

De val van Haviltex?

*Mr. K.W.M. Baten**

1 Inleiding

Op 25 augustus 2023 heeft de Hoge Raad een beschikking gegeven in een zaak waarin de uitleg van een vaststellingsovereenkomst met betrekking tot partneralimentatie centraal stond. Kort gezegd hadden partijen in de vaststellingsovereenkomst opgenomen dat deze enkel ‘grammaticaal’ diende te worden uitgelegd en dat de partijbedoeling hierbij geen rol mocht spelen. Een eerste blik op de beschikking wekt misschien de indruk dat de Hoge Raad bevestigt dat de Haviltex-maatstaf contractueel kan worden uitgesloten en dat partijen (dus) hun eigen uitlegnorm kunnen overeenkomen. Direct na publicatie van de beschikking verschenen dan ook de eerste berichten en blogs waarin deze conclusie werd getrokken.¹ Deze conclusie is mijns inziens echter onjuist.

In deze bijdrage zal worden onderzocht of het naar Nederlands recht mogelijk is om de Haviltex-maatstaf uit te sluiten. Daarvoor zal ik allereerst ingaan op de beschikking van de Hoge Raad van 25 augustus 2023 (par. 2). Hierna behandel ik eerst de argumenten vóór het kunnen uitsluiten van de Haviltex-maatstaf (par. 3), en daarna het argument ertegen (par. 4). Vervolgens ga ik in op de vraag of partijen in het geheel kunnen ontkomen aan de toepasselijkheid van de Haviltex-maatstaf (par. 5), alsook op de vraag of het uitsluiten van de Haviltex-maatstaf wenselijk is (par. 6). Ik sluit af met een conclusie (par. 7).

2 De beschikking van de Hoge Raad van 25 augustus 2023

2.1 De feiten

Partijen in het geschil zijn ex-echtgenoten. Op enig moment is de echtscheiding uitgesproken, en in september 2009 hebben de man en de vrouw een vaststellingsovereenkomst gesloten. In art. 1.7 van de vaststellingsovereenkomst is bepaald dat de man partneralimentatie dient te betalen aan de vrouw tot ‘op de dag dat de vrouw de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, te weten op 24 mei 2021’. Ten tijde van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst betrof de pensioengerechtigde leeftijd 65 jaar.

Op 24 mei 2021 is de man gestopt met het betalen van de partneralimentatie. De vrouw stelt zich echter op het standpunt dat de man partneralimentatie dient te betalen tot op de dag dat de vrouw de nieuw bepaalde pensioengerechtigde leeftijd van 67 jaar heeft behaald, te weten op 24 mei 2024, dan wel tot 24 mei 2022, de datum waarop de vrouw de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar zou bereiken.² Dit zou aansluiten bij de bedoeling van partijen bij het aangaan van de vaststellingsovereenkomst, namelijk dat de vrouw partneralimentatie zou ontvangen tot haar pensioengerechtigde leeftijd.³

De man verweert zich tegen de vordering van de vrouw, onder andere door te stellen dat partijen in de vaststellingsovereenkomst het volgende zijn overeengekomen:

‘Bij de uitvoering van de onderhavige overeenkomst prevaleert de letterlijke tekst van deze overeenkomst, in afwijking van het Haviltex-criterium, boven eventuele partijbedoelingen zodat dat bij geschillen die onverhoopt op welke wijze dan ook uit deze overeenkomst mochten voortvloeien, ook wanneer slechts een der partijen een geschil aanwezig acht, de competente rechter de bepalingen zoals opgenomen in de onderhavige overeenkomst uitsluitend grammaticaal dient uit te leggen en toe te passen’.

Doordat partijen expliciet de datum 24 mei 2021 zijn overeengekomen, en de overeenkomst uitsluitend grammaticaal moet worden uitgelegd, zou de vordering van de vrouw naar het oordeel van de man moeten worden afgewezen.⁴

2.2 Het oordeel in feitelijke instanties

De rechtbank heeft in eerste instantie geprobeerd de door partijen overeengekomen uitlegmethode toe te passen, namelijk dat de bepalingen uit de vaststellingsovereenkomst uitsluitend grammaticaal moeten worden uitgelegd. Gelet op het feit dat de alimentatiebepaling een innerlijke tegenstrijdigheid bevat, namelijk ‘de pensioengerechtigde leeftijd’ en de datum ‘24 mei 2021’, oordeelt de rechtbank dat een grammaticale uitleg in het onderhavige geval echter geen oplossing biedt. De rechtbank ziet zich om die reden genoodzaakt om te onderzoeken wat partijen bedoeld hebben met de toevoeging van de datum aan de tekst ‘de dag dat de vrouw de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt’. De rechtbank oordeelt dat er met be-

* Mr. K.W.M. Baten is advocaat commercial contracting bij AKD te Eindhoven

1 Zie bijv. D. Schipper, Haviltex verleden tijd? Interpretatie contracten op de schop!, HLB WVDB 5 september 2023, www.hlb-wvdb.nl (zoek op ‘Haviltex’); H. Volberda, Cassatieblog #066. Contractueel afwijken van de Haviltex-norm, 5 september 2023, www.pelsrijcken.nl (zoek op ‘Haviltex’).

