een afspraak tot levering aanwezig is als indien reeds geleverd is (*conveyance*). Drie elementen uit de definitie verdienen nadere aandacht.

In de eerste plaats is essentieel voor de koop dat (een afspraak tot) eigendomsoverdracht bestaat voor een bepaalde prijs. Buiten het bereik van de SGA 1979 valt dus de *gift*, de *exchange* en de *hire-purchase agreement* (huurkoop). De *conditional sale agreement* (koop onder eigendomsvoorbehoud) valt wel onder de SGA 1979, maar ook onder de Consumer Credit Act 1974 indien deze (ruwweg) is gesloten door een consument.

In de tweede plaats is essentieel dat *goods* onderwerp zijn van de koopover-

eenkomst. Zaken kunnen daarbij zowel reeds bestaande als *future goods* zijn (nl. wanneer zij nog door de verkoper moeten worden gemaakt of in eigendom verkregen). De koop van (species)zaken die zonder dat de verkoper dat wist al teniet waren gegaan toen de koop werd gesloten, is nietig (s. 6 SGA 1979, gebaseerd op Couturier v. Hastie [1856] 5 HLC 673). Onder zaken worden tevens 'industrial growing crops, and things attached to or forming part of the land which are agreed to be severed before sale or under the contract of sale'. Belangrijk is de onderscheiding tussen *specific goods* (deze zijn reeds geïndividualiseerd op het moment dat de overeeenkomst wordt gesloten), *ascertained goods* (zij worden geïndividualiseerd na het sluiten van de overeenkomst) en *unascertained goods* (genuszaken, de meeste toekomstige zaken en een onbepaalde hoeveelheid zaken van een bepaalde hoeveelheid zoals de 20 ton graan van de 500 ton die bij iemand ligt opgeslagen).

Ten slotte dient een prijs voor de zaken te worden betaald, anders dan bij *exchange* (ook wel *barter* genaamd). De overeenkomst waarbij een combinatie van geld en zaken als prijs is overeengekomen wordt wel als *sale of goods* aangemerkt. Indien de prijs tussen partijen niet is overeengekomen en evenmin een nadere regeling voor de vaststelling daarvan, dan is de koper *a reasonable price* verschuldigd. Wat een *reasonable price* is, is slechts in de omstandigheden van ieder afzonderlijk geval te bepalen (s. 8 SGA 1979).

Of met de koop ook de eigendom van de gekochte zaken overgaat (*passing of title*), is in beginsel afhankelijk van de partijwil. S. 17 van de SGA 1979 bepaalt dat 'where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred'. Van *unascertained goods* gaat de eigendom echter pas over op het moment dat de verkochte zaken geïndividualiseerd zijn (s. 16). Een eigendomsvoorbehoud (*retention of title*) is naar Engels recht mogelijk (men spreekt van een 'Romalpa-clause'; zie nr. 3.4.4.1. Het risico terzake van de gekochte zaak gaat, tenzij anders is overeengekomen, over met de eigendomsoverdracht. Als de eigendomsoverdracht plaats vindt vóór de aflevering, gaat het risico echter ook reeds op de koper over (s. 20 (1) SGA 1979).

3.2.8.2 Bijzondere vormen (o.a. handelskoop)

Ook naar Engels recht bestaan belangrijke verschillen tussen de koop van roerende en van onroerende zaken. Beheerst de SGA 1979 de koop van de eerste, transacties ten aanzien van huizen en grond vallen in hoofdzaak onder hetzij de Law of Property Act 1925 (voor contracten gemaakt op of voor 26 september 1989), hetzij de Law of Property Act (Miscellaneous Provisions) Act 1989 (voor contracten van na die datum). Concentreren wij ons op contracten van de tweede soort, dan geldt voor hen s. 2 (1) van genoemde wet: 'A contract for the sale or other disposition of an interest in land can only be made in writing and only by incorporating all the terms which the parties have expressly agreed in one document ...'. Aldus wordt uitgesloten dat enig contract ten aanzien van de koop van onroerende zaken geldig is tenzij dit schriftelijk is aangegaan (in beginsel moeten beide partijen op straffe van nietigheid tekenen). Het leerstuk van de zg. *proprie-*

tary estoppel houdt echter in dat soms een door de eigenaar van het onroerend goed gewekt vertrouwen niet mag worden beschaamd (zie Chitty, vol. I, nr. 3-105 e.v. en algemeen nr. 4-001 e.v.). De regels voor de koop van onroerende zaken wijken voorts op vele andere punten aanzienlijk af van die ten aanzien van koop van roerende zaken. In het navolgende concentreren wij ons op de laatste.

