

Uitleg van rechtshandelingen

Uitleg van rechtshandelingen

Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk
Recht 2016

Prof. mr. H.N. Schelhaas

Mr. W.L. Valk

Zutphen 2016



UITGEVERIJ *Paris*

Uitleg van rechtshandelingen

ISBN 978-94-6251-122-4
NUR 822

© 2016 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst / 9

| | |
|----------|--|
| 1 | Voorwoord en inleiding – Prof. mr. H.N. Schelhaas en mr. W.L. Valk / 11 |
| 2 | De maatstaf voor uitleg – Mr. W.L. Valk / 13 |
| 2.1 | De wilsvertrouwensleer en de Haviltex-maatstaf / 13 |
| 2.1.1 | Het <i>Haviltex</i> -arrest / 13 |
| 2.1.2 | Haviltex als uitvloeisel van de wilsvertrouwensleer / 16 |
| 2.1.2.1 | Wetshistorisch en normatief verband / 16 |
| 2.1.2.2 | Andere rechtshandelingen dan schriftelijke contracten / 18 |
| 2.1.2.3 | Partijen hebben elkaar goed begrepen: onjuiste formulering niet van belang / 19 |
| 2.1.3 | Alle omstandigheden van het geval / 19 |
| 2.1.3.1 | Uitgangspunt / 19 |
| 2.1.3.2 | Catalogi van in aanmerking te nemen omstandigheden / 20 |
| 2.1.3.3 | Uitlegregels? / 21 |
| 2.1.3.4 | Het grote praktische belang van de tekst / 23 |
| 2.1.4 | Haviltex en het consensualisme / 24 |
| 2.1.5 | Het tijdsaspect: wat is het peilmoment? / 26 |
| 2.1.5.1 | Welke feiten en omstandigheden doen mee? / 26 |
| 2.1.5.2 | Dynamische uitleg / 28 |
| 2.2 | Objectiverende uitleg / 32 |
| 2.2.1 | De CAO-norm / 32 |
| 2.2.2 | <i>DSM/Fox</i> / 34 |
| 2.2.3 | Objectiveren binnen Haviltex / 37 |
| 2.2.4 | De aanvullende rol van art. 3:36 BW / 39 |
| 2.3 | Variaties op grond van de totstandkomingscontext / 40 |
| 2.3.1 | Het belang van de totstandkomingscontext / 40 |
| 2.3.2 | Onderhandelen door tussenpersonen / 41 |
| 2.3.3 | De uitonderhandelde contracttekst in commerciële verhoudingen / 43 |
| 2.3.3.1 | Eigen maatstaf wenselijk? / 43 |
| 2.3.3.2 | Steun voor eigen maatstaf in de rechtspraak van de Hoge Raad? / 44 |
| 2.3.3.3 | <i>Lundiform/Mexx</i> / 45 |

| | |
|----------|---|
| 2.3.3.4 | Geen vorm van objectieve uitleg / 49 |
| 2.3.3.5 | <i>VodafoneETC</i> / 49 |
| 2.3.4 | Het adhesiecontract en uitleg <i>contra proferentem</i> / 51 |
| 2.4 | Enkele variaties op grond van het type rechtshandeling / 53 |
| 2.4.1 | Het belang van de aard van de rechtshandeling / 53 |
| 2.4.2 | Variaties in het verbintenissenrecht / 54 |
| 2.4.2.1 | Uitleg van algemene voorwaarden / 54 |
| 2.4.2.2 | Uitleg van derdenbedingen / 55 |
| 2.4.2.3 | Uitleg van verzekeringsovereenkomsten / 57 |
| 2.4.3 | Uitleg op het grensvlak van goederen- en verbintenissenrecht / 58 |
| 2.4.3.1 | Levering van onroerende zaken en vestiging van beperkte rechten op zulke zaken / 58 |
| 2.4.3.2 | Verhouding tot de onderliggende obligatoire verhouding: het titelvereiste / 61 |
| 2.4.3.3 | Differentiëren en combineren: <i>Kamsteeg/Lisser</i> / 62 |
| 2.4.3.4 | Een eenvoudiger voorbeeld / 64 |
| 2.4.3.5 | Nog een voorbeeld van differentiëren en combineren: <i>Van der Star/Beuving c.s.</i> / 65 |
| 2.4.3.6 | Levering van niet-registergoederen en vestiging van beperkte rechten op zulke goederen / 67 |
| 2.4.4 | Uitleg in het familievermogensrecht / 69 |
| 2.4.4.1 | Uitleg van huwelijkse voorwaarden / 69 |
| 2.4.4.2 | Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen / 71 |
| 2.4.5 | Uitleg in het rechtspersonenrecht / 72 |
| 2.4.5.1 | Uitleg van statuten / 72 |
| 2.4.5.2 | Uitleg van de 403-verklaring / 73 |
| 3 | Uitleg in zijn verhouding tot de andere bronnen van art. 6:248 BW – Mr. W.L. Valk / 75 |
| 3.1 | Niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen / 75 |
| 3.2 | Uitleg en aanvullend en dwingend recht / 76 |
| 3.2.1 | Inleiding / 76 |
| 3.2.2 | Kwalificatievragen / 76 |
| 3.2.3 | De voorbeeldfunctie van aanvullend recht / 78 |
| 3.2.4 | Conformerende uitleg en Europees recht / 79 |
| 3.3 | Uitleg en gewoonte / 80 |
| 3.4 | Uitleg en redelijkheid en billijkheid / 81 |
| 3.4.1 | Uitleg en de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid / 81 |
| 3.4.2 | Uitleg en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid; <i>imprévision</i> / 83 |
| 3.4.3 | Redelijkheid en billijkheid als uitlegnorm / 86 |

| | |
|----------|--|
| 4 | Uitleg in het civiele proces – Mr. W.L. Valk / 87 |
| 4.1 | Uitleg en bewijs / 87 |
| 4.1.1 | Inleidende opmerkingen / 87 |
| 4.1.2 | Verdeling van de bewijslast / 88 |
| 4.1.3 | Uitleg en de bewijskracht van akten / 89 |
| 4.2 | Uitleg en het domein van de rechter / 92 |
| 4.3 | Uitleg in cassatie / 94 |
| | |
| 5 | Uitleg in internationaal perspectief: rechtsvergelijking – Prof. mr. H.N. Schelhaas / 97 |
| 5.1 | Uitleg in de internationale praktijk / 97 |
| 5.2 | Discussiepunten in het Nederlandse uitlegeregime / 98 |
| 5.3 | Internationaal perspectief: rechtsvergelijking / 101 |
| 5.4 | Overzicht van het algemene uitlegeregime in de verschillende rechtssystemen / 103 |
| 5.4.1 | Engels recht: objectieve uitleg / 103 |
| 5.4.1.1 | De restatement van Lord Hoffmann: the contextual meaning of language / 103 |
| 5.4.1.2 | Latere ontwikkelingen: the importance of language / 110 |
| 5.4.1.3 | Implied terms / 111 |
| 5.4.1.4 | Conclusie / 112 |
| 5.4.2 | Schots recht: objectieve uitleg / 113 |
| 5.4.3 | Duits recht: subjectief en subsidiair objectief / 116 |
| 5.4.4 | Belgisch en Frans recht: subjectief en subsidiair objectief / 119 |
| 5.4.5 | Internationale regelingen: subjectief en subsidiair objectief / 121 |
| 5.4.6 | Concluderende opmerkingen / 123 |
| 5.5 | Analyse van discussiepunten / 125 |
| 5.5.1 | Algemeen / 125 |
| 5.5.2 | De mate van objectivering jegens derden / 125 |
| 5.5.2.1 | De algemene norm / 125 |
| 5.5.2.2 | De betrokkenheid van derden / 126 |
| 5.5.3 | Uitleg van algemene voorwaarden / 131 |
| 5.5.4 | Uitleg van uitonderhandelde commerciële contracten / 135 |
| 5.5.5 | Uitleg van tegenstrijdige bepalingen / 137 |
| 5.6 | Overig: specifieke uitlegeregels / 139 |
| 5.6.1 | <i>Contra proferentem?</i> / 139 |
| 5.6.2 | Bijzondere uitlegeregels in het Belgische en Franse recht / 140 |
| 5.6.3 | Clause claire et precise / 142 |
| 5.7 | Conclusies / 142 |
| | |
| 6 | Uitleg in internationaal perspectief: internationale clausules – Prof. mr. H.N. Schelhaas / 145 |
| 6.1 | Inleiding / 145 |

| | |
|----------|---|
| 6.2 | De internationale herkomst van een partij en/of een clause / 146 |
| 6.2.1 | Buitenlandse partijen / 146 |
| 6.2.2 | Buitenlandse clauses / 147 |
| 6.2.3 | Uitleg: hoe? / 150 |
| 6.3 | Force majeure clause / 154 |
| 6.4 | Hardship & Material Adverse Change clause / 155 |
| 6.5 | Warranties, representations, guarantees, indemnities / 158 |
| 6.6 | Exoneratie voor <i>indirect damages</i> / 159 |
| 6.7 | Termination, fundamental breach / 162 |
| 6.8 | Time is of the essence / 164 |
| 6.9 | Penalty & liquidated damages clauses / 165 |
| 6.10 | Overige clauses: time limitations, technische begrippen, severability clauses / 166 |
| 6.11 | Afsluiting / 168 |
| 7 | Uitleg en contractvorming — Prof. mr. H.N. Schelhaas / 171 |
| 7.1 | Beïnvloeden van uitleg / 171 |
| 7.2 | Uitleg als functie van de redelijkheid en billijkheid / 171 |
| 7.3 | ‘De redelijkheid en billijkheid zijn niet van toepassing’ / 173 |
| 7.4 | ‘De overeenkomst wordt uitsluitend letterlijk/objectief uitgelegd’ / 174 |
| 7.5 | Entire agreement clause of merger clause / 176 |
| 7.6 | ‘Wijzigingen kunnen slechts schriftelijk plaatsvinden’ / 179 |
| 7.7 | ‘Bij tegenstrijdigheid gaat de Nederlandstalige versie voor’ / 181 |
| 7.8 | ‘Documenten X, Y, Z worden niet bij de uitleg betrokken’ / 183 |
| 7.9 | Overige bepalingen: definitiebeding, kwalificatiebepaling / 183 |
| 7.10 | Afsluiting / 184 |
| 8 | Uitleiding — Prof. mr. H.N. Schelhaas en mr. W.L. Valk / 187 |
| 8.1 | Pluriformiteit / 187 |
| 8.2 | Enige bevindingen / 188 |
| 8.3 | Slot / 190 |

Afkortingenlijst

| | |
|---------------------|---|
| A-G | advocaat-generaal |
| AA | Ars Aequi |
| aant. | aantekening(en) |
| Afd. | Afdeling |
| art. | artikel(en) |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| bijv. | bijvoorbeeld |
| DCFR | Draft Common Frame of Reference |
| diss. | dissertatie |
| Fw | Faillissementswet |
| hof | gerechtshof |
| HR | Hoge Raad der Nederlanden |
| HvJ | Hof van Justitie |
| ibid. | ibidem |
| JOR | Jurisprudentie Onderneming & Recht |
| m.nt. | met noot |
| MvA | memorie van antwoord |
| MvV | Maandblad voor Vermogensrecht |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NJB | Nederlands Juristenblad |
| nr. | nummer(s) |
| NTBR | Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht |
| o.m. | onder meer |
| p. | pagina('s) |
| par. | paragraaf |
| <i>Parl. Gesch.</i> | Parlementaire Geschiedenis |
| PECL | Principles of European Contract Law |
| PICC | Unidroit Principles of International Commercial Contracts |
| Rb. | rechtbank |
| Ri. | Richtlijn |
| Rn. | randnummer |
| r.o. | rechtsoverweging |
| Rv | Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering |
| t.a.p. | ter aangehaalde plaatse |
| TM | Toelichting Meijers |
| TvAR | Tijdschrift voor Agrarisch Recht |

| | |
|------|--|
| vgl. | vergelijk |
| WKV | Weens Koopverdrag |
| WPNR | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie |

Hoofdstuk 1

Voorwoord en inleiding

Prof. mr. H.N. Schelhaas en mr. W.L. Valk

Met graagte hebben wij de uitnodiging van de Vereniging voor Burgerlijk Recht aanvaard om preadviezen te schrijven over de uitleg van rechtshandelingen. Vooral sinds het arrest *DSM/Fox* uit 2004 zijn er in de rechtspraak van de Hoge Raad op het gebied van uitleg zoveel nieuwe nuances geïntroduceerd, dat het zinvol is om te proberen alle ontwikkelingen eens in kaart te brengen en ook te pogen om hier en daar een lijn door te trekken. Bovendien is het Nederlandse contractenrecht al lang geen eiland meer. Zeker wat betreft grote ondernemingen geldt dat het contractenrecht in een internationale praktijk wordt beoefend. Ook zijn er waardevolle *restatements* op het terrein van het contractenrecht tot stand gekomen (de Unidroit Principles, de PECL en de DCFR). Ook die internationale context maakte deze preadviezen een zinvolle onderneming. Ten slotte is er de invalshoek van de contractvorming: wat kunnen partijen en hun adviseurs doen om de uitleg van hun rechtshandeling (meestal een overeenkomst) te beïnvloeden? Hoewel een preadvies uiteraard geen praktijkhandleiding kan zijn, hebben we gemeend dat ook aan deze invalshoek behoefte bestaat, en wel als vervolg op en in de context van een voldoende diepe doordenking van zowel de stand van de rechtspraak van de Hoge Raad als het internationale perspectief.

De taakverdeling tussen de beide preadviseurs is aldus dat Valk de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de maatstaf voor uitleg in kaart brengt (hoofdstuk 2) en vervolgens ingaat op de verhouding tussen uitleg en de andere in art. 6:248 BW aangeduide bronnen van de rechtsgevolgen van overeenkomsten (hoofdstuk 3) en op de processuele aspecten van uitleg (hoofdstuk 4). Vervolgens plaatst Schelhaas uitleg in een internationaal perspectief door middel van rechtsvergelijking (hoofdstuk 5). Dat internationale perspectief zet ze voort in het volgende hoofdstuk met de bespreking van internationale clausules (hoofdstuk 6). Daarna bespreekt Schelhaas enkele kwesties van contractvorming (hoofdstuk 7).

Deze preadviezen zijn het verslag van een zoektocht. Beide preadviseurs hebben gaandeweg ervaren *hoe* weerbarstig het onderwerp van uitleg is. Weliswaar denken we allen de basisprincipes goed te kennen (zoals de Haviltex-maatstaf en de CAO-norm), maar de praktijk plaatst de Hoge Raad en allen die het civiele recht beoefenen steeds voor nieuwe vragen, die ons niet zelden ertoe brengen om ook dat te heroverwegen en nuanceren

waarover we ons voordien zeker waanden. Wij zijn dus allerminst uitgedacht en wat wij hierna schrijven – ook als wij dat met enige stelligheid doen – is niet meer dan hoe wij er *voorlopig* over denken. We kijken uit naar de voortzetting van het debat, om te beginnen op de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht.

De literatuur over uitleg is zo omvangrijk dat het ondenkbaar is dat wij aan alle auteurs recht zouden kunnen doen. Uiteraard hebben we steeds willen verantwoorden waarvoor we aan anderen schatplichtig zijn. Maar een handboek met vermelding van alle op een bepaald punt relevante publicaties zijn deze preadviezen zeker niet. Ook wat betreft de rechtspraak hebben we een selectie moeten maken: zelfs wat betreft de rechtspraak van de Hoge Raad hebben we geen volledigheid kunnen nastreven en lagere rechtspraak bespreken we nauwelijks. Wel hebben we geprobeerd om alle echt belangrijke lijnen te schetsen, en ook om patronen te ontdekken die eerder nog niet zo waren opgemerkt en die ons begrip van het uitlegleerstuk kunnen verdiepen en wellicht behulpzaam kunnen zijn bij de beantwoording van de vragen waarvoor de toekomst ons zal blijken te stellen.

De preadviseurs dragen ieder de verantwoordelijkheid voor hun ‘eigen’ hoofdstukken. De oplettende lezer zal soms kunnen opmerken dat zij het onderling ook niet steeds geheel eens zijn, in ieder geval niet altijd met gelijke nuances. Wel hebben wij elkaars teksten intensief met elkaar besproken en zo elkaars gedachtenvorming beïnvloed. In de uitleiding (hoofdstuk 8) vatten wij gezamenlijk beknopt onze belangrijkste bevindingen samen.

Valk spreekt zijn bijzondere dank uit aan Annemarie van der Kruk en Maartje Möhring, beiden werkzaam bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad, voor de hulp die zij in de eindfase van zijn schrijftarbeid hem hebben willen bieden.

Schelhaas spreekt haar bijzondere dank uit aan mr. A. van Hees, prof. mr. E.H. Hondius en mr. J.K. Stam voor hun commentaar op (delen van) eerdere versies van het preadvies, en aan Cas Michiels voor het redigeren van de tekst.

Hoofdstuk 2

De maatstaf voor uitleg

Mr. W.L. Valk

2.1 De wilsvertrouwensleer en de Haviltex-maatstaf

2.1.1 Het *Haviltex*-arrest

Er is geen juridische faculteit in Nederland waar het *Haviltex*-arrest¹ geen verplichte kost is.² Overbekend is dan ook de overweging:

‘De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.’

Kennen we ook de feiten nog? Haviltex kocht van Ermes een bloemensteekschuimsnijmachine voor f 35 000. Volgens afspraak betaalde Haviltex f 20 000 ineens en de rest als 10% van de door hem behaalde winst. De overeenkomst bevatte onder meer het volgende beding:

‘Tot eind 1976 heeft koper het recht de machine terug te geven voor f 20 000 exclusief BTW. Betaalbaar f 2000 per maand. Eerste betaling 30 dagen na teruggave. Koper heeft het recht garanties voor de betaling van f 2000 exclusief BTW per maand te eisen.’

Daarnaast was er een beding volgens welke ook Ermes als verkoper onder bepaalde omstandigheden (als eind 1976 een bepaalde aan Ermes als ver-

-
1. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*).
 2. Ik zou dat ook zonder onderzoek wel hebben durven veronderstellen, maar het is onderzocht: W.H. van Boom, *Door meten tot weten* (oratie Leiden), Den Haag: Bju 2015, p. 2. Deze onaantastbare positie deelt het *Haviltex*-arrest met het *Kelderluik*-arrest: HR 5 november 1965, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Coca-Cola/Duchateau*).

koper gelieerde werknemer niet langer in dienst van Haviltex zou zijn) het recht had om de koop ongedaan te maken.

Vijf maanden na plaatsing van de machine berichtte Haviltex aan Ermes dat hij ‘hiermede U de gekochte machine teruggeeft’ en aanspraak maakte op terugbetaling van de betaalde koopprijs. Omdat Ermes niet thuis gaf, vorderde Haviltex in rechte terugbetaling van de koopprijs. De rechtbank ging ervan uit dat het beding betekende dat Haviltex zonder opgave van redenen mocht ontbinden en wees de vordering van Haviltex toe. In hoger beroep verweerde Ermes zich met het standpunt dat het de bedoeling van partijen was dat Haviltex als koper het recht had op ongedaanmaking van de koop indien daarvoor ‘relevante gronden’ zouden bestaan. Volgens Ermes ontbraken zulke gronden. Het hof deed dit verweer als volgt af:

- ‘6. dat de bewoordingen van de overeenkomst echter duidelijk zijn en een, zuiver taalkundige, uitleg – zoals door de Rechtbank gegeven – van de, in der partijen overeenkomst opgenomen, bijzonder bepaling sub a., mede gezien de bijzondere bepaling sub d. (luidende: “Verkopers hebben tot eind 1976 het recht de machine tegen constante betaling van de door kopers betaalde prijs terug te kopen indien de heer Langerwerf niet meer bij Haviltex in dienst is”), geen leemte laat in de regeling van de verhouding van partijen, meer speciaal die met betrekking tot hun recht tot beëindiging van de overeenkomst;
7. dat dus niet met een beroep op de veronderstelde bedoeling van partijen kan worden afgeweken van de bewoordingen van der partijen overeenkomst (...)

Was deze overweging in strijd met *the state of the art* eind jaren zeventig, of is het hof te verontschuldigen, omdat de Hoge Raad met het arrest in de zaak *Ermes/Haviltex* een geheel nieuwe weg is ingeslagen? En hoe kwam het hof eigenlijk bij zijn opvatting als zouden duidelijke woorden geen uitleg behoeven en als zou het zelfs niet zijn toegelaten om op basis van de bedoeling van partijen van die duidelijke woorden af te wijken?

Eerst een en ander ter verontschuldiging van het hof. De beslissing van het hof was volledig in overeenstemming met het destijds geldende art. 1378 BW (oud):

‘Indien de bewoordingen van de overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken.’

De opvatting die aan die bepaling ten grondslag lag, was weliswaar onophoudelijk bestreden door onder meer Paul Scholten (‘Woorden zijn nooit

duidelijk³), maar lange tijd waren er ook auteurs die nog min of meer in het spoor van art. 1378 BW bleven.⁴ Veelzeggend is verder dat A-G Franx tot verwerping van het cassatieberoep concludeerde.

Niettemin had het hof beter kunnen weten. Uit drie voorafgaande arresten van de Hoge Raad bleek reeds ondubbelzinnig dat de geest van art. 1378 BW (oud) – die terugging op die van de Franse revolutie⁵ – was geweken. Het eerste arrest uit die reeks is het *Misverstands*-arrest,⁶ volgens welke de vraag of ondanks het gebruik van een voor misverstand vatbare term al of niet een overeenkomst tot stand is gekomen, afhangt van wat beide partijen

‘over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid’.

Het tweede arrest is het *Kribbebijter*-arrest,⁷ dat het antwoord op de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam is opgetreden of niet, afhankelijk maakt van

3. WPNR 1909, afl. 2058.

4. Ik raadpleegde N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, deel IV, Haarlem: Erven F. Bohn 1907, p. 267 (zijn de woorden der verklaring voor de rechter duidelijk, dan heeft hij zich daaraan te houden) en S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandsche Verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948, § 363 (de betekenis der door partijen gesloten overeenkomst wordt voor zover nodig met behulp van uitlegging bepaald). Overigens waarschuwt Land op p. 268 voor letterknechterij en betuigt Van Brakel in een voetnoot zijn instemming met de opvatting dat de uitspraak dat de bewoordingen van een beding of overeenkomst duidelijk zijn, niet mogelijk is dan nadat men ze voor zichzelf heeft geïnterpreteerd. Prof. mr. C.J.H. Jansen wees mij nog op de eerste druk van Asser/Rutten 4-II uit 1954, p. 264 (grote letter): ‘De tekst van de wet geeft grond voor de mening dat alleen onduidelijke wilsverklaringen uitleg behoeven.’ Deze passage treft men zelfs nog aan in de zesde druk uit 1982 (dus direct na het *Haviltex*-arrest). Intussen bestreed Rutten deze mening in de kleine letter van zijn boek vanaf de eerste druk.

5. Kort gezegd, en zonder de pretentie recht te doen aan alle belangrijke historische nuances, is de Franse revolutie niet in de eerste plaats, en in ieder geval niet uitsluitend, het resultaat van nieuwe idealen. Ze werd in sterke mate gevoed door een dodelijke afkeer van de bovenklasse van het *Ancien régime*: de *bourgeoisie*. Rechters behoorden uiteraard tot deze bovenklasse en hun (door de revolutie veronderstelde) partijdigheid uitte zich onder meer in veelvuldige wetsuitleg en contractsuitleg ten voordele van andere leden van de *bourgeoisie*. Met dit verleden werd met toepassing van de *guillotine* op gruwelijke wijze afgerekend. Voor de toekomst moest een dergelijk misbruik worden voorkomen door de rechter te binden aan de tekst van zowel de overeenkomst als die van de wet (denk aan de voorstelling dat de rechter *bouche de la loi* is, welke woorden van Montesquieu nu een betekenis kregen die deze niet zo had bedoeld). Eerder verworven inzicht dat de uitleg van een tekst zich niet tot de letter daarvan kan beperken (welk inzicht niet alleen bestond onder juristen, maar ook bijvoorbeeld onder filosofen en theologen), werd daarmee genegeerd.

6. HR 11 maart 1977, NJ 1977/241, m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens*).

7. HR 11 maart 1977, NJ 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (*Stolte/Schiphoff*).

‘hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkander hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden’.

Het derde arrest is dat in de zaak *Ram/Matser*.⁸ Bij de uitleg van het beding van de verkoper dat de koper aan hem provisie was verschuldigd voor bemiddeling, kwam het volgens de Hoge Raad

‘in de eerste plaats aan op de zin welke de koper daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen en op hetgeen de verkoper te dien aanzien van de koper mocht verwachten’.

De leer van het *Haviltex*-arrest was dus niet werkelijk nieuw. Ze was het min of meer vanzelfsprekende vervolg van een lijn die reeds eerder was ingezet.

2.1.2 Haviltex als uitvloeisel van de wilsvetrouwensleer

2.1.2.1 Wetshistorisch en normatief verband

De uitlegmaatstaf zoals in het *Haviltex*-arrest aanvaard, is welbeschouwd de vanzelfsprekende consequentie van de wilsvetrouwensleer van art. 3:33 en 3:35 BW. De formulering van het arrest is zelfs overduidelijk geïnspireerd door de tekst van de memorie van antwoord bij Boek 6 van het destijds aanhangige ontwerp Nieuw BW.⁹ Die memorie reageerde op het bekende debat in de literatuur tussen (te kort gezegd) de wilsleer en de vetrouwensleer, en zei daarover het volgende:¹⁰

‘Tot praktisch verschillende resultaten behoeven deze zienswijzen niet te leiden. En ook is het niet zo dat de redactie van de artikelen 3.2.2 en 3.2.3, zoals deze thans is komen te luiden, daarmee [name-lijk met de vetrouwensleer] onverenigbaar is, mits men deze artikelen maar als één samenhangend geheel opvat, waarin onder meer tot uitdrukking komt dat het bij de vraag of een meerzijdige rechtshandeling, in het bijzonder een overeenkomst, tot stand is gekomen, in laatste instantie steeds aankomt op wat partijen over en weer uit elkaars verklaringen of gedragingen omtrent hun wederzijdse bedoelingen (wil) hebben mogen afleiden en op wat partijen op die grond aan rechtsgevolgen kan worden toegerekend.’

8. HR 1 juli 1977, NJ 1978/125, m.nt. G.J. Scholten (*Ram/Matser*).

9. Recent heeft C.E. Drion, ‘De historie van Haviltex’, NJB 2016/1391, ons daaraan herinnerd.

10. *Kamerstukken II 1975/76, 7729, 6-7, p. 199; Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 877.*

De sterke overeenstemming met de kernoverweging van het *Haviltex*-arrest zal niemand ontgaan. De oplettende lezer bemerkt twee verschillen. Het eerste ziet op de exacte formulering van de maatstaf en het tweede op het onderwerp ervan. Wat betreft het eerste: de rechtstreekse verwijzing naar de ‘wil’ van partijen (‘hun wederzijdse bedoelingen’) ontbreekt in de formulering van het *Haviltex*-arrest. Meer dan een accentverschil is het niet. Bij de vraag welke *zin* partijen aan de bepalingen van de overeenkomst redelijkerwijs mogen toekennen, gaat het uiteraard erom welke bedoeling zij elkaar mogen toedichten.¹¹

Het tweede verschil is dat de memorie van toelichting spreekt over de maatstaf voor de *totstandkoming* van een meezijdige rechtshandeling, in het bijzonder een overeenkomst, terwijl het *Haviltex*-arrest de uitleg en dus de *inhoud* van de overeenkomst betreft. Maar ook dit verschil is bij nader inzien niet wezenlijk. De vraag naar de totstandkoming en die naar de inhoud zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden: er komt immers een rechtshandeling met een bepaalde inhoud tot stand. Zouden we de vraag of de rechtshandeling inderdaad tot stand is gekomen en de inhoud van die rechtshandeling aan de hand van verschillende criteria willen beantwoorden, dan leidt dat tot een onoplosbare tegenspraak. Illustratief is de problematiek van het misverstand. De gezichtspunten die de Hoge Raad in *Bunde/Erckens* formuleerde,¹² zijn niet alleen bepalend voor de vraag of in het geval van een misverstand een overeenkomst tot stand komt, maar ook voor de vraag in welke zin een overeenkomst tot stand komt: zoals de ene partij of juist zoals de andere partij het begreep. Wie in een geval van misverstand de totstandkomingsvraag beantwoordt, beantwoordt dus noodzakelijk tegelijkertijd de uitlegvraag. En uiteraard moet dan de maatstaf dezelfde zijn.¹³

11. Met P. van Schilfgaarde, *AA* 1981, p. 357 kan men eventueel zeggen dat in de formulering van het *Haviltex*-arrest zich de erkenning laat lezen dat het over het algemeen geen zin heeft om te speuren naar de historisch-psychologische gedachtenspingsels van partijen. Dichterbij de wet blijvend: omdat art. 3:35 BW aan het gerechtvaardigde vertrouwen voorrang verleent boven de in art. 3:33 BW bedoelde wil, is het in het algemeen onnodig vast te stellen of de wil daadwerkelijk heeft ontbroken en kan meteen de vraag naar het vertrouwen worden gesteld. Het complexe (en vooral voorheen zo zeer geëscaleerde) debat over normatieve uitleg laat ik in dit preadvies verder graag liggen.
12. HR 17 december 1976, *NJ* 1977/241, m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens c.s.*).
13. Dat betekent niet alleen dat de maatstaf die de memorie van toelichting formuleerde ook op uitleg kan worden toegepast, maar ook andersom dat wat wij na het *Haviltex*-arrest als de uitlegmaatstaf kennen, tegelijk ook totstandkomingsmaatstaf is. Zie HR 21 december 2001, *LJN* AD5352, *NJ* 2002/60 (*Van Beers c.s./Van Daalen*): ‘Het antwoord op de vraag of een overeenkomst is totstandgekomen, is afhankelijk van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten afleiden.’ Idem HR 16 september 2011, *LJN* BQ2213, *NJ* 2011/572, m.nt. M.R. Mok (*Batavus/Vriend*).

Op vergelijkbare wijze gaan de vraag naar de totstandkoming respectievelijk die naar de inhoud over en weer in elkaar op in het onder par. 2.1.5.2 uitvoerig te bespreken arrest *VDE c.s./Fuchs c.s.* Ook daar is dat onvermijdelijk.

2.1.2.2 *Andere rechtshandelingen dan schriftelijke contracten*

Het *Haviltex*-arrest formuleerde een regel voor 'schriftelijke contracten', maar gelet op de rechtstreekse samenhang met de wilsvertrouwensleer van art. 3:33 en 3:35 BW geldt voor de uitleg van mondeling tot stand gekomen overeenkomsten geen andere maatstaf. Expliciet in die zin luidt het arrest *Van Regteren/VGK*:¹⁴

'Naar het middel met juistheid betoogt, komt het ook bij de uitleg van een mondelinge overeenkomst aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de door hen gebezigde bewoordingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.'

Het ligt voor de hand dat de *Haviltex*-maatstaf niet alleen toepassing vindt bij obligatoire overeenkomsten, maar ook bij andere meezijdige rechtshandelingen. Dat die maatstaf ook op *eenzijdige* rechtshandelingen toepassing zou kunnen vinden, is iets minder vanzelfsprekend. De maatstaf veronderstelt dat een toetsing van redelijke verwachtingen 'over en weer' kan plaatsvinden. Recent heeft Drion gesuggereerd dat voor eenzijdige rechtshandelingen de *Haviltex*-norm daarom geen toepassing zou kunnen vinden.¹⁵ Dat lijkt mij onjuist. Een toetsing van het vertrouwen 'over en weer' veronderstelt niet per se dat er twee partijen bij de rechtshandeling zijn, maar slechts dat er zowel een afzender als een ontvanger is. Het gaat (ook) bij eenzijdige rechtshandelingen niet uitsluitend om het vertrouwen van de ontvanger omtrent de bedoelingen van de afzender. Het gaat ook om het vertrouwen van de afzender omtrent hetgeen de ontvanger in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs als zijn bedoeling zou begrijpen. Wil en vertrouwen dient men niet als gescheiden grootheden op te vatten, maar als wederkerig op elkaar betrokken.

Op eenzijdig *gerichte* rechtshandelingen kan de *Haviltex*-maatstaf dus zeer wel worden toegepast en dat gebeurt ook.¹⁶ Bij *ongerichte* rechtshandelingen verschuift het perspectief uiteraard wel. Hier is een toetsing 'over en weer' niet mogelijk. Binnen de wilsvertrouwensleer zal veelal de nadruk komen te liggen op de subjectieve wil (art. 3:33 BW), voor zover die zich laat vaststellen. Ik zeg 'veelal'. De rechtspraak over de zogenaamde 403-verkla-

14. HR 4 september 2009, *LJN* BI6319, *NJ* 2009/397.

15. C.E. Drion, 'De historie van *Haviltex*', *NJB* 2016/1391.

16. Aldus ook C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 430, met verwijzing naar diverse voorbeelden uit de rechtspraak.

ring leert ons dat er eenzijdige rechtshandelingen zijn die hoewel in formele zin niet tot een of meer personen gericht, wel volop derden aangaan, terwijl ook wezenlijk is dat die derden op de inhoud van de verklaring kunnen afgaan. Dat kan leiden tot een diametraal tegengesteld uitgangspunt, volgens welke niet de subjectieve wil maar de objectieve betekenis van de verklaring doorslaggevend is.¹⁷

2.1.2.3 *Partijen hebben elkaar goed begrepen: onjuiste formulering niet van belang*

Dat de Haviltex-maatstaf een toepassing is van de wilsvertrouwensleer betekent ook dat de vraag wat partijen over en weer redelijkerwijs hebben mogen verwachten, niet meer aan de orde komt indien partijen beiden hetzelfde bedoelden. Hun gemeenschappelijke bedoeling is hier beslissend, daargelaten de wijze waarop zij zich hebben uitgedrukt en het vertrouwen dat daaraan eventueel redelijkerwijs zou kunnen hebben worden ontleend (maar niet is ontleend). In de woorden van het arrest *Bruin/NVC*:¹⁸

‘...indien de bedoelingen van partijen met elkaar in overeenstemming zijn, wordt de totstandkoming van een overeenkomst als door hen bedoeld niet (...) verhinderd doordat zij beiden bij het aan elkaar kenbaar maken van hun wil dezelfde onjuiste formulering hebben gebruikt, en (...) met name [is] niet (...) vereist dat het aan de ene of de andere partij of aan beiden te wijten is geweest dat een onjuiste veronderstelling heeft bestaan met betrekking tot de gebruikte formulering.’

Wat hier over de totstandkoming van een overeenkomst wordt gezegd, betreft weer tegelijk de uitleg van die overeenkomst, zoals ook tot uitdrukking komt in de formulering ‘een overeenkomst als door hen bedoeld’.

2.1.3 **Alle omstandigheden van het geval**

2.1.3.1 *Uitgangspunt*

Volgens de Hoge Raad in het *Haviltex*-arrest kan voor uitleg mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Het vervolg leert dat dit niet meer zijn dan voorbeelden van relevante omstandigheden, want potentieel is *alles* van belang. Dat krijgt veel nadruk in het arrest

17. Vergelijk onder par. 2.4.5.2.

18. HR 1 december 2000, LjN AA8721, NJ 2001/196 (*Bruin/NVC*).

*DSM/Fox*¹⁹ waar de Hoge Raad zijn rechtspraak met betrekking tot de Haviltext- respectievelijk de CAO-norm als volgt onderling verbindt:

‘De hiervoor (...) weergegeven rechtspraak heeft als gemeenschappelijke grondslag dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.’²⁰

Dat alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn, ligt voor de hand. Het vloeit voort uit de aard van de norm, die de redelijke verwachtingen van partijen centraal stelt: die redelijke verwachtingen kunnen aan allerlei feiten en omstandigheden zijn ontleend. Een beperking op voorhand in hetgeen bij de beantwoording van de uitlegvraag in aanmerking wordt genomen, is dus niet passend. Daar waar een of andere vorm van objectiverende uitleg plaatsvindt, wordt intussen de blik wel degelijk verengd, in die zin dat de nadruk wordt gelegd (of zelfs meer dan dat) op feiten en omstandigheden die objectief kenbaar zijn. Hierna (onder par. 2.2.3) komt dat uitvoerig aan de orde.

2.1.3.2 *Catalogi van in aanmerking te nemen omstandigheden*

In de literatuur en ook in de Unidroit Principles, de PECL en de DCFR, vindt men wel catalogi van in aanmerking te nemen omstandigheden. Het karakter van die catalogi is echter nimmer beperkend. Er lijkt vooral de behoefte aan ordening aan ten grondslag te liggen, of de gedachte dat een dergelijke catalogus voor de praktijkjurist waarde heeft omdat hij hem of haar op ideeën kan brengen. Zo noemt bijvoorbeeld Tjittes voor de uitleg van schriftelijke contracten als gezichtspunten (die hij vervolgens een voor een bespreekt):²¹

- ‘a. de bewoordingen van een contract(sbeding)
- b. de structuur van het contract
- c. de verhouding tot eerdere contracten
- d. de considerans
- e. de aard van de overeenkomst
- f. het commerciële doel van het contract
- g. de totstandkoming van het contract
- h. de uitvoering van het contract

19. HR 20 februari 2004, *LJN* AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

20. Herhaald in HR 2 februari 2007, *LJN* AZ4410, *NJ* 2008/104, m.nt. C.E. du Perron (*NBA/Meerhuysen*). Vergelijk eerder HR 20 mei 1994, *NJ* 1995/691, m.nt. C.J.H. Brunner (*Negende van Oma*) en HR 12 januari 2001, *LJN* AA9430, *NJ* 2001/199 (*Steinbusch/Van Alphen*).

21. R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi 2009, p. 32.

- i. de hoedanigheid van partijen (consument of professional, deskundige bijstand bij de totstandkoming)'

En de PECL zegt in art. 5:102 (zonder beperking tot schriftelijke overeenkomsten):

- 'In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to:
- (a) the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations;
 - (b) the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract;
 - (c) the nature and purpose of the contract;
 - (d) the interpretation which has already been given to similar clauses by the parties and the practices they have established between themselves;
 - (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the branch of activity concerned and the interpretation similar clauses may already have received;
 - (f) usages; and
 - (g) good faith and fair dealing.'

Dezelfde lijst vinden we in art. II.-8:102 DCFR en vrijwel dezelfde in art. 4.3 Unidroit Principles 2010.²² Al deze regelingen benadrukken het indicatieve karakter van de gegeven opsomming.²³

2.1.3.3 Uitlegeregels?

Net een stapje verder dan de zojuist besproken catalogi van relevante omstandigheden of gezichtspunten gaan uitlegeregels van algemene aard; ze verlenen aan een bepaalde omstandigheid een in beginsel beslissend karakter, althans formuleren een voorkeur voor een bepaalde wijze van uitleg. Het Burgerlijk Wetboek van 1838 bevatte in art. 1378-1387 precies tien van zulke uitlegeregels. Met het nieuwe BW namen we er welbewust afscheid van; het driemanschap dat verantwoordelijk was voor het Ontwerp-Meijers van Boek 6, noemde de regels gedeeltelijk vanzelfsprekend en overbodig en voor het overige door hun te grote algemeenheid niet juist.²⁴

In de PECL, DCFR en Unidroit Principles komen we enkele uitlegeregels tegen, in vrijwel gelijklopende formuleringen. De minst softe van deze regels dunken mij:

22. Vergelijk ook Schelhaas in haar preadvies onder par. 5.4.5.

23. Art. 4.3 Unidroit Principles 2010 in de aanhef: '*...regard shall be had to all the circumstances, including...*', en alle drie regelingen in de bijbehorende *comments*.

24. *Parl. Gesch.* BW Boek 6, p. 916. In België en Frankrijk bestaan (vrijwel) dezelfde uitlegeregels nog steeds. Vergelijk het preadvies van Schelhaas onder par. 5.4.4 en 5.6.3.

1. Uitleg *contra proferentem*: in geval van twijfel over de betekenis van een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, heeft een uitleg ten nadele van de partij die het heeft geformuleerd de voorkeur (art. 5:103 PECL, art. II.-803(1) DCFR en art. 4.6 Unidroit Principles). Art. II.-803(2) DCFR voegt nog een variant toe: is wel onderhandeld en is een beding tot stand gekomen *under the dominant influence* van één partij, dan heeft een uitleg ten nadele van die partij de voorkeur.
2. Voorrang voor individuele bedingen: bedingen waarover afzonderlijk is onderhandeld gaan voor bedingen waarvoor dit niet geldt (art. 5:104 PECL en art. II.-8:104 DCFR).

Daarnaast geven deze regelingen nog enkele andere aanwijzingen (van regels kan men mijns inziens niet meer spreken, al zijn de grenzen vloeiend), zoals: uitleg dient plaats te vinden in het licht van de overeenkomst als geheel (art. 5:105 PECL, art. II.-8:105 DCFR en art. 4.4 Unidroit Principles), of een uitleg waarbij alle bedingen betekenis hebben verdient de voorkeur boven een uitleg waarbij een of meer bedingen hun betekenis verliezen (art. 5:106 PECL, art. II.-8:106 DCFR en art. 4.5 Unidroit Principles).

Ook in de Nederlandse literatuur zijn er stemmen die uitlegregels bepleiten, zij het in het algemeen met veel voorzichtigheid.²⁵ Uit de rechtspraak van de Hoge Raad spreekt dezelfde voorzichtigheid. Van algemene uitlegregels in eigenlijke zin houdt men klaarblijkelijk bij de Hoge Raad niet, maar tegen gezichtspunten die bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf kunnen worden meegewogen, bestaat geen bezwaar. Illustratief is de rechtspraak met betrekking tot de zojuist benoemde uitlegregels, dus uitleg *contra proferentem* en een voorrang voor individuele bedingen.

In *Brackel/UNAT*²⁶ poneerde het cassatiemiddel de stelling dat bij twijfel over de uitleg van een verzekeringsvoorwaarde, die voorwaarde dient te worden uitgelegd in het nadeel van de verzekeraar. De Hoge Raad overwoog dat het hier

‘slechts gaat om een algemeen gezichtspunt dat bij de beoordeling door de feitenrechter van de uit te leggen overeenkomst naar gelang van de omstandigheden mag meewegen’.²⁷

25. Tjittes, t.a.p., Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/376, en een stuk minder voorzichtig A.C. van Schaïck, *WPNR* 1998, afl. 6311, p. 272 e.v.

26. HR 24 september 1993, *NJ* 1993/760.

27. Letterlijk herhaald in HR 12 januari 1996, *NJ* 1996/683, m.nt. M.M. Mendel (*Kroymans/Sun Alliance*) en vrijwel letterlijk in HR 18 oktober 2002, *LJN* AE7002, *NJ* 2003/258, m.nt. M.M. Mendel (*Pieterse/Nationale Nederlanden*). Thans geldt onder invloed van het Europese recht art. 6:238 lid 2 BW, waarover hierna onder par. 3.2.4.

In *Jonker/Heipro c.s.*²⁸ bestond er tegenspraak tussen twee tot de overeenkomst behorende documenten, namelijk de technische omschrijving en de algemene voorwaarden. Volgens het hof diende de vraag welke van beide regelingen voorging, aan de hand van de Haviltex-maatstaf te worden beslist. Het middel klaagde dat het hof daarmee de ongeschreven rechtsregel had miskend volgens welke een specifieke bepaling in een overeenkomst prevaleert boven een bepaling in algemene voorwaarden. De Hoge Raad verwierp het middel met onder meer de overweging:

‘De regel, waarop de klacht doelt, te weten dat een specifieke bepaling in een overeenkomst gaat boven een bepaling in algemene voorwaarden, is geen (ongeschreven) rechtsregel, doch kan hooguit gelden als een gezichtspunt, dat bij de uitleg van de overeenkomst met behulp van het Haviltex-criterium zonder schending van het recht in aanmerking kan worden genomen.’²⁹

In deze paragraaf sprak ik over uitlegregels *in algemene zin*. Bijzondere uitlegregels, die bijvoorbeeld zien op de uitleg van een bepaald type beding zijn er ook. Zulke bijzondere uitlegregels komen in het Burgerlijk Wetboek voor (bijv. art. 6:219 lid 3 BW), maar ook veelvuldig in de (cassatie)rechtspraak. Ze zijn een middel om rechtseenheid te bevorderen bij de uitleg van bepaalde typen veelvoorkomende bedingen. Hierna kom ik over dergelijke bijzondere uitlegregels nog te spreken.³⁰

2.1.3.4 *Het grote praktische belang van de tekst*

Alle omstandigheden van het geval zijn van belang, maar in de dagelijkse praktijk is er veelal niets zo belangrijk als de tekst. Dat is niet in strijd met de Haviltex-norm; het is een misverstand als zou volgens die norm de tekst van schriftelijke contracten van weinig belang zijn. Partijen bedoelen de schriftelijke tekst in het algemeen als een weergave van hun overeenstemming. En de wederzijdse verwachtingen van partijen zijn uiteraard mede op de formulering van die tekst gebaseerd. Wie enige ervaring heeft in de praktijk van de civiele rechtspraak zal bovendien beamen dat heel vaak procespartijen hun argumenten voor een bepaalde uitleg vooral op de tekst baseren en soms niet of nauwelijks andere feiten en omstandigheden benoemen waaruit de juistheid van de door hen verdedigde uitleg kan volgen. Uiteraard behoort de rechter ter gelegenheid van bijvoorbeeld de comparitie na antwoord naar de context van een schriftelijke overeenkomst op zoek te zijn en daarover vragen te stellen, maar als die vragen weinig of geen

28. HR 13 juni 2003, IJN AF5538, NJ 2003/506 (*Jonker/Heipro c.s.*).

29. Met dit ‘hooguit een gezichtspunt’ is de Hoge Raad wel heel zuinig. Vergelijk hierna par. 2.4.2.1.

30. Onder par. 4.3.

relevante antwoorden opleveren, zal hij het noodgedwongen vooral met de tekst moeten doen.³¹

De Hoge Raad heeft het grote praktische belang van de tekst uitdrukkelijk benoemd in het bekende arrest *DSM/Fox*:³²

‘Opmerking verdient ten slotte dat zowel aan de CAO-norm als aan de Haviltex-norm de gedachte ten grondslag ligt dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.’

2.1.4 Haviltex en het consensualisme

Woorden zijn op zichzelf nooit duidelijk. Wij géven ze betekenis (uitleg) en doen dat door te letten op de context. Letten we alleen op de taalkundige betekenis en stellen we ons niet open voor wat we over de context te weten kunnen komen, dan schiet onze uitleg tekort. Deze drie eenvoudige zinnen mag men opvatten als een korte samenvatting van de Haviltex-maatstaf. Wie enigszins vertrouwd is met de hermeneutiek weet echter dat het inzicht dat we aan woorden vanuit de context betekenis moeten geven, niet beperkt is tot de rechtswetenschap. Het is eerder andersom: algemeen aanvaarde inzichten uit de hermeneutiek hebben via onder meer Paul Scholten³³ de rechtswetenschap beïnvloed.

De hermeneutiek is (althans in haar oorspronkelijke vorm) de leer van het uitleggen van gezaghebbende *schriftelijke* teksten. Dat sluit aan bij de formulering van het *Haviltex*-arrest, die immers spreekt van ‘de vraag hoe in een *schriftelijk* contract de verhouding van partijen is geregeld’. Die formulering heeft stand gehouden tot op de dag van vandaag; ook het arrest *DSM/Fox*³⁴ spreekt in termen van de uitleg van een ‘schriftelijk contract’. Mij dunkt dat met het voorgaande nog niet alles is gezegd. Voor een goed begrip van de werking van de Haviltex-maatstaf moeten we haar verbinden

31. R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi 2009, p. 21 spreekt in dit verband van een ‘objectieve uitleg vanuit processueel perspectief’. Een dergelijke formulering heeft niet mijn voorkeur, omdat in dit soort gevallen het extra grote belang van de tekst een totaal andere achtergrond heeft dan de objectieve uitleg zoals die volgens de CAO-norm of geobjectiveerde Haviltex plaatsvindt.

32. HR 20 februari 2004, *LJN AO1427, NJ 2005/493*, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

33. Asser/Scholten, *Algemeen deel* 1974, p. 36 e.v.

34. HR 20 februari 2004, *LJN AO1427, NJ 2005/493*, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

met het beginsel van het *consensualisme*, een beginsel dat met zoveel woorden is neergelegd in art. 3:37 lid 1 BW:

‘Tenzij anders is bepaald, kunnen verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden, en kunnen zij in een of meer gedragingen besloten liggen.’

Indien overeenkomstig de hoofdregel een overeenkomst vormvrij tot stand komt, wat is dan het karakter van een ‘schriftelijk contract’? De schriftelijke vorm is geen bestaansvoorwaarde en is in die zin niet meer dan een toevallige omstandigheid. Daarmee zeg ik uiteraard niet dat als partijen met betrekking tot hun overeenkomst iets op schrift hebben gesteld, dat voor het recht van geen belang is. Maar niet in die zin dat nu de schriftelijke tekst het *eigenlijke* voorwerp van uitleg zou zijn. Nee, dat is de overeenkomst zelf (in de zin van de contractuele rechtsbetrekking tussen partijen) en voor de uitleg van die overeenkomst is het geheel van de relevante verklaringen en gedragingen van partijen bepalend. De schriftelijke tekst is slechts één van die verklaringen – weliswaar in praktische zin een zeer belangrijke en vrijwel steeds op afstand de belangrijkste, maar dat verandert niets aan het principe.

Behalve de materiële betekenis van de schriftelijke tekst als een zeer belangrijke verklaring in de zin van art. 3:37 lid 1 BW, is de schriftelijke tekst uiteraard ook bewijsmiddel. Zo vaak het een onderhandse of authentieke akte betreft, heeft die akte zelfs dwingende bewijskracht (art. 157 lid 2 Rv).³⁵ Maar ook dit doet niets af aan het consensuele karakter van de overeenkomst.

Het zal duidelijk zijn dat het inzicht dat woorden in hun context moeten worden uitgelegd en het consensualisme elkaar onderling versterken, in die zin dat beide het belang van de tekst en de taalkundige betekenis ervan relativeren. Het is daarom begrijpelijk dat we geneigd zijn beide met elkaar te vereenzelvigen (en ze dus niet onderscheiden). In de formulering van het *Haviltex*-arrest gebeurt dat. Dat bergt het gevaar in zich dat we gemakkelijk menen dat wat bijvoorbeeld mondeling tussen partijen is besproken, slechts in aanmerking komt als de context waarop bij de uitleg van de schriftelijke tekst moet worden gelet. We vergeten dan dat wat mondeling tussen partijen is besproken principieel evengoed een verklaring is die de inhoud van de overeenkomst mede bepaalt (en niet slechts als context van de schriftelijke tekst). Hoe belangrijk de ene respectievelijk de andere verklaring is, staat niet a priori vast. Heel vaak is de schriftelijke verklaring van extra groot gewicht, omdat partijen hun tekst bedoelden als een meer nauwkeurige vastlegging van hun overeenstemming. Maar soms ook is de schriftelijke verklaring van veel minder gewicht, bijvoorbeeld omdat par-

35. Vergelijk nader onder par. 4.1.3.

tijen haar beschouwden als een tussen hen onbelangrijke formaliteit, nodig om een derde (bijv. de fiscus) tevreden te stellen. Het kan dus zijn dat we met het vertrekpunt als zou uitleg van een overeenkomst uitleg van het voorhanden schriftelijk contract zijn, ons geheel op het verkeerde been laten zetten.

Dat de bedoelde vereenzelviging onjuist is, blijkt ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad over de uitleg van huwelijkse voorwaarden. Die voorwaarden moeten aan de hand van de Haviltex-maatstaf worden uitgelegd, maar er blijkt een grens te zijn aan de mogelijkheden om aan huwelijkse voorwaarden een betekenis te geven die afwijkt van de taalkundige betekenis van hetgeen in de notariële akte is vastgelegd.³⁶ De verklaring voor deze rechtspraak ligt voor de hand: voor huwelijkse voorwaarden geldt een uitzondering op het beginsel van het consensualisme, ze moeten immers op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan. Hier valt het voorwerp van uitleg wél samen met de tekst van de rechtshandeling: de huwelijkse voorwaarden worden door de notariële akte belichaamd. Ook nu geldt het inzicht dat de context bepalend is voor de betekenis van de gebruikte bewoordingen en daarbij worden de grenzen van de in aanmerking te nemen context ruim getrokken. Dat betekent onder meer dat voor uitleg van de huwelijkse voorwaarden mede van belang is wat tussen partijen destijds mondeling is besproken, evenals andere omstandigheden die hun redelijke verwachtingen mede bepaalden. Maar nu komen zulke mondelinge verklaringen van partijen slechts in aanmerking als de context van de schriftelijke tekst; ze zijn principieel ongelijkwaardig aan de tekst van de huwelijkse voorwaarden.

Wanneer we hierna de uitlegmaatstaf van diverse typen rechtshandelingen bespreken, dienen we dus steeds in het oog te houden of de desbetreffende rechtshandeling vormvrij is of niet. Is ze vormvrij, dan is de tekst niet alleen van betrekkelijke waarde op de grond dat de context haar betekenis bepaalt, maar ook omdat andere, niet in schriftelijke vorm afgelegde verklaringen (mondelijke verklaringen, maar ook verklaringen die besloten liggen in een of meer gedragingen) op in beginsel gelijke voet de inhoud van de rechtshandeling bepalen. Is op straffe van nietigheid een schriftelijke vorm voorgeschreven, dan geldt alleen het eerste.

2.1.5 Het tijdsaspect: wat is het peilmoment?

2.1.5.1 *Welke feiten en omstandigheden doen mee?*

Onder par. 2.1.3.2 zijn catalogi van in aanmerking te nemen omstandigheden kort benoemd. De catalogus van Tjittes verwijst mede naar ‘de uitvoering van het contract’, en die van de PECL zegt dat mede op het gedrag van

36. HR 18 juni 2004, IJN AO7004, NJ 2004/399. Vergelijk onder par. 2.4.4.1.

partijen moet worden gelet, ‘*even subsequent to the conclusion of the contract*’. Op het eerste gezicht ligt misschien een andere opvatting voor de hand. De gedachte is dan dat de inhoud van een rechtshandeling dient te worden bepaald naar het moment van haar totstandkoming. Wat onder par. 2.1.2 is gezegd over het directe verband tussen de vraag naar de totstandkoming en die naar de inhoud van een rechtshandeling, pleit daarvoor. Daarmee zien we echter over het hoofd dat feiten en omstandigheden van na de totstandkoming van een rechtshandeling, en in het bijzonder opvolgende gedragingen van partijen, licht kunnen werpen op de eerdere bedoeling van partijen.

In de zaak *Gasunie/Gemeente Anloo*³⁷ had Gasunie vijftien jaar lang de door de gemeente in rekening gebrachte onroerendgoedbelasting zonder protest betaald. Toen Gasunie zich nadien op het standpunt ging stellen dat de overeenkomst aldus moest worden uitgelegd dat zij die belasting niet verschuldigd was, woog het hof dit gedrag terecht mee. Deze rechtspraak sluit aan bij die over schijn van volmacht (art. 3:61 lid 2 BW): de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan mede berusten op omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de totstandkoming van de overeenkomst.³⁸ Er bestaat geen reden waarom hetzelfde principe niet ook bij andere rechtshandelingen dan overeenkomsten zou gelden. De Hoge Raad formuleert in het arrest *IGS/RBS*³⁹ de regel dat

‘in het algemeen ook omstandigheden die hebben plaatsgevonden nadat een rechtshandeling is verricht, medebepalend kunnen zijn voor de uitleg daarvan.’

Iets minder vanzelfsprekend is mogelijk het vervolg van de overweging:

‘Er is geen aanleiding hierover anders te oordelen bij de beantwoording van de vraag of een mededeling als bedoeld in art. 3:317 BW, stuitende werking heeft (vgl. het hiervoor in 3.3 aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 2011).’

De zaak betrof dus de uitleg van een mededeling van de schuldeiser die volgens deze het karakter van een stuiting droeg, omdat hij zich met die verklaring ondubbelzinnig zijn recht op nakoming zou hebben voorbehouden (art. 3:317 lid 1 BW). Nu zou men kunnen betogen dat tot de strekking van de verjaringsregeling behoort dat een schuldenaar zich na voltooiing van de verjaringstermijn ‘veilig’ moet kunnen achten (en dus bijvoorbeeld niet langer bedacht behoeft te zijn op het behoud van bewijsmiddelen) en

37. HR 20 mei 1994, NJ 1993/574, m.nt. A.H.J. Swart.

38. HR 12 januari 2001, LjN AA9429, NJ 2001/157 (*Kuypers/Wijnveen*) en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1119, NJ 2015/221 (*Hamers/Gemeente Dronten*).

39. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382 (*ISG/RBS*).

dat het daarom niet passend is dat een mededeling die in het licht van de feiten en omstandigheden zoals die zich voorafgaand aan de afloop van de verjaringstermijn hadden voorgedaan, niet het karakter van een stuitingshandeling droeg, in verband met *daarna* ingetreden feiten en omstandigheden alsnog als een stuiting zou kunnen worden uitgelegd. Op zichzelf dunkt mij dit betoog overtuigend, maar dit betekent niet dat voor stuitingshandelingen categorisch zou moeten gelden dat het moment waarop de handeling is verricht het peilmoment is voor de uitleg van die handeling. Er bestaat geen bezwaar om gedragingen van de schuldeiser van na de handeling in de uitleg te betrekken, voor zover die gedragingen voor de schuldenaar kenbaar waren voorafgaand aan de afloop van de verjaringstermijn. En er bestaat nimmer bezwaar tegen om gedragingen van de schuldenaar in de uitleg te betrekken, zelfs niet wanneer die gedragingen dateren van na afloop van de verjaringstermijn (de eventuele stuiting weggedacht). Uit die latere gedragingen kan blijken dat de schuldenaar een eerder gedane mededeling van de schuldeiser wel degelijk heeft begrepen als een ondubbelzinnig voorbehoud van diens recht op nakoming. Een beperkte nuance bij de algemene regel dat ook omstandigheden die hebben plaatsgevonden nadat een rechtshandeling is verricht voor de uitleg daarvan medebepalend zijn, volstaat dus: alleen omstandigheden van na het verstrijken van de verjaringstermijn *aan de zijde van de schuldeiser* blijven buiten beschouwing en dan slechts in die zin dat zij niet kunnen bijdragen aan het oordeel dat stuiting heeft plaatsgevonden (en dus wel aan een eventueel tegengesteld oordeel). Deze nuance vinden we niet in het arrest *IGS/RBS*, maar op die nuance kwam het in die zaak (evenmin als in de zaak die ten grondslag lag aan het arrest van 28 oktober 2011 waarnaar de Hoge Raad verwijst⁴⁰) niet aan.⁴¹

2.1.5.2 Dynamische uitleg

Wat tot nu toe over het peilmoment is gezegd, zou men eventueel zo kunnen opvatten dat het verband tussen de totstandkomings- en inhoudsvraag weliswaar meebrengt dat het in beginsel aankomt op de feiten en omstandigheden ten tijde van de totstandkoming, maar dat nadien ingetreden omstandigheden wel een bijrol kunnen spelen, want behulpzaam kunnen zijn bij het reconstrueren van de bedoelingen van partijen ten tijde van de rechtshandeling. Voor een dergelijke opvatting pleit de formulering van twee arresten van de Hoge Raad, namelijk *Groen/Schoevers*⁴² en

40. HR 28 oktober 2011, LJN BQ9063, NJ 2011/503 (*Hellman/TMF*).

41. In de zaak *IGS/RBS* geeft de Hoge Raad niet meer dan een korte aanwijzing voor het hof na cassatie en verwijzing. In de zaak *Hellman/TMF* had het hof de handeling van de schuldeiser aldus uitgelegd dat ze *geen* stuitingshandeling inhield en daarbij ook latere gedragingen betrokken, wat in cassatie in stand blijft.

42. HR 14 november 1997, NJ 1998/149 (*Groen/Schoevers*).

Erdkamp c.s./DLO.⁴³ Beide arresten gaan over de afgrenzing tussen twee categorieën van bijzondere overeenkomsten. In *Groen/Schoevers* was het de vraag of sprake was van een arbeidsovereenkomst dan wel van een opdracht en in *Erdkamp c.s./DLO* was het de vraag of sprake was van huur dan wel pacht. Welk karakter de overeenkomst tussen partijen draagt is uiteraard een kwestie van uitleg. Met kleine variaties in de formulering zegt de Hoge Raad in beide zaken dat bepalend is hetgeen partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan, ‘mede in aanmerking genomen de wijze waarop partijen feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven’.

Dat de opvatting dat het moment van totstandkoming het peilmoment is en de omstandigheden van daarna (slechts) een bijrol spelen, toch niet juist is, springt niet in het oog zolang we een rechtshandeling als een statisch gegeven voorstellen. En in veel procedures is inderdaad niet meer in debat dan de uitleg van die ene rechtshandeling, die op één bepaald moment tot stand kwam. Maar het kan ook heel anders. De rechtspraak laat voorbeelden zien van wat ik ‘dynamische uitleg’ zou willen noemen. Hier gaat het debat niet over dat ene moment, maar over de betekenis van hetgeen zich gedurende langere tijd heeft afgespeeld.

Het gaat hier mijns inziens om een van de belangrijkste (en mogelijk tegelijk ook een van de minst opgemerkte) ontwikkelingen in het uitlegleerstuk van de afgelopen decennia. Vanwege het grote belang is het lonend enigszins uitvoerig een arrest te bespreken waarin deze dynamische uitleg in volle omvang aan de orde is: de zaak *VDE c.s./Fuchs c.s.*⁴⁴

De zaak betreft een geschil tussen dierenartsen in Asten. Vaststaat dat aanvankelijk de verhoudingen zo waren dat één dierenarts, laat ons zeggen de ‘nestor’, de aandelen hield van een B.V., terwijl de andere dierenartsen bij deze B.V. in loondienst waren. In 1987 is de structuur van de samenwerking gewijzigd. De dierenartsen in loondienst hebben ieder een eigen B.V. opgericht en er is een samenwerkingsverband ontstaan tussen de B.V.’s. Vraag: wat is het karakter van dit samenwerkingsverband? Volgens de ene partij in het geding (enkele vennootschappen, hierna gemakshalve aangeduid als ‘Dierenartspraktijk’, met de zoon van de nestor als grootaandeelhouder) werkten de andere dierenartsen sinds 1987 in opdracht van de Dierenartspraktijk; volgens de andere partij, *Fuchs c.s.* (deels natuurlijke deels rechtspersonen), bestond er sinds 1987 een maatschap tussen partijen. Dat er tussen beide kwalificaties (opdracht of maatschap) wezenlijk verschil bestaat, moge duidelijk zijn. Een opdrachtnemer heeft recht op betaling van het overeengekomen loon, althans het op de gebruikelijke wijze berekend loon en bij gebreke daarvan een redelijk loon (art. 7:405 BW). Een

43. HR 31 oktober 2008, *LJN* BF0473, *NJ* 2009/486, m.nt. H.J. Snijders en P.A. Stein (*Erdkamp c.s./DLO*).

44. HR 2 september 2011, *ECLI:NL:HR:2011:BQ3876*, *NJ* 2012/75, m.nt. P. van Schilfgaarde (*VDE c.s./Fuchs c.s.*).

maat heeft aanspraak op zijn aandeel in de winst (art. 7A:1670 BW). Dat wezenlijke onderscheid weerspiegelt zich in de door Fuchs c.s. ingestelde vorderingen, namelijk tot het afleggen van rekening en verantwoording door Dierenartspraktijk en uitbetaling van het winstaandeel van Fuchs c.s. Rechtbank en hof kwamen beide ertoe om aan te nemen dat tussen partijen een maatschap bestond. Volgens de rechtbank bestond de maatschap vanaf 1987, met een wijziging van de partijen bij die maatschap in 1995. Volgens het hof stond niet vast dat in 1987 of in 1995 expliciete afspraken waren gemaakt waaruit bleek dat partijen beoogden een maatschapsovereenkomst te sluiten. Maar op grond van de wijze waarop partijen zich ten opzichte van elkaar hadden gedragen, nam het hof aan dat 'in ieder geval vanaf 1 januari 2000' tussen partijen een maatschap bestond. Dat oordeel was gebaseerd op een uitvoerige analyse van de wijze waarop partijen zich feitelijk tegenover elkaar hadden gedragen. Zo constateerde het hof onder meer dat de aan Fuchs c.s. uitgekeerde bedragen afhankelijk waren van de hoogte van de behaalde winst: was de winst lager, dan ontvingen Fuchs c.s. minder. Een en ander leidde tot toewijzing van een groot deel van de vorderingen van Fuchs c.s.