2 De vrouw is op 24 februari 2021 onder curatele gesteld. De curator van de vrouw trad in de procedure in die hoedanigheid op. Voor de leesbaarheid wordt evenwel gerefereerd aan ‘de vrouw’.

3 Rb. Limburg 9 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:10082, r.o. 2.6.

4 Rb. Limburg 9 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:10082, r.o. 2.7.

trekking tot de datum sprake is van een verschrijving, en wijst de vordering van de vrouw tot betaling door de man van de partneralimentatie tot 24 mei 2022 toe.⁵

Bij de beoordeling van het hoger beroep tegen dit oordeel stelt het hof voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat zij de Haviltex-maatstaf hebben uitgesloten en dat de overeenkomst uitsluitend grammaticaal dient te worden uitgelegd. Omdat de datum 14 mei 2021 het enige gegeven is dat niet voor tweerlei uitleg vatbaar is, sluit het hof hierbij aan en vernietigt het de uitspraak van de rechtbank.⁶

2.3 De klachten in cassatie

In cassatie klaagt de vrouw onder andere over de uitleg die het hof aan het alimentatiebeding heeft gegeven.⁷ Een van de klachten stelt dat het niet mogelijk is om met een bepaling in een overeenkomst de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid geheel buiten werking te stellen, en dat ook bij grammaticale uitleg moet worden gekeken naar de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van een bepaalde uitleg.⁸ Het hof zou de stellingen van de vrouw daarover onvoldoende in zijn oordeel hebben betrokken.⁹

2.4 Heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de Haviltex-maatstaf kan worden uitgesloten?

De Hoge Raad verwerpt de klachten van de vrouw. Doordat partijen een eigen contractuele uitlegmaatstaf zijn overeengekomen, hoeft geen acht te worden geslagen op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de door het hof aan art. 1:7 van de vaststellingsovereenkomst gegeven uitleg. Uitgaande van de uitleg die het hof aan de contractuele uitlegmaatstaf heeft gegeven, kon het hof de bedoeling van partijen niet in het oordeel betrekken.¹⁰

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep was tussen partijen niet in geschil dat zij de Haviltex-maatstaf hebben uitgesloten, en dat de overeenkomst uitsluitend grammaticaal diende te worden uitgelegd. De rechtbank en het hof konden dan ook niet anders dan dit uitgangspunt van partijen respecteren.¹¹ Ook in cassatie is de toelaatbaarheid van de contractuele uitlegnorm noch de uitleg van die uitlegnorm zelf onderwerp van het partijdebat,¹² als gevolg waarvan de Hoge Raad zich hier-

over niet kon uitlaten.¹³ Dat nu aan de hand van de beschikking van de Hoge Raad wordt geconcludeerd dat de Hoge Raad heeft bevestigd dat de Haviltex-maatstaf kan worden uitgesloten,¹⁴ is naar mijn mening dan ook onjuist. Dit zal in paragraaf 5.1 nader aan bod komen.

Daarbij komt dat de beschikking door slechts drie raadsheren is gegeven. Dit wekt de indruk dat de Hoge Raad zelf niet voor ogen heeft gehad dat dit een baanbrekende beschikking zou betreffen.¹⁵ Tot slot geldt dat zelfs als de Hoge Raad had geoordeeld dat de Haviltex-maatstaf kan worden uitgesloten, in aanmerking genomen dient te worden dat het in casu een vaststellingsovereenkomst betrof, waarbij op grond van art. 7:902 BW onder omstandigheden van dwingend recht kan worden afgeweken. Dit is bij veel andere soorten overeenkomsten niet het geval.

3 Argumenten vóór het uitsluiten van de Haviltex-maatstaf

Doordat de Hoge Raad mijns inziens niet heeft uitgemaakt of de Haviltex-maatstaf daadwerkelijk contractueel kan worden uitgesloten, blijft het de vraag of dit naar Nederlands recht mogelijk is. In de literatuur wordt deze vraag door een groot aantal auteurs bevestigend beantwoord.¹⁶ Het voornaamste argument dat in dit kader wordt aangevoerd, is dat het partijen in het licht van de contractsvrijheid in beginsel vrijstaat om zelf te bepalen of en met wie een contract wordt gesloten, en wat de inhoud van deze overeenkomst is.¹⁷

Daarnaast wordt door een aantal auteurs als argument aangevoerd dat een uitlegbeding een bewijsovereenkomst in de zin

5 Rb. Limburg 9 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:10082, r.o. 3.5-3.8.

6 Hof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2799, r.o. 5.5.

7 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, RvdW 2023/857, par. 3.1-3.12 van de cassatieklachten.

8 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, RvdW 2023/857, par. 3.12 van de cassatieklachten; concl. A-G W.L. Valk 12 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:481, par. 3.3.

9 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, RvdW 2023/857, par. 3.9 van de cassatieklachten en r.o. 3.1.

10 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, r.o. 3.2.2-3.2.3.

11 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, r.o. 3.4; Hof Den Haag 17 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4790, r.o. 2.6.

12 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, r.o. 3.2.2; concl. A-G W.L. Valk 12 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:481, par. 3.12.

13 S.A.K. d'Azevedo, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, RCR 2023/80; C.C. Zillinger Molenaar, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, JAR 2023/257; E.P.C. Duinkerke, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, JIN 2023/139; R.J.Q. Klomp, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, JOR 2023/281; K.L. Maes, Over de (on)mogelijkheid om het Haviltex-criterium contractueel uit te sluiten, Bb 2023/58, par. 4.2.

14 F.J. de Vries, Uitleg en cassatie, NTBR 2023/46; Schipper 2023; Volberda 2023.

15 R.J.Q. Klomp, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, JOR 2023/281.

16 R.-J. Tjittes, Commercieel contractenrecht. Deel I: totstandkoming en inhoud, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 451-452; M. Wolters, Uitleg van schriftelijke overeenkomsten, Contracteren 2009, afl. 1, p. 21; M. Wallart, Boilerplates naar Nederlands recht: deel 1, ORP 2013, afl. 5, p. 35; M.H. Wissink, Vertrouwen op tekstuele uitleg, ORP 2012, afl. 5, p. 30; H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen. In nationaal en internationaal perspectief (Mon. Privaatrecht nr. 20), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 152; C.E. Drion, De innovatieve contractenmaker en de bewijsovereenkomst, NJB 2004, afl. 1, p. 17; H.N. Schelhaas, Het Haviltex-criterium en de uitleg van commerciële contracten, ORP 2013, afl. 7, p. 40.

17 Wolters 2009, p. 21; Schelhaas & Valk 2022, p. 152; C.C. Zillinger Molenaar, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, JAR 2023/257; E.P.C. Duinkerke, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, JIN 2023/139; Wissink 2012, p. 30.

van art. 153 Rv kan opleveren.¹⁸ Op grond van art. 153 Rv kunnen partijen immers een regeling treffen waarmee zij afspraken maken omtrent (onder andere) de bewijskracht van bepaalde bewijsmiddelen en tegenbewijsmogelijkheden.¹⁹ Door met een uitlegbeding overeen te komen dat bij de uitleg van de overeenkomst bijvoorbeeld enkel de tekst van de overeenkomst een rol kan spelen, kan tegenbewijs aan de hand van andere factoren worden uitgesloten.

Een derde argument dat wordt aangevoerd vóór de mogelijkheid tot het uitsluiten van de Haviltex-maatstaf, is dat de Hoge Raad in het Meyer/PontMeyer-arrest heeft geoordeeld dat bij de uitleg van de overeenkomst als uitgangspunt beslissend gewicht moet worden toegekend aan de taalkundige betekenis, ‘in het bijzonder’ vanwege het feit dat partijen in dat geval een ‘entire agreement clause’ waren overeengekomen.²⁰ De Hoge Raad heeft hetgeen partijen waren overeengekomen daarmee een belangrijke rol laten spelen bij het bepalen van de te hanteren uitlegmaatstaf. In het Lundiform/Mexx-arrest is de Hoge Raad enigszins op deze overweging teruggekomen door te oordelen dat een ‘entire agreement clause’ een ‘relevante omstandigheid’ kan zijn bij de uitleg van de overeenkomst, maar op zichzelf geen uitlegbepaling is.²¹ Mijns inziens is deze nuancering door de Hoge Raad terecht. Immers, een entire agreement-clausule zegt op zichzelf niet zozeer iets over de keuze van partijen omtrent de te hanteren uitlegnorm, maar veeleer iets over het object van uitleg.²² De betekenis van de omstandigheden die op grond van de entire agreement-clausule een rol kunnen spelen bij het vaststellen van de rechtsverhouding tussen partijen, kan echter nog altijd worden vastgesteld middels de Haviltex-maatstaf. Dat de betekenis van de entire agreement-clausule is genuanceerd, doet mijns inziens géén afbreuk aan het (impliciete) oordeel van de Hoge Raad uit het Meyer/PontMeyer-arrest dat het mogelijk is om een uitlegbeding overeen te komen, en de Hoge Raad is hier ook niet op teruggekomen. Integendeel, de Hoge Raad benoemt in het Lundiform/Mexx-arrest expliciet het bestaan van de uitlegbepaling en overweegt enkel dat een entire agreement-clausule niet als uitlegbepaling dient te worden begrepen. Hoe een entire agreement-bepaling wél dient te worden begrepen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de bewoordingen van het beding.²³

