

Contracten maken

Haviltex voor *drafters*

Mr. M.J.R. Brons*

Over de uitleg van overeenkomsten is al heel veel gezegd en geschreven, waarbij het voornamelijk gaat om analyses van de ontwikkeling van de uitlegdogmatiek aan de hand van arresten van de Hoge Raad. Uit de uitlegjurisprudentie zijn echter ook meer praktische lessen te leren. In deze bijdrage geef ik een (niet uitputtend bedoeld) overzicht van enkele van die lessen, ontleend aan eigen ervaringen uit de contracteerpraktijk en waar relevant voorzien van verwijzingen naar recente literatuur. Het overzicht is bedoeld om contractenmakers in staat te stellen om bij het opstellen van contracten beter te anticiperen op uitleg van die contracten in juridische procedures.

1. Houd er rekening mee dat de overeenkomst zal worden uitgelegd aan de hand van de letterlijke tekst van die overeenkomst

De beroemde over-en-weerformule uit het Haviltex-arrest¹ is diep in het collectieve geheugen van juridisch Nederland ingesleten. Ik durf de stelling aan dat Haviltex het bekendste Nederlandse arrest op het terrein van het verbintenissenrecht is.² Het Haviltex-arrest is bij mijn weten bovendien het enige Nederlandse civielrechtelijke arrest met een eigen, in de juridische praktijk breed ingeburgerd werkwoord: als men zegt een over-

eenkomst te zullen ‘Haviltexen’, weet iedere jurist wat daarmee wordt bedoeld.³ De ruime aandacht die Haviltex krijgt in het juridisch onderwijs is terecht, maar de keerzijde van de nadruk op de importantie van het arrest is dat de indruk kan ontstaan dat Haviltex als vanzelf te hulp komt als partijen hebben verzuimd hun afspraken goed op te schrijven. Die gedachte wordt gevoed door de feiten die tot het Haviltex-arrest leidden. De contractsbepaling die in de Haviltex-casus moest worden uitgelegd, luidde als volgt:

‘Tot eind 1976 heeft koper het recht de machine terug te geven voor f 20000 exclusief BTW.’

Verkopers Hermes c.s. bepleitten uiteindelijk met succes dat de betreffende machine alleen door Haviltex B.V. kon worden teruggeven als daarvoor een goede reden bestond, terwijl de betreffende bepaling met geen woord repte over een dergelijke voorwaarde. Men zou bijna gaan denken dat de Haviltex-leer een comfortabel vangnet is voor de consequenties van *sloppy drafting*. Dat is om verschillende redenen een misvatting.

Allereerst geldt dat de uitlegjurisprudentie⁴ laat zien dat de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de tekst van de overeenkomst in veel gevallen wel degelijk doorslaggevend is bij de uitleg van die overeenkomst. Op grond van de tekst van een overeenkomst kan een bepaalde uitleg zozeer voor de hand liggen, dat op de rechter die een daarvan afwijkende uitleg aanvaardt

* Mr. M.J.R. Brons is raadsheer in het gerechtshof Amsterdam.

1 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635.

2 Het betreft een persoonlijke inschatting die niet op enig empirisch onderzoek is gebaseerd.

3 Het Haviltex-arrest heeft ook een eigen, geheel aan de tekst van het arrest gewijde website (www.haviltex.nl). Als u dan toch op die website kijkt: de noot van Brunner bij het arrest is interessant. Brunner noemde de Haviltex-formule destijds ‘niet opzienbarend’ omdat hij deze herkende uit een drietal eerdere arresten van de Hoge Raad, te beginnen met Bunde/Erckens (HR 17 december 1976, NJ 1977/241), en de parlementaire geschiedenis van het NBW.