Dierenartspraktijk stelde beroep in cassatie in. De Hoge Raad verwierp het cassatiemiddel en overwoog daarbij onder meer:

'Onderdeel 1 doet het ten onrechte voorkomen alsof het hof enkel de op 1 januari 2000 bestaande feitelijke situatie heeft gekwalificeerd zonder zich te begeven in de aan de kwalificatievraag voorafgaande vraag of partijen een overeenkomst van maatschap hebben gesloten. Het ziet eraan voorbij dat, temeer waar een schriftelijk contract ontbreekt, de totstandkoming van een overeenkomst, gelijk kennelijk ook de benadering van het hof is geweest, mede kan worden afgeleid uit een tussen partijen op enig moment bestaande feitelijke situatie. Het hof heeft zich daartoe begeven in een beoordeling van de feiten en omstandigheden van het geval. In het bijzonder heeft het hof (...) verschillende verklaringen en gedragingen van partijen in aanmerking genomen en is het nagegaan wat partijen over en weer uit deze verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden, zonder daarbij een of meer specifieke momenten aan te wijzen waarop enige betrokkene zich welbewust als vennoot jegens enige andere betrokkene heeft opgesteld. Gelet op deze beoordeling, ligt in het oordeel dat de tussen partijen op 1 januari 2000 bestaande situatie getypeerd dient te worden als een maatschap (...), besloten het oordeel dat partijen zich jegens elkaar (stilzwijgend) hadden verbonden als vennoten in maatschapsverband samen te werken. Dit oordeel, dat met toepassing van de juiste maatstaf tot stand is gekomen, wordt verder niet (toereikend) op begrijpelijkheid bestreden.'

Op zichzelf is het niet nieuw dat overeenkomsten ook stilzwijgend tot stand kunnen komen, maar de aangehaalde overweging maakt duidelijk hoeveel zekerheden we daarbij tussen haakjes moeten zetten. Niet nodig is dat we een specifiek moment kunnen aanwijzen waarop een van de betrokkenen zich welbewust als vennoot ten opzichte van een van de anderen heeft opgesteld. En overeenkomsten kunnen niet alleen stilzwijgend tot stand komen, maar ook stilzwijgend van inhoud veranderen, alles op grond van de feitelijk tussen partijen bestaande situatie, zoals die zich in de loop der tijd heeft ontwikkeld. Men kan spreken van ‘voortschrijdende Haviltex’, in die zin dat de Haviltex-maatstaf niet eenmaal moet worden toegepast, maar op relevante volgende momenten steeds opnieuw. Dierenartspraktijk had zich erop beroepen dat er in ieder geval aanvankelijk sprake was van overeenkomsten van opdracht. Uit het voorgaande volgt reeds dat dit niet uitsluit dat later alsnog sprake was van maatschap. Wel bracht dit standpunt van Dierenartspraktijk de Hoge Raad tot een nuanceering:

‘Aantekening verdient nog dat, gesteld dat zou moeten worden aangenomen dat tussen enkele van de betrokken partijen aanvankelijk afzonderlijke overeenkomsten van opdracht bestonden, die omstandigheid op zichzelf niet eraan in de weg staat dat de rechtsverhouding tussen partijen verandert zonder dat tussen hen een specifiek daarop gerichte overeenkomst is gesloten. De belangrijke verschillen die tussen na te noemen overeenkomsten bestaan, brengen echter mee dat de motivering van het oordeel van de rechter dat de rechtsverhouding tussen partijen zich heeft ontwikkeld van een overeenkomst van opdracht in een overeenkomst van maatschap, aan hoge eisen moet voldoen. De door het hof aan zijn oordeel gegeven motivering voldoet aan deze eisen.’

Indien we tot het oordeel komen dat de rechtsverhouding tussen partijen van inhoud is veranderd, moeten aan de motivering van dat oordeel dus hogere eisen worden gesteld naarmate het onderscheid in rechtsgevolgen tussen de aanvankelijke rechtsverhouding en de nader tot stand gekomen rechtsverhouding groter is. In het geval van *VDE c.s./Fuchs c.s.* was het verschil in rechtsgevolgen (tussen opdracht en maatschap) inderdaad groot, maar de motivering van het hof voldeed.

Het belang van dynamische uitleg zal duidelijk zijn geworden. De wijze waarop partijen zich in de uitvoeringsfase van een overeenkomst gedragen, kan ertoe leiden dat die overeenkomst van inhoud wijzigt. In wat we ‘duurverhoudingen’ zouden kunnen noemen (dus relaties waarin partijen gedurende langere tijd met elkaar van doen hebben), spreekt dit extra sterk,

omdat daar de uitvoeringsfase zich over vele jaren heen kan uitstrekken.⁴⁵ Niet alleen kan de inhoud van een tot stand gekomen overeenkomst wijziging ondergaan, ook zal waar aanvankelijk geen contractuele gebondenheid bestond, die later alsnog kunnen ontstaan. Het bestaan van een overeenkomst kan immers worden afgeleid uit een feitelijk tussen partijen bestaande situatie. Uitvoeringsfase en totstandkomingsfase lopen hier geheel door elkaar heen.

Het arrest *VDE c.s./Fuchs c.s.* staat niet op zichzelf. Ik duidde hiervoor reeds de arresten *Groen/Schoevers* en *Erdkamp c.s./DLO* aan. In retrospectief ligt in de overwegingen in die arresten volgens welke de wijze waarop partijen feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven bij uitleg mede in aanmerking moet worden genomen, de noodzaak van een voortschrijdende toepassing van de Haviltex-maatstaf reeds besloten.⁴⁶ Aan dezelfde dynamische uitleg gaf de Hoge Raad toepassing in een geval van een verboden concubinaat, daarbij verwijzend naar *VDE c.s./Fuchs c.s.*⁴⁷

Hoewel dynamische uitleg bij uitstek in duurverhoudingen opgeld doet, is zij daar mijns inziens niet toe beperkt. Wanneer bij de uitvoering van een koopovereenkomst tussen partijen discussie ontstaat en zij naar aanleiding daarvan met elkaar over oplossingen spreken, zal dit zijn invloed kunnen hebben op de redelijke verwachtingen van partijen over en weer en dus op de contractsinhoud, bijvoorbeeld wat betreft de eigenschappen van de zaak (art. 7:17 BW).

2.2 Objectiverende uitleg

2.2.1 De CAO-norm

Het zal geen civilist zijn ontgaan: naast de Haviltex-maatstaf is er een CAO-norm. Zoals die term al zegt is die norm ontstaan bij de uitleg van CAO's. Reeds in het eerste arrest waarin de Hoge Raad de norm formuleerde, het arrest *Gerritse/Has* uit 1993,⁴⁸ werd voor de norm een principiële motivering gegeven die nog altijd opgeld doet:

‘De Hoge Raad stelt voorop dat het hier gaat om een bepaling in een CAO. Bij de totstandkoming van een dergelijke overeenkomst zijn

45. Daarbij past dat de Hoge Raad juist voor duurovereenkomsten benadrukt dat het model van aanbod en aanvaarding van art. 6:217 BW niet beslissend is: HR 16 september 2011, *LJN BQ2213*, *NJ* 2011/572, m.nt. M.R. Mok (*Batavus/Vriend*).

46. In HR 16 september 2011, *LJN BQ2213*, *NJ* 2011/572, m.nt. M.R. Mok (*Batavus/Vriend*) kan men met F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Mon. BW, deel B54), 2016/35 eventueel dezelfde dynamische uitleg lezen. De Vries citeert t.a.p. M.H. Whincup: ‘In a dynamic commercial relationship new terms will be added or will supersede older terms.’

47. HR 8 juni 2012, *LJN BV9539*, *NJ* 2012/364.

48. HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173, m.nt. P.A. Stein onder *NJ* 1994/174 (*Gerritse/HAS*).

de individuele werknemers niet betrokken, terwijl de individuele werkgever daarbij betrokken kan, maar niet hoeft te zijn. In het algemeen staan daarom aan de werknemers en werkgever, op wie de overeenkomst van toepassing is, bij het bepalen van inhoud en strekking daarvan geen andere gegevens ter beschikking dan haar tekst en de eventueel daaraan toegevoegde schriftelijke toelichting, die in deze zaak echter ontbreekt. Dit brengt mee dat voor de uitleg van de bepalingen van een CAO, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Heeft de werkgever zelf aan de totstandkoming van de CAO meegewerkt, dan zal hij zijn eventueel daaraan ontleende bijzondere wetenschap te dier zake niet jegens de werknemer kunnen inroepen.'

De vette kop in de Nederlandse Jurisprudentie was uitgesproken ongelukkig: het karakteriseerde het arrest met de woorden 'grammaticale interpretatie'. Het vervolg is welbekend: literatuur en lagere rechtspraak hebben de CAOnorm veelal misverstaan als inderdaad een vorm van grammaticale interpretatie. De formulering van het arrest van de Hoge Raad gaf daartoe welbeschouwd echter geen enkele aanleiding.⁴⁹ Volgens die formulering moesten de bewoordingen van de diverse CAO-bepalingen immers worden gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, waren die bewoordingen alleen *in beginsel* van doorslaggevende betekenis, terwijl het belang van een eventuele schriftelijke toelichting eveneens aan de orde komt (ondanks de omstandigheid dat die toelichting in het besliste geval juist ontbrak). In het arrest *De Heel/Huisman* uit 2002⁵⁰ herhaalde de Hoge Raad de regel van *Gerritse/Has* en voegde daaraan toe:

'Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de CAO, voorzover deze niet uit de CAO-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn ge-

49. Ik durf dit ook daarom zo stellig te zeggen, omdat ik destijds in *NTBR* 1994, afl. 5, p. 112 reeds heb geschreven dat 'objectieve uitleg' iets anders is dan 'grammaticale interpretatie' en dat we de overwegingen van de Hoge Raad niet zo moeten begrijpen dat voor de uitleg van CAO's 'een maatstaf zou gelden, die – niet alleen voor de uitleg van overeenkomsten maar ook voor die van wettelijke bepalingen – reeds sinds lang als onkritisch en ondeugdelijk is verworpen.' In vergelijkbare zin onder meer A-G Bakels in zijn conclusie voor HR 26 mei 2000, *LJN* AA5961, *NJ* 2000/473 (*ANF/Industriebond FNV*) die naar aanleiding van de opvatting in de literatuur als zou de Hoge Raad voor CAO's de grammaticale interpretatiemethode hebben aanvaard, zegt: 'Ik geloof daar niets van. Het volgt ten eerste niet uit de strekking van de arresten en ten tweede niet uit hun bewoordingen.'

50. HR 31 mei 2002, *LJN* AE2376, *NJ* 2003/110, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder *NJ* 2003/111 (*De Heel/Huisman*).

steld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.⁵¹

Daarmee was nu overvloedig duidelijk wat de Hoge Raad op het oog had: een objectieve uitleg van CAO-bepalingen, waarbij behalve de tekst van de bepaling ook de context volop in de beoordeling moet worden betrokken, maar niet voor zover die context niet objectief kenbaar is. Een openbare toelichting op de CAO doet dus mee, evenals de elders in de CAO gebruikte formuleringen en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe een bepaalde uitleg zou leiden. Bij dit laatste zal ook op de fiscale of sociaal-rechtelijke context van in de CAO neergelegde afspraken acht mogen worden geslagen. Het gaat dus duidelijk om veel meer dan de tekst alleen. De context moet in de uitleg worden betrokken, maar *niet* voor zover het gaat om bijzondere wetenschap van iemand die toevallig zelf aan de totstandkoming van de CAO heeft meegewerkt. Kort gezegd: de ‘objectieve context’ doet mee, maar de ‘subjectieve’ niet.

De CAO-norm is afwijkend ten opzichte van de Haviltex-norm omdat ze een beperking aanbrengt in de bij uitleg in aanmerking te nemen context. Wanneer we denken aan hetgeen onder par. 2.1.4 is gezegd over het consensualisme, realiseren we ons dat er bij CAO’s nóg iets aan de hand is. Waar in geval van een vormvrije rechtshandeling de schriftelijke tekst niet het eigenlijke voorwerp van uitleg is, is ze dat in geval van een CAO wel. Een CAO wordt immers aangegaan bij een authentieke of onderhandse akte (art. 3 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst).

2.2.2 *DSM/Fox*

In de zaak *DSM/Fox*⁵² had de rechtbank onomwonden gekozen voor een grammaticale uitleg van de CAO waar het in die zaak om ging. De Hoge Raad had het kort kunnen houden en zich kunnen beperken tot het herhalen van wat reeds eerder was uitgemaakt. In plaats daarvan pakt de Raad groot uit. Gelet op het uitzonderlijke belang van dit arrest citeer ik ruim.

‘4.1 (...) Alvorens het middel te bespreken, ziet de Hoge Raad aanleiding de volgende inleidende opmerkingen te maken.’

51. Opvallend is de woordelijke overeenstemming met de formulering van A-G Bakels, aangehaald in noot 49. Ook in de zaak *De Heel/Huisman* concludeerde Bakels en wel in dezelfde zin.

52. HR 29 februari 2004, *IJN* AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

Eerst zet de Hoge Raad de Haviltex- en de CAO-norm neer:

‘4.2 In zijn arrest van 13 maart 1981, nr. 11647, NJ 1981, 635 (Haviltex) heeft de Hoge Raad – daarmee voortbouwend op oudere rechtspraak over de uitleg van overeenkomsten – overwogen dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (hierna ook: de Haviltex-norm). Bij deze uitleg dient de rechter rekening te houden met alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval; het Haviltexarrest bevat tevens een reeks bij die uitleg in aanmerking te nemen gezichtspunten, welke reeks in latere arresten verder is uitgewerkt.

4.3 In zijn arresten van 17 september 1993, nr. 15064, NJ 1994, 173 en 24 september 1993, nr. 15078, NJ 1994, 174, heeft de Hoge Raad echter ten aanzien van de uitleg van de bepalingen van een CAO een anders geformuleerde norm aanvaard: voor die uitleg zijn de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis (hierna ook: de CAO-norm).

De CAO-norm is ook toegepast op andere geschriften waarin een overeenkomst of een andere regeling is vastgelegd die naar haar aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst/regeling, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor die derden niet kenbaar is, zoals de uitleg van een sociaal plan dat niet zelf een CAO is (HR 26 mei 2000, nr. C 98/318, NJ 2000, 473), een trustakte bij een obligatielening (HR 23 maart 2001, nr. C 99/054, NJ 2003, 715) en het Bindend Besluit Regres 1984 (HR 16 mei 2003, nr. C 01/250, NJ 2003, 470).’

En dan komt een verrassend en zeer principieel vervolg:

‘4.4 Tussen de Haviltex-norm en de CAO-norm bestaat geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang.

Enerzijds heeft ook bij toepassing van de Haviltex-norm te gelden dat, indien de inhoud van een overeenkomst in een geschrift is vastgelegd – nog afgezien van het bepaalde in art. 3:36 BW in de verhouding tot derden – de argumenten voor een uitleg van dat

geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen in de mate waarin de daarin belichaamde overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen. Anderzijds leidt de CAO-norm niet tot een louter taalkundige uitleg; in het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 2002, nr. C00/186, NJ 2003, 110, is de hiervoor in 4.3 aangehaalde rechtspraak in die zin verduidelijkt dat hier sprake is van een uitleg naar objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. In het zojuist aangehaalde arrest is voorts nog beslist dat ook de bewoordingen van de eventueel bij de CAO behorende schriftelijke toelichting bij de uitleg van de CAO moeten worden betrokken. In een latere uitspraak (HR 28 juni 2002, nr. C01/012, NJ 2003, 111) werd geoordeeld dat, indien de bedoeling van de partijen bij de CAO naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, ook daaraan bij de uitleg betekenis kan worden toegekend.

4.5 De hiervoor in 4.2-4.4 weergegeven rechtspraak heeft als gemeenschappelijke grondslag dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Ten behoeve van de werkbaarheid voor de praktijk en van de toetsbaarheid van het rechterlijk oordeel in cassatie, heeft de Hoge Raad een uitwerking van die vage norm gegeven voor de boven aangegeven, in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende, typen van gevallen. In deze typologie heeft de CAO-norm betrekking op geschriften en verhoudingen waarvan de aard meebrengt dat bij die uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan.

Opmerking verdient ten slotte dat zowel aan de CAO-norm als aan de Haviltex-norm de gedachte ten grondslag ligt dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als ge-

heel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.’

Tussen de Haviltex-norm en de CAO-norm bestaat niet meer dan een vloeiende overgang. Klopt dat? Dat doet het in ieder geval in zoverre dat het onderscheid tussen beide normen veel kleiner is dan aanvankelijk gedacht. Ook de CAO-norm leidt allerm minst tot grammaticale interpretatie. En ook bij toepassing van de Haviltex-norm kan er aanleiding bestaan om bij de waardering van de omstandigheden van het geval de nadruk te leggen op wat objectief kenbaar is. In een ander opzicht moeten we de vloeiende overgang echter met een korrel zout nemen: bij de CAO-norm blijft de subjectieve context (dus datgene wat alleen kenbaar is voor hen die aan de onderhandelingstafel hebben gezeten) principieel buiten beschouwing, terwijl bij de toepassing van de Haviltex-norm die subjectieve context altijd mede van belang is, ook al weegt ze in sommige gevallen (veel) minder zwaar dan hetgeen ook voor derden kenbaar is. Wat bij de Haviltex-norm een kwestie is van meer of minder, is bij de CAO-norm een kwestie van wel of niet. Ik geef toe dat de Hoge Raad zegt dat het bij de CAO-norm gaat om *in beginsel* objectieve maatstaven. Dat ‘in beginsel’ lijkt ruimte te scheppen. Zou die ruimte echter worden benut om bij de toepassing van de CAO-norm bijzondere kennis bij werkgever of werknemer van het onderhandelingstraject bij uitzondering tóch niet buiten beschouwing te laten, dan gaat spoedig verloren waar het bij de CAO-norm om te doen is: een uniforme uitleg van de CAO. Met uitzonderingen op het beginsel zullen we daarom heel zuinig moeten zijn.

Geheel uit te sluiten zijn zulke uitzonderingen intussen niet, zoals in het verbintenissenrecht niets absoluut is. Met name valt te denken aan het geval dat een partij die heel goed weet wat de bedoeling was, zich te kwader trouw op de ongelukkige formulering van de CAO (of andere regeling) beroept, terwijl het belang van uniforme toepassing in concreto geen gevaar loopt.⁵³

2.2.3 Objectiveren binnen Haviltex

Wat het arrest *DSM/Fox* ons heeft gebracht is het inzicht dat er bij toepassing van de Haviltex-maatstaf reden kan zijn om de nadruk te leggen op hetgeen

53. Vergelijk de conclusie van A-G Timmerman van 9 september 2016 in de zaak met nummer 15/03022 (*FNV c.s./Condor*), nog niet gepubliceerd. De zaak betreft een sociaal plan en dus één werkgever.

objectief kenbaar is.⁵⁴ Dat is winst. Die winst wordt door Hartkamp & Sieburgh als volgt omschreven:⁵⁵

‘Aan de hand van een verdichting of verdunning van omstandigheden die rechtvaardigen dat aan de objectieve respectievelijk subjectieve aanknopingspunten meer gewicht wordt toegekend, wordt een genuanceerde uitlegmethode verkregen, waarbij de gezichtspunten die in de toe te passen maatstaf betrokken moeten worden en de daarmee verkregen resultaten vloeiend in elkaar overlopen.’

Natuurlijk is er een schaduwkant: het is allemaal wel heel erg subtiel. Maar een overwegend bezwaar dunkt mij dat toch niet.⁵⁶ Omdat voor uitleg alle omstandigheden van het geval in beginsel van belang zijn, is subtiliteit bij de afweging van alle aan die omstandigheden te ontleen gezichtspunten nu eenmaal onvermijdelijk. Het arrest *DSM/Fox* biedt ons juist een handvat bij de keuzes die we daarbij dienen te maken. Toepassingen van ‘geobjectiverde Haviltex’ in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn er verschillende.⁵⁷

Dat bij geobjectiverde Haviltex de subjectieve bedoeling van de opstellers van een beding niet steeds buiten beschouwing blijft (anders dan bij toepassing van de CAO-norm) laat het arrest *NBA/Meerhuysen*⁵⁸ ons duidelijk zien. Het betrof de uitleg van een kettingsbeding in veilingvoorwaarden. Als uitgangspunt bij de uitleg van het beding koos de Hoge Raad voor ‘toespitsing van de Haviltex-norm op een geobjectiverde maatstaf’. Dit leidde volgens de Hoge Raad tot het volgende:

‘Eerzijds mag de koper op een veiling als deze voor de vaststelling van de betekenis van het beding aan de bewoordingen van het beding, gelezen in het licht van de gehele inhoud van de veilingvoorwaarden, in beginsel doorslaggevend gewicht toekennen.

Anderzijds echter kunnen de concrete omstandigheden van het geval, waaronder met name de inhoud van de veilingvoorwaarden, meebrengen dat van degenen die voornemens is aan de veiling als koper

54. Over voorlopers van deze leer: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/373, onder verwijzing naar HR 21 april 1995, *LJN* ZC1704, *NJ* 1996/652, m.nt. W.M. Kleijn (*Eemswater c.s./Curatoren*) en HR 29 juni 2001, *LJN* AB2435, *NJ* 2001/662, m.nt. W.M. Kleijn.

55. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/373.

56. Voor wie dat opvalt: hiermee kom ik terug van mijn kritische opmerkingen naar aanleiding van het hierna te bespreken arrest *NBA/Meerhuysen* in *Rechtshandeling en Overeenkomst* 2016/266a. Ik zie nog steeds nadelen (zoals die er steeds zijn wanneer juristen nuances op nuances stapelen), maar bij nader inzien lijken me die niet te vermijden.

57. HR 23 december 2005, *LJN* AU2414, *NJ* 2010/62, m.nt. M.H. Wissink (*De Rooij/Van Olphen*), het hierna te bespreken arrest *NBA/Meerhuysen* en HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Intergamma*).

58. HR 2 februari 2007, *LJN* AZ4410, *NJ* 2008/104, m.nt. C.E. du Perron (*NBA/Meerhuysen*).

deel te nemen, kan worden gevegd dat hij zich door onderzoek nader op de hoogte stelt van de betekenis die naar de bedoeling van de opstellers ervan aan het beding moet worden toegekend, bij gebreke waarvan hij die bedoeling, ook als die van de bewoordingen van het beding afwijkt, tegen zich moet laten gelden. Zodanige omstandigheden kunnen zijn: onduidelijkheden in de tekst van het beding en vragen die het beding reeds bij eerste lezing aangaande de achterliggende bedoeling van de opstellers ervan oproept, mede in aanmerking genomen de bezwarendheid van het beding voor de verkrijger van de te veilen zaak. In verband hiermee kunnen de kennis, ervaring en deskundigheid van de aspirant-veilingkoper een rol spelen bij het antwoord op de vraag wat van hem terzake mag worden verwacht. Een andere omstandigheid kan zijn dat het beding is opgenomen ten behoeve van iemand die bij de executie geen partij is en dus in zoverre ten opzichte van de veilingkoper als derde moet worden beschouwd.’

Via een onderzoeksplicht is hier hetgeen wat in principe voor derden niet kenbaar is, dus toch wel degelijk relevant, ondanks het gekozen uitgangspunt van een toespitsing van de Haviltex-norm op een geobjectieeerde maatstaf. Daarmee is duidelijk gedemonstreerd dat we bij geobjectieeerde Haviltex niet van doen hebben met een *uitsluiting* van de subjectieve context, anders dan bij de CAO-norm (ook al geldt die ook daar niet absoluut, maar ‘in beginsel’).

2.2.4 De aanvullende rol van art. 3:36 BW

In *DSM/Fox*⁵⁹ komt in een tussenzin art. 3:36 BW aan de orde: ‘nog afgezien van het bepaalde in art. 3:36 BW in de verhouding tot derden’. Dat is met alle reden. Art. 3:36 BW speelt ten opzichte van uitleg namelijk een belangrijke aanvullende rol. Dat geldt niet alleen in die gevallen waarin de Haviltex-maatstaf zuiver subjectief behoort te worden toegepast (waarbij art. 3:36 BW er dan voor zorgt dat in voorkomende gevallen derden toch kunnen worden beschermd), maar ook die waarin ‘binnen’ die maatstaf objectivering plaatsvindt. Die objectivering betekent immers niet dat de objectieve uitlegfactoren stééds het zwaarste zullen wegen; uit de voorgaande paragrafen is dat voldoende duidelijk.

De aanvullende rol van art. 3:36 BW betekent niet dat eenvoudig met de ene hand wordt gegeven wat eerst met de andere was genomen.

In de eerste plaats is de drempel voor de toepassing van art. 3:36 BW hoog: derden genieten niet reeds bescherming als sprake is van rechtsschijn, zij moeten ook voortbouwend op die schijn hebben gehandeld. Het is dus niet

59. HR 29 februari 2004, *LJN* AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

voldoende dat achteraf wordt bedacht waarom de inhoud van de rechtshandeling anders scheen; de derde moet kunnen volhouden dat hij *reeds destijds* zijn doen of laten op die schijn had afgestemd (de schijn was dus ‘conditio sine qua non’ voor wat hij deed of liet).

In de tweede plaats is de bescherming van art. 3:36 BW relatief: zij kan worden ingeroepen tegen de persoon of personen die de schijn in het leven hebben geroepen, maar meer ook niet. Dit betekent dus dat toepassing van art. 3:36 BW niet leidt tot een andere uitleg van de rechtshandeling tussen de (eigenlijke) partijen, maar slechts dat op die uitleg ten opzichte van de derde geen beroep kan worden gedaan door de partij of partijen die de schijn in het leven hebben geroepen.⁶⁰ Aldus biedt art. 3:36 BW een aantrekkelijke techniek om te differentiëren tussen hetgeen tussen partijen op grond van uitleg geldt en wat tussen enerzijds een of beide partijen en anderzijds de derde op grond van art. 3:36 BW geldt. Hierna zullen we zien dat soms ook *binnen* het uitlegleerstuk wordt gedifferentieerd, met eveneens als gevolg dat tussen partijen iets anders geldt dan ten opzichte van derden.⁶¹

2.3 Variaties op grond van de totstandkomingscontext

2.3.1 Het belang van de totstandkomingscontext

Uiteraard is de wijze waarop een rechtshandeling tot stand komt, in het algemeen van grote betekenis voor de uitleg ervan. Aan de totstandkomingscontext behoort dus steeds aandacht te worden besteed, in de eerste plaats door partijen en in geval van een geschil ook door de advocaten van partijen en de rechter. Dat is slechts anders bij toepassing van de CAO-norm,⁶² voor zover de totstandkomingscontext niet objectief kenbaar is.

Onder par. 2.3.2-2.3.4 komen enkele bijzondere gevalstypen aan de orde die met de totstandkomingscontext in verband staan. Uiteraard is volledigheid niet bereikbaar, principieel niet, maar ook niet vanwege het belang van een dragelijke omvang van dit preadvies (en trouwens ook vanwege de beperkingen van de auteur daarvan).

60. Vergelijk ook wat onder par. 2.4.2.2 wordt gezegd over de rol van art. 3:36 BW in geval van derdenbedingen náást die van art. 3:35 BW. Voor de kenmerken van de regel van art. 3:36 BW in algemene zin, vergelijk W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst* 2016/49.

61. Zie onder par. 2.4.3.3 e.v.

62. Of een vergelijkbare norm, bijvoorbeeld die voor de uitleg van een notariële akte van levering van een onroerende zaak of vestiging van een beperkt recht op een onroerende zaak. Zie onder par. 2.4.3.1.

2.3.2 Onderhandelen door tussenpersonen

In veel gevallen laat een partij het onderhandelen over de inhoud van een af te sluiten overeenkomst (of van een andere te verrichten rechtshandeling) geheel of gedeeltelijk over aan een ander. Die ander kan een werknemer zijn, maar noodzakelijk is dat allerm minst. Laten wij hem aanduiden als ‘tussenpersoon’ en de partij zelf als ‘achterman’.

De tussenpersoon kan de achterman bij de totstandkoming van de rechtshandeling vertegenwoordigen, maar ook dat behoeft niet het geval te zijn. Heel vaak laat de achterman (of dat nu een rechtspersoon is of een natuurlijke persoon) weliswaar het onderhandelen over de inhoud van de rechtshandeling aan de tussenpersoon over, maar behoudt hij de beslissing om met het onderhandelingsresultaat al dan niet genoeg te nemen, aan zichzelf. Denk aan de eigenaar van een onroerende zaak die het onderhandelen met een aspirant-koper aan zijn makelaar overlaat, maar zonder dat de makelaar een volmacht heeft. De makelaar moet met het onderhandelingsresultaat terug naar de eigenaar, en ook als de eigenaar akkoord is en de makelaar die boodschap in opdracht van de verkoper aan de koper overbrengt, is de makelaar nog steeds geen vertegenwoordiger in de eigenlijke zin van het woord, maar een bode (art. 3:37 lid 4 BW).⁶³ Op wiens verklaringen en gedragingen moet nu in een dergelijk geval bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf worden gelet en op wiens verwachtingen komt het aan, op die van de tussenpersoon of van de achterman, of eventueel van beiden?

Voor het geval dat de tussenpersoon wél gevolmachtigde is, geeft art. 3:66 lid 2 BW een regel, die wel als de ‘leer van het grootste aandeel’ wordt aangeduid:⁶⁴

‘Voor zover het al of niet aanwezig zijn van een wil of van wilsgebreken, alsmede bekendheid of onbekendheid met feiten van belang zijn voor de geldigheid of de gevolgen van een rechtshandeling, komen ter beoordeling daarvan de volmachtgever of de gevolmachtigde of beiden in aanmerking, al naar gelang het aandeel dat ieder van hen heeft gehad in de totstandkoming van de rechtshandeling en in de bepaling van haar inhoud.’

Het antwoord op de gestelde vraag hangt dus van de omstandigheden van het geval af en in het bijzonder van het aandeel van de tussenpersoon en achterman in de totstandkoming en inhoud van de rechtshandeling (zo zou ik de regel van art. 3:66 lid 2 BW willen opvatten, dus met bedoeld

63. Vergelijk HR 26 juni 2009, *IJN* BH9284, *NJ* 2010/664, m.nt. Jac. Hijma (*Wiggers/Makelaardij Sneek*).

64. Bijv. Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht* 2014/4.77.

aandeel als belangrijke factor, maar niet met uitsluiting van andere omstandigheden van het geval).

Geldt nu wat anders indien de tussenpersoon geen gevolmachtigde is? Daarvoor lijkt geen aanleiding. Ook als de tussenpersoon geen vertegenwoordiger is, geldt dat de wederpartij veelal uitsluitend of vrijwel uitsluitend met de tussenpersoon heeft gecommuniceerd, conform de keuze van de achterman. In het arrest *Van den Berg c.s./Hendriks*⁶⁵ herhaalt de Hoge Raad de Haviltex-maatstaf en vervolgt dan:

‘Indien voor een der partijen een deskundige tussenpersoon optrad, zal daarbij moeten worden uitgegaan van hetgeen zich tussen deze en de andere partij heeft afgespeeld en zal in het bijzonder moeten worden gelet op hetgeen die partij uit de verklaringen en gedragingen van die tussenpersoon heeft afgeleid en heeft mogen afleiden.’

Ik zou deze overweging willen opvatten in harmonie met de leer van het grootste aandeel en leg graag de nadruk op de woorden ‘in het bijzonder’, welke woorden impliceren dat hetgeen zich eventueel mede tussen de andere partij en de achterman heeft afgespeeld, óók van belang is, terwijl toerekening van de door de tussenpersoon gewekte verwachtingen aan de achterman ook overigens niet stééds op zijn plaats zal zijn. De zaak betrof, kort gezegd, een verkopend makelaar en de gewone gang van zaken bij de verkoop van woningen is welbekend: de koper ontmoet doorgaans tot het moment van het ondertekenen van de koopakte de verkoper niet en heeft ook anderszins geen contact met hem, terwijl bovendien de makelaar vrijwel steeds de leiding neemt bij het formuleren van de contractsbepalingen. In die context past de beperkte focus van de aangehaalde overweging. Dat inderdaad de focus niet steeds uitsluitend op de tussenpersoon ligt, blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot assurantie-tussenpersonen.⁶⁶ Volgens die rechtspraak hangt het antwoord op de vraag of wetenschap omtrent de bedoeling van de verzekeraar bij een door de wederpartij ingeschakelde tussenpersoon aan die wederpartij kan worden toegerekend ‘in beginsel af van de omstandigheden van het geval’.⁶⁷ Te wijzen valt ook op het welbekende arrest *Bunde/Erckens*,⁶⁸ volgens welke bij de uitleg⁶⁹ van een voor misverstand vatbare uitdrukking een rol kán spelen

65. HR 27 januari 1989, NJ 1989/816, m.nt. M.M. Mendel (*Van den Berg c.s./Hendriks*).

66. Onder meer HR 10 december 1993, NJ 1994/686, m.nt. M.M. Mendel (*Fraser/Bruinisse*). Vergelijk de noot van Mendel voor voorafgaande rechtspraak in dezelfde zin.

67. Dat geldt niet alleen voor toerekening aan de verzekeringnemer, maar ook voor toerekening aan de verzekeraar van wetenschap van de door déze ingeschakelde persoon (een keuringsarts): HR 16 mei 1986, NJ 1986/638 (*Koppers/WUH*).

68. HR 17 december 1976, NJ 1977/241, m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens c.s.*).

69. Het arrest zelf spreekt over de totstandkomingsvraag, maar zoals onder par. 2.1.2.1 toegelicht, geldt geheel hetzelfde voor de uitlegvraag.

(dus naast andere omstandigheden) of een partij zich had voorzien van deskundige bijstand.

Dat strakke regels hier geen opgeld doen, behoeft niet te verrassen. We bevinden ons hier op het lastige terrein van de toerekening van verklaringen en wetenschap. In de dagelijkse praktijk zijn zoveel variaties mogelijk, dat strakke regels zowel nauwelijks mogelijk als onwenselijk zijn.

2.3.3 De uitonderhandelde contracttekst in commerciële verhoudingen

2.3.3.1 *Eigen maatstaf wenselijk?*

In de literatuur is er een stroming die bepleit dat de omstandigheid dat tussen partijen langdurig en diepgaand over de schriftelijke tekst van een overeenkomst is onderhandeld, tot een andere aanpak van uitlegvragen behoort te leiden, of zelfs dat uitleg in zulke gevallen aan de hand van een andere maatstaf behoort plaats te vinden dan de *Haviltex*-norm. Vaak beperkt men dat standpunt tot commerciële verhoudingen, in de veronderstelling dat commerciële partijen, kort gezegd, voor zichzelf kunnen zorgen en meer belang hebben bij rechtszekerheid dan bij billijkheid.⁷⁰ Veelal bepleit men een min of meer grammaticale uitleg van de overeenkomst, althans een uitleg waarbij feiten en omstandigheden die niet uit de tekst van de overeenkomst blijken, in beginsel buiten beeld blijven.

De gedachte dat naarmate aan de tekst van een overeenkomst door partijen meer aandacht is besteed, die tekst bij de uitleg van de overeenkomst ook een grotere rol behoort te spelen, is uiteraard volkomen juist. Maar betekent dit ook dat een andere maatstaf van toepassing zou moeten zijn, of althans dat een andere aanpak van uitlegvragen aangewezen is?

Laat ik beginnen met vast te stellen dat het *Haviltex*-arrest de vraag tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht als een gezichtspunt benoemt; hetzelfde doet het arrest *Bunde/Erckens* met betrekking tot de vraag of een partij zich van deskundige bijstand had voorzien. Ook de over-en-weer-maatstaf als zodanig biedt meer dan voldoende aanknopingspunten om er rekening mee te houden dat een uitonderhandelde contracttekst voorligt: omdat er zo intensief en deskundig over de tekst is onderhandeld, behoorde partijen hun verwachtingen over en weer vooral op die tekst af te stemmen. Wat zou een eigen maatstaf voor uitonderhandelde contracten hieraan nog kunnen toevoegen? Meer zekerheid, bijvoorbeeld doordat die maatstaf zegt dat uitlegargumenten die niet aan de tekst van de overeen-

70. Bijv. R.P.J.L. Tjittes, 'Enige opmerkingen over de beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid in het ondernemerscontractenrecht', *Contracteren* 2001, p. 32 en H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contracten', *NTBR* 2008, p. 150 e.v.

komst zijn ontleend, in beginsel geheel buiten beschouwing blijven? (Bij toepassing van de Haviltex-maatstaf is dit uiteraard niet ‘bereikbaar’.) Mijns inziens zou een eigen uitlegmaatstaf voor uitonderhandelde overeenkomsten diverse bezwaren hebben. Twee daarvan zijn mijns inziens zwaarwegend.

In de eerste plaats is de keerzijde van de extra zekerheid die een bijzondere maatstaf kan bieden onvermijdelijke starheid in atypische gevallen. En hoe atypisch is eigenlijk het geval dat ‘de juristen’ over een ongelukkige formulering niet (langer) mochten piepen, omdat ‘de commerciële mensen’ (die het in het algemeen voor het zeggen hebben) haast hadden of de verhoudingen wilden sparen en op een goede afloop vertrouwden? Waarom zou de tekst in een dergelijk geval *a priori* doorslaggevend behoren te zijn, zonder te vragen naar de gronden voor het vertrouwen op die goede afloop? In de tweede plaats staat tegenover de zekerheid die een bijzondere maatstaf zou kunnen bieden, onvermijdelijk ónzeekerheid over de vraag op welke gevallen die bijzondere maatstaf van toepassing is. Uitonderhandelde contracten zijn er immers in allerlei soorten en maten: is drie uur onderhandelen over 25 velletjes A4 intensief genoeg, althans in combinatie met x e-mails, en is de deelname aan die onderhandelingen door één bedrijfsjurist of advocaat met drie jaar ervaring wel of niet voldoende? Het formuleren van een eenduidig criterium voor wat wel of niet onder de bijzondere maatstaf behoort te vallen, is dunkt mij niet goed mogelijk.⁷¹

2.3.3.2 Steun voor eigen maatstaf in de rechtspraak van de Hoge Raad?

In het licht van de zojuist benoemde bezwaren is het mijns inziens volkomen terecht dat de Hoge Raad heeft geweigerd om een bijzondere maatstaf voor uitonderhandelde commerciële contracten te aanvaarden. Die bijzondere maatstaf hebben sommigen⁷² willen lezen in de arresten *Meyer Europe/PontMeyer*,⁷³ *Derksen/Homburg*⁷⁴ en *Melfund/Wagram*,⁷⁵ maar zonder grond. Wat de Hoge Raad in die zaken toestond was dat de rechter die over de feiten oordeelt in verband met de aard van de overeenkomst en de wijze van totstandkoming een voorlopig oordeel omtrent uitleg baseert op de

-
71. In vergelijkbare zin M.H. Wissink, ‘Vertrouwen op tekstuele uitleg’, *ORP* 2012, afl. 5, p. 29.
 72. Bijv. R.P.J.L. Tjittes in zijn annotaties van *Meyer Europe/PontMeyer* en *Derksen/Homburg*: *JOR* 2007/166 en *JOR* 2007/198. In zijn monografie *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, is hij reeds voorzichtiger, al spreekt hij ook daar op p. 27 nog van een ‘in beginsel grammaticale uitleg van zorgvuldig tot stand gekomen commerciële contracten’. Dat is zeker onhoudbaar in het licht van het hierna te bespreken arrest *Lundiform/Mexx*, maar dat was het mijns inziens vanaf het begin.
 73. HR 19 januari 2007, *LJN* AZ3178, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*).
 74. HR 29 juni 2007, *LJN* BA4909, *NJ* 2007/576, m.nt. M.H. Wissink (*Derksen/Homburg*).
 75. HR 29 juni 2012, *LJN* BW1981, *RvdW* 2012/924 (*Melfund/Wagram*).

tekst van de overeenkomst, *vooralsnog* zonder een inhoudelijke beoordeling van de overige stellingen van partijen, om vervolgens de vraag onder ogen te zien of er reden is om aan de partij die voorlopig ongelijk krijgt, bewijs of tegenbewijs op te dragen. Maar daarmee is geen andere maatstaf geboren, want na eventuele bewijslevering dient de rechter bij zijn definitieve oordeel alsnog alle omstandigheden van het geval te betrekken (voor zover die zijn komen vast te staan). Ook is geen sprake van een omkering van de bewijslast; het voorlopige oordeel omtrent uitleg verandert niets aan de verdeling van de bewijslast (in de zin van het bewijsrisico). Is het voorlopige oordeel in het nadeel van de partij die volgens de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast draagt,⁷⁶ dan behoort aan deze partij bewijs te worden opgedragen (als zij een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan), wat dus niets bijzonders is. Is dat voorlopige oordeel in het nadeel van de partij die volgens die hoofdregel juist *niet* de bewijslast draagt, dan behoort aan deze partij tegenbewijs te worden opgedragen (en dus niet het bewijs van het tegendeel). Het eerste (bewijs volgens de hoofdregel van art. 150 Rv) was aan de orde in *Derksen/Homburg*, het tweede (tegenbewijs overeenkomstig dezelfde hoofdregel) in *Meyer Europe/PontMeyer* en *Melfund/Wagram*.

2.3.3.3 *Lundiform/Mexx*

Dat inderdaad geen sprake is van een andere uitlegmaatstaf dan *Haviltex*, is zo mogelijk nog duidelijker in het arrest *Lundiform/Mexx*.⁷⁷ Het arrest maakt ons bovendien nog meer duidelijk en verdient dus een enigszins uitvoerige bespreking.

Het hof had voor de uitleg van de overeenkomst tussen partijen als uitgangspunt gekozen dat aan de taalkundige betekenis van de gekozen bevoordingen van de overeenkomst grote betekenis toekwam, omdat het om een commerciële overeenkomst ging, gesloten tussen professioneel opererende partijen die over de inhoud van de overeenkomst hadden onderhandeld, terwijl de overeenkomst ertoe strekte de wederzijdse rechten en verplichtingen nauwkeurig vast te leggen. *Lundiform* richtte daartegen in cassatie een motiveringsklacht en beriep zich daarbij op haar stellingen in de feitelijke instanties, volgens welk in het geheel niet over het in geschil zijnde beding was onderhandeld, zij geen bijstand van een jurist had gehad en de overeenkomst een ‘modelcontract’ betrof, opgesteld door het ‘legal department’ van *Mexx*. De Hoge Raad overwoog:

‘Indien deze stellingen juist zijn, vervalt daarmee de door het hof genoemde reden om bij de uitleg van de overeenkomst groot gewicht

76. Voor de vraag welke partij dit is, zie hierna onder par. 4.1.2.

77. HR 5 april 2013, LjN BY8108, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

toe te kennen aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen.’

Lundiform had bovendien diverse concrete feiten en omstandigheden aangevoerd die pleitten voor een andere uitleg dan uit de enkele tekst van de overeenkomst zou kunnen volgen. Het hof was daarop niet ingegaan. Dat was volgens de Hoge Raad fout, óók als het uitgangspunt van het hof dat aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen grote betekenis toekwam, wél juist zou zijn geweest:

‘Ook indien bij de uitleg van een overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, kunnen de overige omstandigheden van het geval meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht. Beslissend blijft immers de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.’

De boodschap is duidelijk: als sprake is van een uitonderhandeld contract (dat was in *Lundiform/Mexx* geen uitgemaakte zaak, zie hiervoor) mag op zichzelf, zoals het hof had gedaan, groot gewicht worden gehecht aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, maar ook dan blijft de maatstaf Haviltex en dus kunnen de overige omstandigheden alsnog tot een andere uitleg leiden.⁷⁸

Naar aanleiding van een andere cassatieklacht, gericht tegen het passeren door het hof van het bewijsaanbod van Lundiform, verhelderde de Hoge Raad het karakter van het voorlopige oordeel op basis van de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de bewoordingen van de overeenkomst:

‘De in 3.4.2 genoemde vrijheid om als uitgangspunt groot gewicht toe te kennen aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de omstreden woorden van de overeenkomst, stelt de rechter in staat om, vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de stellingen van partijen, te komen tot een voorshands gegeven

78. Vergelijk in dit verband ook HR 4 juni 2010, *LJN* BL9546, *NJ* 2010/312 (*Euroland c.s./Gilde c.s.*), waarin de Hoge Raad als feitenrechter een overeenkomst uitlegt in het kader van de beoordeling van de ontvankelijkheid van het cassatieberoep. Daarbij komt volgens de Hoge Raad aan de gebruikelijke betekenis van de in de overeenkomst gebruikte bewoordingen ‘groot gewicht’ toe op grond van de volgende bijzonderheden: de overeenkomst is gesloten tussen twee professionele partijen, heeft betrekking op een zuiver commerciële transactie, is tijdens de behandeling van een met de bodemprocedure samenhangend kort geding opgesteld door de voorzieningenrechter en is mede ondertekend door de advocaten van beide partijen.

oordeel aangaande de uitleg van de overeenkomst. Vervolgens zal de rechter evenwel dienen te beoordelen of de partij die een andere uitleg van de overeenkomst verdedigt, voldoende heeft gesteld om tot bewijs dan wel tegenbewijs te worden toegelaten. Indien dit laatste het geval is, is de rechter gehouden deze partij in de gelegenheid te stellen dit (tegen)bewijs te leveren (vgl. HR 19 januari 2007, LJN AZ3178, NJ 2007/575, en HR 29 juni 2007, LJN BA4909, NJ 2007/576).’

De Hoge Raad spreekt van een ‘vrijheid’. Het mag dus ook anders. Mij dunkt dat er veel overeenkomsten zijn tussen een voorlopig oordeel over uitleg en een voorlopig oordeel over bewijs.

Het voorlopige bewijsoordeel is een welbekende figuur:⁷⁹ op grond van het in het dossier voorhanden schriftelijk bewijs oordeelt de rechter bij tussenvonnis het bewijs voorshands geleverd en hij draagt aan de partij die hij met dit voorlopige bewijsoordeel op achterstand plaatst tegenbewijs op. Verplicht tot deze aanpak is de rechter niet. Hij kan zich wat betreft de overtuigingskracht van de in het dossier begrepen schriftelijke bewijsmiddelen bij gelegenheid van zijn tussenvonnis ook op de vlakte houden, om die bewijsmiddelen eerst te zijner tijd, tezamen met nader te leveren (getuigen)bewijs op hun waarde te schatten. In laatstbedoeld geval draagt hij bij tussenvonnis dus bewijs op aan de partij die volgens de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast draagt. Dit laatste mits deze bewijs heeft aangeboden. Maar in het geval deze dat niet heeft gedaan, kan de rechter zich niet onttrekken aan zijn gehoudenheid het voorhanden bewijs te waarderen. De rechter mag dus met een voorlopig bewijsoordeel de bewijswaardering deels naar voren halen (ook hier kan men dus spreken van een ‘vrijheid’ van de rechter), maar hij kan het ook laten. Tot een andere uitkomst leidt dit verschil in aanpak niet. Bij gelegenheid van het eindvonnis dient de rechter in beide gevallen al het bijgebrachte bewijs in zijn beoordeling te betrekken, met inachtneming van de juiste bewijslastverdeling. Hoewel de uitkomst niet anders is, verschilt de *vorm* duidelijk wel, met name in het geval dat de rechter het tegenbewijs niet geleverd acht. In dat geval is de motivering voor het finale bewijsoordeel vooral te vinden in het tussenvonnis en behoeft uit het eindvonnis slechts te blijken waarom de rechter oordeelt dat het opgedragen tegenbewijs niet is geleverd. Het verschil in vorm is ook heel groot indien de partij in wiens nadeel het voorlopige bewijsoordeel is, in het geheel geen bewijs heeft aangeboden. In dat geval is het vonnis waarbij het voorlopige bewijsoordeel wordt gegeven geen tussenvonnis, maar een eindvonnis en is het voorlopige bewijsoordeel tegelijk het finale oordeel over het bewijs.

79. Vergelijk bijv. *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/303-304 en R.J.B. Boonekamp, *Stelplicht & Bewijslast*, 4.3.1 (Inleiding).

Nu vervolgens het geval dat de rechter gebruikmaakt van zijn vrijheid om zich wat betreft de uitleg van een uitonderhandeld contract vooralsnog te beperken tot de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van dat contract. Dat leidt tot een ‘voorlopig uitlegoordeel’.⁸⁰ Is dat voorlopig uitlegoordeel in het voordeel van de partij die volgens de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast draagt, dan zal de rechter aan de andere partij tegenbewijs opdragen (indien door deze partij bewijs is aangeboden). Is het voorlopige uitlegoordeel in het nadeel van de partij die de bewijslast draagt, dan zal de rechter aan die partij bewijs opdragen (als door deze partij een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod is gedaan). Verplicht tot het geven van een voorlopig uitlegoordeel is de rechter niet. In plaats daarvan kan hij zijn oordeel over de uitleg ook uitstellen tot het eindvonnis. Dat leidt niet tot een andere uitkomst: bij gelegenheid van het eindvonnis dient de rechter alle omstandigheden van het geval, zoals die na bewijsoverlevering zijn komen vast te staan, in zijn finale uitlegoordeel te betrekken. Hoewel de uitkomst niet verschilt, is de *vorm* duidelijk anders. Dat is met name het geval als de rechter het bewijs respectievelijk het tegenbewijs niet geleverd acht. In dat geval is de motivering voor het finale uitlegoordeel vooral te vinden in het tussenvonnis en behoeft uit het eindvonnis slechts te blijken waarom de rechter oordeelt dat het opgedragen bewijs of tegenbewijs niet is geleverd. Het verschil in vorm is ook heel groot indien de partij in wiens nadeel het voorlopige uitlegoordeel is, niet voldoende gespecificeerd bewijs heeft aangeboden respectievelijk in het geheel geen bewijs heeft aangeboden. In dat geval is het vonnis waarbij het voorlopige uitlegoordeel wordt gegeven geen tussenvonnis, maar een eindvonnis en is het voorlopige uitlegoordeel meteen ook het finale oordeel over de uitleg van de overeenkomst.

Kort gezegd: bij uitonderhandelde contracten staat het de rechter vrij om voor een bijzondere aanpak te kiezen, maar Haviltex blijft de norm en bij gelegenheid van het eindvonnis dient de rechter steeds alle omstandigheden van het geval die zijn komen vast te staan, in zijn finale oordeel over de uitleg te betrekken.

80. Geheel hetzelfde als een voorlopig bewijsoordeel is het voorlopig uitlegoordeel niet. Het voorlopig bewijsoordeel heeft betrekking op de waarheid van feiten en draagt een feitelijk karakter, terwijl een uitlegoordeel betrekking heeft op de vraag welke verwachtingen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs mochten hebben, wat een gemengd oordeel is (afhankelijk van feiten, maar normatief van karakter). Aan een voorlopig uitlegoordeel kunnen eventueel wel mede een of meer voorlopige bewijsoordelen ten grondslag liggen, namelijk omtrent feiten die tussen partijen in geschil zijn, bijvoorbeeld omtrent de mate waarin tussen partijen is onderhandeld of de aanwezigheid van juridische bijstand in de onderhandelingsfase. De scherpzinnige lezer bedenkt dat hierna dan in een oneigenlijke zin wordt gesproken van bewijs respectievelijk tegenbewijs tegenover het voorlopige uitlegoordeel. Deze lezer heeft gelijk. Strikt genomen gaat het om bewijs of tegenbewijs met betrekking tot de feiten en omstandigheden (feitelijk) die een bepaalde uitleg rechtvaardigen (normatief). Vergelijk hierna onder par. 4.1.1.

2.3.3.4 *Geen vorm van objectieve uitleg*

De (betrekkelijke) nadruk op de tekst in geval van uitonderhandelde contracten wordt in de literatuur wel benoemd als een vorm van objectieve uitleg.⁸¹ Ik meen dat daarmee appels met peren worden vergeleken. De subjectieve kennis van het onderhandelingstraject blijft hier niet buiten beschouwing, ook niet in beginsel. De wijze waarop dat traject is verlopen, is tezamen met de hoedanigheid van partijen juist de aanleiding voor de bedoelde nadruk. Ook is de ratio van die nadruk geheel anders dan die van (echte) objectieve uitleg; ze heeft niets te maken met het belang van een uniforme uitleg ten opzichte van derden.

2.3.3.5 *Vodafone/ETC*

In het verband van commerciële contracten wijs ik ten slotte nog op het arrest *Vodafone/ETC*.⁸² ETC had door een ‘interconnectie-carroussel’ voordeel getrokken uit een verschil in de grondslag voor de berekening van telecommarieven, ten nadele van Vodafone. Voor de vraag of dat toelaatbaar was, beperkte het hof zich tot een tekstuele uitleg van de algemene voorwaarden van Vodafone, volgens de logica dat wat niet is verboden, is toegestaan:

‘Aan Vodafone kan worden toegegeven dat het door ETC gemaakte gebruik een oneigenlijk gebruik was van de beltegoeden, in die zin dat dat gebruik niet door Vodafone was voorzien of bedoeld. [Dit] ...betekent echter niet dat dit gebruik van ETC kan worden gekwalificeerd als misbruik, nu nergens uit blijkt dat het beltegoed uitsluitend voor het door Vodafone voorziene communicatief gebruik mocht worden aangewend.’

De Hoge Raad breekt over dit oordeel de staf:

‘3.3 (...) Aldus oordelend heeft het hof in verschillende opzichten een verkeerde maatstaf toegepast dan wel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd.

3.4 In de eerste plaats heeft het hof miskend dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze

81. Bijv. J.W.A. Biemans, ‘DSM/Fox en uitleg van akten – (nog) geen “vloeiende overgang” van overeenkomst notariële akte’, *MvV* 2015, p. 160, die spreekt van een toepassing van objectieve *Haviltex*.

82. HR 19 oktober 2007, *LJN* BA7024, *NJ* 2007/565 (*Vodafone/ETC*).

bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het hof had dus niet mogen volstaan met zijn vaststelling dat het oneigenlijk gebruik als hiervoor in 3.3 vermeld, dat niet was gericht op communicatie met andere telefoonabonnees maar kennelijk uitsluitend op het behalen van financieel gewin ten koste van Vodafone, niet door de tekst van de overeenkomst werd verboden, maar had ook moeten onderzoeken of ETC, mede in verband met de aard en strekking van de overeenkomst, ook zonder dat dit gebruik uitdrukkelijk verboden werd, had behoren te begrijpen dat zij zich daarvan diende te onthouden.’

Haviltex is ook tussen commerciële partijen de norm en dus gaat het om de *redelijke* verwachtingen van partijen, mede in het licht van de aard en strekking van de overeenkomst. De Hoge Raad laat het hier niet bij, maar vervolgt:

‘3.5 Het hof heeft voorts miskend dat de rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar niet alleen bepaald worden door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, doch ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst. Op grond daarvan moeten zij hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit kan in een geval als het onderhavige meebrengen dat ETC geen oneigenlijk gebruik mocht maken van het beltegoed omdat zij wist of had behoren te beseffen dat dit gebruik in de overeenkomst niet was verdisconteerd, en dat dit gebruik Vodafone onaanvaardbaar benadeelde. Als het hof dit een en ander niet heeft miskend, is zijn oordeel zonder nadere toelichting, die evenwel ontbreekt, onbegrijpelijk.’

Men kan in deze overweging zowel lezen dat de Hoge Raad de Haviltex-norm nader inscherpt, nu over de band van de redelijkheid en billijkheid, als dat hij een toespeling maakt op de aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Vergelijk hierna onder par. 3.4. Het is duidelijk dat de Hoge Raad ook in commerciële verhoudingen er niet van wil weten dat we ons voor de vaststelling van de inhoud van een overeenkomst zouden beperken tot de tekst ervan, alle betogen vanuit het perspectief van rechtszekerheid ten spijt. Ik ben het daar graag mee eens. Ook in commerciële verhoudingen behoort men te kunnen rekenen op een faire behandeling door de wederpartij. Ook dat is een vorm van zekerheid. Men merkt misschien op dat het in de zaak *Vodafone/ETC* klaarblijkelijk niet ging om een uitonderhandeld contract, want het betreft immers de algemene voorwaarden van Vodafone. Op zichzelf klopt deze opmerking, maar dat betekent niet dat er *minder* aanleiding was voor een nadruk op de tekst. Vodafone zal immers met juridische bijstand haar algemene

voorwaarden hebben geformuleerd, terwijl ETC op de inhoud van die voorwaarden geen invloed heeft gehad. Ook dat is op zichzelf een aansprekende reden om Vodafone de tekst van haar voorwaarden te mogen tegenwerpen. Met deze opmerking ben ik bij ons volgende deelonderwerp: de uitleg *contra proferentem*.

2.3.4 Het adhesiecontract en uitleg *contra proferentem*

Veel overeenkomsten zijn feitelijk wat men ‘adhesiecontracten’ zou kunnen noemen: over de inhoud is niet onderhandeld en *kon* ook niet worden onderhandeld. Met het laatste bedoel ik dat in de maatschappelijke context waarin de overeenkomst tot stand kwam, er geen ruimte bestond voor een gesprek over op maat toe te snijden contractvoorwaarden. Dit geldt uiteraard in het bijzonder voor consumenten. Wie de button waarmee hij zou verklaren de algemene voorwaarden van Bol.com of Coolblue te accepteren, weigert aan te klikken en in plaats daarvan met de aanbieder telefonisch contact zoekt, geef ik nauwelijks enige kans op een overeenkomst met aangepaste voorwaarden. Maar ook in commerciële verhoudingen is onderhandelen over de inhoud van allerlei contracten min of meer ongebruikelijk en vanwege de eraan verbonden kosten onaantrekkelijk. Dat is uiteraard anders wat betreft de grote deals, maar ook voor grote bedrijven en andere organisaties geldt dat die grote deals de uitzonderingen zijn.

Tegen deze achtergrond is alleszins begrijpelijk de gedachte dat overeenkomsten in geval van twijfel behoren te worden uitgelegd in het nadeel van degene die de tekst van de overeenkomst heeft opgesteld. Die gedachte, of we die nu als een regel opvatten of als een gezichtspunt, heeft ook zeer oude papieren, tot in het Romeinse recht,⁸³ dus van ver vóór de huidige massacontracten.

Ik sprak er al over (onder par. 2.1.3.3): van een regel wil de rechtspraak van de Hoge Raad niet weten, maar van een gezichtspunt wel. Bij de waardering van de redelijke verwachtingen van partijen aan de hand van de Haviltex-maatstaf is dus een geldig argument dat een partij zelf de tekst heeft opgesteld (of heeft doen opstellen) en het aldus in zijn macht had om klaardere wijn te schenken dan hij heeft gedaan. Maar dan niet zo dat enkel dit argument telt. Aan de feiten en omstandigheden van het concrete geval mogen tegelijk ook andere argumenten worden ontleend, die eventueel kunnen leiden tot een uitleg die toch ten voordele van de partij die de tekst opstelde uitpakt.⁸⁴

Algemeen is de voorstelling dat bij de uitleg van algemene voorwaarden tegenover consumenten op grond van art. 6:238 lid 2 BW iets anders geldt:

83. E.J.H. Schrage, ‘Contra proferentem’, *VrA* 2005, afl. 1, p. 38 e.v.

84. Voor uitleg *contra proferentem* vergelijk ook het preadvies van Schelhaas onder par. 5.6.1.

‘Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg.’

Hier is uitleg contra proferentem méér dan een gezichtspunt; ze is hier *regel*. Terecht is in de literatuur echter bijna even algemeen het inzicht dat dit verschil betrekkelijk is.⁸⁵ De uitlegregel van art. 6:238 lid 2 BW veronderstelt in de eerste plaats dat het beding wel duidelijk en begrijpelijk is (de eerste volzin van de bepaling), omdat het anders oneerlijk in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen⁸⁶ is en dus onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 onder a BW. Over dát deel van de regel van art. 5 van de richtlijn (waarop art. 6:238 lid 2 BW berust), gaan verreweg de meeste uitspraken van het Hof van Justitie en niet over het vervolg. De regel van de tweede volzin veronderstelt vervolgens dat er gerechtvaardigde twijfel bestaat over de betekenis van het op zichzelf duidelijke en begrijpelijke beding (er zijn dus twee duidelijke en begrijpelijke betekenissen mogelijk).⁸⁷ Hoe nu te bepalen of inderdaad gerechtvaardigde twijfel over de betekenis van het beding mogelijk is? Het antwoord ligt voor de hand, maar is in dit verband tegelijk opmerkelijk: aan de hand van de Haviltex-maatstaf. De regel van art. 6:238 lid 2 BW komt dus pas als *tweede* aan bod, na Haviltex. In de woorden van A-G Geelhoed:

‘De uitleggingsregel vervat in artikel 5, tweede volzin, van de richtlijn heeft een subsidiair karakter in zoverre deze eerst van toepassing is, indien na een beoordeling van een beding op basis van de gangbare interpretatiemethodes twijfel blijft bestaan over de betekenis van dat beding.’

Wie het weet, mag het zeggen: maakt het uit, een (primair) gezichtspunt *binnen* de Haviltex-maatstaf of een subsidiaire regel *na* toepassing van de Haviltex-maatstaf? Ja, het maakt in cassatie uit:⁸⁸ schending van een regel

85. Bijv. J.P. Heering, ‘Contra proferentem: uitlegregel of gezichtspunt?’, *WPNR* 2003, afl. 6518, p. 101-102 en Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW, deel B55), 2010/23a.

86. Richtlijn 93/13/EG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 21 april 1993, L 95).

87. Ook onder vigeur van art. 6:238 lid 1 BW is dus nog juist HR 9 september 1994, *LJN* ZC1436, *NJ* 1995/285, m.nt. M.M. Mendel (*Trouwborst/Assuradeuren*): De rechter die een door de verzekeraar opgestelde clause in redelijkheid niet voor meer dan één uitleg vatbaar oordeelt, heeft in beginsel geen aanleiding om desondanks een voor de verzekerde minder bezwarende uitleg te kiezen.

88. W.D.H. Asser, ‘Uitleg van verzekeringsovereenkomsten in cassatie: Opmerkingen naar aanleiding van HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 357’, in: T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij: juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, p. 24-26.

is een rechtsklacht (wat uiteraard niet wil zeggen dat daarnaast geen motiveringsklachten mogelijk en zinvol zijn⁸⁹), terwijl veronachtzaming van een gezichtspunt in het algemeen niet meer dan een motiveringsklacht zal kunnen opleveren.⁹⁰ De speelruimte van de Hoge Raad bij de beoordeling van motiveringsklachten is echter zodanig groot, dat men dit verschil vooral niet moet overdrijven.

Wat wel echt verschil maakt, is dat ook de uitlegregel van art. 6:238 lid 2 BW door de feitenrechter hoogstwaarschijnlijk ambtshalve behoort te worden toegepast, net als andere regels van Europese oorsprong ter bescherming van consumenten.⁹¹ Is buiten het toepassingsgebied van de regel van art. 6:238 lid 2 BW het argument *contra proferentem* niet besproken, dan zal dat in cassatie doorgaans alleen dan tot vernietiging kunnen leiden indien dat argument in de feitelijke instanties is aangevoerd en als een essentiële stelling niet onbesproken kon blijven. Over veronachtzaming van de regel van art. 6:238 lid 2 BW kan men daarentegen in cassatie ook klagen als men in de feitelijke instanties heeft zitten slapen.⁹²

2.4 Enkele variaties op grond van het type rechtshandeling

2.4.1 Het belang van de aard van de rechtshandeling

Uiteraard is de aard van de rechtshandeling van invloed op de uitlegging van haar inhoud. Dit betekent gelukkig niet dat voor ieder type rechtshandeling een eigen maatstaf geldt. Het open karakter van de Haviltex-maatstaf, met aandacht voor alle omstandigheden van het geval, tezamen met de nuances van onder meer *DSM/Fox*, biedt in het algemeen alle ruimte voor een passende uitleg, ook in atypische gevallen. Slechts in een enkel geval is van een eigen maatstaf wél sprake. Maar ook dan sluiten de patronen aan bij hetgeen in het voorgaande reeds is besproken.

89. In HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:83, NJ 2015/263, m.nt. M.M. Mendel (*TVM/K.*) slaagde een mede naar aanleiding van art. 6:238 lid 2 BW geformuleerde motiveringsklacht.

90. In het algemeen, want als een hof overweegt dat de vraag wie de tekst van de overeenkomst heeft opgesteld voor de uitleg ervan irrelevant is, slaagt een daartegen gerichte rechtsklacht uiteraard wel.

91. C.M.D.S. Pavillon, 'Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II kritisch getoetst', *TvC* 2015, afl. 3, p. 134, met verwijzing naar dat rapport, p. 24.

92. Met het voorgaande is niet gezegd dat buiten het toepassingsgebied van art. 6:238 lid 2 BW de feitenrechter niet uit eigen beweging het gezichtspunt *contra proferentem* in zijn beoordeling zou mogen betrekken (en daarvan in zijn motivering ook blijk geven). Uitleg is een waarderingsoordeel en de rechter is alleen wat betreft de feiten gebonden aan de stellingen van partijen en niet ook wat betreft de juridische argumenten die hij in het kader van zijn oordeel wenst te gebruiken. Mijns inziens behoren we het verbod van het aanvullen van feitelijke gronden (art. 24 Rv) niet zover op te rekken dat de rechter ook wat betreft de te hanteren argumenten van juridische aard lijdelijk zou moeten zijn.

Het spreekt vanzelf dat ik met het navolgende overzicht van uitlegvarianties op grond van het type rechtshandeling geen volledigheid heb kunnen nastreven. Ik heb slechts enkele belangrijke voorbeelden bijeen willen brengen en daarbij ook terugkerende patronen willen signaleren – patronen die óók behulpzaam kunnen zijn in de gevallen die ik onbesproken heb moeten laten (of mij zijn ontgaan).

2.4.2 Variaties in het verbintenissenrecht

2.4.2.1 Uitleg van algemene voorwaarden

Over uitleg *contra proferentem* is het al gegaan (onder par. 2.3.4). Wat betreft de uitleg van algemene voorwaarden zijn er nog twee andere belangrijke kwesties.

In de eerste plaats is er debat over de vraag of algemene voorwaarden, over de inhoud waarvan in het algemeen niet wordt onderhandeld, niet objectief zouden behoren te worden uitgelegd.⁹³ Als *algemeen uitgangspunt* is dat door de Hoge Raad terecht niet aanvaard.⁹⁴ De instemming met algemene voorwaarden is niet meer dan één van de verklaringen die tussen partijen is afgelegd, daarnaast is vaak ‘individueel’ een en ander besproken of zijn er verwachtingen op basis van eerdere ervaringen van partijen met elkaar, op grond van branchegebruik enzovoort. Een objectieve uitleg van algemene voorwaarden zou de algemene voorwaarden te veel op zichzelf plaatsen.⁹⁵ Dit wil niet zeggen dat er geen reden kan zijn om bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf bij wijze van maatwerk op de objectief kenbare context de nadruk te leggen. Zo’n reden is met name de betrokkenheid van (vele) derden, bijvoorbeeld wat betreft de trading rules van Euronext,⁹⁶ respectievelijk een beurspolis.⁹⁷

Een tweede thema dat bij de uitleg van algemene voorwaarden steeds terugkeert, is de vraag of individuele bedingen prevaleren boven algemene voorwaarden. Zoals onder par. 2.1.3.3 reeds besproken heeft de Hoge Raad in *Jonker/Heipro c.s.*⁹⁸ een dergelijke voorrang als regel ontkend; er zou

93. Voor een overzicht vergelijk M.M. van Rossum, in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden* (Serie Recht en Praktijk Contractenrecht), Deventer: Kluwer 2010, p. 61 e.v.

94. Vergelijk HR 9 juli 2004, LjN AO7000, NJ 2005/496 (*Hoovers/Van Dijk*), HR 14 oktober 2005, LjN AT6014, NJ 2006/117 (*Delta Lloyd/Hartholt*) en HR 30 november 2001, LjN AD5318, JOR 2002/43 (*Océ/Asea*).

95. W.L. Valk, ‘De grenzen van de Haviltexformule en de uitleg van algemene voorwaarden’, *NTBR* 1994, p. 111 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/376.

96. HR 22 oktober 2010, LjN BN5665, NJ 2010/570 (*Euronext/AFS*).

97. HR 16 mei 2008, LjN BC2793, NJ 2008/284 (*Chubb/Europoint*). Ook in HR 21 maart 2004, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Intergamma*) is sprake van objectieve Haviltex, maar dat heeft mijns inziens wel een zeer specifieke context. Vergelijk onder par. 4.3.

98. HR 13 juni 2003, LjN AF5538, NJ 2003/506 (*Jonker/Heipro c.s.*).

‘hooguit’ sprake zijn van een gezichtspunt. Zoals Schelhaas in haar preadvies laat zien (onder par. 5.5.5), loopt het Nederlandse recht hiermee internationaal uit de pas. Mijns inziens behoort wel degelijk als *vuistregel* te gelden dat individuele bedingen voorgaan boven algemene voorwaarden. De rechtspraak laat intussen zien dat ook met een *gezichtspunt* in dezelfde zin wel correcte resultaten kunnen worden geboekt.⁹⁹ De meerwaarde van een vuistregel zou een vergroting van de rechtszekerheid zijn, onder meer omdat een klacht in cassatie dat een vuistregel is geschonden, uiteraard gemakkelijker doel treft dan de miskenning van een gezichtspunt.

2.4.2.2 Uitleg van derdenbedingen

In zijn conclusie voor het arrest *Pieterse/Nationale-Nederlanden* (2002)¹⁰⁰ heeft de toenmalige A-G Bakels bepleit dat op derdenbedingen de CAO-uitlegmethode dient te worden toegepast. De Hoge Raad is hem daarin niet gevolgd: op de uitleg van derdenbedingen is de Haviltex-maatstaf van toepassing.¹⁰¹ Hierbij moeten we dan wel bedenken dat sinds het (mede door Bakels geweest) arrest *DSM/Fox* (2004)¹⁰² het beeld is gekanteld. *Binnen* de Haviltex-maatstaf kan er reden zijn om nadruk te leggen op objectieve uitlegfactoren. Het ligt voor de hand dat in geval van derdenbedingen veelal voor een dergelijke nadruk aanleiding zal bestaan. Dat geldt in beperkte mate bij individuele derdenbedingen en in sterke mate bij derdenbedingen die een onbepaalde groep van derden aangaan.

Met betrekking tot de uitleg van derdenbedingen verdient nog onze aandacht het arrest *Alheembouw/Verzekeraars*.¹⁰³ De zaak betreft schade bij door onderaannemer Alheembouw uitgevoerde bouwwerkzaamheden. Alheembouw sprak de verzekeraars aan uit hoofde van de CAR-verzekering van de hoofdaannemer. De verzekeraars konden zich volgens het hof echter beroepen op hun afspraak met de hoofdaannemer volgens welke de verzekering, in weerwil van de formulering van de toepasselijke Algemene Verzekeringsvoorwaarden, geen dekking bood voor turnkeyprojecten. Het cassatieberoep stuitte er onder meer op af dat Alheembouw in de loop van het geding voor het eerst kennis nam van bedoelde voorwaarden en dus niet kon volhouden op de inhoud ervan te hebben vertrouwd. Opvallend dunkt mij de rol die de Hoge Raad toekent aan — naast elkaar — art. 3:35 en 3:36 BW. Eerst art. 3:35 BW:

99. HR 10 december 1993, NJ 1994/686, m.nt. M.M. Mendel (*Fraser/Bruinisse*).

100. HR 18 oktober 2002, NJ 2003/258, m.nt. M.M. Mendel (*Pieterse/NN*).

101. Zie opnieuw *Pieterse/NN* en het voorafgaande HR 18 oktober 2002, NJ 2003/503, m.nt. C.E. du Perron (*Curatoren/Besix en De Vliert*).

102. HR 20 februari 2004, LJN AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

103. HR 19 april 2013, LJN BY3123, NJ 2013/239 (*Alheembouw/Verzekeraars*). Het arrest is uitvoerig besproken door P.S. Bakker, ‘Uitleg van een derdenbedingen in een verzekeringspolis’, *MvV* 2015, p. 89 e.v.

‘3.5 (...) De vraag of, en zo ja in welke omvang, in een verzekeringspolis mede dekking wordt verleend aan derden (eventueel na aanvaarding van een daartoe strekkend derdenbeding), dient te worden beantwoord aan de hand van hetgeen de verzekeraar en de verzekeringnemer dienaangaande zijn overeengekomen. Dit uitgangspunt geldt ook bij de uitleg van een beding in een CAR-verzekering waarin dekking wordt verleend aan onderaannemers die door de aannemer – tevens wederpartij van de verzekeraar – bij de uitvoering van een verzekerd werk worden ingeschakeld. De onderaannemer kan jegens de verzekeraar bescherming ontfangen aan art. 3:35 BW indien hij op grond van de bewoordingen van de polis, eventueel in samenhang met (andere) door de verzekeraar gedane mededelingen of gewekte verwachtingen, erop heeft vertrouwd, en erop heeft mogen vertrouwen, dat hem dekking zal worden verleend.’

Volgens deze overweging biedt art. 3:35 BW bescherming aan het vertrouwen van de derde op de bewoordingen van de polis, eventueel in samenhang met (andere) door de verzekeraar gedane mededelingen of gewekte verwachtingen. Maar dan volgt:

‘3.7 Ook voor zover het middel een beroep doet op art. 3:36 BW kan het niet tot cassatie leiden. Het middel voert immers (...) niet mede aan dat Alheembouw enige handeling heeft verricht in het op een verklaring of gedraging van de verzekeraars gebaseerde vertrouwen.’

Het lijkt er aldus op dat er naast art. 3:35 BW een rol is weggelegd voor art. 3:36 BW met betrekking tot voortbouwend handelen van Alheembouw in vertrouwen op – opnieuw – verklaringen en gedragingen van de verzekeraars. In de onderhavige zaak komt die rol niet uit de verf vanwege de bijzonderheden van de zaak, maar dat verandert aan het principe uiteraard niets.

Tweemaal bescherming van het bij de derde ontstane vertrouwen, eenmaal op grond van art. 3:35 BW en eenmaal op grond van art. 3:36 BW. Hoe moet dit worden begrepen?

De Hoge Raad zegt dat de inhoud van de verzekeringsovereenkomst en daarmee ook de inhoud van een eventueel bij derdenbeding aan een derde toegekend recht wordt bepaald door wat de verzekeraar en de verzekeringnemer zijn overeengekomen. Tegelijk zegt de Raad dat de onderaannemer bescherming kan ontfangen aan art. 3:35 BW voor het vertrouwen dat hij op grond van de bewoordingen van de polis, eventueel in samenhang met gedrag van de verzekeraar, had en redelijkerwijs mocht hebben. Ik vat dit zo op dat het tweede (de bescherming die de onderaannemer aan art. 3:35 BW ontleent) het eerste (ook de inhoud van een eventueel derdenbeding wordt door de inhoud van de overeenkomst tussen de verzekeraar en de

verzekeringnemer bepaald) aanvult en nuanceert. Die aanvulling en nuancering houdt er klaarblijkelijk verband mee dat de derde die een derdenbeding aanvaardt, daarmee partij bij de overeenkomst wordt, náást de stipulator en promissor. Leidt art. 3:35 BW ertoe dat de onderaannemer in zijn verwachtingen wordt beschermd en moet de inhoud van de overeenkomst in overeenstemming met die verwachtingen worden uitgelegd, dan heeft dit tot gevolg dat in de onderlinge verhouding tussen verzekeraar en verzekeringnemer de overeenkomst in dezelfde zin luidt. Dit kan te ver gaan, omdat verzekeraar en verzekeringnemer elkaar duidelijk in een andere zin hebben begrepen of moeten begrijpen. In dat geval komt art. 3:36 BW in beeld, zo zou ik het willen begrijpen. Die bepaling stelt ons in staat om de onderaannemer als derde in zijn verwachtingen te beschermen zónder daarmee ook de inhoud van de onderlinge rechtsverhouding tussen de verzekeringnemer en de verzekeraar te bepalen. De bescherming die art. 3:36 BW biedt, heeft immers relatieve werking: indien aan de voorwaarden van die bepaling is voldaan, kan ten opzichte van de derde geen beroep worden gedaan op de ware stand van zaken (hier: de inhoud van de overeenkomst zoals die tussen de verzekeringnemer en de verzekeraar geldt).¹⁰⁴ Kortom, in geval van een derdenbeding zijn er twee fasen. Als eerste uitleg van de overeenkomst aan de hand van art. 3:35 BW. In die fase komen de redelijke verwachtingen van de derde weliswaar *mede* in aanmerking, maar dit kan er niet toe leiden dat een uitleg wordt aanvaard die haaks staat op hetgeen de stipulator en promissor onderling begrepen. Dit laatste kan wel in de tweede fase, waarin art. 3:36 BW wordt toegepast. Wordt inderdaad terecht op art. 3:36 BW een beroep gedaan, dan heeft dit tot gevolg dat in de verhouding tussen de derde en de partij aan wie de derde de door deze gewekte schijn kan tegenwerpen, iets anders geldt dan in de verhouding tussen stipulator en promissor.¹⁰⁵

2.4.2.3 Uitleg van verzekeringsovereenkomsten

In de literatuur over het verzekeringsrecht is er volop aandacht voor de vraag of er reden is om verzekeringsovereenkomsten meer of minder objectief uit te leggen. De ingrediënten daarvoor liggen voor de hand. In de eerste plaats wordt over de inhoud van verzekeringsvoorwaarden veelal niet onderhandeld, vergelijkbaar met algemene voorwaarden.¹⁰⁶ In de tweede plaats kunnen zich specifieke omstandigheden voordoen die voor een meer objectieve uitleg pleiten: er is sprake van een beurspolis¹⁰⁷ of de

104. De derde is dus gelijktijdig partij (art. 3:35 BW) en derde (art. 3:36 BW). Dat past bij het hybride karakter van het derdenbeding.

105. Vergelijk wat onder par. 2.2.4 in algemene zin over de aanvullende rol van art. 3:36 BW is gezegd.

106. Vergelijk onder par. 2.4.2.1.

107. HR 16 mei 2008, LjN BC2793, NJ 2008/284 (*Chubb/Europoint*).

verzekering heeft ten behoeve van een derde plaatsgevonden.¹⁰⁸ Dit alles is goed inpasbaar in het stelsel van de vloeiende overgang van *DSM/Fox*.¹⁰⁹ Spannender is dat de aard van de verzekeringsovereenkomst en de functie die verzekeringen in het maatschappelijk verkeer vervullen, soms leiden tot bijzondere accenten.

Bij een sommenverzekering vindt de aanwijzing van een begunstigde plaats door een schriftelijke mededeling aan de verzekeraar, wat een constitutief vereiste is (de aanwijzing draagt dus geen consensueel karakter). Het antwoord op de vraag wie is aangewezen als begunstigde, moet daarom in beginsel gevonden worden in (en dus door uitleg van) die schriftelijke mededeling. Maar het bijzondere, eenzijdige karakter van de aanwijzingsbevoegdheid brengt mee dat ‘in de allereerste plaats’ moet worden nagegaan wat de bedoeling is geweest van de verzekeringnemer bij de aanwijzing, waarbij ook wordt gelet op eventuele verklaringen en gedragingen van de verzekeringnemer *buiten* de schriftelijke mededeling aan de verzekeraar waarbij de begunstigde is aangewezen.¹¹⁰

Een ander voorbeeld van een bijzonder accent is het arrest *Onderlinge/Nationale Nederlanden*.¹¹¹ een AVB-polis moet zo ruim worden uitgelegd dat zij ook dekking biedt tegen aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7:611 BW, in verband met de functie die zo’n polis in het maatschappelijk verkeer vervult en de daarop gebaseerde verwachtingen van verzekerden.

2.4.3 Uitleg op het grensvlak van goederen- en verbintenissenrecht

2.4.3.1 Levering van onroerende zaken en vestiging van beperkte rechten op zulke zaken

Sinds *Stichting Eelder Woningbouw/Van Kammen c.s.*¹¹² is het vaste rechtspraak dat het voor de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst die besloten ligt in een notariële akte waarbij een onroerende zaak wordt geleverd, aankomt op de in de notariële akte van levering tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen omschrijving van de over te dragen onroerende zaak. Dezelfde uitlegmaatstaf geldt voor de vestiging van beperkte rechten op onroerende

108. Vergelijk onder par. 2.4.2.2 over de uitleg van derdenbedingen.

109. Zie onder par. 2.2.2 en 2.2.3.

110. Alles HR 21 september 2012, *LJN* BW6728, *NJ* 2013/97, m.nt. M.M. Mendel.

111. HR 30 maart 2012, *LJN* BV1295, *NJ* 2012/687, m.nt. T. Hartlief en M.M. Mendel (*Onderlinge/Nationale Nederlanden*).

112. HR 8 december 2000, *LJN* AA8901, *NJ* 2001/350, m.nt. W.M. Kleijn (*Stichting Eelder Woningbouw/Van Kammen c.s.*).

zaken en voor de uitleg van appartementsrechten.¹¹³ De ratio voor die maatstaf is door W.M. Kleijn als volgt onder woorden gebracht:

‘[Ze is] gelegen in de derdenwerking van hetgeen in de registers wordt ingeschreven, voor welke inschrijving immers de transportakte de basis vormt. Derden moeten op die inschrijving kunnen vertrouwen en daarbij past geenszins een uitleg naar subjectieve maatstaven, gebaseerd op een uit de leveringsakte niet af te leiden partijbedoeling.’

Gelet op deze ratio is voor het toepassingsgebied van de maatstaf de scheidslijn niet die tussen roerende en onroerende zaken, maar die tussen registergoederen (art. 3:10 BW) en niet-registergoederen.¹¹⁴ Voor de levering van te boek gestelde schepen en de vestiging van beperkte rechten op zulke schepen, geldt dus niets anders dan voor onroerende zaken. Uiteraard kunnen ook bij niet-registergoederen de belangen van derden in de knel komen, maar daarin zullen we met de toepassing van andere regels moeten voorzien, bijvoorbeeld die van art. 3:36 BW.

Wat is het karakter van de uitlegmaatstaf voor de goederenrechtelijke overeenkomst tot levering van of vestiging van een beperkt recht op een registergoed? Het is duidelijk dat we van doen hebben met een vorm van objectieve uitleg. Omdat de *in de notariële akte van levering tot uitdrukking gebrachte* partijbedoeling beslissend is, is mijns inziens sprake van een eigen criterium,¹¹⁵ dat de tekst van de akte een grotere plaats geeft dan zelfs volgens de CAO-norm het geval zou zijn. De kring van voor uitleg in aanmerking te nemen feiten en omstandigheden is immers beperkter dan bij toepassing van de CAO-norm: ook op zichzelf objectief kenbare omstandigheden blijven buiten beschouwing voor zover er in de akte niet naar wordt verwezen.

De maatstaf houdt geen grammaticale uitleg in. Bij de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst zal acht mogen worden geslagen op de elders in de notariële akte gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke

113. Zie HR 13 juni 2003, *LJN AH9168, NJ 2004/251 (Teijssen/Marcus)* voor de vestiging van een erfdiensbaaerheid en HR 22 oktober 2010, *LJN BM8933, NJ 2011/111*, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*) voor de vestiging van een opstalrecht. De uitleg van appartementsrechten dient exclusief te geschieden aan de hand van de splitsingsakte en de splitsingstekening, HR 28 januari 2011, *LJN BO5223, NJ 2011/58 (Ponjee/Sperling)*, waarbij de splitsingsakte niet bij voorbaat prevaleert boven de splitsing of andersom, HR 1 november 2013, *ECLI:NL:HR:2013:1078, NJ 2013/522 (Van Wijk c.s./VvE)*.

114. Voor het overdragen of verpanden van vorderingen op naam geldt de Haviltex-maatstaf. Vergelijk onder par. 2.4.3.6.

115. Idem onder meer J.W.A. Biemans, ‘Uitleg van notariële akten algemeen’, in: J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red.), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 10.

tekstinterpretaties zouden leiden.¹¹⁶ Maar daarbij heeft men het dus te doen met hetgeen in de akte is vermeld.

Voor de uitleg van appartementsrechten heeft de Hoge Raad dit laatste genuanceerd in het arrest *Bakermans c.s./Mitros*,¹¹⁷ een geval waarin de rechter een plaatsopneming had gehouden en bij de uitleg van de splitsingsstukken gebruik had gemaakt van hetgeen hem bij die gelegenheid duidelijk was geworden. De Hoge Raad overwoog:

‘3.6.3 Indien splitsingsstukken die voor verschillende uitleg vatbaar zijn, verwijzen naar feitelijke kenmerken van het splitsingsobject, is het niet in strijd met een uitleg naar objectieve maatstaven om deze stukken mede aan de hand van waarneming van die feitelijke kenmerken uit te leggen. Voorts kan kennisneming van de situatie ter plaatse van belang zijn voor de beantwoording van de vraag welke uitleg van de splitsingsstukken tot de meest aannemelijke rechtsgevolgen leidt. Ook in dit opzicht kan het meewegen van de plaatselijke situatie dus verenigbaar zijn met een objectieve uitleg van de splitsingsstukken.’

Naar valt aan te nemen was de crux van de zaak dat de splitsingsstukken, dus de splitsingsakte en de daarbij behorende splitsingstekening, naar de feitelijke kenmerken van het splitsingsobject verwezen. Ook hadden de waarnemingen de rechter niet geleid tot een uitleg in strijd met hetgeen in de splitsingsstukken tot uitdrukking was gebracht, maar hem slechts geholpen bij de keuze tussen de op grond van die stukken op zichzelf mogelijke verschillende tekstinterpretaties.¹¹⁸ Mijns inziens is er geen reden waarom vergelijkbare nuancerings niet ook zouden gelden voor bijvoorbeeld de leveringsakte. Wanneer die akte verwijst naar uiterlijke kenmerken van de onroerende zaak, kan een plaatsopneming zinvol zijn. Ook een getuigenverhoor is mijns inziens denkbaar, uiteraard mits dat verhoor betrekking heeft op de uiterlijke kenmerken van de onroerende zaak en de akte naar die kenmerken verwijst. Te denken valt bijvoorbeeld aan de levering van een gedeelte van een kadastraal perceel ‘zoals ter plaatse afgepaald’. Indien die afpaling inmiddels is verdwenen, kunnen getuigenver-

116. HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1078, NJ 2013/522 (*Van Wijk c.s./VvE*) met betrekking tot de uitleg van een appartementsrecht.

117. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:337, NJ 2014/119 (*Bakermans c.s./Mitros*).

118. Te ver gaat mijns inziens C.G. Breedveld-de Voogd, in: J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red.), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 44, die een uitbreiding van de in aanmerking te nemen gegevens in de richting van ‘de onbeperkte set’ van de Haviltex-norm mogelijk en gewenst acht. Uiteraard kan het onbevredigend zijn wanneer de notaris partijen verkeerd heeft begrepen, maar de remedie in zulke gevallen heeft men in een andere richting te zoeken, namelijk in de werking van de onderliggende obligatoire verhouding. Zie hierna onder par. 2.4.3.2 e.v.

klaringen licht werpen op de betekenis van de in de leveringsakte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling.

2.4.3.2 *Verhouding tot de onderliggende obligatoire verhouding: het titelvereiste*

De zojuist besproken maatstaf is beperkt tot de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst tot levering van of tot vestiging van beperkte rechten op registergoederen. Voor uitleg van de onderliggende obligatoire verhouding geldt gewoon de Haviltex-norm.¹¹⁹ Die obligatoire verhouding kan zich op diverse wijzen laten gelden. In de eerste plaats kan ze via het vereiste van een geldige titel gevolgen hebben voor de geldigheid van de overdracht van een registergoed respectievelijk de vestiging van een beperkt recht van een registergoed. Een eenvoudig voorbeeld kan dat illustreren.

A verkoopt aan B een gedeelte van een aan hem toebehorend perceel grond. A en B weten heel goed welk gedeelte zij bedoelen: de grens van het verkochte hebben zij in het veld bepaald en daarbij zijn tussen hen geen misverstanden gerezen. Vervolgens gaan zij naar de notaris voor de akte van levering. De notaris begrijpt hen verkeerd en omschrijft het object van de levering in de akte aldus dat meer wordt geleverd dan A en B bedoelen. A en B onderkennen niet dat de notaris hen verkeerd heeft begrepen.

De goederenrechtelijke overeenkomst van levering moet objectief worden uitgelegd en wel aldus dat de in de notariële akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling bepalend is. Geleverd is dus het gedeelte van het perceel zoals in de akte omschreven, hetgeen meer is dan A en B bedoelden. Toch is B geen eigenaar geworden van de strook grond die niet mede in de koopovereenkomst was begrepen. Dit volgt uit de regel van art. 3:84 lid 1 BW: 'Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel.' Die titel is de koopovereenkomst en die moet aan de hand van de Haviltex-maatstaf worden uitgelegd. Het causale stelsel leidt er in dit geval dus toe dat de eigendomsverhoudingen tóch zo zijn als A en B bedoelden, niettegenstaande de inhoud van de leveringsakte. Intussen doet ook die leveringsakte ertoe: derdenverkrijgers van B zullen aan die inhoud bescherming kunnen ontleen op grond van bijvoorbeeld art. 3:88 BW.

119. Dat wordt niet anders indien ook die obligatoire verhouding wordt vastgelegd in de notariële akte waarbij de levering respectievelijk de vestiging plaatsvindt. Zie HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1511, NJ 2016/325 (*Melber/Goede c.s.*) met betrekking tot leningsvoorwaarden die in een hypotheekakte waren opgenomen.

2.4.3.3 *Differentiëren en combineren: Kamsteeg/Lisser*

Een tweede wijze waarop de onderliggende obligatoire verhouding zich kan laten gelden, volgt uit het arrest *Kamsteeg/Lisser*.¹²⁰ De feiten zijn nogal complex, maar de boodschap van het arrest is te belangrijk om het onbesproken te laten.

Kamsteeg leverde aan Lisser een perceel met opstallen en een parkeerterrein, dat deels was verhuurd aan Shell, die op de grond een benzinstation exploiteerde. Tegelijkertijd vestigde Lisser een opstalrecht ten behoeve van Kamsteeg wat betreft het benzinstation. De strekking van dat opstalrecht was dat de opbrengsten uit de huurovereenkomst met Shell voor Kamsteeg zouden zijn. Volgens de vestigingsakte eindigde het opstalrecht, kort gezegd, zodra het rendement beneden de 30% zakte, waarbij het begrip ‘rendement’ was gedefinieerd als huuropbrengsten gedeeld door 1% van de actuele grondwaarde. Na de levering en vestiging beriep Lisser zich erop dat de ontbindende voorwaarde was vervuld en dat dus het opstalrecht was geëindigd. In rechte vorderde zij een verklaring voor recht daarvan. Kamsteeg verweerde zich met het betoog dat de voorwaarde, zoals opgenomen in de akte van vestiging, de bedoeling van partijen niet goed weergaf en beriep zich onder meer op de opinie van deskundigen, die zeiden dat rendementen van 30% ‘nooit hebben bestaan, zeker niet in de periode dat de duurbepaling werd overeengekomen’. Volgens Kamsteeg maakte Lisser met het beroep op de ontbindende voorwaarde misbruik van bevoegdheid. Het hof meende het kort te kunnen houden: de vestigingsakte moet objectief worden uitgelegd en dus was er geen reden voor bewijslevering met betrekking tot de partijbedoeling; voor het aannemen van misbruik van bevoegdheid was volgens het hof geen plaats.

Het arrest van de Hoge Raad begint met te zeggen dat het hof wat betreft de inhoud van het door partijen gevestigde opstalrecht terecht een objectieve maatstaf heeft aangelegd (namelijk die zoals onder par. 2.4.3.1 besproken). Maar dan komt het:

‘4.2.3. Het hof heeft evenwel miskend dat het verweer van Kamsteeg aanleiding gaf tevens te onderzoeken of de inhoud van het gevestigde opstalrecht (zoals op grond van de vestigingsakte vastgesteld aan de hand van voormelde objectieve uitlegmaatstaf) afweek van hetgeen partijen met betrekking tot (de duur van) het opstalrecht waren overeengekomen in de aan de vestigingsakte ten grondslag liggende obligatoire overeenkomst. Indien zulks het geval is, heeft Kamsteeg daarin immers een aanspraak bedongen op vestiging te haren behoeve van een recht van opstal dat geldt voor de overeengekomen duur. Die aanspraak zou weliswaar geen verandering brengen in de duur

120. HR 22 oktober 2010, LjN BM8933, NJ 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*).

van het opstalrecht dat bij akte van 21 december 1995 is gevestigd, maar in hun onderlinge verhouding zou de overeenkomst wel in de weg kunnen staan aan (toewijzing van) daarmee strijdige vorderingen van Lisser.’

In deze overweging ligt besloten, dat uitgaande van de juistheid van de stellingen van Kamsteeg over wat partijen hadden bedoeld, Kamsteeg aanspraak kon maken op de vestiging van een nieuw opstalrecht, in overeenstemming met de werkelijke bedoeling van partijen. In dat geval hadden partijen aan hun obligatoire verhouding – waarvan de inhoud aan de hand van de Haviltex-maatstaf diende te worden vastgesteld – immers nog niet op de juiste wijze uitvoering gegeven. Deze aanspraak op medewerking aan een nieuw, wel met de bedoelingen van partijen in overeenstemming zijnd opstalrecht, veranderde op zichzelf niets aan de inhoud van het bij de akte van 21 december 1995 gevestigde opstalrecht, maar kon toch toewijzing van de vordering van Lisser verhinderen. Waarom? Niet omdat hetgeen Lisser voor recht verklaard wilde zien onjuist was, maar omdat zij met die verklaring voor recht een bedoeling had (namelijk dat zij in verband met de werking van de ontbindende voorwaarde nu zelf recht had op de huuropbrengsten) die in strijd was met hetgeen waartoe zij in haar *obligatoire* verhouding tot Kamsteeg gehouden was.

Wat hier gebeurt, is dat de Hoge Raad *differentieert* tussen de goederenrechtelijke en de obligatoire rechtsverhouding. Voor de goederenrechtelijke verhoudingen (de inhoud van het gevestigde opstalrecht) is een objectieve uitleg van de vestigingsakte bepalend, maar voor de obligatoire rechtsverhouding zoals die tussen Kamsteeg en Lisser bestaat, is Haviltex de maatstaf. Het eerste had het hof goed gezien, maar het had zich ten onrechte tot de goederenrechtelijke rechtsverhouding beperkt. De rechtsstrijd werd door partijen onderling gevoerd, zonder betrokkenheid van derden, en daarom kon alleen recht worden gedaan door de (gedifferentieerd uitgelegde) goederenrechtelijke en obligatoire rechtsverhouding onderling te *combineren*. Als Kamsteeg feitelijk gelijk had dat partijen iets anders op het oog hadden dan in de vestigingsakte was neergelegd, is de uitkomst dat de vordering van Lisser wordt afgewezen, zonder dat daarmee iets wordt afgedaan aan het vertrouwen dat derden aan de in de openbare registers ingeschreven vestigingsakte hebben kunnen ontlenuen (want ten opzichte van deze derden is uiteraard de goederenrechtelijke rechtsverhouding bepalend).

Ik spreek bewust van ‘differentiëren en combineren’. Een alternatief zou zijn om de goederenrechtelijke rechtsverhouding te ‘relativeren’. Dat leidt dan tot relatieve eigendom, volgens welke men tegelijk wel en geen eigenaar kan zijn (in de zaak *Kamsteeg/Lisser*: opstalgerechtigde), namelijk wel ten opzichte van derden en niet ten opzichte van de wederpartij en andersom.

Een dergelijke relatieve eigendom leidt echter tot tal van complicaties.¹²¹ Die complicaties vermijden we door (in plaats van te relativieren) te differentiëren en te combineren.

2.4.3.4 Een eenvoudiger voorbeeld

Het klinkt allemaal reuze ingewikkeld. Letten we echter op een eenvoudiger voorbeeld, dan blijkt het te gaan om een betrekkelijk eenvoudig principe. Ik varieer op het onder par. 2.4.3.2 gegeven voorbeeld van de koop van een deel van een perceel grond.

P verkoopt aan Q een gedeelte van een aan hem toebehorend perceel. P en Q weten heel goed welk gedeelte zij bedoelen: de grens van het verkochte hebben zij in het veld bepaald en daarbij zijn tussen hen geen misverstanden gerezen. Vervolgens gaan zij naar de notaris voor de akte van levering. De notaris begrijpt hen verkeerd en omschrijft het object van de levering in de akte aldus dat minder wordt geleverd dan P en Q bedoelen. P en Q onderkennen niet dat de notaris hen verkeerd heeft begrepen.

Wie is eigenaar van de strook grond die, uitgaande van de bedoeling van P en Q, ten onrechte niet aan Q is geleverd? Dat is uiteraard P, want weliswaar is er een titel (de koopovereenkomst) voor overdracht, ook wat betreft deze strook, maar levering heeft niet plaatsgevonden (de akte van levering moet immers objectief worden uitgelegd) en dus is wat betreft die strook de eigendom niet overgedragen. Nóg niet, want Q ontleent aan de koopovereenkomst een recht op levering van het resterende. Stel nu dat Q na de eerste, onvolkomen levering de strook grond wel reeds in gebruik heeft genomen, kan nu P zich op het standpunt stellen dat hij eigenaar is, dat Q daarom zich van het gebruik van de strook dient te onthouden en dat P de strook zelf mag gebruiken? Slaagt dus een vordering van P tot revindicatie (art. 5:2 BW)? Het juiste antwoord differentieert tussen uitleg van de goederenrechtelijke respectievelijk de obligatoire rechtsverhouding en combineert die: weliswaar is P inderdaad eigenaar, maar gegeven de inhoud van de onderliggende obligatoire verhouding tussen partijen maakt hij met zijn revindicatievordering misbruik van bevoegdheid. Op grond van diezelfde obligatoire rechtsverhouding zal een eventuele tegenvordering van Q tot medewerking van P aan levering van het ontbrekende wel toewijsbaar zijn (art. 3:296 BW). Dat geldt ook voor de tegenvordering van Q tot veroordeling van P om zich ook tot het moment van die aanvullende levering van het gebruik van de strook grond te onthouden (eveneens art. 3:296 BW).

121. Vergelijk E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 220 e.v.

2.4.3.5 Nog een voorbeeld van differentiëren en combineren: *Van der Star/Beuving c.s.*

Beuving c.s. kochten in 1991 van de Stichting Agrarisch Texel een woonhuis met bijna twee hectare grond. De bestemming was volgens het bestemmingsplan agrarisch en daarom was het onzeker of de gemeente het aan Beuving c.s. zou toestaan om ter plaatse te wonen. Levering vond niet alleen plaats aan Beuving c.s., maar ook aan Van der Star, de agrarische buurman van de onroerende zaak. Volgens de akte van levering werden enerzijds Van der Star en anderzijds Beuving c.s. voor de helft eigenaar. In de betaling van de koopsom droeg Van der Star niet bij. Ook na de levering droeg Van der Star niet in de kosten bij, bijvoorbeeld wat betreft het onderhoud van het woonhuis. De achtergronden van deze op het eerste gezicht ongewone gang van zaken is dat Beuving c.s. met Van der Star als mede-eigenaar hun kansen bij de gemeente wilden vergroten.

In 2007 (Beuving c.s. wonen dan inmiddels 16 jaar ter plaatse) stredden Beuving c.s. en Van der Star vervolgens over de verdeling van de tussen hen bestaande gemeenschap. Volgens Beuving c.s. was de mede-eigendom een papieren constructie en konden zij aanspraak maken op toedeling van het aandeel van Van der Star, zonder dat Van der Star recht had op een uitkering ter zake van overbedeling. Het hof gaf Beuving c.s. gelijk. In cassatie klaagde Van der Star erover dat het oordeel van het hof niet kon deugen; volgens hem stond het de rechter niet vrij een verdeling te gelasten die leidde tot overbedeling van een deelgenoot zonder dat daarbij een vergoeding voor de overwaarde werd vastgesteld. Daarbij beriep Van der Star zich op art. 3:185 lid 2 BW, welke bepaling spreekt van overbedeling als een wijze van verdeling ‘tegen vergoeding van de overwaarde’. De Hoge Raad¹²² verwierp het cassatieberoep met onder meer de volgende overweging:

‘3.5. Het hof heeft bewezen geoordeeld dat het niet de bedoeling van partijen was dat Van der Star in hun onderlinge verhouding daadwerkelijk als mede-eigenaar van het woonhuis zou gelden (rov. 2.4) en dat de mede-eigendomsconstructie niet de strekking had Van der Star jegens Beuving c.s. aanspraken te verlenen op (de helft van de waarde van) het woonhuis (rov. 2.9). Op deze grond achtte het hof de vordering van Beuving c.s. toewijsbaar.

Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat Van der Star weliswaar in goederenrechtelijke zin voor de helft mede-eigenaar van het woonhuis was, maar dat, gelet op hetgeen tussen partijen was overeengekomen, Beuving c.s. in hun verhouding tot Van der Star in verbintenisrechtelijke zin als de enige rechthebbenden met

122. HR 12 juli 2013, LjN BZ8746, NJ 2013/490, m.nt. S. Perrick (*Van der Star/Beuving c.s.*).

betrekking tot het woonhuis golden. Aldus is ten aanzien van het aandeel van Van der Star in de gemeenschap van het woonhuis sprake van een rechtsverhouding (vergelijkbaar met economische eigendom van Beuving c.s. met betrekking tot dat aandeel), inhoudende dat Van der Star op grond van de met Beuving c.s. overeengekomen aard van deze gemeenschap gehouden is bij verdeling zijn aandeel in de gemeenschap van het woonhuis zonder vergoeding aan Beuving c.s. als de enige ware rechthebbenden over te dragen. Gelet daarop heeft het hof met juistheid de verdeling van de gemeenschap aldus vastgesteld dat het aandeel van Van der Star aan Beuving c.s. wordt toegedeeld, zonder enige uitkering ter zake van overbedeling. Anders dan onderdeel 1 betoogt, staat art. 3:185 lid 2 BW hieraan niet in de weg. De in deze bepaling voorkomende vermelding van de wijzen waarop een gemeenschap door de rechter verdeeld kan worden, is niet uitputtend, en de rechter dient de wijze van verdeling te bepalen met inachtneming van de tussen de deelgenoten geldende rechtsverhouding, zulks mede in het licht van het bepaalde in art. 3:166 lid 3 BW.’

Wat was van wie? Het juiste antwoord differentieert: in goederenrechtelijke zin was Van der Star voor de helft mede-eigenaar van het woonhuis, maar in verbintenisrechtelijke zin waren Beuving c.s. de enige rechthebbenden. Een dergelijke differentiatie is niet zo ongewoon als ze mogelijk op het eerste gezicht oogt: zogenaamde economische eigendom is een reeds lang bestaand concept. Bij verdeling worden de goederenrechtelijke en de verbintenisrechtelijke invalshoek gecombineerd. Het aandeel van Van der Star wordt niet ontkend, anders waren Beuving c.s. reeds de enige eigenaren en was verdeling dus niet nodig om dat resultaat te bereiken. Voor de wijze van verdeling is de verbintenisrechtelijke verhouding doorslaggevend. De wet (art. 3:185 lid 2 BW) staat daaraan niet in de weg, want is niet uitputtend. Diezelfde wet (art. 3:166 lid 3 BW) benadrukt zelf ook het belang van de verbintenisrechtelijke invalshoek door voor de rechtsbetrekkingen tussen de deelgenoten naar de norm van art. 6:2 BW, dus naar redelijkheid en billijkheid, te verwijzen.

2.4.3.6 *Levering van niet-registergoederen en vestiging van beperkte rechten op zulke goederen*

Voor de levering van niet-registergoederen geldt de maatstaf van *Stichting Eelder Woningbouw/Van Kammen c.s.* niet. Tot op heden zijn richtinggevend het arrest *ING Bank/Muller q.q.*¹²³ en *De Liser de Morsain/Rabobank*.¹²⁴ In *ING Bank/Muller q.q.* ging het om de vestiging van een stil pandrecht. Uitleg van de titel die tot die vestiging verplicht, geschiedt volgens het arrest aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Op zichzelf is dat niets bijzonders. Wel bijzonder is dat voor de uitleg van de pandakte (dus de akte waarbij een pandrecht is gevestigd), namelijk voor de vraag welke vordering(en) in pand worden gegeven, te rade mag worden gegaan bij de titel. De pandakte wordt dus anders dan bijvoorbeeld een hypotheekakte niet objectief uitgelegd, maar in harmonie met de titel en aldus volgens de Haviltex-maatstaf. De Hoge Raad motiveert deze leer principieel:

‘4.3 Bij het vorenstaande verdient opmerking dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst ook gevolgen heeft voor anderen dan partijen, niet rechtvaardigt een andere maatstaf toe te passen dan de hier bedoelde, uiteraard met dien verstande dat met de rechten van derden rekening dient te worden gehouden op de voet van art. 3:36 BW. Laatstgenoemde bepaling speelt in dit geding echter geen rol. Ook de omstandigheid dat een overeenkomst de titel vormt voor de vestiging van een – tegen derden in te roepen – pandrecht, rechtvaardigt op zichzelf niet een andere maatstaf toe te passen. Daarbij is van belang dat met betrekking tot de hier aan de orde zijnde vraag – voor welke vordering wordt pand gegeven – de wet niet meer eisen stelt, dan dat deze vordering voldoende bepaalbaar is (art. 3:231 lid 2). Indien de verpanding bij akte heeft plaatsgevonden en de vordering in de akte niet nauwkeurig is omschreven, zal voor die bepaalbaarheid dan ook veelal te rade moeten worden gegaan bij de contractuele verhouding tussen pandgever en pandhouder. Daargelaten de eisen die (overigens) aan de inhoud van een pandakte moeten worden gesteld – vgl. HR 29 juni 2001, nr. C99/296, NJ 2001, 662 – is er geen reden om bij de uitleg van die verhouding wat dit betreft een andere maatstaf toe te passen dan de gebruikelijke.’

In *De Liser de Morsain/Rabobank* ging het om de uitleg van een cessieakte. Het is consequent dat de Hoge Raad voor dat geval voor dezelfde leer kiest.

123. HR 20 september 2002, LjN AE3381, NJ 2002/610, m.nt. C.E. du Perron (*ING Bank/Muller q.q.*).

124. HR 16 mei 2003, LjN AF4602, NJ 2004/183, m.nt. W.M. Kleijn (*De Liser de Morsain/Rabobank*).

Daarbij spreekt de Raad van ‘vaste rechtspraak’, daarmee markerend dat de praktijk ervan op aan kan dat het een volgende keer niet anders zal zijn:

‘4.3 (...) Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is voor het overdragen of verpanden van vorderingen op naam vereist, maar ook voldoende, dat de desbetreffende akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld, om welke vordering(en) het gaat. (...)

4.4 Onderdeel 2b klaagt terecht, dat voor de bepaling van de inhoud van een akte van cessie niet slechts van belang is, hetgeen uit de desbetreffende akte zelf blijkt. Het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.’

Een radicale koerswijziging lijkt mij niet te verwachten en is gelet op de rechtszekerheid ook bepaald ongewenst.¹²⁵

Intussen lijken mij enkele nuanceringen op hun plaats. In de eerste plaats betekent de toepasselijkheid van de Haviltex-maatstaf nog niet dat in het geval de voor uitleg relevante feiten en omstandigheden in verschillende richtingen wijzen, niet een argument zou mogen zijn dat partijen zich ervan bewust konden zijn dat de door hen verrichte rechtshandeling ook de positie van derden raakt en dat daarom objectief kenbare feiten en omstandigheden met extra gewicht behoren te worden meegewogen (zo men wil: geobjectiveerde Haviltex *light*). In de tweede plaats is de vestiging van een beperkt recht op een vorderingsrecht niet vormvrij, evenmin als de levering van een vorderingsrecht (art. 3:98 jo. 3:98 BW, met een *lex specialis* voor het stille pandrecht in art. 3:239 BW). Reeds daarom zijn er grenzen aan de uitleg van de door de akte belichaamde rechtshandeling.¹²⁶

Dat krijgt nog extra nadruk door het door de Hoge Raad bedoelde bepaaldheidsvereiste. In de derde plaats kan art. 3:36 BW zich doen gelden, wat dan uiteraard wel veronderstelt dat sprake is van voortbouwend handelen door de derde die zich op die bepaling beroept.

125. Dat nog steeds een ‘subjectieve uitleg’ van cessie- en pandakten geldt en ook behoort te gelden, wordt met verve verdedigd door F.J.L. Kaptein, *Pandrecht: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Bju 2016. Zie voor een samenvatting van zijn argumenten p. 110 van dat proefschrift.

126. Voor het verband tussen vormvoorschrift en uitleg, zie onder par. 2.1.4. Vergelijk ook de nu volgende bespreking van de rechtspraak over huwelijkse voorwaarden (onder par. 2.4.4.1).

2.4.4 Uitleg in het familievermogensrecht

2.4.4.1 Uitleg van huwelijkse voorwaarden

Huwelijkse voorwaarden moeten volgens vaste rechtspraak aan de hand van de Haviltex-maatstaf worden uitgelegd.¹²⁷ De omstandigheid dat die voorwaarden op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan (art. 1:115 lid 1 BW), heeft echter tot gevolg dat er een grens zit aan de mogelijkheid om met behulp van uitleg de huwelijkse voorwaarden wat anders te laten zeggen dan ze zeggen. In de zaak die leidde tot het belangwekkende arrest van 18 juni 2004¹²⁸ had de man betoogd dat de staande huwelijk alsnog gemaakte huwelijkse voorwaarden uitsluitend tot doel hadden het gemeenschappelijk vermogen te vrijwaren van zijn mogelijke toekomstige zakelijke schuldeisers. Na echtscheiding behoorde volgens hem te worden afgerekend als bestond er tussen partijen nog steeds de wettelijke gemeenschap. Over dat betoog was het hof kort:

‘Door het maken van huwelijkse voorwaarden hebben partijen uitdrukkelijk gekozen voor een bepaald huwelijkvermogensregime. De akte van huwelijkse voorwaarden is duidelijk en niet voor tweërlei uitleg vatbaar. De bedoeling van partijen noch de redelijkheid en billijkheid kunnen hieraan afdoen.’

Het zal duidelijk zijn dat deze overweging in strijd is met de Haviltex-maatstaf *zoals die bij consensuele rechtshandelingen behoort te worden toegepast*. Huwelijkse voorwaarden zijn echter niet consensueel van aard. Dat maakt volgens Hoge Raad het verschil:

‘4.2 Voor zover het hof heeft overwogen dat de bedoeling van partijen niet kan afdoen aan de akte van huwelijkse voorwaarden, moet zijn arrest klaarblijkelijk aldus worden verstaan dat de gemeenschappelijke bedoeling van partijen hun vermogensrechtelijke verhouding in hun onderlinge relatie ongewijzigd te laten, alsof zij nog steeds

127. HR 28 november 2003, *LJN AK3697*, *NJ 2004/116*, HR 6 oktober 2006, *LJN AX8847*, *NJ 2008/565*, m.nt. L.C.A. Verstappen, HR 19 januari 2007, *LJN AZ1106*, *RvdW 2007/107*, HR 3 september 2010, *LJN BM6085*, *NJ 2011/5*, m.nt. L.C.A. Verstappen en HR 25 februari 2011, *LJN BO7277*, *NJ 2011/99*. In de literatuur is objectivering bepleit. Zie onder meer: T.H. Tanja-van den Broek, ‘Uitleg van overeenkomsten in het familierecht’, *WPNR 2005*, afl. 6642, p. 862; W.G. Huijgen, B.E. Reinhartz & C.G. Breedveld-de Voogd, *Het Nederlandse Huwelijkvermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2012/IV.19; J.W.A. Biemans, ‘DSM/Fox en uitleg van notariële akten — (nog) geen “vloeiende overgang” van overeenkomst naar notariële akte’, *MvV 2015*, p. 159 e.v.; T.M. Subelack, ‘De uitleg van familierechtelijke contracten’, *EB 2016/23*. De Haviltex-maatstaf biedt voor (bepaalde) objectivering ook de ruimte.

128. HR 18 juni 2004, *LJN AO7004*, *NJ 2004/399*.

in gemeenschap van goederen waren gehuwd, de tussen hen overeengekomen huwelijkse voorwaarden niet kan vervangen. Voor zover het middel tegen deze aldus opgevatte beslissing is gericht, kan het geen doel treffen. Een gemeenschappelijke partijbedoeling als hier aan de orde, die een stilzwijgend gesloten overeenkomst tussen echtgenoten inhoudt waarbij dezen de vermogensrechtelijke betrekkingen die tussen hen als echtgenoten zullen bestaan, regelen in afwijking van hetgeen tussen hen zonder die overeenkomst zou gelden, dient immers ook zelf te worden aangemerkt als huwelijkse voorwaarde in de zin van art. 1:114 BW. Krachtens art. 1:115 BW moeten huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan. Deze notariële tussenkomst strekt mede tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden (vgl. HR 27 juni 2003, nr. R02/057HR, NJ 2003, 524); daarom kan van conversie in een enkel tussen partijen geldende regeling geen sprake zijn (HR 2 mei 1986, nr. 12589, NJ 1987, 353). In dit licht heeft het hof terecht beslist zoals het heeft gedaan en kunnen ook de tegen deze beslissing gerichte motiveringsklachten niet tot cassatie leiden.’

Dus geen uitleg die ertoe leidt dat in de huwelijkse voorwaarden niet staat wat er staat. En ook geen route van differentiëren en combineren (vergelijk onder par. 2.4.3.3), in die zin dat tussen de echtgenoten iets anders geldt dan ten opzichte van derden (met name schuldeisers).¹²⁹ Betekent dit dat de beweerde partijbedoeling geen gevolg heeft? Nee, het arrest gaat verrassend verder:

‘4.3 Voor zover het middel opkomt tegen ’s hofs overweging dat ook de eisen van redelijkheid en billijkheid niet kunnen afdoen aan de tussen partijen overeengekomen huwelijkse voorwaarden, treft het evenwel doel, omdat het hof met dit oordeel heeft miskend dat een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (vgl. onder meer HR 25 november 1988, nr. 13363, NJ 1989, 529, en HR 29 september 1995, nr. 15756, NJ 1996, 88). Daarbij verdient aantekening dat bij de beantwoording van de vraag of bij de afrekening tussen voormalige echtelieden na ontbinding van het huwelijk op grond van redelijkheid en billijkheid dient te

129. De reden hiervoor kan men met T.H. Tanja-van den Broek, ‘Uitleg van overeenkomsten in het familierecht’, *WPNR* 2005, afl. 6642, p. 862, erin zoeken dat publicatie van huwelijkse voorwaarden geen geldigheidsvereiste is, doch slechts nodig voor derdenwerking (art. 1:116 BW), anders dan de publicatie van de transport- of vestigingsakte bij registergoederen.

worden afgeweken van de huwelijkse voorwaarden, zeer wel belang kan worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk, ook als dat gedrag afweek van de huwelijkse voorwaarden.’

Uitleg wordt nu niet gecombineerd met een andere uitleg in een andere verhouding, maar in plaats daarvan met de gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid: kort gezegd, niet differentiëren maar wel combineren. Dat biedt de nodige flexibiliteit. De gemeenschappelijke bedoeling van partijen om toekomstige zakelijke schuldeisers van de man buiten de deur te houden, heeft niet zonder meer tot gevolg dat tussen partijen de huwelijkse voorwaarden moeten worden weggedacht, maar is wel medebepalend voor de afwikkeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap. Daarbij kan ook rekening worden gehouden met de ratio van de notariële bijstand (voorlichting van partijen). Indien er reden is om te vermoeden dat bij een behoorlijke voorlichting partijen hun gemeenschappelijke bedoeling zouden hebben laten varen, zal aan die bedoeling veel minder (of geen) gewicht toekomen.

2.4.4.2 Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen

Art. 4:46 BW bevat een eigen regeling voor de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen. Het eerste lid is geheel in overeenstemming met de inzichten waarop onder meer de Haviltex-norm berust: bij de uitleg moet worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en op de omstandigheden waaronder hij is gemaakt. Het tweede lid is spannender:

‘Daden of verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil mogen slechts dan voor uitlegging van een beschikking worden gebruikt, indien deze zonder die daden of verklaringen geen duidelijke zin heeft.’

Op het eerste gezicht staat deze bepaling op gespannen voet met Haviltex. Bij nadere beschouwing is dat toch niet waar. Een uiterste wilsbeschikking is geen consensuele rechtshandeling. Bovendien is als extra waarborg de bemoeienis van een notaris verplicht (art. 4:94 BW). Dat verklaart dat de speelruimte bij uitleg beperkter is.¹³⁰ Bij de invulling van het tweede lid van art. 4:46 BW klinkt in literatuur en rechtspraak Haviltex duidelijk door. Er zit ruimte in de norm dat de uiterste wil geen duidelijke zin heeft

130. Vergelijk over het verband tussen Haviltex en het consensualisme onder par. 2.1.4 en specifiek met betrekking tot huwelijkse voorwaarden, waarvoor eveneens verplichte notariële bijstand geldt, onder par. 2.4.4.1.

zonder daden of verklaringen buiten die uiterste wil,¹³¹ en een uiterste wil die volgens haar bewoordingen duidelijk is, kan toch onduidelijk zijn in de zin van lid 2.¹³² Daarnaast kan ook lid 3 met betrekking tot klaarblijkelijke vergissingen helpen om ook bij de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen maatwerk te leveren. Dat maatwerk behoeft niet werkelijk onder te doen voor het resultaat van toepassing van de ongebreidelde Haviltex-norm.¹³³

2.4.5 Uitleg in het rechtspersonenrecht

2.4.5.1 Uitleg van statuten

De statuten van een rechtspersoon zijn samen met de wet bepalend voor het rechtsregime dat zowel de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon beheerst, als de verhouding tussen de rechtspersoon en derden. Dat pleit voor een objectieve uitleg van die statuten, vergelijkbaar met de zogenaamde CAO-norm, en die objectieve uitleg is ook de heersende leer in de literatuur.¹³⁴ Tegelijk vinden we in de literatuur en de (lagere) rechtspraak allerlei nuanceringen.¹³⁵ Dat is begrijpelijk. Lang niet altijd zijn de verhoudingen tot derden (zowel ‘externe’ derden als bijvoorbeeld nieuwe aandeelhouders) in het geding. Ook zijn er rechtspersonen in diverse soorten en maten. Een joint venture wordt veelal door de deelnemende partijen eerder als een contractvorm beleefd dan als een echte rechtspersoon (die ze intussen toch wel is). En een B.V. met niet meer dan twee aandeelhouders ligt in belangrijke mate in het verlengde van een personenvennootschap (die een contractuele rechtsbetrekking is).

Diverse nuanceringen op het uitgangspunt van een objectieve uitleg van statuten zijn op hun plaats:

1. Het karakter van een bepaling wordt niet (in ieder geval niet uitsluitend) bepaald door haar plaatsing in de statuten (of in plaats daarvan bijvoorbeeld in een aandeelhoudersovereenkomst). Dat karakter wordt wel bepaald door de materie die door de bepaling wordt geregeld en de werking ten opzichte van derden. Statutaire bepalingen kunnen

131. Vergelijk bijv. HR 8 februari 2013, LJN BY2595, NJ 2013/238, m.nt. S. Perrick.

132. Asser/Perrick 4 2013/169.

133. Vergelijk A.M. van Riemsdijk & F. Schonewille, *De uitleg van het testament*, Apeldoorn: Maklu uitgevers 2014.

134. Aldus ook die heersende leer in de literatuur. Onder meer: Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/181; J.W.A. Biemans, *Uitleg van notariële akten* (Ars Notariatus 160), 2015/1.4.6. Rechtspraak van de Hoge Raad ontbreekt tot nu toe.

135. Vergelijk J.R. Hurenkamp, ‘Statuten, een kwestie van uitleg op maat’, *MvV* 2015, p. 159 e.v., S. Rijpma, ‘Uitleg van statuten, een objectieve Haviltex?’, *TOP* 2014, p. 20 e.v. en de in de volgende noten genoemde auteurs.

- ook zuiver contractueel van aard zijn en moeten in dat geval aan de hand van de Haviltex-maatstaf worden uitgelegd.¹³⁶
2. Ook als een bepaling zuiver institutioneel van aard is, betekent dit niet dat een objectieve uitleg het laatste en enige woord behoeft te hebben.¹³⁷ Wanneer de statuten niet sporen met de bedoelingen van de oprichters van de rechtspersoon kan in hun onderlinge (obligatoire) verhouding iets anders gelden. Dat kan hen verplichten tot medewerking aan een aanpassing van de statuten en kan in de weg staan aan vorderingen die op zichzelf steun in (een objectieve uitleg van) de statuten vinden. Vergelijk wat onder par. 2.4.3.2 e.v. is gezegd over differentiëren en combineren op het grensvlak van goederen- en verbintenissenrecht.
 3. Voor zover een onderscheid tussen de obligatoire en de statutaire verhouding al niet zou mogen worden gemaakt, betekent dit nog niet dat gerechtvaardigde onderlinge verwachtingen geen plaats kunnen krijgen. Volgens art. 2:8 BW zijn redelijkheid en billijkheid immers medebepalend voor wat tussen de betrokkenen geldt, eventueel ook in die zin dat op een statutaire bepaling in een bepaalde situatie (waaronder ook uittreding of liquidatie) geheel of gedeeltelijk geen beroep kan worden gedaan (niet differentiëren maar wel combineren). Vergelijk de onder par. 2.4.4.1 besproken rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot huwelijkse voorwaarden en de afrekening na ontbinding van het huwelijk.
 4. De personen die krachtens wet en statuten bij het reilen en zeilen van de rechtspersoon betrokken zijn, acteren in voortdurende onderlinge interactie, niet wezenlijk anders dan de partijen in een duurverhouding van contractuele aard. Waar zij onderling op kunnen en mogen rekenen kan daarom in de loop der tijd veranderen (vergelijk hiervoor onder par. 2.1.5.2). Dit betekent dat ook in een later stadium en niet uitsluitend tussen de oprichters van de rechtspersoon de onder 2 en 3 bedoelde rechtsgevolgen kunnen intreden.

2.4.5.2 Uitleg van de 403-verklaring

Bij een zogenaamde 403-verklaring als bedoeld in art. 2:403 lid 1 onder f BW verklaart de ene groepsmaatschappij (A) in het openbaar (via het handelsregister) dat zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen van de andere groepsmaatschappij (B) voortvloeiende schulden. Het belang wat het concern hierbij heeft is een vrijstelling van de regels van het jaarrekeningenrecht van titel 2.9 BW voor groepsmaatschappij B

136. Vergelijk J.M. Smits, 'Over de uitleg van statuten ener rechtspersoon; een deels rechtsvergelijkende bijdrage', *S&V* 1999, p. 123.

137. Vergelijk D.F.M.M. Zaman & S.A. Kruisinga, 'Uitleg van statuten', *TvOB* 2014, afl. 6, p. 182.

(in plaats daarvan kan het concern met een geconsolideerde jaarrekening volstaan). De prijs is uiteraard aansprakelijkheid van groepsmaatschappij A jegens derden conform de afgegeven verklaring.

Op welke schulden (voortvloeiend uit welke rechtshandelingen) de aansprakelijkstelling ziet, is een kwestie van uitleg van de verklaring. De daarbij aan te leggen maatstaf is volgens de SNS-beschikking van de Hoge Raad¹³⁸ als volgt:

‘4.34.2 Bij de uitleg van de door SNS Reaal afgegeven 403-verklaring heeft de ondernemingskamer in rov. 6.60 in aanmerking genomen dat deze verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte, eenzijdige rechtshandeling is, dat bij een dergelijke rechtshandeling per definitie derden geen invloed hebben op haar bewoordingen en dat de overwegingen die ten grondslag liggen aan de wijze waarop de betrokken bepalingen zijn geredigeerd, voor die derden niet kenbaar zijn. Op grond van deze in cassatie niet bestreden overwegingen heeft de ondernemingskamer de 403-verklaring, overeenkomstig het arrest van HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493 (DSM/Fox), uitgelegd naar objectieve maatstaven. De ondernemingskamer heeft hiermee de juiste uitleg-maatstaf gehanteerd.’

De 403-verklaring is een eenzijdige rechtshandeling, die bovendien niet in de gewone zin van het woord een gericht karakter draagt; de verklaring wordt neergelegd bij het handelsregister en is niet tot een of meer *bepaalde* personen gericht. Tegelijk gaat de verklaring derden wel degelijk aan en is het wezenlijk dat die derden op de inhoud van de verklaring af kunnen gaan. Niet zozeer het eerste (eenzijdige rechtshandeling, niet gericht) maar wel het laatste (functie ten opzichte van derden) is bepalend, al zegt de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden. Alleen de functie van de 403-verklaring ten opzichte van derden kan immers de keuze voor een uitleg naar objectieve maatstaven verklaren. Naar valt aan te nemen komt die uitleg naar objectieve maatstaven neer op de CAO-norm.¹³⁹

138. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, NJ 2015/361, m.nt. J.W. Winter en P. van Schilfgaarde (*Minister van Financiën/VEB c.s.*).

139. Aldus onder meer C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 262.

Hoofdstuk 3

Uitleg in zijn verhouding tot de andere bronnen van art. 6:248 BW

Mr. W.L. Valk

3.1 Niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen

De bepaling van art. 6:248 lid 1 BW is even bekend als fundamenteel:

‘Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.’

De rechtsgevolgen van een overeenkomst worden niet alleen bepaald door wat partijen zijn overeengekomen — door uitleg vast te stellen —, maar ook door andere factoren, die deels geschreven en deels ongeschreven recht betreffen. De vraag die in dit hoofdstuk wordt verkend is hoe uitleg zich tot die andere factoren verhoudt; daarmee wordt het uitlegleerstuk dus zelf in context geplaatst. Ik spreek welbewust van een *verkenning*: vele van de kwesties die hierna slechts worden aangeroerd, zijn complex genoeg om een afzonderlijke studie te rechtvaardigen. Ook beperk ik mij tot de overeenkomst. Veel van de gemaakte opmerkingen zijn *mutatis mutandis* ook geldig voor andere rechtshandelingen, maar zeker niet alle.

De verschillende bronnen waaruit volgens art. 6:248 BW de rechtsgevolgen van een overeenkomst voortvloeien, zijn principieel ongelijkwaardig. Eén bron wordt met vanzelfsprekendheid vooropgesteld: ‘de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen’. Ook de andere bronnen bepalen de rechtsgevolgen van een overeenkomst, maar vanuit een secundaire positie. Dit wordt benadrukt door de tussenzin ‘naar de aard van de overeenkomst’. Wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid hebben niet zomaar rechtsgevolgen, maar die welke bij de aard van de overeenkomst passen. Hoe stellen we ‘de aard van de overeenkomst’ vast? Uiteraard opnieuw door uitleg. De centrale positie van de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen betekent dus tegelijk ook een centrale positie voor uitleg.

Ik houd het nu op deze aan de wet ontleende voorstelling van zaken en laat de ballast van het decennialange debat over normatieve uitleg in dit preadvies graag liggen.

3.2 Uitleg en aanvullend en dwingend recht

3.2.1 Inleiding

De wetgever bemoeit zich met de rechtsgevolgen van overeenkomsten. Daarmee faciliteert hij de praktijk van het contracteren. Die praktijk zou ernstig worden bemoeilijkt indien partijen steeds zelf tot in detail hun rechten en plichten zouden moeten regelen. Kwesties als opeisbaarheid, plaats van aflevering, toerekening van betalingen (imputatie), maar ook de rechten in geval van niet-nakoming: opschorting, schadevergoeding en ontbinding – *alles* zouden partijen onder ogen moeten zien. En voor zover zij dat niet zouden doen (wat voor de hand ligt, want de praktijk van het contracteren drijft op vertrouwen en niet op papier) zouden we een behoorlijke regeling van al deze rechtsgevolgen door middel van uitleg achteraf partijen in de mond moeten leggen (wat uiteraard meer ‘inleg’ dan uitleg is).

Er is echter nóg een reden waarom de wetgever zich met het contractenrecht bemoeit. De wetgever heeft ook een opvatting over wat de rechtsgevolgen van bepaalde overeenkomsten *behoren* te zijn. Het duidelijkst treedt het normatieve karakter van het door de wetgever gegeven contractenrecht naar voren in dwingendrechtelijke bepalingen, maar ook veel aanvullend recht is niet kleurloos van aard en veronderstelt integendeel een voorkeur van de wetgever, zij het ook dat de wetgever erkende dat partijen goede redenen kunnen hebben om iets anders af te spreken en hen dat daarom niet heeft willen verbieden.¹⁴⁰

3.2.2 Kwalificatievragen

Zowel bij dwingend als aanvullend recht is noodzakelijkerwijs een kwalificatievraag aan de orde. Valt een rechtshandeling onder het bereik van de regel van dwingend respectievelijk aanvullend recht? Is bijvoorbeeld sprake van een arbeidsovereenkomst, met als gevolg dat de dwingendrechtelijke regels van titel 7.10 BW van toepassing zijn, of dient de rechtsverhouding anders te worden gekwalificeerd, bijvoorbeeld als opdracht? Of (om een ander voorbeeld te geven) is sprake van lastgeving en heeft de lasthebber twee heren gediend en doet zich wel of niet het geval voor dat de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van beide lastgevers is uitgesloten (art. 7:417 lid 1 BW)? Het spreekt vanzelf dat beantwoording van dergelijke kwalificatievragen uitleg van de rechtshandeling veronderstelt. Om te kunnen vaststellen of

140. Vergelijk Asser/Scholten, *Algemeen deel* 1974, p. 22, die betoogt dat wat betreft de meeste regels van aanvullend recht bij de wetgever het streven naar gerechtigheid domineert.

sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet, zal men de rechtsverhouding moeten uitleggen. Met de vraag of sprake is van lastgeving en of de inhoud van de rechtshandeling zodanig nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van beide lastgevers is uitgesloten, is het niet anders.

Aldus is het karakter van de beantwoording van de bedoelde kwalificatievragen nog niet volledig aangeduid. Naast uitleg van de rechtsverhouding tussen partijen, komt het aan op uitleg van de wettelijke regel die wel of niet toepassing behoort te vinden. Beantwoording van de kwalificatievraag bepaalt het toepassingsbereik van de wettelijke regeling en dus behoren we acht te slaan op de ratio van de wettelijke regeling (wat wilde de wetgever met die regeling bereiken en welke functie vervult de wettelijke regeling bij de huidige stand van het recht?).

In het bekende beeld van Engisch is het toepassen van rechtsnormen op de feiten ‘ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt’.¹⁴¹ Bij kwalificatievragen letten we daarbij aan de normzijde niet alleen op de maatstaf voor de uitleg van de te kwalificeren rechtshandeling (Haviltex), maar ook op de strekking van het dwingende of aanvullende recht dat op toepasselijkheid aanspraak maakt. De rechtspraak biedt hiervan talloze voorbeelden. In het kader van deze verkenning is het voldoende dat ik er twee zeer kort aanduid. Een advocaat leent geld voor privédoeleinden maar stelt tegelijk als vertegenwoordiger van zijn advocatenkantoor zekerheid voor de nakoming van die kredietovereenkomst. Is hij een ‘consument’ in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen? Beantwoording van die vraag is zowel een kwestie van uitleg van de kredietovereenkomst als van de richtlijn.¹⁴² Valt een overeenkomst waarbij tegen betaling zogenaamde timeshare-rechten worden toegekend, te beschouwen als ‘huur’ in de zin van de wettelijke regeling van die bijzondere overeenkomst? Opnieuw is een dubbele uitlegvraag aan de orde, die met betrekking tot de overeenkomst en die met betrekking tot de wettelijke regeling van de huur. En dat is meer dan het afvinken van de verschillende elementen van de wettelijke definitie van huur. Het gaat erom

‘of in de gegeven omstandigheden, gelet op hetgeen partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten voor ogen stond, de inhoud en strekking van de overeenkomsten van dien aard zijn dat deze in hun geheel beschouwd als huurovereenkomsten kunnen worden aangemerkt’.¹⁴³

Het sterk beschermende karakter van een dwingendrechtelijke regel kan reden zijn om de kwalificatievraag spoedig bevestigend te beantwoorden,

141. Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg: C. Winter 1963, p. 13.

142. HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, NJ 2016/339, m.nt. M.B.M. Loos (*Costea*).

143. HR 11 februari 2011, LJN BO9673, NJ 2012/73, m.nt. A.L.M. Keirse (*Schena c.s./Akgi c.s.*).

waarmee we ontduiking van die regel tegengaan. Tegen dezelfde achtergrond is er in geval van dwingend recht ook alle reden om de kwalificatievraag strikt objectief te benaderen, in die zin dat van geen belang is hoe partijen hun verhouding zelf kwalificeren. Partijen moeten de gelding van het dwingende arbeidsrecht niet kunnen ontgaan door boven hun schriftelijke overeenkomst de woorden ‘overeenkomst van opdracht’ te plaatsen. In geval van aanvullend recht zullen de teugels in het algemeen minder strak worden aangetrokken. Waar het partijen in beginsel vrij staat om van de wettelijke regel af te wijken, is er minder spoedig bezwaar tegen om partijen te volgen in de wijze waarop zij zelf hun rechtsverhouding hebben gekwalificeerd. Maar ook in geval van aanvullend recht geldt mijns inziens dat men de ratio van de regeling bij de beantwoording van de kwalificatievraag behoort mee te wegen.

3.2.3 De voorbeeldfunctie van aanvullend recht

Ik merkte onder par. 3.2.1 op dat ook aanvullend recht doorgaans niet kleurloos van karakter is. De wetgever achtte een bepaalde regeling in het algemeen het meest rechtvaardig, maar erkende dat er omstandigheden kunnen zijn waarin een andere regeling gepast is en heeft daarom zijn regeling niet dwingend aan partijen willen voorschrijven. Als deze voorstelling van zaken juist is, ligt het voor de hand aan aanvullend recht een voorbeeldfunctie toe te kennen.

Bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling treedt die voorbeeldfunctie vooral aan het licht bij de toetsing van algemene voorwaarden aan de norm dat zulke voorwaarden niet onredelijk bezwarend mogen zijn in de zin van art. 6:233 onder a BW, respectievelijk niet oneerlijk in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU moet bij overeenkomsten met consumenten de rechter zich de vraag stellen of een beding afwijkt van hetgeen zonder het beding zou gelden, dus op grond van het aanvullende recht (de vergelijkingstoets), en moet hij zich vervolgens afvragen of de gebruiker van de voorwaarden ervan mocht uitgaan dat als hij op eerlijke en billijke wijze met de consument zou hebben onderhandeld, de consument het beding zou hebben aanvaard (de fictieve onderhandelingstoets).¹⁴⁴ Het zal duidelijk zijn dat aldus aan het aanvullend recht een sterk normerend karakter wordt toegekend. Alleen een gebruiker van algemene voorwaarden met een goed verhaal over de redenen om van het aanvullende recht af te wijken (*goed óók* vanuit het perspectief van de consument), kan erop rekenen dat zijn bedingen overeind blijven.¹⁴⁵

144. HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, NJ 2013/374, m.nt. M.R. Mok (*Aziz*).

145. Vergelijk over de voorbeeldfunctie van aanvullend recht bij de toetsing van algemene voorwaarden Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/484 en M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2013, nr. 247 e.v.

Wanneer we het normatieve karakter van aanvullend recht erkennen, ligt het voor de hand om aan dat aanvullende recht ook een voorbeeldfunctie toe te kennen bij de uitleg van contractuele bepalingen. Traditioneel zijn we gewend om aanvullend recht aldus op te vatten dat het zijn belang verliest zodra we vaststellen dat partijen op het desbetreffende punt iets zijn overeengekomen. Dat lijkt mij onjuist.¹⁴⁶ In de eerste plaats behoort een onduidelijk beding mijns inziens veelal in overeenstemming met het aanvullende recht te worden uitgelegd; we behoren niet te gemakkelijk aan te nemen dat partijen bedoeld hebben van de wettelijke regeling af te wijken. Ik zeg ‘veelal’, want ik bedoel geen vaste regel, maar een gezichtspunt dat bij de toepassing van de Haviltex-norm tegen andere gezichtspunten kan worden afgewogen. In de tweede plaats ligt voor de hand een afwijking van het aanvullende recht zo veel mogelijk restrictief op te vatten. Ik bedoel dit weer als een gezichtspunt in dezelfde zin.

In de Nederlandse literatuur is bij mijn weten de voorbeeldfunctie van aanvullend recht bij uitleg niet eerder beschreven. Ze past echter mijns inziens in een rechtsontwikkeling die het onderscheid tussen dwingend en aanvullend recht relateert en de verantwoordelijkheid benadrukt van de partij die het initiatief neemt tot een afwijking van het aanvullende recht. Uiteraard is die verantwoordelijkheid niet in alle verhoudingen even groot. In de verhouding tussen een professionele partij en een consument is die verantwoordelijkheid mogelijk het sterkst. Maar in andere gevallen ontbreekt zij niet geheel. Ook bij de uitleg van rechtshandelingen is dat iets om rekening mee te houden. Dat kan met de door mij bedoelde gezichtspunten.¹⁴⁷

3.2.4 Conformerende uitleg en Europees recht

De zojuist besproken voorbeeldfunctie van aanvullend recht bij uitleg zou men een vorm van ‘conformerende uitleg’ kunnen noemen: bij de uitleg van een rechtshandeling let de rechter mede op de norm die de wetgever

146. Die opvatting contrasteert ook opvallend met onze opvatting van afstand van recht. Die afstand veronderstelt kennis van het recht wat wordt prijsgegeven, althans de toerekenbare schijn daarvan. Vergelijk R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht* (Mon. BW, deel A6a), Deventer: Kluwer 1992, nr. 15. Uiteraard is het (vooraf) afwijken van aanvullend recht niet hetzelfde als het (achteraf) prijsgeven van een eerder verkregen recht, maar het valt niet te ontkennen dat er materieel overeenstemming is en dat het afwijken van aanvullend recht veel weg heeft van afstand van recht bij voorbaat.

147. Binnen het beperkte bestek van dit preadvies spreek ik niet afzonderlijk over de voorbeeldfunctie van *dwingend recht*. Toch één korte opmerking. Via conversie (art. 3:42 BW) wordt hetzelfde resultaat bereikt als met een uitleg die een op het eerste gezicht met dwingend recht strijdige rechtshandeling zodanig modificeert dat zij juist niet nietig of vernietigbaar is. Anders gezegd, het bestaan van de conversieregel toont aan dat ook een uitleg zo veel mogelijk in overeenstemming met dwingend recht, alleszins legitiem is. Anders Asser/Hartkamp 3-I 2015/104, die een tegenstelling suggereert met de figuur van verdragsconforme interpretatie in het EU-recht.

met het aanvullende recht heeft aanvaard als in het algemeen het meest verkieselijk en hij legt hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs hebben mogen begrijpen bij voorkeur in overeenstemming daarmee uit.¹⁴⁸

Een dergelijke conformerende uitleg van rechtshandelingen is ook binnen het Europese recht een bekend verschijnsel. Ze is waarschijnlijk verplicht wat betreft verdragsbepalingen met directe horizontale werking.¹⁴⁹ Daarnaast wordt in de literatuur een facultatieve richtlijnconforme uitleg beschreven.¹⁵⁰ In de literatuur wordt verder de verwachting uitgesproken dat het Hof van Justitie ook aan (delen van) het Handvest directe horizontale werking zal toekennen, met als gevolg dat ook een verplichting tot uitleg in overeenstemming met het Handvest aannemelijk is.¹⁵¹

Een dergelijke verplichting tot uitleg in overeenstemming met het EU-Handvest zou aansluiten bij de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de bekende *Pla*-zaak:¹⁵² een uitleg van een testament die onnodig tot de uitkomst leidt dat een geadopteerd (klein)kind niet meedeelt in de erfenis, is in strijd met art. 8 en 14 EVRM.¹⁵³

3.3 Uitleg en gewoonte

Het praktisch belang van gewoonterecht is binnen ons nationale rechtstelsel in de afgelopen eeuw sterk afgenomen. Door de beschikbaarheid van snel en relatief goedkoop vervoer en het gebruik van snelle, zelfs *realtime* communicatiemiddelen, is het handelen van mensen veel minder plaatsgebonden. Veel lokale gebruiken hebben daardoor hun betekenis verloren. Maar dit kan niet het hele verhaal zijn. Er bestaan tot op de dag van van-

148. Een zeer brede strekking krijgt het begrip conforme of conformerende uitleg bij P.S. Bakker, *'Rechtsgemeenschapsconforme' uitleg: enige beschouwingen over het uitleggen van contracten*, Preadvies Christen Juristen Vereniging, Zutphen: Uitgeverij Paris 2005.

149. Zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/101 e.v. met een (voorzichtig) beroep op het arrest *Coloroll*: HvJ EU 28 september 1994, C-200/91, NJ 1995/383. Vergelijk ook M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, nr. 396.

150. Asser/Hartkamp 3-I 2015/190 en Wissink, a.w., nr. 395 e.v. Voor een geval van uitleg van een overeenkomst in overeenstemming met de strekking van de EG-verordening, zie Hof Arnhem 19 februari 2008, TvAR 2009/5528.

151. Asser/Hartkamp 3-I 2015/231f. Vergelijk ook C.H. Sieburgh, 'Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt', *RMThemis* 2015, afl. 1, p. 3 e.v.

152. EHRM 13 juli 2004, NJ 2005/508, m.nt. J. de Boer (*Pla & Puncernau/Andorra*).

153. Vergelijk ook EHRM 16 december 2008, NJ 2010/149, m.nt. E.A. Alkema, AB 2009/286, m.nt. T. Barhuysen en M.L. van Emmerik (*Mustafa/Zweden*). Een voorbeeld van uitleg in overeenstemming met het EVRM uit de Nederlandse rechtspraak is Hof Amsterdam 1 maart 2011, LJN BR1722 (restrictieve uitleg van arbitragebeding tegen achtergrond van art. 6 EVRM en art. 17 Grondwet). Voor een beknopt overzicht van de problematiek en de vele meningen, zie F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Mon. BW, deel B54), Deventer: Wolters Kluwer 2016/15. Vergelijk ook het Belgische proefschrift van N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten: een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2009, nr. 726 e.v.

daag allerlei branchegebruiken en in nieuwe branches ontstaan ook volop nieuwe gebruiken. Toch plegen Nederlandse juristen zelden te spreken in termen van gewoonterecht. De verklaring daarvoor is dat de maatlat voor het aannemen van gewoonterecht nogal hoog ligt,¹⁵⁴ terwijl er thans andere, meer flexibele mechanismen bestaan om aan een branchegebruik recht te doen. In de eerste plaats is sinds de jaren zestig het ongeschreven recht van redelijkheid en billijkheid (eerder: ‘objectieve goede trouw’) opgekomen. Branchegebruiken kunnen gemakkelijk worden gepresenteerd in de gedaante van redelijkheid en billijkheid. Vergelijk art. 3:12 BW: bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet onder meer rekening worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Maar in de tweede plaats heeft ook het uitlegleerstuk een deel van de functie van de gewoonte overgenomen. Waar de Haviltex-maatstaf de redelijke verwachtingen van partijen centraal stelt, kan reeds bij het vaststellen van de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen met branchegebruiken rekening worden gehouden.

Ik zei dat de plaats van het gewoonterecht binnen ons nationale recht is afgenomen. In internationaal verband is een opmerkelijke tegengestelde beweging zichtbaar.¹⁵⁵ Daar lijkt de betekenis van gewoonterecht toe te nemen, onder meer als een vehikel om *soft law* in internationale verhoudingen een plek te geven. Mij dunkt dat tenminste een gedeeltelijke verklaring voor het verschil in trend als volgt is. In de internationale handel is het Anglo-Amerikaanse recht dominant aanwezig. Daarbinnen is de invloed van redelijkheid en billijkheid zeer omstreden. Ook bestaat daar een wezenlijk andere uitlegtraditie en -praktijk, waarbinnen maar beperkt rekening wordt gehouden met wat zich voor de contractsluiting tussen partijen heeft voorgedaan.¹⁵⁶ *Custom* (als wél erkende ongeschreven rechtsbron) is dan een aantrekkelijk alternatief.

3.4 Uitleg en redelijkheid en billijkheid

3.4.1 Uitleg en de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid

In theorie is de scheidslijn tussen uitleg en de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid principieel: de aanvullende werking veronderstelt dat partijen op het desbetreffende punt niets zijn overeengekomen, dus een *leemte*. In de voorstelling van het hof in de zaak *Haviltex* was voor een

154. Vergelijk Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/382. Een gewoonte in de zin van art. 6:248 BW is een gedragslijn die in een bepaalde kring zo algemeen en voortdurend wordt gevolgd, dat men binnen die kring wordt geacht haar na te leven, tenzij men vooraf het tegendeel heeft doen blijken.

155. Vergelijk J.H. Dalhuisen, ‘Custom and its Revival in Transnational Private Law’, *Duke Journal of Comparative & International Law* 18 (2008), p. 339 e.v.

156. Vergelijk het preadvies van Schelhaas onder par. 5.4.1.

uitleg die verder kijkt dan de woorden alleen plaats indien bij taalkundige uitleg zich een leemte voordeed. De Hoge Raad verzette de bakens ingrijpend. Waar bij de uitleg van een (schriftelijke) overeenkomst op veel meer wordt gelet dan de woorden en de wederkerige verwachtingen van partijen centraal staan, ligt het voor de hand dat we veel minder vaak een leemte zullen vaststellen (heel vaak zullen partijen in de gegeven omstandigheden toch wel 'iets' mogen verwachten). Tegelijk blijkt reeds uit het *Haviltex*-arrest dat de mogelijkheid van een leemte door de wilsvertrouwensleer niet principieel wordt uitgesloten. De Hoge Raad spreekt van die mogelijkheid immers nadrukkelijk:

‘De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract.’

Het behoeft nauwelijks betoog dat de principiële scheidslijn tussen uitleg en aanvullende werking vooral theorie is. Als een punt tussen partijen geheel onbesproken is gebleven, brengt de *Haviltex*-maatstaf mee dat we ons de vraag moeten stellen of partijen niettemin op het desbetreffende punt over en weer redelijke verwachtingen mochten hebben. Die redelijke verwachtingen zijn in hoge mate een constructie achteraf. Ook een constructie achteraf is de vaststelling dat partijen op het desbetreffende punt in het geheel geen redelijke verwachtingen gehad kunnen hebben, zodat zich een leemte voordoet, die aan de hand van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid wordt opgevuld. Met beide constructies zijn vergelijkbare resultaten te boeken en het hangt af van de omstandigheden van het geval en persoonlijke smaak welke constructie het meest aanspreekt. In de praktijk van het civiele proces zijn de stellingen van partijen leidend. Omdat de scheidslijn in theorie principieel is, maakt de rechter die de feitelijke grondslag van een vordering of verweer volgens welke uitleg van een overeenkomst tot een bepaald rechtsgevolg leidt, vervangt door de feitelijke grondslag volgens welke partijen op het desbetreffende punt juist *niets* zijn overeengekomen en met toepassing van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid die leemte invult (of andersom), zich immers schuldig aan een verboden aanvulling van de feitelijke gronden (art. 24 Rv). En dus zal de rechter zich aansluiten bij de stellingen van partijen, ook als hij persoonlijk de andere constructie meer op zijn plaats acht.

Dat beide constructies op hetzelfde neerkomen, komt een enkele keer tot uitdrukking, doordat de rechtspraak ze in één adem met elkaar verbindt.

Zie het arrest *Kogheel/Akkoca c.s.*:¹⁵⁷

‘...behoudens omstandigheden waaruit het tegendeel blijkt, [moet] in de regel ervan worden uitgegaan dat degene die een v.o.f. aangaat de vennootschap geen concurrentie mag aandoen, omdat zulks strijdig moet worden geacht met de verplichting van een vennoot om zich in te zetten voor de verwezenlijking van het doel van de vennootschap en met de goede trouw welke hij daarbij jegens de overige vennoten in acht behoort te nemen.’

Dus de concurrentie is niet toegelaten zowel op grond van de kernverplichting van de vennoot om zich in te zetten voor de verwezenlijking van het doel van de vennootschap, als op grond van de objectieve goede trouw. Het eerste impliceert dat de vennoten over en weer redelijkerwijs mogen verwachten dat zij de v.o.f. geen concurrentie zullen aandoen, zodat er geen leemte is; het laatste veronderstelt juist wel een leemte. Toch zou ik niet willen beweren dat het arrest niet overtuigend is. De inhoudelijke overeenstemming tussen de beide wegen naar hetzelfde resultaat is belangrijker dan het theoretische manco.

Het lijkt erop dat de route van een leemte die met toepassing van de aanvullende werking wordt opgevuld, niet vaak meer wordt bewandeld. Uit het voorgaande volgt dat deze constatering niet heel spannend is. Dat de route niettemin nog steeds begaanbaar is, blijkt bijvoorbeeld uit *AEGON/Stichting Koersplandewegkwijt c.s.*¹⁵⁸

3.4.2 Uitleg en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid; *imprévision*

Het zal nauwelijks iemand zijn ontgaan: ook voor de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid is (zogenaamde normatieve) uitleg een alternatief. Het theoretische debat over wat beter is, vult meer dan een halve boekenplank. De praktijk van het burgerlijk proces is ook hier dat de keuze van procespartijen leidend is. Dit eenvoudige gegeven verklaart dat in het debat tussen voor- en tegenstanders van normatieve uitleg beide facties zich op rechtspraak van de Hoge Raad konden (en kunnen) beroepen. Ik ga aan dit grotendeels vruchteloze debat nu niets toevoegen.

Wel wil ik erop wijzen dat er in feite niet slechts twee, maar *drie* alternatieve routes zijn. Als tussen A en B in debat is of in verband met de bepaalde omstandigheden toelaatbaar is dat op een bepaald beding een beroep wordt gedaan, bijvoorbeeld het beding dat A het recht geeft de overeenkomst te

157. HR 19 oktober 1990, NJ 1991/21, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kogheel/Akkoca c.s.*).

158. HR 14 juni 2013, IJN BZ3749, NJ 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (*AEGON/Stichting Koersplandewegkwijt*).

annuleren, valt het resultaat dat dit niet toelaatbaar is als volgt te formuleren:

1. In het licht van alle omstandigheden van het geval moet aan het beding betekenis X worden toegekend. Daaruit volgt dat A niet kan annuleren.
2. Het beding heeft weliswaar betekenis Y, maar het beroep van A op het annuleringsbeding is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.
3. Het beding ziet niet op een geval als hier aan de orde; dat geval hebben partijen ongeregeld gelaten (leemte). De aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid brengt Z mee. Daaruit volgt dat A niet kan annuleren.

Hier is het naast elkaar bestaan van de diverse routes tot op zekere hoogte wel spannend. Voor route 2 geldt immers volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de rechter terughoudend moet zijn.¹⁵⁹ Voor de routes 1 en 3 geldt dat niet. Ik zeg niet dat dit materieel verschil zal uitmaken. Als het goed is, is voor de rechter in alle drie de gevallen leidend of, alle omstandigheden in aanmerking genomen, uitoefening van de annuleringsbevoegdheid toelaatbaar moet worden geacht. Wat het voorgaande mijns inziens wel leert, is dat de vermaning dat een bepaalde norm met meer of minder terughoudendheid moet worden toegepast, van betrekkelijke waarde is.

Wat betreft de *imprévision* van art. 6:258 BW is het in theorie nóg complexer. Dat komt omdat het driemanschap dat Meijers na zijn overlijden opvolgde, in art. 6:258 BW koos voor een opmerkelijk compromis tussen de diverse stromingen die in de literatuur bestonden.¹⁶⁰ Twee, nee drie normen bepalen of een overeenkomst kan worden gewijzigd of ontbonden: volgens lid 1 moet sprake zijn van onvoorziene omstandigheden (wat uitleg veronderstelt, want onvoorziene omstandigheden zijn niet in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheden), die omstandigheden moeten van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten (ook lid 1) en het mag niet zo zijn dat de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept (lid 2).

Als P in een geval van gewijzigde omstandigheden het resultaat wil bepleiten dat het beroep dat Q op hun overeenkomst doet, niet slaagt, staan hem (als ik het goed zie) maar liefst vier routes ter beschikking:

159. Vaste rechtspraak sinds HR 9 januari 1998, *IJN ZC2540*, *NJ 1998/363*, m.nt. A.R. Bloembergen (*Gemeente Apeldoorn/Duisterhof*).

160. Beknopt W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst* 2016/296.

1. In het licht van alle omstandigheden van het geval moet aan de overeenkomst betekenis X worden toegekend. Daaruit volgt dat Q zich niet op de overeenkomst kan beroepen.
2. De overeenkomst heeft weliswaar betekenis Y, maar het beroep van Q op de overeenkomst is in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.
3. Partijen hebben niet voorzien dat zich een geval zou kunnen voordoen als nu aan de orde. Er bestaat dus een leemte. De aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid brengt het volgende mee. Daaruit volgt dat Q niet de bevoegdheid heeft die hij pretendeert te hebben.¹⁶¹
4. En dan ten slotte de route van art. 6:258 BW: weliswaar heeft de overeenkomst betekenis Y, maar er heeft zich een wijziging in de omstandigheden voorgedaan die niet in de overeenkomst is verdisconteerd en die van dien aard is dat Q geen ongewijzigde instandhouding mag verwachten, terwijl de omstandigheden ook niet voor rekening van P komen.

Met betrekking tot route 2 is destijds door de regering gesuggereerd dat die niet toelaatbaar zou zijn, omdat de route van art. 6:258 BW exclusief zou zijn.¹⁶² Het is zeer de vraag of dit verhaal klopt.¹⁶³ In de eerste plaats is het in strijd met de gewone regels van samenloop, volgens welke rechtsnormen in het algemeen naast elkaar staan en dus de ene regel de andere niet verdringt. In de tweede plaats veronderstelt art. 6:258 BW een constitutief vonnis, terwijl de gevolgen van gewijzigde omstandigheden uiteraard ook in een kort geding aan de orde kunnen komen. In *Geelen c.s./Tennisvereniging*¹⁶⁴ werd de route van de beperkende werking bewandeld (dus route 2) en door de Hoge Raad goed bevonden. Als nu vervolgens tussen dezelfde partijen een bodemprocedure wordt gevoerd, is dan ineens de route van de beperkende werking niet meer juist? Dat lijkt me niet overtuigend. Hoe dan ook: in ieder geval de routes 1 (normatieve uitleg) en 3 (leemte en aanvullende werking), die beiden van het uitlegleerstuk gebruikmaken, zijn alternatieven voor route 4 (*imprévision*).

161. Voor een geval waarin inderdaad de route van leemte en aanvullende werking werd bewandeld, náást die van art. 6:258 BW, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6776, TvAR 2015/5790, m.nt. H.A. Verbakel-van Bommel.

162. MvA II, *Parl. Gesch.* BW Boek 6, p. 974 en MvT, *Parl. Gesch.* BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6, p. 1827.

163. Fundamenteel Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis* (rede Leiden), Deventer: Kluwer 1989, p. 14-18.

164. HR 6 april 2012, LjN BV6727, NJ 2012/234 (*Geelen c.s./Tennisvereniging*).

3.4.3 Redelijkheid en billijkheid als uitlegnorm

Volgens de Hoge Raad in *DSM/Fox*¹⁶⁵ zijn redelijkheid en billijkheid een uitlegnorm:

‘...bij de uitleg van een schriftelijk contract [zijn] telkens van beslissende betekenis alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.’

Dat is anders dan volgens art. 6:248 BW, maar in overeenstemming met een belangrijke stroming in de literatuur.¹⁶⁶ Ik ga de leer van de Hoge Raad nu niet bestrijden.¹⁶⁷ Wel wil ik erop wijzen dat uitgaande van die leer het wezenlijk is dat we de verschillende functies van de redelijkheid en billijkheid niet met elkaar verwarren. Dat ging bij het hof mis in de zaak *Steinbusch/Van Alphen*.¹⁶⁸ Enerzijds achtte het hof voor de interpretatie van een beding ‘de maatstaf van redelijkheid en billijkheid’ beslissend, anderzijds lepelde het de Haviltex-formule op. Vervolgens ging het hof niet in op de stellingen van partijen over het verloop van de onderhandelingen en het door hen met de overeenkomst beoogde doel, en ook niet op hetgeen de in eerste aanleg door de rechtbank daaromtrent gehoorde getuigen hadden verklaard, en baseerde het zijn uitleg van het beding uitsluitend op redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad casseerde het arrest van het hof, omdat het ‘ondanks de vermelding van de juiste maatstaven’, bij ‘de toepassing daarvan’ in de fout was gegaan. De maatstaf van redelijkheid en billijkheid is nooit een reden om ons niet écht te willen verdiepen in wat partijen bedoelden en verwachtten.

165. HR 20 februari 2004, *LJN AO1427*, *NJ 2005/493*, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

166. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/402 en M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 58 e.v. en p. 399 e.v., die drie functies van redelijkheid en billijkheid onderscheiden in verbinding met drie taken van de rechter, namelijk tot interpretatie, aanvulling en correctie.

167. Dat heb ik, met nuances, reeds gedaan in W.L. Valk, ‘Uitleg en het onderscheid tussen autonome en heteronome normen’, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 391 e.v.

168. HR 12 januari 2001, *LJN AA9430*, *NJ 2001/199* (*Steinbusch/Van Alphen*).

Hoofdstuk 4

Uitleg in het civiele proces

Mr. W.L. Valk

4.1 Uitleg en bewijs

4.1.1 Inleidende opmerkingen

In welke zin een rechtshandeling moet worden uitgelegd, is een kwestie van waardering van de feiten. Men kan een bepaalde uitleg van de rechtshandeling dus als zodanig niet bewijzen; slechts de feiten en omstandigheden waaruit die uitleg kan voortvloeien lenen zich voor bewijs. Het is echter duidelijk dat feit en recht hier zeer nauw met elkaar zijn verweven. Als een partij bewijs aanbiedt van de juiste uitleg van een wettelijke bepaling, spreekt het vanzelf dat de rechter hierop niet hoeft in te gaan: die juiste uitleg is een zuiver rechtsoordeel en leent zich niet voor bewijs. Als echter, zoals in de praktijk zeer geregeld gebeurt, een partij bewijs aanbiedt van de juistheid van een bepaalde uitleg van een rechtshandeling, zal de rechter dit dienen op te vatten als een bewijsaanbod met betrekking tot de feiten en omstandigheden die de door deze partij verdedigde uitleg kunnen schragen.

Uiteraard wil dit niet zeggen dat hij een dergelijk aanbod steeds moet honoreren. In de eerste plaats gaat aan de vraag of bewijslevering dient plaats te vinden, de toets van art. 149 lid 1 tweede volzin Rv vooraf: feiten die enerzijds zijn gesteld en anderzijds niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen. Uiteraard mag de rechter geen bewijsprognose verstoppen onder het oordeel dat een feit onvoldoende is betwist, maar wanneer werkelijk niet of geheel onvoldoende op bepaalde feitelijke stellingen is ingegaan, dient de rechter van de juistheid van die feitelijke stellingen uit te gaan (behoudens de zeldzame uitzondering dat aanvaarding van die stellingen leidt tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat).

In de tweede plaats zullen soms eisen mogen worden gesteld aan de mate waarin het bewijsaanbod is gespecificeerd. Zoals bekend gelden daarbij enkele spelregels. Een aanbod tot het leveren van tegenbewijs behoeft niet te worden gespecificeerd. In hoger beroep zullen aan een bewijsaanbod veelal hogere eisen mogen worden gesteld, zeker voor zover het betreft het horen van getuigen die reeds in eerste aanleg zijn gehoord.

4.1.2 Verdeling van de bewijslast

Het spreekt vanzelf dat in geschillen over uitleg vrijwel steeds beide partijen hun eigen uitleg zullen verdedigen. Vaak geven beide partijen ook ieder een eigen versie van de relevante feiten en omstandigheden. De bewijslast (en het bewijsrisico) rust echter op de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door hem verdedigde uitleg (art. 150 Rv). De stellingen van de wederpartij dient men op te vatten als (niet meer dan) dienende ter motivering van de betwisting van die uitleg en dus zonder dat de wederpartij van zijn stellingen ook de bewijslast draagt. Voor wie enigszins vertrouwd is met kwesties van bewijslastverdeling, is dit gesneden koek. Voor de anderen de zaak *Ermes c.s./Haviltex* als voorbeeld.

Haviltex maakt aanspraak op terugbetaling van de koopprijs. Die aanspraak grondt hij op het beding volgens welke hij tot eind 1976 het recht heeft om de machine terug te geven. Volgens Ermes legt Haviltex het beding verkeerd uit: het beding betekent dat de koper recht heeft op ongedaanmaking van de koop indien daarvoor 'relevante gronden' zijn. Hoe is de bewijslastverdeling? Ermes behoeft de feiten en omstandigheden waaruit de juistheid van de door hem verdedigde uitleg kan volgen niet te bewijzen. Waarom niet? Omdat het Haviltex is die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door hem verdedigde uitleg; hij beweert immers aanspraak te kunnen maken op terugbetaling van de koopprijs. Ermes doet niets anders dan de uitleg van Haviltex betwisten. Een en ander geldt ook wanneer Ermes de door hem verdedigde uitleg uitvoerig met feitelijke stellingen heeft aangekleed (en mogelijk ook bewijs van die stellingen heeft aangeboden), terwijl Haviltex niets anders doet dan zich op de tekst van het beding beroepen. De uitvoerigheid van feitelijke stellingen zegt niets over de bewijslastverdeling.

Haviltex was eiser in de procedure. Men mag de hoofdregel van art. 150 Rv echter niet verkorten tot 'wie eist bewijst'; steeds heeft men de vraag te stellen wie zich beroept op de rechtsgevolgen van de door hem gestelde uitleg. Indien bijvoorbeeld tussen partijen vaststaat dat aanvankelijk tussen hen een overeenkomst met een bepaalde inhoud heeft bestaan en de vordering op die aanvankelijke overeenkomst is gegrond, draagt de wederpartij de bewijslast met betrekking tot haar stelling dat partijen die aanvankelijke overeenkomst hebben vervangen door een andere.¹⁶⁹ Ook kan het zijn dat gedaagde aan de overeenkomst een verweer ontleent en zich bijvoorbeeld beroept op een beding dat volgens hem voor het zich voordoende geval een exoneratie inhoudt. Betwist eiser die uitleg, dan rusten op gedaagde de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten en omstandigheden

169. HR 11 september 2009, LjN BI5915, RvdW 2009/1006 (ACS/HTC).

waarop hij zich ter ondersteuning van de door hem aan het beding gegeven uitleg beroept.

In de literatuur¹⁷⁰ is wel een genuanceerder stelsel bepleit dan hiervoor uiteengezet. Men hikt er dan tegenaan dat voor uitleg alle feiten en omstandigheden van belang zijn. Dit betekent dus dat beide partijen een veelvoud aan feiten kunnen aanvoeren ter motivering van de door hen bepleite uitleg. Dat de partij die volgens art. 150 Rv de bewijslast draagt de door hem gestelde feiten moet bewijzen is niets bijzonders. Maar het lijkt erop dat hij ook de onjuistheid moet bewijzen van alle door de wederpartij aangevoerde feiten. Wordt het de wederpartij aldus niet te gemakkelijk gemaakt om een spaak in het wiel te steken en is het daarom niet beter om ieder van partijen de eigen versie van de feiten te laten bewijzen? Mij dunkt dat de focus aldus te veel ligt op de losse feiten en omstandigheden. De partij die de bewijslast draagt, hoeft niet te bewijzen dat de feiten en omstandigheden die haar wederpartij heeft aangevoerd zich niet hebben voorgedaan. Zij hoeft slechts de feitelijke grondslag van haar vordering respectievelijk verweer te bewijzen. Iets anders is dat naarmate aannemelijk is of wordt dat de door de wederpartij in het kader van diens betwisting aangevoerde feiten en omstandigheden zich daadwerkelijk hebben voorgedaan, dit afbreuk kan doen aan de overtuigingskracht van het bijgebrachte bewijs. Daarom zal de partij die de bewijslast draagt bij bewijslevering kunnen anticiperen op hetgeen in het kader van tegenbewijs door de wederpartij aan de orde zal worden gesteld. Bewijslast met betrekking tot die door de wederpartij gestelde feiten draagt zij echter niet.¹⁷¹

4.1.3 Uitleg en de bewijskracht van akten

Uitleg van een schriftelijk contract geschiedt in het algemeen aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Die maatstaf stelt de redelijke verwachtingen van partijen centraal. In verband daarmee zijn van belang alle omstandigheden die de wederzijdse verwachtingen redelijkerwijs hebben kunnen beïnvloeden. Die omstandigheden kunnen eventueel in hetzelfde schriftelijke contract zijn gelegen (andere bedingen dan het beding waarvan de uitleg in geschil is), maar ook daarbuiten. Ze kunnen objectief kenbaar zijn, maar het is ook mogelijk dat ze alleen aan partijen zelf bekend zijn geweest. Soms blijft de laatstbedoelde 'subjectieve context' in beginsel buiten beschouwing (CAO-norm), of krijgt ze minder nadruk (geobjectiveerde Haviltex). Zo vaak als het schriftelijk contract het karakter draagt van een onderhandse of authentieke akte (wat veronderstelt dat het geschrift

170. F.W.J. Meijer & H.M. Wattendorff, in: *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 3:35 BW, onder verwijzing naar A-G D.W.F. Verkade in zijn conclusie onder 3.7 voor HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5117, *RvdW* 2015/956.

171. Uitvoerder W.L. Valk, 'Stelplicht en bewijslast in het contractenrecht', *TvPP* 2016, afl. 4, p. 83-84.

is ondertekend en bestemd om tot bewijs te dienen, art. 156 Rv) rijst de vraag hoe uitleg aan de hand van de Haviltex-maatstaf (of een verwante maatstaf) zich verhoudt tot de bewijskracht van de akte.

De akte levert volgens art. 157 lid 2 Rv tussen partijen dwingend bewijs op van de waarheid van de verklaring, met een (zeldzame) uitzondering voor het geval dat dit zou kunnen leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat (art. 157 lid 2 Rv). Ook tegenover dwingend bewijs is intussen tegenbewijs mogelijk (art. 151 lid 2 Rv). Zoals gezegd levert de akte dwingend bewijs op ‘van de waarheid van de verklaring’, wat dus meer is dan alleen bewijs dat het waar is dat overeenkomstig de inhoud van de akte is verklaard (formele bewijskracht); ook van de waarheid van de inhoud van de verklaring moet tot op tegenbewijs worden uitgegaan (materiële bewijskracht).¹⁷² Die inhoud is uiteraard alleen door uitleg vast te stellen. Dit betekent dus dat om vast te stellen waarop de materiële bewijskracht ziet, de akte moet worden uitgelegd. Wat is daarbij de maatstaf? Mij dunkt¹⁷³ dat dit geen andere maatstaf kan zijn dan die van de uit te leggen rechtshandeling, maar dat wat betreft de in aanmerking te nemen omstandigheden alleen kan worden gelet op de akte zelf.

Wat is vervolgens tegenbewijs tegen de akte? Eerst vanuit bewijsrechtelijk perspectief: de mogelijkheid tegenbewijs tegen de akte te leveren is niet beperkt tot de stelling dat anders is verklaard dan in de akte is opgenomen (formele bewijskracht); dat tegenbewijs kan ook betrekking hebben op de stelling dat de in de akte opgenomen verklaring niet overeenstemt met de werkelijkheid (materiële bewijskracht).¹⁷⁴ Maar vervolgens is het uiteraard de vraag welke uitlegmaatstaf bij de waardering van het tegenbewijs bepalend is. Dat is opnieuw de maatstaf zoals die geldt voor de uit te leggen rechtshandeling, zo blijkt uit het arrest *Kamsteeg/Lisser*.¹⁷⁵ Nadat de Hoge Raad had uiteengezet dat het hof ook de obligatoire overeenkomst die aan het opstalrecht ten grondslag ligt, had moeten onderzoeken (vergelijk hiervoor onder par. 4.1.3), gaat hij als volgt verder:

‘4.2.3 (...) Voor de beantwoording van de vraag wat de inhoud is van die obligatoire afspraken, komt het – ook indien zij (al dan niet in concept) op schrift zijn gesteld, zoals hier blijkens hetgeen partijen in de feitelijke instanties hebben aangevoerd het geval was met concepten van de duurbepaling en van de notariële akte – aan op

172. *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/259 en *GS Burgerlijke Rechtsvordering* (G.R. Rutgers), art. 157 Rv, aant. 3-4.

173. In de bewijsrechtelijke literatuur zocht ik vergeefs naar een antwoord. Asser, t.a.p. schrijft: ‘Wat precies de verklaring inhoudt en waarop de dwingende bewijskracht betrekking heeft is, als de akte onduidelijk is, een kwestie van uitleg...’. De (door mij) gecursiveerde woorden kunnen uiteraard niet voor juist doorgaan.

174. HR 13 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:848, NJ 2016/256 (*Benu/Pelzers Holding c.s.*).

175. HR 22 oktober 2010, LJN BM8933, NJ 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*).

de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze afspraken (in dit geval aan de duurbepaling) mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, zulks in het licht van alle omstandigheden van het geval (de Haviltex-maatstaf). In dit opzicht levert weliswaar de notariële akte waarbij het opstalrecht is gevestigd, indien daarin tevens de inhoud van de obligatoire overeenkomst is opgenomen, tussen partijen bij die akte dwingend bewijs op van de waarheid van hetgeen in de akte door hen omtrent de inhoud van die overeenkomst is verklaard (art. 157 lid 2 Rv.), maar daartegen staat tegenbewijs open (art. 151 lid 2 Rv.), welk tegenbewijs gelet op de hier toepasselijke Haviltex-maatstaf op alle omstandigheden van het geval betrekking kan hebben.'

Omdat volgens de Haviltex-maatstaf voor de uitleg van de obligatoire overeenkomst alle omstandigheden van het geval van belang zijn, kan ook het tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van de akte op al deze omstandigheden betrekking hebben. Terwijl de materiële bewijskracht van de akte door uitleg van alleen de akte wordt vastgesteld, kan het tegenbewijs tegen die akte dus aan alle omstandigheden van het geval worden ontleend. Uiteraard behoort de partij die zich op de bewijskracht van de akte beroept hierop te anticiperen en zich af te vragen over welke andere bewijsmiddelen zij kan beschikken.

Indien een andere maatstaf dan de Haviltex-maatstaf van toepassing is, zal de kring van omstandigheden waarop het tegenbewijs betrekking kan hebben kleiner kunnen zijn. Is de CAO-norm van toepassing, dan zal het tegenbewijs alleen kunnen zien op feiten en omstandigheden die objectief kenbaar waren en niet op specifieke wetenschap van partijen omtrent bijvoorbeeld de aan de totstandkoming voorafgaande onderhandelingen. Gaat het om een akte tot levering van een registergoed of tot vestiging van een beperkt recht op een zodanig goed, dan zal bewijslevering in het algemeen geen zin hebben, omdat het aankomt op de *in de akte* tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling.¹⁷⁶

Aldus zijn bewijsrecht en materieel civiel recht op gelukkige wijze op elkaar afgestemd. Tegenbewijs tegen de akte is ook niet meer dan het ontzenuwen van het bewijs dat in de akte besloten ligt.¹⁷⁷ Art. 157 lid 2 Rv heeft dus geen bewijslastomkering tot gevolg.

176. In het algemeen, want bewijslevering is wel denkbaar met betrekking tot de uiterlijke kenmerken van de onroerende zaak waarnaar de akte verwijst. Vergelijk onder par. 2.4.3.1.

177. HR 16 maart 2007, LjN AZ0613, NJ 2008/219, m.nt. C.J.M. Klaassen (*Herbert Wooning/Aad Wooning*).

4.2 Uitleg en het domein van de rechter

Over de vrijheid die de rechter die over de feiten oordeelt heeft om, indien dat past bij de hoedanigheid van partijen en de wijze van totstandkoming, op de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van een schriftelijk contract een voorlopig uitlegoordeel te baseren, is hiervoor reeds uitvoerig gesproken.¹⁷⁸ Die vrijheid, zo bleek toen, vertoont sterke overeenkomsten met de vrijheid van de rechter om bij gelegenheid van een tussenvonnissen het voorhanden bewijs voorlopig te waarderen.

Nog een ándere vrijheid van de rechter verdient onze aandacht. Stel partij A verdedigt uitleg A en partij B uitleg B. Daarbij heb ik met partij A op het oog de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door hem verdedigde uitleg A, die dus volgens de hoofdregel van art. 150 Rv de stelplicht en bewijslast draagt, en met uitleg B de uitleg die partij B aanvoert ter motivering van zijn betwisting van uitleg A. Nu kan het zich voordoen dat de rechter noch uitleg A noch uitleg B aannemelijk acht. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad staat het de rechter vrij om in een dergelijk geval uitleg C te aanvaarden. Ik citeer het arrest *Van Genk/De Wild*.¹⁷⁹

‘3.4 (...) Onderdeel 2 betoogt dat het Hof buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden, door aan te nemen dat de broncodes tot de documentatie behoren, ofschoon geen van beide partijen dit heeft verdedigd. Het onderdeel faalt, aangezien het de rechter vrijstaat een contractsbepaling waaromtrent partijen niet een eensluidend standpunt hebben ingenomen, zelfstandig uit te leggen, ook al is deze uitleg door geen der partijen aangevoerd of verdedigd.’

Zijn partijen het over de uitleg van een rechtshandeling eens, dan is de rechter daaraan gebonden (behoudens het hoogst zeldzame geval dat de openbare orde iets anders meebrengt); zijn zij het niet eens, dan is de rechter vrij om een uitleg te aanvaarden die geen van partijen heeft verdedigd. Het spreekt vanzelf dat de rechter zijn uitlegoordeel evenals de andere onderdelen van zijn vonnis begrijpelijk dient te motiveren, met bespreking van alle essentiële stellingen van partijen.

Hoe deze vrijheid van de rechter te waarderen? Men kan betogen dat ze in verband staat met het gezag van gewijsde. Wanneer de rechter, in het geval dat partijen een verschillende uitleg verdedigen, slechts mag kiezen tussen uitleg A en uitleg B, lopen we het risico dat hij tot een uitleg komt die hij ook zelf niet juist acht, maar minder onverkieselijk dan de andere uitleg. Die keuze stelt hem weliswaar in staat om een vordering die naar zijn

178. Onder par. 2.3.3.3.

179. HR 21 juni 1996, NJ 1997/327, m.nt. D.W.F. Verkade (*Van Genk/De Wild*). In vergelijkbare zin HR 23 juni 1995, NJ 1996/566 (*FMN/PAP*).

overtuiging niet behoort te worden toegewezen, dan wel een verweer dat volgens hem niet behoort op te gaan, te verwerpen, maar vervolgens zou tussen partijen op grond van het gezag van gewijsde in het vervolg een onjuiste uitleg van de rechtshandeling gaan gelden. Volgens de ruime leer van het gezag van gewijsde zoals in de Nederlandse rechtspraak aanvaard, komt immers dat gezag toe aan alle beslissingen die noodzakelijk waren voor de beslechting van het geschil, met als gevolg dat de uitleg van een rechtshandeling die een rechter aanvaardt als noodzakelijke schakel voor zijn beslissing, in een eventueel volgend geding tussen dezelfde partijen als vaststaand moet worden aangemerkt zodra een van partijen zich op het gezag van gewijsde beroept.¹⁸⁰ Welnu, deze onwenselijke consequentie wordt met de leer van de Hoge Raad voorkomen.

Dit betoog kan maar gedeeltelijk overtuigen. In de eerste plaats is het voor de afwijzing van een op een onjuiste uitleg van een rechtshandeling gebaseerde vordering of verweer (uitleg A) niet noodzakelijk om een andere uitleg van die rechtshandeling te aanvaarden. Voldoende is dat de rechter vaststelt dat de uitleg die A aan de rechtshandeling geeft, is betwist en dat de juistheid van die uitleg niet is komen vast te staan. In de tweede plaats dreigt de (onnodig) door de rechter aanvaarde uitleg C tussen partijen gezag van gewijsde te verkrijgen, namelijk zo vaak als men die uitleg beschouwt als een noodzakelijke schakel voor de beslissing. Uiteraard is niet uit te sluiten dat de rechter met de aanvaarding van uitleg C de plank mislaat, zodat gezag van gewijsde van die uitleg een weinig gelukkig bijproduct is van het rechterlijk uitlegoordeel.

Wie zegt dat het voor de overtuigingskracht van het oordeel dat een bepaalde uitleg niet kan worden aanvaard, vaak wenselijk is om te benoemen welke andere uitleg méér aannemelijk is, geef ik onmiddellijk gelijk. Maar dat maakt het niet nodig die andere uitleg ook als de enig juiste te aanvaarden; voldoende is dat de rechter aan zijn beslissing dat de gestelde uitleg niet is komen vast te staan, *ten overvloede* toevoegt dat een bepaalde andere uitleg hem aannemelijker voorkomt.

Kortom, ik bepleit niet dat wanneer partij A uitleg A verdedigt en partij B uitleg B, de rechter slechts uit die twee smaken zou mogen kiezen. Daarvoor bestaat geen enkele aanleiding. Voor de beslechting van het geschil is het slechts nodig dat de rechter zich uitlaat over de uitleg die met het oog op het ingeroepen rechtsgevolg is ingeroepen (dus uitleg A). En daarvoor is niet nodig dat hij een bepaalde andere uitleg als juist aanvaardt, of dit nu uitleg B is dan wel uitleg C. De nauwe samenhang met het leerstuk van het gezag van gewijsde brengt mij wel tot de volgende adviezen:

1. De rechter die een uitleggeschil beslist, doet er goed aan uitleg C slechts te noemen in een overweging ten overvloede.

180. Bijv. HR 17 november 1995, NJ 1996/283 (*Siegers/Citco*).

2. De advocaat van een partij die het overkomt dat uitleg C in een vonnis is aanvaard zonder dat duidelijk is dat dit ten overvloede plaatsvond, dient met zijn cliënt het risico te bespreken dat uitleg C gezag van gewijsde verkrijgt. Hiermee zeg ik tegelijk dat deze partij ook dan belang kan hebben bij het aanwenden van een rechtsmiddel tegen dat vonnis, wanneer hij met de uitkomst van het geding overigens niet ontevreden is.
3. De rechter die in een volgende zaak wordt geconfronteerd met een beroep op het gezag van gewijsde van uitleg C, behoort indien enigszins mogelijk¹⁸¹ de verwijzing naar uitleg C als een overweging ten overvloede te duiden, met als gevolg dat die uitleg tussen partijen geen gezag heeft.

4.3 Uitleg in cassatie

De rechtspraak van de afgelopen decennia laat een ontwikkeling zien die ertoe heeft geleid dat de controle in cassatie op de uitleg van rechtshandelingen aanzienlijk intenser is geworden. Als ik het goed zie, verloopt die ontwikkeling langs drie lijnen.

De eerste lijn is die van de kwalificatie van het rechterlijk uitlegoordeel. Volgens de oude opvatting is dat oordeel feitelijk van aard. Die opvatting is inmiddels sinds geruime tijd verlaten: de uitleg van rechtshandelingen betreft een gemengd oordeel.¹⁸² Bij uitzondering is uitleg zelfs een rechtsoordeel, namelijk in het geval van de uitleg van een algemeen verbindend verklaarde CAO.¹⁸³

De tweede lijn ziet op de uitlegmaatstaf. Zoals beschreven in hoofdstuk 2 van dit preadvies is een genuanceerd stelsel ontstaan, waarin zelfs de onderlinge weging van tegengestelde gezichtspunten deels is genormeerd. Ik doel onder meer op het bekende arrest *DSM/Fox*,¹⁸⁴ dat de mate waarin objectief respectievelijk subjectief kenbare context meeweegt, afhankelijk stelt van de mate waarin een overeenkomst de positie van derden raakt en de strekking heeft die positie op uniforme wijze te regelen.¹⁸⁵ Dergelijke rechtspraak vergroot de grip van de Hoge Raad op het uitlegoordeel van de feitenrechter. Daarnaast zijn er voor diverse typen rechtshandelingen

181. Gelet op wat ik hiervoor heb gezegd, namelijk dat het voor de verwerping van uitleg A onnodig is om een andere uitleg als juist te aanvaarden (in plaats van als mogelijk), voel ik wel voor de opvatting volgens welke de aanvaarding van uitleg C *altijd* een overweging ten overvloede is. Veiligheidshalve blijf ik echter bij mijn advies aan advocaten hiervóór onder punt 2.

182. Vergelijk *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/171-172.

183. HR 24 februari 2012, LjN BU9889, NJ 2012/142 (*Vector/ROM en PME*) en HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2171.

184. HR 29 februari 2004, LjN AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

185. Zie onder par. 2.2.2 e.v.

subnormen ontstaan, of iets wat daar in de buurt komt.¹⁸⁶ Ook dat vergroot de bedoelde grip.

De derde lijn is die van bijzondere uitlegregels: voor een bepaalde nauwkeurig omschreven situatie formuleert de Hoge Raad een vuistregel, met als gevolg dat de motivering van de beslissing volgens welke in een concreet geval toch een andere uitleg aangewezen is, aan hoge eisen dient te voldoen. Het zal duidelijk zijn dat de figuur van dit soort bijzondere uitlegregels een krachtig instrument van de cassatierechter is om de uitleg door de feitenrechter naar zijn hand te zetten, met als maatschappelijke winst een grotere rechtszekerheid. Ik geef een niet-uitputtende opsomming van door de Hoge Raad aanvaarde bijzondere uitlegregels, deels hiervoor in ander verband reeds benoemd:

1. Een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs wordt aangeboden, mag in beginsel niet anders worden opgevat dan als een uitnodiging om in onderhandeling te treden.¹⁸⁷
2. Bij samenloop van een verzekering met een ‘zachte’ samenloopclausule en een verzekering met een ‘harde’ samenloopclausule biedt alleen de eerstgenoemde verzekering dekking.¹⁸⁸
3. Ten aanzien van de uitleg van een koopovereenkomst ter zake van een bebouwde onroerende zaak, voor de schriftelijke vastlegging waarvan gebruik is gemaakt van een standaardakte met een beding dat als voorgedrukte verklaring van de verkoper bevat dat de verkochte zaak de feitelijke eigenschappen zal bezitten die voor een ‘normaal gebruik’ daarvan nodig zijn, zal uitgangspunt voor de uitleg dienen te zijn dat onder ‘normaal gebruik’ in beginsel niet valt de sloop van de bebouwing gevolgd door het gebruik van de grond als bouwgrond.¹⁸⁹
4. Een redelijke uitleg van een AVB-polis die mede de aansprakelijkheid van een verzekerde als werkgever tegenover zijn ondergeschikten dekt voor letselschade van werknemers die in dienst van de verzekerde deelnemen aan het wegverkeer, brengt in beginsel mee dat deze tevens dekking verleent tegen een op art. 7:611 BW gebaseerde aansprakelijkheid van de verzekerde als werkgever op de grond dat hij heeft verzuimd tegen dat risico een behoorlijke verzekering te sluiten voor die werknemers.¹⁹⁰
5. Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de

186. Zie onder par. 2.4.

187. HR 10 april 1981, NJ 1981/532, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hofland/Hennis*).

188. HR 10 maart 1995, NJ 1995/580, m.nt. M.M. Mendel (*NN/Royal Nederland en Van Lee*) en HR 27 februari 1998, NJ 1998/764, m.nt. M.M. Mendel (*De Europeesche/OHRA*).

189. HR 23 december 2005, LJN AU2414, NJ 2010/62, m.nt. M.H. Wissink (*De Rooij/Van Olphen*).

190. HR 30 maart 2012, LJN BV1295, NJ 2012/687, m.nt. T. Hartlief en M.M. Mendel (*De Onderlinge/G*).

– naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd.¹⁹¹

Het zal duidelijk zijn dat dit procedé een in beginsel onbeperkte potentie heeft en ervoor zorgt dat de Hoge Raad zich desgewenst ook op detailniveau met de uitleg van rechtshandelingen kan bemoeien.

191. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Intergamma*).

Hoofdstuk 5

Uitleg in internationaal perspectief: rechtsvergelijking

Prof. mr. H.N. Schelhaas

5.1 Uitleg in de internationale praktijk

In de voorgaande hoofdstukken van dit preadvies werd de uitlegthematiek vanuit Nederlands perspectief benaderd. De ontwikkelingen op het gebied van uitleg werden in kaart gebracht, in hun context geplaatst en er werd onderzocht in hoeverre bestaande lijnen kunnen of moeten worden doorgetrokken.

In dit en het volgende hoofdstuk van het preadvies wordt voortgebouwd op het eerste deel en wordt deze Nederlandse blik verruimd met een internationaal perspectief. Het rechtsverkeer heeft namelijk in veel gevallen ook een internationale dimensie en dat beïnvloedt de wijze waarop contracten worden ingericht en ook uitgelegd. Die internationale context kan bijvoorbeeld daaruit bestaan dat (i) een van de contractspartijen een andere nationaliteit, afkomst of (statutaire) woonplaats heeft, (ii) een rechtskeuze wordt uitgebracht voor een ander rechtsstelsel, (iii) het contract in een andere taal dan de Nederlandse is opgesteld en/of (iv) een bepaling van buitenlandse oorsprong is overeengekomen. Het internationale perspectief dat ik in de komende twee hoofdstukken bespreek, heeft twee invalshoeken. In de eerste plaats besteed ik aandacht aan de wijze waarop rechtshandelingen in een aantal andere Europese jurisdicties worden uitgelegd. Dat gebeurt niet overal naar dezelfde maatstaven. In de woorden van Drion:

‘Wie een blik over de grens werpt, weet dat de Hoge Raad met Haviltex een unieke love baby heeft geschapen, want er is (bij mijn weten) geen ander land dat werkt met die befaamde – voor sommigen: beruchte – over en weerformule, alsmede met een dubbel geobjectiveerde subjectieve uitlegmaatstaf.’¹⁹²

Een van de cruciale verschillen is het doel dat met uitleg wordt nagestreefd. Een aantal rechtsstelsels is erop gericht om de ‘echte’ interne partijbedoeling die achter de bewoordingen schuil gaat vast te stellen (de subjectieve uitlegmethode). Daar tegenover staat de zogenaamde objectieve uitlegmethode, op grond waarvan wordt vastgesteld welke betekenis een objectieve derde aan bewoordingen kon hechten. Voor deze laatste vorm van uitleg zijn alleen bronnen relevant die voor een objectieve derde kenbaar zijn.

192. C.E. Drion, ‘De historie van Haviltex’, *NJB* 2016, afl. 28, p. 1961.

Hierbij speelt een letterlijke uitleg een grote rol. In de meeste rechtsstelsels is voor een middenweg gekozen, waarbij de bedoeling van partijen moet worden achterhaald maar wel in meerdere of mindere mate objectieve factoren, zoals een letterlijke betekenis, een rol spelen.¹⁹³ In internationaal verband geschiedt uitleg dus op een pluriforme wijze. Dat is op zichzelf al een bespreking waard, maar het doel dat ik met mijn onderzoek nastreef is breder. Ik analyseer ook hoe deze rechtsstelsels enige discussiepunten die in het Nederlandse recht spelen, oplossen. Dit vijfde hoofdstuk van het preadvies is hier aan gewijd.

In de tweede plaats bouw ik deze internationale dimensie uit naar het heersende Nederlandse recht en stel ik de vraag of de omstandigheid dat een contract een internationale dimensie heeft relevant is voor uitlegvragen. Moet bij de uitleg van een overeenkomst bijvoorbeeld rekening worden gehouden met de omstandigheid dat een contractant een andere nationaliteit of een andere maatschappelijke of culturele achtergrond heeft, met ook een ander verwachtingspatroon? En maakt het feit dat in een door Nederlands recht beheerst contract clausules zijn opgenomen die uit een andere jurisdictie komen, verschil uit voor de wijze waarop de Nederlandse Haviltex-methode wordt toegepast? Moet bijvoorbeeld een *entire agreement clause* worden uitgelegd met inachtneming van de specifieke betekenis in de Anglo-Amerikaanse rechtscultuur? De analyse van dit internationale perspectief vindt plaats in het hiernavolgende zesde hoofdstuk van dit preadvies.

5.2 Discussiepunten in het Nederlandse uitlegregime

Dit rechtsvergelijkende hoofdstuk bouwt voort op de inzichten die in de hieraan voorafgaande hoofdstukken zijn verworven en neemt als basis de daar ontvouwde jurisprudentie en uitgezette lijnen. Een analyse van de Nederlandse jurisprudentie wordt dus niet nogmaals uitputtend verricht. Hooguit worden bepaalde arresten die relevant zijn voor de internationale (commerciële) context specifiek behandeld. Uit de analyse van Valk in de voorgaande hoofdstukken komt naar voren dat een aantal themata binnen het leerstuk van de uitleg telkens het onderwerp vormt van procedures, en telkens voor de Hoge Raad aanleiding vormt om zich inhoudelijk uit te spreken. Kennelijk is daar de rechtspraak zoekende naar de juiste

193. Voor een overzicht van de verschillende wijzen van uitleg in het internationale contractenrecht zie onder meer: C-W. Canaris & H.C. Grigoleit, 'Interpretation of Contracts', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Alphen a/d Rijn: Wolters Kluwer/Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 593-595; H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, p. 133-143; J.M. Smits, *Contract Law – A Comparative Introduction*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 123-126; S. Vogenauer, 'Interpretation: Comparative Observations', in: A. Burrows & E. Peel (red.), *Contract Terms*, Oxford: OUP 2007, p. 125-129.

lijn. De rechtsvergelijking heeft mede als doel om te bezien op welke wijze andere jurisdicties die punten benaderen.

Valk heeft in het eerste deel van dit preadvies uiteengezet dat het *Haviltex*-arrest¹⁹⁴ nog steeds de norm aangeeft voor de uitleg van schriftelijke contracten. Het gaat om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Primair moet de gemeenschappelijke subjectieve partijbedoeling worden vastgesteld,¹⁹⁵ waarbij de tekst van een (schriftelijke) verklaring weliswaar belangrijk is, maar niet bepalend: het gaat altijd om alle omstandigheden van het geval. Het vaststellen van een gemeenschappelijke partijbedoeling is bij geschillen moeilijk, juist omdat partijen het in dat stadium niet eens zijn over de betekenis van elkaars verklaringen. Van een *gemeenschappelijke* partijbedoeling lijkt in zo'n litigieuze context dan ook bezwaarlijk sprake te zijn. De rechter construeert dan ook achteraf met behulp van de *Haviltex*-maatstaf welke betekenis deze specifieke contractspartijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen mochten hechten.¹⁹⁶ Dat is voor een deel subjectief: het gaat erom wat deze concrete partijen mochten verwachten en dus worden subjectieve, louter voor partijen kenbare gegevens bij de uitleg betrokken (zoals e-mails, gespreksverslagen, getuigenverklaringen). Voor een ander deel is de *Haviltex*-maatstaf geobjectiveerd ('wat mochten partijen redelijkerwijze van elkaar verwachten') en de relevante omstandigheden bestaan dus ook uit objectieve voor een ieder kenbare bronnen, zoals de tekst en context van een beding. Voor CAO's en goederenrechtelijke overeenkomsten ter zake van registergoederen geldt, zo bleek uit par. 2.2.1 van dit preadvies, in die zin een andere norm, dat deze in beginsel slechts met gebruikmaking van objectief kenbare gegevens worden uitgelegd. Daarnaast is uit het *DSM/Fox*-arrest naar voren gekomen dat tussen de *Haviltex*- en de CAO-norm geen waterdicht onderscheid bestaat, maar dat bij de *Haviltex*-norm ook objectieve elementen kunnen worden betrokken, vooral wanneer het voorzienbaar is dat grote

194. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*).

195. Dit volgt niet met zoveel woorden uit de *Haviltex*-maatstaf, maar het vaststellen van de gemeenschappelijke partijbedoeling is wel het uitgangspunt: zie o.m. R.J.P.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009 (hierna: Tjittes (2009)), par. 2.2. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/362 die dit het vertrekpunt noemen en Valk in par. 2.1.2.3 van dit preadvies.

196. Het vaststellen van de betekenis van woorden is overigens niet alleen een juridische bezigheid, maar heeft ook een component in de hermeneutiek, de leer die zich bezighoudt met het begrip van menselijke uitingsvormen, waaronder schriftelijke bronnen. Net als bij de juridische uitleg wordt ook hier onderstreept dat het begrip van bewoordingen wordt beïnvloed door de context. Zie voor dit perspectief o.m. P.S. Bakker, *'Rechtsgemeenschapsconforme' uitleg: enige beschouwingen over het uitleggen van contracten*, Preadvies Christen Juristen Vereniging, Zutphen Uitgeverij Paris 2015, p. 36; H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding*, Oosterwijk: WLP 2014, p. 39-44.

groepen van derden betrokken zijn bij de uit te leggen overeenkomst of rechtshandeling.¹⁹⁷

Dit is direct een *eerste* punt waar veel over is geprocedeerd en waar de literatuur ook over van mening verschilt: wanneer moeten dan precies objectieve elementen in de uitleg worden betrokken jegens derden en op welke wijze?¹⁹⁸ Voor notariële overdrachtsaktes geldt een louter objectieve uitlegmaatstaf die los van Haviltex staat. De uitleg van een onoverdraagbaarheidsbeding in algemene voorwaarden, waar ook de belangen van derden (de partij aan wie is gecedeerd) door kunnen worden geraakt, moet daarentegen binnen het kader van Haviltex maar wel ‘naar objectieve maatstaven’ worden uitgelegd.¹⁹⁹ Maar zou dat niet net als bij CAO’s in beginsel *puur* objectief moeten geschieden? En moet eenzelfde uitlegnorm niet ook gelden voor alle rechtshandelingen tussen partijen waardoor de belangen van derden (kunnen) worden geraakt, zoals bij een derdenbeding of een verpandingsverbod?²⁰⁰ De vraag is dus: kan en moet het anders?

Een *tweede*, meer specifiek punt dat rechtstreeks voortvloeit uit het voorgaande betreft de uitleg van algemene voorwaarden. De Hoge Raad houdt bij de uitleg daarvan telkens vast aan de Haviltex-maatstaf en laat soms de redelijkheid prevaleren boven de bewoordingen, en maakt ook af en toe duidelijk dat een objectieve uitleg moet worden gevolgd,²⁰¹ zoals bij het hiervoor aangehaalde arrest over het onoverdraagbaarheidsbeding in algemene voorwaarden. Maar is die Haviltex-maatstaf wel zo geschikt voor de uitleg van algemene voorwaarden? Omdat partijen nu eenmaal in de regel de algemene voorwaarden niet tevoren bestuderen of daarover spreken, is het lastig om de betekenis die partijen daar ten tijde van de contractsluiting over en weer aan hebben toegekend vast te stellen. Zo heeft Drion recent betoogd:

197. Uit o.m. HR 2 februari 2007, LjN AZ4410, NJ 2008/104, m.nt. C.E. du Perron (*NBA/Meerhuysen*) blijkt dat niet noodzakelijk is dat *grote* groepen derden betrokken zijn: een geobjectieerde Haviltex-norm werd toegepast op een beding ‘waarmee wordt beoogd de rechtspositie van een derde (...) te bepalen’. De Hoge Raad spreekt daar niet van een grote groep derden, maar van *een* derde.

198. Nader Valk in par. 2.2.3 van dit preadvies.

199. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Intergamma*).

200. Zo o.m. H.M. Veenstra, ‘Uitleg op de grens van het goederen- en verbintenissenrecht’, in: J.M. Milo & S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: Bju 2009, p. 61 over uitleg en derden: ‘Het door de Hoge Raad in het arrest DSM/Fox geschetste systeem lijkt ook niet altijd goed te passen.’

201. HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284 (*Dagenstaed/Chubb*): ‘Het gaat hier om de uitleg van polisvoorwaarden, die deel uitmaken van een beurspolis. Nu over dergelijke voorwaarden niet tussen partijen onderhandeld pleegt te worden (...) is de uitleg daarvan met name afhankelijk van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van de in voorkomend geval (zoals ook hier) bij de polisvoorwaarden behorende toelichting.’

‘[Z]ouden we niet moeten ophouden met Haviltexen wanneer er echt niets over en weer gebeurd is, zoals veelal ten aanzien van de inhoud van algemene voorwaarden het geval is of bij eenzijdige rechtshandelingen?’²⁰²

Ook hier weer de vraag: kan en moet het anders?

Een *derde* punt waar veel over is geprocedeerd en gedelibereerd, houdt met deze objectieve uitleg verband: in hoeverre moeten commerciële contracten, die na onderhandelingen en met juridische bijstand tot stand zijn gekomen letterlijk of in ieder geval objectief worden uitgelegd? De Hoge Raad heeft zich hier meerdere malen over uitgesproken²⁰³ en in de literatuur is uit hoofde van de rechtszekerheid een lans gebroken voor een primair letterlijke uitleg van dit soort contracten.²⁰⁴ De Hoge Raad heeft echter duidelijk gemaakt dat dergelijke overeenkomsten ook hier aan de hand van de subjectieve Haviltex-norm moeten worden uitgelegd, zij het dat onder omstandigheden een ‘taalkundige uitleg in beginsel voor de hand’ kan liggen.

Maar wanneer dan? En ook hier de vraag: moet dat niet anders, door bij commerciële contracten een objectieve uitleg tot norm te verheffen?

Bij de eerste vragen betreft het telkens de mate van objectivering bij uitlegkwesties. Het *vierde* en recent in de Nederlandse rechtspraak en literatuur weer opgeleaid twistpunt betreft de vraag wat rechtens is indien partijen meerdere clausules zijn overeengekomen, die allemaal op dezelfde situatie betrekking hebben, maar tegenstrijdig zijn. Partijen zijn bijvoorbeeld de toepasselijkheid van meerdere sets algemene voorwaarden overeengekomen, waar in de ene set een arbitragebeding is opgenomen en in de tweede een forumkeuze voor de Rechtbank Amsterdam. De Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat als beide sets algemene voorwaarden inderdaad van toepassing zijn door uitleg moet worden vastgesteld welk beding prevaleert, maar heeft geen algemene uitlegregel geformuleerd.²⁰⁵

Met deze punten als bagage, onderneem ik de rechtsvergelijkende reis en richt ik mijn blik specifiek op de oplossingen die enkele Europese rechtstelsels bieden.

5.3 Internationaal perspectief: rechtsvergelijking

Zoals hierboven is uiteengezet dient de rechtsvergelijking mede ter inspiratie van het Nederlandse recht. Verder dient de rechtsvergelijking ter instructie: als een Nederlands bedrijf contracteert op basis van Duits, Engels, Belgisch of Frans recht, wat kan het dan verwachten? En zijn andere

202. C.E. Drion, ‘De historie van Haviltex’, *NJB* 2016, afl. 28, p. 1961.

203. Zie nader Valk in par. 2.3.3 van dit preadvies.

204. Zie o.m. Tjittes (2009), t.a.p., par. 3.10.3; H.N. Schelhaas, ‘Pacta sunt servanda bij commerciële contracten’, *NTBR* 2008, afl. 4, p. 150.

205. HR 24 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:1125, NJ 2015/222 (*For Farmers/Doens*).

rechtsstelsels op het gebied van uitleg wellicht beter geëquipeerd dan het Nederlandse recht, zodat dat een factor kan zijn om in te stemmen met een rechtskeuze?

In mijn vergelijking betrek ik in de eerste plaats het Duitse en Engelse recht, omdat Duitsland en Engeland de twee belangrijkste handelspartners van Nederland zijn²⁰⁶ en Nederlandse contractanten dus regelmatig worden geconfronteerd met het Engelse of Duitse recht. Daarnaast is de Duitse juridische dogmatiek breed ontwikkeld en kan dit interessante perspectieven bieden voor de in het Nederlandse recht geregistreerde discussiepunten. Ook het Engelse recht kan een waardevol perspectief bieden omdat het meer dan welk Europees rechtsstelsel ook uitgaat van een objectieve uitleg van contracten en dus de vraag in welke mate objectivering bij uitlegkwesties aan de orde moet zijn een vruchtbare bodem kan hebben. Daarnaast wordt in internationale transacties vaak gekozen voor de toepasselijkheid van het Engelse recht.²⁰⁷ In de woorden van Hondius:

‘Internationaal contractenrecht is in de praktijk Engels contractenrecht of contractenrecht volgens het recht van de staat New York. Hoe een overeenkomst moet worden uitgelegd naar common law is daarom ook voor de Nederlandse praktijk van eminent belang.’²⁰⁸

Ik richt mij louter op het Engelse recht en laat het Amerikaanse recht buiten beschouwing. Reden hiervoor is dat de Nederlandse contractant vaker met het Engelse dan het Amerikaanse recht in contact komt, juist omdat Engeland van deze twee landen de belangrijkste handelspartner is. Mijn analyse van het Engelse recht vul ik aan met het Schotse recht, dat binnen het Verenigd Koninkrijk net als Engeland & Wales, en Ierland een apart rechtsstelsel heeft. De reden voor een bespreking van het Schotse

206. Zie voor CBS-gegevens uit 2010: www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2011/35/nederlandse-in-en-uitvoer-gericht-op-beperkt-aantal-landen-en-goederen. Duitsland is de belangrijkste handelspartner van Nederland. Engeland was in 2015 wat export betreft na Duitsland het tweede land: www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/24/export-naar-verenigd-koninkrijk-goed-voor-3-procent-bbp.

207. Zie o.m. E. McKendrick, *Contract Law*, London: Palgrave 2015, p. 10-11 (par. 1.8) die als verklaring voor de frequente rechtskeuze voor het Engelse recht wijst op de lange handelshistorie van Engeland, op het feit dat Engeland al jaren het centrum van de grondstoffenmarkt in Europa is en op het feit dat de Londense city een belangrijk centrum voor arbitrage is en daarbij geregeld voor het Engelse recht wordt gekozen. Zie verder G. Cordero-Moss, ‘Interpretation of Contracts in International Commercial Arbitration: Diversity on More than One Level’, *ERPL* 1 (2014), p. 27 die verwijst naar twee *surveys* onder internationale bedrijven: de meerderheid kiest voor Engels recht, omdat dit recht volgens de respondenten de meeste zekerheid biedt. Zie: www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2010/index.html (Queen Mary University Londen) en www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2010/index.html (Law Society van Engeland en Wales).

208. E.H. Hondius, ‘Kroniek Algemeen’, *NTBR* 2011/38, afl. 3.

recht vormt het feit dat de Schotse Law Commission enige jaren geleden een Discussion Paper heeft uitgebracht, dat analyseert of het op het Engelse recht gebaseerde uitlegregime aan vervanging toe is.

Voorts besteed ik enige aandacht aan het Franse en Belgische recht, omdat het Belgische recht nog uitgaat van bepalingen die het oude Nederlandse BW wel kende maar het nieuwe heeft verlaten en het Franse contractenrecht recent is herzien en ook het uitlegregime is gewijzigd.²⁰⁹ Het is interessant om te bezien of een modern nieuw rechtsstelsel op een andere wijze met uitlegkwesties omgaat, andere keuzes maakt en vernieuwende ideeën heeft in vergelijking met een stelsel dat al langere tijd van kracht is. Dit deel van de rechtsvergelijking is beknopter, omdat ik met name ben geïnteresseerd in de *wijzigingen*.

Tot slot betrek ik internationaal *soft law* in mijn analyse: de Principles of European Contract Law (PECL), de Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) en de Draft Common Frame of Reference (de DCFR).

Ik beperk mij tot de hoofdlijnen en richt mij met name op de hierboven vermelde discussiepunten. Ik geef eerst per jurisdictie een overzicht van de uitgangspunten op het gebied van uitleg.

5.4 Overzicht van het algemene uitlegregime in de verschillende rechtsstelsels

5.4.1 Engels recht: objectieve uitleg

5.4.1.1 *De restatement van Lord Hoffmann: the contextual meaning of language*

Het Engelse recht gaat, anders dan het Nederlandse recht, niet primair op zoek naar de subjectieve partijbedoeling van de contractspartijen, maar is gericht op het vaststellen van de inhoud van verklaringen door de ogen van een geobjectiverde redelijke persoon. De reden dat het Engelse recht zich niet bezighoudt met de specifieke partijbedoeling, wordt door Lord Hoffmann – destijds een van de invloedrijkste rechters bij het Engelse hoogste gerechtshof²¹⁰ – als volgt onder woorden gebracht:

‘(F)or the purposes of interpreting what other people say, we have no direct access to their subjective mental states, no window into their minds.’²¹¹

209. Over de achtergronden van de wetswijziging zie J.M. Smits & C. Calomme, ‘De herziening van het Franse contractenrecht: les yeux sont faits’, AA 2016, afl. 10, p. 726-733.

210. Destijds *House of Lords*, thans *Supreme Court*.

211. Lord Hoffmann, ‘The Intolerable Wrestle with Words and Meanings’, 114 *S. African L.J.* (1997), p. 661.

Een rechter kan dus niet in het hoofd kijken van contractspartijen en beziet een overeenkomst daarom door de ogen van een geobjectiveerde redelijke persoon: op welke wijze legt hij een overeenkomst uit?

Oorspronkelijk werd daarbij louter beoordeeld hoe deze objectieve derde de bewoordingen grammaticaal zou uitleggen. Dat hield mede verband met het feit dat het Engelse recht traditioneel veel waarde hecht aan rechtszekerheid in het handelsverkeer en een letterlijke uitleg die het beste verschaft. Hierbij speelt een rol dat Engelse procedures in de meeste gevallen over commerciële contracten, waar geen consument bij is betrokken, gaan: de hoge proces- en advocatenkosten beperken de procesbereidheid van consumenten.²¹² In de rechtspraak werd mede om deze reden lange tijd vastgehouden aan een strikt letterlijke uitleg van bewoordingen. In de vaak aangehaalde woorden van Lord Mansfield in de zaak *Vallejo v. Wheeler* uit 1774:

*‘In all mercantile transactions the great object should be certainty and therefore it is of more consequence that a rule should be certain than the rule is established one way or the other.’*²¹³

Geleidelijk werd echter meer nadruk gelegd op een *contextuele* uitleg: het gaat nu om de *contextual meaning of language*. De reden voor deze verschuiving wordt wel gezocht in het feit dat transacties steeds complexer zijn geworden en het voor een goed begrip vaak nodig bleek om bij de uitleg van woorden ook de context te betrekken.²¹⁴ In *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society*²¹⁵ uit 1998 zette Lord Hoffman het uitlegregime uiteen en formuleerde een aantal in elkaar voortvloeiende deelregels. Een en ander vormde niet slechts een samenvatting van de rechtspraak tot dat moment, maar behelsde ook een nuancering of aanvulling. Om die reden worden zijn woorden wel als een ‘*restatement*’²¹⁶ geduid. Zijn deelregels, die veeleer als uitgangspunten en niet zozeer als harde regels kwalificeren,²¹⁷ komen op het volgende neer:

212. Zie C. Staughton, ‘How do the Courts Interpret Commercial Contracts?’, *CLJ* 58 (2) 1999: ‘The reason that I confine myself here to commercial contracts is that they are virtually the only contracts which in these days anyone can afford to litigate about.’

213. *Vallejo v. Wheeler* (1774) 1 Cowp 143 op p. 153. Zo ook Lord Goff in *The Scaptrade* [1983] QB529 op p. 540: ‘[T]he English courts have time and again asserted the need for certainty in commercial transactions (...)’.

214. G. McMeel, *The Construction of Contracts*, Oxford: OUP 2011, par. 1.90-1.92 (hierna: McMeel (2011)).

215. *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896.

216. Zie bijv. McMeel (2011), t.a.p., par. 1.42.

217. Zie McMeel (2011), t.a.p., par. 1.50 en 1.51.

1. Uitleg is het vaststellen van de betekenis die een redelijke persoon met dezelfde achtergrondinformatie als partijen redelijkerwijze aan de bepaling zou toekennen.²¹⁸

De centrale vraag is welke betekenis een geobjectiveerde redelijke persoon die over dezelfde achtergrondinformatie beschikt als partijen aan bewoordingen zou hechten. Het doel is dus niet om te achterhalen wat de specifieke partijbedoeling was. Uitleg heeft dus niets van doen ‘with identifying some (fictional) common intention of the parties’, zo vat McMeel in zijn gezaghebbende werk over uitleg samen.²¹⁹ Het gaat erom wat een objectieve derde met een vergelijkbare achtergrond redelijkerwijs²²⁰ op basis van de voorliggende overeenkomst zou moeten begrijpen.²²¹ Het verschil met de Nederlandse uitlegmethode, die weliswaar gericht is op het achterhalen van de gemeenschappelijke partijbedoeling, is minder groot dan het lijkt: ook in de Haviltex-maatstaf komt een geobjectiveerd element terug, want het gaat om de *redelijke* verwachtingen van partijen. Zie nader par. 5.7 hierna.

2. De achtergrond is de ‘matrix of fact’, oftewel de context die van invloed is op de wijze waarop een ‘redelijk persoon’ de bewoordingen in de overeenkomst zou hebben geïnterpreteerd.²²²

De ‘natural and ordinary meaning’ die een redelijke persoon aan de bewoordingen toekent, speelt nog altijd een grote rol in het Engelse recht, omdat ervan wordt uitgegaan dat partijen in formele documenten geen taalkundige missers maken: de tekstuele betekenis blijft het uitgangspunt.²²³ Maar dat is niet de enige bron van uitleg: de gehele context is van belang.²²⁴ Zo

218. In het origineel: ‘Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract.’

219. McMeel (2011), t.a.p., par. 1.44.

220. Het gaat hierbij overigens niet om de vraag welke uitleg materieel *redelijk* is, maar om wat een derde heeft kunnen begrijpen. Wel geldt dat hoe onredelijker een bepaalde clausule is, hoe minder het voor de hand ligt dat een derde die betekenis had kunnen begrijpen. Maar als de bewoordingen helder en niet voor misverstand vatbaar zijn, maar tot een onredelijk resultaat leiden, dan wordt deze eerste uitleg gevolgd: zie McMeel (2011), t.a.p., par. 1.58-1.60 en 9.07.

221. McMeel (2011), t.a.p., par. 1.44; Calnan (2013), t.a.p., p. 15 e.v. (par. 1.21-1.25) noemt voor deze objectieve uitleg drie redenen: (i) het vaststellen van de subjectieve bedoelingen is te moeilijk, (ii) een objectieve toets creëert meer zekerheid en bespaart (juridische) kosten, en (iii) een objectieve benadering beschermt de belangen van derden.

222. In het origineel: ‘Subject to the requirement that it should have been reasonably available to the parties and to the exception to be mentioned next, it includes absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man.’

223. Zie Lord Hoffman in *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896 en J. Steyn, ‘The Intractable Problem of The Interpretation of Legal Texts’, 25 *Sydney Law Review* 1 (2003), p. 7-8.

224. Waar eertijds alleen de context mocht worden betrokken indien de betekenis van de woorden diffuus was (de zogenaamde *plain meaning rule*), is die regel in de 20^e eeuw verlaten: zie McMeel (2011), par. 5.07, 5.08 en 5.49.

wordt niet blindgestaard op het litigieuze beding of de passage waar partijen over twisten, maar wordt ook de rest van het contract, de aard van de transactie en de *'legal and factual matrix'* meegewogen.²²⁵ Deze *'legal and factual matrix'* (kortweg de feitelijke en juridische context) bestaat onder meer uit (i) feiten en omstandigheden die ten tijde van de contractsluiting bekend waren of dat hadden moeten zijn, (ii) het onderwerp en doel van de transactie en (iii) het aan partijen bekende juridische kader.²²⁶ Een van de steeds terugkerende twistpunten in literatuur en rechtspraak vormt de vraag wanneer deze context precies een rol speelt en welke achtergrondinformatie bij de uitleg moet worden betrokken. Het uitgangspunt is dat de context van de transactie een ondersteunende rol speelt en niet een onafhankelijke bron is bij uitlegkwesties.²²⁷

3. *Pre- (en post-)contractuele verklaringen en documenten*²²⁸ zijn niet relevant Anders dan in het Nederlandse recht, zijn pre- en ook postcontractuele feiten en omstandigheden in het Engelse recht in beginsel niet relevant voor de uitleg van rechtshandelingen.²²⁹ Deze zogenoemde *exclusionary rule* vloeit voort uit het doel dat het Engelse recht met uitleg nastreeft: de subjectieve partijbedoeling is niet relevant, maar het gaat om de betekenis die een objectieve persoon redelijkerwijs aan een bepaling mag hechten. Dat betekent dat alleen gegevens die objectief kunnen worden vastgesteld ten tijde van de contractsluiting worden betrokken.²³⁰ Pre- en postcontractuele verklaringen of documenten zeggen hooguit iets over de subjectieve partijbedoeling en zijn dus irrelevant. Verder kunnen de posities van partijen in de precontractuele fase veranderen en het is dus moeilijk vast te stellen of een document consensus of een discussiepunt weergeeft. Een andere reden om pre- en postcontractuele feiten en omstandigheden buiten beschouwing te laten wordt gezien in het beschermen van belangen van derden. Derden die bijvoorbeeld door cessie of contractoverneming betrokken raken bij een contract, mogen niet worden geconfronteerd met feiten en omstandigheden waar zij geen weet van hebben.²³¹ Lord Wilberforce brengt de *rationes* als volgt onder woorden:

225. Nader: Calnan (2013), t.a.p., p. 29-40 (par. 3.01-3.40).

226. McMeel (2011), t.a.p., par. 5.09 en 5.10.

227. Zie onder meer Calnan (2013), t.a.p., p. 29-40 (par. 3.01-3.40), p. 48-49 (par. 4.36-4.44).

228. In het origineel: *'The law excludes from the admissible background the previous negotiations of the parties and their declarations of subjective intent.'*

229. De regel lag onder vuur, maar is bevestigd in *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] UKHL 38. Zie ook *Lord Neuberger Arnold v Britton* [2015] UKSC 36, par. 21: *'When interpreting a contractual provision, one can only take into account facts or circumstances which existed at the time that the contract was made, and which were known or reasonably available to both parties.'*

230. Expliciet: McMeel (2011), t.a.p., par. 1.81.

231. Hoewel Lord Hofmann aangeeft dat het nu eenmaal het lot is van derden dat zij invloed ondervinden van onbekende achtergrondinformatie, geeft hij toe (*Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] UKHL 38, par. 40): *'But an extension of the admissible background*

‘The reason for not admitting evidence of these exchanges is not a technical one or even mainly one of convenience, (though the attempt to admit it did greatly prolong the case and add to its expense). It is simply that such evidence is unhelpful. By the nature of things, where negotiations are difficult, the parties’ positions, with each passing letter, are changing and until the final agreement, though converging, still divergent. It is only the final document which records a consensus. If the previous documents use different expressions, how does construction of those expressions, itself a doubtful process, help on the construction of the contractual words? If the same expressions are used, nothing is gained by looking back: indeed, something may be lost since the relevant surrounding circumstances may be different. And at this stage there is no consensus of the parties to appeal to.’²³²

Weliswaar is de ontoelaatbaarheid van precontractuele verklaringen bekritiseerd,²³³ maar het principe dat bewijs uit precontractuele onderhandelingen geen rol mag spelen staat nog altijd overeind.²³⁴ Dat betekent bijvoorbeeld dat eerdere versies van contracten geen rol spelen bij de interpretatie van het definitieve contract. Ook gedragingen *ex post* spelen om dezelfde redenen geen rol van betekenis. Dit vormt een fundamenteel verschil met het Nederlandse recht.

Wel bieden twee andere leerstukken een beperkte mogelijkheid om precontractuele feiten en omstandigheden toch een rol te laten spelen.²³⁵ In de eerste plaats is dat de *rectification*. Dit biedt een partij de mogelijkheid

will, at any rate in theory increase the risk that a third party will find that the contract does not mean what he thought.’

232. *Prenn v Simmonds* [1971] 1 WLR 1381 op p. 1384. W.J. Zwalve, ‘De historische context van de overeenkomst’, *RMThemis* 2010, afl. 2, p. 70 merkt terecht op dat dit citaat van Wilberforce goed verklaarbaar is: omdat het er niet om gaat de subjectieve partijbedoeling te achterhalen, is het weinig ‘helpful’ om feiten en omstandigheden uit de voorafgaande contractonderhandelingen in de uitleg te betrekken.
233. Lord Hoffmann vat deze kritiek in *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] UKHL 32 als volgt samen: ‘Among the dirt of aspirations, proposals and counter-proposals there may gleam the gold of a genuine consensus on some aspect of the transaction expressed in terms which would influence an objective observer in construing the language used by the parties in their final agreement. Why should the court deny itself the assistance of this material in deciding what the parties must be taken to have meant?’ In gelijke zin E. McKendrick, ‘Interpretation of Contracts and the Admissibility of Pre-contractual Negotiations’, *SaLJ* 17 (2015), p. 248 e.v. en p. 274-276.
234. Voor uitzonderingen: E. McKendrick, *Contract Law*, London: Palgrave 2015, p. 160-162 (par. 9.6). W.J. Zwalve, ‘De historische context van de overeenkomst’, *RMThemis* 2010, afl. 2, p. 66 en 72 wijst op mogelijke verklaringen voor deze regel, die voor een deel verband houden met het oude procesrecht in Engeland: partijen konden niet als getuigen worden gehoord en er gold een specifieke rolverdeling tussen rechter en jury. De jury dient als ‘derde’ de betekenis vast te stellen van bewoordingen die voor meerdere uitleg vatbaar zijn en wordt dus ‘als virtuele buitenstaander, mede (...) betrokken bij de uitleg van de overeenkomst.’
235. McMeel (2011), t.a.p., par. 5.98-5.106 noemt nog een aantal andere uitzonderingen.

om te bewijzen dat het schriftelijke contract niet weergeeft wat partijen zijn overeengekomen. Het gaat hier dan met name om duidelijke vergissingen. Een voorbeeld is de situatie waarin partijen drie kavels willen verkopen, maar in de overdrachtsakte staan er per abuis maar twee vermeld. In een dergelijk geval heeft een partij het recht om de rechter te verzoeken om het document te herschrijven, zodat het wel adequaat weergeeft wat partijen zijn overeengekomen. Als dergelijke *drafting mistakes* om een of andere reden niet met uitleg kunnen worden opgelost, dan staat partijen het leerstuk van de *rectification* ten dienste. Dit leerstuk kent strikte vereisten en is louter bedoeld om fouten in documenten te corrigeren.²³⁶ Bij *rectification* heeft de rechter de bevoegdheid om bewijs in zijn oordeel te betrekken dat voorafgaat aan de contractsluiting; hij moet immers beoordelen of het document hetgeen partijen bespraken weergeeft. Een andere uitzondering houdt verband met het leerstuk van *estoppel by convention*:

*‘When the parties have acted in their transaction upon the agreed assumption that a given state of facts is to be accepted between them as true, then as regards that transaction each will be estopped against the other from questioning the truth of the statement of facts so assumed.’*²³⁷

Bij de toepassing van dit leerstuk, dat lijkt op rechtsverwerking, is hetgeen zich voorafgaande aan of volgende op de contractsluiting heeft voorgedaan relevant. Ook dit leerstuk wordt zelden toegepast omdat aan strenge criteria moet worden voldaan: er moet sprake zijn van een gedragslijn van een der partijen, waarover overeenstemming tussen partijen bestaat en over is gecommuniceerd, terwijl een der partijen hierop kenbaar heeft vertrouwd, en het onredelijk zou zijn om aan dit vertrouwen voorbij te gaan. De beide leerstukken vormen dus zeldzame uitzonderingen op de regel dat feiten en omstandigheden *ex ante* of *ex post* geen rol spelen.²³⁸ De leerstukken ondergraven echter niet het uitgangspunt dat bij uitleg geen factoren *ex ante* of *ex post* in de beoordeling mogen worden betrokken.

236. Zie nader McMeel (2011), t.a.p., par. 17.27 e.v., ook over de verschillen en gelijkenissen met uitleg.

237. Lord Eveleigh, in: *Amalgamated Investment and Property Co Ltd v Texas Commerce International Bank Ltd* [1982] QB 84 op p. 126. Zie ook McMeel (2011), t.a.p., par. 18.13 e.v.

238. McMeel (2011), t.a.p., hoofdstuk 17 en 18.

4. De betekenis die een redelijke persoon aan bewoordingen toekent kan niet worden gelijkgesteld aan de letterlijke betekenis van woorden: het gaat erom wat deze redelijke persoon redelijkerwijs begrepen moest hebben.²³⁹

Het uitgangspunt in het Engelse recht is dat als partijen ervoor gekozen hebben om hun afspraken op papier te zetten, een ‘*natural and ordinary meaning*’ in beginsel leidend is.²⁴⁰ Dit is niet louter een letterlijke uitleg, want het gaat om de interpretatie van een redelijke persoon en dus kan onder meer ook acht worden geslagen op ‘*common sense*’. Bij een commerciële transactie is het de *business common sense* die relevant kan zijn.²⁴¹ Dat betekent dat in commerciële contracten weliswaar de tekstuele uitleg van bewoordingen van groot belang is, maar niet de enige bron van uitleg vormt: de zakelijke aard van de transactie wordt ook bij de uitleg betrokken.

5. Weliswaar moet primair worden gezien wat de ‘*natural and ordinary*’ betekenis is van bewoordingen, maar dat gaat niet zover dat deze ook moet worden gevolgd als het duidelijk is dat partijen iets heel anders moeten hebben bedoeld.

Op de regel dat de ‘*natural and ordinary meaning*’ in beginsel moet worden gevolgd, zijn dus uitzonderingen denkbaar. In de woorden van Lord Hoffmann in *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society*:

‘The “rule” that words should be given their natural and ordinary meaning reflects the common sense proposition that we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents. On the other hand, if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had.’

Als het ook voor een objectieve derde duidelijk gaat om *drafting errors* (er staat *sums paid*, maar het is duidelijk dat daar *sums payable* had moeten staan), dan kan dus aan de tekst worden voorbijgegaan en een andere uitleg worden gekozen, of kan onder omstandigheden het leerstuk van *rectification* worden toegepast.²⁴²

239. In het origineel: ‘The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. The background may not merely enable the reasonable man to choose between the possible meanings of words which are ambiguous but even (as occasionally happens in ordinary life) to conclude that the parties must, for whatever reason, have used the wrong words or syntax.’

240. Calnan (2013), t.a.p., p. 22 (par. 2.04).

241. Zo Lord Diplock, in: *Antaios Compania v Salen AB* [1985] AC 191 op p. 201 en McMeel (2011), t.a.p., par. 1.65-1.72. Zie verder *Re Sigma Finance Corporation* [2009] UKHL 2, waar het House of Lords nadrukkelijk de ‘*commercial intention*’ van partijen bij de uitleg betrof.

242. Uitgebreid: McMeel (2011), t.a.p., par. 17.02-17.26.

5.4.1.2 *Latere ontwikkelingen: the importance of language*

Uit de hiervoor besproken ‘*restatement*’ van Lord Hoffmann werd afgeleid dat een grammaticale uitleg aanzienlijk aan betekenis had ingeboet, ten faveure van andere omstandigheden van het geval.²⁴³ Inderdaad zijn andere omstandigheden dan louter een letterlijke uitleg van belang in het Engelse recht, maar die letterlijke uitleg en de *primacy of the text* blijft het uitgangspunt²⁴⁴ omdat dit normaliter overeenkomt met de interpretatie van een geobjectiveerde redelijke persoon.²⁴⁵ Dat is bevestigd in een recente uitspraak van het Supreme Court van 10 juni 2015 (*Arnold v Britton* [2015] UKSC 46).²⁴⁶ De leading speech van Lord Neuberger laat geen misverstand bestaan over het belang van een letterlijke uitleg (zie par. 17):

‘[T]he reliance placed in some cases on commercial common sense and surrounding circumstances (eg in Chartbrook, paras 16-26) should not be invoked to undervalue the importance of the language of the provision which is to be construed. The exercise of interpreting a provision involves identifying what the parties meant through the eyes of a reasonable reader, and, save perhaps in a very unusual case, that meaning is most obviously to be gleaned from the language of the provision. Unlike commercial common sense and the surrounding circumstances, the parties have control over the language they use in a contract. And, again save perhaps in a very unusual case, the parties must have been specifically focusing on the issue covered by the provision when agreeing the wording of that provision.’

De betekenis van de gebruikte bewoordingen blijft bij de uitleg dus van cruciaal belang: indien de tekst taalkundig gezien duidelijk is, dan wordt

243. De uitspraak is dan ook vooral uit commerciële hoek bekritiseerd omdat het een te vaag regime zou creëren: zie o.m. R. Calnan, ‘Construction of Commercial Contracts: A Practitioner’s Perspective’, in: A. Burrows & E. Peel (red.), *Contract Terms*, Oxford: OUP 2007, p. 17-18 en 23-24.

244. Zie ook eerder *Rainy Sky v Kookmin* [2011] UKSC 50.

245. Zie o.m. E. McKendrick, *The Creation of a European Law of Contracts – The Role of Standard Form Contracts and Principles of Interpretation*, Deventer: Kluwer 2004, p. 32; McMeel (2011), t.a.p., par. 1.75. Daar werd ook na *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building* vanuit commerciële hoek voor gepleit: zo stelt Calnan dat rechtszekerheid van het grootste belang is voor het Engelse recht en dat deze uitspraak dat bedreigt: R. Calnan, ‘Construction of Commercial Contracts: A Practitioner’s Perspective’, in: A. Burrows & E. Peel (red.), *Contract Terms*, Oxford: OUP 2007, p. 20, 23, 24.

246. J. Beatson, A. Burrows & J. Cartwright, *Anson’s Law of Contract*, Oxford: OUP 2016, p. 181 zeggen dit zo: ‘[I]n the latest Supreme Court decision on interpretation, *Arnold v Britton* (...) there appears to have been a subtle move to steer interpretation back towards the words used as the primary factor of importance (...).’

deze betekenis in beginsel gevolgd,²⁴⁷ ook als bijvoorbeeld de *commercial common sense* tot iets anders zou leiden, zo vat Lord Neuberger samen (par. 19 en 20):

‘The mere fact that a contractual arrangement, if interpreted according to its natural language, has worked out badly, or even disastrously, for one of the parties is not a reason for departing from the natural language (...). [W]hile commercial common sense is a very important factor to take into account when interpreting a contract, a court should be very slow to reject the natural meaning of a provision as correct simply because it appears to be a very imprudent term for one of the parties to have agreed, even ignoring the benefit of wisdom of hindsight (...).’

Kortom, bij uitlegvragen wordt nog altijd primair naar de tekstuele interpretatie door de ogen van een geobjectiveerde derde gekeken.²⁴⁸ De objectief kenbare context kan hierbij wel een rol spelen.²⁴⁹ Zelfs als het vermoeden bestaat dat de woorden niet de *true intention* van partijen reflecteren, zal het Engelse recht in beginsel vasthouden aan de bewoordingen, tenzij het gaat om *drafting mistakes*.²⁵⁰ Verder wordt in de literatuur een tendens gesignaleerd dat formele door juristen opgestelde documenten versterkt letterlijk worden uitgelegd omdat ervan wordt uitgegaan dat partijen de bewoordingen nauwkeurig hebben gekozen.²⁵¹

5.4.1.3 Implied terms

Tot slot ga ik in op het leerstuk van de *implied terms*, op grond waarvan een contract onder omstandigheden kan worden aangevuld. Dit leerstuk ligt tegen de uitleg van rechtshandelingen aan: indien een rechter constateert

247. Lord Clarke in *Rainy Sky v Kookmin* [2011] UKSC 50, 23: ‘Where the parties have used unambiguous language, the court must apply it.’ Zie ook E. McKendrick, *Contract Law*, London: Palgrave 2015, p. 159 (par. 9.6).

248. Calnan (2013), t.a.p., p. 12 (par. 1.04 en 1.05): ‘We are not concerned with the parties’ actual, subjective intention, but with the outward manifestation of those intentions (...).’ Par. 1.06: ‘What is important is not what the parties thought, but what they wrote.’

249. Zie o.m. Lord Neuberger in *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36, die (par. 17) stelt dat het primair gaat om het vaststellen van de letterlijke betekenis van een bepaling ‘*safe perhaps in very unusual case*’. Pas als de bepaling niet heel duidelijk is (par. 18) mag de rechter van de ‘*natural meaning*’ afwijken (par. 19).

250. Voor deze terughoudendheid: zie onder meer Calnan (2011), t.a.p., p. 100-104 (par. 7.18-7.25), die stelt dat een andere uitleg dan de letterlijke alleen aan de orde is indien: ‘(i) something has clearly gone so wrong with the language used in the document that the parties cannot objectively have intended it, (ii) it is clear to a reasonable person what the parties actually objectively intended.’ Dat kan ook het geval zijn bij *clear drafting errors*, zoals onjuiste doorverwijzingen in contractdocumentatie of als een woord is weggevalen.

251. E. McKendrick, *The Creation of a European Law of Contracts – The Role of Standard Form Contracts and Principles of Interpretation*, Deventer: Kluwer 2004, p. 35.

dat uit het contract niet goed kan worden afgeleid wat partijen hebben afgesproken bij een bepaalde situatie, kan dit vaak zowel met uitleg worden opgelost als met het construeren van aanvullende afspraken. Het leerstuk van de *implied terms* kan leiden tot aanvullende afspraken, maar wordt terughoudend toegepast. Het vormt aldus geen alternatief voor de strikte uitlegregels in de zin dat eenvoudigweg een bepaling kan worden toegevoegd met hetzelfde resultaat als waar een redelijke uitleg van de afspraken toe zou leiden.²⁵² Kort samengevat²⁵³ wordt een *implied term*²⁵⁴ pas aanvaard indien een leemte bestaat en een aanvullend beding door de ogen van een objectieve persoon²⁵⁵ ‘vanzelfsprekend’ of ‘absoluut noodzakelijk’ is.²⁵⁶ Het aanvullen van contractuele afspraken in geval van leemten is daarom meer uitzondering dan regel.²⁵⁷ Het feit dat een aanvullende afspraak ‘redelijk’ is, is niet het criterium. Het gaat erom dat een *implied term* noodzakelijk is.²⁵⁸ In de situatie waarin niet duidelijk was dat partijen de bepaling ten tijde van de contractsluiting zouden hebben geaccepteerd en waarin de *implied term* zich niet verhield tot de expliciete bewoordingen van het contract, werd bijvoorbeeld geweigerd een *implied term* aan de contractuele verhouding toe te voegen.

5.4.1.4 Conclusie

Het Engelse recht acht een letterlijke uitleg dus van belang, maar beperkt zich daartoe niet. Een contractuele bepaling wordt ook vanuit het perspectief van een geobjectiveerde ‘*reasonable person*’ gezien. De ‘*natural and ordinary meaning*’ speelt een belangrijke rol, maar ook de context is van belang. Het Engelse recht heeft geen wezenlijk andere regels ten aanzien van de uitleg

252. Ook in het Engelse recht wordt uitleg onderscheiden van aanvulling: eerst moet worden uitgelegd, dan pas komt het leerstuk van de *implied terms* aan de orde. Zie o.m. Lord Neuberger, in: *Marks & Spencer v. BNP Paribas* [2015] UKSC 72.

253. De leer van de *implied term* is veelomvattend en kent vele nuances en uitzonderingen. Ik kan dit in dit preadvies niet uitgebreid behandelen en laat slechts zien dat de leer van de *implied terms* er niet toe leidt dat de objectieve uitlegregels onder Engels recht worden omzeild.

254. Het Engelse recht maakt een onderscheid tussen verschillende soorten *implied terms*: zie E. McKendrick, *Contract Law*, London: Palgrave 2013, p. 168-169 (par. 9.8); Calnan (2013), t.a.p., p. 139 (par. 8.54).

255. McMeel (2011), t.a.p., par. 11.33.

256. Voor een bespreking van deze alternatieve vereisten: Calnan (2013), t.a.p., p. 132-134 (par. 8.15-8.25); McMeel (2011), t.a.p., hoofdstuk 11 en 12.

257. *Marks & Spencer v. BNP Paribas* [2015] UKSC 72, waar Lord Neuberger schrijft (par. 21) dat sprake kan zijn van een aanvullende bepaling als die door een geobjectiveerde derde wordt beschouwd als ‘(...) so obvious as to go without saying or to be necessary for business efficacy.’ Zie nader Calnan (2013), t.a.p., p. 132 (par. 8.14).

258. E. McKendrick, *Contract Law*, London: Palgrave 2015, p. 170 (par. 9.8).

van commerciële contracten²⁵⁹ en evenmin voor overeenkomsten waar (mogelijk) derden bij zijn betrokken.²⁶⁰

Ofschoon het Engelse recht niet diametraal tegenover het Nederlandse recht staat omdat ook het Engelse recht betekenis hecht aan andere factoren dan een letterlijke uitleg alleen, zijn toch belangrijke verschillen waarneembaar. Het uitgangspunt in het Engelse recht is niet om vast te stellen wat de partijbedoeling is en wat contractspartijen redelijkerwijze over en weer uit elkaars verklaringen kunnen afleiden, maar het beding wordt geïnterpreteerd vanuit het perspectief van een objectieve derde. Een objectieve in plaats van de gesubjectieerde Nederlandse uitleg dus.²⁶¹ Het is om die reden dat het Engelse recht nog altijd meer waarde hecht aan een tekstuele uitleg van schriftelijke contracten. Verder is het anders dan naar Nederlands recht niet relevant wat partijen precontractueel of postcontractueel hebben verklaard. Ook is het in het Engelse recht bij commerciële contracten van belang tot welke uitkomst *business common sense* zou leiden. Dat kan bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf natuurlijk ook worden meegewogen, maar een vast gezichtspunt is dat niet.²⁶²

5.4.2 Schots recht: objectieve uitleg

Het Schotse recht gaat wat betreft de uitleg van overeenkomsten voor een belangrijk deel uit van dezelfde basisbeginselen die ten grondslag liggen aan het Engelse recht. Ook hier geldt een objectieve uitlegmethode, waarin een tekstuele uitleg van groot belang is, maar waarbij de context ook een belangrijke rol speelt.²⁶³ Wel lijkt de Schotse hoogste rechter in commerciële transacties recent meer dan de Restatement van Lord Hoffman maar in lijn met *Arnold v Britton* het belang van een letterlijke uitleg te onderstre-

259. Expliciet C. Staughton, 'How do the Courts Interpret Commercial Contracts?', *CLJ* 58 (2) 1999, p. 303-304; J. Steyn, 'The Intractable Problem of The Interpretation of Legal Texts', 25 *Sydney Law Review* 1 (2003), p. 8.

260. Hoewel sommigen uit *Cherry Tree Investments Ltd v Landman Ltd* [2013] Ch 305 afleiden dat rechters terughoudend moeten zijn bij het toelaten van achtergrondinformatie bij de uitleg van publieke documenten, waar de belagen van derden bij zijn betrokken: J. Beatson, A. Burrows & J. Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford: OUP 2016, p. 180.

261. J.M. Smits, *Contract Law – A Comparative Introduction*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 125 stelt dat slechts het perspectief verschilt (redelijke contractspartijen versus de redelijke derde). Dat verschil in perspectief heeft echter een aantal andere consequenties, waaronder de toelaatbaarheid van informatie ex post en ex ante en de waarde van de tekst. Lord Hoffmann neemt in *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] UKHL 38, par. 39 dan ook expliciet afstand van de subjectieve uitlegmethode van de 'continentale' rechtsstelsels.

262. Zie ook C.J.H. Jansen, 'Over contractsuitleg naar Nederlands en Engels recht', *ORP* 2011, p. 48; Tjittes (2009), t.a.p., par. 3.7.

263. Zie Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Interpretation of Contract*, 2011, p. 42-43.

pen.²⁶⁴ Expliciet wordt erkend dat dit versterkt geldt voor contracten die door juristen zijn opgesteld omdat *'the words may be expected to have been chosen with care'*.²⁶⁵ Precontractuele onderhandelingen worden in beginsel irrelevant geacht, maar kunnen — anders dan in het Engelse recht — wel een rol spelen als ondersteunend bewijs voor feiten en omstandigheden die ten tijde van de contractsluiting bij beide partijen bekend waren. Postcontractuele feiten en omstandigheden zijn net als onder het Engelse recht irrelevant, omdat de overeenkomst anders in de loop der tijd een andere inhoud zou kunnen krijgen, al naar gelang het gedrag van partijen.²⁶⁶

De Schotse *Law Commission*,²⁶⁷ de instantie die de overheid adviseert over mogelijke verbeteringen van het Schotse recht, heeft tweemaal haar pijlen gericht op de uitlegregels in het Schotse recht. Een eerste rapport uit 1997 heeft niet tot wijzigingen in het Schotse recht geleid. Ik laat dat rapport voor wat het is, en richt mij louter op de recenter *Discussion Paper* uit 2011. De *Discussion Paper* registreert een aantal punten in het Schotse uitlegregime dat voor discussie vatbaar is. In de eerste plaats is dat de vraag wanneer en in hoeverre de context een rol kan spelen bij de uitleg. In de tweede plaats stelt de *Discussion Paper* aan de orde of precontractuele feiten en omstandigheden inderdaad buiten beschouwing zouden moeten worden gelaten. Tot slot wordt in de *Discussion Paper* de vraag gesteld of een rechter een bepaalde betekenis aan bewoordingen zou mogen toekennen, terwijl elke contractspartij wist of kon weten dat ze op een andere wijze werden bedoeld. Om in kaart te brengen op welke wijze het Schotse recht verbeterd zou kunnen worden, heeft de *Law Commission* de volgende uitgangspunten gedefinieerd.²⁶⁸

- i. Elk soort transactie (consument of commerciële partij) moet worden uitgelegd met dezelfde regels, tenzij een goede reden bestaat voor een ander uitgangspunt.
- ii. Het moet op voorhand duidelijk zijn welke feiten en omstandigheden al dan niet een rol spelen bij de uitleg van rechtshandelingen.

264. In *Bank of Scotland v Dunedin Property Investment Co Ltd* [1998] SC 657 stelt Lord Rodger dan ook: *'[T]he inquiry will start, and usually finish, by asking what is the ordinary meaning of the words used.'* Zie ook het overzicht in *Scottish Law Commission, Discussion Paper on Interpretation of Contract*, 2011, p. 44-47.

265. *Scottish Law Commission, Discussion Paper on Interpretation of Contract*, 2011, p. 48.

266. Zie *Scottish Law Commission, ibid.*, p. 42-57.

267. Meer informatie: www.scotlawcom.gov.uk/about-us/.

268. *Scottish Law Commission, ibid.*, 2011, p. 60-68: weliswaar heeft het grootste deel van de rechtspraak betrekking op commerciële contracten, maar dat is nu eenmaal veroorzaakt door het feit dat daar het meest over wordt geprocedeerd. Er bestaat geen goede reden om a priori voor een andere regel per soort transactie te komen, zo meent de *Law Commission*.

- iii. Bij de uitleg van rechtshandelingen en overeenkomsten mag de positie van derden niet worden beïnvloed door (partij)bedoelingen.²⁶⁹ Zij kennen deze partijbedoelingen immers niet.
- iv. Relevant bewijs moet bij de uitleg van overeenkomsten worden betrokken, tenzij redenen bestaan voor het tegendeel (bijv. in verband met rechtszekerheid, kosten, enz.).
- v. Weliswaar moet de partijbedoeling zo veel mogelijk worden achterhaald, maar wel op een objectieve wijze: de rechter moet als een redelijk handelende *outsider* het voorliggende bewijs waarderen.

Waar leiden deze uitgangspunten dan toe? Tot een voorstel om op een aantal punten het recht aan te passen. Wat betreft de algemene uitgangspunten wil de Schotse Law Commission vasthouden aan een objectieve uitleg, vanuit het perspectief van een redelijke derde.²⁷⁰ Hierbij wordt niet alleen betekenis toegekend aan een letterlijke uitleg van bewoordingen, maar moeten ook andere objectief kenbare gegevens, zoals de aard en het doel van de overeenkomst worden betrokken. Dat betekent bijvoorbeeld ook dat technische en juridische termen door de ogen van een redelijke technicus respectievelijk jurist moeten worden uitgelegd. Op bijkomende omstandigheden wordt niet alleen acht geslagen als de bewoordingen onduidelijk zijn, omdat woorden volgens de Schotse Law Commission nooit op zichzelf staan en altijd in een context moeten worden beoordeeld. Een rechter zal overigens alleen acht kunnen slaan op deze omstandigheden als een partij daarom verzoekt, aldus de Law Commission.

Het voorstel van de Schotse Law Commission is verder om precontractuele feiten en omstandigheden bij de uitleg te betrekken,²⁷¹ omdat dit relevant bewijs vormt. Daar komt bij dat bij *rectification* en bij *estoppel by convention* (zie par. 5.4.1.1) wel precontractueel bewijs mag worden betrokken en het kunstmatig is om dat bij de uitleg niet te doen. De Schotse Law Commission benadrukt wel dat verklaringen van een partij over zijn subjectieve partijbedoeling in de precontractuele fase van geen belang zijn. Slechts als precontractueel bewijs ertoe kan dienen om te bewijzen wat personen objectief gezien bedoeld moeten hebben, is dat toelaatbaar. De Law Commission toont zich bezorgd over de vraag of het toelaten van precontractueel bewijs de rechtszekerheid bedreigt of tot een stijging van proceskosten leidt: partijen zullen namelijk meer moeite doen om documenten in het geding te brengen. Wat dit laatste betreft, verwacht de Law Commission dat '(...) parties (...) will be alive to considerations of cost and expediency and so will exercise appropriate self discipline in searching for possible evidence.'²⁷² Ook gedrag ex

269. Zie nog Scottish Law Commission, *ibid.*, p. 82 e.v. over de vraag of de cessionaris ook zo'n derde is.

270. Scottish Law Commission, *ibid.*, p. 70-72.

271. Scottish Law Commission, *ibid.*, p. 73-75.

272. Scottish Law Commission, *ibid.*, p. 78.

post²⁷³ moet volgens de Schotse Law Commission een rol kunnen spelen bij uitlegkwesties. Juist als het gaat om contracten die lang voortduren of contracten die in vage bewoordingen zijn opgesteld, kan het gedrag van partijen na de contractsluiting volgens de Schotse Law Commission behulpzaam zijn om de bedoeling van partijen te achterhalen.

Het Schotse recht houdt dus grosso modo vast aan het objectieve uitleg-regime, waarbij de letterlijke betekenis van een tekst tot uitgangspunt wordt genomen maar ook de context kan worden betrokken. Wel bestaat kritiek op het uitsluiten van bewijs ex post en ex ante, en wordt voorgesteld om de belangen van derden beter te beschermen.

5.4.3 Duits recht: subjectief en subsidiair objectief

Het Duitse recht is er primair op gericht om de werkelijke partijbedoeling van partijen te achterhalen. Als die niet kan worden vastgesteld, dient een overeenkomst te worden uitgelegd vanuit het perspectief van een redelijke contractspartij.²⁷⁴ Dit dubbele doel van het Duitse uitlegeregime vindt zijn grondslag in twee artikelen in het BGB. In de eerste plaats bepaalt § 133 BGB, dat betrekking heeft op rechtshandelingen, het navolgende:

‘Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.’

Het gaat dus om de partijbedoeling, en niet om een letterlijke (*‘buchstäblichen’*) uitleg, zo lijkt uit deze bepaling te volgen. Maar §157 BGB bepaalt over uitleg van overeenkomsten het volgende:

‘Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.’

Dit artikel lijkt dus het primaat te leggen bij de redelijkheid en billijkheid en verkeersopvatting, en richt zich dus niet primair op de subjectieve bedoelingen van partijen. Beide artikelen vullen elkaar aan en moeten in onderlinge samenhang worden gelezen.²⁷⁵ Het *Bundesgerichtshof* (BGH) legt dan ook stevast beide artikelen ten grondslag aan zijn oordelen over uitleg.²⁷⁶ Daarbij moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken, zoals de letterlijke betekenis, het doel van het contract, de precontract-

273. Scottish Law Commission, *ibid.*, p. 76.

274. M.A. Czarnecki, *Vertragsauslegung und Vertragshandlungen* (diss. Frankfurt am Main), Tübingen: Mohr Siebeck 2015, p. 55-56 (hierna: Czarnecki); MünchKommBGB/*Busche* § 133 Rn. 1-71 en m.n. Rn. 17 en 18.

275. Staudinger/Reinhard Singer (2012) BGB § 133 Rn. 4.

276. Czarnecki, t.a.p., p. 57-63. § 157 heeft dus ook betrekking op de uitleg van rechtshandelingen: Staudinger/Herbert Roth (2015) BGB § 157 Rn. 1.

tuele onderhandelingen en de commerciële belangen van partijen. Het toetsmoment is het moment van de contractsluiting: wat was op dat moment (redelijkerwijze) bekend? Omstandigheden die zich na de contractsluiting voordeden, waaronder het gedrag van partijen, is niet van belang. Wel kan betekenis worden gehecht aan de totstandkomingsgeschiedenis van de tekst, dus ook aan precontractuele feiten en omstandigheden.²⁷⁷

Het feit dat krachtens § 133 BGB primair de subjectieve partijwil moet worden vastgesteld, betekent bijvoorbeeld dat als partijen een specifieke, van het normale spraakgebruik afwijkende, betekenis aan een begrip hebben gehecht, deze betekenis tussen partijen geldt. De omstandigheid dat een objectieve derde de term anders zou hebben uitgelegd, of dat een letterlijke uitleg tot een ander resultaat zou leiden, is dus niet doorslaggevend. Ook in het geval dat beide partijen zich vergist hebben in de betekenis van een woord, prevaleert de betekenis die partijen aan een woord hebben gehecht boven de betekenis die een objectieve derde aan het woord zou hebben toegekend.²⁷⁸ Beroemd is de zaak van het *Reichsgericht*, waar de ene partij van de ander een hoeveelheid walvisvlees had gekocht. In de contractsdokumentatie was daarvoor het Noorse woord *Haakjöringsköd* gebruikt, wat beide partijen begrepen als walvisvlees, maar in werkelijkheid haaienvlees betekent. En het was haaienvlees dat in de haven van Hamburg werd afgeleverd. De verkoper stelde zich plots op het standpunt dat hij geleverd had waartoe hij naar de letter van het contract verplicht was, maar de koper verweerde zich met de stelling dat de gemeenschappelijke partijbedoeling een andere was. Het *Reichsgericht* gaf de koper gelijk, omdat primair de gemeenschappelijke partijbedoeling moest worden vastgesteld.²⁷⁹

Hoewel de eerste stap dus bestaat uit het vaststellen van de gemeenschappelijke subjectieve partijbedoeling, is het in het merendeel van de gevallen waarover wordt geïncideerd en partijen het dus niet eens zijn over de uitleg, niet mogelijk om die vast te stellen.²⁸⁰ Dan geldt krachtens § 157 e.v. BGB de geobjectieerde uitlegmethode: de overeenkomst moet worden beoordeeld vanuit het perspectief van een redelijke,²⁸¹ objectieve persoon die zich in dezelfde positie bevindt als de contractspartijen.²⁸² Voor sommige rechtshandelingen geldt een versterkt geobjectieerde uitleg, zoals

277. Vgl. Czarnecki, t.a.p., p. 85-86; MünchKommBGB/Busche § 133 Rn. 5, die bij duurovereenkomsten wel feiten en omstandigheden *ex post* in uitlegkwesties wil betrekken.

278. Staudinger/Reinhard Singer (2012) BGB § 133 Rn. 13: het betreft het leerstuk *falsa demonstratio non nocet*.

279. RGZ 99, 147 (uitspraak van 8 juni 1920).

280. S. Vogenauer, 'Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations', in: A. Burrows & E. Peel (red.), *Contract Terms*, Oxford: OUP 2007, p. 127 stelt daarom dat het Duitse recht '*abandoned the parties' intention as a starting point.*'

281. Czarnecki, t.a.p., p. 67-69.

282. S. Vogenauer, 'Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations', in: A. Burrows & E. Peel (red.), *Contract Terms*, Oxford: OUP 2007, p. 127-128.

bij waardepapieren, borgtocht en rechtshandelingen in het onroerend goed.²⁸³

Alle feiten en omstandigheden die contractspartijen bekend waren of aan hen kenbaar waren gemaakt, zijn bij uitlegvragen relevant.²⁸⁴ Hoewel de wetgever nadrukkelijk heeft afgezien van het benoemen van factoren die voor uitleg van belang zijn,²⁸⁵ hebben zich in de rechtspraak de navolgende relevante factoren ontwikkeld.²⁸⁶

- i. De letterlijke betekenis van bewoordingen. Op de partij die meent dat een andere betekenis dan een natuurlijke betekenis aan de bewoordingen moet worden gehecht, rust de stelplicht en de bewijslast.
- ii. De systematiek van het contract.
- iii. Een teleologische uitleg. Hierbij dient te worden gezien welk doel de overeenkomst heeft en welke betekenis in dat kader aan het beding moet worden gehecht. Een voorbeeld biedt een zaak waarin burens overeen waren gekomen dat ze tot elkaars erfgrens mochten bouwen, maar geen ramen ('*Fenster*') in de richting van die erfgrens zouden plaatsen. Een van de partijen plaatst op een gegeven moment glazen tegels ('*Glasbausteine*') aan de erfgrens. Het komt aan op de betekenis van '*Fenster*': vallen daar ook glazen tegels onder? De rechter stelt vast dat gezien de bedoeling van het beding (geen inkijk) ook glazen tegels als *Fenster* moeten worden beschouwd.²⁸⁷
- iv. De mogelijke rechtsgevolgen. Uitgangspunt is dat partijen een effectief en zinvol contract hebben gesloten. De uitleg van een beding die leidt tot nietigheid van een contract, ligt bijvoorbeeld minder voor de hand dan een uitleg die leidt tot de geldigheid van een contract.
- v. De vraag tot wiens risicosfeer onduidelijke begrippen behoren. Als per ongeluk een foutieve prijs op de menukaart staat en discussie ontstaat over de prijs, dan is van belang dat het meer in de risicosfeer van de restauranthouder dan van de klant ligt dat de prijs foutief is weergegeven.

De vraag of het aanvullen van leemtes als uitleg moet worden gekwalificeerd of niet, is omstreden. De terminologie ('*ergänzende Vertragsauslegung*') doet vermoeden dat het primair als vorm van uitleg wordt gezien.²⁸⁸ Het richtsnoer is dat als partijen geen voorziening hebben getroffen voor een

283. MünchKommBGB/*Busche* § 133 Rn. 34, 35, 36 en 42.-36.

284. Czarnecki, t.a.p., p. 69-70.

285. Motive II, p. 155, in: *Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Recht*, Band 1 (1899), p. 437. De wetgever vreesde dat het opsommen van relevante omstandigheden ertoe zou leiden dat de rechter ze als strakke regels zou beschouwen.

286. Voor een overzicht: Czarnecki, t.a.p., p. 80-85.

287. BGH, JZ 1961, 494, waarover nader Czarnecki, t.a.p., p. 82.

288. MünchKommBGB/*Busche* § 157 Rn. 26 en 27; Staudinger/Herbert Roth (2015) BGB § 157 Rn. 3.

specifieke situatie en deze leemte wordt niet ingevuld door aanvullend recht, de overeenkomst wordt aangevuld met een bepaling die partijen zouden zijn overeengekomen als ze tevoren een regeling hadden getroffen. De rechter moet dus:

‘dasjenige zu ermitteln und zu berücksichtigen, was die Parteien zwar nicht erklärt haben, was sie aber in Anbetracht des gesamten Vertragszwecks erklärt haben würden, wenn sie den offen gebliebenen Punkt in ihren Vereinbarungen ebenfalls geregelt hätten und hierbei zugleich die Gebote von Treu und Glauben und der Verkehrssitte beachtet hätten.’²⁸⁹

Kortom, het Duitse recht gaat uit van een subjectief-objectieve uitlegmethode en nadert het Nederlandse recht: beide trachten primair de partijbedoeling te achterhalen, maar kiezen in de vaak voorkomende situatie dat die niet kan worden vastgesteld voor een objectieve(r) uitleg vanuit het perspectief van een redelijke contractspartij.

5.4.4 Belgisch en Frans recht: subjectief en subsidiair objectief

Waar de Duitse en Nederlandse wet op beperkte schaal en slechts algemeen geformuleerde uitlegregels kennen, zijn in de Franse en Belgische wet meer uitlegbepalingen opgenomen. Deze kende het oude BW, dat op de oude Code Napoleon was gebaseerd, ook²⁹⁰ en zij verklaren voor een deel de Haviltex-maatstaf. In de eerste plaats bepaalde art. 1378 oud BW dat, als de betekenis van woorden helder is, daar niet ‘door uitlegging’ van mag worden afgeweken. Art. 1379 oud BW vervolgt dat als de betekenis van bewoordingen voor meerderlei uitleg vatbaar is, veeleer de bedoeling van partijen moet worden vastgesteld in plaats van de letterlijke uitleg te volgen. Hierbij (art. 1380 oud BW) was de betekenis die tot enig rechtsgevolg leidt meer voor de hand liggend dan een betekenis die geen toegevoegde waarde zou hebben, en moest (art. 1381 oud BW) de betekenis worden gevolgd die met de aard van de overeenkomst overeenstemt. De bepalingen zijn vrijwel letterlijke vertalingen van art. 1156 van de oude Franse Code Civil, maar zijn bij de intrede van het huidige BW verlaten omdat ze overbodig en deels ook onjuist werden geacht. Zie de navolgende passage uit de Toelichting Meijers:²⁹¹

289. BGHZ 16, 71, p. 76.

290. Volgens C-W. Canaris & H.C. Grigoleit, ‘Interpretation of Contracts’, in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Alphen a/d Rijn: Wolters Kluwer/Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 599 wordt het feit dat moderne wetboeken geen specifieke uitlegregels kennen verklaard door de omstandigheid dat uitleg een feitelijk karakter heeft, zodat regels die voor alle omstandigheden gelden niet veel zin hebben.

291. *Parl. Gesch.* Boek 6 BW, TM, p. 916.

‘De juiste draagwijdte van een overeenkomst wordt mede bepaald door middel van uitlegging. De regels die het geldende wetboek daaromtrent in de artikelen 1378 en volgende formuleert, zijn in het ontwerp echter niet overgenomen, daar zij gedeeltelijk vanzelf spreken en overbodig zijn, en voor het overige in hun te grote algemeenheid niet juist zijn. Op dit punt zijn ook geen nieuwe bepalingen ontworpen, daar zich in deze materie (...) bij de huidige stand van de rechtswetenschap geen rechtsvragen voordoen, die een beantwoording door de wetgever vereisen.’

Het Belgische recht gaat nog steeds uit van deze uitlegregeln, maar de Franse wet is sinds kort gewijzigd.

Op grond van art. 1156 Belgisch BW dient de gezamenlijke partijbedoeling te worden vastgesteld:

‘Men moet in de overeenkomsten nagaan welke de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden.’

In het Belgische recht dient dus primair de subjectieve partijbedoeling te worden vastgesteld. In de daaropvolgende artikelen komt echter naar voren dat ook factoren bij de uitleg dienen te worden betrokken die een objectiever herkomst hebben, zoals de aard van het contract, gewoonte en de context van het gehele contract (art. 1159, 1160 en 1161 e.v. Belgisch BW). Op 1 oktober 2016 is een nieuw Frans contractenrecht in werking getreden.²⁹² Daarin is vastgelegd dat bij de uitleg de gemeenschappelijke (subjectieve) partijbedoeling bepalend is en dat als die niet goed kan worden vastgesteld, het contract moet worden uitgelegd overeenkomstig hetgeen een redelijke persoon in dezelfde omstandigheden zou hebben begrepen (art. 1188 Cc):

‘Le contrat s’interprète d’après la commune intention des parties plutôt qu’en s’arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s’interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.’

Dit laatste deel is nieuw ten opzichte van de oude regeling.²⁹³ Eerst moet dus worden getracht de werkelijke partijbedoeling vast te stellen, maar als dat tot niets leidt dan moet de bedoeling door de ogen van een geobjectiverde ‘redelijke persoon’ in een vergelijkbare situatie als contractanten

292. www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte.

293. Dit brengt de Franse wet in lijn met de PECL, DCFR en PICC: zie het bijbehorende *Rapport au Président* www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo#JORFSCTA000032004595).

worden vastgesteld. Veel verschil met Haviltex of de Duitse benadering is dat mijns inziens niet.

Het Franse en Belgische recht beogen dus beide de subjectieve partijwil vast te stellen. De nieuwe Franse uitlegnorm legt echter meer dan voorheen de nadruk op objectieve uitlegelementen. Ondanks de subjectiever uitlegnorm in België, laat ook de Belgische rechter zich ter bepaling van de partijbedoeling menigmaal in eerste instantie leiden door het geschrift. Als dat geen uitkomst biedt, dan worden andere omstandigheden (ex ante en ex post) bij de uitleg betrokken.²⁹⁴ Hoewel de Nederlandse Haviltex-maatstaf op een andere wijze is geformuleerd, is ook in Nederland de tekst van belang en wordt gezocht naar de gemeenschappelijke partijbedoeling. Ook hier vindt objectivering plaats ('redelijkerwijs'), maar is het perspectief niet dat van redelijke persoon, maar van contractspartijen. Een groot praktisch verschil lijkt mij dat laatste niet op te leveren.

5.4.5 Internationale regelingen: subjectief en subsidiair objectief

Zowel art. 5:101 PECL, als art. 4.1 PICC als art. II.-8:101 DCFR hanteert als uitgangspunt dat de '*common intention of the parties*' moet worden achterhaald, ook als die afwijkt van de tekst van de overeenkomst.²⁹⁵ Maar als die gemeenschappelijke partijbedoeling niet kan worden vastgesteld, hetgeen in het merendeel der gevallen aan de orde is,²⁹⁶ dan dient de betekenis te worden gevolgd die een geobjectiverde redelijke persoon daaraan zou hechten. Zie bijv. art. 5:101 (3) PECL:²⁹⁷

'If an intention cannot be established (...) the contract²⁹⁸ is to be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.'

294. Zie F. Vermander, 'De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgisch recht', in: J. Smits & S. Stijns, *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2005, p. 24-25.

295. Zie bijv. art. 5:101 (1) PECL: '*A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties, even if this differs from the literal meaning of the words.*' Art. 4.1 PICC laat deze laatste bijzin achterwege en volstaat met: '*A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties*'. Art. 5:101 (2) PECL en art. II.-8:101 (2) DCFR bepalen verder dat als een der partijen een heel specifieke bedoeling had met een beding en de andere partij die bedoeling redelijkerwijze had moeten kennen, deze specifieke betekenis prevaleert.

296. S. Vogenauer, 'Art. 4.1 para 10', in: S. Vogenauer (red.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP 2015: '*In practice, therefore, the application of Art 4.1.(2) is the rule, whilst Art 4.1(1) is the exception*'.

297. Art. 4.1 PICC gebruikt vrijwel dezelfde bewoordingen.

298. De internationale regelingen gaan uit van de uitleg van een *contract*, maar hebben meestal expliciet bepaald dat de uitleg van andere verklaringen op dezelfde wijze geschiedt: vgl. art. II.-8:202 DCFR en art. 4.2 PICC.

De toelichting (Comment 2) bij het vrijwel gelijkkluidende art. 4.1 PICC maakt duidelijk dat het niet zozeer gaat om een ‘redelijke uitleg’, maar om het redelijke verwachtingspatroon van een vergelijkbare partij met vergelijkbare taalvaardigheid, technische kennis of commerciële ervaring.²⁹⁹ Dat de ‘redelijke’ partij de norm is, betekent bijvoorbeeld dat irrationeel of onvoorzichtig gedrag geen rol speelt. Als commerciële partijen een groot contract op papier zetten en zich niet laten adviseren door juristen, dan is niet de partij zonder juridische bijstand het uitgangspunt, maar de persoon die zich juridisch had laten bijstaan. Dat is immers hetgeen een redelijke commerciële partij zou hebben gedaan.³⁰⁰

Alle internationale regelingen gaan dus als uitgangspunt op zoek naar de gemeenschappelijke partijbedoeling en als die niet kan worden vastgesteld dan moet de overeenkomst geobjectiveerd worden uitgelegd. Daarbij noemen ze allemaal een lijst met relevante gezichtspunten. Zo schrijft art. 5:102 PECL voor dat met name de volgende zeven omstandigheden van belang zijn bij uitleg:

- a. *the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations;*
- b. *the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract;*
- c. *the nature and purpose of the contract;*
- d. *the interpretation which has already been given to similar clauses by the parties and the practices they have established between themselves;*
- e. *the meaning commonly given to terms and expressions in the branch of activity concerned and the interpretation similar clauses may already have received;*³⁰¹
- f. *usages; and*
- g. *good faith and fair dealing.*

In art. 4.3 PICC³⁰² en art. II-8:102 DCFR is een vergelijkbare lijst opgenomen. Het Weens Koopverdrag is beknopter, en bepaalt (art. 8 lid 3) dat alle om-

299. Zie ook S. Vogenauer, ‘Art. 4.1 para 5’, in: S. Vogenauer (red.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP 2015. De PICC wijdt nog een aparte bepaling aan unilaterale verklaringen van een der partijen: de verklaring moet worden uitgelegd overeenkomstig de bedoeling van deze partij, althans als de andere partij bekend was met deze bedoeling (art. 4.2 PICC). Art. 8 (1) en (2) WKV bepaalt vrijwel hetzelfde.

300. Zo S. Vogenauer, ‘Art. 4.1 para 6’, in: S. Vogenauer (red.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP 2015, die in dit verband enige arbitrale vonnissen aanhaalt. Art. 8 WKV is vergelijkbaar: primair geldt de gemeenschappelijke partijbedoeling, subsidiair de zin die een redelijk persoon van gelijke hoedanigheid als de andere partij hieraan zou hebben toegekend.

301. Dit gaat om bepalingen die vaak in de handel gebruikt worden en daar een vaste betekenis hebben, zoals de INCOTERMS, en bepalingen als CIF (Cost, Insurance and Freight), FOB (Free On Board), enz.

302. Art. 4.3 PICC noemt alleen ‘good faith and fair dealing’ niet als relevante omstandigheid. Ten aanzien van precontractuele feiten en omstandigheden wordt erkend dat alle precontractuele documenten, zoals Letters of intent, interne documenten, gespreksverslagen, correspondentie tussen partijen enz. in de beoordeling kunnen worden betrok-

standigheden van het geval erbij moeten worden betrokken, waaronder onderhandelingen en latere gedragingen van partijen. Het gaat in alle regelingen om een indicatieve lijst.³⁰³ Een rangorde tussen de relevante omstandigheden bestaat niet.³⁰⁴ Anders dan naar Engels recht, mag ook acht worden geslagen op gedragingen *ex ante* en *ex post*.³⁰⁵

Tot slot erkennen alle internationale regelingen dat contractuele bepalingen kunnen worden aangevuld. Art. 6:102 PECL bepaalt dat een lacune kan worden aangevuld met *implied terms* die kunnen worden afgeleid uit (i) de bedoeling van partijen (wat zouden partijen redelijkerwijze overeen zijn gekomen als zij de niet geregelde kwestie hadden besproken?), (ii) de aard en het doel van het contract (waarbij handelsgebruiken of gebruikelijke clausules in vergelijkbare contracten worden betrokken), of (iii) *good faith and fair dealing*.³⁰⁶ Volgens de PICC en DCFR zijn dezelfde factoren relevant voor het invullen van de *implied terms*.³⁰⁷ Art. 6:102 PECL lijkt op het Engelse concept van de *implied terms*, behalve dan dat het Engelse recht niet naar *good faith* verwijst en het leerstuk zeer terughoudend toepast (zie note 1 bij art. 6:102 PECL). Dit suggereert dat het aanvullen van het contract in de PECL minder terughoudend geschiedt dan onder het Engelse recht. Die terughoudendheid zien we wel terug bij art. II.-9:101 (2) DCFR: bepalingen worden pas aangevuld indien dat *noodzakelijk* is.

5.4.6 Concluderende opmerkingen

Na de voorgaande analyse is duidelijk dat het Engelse en Schotse recht in die zin een uitzonderingspositie hebben, dat de subjectieve partijbedoeling

ken: zie S. Vogenauer, 'Art. 4.4 para 5', in: S. Vogenauer (red.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP 2015.

303. Art. 4.3 PICC bepaalt dat het gaat om alle omstandigheden van het geval 'including'. De toelichting (Comment 1) vermeldt: 'The list mentions only those circumstances which are the most important and is in no way intended to be exhausted'. Bij art. 5:102 PECL en art. II.-8:102 DCFR is dat af te leiden uit het feit dat volgens de tekst van het artikel 'in particular' moet worden gelet op deze omstandigheden.
304. Expliciet ten aanzien van de PICC S. Vogenauer, 'Art. 4.6 para 1 en 2', in: S. Vogenauer (red.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP 2015. Wel geeft de toelichting bij de PICC aan dat onderhandelingen *ex ante*, gewoonte en gedrag *ex ante* meestal zwaarder wegen dan andere factoren.
305. Zie ook J.M. Smits, *Contract Law – A Comparative Introduction*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 128.
306. Ten aanzien van deze laatste factor vermeldt het commentaar (Comment C) dat de rechter objectief moet bezien wat de redelijkheid vereist en noemt als voorbeeld dat als het contract heel risicovol is voor een partij tenzij het contract zou worden aangevuld met een bepaalde clausule, een passend beding dient te worden toegevoegd.
307. Art. 4.8 PICC is vrijwel identiek, maar noemt als extra factor de reasonableness die kan meespelen bij de aanvulling van bepalingen: een overeenkomst wordt pas aangevuld indien het gaat om *belangrijke* bepalingen waar partijen geen voorziening voor hebben getroffen. In dat geval moet de contractuele verhouding worden aangevuld met een bepaling die 'appropriate' is.

van geen waarde wordt geacht. Het perspectief om overeenkomsten uit te leggen is dat van de objectieve redelijke buitenstaander. Dat perspectief is ook bij het Duitse recht en de diverse internationale regelingen van belang, maar pas nadat duidelijk is dat de subjectieve gemeenschappelijke partijbedoeling niet kan worden vastgesteld. Dat verschil is naar mijn inschatting in de praktijk minder groot dan het in eerste instantie lijkt, omdat in het merendeel van de gevallen waar partijen strijden over de juiste uitleg, niet (gemakkelijk) een gemeenschappelijke partijbedoeling zal kunnen worden vastgesteld en dus meestal wordt geconstrueerd wat vanuit het perspectief van een objectieve derde een redelijke uitleg is. Wel lijkt het Engelse recht nog altijd meer nadruk te leggen op een letterlijke uitleg dan de andere onderzochte rechtsstelsels. Een groter verschil vormt het feit dat in het Engelse en Schotse recht in beginsel geen pre- en postcontractuele feiten en omstandigheden een rol kunnen spelen, waar dat in de andere stelsels allemaal wel het geval is.³⁰⁸

Het Nederlandse recht is op zijn beurt weer uitzonderlijk, omdat het geen uitlegregel in de wet heeft vastgelegd en in beginsel³⁰⁹ alle uitlegvragen tegemoet treedt met één centrale uitlegnorm waar objectieve en subjectieve elementen bij zijn inbegrepen. Subjectief, omdat de gezamenlijke subjectieve partijwil moet worden achterhaald. Objectief, omdat het ook gaat om wat zij *redelijkerwijze* van elkaar mochten verwachten. Indien niet (eenvoudig) een gezamenlijke partijbedoeling kan worden vastgesteld, wordt in het Nederlandse recht dus ook een partijwil *geconstrueerd*. De objectivering die hier wordt gebruikt is die van de redelijke verwachtingen van *déze* contractspartij. Dat is anders dan bij de andere stelsels, waar het gaat om de uitleg van een objectieve buitenstaander die zich in dezelfde positie bevindt als contractspartijen. Het lijkt mij niet dat dit andere perspectief (partij in plaats van een derde) in de praktijk snel tot andere inzichten zal leiden. Anders dan het Engelse recht, is het uitgangspunt in het Nederlandse recht dat de partijbedoeling moet worden achterhaald, en anders dan het Franse en Duitse recht en de internationale regelingen wordt in de Haviltex-norm geen formele tweedeling in de uitlegkwesties gemaakt, waarbij eerst de subjectieve partijbedoeling moet worden achterhaald en als dat niet lukt naar een objectieve standaard wordt teruggegrepen. Maar ook in het Nederlandse recht gaat het primair om de gemeenschappelijke partijbedoeling.

308. Ook Vogenauer stelt vast dat de in acht te nemen omstandigheden het grootste verschil is tussen het Engelse recht en de andere rechtsstelsels: S. Vogenauer, 'Art. 4.1 para 14 en 15', in: S. Vogenauer (red.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP 2015.

309. Afgezien van de specifieke CAO-uitleg.

5.5 Analyse van discussiepunten

5.5.1 Algemeen

Nu het algemene kader in de diverse rechtsstelsels is geschetst, kan worden aangevangen met een analyse van de in par. 5.2 geadresseerde discussiepunten in het Nederlandse recht:

- i. De mate waarin bij uitleg moet worden geobjectiveerd ten aanzien van overeenkomsten waar derden bij betrokken raken, zoals bij goederenrechtelijke figuren of een derdenbeding.
- ii. Meer specifiek: de uitleg van algemene voorwaarden.
- iii. De uitleg van commerciële contracten.
- iv. De uitleg van meerdere tegenstrijdige bepalingen in één contractuele rechtsverhouding.

Ik ga nader in op de wijze waarop de onderzochte rechtsstelsels deze onderwerpen benaderen.

5.5.2 De mate van objectivering jegens derden

5.5.2.1 De algemene norm

Het eerste discussiepunt in het Nederlandse recht dat in par. 5.2 werd geadresseerd is gerelateerd aan de mate van objectivering van de uitlegnorm, met name als daar derden bij zijn betrokken. Na het overzicht van de algemene uitlegnormen in de verschillende jurisdicties is de eerste vraag die moet worden beantwoord of de Haviltex-norm over de hele linie zou moeten worden ingewisseld voor een puur objectieve uitlegnorm zoals in het Engelse en Schotse recht, die niet alleen voor derden maar ook voor de oorspronkelijke contractspartijen geldt. Dat lijkt mij niet nodig. De in dit preadvies gesignaleerde discussiepunten bij uitleg zijn niet zozeer gerelateerd aan de Haviltex-norm als zodanig, maar meer in de toepassing daarvan in specifieke gevallen en in de weging van de verschillende factoren binnen de Haviltex-norm. Het enkele feit dat zo veel mogelijk de partijbedoeling wordt achterhaald en dat daar objectieve en subjectieve elementen in worden betrokken, stuit op zich niet op problemen en lijkt ook het meest in overeenstemming te zijn met het idee dat partijen zelf hun contracten inrichten en dat de inhoud daarvan op de meest realistische wijze moet worden vastgesteld. Dat betekent ook dat de Engelse uitsluiting van pre- of postcontractuele feiten en omstandigheden mijns inziens geen navolging verdient. Pre- en postcontractuele feiten en omstandigheden kunnen heel wel aanwijzingen bieden voor de bedoeling van partijen.³¹⁰ Dat is ook

³¹⁰. Nader Valk in par. 2.1.5 van dit preadvies.

de reden dat de Schotse Law Commission bezwaren heeft geuit tegen het categorisch uitsluiten van pre- of postcontractueel bewijs.

De onderverdeling die in het Duitse recht, de nieuwe Franse wet en de internationale regelingen wordt gemaakt, waarbij eerst de subjectieve partijbedoeling wordt gezocht en subsidiair een objectieve toets geldt, biedt om dezelfde reden geen algemene oplossing voor de discussiepunten die in het Nederlandse recht zijn gesignaleerd. De algemene Haviltex-norm is het probleem niet, maar het is veeleer de vraag of deze norm moet worden aangepast of verfijnd bij specifieke rechtshandelingen, zoals de situatie waarin derden bij een contract worden betrokken. Daar ga ik hierna op in.

5.5.2.2 De betrokkenheid van derden

In het Nederlandse recht kan de betrokkenheid van derden verschil uitmaken voor de wijze van uitleg. Het meest verstrekkend is de uitleg van notariële akten die strekken tot levering van registergoederen of de vestiging van beperkte rechten, die vanwege de publicatie in de openbare registers per definitie de belangen van derden kunnen raken. Hier geschiedt uitleg louter objectief.³¹¹ De ratio hiervoor is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit: derden moeten kunnen afgaan op hetgeen in een in de openbare registers ingeschreven akte is vermeld.³¹² Het bestaan van die regel stuit op zichzelf niet op grote bezwaren, hoewel kan worden afgevraagd wat rechtens is indien de objectieve uitleg van de notariële akte leidt tot een andere uitleg dan de onderliggende titel³¹³ of indien tegenstrijdigheid bestaat in de in het register ingeschreven stukken of als ze onderling tegenstrijdig zijn, zoals de situatie waarin de splitsingsakte en splitsingstekening verschillen.³¹⁴ Valk gaat in par. 2.4.3 van dit preadvies nader in op het samenspel van het verbintenissen- en goederenrecht.

Een problematischer punt vormt de vraag wanneer en in hoeverre in andere gevallen dan bij notariële akten moet worden uitgegaan van een objectiever uitleg. Sinds het *DSM/Fox*-arrest³¹⁵ is duidelijk dat binnen de Haviltex-maatstaf aanleiding kan bestaan voor een objectiever uitleg. Dat heeft de Hoge Raad in het *DSM/Fox*-arrest mede afhankelijk gesteld van de vraag of de overeenkomst bestemd is om de rechtspositie van derden die de bedoe-

311. HR 22 oktober 2010, *LJN* BM8933, *NJ* 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*).

312. HR 8 juli 2016, *ECLI:NL:HR:2016:1511*, *NJ* 2016/325 (*Melber/Goede c.s.*). De Hoge Raad maakt daar duidelijk dat natuurlijk niet alle afspraken in een akte objectief moeten worden uitgelegd. Het gaat alleen om de afspraken ten aanzien van de vestiging van het zakelijk recht en bijvoorbeeld niet om prijsafspraken die louter tussen partijen gelden. Daar geldt gewoon Haviltex voor.

313. Zie de noot van Verstijlen bij HR 22 oktober 2010, *LJN* BM8933, *NJ* 2011/111 (*Kamsteeg/Lisser*).

314. HR 14 februari 2014, *ECLI:NL:HR:2014:337*, *NJ* 2014/119 (*Bakermans c.s./Mitros*).

315. HR 20 februari 2004, *LJN* AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

ling van contractspartijen niet kennen te beïnvloeden en het voorzienbaar is dat veel derden betrokken raken. De betrokkenheid van derden, bijvoorbeeld in het geval van een derdenbeding of een kwalitatieve verplichting, kan dus verschil uitmaken voor de wijze waarop rechtshandelingen worden uitgelegd. Maar tot op welke hoogte en hoe dan? Dat is onzeker. Zo wordt een cessieverbod, dat de positie van derden raakt indien ondanks het verbod rechten worden gecedeerd, ‘objectief met inachtneming van Haviltex’ uitgelegd.³¹⁶ De uitleg van een overeenkomst tot het vestigen van een pandrecht waar uiteindelijk ook belangen van derden zoals de debiteur van de verpande vordering of andere schuldeisers door kunnen worden beïnvloed, wordt echter door de Haviltex-maatstaf geregeerd. Hierbij overweegt de Hoge Raad expliciet dat het feit dat een overeenkomst de titel vormt voor de vestiging van een tegen derden in te roepen pandrecht op zichzelf geen andere maatstaf rechtvaardigt.³¹⁷ Het is juist dat die enkele betrokkenheid van derden nog geen andere maatstaf met zich brengt, maar ik vind het lastig te verantwoorden om een cessieverbod in beginsel objectief uit te leggen en een pandovereenkomst niet. Ook bij een achterstelling, ofwel de overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser op grond waarvan de vordering van de schuldeiser in rang achter andere schuldeisers komt, zijn belangen van derden (de andere schuldeisers) betrokken, maar ook hier kiest de Hoge Raad expliciet voor Haviltex.³¹⁸ Beide laatste arresten dateren van voor het *DSM/Fox*-arrest waar de Hoge Raad explicieter dan voorheen een opening voor een objectiever uitleg bood bij derden. Dit kan de verklaring bieden voor de steviger rol die de Haviltex-norm daar (nog) speelt, maar zeker is dat niet, juist omdat geen strakke regel bestaat over de vereiste mate van objectiviteit bij uitleg. Het is duidelijk dat de betrokkenheid van derden ertoe kan leiden dat een rechtshandeling objectiever wordt uitgelegd, maar wanneer en op welke wijze is dus (nog) niet helemaal uitgekristalliseerd. Bieden andere rechtsstelsels wellicht inspiratie? Niet elk onderzocht rechtsstelsel acht de betrokkenheid van derden relevant voor de wijze waarop een rechtshandeling wordt uitgelegd. Soms wordt simpelweg volstaan met de opmerking dat derden voordat zij toetreden tot het contract hun belangen maar veilig moeten stellen door de partijbedoelingen tevoren te verifiëren, bijvoorbeeld door een *due diligence*. In de woorden van Canaris & Grigoleit:

‘[T]hird parties should and do secure their position by examining the ‘true’ content of the contract and by holding the transferring party liable for certain

316. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Inter-gamma*).

317. HR 20 september 2002, LjN AE3381, NJ 2002/610, m.nt. C.E. du Perron (*ING Bank/Muller q.q.*).

318. HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5160, NJ 2003/503, m.nt. C.E. du Perron (*Buter & Tiethoff q.q./Besix c.s.*).

*contents of the contract (...). An objective standard of interpretation should not be used to protect third parties with regard to 'regular' contracts. In doing so, one would fail to draw a clear distinction between the actual intention of the contracting parties (which is the general stand for interpretation) and the protection of the reliance of third parties, which is based on different policy considerations and should accordingly be expressed by different legal doctrines.*³¹⁹

Hierbij moet wel worden bedacht dat alle onderzochte rechtsstelsels in mindere of meerdere mate uitgaan van een geobjectiveerde uitleg door de ogen van een redelijk handelende derde, althans voor zover de gemeenschappelijke partijwil niet kan worden vastgesteld. De 'over en weer formule' uit Haviltex is elders onbekend.

De Schotse Law Commission suggereert in dit verband dat een derde in het algemeen louter zou mogen afgaan op de zichtbare betekenis ('*apparent meaning*'). Externe documenten die deze derde niet (redelijkerwijze) kent zijn van geen betekenis: een derde moet kunnen afgaan op de hem kenbare documenten. Volgens de Schotse Law Commission moet onder een derde echter niet een cessionaris worden verstaan: hij neemt nu eenmaal welbewust het risico van cessie en kan zo nodig een *due diligence* uitvoeren. Het is niet wenselijk om het contract plots anders uit te leggen als in de toekomst sprake blijkt te zijn van een cessie, aldus de Schotse Law Commission. Ook de DCFR wijdt een specifieke regeling aan de uitleg van rechtshandelingen die de positie van derden raken. In de eerste plaats is de gemeenschappelijke partijbedoeling niet relevant als een contract moet worden uitgelegd jegens een derde: het contract moet worden uitgelegd volgens de '*meaning which a reasonable person would give to it*' (art. II.-8:101 (3) sub b DCFR). In de tweede plaats wegen niet alle omstandigheden op dezelfde wijze mee. Precontractuele onderhandelingen en de in het verleden gevolgde uitleg zijn slechts relevant indien deze omstandigheden ook bij de derde bekend waren of redelijkerwijs bekend moesten zijn (art. II.-8:102 DCFR).³²⁰ Ik denk dat zodra het gaat om een beding dat *per definitie* de positie van derden beoogt te beïnvloeden — zoals een derdenbeding, kettingbeding,³²¹ kwalitatief recht of in de openbare registers in te schrijven kwalitatieve

319. C-W. Canaris & H.C. Grigoleit, 'Interpretation of Contracts', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Alphen a/d Rijn: Wolters Kluwer/Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 608.

320. De PICC noch de PECL kent een aparte regeling voor de interpretatie jegens derden. Wel moet krachtens art. 4.2 PICC een eenzijdige rechtshandeling worden uitgelegd overeenkomstig de bedoeling van deze partij, althans als de derde hiermee bekend was.

321. In HR 2 februari 2007, LjN AZ4410, NJ 2008/104, m.nt. C.E. du Perron (*NBA/Meerhuysen*) oordeelt de Hoge Raad dat een kettingbeding in veilingvoorwaarden moet worden uitgelegd conform 'de Haviltexnorm op een geobjectiveerde maatstaf' waarbij soms een onderzoeksplicht geldt. Zie nader Valk in par. 2.2.3 van dit preadvies.

verplichting³²² –, de regel uit de DCFR en het voorstel van de Schotse Law Commission zinvol is: als uitgangspunt zou de geobjectiveerde betekenis die een redelijke persoon aan de bepaling hechtte, leidend moeten zijn en daarbij zijn louter de voor de derde objectief kenbare documenten beslissend. De derde kent de subjectieve bedoeling van partijen immers in de regel niet, terwijl de bepaling specifiek is *bedoeld* voor een derde, en de contractspartijen *weten* dat een dergelijk beding mede bedoeld is voor derden. Zij kunnen daar bij de formulering dus rekening mee houden. Alleen als de derde daadwerkelijk kennis heeft van een andersluidende subjectieve partijbedoeling, dan zou dit in de uitleg jegens de derde moeten worden betrokken. Een dergelijke regel kent het Nederlandse recht niet, zo volgt uit het *Alheembouw/HDI Gerling*-arrest.³²³ Het betrof de uitleg van een derdenbeding in een verzekeringsovereenkomst. De Hoge Raad oordeelt daar dat de uitleg van een derdenbeding in een verzekeringsovereenkomst geschiedt aan de hand van hetgeen de *oorspronkelijke* contractspartijen zijn overeengekomen, ook als dat niet uit de voor derden objectief kenbare gegevens blijkt. Wel kan de derde mogelijk een beroep doen op art. 3:36 BW. Als de derde in vertrouwen op verklaringen en gedragingen van de verzekeraar handelingen heeft verricht, dan is het mogelijk dat voor de uitleg jegens hem de slechts voor de derde kenbare gegevens relevant zijn. De verzekeraar kan zich *jegens de derde* dan niet beroepen op een andersluidende gemeenschappelijke partijbedoeling van de oorspronkelijke contractspartijen. Heel strak is deze formulering niet en zij lijkt ook ruimte te bieden voor de subjectieve bedoelingen van zowel partijen als de derde. Ik vraag mij af of dat wenselijk is omdat zij elkaars bedoelingen doorgaans niet kennen en ik zou de uitlegregel jegens derden dan ook liever zo willen formuleren dat het redelijke en geobjectiveerde perspectief van de derde geldt. Hierbij zou niet alleen moeten worden gekeken naar de bewoordingen van het litigieuze beding, maar ook naar de context en de naar buiten gebrachte verklaringen van de persoon tegen wie de derde zijn rechten geldend mag maken.³²⁴ Deze regel zou gezien de vergelijkbare aard mijns inziens ook moeten gelden voor de uitleg van andere instrumenten die *per se* de rechtspositie van derden beïnvloeden. Ik denk hierbij aan de uitleg van een kwalitatief recht of een kwalitatieve verplichting.

322. Nader: H.M. Veenstra, 'Uitleg op de grens van het goederen- en verbintenissenrecht', in: J.M. Milo & S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 51-55. Zij constateert dat de 'zwakke' bescherming van de derde bij de uitleg van een kwalitatief recht verband houdt met het feit dat de overgang van het recht in beginsel een voordeel oplevert en stelt dat de uitleg van een kwalitatieve verplichting op gelijke wijze als de goederenrechtelijke overeenkomst moet plaatsvinden.

323. Zie HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123, NJ 2013/239 (*Alheembouw/HDI Gerling*), waarover P.S. Bakker, 'Uitleg van een derdenbeding in een verzekeringspolis', *MvV* 2015, afl. 3, p. 89-96 en nader Valk in par. 2.4.2.2 van dit preadvies.

324. Zie ook P.S. Bakker, 'Uitleg van een derdenbeding in een verzekeringspolis', *MvV* 2015, afl. 3, p. 96.

Ten aanzien van een derdenbeding geldt dat mijns inziens niet alleen voor de uitleg van het derdenbeding zelf, maar ook ten aanzien van de daaropvolgende vraag naar de *inhoud* van die rechten. Dat verschil tussen het beding zelf en de uitleg van de daaraan verbonden rechten is bijvoorbeeld zichtbaar in de situatie dat in een overeenkomst een beding is opgenomen waaruit volgt dat een aantal bij naam genoemde bepalingen ook ten gunste van een bepaalde derde gelden. De derde aanvaardt het beding, beroept zich op een specifieke bepaling, waarna strijd ontstaat over de vraag welke betekenis aan die bepaling toekomt. Anders dan het derdenbeding zelf, zijn deze bepalingen niet (altijd) specifiek op de derde gericht. Aanvaardt een derde bijvoorbeeld een beding op grond waarvan hij een verzekeringsuitkering mag verzoeken, dan komt het aan op de uitleg van de dekkingsomvang van de polis. Als de oorspronkelijke partijen zonder dat dat uit de polis blijkt zijn overeengekomen dat de dekkingsomvang in dit specifieke geval beperkter is, dan ben ik ertoe geneigd dat zij dat niet aan de derde zouden mogen tegenwerpen.³²⁵ De derde mag naar mijn idee wat betreft zijn eigen dekkingsomvang in beginsel vertrouwen op de uitleg die een geobjectiveerde redelijke derde aan de polis kon ontleen.³²⁶ Dat is wat mij betreft te billijken, zolang voor hem geen aanleiding bestond om te twifelen aan de juistheid van de tekst en context en hij niet over andere gegevens beschikte.

Indien een derde toetreedt tot de contractuele verhouding door een cessie of contractovername ligt de situatie wat mij betreft anders. Ik schaar mij hier aan de zijde van de Schotse Law Commission en meen dat het enkele feit dat als gevolg van cessie of contractovername (mogelijk) derden betrokken raken bij de oorspronkelijke overeenkomst, geen verschil moet uitmaken voor de wijze van uitleg. Of en in hoeverre een contract immers ooit het voorwerp is van een contractovername en dus de belangen van een derde zou kunnen raken, is niet op voorhand te voorspellen en daar kan dus bij het opstellen van een overeenkomst geen rekening mee worden gehouden. Bij contractovername geldt daarbij dat de toetredende de positie van de oude contractant overneemt en dus in precies dezelfde positie komt te staan als de overdragende partij. Daarnaast is het aan de toetredende partij, die welbewust contractspartij wordt, om zeker te stellen wat de inhoud van de contractuele rechten en verplichtingen is als hij toetreedt. Hij kan – als het contract anders uitpakt dan hij tevoren op basis van de contractdocumentatie had gedacht – ook altijd nog de overdragende partij aanspreken of zich beroepen op het gerechtvaardigd vertrouwen uit

325. Dat is dus een benadering die afwijkt van HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123, NJ 2013/239 (*Alheembouw/HDI Gerling*).

326. Zie P.S. Bakker, 'Uitleg van een derdenbeding in een verzekeringspolis', *MvV* 2015, afl. 3, p. 90 e.v.

art. 3:36 BW.³²⁷ Slaagt dit beroep, dan kan jegens de toetredende partij geen beroep worden gedaan op de oorspronkelijke partijbedoeling.

5.5.3 Uitleg van algemene voorwaarden

Zoals in par. 5.2 uiteen is gezet, is een ander punt waar in het Nederlandse recht over wordt gestreden en geprocedeerd, de uitleg van algemene voorwaarden. Hoe gebeurt dat elders?

In het Engelse recht, dat al uitgaat van een geobjectiveerde uitleg van rechtshandelingen, worden algemene voorwaarden in het algemeen ‘strikt’ en meer naar de letter uitgelegd. Waarom? Omdat ze niet het product zijn van onderhandelen en het van belang is dat ze uniform worden uitgelegd. Zie bijvoorbeeld Lord Diplock in de *Pioneer Shipping*-zaak:

*‘It is only if parties to commercial contracts can rely upon a uniform construction being given to standard terms that they can prudently incorporate them in their contracts without the need for detailed negotiations or discussion.’*³²⁸

Daarom geldt het sterke vermoeden dat de bewoordingen in algemene voorwaarden in alle gevallen dezelfde betekenis hebben, behoudens tegenbewijs.³²⁹ Ten aanzien van exoneraties in algemene voorwaarden heeft de (voorganger van de) Supreme Court een aantal keren benadrukt dat een ‘strikt’ of beperkte uitleg voor de hand ligt.³³⁰ De reden hiervoor is dat dit soort algemene voorwaarden potentieel heel bezwarend zijn en dat een ‘common sense’ uitleg ertoe leidt dat een exoneratie zo beperkt mogelijk (‘strikt’) wordt geïnterpreteerd. Voor een objectieve persoon ligt het misschien juist niet *a priori* voor de hand dat een exoneratie verstrekkende gevolgen heeft.³³¹

Ook het Duitse recht bejegt algemene voorwaarden strikt, ofschoon in beginsel de normale uitlegeregels ook voor algemene voorwaarden gelden. De daadwerkelijke betekenis die partijen aan de bewoordingen van algemene voorwaarden hechten wordt ondergeschikt geacht aan de objectieve betekenis van bewoordingen. Hierbij wordt primair gezien welke betekenis een clause *im allgemeinen Sprachgebrauch* heeft.³³² De reden hiervoor wordt gezien in het feit dat algemene voorwaarden worden opgesteld door ande-

327. Zie nader de uiteenzetting van Valk in par. 2.2.4 van dit preadvies.

328. *Pioneer Shipping v PTP Tioxide* [1982] AC 724, op p. 737, herhaald in *AB Group (UK) Ltd v Martin* [2001] UKHL 63.

329. Calnan (2013), t.a.p., p. 78 (par. 5.44-5.48).

330. Zie bijv. *Photo Production v Securicor Transport* [1980] 827, waar Lord Diplock stelt dat exoneraties ‘are to be construed strictly’. Nader: McMeel (2011), t.a.p., par. 6.10-6.21 en 6.40.

331. Calnan (2013), t.a.p., p. 110-111 (par. 7.56 en 7.61).

332. *MünchKommBGB/Basedow* § 305c Rn. 25, zelfs als deze afwijkt van de vaste betekenis van een juridische term.

ren dan contractspartijen en worden gebruikt in een groot aantal transacties. De daadwerkelijke partijbedoeling is daarom in beginsel niet relevant, maar een uniforme uitleg wel.³³³ Dat is anders als een contractspartij kan aantonen dat de gemeenschappelijke partijwil in dit specifieke geval anders was: dan gaat het in wezen om een *Individualabrede*, die krachtens § 305b BGB voorrang heeft boven algemene voorwaarden.³³⁴

Tot slot wordt ook in de PICC specifiek aandacht besteed aan de uitleg van algemene voorwaarden. Uit het commentaar volgt dat algemene voorwaarden moeten worden uitgelegd (Comment 4 bij art. 4.1 PICC):

‘(...) primarily in accordance with the reasonable expectations of their average users irrespective of the actual understanding which either of the parties to the contract concerned, or reasonable persons of the same kind as the parties, might have had.’

De werkelijke bedoeling van partijen of de uitleg in de ogen van een redelijke partij in dezelfde positie, is dus in beginsel niet relevant. Dat is anders indien kan worden aangetoond dat *beide* partijen uitgingen van een andere uitleg dan de ‘*reasonable expectations of the average users*’ en dus de gemeenschappelijke partijwil kan worden vastgesteld.

Wat hiervan te denken? Het Nederlandse recht gaat dus uit van de over en weer formule van Haviltex. Primair wordt gezocht naar de gemeenschappelijke partijbedoeling, maar wel worden bij de uitleg van algemene voorwaarden objectief kenbare gegevens betrokken en wordt waarde gehecht aan de wijze waarop de partij tegen wie een beding wordt ingeroepen dit beding redelijkerwijs heeft kunnen begrijpen. Zo stelt de Hoge Raad in het *Vodafone/ETC*-arrest³³⁵ de Haviltex-maatstaf voorop en voegt daar aan toe dat niet alleen naar de tekst van de algemene voorwaarden moet worden gekeken, maar dat ook moet worden onderzocht wat de wederpartij:

‘(...) mede in verband met de aard en strekking van de overeenkomst (...) had behoren te begrijpen (...).’

De ‘over en weer maatstaf’ uit het *Haviltex*-arrest is dus het uitgangspunt, inclusief de objectieve toevoeging (‘redelijkerwijs’). Datzelfde volgt uit de

333. MünchKommBGB/Basedow § 305c Rn. 22-26, en in Rn. 23 wordt geconcludeerd: dat ‘(...) *alles Zufällige des einzelnen Streitfalles*’ buiten beschouwing moet worden gelaten.

334. MünchKommBGB/Basedow § 305c Rn. 26.

335. HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565 (*Vodafone/ETC*).

hiervoor in par. 2.4.2.1 door Valk besproken arresten.³³⁶ Drion³³⁷ heeft zich recent gekeerd tegen de toepassing van de ‘over en weer’ Haviltex-maatstaf bij algemene voorwaarden, kort gezegd omdat er geen sprake is van wederkerigheid. Op zichzelf is de ‘over en weer’ formule mijns inziens niet het probleem. Zij ziet namelijk veeleer op de verwachtingen die bij elk der partijen op basis van de algemene voorwaarden zijn gewekt en is niet *per se* gerelateerd aan op elkaar afgestemd gedrag. Zoals Valk in par. 2.1.2.2 van dit preadvies vaststelt, gaat het er slechts om dat er zowel een afzender als een ontvanger van de verklaring is. De gebruiker van algemene voorwaarden kan bepaalde verwachtingen over de betekenis van de door hem gebruikte algemene voorwaarden hebben, maar kan door tekst en context van de algemene voorwaarden ook (andersluidende) verwachtingen wekken bij de wederpartij.

Drions conclusie deel ik echter wel: bij de uitleg van algemene voorwaarden waaraan partijen elk een andere betekenis hebben gehecht schuurt de Haviltex-maatstaf.³³⁸ Als partijen niet hebben gesproken over de algemene voorwaarden, dan laat een gemeenschappelijke partijwil zich moeilijk vaststellen. De Haviltex-maatstaf biedt verder in principe een opening voor het betrekken van aan een der partijen bekende feiten en omstandigheden. Dat lijkt mij niet opportuun, juist omdat partijen niet over algemene voorwaarden onderhandelen, ze meestal ongezien deel uitmaken van de contractuele verhouding tussen partijen en ze eenzijdig worden opgesteld. In die zin vertoont een algemene voorwaarde gelijkenis met een eenzijdige ongerichte rechtshandeling, die ook slechts door een der partijen is opgesteld, en waar de Hoge Raad een objectieve uitleg vaststelt (zie nader par. 2.4.5.2, waar Valk nader ingaat op de uitleg van een 403-verklaring):

‘Bij de uitleg van de door SNS Reaal afgegeven 403-verklaring heeft de Ondernemingskamer in rov. 6.60 in aanmerking genomen dat deze verklaring een niet tot een bepaalde partij gerichte, eenzijdige rechtshandeling is, dat bij een dergelijke rechtshandeling per definitie derden geen invloed hebben op haar bewoordingen en dat de overwegingen die ten grondslag liggen aan de wijze waarop de betrokken bepalingen zijn geredigeerd, voor die derden niet kenbaar zijn. Op grond van deze in cassatie niet bestreden overwegingen heeft de Ondernemingskamer de 403-verklaring, overeenkomstig

336. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Inter-gamma*).

337. C.E. Drion, ‘De historie van Haviltex’, *NJB* 2016, afl. 28, p. 1961. Zie ook al M.M. van Rossum, ‘Uitleg van algemene voorwaarden’, in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, par. 62-63.

338. A.C. van Schaick, ‘Uitlegeregels’, *WPNR* 1998, afl. 6311, p. 272 betoogde al dat de ‘Haviltex-formule (...) vooral een functie bij de uitleg van niet-voorgeformuleerde bedingen’ had.

het arrest van HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493 (DSM/Fox), uitgelegd naar objectieve maatstaven. De Ondernemingskamer heeft hiermee de juiste maatstaf aangelegd.³³⁹

Vergelijkbare motieven gelden naar mijn mening ook voor algemene voorwaarden: ook zij zijn niet voor één bepaalde partij geschreven en derden hebben geen invloed op de formulering van de voorwaarden. Uit de hiervoor weergegeven rechtsvergelijking blijkt dat ter rechtvaardiging van de 'strakkere' en objectievere uitleg van algemene voorwaarden in andere jurisdicties op dezelfde argumenten wordt gewezen (partijen spreken niet over de algemene voorwaarden, ze worden eenzijdig van toepassing verklaard en eenvormige uitleg is van belang). Om deze redenen vind ik de in andere rechtssystemen gevolgde vuistregel om algemene voorwaarden in beginsel objectief en uniform uit te leggen aantrekkelijk. Een dergelijke uniforme uitleg is met name van groot belang voor algemene voorwaarden die voor een groot aantal transacties worden gebruikt en een landelijke gelding hebben, zoals NVM-voorwaarden.³⁴⁰ Het perspectief uit de PICC, die algemene voorwaarden niet door de ogen van geobjectiveerde contractspartijen maar door die van 'average users' (zowel degene die de algemene voorwaarden inroept als degene tegen wie ze worden ingeroepen) uitlegt, strookt met deze behoefte om tot een uniforme en geobjectiveerde uitleg te komen en is naar mijn smaak goed bruikbaar.³⁴¹ De objectieve uitleg vanuit het perspectief van *average users* past verder bij het gegeven dat (i) in ieder geval één der partijen niet bij de totstandkoming van de algemene voorwaarden betrokken was, (ii) de algemene voorwaarden meestal geen onderwerp zijn van onderhandeling zodat subjectievere elementen niet kenbaar zijn en een gemeenschappelijke partijbedoeling zich lastig laat vaststellen, (iii) ze bedoeld zijn voor meermalig en eenduidig gebruik en (iv) partijen zich per definitie slechts kunnen verlaten op objectief kenbare bronnen.³⁴²

339. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, NJ 2015/361, m.nt. J.W. Winter en P. van Schilfgaarde (*Minister van Financiën/VEB c.s.*).

340. Zo ook Tjittes (2009), t.a.p., par. 2.3.4.

341. Ook S. Vogenauer, 'Art. 4.1 para 18', in: S. Vogenauer (red.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP 2015 is voorstander van deze wijze van interpretatie van algemene voorwaarden.

342. Dit wordt al langer betoogd: zie Tjittes (2009), t.a.p., par. 2.3.6.2; M.H. Wissink, 'Uitleg volgens Haviltex of de cao-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen', *WPNR* 2014, afl. 6579; T.H.M. van Wechem, 'Uitleg van algemene voorwaarden', *Contracteren* 2011/6, p. 27-28, met als aanvullend argument dat op grond van art. 6:232 BW partijen gebonden raken aan algemene voorwaarden waarvan zij (mogelijk) de inhoud niet kennen. Zie ook M.M. van Rossum, 'Uitleg van algemene voorwaarden', in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, par. 3.3.

In beginsel, want als een partij bekend is met een specifiek verwachtingspatroon aan de zijde van de wederpartij, dan moet de wederpartij in staat worden gesteld om deze afwijkende partijbedoeling te bewijzen.³⁴³ Ook als duidelijk is dat partijen een van de standaard uitleg afwijkende subjectieve gemeenschappelijke partijbedoeling hadden, bijvoorbeeld omdat ze wel hebben gesproken over de algemene voorwaarden of omdat uit discussies over de overeenkomst zelf ook een bepaalde interpretatie van een algemene voorwaarde volgt, dan zie ik minder reden om van zo'n geobjectiverde uniforme uitleg uit te gaan. Beide partijen begrepen hier kennelijk iets anders onder en in wezen is dan sprake van wat het Duitse recht een *Individualabrede* noemt. Dan zou deze afwijkende bedoeling moeten prevaleren.

5.5.4 Uitleg van uitonderhandelde commerciële contracten

De uitleg van commerciële contracten wordt in de onderzochte rechtsstelsels niet altijd als bijzonder punt bij uitlegvragen behandeld. Het Engelse recht past daar dezelfde objectieve uitlegnorm op toe als ten aanzien van andere contracten, ofschoon in de literatuur een tendens wordt gesignaleerd dat formele documenten die door juristen zijn opgesteld versterkt letterlijk moeten worden uitgelegd, omdat ervan wordt uitgegaan dat partijen de bewoordingen nauwkeurig hebben gekozen.³⁴⁴ In het Schotse recht wordt in de rechtspraak menigmaal eveneens het belang van een letterlijke uitleg onderstreept omdat *'the words may be expected to have chosen with care'*. Het Duitse recht ontbeert een specifieke regel ten aanzien van de uitleg van commerciële partijen, net als het Belgische en Franse recht. Datzelfde geldt voor de PICC, maar dat wordt natuurlijk verklaard door het gegeven dat deze gehele regeling op commerciële contracten is gericht. Ook daar wordt – zolang geen gemeenschappelijke partijbedoeling kan worden vastgesteld – uitgegaan van een geobjectiverde uitleg.

In het Nederlandse recht bestaat geen aparte uitlegnorm voor uitonderhandelde commerciële contracten. Wel heeft de Hoge Raad in de hiervoor door Valk in par. 2.3.3 besproken arresten³⁴⁵ aangegeven dat bij grote commerciële transacties die in het bijzijn van juristen zijn gesloten, een primair taalkundige uitleg in beginsel voor de hand kan liggen en in het *UPC*-arrest geoordeeld dat een 'zwaar gewicht' aan de taalkundige betekenis toe-

343. In vergelijkbare zin: M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2013, nr. 237.

344. E. McKendrick, *The Creation of a European Law of Contracts – The Role of Standard Form Contracts and Principles of Interpretation*, Deventer: Kluwer 2004, p. 35.

345. Onder meer HR 19 januari 2007, LjN AZ3178, NJ 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*); HR 29 juni 2007, LjN BA4909, NJ 2007/576, m.nt. M.H. Wissink (*Derk-sen/Homburg*) en HR 29 juni 2012, LjN BW1981, RvdW 2012/924 (*Melfund/Wagram*). Valk concludeert in par. 2.3.3.2 van dit preadvies dat de Hoge Raad in deze arresten geen bijzondere uitlegmaatstaf heeft geformuleerd maar slechts een voorlopig uitlegoordeel.

komt.³⁴⁶ Maar in het *Lundiform/Mexx*-arrest heeft de Hoge Raad buiten twijfel gesteld dat dit geen regel is en dat Haviltex het uitgangspunt blijft.³⁴⁷ Anders dan door Valk in par. 2.3.3 van dit preadvies bepleit, bestaan mijns inziens niettemin goede argumenten om net als in het Engelse en Schotse recht in principe uit te gaan van een objectieve uitleg van grote commerciële contracten waarover met juridische bijstand is onderhandeld. Hierbij zou een niet allesbepalend, maar wel zwaarwegend gewicht aan de taalkundige betekenis moeten worden toegekend en in beginsel van een objectieve uitleg moeten worden uitgegaan.³⁴⁸ Een puur letterlijke uitleg is wat mij betreft te karig en de context moet wel worden betrokken. Ook de ontwikkelingen in het Engelse recht hebben laten zien dat een letterlijke uitleg onvoldoende recht doet aan het gegeven dat contracten steeds complexer worden en bepalingen vaak op elkaar zijn afgestemd, terwijl woorden vrijwel nooit op zichzelf staan maar pas in hun context betekenis krijgen.³⁴⁹ Een dergelijke objectieve uitleg verschaft meer zekerheid dan een zoektocht naar de werkelijke gemeenschappelijke partijbedoeling en dat is in het handelsverkeer doorgaans belangrijk.³⁵⁰ Maar waarom is een geobjectiverde uitleg bij zo'n groot commercieel contract mijns inziens dan te verkiezen? In de eerste plaats is in het handelsverkeer rechtszekerheid doorgaans belangrijker dan bij een consumententransactie en verschaft een letterlijke of objectieve uitleg die rechtszekerheid nu eenmaal meer dan een moeilijker vast te stellen subjectieve uitleg.³⁵¹ Dat geldt met name indien het gaat om grote contracten die in

346. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1610, *RvdW* 2010/511 (*UPC/Land c.s.*).

347. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*) en nader Valk in par. 2.3.3.3 van dit preadvies.

348. Dat bepleitte ik eerder: H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contracten', *NTBR* 2008, afl. 4, p. 150. Zie verder o.m. ook Tjittes (2009), t.a.p., par. 2.3.6.3.

349. Voor een nadere uitwerking van deze gedachte: H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contracten', *NTBR* 2008, afl. 4, p. 150 en ook 'Het Haviltex-criterium en de uitleg van commerciële contracten', *ORP* 2013/7, p. 39-40. Zo onder meer ook Tjittes (2009), t.a.p., p. 24-30; M.H. Wissink, 'Vertrouwen op een tekstuele uitleg', *ORP* 2012/5, p. 30; B.M.M. Weiffenbach & R.C. Berg, 'Overnamecontracten', in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, par. 19.2.4; D.J. Beenders & J.W. Meijer, 'Uitleg van commerciële contracten in de praktijk', *AA* 2013, p. 653 (voor zover over een beding is onderhandeld).

350. Volgens Snijders in nr. 2a van zijn noot bij het *Gemeente Rotterdam/Eneco*-arrest (HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, *NJ* 2014/522, m.nt. H.J. Snijders) wordt in B2B-contracten al uitgegaan van een letterlijke uitleg en verschilt de uitleg daarom niet veel van de uitleg naar Engels recht.

351. Voor het belang van rechtszekerheid in internationale handelstransacties: zie G. Cordero-Moss, 'Interpretation of Contracts in International Commercial Arbitration: Diversity on More than One Level', *ERPL* 1 (2014), p. 24-27 en 28. Uit de twee surveys waar ik eerder naar verwees, volgt ook dat rechtszekerheid het belangrijkste argument is om in internationale transacties voor het Engelse recht te kiezen: *Rapport Law Society*, p. 7 en *Rapport Queen Mary University*, p. 13. In het handelsverkeer is rechtszekerheid dus een belangrijk argument.

het bijzijn van juristen zijn afgesloten. In een dergelijk geval kan worden verwacht dat de bewoordingen zorgvuldig zijn gekozen, zoals in het Engelse en Schotse recht ook wordt aangevoerd. Voorts is van belang dat commerciële partijen meer dan consumenten *repeat players* zijn. Ook dat gegeven versterkt het belang van rechtszekerheid. Als veel contracten worden gesloten, dan is het van belang dat partijen er in beginsel op kunnen vertrouwen dat de afwikkeling van zo'n contract in de meeste gevallen zonder problemen verloopt en dat een juridische procedure over bijvoorbeeld een onzekere uitleg niet te vaak voorkomt. Een procedure is immers tijdrovend en brengt kosten met zich en belemmert aldus een soepel verlopend handelsverkeer. Juist omdat commerciële partijen vaker contracteren mag ook worden verwacht dat ze weten wat ze doen en in beginsel ook begrijpen wat zij opschrijven.

Bij het voorgaande past wel een nuancering. Niet elk commercieel contract leent zich voor een in beginsel taalkundige uitleg omdat niet elk contract op dezelfde wijze tot stand is gekomen. De wijze waarop grote commerciële partijen met juridische bijstand contracteren, verschilt van de wijze waarop zzp'ers of mkb'-ers dat (zonder juridische bijstand) doen.³⁵² In dergelijke gevallen bestaat mijns inziens ruimte voor toepassing van de normale Haviltex-norm. Het gaat mij om grote commerciële contracten, die met bijstand van (een batterij aan) advocaten worden opgesteld en waarover is onderhandeld. Daar bestaan mijns inziens goede argumenten om in beginsel van een objectieve (tekstuele en contextuele) uitleg uit te gaan, hoewel het een partij mijns inziens wel vrijstaat om een andersluidende bedoeling aan te tonen.

5.5.5 Uitleg van tegenstrijdige bepalingen

Een ander punt dat recent in de Nederlandse jurisprudentie is opgelaaid, betreft de uitleg van tegenstrijdige algemene voorwaarden. In het *For Farmers/Doens*-arrest³⁵³ oordeelde de Hoge Raad dat als twee sets algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard, beide sets gelden. Bij tegenstrijdigheid tussen de specifieke bepalingen uit de verschillende sets algemene voorwaarden (hier: een forumkeuze- versus arbitragebeding), moet door uitleg worden vastgesteld welk beding prevaleert. Daarvoor geldt volgens de Hoge Raad de normale Haviltex-norm en kan gewicht toekomen aan de wijze waarop de bedingen in de overeenkomst zijn geïncorporeerd. De Hoge Raad sauveert het oordeel van het Hof, die het litigieuze beding uit de ene set algemene voorwaarden liet prevaleren omdat de verwijzing naar die algemene voorwaarden niet was voorgedrukt en dus specifiek leek dan de andere algemene voorwaarden. Op het oordeel van de Hoge Raad

352. Zie ook M.H. Wissink, 'Vertrouwen op tekstuele uitleg', *ORP* 2012/5, p. 29.

353. HR 24 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:1125, NJ 2015/222 (*For Farmers/Doens*).

is kritiek geuit, vooral ten aanzien van het feit dat beide sets algemene voorwaarden van toepassing zijn. In het verlengde daarvan kan worden afgevraagd of het aanbeveling verdient om ten aanzien van dergelijke tegenstrijdigheden een strakkere uitlegregel te laten gelden, in plaats van dit gegeven slechts als een gezichtspunt te beschouwen.³⁵⁴ In andere Europese rechtsstelsels bestaan daar voorbeelden van. Zo kent het Engelse recht een aantal uitgangspunten voor gevallen waarin tegenstrijdige bepalingen in een overeenkomst voorkomen en vervolgens moet worden vastgesteld welke betekenis prevaleert:

- i. In de eerste plaats wordt aanvaard dat sommige bepalingen belangrijker zijn dan andere bepalingen. Aan de considerans van een overeenkomst komt over het algemeen minder gewicht toe dan aan materiële bepalingen in het contract zelf.
- ii. Individueel overeengekomen bepalingen hebben over het algemeen voorrang boven standaard algemene voorwaarden, omdat een redelijke persoon ervan zal uitgaan dat specifiek op de situatie toegesneden bepalingen van groter belang zijn dan vooraf afgedrukte algemene voorwaarden.³⁵⁵ Datzelfde geldt als handmatige wijzigingen zijn aangebracht in de algemene voorwaarden: mocht strijdigheid bestaan tussen de voorgedrukte algemene voorwaarden en de (met pen) toegevoegde wijzigingen, dan gaan de handmatige toevoegingen voor.³⁵⁶ Een vergelijkbare regeling kent § 305a BGB: ‘*Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen*’.
- iii. Bijzondere bepalingen hebben voorrang boven algemene bepalingen. Indien bijvoorbeeld een aantal exoneraties in het contract is opgenomen, waarvan één algemene exoneratie voor alle gevallen en een aantal andere voor specifieke situaties zonder dat is bepaald welke exoneratie prevaleert, dan wordt over het algemeen geoordeeld dat de specifieke exoneratie en niet de algemene exoneratie van toepassing is.³⁵⁷

Ook in het Duitse recht prevaleren *Individuelle Vertragsabreden* boven algemene voorwaarden (§ 305b BGB). Hieronder vallen bijvoorbeeld handmatig aan algemene voorwaarden toegevoegde amendementen of andersluidende mondelinge afspraken.³⁵⁸ Ook de internationale regelingen besteden aandacht aan tegenstrijdigheid tussen contractuele bepalingen. Als sprake is

354. In deze zin ook Bakker, *JOR* 2015/222 onder 5. Zie nader Valk in par. 2.4.2.1 van dit preadvies.

355. [2004] 1 AC 715 (*The Starsin*).

356. McMeel (2011), t.a.p., par. 1.55.

357. Voor het voorgaande zie Calnan (2013), t.a.p., p. 35 (par. 3.34 en 3.35).

358. Dit wordt niet als een echte uitlegregel gezien, omdat voorafgaande aan de werking van § 305b BGB al uitleg heeft plaatsgevonden en die ertoe heeft geleid dat tegenstrijdigheid bestaat: zie *MünchKommBGB/Basedow* § 305b Rn. 1 en 7.

van tegenstrijdige bepalingen, dan gaat de betekenis van de clausule waarover is onderhandeld voor de betekenis van algemene voorwaarden (art. 5:104 PECL en art. II.-8:104 DCFR). Verder gaan specifieke bepalingen boven algemene bepalingen (Comment 2 bij art. 4.4 PICC).

Dergelijke vuistregels vind ik aantrekkelijk. Ze berusten op de realistische gedachte dat de partijbedoeling in een dergelijk geval moeilijk kan worden vastgesteld omdat partijen vooraf waarschijnlijk niet hebben gesproken over de onderlinge rangorde van de verschillende bepalingen. Tegen die achtergrond moet een andere modus worden gevonden om de rangorde te bepalen. Het is mijns inziens gerechtvaardigd om als vuistregel voorop te stellen dat (i) een specifiek voor een bepaalde situatie geschreven beding prevaleert boven een algemeen beding,³⁵⁹ (ii) een specifiek overeengekomen beding boven een algemene voorwaarde gaat waar partijen niet over hebben gesproken, en (iii) een overweging in de considerans van een overeenkomst in het algemeen een beschrijvend karakter heeft en minder beslissend is dan een hiermee strijdig beding in de overeenkomst zelf. Met deze vuistregels is het eenvoudiger om bij een dispuut over tegenstrijdige bedingen te bepalen welk beding prevaleert. Indien een van de contractspartijen in een specifiek geval op basis van voor partijen kenbare gegevens redelijkerwijze is uitgegaan van een andere rangorde en de andere partij dat ook moet hebben begrepen, dan staat het hem wel vrij dat aan te tonen. Het zijn wat mij betreft vuistregels die in beginsel gelden, maar die openstaan voor tegenbewijs.

5.6 Overig: specifieke uitlegregels

5.6.1 *Contra proferentem?*

De meeste rechtsstelsels kennen enige bijzondere uitlegregels voor specifieke situaties. In vrijwel alle onderzochte rechtsstelsels komt bijvoorbeeld een contra proferentem-regel voor op grond waarvan een beding ten nadele van de partij die hem heeft bedongen en ten voordele van hem die zich heeft verbonden wordt uitgelegd. In Engeland wordt die over de hele linie als mogelijke uitlegmodus geaccepteerd.³⁶⁰ In België wordt deze regel pas toegepast als ondanks alle uitlegregels geen betekenis kan worden vastgesteld (art. 1162 Belgisch BW).³⁶¹ De nieuwe regeling in de Franse Code Civil introduceert twee varianten van de contra proferentem-regel: in geval van twijfel dient een verplichting in het nadeel van de crediteur en in het

359. Dit gaat dus verder dan HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5538, NJ 2003/506 (*Vos/Heipro*), waar de Hoge Raad benadrukt dat dit hooguit een gezichtspunt is.

360. McMeel (2011), t.a.p., par. 1.160.

361. Zie F. Vermander, 'De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgisch recht', in: J. Smits & S. Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2005, p. 29.

voordeel van de debiteur te worden uitgelegd of – bij algemene voorwaarden – in het nadeel van degene die zich erop beroept (art. 1190 Cc). Art. 5:103 PECL en art. II.-8:103 DCFR beperken de contra proferentem-regel tot algemene voorwaarden, terwijl art. 4.6 PICC haar aanvaardt voor alle contracten. De idee hierbij is dat de partij die de bepaling heeft opgesteld of verschaft, in zekere zin verantwoordelijk is voor onduidelijkheden in de formulering.³⁶² Verder hebben alle onderzochte jurisdicties onder invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumententransacties de regel aanvaard dat onduidelijke algemene voorwaarden die tegen een consument worden ingeroepen in zijn voordeel moeten worden uitgelegd (vgl. art. 6:238 lid 2 BW).³⁶³

In het Nederlandse recht is een uitleg contra proferentem slechts een gezichtspunt.³⁶⁴ Zou de introductie van een algemene contra proferentem-regel als vuistregel navolging verdienen? Ik aarzel. De regel zegt in ieder geval niet *per se* iets over de (redelijke) partijbedoeling, terwijl het daar bij uitleg primair om gaat. Ik vraag mij af of een (geobjectiveerde) persoon er redelijkerwijze van uitgaat dat de interpretatie die zoveel mogelijk tot voordeel strekt van degene tegen wie hij wordt ingeroepen, het meest voor de hand ligt. Anderzijds doet de regel wel recht aan de gedachte dat de gebruiker van de tekst verantwoordelijk was voor het opstellen daarvan en hij het dus in zekere zin in de hand heeft hoe een andere partij een verklaring heeft opgevat. Concluderend denk ik dat het met beide gedachten het meest in overeenstemming is om geen harde vuistregel te formuleren, maar om conform de Hoge Raad een uitleg contra proferentem als een van de relevante factoren bij interpretatiekwesies te beschouwen.

5.6.2 Bijzondere uitlegregels in het Belgische en Franse recht

De Belgische en Franse wet kennen naast de hiervoor al genoemde uitleg-regels, nog een aantal aanvullende uitlegbepalingen. Zij hebben veelal niet het karakter van gezichtspunten die bij de uitleg *kunnen* worden betrokken, maar hebben een dwingender karakter als vuistregel.

- i. Krachtens art. 1157 Belgisch BW en art. 1191 Cc prevaleert een uitleg die rechtsgevolg heeft boven een uitleg die niet zou resulteren in enig (rechts)gevolg.³⁶⁵ Het opnemen van een dergelijke vuistregel vind ik

362. S. Vogenauer, 'Art. 4.4 para 5', in: S. Vogenauer (red.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP 2015.

363. Ten aanzien van andere contracten is dit geen uitgangspunt: zie bijv. HR 24 september 1993, NJ 1993/760 (*Brackel/UNAT*).

364. Zie nader de analyse van Valk in par. 2.1.3.3 van dit preadvies. Zo ook M.M. van Rossum, 'Uitleg van algemene voorwaarden', in: Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 55. Art. 6:238 lid 2 BW geeft natuurlijk wel een vuistregel.

365. In art. 5:106 PECL, art. 4.5 PICC en art. II.-8:106 DCFR is een vergelijkbare regel opgenomen.

te ver gaan, omdat het heel wel mogelijk is dat partijen toch een andere bedoeling met een bepaling hebben gehad en bijvoorbeeld louter ter verduidelijking hebben verwezen naar een bestaande situatie of regeling, zonder hierbij enig verschil in rechtsgevolg te beogen. Als gezichtspunt kan zij echter wel meewegen bij het bepalen van de contextuele betekenis van een beding.

- ii. In zowel de Belgische (art. 1161 Belgisch BW) als de Franse wet (art. 1189 Cc) is expliciet bepaald dat bij uitleg het gehele contract relevant is. Dat is op zich een zinvolle bepaling, die ook bij een contextuele uitleg in alle andere rechtsstelsels wordt nageleefd.³⁶⁶ Zo kan ervan worden uitgegaan dat een term telkens in dezelfde betekenis wordt gebruikt. In het Nederlandse recht, waar alle omstandigheden van het geval van belang zijn, wordt dit ook als gezichtspunt betrokken en is een expliciete regel dus niet nodig.³⁶⁷
- iii. Verder bepaalt art. 1158 Belgisch BW dat bewoordingen die voor tweërlei zin vatbaar zijn, moeten worden opgevat in de zin die met de inhoud van het contract het best overeenstemt. Die regel kende het oude Franse regime ook, maar is in het nieuwe recht verlaten omdat zij overbodig werd geacht.³⁶⁸ Dat is voorstelbaar, want als al wordt aanvaard dat uitleg contextueel geschiedt en dus naar het gehele contract wordt gekeken, heeft deze regel weinig toegevoegde waarde en verdient zij geen navolging.
- iv. België kent nog een aantal andere bijzondere uitlegregeln, die ook in de oude Franse regeling waren opgenomen maar in de nieuwe wet niet zijn teruggekeerd omdat deze overbodig werden geacht. Een voorbeeld vormt de regel dat onduidelijke bepalingen worden uitgelegd volgens hetgeen gebruikelijk is in de streek waar het contract is aangegaan (art. 1159 Belgisch BW). Uiteraard speelt de afkomst van partijen een rol bij de uitleg, maar een algemene regel die de streekgewoonte vooropstelt, acht ik voor Nederland overdreven en gaat er ten onrechte vanuit dat partijen die streekgewoonte kennen en ook hebben willen implementeren in hun contract. Verder is in het Belgische BW de regel opgenomen dat als het contract een voorbeeld noemt, dit voorbeeld niet de reikwijdte van het contract beperkt, maar dat het contract ook betrekking kan hebben op andere situaties (art. 1164 Belgisch BW). De Franse rechter heeft terecht de codificatie van een dergelijke ge-

366. Zie ook: art. 5:105 PECL, art. 4.4 PICC en art. II.-8:105 DCFR en zie HR 18 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4691, NJ 1984/272 (*Kluf/B en W Supermarkten*).

367. Dat volgt onder meer uit HR 18 november 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4691, NJ 1984/272 (*Kluf/B en W Supermarkten*) en de *Cao*-arresten.

368. Zie de navolgende passage in het begeleidende Rapport au President: '*Ont cependant été abandonnés dans le but de clarification poursuivi, les articles 1158, 1159, 1160, 1163 et 1164 actuels, peu ou pas employés par la jurisprudence, et dont l'utilité n'est pas avérée.*'

meenplaats achterwege gelaten en navolging in het Nederlandse recht verdient zij evenmin.

5.6.3 Clause claire et précise

De Franse wet kent een specifieke uitlegregel ten aanzien van een clausule die *'claire et précise'* is: die behoeft geen uitleg. Deze regel kwam al in de oude wet voor (art. 1134 Cc), en werd ondanks kritiek door de Cour de Cassation in 2012 bevestigd.³⁶⁹ In het nieuwe Franse contractenrecht luidt de regel als volgt (art. 1192 Cc):

*'On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.'*³⁷⁰

Duidelijke bewoordingen mogen dus niet worden uitgelegd en er moet worden vastgehouden aan de tekst van de clausule, ook al correspondeert die mogelijk niet met de werkelijke partijbedoeling. Ik ben niet overtuigd van de toegevoegde waarde van deze bepaling, die ook onder oud BW voorkwam. Elke verklaring moet immers worden uitgelegd. Ook de vraag of een tekst *'claire et précise'* is, moet door uitleg worden vastgesteld. Daarbij komt dat woorden (bijna) nooit duidelijk zijn, zoals Paul Scholten al vaststelde.³⁷¹ Als deze regel al zou kunnen worden gevolgd, kan het mijns inziens gerechtvaardigd zijn om van de tekst af te wijken, bijvoorbeeld als duidelijke bewoordingen op een misverstand berusten (in het hiervoor al aangehaalde voorbeeld dat partijen *'sums paid'* opschrijven, maar zij *'sums payable'* bedoelen).

5.7 Conclusies

De bestudering van de diverse rechtsstelsels brengt aan het licht dat de meest fundamentele verschillen schuilen in de documenten die bij de uitleg mogen worden betrokken (alle pre- en postcontractuele documenten, of slechts hetgeen ten tijde van de contractsluiting bekend was) en in het doel dat met uitleg wordt nagestreefd (het achterhalen van de subjectieve partijbedoeling, of veeleer het vaststellen welke betekenis een objectieve derde redelijkerwijs aan een bepaling heeft kunnen toekennen). Daarnaast bestaan onder meer verschillen in de mate waarin een bepaling letterlijk

369. Cour de cassation 1re chambre civile 26 septembre 2012 n° 11-17.454. Voor een mooi overzicht van de ontwikkelingen van deze regel: S. Vogenauer, 'Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations', in: A. Burrows & E. Peel (red.), *Contract Terms*, Oxford: OUP 2007, p. 132-134.

370. Het Rapport au President rechtvaardigt dat als volgt: *'Cette disposition rappelle l'importance de la force obligatoire du contrat et du respect de la volonté des parties.'*

371. P. Scholten, 'Uitlegging van Testamenten', *WPNR* 1909, afl. 2058, p. 310. Zie o.m. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/370.

of geobjectiveerd wordt uitgelegd, de vraag of de betrokkenheid van derden uitmaakt voor de wijze van uitleg, de wijze waarop algemene voorwaarden worden uitgelegd en de vraag of specifieke deelregels moeten worden geformuleerd. Ten aanzien van de in par. 5.1 geformuleerde discussiepunten in het Nederlandse recht heb ik naar aanleiding van de analyse van andere rechtsstelsels oplossingsmogelijkheden verkend.

Hoofdstuk 6

Uitleg in internationaal perspectief: internationale clausules³⁷²

Prof. mr. H.N. Schelhaas

6.1 Inleiding

Het voorgaande hoofdstuk heeft aangetoond dat het bij uitlegvragen uitmaakt welk recht van toepassing is. Daarnaast heeft de analyse inzichten gegeven over de wijze waarop uitleg op een andere wijze kan en soms zou moeten worden vormgegeven. In dit hoofdstuk wordt het perspectief omgedraaid en wordt bezien of het voor de toepassing van materiële Nederlandse uitlegnormen relevant is of (i) een buitenlandse partij is betrokken bij een bepaalde rechtsverhouding, en (ii) een beding van buitenlandse origine deel uitmaakt van een overeenkomst die is onderworpen aan het Nederlandse recht. Moet dat de wijze van uitleg beïnvloeden? Dat is het onderwerp van dit hoofdstuk.

Een belangrijk deel van de analyse wordt gevormd door de bestudering van clausules die in de praktijk regelmatig worden gebruikt. Hoewel ook consumenten grensoverschrijdend contracteren, met name via het internet, ligt een internationale dimensie vooral voor de hand in commerciële verhoudingen, waar geen consument bij betrokken is. In een door de EU in 2011 onder Europese commerciële bedrijven uitgevoerd onderzoek volgt bijvoorbeeld dat 95% van de 250 geïnterviewde Nederlandse bedrijven³⁷³ grensoverschrijdend contracteert met bedrijven uit andere EU-landen.³⁷⁴ Uit dit onderzoek volgt ook dat (slechts) 12% van de consumenten online grensoverschrijdend contracteert.³⁷⁵ De nadruk in dit hoofdstuk leg ik dan ook bij commerciële contracten, oftewel contracten waar geen consument bij betrokken is. Ik sluit echter niet uit dat de te bespreken clausules ook

372. Een deel van dit hoofdstuk vormt een bewerking en uitbreiding van mijn eerdere artikel 'Optioneel internationaal contractenrecht in de Nederlandse praktijk', *ORP* 2014/4, p. 23-32.

373. Bijna alleen het mkb (*Small and Medium Sized Enterprises* ('SME's')) heeft deelgenomen aan het onderzoek: zie European Flash Barometer, European Contract Law in Business-to-Business transactions – Report 2011/320, tabel 2a, p. 44: raadpleegbaar op http://ec.europa.eu/justice/contract/document/index_en.htm.

374. European Flash Barometer, European Contract Law in Business-to-Business transactions – Report 2011/320 (tabel 1a, p. 40) en de samenvatting voor Nederland: A Common Sales Law for Europe: Factsheet for the Netherlands: beide raadpleegbaar op http://ec.europa.eu/justice/contract/document/index_en.htm.

375. A Common Sales Law for Europe: Factsheet for the Netherlands: raadpleegbaar op http://ec.europa.eu/justice/contract/document/index_en.htm.

in consumententransacties kunnen voorkomen en ik stip dat her en der ook aan.

6.2 De internationale herkomst van een partij en/of een clause

6.2.1 Buitenlandse partijen

Het lijkt geen twijfel dat specifieke omstandigheden van een contractspartij worden betrokken bij de uitleg van een overeenkomst. Immers, bij uitleg moeten alle relevante omstandigheden van het geval worden betrokken, waaronder de hoedanigheid van contractspartijen. Dat volgt al met zoveel woorden uit de Haviltex-maatstaf, op grond waarvan het immers aankomt op wat partijen over en weer van elkaar kunnen verwachten en waar nadrukkelijk wordt gesteld dat voor de uitleg mede van belang kan zijn 'tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht'.³⁷⁶ Maar ook uit latere rechtspraak wordt duidelijk dat de hoedanigheid van contractspartijen de wijze van uitleg kan beïnvloeden. Zo draagt het feit dat het gaat om commerciële contractanten bij aan de mogelijkheid om een contract in beginsel letterlijk uit te leggen. Maar uiteindelijk komt het aan op de Haviltex-maatstaf, zo blijkt nog eens uit het *Gemeente Rotterdam/Eneco*-arrest.³⁷⁷

'Het hof heeft (...) terecht aan de hand van de Haviltex-maatstaf de vraag beantwoord waartoe de Gemeente zich (...) jegens (de rechtsvoorgangster van) Eneco c.s. had verbonden. De hoedanigheid van de betrokken partijen is een van de gezichtspunten die bij de uitleg volgens die maatstaf een rol speelt. Uit de overwegingen van het hof blijkt echter niet dat het hof dit heeft miskend. Anders dan het middel voorstaat, behoeft de hoedanigheid van de contractspartijen niet mee te brengen dat een groter gewicht toekwam aan de bewoordingen van de contracten dan het hof daaraan heeft toegekend.'

Haviltex dus,³⁷⁸ waarbij de hoedanigheid van contractspartijen een relevante factor is. Zo is het van belang of een partij professioneel handelt of als consument, of hij ter zake kundig was of niet, en ook of een partij een andere nationaliteit of maatschappelijke of culturele achtergrond heeft en daarom mogelijk met andere ogen naar bepalingen kijkt. In een zaak tussen

376. Zie ook Tjittes (2009), t.a.p., par. 3.1.

377. HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, NJ 2014/522, m.nt. H.J. Snijders (*Gemeente Rotterdam/Eneco*).

378. Zie ook HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:260, NJ 2015/274, m.nt. Jac. Hijma (*Afvalzorg/Slotereind*).

twee Chinese partijen betreft de Hoge Raad dan ook gangbare Chinese maatstaven bij de uitleg:

‘Voorts is niet in te zien waarom bij de beantwoording naar Nederlands recht van de vraag wat Shu en Lam met betrekking tot het punt bij wie Shu in dienst trad, over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden, gangbare Chinese maatstaven omtrent wie als werkgever mag worden beschouwd, geen rol zouden mogen spelen, nu Shu en Lam Chinezen zijn en bij de beantwoording van de vermelde vraag mede moet worden gelet op de inzichten en verwachtingen in de kring van personen, waartoe de betreffende pp. behoren.’³⁷⁹

Bij uitleg speelt de buitenlandse afkomst van partijen dus een rol.

6.2.2 Buitenlandse clausules

Niet alleen contractspartijen maar ook specifieke bepalingen kunnen uit een andere jurisdictie afkomstig zijn. Ook daar dient de vraag zich aan of rekening moet worden gehouden met de buitenlandse afkomst. Dergelijke clausules komen vaak voor. Zo zijn in de meeste aandelentransacties (*Share Purchase Agreements*) *entire agreement clauses*, *representations & warranties*, en *force majeure clauses* opgenomen, ook als ze worden geregeerd door Nederlands recht. De intrede van buitenlandse concepten van vooral Anglo-Amerikaanse origine in het nationale recht kent verschillende oorzaken.³⁸⁰ Zo komt het voor dat een grote multinational die zijn vestigingsplaats buiten Nederland heeft, zich bedient van één set standaardvoorwaarden of van één model overeenkomst die hij als basis wil gebruiken en voor andere markten slechts wil aanpassen wanneer zulks strijdig is met het nationale recht van die markt. Zijn bepalingen niet strijdig met de wet, dan worden ze gehandhaafd ook al zijn ze mogelijk overbodig of passen ze niet bij het betreffende rechtstelsel. Soms wordt die moeite niet genomen en worden (algemene) voorwaarden uit een andere jurisdictie ongewijzigd van toepassing verklaard, ook al wordt het contract beheerst door Nederlands recht.³⁸¹ Een andere oorzaak voor de intrede van buitenlandse concepten is gelegen in de onderhandelingsdynamiek tussen een Nederlandse en een buitenlandse partij. Daarbij zijn geregeld juristen en advocatenkantoren uit verschillende jurisdicties betrokken. Vertrekkende vanuit

379. HR 18 maart 1983, NJ 1984/345 (*Shy Ying Cheung/Lam*).

380. Nader: M.C. Vettese, ‘Multinational companies and national contracts’, in: G. Cordero-Moss (red.), *Boilerplate clauses in international commercial contract and the applicable law*, Cambridge: CUP 2011, p. 20 e.v.

381. Vergelijkbaar: G. Cordero-Moss, ‘Interpretation of Contracts in International Commercial Arbitration: Diversity on More than One Level’, *ERPL* 1 (2014), p. 24-26.

hun eigen rechtsstelsel willen zij graag bepaalde clausules geïmplementeerd zien in het contract, ook al is dat niet nodig of niet mogelijk in het recht dat van toepassing wordt verklaard. Verder wordt bij een grotere transactie vaak het standaard *template* gebruikt van het (internationale) advocatenkantoor dat de penvoerder bij de onderhandelingen is. Dat *template* kan op Anglo-Amerikaanse leest zijn geschoeid, bijvoorbeeld omdat een van de partijen uit die jurisdictie afkomstig is, of omdat de advocaat of het kantoor dat is.³⁸²

Buitenlandse concepten komen dus voor in contracten die door Nederlands recht worden geregeerd. Juist in een internationale context kunnen misverstanden ontstaan over de betekenis van een bepaling, hetzij omdat de bepaling in het Engels is opgesteld en dat niet de moedertaal van een of meer contractanten is, hetzij omdat het buitenlandse concept als zodanig onbekend is. De bepaling kan voor een der contractspartijen helder lijken omdat zij is ingebed in het eigen rechtssysteem, terwijl dat voor de wederpartij anders is.³⁸³

‘[C]ontracting parties cannot safely assume that the meaning given to their boilerplate clauses will be the same in each jurisdiction in Europe. Thus words and phrases that are in common use in commercial contracts in Europe (such as “force majeure”, “indirect or consequential loss” and material breach”) may be given different meanings in different European jurisdictions.’

zo stelt McKendrick vast, om later te concluderen dat ze ‘a recipe for confusion in cross-border transactions’ zijn.³⁸⁴ Zo hebben Nederlandse contractanten niet altijd een scherp beeld van de internationale terminologie of de inbedding daarvan in het Nederlandse recht, terwijl een buitenlandse partij die daarvan wel op de hoogte is zich niet altijd zal realiseren dat de terminologie in een Nederlands-juridische context een andere betekenis kan hebben.³⁸⁵

Voor de beantwoording van de vraag hoe deze interpretatieproblemen moeten worden opgelost gelden de normale uitlegeregels, zodat het erop aankomt welke betekenis partijen gezien de specifieke omstandigheden

382. Zie nader C.E. Drion, ‘Amerikaanse standaardcontracten in Europa: het proces van “lokalisatie”’, *Contracteren* 2002, afl. 2, p. 30.

383. Zie ook D. Beenders & J.W. Meijer, ‘Uitleg van commerciële contracten in de praktijk’, *AA* 2013, p. 651-652.

384. E. McKendrick, *The Creation of a European Law of Contracts – The Role of Standard Form Contracts and Principles of Interpretation*, Deventer: Kluwer 2004, p. 43 en 45. Zie ook B.M.M. Weiffenbach & R.C. Berg, ‘Overnamecontracten’, in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, p. 413; G. Cordero-Moss, ‘Boilerplate Clauses’, *International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge: OUP 2011, par. 3 (hierna: Cordero-Moss (red.), *Boilerplate clauses*).

385. Zo ook B.M.M. Weiffenbach & R.C. Berg, ‘Overnamecontracten’, in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, par. 19.2.5.

van het geval redelijkerwijze aan de clausule konden hechten. Zoals hierboven bleek, kan hierbij de internationale herkomst van een contractspartij worden betrokken, maar ook de buitenlandse herkomst van een clausule kan een rol spelen. Zie bijvoorbeeld het *Skare*-arrest,³⁸⁶ waar een belastingclausule in een relatie tussen een Nederlandse en een Deense partij moest worden uitgelegd. Het hof betrok bij het vaststellen van de meest voor de hand liggende taalkundige uitleg van de belastingregeling de uitleg van de Deense belastingautoriteiten. De Hoge Raad onderschrijft dit oordeel. Verder wijs ik op het *Royal Sun & Alliance*-arrest, waar het woord ‘accident’ in een verzekeringspolis moest worden uitgelegd. De polis was op de Engelse beurs afgesloten maar werd geregeerd door Nederlands recht. De Hoge Raad stelt vast dat Haviltex de uitleg-norm is, en vervolgt:

‘In een geval als het onderhavige, waarin op de Londense beurs een verzekering is gesloten over de uitleg waarvan tussen partijen een geschil is ontstaan (...) wordt de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan dat begrip mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, mede bepaald door de dienaangaande ter beurze bestaande opvattingen.’³⁸⁷

Tot slot werd in het *UPC*-arrest aan de tekst van de overeenkomst grote betekenis toegekend mede omdat de overeenkomst in het Engels was opgesteld en partijen volgens de Anglo-Amerikaanse rechtstraditie de afspraken gedetailleerd hadden vastgelegd.³⁸⁸

Oftewel, buitenlandse concepten worden uitgelegd met de Haviltex-maatstaf, maar hierbij kan wel acht worden geslagen op de (buitenlandse) achtergrond en de (letterlijke) betekenis van termen in het land van oorsprong. Voor commerciële partijen is het zodoende van belang om de herkomst en de betekenis van in het contract gebruikte buitenlandse concepten te weten. Die kennis is lang niet altijd aanwezig,³⁸⁹ juist omdat het vaak gaat om standaardbepalingen (ook wel ‘boilerplates’ genoemd)³⁹⁰ waarover tevoren

386. HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7886, *NJ* 2010/2201 (*Skare/Flexman*).

387. HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, *NJ* 2006/378, m.nt. M.M. Mendel (*Royal Sun*).

388. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1610, *RvdW* 2010/511 (*UPC*), waarover ook D. Beenders & J.W. Meijer, ‘Uitleg van commerciële contracten in de praktijk’, *AA* 2013, p. 651.

389. Zie C.E. Drion, ‘Anglo-Amerikaanse contracten naar Nederlands recht’, *NJB* 2014, afl. 37, p. 2627 en C.E. Drion, ‘Anglo-Amerikaanse contracten, een zegen of een ramp?’, *NJB* 2011, afl. 24, p. 1543.

390. Een *boilerplate* heeft geen vaste betekenis. Een kenmerk is dat zij vaak in contracten voorkomt, soms iets aangepast aan het specifieke contract, maar vaak niet in welk geval het gaat om een algemene voorwaarde. Soms worden ‘belangrijke’ algemene voorwaarden, zoals exoneraties niet als een boilerplate beschouwd: zie M. Uijen, ‘Boilerplates: Ketelbinkie in Contractenland’, *Contracteren* 2010, afl. 4, p. 133. Zie verder O. Ben Shahr,

niet wordt onderhandeld of gesproken.³⁹¹ Ten aanzien van een van deze boilerplates, een *entire agreement clause* (zie nader par. 7.5) heeft de Hoge Raad in het *Lundiform/Mexx*-arrest³⁹² geoordeeld dat de uitleg afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval, waaronder (i) de bewoordingen van de clausule, (ii) de aard, inhoud, strekking en gedetailleerdheid van het contract waar de clausule deel van uitmaakt, en (iii) de wijze waarop de clausule tijdens de onderhandelingen ter sprake is gekomen. En, zo benadrukt de Hoge Raad, de clausule heeft weliswaar een specifieke herkomst en functie in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer, maar dat is naar Nederlands recht niet zonder meer het geval. Kortom, naar Nederlands recht moet ook de betekenis van zo'n internationale clausule door uitleg worden vastgesteld, waarbij de afkomst van belang is. De uitleg wordt echter niet zonder meer bepaald door de wijze waarop zij in het land van herkomst wordt begrepen.

6.2.3 Uitleg: hoe?

Maar hoe vindt die uitleg dan plaats? Juist omdat het om clausules gaat die weliswaar een vaste betekenis hebben in de Anglo-Amerikaanse rechtscultuur maar moeten worden ingebed in het Nederlandse recht en over deze clausules in de regel niet wordt gesproken, is een gemeenschappelijke partijbedoeling moeilijk vast te stellen. Een objectievere uitleg is zodoende onvermijdelijk. Moet deze objectieve uitleg zich beperken tot een puur letterlijke uitleg? Dat doet mij geforceerd aan omdat partijen zich veelal juist niet om de tekst bekommerd hebben³⁹³ en dit zal ook niet altijd uitkomst bieden: met het letterlijk uitleggen van een clausule die opsomt wanneer een situatie als *force majeure* moet worden beschouwd, komt men bijvoorbeeld niet verder, want wat betekent het concept *force majeure* in het Nederlandse recht dan? Het moet dus gaan om een bredere objectieve blik, waar de objectief kenbare context in moet worden betrok-

Boilerplate, Cambridge: CUP 2011; J.W.A. Dousi, 'Copy, paste. Over de uitleg van boilerplate-bedingen en wat kunnen we leren van het Amerikaanse recht', *Contracteren* 2016, afl. 2, p. 37-38; G. Cordero-Moss, 'Interpretation of Contracts in International Commercial Arbitration: Diversity on More than One Level', *ERPL* 1 (2014), p. 17, 23; M. Wallart, 'Boilerplates naar Nederlands recht: deel 1', *ORP* 2013/5, p. 33.

391. G. Cordero-Moss, 'Interpretation of Contracts in International Commercial Arbitration: Diversity on More than One Level', *ERPL* 1 (2014), p. 23-26 stelt dat dit vaak een gecalculeerd risico is: het risico dat over een bepaald beding daadwerkelijk een procedure wordt gevoerd wordt afgewogen tegen de tijd en moeite die het kost om over elke clausule te onderhandelen.

392. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

393. Zo ook C.E. Drion, 'Anglo-Amerikaanse contracten naar Nederlands recht', *NJB* 2014, afl. 37, p. 2627 en C.E. Drion, 'Anglo-Amerikaanse contracten, een zegen of een ramp?', *NJB* 2011, afl. 24, p. 1543.

ken.³⁹⁴ In het verlengde van Haviltex zou de norm moeten zijn de zin die een objectieve partij redelijkerwijze aan de bepalingen mocht toekennen met inachtneming van alle objectief kenbare gegevens die hem ten dienste staan. Die objectieve gegevens bestaan onder meer uit de tekst, maar ook uit de (Anglo-Amerikaanse) herkomst en de redelijke betekenis van de betreffende clause in de Nederlandse context. Wat betreft dit laatste punt: de clauses moeten noodzakelijkerwijs op een logische wijze in het Nederlandse materiële recht worden ingepast. Dat is echter niet altijd vanzelfsprekend. De bedoelingen van partijen kunnen bij deze exercitie doorgaans geen ondersteuning bieden, omdat partijen hier meestal geen specifieke overwegingen aan hebben gewijd. Daarom denk ik dat het dienstig zou zijn om uitgangspunten te formuleren die bij de uitleg een belangrijke rol spelen. De omstandigheid dat partijen niet altijd een specifieke betekenis aan een Anglo-Amerikaanse bepaling hechten, maar wel beogen een standaardbeding met een standaardbetekenis in hun contract op te nemen,³⁹⁵ geeft een verdere rechtvaardiging voor het formuleren van uitgangspunten. De Hoge Raad heeft ook bij de uitleg van een onoverdraagbaarheidsbeding aanleiding gezien om een uitgangspunt te formuleren³⁹⁶ en om de hiervoor vermelde redenen vind ik het gerechtvaardigd om dat ook bij vaak voorkomende Anglo-Amerikaanse bedingen met een juridische context te doen.

Bij deze uitgangspunten moeten mijns inziens de betekenis die in het land van herkomst aan de clause wordt gehecht en de interactie met het Nederlandse recht kunnen meewegen. Dat betekent niet dat de Anglo-Amerikaanse juridische betekenis ook als vaste regel moet worden gevolgd. Uitleg vindt immers naar materiële Nederlandse (uitleg)maatstaven plaats. Maar als met toepassing van die maatstaven niet kan worden begrepen hoe de clause past in het Nederlandse recht en hoe partijen dat hebben begrepen, dan kan mijns inziens bij de uitleg mede de specifieke Anglo-Amerikaanse betekenis worden betrokken.³⁹⁷ Deze gedachte wordt gedragen door een

394. In vergelijkbare zin: J.W.A. Dousi, 'Copy, paste. Over de uitleg van boilerplate-bedingen en wat kunnen we leren van het Amerikaanse recht', *Contracteren* 2016, afl. 2, p. 43.

395. E. McKendrick, *The Creation of a European Law of Contracts – The Role of Standard Form Contracts and Principles of Interpretation*, Deventer: Kluwer 2004, p. 27 betoogt dat daarom ook in internationaal verband zou moeten worden uitgegaan van een eenduidige betekenis. Ook H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, p. 142 pleit voor een uniforme uitleg van vaak voorkomende clauses: wat hem betreft is de betekenis die in een branche gebruikelijk is maatgevend.

396. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Intergamma*): 'Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat (...) tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat (...).'

397. Dat gebeurt naar Duits recht overigens evenzo: zie G. Dannemann, 'Common law-based contracts under German Law', in: G. Codero-Moss (red.), *Boilerplate clauses*, t.a.p., p. 58-59.

aantal argumenten.³⁹⁸ In de *eerste* plaats kan bij (minimaal) een der partijen de ‘buitenlandse’ betekenis een rol hebben gespeeld. Dat is veelal de (buitenlandse) partij die het beding in de standaard contractsdokumentatie heeft opgenomen. Dat past bij het door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunt dat de hoedanigheid van contractspartijen een rol kan spelen bij de uitleg. In de *tweede* plaats moeten bij gebreke van een subjectieve partijbedoeling en bij gebreke van een bekende constructie naar Nederlands recht aanknopingspunten voor een redelijke betekenis worden gevonden. Die aanknopingspunten zijn niet altijd beschikbaar in de Nederlandse context, maar mogelijk wel in de gebruikelijke betekenis elders. Als het gaat om een contract dat op Anglo-Amerikaanse leest is geschoeid (lees: het gaat om een dik contract, met meerdere Anglo-Amerikaanse concepten), dan is het in de *derde* plaats te rechtvaardigen om ook de Anglo-Amerikaanse betekenis bij de uitleg te betrekken. In de *vierde* plaats kan dit bij de onderzoeksplicht passen die onder omstandigheden op een deskundige, of een door een deskundige bijgestane, professionele partij rust.³⁹⁹ Als een beding van buitenlandse afkomst in een contract wordt opgenomen en dit beding heeft elders een vaste betekenis, maar een van deze partijen heeft geen specifiek idee hoe het beding moet worden begrepen, dan kan van hem onder omstandigheden ook worden verwacht dat hij navraag doet naar de betekenis van het beding. Laat hij dat na, dan is dit een aanvullende reden om bij gebreke van andere aanknopingspunten van deze buitenlandse betekenis uit te gaan.

Wel passen bij het voorgaande nog twee nuanceringen. Het feit dat partijen hebben gekozen voor de toepasselijkheid van het Nederlandse recht betekent mijns inziens ook dat bij onduidelijkheid over een bepaalde uitleg (in het Engelse kan bij *force majeure* geen enkele remedie worden ingeroepen, terwijl naar Nederlands recht bijvoorbeeld ontbinding nog mogelijk lijkt) de Nederlandse uitkomst kan prevaleren, simpelweg omdat partijen nu eenmaal voor het Nederlandse recht hebben gekozen.⁴⁰⁰ In de tweede plaats denk ik dat het zinvol is om bij de vraag *in hoeverre* een buitenlands gezichtspunt bij de uitleg een rol speelt te onderscheiden naar de precieze hoedanigheid van contractspartijen (zie nader par. 6.2.1), omdat dit het verwachtingspatroon van partijen inkleurt. Ik onderscheid hierbij de volgende gevaltypen:

398. Ook J.W.A. Dousi, ‘Copy, paste. Over de uitleg van boilerplate-bedingen en wat kunnen we leren van het Amerikaanse recht’, *Contracteren* 2016, afl. 2, p. 45 pleit op vergelijkbare gronden voor het betrekken van de buitenlandse betekenis bij de uitleg naar Nederlands recht.

399. Vgl. HR 17 december 1976, *NJ 1977/241*, m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens c.s.*), waaruit kan worden afgeleid dat het voor de wijze van uitleg ook van belang is of sprake was van deskundige bijstand. Zie nader de bespreking van Valk in par. 2.3 van dit preadvies.

400. Voor een vergelijkbaar argument: C.E. Drion, *Subject to the law of the Netherlands*, Deventer: Kluwer 1994, p. 29.

- a. Alle contractspartijen zijn van buitenlandse (of Anglo-Amerikaanse) afkomst: van hen kan vooral als ze juridische bijstand hebben genoten redelijkerwijze meer kennis van de (juridische) afkomst van buitenlandse concepten worden verwacht en de buitenlandse betekenis werkt hier in de regel sterker door.
- b. Een deel van de contractspartijen is van buitenlandse en een ander deel van Nederlandse afkomst. Hier kunnen buitenlandse concepten doorwerken, maar is ook van belang in welke mate de Nederlandse partij ter zake juridisch kundig is of kan worden geacht. Hier is verder het argument van groter belang dat partijen nu eenmaal voor de toepasselijkheid van het Nederlandse recht hebben gekozen en een der partijen een Nederlandse afkomst heeft. Bij onduidelijkheid over een bepaalde betekenis, pleit zulks voor het in mindere mate doorwerken van buitenlandse concepten.
- c. Geen der contractspartijen heeft een buitenlandse afkomst, maar zij zijn wel gebonden aan een contract waar Anglo-Amerikaanse concepten in voorkomen. In deze situatie ligt doorwerking van Anglo-Amerikaanse inzichten minder voor de hand.

Hierna besteed ik aandacht aan enige typische⁴⁰¹ Anglo-Amerikaanse clausules omdat het in de praktijk vooral deze clausules zijn die hun weg hebben gevonden in Nederlandse contracten. Het gaat mij hierbij om clausules die verband houden met een juridisch leerstuk. Juist deze juridische achtergrond leidt ertoe dat een clause in een Nederlandse context vaak moeilijker is te begrijpen en dat kan de uitleg van een dergelijke bepaling onzeker maken. Ik onderzoek eerst of inderdaad onduidelijkheid bestaat als een dergelijke bepaling in de Nederlandse rechtsorde moet worden ingepast, waarna ik enige uitgangspunten probeer te formuleren. Zo nodig maak ik hierbij onderscheid tussen de hierboven omschreven gevaltypen. Omdat uitleg maatwerk is, zijn de hierna te formuleren uitgangspunten geen *hard and fast rules* en staat het een partij vrij om een afwijkende bedoeling aan te tonen. Bovendien geldt dat als partijen wél hebben gesproken over een standaardbeding en daar een specifieke betekenis aan hebben gehecht, aan de uitgangspunten geen betekenis zou moeten toekomen. Het gaat mij dus niet om harde regels, maar om uitleg-regels of gezichtspunten die in beginsel kunnen worden toegepast, maar waar afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval van kan worden afgeweken.

401. Dit zijn kenmerkende clausules die vaak voorkomen. Ook G. Cordero-Moss, 'Does the use of common law contract models give rise to a tacit choice of law or to a harmonised, transnational interpretation?', in: Cordero-Moss (red.), *Boilerplate clauses*, p. 49-50 en 118-123 noemt o.m. deze clausules.

6.3 Force majeure clause

Een van de clausules die in bijna elk groot Engelstalig contract wordt opgenomen, ook al wordt het contract geregeerd door Nederlands recht, is een force majeure clause. Deze clause richt zich doorgaans op de situatie waarin nakoming onmogelijk is geworden. In de regel wordt gedefinieerd wat onder 'force majeure' wordt verstaan en worden gevallen opgesomd die onder deze definitie vallen (weersomstandigheden, terroristische aanslagen, stakingen, oorlog, enz.).⁴⁰² Een dergelijke clause is naar Engels recht nodig omdat het uitgaat van risicoaansprakelijkheid en zodoende aansprakelijkheid kan worden gevestigd in situaties die buiten de macht van partijen liggen. Een beroep op overmacht, dat naar Engels recht in het leerstuk van *frustration* moet worden gedaan, wordt zelden aanvaard en een *force majeure* clause is zodoende nodig om te voorkomen dat in situaties van overmacht aansprakelijkheid ontstaat. Naar Nederlands recht is dat anders, omdat een contractspartij pas aansprakelijk is indien een tekortkoming aan hem toerekenbaar is (art. 6:74 jo. 6:75 BW).⁴⁰³ De vraag dient zich dan ook aan hoe deze clausules in het Nederlandse recht moeten worden uitgelegd.

Contractanten moeten zich wanneer zij een *force majeure* clause overeenkomen mijns inziens doorgaans redelijkerwijze realiseren dat die clause aansprakelijkheid uitsluit: dat volgt uit normaal Nederlands spraakgebruik.⁴⁰⁴ Een differentiatie tussen gevalstypen is hier niet nodig (zie par. 6.2.3). Maar hoe is dit inpasbaar in het Nederlandse recht? Omdat duidelijk is dat niet wordt nagekomen maar ook dat geen aansprakelijkheid bestaat, moet *force majeure* in een Nederlandse context mijns inziens zien op de toerekenbaarheid (art. 6:75 BW). Geeft de clause een definitie van *force majeure*, dan komt deze mijns inziens in de regel in de plaats van het overmachtbegrip van art. 6:75 BW. Art. 6:75 BW is immers van regelend recht en partijen kunnen hier dus een eigen invulling aan geven. Geeft de clause veeleer (of tevens) een opsomming van situaties die als *force majeure* moeten worden beschouwd, dan is de volgende vraag of dit art. 6:75 BW invult (het benoemt situaties die onder meer als een niet-toerekenbare tekortkoming moeten worden beschouwd) of uitsluit (het bepaalt exclusief de gevallen waarvoor geen aansprakelijkheid bestaat). Dat hangt natuurlijk mede af van de precieze formulering van de clause. Indien de opsomming niet limitatief is ('*such as*', '*not limited to*'), dan kunnen naar mijn smaak in de regel ook nog andere gevallen van een niet-toerekenbare tekortkoming

402. Voor voorbeelden: Fontaine & De Ly, t.a.p., p. 401-450 die onder meer onderscheiden tussen clausules met een algemene definitie, met criteria, of met een opsomming van situaties: W.J.H. Wiggers, *Drafting Contracts*, Deventer: Kluwer 2011, p. 222-224.

403. Het gaat hierbij natuurlijk niet slechts om een *verwijtbare* tekortkoming, maar ook om een tekortkoming die toerekenbaar is krachtens wet of verkeersopvattingen.

404. *Force majeure* is opgenomen in de *Van Dale*.

aan de orde zijn. Indien dat niet het geval is en slechts wordt bepaald dat een aantal situaties als *force majeure* worden beschouwd, dan kan dat vooral bij louter Anglo-Amerikaanse contractspartijen (gevalstype a) een argument zijn dat ervoor pleit dat alleen in die benoemde situaties geen sprake is van een toerekenbare tekortkoming. Dat kan immers overeenkomen met het verwachtingspatroon van die buitenlandse partijen. Ik merk nog op dat deze interpretatie van het beding, in afwijking van het Engelse recht, in beginsel niet het recht op ontbinding of nakoming⁴⁰⁵ uitsluit: die acties zijn immers ook bij een niet-toerekenbare tekortkoming mogelijk. Moet de clause dan zo worden uitgelegd dat zij deze remedies uitsluit? Dat is natuurlijk mede afhankelijk van (andere) bijzondere omstandigheden van het geval, maar ik denk dat dat in beginsel niet het geval zou moeten zijn omdat het hier weliswaar gaat om aanvullend recht, maar wel om fundamentele wettelijke remedies. Als partijen een specifiek rechtsgevolg wensen dat afwijkt van het wettelijke systeem waaraan zij zich vrijwillig hebben onderworpen, dan dienen zij dat duidelijk kenbaar te maken. Het enkel opnemen van een *force majeure* clause is in beginsel onvoldoende om een wettelijke remedie naar Nederlands recht uit te sluiten. Wel denk ik dat het dienstig is om hier onderscheid te maken naar de hoedanigheid van contractspartijen. Het is mijns inziens denkbaar dat partijen met een louter Anglo-Amerikaanse afkomst een afwijkende partijbedoeling aannemelijk kunnen maken, omdat zij er gezien hun achtergrond van overtuigd kunnen zijn geweest dat de clause alle wettelijke remedies terzijde zou schuiven.

6.4 Hardship & Material Adverse Change clause

In Engelstalige contracten worden verder geregeld *hardship* clauses opgenomen. Deze clauses beogen een voorziening te treffen voor – kort gezegd – een verandering van omstandigheden en de verstoring van het contractuele evenwicht die daar het gevolg van kan zijn.⁴⁰⁶ Omdat het Engelse recht een algemene doctrine van onvoorziene omstandigheden ontbeert, zijn dergelijke clauses nodig om duidelijk te maken wanneer een overeenkomst als gevolg van gewijzigde omstandigheden dermate is veranderd dat – bijvoorbeeld – partijen moeten heronderhandelen over hetgeen zij eerder overeenkwamen. Het begrip *hardship* is niet vastom-

405. Tenzij nakoming door *force majeure* natuurlijk onmogelijk is geworden.

406. Fontaine & De Ly, t.a.p., p. 456-457 tekenen terecht aan dat het verschil tussen *force majeure* clauses en *hardship* clauses niet altijd scherp is. Over het algemeen heeft *force majeure* niet zozeer betrekking op een verstoring van het contractuele evenwicht maar veeleer op (feitelijke) onmogelijkheid. Daarnaast zijn de sancties verschillend: beëindiging dan wel beperkte aansprakelijkheid bij *force majeure*, heronderhandeling bij *hardship*.

lijnd,⁴⁰⁷ net zo min als *hardship* clauses een enkele verschijningsvorm kennen.⁴⁰⁸ Naar Nederlands recht worden de consequenties van door partijen niet voorziene omstandigheden geregeerd door art. 6:258 BW: op verlangen van een der partijen kan de rechter de overeenkomst wijzigen indien 'de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.' Dit artikel is van dwingend recht (art. 6:250 BW), maar partijen kunnen natuurlijk wel bepalen welke omstandigheden zij verdisconteren in hun contract. Naarmate zij meer situaties in hun contract benoemen, hoe minder ruimte voor art. 6:258 BW resteert.

Een *hardship clause* kan betrekking hebben op zowel onvoorziene als onvoorzienbare omstandigheden en verplicht doorgaans in een heronderhandelingsverplichting. In het Engelse recht is er inmiddels de nodige rechtspraak en literatuur over ontstaan. Hoe moet zij dan naar Nederlands recht worden uitgelegd? Omdat een *hardship clause* betrekking heeft op gewijzigde omstandigheden moet zij worden ingebed in het Nederlandse leerstuk dat daar betrekking op heeft: art. 6:258 BW. Indien een dergelijke clause omstandigheden benoemt die kwalificeren als *hardship*,⁴⁰⁹ beperkt een dergelijke clause in wezen de werking van art. 6:258 BW. Immers, indien omstandigheden met zoveel woorden worden benoemd en partijen daar een voorziening voor treffen (bijvoorbeeld heronderhandelen), dan is een dergelijke omstandigheid niet meer onvoorzien in de zin van art. 6:258 BW. Nederlandse contractspartijen zullen zich niet altijd realiseren dat een dergelijke opsomming van 'onvoorziene' omstandigheden ertoe leidt dat de wettelijke regeling van art. 6:258 BW, inclusief de mogelijkheid tot rechterlijke aanpassing, wordt afgesloten. Het wettelijke systeem noopt hier echter toe. Het is de vraag wat rechtens is indien partijen vergeefs hebben onderhandeld en de clause niet bepaalt welk rechtsgevolg dan intreedt. Twee mogelijkheden zijn denkbaar. In de eerste plaats kan worden betoogd dat art. 6:258 BW buiten spel staat omdat de situatie die aanleiding geeft om de *hardship clause* te doen intreden is verdisconteerd evenals het rechtsgevolg (heronderhandelen). Het contract leeft dan onverminderd voort, tenzij dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW). De tweede mogelijkheid is dat deze situatie, te weten onderhandelingen leiden onverhoopt niet tot aanpassingen, niet is voorzien, zodat alsnog de weg van art. 6:258 BW openstaat. Voor beide mogelijkheden bestaan argumenten en de juiste route is ook weer afhankelijk van uitleg van de clause. Als bijvoorbeeld aanleiding bestaat voor de veronderstelling dat partijen bewust geen consequenties

407. Art. 6:111 PECL en art. 6.2.2 PICC hebben een regeling gewijd aan *hardship*.

408. Voor veel voorbeelden zie Fontaine & De Ly, t.a.p., p. 453-492.

409. Of omstandigheden die geen recht geven om een beroep te doen op de *hardship clause*: ook deze omstandigheden kwalificeren als omstandigheden die in de overeenkomst zijn verdisconteerd.

hebben opgenomen voor het falen van onderhandelingen, dan ligt de eerste optie voor de hand.

Beoogt een hardship clause op voorhand vast te leggen welke situaties een beroep op art. 6:258 BW rechtvaardigt, met uitsluiting van situaties die niet contractueel zijn bepaald, dan wordt een dergelijke clause naar mijn mening met (partiële) nietigheid bedreigd. Immers, in een dergelijke situatie wordt een beroep op art. 6:258 BW (gedeeltelijk) uitgesloten, hetgeen krachtens art. 6:250 BW niet toelaatbaar is. Het is niet relevant welke hoedanigheid contractspartijen hier hebben: het wettelijk systeem dwingt hier toe.

Een variant van een hardship clause is de *Material Adverse Change* (MAC) clause die vooral in de fusie- en overnamepraktijk voorkomt. Deze clause draagt er bijvoorbeeld zorg voor dat indien in de periode tussen de ondertekening van het contract (Signing) en overdracht van de aandelen (Closing) een gebeurtenis plaatsvindt die *'is materially adverse to the business, financial condition or results of operations of the Business taken as a whole'* de overeenkomst mag worden beëindigd of ontbonden. Ook is mogelijk dat is voorzien in een onderhandelings- en/of schadevergoedingsverplichting. In menig geval wordt aan de *material adverse change* bepaling een garantie gekoppeld van de verkoper, waarin hij garandeert dat zich tot de *Closing* geen *material adverse effect* heeft voorgedaan.⁴¹⁰ Met een MAC bepaling wordt dus beoogd om een voorziening te treffen voor de situatie dat na de contractsluiting een aanzienlijke financiële verslechtering optreedt. Een dergelijke situatie kan in de beschreven situatie (bijvoorbeeld de tijdsspanne tussen *signing and closing*) dus niet meer als onvoorzien in de zin van art. 6:258 BW worden beschouwd.⁴¹¹ Wat in algemene termen onder *materially adverse* moet worden verstaan is niet helder. In de Amerikaanse en Engelse rechtspraak wordt niet snel aangenomen dat daarvan sprake is, met als gevolg dat in de overeenkomst geregeld aan de hand van financiële formules wordt gedefinieerd wanneer sprake is van een MAC.⁴¹²

Kortom, een *hardship* en een MAC clause die naar Nederlands recht moeten worden uitgelegd, moeten in de dwingendrechtelijke context van art. 6:258 BW worden begrepen. Dat betekent dat een dergelijke clause in principe een beroep op het leerstuk van art. 6:258 BW beperkt, tenzij art. 6:258 BW in feite terzijde wordt gesteld. Dat is op grond van art. 6:250 BW niet mogelijk, zodat in een dergelijk geval weer volledige werking aan art. 6:258 BW toekomt.

410. Voor een voorbeeld HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2014, RvdW 2007/747 (*Phoenix/Philips*) en JOR 2007/291, m.nt. R.J.P.L. Tjittes.

411. Vergelijk P.S. Bakker & A.J. Kaarls, 'De verhouding tussen art. 6:258 en de MAC-clausule, mede in het licht van de huidige krediet- en economische crisis', *MvV* 2009, afl. 9, p. 211.

412. P.S. Bakker & A.J. Kaarls, 'De verhouding tussen art. 6:258 en de MAC-clausule, mede in het licht van de huidige krediet- en economische crisis', *MvV* 2009, afl. 9, p. 208-209.

6.5 Warranties, representations, guarantees, indemnities

In bijna elk overnamecontract zijn zogenoemde ‘*representations and warranties*’ opgenomen. Daarin ‘*represents and warrants*’ de verkoper bijvoorbeeld dat zijn ‘*corporation is duly organized, validly existing and in good standing under the laws of the jurisdiction of its incorporation*’, of dat ten aanzien van de *target company* geen procedures aanhangig of te verwachten zijn, enz.⁴¹³ Dergelijke clausules zijn er onder meer op gericht om meer inhoud te geven aan hetgeen partijen mochten verwachten van het object van de koop. Soms vullen ze de financiële prestaties in die van het object van de koop mogen worden verwacht.⁴¹⁴ Naar Amerikaans recht is een *warranty* een sterke verplichting: de schending ervan leidt direct tot aansprakelijkheid en tot een ontbindingsrecht. Naar Engels recht zijn de rechtsgevolgen echter anders: schending van een *condition* levert een recht op ontbinding op. Een inbreuk op een *warranty* resulteert slechts in schadevergoeding.⁴¹⁵ Hoe moet een *warranty* in het Nederlandse recht worden ingepast en uitgelegd? Een *warranty* lijkt het meeste op een door een partij afgegeven garantie, of op het instaan voor bepaalde feiten en omstandigheden. Aan het begrip ‘garantie’ of ‘instaan voor’ komt naar Nederlands recht geen vaste betekenis toe en de precieze inhoud moet door middel van uitleg worden vastgesteld, zo heeft de Hoge Raad vastgesteld.⁴¹⁶ Dat moge zo zijn, maar doorgaans wordt met een garantie een verklaring gegeven over het bestaan of het ontbreken van een feit (‘er is geen milieuverontreiniging op het perceel’, ‘verkoper heeft alle beschikbare informatie verschaft’) en wordt hiermee ingevuld wat partijen kunnen verwachten (art. 7:17 BW). Blijkt de verklaring niet overeen te komen met de werkelijkheid, dan levert dit

413. Een *warranty* wordt vaak gecombineerd met een *indemnity*, een soort vrijwaring voor bekende schadeposten, zoals te verwachten belastingschulden of de kosten voor lopende juridische procedures: McMeel (2011), t.a.p., par. 21.65-21.73; R.P.J.L. Tjittes, ‘De uitleg van garanties en vrijwaringen in overnamecontracten’, in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation*, Deventer: Kluwer 2008, p. 137.

414. Zie nader B.M.M. Weiffenbach & R.C. Berg, ‘Overnamecontracten’, in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, par. 20.50 e.v.

415. E. McKendrick, *Contract Law*, London: Palgrave 2015, p. 174-176 (par. 10.1-10.3). Zie hiervoor ook R.P.J.L. Tjittes, ‘Veel voorkomende misverstanden bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse termen in internationale contracten’, *Contracteren* 2008, afl. 2, p. 41-42; R.P.J.L. Tjittes, ‘De uitleg van garanties en vrijwaringen in overnamecontracten’, in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation*, Deventer: Kluwer 2008, p. 108-109.

416. HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728, NJ 2000/562, m.nt. J.B.M. Vranken (*Mol/Meijer*) en HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930, NJ 1996/300 (*Hoog Catharijne*). G.T.M.J. Raaijmakers, ‘Garanties in het contractenrecht’, *RMThemis* 2005, afl. 3, p. 124 e.v. gaat nader in op de uitleg en rechtsgevolgen van een garantie naar Nederlands recht.

zonder meer een tekortkoming op.⁴¹⁷ De aanwezigheid van een garantie betekent doorgaans ook dat de *toerekenbaarheid* van de tekortkoming komt vast te staan. Degene die een *warranty* afgeeft en hem niet nakomt, kan zich er dan als uitgangspunt niet meer op beroepen dat weliswaar sprake is van een tekortkoming (bijv. een non-conforme koop), maar dat die hem niet toerekenbaar is.⁴¹⁸ Ingebed in het Nederlandse recht kan een *warranty* net als een standaard garantie⁴¹⁹ in het standaardgeval zo worden uitgelegd dat bij een inbreuk op een *warranty* in beginsel de tekortkoming en de toerekenbaarheid daarvan gegeven is. Dat betekent dat de benadeelde partij in de regel, tenzij het contract iets anders bepaalt, niet alleen een recht op nakoming en ontbinding maar ook een recht op schadevergoeding toekomt. Het feit dat de rechtsgevolgen naar Anglo-Amerikaans recht mogelijk anders zijn, zou mijns inziens in principe geen verschil moeten maken omdat het hier om fundamentele remedies gaat die de Nederlandse wet voorschrijft. Ook hier geldt dat als partijen een specifiek rechtsgevolg wensen dat afwijkt van het wettelijke systeem waaraan zij zich vrijwillig hebben onderworpen, zij dat duidelijk kenbaar dienen te maken. Vaak doen zij dat ook en komen zij een *sole remedy clause* overeen: de benadeelde kan louter (gelimiteerde) schadevergoeding vorderen.⁴²⁰ Wel is het mijns inziens denkbaar dat partijen met een louter Anglo-Amerikaanse afkomst een afwijkende partijbedoeling aannemelijk kunnen maken.

6.6 Exoneratie voor *indirect damages*

In menig contract wordt de aansprakelijkheid voor *indirect damages* of voor *indirect and consequential damages* uitgesloten. Het is niet altijd duidelijk wat

417. Zie onder meer R.P.J.L. Tjittes, 'De uitleg van garanties en vrijwaringen in overnamecontracten', in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation*, Deventer: Kluwer 2008, p. 122-123.

418. Zo ook R.P.J.L. Tjittes, 'De uitleg van garanties en vrijwaringen in overnamecontracten', in: M. Holtzer e.a. (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation*, Deventer: Kluwer 2008, p. 130; B.M.M. Weiffenbach & R.C. Berg, 'Overnamecontracten', in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, par. 19.3.3. Ten aanzien van een normaal type garantie zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 21 en 362.

419. Wel moet hierbij worden bedacht dat aan een garantie geen vaste betekenis toekomt: zie hiervoor. Een *guarantee* wordt in de Anglo-Amerikaanse rechtscultuur voor een andere verplichting gebruikt: een toezegging om iets te doen als de hoofdschuldenaar tekortschiet. Zie R.P.J.L. Tjittes, 'Veel voorkomende misverstanden bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse termen in internationale contracten', *Contracteren* 2008, afl. 2, p. 42.

420. Als partijen gebruik maken van een Engels standaardcontract waar Nederlands recht op van toepassing is, dan kunnen partijen in principe ook nog nakoming vorderen. Een Engelse contractspartij zal zich dat niet altijd realiseren, omdat onder zijn recht een actie tot nakoming (*specific performance*) eerder uitzondering dan regel is.

daarmee wordt bedoeld.⁴²¹ Soms denken partijen dat daarmee de aansprakelijkheid voor gederfde winst wordt uitgesloten omdat dat een minder directe schadepost is,⁴²² maar dat is niet noodzakelijkerwijs het geval. De term 'indirecte schade' heeft naar Nederlands recht namelijk geen vastomlijnde betekenis want zij is afkomstig uit het Anglo-Amerikaanse recht. Indien partijen onder het Engelse recht de vergoeding van indirecte schade uitsluiten, dan beogen ze hiermee niet categorisch de vergoeding van gederfde winst uit te sluiten. Dat houdt verband met de uitgangspunten van het Engelse schadevergoedingsrecht. Ook naar Engels recht dient bij een contractbreuk het positieve contractbelang te worden vergoed en moet de benadeelde partij in de situatie worden gebracht als ware er geen tekortkoming opgetreden.⁴²³ Gederfde winst maakt onderdeel uit van dit Engelse schadebegrip. Maar net als in elk rechtsstelsel wordt de vergoedbare schade begrensd. Daartoe wordt doorgaans⁴²⁴ onderscheid gemaakt tussen twee stadia ('limbs') in de schadeberekening.⁴²⁵ Het eerste stadium (de 'first limb') is de schade die normaliter 'as a result of the usual course of things after the breach of contract' ontstaat.⁴²⁶ Deze schade kan bestaan uit geleden verlies en gederfde winst en komt zonder meer voor vergoeding in aanmerking. Maar ook verder verwijderde schade die geen 'natuurlijk' gevolg is van een normschending, maar wel valt binnen 'the reasonable contemplation of the parties at the time of entry into the contract' komt voor vergoeding in aanmerking, althans als de schadeveroorzaker op de hoogte was van deze mogelijke schade (de tweede 'limb'). Als door vertraagde nakoming een extreem gunstig contract wordt misgelopen, dan komt de gederfde winst alleen voor vergoeding in aanmerking indien de wederpartij op de hoogte is gesteld van dit lucratieve contract. Deze tweede ver verwijderde 'limb' in de schadeberekening wordt wel met *special or indirect damages* aangeduid. Doorgaans wordt hierop gedoeld indien de vergoeding van indirecte schade wordt uitgesloten.⁴²⁷

421. Zie G. Cordero-Mos, 'Interpretation of Contract in International Commercial Arbitration: Diversity on More than One Level', *ERPL* 2014/1, p. 24 die het voorbeeld geeft van een *inhouse counsel* die meent dat 'direct damage is when money goes out of your pocket, and indirect damages is when money does not come into your pocket.'

422. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, 'Veel voorkomende misverstanden bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse termen in internationale contracten', *Contracteren* 2008, afl. 2, p. 43; B.M.M. Weiffenbach & R.C. Berg, 'Overnamecontracten', in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, par. 19.3.3.

423. E. McKendrick, *Contract Law*, London: Palgrave 2015, p. 343-347 (par. 21.3).

424. Er bestaat echter een tendens om de twee stadia niet meer scherp te onderscheiden, maar uit te gaan van een principe op grond waarvan ver verwijderde schade niet voor vergoeding in aanmerking komt: McMeel (2011), t.a.p., par. 21.65-21.73.

425. Zie voor het navolgende E. McKendrick, *Contract Law*, London: Palgrave 2015, p. 358-363 (par. 21.11).

426. *Hadley vs. Baxendale* (1854) 9 Exch 341.

427. McMeel (2011), t.a.p., par. 21.65-21.73. Hij wijst er tegelijkertijd op dat ook naar Engels recht de betekenis van zo'n clause niet altijd helder is.

Maar hoe moet 'indirecte schade' dan in het Nederlandse recht worden geduid? Moet hier analoog aan de Engelse benadering in beginsel alleen ver verwijderde schade die niet het natuurlijke gevolg is van de tekortkoming onder worden begrepen?⁴²⁸ Dat zou betekenen dat door het gebruik van de term 'indirecte schade' in het Nederlandse recht een Engels schadebegrip wordt geïncorporeerd en dat lijkt mij lastig te rijmen met het Nederlandse materiële recht. Hier is de maatstaf voor het berekenen of vaststellen van schade immers die van de redelijke toerekening (art. 6:98 BW) en op die basis komt te ver verwijderde schade niet voor vergoeding in aanmerking. Dat kan anders zijn in het door mij in par. 6.2.3 omschreven gevalstype 1, waarbij alle contractspartijen van Anglo-Amerikaanse afkomst zijn en zij dit zo hebben begrepen. Moet in andere gevallen onder indirecte schade worden verstaan de gederfde winst? Als dat er niet met zoveel woorden staat, dan gaat het mij te ver om door zo'n diffuse bepaling het wettelijk recht op vergoeding van gederfde winst opzij te zetten. Het maakt hierbij mijns inziens niet uit wat de herkomst van partijen is, ook omdat in het Engelse recht *indirect damages* niet gelijk staat met gederfde winst. Moet onder 'indirecte schade' dan in beginsel de schade worden verstaan die in de zin van art. 6:98 BW in een te ver verwijderd verband staat, zoals Tjong Tjin Tai heeft betoogd?⁴²⁹ Tegen deze veronderstelling kan worden ingebracht dat dan aansprakelijkheid wordt uitgesloten voor schade die sowieso op grond van de wet niet vergoedbaar is en dat dit de clause zinledig zou maken.⁴³⁰ Het is mogelijk om het beding op deze wijze te interpreteren en ook in lijn met de door Valk in par. 3.2.3 van dit preadvies bepleite voorbeeldfunctie van het aanvullende recht, maar ik ben geneigd om in beginsel te opteren voor nog een andere mogelijkheid die wat mij betreft meer voor de hand ligt. Een redelijke en meer grammaticale interpretatie kan namelijk ook tot de slotsom voeren dat verder verwijderde en dus indirecte schadeposten, die wel onder art. 6:98 BW vallen maar een indirecter gevolg zijn van een tekortkoming, worden uitgesloten. Hier valt dan met name gevolgschade onder, oftewel alle andere schade dan schade aan een zaak.⁴³¹ Ook hier kunnen de feiten en omstandigheden van het

428. McMeel (2011), t.a.p., par. 21.69: 'The type of loss which is within the reasonable contemplation of the parties as not unlikely to result at the time of the contract.'

429. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Directe schade in het contractenrecht', *MvV* 2007, afl. 11, p. 226-231.

430. Zo ook T.J. de Graaf, 'Still confused, but on a higher level: directe schade, indirecte schade, gevolgschade', *ORP* 2015, afl. 5, p. 35-36. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/376 benoemen als uitlegprincipe dat een beding moet worden uitgelegd in de zin waarin deze enig rechtsgevolg zou hebben.

431. Voor een voorbeeld van deze uitleg: Rb. Rotterdam 15 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI1229. Een mooi voorbeeld biedt ook Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9927, waar partijen van mening verschilden over het begrip 'indirecte schade' en het hof dat als gevolgschade begrijpt, te weten alle andere schade dan de schade die direct ontstaat vanwege de kosten van het herstellen van een gebrek.

geval, zoals de systematiek van het contract en de formulering van andere (exoneratie)clausules, tot een afwijking van deze veronderstelling leiden.

6.7 Termination, fundamental breach

In Engelstalige contracten komt vaak een beëindigingsbeding voor dat voorziet in ‘*termination*’ van een overeenkomst. Een voorbeeld:

‘In the event that a party breaches any of its obligations under this Agreement, the other party shall be entitled to terminate this Agreement only if such breach constitutes a fundamental breach. A breach shall be deemed not to be fundamental if (...).’

Indien het Nederlandse recht de contractuele verhouding beheerst, dan rijst de vraag hoe deze bepaling moet worden geïnterpreteerd. De Nederlandse ontbindingsregeling is van aanvullend recht en dus is het mogelijk dat partijen het recht op ontbinding aanvullen, beperken of daar op een andere wijze invulling aan geven. Als partijen voor een ‘*breach*’ een recht op ‘*termination*’ creëren, dan is de meest logische interpretatie dat partijen doelen op de ontbindingsmogelijkheid bij een tekortkoming ex art. 6:265 BW. Als het contract een aantal gevallen benoemt dat recht geeft op *termination* en deze situaties kwalificeren als een tekortkoming, maar niet bepaalt of deze situaties limitatief zijn en ook zwijgt over de vraag of daarnaast het wettelijk recht op ontbinding kan worden ingeroepen, dan dient door uitleg te worden vastgesteld of art. 6:265 BW nog in stelling kan worden gebracht. Het is naar mijn mening zinvol om hier een onderscheid te maken naar de hoedanigheid van partijen. Gaat het om contractspartijen die niet uit een Anglo-Amerikaanse jurisdictie komen, dan kan van hen niet a priori worden verwacht dat zij weten dat aldaar een terughoudender ontbindingsbevoegdheid bestaat. In dat geval neig ik ernaar om in dit geval nog werking toe te laten komen aan art. 6:265 BW. In andere gevallen kan bij gebreke van enige andere aanwijzing ook hier wat mij betreft de Anglo-Amerikaanse achtergrond een rol spelen, waar een minder ruim ontbindingsrecht geldt. Het is tegen die achtergrond mijns inziens gerechtvaardigd om in beginsel alleen in de contractueel benoemde gevallen een recht op ontbinding toe te staan. Dat recht op ontbinding is natuurlijk wel weer ingebed in het Nederlandse wettelijke systeem, zodat in principe het verzuimvereiste en de andere in art. 6:266 tot en met 6:278 BW neergelegde bepalingen gelden.

In Engelstalige contracten wordt wel bepaald dat zo’n recht op *termination* pas bij een ‘*fundamental breach*’ of een ‘*substantial breach*’ ontstaat.⁴³² Dit begrip heeft in het Nederlandse recht geen vastomlijnde betekenis. Art.

432. McMeel (2011), t.a.p., par. 23.25.

6:265 BW geeft immers bij *elke* tekortkoming een recht op ontbinding, tenzij de wederpartij stelt en bewijst dat de ontbinding gezien de geringe aard van de tekortkoming niet gerechtvaardigd is. Dit betekent dat op grond van het Nederlandse materiële recht eerder een ontbindingsbevoegdheid bestaat dan indien partijen hebben bepaald dat ontbinding alleen mogelijk is bij een *fundamental breach*. Het gaat wat mij betreft dan ook te ver om de bepaling dat beëindiging mogelijk is bij een *fundamental breach* zo uit te leggen dat het in wezen de tenzij-clausule uit art. 6:265 BW invult en dus dat bij een tekortkoming een ontbindingsrecht bestaat, tenzij sprake is van een onbelangrijke tekortkoming. Voor de vraag wat dan als een *fundamental breach* moet worden beschouwd, kan bij gebreke van enige contractuele aanwijzingen de Anglo-Amerikaanse afkomst van belang zijn. Ook hier is het zinvol om een onderscheid te maken in gevalstypen. Indien het gaat om Nederlandse contractanten van wie enige kennis van het begrip *fundamental breach* niet kan worden verwacht, is het mijns inziens niet gerechtvaardigd om de Engelse betekenis te gebruiken bij de uitleg van dit begrip.⁴³³

Een volgende uitlegvraag die een *termination clause* kan oproepen houdt verband met de situatie waarin een aantal gronden voor een recht op *termination* wordt opgesomd, waarvan een aantal als een tekortkoming kunnen worden beschouwd, maar een aantal andere niet (bijvoorbeeld de aanvraag van een faillissement, een conservatoir of executoriaal beslag, de stopzetting van de bedrijfsvoering, het intrekken van noodzakelijke vergunningen, enz.). De vraag die dan rijst is of beëindiging op een dergelijke grond als een ontbinding in de zin van art. 6:265 BW moet worden geïnterpreteerd, of veeleer als een contractuele beëindigingsbevoegdheid. Dat heeft gevolgen voor onder meer de toepasselijkheid van het verzuimvereiste en de overige bepalingen in de Nederlandse ontbindingsregeling. Omdat een overeenkomst op grond van art. 6:265 BW pas kan worden ontbonden bij een tekortkoming, betekent dit mijns inziens dat *termination grounds* die feitelijk geen tekortkoming vormen een *contractueel* beëindigingsrecht in het leven roepen en geen wettelijke ontbindingsbevoegdheid ex art. 6:265 BW. Dat betekent bijvoorbeeld dat het verzuimvereiste niet geldt en ook dat geen ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan.⁴³⁴ Ik teken hierbij overigens aan dat sommige contractuele beëindigingsgronden niet zijn geformuleerd als een tekortkoming, maar soms wel zo kunnen kwalificeren. Als bijvoorbeeld uit het contract kan worden afgeleid dat partijen een bepaalde solvabiliteit moeten behouden, dan kan het aanvragen van surseance of faillis-

433. In vergelijkbare zin: M. Wallart, 'De contractuele beëindigingsbepaling', *ORP* 2010/1, p. 39. Zie voor de notie van *material, substantial & fundamental breach*: McMeel (2011), t.a.p., par. 23.35. Zie over de uitleg van het begrip *termination* ook D. Beenders & J.W. Meijer, 'Uitleg van commerciële contracten in de praktijk', *AA* 2013, p. 652.

434. M. Wallart, *ibid.*, p. 40. Zie voorts McMeel (2011), t.a.p., hoofdstuk 23, ook over de vraag of *termination* ontbinding betekent of niet.

sement een tekortkoming in de nakoming van die verbintenis opleveren⁴³⁵ en dus dient het wettelijke ontbindingsregime te worden toegepast. Kortom, een *termination clause* moet worden ingebed in het Nederlandse wettelijke systeem, maar bij onduidelijkheden in de terminologie (*fundamental breach*, limitatieve gronden of niet) bestaat aanleiding om de buitenlandse achtergrond van de clausule te betrekken, althans als het niet puur gaat om Nederlandse contractanten.

6.8 Time is of the essence

Om naar Engels recht een overeenkomst te kunnen ontbinden is het onder meer nodig dat het niet tijdig presteren als een *condition* moet worden beschouwd. Dat is bijvoorbeeld het geval, indien contractueel wordt bepaald dat de termijn ‘*of the essence*’ is. Daar wordt strikt de hand aan gehouden: een kleine overschrijding creëert al een recht om de overeenkomst te ontbinden.⁴³⁶

Het leerstuk dat gerelateerd is aan de clausule ‘*time is of the essence*’ heeft een specifieke betekenis in het Engelse recht, maar is als zodanig onbekend in het Nederlandse recht. Hoe moet een dergelijke bepaling worden begrepen als de clausule niet bepaalt wat het rechtsgevolg daarvan is? Uit de bewoordingen moet in ieder geval worden afgeleid dat tijdige nakoming van essentieel belang wordt geacht. Naar Nederlands recht zal zich dat vertalen in de gedachte dat partijen een fatale termijn zijn overeengekomen in de zin van art. 6:83 sub a BW. In het algemeen zal een *time is of the essence* clausule dan ook moeten worden begrepen als een fatale termijn in de zin van art. 6:83 sub a BW. Als partijen de verzuimregeling niet hebben uitgesloten, betekent zulks dat bij overschrijding van de termijn direct zonder nadere ingebrekestelling het verzuim intreedt. Maar als beide partijen van Anglo-Amerikaanse origine zijn, of één van hen is dat en de wederpartij is een ter zake kundige commerciële partij, dan kan het verwachtingspatroon anders liggen en kan mogelijk een andere uitleg worden gevolgd. Kan op grond van deze clausule gezien de specifieke Anglo-Amerikaanse betekenis dan worden betoogd dat de overeenkomst ook direct kan worden ontbonden, zoals een Engelse contractspartij mogelijk op basis van zijn eigen recht verwacht? Zoals hiervoor al is toegelicht, is ontbinding in het Nederlandse systeem het uitgangspunt, en is dat alleen anders indien de tekortschietende partij aantoonbaar dat de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1 BW). Is het louter opnemen van een *time is of the essence* bepaling voldoende voor de stelling dat de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1 BW niet meer op gaat, ook als bijvoor-

435. Voorbeeld ontleend aan M. Wallart, *ibid.*, p. 40.

436. McMeel (2011), t.a.p., hoofdstuk 25.

beeld slechts sprake is van een geringe termijnoverschrijding? Ik denk dat ook hier onderscheid moet worden gemaakt tussen de hoedanigheid van contractspartijen. Gaat het om partijen die (in overwegende mate) uit de Anglo-Amerikaanse rechtscultuur afkomstig zijn, dan denk ik dat in beginsel kan worden volgehouden dat zij redelijkerwijze op de hoogte moeten zijn van het effect van een *time is of the essence* bepaling en dat zij redelijkerwijze hebben willen bewerkstelligen dat bij overschrijding van de termijn een ontbindingsrecht bestaat, zodat de *tenzij*-clausule uit art. 6:265 BW geen opgeld doet. Maar als beide partijen niet uit een Anglo-Amerikaanse jurisdictie komen en twijfel bestaat over de uitleg van een dergelijke *time is of the essence* bepaling, dan meen ik dat in beginsel de meest logische uitleg naar Nederlands recht moet gelden en de clausule moet worden opgevat als de nadere bepaling van een fatale termijn in de zin van art. 6:83 lid 1 sub a BW. Partijen hebben immers niet met zoveel woorden bepaald dat de bepaling ook gevolgen heeft voor een mogelijke ontbinding van de overeenkomst en hebben nu eenmaal gekozen voor de toepasselijkheid van het Nederlandse recht. Het is mijns inziens redelijk om indien in ieder geval een van de betrokken contractspartijen een Nederlandse afkomst heeft in twijfelgevallen te kiezen voor het meest voor de hand liggende Nederlandse rechtsgevolg.⁴³⁷

6.9 Penalty & liquidated damages clauses

Een andere vaak voorkomende clausule in internationale contracten is het boetebeding. In het Engelse recht wordt het boetebeding traditioneel met argwaan bejegend. Van belang is dat het boetebeding twee functies kan vervullen: schadevergoeding en/of aansporing tot nakoming.⁴³⁸ Het Nederlandse recht erkent de geldigheid van beide functies,⁴³⁹ maar het Engelse recht niet. In Engeland komt het boetebeding slechts een schadevergoedende functie toe omdat – kort samengevat – het boetebeding anders een straf tussen private partijen zou vormen en dat accepteert het Engelse recht niet. Dat betekent dat een zuiver boetebeding dat het recht op wettelijke schadevergoeding onverlet laat ongeldig is, maar ook dat een contractuele boete die ten tijde van de contractsluiting niet overeenkomt met een *genuine preestimate of the likely loss* niet afdwingbaar is.⁴⁴⁰ In Nederland vindt alleen

437. C.E. Drion, *Subject to the law of the Netherlands*, Deventer: Kluwer 1994, p. 29 bepleitte al dat als (internationale) partijen kiezen voor de toepasselijkheid van Nederlands recht 'een eventuele onduidelijkheid voor het risico van de Amerikaanse wederpartij zou moeten komen'.

438. Uitgebreider: H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004.

439. Dat volgt expliciet uit de in art. 6:91 BW weergegeven definitie van het boetebeding.

440. Tot voor kort werd ter bepaling van het karakter van een beding de *leading speech* van Lord Dunedin uit het *Dunlop*-arrest uit 1914 gevolgd (*Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd*, www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1914/1.html). Recent is de toets

een correctie plaats op onredelijke boeteclausules via de terughoudende matigingsbevoegdheid in art. 6:94 BW of – ingeval de wederpartij een consument is – de ambtshalve vernietigbaarheid van art. 6:233 sub a BW. Niet alleen is het uitgangspunt van de beide jurisdicties fundamenteel verschillend, maar ook het toetsingsmoment (*ex ante* versus *ex post*) en het rechtsgevolg (gehele onafdwingbaarheid versus matiging). In het Engelse contractenrecht wordt getracht om in de formulering van een beding tot uitdrukking te brengen dat het gaat om een schadevergoedend beding (een geldige *liquidated damages clause*) en niet om een aansporend beding (een niet afdwingbare *penalty clause*), om zo te voorkomen dat het beding onafdwingbaar is. De term *penalty* wordt daarom zelden gebruikt, de term *liquidated damages clause* des te meer. Geregeld wordt daaraan toegevoegd dat het genoemde bedrag een schatting is van de te verwachte schade. Moet een dergelijke formulering in de Nederlandse rechtsorde dan zo worden uitgelegd dat zij niet afdwingbaar is indien zij niet een (puur) schadevergoedende functie vervult, zoals een Engelse contractspartij mogelijk zal verwachten? Nee, dat verhoudt zich niet met het Nederlandse recht dat nu juist uitgaat van de principiële geldigheid van een boetebeding, willekeurig zijn functie. Partijen zijn met het opnemen van een op Engelse leest geformuleerd boetebeding niet met zoveel woorden van art. 6:91 e.v. BW afgeveken en dus gelden de Nederlandse uitgangspunten onverkort, ook al zijn een of meer Anglo-Amerikaanse contractspartijen bij de overeenkomst betrokken en ook al stond hen wellicht een andere uitleg voor ogen. Wel kan de betrokkenheid van louter Anglo-Amerikaanse contractanten onder omstandigheden invloed hebben op de matigingsbevoegdheid: indien een debiteur een boete heeft verbeurd en er op basis van zijn eigen verwachtingspatroon van overtuigd was dat een *liquidated damages clause* aan grenzen is gebonden en binnen een redelijke bandbreedte wordt gehouden, dan kan deze hoedanigheid van contractspartijen een factor vormen die voor matiging pleit.

6.10 Overige clausules: time limitations, technische begrippen, severability clauses

In het voorgaande besprak ik enige van de meest in het oog springende Anglo-Amerikaanse bepalingen met een juridische context. Er zijn er natuurlijk meer.⁴⁴¹ Zo worden in menig contract *time limitations* opgenomen,

versoepteld en is beslissend of het beding een legitiem belang dient en niet '*extravagant, exorbitant or unconscionable*' is: UKSC 4 november 2015, *Cavendish Square Holdings BV v Makdessi; ParkingEye Ltd v Beavis*, www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2015/67.html.

441. Zie verder ook *default clauses* die niet aangeven of dit ziet op verzuim of op een tekortkoming, een '*subject to contract clause*', waarover nader M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

op grond waarvan partijen binnen een bepaalde periode hun klachten kenbaar moeten maken:

*'The Vendors shall not be liable for a Breach, unless the other Shareholders have notified the Vendors in writing on or before 6 months after the Closing,'*⁴⁴²

Hierbij wordt niet altijd duidelijk gemaakt of deze bepaling beoogt het verjaringsregime nader in te vullen, of een afwijking beoogt van de klachtplicht van art. 6:89 en 7:23 BW. Als partijen daar niets verder over verklaren en bijvoorbeeld art. 6:89 en 7:23 BW niet van toepassing hebben uitgesloten, dan is moeilijk te bepalen waarop deze bepaling ziet. Ingebed in het Nederlandse regime is mijns inziens de volgende uitkomst verdedigbaar. De wetgever onderscheidt de klachtplicht van de verjaringstermijn en verbindt daar ook uiteenlopende rechtsgevolgen aan. Daarom kan deze algemene bepaling mijns inziens niet *beide* leerstukken omvatten.⁴⁴³ De term '*liable*' (aansprakelijk) in het hiervoor genoemde voorbeeld geeft een aanwijzing voor de veronderstelling dat deze bepaling alleen betrekking heeft op de aansprakelijkheid voor schade en dus niet het verval van alle rechtsvorderingen zoals art. 6:89 BW tot gevolg heeft. In die zin ligt het voor de hand dat de bepaling de verjaringstermijn voor schadevergoedingsvorderingen bekort, maar dat het de klachttermijn onverlet laat. Gaat het om louter Anglo-Amerikaanse contractspartijen die hun contract hebben onderworpen aan het Nederlandse recht maar slechts één termijn op het oog hadden, dan kan een andere uitleg open staan.

Verder worden in contracten soms technische bepalingen opgenomen afkomstig uit internationale standaardovereenkomsten. Een voorbeeld zijn de Incoterms, die ten aanzien van het goederentransport afspraken neerlegt over de verplichtingen van de koper en verkoper en waarin standaardclausules als FOB (*Free on Board*) of CIF (*Cost, Insurance and Freight*) zijn opgenomen. In het algemeen geldt dat de gangbare mening voorrang heeft. In de woorden van Canaris en Grigoleit:

*'It is widely recognized across the European jurisdictions that there is a presumption that the parties intended to give the clause such meaning as is customary in commercial trade.'*⁴⁴⁴

442. Voorbeeld ontleend aan B.M.M. Weiffenbach & R.C. Berg, 'Overnamecontracten', in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, par. 19.3.3.

443. Anders: B.M.M. Weiffenbach & R.C. Berg, 'Overnamecontracten', in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, par. 19.3.3.

444. C-W. Canaris & H.C. Grigoleit, 'Interpretation of Contracts', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Alphen a/d Rijn: Wolters Kluwer/Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 607.

Dat is gerechtvaardigd omdat de commerciële gewoonte een van de belangrijkste voor handelspartijen kenbare elementen is. Ook naar Nederlands recht wordt doorgaans een vaststaande, technische betekenis gevolgd, althans als partijen deze betekenis kennen.⁴⁴⁵

Voorts wijs ik op *severability clauses*, die bepalen dat als een beding om enige redenen ongeldig of onafdwingbaar is, dat geen invloed heeft op de rest van het contract. In menig geval wordt daaraan toegevoegd dat het ongeldige beding zal worden geconverteerd tot een wel geldig beding.⁴⁴⁶ Naar Nederlands recht moet een dergelijk beding als een invulling van art. 3:41 en art. 3:42 BW worden gezien, op grond waarvan partiële nietigheid en conversie mogelijk zijn. Het beding lijkt dus naadloos in het Nederlandse recht te passen en een interpretatieprobleem is niet snel aan de orde. De toevoeging dat een ongeldig beding 'zal worden aangepast' kan echter wel problemen opleveren. Zo wordt betoogd dat wanneer een partij *bewust* een nietig beding hanteert, voor conversie geen plaats is.⁴⁴⁷ Moet een bepaling die zelf al voorziet in het herschrijven tot een wel geldige variant niet als zodanig worden beschouwd? De gebruiker van zo'n beding loopt in ieder geval geen enkel risico met het hanteren van een nietig (of vernietigbaar) beding en dat zal in de ogen van een rechter weinig genade oproepen.⁴⁴⁸

6.11 Afsluiting

In het voorgaande is een aantal vaak voorkomende standaardclausules van Anglo-Amerikaanse afkomst de revue gepasseerd. Ik heb aangegeven hoe ze in standaardsituaties zouden kunnen worden uitgelegd en geïmplementeerd in het Nederlandse recht, waarmee niet wordt gezegd dat ze *altijd* een dergelijke inhoud moeten hebben. Uitleg is maatwerk en dus is heel wel mogelijk dat een clause in een bepaalde situatie anders moet worden begrepen, bijvoorbeeld omdat beide partijen ondanks hun andere afkomst over een dermate grote juridische kennis van de betekenis van Anglo-Amerikaanse clausules beschikken dat een versterkte betekenis aan de Engelse betekenis moet worden toegekend.

In het verlengde hiervan heeft McKendrick zich de vraag gesteld of clausules die vaak in internationale transacties voorkomen in elke jurisdictie eenvormig zouden moeten worden uitgelegd, ter vereenvoudiging van de inter-

445. Zie onder meer HR 17 december 1976, NJ 1977/241, m.nt. G.J. Scholten (*Bunde/Erckens c.s.*).

446. Zie onder meer C.E. Drion, 'Drafting tips & skills: keer 'm eens om', ORP 2014/6; Fontaine & De Ly, t.a.p., p. 167-176; M. Uijen, 'Boilerplate-clausules: Ketelbinkie in Contractenland?', *Contracteren* 2010, afl. 4, p. 137.

447. *Parl. Gesch.* Boek 6, VV II, p. 1588; N. de Boer, 'De zin of onzin van een "nietigheidsregulerend" beding', ORP 2013, afl. 6, p. 39-40. Zie *Vermogensrecht* (losbl.), aant. 12.7 (*De Loos-Wijker*) bij art. 3:42 BW voor twijfels of art. 3:42 BW hier een grondslag voor biedt. Art. 6:248 lid 2 BW staat natuurlijk altijd open.

448. Voor deze gedachte: De Boer, *ibid.*, p. 39-40.

nationale handel. Hij draagt als oplossingsrichting onder meer aan om eenvormige internationale algemene voorwaarden zoals die van de ICC te propageren en daar een uniforme betekenis aan te hechten. Dat maakt inderdaad de inhoud beter voorspelbaar, maar lost natuurlijk niet alles op, zoals McKendrick ook erkent: sommige (algemene) voorwaarden zijn nodig om het hoofd te bieden aan een probleem in een specifieke jurisdictie en lenen zich slecht voor uniforme implementatie in een andere jurisdictie. Verschil van uitleg blijft zodoende altijd bestaan.⁴⁴⁹

449. E. McKendrick, *The Creation of a European Law of Contracts – The Role of Standard Form Contracts and Principles of Interpretation*, Deventer: Kluwer 2004, p. 43-45.

Hoofdstuk 7

Uitleg en contractvorming

Prof. mr. H.N. Schelhaas

7.1 Beïnvloeden van uitleg

In de voorgaande hoofdstukken is de thematiek van de uitleg vanuit nationaal en internationaal perspectief beschouwd. Deze hoofdstukken hebben aan het licht gebracht dat de wijze waarop in het Nederlandse recht rechtshandelingen en overeenkomsten worden uitgelegd niet altijd soepel verloopt en dat veel rechtspraak nodig is (geweest) om het uitlegeregime vorm te geven. Dat over uitleg wordt geprocedeerd is niet te voorkomen, alleen al omdat uitleg van alle omstandigheden van het geval afhankelijk is en taal over het algemeen niet nauwkeurig genoeg is.⁴⁵⁰ In contracten wordt geregeld getracht om meer sturing te geven aan de wijze van uitleg, door bijvoorbeeld te bepalen dat een overeenkomst alleen letterlijk of los van de context kan worden uitgelegd. Aan deze contractuele vorming van het uitlegeregime is dit laatste hoofdstuk van het preadvies gewijd. Het hoofdstuk heeft een verkennend karakter. Eerst analyseer ik of partijen überhaupt de wijze van uitleg vrijelijk kunnen bepalen, waarna ik enige clausules verken die mogelijk de wijze van uitleg beïnvloeden en in kaart breng wat de consequenties van de betreffende clausule kunnen zijn.

7.2 Uitleg als functie van de redelijkheid en billijkheid

Om te kunnen beoordelen of partijen zelf regels mogen formuleren over de wijze van uitleg, is het eerst nodig om te bepalen wat uitleg eigenlijk is. Zoals Valk in par. 3.4.3 uiteen heeft gezet, is de heersende leer dat de uitleg van rechtshandelingen een toepassing is van de redelijkheid en billijkheid. Zo oordeelt de Hoge Raad in het *DSM/Fox*-arrest dat:

‘(...) bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.’⁴⁵¹

450. Lord Denning zegt dat zo (*Seaford Court Estates Ltd v. Asher* [1949] 2 KB 481, 499): ‘*The English language is not an instrument of mathematical precision. Our literature would be much the poorer if it were.*’

451. HR 20 februari 2004, LJN AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

Oftewel, uitleg is een uitwerking of toepassing van de redelijkheid en de billijkheid.⁴⁵² De hierop volgende vraag is of deze functie van de redelijkheid en billijkheid door partijen kan worden beperkt of gewijzigd, door bijvoorbeeld voor te schrijven dat de overeenkomst slechts letterlijk kan worden uitgelegd, of door te bepalen dat bepaalde documenten niet kunnen meewegen bij de uitleg van de overeenkomst. Naar mijn mening stuit dat niet *a priori* op bezwaren. Net zoals de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden beperkt door contractueel voorzieningen te treffen, denk ik dat ook een invulling kan worden gegeven aan de uitlegfunctie van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁵³ Een aanwijzing hiervoor verschaft het *PontMeyer*-arrest,⁴⁵⁴ waar de Hoge Raad de aanwezigheid van een *entire agreement clause* mede betrok bij de gevolgde ‘in beginsel’ letterlijke uitleg. Het door partijen opgestelde beding gaf dus mede richting aan de uitlegnorm die de Hoge Raad hanteerde.

Het zelf contractueel sturing geven aan de (wijze van) uitleg is naar mijn mening dus geoorloofd. Een daaropvolgende vraag is of dit door een rechter moet worden gevolgd, of dat dit slechts een van de factoren moet zijn die bij de uitleg een rol speelt. Als partijen een bewuste keuze hebben gemaakt voor een bepaald uitlegbeding en hebben ingestemd met een specifieke wijze van uitleg, dan zie ik geen reden waarom een rechter de gekozen wijze van uitleg niet zou moeten respecteren.⁴⁵⁵ Dit kan mijns inziens echter anders zijn als de door partijen verkozen wijze van uitleg geen soelaas biedt en zulks op geen enkele wijze antwoord geeft op een bepaalde interpretatiekwestie. In dat geval zal de rechter, die nu eenmaal een oordeel moet vellen over een hem voorgelegde interpretatiekwestie, andere bronnen moeten aanboren, ook als zij door partijen oorspronkelijk waren uitgesloten. In die zin kan uitleg nooit helemaal contractueel worden gestuurd. Kortom, als uitgangspunt is het naar mijn mening toelaatbaar om tevoren contractueel vast te leggen op welke wijze een rechter een overeenkomst dient uit te leggen. In het navolgende bespreek ik enige uitlegclausules die in de praktijk voorkomen, zie ik of ook die specifieke clausules toe-

452. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/402.

453. Zo ook Tjittes (2009), t.a.p., par. 7.1; M. Wallart, ‘Boilerplates naar Nederlands recht: deel 1’, *ORP* 2013/5, p. 35; M.H. Wissink, ‘Vertrouwen op tekstuele uitleg’, *ORP* 2012/5, p. 30-31. Anders: P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012, p. 80-82 omdat de uitlegfunctie van de redelijkheid en billijkheid uitingsvorm is van ‘dezelfde fundamentele gedragsnorm die steeds tussen partijen toepassing vindt met als gevolg dat de uitlegfunctie niet van toepassing kan worden uitgesloten of beperkt.’

454. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575. In *Lundiform/Mexx* (HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214) onderstreept de Hoge Raad echter dat een *entire agreement clause* geen uitlegclausule is maar onder omstandigheden wel kan bijdragen aan een bepaalde uitleg.

455. Zo ook M.H. Wissink, ‘Vertrouwen op tekstuele uitleg’, *ORP* 2012/5, p. 30.

laatbaar moeten worden geacht en verken ik de (rechts)gevolgen van een dergelijke clausule.

7.3 ‘De redelijkheid en billijkheid zijn niet van toepassing’

De eerste vraag die moet worden gesteld is of een beding dat de redelijkheid en billijkheid (geheel) van toepassing uitsluit afdwingbaar is en – zo ja – ook de uitleg van rechtshandelingen beïnvloedt. Immers, uitleg is een functie of toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Een dergelijke uitsluiting van de redelijkheid en billijkheid kan een wens zijn van buitenlandse contractanten die huiverig zijn voor de onzekere werking van de redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse recht, maar een rechtskeuze voor het Nederlandse recht niet kunnen voorkomen.

Een dergelijk beding sorteert naar mijn mening echter geen effect. De *beperkende* werking van de redelijkheid en billijkheid is dwingendrechtelijk van aard en kan zonder twijfel niet van toepassing worden uitgesloten.⁴⁵⁶

Ook de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan naar heersend inzicht weliswaar worden beperkt door zelf contractuele voorzieningen te treffen, maar niet geheel van toepassing worden uitgesloten.

Een beding dat de redelijkheid en billijkheid van toepassing uitsluit heeft dus geen effect, en beïnvloedt dus ook de (wijze van) uitleg niet.

Een beding dat de Nederlandse uitlegregels – een toepassing van de redelijkheid en billijkheid – geheel van toepassing zou uitsluiten zonder daar een eigen contractueel uitlegregime voor in de plaats te stellen, blijft naar mijn mening evenzeer zonder effect. Mede omdat uitleg nauw verweven is met de andere twee functies van de redelijkheid en billijkheid en elk beding nu eenmaal uitleg behoeft, kan een geadieerde rechter niet worden weerhouden om een overeenkomst uit te leggen. Het uitlegregime kan dus niet geheel van toepassing worden uitgesloten, althans niet zonder dat daar een eigen contractuele regeling voor in de plaats wordt gesteld. Wat betreft de keuze voor een eigen contractuele regeling, staat het partijen mijns inziens vrij om in dit verband bijvoorbeeld het Engelse uitlegregime van toepassing te verklaren. Dit komt immers in wezen neer op een partiële rechtskeuze, hetgeen in het internationaal privaatrecht in beginsel wordt erkend.⁴⁵⁷

456. Onder meer Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 380.

457. Asser/Kramer & Verhagen 10-III, nr. 771. Zie ook art. 3 lid 1 Rome I: partijen kunnen het toepasselijke recht aanwijzen voor de overeenkomst in haar geheel of voor slechts een onderdeel daarvan, tenzij hierdoor de logische samenhang van het contract wordt verstoord. Uit lid 3 volgt dat als alle aanknopingspunten van een overeenkomst zich in een ander land bevinden, het dwingende recht van dat land niet opzij kan worden gezet. Soms kan een rechtskeuze ook stilzwijgend: zie G. Cordero-Moss, ‘Does the use of common law contract models give rise to a tacit choice of law or to a harmonised, transnational interpretation?’, in: Cordero-Moss (red.), *Boilerplate clauses*, t.a.p., p. 37 e.v., maar het enkele feit dat de *drafting style* bijv. Anglo-Amerikaans is, is onvoldoende.

7.4 'De overeenkomst wordt uitsluitend letterlijk/objectief uitgelegd'

Een tweede poging om enige sturing te geven aan uitlegkwesties, is het opnemen van een beding dat een letterlijke of een louter objectieve uitleg voorschrijft, om zo meer zekerheid te krijgen over de factoren die meespelen bij uitleg.⁴⁵⁸ Met een dergelijk beding geven partijen in wezen zelf de toe te passen uitlegmaatstaf weer. Volledige zekerheid verschaft een dergelijke clause natuurlijk niet omdat ook over de (con)tekstuele betekenis van woorden kan worden getwist, maar een objectieve of letterlijke uitleg biedt wel meer zekerheid dan een subjectievere uitleg.⁴⁵⁹

Ik meen dat ook een dergelijke uitlegclause in beginsel toelaatbaar is. Dit past bij de contractsvrijheid en het aanvullend karakter van het verbintenissenrecht en is overigens ook in lijn met de uitlegnormen die de Hoge Raad zelf sinds het *DSM/Fox*-arrest hanteert. De rechtspraak van de Hoge Raad komt er immers op neer dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval soms een subjectievere en soms een objectievere uitlegmethode kan worden gehanteerd. Onder omstandigheden wordt binnen de Haviltex-maatstaf dus een objectieve of zelfs in beginsel letterlijke uitleg gekozen. Verder is een objectieve uitleg de norm bij uitleg van CAO's. Tegen deze achtergrond is het niet vreemd of bezwaarlijk als partijen zelf kiezen welke kant van de Haviltex-norm (subjectief, objectief, of letterlijk) toepasselijk is ten aanzien van de uitleg van hun overeenkomst. Zij opteren niet zozeer voor een geheel nieuwe uitlegnorm,⁴⁶⁰ maar leggen het primaat bij een van de bekende kleuren van Haviltex. Dat stuit mijns inziens niet op fundamentele bezwaren en zou daarom in beginsel in rechte moeten worden gehonoreerd. Er zijn dus voldoende argumenten voor de stelling dat partijen de vrijheid hebben om zelf te opteren voor een letterlijke of objectieve uitlegmethode.⁴⁶¹

Tjittes heeft zich de vraag gesteld op welke wijze een dergelijke objectieve of letterlijke uitlegclause moet worden gekwalificeerd.⁴⁶² Dat is natuurlijk

458. M. Wallart, 'Boilerplates naar Nederlands recht: deel 1', *ORP* 2013/5, p. 34.

459. *Ibid.*, p. 35. Voor het antwoord op de vraag of een dergelijke methode juist meer onzekerheid biedt omdat dit resulteert in meer leemtes in het contract: M.H. Wissink, 'Wegcontracteren van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid', *Contracteren* 2011, p. 24 e.v.; R.P.J.L. Tjittes, 'De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten', in: P.J.M. van Schmidt auf Altenstad e.a. (red.), *Middelen voor Meijer*, Den Haag: Bju 2013, p. 396.

460. Zo ook M.H. Wissink, 'Vertrouwen op tekstuele uitleg', *ORP* 2012/5, p. 31.

461. O.m. ook Tjittes (2009), t.a.p., par. 7.5; M. Wallart, 'Boilerplates naar Nederlands recht: deel 1', *ORP* 2013/5, p. 34; M.H. Wissink, 'Vertrouwen op tekstuele uitleg', *ORP* 2012/5, p. 30-31. Anders: P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012, p. 80-82, die de redelijkheid en billijkheid als fundamentele gedragsnorm kwalificeert die niet van toepassing kan worden uitgesloten.

462. Tjittes (2009), t.a.p., par. 7.5.

afhankelijk van de precieze formulering van het beding, dat zelf ook moet worden uitgelegd, maar in het algemeen is een aantal opties denkbaar. In de eerste plaats geven partijen met een uitlegbeding een invulling aan regels van materieel recht. Waar op basis van art. 3:33, 3:35 en 6:248 BW de Haviltex-maatstaf geldt, met objectieve en subjectieve uitlegelementen, bepalen partijen op welke wijze in hun geval de uitlegnorm moet worden vormgegeven en opteren zij voor een versterkt (con)tekstuele uitleg. Net zoals partijen kunnen afwijken van bijvoorbeeld de regels van verzuim, doen zij dat ten aanzien van het uitlegregime.

In de meeste gevallen heeft het uitlegbeding ook tot doel om andere bewijsstukken dan de overeenkomst zelf uit te sluiten. Dat staat partijen in beginsel vrij. Zij mogen zelf de bewijslastverdeling bepalen door bijvoorbeeld contractuele vermoedens overeen te komen, en mogen ook bewijsmiddelen uitsluiten.⁴⁶³ Een dergelijke bewijsovereenkomst is in beginsel mogelijk, zo volgt uit art. 153 Rv, maar is wel aan enige grenzen gebonden.⁴⁶⁴ Zo is een dergelijk beding dat in algemene voorwaarden is opgenomen en tegen een consument wordt ingeroepen vernietigbaar op grond van art. 6:236 sub k BW (zwarte lijst) omdat zij de bevoegdheid van de consument om tegenbewijs te leveren uitsluit.

Indien partijen met het bewijsbeding inderdaad mede beogen om bepaald bewijs van toepassing uit te sluiten, dan kwalificeert het beding dus tevens als een bewijsovereenkomst. Art. 7:900 lid 3 BW maakt vervolgens duidelijk dat een dergelijke bewijsovereenkomst die tegenbewijs uitsluit als een vaststellingsovereenkomst kwalificeert, ook al dient het beding misschien niet ter beëindiging of voorkoming van onzekerheid of geschil.⁴⁶⁵ Van Schaick stelt in dit verband terecht vast dat als een partij strijdig met een dergelijke bewijsovereenkomst toch bewijsmiddelen in het geding brengt die contractueel van toepassing zijn uitgesloten, dit niet zozeer verbintenisrechtelijke maar veeleer processuele gevolgen heeft. De rechter dient, indien en voor zover de wederpartij zich op het bewijsbeding beroept, bewijslevering op dat punt niet toe te staan.⁴⁶⁶

463. Zie onder meer *Asser Procesrecht 3/Van Schaick*, nr. 105; M.W. Knigge, *De procesovereenkomst* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, par. 3.2.3; Pitlo/Rutgers & Krans 2014, *Bewijs*, nr. 59; B.T.W. van der Wiel, 'De bewijsovereenkomst', *WPNR* 2002, afl. 6480, p. 221 e.v.

464. Op grond van art. 157 Rv blijft een bewijsovereenkomst buiten toepassing indien zij betrekking heeft op het bewijs van feiten, waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan: zie nader *Asser Procesrecht 3/Van Schaick*, nr. 108.

465. Zie nader *Asser Procesrecht 3/Van Schaick*, nr. 105; Pitlo/Rutgers & Krans 2014, *Bewijs*, nr. 60-61.

466. *Asser Procesrecht 3/Van Schaick*, nr. 107.

7.5 Entire agreement clause of merger clause

Een andere clause die, althans volgens de Hoge Raad, mede kan worden betrokken bij uitlegkwesties is de *entire agreement clause of merger clause*. Deze clause, die hiervoor al enige keren aan bod is gekomen, is een typische Anglo-Amerikaanse *boilerplate* die ook in het vorige hoofdstuk een plaats had kunnen krijgen. Omdat de *entire agreement* in rechtspraak en literatuur regelmatig in verband wordt gebracht met de wijze van uitleg, behandel ik de *entire agreement* clause hier. Een standaard *entire agreement clause* is volgens de navolgende lijnen geformuleerd:

‘This contract, including all the schedules attached hereto which represent an integral part hereof and have been signed by the parties, constitutes the entire agreement between the parties.’⁴⁶⁷

De clause heeft een Anglo-Amerikaanse oorsprong en houdt verband met de zogenoemde *parol evidence rule*. Op grond van deze regel worden schriftelijke bepalingen geacht de gehele rechtsverhouding tussen partijen weer te geven. Hier wordt aangenomen dat partijen geen andere afspraken zijn overeengekomen dan de afspraken die in het contract zijn vastgelegd. De achterliggende reden is de rechtszekerheid: als partijen eenmaal hun afspraken op papier hebben gezet, dan moet worden aangenomen dat ze alles hebben geregeld.⁴⁶⁸ Wel kent deze regel een aantal belangrijke uitzonderingen die de *parol evidence rule* minder hard maken.⁴⁶⁹ Zo kunnen partijen als de overeenkomst *niet* bedoeld is om ‘*the whole of the agreement*’ te bevatten wel degelijk aanvoeren dat zij nog aanvullende of andersluidende afspraken maakten. De *entire agreement clause* is traditioneel bedoeld om te laten zien dat dat niet het geval is zodat de *parol evidence rule* onverkort toepasselijk is.

Een standaard *entire agreement clause* zegt niet op welke wijze overeenkomsten moeten worden uitgelegd (objectief of subjectief), maar legt slechts de *omvang* van contractuele afspraken vast:

‘In its primary sense, the parol evidence rule was about what a contract is, not what it means (...). A traditional entire agreement clause is also concerned with what the contract is, rather than what it means and it cannot therefore

467. Voorbeeld ontleend aan Fontaine & De Ly, t.a.p., p. 130.

468. E. McKendrick, *Contract Law*, London: Palgrave 2015, p. 149 e.v. (par. 9.2); Calnan (2013), t.a.p., p. 24-25 (par. 2.14 en 2.15).

469. Calnan (2013), t.a.p., p. 24 (par. 2.19): ‘*In practice therefore, the parol evidence rule is almost never an issue*’.

*affect the question of whether evidence is admissible to aid the process of interpreting their contract',*⁴⁷⁰

zo stelt Calnan in zijn werk over uitleg vast. Dat concludeert de Schotse Law Commission ook:

*'It seems fairly clear that the standard sort of entire agreement clause presently in use would not be held to prevent a judge going outside a contractual document for admissible material to assist in its interpretation.'*⁴⁷¹

Een *entire agreement clause* wordt ook in contracten opgenomen die niet door het Engelse recht worden beheerst en die geen *parol evidence rule* kennen. Hoe moet de clausule dan worden begrepen? De meeste internationale regelingen hebben hier een bepaling aan gewijd. Art. 2.1.17 PICC erkent de geldigheid van een *entire agreement clause* en legt vast dat zij ervoor zorgt dat hetgeen partijen zijn overeengekomen niet kan worden aangevuld of tegengesproken door '*evidence of prior statements or agreements*'. Expliciet is vermeld dat deze '*prior statements or agreements*' wel kunnen worden gebruikt om het contract uit te leggen.⁴⁷² Ook in de PECL is een regeling getroffen ten aanzien van de *entire agreement clause*. In art. 2:105 PECL wordt te dien aanzien onderscheid gemaakt tussen een *entire agreement clause* die in algemene voorwaarden of in het contract zelf is opgenomen. Het artikel komt op het volgende neer:⁴⁷³

- i. Als het gaat om een *entire agreement clause* die niet als algemene voorwaarde kwalificeert maar individueel is overeengekomen, dan leidt het beding ertoe dat voorgaande verklaringen of bedingen geen deel uitmaken van de overeenkomst (lid 1).
- ii. Als het wel gaat om een *entire agreement clause* die als algemene voorwaarde kwalificeert, dan vestigt het beding slechts het vermoeden dat voorafgaande verklaringen of bedingen geen deel uitmaken van het contract. Deze regel is van dwingend recht (lid 2).
- iii. Een *entire agreement clause* verhindert niet dat voorafgaande verklaringen van partijen worden gebruikt om het contract uit te leggen. Deze regel mag niet van toepassing worden uitgesloten in algemene voorwaarden, maar dus wel in een individueel beding (lid 3).

470. Calnan (2013), t.a.p., p. 27 (par. 2.32 en 2.33). Evenzo McMeel (2011), t.a.p., par. 5.12-5.17.

471. Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Interpretation of Contract*, 2011, p. 80.

472. De wijze waarop *entire agreement clauses* onder de PICC worden geïnterpreteerd verschilt echter: zie G. Cordero-Moss, 'Does the use of common law contract models give rise to a tacit choice of law or to a harmonised, transnational interpretation?', in: Cordero-Moss (red.), *Boilerplate clauses*, p. 58-59.

473. In vergelijkbare zin art. 2.17 PICC.

- iv. Een *entire agreement clause* heeft geen effect als partijen niettemin aanvullende of afwijkende afspraken overeen zijn gekomen en een der partijen daarop heeft vertrouwd (lid 4).

De PECL en ook de DCFR (art. II.-4:104 lid 1) kennen dus geen onvoorwaardelijk effect toe aan *entire agreement clauses*.⁴⁷⁴

Hoe moet naar Nederlands recht, dat onbekend is met een *parol evidence rule*, een *entire agreement clause* worden uitgelegd en welke effecten heeft zij? De Hoge Raad heeft zich in twee arresten uitgesproken over de betekenis van een *entire agreement clause*. In het *PontMeyer*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de *entire agreement clause* bijdroeg aan een letterlijke uitleg, maar in het *Lundiform/Mexx*-arrest maakt de Hoge Raad duidelijk dat de clausule geen uitlegbepaling is: zij heeft een specifieke herkomst en functie in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer en heeft in het Nederlandse recht dus naar het (voortschrijdend?) inzicht van de Hoge Raad niet zonder meer een bijzondere betekenis.⁴⁷⁵ De precieze betekenis hangt van het beding volgens de Hoge Raad af van zijn precieze formulering, van de wijze waarop het tot stand is gekomen (individueel of in algemene voorwaarden) en van de aard, inhoud en gedetailleerdheid van het contract (in een commercieel contract dat op Anglo-Amerikaanse leest is geschoeid kan zij een andere betekenis hebben dan in algemene voorwaarden jegens een consument). Toch kunnen enige algemene conclusies worden getrokken over het karakter en de (rechts)gevolgen van een standaard *entire agreement clause*. In de eerste plaats leidt zij er in lijn met de regeling in de PECL en de DCFR in het algemeen toe dat alle voorafgaande afspraken zoals *Term Sheets* en *Lol's* komen te vervallen.⁴⁷⁶ Immers, het bepaalt in de regel met zoveel woorden dat de overeenkomst *the entire agreement between the parties* vormt, en daaruit kan in beginsel redelijkerwijs worden afgeleid dat voorgaande afspraken partijen niet (meer) binden. Een *entire agreement clause* begrenst dus de reikwijdte van de gemaakte afspraken tussen partijen, maar kan er mijns inziens in beginsel niet toe leiden dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van toepassing wordt uitgesloten (zie hiervoor par. 7.3). Ik aarzel of een aparte regeling zou moeten gelden voor een *entire agreement clause* in algemene voorwaarden. Voor grote commerciële partijen in de zin van art. 6:235 BW lijkt mij dat minder nodig, omdat een dergelijk

474. Zo ook C-W. Canaris & H.C. Grigoleit, 'Interpretation of Contracts', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Alphen a/d Rijn: Kluwer/Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 604, die op p. 605 van mening zijn dat zo'n clausule alleen een weerlegbaar vermoeden vestigen dat geen andersluidende partijafspraken zijn gemaakt. Zie nog McMeel (2011), t.a.p., hoofdstuk 26.

475. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*PontMeyer*) en HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

476. M. Wallart, 'Boilerplates naar Nederlands recht: deel 1', *ORP* 2013/5, p. 34; J.W.A. Dousi, 'De *entire agreement clause* naar Amerikaans en Nederlands recht: afbakening, geen uitleg', *Contracteren* 2013, afl. 4.

beding voor hen gebruikelijk is en zij behoren te weten wat het betekent. Voor consumenten denk ik dat het beding kwetsbaar is omdat zij onverwacht grote gevolgen kan hebben en spoedig op grond van art. 6:233 sub a BW moet sneuvelen. Voor de tussencategorie hangt het af van de omstandigheden van het geval, en staan de algemene civielrechtelijke controlemechanismen zoals art. 6:248 lid 2 BW ten dienste. In de *tweede* plaats heeft een *entire agreement clause* in principe geen invloed op de wijze van uitleg van de overeenkomst. Dat is in lijn met het oordeel van de Hoge Raad in *Lundiform/Mexx* en wordt overigens ook in Engeland en Schotland erkend. Dat betekent naar Nederlands recht dat zij niet automatisch een letterlijke of objectieve uitleg voorschrijft, en ook dat voorafgaande verklaringen tussen partijen in beginsel kunnen worden gebruikt om contractuele bepalingen uit te leggen. In de *derde* plaats laat een *entire agreement clause* wel zien dat partijen hechten aan hetgeen met zoveel woorden in het contract is bepaald en kan daarom wel *bijdragen* aan een objectievere uitleg van bepalingen. Dat volgt met zoveel woorden uit het *PontMeyer*-arrest en die mogelijkheid wordt in het *Lundiform/Mexx*-arrest open gelaten. Ik wil daaraan toevoegen dat dat naar mijn smaak vooral aan de orde kan zijn als het beding individueel is overeengekomen in commerciële transacties. *Entire agreement clauses* krijgen immers steeds vaker een plaats in algemene voorwaarden, zelfs jegens consumenten, en uit de tekst van een dergelijke clause blijkt niet zonder meer dat zij ook betrekking heeft op de wijze van uitleg. Partijen kunnen daarom redelijkerwijze niet verwachten dat met een standaard *entire agreement clause* in ongelezen algemene voorwaarden de wijze van uitleg wordt beïnvloed. Tot slot verhindert de clause in lijn met de regeling in de PICC en de PECL mijns inziens niet dat partijen na de contractsluiting nog aanvullende afspraken maken en partijen hierop in de zin van art. 3:33 en 3:35 BW hebben vertrouwd. De *entire agreement clause* zegt weliswaar dat alle afspraken in het contract zijn neergelegd, maar met de afspraak *ex post* geven partijen aan zich niet gebonden te achten aan de *entire agreement clause*.

7.6 ‘Wijzigingen kunnen slechts schriftelijk plaatsvinden’

In menige overeenkomst komt de bepaling voor dat een wijziging van contractuele afspraken pas effect heeft indien dit schriftelijk is vastgelegd, of indien partijen beide een schriftelijk amendement hebben ondertekend. Een dergelijke clause wordt geregeld gecombineerd met de hiervoor besproken *entire agreement clause*.⁴⁷⁷ In internationale overeenkomsten wordt

477. Fontaine & De Ly, t.a.p., p. 159, die op p. 163 e.v. ook de aandacht vestigen op *non-waiver clauses* die het leerstuk van de rechtsverwerking nader inkleuren: zij bepalen doorgaans dat een partij geen rechten kan ontleen aan gedragingen van partijen die afwijken van hetgeen contractueel is voorgeschreven. Meestal wordt daaraan toegevoegd dat dat slechts het geval is als partijen dat schriftelijk hebben verklaard. Mocht een dergelijk beding het leerstuk van de rechtsverwerking geheel uitsluiten (‘op afwijkend

een dergelijk beding ook een 'no oral modification clause' genoemd.⁴⁷⁸ Het beding is er onder meer op gericht om te voorkomen dat als ergens in de bedrijfsvoering een keer anders wordt gehandeld dan op basis van het contract zou moeten, dit partijen direct bindt. Ook een dergelijk beding beoogt de wijze van uitleg te beïnvloeden: de uitleg van het schriftelijke document is immers leidend en bewijs van een andersluidende mondelinge partijbedoeling is uitgesloten.

Dergelijke clausules worden soms met argwaan bejegend. Art. 2:106 (1) PECL bepaalt bijvoorbeeld dat het beding slechts een weerlegbaar vermoeden bewerkstelligt. Het tweede lid bepaalt verder dat het beding niet kan worden ingeroepen indien het gedrag van de partij die het beding inroept hier aanleiding voor geeft. Het commentaar bij de PECL (Comment A) onderbouwt dit als volgt:

'It would be contrary to good faith to let the parties' agreement to use writing bind them to that form, when later they have clearly made up their minds to use another form.'

Art. 2.1.18 PICC gaat niet uit van een vermoeden, maar acht ze afdwingbaar, tenzij de andere partij er op basis van gedragingen van de andere partij op heeft vertrouwd dat het contract is gewijzigd.⁴⁷⁹

Ik zie geen goede reden om naar Nederlands recht geen gevolg te geven aan zo'n no oral modification clause. In de eerste plaats kwalificeert het beding voor zover zij bewijs uitsluit van bewijsmiddelen, als een geldige bewijsovereenkomst die krachtens art. 7:900 lid 3 BW ook als vaststellingsovereenkomst wordt aangemerkt. Ook overigens zie ik geen overtuigende grond om het beding a priori ontoelaatbaar te achten. Als partijen wijzigingen of veranderingen slechts willen accepteren als zij in een bepaalde vorm geschieden, dan staat het ze vrij dit overeen te komen. Een probleem rijst natuurlijk wel als partijen door mondelinge toezeggingen over en weer, een wijziging van hun partijafspraken overeenkomen, maar dit uiteindelijk niet schriftelijk vastleggen of anderszins de contractueel voorgeschreven vormen negeren. Staat het een partij vrij om ondanks het achterwege blijven van de vereiste formaliteiten te bewijzen dat zij inmiddels een andere partijbedoeling hebben, of staat een no oral modification clause daaraan in de weg? Dat is precies de vraag die in een recente zaak van de Engelse Court of Appeal aan de orde was.⁴⁸⁰ In de oorspronkelijke overeenkomst was

gedrag van partijen kan op geen enkele wijze een beroep worden gedaan'), dan lijkt mij het beding onafdwingbaar te zijn: in wezen sluit het dan een vorm van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid uit en dat is ontoelaatbaar. Zie nader par. 7.3.

478. Zie ook Tjittes (2009), t.a.p., par. 7.7 en Fontaine & De Ly, t.a.p., p. 159-163.

479. In vergelijkbare zin: art. 29 (2) Weens Koopverdrag.

480. *Globe Motors Inc v TRW Lucasvarity Electric Steering Ltd* [2016] EWCA Civ 396.

partij X verplicht om motoren aan TRW te verkopen en te leveren, maar het was bestendige praktijk geworden dat partij Y dat deed. Partij Y stond echter niet met zoveel woorden als contractspartij vermeld, maar het was de vraag of zij dat inmiddels wel was geworden. TRW, die met een andere contractspartij in zee wilde, meende van niet en wees op de navolgende *no oral modification clause*:

‘6.3 Entire Agreement; Amendment: This Agreement, which includes the Appendices hereto, is the only agreement between the parties relating to the subject matter hereof. It can only be amended by a written document which (i) specifically refers to the provision of this Agreement to be amended and (ii) is signed by both Parties [onderstr. HNS].’

De Court of Appeal oordeelt dat door de jarenlange praktijk van partijen deze *no oral modification clause* kennelijk is gewijzigd en partijen het eens waren om ook anderszins dan schriftelijk overeenstemming te bereiken. Wel bewerkstelligt het beding dat krachtig bewijs moet bestaan om aan te nemen dat wijzigingen zijn overeengekomen.

Volgens mij is dat inderdaad de route die zou moeten worden gekozen. Wel moet naar mijn mening enige terughoudendheid worden betracht in het aanvaarden van wijzigingen in een andere vorm dan partijen overeenkwamen. Dat houdt verband met de wilsvertrouwensleer: hebben partijen er redelijkerwijs op kunnen vertrouwen dat nieuwe afspraken zijn gemaakt? Juist omdat partijen de schriftelijke vorm hebben verkozen kunnen zij er niet snel op vertrouwen dat bij gebreke van een schriftelijk stuk de overeenkomst toch is gewijzigd.⁴⁸¹ Als echter duidelijk is dat partijen een wijziging zijn overeengekomen en daar ook naar hebben gehandeld, maar dat enkel niet op de juiste wijze hebben vastgelegd, dan denk ik dat de oplossing van de PECL en de PICC aantrekkelijk is. Op het beding kan dan geen beroep worden gedaan. Naar Nederlands recht moet daarvoor art. 6:248 lid 2 of art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid) worden ingeroepen. Ook in de situatie dat partijen de overeenkomst meerdere malen niet overeenkomstig de voorgeschreven vorm hebben gewijzigd en beide partijen dat hebben aanvaard, kunnen zij zich niet snel meer op het schriftelijkheidsbeding beroepen: zij hebben dan hun rechten verwerkt.⁴⁸²

7.7 ‘Bij tegenstrijdigheid gaat de Nederlandstalige versie voor’

Een ander beding dat de wijze van uitleg beïnvloedt, houdt verband met het gegeven dat contracten soms in verschillende talen worden opgesteld, om hiermee tegemoet te komen aan de verschillende nationaliteiten van

481. Zo ook Tjittes (2009), t.a.p., par. 7.7.

482. Zo ook Tjittes, *ibid.*

contractspartijen. Juist door deze verschillende talen kan het voorkomen dat tegenstrijdigheden ontstaan in de twee versies, die moeten worden uitgelegd. De PECL, PICC en DCFR hebben zelf een uitlegregel geformuleerd: bij tegenstrijdigheden in de twee versies heeft de taal van de originele versie, dat wil zeggen de taal waarin het contract oorspronkelijk is opgesteld, voorkeur (art. 5:107 PECL, art. 4.7 PICC, art. II.-8:107 DCFR).⁴⁸³ Dus als in de originele Franse versie van een contract is opgenomen dat de arbiter zich *kan* laten inspireren door de ICC-regels en de Duitse regel bepaalt dat de arbiter de ICC-regels *moet* volgen, dan leidt deze regel ertoe dat de arbiter niet gebonden is aan de ICC-regels maar daar wel inspiratie uit mag putten.⁴⁸⁴ Op deze regels bestaat kritiek. Zo concluderen Canaris & Grigoleit het volgende:

*'The underlying assumption is that the original version reflects the intention of the parties most clearly and reliably. This hypothesis is speculative and not convincing, not even as a general (rebuttable) presumption. In particular, it fails to consider that the parties have usually drafted the contract in different languages in order to have a better understanding.'*⁴⁸⁵

Dat is een valide tegenargument, want partijen zijn natuurlijk niet zonder reden uitgegaan van in verschillende talen opgestelde versies. Om elke onzekerheid te voorkomen wordt in veel internationale contracten regelmatig een bepaling opgenomen die duidelijk maakt welke versie voor gaat, of die juist duidelijk maakt dat geen van beide versies voorrang heeft. In dat laatste geval moet de gemeenschappelijke partijbedoeling worden vastgesteld.

Een beding dat een van beide taalversies voorrang geeft, is in mijn ogen in principe geldig en afdwingbaar, ofschoon hiermee de uitleg van een van beide versies buiten spel wordt gezet. Ook dit kwalificeert naar mijn mening als afdwingbare bewijsovereenkomst, waarbij een van de beschikbare documenten van bewijs wordt uitgesloten. Aan een dergelijk beding moet dus in beginsel gevolg worden gegeven.⁴⁸⁶

483. Dit is in wezen een toepassing van de contra proferentem-uitleg. Onder omstandigheden kan de andere versie worden gevolgd, bijv. als die nauwkeuriger of uitgebreider is of als een tegenstrijdigheid bestaat tussen de oorspronkelijke overeenkomst en algemeen erkende instrumenten zoals de Incoterms: zie S. Vogenauer, 'Art. 4.4 para 5', in: S. Vogenauer (red.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP 2015.

484. Voorbeeld ontleend aan het *Comment* bij art. 5:107 PECL.

485. C-W. Canaris & H.C. Grigoleit, 'Interpretation of Contracts', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code*, Alphen a/d Rijn: Wolters Kluwer/Nijmegen: Ars Aequi 2011, p. 610.

486. Zo ook M.H. Wissink, 'Art. 5:107 PECL, Commentary 1 to Dutch Law', in: H.N. Schelhaas e.a. (red.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law – A commentary*, The Hague: Kluwer Law International/Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 256.

7.8 'Documenten X, Y, Z worden niet bij de uitleg betrokken'

Een andere manier om de uitleg te beïnvloeden, is door in het contract op te nemen welke documenten bij interpretatiekwesaties kunnen worden betrokken en welke niet. Die clausules komen voor, ook als *boilerplate* in Anglo-Amerikaanse overeenkomsten. Zie bijvoorbeeld de navolgende *entire agreement clause* waar met zoveel woorden aan is toegevoegd dat documenten voorafgaande aan de contractsluiting niet bij de interpretatie mogen worden betrokken:

*'In the absence of manifest error no course of prior dealings between the parties or their officers, employees, agents or affiliates shall be relevant or admissible to supplement, explain, or vary any of the terms of this Lease and acceptance of, or acquiescence in, a course of performance rendered under this Lease or any prior agreement between the parties or their affiliates shall not be relevant or admissible to determine the meaning of any of the terms of this Lease.'*⁴⁸⁷

Een clause die bepaalde bewijsstukken uitsluit, is in beginsel geldig. Naar Nederlands procesrecht mogen partijen immers zelf in een bewijsovereenkomst bepalen welke bewijsmiddelen mogen worden betrokken en welke niet. Uit art. 153 Rv volgt dat een dergelijke bewijsovereenkomst geldig is, maar wel aan enige grenzen is gebonden. Zoals hiervoor in par. 7.4 nader uiteen is gezet, kwalificeert een dergelijke bewijsovereenkomst op grond van art. 7:900 lid 3 BW tevens als een vaststellingsovereenkomst. Als specifiek één belangrijk document van de bewijslevering wordt uitgesloten, dan kan ik mij overigens wel voorstellen dat een dergelijk beding met het oog op het belang van de waarheidsvinding ex art. 21 Rv het risico loopt om op grond van art. 6:248 lid 2 BW buiten toepassing te worden verklaard.

7.9 Overige bepalingen: definitiebeding, kwalificatiebepaling

Ook met andere clausules trachten partijen sturing te geven aan de uitleg van contracten. Deze clausules kunnen zowel in de considerans, als in het lichaam, als in bijlagen bij de overeenkomst zijn opgenomen.⁴⁸⁸ Zo komen in grote contracten vaak definitiebepalingen⁴⁸⁹ voor die bepalen wat onder de *Purchase Price*, de *Intellectual Property Rights*, de *Liabilities*, *Taxes*, *Working Capital* enz. moet worden verstaan. Dergelijke definitiebepalingen verkleinen de kans dat over de uitleg van deze begrippen wordt gestreden. Als toch verschil van inzicht komt te ontstaan over de precieze uitkomst, dan

487. Ontleend aan Scottish Law Commission, *Discussion Paper on Interpretation of Contract*, 2011, p. 80.

488. Voor de considerans zie expliciet HR 30 november 1951, NJ 1953/76 (*Van Strijverden/Van Olst*) en recenter Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3195.

489. Voor andere voorbeelden: Fontaine & De Ly, t.a.p., p. 153-156.

dient met behulp van de Haviltex-maatstaf de precieze betekenis te worden vastgesteld.

Daarnaast is in menig contract een zogenoemde kwalificatiebepaling opgenomen, die bijvoorbeeld duidelijk maakt dat volgens partijen het contract niet moet worden beschouwd als een bepaalde rechtsfiguur.

*'This Agreement shall not be construed in any way to create any joint venture, partnership or principal and agent relationship between Seller and Purchaser.'*⁴⁹⁰

Menigmaal liggen fiscale motieven ten grondslag aan een dergelijk beding. Heeft een dergelijk beding, dat eveneens de wijze van uitleg en de juridische kwalificatie beoogt te sturen effect? Niet zonder meer. Voor de vraag hoe een overeenkomst moet worden gekwalificeerd, is immers niet het daarop geplakte etiket beslissend, maar de inhoud van de overeenkomst.⁴⁹¹

Een laatste vaak voorkomend beding dat ik onder de aandacht wil brengen is het beding dat voorschrijft dat clausules los van de context moeten worden uitgelegd:

*'Each clause in the document is to be construed separately and independently, severable from all or any of the other provisions.'*⁴⁹²

Hiermee geven partijen in wezen aan dat een clause slechts letterlijk en niet contextueel mag worden uitgelegd. Zij geven hiermee een eigen invulling aan de toe te passen uitlegnorm, die in beginsel (zie hiervoor par. 7.4) toelaatbaar is. De kans bestaat echter dat een letterlijke uitleg geen uitkomst biedt, omdat een tekstuele uitleg tot meerdere mogelijke resultaten leidt. In dat geval kan een rechter, al dan niet met de hulp van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, alsnog acht slaan op de systematiek van het contract en de samenhang met andere clausules.

7.10 Afsluiting

In het voorgaande heb ik enige clausules verkend die invulling geven aan de contractuele invulling van het uitlegeregime. Partijen hebben soms kennelijk de behoefte om uitlegkwesties zo veel mogelijk in eigen hand te houden. Dat heeft in de meeste gevallen effect, hoewel de rol van de

490. Voorbeeld ontleend aan Fontaine/De Ly, t.a.p., p. 122.

491. Tjittes (2009), t.a.p., par. 7.4.

492. Een vergelijkbare clause vormt de bepaling waarbij wordt bepaald dat aan de kopjes van artikelen geen rechten kunnen worden ontleend en/of dat zij geen rol spelen bij de interpretatie; ook hier wordt een deel van de context van de overeenkomst irrelevant geacht. Zie nader: Fontaine & De Ly, t.a.p., p. 151-153.

rechter en de toepassing van de Haviltex-maatstaf nooit helemaal buiten spel kunnen worden gezet.

Hoofdstuk 8

Uitleiding

Prof. mr. H.N. Schelhaas en mr. W.L. Valk

8.1 Pluriformiteit

Wij komen tot een gezamenlijke uitleiding. De thematiek van de uitleg van rechtshandelingen hebben wij vanuit nationaal en internationaal perspectief beschouwd. Dat was soms niet eenvoudig, want zoals Drion in 2010 al vaststelde:

‘Als er een civielrechtelijk leerstuk is waarbij de knapste koppen des lands er al vele decennia in slagen om het met elkaar oneens te zijn en te blijven, dan is dat het knoestige leerstuk der uitleg,’⁴⁹³

Hij signaleerde vervolgens dat de rechtspraak niet eenvoudig was te duiden, en dat de Hoge Raad daarom meer openheid en uitleg moest geven over uitlegkwesties. Ook de Hoge Raad kan echter niet alles en zal soms met het oog op onverwachte nieuwe gevallen er verstandig aan doen om nog wat kruit droog te houden. Rechtsvorming vindt plaats in een voortdurende dialoog, met supranationale gerechten als het Europese Hof van Justitie, maar ook met de literatuur en met de praktijk.

In dit preadvies hebben wij getracht patronen te ontdekken in uitlegkwesties en hebben wij geprobeerd ten aanzien van bepaalde thema’s lijnen door te trekken.

Wat in het voorgaande zal zijn opgevallen, is de pluriformiteit van de uitlegmaatstaf naar gelang de betrokkenheid van meer of minder derden bij de rechtshandeling, maar ook naar gelang het type rechtshandeling en de vraag of ze vormvrij kan worden verricht. Die pluriformiteit is er één *binnen* de wilsvetrouwensleer en de diverse subnormen moeten vooral niet tegen elkaar worden uitgespeeld. Daarbij zijn er enkele belangrijke patronen, die ons in staat stellen om antwoorden die in de ene verhouding noodzakelijkerwijs in de ene zin luiden, in een andere verhouding aan te vullen en te nuanceren.

Die pluriformiteit in uitlegvragen heeft nog een ander aspect. Het blijkt dat uitlegvragen in internationaal perspectief in theorie pluriform worden benaderd. Waar in een aantal jurisdicties primair het vaststellen van de subjectieve partijbedoeling het richtsnoer is, worden rechtshandelingen in andere rechtsstelsels uitgelegd door de ogen van een objectieve derde.

⁴⁹³ C.E. Drion, ‘Uitleg van uitleg’, *NJB* 2010, afl. 5, p. 279.

Hoewel de verschillen in de praktijk kleiner zijn dan de dogmatische tweespalt doet vermoeden, zijn uit de rechtsvergelijking lessen te trekken die tot nadere overdenking aanleiding geven. Het internationale perspectief leidt ook tot een pluriforme Nederlandse rechtsorde, waarin (rechts)personen met een uiteenlopende maatschappelijke of culturele achtergrond en een mogelijk uiteenlopend verwachtingspatroon samenkomen. Nederlandse contracten zijn verder ook pluriform geworden door de intrede van clauses van buitenlandse origine. Haviltex biedt de gemeenschappelijk modus om een weg te vinden bij pluriforme uitlegvragen.

Zoals wij in de inleiding schreven, is dit preadvies het verslag van een zoektocht naar patronen en toekomstige perspectieven. Onze zoektocht is met het schrijven van dit preadvies niet ten einde, want uitleg van rechtshandelingen is en blijft een weerbarstig leerstuk dat zich niet (altijd) makkelijk laat kooien. Daarbij is uitleg maatwerk en er zullen zich dus telkens nieuwe uitlegvragen blijven aandienen waarvoor nieuwe of aangepaste lijnen moeten worden ontwikkeld.

8.2 Enige bevindingen

Ten slotte sommen wij enkele van onze belangrijkste bevindingen op, zonder enige volledigheid te beogen:

1. De Haviltex-maatstaf staat in het allernauwste verband met de wilsvetrouwensleer van art. 3:33 en 3:35 BW (par. 2.1.2).
2. Alle omstandigheden van het geval zijn voor uitleg van belang, dat kan niet anders; uitlegregels in algemene zin zijn er maar weinig, maar gezichtspunten wel (par. 2.1.3).
3. Het consensualisme heeft een belangrijke invloed op de uitleg; is een rechtshandeling niet vormvrij, dan heeft dat gevolgen (par. 2.1.4).
4. Vooral in duurverhoudingen draagt uitleg een dynamisch karakter (par. 2.1.5.2).
5. Met het oog op derden zijn er belangrijke varianten van *objectiverende* uitleg ontstaan: de CAO-norm en geobjectiveerde Haviltex (par. 2.2).
6. Voor uitonderhandelde contracten in commerciële verhoudingen geldt geen eigen maatstaf, wel een nadruk binnen die maatstaf en eventueel een bijzondere aanpak in de vorm van een voorlopig uitlegoordeel (par. 2.3.3).
7. Bij derdenbedingen wordt de toepassing van art. 3:35 en 3:36 BW met elkaar gecombineerd, wat het mogelijk maakt dat tussen de promissor en de stipulator iets anders geldt dan ten opzichte van de derde (par. 2.4.2.2).
8. Op het grensvlak van goederen- en verbintenissenrecht is het motto differentiëren en combineren, wat opnieuw ertoe leidt dat tussen de (oorspronkelijke) partijen deels iets anders geldt dan in de verhouding tot derden (par. 2.4.3).

9. Bij huwelijkse voorwaarden zorgt de voorgeschreven vorm van een notariële akte voor beperkingen in de uitlegfase, maar dat wordt in ieder geval deels goedge maakt in de volgende fase van de redelijkheid en billijkheid; opnieuw worden voor een goed resultaat normen gecombineerd (par. 2.4.4.1).
10. In het rechtspersonenrecht behoort veelal objectief te worden uitgelegd, maar wat betreft de uitleg van statuten zijn er nuanceringen wenselijk en mogelijk (par. 2.4.5).
11. Aanvullend recht behoort bij de uitleg van contractsbedingen een voorbeeldfunctie te vervullen (par. 3.2.3).
12. Soms vergt ook het recht van de EU of de erkenning van de horizontale werking van mensenrechten dat een *conformerende* uitleg van rechtshandelingen aangewezen is (par. 3.2.4).
13. Uitleg en redelijkheid en billijkheid zijn nauw met elkaar verbonden en zijn in de praktijk ook vaak een alternatief voor elkaar (par. 3.4).
14. De vrijheid van de rechter om een uitleg te aanvaarden die door partijen niet is verdedigd, moet worden beschouwd in samenhang met het leerstuk van het gezag van gewijsde (par. 4.2).
15. Op diverse wijzen heeft de Hoge Raad meer grip gekregen op de uitleg van rechtshandelingen door de feitenrechter (par. 4.3).
16. Hoewel theoretisch grote verschillen bestaan in de uitlegeregimes in diverse rechtsstelsels, zijn die verschillen in de praktijk minder groot, ook ten aanzien van het Engelse recht (par. 5.4).
17. Het grootste verschil tussen de diverse jurisdicties is gelegen in de omstandigheid dat in het Engelse recht bij uitlegvragen pre- en postcontractuele feiten en omstandigheden geen rol kunnen spelen (par. 5.4.1 en 5.4.6).
18. Het Nederlandse recht is uitzonderlijk omdat het als enige geen wettelijke uitlegnorm kent en één centrale uitlegnorm hanteert waarin objectieve en subjectieve elementen zijn geïncorporeerd (par. 5.4.6).
19. De regel uit de DCFR en het voorstel van de Schotse Law Commission om een beding dat per definitie de positie van derden beïnvloedt objectief uit te leggen met behulp van voor derden kenbare documenten verdient overweging (par. 5.5.2.2).
20. De Schotse Law Commission concludeert op goede gronden dat de enkele omstandigheid dat als gevolg van cessie of contractovername (mogelijk) derden betrokken raken bij de oorspronkelijke overeenkomst, geen verschil moet uitmaken voor de wijze van uitleg (par. 5.5.2.2).
21. Alle onderzochte jurisdicties leggen algemene voorwaarden ‘strikt’ of objectief uit. De regeling in de Unidroit Principles, waarbij het perspectief van *average users* van algemene voorwaarden leidend is, kan bruikbaar zijn (par. 5.5.3).

22. Voor uitonderhandelde contracten in commerciële verhoudingen geldt thans weliswaar geen eigen maatstaf, maar in lijn met enkele andere jurisdicties zijn argumenten te identificeren die pleiten voor meer nadruk op de tekst van de overeenkomst in uitlegvragen (par. 5.5.4). Evengoed bestaan argumenten voor het tegendeel (par. 2.3.3).
23. Het Nederlandse recht loopt internationaal uit de pas ten aanzien van de benadering van tegenstrijdige bepalingen (par. 5.5.5). Een vuistregel dat individuele bedingen voorgaan boven algemene voorwaarden verdient navolging (par. 5.5.5 en 2.4.2.1).
24. Het Nederlandse recht loopt ook uit de pas ten aanzien van de aanvaarding van een vuistregel dat *contra proferentem* moet worden uitgelegd. De visie van de Hoge Raad dat een uitleg *contra proferentem* in het algemeen slechts een gezichtspunt is, bewijst echter goede diensten (par. 5.6.1).
25. Buitenlandse concepten in Nederlandse contracten worden uitgelegd naar Haviltex-maatstaven, maar hierbij kan wel acht worden geslagen op de buitenlandse achtergrond (par. 6.2.2).
26. Bij de vraag in hoeverre een buitenlands gezichtspunt een rol speelt bij uitleg, kan het zinvol zijn om onderscheid te maken tussen verschillende gevalstypen en kan het verschil uitmaken of (i) alle contractspartijen van buitenlandse origine zijn, (ii) slechts een deel van buitenlandse origine is, en (iii) alle contractspartijen van Nederlandse afkomst zijn (par. 6.2.3).
27. Bij de uitleg van diverse clausules van buitenlandse afkomst (zoals *force majeure clauses*, *hardship clauses*, *representations & warranties*, *termination clauses*, enz.) kunnen gezichtspunten worden ontleend aan de betekenis die ze in de jurisdictie van origine hebben (par. 6.3-6.12).
28. Als uitgangspunt is het toelaatbaar dat partijen tevoren contractueel vastleggen op welke wijze een overeenkomst dient te worden uitgelegd (par. 7.2).

8.3 Slot

Wij hopen met dit preadvies het inzicht van de lezers in de werking en nuances van het pluriforme uitlegleerstuk te hebben verdiept en ook een bijdrage te hebben geleverd aan de toekomstige ontwikkeling van dit leerstuk.