

Verder denken over uitleg van rechtshandelingen: kan het eenvoudiger?

Internetversie

Lodewijk Valk¹

1. Inleiding

In het najaar van 2016 verschenen de preadviezen van Schelhaas en mij over de uitleg van rechtshandelingen.² Mijn aandeel in dit boekwerkje is vooral een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de maatstaf voor uitleg.³

Van verschillende kanten ontving ik in de afgelopen periode input voor een nadere bezinning op dat onderwerp: het debat tijdens de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht in december 2016,⁴ nieuwe rechtspraak van de Hoge Raad⁵ en in de literatuur naast lovende kritiek⁶ ook vermanende woorden van J.M. van Dunné.⁷ Minstens even belangrijk is dat gedachtewisselingen tijdens cursussen en lezingen mij leerden dat ik met mijn preadvies weliswaar een en ander had weten te verduidelijken, maar dat intussen ook ervaren juristen het gevoel hebben dat het allemaal toch wel knap ingewikkeld is geworden.

Voor een zogenaamde Master-cursus bij SSR, het opleidingsinstituut van de rechtspraak, heeft mij uitgedaagd om verder te denken. De algemene opvatting van de ervaren rechters die ik in die cursus trof, is dat het preadvies weliswaar begrijpelijk maakt hoe de uitlegmaatstaf zich heeft ontwikkeld – niet in de laatste plaats tot een *gedifferentieerde* maatstaf – maar dat het daarbij niet zou moeten blijven. Kan er in de baaierd van normen, vuistregels en gezichtspunten niet een en ander worden opgeruimd?

Naar mijn overtuiging behoren we deze roep om vereenvoudiging serieus te nemen. Het is ongewenst dat bij rechters onzekerheid bestaat over de juiste formulering van

¹ Mr. W.L. Valk is advocaat-generaal bij de Hoge Raad. Dit artikel is een uitgebreidere versie van het artikel dat onder dezelfde titel is verschenen in NJB 2018/1360, afl. 27, p. 1950-1957.

² H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Paris 2016. Naar mijn gedeelte van de preadviezen verwijs ik hierna eenvoudig als 'mijn preadvies'.

³ Hoofdstuk 2, p. 13-74.

⁴ Zie het verslag door de voorzitter van de vereniging: J.B. Spath, Preadviezen van de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016: Uitleg van rechtshandelingen, NTBR 2017/16.

⁵ De belangrijkste daarvan schijnen mij toe: HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, NJ 2017/114 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (FNV/Condor), HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148, RvdW 2018/240 (Dammer c.s./Lecc c.s.) en HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678, RvdW 2018/591 (FNV/uitzendorganisatie bouw).

⁶ Bijv. T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2017, p. 990-991.

⁷ J.M. van Dunné, 'Normatieve uitleg' algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogerende werking en aanvulling van leemte?, WPNR 2018/7184-7185, p. 211 e.v. en p. 225 e.v.

de norm en dat zij in raadkamer daarover lang moeten spreken. Het is veel gelukkiger als rechters hun tijd en energie geheel of vrijwel geheel kunnen besteden aan de waarderung van de feiten en het partijdebat, omdat over de norm redelijkerwijs géén twijfel kan bestaan. Duidelijkheid over de norm is uiteraard ook voor rechtzoekenden en hun advocaten van grote waarde. Dankzij zulke duidelijkheid kan het debat met minder verwarring worden gevoerd en zal het veelal eenvoudiger zijn om een schikking te bereiken. Ook zonder dat wordt geprocedeerd is duidelijkheid over de juiste normering van wezenlijke betekenis. Reeds in de fase dat een overeenkomst op schrift wordt gesteld, behoort zoveel mogelijk voorzienbaar te zijn aan de hand van welke maatstaf een eventueel geschil zal worden beslecht. Dat vergroot de kans dat het gelukt om zo'n geschil te voorkómen.

In deze bijdrage onderzoek ik eerst hoe het komt dat de huidige stand van de rechtspraak met betrekking tot de uitleg van rechtshandelingen als complex wordt ervaren. Vervolgens doe ik voorstellen tot vereenvoudiging en verduidelijking.

Vooraf nog het volgende. Niet iedere complexiteit is vermijdbaar en een gedifferentieerde normering van uitlegvragen is functioneel. Zouden we de uitlegmaatstaf terugbrengen tot een enkele oneliner, bijvoorbeeld dat de redelijke verwachtingen van partijen bepalend zijn, dan verliezen we onvermijdelijk houvast. In vrijwel ieder uitleggeschil beroepen partijen zich op een veelheid van feiten en omstandigheden die zij bovendien verschillend waarderen. *Dat reeds* maakt de beslechting van zo'n geschil complex. Een normering die helpt te onderscheiden tussen relevante en niet relevante argumenten, en onder de relevante argumenten tussen de meer en minder zwaarwegende, is juist datgene waaraan de praktijk behoefte heeft. In dat opzicht heeft de rechtspraak van de Hoge Raad van de afgelopen decennia ons ontegenzeggelijk veel gebracht. Als we streven naar vereenvoudiging, is dus essentieel dat er geen waardevolle inhoud verloren gaat. Vereenvoudiging zal bovendien, behalve in het kappen van dor hout, ook kunnen bestaan in het versterken van de consistentie van het op de uitleg van rechtshandelingen toepasselijke normenstelsel.

2. De wilsvertrouwensleer als vertrekpunt

Meer dan eens is mij onder meer tijdens cursussen in ernst de vraag gesteld in welke gevallen de wilsvertrouwensleer de maatstaf is en in welke gevallen 'Haviltex'. Die vraag verraadt een ernstig misverstand. Tussen de wilsvertrouwensleer en Haviltex bestaat geen enkele tegenstelling.⁸ Dat het bij de uitleg van een overeenkomst, onverschillig of die overeenkomst op schrift is gesteld of niet, aankomt op hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs mogen begrijpen en verwachten, is niets anders dan een alternatieve formulering van de wilsvertrouwensleer

⁸ Mijn preadvies, p. 16 e.v.

van art. 3:33 en 3:35 BW.⁹ Men kan hooguit zeggen dat in de Haviltexmaatstaf, anders dan in art. 3:33 en 3:35 BW, de wederkerigheid ('over en weer') wordt geëxpliciteerd van hetgeen men als de bedoeling ('wil') van de ander begrijpt en van hetgeen waarop men vertrouwt. Van zulke wederkerigheid is alleen bij eenzijdige, ongerichte rechtshandelingen geen sprake. In alle andere gevallen zijn Haviltex en wilsvertrouwensleer volkomen uitwisselbaar.

Ook behoort men geen onderscheid te zoeken tussen een maatstaf voor de totstandkoming van rechtshandelingen en die voor de uitleg van rechtshandelingen (waarbij dan de veronderstelling is dat eerstbedoelde maatstaf de wilsvertrouwensleer is en laatstbedoelde Haviltex). Beide, totstandkoming en uitleg, zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden: er komt wel of niet een *bepaalde* rechtshandeling tot stand, dus een rechtshandeling met een bepaalde inhoud (en die inhoud veronderstelt uitleg). Dat verklaart waarom er ook rechtspraak is waarin de Haviltexmaatstaf rechtstreeks op de totstandkomingsvraag wordt betrokken.¹⁰ Kortom, Haviltex is wilsvertrouwensleer en wilsvertrouwensleer is Haviltex.¹¹

Een andere vraag die mij veel wordt gesteld is hoe enerzijds de wilsvertrouwensleer en de Haviltexmaatstaf en anderzijds redelijkheid en billijkheid zich verhouden. Ik ben mij ervan bewust dat vele verstandige juristen en ook gezaghebbende auteurs daarop een vergelijkbaar antwoord zullen willen geven als op de vorige vraag (die naar de verhouding tussen Haviltex en wilsvertrouwensleer). Zij zullen zeggen: Haviltex is redelijkheid en billijkheid. Ik gun ieder zijn voorkeur voor een bepaalde dogmatiek van het burgerlijk recht en ik erken ook graag dat tussen uitleg volgens de wilsvertrouwensleer en redelijkheid en billijkheid veel verband bestaat. Toch ben ik er geen voorstander van om de in het DSM/Fox-arrest gebruikte formulering te herhalen, volgens welke voor uitleg van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.¹² Ook zij die graag zeggen dat Haviltex niets anders is dan redelijkheid en billijkheid, zullen bezwaarlijk kunnen zeggen dat redelijkheid en billijkheid niets anders is dan Haviltex. Redelijkheid en billijkheid is namelijk meer dan dat. Ze is ook de aanvullende en beperkende werking. Door Haviltex en redelijkheid en billijkheid gelijk aan elkaar

⁹ Het heeft mij verwonderd dat J.M. van Dunné, WPNR 7184, p. 217, beweert dat ik grote moeite zou hebben gehad om de visie van de Hoge Raad in het Haviltexarrest te onderschrijven. Hetzelfde beweert hij t.a.p. over Nieuwenhuis (mijns inziens evenzeer ten onrechte). Een feitelijke grondslag voor die bewering ontbreekt. Van Dunné verwijst naar mijn bijdrage aan de (tweede) Nieuwenhuisbundel: 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. Zoals ieder daar kan nalezen, bestrijd ik in die bijdrage niet het Haviltexarrest, maar de verwarring die naar aanleiding van het DSM/Fox-arrest is ontstaan, als zou naast de wilsvertrouwensleer ook de redelijkheid en billijkheid zelfstandig uitlegmaatstaf zijn.

¹⁰ HR 4 september 2009, LJN BI6319, NJ 2009/397 (Van Regteren/VGK).

¹¹ Ik laat op deze plaats de nuance van de hierna onder 7 te bespreken cao-norm voor wat ze is.

¹² HR 20 februari 2004, LJN AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox), rechtsoverweging 4.5.

te stellen, scheppen we dus gemakkelijk verwarring. Exemplarisch voor die verwarring is de wijze waarop het hof opereerde in de zaak Steinbusch/Van Alphen.¹³ Het hof meende ten onrechte dat het in verband met de redelijkheid en billijkheid zich niet ten volle hoefde te verdiepen in onder meer het verloop van de onderhandelingen zoals die tussen partijen hadden plaatsgevonden.¹⁴

Dat de zojuist bedoelde formulering in DSM/Fox en de wilsvertrouwensleer inderdaad onderling interfereren, wordt mogelijk gemakkelijker ingezien wanneer we de Haviltexmaatstaf wat anders opschrijven, als volgt:

Voor uitleg zijn van beslissende betekenis alle omstandigheden van het concrete geval, ge-
waardeerd naar *wat partijen over en weer redelijkerwijs mogen begrijpen en verwachten*.

Ik hoop dat niemand zal beweren dat ik met deze formulering inhoudelijk iets aan de Haviltexmaatstaf heb veranderd. Het tweede gedeelte van de formulering staat echter op de plaats die in rechtsoverweging 4.5 van het DSM/Fox-arrest aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt gegeven.

Ik benader de kwestie nog wat anders. Redelijkheid en billijkheid zijn als zodanig te vaag om werkelijk maatstaf te kunnen zijn. Volgens art. 3:12 BW moeten we voor een invulling van de tweeslag redelijkheid en billijkheid te rade gaan bij algemeen erkende rechtsbeginselen en de in Nederland levende rechtsovertuigingen en dienen we bovendien de betrokken belangen af te wegen. Welnu, een optimale uitlegmaatstaf verwoordt de werking van die beginselen en overtuigingen en de aard van de te maken afweging *zelf*.

Met het voorgaande heb ik welbewust de verleiding weerstaan om kool en geit te sparen. Welk bezwaar bestaat er tegen een formulering die de wilsvertrouwensleer verwoordt, zoals de Haviltexmaatstaf dat doet, en waaraan we dan toevoegen: ‘...daarbij kunnen ook redelijkheid en billijkheid een rol spelen’? Wat we dan zeggen is ontwijfelbaar juist. Redelijkheid en billijkheid spelen in het gehele verbintenissenrecht en zelfs in het gehele burgerlijk recht een belangrijke rol. Uiteraard geldt dat ook in uitlegkwesties. Zo kan de redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm bijvoorbeeld goed verklaren dat onder omstandigheden een partij een onderzoeksplicht heeft.¹⁵ Ook zonder redelijkheid en billijkheid te noemen, weten wij dit laatste echter wel.¹⁶ Een toevoeging dat ook redelijkheid en billijkheid een rol spelen, zonder concreet te benoemen waarin die rol bestaat, heeft niet werkelijk meerwaarde. En van wat geen meerwaarde heeft, behoren we afscheid te nemen, in het belang van de eenvoud.

¹³ HR 12 januari 2001, LJN AA9430, NJ 2001/199 (Steinbusch/Van Alphen).

¹⁴ Uitvoerder mijn preadvies, p. 86.

¹⁵ Vergelijk P. van Schilfgaarde, Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten, Goed en trouw (Van der Grinten-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 57 e.v.

¹⁶ Vergelijk de definitie van ‘goede trouw’ in art. 3:11 BW.