Men onderscheidt van de 'gewone' koop voorts de consumentenkoop, die wordt geregeerd door de consument beschermende bepalingen (zie s. 12 van de Unfair Contract Terms Act 1977 voor de definitie van 'consument'). De koop op monster (*sale by sample*) wordt geregeerd door s. 15 SGA 1979. De handelskoop neemt als zodanig geen aparte plaats in in het Engelse recht: het contractenrecht is al vooral gericht op commercieel handelende partijen. Dit neemt niet weg dat het enkele feit dat de overeenkomst een commerciële is, wel invloed heeft op de mate waarin een overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen, hoe contractsbedingen moeten worden uitgelegd etc.

3.2.8.3 Verplichtingen van de verkoper

a. Levering en conformiteit

De hoofdverplichting van de verkoper is die tot levering van de zaak (*delivery*). S. 61 (1) van de SGA 1979 definieert *delivery* als 'voluntary transfer of possession from one person to another'. Zoals reeds gemeld (nr. 3.2.8.1) is voor het moment van eigendomsovergang in beginsel de wil van partijen bepalend (zie s. 16-19). Dit moment wordt vastgesteld aan de hand van 'the terms of the contract, the conduct of the parties and the circumstances of the case' (s. 17 (2) SGA 1979). S. 18 geeft een aantal nadere regels voor de bepaling van het moment van *transfer of title* die zijn geformuleerd als weerlegbare vermoedens omtrent de *intention* van partijen.

Delivery kan op twee manieren plaatsvinden: op een *actual* en op een *constructive* manier. *Actual delivery* vindt plaats indien de *possession* van de zaken door de verkoper wordt overgedragen aan de koper; van *constructive delivery* is sprake indien geen wijziging plaatsvindt in de *actual possession*, maar sprake is van *attornment* of van *symbolic delivery*. *Attornment* heeft plaats indien de zaken feitelijk bij de verkoper blijven, indien zij zich feitelijk reeds onder de koper bevonden of zich onder een derde bevinden en blijven bevinden. De regels inzake de plaats en het tijdstip van levering, de kosten en andere aspecten zijn geregeld in s. 29 SGA. Deze regels gelden slechts bij gebreke van een uitdrukkelijke of stilzwijgende afspraak tussen partijen.

Ten aanzien van de conformiteitseis onderscheide men tussen de meer specifieke eisen bij *sale of goods by description* en de algemene eis van *quality or fitness of the goods*. Deze laatste eis wordt in beginsel niet gesteld aan overeenkomsten, doch in geval van zaken die worden verkocht *in the course of a business* geldt de *implied condition* dat de zaken van *merchantable quality* zijn, tenzij het gebreken betreft waar de koper uitdrukkelijk op is gewezen, of tenzij de koper de zaken voorafgaand aan de overeenkomst heeft onderzocht en het gebreken betreft die bij een dergelijk onderzoek naar voren zouden moeten zijn gekomen (s. 14 (2) SGA 1979). S. 14 (6) geeft aan dat zaken van *merchantible quality* zijn

'if they are as fit for the purpose or purposes for which goods of that kind are commonly bought as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances'. Bedacht zij echter dat de in 1995 in werking getreden Sale and Supply of Goods Act 1994 niet langer de eis van *merchantible* maar van *satisfactory quality* stelt.

Denkbaar is echter dat de overeenkomst moet worden beschouwd als een *sale by description*. Daarvan is sprake indien de koper afgaat op de omschrijving van de te kopen zaken zonder dat hij ze feitelijk gezien heeft, maar ook indien de koper de zaken wel heeft gezien maar de gestelde eigenschappen van de zaak 'are intended to form part of the description by which they are sold'. Zo zal de koop van een schilderij waarvan de verkoper mededeelt dat het een 'echte' is als een *sale by description* worden aangemerkt, tenzij de verkoper elke kennis van zaken ontkent en de koper afgaat op zijn eigen oordeel (vgl. Harlingdon & Leinster Enterprises Ltd. v. Christopher Hull Fine Art. Ltd. [1991] 1 QB 564). In deze gevallen bestaat een *implied condition* dat de verkochte zaken in overeenstemming zijn met de *description*.

