

Actualia

contractspraktijk

Recht doen aan wat partijen bedoelen

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

Veel geschillen in wat inmiddels in hip Engels *commercial litigation* is gaan heten, spitsen zich toe op de uitleg van de afspraken die partijen met elkaar hebben gemaakt.¹ Dit kan tal van oorzaken hebben: ofwel men heeft onvoldoende stilgestaan bij het opstellen van bepalingen, of afspraken die bij het maken ervan helder leken, blijken dat later – als de relatie verzuurd is – niet of minder te zijn.

De Hoge Raad heeft sinds 1981 veelvuldig arresten over uitleg gewezen.² Grosso modo vallen twee maatstaven te onderscheiden: de Haviltex-norm en de cao-norm. Van deze twee is met name de Haviltex-norm zozeer een begrip geworden dat in het juridische taalgebruik ‘haviltexen’ een zelfstandig werkwoord is geworden.³

In 2004 verbond de Hoge Raad de beide maatstaven in het DSM/Fox-arrest.⁴ Dat de rechtsontwikkeling ook nadien niet is blijven stilstaan, bewijzen de twee arresten die centraal staan in deze bijdrage. Het eerste arrest betreft het Condor-arrest van 25 november 2016;⁵ het

tweede arrest is het Flexabram/Iprem-arrest van 9 december 2016.⁶

In Condor speelde het geval dat enkele werknemers op basis van de cao-uitleg dreigden niet te kunnen profiteren van een sociaal plan, hoewel uit niet-openbare stukken bleek dat het de bedoeling van de opstellers van het sociaal plan was dat ook die werknemers konden profiteren van het sociaal plan. In Flexabram/Iprem ging het over de Haviltex-norm en stond de vraag centraal of bij een uitleg volgens de Haviltex-norm het hof mag oordelen wat partijen zouden hebben afgesproken als zij rekening hadden gehouden met een niet in het contract verdisconteerde omstandigheid.

2. Uitlegnorm: van Haviltex naar cao en wat daartussen zit

In veel gevallen waarin partijen verschillen over de inhoud van wat zij zijn overeengekomen, moet de inhoud van de tussen hen gesloten overeenkomst worden uitgelegd. Daarbij komt het volgens de Hoge Raad niet alleen aan op een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van de overeenkomst. In de loop der tijd zijn twee uitlegmethodes ontwikkeld: de Haviltex-norm en de cao-norm. In 1981 oordeelde de Hoge Raad in het Haviltex-arrest:⁷

‘De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taal-

* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Niet alleen in *commercial litigation* is uitleg aan de orde van de dag. Ook in het vastgoedrecht en het personen- en familierecht moeten gemaakte afspraken vaak worden uitgelegd.
2. Nader over uitleg o.a. R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, Nijmegen: Ars Aequi 2009; H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen, Preadviezen 2016, Zutphen: Paris 2016. Een mooi overzicht van de rechtspraak over uitleg biedt C.E. Drion, Memorandum uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad, ORP 2016/4, p. 150.
3. Het werkwoord ‘haviltexen’ is overigens niet als zodanig in de Van Dale erkend.
4. HR 20 februari 2004, NJ 2005/493, m.nt. Du Perron (DSM/Fox).
5. HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 (FNV/Condor).

6. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2821 (Flexabram/Iprem).

7. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Ermes/Haviltex).

kundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskenis van zodanige pp. kan worden verwacht.’

De Haviltex-norm is met name goed bruikbaar indien partijen over de door hen te sluiten overeenkomst hebben onderhandeld. Dan kan de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen, en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, namelijk worden vastgesteld. Echter, een veelvoud aan contracten komt niet in onderhandeling tussen partijen tot stand, maar wordt door de ene partij aan de andere ‘opgelegd’. Bekende en beruchte voorbeelden zijn algemene voorwaarden en adhesiecontracten.

Ook kan het voorkomen dat de overeenkomst die twee partijen sluiten de rechtspositie van derden beïnvloedt. Hierbij springen met name de notariële akte en arbeidsrechtelijke collectieve overeenkomsten, zoals de cao en het sociaal plan, in het oog. Om die contracten met uitstraling naar derden te kunnen uitleggen is tegenover de Haviltex-norm de cao-norm ontwikkeld. Deze norm is in het arrest Gerritse/Hydro Agro Sluiskil tot ontwikkeling gekomen.⁸ Dit arrest ging over de uitleg van een cao. Cao’s komen doorgaans tot stand in onderhandelingen tussen werkgeversvertegenwoordigers en werknemersvertegenwoordigers (bijvoorbeeld vakbonden). In de regel is de individuele werknemer niet betrokken bij de onderhandelingen, en de werkgever dikwijls ook niet. Indien de cao bovendien algemeen verbindend wordt verklaard op grond van de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV), wordt zij opgelegd aan werknemers en werkgevers die bij de onderhandelingen mogelijk niet eens vertegenwoordigd waren.

In dat geval kunnen de gerechtvaardigde verwachtingen van werknemer en werkgever niet worden vastgesteld. Om dat probleem het hoofd te bieden is de cao-norm ontwikkeld. Deze schrijft voor dat het bij de uitleg van een cao aankomt op (1) de tekst van de litigieuze bepaling, (2) gelezen in de context van de cao, waarbij (3) openbare toelichtende stukken gebruikt kunnen worden bij de uitleg, (4) gelet moet worden op de kenbare strekking van het beding en (5) de aannemelijkheid van de gevolgen van de uitleg.⁹

De cao-norm is doorgetrokken naar de uitleg van notariële akten, met name die waarbij de oorspronkelijk verlij-

dende partijen niet meer betrokken zijn.¹⁰ De rechtsopvolgers die met een erfdiensbaarheid worden geconfronteerd, zullen in de regel de achtergrond van die erfdiensbaarheid niet kennen. Anders ligt dat indien de oorspronkelijk verlijdende partijen nog wel betrokken zijn. Tussen hen geldt dat de aan de notariële akte ten grondslag liggende onderlinge partijverhouding wordt getoetst aan de Haviltex-norm.¹¹ De cao-norm is ook van toepassing op het Bindend Besluit Regres van de brandverzekeraars, omdat dit besluit is opgesteld om de positie van derden te beïnvloeden.¹² Opmerkelijk is dat het *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* (WPNR) als een voor eenieder toegankelijke bron wordt aangemerkt. De drempel voor toegankelijkheid wordt – naar het lijkt – niet extreem hoog gelegd.

In zijn arrest DSM/Fox¹³ overwoog de Hoge Raad dat de Haviltex-norm en de cao-norm niet diametraal tegenover elkaar staande normen zijn, maar dat tussen hen een vloeiende overgang bestaat. Dit arrest brengt met zich dat ook binnen Haviltex een zeer objectieve, welhaast op de cao-norm gelijkende uitleg kan plaatsvinden. Sinds DSM/Fox gelden Haviltex en cao als aan elkaar verbonden. In dit arrest sloeg de Hoge Raad dus een brug van de Haviltex-norm naar de cao-norm, waarbij binnen Haviltex meer objectieve factoren en een meer objectieve uitleg kunnen spelen. Die objectiviteit kan onder meer worden gevonden in de omstandigheid dat twee professionele partijen met elkaar over een specifieke overeenkomst onderhandelen, zich daarbij laten bijstaan door deskundigen en zich minutieus uitputten in de formulering van het overeengekomene door middel van veel concepten.¹⁴ Tussen de cao-norm en de Haviltex-norm bestaan echter enkele grote verschillen: onder de cao-norm mogen algemene toelichtende stukken worden betrokken bij de uitleg,¹⁵ maar bij de uitleg volgens de Haviltex-norm niet, tenzij de algemeen kenbare toelichtende documenten onderwerp van de onderhandelingen of van de overeenkomst vormen.¹⁶ Een ander groot verschil tussen de Haviltex-norm en de cao-norm betrof tot het arrest FNV/Condor de omstandigheid dat onder de Haviltex-norm de onderhandelingsdocumenten mochten worden getoetst en onder de cao-norm niet, tenzij deze documenten objectief kenbaar zijn.

8. HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1059, NJ 1994/173 (Gerritse/HAS).

9. HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6699, NJ 2008/567, m.nt. Verhulp (Zutekouw/Van Oort).

10. HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, NJ 2001/350 (Eelder Woningbouw/Van Kammen c.s.).

11. HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933 (Lisser/Kamsteeg); HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1511, NJ 2016/325 (Melber/Goede).

12. HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9402, NJ 2005/498, m.nt. Du Perron (Uitleg BBR).

13. HR 20 februari 2004, NJ 2005/493, m.nt. Du Perron (DSM/Fox).

14. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178 (Meyer Europe BV/PontMeyer BV); vgl. ook HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (Lundiform/Mexx).

15. In dit kader expliciet HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9402, NJ 2005/498, m.nt. Du Perron (Uitleg BBR).

16. M.H. Wissink, Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen, WPNR (2004) 6579, p. 407-415.

3. Condor: de Hoge Raad slaat een brug tussen de cao-norm en de Haviltex-norm

In het Condor-arrest speelt een geschil over een sociaal plan tussen 30+-werknemers en werkgever Condor. Condor is enig aandeelhouder en bestuurder van Ossfloor Tapijtfabrieken B.V. In april 2010 wordt een reorganisatie doorgevoerd, waarin wordt ingekrompen van 116 naar 35 fte. Er wordt een sociaal plan opgesteld. In het uiteindelijke sociaal plan, dat na uitgebreide onderhandelingen tussen Condor, de ondernemingsraad en FNV tot stand komt, stelt Condor Capital zich garant voor de uitvoering van het sociaal plan indien Ossfloor Tapijtfabrieken B.V. failliet mocht gaan. Dit faillissement volgt daadwerkelijk op 24 mei 2011. De curator zegt de arbeidsovereenkomst met de 39 werknemers op. FNV en de ontslagen werknemers spreken Condor aan en beroepen zich op de in het sociaal plan neergelegde borgtocht. Volgens FNV en de werknemers was het de bedoeling dat het sociaal plan ook op de achtergebleven werknemers van toepassing zou zijn. Op grond van de tekst (in samenhang met de context en openbare toelichtende stukken) van het betrokken sociaal plan zouden de werknemers in kwestie niet onder de werkingssfeer ervan vallen en dus geen rechten aan het sociaal plan kunnen ontlenen. Echter, op basis van niet openbaar toegankelijke toelichtende stukken (eerdere concepten van het sociaal plan en het positieve instemmingsbericht van de ondernemingsraad) stond vast dat het de bedoeling van de werkgever was dat ook de betrokken werknemers van het sociaal plan zouden profiteren. Het hof verwijst naar de hierna te bespreken cao-norm en oordeelt dat de partijbedoeling voor zover niet in het sociaal plan of in openbare toelichtende stukken tot uitdrukking gebracht, niet mag worden meegewogen. De Hoge Raad casseert. Hij vangt aan met een uitleg over de cao-norm. Binnen de cao-norm zouden de werknemers in de kou komen te staan. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 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 (...) 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 ontlenen.’

De ‘situatie als de onderhavige’ kenmerkt zich volgens de Hoge Raad door de volgende omstandigheden (r.o. 3.7):

- de borgtocht van Condor jegens de werknemers;
- de betrokkenheid van Condor bij de onderhandelingen over het sociaal plan;
- de werkingsduur van het sociaal plan;
- de ondertekening van het sociaal plan door Condor;
- het akkoord van de ondernemingsraad;
- het feit dat de achtergebleven werknemers betrokken waren in het sociaal plan.

Kortom, in dit geval wordt de cao-norm enigszins gemitigeerd. De vraag kan worden gesteld of de Hoge Raad in FNV/Condor een nieuwe uitlegnorm heeft ontwikkeld. Sprengers meent in zijn noot onder het arrest in AR-updates dat de Hoge Raad de cao-norm geamendeerd heeft.¹⁷

Ik meen dat de Hoge Raad dat niet heeft gedaan. De Hoge Raad heeft mijns inziens een brug geslagen tussen de cao-norm en de Haviltex-norm voor die gevallen waarin bij strikte toepassing van de cao-norm de betrokken derde onterecht tussen wal en schip dreigt te raken. In de rechtspraak over de cao-norm laat de Hoge Raad die ruimte ook door de woorden ‘in beginsel’. Daarbij dient dan wel sprake te zijn van een situatie zoals de onderhavige, waarin in ieder geval een van de partijen bij de regeling betrokken is. Indien niet Condor zelf zou hebben onderhandeld, maar bijvoorbeeld een werkgeversorganisatie, had de uitkomst geheel anders kunnen zijn.

Wat de Hoge Raad naar mijn mening wel doet is benadrukken dat de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg een grote rol speelt. Immers, in DSM/Fox overwoog de Hoge Raad dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens alle omstandigheden van het geval van beslissende betekenis zijn, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.¹⁸ De maatstaven van redelijkheid en billijkheid komen in de Haviltex-norm misschien het meest pregnant naar voren, maar spelen ook bij de cao-norm een belangrijke rol.