3. Alle omstandigheden van het geval

Het was al aan de orde: we plegen te zeggen dat voor uitleg álle omstandigheden van het geval van belang zijn. Uiteraard horen we dat niet in een zelfstandige zin op te vatten, als zou niet te definiëren zijn wat wel en niet van betekenis is. Bedoeld is slechts dat *potentieel* alle omstandigheden van het geval betekenis kunnen hebben, namelijk zo vaak als ze redelijkerwijs invloed hebben op hetgeen partijen mogen begrijpen en verwachten. Dat betreft niet alleen de eventuele tekst van een schriftelijke vastlegging van de overeenkomst, maar ook wat mondeling is uitgewisseld. Dat kunnen zowel omstandigheden zijn voorafgaand aan de totstandkoming als daaropvolgend. En niet alleen verklaringen, waaronder ook stilzwijgende, maar ook hetgeen partijen van elkaars voorkeuren weten of kunnen vermoeden en (wat niet veel anders is) hetgeen zij als elkaars belangen kunnen kennen, is van belang.

Zojuist bleef impliciet wat mogelijk beter uitdrukkelijk wordt benoemd: dat alle omstandigheden van het geval van belang zijn zo vaak als ze redelijkerwijs invloed hebben op hetgeen partijen mogen begrijpen en verwachten, betekent dat een partij zich niet kan beroepen op feiten of omstandigheden die alleen voor hemzelf kenbaar waren. Met wat niet kenbaar is, heeft de wederpartij¹⁷ immers geen rekening behoeven te houden.

De hierna te bespreken differentiaties in de toepasselijke uitlegmaatstaf met het oog op derden en in verband met de wijze van totstandkoming (ik doel met dit laatste op het verschijnsel van uitonderhandelde contracten) hebben met elkaar gemeen dat ze aan bepaalde feiten en omstandigheden – namelijk die feiten en omstandigheden welke ook voor derden kenbaar zijn, respectievelijk ‘de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de omstreden bewoordingen’ – extra gewicht geven, uiteraard ten nadele van andere omstandigheden. Dat alle omstandigheden van het geval van belang zijn, is dus niet meer dan een uitgangspunt, waarop in verband met de context van een uitleggeschil mag en moet worden gevarieerd.

4. Wat maakt het ingewikkeld?

De thans ervaren complexiteit van het uitlegleerstuk wordt mijns inziens vooral veroorzaakt door de vele lagen in de normering. Die lagen zijn er drie, of als je wat anders telt, maar liefst vier.

1. Er is een eerste laag, op het hoogste abstractieniveau. Vertrekkend vanuit de wet is dat dus de wilsvertrouwensleer van art. 3:33 en 3:35 BW, die immers voor alle rechtshandelingen geldt. Vertrekkend vanuit het arrest DSM/Fox¹⁸ is de eerste laag de norm dat alle omstandigheden van het geval relevant zijn, gewaardeerd naar hetgeen de

¹⁷ Bij eenzijdige gerichte rechtshandelingen: de geadresseerde.

¹⁸ HR 20 februari 2004, LJN AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox), rechtsoverweging 4.5.

maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Mijns inziens voegt dit laatste niets toe en kunnen we dit element van DSM/Fox missen. Zie hiervoor onder 2.

2. De tweede laag is een normering op ‘middenniveau’. Die normering is gedifferentieerd, namelijk verschillend naar gelang het type rechtshandeling. Een belangrijk voorbeeld is de typologie met het oog op de positie van derden, dus het bekende spectrum van de cao-norm en de Haviltexmaatstaf, inclusief de vloeiende overgang tussen beide (welke vloeiende overgang mede een variant van ‘geobjectiveerde Haviltex’ impliceert).¹⁹ Een ander voorbeeld is de Haviltexmaatstaf met extra gewicht voor de meest voor de hand liggende betekenis van de gekozen bewoordingen in geval van wat ik maar even noem ‘uitonderhandelde contracten’.²⁰

3. In veel arresten van de Hoge Raad is nog een derde normeringslaag aan te wijzen. In die arresten wordt een ‘toegespitste vuistregelnorm’ geformuleerd, dat wil zeggen een omschrijving van hetgeen waarop het voor het te beslissen geval in het bijzonder aankomt. Die omschrijving voorziet de Hoge Raad min of meer consequent van het voorbehoud ‘in beginsel’. Dat is begrijpelijk, maar creëert wel ook onzekerheid. Een variant van deze derde laag is wat ik in mijn preadvies ‘bijzondere uitlegregels’ heb genoemd, dat wil zeggen een concrete uitlegregel met algemene gelding voor een zo concreet mogelijk omschreven geval. Bijvoorbeeld de regel van het arrest Hofland/Hennis²¹ met betrekking tot een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs wordt aangeboden, of die van het arrest Coface/Intergamma²² met betrekking tot bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten.²³

4. Eventueel valt nog een vierde laag te benoemen, formeel *buiten* het uitlegleerstuk gelegen, maar inhoudelijk nauw met uitleg verbonden. Als aan een bij een overeenkomst betrokken derde niet door uitleg tegemoet wordt gekomen, kan die derde mogelijk bescherming ontlenen aan art. 3:36 BW.²⁴ Een ander voorbeeld: bedoelingen van echtgenoten die bij de uitleg van huwelijksvoorwaarden niet kunnen worden verdisconteerd vanwege de striktere uitlegnorm die daar in het belang van schuldeisers geldt, kunnen wel een rol spelen bij de verdeling, namelijk over de band van de redelijkheid en billijkheid.²⁵

Ik merk nog op dat op het niveau van de tweede en derde laag de ratio van de normering regelmatig leidt tot nuanceringen. Op deze plaats kort twee voorbeelden met betrekking tot de cao-norm, beide hierna nader te bespreken. In FNV/Condor²⁶ leidde

¹⁹ Uitvoerig mijn preadvies, p. 32 e.v.

²⁰ Idem, p. 43 e.v.

²¹ HR 10 april 1981, NJ 1981/532 m.nt. C.J.H. Brunner (Hofland/Hennis).

²² HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 m.nt. H.J. Snijders (Coface/Intergamma).

²³ Voor meer voorbeelden zie mijn preadvies, p. 95 e.v.

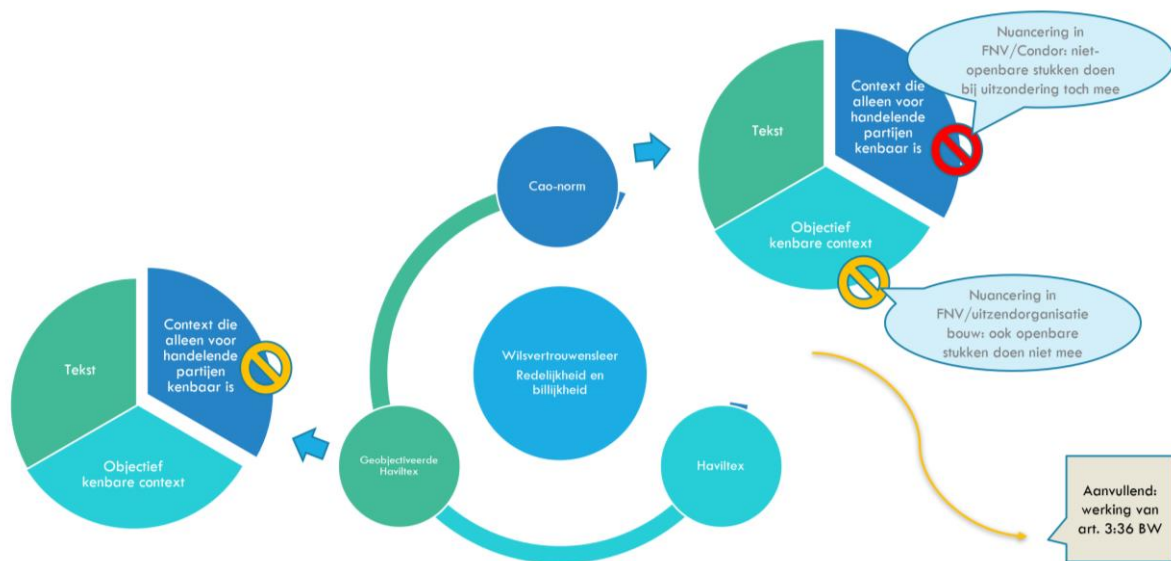
²⁴ Mijn preadvies, p. 39 e.v.

²⁵ HR 18 juni 2004, LJV AO7004, NJ 2004/399, besproken in mijn preadvies, p. 69 e.v.

²⁶ HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, NJ 2017/114 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (FNV/Condor).

onder meer²⁷ wat door de Hoge Raad wordt benoemd als de bestaansgrond van de cao-norm tot een uitzondering op het uitgangspunt dat bij de toepassing van die norm de context die alleen voor de handelende partijen kenbaar is, buiten beschouwing blijft. Niet-openbare stukken deden nu alsnog mee. In FNV/uitzendorganisatie bouw²⁸ bracht diezelfde bestaansgrond de Hoge Raad ertoe om te zeggen dat andere stukken dan de cao en de daarbij behorende officiële toelichting niet in de uitleg mogen worden betrokken, ook al zijn die andere stukken openbaar. Zulke nuancerings verhogen uiteraard de complexiteit, ook als ze leiden tot een alleszins billijke uitkomst op zaaks-niveau. Dat geldt extra als die nuancerings in verschillende richtingen plaatsvinden. In FNV/Condor leidde de bestaansgrond van de cao-norm tot een versoepeling van die norm, in die zin dat meer in de uitleg mocht worden betrokken (ook niet-openbare stukken). In FNV/uitzendorganisatie bouw leidde diezelfde bestaansgrond juist tot een verstrakking van de cao-norm, in die zin dat ook openbare stukken (anders dan de cao en de toelichting daarop) *niet* in de uitleg mochten worden betrokken.

Voor een visualisatie van de gelaagde normstelling, verwijs ik naar onderstaand schema.



In het centrum van dit schema de norm op het hoogste abstractieniveau, namelijk de wilsvertrouwensleer of, volgens DSM/Fox, redelijkheid en billijkheid. Daaromheen de normering op het middenniveau, in het gekozen voorbeeld van uitleg in de verhouding tot derden de cao-norm en Haviltex, met geobjectiveerde Haviltex als tussenvariant. Dat middenniveau wordt door de Hoge Raad veelal uitgewerkt in toegespitste vuistre-

²⁷ Ik zeg 'onder meer', want de Hoge Raad doet ook een beroep op de vloeiende overgang.

²⁸ HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678, RvdW 2018/591 (FNV/uitzendorganisatie bouw). De aanduiding 'uitzendorganisatie bouw' staat voor verweerster in cassatie, van wie de naam is geanonimiseerd in de publicaties van het arrest op Rechtspraak.nl en in de Rechtspraak van de Week.

gelnormen. Die vormen de derde, buitenste laag. Het schema toont visualisaties van de vuistregelnormen van geobjectiveerde Haviltex en van de cao-norm, inclusief de zojuist benoemde nuanceringslagen van de cao-norm. Naast deze normering in drie lagen, is er soms aanvullend nog een andere norm van toepassing. Bij uitleg in de verhouding tot derden is dat art. 3:36 BW.

5. Bovendien is er meer dan de uitlegmaatstaf in strikte zin

De complexiteit van het uitlegleerstuk berust niet uitsluitend op de gelaagde normering. Die gelaagde normering ziet op de uitlegmaatstaf in strikte zin, dat wil zeggen het antwoord op de vraag welke gegevens in de uitleg van een bepaalde rechtshandeling mogen worden betrokken en wat het soortelijk gewicht van die gegevens is. Dat is weliswaar doorgaans de belangrijkste kwestie, maar voor een correcte uitleg moet veelal op nog meer worden gelet. Zonder aanspraak op volledigheid noem ik het volgende.

a. Het is van belang zich de vraag te stellen wat het object van uitleg is. Die kwestie ligt verscholen in de omschrijving in het arrest DSM/Fox van de cao-norm als betrekking hebbend op ‘geschriften en verhoudingen’ waarvan de aard meebrengt dat bij uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal moeten staan. Uiteraard maakt het nogal uit of een geschrift het object van uitleg is dan wel een rechtsverhouding. Ook al spreekt de Hoge Raad in onder meer de arresten *Ermes/Haviltex*²⁹ en *DSM/Fox* van de uitleg van een ‘schriftelijk contract’, in verreweg de meeste gevallen is niet dat schriftelijk contract het eigenlijke object van uitleg, maar de tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Dat heeft uiteraard gevolgen.³⁰ Het onderscheid tussen het object van uitleg en de gegevens die in de uitleg moeten worden betrokken, wordt niet steeds voldoende gemaakt. Het al genoemde en hierna nader te bespreken arrest *FNV/uitzendorganisatie bouw* is daarvan mijns inziens een voorbeeld.

b. Als we ons de vraag stellen wat het object van uitleg is, dan ligt het voor de hand dat vormvoorschriften in dat verband een rol spelen, althans wettelijke vormvoorschriften. Cao’s, transportaktes en huwelijksvoorwaarden hebben allemaal gemeen dat er een vormvoorschrift geldt en dat kan in ieder geval gedeeltelijk verklaren waarom uitleg van deze rechtshandelingen in belangrijke mate neerkomt op de uitleg van het *geschrift* waarin de rechtshandeling is neergelegd. Ik zeg niet dat ieder vormvoorschrift per se ertoe leidt dat het geschrift object van uitleg wordt. Er zijn immers vormvoorschriften in soorten en maten: het zal van de ratio van het vormvoorschrift afhangen welke betekenis aan het bestaan ervan moet worden gehecht. Vormvoorschriften die het belang van derden op het oog hebben, pleiten in ieder geval krachtig ervoor om de in het geschrift tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling centraal te stellen.

²⁹ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*).