De toets of zaken in overeenstemming zijn met de *description* is betrekkelijk streng: zo werd een partij van ingeblikt fruit niet conform de *description* geacht omdat een deel daarvan was verpakt in dozen van 24 blikken en niet in dozen van 30 blikken zoals was overeengekomen, hoewel het totale aantal geleverde blikken juist was (Moore & Co. v. Landauer & Co. [1921] 2 KB 519).

b. Vrijwaring

S. 12 (1) SGA 1979 bepaalt dat de verkoper stilzwijgend garandeert (bij *implied condition*) dat hij ook het recht heeft de zaken te verkopen, althans dat recht zal hebben op het moment dat de eigendom overgaat op de koper. Indien de verkoper dus onbevoegd een zaak verkoopt, kan de koper zowel de *repudiation* aanvaarden als bij *affirmation* de overeenkomst in stand laten (in beide gevallen eventueel gecombineerd met een vordering tot schadevergoeding).

Voorts staat de verkoper er voor in dat:

(a) the goods are free, and will remain free until the time when the property is to pass, from any charge or encumbrance not disclosed or known to the buyer before the contract is made, and

(b) the buyer will enjoy quiet possession of the goods except so far as it may be disturbed by the owner or other person entitled to the benefit of any charge or encumbrance so disclosed or known' (s. 12 (2) SGA 1979).

Schending van s. 12 (2) levert een schending van een *warranty* op en geeft dus slechts aanleiding tot een vordering tot schadevergoeding. Zie, ook voor uitzonderingen op deze hoofdregels, Chitty, vol. II, nr. 41-052 e.v.

3.2.8.4 Rechten van de koper in geval van tekortkoming

De verhouding tussen de hier te bespreken specifieke acties van de koper en het algemene overzicht van de rechten van de schuldeiser bij niet-nakoming (zie nr. 3.2.6.5) is deze dat 's kopers rechten in de SGA 1979 meer specifiek zijn om-

schreven en aan nadere eisen zijn onderworpen. Zie uitgebreid Chitty, vol. II, nr. 41-285 e.v.

a. Damages for non-delivery
S. 51 SGA 1979 bepaalt dat in geval de verkoper 'wrongfully neglects or refuses to deliver the goods to the buyer', de koper aanspraak kan maken op schadevergoeding. De te betalen vergoeding bestaat in 'the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the seller's breach of contract'. Gaat het om zaken waarvoor een markt bestaat, dan is in beginsel de marktwaarde op het moment dat de levering had moeten plaatsvinden de maatstaf. Als daarvoor geen tijdstip was afgesproken, geldt de marktwaarde op het moment van de *refusal*. S. 54 SGA 1979 geeft aan dat S. 51 de koper niet belemmert ook aanspraak te maken op *special damages* en *interests* wanneer dat op basis van de daar gestelde regels mogelijk is.

b. Damages for delay in delivery
De SGA 1979 kent geen uitdrukkelijk regeling voor het geval dat levering van de zaken weliswaar te laat plaats vindt, maar waar de koper de zaken toch afneemt en 'slechts' aanvullende schadevergoeding verlangt. Bij zaken waarvoor een *available market* bestaat, geldt voor de berekening van de schadevergoeding het verschil in marktwaarde tussen het tijdstip van overeengekomen en daadwerkelijke levering als maatstaf, eventueel aangevuld met extra gemaakte kosten en gederfde winst. Bij deze laatste schadeposten komt slechts die schade voor vergoeding in aanmerking die een *reasonable man* had kunnen voorzien.

c. Damages for defective quality
De koper heeft voorts het recht schadevergoeding te vorderen indien de geleverde zaken niet overeenkomen met wat door hem mocht worden verwacht. Men onderscheidt tussen *diminution in value* en andere schade.

Dat de geleverde zaken niet voldoen aan datgene wat verwacht mocht worden, kan dat een *breach of a condition* opleveren met alle gevolgen vandien (de regels sub a en sub d gelden: behalve schadevergoeding is ontbinding mogelijk). Is echter slechts sprake van een *breach of a warranty*, dan kan op grond van s. 53 SGA 1979 alleen aanvullende schadevergoeding worden gevorderd. De maatstaf voor de te betalen vergoeding bestaat daarbij in 'the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the breach of warranty'. Prima facie (afwijking is mogelijk) is dat het verschil tussen de waarde van de zaken op het moment dat zij werden geleverd en de waarde die deze zaken zouden hebben gehad indien zij in overeenstemming waren geweest met wat was toegezegd. Andere schade dan bestaande in een waardeverlies van de zaken (namelijk de zg. *additional or wasted expenses*) komt eveneens voor vergoeding in aanmerking indien het ontstaan van die kosten redelijkerwijze kon worden voorzien door partijen toen zij de overeenkomst sloten (zoals die van het huren van een vervangende machine indien de geleverde niet goed werkt). Ook kan de koper in geval van *profit-earning goods* in beginsel aanspraak maken op vergoeding van de gederfde winst, waarbij wel geldt dat hij verplicht is de schade

redelijkerwijs te beperken (*mitigation of losses*). Vorderingen tot vergoeding van *wasted expenses* en *loss of profits* kunnen niet gelijktijdig worden ingesteld: de koper zal een keuze moeten maken (Cullinane v. British 'Rema' Manufacturing Co. Ltd. [1954] 1 QB 292).