4 Zie voor een lezenswaardig overzicht van de uitlegjurisprudentie sinds Lundiform/Mexx: Bakker, ORP 2017/5.

een verzwaarde motiveringsplicht rust.⁵ Ook kunnen de aard van de overeenkomst en de wijze waarop deze tot stand is gekomen meebrengen dat groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de in het contract gebruikte bewoordingen. Het gaat dan met name om overeenkomsten die zijn uitonderhandeld tussen professionele partijen met deskundige juridische bijstand, terwijl de schriftelijke overeenkomst ertoe strekt om de wederzijdse rechten en verplichtingen nauwkeurig vast te leggen.⁶ De rechter die een overeenkomst moet uitleggen, mag tot het voorlopige oordeel komen dat een daarin voorkomende bepaling moet worden uitgelegd overeenkomstig de taalkundige betekenis daarvan; daarvoor is niet vereist dat zich het hiervoor in het arrest Meyer/PontMeyer genoemde rijtje omstandigheden voordoet.⁷ Bij de uitleg van overeenkomsten die naar hun aard bestemd zijn om de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor de derden niet kenbaar is, moet de niet-kenbare bedoeling van degenen die de uit te leggen bepaling hebben geformuleerd in beginsel buiten beschouwing blijven.⁸

De uitlegjurisprudentie biedt dus – binnen het bestek van de Haviltex-maatstaf⁹ – verschillende verschijningsvormen van een min of meer objectieve, van de partijbedoelingen geabstraheerde uitleg. Voor de praktijkjurist is wellicht nog belangrijker dat de doctrine niet alleen veel ruimte laat voor meer objectieve vormen van uitleg, maar dat die ruimte ook daadwerkelijk door feitenrechters wordt benut. Smeehuijzen en De Haan¹⁰ onderzochten uitspraken van feitenrechters over uitleg van overeenkomsten gedaan in het jaar 2018 en constateerden dat in 182 van de door hen onderzochte gevallen de tekst van het betreffende contract een bepaalde uitleg suggereerde. In maar liefst 96,7% van die gevallen oordeelde de feitenrechter conform die suggestie. De eerste *drafting tip* (tevens een wijd openstaande deur, ik realiseer mij dat) is dus om bij het opstellen van contracten zorgvuldig te formuleren, aangezien het bij uitlegkwesties in het merendeel van de gevallen zal aankomen op de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van wat de contractenmaker zelf heeft opgeschreven, ook als partijen (of een van hen) mogelijk iets anders hebben bedoeld.

5 HR 29 oktober 1999, NJ 1999/823 (Ekkersrijt/De Rooy).

6 HR 19 januari 2007, NJ 2007/575 (Meyer/PontMeyer); HR 5 april 2013, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx).

7 HR 20 september 2019, NJ 2019/368 (Valerbosch). Breeman (ORP 2020, art. 148) wijst er terecht op dat het feit dat er geen vaste omstandigheden-catalogus bestaat op grond waarvan de rechter tot een voorhands taalkundige uitleg mag overgaan, niet met zich brengt dat een rechter dat zonder motivering mag doen. Het arrest wekt bij eerste lezing die indruk doordat de Hoge Raad niet toekwam aan de in cassatie opgeworpen motiveringsklacht omdat het tussenarrest om formele redenen reeds nietig was.

8 HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 (DSM/Fox); HR 21 maart 2014, NJ 2004/281 (Coface/Intergamma).

9 Asser/Sieburg 6-III 2018/373, onder verwijzing naar het hiervoor aangehaalde arrest DSM/Fox.

10 NJB 2020/2569.

2. Besteed aandacht aan de considerans

Bij de uitleg van een overeenkomst kan de considerans van die overeenkomst van belang zijn,¹¹ en soms worden uit die considerans zelfs rechtstreekse verplichtingen afgeleid.¹² Het kan nuttig zijn om aandacht aan de considerans te besteden en daarin uitgangspunten en overwegingen neer te leggen die de uitleg van de overeenkomst in de door de contractenmaker beoogde richting sturen.¹³ Te denken valt aan overwegingen die beschrijven wat partijen met de overeenkomst willen bereiken,¹⁴ waarom partijen specifiek voor elkaar hebben gekozen als zakenpartners, waarom zij bepaalde risico's tussen hen hebben verdeeld zoals zij hebben gedaan, en wat de achtergrond en expertise van partijen is. Omdat de considerans dus richting kan geven aan de uitleg van het contract, kan worden overwogen om een specifieke bepaling in het contract op te nemen die de rol van de considerans verkleint dan wel vergroot (afhankelijk van wat de contractenmaker wil bereiken). Te denken valt bijvoorbeeld aan:

‘De considerans van deze Overeenkomst maakt integraal onderdeel uit van deze Overeenkomst in die zin dat de in deze Overeenkomst gemaakte afspraken moeten worden gelezen en waar nodig uitgelegd in het licht van de in de considerans genoemde feiten en omstandigheden.’

Of juist:

‘De considerans van deze Overeenkomst dient slechts als achtergrondinformatie en zal niet van invloed zijn op de uitleg van de rechten en verplichtingen van Partijen.’

3. Neem een rangorderegeling op

Lex specialis derogat legi generali (kort gezegd: specifieke wetsbepalingen gaan voor op algemene wetsbepalingen), ook wel de *specialiteitsregel* genoemd, is een algemeen erkend rechtsbeginsel. Een contractenrechtelijke pendant van deze regel, die meebrengt dat specifieke contractsbepalingen voorgaan op bepalingen in alge-

11 HR 30 november 1951, NJ 1953/76 (Van Stijverden/Olst).

12 Zie bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8069.

13 Of aandacht besteden aan de considerans daadwerkelijk aanbevelingswaardig is, zal afhangen van wat een partij met een overeenkomst beoogt. Soms is onduidelijkheid prettiger dan duidelijkheid.

14 Temeer ook omdat het doel van de overeenkomst door de Hoge Raad mede van belang wordt geacht bij de uitleg ervan (zie HR 17 december 1976, NJ 1977/241 (Bunde-Erckens)) en in overeenkomsten doorgaans geen andere logische plaats beschikbaar is voor het vermelden van dat doel dan de considerans. Zie ook art. 5:102 sub c van de Principles of European Contract Law, dat bepaalt dat bij de uitleg van een overeenkomst acht moet worden geslagen op ‘the nature and purpose of the contract’.

mene voorwaarden, bestaat volgens de Hoge Raad niet.¹⁵ Een dergelijk principe¹⁶ kan volgens de Hoge Raad op zijn best een *gezichtspunt* zijn bij uitleg conform de Haviltex-formule. Deze terughoudende kwalificatie heeft mij verbaasd; een promotie tot vuistregel of weerlegbaar bewijsvermoeden zou mijns inziens logisch volgen uit het meer generieke principe dat een contractsbepaling moet worden uitgelegd in het licht van (de structuur en het systeem van) de hele overeenkomst.¹⁷ Nu de Hoge Raad niet zover wil gaan, doet de contractenmaker die een contract schrijft waarbij meerdere documenten tezamen één overeenkomst vormen, er goed aan om een bepaling op te nemen die specificiert wat de rangorde tussen deze documenten is. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is de volgende:

‘In geval van strijdigheid van bepalingen van de Overeenkomst, de considerans, de Algemene Voorwaarden of de Bijlagen, geldt de volgende rangorde:

1. (het lichaam van) de Overeenkomst;
2. de considerans bij de Overeenkomst;
3. de Bijlagen (waarbij de Bijlage met een lager nummer voorgaat op een Bijlage met een hoger nummer);
4. de Algemene Voorwaarden.’

Uiteraard kunnen ook andere rangordes worden overeengekomen. Een bijlage kan bijvoorbeeld prevaleren boven het lichaam van de overeenkomst. Dat kan aangezien zijn als die bijlagen afspraken bevatten die zijn uitgedrukt in cijfers of technische specificaties die niet of slecht in de Nederlandse taal te vatten zijn. In theorie kan ook de considerans van hogere rang worden gemaakt dan het lichaam van de overeenkomst en/of haar bijlagen. Een dergelijke rangorderegeling, waarbij zeer algemeen geformuleerde principes boven specifieke afspraken gaan, kan echter wel tot onduidelijkheid en onzekerheid leiden en lijkt mij in het algemeen niet erg praktisch.