4 Argument tegen het uitsluiten van de Haviltex-maatstaf

Onder een aantal auteurs wordt gesteld dat uitleg van de overeenkomst, naast de aanvullende en de derogerende werking, een van de uitingsvormen is van de redelijkheid en billijkheid.²⁴ Volgens de heersende leer kan de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid niet worden uitgesloten.²⁵ In het licht daarvan stelt Bakker zich dan ook op het standpunt dat de Haviltex-maatstaf niet kan worden uitgesloten, nu daarmee inbreuk zou worden gemaakt op de redelijkheid en billijkheid.²⁶

4.1 Is het mogelijk om de redelijkheid en billijkheid contractueel uit te sluiten?

De invloed van de redelijkheid en billijkheid op overeenkomsten is geregeld in art. 6:248 BW. In dit artikel noch in art. 6:250 BW is opgenomen dat dit artikel van dwingendrechtelijke aard is. Om die reden stellen enkele auteurs zich op het standpunt dat in de overeenkomst van art. 6:248 BW, met uitzondering van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, kan worden afgeweken.²⁷ Dit is mijns inziens onjuist.

In art. 6:250 BW is bepaald dat bij overeenkomst kan worden afgeweken van de na art. 6:250 BW volgende artikelen van die afdeling, met uitzondering van enkele specifieke bepalingen. Mijns inziens impliceren de wijze waarop dit artikel is geformuleerd en de plaats van het artikel in de afdeling dat van de aan art. 6:250 BW voorafgaande artikelen níét kan worden afgeweken. Een andersluidende gedachte zou er ook toe leiden dat de toevoeging aan art. 6:249 BW – ‘tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit’ – geheel overbodig zou zijn. Eenzelfde toevoeging bevat art. 6:248 BW niet.

Daarbij komt dat art. 6:248 lid 1 BW de bronnen bevat van de rechtsgevolgen die aan een contract zijn verbonden, te weten hetgeen partijen zijn overeengekomen, de aard van de overeenkomst, de wet, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid. Indien hiervan zou kunnen worden afgeweken, zouden partijen bijvoorbeeld ook dwingendrechtelijke wetsbepalingen kunnen uitsluiten, hetgeen niet is toegestaan.²⁸ Daar-

18 Wallart 2013, p. 35; Schelhaas & Valk 2022, p. 154-157; zie ook R.-J. Tjittes, annotatie bij HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, JOR 2007/166 met betrekking tot een *entire agreement clause*.

19 De Groot, in: GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 153 Rv, aant. 1.1.

20 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, r.o. 3.4.3.

21 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, r.o. 3.5.3.

22 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, r.o. 3.5.3; Tjittes 2022, p. 330; Hof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1496, r.o. 3.22; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0777, r.o. 4.4.

23 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, r.o. 3.5.3.

24 Zie bijv. P.S. Bakker, *Contractsuitleg*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 79-80; P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval* (Onderneming en Recht nr. 77), Deventer: Kluwer 2013, par. 1.3.4; H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 31-32; Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 2.5.

25 Asser/Sieburgh 6-III 2022/380; Schelhaas 2017, p. 31-32; Vriend, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:2 BW, aant. 5.1; P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (Recht en Praktijk nr. CA6), Deventer: Kluwer 2012, par. 3.5.2.

26 Bakker 2021, p. 79-80.

27 H.N. Schelhaas, *Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten*, NTBR 2008/21, par. 3.3; C. Drion, *De status van de redelijkheid en billijkheid*, NJB 2007, afl. 8, p. 433; R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2005, p. 283-284.

28 M.H. Wissink, *Wegcontracteren van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid*, *Contracteren* 2011, afl. 5, p. 26.

naast kunnen partijen de door hen overeengekomen rechtsgevolgen niet uitsluiten, gelet op de vereiste bepaalbaarheid van de overeenkomst uit art. 6:227 BW, bij gebreke waarvan de overeenkomst niet geldig is of geacht wordt niet tot stand te zijn gekomen.²⁹ In het licht van het voorgaande sluit ik mij dan ook aan bij de gedachte dat de wetgever het kenmerk zo vanzelfsprekend heeft geacht dat art. 6:248 BW dwingend recht bevat, dat dit niet in art. 6:250 BW is genoemd.³⁰ Daarbij is eveneens van belang dat de wetgever in art. 6:250 BW wel expliciet heeft opgenomen dat art. 6:258 BW dwingend recht is. Op grond van art. 6:258 BW kan de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar *maatstaven van redelijkheid en billijkheid* ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Ook hieruit blijkt dat de redelijkheid en billijkheid een grote rol speelt bij het vaststellen van de rechtspositie van partijen, en dat de wetgever de mogelijkheid om de toepasselijkheid hiervan uit te sluiten aan partijen heeft willen ontnemen.