d. Termination
Wanneer de verkoper een *breach of a condition* (of *fundamental breach of contract*) pleegt of *repudiates the contract* (mededeelt zich niet aan de overeenkomst te zullen houden), heeft de koper het recht de overeenkomst als *terminated* te beschouwen, *delivery* te weigeren en *damages* te eisen. Zie voor details nr. 3.2.6.5.

e. Restitution
De SGA 1977 laat onverlet dat indien de koper de koopprijs reeds geheel of gedeeltelijk heeft betaald, hij in voorkomende gevallen een vordering heeft *in restitution* om de betaalde prijs terug te krijgen (s. 54). Zie bijv. Chitty, vol. II, nr. 41-324.

f. Specific performance en injunction
De *equitable* vordering tot nakoming is naar Engels recht uitzondering en geen regel (zie nr. 3.2.6.3). S. 52 SGA 1979 geeft een algemene mogelijkheid voor *specific performance* indien het gaat om *specific or ascertained goods*. Het blijft echter een discretionaire bevoegdheid van de rechter om de vordering tot nakoming te honoreren. Hetzelfde geldt voor de *injunction* bij de verplichting om niet te doen. De *injunction* is niet geregeld in de SGA 1979; de algemene regels gelden (zie nr. 3.2.6.3).

3.2.8.5 Verplichtingen van de koper

De hoofdverplichting van de koper is die tot het betalen van de prijs (s. 29 SGA 1979). Daarnaast moet hij de door de verkoper verschafte zaken in overeenstemming met de voorwaarden van de overeenkomst in ontvangst nemen (s. 27 SGA 1979).

Ten aanzien van de verplichting de prijs te betalen, geldt dat betaling *cash* moet plaatsvinden en dat betaling door middel van een *letter of credit* of wissel slechts bevrijdend is indien daadwerkelijk geaccepteerd door de verkoper (men spreekt van *conditional payment*). Betaling met een chèque of credit card is echter een bevrijdende betaling (*absolute payment*). De verplichting om de zaken in ontvangst te nemen, wordt nader gespecificeerd in s. 34 van de SGA 1979: de koper moet een *reasonable opportunity* hebben gehad om te inspecteren of de geleverde zaken in overeenstemming zijn met wat de overeenkomst eist.

3.2.8.6 Rechten van de verkoper in geval van tekortkoming

De SGA 1979 werkt de in het algemeen mogelijke acties van de teleurgestelde contractspartij (zie nr. 3.2.6.5) nader uit voor de koop en kent bovendien een

aantal specifieke vorderingen van de onbetaald gebleven verkoper. De diverse acties (algemeen aangeduid als *remedies of the seller*) worden hier achtereenvolgens behandeld. Zie algemeen Chitty, vol. II, nr. 41-231 e.v.

a. Rights against the goods

De onbetaalde verkoper heeft in de eerste plaats drie 'zakelijke' rechten, aangeduid als 'rights against the goods'. Deze 'real remedies' bieden de verkoper voorrang boven de overige crediteuren in faillissement, ook al is de eigendom reeds overgegaan op de koper (s. 39 (1) SGA 1979, uit te sluiten bij partij-afspraak).

De eerste van deze rechten is de zg. 'unpaid seller's lien' (s. 41 (1) SGA 1979): de verkoper heeft een 'lien on the goods or right to retain them for the price while he is in possession of them' totdat hij is betaald, in de volgende gevallen:

- 'where the goods have been sold without any stipulation as to credit';
- 'where the goods have been sold on credit but the term of credit has expired';
- 'where the buyer becomes insolvent' (is opgehouden met betalen; faillissement is niet nodig).

In geval reeds gedeeltelijk geleverd is, heeft de onbetaalde verkoper dit 'retentierecht' op het resterende gedeelte van de verkochte zaken, tenzij hij daarvan afstand heeft gedaan (s. 42 SGA). Het recht kan op diverse wijzen verloren gaan (zie s. 43 SGA 1979); niet verloren gaat het echter door wederverkoop door de koper (s. 47).