³⁰ Vergelijk mijn preadvies, p. 24 e.v.

c. Dan is er nog de kwestie van het peilmoment. Volgens ISG/RBS³¹ kunnen ook omstandigheden die hebben plaatsgevonden nadat een rechtshandeling is verricht, medebepalend zijn voor de uitleg daarvan. Voor de verandering is het gemaakte voorbehoud nu niet ‘in beginsel’, maar ‘in het algemeen’. Dat lijkt mij geheel terecht, want het zal niet voor alle typen rechtshandelingen kunnen gelden, in ieder geval niet in dezelfde mate.

d. In het verlengde van het peilmoment ligt wat ik in mijn preadvies ‘dynamische uitleg’ heb genoemd, met als sprekend voorbeeld VDE c.s./Fuchs c.s.³² Dynamische uitleg is het verschijnsel dat een rechtsverhouding van inhoud kan veranderen, omdat uitleg op een later moment tot een andere uitkomst kan leiden dan op een eerder moment het geval was. Dynamische uitleg lijkt mij niet toelaatbaar bij cao’s, transportaktes en huwelijksvoorwaarden.

e. Te denken valt ook nog aan wat we als relativiteit van verhoudingen zouden kunnen benoemen. Ik doel op onder meer het arrest Kamsteeg/Lisser.³³ Weliswaar moest het gevestigde opstalrecht uitgelegd worden aan de hand van de vestigingsakte volgens het daarvoor geldende strikte criterium, maar de onderliggende obligatoire verhouding bleek tot aanvullende rechtsgevolgen te kunnen leiden.

f. Ten slotte kunnen bewijsrechtelijke kwesties interfereren met vragen rond de uitlegmaatstaf. Zo wordt de rechtspraak over uitonderhandelde contracten gecompliceerd door de constructie van een voorlopig uitlegoordeel, wat doet denken aan de gangbare figuur dat de rechter bewijs voorshands geleverd acht, maar toelaat tot tegenbewijs. Ook de materiële bewijskracht van een authentieke of onderhandse akte dreigt het uitlegleerstuk nog ingewikkelder te maken.

6. Hoe verder?

We hebben nu in beeld wat het allemaal zo ingewikkeld maakt. Hierna richt ik mij op een aantal deelonderwerpen, analyseer die nader en doe voorstellen tot vereenvoudiging en verduidelijking. Die deelonderwerpen zijn: uitleg en derden, uitonderhandelde contracten, het peilmoment van uitleg en dynamische uitleg, alsmede schriftelijke overeenkomsten en de bewijskracht van de akte.

³¹ HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382 (ISG/RBS). Vergelijk mijn preadvies, p. 27 e.v.

³² HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, NJ 2012/75 m.nt. P. van Schilfgaarde (VDE c.s./Fuchs c.s.). Vergelijk mijn preadvies, p. 28 e.v.

³³ HR 22 oktober 2010, LJN BM8933, NJ 2011/111 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Kamsteeg/Lisser). Besproken in mijn preadvies, p. 62 e.v., alwaar ook meer voorbeelden.

7. Uitleg en derden

7.1 Uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst in het geval van registergoederen

Het zal niemand zijn ontgaan dat de omstandigheid dat derden bij de gevolgen van een rechtshandeling betrokken zijn, reden kan zijn voor een objectivering van de uitlegmaatstaf. Exemplarisch is de rechtspraak van de Hoge Raad over de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst die besloten ligt in de notariële akte waarbij een onroerende zaak wordt geleverd of op een dergelijke zaak een beperkt recht wordt gevestigd. Volgens die rechtspraak komt het aan op de in de notariële akte van levering respectievelijk vestiging 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 respectievelijk van het te vestigen beperkte recht.³⁴ De ratio voor deze objectivering is gelegen in de optelsom van de derdenwerking die aan alle goederenrechtelijke verhoudingen gemeen is en het belang van de betrouwbaarheid van de openbare registers.

De zojuist bedoelde bijzondere maatstaf voor de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst tot levering van of tot vestiging van een beperkt recht op een registergoed is bij mijn weten onomstreden. Een enkele vraag van een cursist bracht mij echter een ogenblik van mijn apropos: ‘Als de leveringsakte verwijst naar een bepaald kadastraal perceel met het nummer daarvan, mag ik dan de kadastrale kaart erbij pakken, hoewel deze kaart geen deel uitmaakt van de notariële akte van levering?’ Dat het antwoord op deze alledaagse vraag bevestigend moet zijn, spreekt min of meer vanzelf; een andere opvatting is onwerkbaar. Ik meen dat deze vraag bevestigt dat het zinvol is om onderscheid te maken tussen enerzijds de begrenzing van het object van uitleg en anderzijds die van de gegevens die potentieel bij de uitleg mogen worden benut. Zoals de dikke Van Dale mag worden gebruikt als hulpmiddel om de (niet beslissende, maar wel relevante) taalkundige betekenis van een in de leveringsakte gebruikt woord vast te stellen, zo mag ook de kadastrale kaart worden gebruikt om vast te stellen wat is bedoeld met ‘het perceel kadastraal bekend Gemeente Den Haag, sectie P, nummer 8126’. Voor gegevens buiten de akte behoeven we dus onze ogen niet te sluiten. Object van uitleg is echter exclusief de partijverklaring zoals neergelegd in de akte van levering. Dat is anders dan in het gewone geval van een vormvrije overeenkomst. Een dergelijk onderscheid tussen het object van uitleg en gegevens die bij die uitleg mogen worden benut, kan ook verklaren dat bij de uitleg van de inhoud van een appartementsrecht de waarneming van de rechter van de feitelijke kenmerken van het splitsingsobject een rol mag spelen indien de splitsingstukken naar die feitelijke kenmerken verwijzen.³⁵ In verband met het stelsel van openbare registers behoort intussen wel

³⁴ Vaste rechtspraak sinds HR 8 december 2000, LJN AA8901, NJ 2001/350 m.nt. W.M. Kleijn (Stichting Eelder Woningbouw/Van Kammen c.s.). Vergelijk mijn preadvies, p. 58 e.v.

³⁵ HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:337, NJ 2014/119 (Bakermans c.s./Mitros).

de eis worden gesteld dat de gegevens waarnaar in de akte wordt verwezen, objectief kenbaar zijn. Een verwijzing naar wat aan partijen genoegzaam bekend is, is niet toelaatbaar.³⁶

7.2 CAO-norm en geobjectiveerde Haviltex: wanneer is welke maatstaf van toepassing?

De cao-norm – het ligt in de benaming van de norm reeds besloten – is in de eerste plaats van toepassing op cao's. De cao vervult in het arbeidsrecht een functie die zich min of meer laat vergelijken met wetgeving. De algemeen verbindend verklaarde cao is zelfs recht in de zin van art. 79 Wet RO,³⁷ zodat een uitlegoordeel met betrekking tot zo'n cao een rechtsoordeel is, dat in cassatie in volle omvang kan worden getoetst. Tot en met het DSM/Fox-arrest heeft de Hoge Raad in een periode van niet meer dan vier jaar het bereik van de cao-norm uitgebreid naar diverse andere rechtsfiguren: een sociaal plan dat niet zelf een cao is,³⁸ een trustakte bij een obligatielening,³⁹ het Bindend Besluit Regres 1984⁴⁰ en een pensioenreglement in de verhouding tussen pensioenfondsen en werknemer.⁴¹ In de veertien jaar die op het DSM-Fox-arrest zijn gevolgd, tel ik slechts één nieuwe toepassing van de cao-norm: de op grond van de Wet Collectieve Afwikkeling van Massaschade (WCAM) verbindend verklaarde vaststellingsovereenkomst.⁴² Dat is uiteraard geen toeval. Het arrest DSM/Fox maakte duidelijk dat ook in het kader van de toepassing van de Haviltexmaatstaf bij wijze van glijdende schaal objectivering in verband met de betrokkenheid van derden aangewezen kan zijn. Daardoor nam de behoefte om datzelfde resultaat met behulp van de cao-norm te bereiken, uiteraard af. Het dunkt mij zelfs goed voorstelbaar dat de in DSM/Fox ontwikkelde leer rechtstreeks verband houdt met de omstandigheid dat de Hoge Raad geconfronteerd werd met een stroom van cassatieberoepen waarin steeds voor een nieuwe categorie beproefd werd of mogelijk ook daarvoor de cao-norm zou blijken te gelden. Het is voor de cassatierechter een onaantrekkelijke situatie wanneer voor een zelfde kwestie (hier uitleg) in onderscheiden categorieën van gevallen verschillende maatstaven van toepassing zijn. Dat leidt er onherroepelijk toe dat in veel cassatieberoepen de afbakening tussen beide categorieën aan de orde wordt gesteld. Welnu, de variant van wat ik nu maar kortweg noem 'geobjectiveerde Haviltex' heeft het mogelijk gemaakt om de toepasselijkheid van een bijzondere norm (de cao-norm) te ontkennen en tegelijk tóch in

³⁶ Met betrekking tot de vraag op welk registergoed de levering respectievelijk vestiging ziet, geldt bovendien het specialiteitsbeginsel: het uitgangspunt dat in de akte het registergoed individueel moet zijn bepaald. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/298.

³⁷ HR 24 februari 2012, LJN BU9889, NJ 2012/142 (Vector/ROM en PME) en HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2171, NJ 2016/427 (Van Oers/FNV).

³⁸ HR 26 mei 2000, LJN AA5961, NJ 2000/473 (ANF/Industriebond FNV).

³⁹ HR 23 maart 2001, LJN AB0700, NJ 2003/715, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Ofasec/NTM).

⁴⁰ HR 16 mei 2003, LJN AF4621, NJ 2003/470 (London/Noordhollandsche).

⁴¹ HR 20 februari 2004, LJN AO1427, NJ 2005/493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox).

⁴² HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2835, NJ 2017/11 (Duisenbergregeling).

het belang van de positie van derden een zekere objectivering in de toe te passen maatstaf aan te brengen.

Het voorgaande roept de vraag op of alle tot en met DSM/Fox onder de cao-norm gebrachte gevallen volledig vergelijkbaar zijn en of daaronder niet ook gevallen zijn waarvoor geobjectiveerde Haviltex evenzeer of zelfs beter voldoet. Die vraag krijgt extra reliëf door het arrest FNV/Condor.⁴³ Dat arrest betrof de uitleg van een sociaal plan waarvoor Condor als moedermaatschappij garant stond. Niet uit de tekst van het sociaal plan, maar uit niet-openbare eerdere concepten van het sociaal plan en het positieve advies van de ondernemingsraad bleek de bedoeling dat ook werknemers die weliswaar bij de reorganisatie van dochtermaatschappij Ossfloor hun baan behielden (de zogenaamde achterblijvers) maar die baan vervolgens zouden verliezen in geval van faillissement van Ossfloor, recht op een ontslagvergoeding zouden hebben. Volgens het hof deed die niet-openbare partijbedoeling niet mee, omdat de cao-norm daarvoor geen ruimte zou bieden. De Hoge Raad ziet dat anders.

Vanwege het grote belang van het arrest citeer ik ruim. De Hoge Raad begint met een uiteenzetting van de inhoud en bereik van de cao-norm:

‘3.4. Volgens vaste rechtspraak geldt voor de uitleg van een bepaling van een cao de zogeheten CAO-norm. Deze houdt in dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. 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. (Vgl. HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889, NJ 2012/142).

Ook de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken (vgl. HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376, NJ 2003/110). 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, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend (vgl. HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4366, NJ 2003/111).

Ook de uitleg van een sociaal plan dat niet als een cao kan worden aangemerkt, moet geschieden aan de hand van de CAO-norm (vgl. HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5961, NJ 2000/473).’

⁴³ HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, NJ 2017/114 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (FNV/Condor).

De Hoge Raad houdt er dus aan vast dat op een sociaal plan, ook als dat plan niet als een cao kan worden aangemerkt, de cao-norm van toepassing is. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de ratio voor de cao-norm:

‘3.5. De hiervoor in 3.4 vermelde rechtspraak waarin de CAO-norm is ontwikkeld en toegepast, ziet op gevallen waarin de door de rechter uit te leggen bepaling van de overeenkomst mede de rechtspositie van derden beïnvloedt. Onder zodanige derden zijn te verstaan partijen – in het geval van een cao: individuele werknemers en werkgevers – die niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst en dus geen invloed hebben kunnen uitoefenen op de inhoud of de formulering van de daarin opgenomen bepalingen, en voor wie de bedoelingen van de wel bij die totstandkoming betrokken partijen slechts kenbaar zijn uit de in die overeenkomst opgenomen bepalingen of bijbehorende schriftelijke toelichting. Blijkens deze rechtspraak strekt de CAO-norm in de eerste plaats ertoe te voorkomen dat die niet kenbare partijbedoeling wordt tegengeworpen aan zodanige derden. Voorts is in de hiervoor in 3.4 vermelde uitspraak van 26 mei 2000 beklemtoond dat niet kan worden aanvaard dat een bepaling van een cao op verschillende wijzen zou moeten worden uitgelegd al naar gelang de personen die bij een geschil daaromtrent als procespartijen in het geding zijn betrokken. Hieruit volgt dat de CAO-norm tevens ertoe strekt te verzekeren dat een cao voor alle onder de werkingssfeer daarvan vallende partijen op dezelfde wijze wordt uitgelegd.

Uit een en ander volgt dat de bestaansgrond van de CAO-norm is gelegen in de bescherming van derden tegen een uitleg van een bepaling in een overeenkomst waarbij betekenis wordt toegekend aan de voor hen niet kenbare partijbedoeling, en in de noodzaak van een eenvormige uitleg voor alle door die overeenkomst gebonden partijen.’