4. Overweeg de contra proferentem-regel uit te schakelen

Lange tijd werd ervan uitgegaan dat de zogenoemde *contra proferentem*-regel (de regel dat een onduidelijke bepaling in een overeenkomst moet worden uitgelegd in het nadeel van de partij die de bepaling heeft opgesteld) in de verhouding tussen twee professionele contracts-

partijen¹⁸ geen rechtsregel was, maar hooguit een gezichtspunt binnen de Haviltex-formule, en dan vooral in gevallen van onevenwichtigheid in de expertise en onderhandelkracht van de betrokken partijen.¹⁹ In een arrest van de Hoge Raad van 31 januari 2020²⁰ verscheen echter de volgende overweging:

‘(...) indien (de rechtsvoorgangster van) Deem deze aansluitbijdrage bij [verweerder] in rekening had willen brengen, [had] zij als professionele partij de schriftelijke overeenkomst zodanig duidelijk moeten opstellen dat daaruit de betalingsverplichting blijkt op een wijze die niet voor misverstand vatbaar is. Nu de overeenkomst niet zodanig duidelijk is, komt dat voor rekening van Deem.’

Nu lijkt het zo te zijn dat de (geanonimiseerde) wederpartij van Deem een consument was, maar vreemd genoeg rept de Hoge Raad in het arrest met geen woord over artikel 6:238 Burgerlijk Wetboek (BW) of de Europese richtlijn waarop deze bepaling berust. Ook het arrest van het hof refereert niet aan deze bepaling, en de A-G in zijn conclusie evenmin. Is sprake van ambtshalve maar stilzwijgende toepassing van artikel 6:238 lid 2 BW (in welk geval een verwijzing naar de bepaling niet had misstaan) of introduceert de Hoge Raad hier de *contra proferentem*-regel als volwaardige uitlegregel?²¹ Een andere mogelijkheid is dat de wederpartij van Deem geen consument was (of dat dit feit over het hoofd is gezien) en de Hoge Raad *contra proferentem* als ‘gezichtspunt’ binnen de Haviltex-maatstaf uit zijn gereedschapskist haalt (in welk geval de overweging van de Hoge Raad wel erg sec lijkt te zijn geformuleerd). Hoe het ook zij: het lijkt geen overbodige luxe om ervan uit te gaan dat een opsteller van een commercieel contract bij geschil de *contra proferentem*-regel tegengeworpen krijgt; als gezichtspunt, als uitlegregel of anderszins. Het kan dan helpen als de overeenkomst een bepaling als de volgende bevat:

‘Bepalingen van deze Overeenkomst zullen niet ten nadele van een Partij worden uitgelegd uitsluitend omdat die Partij de betreffende bepaling heeft opgesteld.’

5. Documenteer het onderhandelingsproces

Uit het eerder aangehaalde arrest Lundiform/Mexx²² blijkt dat bij de uitleg van een overeenkomst, ook wanneer het gaat om een commercieel contract tussen professionele partijen, de fase voorafgaand aan het sluiten

15 HR 13 juni 2003, NJ 2003/506 (Vos Logistics); HR 24 april 2015, NJ 2015/222 (ForFarmers/Doens).

16 Op Europees niveau is kennelijk wel sprake van een beginsel: ‘Terms which have been individually negotiated take preference over those which are not’ (art. 5:104 Principles of European Contract Law).