Het tweede recht is dat van de zg. 'stoppage in transit' (s. 44 SGA 1979): indien de koper van de zaken *insolvent* is, heeft de onbetaalde verkoper die de zaken niet meer bezit het recht hen in transito terug te vorderen en hen onder zich te houden tot betaald is. Hij kan de zaken zowel feitelijk wederom in bezit nemen, als mededeling doen aan de vervoerder of bewaarder van de zaken (s. 46 SGA 1979). Wederverkoop door de koper sluit het recht niet uit (s. 47).

De uitoefening door de onbetaalde verkoper van een *right of lien or retention* of van *stoppage in transit* leidt niet tot de *rescission* van de overeenkomst. De reeds op de koper overgegane eigendom blijft derhalve bij de koper. Wanneer de verkoper die de zojuist genoemde rechten heeft uitgeoefend, de zaken aan een ander verkoopt, verkrijgt de tweede koper *good title to the goods* tegenover de oorspronkelijke koper. De oorspronkelijke koper kan mitsdien de zaken niet bij de tweede koper opeisen (s. 48 (2) SGA 1977). Dit geldt ongeacht of de verkoper een zg. 'right to resell' had. We stuiten hier op het derde recht van de onbetaalde verkoper: deze heeft het recht de goederen opnieuw te verkopen aan een tweede koper indien (s. 48):

- dat uitdrukkelijk is overeengekomen tussen verkoper en eerste koper;
- de zaken bederfelijk (*perishable*) zijn;
- de onbetaalde verkoper de koper mededeelt dat hij opnieuw wil verkopen aan een derde en de koper biedt dan nog steeds niet binnen een redelijke termijn aan om te betalen.

Hieraan wordt doorgaans de weinig systematische opmerking toegevoegd dat herverkoop krachtens *common law* mogelijk is indien de verkoper de overeenkomst eerst ontbindt. Heeft de verkoper het *right of resale* niet, dan pleegt hij bij

de tweede verkoop wanprestatie jegens de oorspronkelijke koper. Hoewel niet uitdrukkelijk in de wet geregeld, brengt de uitoefening van het *right of resale* niet de *rescision* van de overeenkomst met zich mee (R.V. Ward Ltd. v. Bignall [1967] 1 QB 534), tenzij het *right of resale* uitdrukkelijk is overeengekomen. De uitoefening van het recht laat een eventuele vordering tot schadevergoeding onverlet (s. 48 (4) SGA 1979).

b. Action for price

De verkoper kan betaling van de verschuldigde koopprijs vorderen indien de koper nadat hij de eigendom van de zaken heeft verkregen, 'wrongfully neglects or refuses' in overeenstemming met de voorwaarden van de overeenkomst te betalen (s. 49 (1) SGA 1979). Dit impliceert dat de actie niet openstaat indien de eigendom nog niet is overgegaan, ook al is dat te wijten aan de koper. In dat geval moet de verkoper genoegen nemen met schadevergoeding (wat immers de normale actie is; vgl. nr. 3.2.6.3). Is evenwel in de overeenkomst bepaald dat de prijs 'is payable on a day certain irrespective of delivery' en aan de bovenstaande eisen is verder voldaan, dan kan – ook al is de eigendom nog niet overgegaan – toch een vordering tot betaling van de prijs worden ingesteld (s. 49 (2) SGA 1979).

c. Action for damages

De meest gebruikelijke actie van de verkoper in geval van niet-betaling door de koper, is die tot schadevergoeding. Men onderscheidt daartoe tussen schade door *non-acceptance* (s. 50 (1) SGA 1979), *consequential losses or expenses* (s. 54 SGA 1979) en schade veroorzaakt door de weigering de gekochte zaken in ontvangst te nemen op grond van s. 37 SGA 1979.

De vergoeding van *damages for non-acceptance*, geregeld in s. 50 SGA, kan worden toegekend indien de koper 'wrongfully neglects or refuses to accept and pay for the goods'. Vergoedbaar is 'the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the buyer's breach of contract'. Indien voor de zaken in kwestie een *available market* bestaat, geldt prima facie (afwijking is mogelijk) als maatstaf het verschil tussen de overeengekomen prijs en de marktprijs op het moment dat de zaken hadden moeten worden aanvaard. Een *claim for consequential damages* zal de verkoper niet snel instellen: hij heeft immers meestal in vertrouwen op de verkoop geen voorzieningen getroffen. De rente over de koopsom (en eventueel schadevergoeding) kan hij vorderen.

d. Vordering op grond van bailment

Indien de koper de zaken reeds in zijn bezit heeft, doch nog geen eigenaar is geworden, wordt hij beschouwd als *bailee* voor de verkoper. De verkoper kan dan uit hoofde van *bailment* (een soort van bewaargeving) de onmiddellijke teruggave van de zaken vorderen indien de koper zijn verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt.