

Ad rem

Enerzijds, anderzijds

Prof. mr. F.W. Grosheide & mr. C.E. Drion

Enerzijds

1. Wat wordt precies bedoeld met *uitleggen van een schriftelijke overeenkomst*? Naar mijn mening niet het vaststellen van haar rechtsgevolgen, wel het bepalen van haar inhoud. Natuurlijk houdt het een met het ander verband, maar er is verschil. Een verschil dat zich rechtsdogmatisch vertaalt in het onderscheid tussen de wilsvertrouwensleer en de normatieve leer. De eerste is, naar bekend, neergelegd in de artikelen 3:33 jo. 3:35 BW: bij de bepaling van de contractsinhoud gaat het om wat partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs uit elkaars verklaringen en gedragingen omtrent elkaars bedoelingen mochten afleiden. De tweede is voorgesteld door Van Dunné en houdt in dat de rechter normatief door rechtsvinding de criteria vaststelt op grond waarvan de rechtsorde bepaalt welke rechtsgevolgen aan de handelende persoon worden toegerekend. Mijn voorkeur gaat zonder meer uit naar het wettelijke systeem, omdat daarmee beter dan in de tweede opvatting kan worden voorkomen dat de rechter met het oog op de door hem wenselijk geachte rechtsgevolgen datgene wat hij redelijk acht, in de plaats stelt van wat partijen daadwerkelijk zijn overeengekomen. In zoverre deel ik niet de opvatting van Asser-Hartkamp 4-II (2005), p. 282 (nr. 281), dat het onderscheid tussen beide benaderingen slechts van theoretische aard is.

2. Zoals bekend heeft de Hoge Raad de wilsvertrouwensleer in 1981 toegepast in het *Haviltex*-arrest met de volgende over-en-weerformule: bij de uitleg van een schriftelijke overeenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Na gedurende vele jaren zonder nuancering op overeenkomsten van verschillende aard te zijn toegepast, is de Hoge Raad in het bijzonder met en na het eerste *CAO*-arrest van 1993 de *Haviltex*-formule gaan differentiëren. Dat proces van differentiëring is onlangs nog eens inzichtelijk gemaakt en in kaart gebracht door Drion en Van Wechem in hun 'Kroniek van het vermogensrecht' in *NJB* 2008, nummer 16, p. 933-948. Hun *tour d'horizon* langs de uitlegrechtspraak ronden de auteurs af met een bespreking van het niet minder recente

Vodafone-arrest van vorig jaar, waarin zij een late bekering van de Hoge Raad tot de normatieve leer lezen. Dat is groot nieuws en wekt op tot nadere bestudering van het genoemde arrest: gaat het daarin wel om normatieve uitleg, sterker: gaat het wel over uitleg? Ik ben geneigd, zoals blijkt uit wat volgt, beide vragen ontkennend te beantwoorden.

3. Het desbetreffende geschil betreft het gebruik dat gedaagde ETC onder het met Vodafone gesloten contract maakt van een bepaalde beltegoedregeling. Gezien het beperkte kader van dit *Ad rem*, vat ik het *Vodafone*-arrest samen met het volgende citaat uit de uitgangspunten waarop het arrest is gebaseerd:

'(vii) Per brief (...) heeft Vodafone aan (Bell-Tell en) ETC medegedeeld dat het door hen gemaakte gebruik van het beltegoed, te weten het genereren van grote hoeveelheden korte calls om gelukkig voordeel met de exploitatie van een Premium Rate-nummer te genereren, in strijd is met de algemene voorwaarden van Vodafone en ook overigens onrechtmatig jegens haar, en heeft zij hen gesommeerd dat gebruik per direct te staken.'

Naar de stelling van ETC zouden de algemene voorwaarden van Vodafone volgens de *CAO*-jurisprudentie (tekst beslist) en niet volgens de *Haviltex*-norm (context beslist) moeten worden uitgelegd. Het hof oordeelt dat ETC weliswaar oneigenlijk gebruik maakte van Vodafones algemene voorwaarden, maar dat in die algemene voorwaarden niet kon worden gelezen dat ander gebruik dan het voorziene, door het hof onbesproken gelaten, communicatieve gebruik (berichtenverkeer) verboden was, en dat daarmee dat oneigenlijk gebruik niet ongeoorloofd was. De Hoge Raad casseert het arrest van het hof, allereerst als volgt overwegende:

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

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

So far, so good wat mij betreft.

4. Echter, op overweging 3.4 laat de Hoge Raad vervolgens een overweging volgen die als volgt luidt:

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

Volgens Drion/Van Wechem (p. 938) volgt de Hoge Raad hier ten dele de Conclusie van A-G Langemeijer, waarin volgens de kroniekschrijvers een normatieve uitlegregel zou zijn neergezet. In die Conclusie merkt A-G Langemeijer op dat de door ETC tussen de tekstuele en de contextuele uitleg gemaakte tegenstelling niet bestaat (vloeiende overgang; 2.10), en dat hetzelfde geldt voor de tegenstelling tussen het uitleggen van een overeenkomst en het aanvullen van haar rechtsgevolgen (2.12). Dit leidt Langemeijer tot de volgende uitspraak:

'2.11 (...) Vodafone had het zichzelf (en het hof) gemakkelijker gemaakt indien zij in hoger beroep zou hebben toegegeven dat de ontstane situatie niet uitdrukkelijk in haar Algemene Voorwaarden is voorzien en dat sprake is van een leemte, die moet worden aangevuld met toepassing van art. 6:248 lid 1 BW. Vodafone heeft zich vastgeklampt aan haar Algemene Voorwaarden en in drie instanties betoogd dat daaraan de door haar bedoelde (ruime) uitleg moet worden gegeven.'

In nummer 2.15 van de Conclusie leidt een en ander Langemeijer tot de bevinding dat het arrest van het hof moet worden vernietigd, omdat is nagelaten het begrip *communicatie* contextueel uit te leggen. Mijns inziens sluit dit aan bij een lezing van het *Haviltex*-arrest, die past in de wilsvertrouwensleer.

5. In overweging 3.4, gelezen op zichzelf en in de interpretatie van Drion/Van Wechem, valt op het gebruik van de tournure '*Voorts*' en '*doch ook*', waarmee de redelijkheid en billijkheid wordt geïntroduceerd. (Ik laat buiten beschouwing de wat mij betreft merkwaaardige kwalificatie dat ETC's gedrag Vodafone '*onaanvaardbaar benadeelde*', en de intro '*Als het hof dit een en ander niet heeft*

miskend.) Het *voorts* en *doch ook* en de daarmee geïntroduceerde r&b-motivering verrast, omdat voor de hand zou hebben gelegen – zoals A-G Langemeijer dan ook doet in nummer 2.11 van zijn Conclusie – dat de Hoge Raad, na te hebben vastgesteld dat in de voorliggende *casus* niet kon worden volstaan met een zuiver taalkundige uitleg (die klaarblijkelijk geen andere uitkomst toeliet dan die waartoe het hof kwam), de contextuele weg zou hebben gevolgd om te zien waar deze toe zou leiden. Zoals het nu loopt, maakt de Hoge Raad het in het laatste decennium gevestigde uitlegtraject echter niet af en stapt hij onverklaard over op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 (1) BW. Het uiteindelijke resultaat: afstraffen van ETC's gedrag (aangenomen dat dit het wenselijk geachte rechtsgevolg is), zou ook hebben kunnen worden bereikt door het aflopen van het uitlegtraject. Dusdoende zou allereerst zijn uitgesproken dat de tekst van de Algemene Voorwaarden taalkundig tot geen andere uitleg dan die van ETC en het hof leidt. Vervolgens zou zijn overwogen (wanneer dat althans de argumenten zouden zijn) dat de Algemene Voorwaarden kennelijk het gewraakte, niet door de voorwaarden voorziene, gebruik door ETC van de beltegoedregeling, gelet op de verhouding van partijen en op aard en strekking van de overeenkomst, niet toelaten. In het arrest van de Hoge Raad wordt echter naar mijn mening ten onrechte de contextuele uitleg overgeslagen: aan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid komt men immers pas toe nadat is vastgesteld dat de tekstuele en de contextuele uitleg geen (wenselijk geachte!) oplossing bieden. Maar te dien aanzien overweegt de Hoge Raad nu juist dat het hof heeft nagelaten het noodzakelijk geachte contextuele (feitelijke) onderzoek uit te voeren. De sprong naar het (ongenoemde) artikel 6:248 (1) BW past niet in het eigen *Haviltex*-systeem van de Hoge Raad. Ik concludeer dan ook dat het *Vodafone*-arrest per saldo niet gaat over uitleg van overeenkomsten (en voor zover het daaraan refereert, een verkeerde weg wijst), maar over de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij het bepalen van de rechtsgevolgen van overeenkomsten.