Dat art. 6:248 BW van dwingendrechtelijke aard is, doet overigens niet af aan het feit dat het toepassingsgebied van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid uit art. 6:248 lid 1 BW kan worden beperkt door in de overeenkomst zo veel mogelijk in leemtes te voorzien. Het op voorhand geheel uitsluiten van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is gelet op het voorgaande echter niet mogelijk. Daarbij is het mijns inziens ook niet mogelijk om in de overeenkomst op te nemen dat er geen sprake is van leemtes. In geval van een dergelijke afspraak worden de leemtes immers niet daadwerkelijk opgevuld, maar wordt de toepasselijkheid van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid enkel omzeild en op die wijze alsnog uitgesloten, hetgeen niet mogelijk is. Daarbij komt dat in geval van een dergelijk beding het risico bestaat dat de overeenkomst onvoldoende bepaalbaar is, en aldus niet aan art. 6:227 BW wordt voldaan.

4.2 Is de Haviltex-maatstaf een uitvloeisel van de redelijkheid en billijkheid?

In art. 6:248 lid 1 BW is opgenomen dat een overeenkomst de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke uit de wet, de aard van de overeenkomst, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid voortvloeien. In deze opsomming van de bronnen van rechtsgevolgen die aan een contract verbonden zijn, wordt hetgeen partijen zijn overeengekomen nadrukkelijk voorop geplaatst. Wat partijen zijn overeengekomen dient aan de hand van uitleg van de overeenkomst te worden vastgesteld. Pas wanneer partijen een kwestie ongeregeld hebben gelaten, kunnen wetsbepalingen van aanvullend recht, de gewoonte en de aanvullende werking van de redelijk-

heid en billijkheid de door partijen gelaten leemte invullen.³¹ Hieruit volgt mijns inziens duidelijk dat het vaststellen van de rechtsgevolgen die uit de overeenkomst voortvloeien (aan de hand van uitleg van de overeenkomst) en het vaststellen van de rechtsbetrekking tussen partijen na toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid twee verschillende dingen zijn.³² Immers, een uitlegbeding schrijft voor op welke wijze dient te worden bepaald wat partijen wél zijn overeengekomen, terwijl de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid juist ziet op wat partijen níét zijn overeengekomen.³³ Indien er geen sprake is van een leemte, is er hooguit nog ruimte voor de toepasselijkheid van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, op grond waarvan hetgeen partijen zijn overeengekomen buiten toepassing kan blijven.³⁴ Dat de Haviltex-maatstaf een uitvloeisel is van de redelijkheid en billijkheid, volgt mijns inziens dan ook niet uit art. 6:248 en 6:2 BW.

Desalniettemin stelt een aantal auteurs zich op het standpunt dat uitleg van de overeenkomst wél een van de uitingsvormen is van de redelijkheid en billijkheid.³⁵ Ter onderbouwing van deze derde uitingsvorm wordt in de literatuur niet naar de wettekst verwezen, maar naar de passage uit het Haviltex-arrest dat het aankomt op de zin die partijen ‘in de gegeven omstandigheden over en weer *redelijkerwijs* [curs. KB] aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien *redelijkerwijs* [curs. KB] van elkaar mochten verwachten’,³⁶ alsook de passage uit het DSM/Fox-arrest dat ‘bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van *redelijkheid en billijkheid* [curs. KB] meebrengen’.³⁷

Dat uit het Haviltex- en DSM/Fox-arrest voortvloeit dat uitleg een van de uitingsvormen is van de redelijkheid en billijkheid, berust mijns inziens op een onjuiste lezing van deze arresten. Naar mijn mening heeft de Hoge Raad door het tot twee keer toe hanteren van de term ‘redelijkerwijs’ in het Haviltex-arrest enkel wensen aan te sluiten bij de toepasselijkheid van het gerechtvaardigd vertrouwen uit art. 3:35 BW en de subjectieve goede trouw uit art. 3:11 BW.³⁸ Deze formulering sluit ook aan bij hetgeen de wetgever reeds in 1976 met betrekking tot de totstandkoming van een overeenkomst heeft bepaald, na-

²⁹ HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, r.o. 3.5.1; Blei Weissmann, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:227 BW, aant. 15.1 en 18.3.

³⁰ Asser/Sieburgh 6-III 2022/380.

³¹ Vriend, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:248 BW, aant. 1.5; Asser/Sieburgh 6-III 2022/379-380; Jac. Hijma e.a., Rechtshandeling en overeenkomst, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 308-309.