17 HR 18 november 1983, NJ 1984/272 (Kluft/B en W). Zie ook art. 5:105 Principles of European Contract Law.

18 Dat ligt anders voor consumentenovereenkomsten: zie art. 6:238 lid 2 BW.

19 HR 28 april 1989, NJ 1990/583 (Lizskay / Harman).

20 HR 31 januari 2020, NJ 2020/360.

21 Zoals bepleit door Van Tongeren in NJB 2020/1255.

22 Zie r.o. 3.4.3.

van de overeenkomst relevant kan zijn. In het arrest is ook bepaald²³ dat de aanwezigheid van een *entire agreement clause* daaraan niet zonder meer in de weg staat (hierover later meer). Dit betekent dat een contractenmaker zich ervan bewust moet zijn dat eerdere versies en *mark-ups* van de overeenkomst waaraan hij werkt, in het geding kunnen worden gebracht om een bepaalde uitleg van een bepaling van die overeenkomst te bepleiten. De contractenmaker kan daarmee rekening houden tijdens de onderhandelingen, bijvoorbeeld door:

- telefoongesprekken en besprekingen te bevestigen als de wederpartij daarin een concessie heeft gedaan, zodat goed komt vast te liggen dat het betreffende punt welbewust is ‘weggegeven’ (voorbeeld: ‘Ik bevestig dat uw cliënt heeft ingestemd met de verwijdering uit de overeenkomst van garantie 14.11 over de afwezigheid van milieuverontreiniging en daarmee bewust het risico van schade als gevolg van dergelijke verontreiniging aanvaardt.’);
- in correspondentie te bevestigen dat een specifieke regeling in de overeenkomst door een contractspartij op een bepaalde manier zal worden ingevuld of uitgelegd (wat nuttig kan zijn als er wel bezwaren resteren tegen een bepaalde clause, maar er in de onderhandelingen geen ruimte meer is voor het aanpassen van de overeenkomst). Denk bijvoorbeeld aan de bevestiging dat vertrouwd wordt op het niet door de wederpartij inroepen van een boetebeding als er sprake is van een kleine overtreding;
- in correspondentie of een ‘drafting note’ in de overeenkomst vast te leggen dat een zelf gedane concessie geen of beperkte betekenis heeft voor de uitleg van andere bepalingen (voorbeeld: ‘Zoals u ziet stemt koper in met het verwijderen van de in Bijlage 2 onder 18.2 opgenomen fiscale garantie. Zij doet dat uitsluitend omdat de mogelijke risico’s die onder het bereik van de betreffende garantie zouden vallen, ook al onder het bereik van de in artikel 7 van de koopovereenkomst opgenomen vrijwaring vallen, aan welke bepaling op geen enkele wijze wordt afgedaan door schrapping van de genoemde garantie.’);
- in de overeenkomst vast te leggen dat de tekst van de overeenkomst het resultaat is van onderhandelingen waarbij partijen zich hebben laten bijstaan door ter zake kundige juridische adviseurs (of, als dat niet het geval is, dat de betreffende partij de gelegenheid heeft gehad zich te laten bijstaan, maar daarvan heeft afgezien en de daarmee samenhangende risico’s heeft aanvaard);
- alle relevante correspondentie op makkelijk doorzoekbare wijze te bewaren, zodat in geval van geschil makkelijk de wordingsgeschiedenis van de betreffende overeenkomst kan worden gereconstrueerd.

23 Zie r.o. 3.5.3.

6. Denk na over het wel of niet opnemen van een *entire agreement clause* en de redactie ervan

In het Angelsaksische recht geldt de *parol evidence rule*. Deze regel houdt kort gezegd in dat partijen bij een schriftelijk contract geen bewijs mogen leveren van eerdere (mondelijke of schriftelijke) afspraken die strijdig zijn met – of een aanvulling vormen op – het schriftelijke contract, tenzij het evident is dat het contract niet de ‘*entire agreement*’ tussen partijen weergeeft. Door een *entire agreement clause* op te nemen beoogt de Angelsaksische contractenmaker duidelijk te maken dat het contract wel de ‘*entire agreement*’ weergeeft om op die manier de *parol evidence rule* in te schakelen. Een *entire agreement clause* opnemen in een contract waarop Nederlands recht van toepassing is, lijkt voorshands weinig zinvol aangezien de *parol evidence rule* naar Nederlands recht niet geldt.²⁴ Toch bleek de *entire agreement clause* in 2007 relevantie te kunnen hebben voor de uitleg van door Nederlands recht beheerste overeenkomsten. De Hoge Raad oordeelde in het arrest Meyer/PontMeyer dat de aanwezigheid van een *entire agreement clause* eraan bijdraagt dat bij de uitleg van een contract meer naar de letterlijke tekst moet worden gekeken en minder naar partijbedoelingen.²⁵ Nadien heeft de Hoge Raad de scherpe kantjes van Meyer/PontMeyer afgehaald.²⁶ Hij oordeelde:

- a. De *entire agreement clause* is geen uitlegregel.
- b. De *entire agreement clause* heeft naar Nederlands recht ‘niet zonder meer een bijzondere betekenis’ (zonder dat de Hoge Raad uitlegt wanneer sprake is van ‘meer’).
- c. De *entire agreement clause* kan niettemin wijzen op een primair taalkundige uitleg.

De onduidelijkheid over de status van de *entire agreement clause* die uit dit arrest volgt, is op zichzelf een goede reden om kritisch na te denken over het gebruik van een *entire agreement clause*. De clause heeft als veelal nuttige functie dat zij verduidelijkt dat eerdere afspraken tussen partijen (bijvoorbeeld een intentieovereenkomst) vervallen en worden vervangen door de tekst van de overeenkomst waarin de *entire agreement clause* is opgenomen. Anderzijds kan de clause (soms onbedoeld, een *entire agreement clause* is een standaardbepaling waarover vaak niet wordt nagedacht of onderhandeld) invloed hebben op de wijze waarop de overeenkomst wordt uitgelegd, ook omdat rechters in de aanwezigheid van een *entire agreement clause* een aanwijzing kunnen zien dat partijen hun verplichtingen uitputtend in de tekst van de overeenkomst hebben willen regelen. Of dit effect wenselijk is, hangt af van de

24 Zie ook Dousi, Contracteren 2016/2, p. 37.

25 HR 19 januari 2007, NJ 2007/575 (Meyer/PontMeyer).

26 HR 5 april 2013, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx).

vraag of de overeenkomst ook daadwerkelijk zo is bedoeld. Wil de contractenmaker *wel* verduidelijken dat de overeenkomst die hij schrijft in de plaats treedt van eerdere overeenkomsten, maar is zijn bedoeling *niet* om een meer taalkundige wijze van uitleg van de overeenkomst te introduceren (bijvoorbeeld omdat sprake is van een contract op hoofdlijnen die de gemaakte afspraken niet in afdoende detail en nuance regelt), dan kan worden overwogen om een bepaling als de volgende te gebruiken:

‘Deze Overeenkomst treedt in de plaats van alle eerdere schriftelijke, digitale en mondelinge afspraken die Partijen hebben gemaakt ter zake van de in deze Overeenkomst beschreven transacties, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, de intentieovereenkomst tussen Partijen d.d. [x]. Met het bepaalde in de vorige zin beogen Partijen te verduidelijken welke afspraken tussen hen wel en niet gelden. Partijen beogen geen afspraken te maken over de wijze waarop die afspraken moeten worden uitgelegd.’²⁷

Is de overeenkomst daarentegen wel bedoeld als een uitputtende, finale en nauwgezette weergave van de afspraken tussen partijen, dan kan een clause worden overwogen die voorziet in zowel het uitschakelen van eerder gemaakte afspraken als het benadrukken van het feit dat het om een integrale en letterlijke weergave van de wel geldende afspraken gaat. Om de tekst van de overeenkomst als exclusieve bron van verbintenissen zo veel als mogelijk te verankeren kan een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) worden toegevoegd. Een voorbeeld van een dergelijke variant van de entire agreement clause zou de volgende kunnen zijn:²⁸

‘Deze Overeenkomst bevat een uitputtende weergave van de afspraken tussen Partijen met betrekking tot de in deze Overeenkomst beschreven transacties en treedt in de plaats van alle eerdere schriftelijke, digitale en mondelinge afspraken die Partijen ter zake hebben gemaakt, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, de intentieovereenkomst tussen Partijen d.d. [x]. Het bepaalde in de vorige zin geldt tussen Partijen mede als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv en artikel 7:900 lid 3 BW. Dit brengt mee dat de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de tekst van deze Overeenkomst dwingende bewijskracht heeft ten aanzien van de gemeenschappelijke bedoeling die Partijen hadden bij het sluiten van deze Overeenkomst; tegenbewijs is uitgesloten.’