De Hoge Raad heeft in het FNV/Condor-arrest de in het arrest DSM/Fox tussen de Haviltex-norm en de cao-norm geslagen brug herbevestigd, zij het uitsluitend voor situaties als die in FNV/Condor aan de orde waren. Daarmee wordt de uitleg van overeenkomsten steeds meer een coherent geheel, zij het dat de uitlegnorm wel van belang blijft. Ik denk dat een tweede brug tussen Haviltex en cao nog een brug te ver is: ik zie niet in dat openbare toelichtende stukken of de bedoelingen van derden die bij de totstandkoming van het contractdocument betrokken waren, binnen Haviltex kunnen worden getoetst, tenzij vaststaat dat partijen die stukken of bedoelingen in hun onderhandelingen hebben betrokken. Binnen Haviltex moet echt worden vastgesteld waarop partijen over en weer gerechtvaardigd mochten

17. AR-updates 2016/1356.

18. Schelhaas & Valk 2016, p. 86.

rekenen, zoals ook het arrest Flexabram/Iprem laat zien.¹⁹

4. Flexabram/Iprem: uitleg over wat is, niet over wat had kunnen zijn

Ook in het arrest Flexabram/Iprem stond de uitleg van een overeenkomst centraal. Flexabram en Iprem zijn beide ondernemingen die in vastgoed beleggen. In maart 2007 verkoopt Iprem aan Flexabram een bedrijfsverzamelgebouw voor € 19.460.000. In de procedure die later volgt, speelt artikel 2.i.2 van de koopovereenkomst die partijen sluiten een grote rol. Deze bepaling luidt:

‘Een gedeelte van het verkochte groot ca. 1.515 m² staat leeg met een opgegeven huurwaarde (...) van € 156.780,- excl. BTW en servicekosten, waarvoor Verkoper een huurgarantie verstrekt vanaf de datum van levering tot aan de eerste verhuur (eerste huurbetaling) ter grootte van € 156.780,- excl. BTW. (...) Deze huurgarantie loopt tot en met de dag dat er huurbetaling plaatsvindt door een huurder die voor deze ruimte door verkoper is gevonden. (...)’

Flexabram verkoopt het gebouw kort na de aankoop en levert het op 28 juni 2007 aan een Duitse koper, Henderson. De koopsom bedraagt € 20.960.000. Flexabram geeft aan Henderson een soortgelijke huurgarantie als verwoord in artikel 2.i.2 van haar overeenkomst met Iprem, zij het voor een bedrag van € 110.000. Dit bedrag wordt jaarlijks betaald, evenals Flexabram jaarlijks € 156.780 aan Iprem betaalt, tot 1 juli 2010. Op 1 november 2010 wordt een huurder gevonden (te weten: Sligro) die het onverhuurde gedeelte voor € 115.815 per jaar gaat huren met ingang van 1 februari 2011.

Iprem vordert van Flexabram het verschil tussen de gegarandeerde en de daadwerkelijke huurprijs over de minimumperiode van vijf jaar (in totaal € 204.825 in hoofdsom) en de huurgarantie over de periode van 1 juli 2010 tot aan 1 februari 2011 (€ 91.890 in hoofdsom).²⁰ Het hof neemt in hoger beroep terecht aan dat de uitleg van het huurgarantiebeding plaats dient te vinden aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Het hof overweegt in r.o. 2.6.2 van zijn arrest evenwel verder:

‘Bij die bepaling is kennelijk geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat Flexabram het bedrijfsverzamelgebouw kort na de levering zou doorverkopen, zoals ook volgt uit artikel 6 sub d van de koopovereenkomst waarin als verklaring van Flexabram is opgenomen dat zij voornemens is het bedrijfsverzamelgebouw te gebruiken als belegging. De gebruik-

lijke betekenis van die laatste term is dat de desbetreffende onroerende zaak voor langere tijd in portefeuille wordt gehouden teneinde de opbrengsten daarvan te genieten en om daar mogelijk op den duur een vermogensvoordeel mee te behalen.

Dat dit daadwerkelijk Flexabrams bedoeling was volgt ook uit haar opmerking dat haar dit is overkomen (hof: de verkoop aan Henderson), dat er geen enkele intentie was om door te verkopen en dat zij het bedrijfsverzamelgebouw had aangekocht als belegging voor zichzelf. Dit zo zijnde ligt het voor de hand dat partijen geen rekening hebben gehouden met een doorverkoop vóórdat de garanties waren uitgewerkt en dat, indien zij dat wel hadden gedaan, de gegeven garanties zouden eindigen op het moment van de doorverkoop, omdat op dat moment de positie van Flexabram een geheel andere was geworden. Deze uitleg leidt ertoe dat de door Iprem gegeven garanties eindigden op 28 juni 2007, de datum van overdracht van Flexabram aan Henderson.’