6. Volgt nu uit het *Vodafone*-arrest – zoals Drion/Van Wechem (p. 938) menen – dat *Haviltex* dus volgens de Hoge Raad normatief (is) op te vatten? Zij het dat volgens de auteurs die normatieve benadering in hun lezing van het besproken arrest, niet (helemaal) voldoende basis geeft om het gewenste rechtsgevolg te bereiken. Reden waarom in hun lezing door de Hoge Raad tevens een beroep op de redelijkheid en billijkheid wordt gedaan, waarbij zou zijn teruggegrepen op het *Baris/Riezenkamp*-arrest. Ik zie dat anders dan Drion/Van Wechem. Mijns inziens past het *Vodafone*-arrest, daargelaten de in onderdeel 5 daarop geuite kritiek, in zijn onvolkomenheid geheel in de wilsvertrouwensleer. Dat wordt uitgeweken naar artikel 6:248 (1) BW is niet een gevolg van onvoldoende vertrouwen in de uitkomst bij toepassing van de normatieve leer, maar – in feite op het voetspoor van Langemeijer, die immers een leemte in de overeenkomst signaleerde – aanvulling van het contract nadat is (dat wil zeggen: had behoren te zijn) vastgesteld dat een tekstuele noch een contextuele uitleg *in casu* het gewenste rechtsgevolg oplevert. Drion/Van Wechems verwijzing naar het *Baris/Riezenkamp*-arrest kan ik niet plaatsen. Daargelaten dat de Hoge Raad er niet aan refereert (dat gebeurt ook niet met art. 6:248 (1) BW), betreft dat arrest de precontractuele fase en niet de nakomingsfase.

FWG

Anderzijds

Edwin van Wechem en ondergetekende hebben in het *Nederlands Juristenblad* van 18 april 2008¹ het *Vodafone*-arrest in goeddeels neutrale bewoordingen getracht te analyseren, geplaatst in de context van de belangrijkste jurisprudentie van de Hoge Raad tot op dit moment. Onze voornaamste conclusies waren – de lezer zij verwezen naar de Kroniek voor alle details – (1) dat de Hoge Raad nu voor het eerst echt expliciet tendeert naar een aanvaarding van de normatieve uitleg, (2) dat de Hoge Raad die normatieve uitleg in casu in die zin onvoldoende vond om als onderbouwing voor vernietiging van 's hofs arrest te dienen, dat hij daarnaast de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid meende te moeten hanteren, en (3) dat de Hoge Raad de regel van Baris-Riezenkamp – dat een partij haar gedrag mede dient te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij – in dat kader nu voor het eerst expliciet in de nakomingsfase een rol laat spelen in plaats van uitsluitend in de precontractuele fase.

Uit onze min of meer neutrale analyse mag niet worden afgeleid dat ik een voorstander zou zijn van deze tendens naar aanvaarding van de normatieve uitleg, zoals Van Wechem en ik overigens wel een voorstander zijn van de nieuwe rol van Baris-Riezenkamp bij de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Grosheide stelt dat dit laatste niet in het arrest valt te lezen. Ik zou menen dat hij zulks ten onrechte opmerkt. Dat valt wat mij betreft een-op-een te concluderen uit de eerste twee zinnen van rechts-overweging 3.5 van de Hoge Raad, zoals ook door Grosheide onder punt 4 geciteerd.

Net als Grosheide ben ik een verklaard criticaster van de te vrije rol die de Hoge Raad de feitenrechter toekent bij uitleg van commerciële contracten tussen professionele partijen, en ik kan mij wat dat betreft dus graag ook bij Grosheides kritiek onder 'Enerzijds' hiervoor aansluiten. Niet eens met Grosheide ben ik het daar waar hij betoogt dat de Hoge Raad ten onrechte de contextuele route van *Haviltex* niet heeft afgemaakt. In het licht van HR 19 oktober 2007, C06/055HR, LJN BA2014 (*Phoenix/Philips*), waar de Hoge Raad onder meer² heeft uitgemaakt dat uitleg van overeenkomsten in cassatietechnische zin een overwegend feitelijke vraag betreft, kón de Hoge Raad in *Vodafone* niet anders dan vernietigen en terugverwijzen voor de contextuele analyse. Daargelaten de kritiek die mogelijk is op *Phoenix/Philips* (en waar Grosheides betoog in feite op neerkomt zonder dat hij dit arrest noemt), komt het mij voor dat de Hoge Raad in ieder geval de eigen uitgezette lijnen consistent toepast. Zelf zou ik er overigens, juist in het licht van (ook) mijn kritiek op die vrije rol van de redelijkheid en billijkheid bij uitleg, niet voor zijn dat de Hoge Raad zelf de feiten in de contextuele zin zou gaan duiden.

Ik begrijp heel goed dat Grosheide de neiging heeft om *Vodafone* te willen uitleggen, als ik dat zo mag zeggen, als zou het een arrest zijn dat in feite niet over uitleg gaat, maar uitsluitend over de

aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Toch meen ik, op grond van het vorenstaande, dat dit niet terecht is. De Hoge Raad koerst volgens mij echt op (voorzichtige en geclausuleerde) aanvaarding van de normatieve uitleg. Laten we, als we daar (zoals Grosheide en ik) vanuit de commerciële praktijk niet echt blij mee zijn, dat dan maar gewoon zeggen en niet proberen om *Vodafone* een beetje weg te redeneren. Maar misschien zie ik het niet goed en Grosheide juist wel.

CED

1 C.E. Drion & E. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', NJB 2008, nr. 16, p. 933-948.

2 Zie ook voornoemde 'Kroniek van het vermogensrecht' op p. 935 onder punt 5.