³² Zie ook Asser/Sieburgh 6-III 2022/365-366; Wissink 2012, p. 31; Van der Kruk & Möhring, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:2 BW, aant. 2.1.5.

³³ Schelhaas 2017, p. 41 en 46.

³⁴ Kamerstukken II 1975/76, 7729, nr. 6, p. 8.

³⁵ Zie bijv. Bakker 2021, p. 79-80; Wolters 2013, par. 1.3.4; Schelhaas 2017, p. 31-32; Vriend, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:248 BW, aant. 2.5.

³⁶ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

³⁷ HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, r.o. 4.5.

³⁸ Zie ook Hijma e.a. 2022, p. 308; W.L. Valk, Uitleg en het onderscheid tussen autonome en heteronome woorden, in: Ex libris Hans Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 2009, p. 396.

melijk dat het ‘in laatste instantie steeds aankomt op wat partijen over en weer uit elkaars verklaringen of gedragingen omtrent hun wederzijdse bedoelingen (wil) hebben mogen afleiden (...)’.³⁹ Van het formuleren van een uitlegvorm van de redelijkheid en billijkheid is mijns inziens dan ook geen sprake. In het DSM/Fox-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij de uitleg van de overeenkomst alle omstandigheden van het geval relevant zijn, *gewaardeerd* naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Daarmee heeft de Hoge Raad mijns inziens enkel bedoeld dat de redelijkheid en billijkheid een rol speelt bij het vaststellen van de betekenis van de omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de uitleg van de overeenkomst (een objectivering van de partijbedoelingen).⁴⁰ Echter, indien partijen overeenkomen dat de overeenkomst louter tekstueel dient te worden uitgelegd, spelen deze ‘omstandigheden van het geval’ geen rol bij de uitleg van de overeenkomst, als gevolg waarvan deze ook niet hoeven te worden gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Van een uitlegvorm van de redelijkheid en billijkheid is dan ook geen sprake.

Dat het dwingendrechtelijke karakter van de redelijkheid en billijkheid aan het uitsluiten van de Haviltex-maatstaf in de weg staat, zoals Bakker stelt, is mijns inziens op grond van het voorgaande onjuist. Mede gelet op de argumenten vóór het uitsluiten van de Haviltex-maatstaf, is het naar mijn mening dan ook mogelijk om de Haviltex-maatstaf uit te sluiten.

5 Het van toepassing blijven van de partijbedoelingen

5.1 De uitleg van de uitlegmaatstaf

Hoewel ik denk dat contractspartijen de Haviltex-maatstaf kunnen uitsluiten, zullen zij mijns inziens niet kunnen ontkomen aan de toepasselijkheid van de Haviltex-maatstaf.⁴¹ Bij het toepassen van de overeengekomen uitlegmaatstaf dient de rechter immers vast te stellen wat de betekenis van het uitlegbeding zelf is. Dat is een vraag van contractsuitleg. Daarbij zal de Haviltex-maatstaf weer een rol spelen.⁴² Een andersluidende gedachte zou ertoe leiden dat de uitlegmaatstaf reeds zou worden toegepast om de betekenis van diezelfde uitlegmaatstaf vast te stellen, hetgeen niet mogelijk is.⁴³

Dat het uitlegbeding zelf op verschillende wijzen kan worden uitgelegd, lijkt de Hoge Raad in de beschikking van 25 augustus 2023 ook te impliceren door te overwegen dat het middel niet klaagt dat de contractuele uitlegmaatstaf ‘aan de hand van een onjuiste maatstaf of op onbegrijpelijke wijze’ is uitge-

legd.⁴⁴ Wél heeft het middel geklaagd dat het bij de grammaticale uitleg ook aankomt op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de uitleg, de betekenis die de bewoordingen hebben indien zij worden gelezen in de context van de gehele uit te leggen bepaling, alsook op de betekenis van de gebruikte bewoordingen in het maatschappelijk verkeer.⁴⁵ De Hoge Raad doet deze klachten af door te overwegen dat het middel eraan voorbijgaat dat de vaststellingsovereenkomst een eigen contractuele uitlegmaatstaf bevat.⁴⁶ Gelet op het feit dat de toelaatbaarheid noch de uitleg van deze uitlegnorm onderwerp was van het partijdebat, zoals eerder in deze bijdrage al is onderbouwd, is dit oordeel naar mijn mening begrijpelijk. Daarbij komt dat deze klachten mijns inziens ten onrechte tot uitgangspunt nemen dat de in het uitlegbeding opgenomen term ‘grammaticale uitleg’ een op voorhand gegeven betekenis heeft.⁴⁷ Zo stelt een van de klachten dat ‘de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van een bepaalde voorgestane interpretatie’ te allen tijde in de uitleg moet worden betrokken, mits daarvoor voldoende relevante omstandigheden door partijen naar voren zijn gebracht.⁴⁸ Daarmee wordt echter miskend dat er geen sprake is van factoren die te allen tijde in de uitleg betrokken dienen te worden, zoals in dit geval de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen, maar dat de betekenis van het uitlegbeding door middel van uitleg dient te worden vastgesteld. Of de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen bij de uitleg een rol kan spelen, is aldus afhankelijk van de uitleg van het uitlegbeding.

Gelet op het voorgaande had de Hoge Raad wellicht tot een ander oordeel kunnen komen indien erover geklaagd was dat het uitlegbeding op onjuiste, althans onbegrijpelijke wijze is uitgelegd, en dat het hof daarbij ook acht had moeten slaan op de bedoeling van partijen. In dat geval had mogelijk kunnen worden gesteld dat partijen met de overeengekomen uitlegmaatstaf bedoeld hadden dat hierbij ook acht geslagen diende te worden op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de uitleg, de betekenis die de bewoordingen hebben indien zij worden gelezen in de context van de gehele uit te leggen bepaling en de overeenkomst als geheel, alsook op de betekenis van de gebruikte bewoordingen in het maatschappelijk verkeer (de in de klachten betrokken omstandigheden). Met name het in de grammaticale uitleg moeten betrekken van de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen en de context van de bepaling en de overeenkomst als geheel kan in dat kader onder omstandigheden goed worden verdedigd, nu hierop ook bij de toepassing

39 Kamerstukken II 1975/76, 7729, nr. 6, p. 199; Tjittes 2022, p. 310.

40 Zie ook Wolters 2009, p. 15; Tjittes 2022, p. 310.

41 Zo ook concl. A-G W.L. Valk 12 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:481, par. 3.10; zie ook Wissink 2012, p. 30.

42 B.I. Kraaiipoel, Er staat wat er staat: de grammaticale uitleg van contracten, Bb 2007/70.

43 Zie anders R.J.Q. Klomp, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, JOR 2023/281.

44 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, r.o. 3.2.2; E.P.C. Duinkerke, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, JIN 2023/139; P.H. Bossema-de Greef, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, JIN 2023/141.

45 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, RvdW 2023/857, par. 3.2, 3.4 en 3.12 van de cassatieklachten; concl. A-G W.L. Valk 12 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:481, par. 3.8.

46 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, r.o. 3.2.2.

47 Zie ook concl. A-G W.L. Valk 12 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:481, par. 3.8 en 3.9.

48 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, RvdW 2023/857, par. 3.12 van de cassatieklachten; concl. A-G W.L. Valk 12 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:481, par. 3.3.

van de zogenaamde cao-norm, waarbij de bewoordingen van de bepalingen van doorslaggevende betekenis zijn, acht kan worden geslagen.⁴⁹

5.2 Het via de redelijkheid en billijkheid van toepassing blijven van de partijbedoeling

Zoals reeds aangegeven, blijft de redelijkheid en billijkheid in geval van een uitlegbeding waarmee de toepasselijkheid van de Haviltex-maatstaf wordt uitgesloten, onverminderd van toepassing. Daarbij zal de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in geval van een dergelijk uitlegbeding mogelijk zelfs sneller aan de orde komen, doordat er als gevolg van de louter taalkundige uitleg eerder leemtes in de overeenkomst kunnen ontstaan. Immers, bij het vaststellen van hetgeen partijen wél zijn overeengekomen, kan de partijbedoeling geen rol spelen. Als gevolg hiervan zal de rechter mogelijk eerder vaststellen dat partijen iets ongeregeld hebben gelaten.

Bij de toepassing van de aanvullende werking kan de partijbedoeling weer een rol spelen.⁵⁰ Of de rechter daarbij terughoudendheid zal betrachten, gelet op het feit dat partijen de Haviltex-maatstaf hebben uitgesloten, zal in de praktijk moeten blijken.⁵¹ Dit zal naar mijn mening per geval verschillen en steeds afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Dat de Hoge Raad in het kader van een bankgarantie de aard van de overeenkomst reeds heeft laten meewegen in zijn oordeel dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in dat geval terughoudend moest worden toegepast, geeft mijns inziens in ieder geval aan dat een dergelijke terughoudendheid niet is uitgesloten.⁵²

Ook bij de toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan de partijbedoeling naar mijn mening een rol blijven spelen. Immers, indien een van de partijen kan onderbouwen dat de partijbedoelingen bij het aangaan van de overeenkomst zodanig afwijken van de letterlijke tekst van de overeenkomst dat de toepasselijkheid van het uitlegbeding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan kan de rechter het beding op grond van art. 6:248 lid 2 BW buiten toepassing verklaren. Daarbij moet echter wel worden opgemerkt dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid terughoudend dient te worden toegepast, en dat in dit kader mogelijk gewicht kan toekomen aan het feit dat partijen zijn overeengekomen dat de tekst van de overeenkomst leidend is.⁵³