De Hoge Raad casseert onverbiddelijk. Het gaat bij de uitleg volgens de Haviltex-maatstaf om de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de uit te leggen bepaling mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten, niet om de vraag wat partijen zouden hebben afgesproken als zij rekening hadden gehouden met doorverkoop van het gebouw.²¹ De Hoge Raad verwijst daarbij naar zijn arrest Lundiform/Mexx.²²

Speelt dan de ‘what if?’-overweging van het hof helemaal geen rol? In ieder geval – daar is het oordeel van de Hoge Raad duidelijk in – niet bij de uitleg van de contractsbepaling. De uitleg daarvan is verbonden aan de wilsvertrouwensleer en behandelt dus de vraag wat partijen met de clause concreet gewild hebben.²³ Volgens mij constateert het hof een lacune in de overeenkomst, namelijk de omstandigheid dat de snelle doorverkoop door partijen niet was voorzien. Kennelijk nam geen van beide partijen het standpunt in dat de snelle doorverkoop een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 van het Burgerlijk Wetboek (BW) vormde. Gelet op de omstandigheid dat artikel 6:258 BW een strenge en tot terughoudendheid nopenende norm bevat, verbaast dat niet.

De juridische problematiek doet denken aan die in Vodafone/ETC: het contract houdt geen rekening met een feitelijke omstandigheid die zich voordoet, maar verbiedt die feitelijke omstandigheid strikt genomen niet.²⁴ De Hoge Raad oordeelt dat bij dergelijke ‘onvoorziene omstandigheden’ (waarbij ik niet doel op

19. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2821 (Flexabram/Iprem).

20. Hof Amsterdam 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3174 (Iprem/Flexabram), r.o. 2.2.-2.3.

21. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2821 (Flexabram/Iprem), r.o. 4.1.1.

22. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx).

23. Vgl. Schelhaas & Valk 2016, p. 16.

24. HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565 (Vodafone/ETC).

art. 6:258 BW, maar puur op omstandigheden waarmee in het contract geen rekening is gehouden) de uitleg nog steeds via de Haviltex-maatstaf plaats dient te vinden, waarbij partijen op grond van de redelijkheid en billijkheid gehouden zijn zich de gerechtvaardigde belangen van de andere partij aan te trekken.²⁵

Valk onderscheidt in dergelijke gevallen vier routes:

1. Uitleg volgens de Haviltex-maatstaf.²⁶
2. Als uitleg geen adequate oplossing brengt, kan een beroep op de uitgelegde bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.
3. Ook na uitleg wordt vastgesteld dat het contract een leemte bevat die met toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt ingevuld.
4. Na uitleg komt vast te staan dat sprake is van een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 BW (de omstandigheid die zich voordoet, is niet in het contract verdisconteerd) en wordt het contract met toepassing van dat artikel gewijzigd of geheel of gedeeltelijk ontbonden.²⁷

Indien het hof van oordeel was dat de overeenkomst een leemte bevat – en daar valt best wat voor te zeggen, omdat het hof al haviltexend oordeelde dat de gebruikelijke betekenis van het gebruik van het bedrijfsverzamelgebouw als belegging meebrengt dat de koper het gebouw langere tijd in portefeuille houdt, wat zich niet met snelle verkoop verdraagt –, had het hof dat moeten oordelen. Binnen de sleutel van Vodafone/ETC had het hof in dat geval na uitleg moeten constateren dat de koopovereenkomst een leemte bevat en vervolgens over de boeg van de redelijkheid en billijkheid (beperkend dan wel aanvullend) een mouw aan bepaling 2.i.2. moeten passen.

Of daadwerkelijk sprake is van een leemte moet door het Hof Den Haag nader worden onderzocht. Daarbij zal het hof, aldus de Hoge Raad in r.o. 4.1.2 van zijn arrest Flexabram/Iprem, ook rekening hebben te houden met de omstandigheden (1) dat de koopsom die Flexabram aan Iprem betaalde was afgestemd op de huurgarantie,

(2) dat Flexabram aan Henderson een vergelijkbare huurgarantie heeft afgegeven,²⁸ (3) de koopsom die Flexabram van Henderson bedong was afgestemd op de huurgarantie, (4) dat het niet vinden van een huurder tot het ondernemersrisico van Iprem behoort, en (5) dat ook bij snelle doorverkoop de huurgarantie van belang is. De Hoge Raad lijkt daarom sceptisch ten opzichte van de stelling dat de huurgarantie bij doorverkoop eindigde.