De bestaansgrond van de cao-norm is dus tweeledig: het belang van uniforme uitleg en de bescherming van derden tegen een uitleg op basis van een niet-kenbare partijbedoeling. Vervolgens komt het DSM/Fox-arrest aan de orde:

‘3.6. In HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493 (DSM/Fox) is overwogen dat tussen de Haviltexnorm en de CAO-norm geen tegenstelling bestaat, maar een vloeiende overgang, en dat de rechtspraak over uitleg als gemeenschappelijke grondslag heeft 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. Mede gelet op hetgeen hiervoor in 3.5 is overwogen over de bestaansgrond van de CAO-norm, is een van die norm afwijkende uitleg denkbaar voor een situatie als de onderhavige, waarin het gaat om de vraag of een groep werknemers die uitgaande van de tekst van een sociaal plan buiten de werkingssfeer daarvan valt, daaraan niettemin rechten kan ontleen.’

Ondanks de toepasselijkheid van de cao-norm is dus in verband met de vloeiende overgang en de bestaansgrond van de cao-norm bij wijze van uitzondering een afwijkende uitleg denkbaar. Vervolgens somt de Hoge Raad op waardoor het te beslissen geval wordt gekenmerkt:

‘3.7.1. Het onderhavige geval wordt gekenmerkt door de volgende feiten en omstandigheden:

(i) Condor heeft zich garant gesteld voor de nakoming van de verplichtingen van haar dochteronderneming Ossfloor uit hoofde van het door laatstgenoemde met FNV gesloten Sociaal Plan. Nu het hof deze garantie – in navolging van partijen – heeft gekwalificeerd als een overeenkomst van borgtocht, moeten de verplichtingen van Condor jegens FNV c.s. worden bepaald door uitleg van het Sociaal Plan.

(ii) De onderhandelingen over het Sociaal Plan vonden plaats tussen – aan de ene kant – vertegenwoordigers van FNV en – aan de andere kant – de personeelsfunctionaris en de bedrijfsleider van Ossfloor, terwijl namens Ossfloor mede werd onderhandeld door de controller en het hoofd personeelszaken van de Condor Groep.

(iii) Het Sociaal Plan is in werking getreden op de datum van bereiken van het akkoord, dat wil zeggen 20 mei 2010, en kent een looptijd tot en met 31 december 2015.

(iv) Het Sociaal Plan is tevens ondertekend door de directeur van Condor, waarbij aan het Sociaal Plan de bepaling is toegevoegd dat Condor zich garant stelt voor de uitvoering van dit Sociaal Plan ‘indien er binnen de looptijd van dit sociaal plan zich een faillissement voordoet danwel Condor Capital BV besluit om Ossfloor, binnen de looptijd van dit sociaal plan te sluiten’.

(v) De OR van Ossfloor heeft ingestemd met de reorganisatie van Ossfloor, en heeft deze instemming mede verleend op de gronden vermeld hiervoor in 3.1 onder (viii).

(vi) Alle partijen voor wie de uitleg van het Sociaal Plan van belang is, te weten FNV, Condor en alle achterblijvers, zijn betrokken in de onderhavige procedure, terwijl Ossfloor failliet is verklaard, en de werknemers die tijdens de reorganisatie van mei 2010 zijn ontslagen, reeds een vergoeding op de voet van het Sociaal Plan hebben ontvangen.’

Aldus spitst de Hoge Raad de motivering geheel toe op de te beslissen zaak. De ontknoping is niet verrassend meer:

‘3.7.2. De onderdelen 1a en 1b klagen terecht dat het hof heeft miskend dat de hiervoor in 3.7.1 genoemde feiten en omstandigheden meebrengen dat bij de uitleg van het Sociaal Plan mede betekenis toekomt aan de voor derden niet kenbare bedoelingen van de opstellers van het Sociaal Plan. In het licht van de hiervoor in 3.5 vermelde bestaansgrond van de CAO-norm is de toepassing daarvan in het onderhavige geval immers niet gerechtvaardigd. Voorts voeren de onderdelen 2a en 2d terecht aan dat in dit geval in die uitleg ook de niet-openbare eerdere concepten van het Sociaal Plan en het positieve advies van de OR bij het reorganisatieplan moeten worden betrokken.’

Voor derden niet kenbare bedoelingen van de opstellers van een sociaal plan doen hier – niettegenstaande het uitgangspunt dat de cao-norm van toepassing is – dus toch mee.

Het arrest is in de literatuur gunstig ontvangen.⁴⁴ Dat komt, denk ik, vooral omdat het resultaat zo aanspreekt. Tegelijk valt niet te ontkennen dat het arrest onzekerheid

⁴⁴ Vergelijk, behalve de NJ-noot van T.F.E. Tjong Tjin Tai, onder meer: S. Bakker, ORP 2017/167; B. Barentsen e.a., NJB 2017/1913, G.J. Boeve, Bb 2016/90; R.L. van Heusden, JAR 2016/303; I.D. Hoekerd,

schept over de juiste afbakening van de cao-norm. Geldt de nuancering die erin is aanvaard wel in gelijke mate voor alle gevallen waarin de cao-norm toepassing vindt? Dat valt reeds op praktische gronden te ontkennen, omdat ingeval van een cao nauwelijks voorstelbaar is dat allen voor wie de uitleg van die cao van belang is, in het zelfde geding zullen zijn vertegenwoordigd. Er bestaat echter reden om de kwestie vanuit een meer principieel perspectief te beschouwen. NJ-annotator Tjong Tjin Tai suggereert dat het onderhavige sociaal plan het karakter van een meerpartijenovereenkomst droeg, waarbij de werknemers bij de onderhandelingen vertegenwoordigd waren. Dat geval moet volgens hem worden onderscheiden van dat van een echte cao, die gelding heeft voor een onbepaalde groep (rechts)personen en ook op toekomstige verhoudingen betrekking heeft. Mij spreekt deze gedachte aan. Ik zei al dat cao's in het arbeidsrecht een functie vervullen die zich laat vergelijken met die van wetgeving. Dat geldt het sterkst voor de algemeen verbindend verklaarde cao, maar in iets mindere mate ook voor de bedrijfstak-cao en de onderneming-cao.

Het arrest FNV/Condor laat zich zo lezen dat voor alle gevallen waarop de cao-norm van toepassing is de vloeiende overgang van DSM/Fox tot gevolg heeft dat bij uitzondering niet-kenbare gegevens een rol kunnen spelen. Die lezing kent uiteraard een aanzienlijke prijs van rechtsonzekerheid en leidt in talloze procedures tot spraakverwarring. Zou het niet beter zijn om tot een herschikking te komen van de gevallen waarvoor de cao-norm geldt, aldus dat die norm behalve voor de echte cao alleen gelding heeft voor ten volle met de cao te vergelijken rechtsfiguren (zoals de verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst)? Een uitzondering die de ruimte biedt om niet-kenbare stukken tóch in de uitleg te betrekken, is mijns inziens dan niet meer nodig. De figuren die nu mede onder de cao-norm worden gebracht maar in mijn voorstel niet meer (zoals het sociaal plan dat geen cao is) kunnen zonder probleem onder de Haviltexmaatstaf worden gebracht met de aantekening dat in verband met de betrokkenheid van derden en het belang van uniforme uitleg argumenten ontleend aan feiten en omstandigheden die voor derden kenbaar zijn in het algemeen aanzienlijk zwaarder wegen dan argumenten waarvoor dit niet geldt.

7.3 Verwarring over de inhoud van de cao-norm

De gedachte aan een dergelijke herschikking van gevallen die wel of niet onder de (meer consequent te handhaven) cao-norm vallen, dunkt mij extra aantrekkingskracht te hebben gekregen door een recente ontwikkeling die mij eerlijk gezegd heeft verrast. In gevallen waarin de uitleg van een cao aan de orde was, wordt in een arrest van de Hoge Raad van 4 mei 2018⁴⁵ gezegd dat bij de toepassing van de cao-norm geen bete-

JIN 2017/2; Jac. Hijma, WPNR 2017/7166; H.N. Schelhaas, Ondernemingsrecht 2017/88 en TAP 2017/261; J.H.M. Spanjaard, AV&S 2017/8 en Contracteren 2017/1.6.

⁴⁵ HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678, RvdW 2018/591 (FNV/uitzendorganisatie bouwVergelijk ook HR 9 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:180, NJ 2018/91 (CSU/F. c.s.), waaruit meer impliciet dezelfde opvatting blijkt.

kenis zou kunnen worden toegekend aan andere stukken dan de tekst van de cao en de eventueel daarbij behorende toelichting, ook niet als die stukken algemeen kenbaar zijn. Die regel presenteert de Hoge Raad na een overweging die aansluit bij eerdere rechtspraak, waaronder de arresten DSM/Fox en FNV/Condor:

‘3.4.2. Volgens vaste rechtspraak geldt voor de uitleg van een cao de zogenoemde cao-norm. Deze houdt in dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. 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. Ook de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken. 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, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend. (Zie onder meer HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, NJ 2017/114 (FNV/Condor), rov. 3.4 en HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493 (DSM/Fox), rov. 4.2-4.5.)’

Kortom, continuïteit slaat de klok, naar het schijnt. Maar dan volgt:

‘3.4.3. Anders dan het middel betoogt, kan bij de toepassing van de cao-norm geen betekenis worden toegekend aan andere stukken dan de tekst van de cao en de eventueel daarbij behorende toelichting. Dat wordt niet anders indien dergelijke andere stukken algemeen kenbaar zijn, afkomstig zijn van de gezamenlijke cao-partijen en bedoeld zijn om werkgevers en werknemers voor te lichten over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. Zij vormen ook dan immers geen deel van de uit te leggen rechtsbron (de tekst van de cao), en hebben evenmin de status van een bij die tekst behorende toelichting. Bij een andere opvatting zou voor degenen voor wie de cao geldt onvoldoende duidelijk zijn welke bronnen wel en welke niet bij de uitleg mogen worden betrokken. Gelet op de bestaansgrond van de cao-norm (zie het hiervoor genoemde arrest FNV/Condor, rov. 3.5) kan dit niet worden aanvaard.’

Laat ik vooropstellen dat ik mij zeer wel wat kan voorstellen bij de opvatting volgens welke alleen de tekst van de cao object van uitleg is. Dat past bij de status van een cao als objectieve rechtsbron (welke status de Hoge Raad ook aanduidt). Daarnaast geldt dat een cao alleen bij authentieke of onderhandse akte worden aangegaan (art. 3 Wet cao). Ook in verband daarmee is alleszins verdedigbaar dat uitleg van een cao uitleg van de schriftelijke tekst van die cao is (hoezeer ook die uitleg iets anders is dan grammaticale uitleg). Het is een breder verschijnsel dat rechtshandelingen waarvoor het beginsel van het consensualisme niet geldt, op andere wijze worden uitgelegd dan

rechtshandelingen waarvan de vorm vrij is.⁴⁶ Dat aan de toelichting van een cao, indien die er is, bijzondere betekenis toekomt, acht ik eveneens begrijpelijk. Die toelichting heeft op grond van art. 4 Wet CAO een bijzondere status, omdat die bepaling de verenigingen die partij bij een cao zijn, verplicht om niet alleen de tekst van een afgesloten cao aan haar leden ter beschikking te stellen, maar ook die van de toelichting. Bij een en ander komt dan nog het al eerder aangeduide karakter van een cao als een vorm van objectief recht (de algemeen verbindend verklaarde cao) of wat in de richting gaat (de bedrijfstak- en onderneming-cao). Ook dat pleit ervoor om de tekst van de cao zelf centraal te stellen als het exclusieve object van uitleg.

Niettemin roept het arrest van 4 mei 2018 mijns inziens onvermijdelijk vragen op. In de eerste plaats lijkt het arrest niet goed, althans niet duidelijk genoeg, te onderscheiden tussen het object van uitleg (de tekst van de cao) en de bij de uitleg te gebruiken gegevens. Categorisch wordt gezegd dat bij de toepassing van de cao-norm geen betekenis kan worden toegekend aan andere stukken dan de tekst van de cao en de eventueel daarbij behorende toelichting. Zó kan dat natuurlijk niet waar zijn. Nog in 2017 heeft de Hoge Raad bepalingen van de CAO Jeugdzorg nadrukkelijk uitgelegd tegen de achtergrond van de stelselwijziging van de Jeugdwet en de Wmo 2015.⁴⁷ Het is, meen ik, ondenkbaar dat de Raad nu, een jaar later, wil zeggen dat dit onjuist was. Dat het redelijkerwijs zo niet kan zijn bedoeld, lijkt me ook te volgen uit de overeenstemming tussen uitleg van een cao en uitleg van de wet. Ook bij de uitleg van de wet letten we op meer dan uitsluitend op de wettekst en de memorie van toelichting. Iets anders is dat de wettekst zelf object van uitleg blijft, ook als een veelheid van gegevens bij die uitleg een rol speelt. Ik wijs er nog op dat in het arrest van 4 mei 2018 mede wordt verwezen naar rechtsoverweging 4.5 van het DSM/Fox-arrest, welke overweging begint met de al geciteerde zinsnede dat voor alle uitleg, ook die volgens de cao-norm, het uitgangspunt geldt dat telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval. Kortom, alleszins aannemelijk dunkt mij de lezing dat de Hoge Raad slechts bedoelt dat alleen de cao zelf object van uitleg is. Bij die uitleg mag van objectief kenbare gegevens wel degelijk gebruik worden gemaakt.⁴⁸ In dat verband komt aan de eventuele toelichting op de cao een bijzonder gewicht toe.

Ook zo begrepen roept het arrest in de tweede plaats afbakeningsvragen op. Waar de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.3 verwijst naar de bestaansgrond van de cao-norm volgens FNV/Condor, dus bescherming tegen niet-kenbare bedoelingen en uniformiteit, lijkt de (zeer) strakke invulling van de cao-norm die die overweging voorschrijft, te gelden voor alle rechtsfiguren waarop de cao-norm van toepassing is. Er bestaat zelfs

⁴⁶ Zie mijn preadvies, p. 26, waar ik verwijs naar de rechtspraak met betrekking tot de uitleg van huwelijksvoorwaarden, HR 18 juni 2004, LJN AO7004, NJ 2004/399.

⁴⁷ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:772, NJ 2017/314 m.nt. S.F.M. Wortmann (FNV/Jugdbescherming West Z-H).

⁴⁸ Anders dan de tekst van het arrest naar de letter zegt.

potentieel een uitstralingseffect naar gevallen die onder geobjectiverde Haviltex vallen vanwege de onder meer in FNV/Condor benadrukte vloeiende overgang.

Ook het gebezigde argument dat bij een andere opvatting onduidelijk zou zijn welke bronnen wel en welke niet bij de uitleg mogen worden betrokken, geldt ook voor andere rechtsfiguren dan cao's. Geldt echter ook voor al die figuren dat sprake is van een rechtsbron, vergelijkbaar met een cao? Het Bindend Besluit Regres 1984 (BBR) waarover de Hoge Raad in 2003 oordeelde,⁴⁹ was een regeling tussen verzekeraars onderling, zonder wettelijke basis. Dat een ieder op wie door een verzekeraar regres wordt genomen zich op de regeling kan beroepen, berust op een derdenbeding. Dat de regeling op papier staat, berust niet op een wettelijk vormvoorschrift (maar op praktische overwegingen die zich gemakkelijk laten raden). Als de gezamenlijke verzekeraars informatie verstrekken over de inhoud van de regeling in bijvoorbeeld een publieksbrochure, is dan overtuigend dat wie daarop mede zijn verwachtingen afstemt, te horen behoort te krijgen dat alleen het BBR zelf en de eventuele *officiële* toelichting op die regeling voor zijn rechten bepalend zijn? En wat als de informatie afkomstig is van de regresnemende verzekeraar zelf, brengt de bestaansgrond van de cao-norm dan werkelijk mee dat dit zonder betekenis is? Ik meen dat het antwoord op deze vragen steeds ontkennend behoort te luiden. Als dat zo is, onderstreept dat het belang van een herstelling volgens welke minder onder de cao-norm valt dan eerder is aanvaard.

7.4 Geobjectiverde Haviltex

Daarmee komen we als vanzelf aan bij wat wel kortweg wordt aangeduid als 'geobjectiverde Haviltex', dus de in het DSM/Fox-arrest aanvaarde leer dat naarmate meer derden bij een overeenkomst betrokken zijn, terwijl het bovendien de bedoeling is om deze derden uniform te behandelen, ook bij toepassing van de Haviltexmaatstaf, kort gezegd, objectiverende uitleg behoort plaats te vinden. Niet-kenbare feiten en omstandigheden blijven nu niet a priori buiten beeld, maar zijn als argumenten voor een bepaalde uitleg wel 'verdacht'. Andersom gezegd: aan wat ook voor derden kenbaar is, komt bij de uitleg extra gewicht toe.⁵⁰ Het procedé van geobjectiverde Haviltex is bij uitstek geschikt voor maatwerk. Daarbij dient de cassatierechter aan de feitenrechtpraak mijns inziens de nodige ruimte te laten door de norm alleen globaal te omschrijven. Dat voorkomt dat rechters krampachtig blijven zoeken naar een precieze formulering van de juiste norm en benadrukt het belang van een open oog en oor voor de bijzonderheden van elk individueel geval. De formulering van de vloeiende overgang dunkt mij in dit verband alleszins geschikt. Consequentie van een globale omschrijving van de norm is uiteraard dat rechtsklachten in cassatie weinig kans zullen hebben, maar dat zie ik niet als een bezwaar. Ongelukken in de feitenrechtpraak kunnen worden geredresseerd met een klacht volgens welke het oordeel van het hof in het

⁴⁹ HR 16 mei 2003, LJN AF4621, NJ 2003/470 (London/Noordhollandsche). Thans geldt een aangepaste regeling: Bedrijfsregeling Brandregres 2014.

⁵⁰ Uitvoerder mijn preadvies, p. 37 e.v.

licht van de norm en van bepaalde door het middel te omschrijven vaststaande feiten of in de feitelijke instanties betrokken stellingen onbegrijpelijk is dan wel onvoldoende gemotiveerd.

In verband met geobjectiveerde Haviltex is van belang een recent arrest van de Hoge Raad inzake een vakantiepark.⁵¹ Dat arrest bevat in de eerste plaats de les dat de omstandigheid dat een aanspraak is overgedragen, geen grond is voor geobjectiveerde uitleg. De oorspronkelijke exploitant van het vakantiepark had zijn aanspraken ter zake van de jaarlijks door de eigenaren van de huisjes op het park te betalen parkbijdrage aan de nieuwe exploitant gecedeerd. De nieuwe exploitant is ten opzichte van de oorspronkelijke afspraken niet te beschouwen als een derde, maar is rechtsopvolger van een van de oorspronkelijke contractspartijen. Daarom is de gewone Haviltexmaatstaf bepalend, zonder dat aanleiding bestaat voor een bijzonder accent op feiten en omstandigheden die objectief kenbaar zijn. Alleen art. 3:36 BW kan ertoe leiden dat de nieuwe exploitant andere aanspraken kan doen gelden dan zijn rechtsvoorganger, maar dat veronderstelt dan een rechtsschijn die berust op een verklaring of gedraging van de desbetreffende schuldenaar (tevens eigenaar van een huisje op het park).

Ik meen dat een en ander alleszins juist is. Dat een rechtsopvolger dezelfde uitleg tegen zich moet laten gelden als de oorspronkelijke schuldeiser kan zowel worden verklaard met behulp van de goederenrechtelijke *nemo plus*-regel (niemand kan meer rechten overdragen dan hijzelf heeft) als de verbintenissenrechtelijke verweermiddelenregel (art. 6:145 BW). Kortom, hoewel rechtsopvolgers onder bijzondere titel mogelijk op het eerste gezicht voor derden zouden kunnen worden aangezien, zijn zij dat in de zin van het uitleggestuk niet, zomin als rechtsopvolgers onder algemene titel.⁵²

In een overweging ten overvloede gaat de Hoge Raad in het arrest ook in op de uitlegmaatstaf zoals van toepassing op de vraag welke aanspraken de huidige eigenaren van de huisjes jegens de huidige beheerder van het bungalowpark aan het onderhavige beding kunnen ontlenen met betrekking tot de soort en mate van onderhoud en renovatie van de algemene delen van het park en welke parkbijdrage daar tegenover staat. Het beding omtrent de parkbijdrage draagt het karakter van een kettingbeding en de rechtsopvolgers van de oorspronkelijke eigenaren van de huisjes zijn bij dat beding dus betrokken als een derde die het kettingbeding heeft aanvaard. Dat betekent dat in deze verhouding de maatstaf van 'geobjectiveerde Haviltex' van toepassing is. Ook dit lijkt mij volkomen juist. Ik heb echter aarzelingen bij de wijze waarop de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.3 de toepasselijke uitlegmaatstaf omschrijft:

'Nu met deze regeling gelet op het daaraan verbonden kettingbeding is beoogd de rechtspositie van derden (de kopers van huisjes) te bepalen, bestaat bij de uitleg daarvan grond om uit te gaan van een geobjectiveerde variant van de Haviltex-maatstaf, waarbij aan de

⁵¹ HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148, RvdW 2018/240 (Dammer c.s./Lecc c.s.).

⁵² De positie van een rechtsopvolger onder algemene titel verschilt intussen in zoverre van die van een rechtsopvolger onder bijzondere titel dat eerstgenoemde, anders dan laatstgenoemde, ook geen beroep kan doen op art. 3:36 BW.

bewoordingen van de regeling, gelezen in het licht van de gehele inhoud van de overeenkomst, in beginsel doorslaggevend gewicht toekomt (vgl. rov. 3.5.1 van HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4410, NJ 2008/104 (NBA/Meerhuysen)).’

Mijn aarzeling heeft betrekking op het slot, volgens welke aan de bewoordingen van de regeling in beginsel doorslaggevend gewicht toekomt. Dit is niet een globale omschrijving van de norm aan de hand van de glijdende schaal zoals ik die hiervoor bepleitte, maar een uitgewerkte vuistregelnorm. Consequentie van de keuze voor een min of meer scherp omschreven norm is onvermijdelijk dat de door de Hoge Raad gekozen formulering onder het vergrootglas komt te liggen, met het risico dat verschillen worden gezocht waar ze er niet zijn en/of onjuiste conclusies worden getrokken. In die formulering ligt naar mijn smaak bovendien te veel accent op de tekst van het kettingbeding. De Hoge Raad verwijst naar rechtsoverweging 3.4.1 van het arrest NBA/Meerhuysen. Vergelijking met die overweging is mijns inziens leerzaam:

‘3.4.1. Onderdeel 1 stelt aan de orde of bij de vraag welke betekenis NBA in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan het kettingbeding heeft behoren toe te kennen, van haar een onderzoek kon worden geleverd naar de bedoelingen van de partijen die het beding zijn overeengekomen. Het onderdeel beantwoordt die vraag in ontkennende zin en bepleit daartoe een sterk geobjectieerde maatstaf bij de uitleg van het beding.

Dit is in zoverre juist dat in een geval als dit, waarin sprake is van een koop op een executoriale veiling, als uitgangspunt bij de uitleg van een van de veilingvoorwaarden deel uitmakend beding als het onderhavige, waarmee wordt beoogd de rechtspositie van een derde, te weten de veilingkoper, te bepalen, een toespitsing van de Haviltex-norm op een geobjectieerde maatstaf in de rede ligt. Op de grondslag dat van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen (HR 20 februari 2004, nr. Co2/219, NJ 2005, 493), leidt dit tot het volgende.

Eenzijds 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 deel te nemen, kan worden geleverd 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.’

Uiteraard is ook dit niet de hiervoor door mij bepleite globale formulering van de norm; in zoverre komt de aanpak van de Hoge Raad in beide arresten overeen. Ik signaleer echter ook wezenlijke verschillen.

Waar volgens NBA/Meerhuysen het vertrekpunt is dat van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, komt volgens Dammer c.s./Lecc c.s. aan de bewoordingen van het kettingbeding een in beginsel doorslaggevend gewicht toe. Waar NBA/Meerhuysen in een enigszins meanderende redenering demonstreert dat geobjectiveerde Haviltex veronderstelt dat de rechter maatwerk levert, stuurt Dammer c.s./Lecc c.s. hem meteen naar de schriftelijke tekst van het kettingbeding. In dit verband moeten we bedenken dat een kettingbeding weliswaar vrijwel steeds op papier zal zijn gesteld, maar tegelijk niet aan enig vormvoorschrift is onderworpen. De in het arrest Dammer c.s./Lecc c.s. gekozen formulering lijkt weinig ruimte te bieden voor een uitleg die bijvoorbeeld mede aan van de zijde van de vorige of huidige exploitant van het park gedane mededelingen en/of een gegroeide praktijk gewicht toekent. Ik betwijfel of dat terecht zou zijn. In de verwijzing naar NBA/Meerhuysen lees ik graag dat de nieuwe formulering niet werkelijk beperkend is bedoeld.

7.5 Evaluatie

Als we het terrein van de geobjectiveerde uitleg in verband met de positie van derden proberen te overzien, zal dit in de eerste plaats begrip opleveren voor de ervaren rechters die zich bij mij erover hebben beklagd dat het allemaal zo ingewikkeld is geworden. Dat begrip zou zich moeten vertalen in een poging om tot vereenvoudiging te geraken zonder zinvolle nuances te verliezen.

Element van die vereenvoudiging kan een beperking zijn van de cao-norm tot de rechtsfiguur waarvoor die norm is uitgevonden, dus de cao, en wat daarmee *ten volle* vergelijkbaar is. Ik denk bij dit laatste vooral aan de verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst. Alle rechtsfiguren waarvoor geldt dat ze niet kunnen worden beschouwd als een objectieve rechtsbron en evenmin als een aan een vormvoorschrift onderworpen regeling die gelding heeft voor een onbepaalde groep personen en ook voor toekomstige gevallen, kunnen beter buiten het bereik van de cao-norm worden gebracht. Vervolgens kan die norm strakker worden geformuleerd, in die zin dat de tekst van de cao het object van uitleg is en uitsluitend objectief kenbare gegevens een rol mogen spelen, de eventuele toelichting op de cao voorop. Natuurlijk heb ik mij de vraag gesteld of nog een voorbehoud bij deze strakke norm nodig is, bijvoorbeeld door te zeggen dat die norm ‘in beginsel’ geldt. Ik ben geneigd om te denken dat dit bij het bepleite beperkte toepassingsbereik van de norm niet meer nodig is. Bij dit laatste moeten we bedenken dat in geschillen waarin de uitleg van een cao een rol speelt, er doorgaans meer zal zijn dan die cao alleen. Bijvoorbeeld op grond van de norm van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) kunnen tussen een individuele werkgever en

werknemer eventueel aanvullende rechtsgevolgen intreden. Dat maakt een strakke norm voor de uitleg van cao's te minder bezwaarlijk.

Ik zie geen goede reden om aan de norm zoals die geldt voor goederenrechtelijke overeenkomsten tot levering van respectievelijk vestiging van een beperkt recht op een registergoed te sleutelen. Die regel is strak, maar daarvoor bestaan goede redenen. Slechts behoeft verheldering dat gegevens van buiten de akte een rol kunnen spelen voor zover de akte daarnaar verwijst en die gegevens objectief kenbaar zijn. Terzijde wijs ik er nog op dat tussen de oorspronkelijke partijen de onderliggende obligatoire verhouding nuancerings kan opleveren, bijvoorbeeld aldus dat aanspraak bestaat op levering van een bij vergissing niet geleverde strook grond. Ook afwijzing op grond van misbruik van bevoegdheid van een vordering die weliswaar in overeenstemming is met de goederenrechtelijke verhoudingen, maar in strijd met de onderliggende rechtsverhouding van obligatoire aard, behoort tot de mogelijkheden.⁵³

Het resterende terrein kan eenvoudig onder 'geobjectiveerde Haviltex' worden gebracht, dus in die zin dat naarmate potentieel meer derden worden geraakt en uniformiteit is bedoeld, bij de uitleg van de diverse door partijen afgelegde wilsverklaringen meer nadruk op objectief kenbare gegevens behoort te worden gelegd. Die glijdende schaal stelt de rechter die over de feiten oordeelt in staat om maatwerk te leveren. In dat maatwerk zou de cassatierechter hem niet voor de voeten moeten lopen; globale normstelling is hier gewenst. Een passende rechtsbescherming in cassatie is bereikbaar via de route van klachten over de begrijpelijkheid van het oordeel van de feitenrechter en/of over de kwaliteit van de gegeven motivering.

8. Uitonderhandelde contracten

8.1 Lastig leesbare arresten

Voor overeenkomsten tussen commerciële partijen die op schrift zijn gesteld na grondige onderhandelingen met deskundige bijstand is wel bepleit dat een bijzondere uitlegmaatstaf zou moeten gelden, waarbinnen met meer of minder nuances grammaticale uitleg centraal zou moeten staan. Voor zover dat niet al eerder gold, is na het arrest *Lundiform/Mexx*⁵⁴ volkomen duidelijk dat dit niet de lijn van de Hoge Raad is.

En dat lijkt mij volkomen terecht. In de eerste plaats biedt de Haviltexmaatstaf reeds alle ruimte om rekening te houden met de wijze waarop een overeenkomst tot stand is gekomen en dus ook met de omstandigheid dat over een bepaalde formulering min of meer intensief en met deskundige bijstand is onderhandeld. Een dergelijke voorgeschiedenis van de tekst van het contract geeft aan die tekst uiteraard een bijzonder gewicht. Meer is niet op zijn plaats. Waar gehakt wordt, vallen spaanders en dus kan ook met deskundige bijstand een ongelukkige tekst op papier komen. Blijkt uit andere

⁵³ HR 22 oktober 2010, LJN BM8933, NJ 2011/111 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Kamsteeg/Lisser). Vergelijk mijn preadvies, p. 61 e.v.

⁵⁴ HR 5 april 2013, LJN BY8108, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

omstandigheden dat niet kan zijn bedoeld wat er naar de letter lijkt te staan, dan moet er ruimte blijven voor een aan die letter tegengestelde uitleg.

In de tweede plaats, ik benoemde het reeds bij de bespreking van de cao-norm, is een bijzondere maatstaf voor een bepaalde categorie gevallen voor de cassatierechter vaak lastig beheersbaar. Dat zou zeker ook gelden voor een bijzondere maatstaf voor uitonderhandelde contracten. Hoe intensief moet zijn onderhandeld? Welke deskundigheid is voldoende voor toepassing van de veronderstelde bijzondere norm? Wat is precies een commerciële partij, of kan onder omstandigheden ook tussen niet commerciële partijen de bijzondere norm gelden? Deze en dergelijke vragen zouden de Hoge Raad gemakkelijk zaak na zaak bezig kunnen houden en wel zonder een duidelijke einduitslag, omdat de veelkleurige praktijk waarschijnlijk steeds nieuwe variaties oplevert.

Niettemin stellen ook ervaren juristen mij vaak bezorgde vragen over de rechtspraak over uitonderhandelde contracten ('Begrijp ik het goed als ik zeg..., of...'). Wie de arresten Meyer Europe/PontMeyer,⁵⁵ Derksen/Homburg,⁵⁶ Melfund/Wagram⁵⁷ en ten slotte Lundiform/Mexx zorgvuldig met elkaar probeert te vergelijken, begrijpt dat. De lezer raakt gemakkelijk verstrikt omdat voor al deze arresten geldt dat de Hoge Raad enkel naar aanleiding van de diverse klachten van de middelen normen formuleert (dus zonder een vooropstelling waarin de normen ook in abstracto worden uiteengezet). Daarbij is extra complicerend dat in de arresten niet alleen de uitlegnorm als zodanig aan de orde is, maar ook de vrijheid van de rechter om een voorlopig oordeel te geven op basis van (kort gezegd) de taalkundige betekenis van de contractstekst en zijn finaal oordeel op te schorten tot na bewijslevering. Die bewijslevering is uiteraard aan de partij die bij gelegenheid van het voorlopig oordeel op achterstand is komen te staan, maar zonder dat een bewijlastomkering plaatsvindt ten opzichte van wat op grond van art. 150 Rv geldt (daarom spreekt de Hoge Raad consequent van het leveren van 'bewijs dan wel tegenbewijs').⁵⁸ Verder lopen materiële norm en processuele en bewijsrechtelijke vormgeving in die zin door elkaar, dat het bedoelde voorlopige oordeel een definitief oordeel mag zijn als door de bedoelde partij geen bewijs respectievelijk tegenbewijs is aangeboden. Ten slotte berustten mogelijk sommige overwegingen in deze arresten op een welwillende benadering door de Hoge Raad van het arrest van het hof. Aan zulke overwegingen, die recht breien wat bij het hof een tikje krom was, kunnen we uiteraard geen verstrekkende conclusies voor volgende gevallen verbinden.

8.2 Formulering van de eindstand

Het is wenselijk dat in een volgende zaak door de Hoge Raad een vooropstelling wordt gegeven waarin het normenkader voor uitonderhandelde contracten los van de bijzonderheden van de individuele zaak wordt uiteengezet.

⁵⁵ HR 19 januari 2007, LJN AZ3178, NJ 2007/575 m.nt. M.H. Wissink (Meyer Europe/PontMeyer).

⁵⁶ HR 29 juni 2007, LJN BA4909, NJ 2007/576 m.nt. M.H. Wissink (Derksen/Homburg).

⁵⁷ HR 29 juni 2012, LJN BW1981, RvdW 2012/924 (Melfund/Wagram).

⁵⁸ Vergelijk mijn preadvies, p. 48 en 88 e.v.

Als ik dat kader bij wijze van voorzet probeer samen te vatten, kom ik tot het volgende. Indien tussen partijen langdurig, intensief en/of met deskundige bijstand is onderhandeld over een formulering van de overeenkomst op schrift doet dit niet af aan de toepasselijkheid van de gewone Haviltexmaatstaf. Dit geldt ook voor overeenkomsten tussen commerciële partijen. Omstandigheden zoals zojuist bedoeld kunnen, naar de mate waarin zij zich voordoen, eventueel wel rechtvaardigen dat de rechter extra gewicht toekent aan uitlegargumenten die zijn ontleend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen. Beslissend zijn zulke argumenten echter niet zonder meer, ook niet in beginsel en ze rechtvaardigen ook geen bewijslastomkering.

Ik ben geneigd om hier te stoppen en complicaties in verband met voorlopige oordelen en bewijsaanbiedingen te laten voor wat ze zijn. Die complicaties veranderen namelijk niets aan de inhoud van de norm. Juist dat is de strekking van Lundiform/Mexx, zoals die bij *close reading* blijkt.⁵⁹ Bovendien zeggen ervaren rechters terecht tegen mij dat afgezien van het geval dat een behoorlijk bewijsaanbod ontbreekt, zij niets zien in een eerste fase met een incompleet uitlegoordeel. Die aanpak leidt er namelijk toe dat de bewijslevering die vervolgens moet plaatsvinden potentieel over alles gaat, zodat een enigszins efficiënte ondervraging van getuigen sterk wordt bemoeilijkt. De rechter heeft zich immers over alle andere door partijen gebezigde argumenten dan die aan de tekst zijn ontleend, nog niet uitgelaten, zodat alle procesdeelnemers⁶⁰ in het duister tasten wat in de fase van bewijslevering zinvol is om te onderzoeken en wat niet.

Dat ik de complicatie in verband met een eventueel voorlopig uitlegoordeel weglaat, heeft nog een andere reden. Toen ik hiervoor de norm formuleerde, zei ik dat het extra gewicht voor argumenten ontleend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen geldt *naar de mate waarin*, kort gezegd, intensief en deskundig is onderhandeld. Mijns inziens is dit vanzelfsprekend juist. Toevoeging van de variant van een voorlopig uitlegoordeel zou echter noodzaken om de maat die dáárvoor (dus voor het opknippen van het uitlegoordeel in een voorlopig oordeel op basis van de tekst en een finaal uitlegoordeel na bewijslevering) vereist is, min of meer nauwkeurig te definiëren. Dit levert juist hetzelfde probleem op als ik hiervoor als een argument tegen een eigen uitlegmaatstaf voor uitonderhandelde contracten benoemde: de praktijk is eindeloos geschakeerd en het risico bestaat dat steeds naar aanleiding van nieuwe zaken de grens nader moet worden afgebakend. Mijns in-

⁵⁹ Ik verwijs voor zulke *close reading* naar mijn preadvies, p. 45 e.v.

⁶⁰ Mogelijk met in begrip van de rechter zelf, namelijk zo vaak als hij bezwijkt voor de verleiding om in verband met zijn voorlopige uitlegoordeel op basis van aan de tekst ontleende argumenten, andere argumenten nog niet ten volle tot zich te laten doordringen. Bezwijkt hij voor die verleiding niet, dan kost opschrijven wat hij van die andere argumenten vindt, al dan niet voorlopig, niet zoveel tijd meer en de met dat opschrijven gemoeide inspanning wordt beloond bij gelegenheid van de getuigenverhoren. Daarbij komt dan nog de winst aan duidelijkheid ten opzichte van partijen en hun advocaten.

ziens is de weinig vruchtbare constructie van het voorlopige uitlegoordeel dit allemaal niet waard.

Een voordeel van deze aanpak lijkt mij nog dat een herkenbaar patroon ontstaat. Afgezien van scherpe uitlegnormen en bepaalde bijzondere gevallen (cao's en registergoederen), is het bij uitleg steeds een kwestie van weging van de relevante feiten en omstandigheden, waarbij bijzonderheden – namelijk de betrokkenheid van derden respectievelijk intensieve onderhandelingen – enkel argumenten opleveren voor het toekennen van een extra gewicht bij die weging en niet meer dan dat.⁶¹ Waarop extra gewicht wordt gelegd, is daarbij intussen verschillend, wat begrijpelijk is, omdat de bedoelde bijzonderheden van verschillende aard zijn. De betrokkenheid van derden rechtvaardigt een extra gewicht voor uitlegargumenten die ook voor die derden kenbaar zijn. De bijzondere aandacht die aan een tekst is besteed met de bedoeling om de inhoud van de overeenkomst nauwkeurig te omschrijven, rechtvaardigt een ander accent, namelijk de toekenning van extra gewicht aan uitlegargumenten die aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen ontleend zijn.

9. Het peilmoment van uitleg; dynamische uitleg

9.1 Betekenis van wettelijke vormvoorschrift voor het peilmoment

In het arrest ISG/RBS⁶² heeft Hoge Raad de regel geformuleerd dat 'in het algemeen ook omstandigheden die hebben plaatsgevonden nadat een rechtshandeling is verricht, mede bepalend kunnen zijn voor de uitleg daarvan.' Dat kwam na eerdere rechtspraak van de Raad⁶³ niet meer als een verrassing. Tegelijk maakt de toevoeging 'in het algemeen' de regel enigszins diffuus. Valt nauwkeuriger te definiëren of en in welke mate omstandigheden van na het verrichten van de rechtshandeling bij de uitleg van de rechtshandeling meedoen?

Ik meen dat twee gezichtspunten die hiervoor reeds aan de orde kwamen behulpzaam kunnen zijn en wel in direct verband met elkaar. Het is van belang of voor een rechtshandeling een wettelijk vormvoorschrift geldt of niet en in dat verband moet bovendien onderscheid worden gemaakt tussen het object van uitleg en de gegevens die bij die uitleg mogen worden benut.

In het gewone geval dat de vorm van een rechtshandeling vrij is, is vanzelfsprekend dat er geen vast peilmoment is. Dat geldt zowel voor het object van uitleg als voor de gegevens die bij die uitleg een rol spelen. Object van uitleg zijn niet uitsluitend het op een bepaald moment door de ene partij gedane aanbod en de daarop tijdig door de andere partij gedane aanvaarding.⁶⁴ Wat vervolgens tussen partijen is gebeurd, kan licht werpen op wat zij ten tijde van aanbod en aanvaarding bedoelden. Diezelfde ge-

⁶¹ Uiteraard bedoel ik met extra gewicht voor een bepaalde categorie van uitlegargumenten, ook een lichter gewicht voor andere uitlegargumenten.