Het bovenstaande is mijns inziens overigens niet anders indien het uitlegbeding een bewijsovereenkomst is. Immers, in

art. 153 Rv is bepaald dat een bewijsovereenkomst buiten toepassing dient te blijven op de gronden vermeld in het BW. Daarbij dient onder andere te worden gedacht aan de situatie waarin een beroep op de bewijsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hetgeen mijns inziens gelet op het voorgaande het geval kan zijn.⁵⁴

6 Wenselijkheid uitsluiten Haviltex-maatstaf

Tot slot is het voor deze bijdrage van belang om kort aandacht te besteden aan de vraag of het in de praktijk wenselijk is om de Haviltex-maatstaf uit te sluiten. Hierover kan worden getwist. Immers, het kan voorkomen dat de letterlijke tekst van de overeenkomst de bedoeling van partijen niet correct weergeeft, dat de overeenkomst leemtes bevat en/of dat er bij het opstellen van het contract fouten zijn gemaakt, zo blijkt ook uit de beschikking van de Hoge Raad van 25 augustus 2023.⁵⁵ Daarnaast is het bij het aangaan van de overeenkomst niet voorzienbaar of de tekstuele uitleg het partijbelang bij een toekomstig geschil nog het beste zal dienen. Ook worden met enige regelmaat bij het aangaan van de overeenkomst compromissen gesloten, waarna de tekst van de overeenkomst nog maar weinig duidelijkheid biedt.⁵⁶

Desalniettemin kan het in de praktijk wenselijk zijn dat bepaalde zorgvuldig opgestelde en uitonderhandelde bepalingen uit de overeenkomst meer taalkundig moeten worden uitgelegd. Hierbij kan worden gedacht aan bepaalde bepalingen uit een koopovereenkomst van aandelen, zoals financieel-technische bepalingen of bepaalde garantiebepalingen en vrijwaringen, of de waardering en de omschrijving van de activa die mee overgaan bij een activa-passivatransactie. Met een uitlegbeding kan in dat geval de rechtszekerheid worden gediend, en kunnen interpretatiegeschillen en uitvoerige procedures worden voorkomen.⁵⁷ Uit de beschikking van de Hoge Raad van 25 augustus 2023 blijkt echter dat ook het tegendeel waar is, en dat ook in geval van een uitlegbeding tot en met de Hoge Raad kan worden doorgeprocedeerd.

7 Conclusie

Hoewel de beschikking van de Hoge Raad van 25 augustus 2023 niet tot de conclusie noopt dat de Hoge Raad heeft bepaald dat de Haviltex-maatstaf contractueel kan worden uitgesloten, denk ik dat het mogelijk is om de Haviltex-maatstaf uit te sluiten. Daarbij is met name het argument van de contractsvrijheid leidend, dat als een van de belangrijkste uitgangspunten van het contractenrecht heeft te gelden. Hoewel deze contractsvrijheid niet onbegrensd is, worden de grenzen

49 HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, r.o. 3.4; HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889, r.o. 3.5.2; HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678, r.o. 3.4.2; Tjittes 2022, p. 360.

50 Tjittes 2022, p. 452; Schelhaas 2017, p. 47; J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, NJ 2014/415, par. 8; Wissink 2012, p. 31.

51 Wissink 2012, p. 32; Asser/Sieburgh 6-III 2022/380.

52 HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, r.o. 3.4.1-3.4.2.

53 Hijma e.a. 2022, p. 310.

54 Schelhaas & Valk 2022, p. 156; Asser/Sieburgh 6-III 2022/34; De Groot, in: GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 153 Rv, aant. 2.2.

55 R.H.J. van Bijnen, Aanvullend contractenrecht. Naar rechtsregels die de belangen van partijen optimaal verwezenlijken, NJB 2004, afl. 40, p. 2081; Tjittes 2022, p. 451-452; Wolters 2009, p. 21.

56 P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 165; Wissink 2012, p. 29.

57 Wallart 2013, p. 35; Tjittes 2022, p. 397; C.C. Zillinger Molenaar, annotatie bij HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1131, JAR 2023/257.

van de contractsvrijheid met het uitsluiten van de Haviltex-maatstaf naar mijn mening niet overschreden.

Dat partijen de toepasselijkheid van de Haviltex-maatstaf kunnen uitsluiten, betekent echter niet dat dit in alle gevallen wenselijk is, noch dat partijen in het geheel kunnen ontkomen aan de toepasselijkheid van de partijbedoelingen. Zo zal de betekenis van het uitlegbeding zelf moeten worden vastgesteld, en kan de partijbedoeling in het kader van de werking van de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid een rol blijven spelen.