5. Afronding

Het leerstuk van de uitleg van overeenkomsten blijft in beweging. Waar in 1981 en 1993 de grenspalen werden geslagen door ontwikkeling van de Haviltex-norm en de cao-norm, is sindsdien binnen die norm verfijnd. In 2004 oordeelde de Hoge Raad in DSM/Fox dat tussen beide normen een vloeiende overgang bestaat. Tussen de Haviltex- en cao-norm bleef evenwel een waterscheiding bestaan. Op 25 november 2016 sloeg de Hoge Raad in zijn arrest FNV/Condor een brug tussen cao en Haviltex. Deze brug lijkt uitsluitend begaanbaar voor de gevallen waarin in ieder geval degene van wie de prestatie wordt verlangd ook aan de onderhandelingstafel heeft gezeten. Naar mijn mening heeft de Hoge Raad niet een nieuw gezichtspunt aan de cao-norm toegevoegd, maar uitsluitend een maatplossing gekozen om recht te doen aan wat zowel Condor als de werknemers met het sociaal plan beoogden. Weliswaar heeft de Hoge Raad zijn oordeel algemeen geformuleerd ('situaties als de onderhavige'), maar ik denk dat de casusposities waarop dit arrest van toepassing zullen zijn, tamelijk extreem zijn. In het arrest Condor viel op dat de betrokken werknemers, buiten de kenbare bedoeling van de betrokken partijen, tussen wal en schip dreigden te raken. Die kenbare bedoelingen van *alle* betrokkenen zullen niet altijd vast te stellen zijn.

Welke uitlegnorm ook wordt gehanteerd, bij uitleg gaat het om wat concreet met een bepaling is bedoeld, niet om wat partijen zouden hebben gewild als ze overal rekening mee hadden gehouden, aldus de Hoge Raad in zijn arrest Flexabram/Iprem van 9 december 2016. Deze norm is een duidelijke vingerwijzing aan de praktijk dat het binnen Haviltex gaat om de uitleg van de overeenkomst die voorligt, niet om een interpretatie op basis van 'wat als'-denken. Voor dat soort gevallen bestaan de redelijkheid en billijkheid en/of de onvoorziene omstandigheden.

Als de beide arresten één ding gemeen hebben is het de les aan de *drafting*-praktijk om toch ook bij 'wat als' stil te staan. Hoe vergezocht een omstandigheid af en toe ook lijkt, Murphy's wet leert dat wat fout kan gaan, onherroepelijk een keer fout zal gaan. Een contractuele clause die dergelijke eventualiteiten adresseert, kan dan soelaas bieden.

28. Het moeilijke aan dit argument vind ik dat het Iprem moeilijk kan worden tegengeworpen als Iprem het niet kende. Iprem was immers geen partij bij de overeenkomst tussen Flexabram en Henderson.

25. HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565 (Vodafone/ETC), r.o. 3.5. Deze regel is door de Hoge Raad neergelegd in zijn arrest Baris/Riezenkamp: HR 15 november 1957, NJ 1958/67, m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp).

26. Vgl. ook HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7886, NJ 2010/623 (Skare/Flexmen).

27. Schelhaas & Valk 2016, p. 81-85. Ik kan mij voorstellen dat de Hoge Raad in dat geval zo veel mogelijk zal willen opteren voor partiële ontbinding. In zijn arresten BP/Benschop (HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, NJ 2014/347, m.nt. MRM en JH) en Lindorff/Statia (HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, JOR 2014/206, TVC 2014/5, m.nt. M.B.M. Loos en R.M.M. de Moor) lijkt de Hoge Raad het standpunt in te nemen dat bij vernietiging zo veel mogelijk moet worden gestreefd naar het in stand laten van de relatie tussen partijen. Dit brengt partiële nietigheid als te verkiezen norm. In HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6997, NJ 2011/257 (Elbrink/Halfman) wordt geoordeeld dat leerstukken die in het kader van vernietiging zijn ontwikkeld – zoals het nadien aanvullen van gronden voor buitengerechtigde vernietiging – ook bij ontbinding kunnen worden toegepast. In dit licht is de regel uit BP/Benschop en Lindorff/Statia mijns inziens ook ten aanzien van ontbinding toepasbaar.