⁶² HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382 (ISG/RBS).

⁶³ Vergelijk mijn preadvies, p. 26 e.v.

⁶⁴ Als aanbod en aanvaarding al nauwkeurig zijn aan te wijzen, wat lang niet altijd het geval is.

beurtenissen van na aanbod en aanvaarding kunnen bovendien aanleiding geven tot het oordeel dat, wat er ook zij van de oorspronkelijke bedoeling van partijen, partijen in ieder geval in een later stadium redelijkerwijs iets anders hebben mogen begrijpen en verwachten. Ik heb dat in mijn preadvies ‘dynamische uitleg’ genoemd, in de zin dat de Haviltexmaatstaf ‘voortschrijdend’ wordt toegepast, en de werking ervan geïllustreerd aan de hand van het arrest VDE c.s./Fuchs c.s. met betrekking tot een dierenartsenpraktijk.⁶⁵

Is op een bepaalde rechtshandeling een wettelijk vormvoorschrift van toepassing, dan lijkt mij de bedoelde dynamische uitleg niet vanzelfsprekend. Het vormvoorschrift zoals dat voor een cao geldt, staat in de weg aan een redenering volgens welke de cao mogelijk aanvankelijk A betekende, maar in verband met nadere gedragingen en verklaringen van de partijen bij die cao in een later stadium alsnog B. Is inderdaad overeenstemming bereikt over een andere inhoud, dan dienen partijen een nieuwe cao aan te gaan bij authentieke of onderhandse akte (art. 2 Wet CAO). Het peilmoment bij de uitleg van een cao is het tijdstip van totstandkoming van die cao, omdat alleen die cao zelf het object van uitleg is. Eventuele nadere (stilzwijgende) verklaringen van de partijen bij de cao, komen daarom niet mede als relevante wilsverklaringen in aanmerking. Dat wil, zo meen ik, echter niet zeggen dat feiten en omstandigheden van na de totstandkoming bij de uitleg van een cao geheel buiten beschouwing blijven. Die feiten en omstandigheden kunnen meedoen als gegevens die in de uitleg van de cao mogen worden betrokken. Dat lijkt mij in ieder geval vanzelfsprekend in het volgende geval. Naar aanleiding van een bepaling in een cao rijzen vragen in de praktijk. In de opvolgende cao wordt in verband met die vragen een andere formulering gekozen, maar volgens de toelichting op die opvolgende cao is de nieuwe formulering slechts een verheldering van hetgeen met de aanvankelijke cao-bepaling was bedoeld. Het zou onnodig star en onpraktisch zijn wanneer dit aan de opvolgende cao ontleende gegeven bij de uitleg van de aanvankelijke cao-bepaling buiten beschouwing zou moeten blijven.

Iets vergelijkbaars geldt mijns inziens ook voor (veel) andere rechtshandelingen die aan een wettelijk vormvoorschrift zijn onderworpen. Het al genoemde arrest ISG/RBS had betrekking op de vraag of sprake was een stuitingshandeling in de zin van art. 3:317 BW. Deze vorm van stuiting veronderstelt een *schriftelijke aanmaning of schriftelijke mededeling*. Dat impliceert mede dat die schriftelijke aanmaning of schriftelijke mededeling zelf het object van uitleg is. Tegelijk mogen gegevens van latere datum bij de uitleg van die aanmaning en mededeling wel een rol spelen.⁶⁶

Een automatisme dat een wettelijk vormvoorschrift leidt tot een uitsluiting van dynamische uitleg verdedig ik intussen niet. De ratio van het vormvoorschrift is bepalend.

⁶⁵ HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, NJ 2012/75 m.nt. P. van Schilfgaarde (VDE c.s./Fuchs c.s.). Vergelijk mijn preadvies, p. 29 e.v.

⁶⁶ Uiteraard is óók de strekking van de verjaringsregeling en de positie die stuiting door schriftelijke aanmaning of mededeling daarbinnen inneemt, bij die uitleg van belang. Vergelijk mijn preadvies, p. 27 e.v.

Het vormvoorschrift van art. 7:2 BW voor de koop door een consument van een tot bewoning bestemde onroerende zaak staat vooral in verband met de bedenktijd. Dat voorschrift staat mijns inziens niet in de weg aan dynamische uitleg van bijvoorbeeld een financieringsvoorbehoud of van hetgeen de koper met betrekking tot de eigenschappen van de onroerende zaak mag verwachten (art. 7:17 BW).

9.2 Reactie op de kritiek van Van Dunné

In de gevallen waarin dynamische uitleg wel ten volle aan de orde is, springt extra in het oog dat uitleg een alternatief is voor wat ook met leerstukken die een meer statisch contractsbegrip veronderstellen (zoals de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid en *imprévision*), kan worden bereikt.⁶⁷ Ik zeg dat het ‘extra’ in het oog springt, want alle uitleg draagt een normatief karakter. Naarmate echter meer in de uitleg wordt betrokken – en bij dynamische uitleg wordt er heel veel daarin betrokken – bestaat er (nog) minder behoefte aan een correctie achteraf. Toch zou ik niet willen zeggen dat wij de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid en vergelijkbare leerstukken kunnen afschaffen, of toepassing daarvan als verdacht behoren te beschouwen. De wijze waarop het partijdebat is verlopen, speelt een belangrijke rol bij de keuze die de rechter voor een meer of minder omvattende uitleg maakt.⁶⁸ In verband met het verbod van aanvulling van feitelijke gronden (art. 24 Rv), het grievenstelsel in hoger beroep en het middelenstelsel in cassatie kan dat ook niet werkelijk anders. Ik heb er uiteraard nota van genomen dat ik vanwege deze opvatting in de ogen van Van Dunné⁶⁹ een dwaallicht ben,⁷⁰ maar hij heeft mij niet van iets anders kunnen overtuigen. Uit de recente rechtspraak geef ik een voorbeeld van wat ik bedoel.⁷¹

De Stichting Hermitage, exploitant van het Hermitage-museum, heeft met Hermitage Café een samenwerkingsovereenkomst sinds 2009. Die overeenkomst verplicht Café haar restaurant in het museum ook ’s avonds open te houden en wel tot 1.00 uur ’s nachts. Als de resultaten van de avondopenstelling sterk achterblijven bij de verwachtingen gaan partijen in 2013 heronderhandelen over onder meer de avondopenstelling en de hoogte van de door Café aan de Stichting te betalen vergoeding. Tijdens de onderhandelingen sluit Café reeds in de avonduren haar deuren. De Stichting had daarmee ingestemd, zij het ook onder het voorbehoud dat partijen uiteindelijk over de

⁶⁷ Vergelijk mijn preadvies, p. 81 e.v., alsmede de discussie bij gelegenheid van de bespreking van de preadviezen: J.B. Spath, Preadviezen van de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016: Uitleg van rechtshandelingen, NTBR 2017/16.

⁶⁸ Ik houd het in deze bijdrage bij dit gezichtspunt. Dat wil niet zeggen dat er niet ook gevallen zijn waarin ik een niet te zeer extensieve uitleg op inhoudelijke gronden preferer. Vergelijk voor een voorbeeld mijn conclusie vóór HR 23 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2017:1436, RvdW 2018/304, onder 2.2 e.v.

⁶⁹ J.M. van Dunné, ‘Normatieve uitleg’ algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogende werking en aanvulling van leemte?, WPNR 2018/7184-7185, p. 211 e.v. en p. 225 e.v.

⁷⁰ Waarbij het mij een troost is dat ik door Van Dunné wordt ingedeeld in hetzelfde kamp als de door mij hogelijk gewaardeerde auteurs A.S. Hartkamp, J.H. Nieuwenhuis en P. van Schilfgaarde.

⁷¹ HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2566, NJ 2017/410 (Stichting Hermitage/Hermitage Café).

nieuwe voorwaarden overeenstemming zouden bereiken. Als de onderhandelingen afketsen (naar de kennelijke smaak van het hof: na een zeer onredelijk finaal voorstel van de Stichting), eist de Stichting dat Café haar deuren 's avonds weer opent. Hof en Hoge Raad beslissen het geschil in de sleutel van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Waarom? Omdat ook het partijdebat in die sleutel stond. Dat wil echter niet zeggen dat het niet ook anders had gekund. Mijns inziens was zeer wel voorstelbaar geweest het betoog volgens welke de aanvankelijke overeenkomst wat betreft de avondsluiting reeds van tafel was, omdat partijen in het licht van wat na 2009 was voorgevallen elkaar redelijkerwijs zo mochten en moesten begrijpen. Uitgaande van die insteek had de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid niet meer aan de orde behoeven te komen.

In de praktijk van de rechtspraak staan een meer of minder extensieve uitleg, met minder of meer ruimte voor de toepassing van andere leerstukken, dus naast elkaar. Het heeft mijns inziens geen zin om dat verschijnsel te benaderen met een goedfout-schema. Nogmaals, ik gun ieder zijn eigen opvatting van de dogmatiek van het burgerlijk recht. Goede dogmatiek is in de rechtspraak in het algemeen en in de rechtspraak in het bijzonder, beslist zeer behulpzaam. Intussen staat in de rechtspraak niet de juistheid of onjuistheid van rechtswetenschappelijke theorieën centraal, maar de behoefte van de samenleving aan passende geschillenbeslechting met een uitkomst die naar de inhoud zoveel mogelijk met het materiële recht overeenstemt. Ook de Hoge Raad is geen keuringsdienst van civielrechtelijke dogmatiek.⁷²

9.3 Het peilmoment in geval van uitonderhandelde contracten

In het verband van het peilmoment nog iets over uitonderhandelde contracten. Indien intensief en deskundig over de inhoud van de contractstekst is onderhandeld, krijgen extra gewicht uitlegargumenten die aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen zijn ontleend. Wat tussen partijen voorafgaand heeft plaatsgevonden, krijgt daarmee – het spreekt vanzelf – navenant *minder* gewicht. Hoe zit het met feiten en omstandigheden van ná de totstandkoming? Die blijven principieel niet buiten beschouwing. Dat een uitonderhandeld contract voorligt, verandert immers niets aan het gegeven dat de overeenkomst (in de zin van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding) en niet de contractstekst object van uitleg is. Wel is die contractstekst een – ten opzichte van andere gevallen – extra belangrijk gegeven ter vaststelling van die overeenkomst. Nadere verklaringen en gedragingen tussen partijen kunnen leiden tot een wijziging van hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs mogen verwachten en begrijpen. Aldus kan het extra gewicht van aan de contractstekst ontleende uitlegargumenten zijn betekenis uiteindelijk verliezen.

⁷² Vergelijk F.B. Bakels, Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad, AA 2015, p. 932.

Willen partijen dat tegengaan, dan kunnen zij eventueel vastleggen dat ook nadere afspraken die aan de op schrift gestelde overeenkomst afdoen exclusief schriftelijk zullen worden vastgelegd.⁷³ Zo'n contractueel vormvoorschrift is niet zinloos, want zal van invloed kunnen zijn op het gewicht van uitlegargumenten die niet zijn ontleend aan schriftelijk vastgelegde nadere afspraken.⁷⁴ Absolute werking heeft een door partijen overeengekomen vormvoorschrift mijns inziens niet, omdat de rechter eventueel zal kunnen oordelen dat ook die aanvankelijke overeenstemming over een exclusieve schriftelijke vastlegging van nadere afspraken, door een nadere, niet schriftelijk vastgelegde en eventueel stilzwijgend tussen partijen bereikte overeenstemming is achterhaald.⁷⁵

10. 'Schriftelijke overeenkomsten' en de bewijskracht van akten

Indien een overeenkomst (of een andere rechtshandeling) door partijen op schrift is gesteld, is de verleiding groot om deze schriftelijke overeenkomst als het object van uitleg te beschouwen. In het gewone geval dat de overeenkomst niet aan een wettelijke vormvoorschrift is onderworpen, is dat onjuist. De schriftelijke tekst is in het algemeen niet meer dan één van de afgelegde wilsverklaringen; ook mondelinge en zelfs stilzwijgende verklaringen komen in aanmerking. De overeenkomst zelf is dus het object van uitleg en niet, in ieder geval niet in eigenlijke zin, de schriftelijke tekst. Strikt genomen is de formulering in het Haviltexarrest⁷⁶ van een uitlegmaatstaf voor een 'schriftelijk contract' minder juist.⁷⁷ Uiteraard is die formulering wel zeer begrijpelijk in verband met de vele gevallen waarin de schriftelijke tekst verreweg het belangrijkste voor uitleg relevante gegeven is.⁷⁸ Bezigen partijen uitlegargumenten die niet aan de schriftelijke tekst zijn ontleend, dan zijn die principieel even belangrijk als de argumenten waarvoor dat wel geldt. Bij uitonderhandelde contracten is dat slechts in zoverre anders, dat het gegeven dat intensief en deskundig over de contractstekst is onderhandeld, reden is voor een nadruk op argumenten ontleend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen.

⁷³ In de praktijk bekend als 'no oral modification clause'.

⁷⁴ Vergelijk HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:819: een overeengekomen vormvereiste is van belang voor de beantwoording van de vraag of een mondelinge uitlating redelijkerwijs als een opzegging mag worden opgevat.