Is daarmee de invloed van niet in de overeenkomst benoemde afspraken, bedoelingen en gezichtspunten helemaal uitgesloten? Dat denk ik niet. Een contracts-

bepaling kan in uitzonderlijke gevallen buiten toepassing blijven op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). Daarnaast is denkbaar dat de overeenkomst een leemte bevat die met gebruikmaking van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid moet worden aangevuld.

Tot slot: in de laatstgenoemde voorbeeldbepaling wordt een uitlegregel geïntegreerd in een contractsbepaling die van oorsprong bedoeld is om de geldigheid van eerdere overeenkomsten uit te schakelen. Het is uiteraard mogelijk dat geen sprake is van eerdere afspraken, maar dat wel de wens bestaat om een primair taalkundige uitleg van het contract overeen te komen. In dat geval kan gedacht worden aan een bepaling als de volgende:

‘Partijen komen overeen dat bij de uitleg van deze Overeenkomst de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de tekst van de Overeenkomst doorslaggevend is. Het bepaalde in de vorige zin geldt tussen Partijen mede als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv en artikel 7:900 lid 3 BW. Dit brengt mee dat de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de tekst van deze Overeenkomst dwingende bewijskracht heeft ten aanzien van de gemeenschappelijke bedoeling die Partijen hadden bij het sluiten van deze Overeenkomst; tegenbewijs is uitgesloten.’

7. Overweeg een (no oral) modification clause

Volgens de Hoge Raad kunnen ook gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst van belang zijn voor de uitleg van die overeenkomst.²⁹ Dergelijke gedragingen onttrekken zich veelal aan het zicht van de contractenmaker, maar dat wil niet zeggen dat de contractenmaker niet op deze gedragingen kan anticiperen, bijvoorbeeld door het opnemen van een *no oral modification clause*³⁰ waarvan de strekking is dat de overeenkomst alleen kan worden gewijzigd door middel van een schriftelijk, door beide partijen ondertekend document. Een dergelijke clause, mits een beroep daarop slaagt, beschermt de contractenmaker tegen het standpunt dat partijen na de datum van de overeenkomst mondeling of anderszins op informele wijze aanvullende of afwijkende afspraken hebben gemaakt. Het is goed om te beseffen dat een ander type verweer, te weten dat uit gedragingen van na de overeenkomst niet zozeer blijkt van *nadere afspraken* maar van een bepaalde *uitleg* van de gemaakte afspraken, niet onder de reikwijdte van de no oral modification clause valt. De contractenmaker die ook dit verweer wil pareren, heeft meer baat bij een en-

27 Bij deze aanpak kan verder worden overwogen de titel van de bepaling (meestal ‘volledige overeenkomst’ of ‘entire agreement’) te vervangen door iets als ‘eerdere overeenkomsten’.

28 Zie ook de tekstsuggesties voor bewijsovereenkomsten van Uijen in Contracteren 2017/1, p. 19 e.v.

29 Zie bijv. HR 12 oktober 2012, NJ 2012/589.

30 De term ‘no oral modification clause’ vind ik wat ongelukkig omdat de bepaling niet alleen mondelinge wijziging wil uitsluiten, maar ook schriftelijke vormen die niet resulteren in een ondertekend document. Ik geef daarom de voorkeur aan de koptekst ‘modification’.

tire agreement clause van het tweede type dat ik hier voor besprak.