⁷⁵ Vergelijk art. 2:106 lid 1 Principals of European Contract Law (PECL). In vergelijkbare zin ook C.E. Drion, De 'No Oral Modification Clause', NJB 2018/996. (Niet meer dan) een nuance anders art. 2.1.18 Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) en art. 29 lid 2 van het Weens Koopverdrag. Vergelijk H.N. Schelhaas in haar preadvies, p. 180.

⁷⁶ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner (Ermes c.s./Haviltex).

⁷⁷ Vergelijk mijn preadvies, p. 24 e.v. Dezelfde minder juiste formulering komt voor in HR 20 februari 2004, LJN AO1427, NJ 2005/493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox), rechtsoverweging 4.5.

⁷⁸ Veelal omdat helaas partijen en hun advocaten zich op niets anders dan de tekst beroepen. Bijvoorbeeld bij gelegenheid van een comparitie van partijen kan de rechter proberen het speelveld te verbreden.

In hoeverre wordt in het voorgaande verandering gebracht door de dwingende bewijskracht van een authentieke of onderhandse akte waarin de inhoud van de overeenkomst wordt uiteengezet (art. 157 Rv)? We kunnen deze vraag niet afdoen met de stelling dat de bewijskracht van de akte niets te maken heeft met de betekenis die aan die akte wordt gegeven (het laatste zou exclusief het domein van het materiële burgerlijk recht zijn). Wie dat beweert, ziet over het hoofd dat de akte niet alleen uitwendige en formele bewijskracht heeft, maar ook materiële bewijskracht. Die materiële bewijskracht betekent dat de akte ook bewijs oplevert van de waarheid van de verklaring zoals in de akte opgenomen. Uiteraard veronderstelt deze materiële bewijskracht een vaststelling van de betekenis van de inhoud van de akte en dus uitleg.

De kans dat de materiële bewijskracht van een akte tot verstoring leidt van de uitlegmaatstaf volgens het materiële burgerlijk recht, heb ik in mijn preadvies proberen te minimaliseren door aan te nemen dat voor de vaststelling van hetgeen waarop de materiële bewijskracht van de akte ziet, dezelfde maatstaf bepalend is als de rechtsverhouding als zodanig. Wel mag bij die vaststelling alleen worden gelet op hetgeen uit de akte zelf blijkt.⁷⁹ Dit laatste volgt inmiddels uit het arrest Haanex/Reijngoudt.⁸⁰

Twee kwesties verdienen mijns inziens verheldering. In de eerste plaats: wat maakt het uit aan de hand van welke maatstaf vaststelling van de materiële bewijskracht van de akte plaatsvindt? De voor de hand liggende achtergrond van deze vraag (mij tijdens cursussen gesteld) is dat het verschil tussen bijvoorbeeld uitleg volgens de cao-norm en uitleg volgens 'gewone' Haviltex geheel lijkt weg te vallen zodra we niet verder kijken dan de akte lang en breed is. Op zichzelf klopt dat, maar mijns inziens zijn er ook gevallen te bedenken waarin de vraag naar de juiste maatstaf voor de vaststelling van de materiële bewijskracht van de akte er wel toe doet. Een sprekend voorbeeld dunkt mij een geval waarop de bijzondere uitlegregel van art. 6:238 lid 2 BW van toepassing is: kort gezegd, uitleg *contra proferentem* tegenover een consument. Is de inhoud van de overeenkomst vastgelegd in een akte, dan is het alleszins passend en ook praktisch om reeds bij de vaststelling van de materiële bewijskracht van de akte mede aan deze bijzondere uitlegregel toepassing te geven.

In de tweede plaats is het belangrijk om onder ogen te zien dat de bewijskracht van de akte in lang niet alle – zo niet de meeste – gevallen afzonderlijk aan de orde behoeft te komen. Aan de fase van het bewijs gaat die van de stelplicht vooraf. Stelt de rechter op basis van de stellingen van partijen en de door hen overgelegde producties bijvoorbeeld vast dat aan de akte een uitvoerige e-mailwisseling tussen partijen vooraf is gegaan (of daarop is gevolgd), dan spreekt het vanzelf dat hij ook de inhoud van die e-mailwisseling in zijn uitleg van de overeenkomst ten volle dient te betrekken. Dat kan ertoe leiden dat de rechter een uitleg aanvaardt die niet overeenstemt met wat de akte zegt. Dat is mijns inziens niet in strijd met de dwingende bewijskracht van de akte, maar een gevolg van de omstandigheid dat de eigenlijk door de rechter te beantwoor-

⁷⁹ Vergelijk mijn preadvies, p. 89 e.v.

⁸⁰ HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3263, NJ 2018/44 (Haanex/Reijngoudt).

den vraag die van de uitleg van de materiële rechtsverhouding is (die zal immers bepalend zijn voor de toewijsbaarheid van de in het geding aan de orde zijnde vorderingen). Voor wie het per se in termen van het bewijsrecht wil zeggen: in het oordeel van de rechter dat uit de e-mailwisseling een bedoeling volgt anders dan wat de akte inhoudt, ligt besloten het oordeel dat de materiële bewijskracht van de akte is ontzenuwd door hetgeen omtrent de e-mailwisseling vaststaat. Dit is niets bijzonders, want ook tegen dwingend bewijs staat tegenbewijs vrij (art. 151 lid 2 Rv). Consequentie van een en ander is zowel dat denkbaar is dat de rechter meteen een eindvonnis wijst met een uitleg tegengesteld aan wat de akte inhoudt, als dat hij bij tussenvonnis een bewijsopdracht geeft aan de partij die zich op de inhoud van de akte op zichzelf terecht beriep. In het eerste geval is de materiële bewijskracht van de akte volgens de rechter definitief ontzenuwd, in het laatste geval voorlopig.

Met het voorgaande is ook gezegd dat het alleszins begrijpelijk en niet onjuist is dat in veel uitleggeschillen de rechter in zijn vonnis niet afzonderlijk aandacht besteedt aan de materiële bewijskracht van de eventueel in die zaak overgelegde akte. De materiële rechtsverhouding staat voor de rechter terecht centraal en in al die gevallen waarin de vorm van de rechtshandeling vrij is, is de verklaring in de akte niet zelf object van uitleg, maar een (doorgaans belangrijk) gegeven dat in die uitleg moet worden betrokken. Het laatste kan ook in bewijsrechtelijke termen worden gezegd: de akte is niet meer dan bewijsmiddel.

Is de vorm van de rechtshandeling niet vrij, dan is het onderscheid tussen uitleg van de rechtsverhouding en vaststelling van de materiële bewijskracht van de akte uiteraard van nog veel minder betekenis. Dat onderscheid valt echter niet geheel weg. Mijns inziens geldt nog steeds⁸¹ dat ook een cao mede in het licht van gegevens die buiten de tekst van de cao zijn gelegen (en dus ook buiten de tekst van de akte waarin de cao is neergelegd) mag worden uitgelegd, mits die gegevens objectief kenbaar zijn. Doet de rechter dat, dan is dat niet in strijd met bewijsrecht, maar een consequentie van het gegeven dat de materiële rechtsverhouding beslissend is voor de toewijsbaarheid van een op de cao gebaseerde vordering. Bovendien, het is al gezegd, is er naast de cao ook de arbeidsverhouding tussen de individuele werkgever en werknemer.

11. Samenvatting en conclusies

- a. Het is inderdaad ingewikkeld geworden. De oplossing is niet om de ingeslagen weg van een gedifferentieerde uitlegmaatstaf te verlaten. Differentiatie is integendeel zinvol, want behulpzaam bij het scheiden van relevante en niet relevante argumenten en bij het bepalen van het soortelijk gewicht van elk argument (hiervoor onder 1).
- b. De wilsvertrouwensleer is in alle gevallen het vertrekpunt. De bekende Haviltexmaatstaf is niets anders dan een alternatieve formulering van die leer. Het voegt niet

⁸¹ Vergelijk de bespreking van het arrest van 4 mei 2018, hiervoor onder 7.3.

iets nuttigs toe om ook de redelijkheid en billijkheid als uitlegmaatstaf te benoemen (hiervoor onder 2).

c. In beginsel zijn voor uitleg alle omstandigheden van het geval van belang, dat wil zeggen alle omstandigheden die redelijkerwijs van invloed zijn op hetgeen partijen mogen begrijpen en verwachten. Dit laatste impliceert dat alleen feiten en omstandigheden die voor beide partijen kenbaar zijn in aanmerking komen (hiervoor onder 3).

d. De thans ervaren complexiteit wordt vooral veroorzaakt door de gelaagde normstelling. Naast een normering op het hoogste abstractieniveau, die mijns de wilsvertrouwenleer behoort te zijn, is er een gedifferentieerd middenniveau en vaak bovendien een nog concreter niveau van een door de Hoge Raad geformuleerde toegespitste vuistregelnorm. Een variant op dit laatste zijn bijzondere uitlegregels (hiervoor onder 4).

e. Extra complicerend is dat er meer is dan de uitlegmaatstaf in strikte zin. Voor een correcte uitleg moet veelal op nog meer worden gelet, zoals de vraag wat object van uitleg is, de gelding van een eventueel vormvoorschrift, het peilmoment en eventuele dynamische uitleg, relativiteit van verhoudingen en bewijsrechtelijke kwesties (hiervoor onder 5).

f. Betrokkenheid van derden bij de inhoud van de rechtshandeling is van invloed op de aan te leggen maatstaf. Dit geldt in sterke mate bij de goederenrechtelijke overeenkomst tot levering van of tot vestiging van een beperkt recht op een registergoed. Zinvol is om onderscheid te maken tussen de in de akte van levering respectievelijk vestiging tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling als *object* van uitleg en de middelen waarvan bij die uitleg gebruik mag worden gemaakt. Gegevens buiten de akte waarnaar de akte verwijst en die objectief kenbaar zijn, zijn toegelaten middelen (hiervoor onder 7.1.).

e. Het toepassingsgebied van de cao-norm zou kunnen worden teruggebracht tot cao's en het zeldzame geval van een andere regeling waarvoor eveneens geldt dat ze gelding heeft voor een onbepaalde groep personen en ook voor toekomstige gevallen. Object van uitleg van de cao-norm is de cao zelf. Objectief kenbare gegevens mogen bij de uitleg worden gebruikt. Voor andere rechtsfiguren waarbij derden betrokken zijn, voldoet 'geobjectiveerde Haviltex' als uitlegmaatstaf, omdat die maatstaf tot maatwerk in staat stelt. Zeker wanneer geen vormvereiste geldt, is er geen reden om een aanvankelijke schriftelijke formulering van de rechtshandeling aan te merken als het exclusieve object van uitleg. 'Geobjectiveerde Haviltex' komt neer op het toekennen van extra gewicht aan uitlegargumenten die niet alleen voor partijen maar ook voor derden kenbaar zijn. Wordt inderdaad het bereik van de cao-norm verkleind, dan kan die norm strakker worden geformuleerd, in die zin dat niet-objectief kenbare gegevens nimmer in de uitleg mogen worden betrokken. In de gevallen waarin 'geobjectiveerde Haviltex' de maatstaf is, blijven niet-objectief kenbare gegevens niet principieel buiten beschouwing; ze hebben slechts minder gewicht. 'Geobjectiveerde Haviltex' behoort te

worden geformuleerd als een glijdende schaal; globale normstelling is hier gewenst (hiervoor onder 7.2-7.5).

f. Naarmate meer en deskundiger over de tekst van een overeenkomst is onderhandeld, krijgt de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen extra gewicht. Ook deze differentiatie in de uitlegmaatstaf komt er dus op neer dat een gewichtsverschil wordt aangebracht tussen categorieën van uitlegargumenten. De constructie van een voorlopig uitlegoordeel heeft onvoldoende toegevoegde waarde om te kunnen rechtvaardigen dat de formulering van de uitlegmaatstaf voor 'uitonderhandelde contracten' erdoor wordt gecompliceerd (hiervoor onder 8).

g. Indien de vorm van een rechtshandeling vrij is, geldt voor uitleg geen vast peilmoment zowel wat betreft het object van uitleg als de in de uitleg te betrekken gegevens. Dat opent mede de mogelijkheid van dynamische uitleg (voortschrijdende toepassing van de Haviltexmaatstaf). Is de rechtshandeling wel aan een wettelijk vormvoorschrift onderworpen, dan is voor dynamische uitleg veelal geen plaats omdat de op een bepaald moment in de juiste vorm verrichte rechtshandeling het exclusieve object van de uitleg is. Dat sluit niet uit dat gegevens van latere datum in die uitleg wel mogen worden betrokken (hiervoor onder 9.1).

h. Naarmate meer omstandigheden in de uitleg worden betrokken, bestaat er minder behoefte aan een correctie achteraf. De wijze waarop het partijdebat is verlopen, kan er echter toe leiden dat een extensieve uitleg niet aan de orde is en dat in plaats daarvan bijvoorbeeld de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid toepassing vindt (hiervoor onder 9.2).

i. Ook bij uitonderhandelde contracten is dynamische uitleg niet principieel uitgesloten. Een beding volgens welke ook nadere afspraken tussen partijen exclusief schriftelijk zullen worden vastgelegd, heeft betrekkelijke betekenis (hiervoor onder 9.3).

j. De dwingende bewijskracht van een authentieke of onderhandse akte waarin de inhoud van de overeenkomst wordt uiteengezet, heeft en behoort niet te concurreren met de uitlegmaatstaf volgens het materiële burgerlijk recht (hiervoor onder 10).