Ik deed in het voorgaande al de suggestie om de entire agreement clause te versterken met een bewijsovereenkomst. Dat advies geldt ook voor de no oral modification clause.³¹ Ik merk daarbij op dat ik dergelijke bewijsovereenkomsten in de commerciële contracteerpraktijk amper ben tegengekomen. Dat is waarschijnlijk (ten minste deels) te verklaren door het feit dat zowel de entire agreement clause als de no oral modification clause afkomstig is uit Angelsaksische templates. Toch kan een bewijsovereenkomst toegevoegde waarde hebben, zeker als deze is gekoppeld aan een no oral modification clause. Het gevaar bestaat immers dat een partij zich tegen een beroep op een no oral modification clause verweert met de stelling dat uit het feit dat partijen een nadere afspraak hebben gemaakt die niet aan de vereisten van schriftelijkheid en ondertekening voldoet, besloten ligt dat zij stilzwijgend afstand hebben gedaan van het door de no oral modification clause gegeven vormvoorschrift.³² Over de vraag of een dergelijk verweer slagskansen heeft, wordt verschillend gedacht.³³ Vaststaat echter dat de effectiviteit van een no oral modification clause wordt beïnvloed door de redactie ervan. Juist omdat het verweer tegen een no oral modification clause snel de vorm zal aannemen van een beroep op stilzwijgende afstand of rechtsverwerking, kan worden overwogen de kernafpraak te stutten met zowel een bewijsovereenkomst als een non-waiver clause.³⁴ Een suggestie voor een dergelijke bepaling, die mijns inziens niet al te eenvoudig opzijgezet kan worden, is de volgende:

‘Deze Overeenkomst kan slechts worden gewijzigd door middel van een schriftelijke, door beide Partijen ondertekende verklaring. Een Partij kan slechts geldig afstand doen van een beroep op de in de vorige zin genoemde voorschriften door middel van een door die Partij ondertekende verklaring. Het bepaalde in de vorige twee zinnen geldt tussen Partijen mede als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv en artikel 7:900 lid 3 BW. Dit brengt mee dat bewijs van een wijziging van deze Overeenkomst of het doen van afstand door een Partij van een beroep op de in de eerste zin bedoelde vormvoorschriften uitsluitend kan worden geleverd met de schriftelijke en ondertekende verklaringen als bedoeld in de eerste twee zinnen. Andere schriftelijke, digitale of

mondelijke verklaringen (met inbegrip van – maar niet beperkt tot – verklaringen per telefoon, SMS, WhatsApp of e-mail) zijn als tegenbewijs uitgesloten.’

Slot

In deze bijdrage heb ik willen laten zien dat de uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad de contractenmaker veel ruimte laat om de uitleg van zijn contract te beïnvloeden. Ik moedig contractenmakers aan die ruimte te benutten door bij het opstellen van contracten doordacht maatwerk te leveren en niet te volstaan met het gedachteloos kopiëren van Angelsaksische boilerplate-clausules.

31 Zie voor goed uitgewerkte tekstsuggesties Uijen 2017, p. 19 e.v.

32 Zie daarover Schelhaas in *Contracteren* 2019/1, p. 32 e.v., mede onder verwijzing naar HR 1 juni 2018, NJ 2018/261, uit welk arrest blijkt dat naar Nederlands recht de wilsvertrouwensleer uiteindelijk doorslaggevend blijft voor de vraag of wel of niet (geldig) afstand is gedaan van een vormvoorschrift.

33 Zie Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Boom Juridische uitgevers 2018, p. 397; Uijen 2017, p. 19 e.v.; Van Wechem & Schelhaas, *Contracteren* 2017/2, p. 47 e.v.

34 Een non-waiver clause is een bepaling die aan het doen van afstand van een recht een vormvereiste verbindt en/of benadrukt dat het eenmalig niet-uitoefenen van een overeengekomen recht geen algehele afstand of rechtsverwerking oplevert. Een dergelijke bepaling kan uiteraard ook als generieke bepaling in de overeenkomst worden opgenomen.