

[“Contracteren internationaal”, *Grosheide bundel*, Red. E.H. Hondius c.s., Den Haag: BJu, Boom Juridische uitgevers, 2006, pp.103-118]

Normatieve uitleg à l’anglaise. Investors Compensation Scheme (1998) als de Engelse Haviltex-zaak

J.M van Dunné

Inleiding

Degene aan wie deze bundel gewijd is, heeft op een aantal terreinen zijn sporen verdiend. Op het gebied van het contractenrecht, uitlopend in dat van contracten in het internationale handelsverkeer, heeft Willem Grosheide al geruime tijd op het aambeeld gehamerd dat bij de uitleg van overeenkomsten ‘woorden in beginsel duidelijk zijn’, met de pakkende leuze: ‘Lees maar, er staat wat er staat’.¹ Hij is niet de enige in ons land, al is het een minderheid, maar het geeft te denken dat veel van zijn geestverwanten ook de praktijk van het internationale contractenrecht uitoefenen, of uitgeoefend hebben. In die kringen wordt graag een beroep gedaan op de benadering van uitleg van overeenkomsten in het Engelse recht, waarbij de woorden van het contract bij de rechter in hoog aanzien staan. Daar wordt ten minste nog uitgegaan van de duidelijkheid van worden, en wordt het vakmanschap van de *contract drafter* naar waarde geschat. Aldus ook Willem Grosheide.² Normatieve uitleg, de redelijke uitleg van een overeenkomst, is daarmee weer zo’n Hollandse eigenwijsheid, nog net geen ‘Hollanditis’, maar wel iets dat je aan meewarige Engelse en Amerikaanse cliënten moet uitleggen.

Met de verwijzing naar Engels recht (en de common law-benadering in het algemeen) kon tot voor kort goede sier gemaakt worden; in veel Engelse handboeken stond de grammaticale uitleg van overeenkomsten hoog aangeschreven, met name in meer handelsrechtelijk georiënteerde literatuur, zoals het boek van Schmitthof over International Trade. Het viel mij wel op wanneer je hierover met Engelse praktijkjuristen sprak, dat men die weergave in de literatuur niet ontkende, maar daaraan toevoegde dat als je in de High Court voor een rechter staat met grote commerciële ervaring (hetgeen in het Engelse systeem een pleonasme is, zoals bekend), hij met een letterlijke uitleg van een contract door een partij meestal korte metten maakt. Het gaat om de redelijke betekenis van een overeenkomst. Ik heb dat zelf de afgelopen decennia, wanneer ik in de High Court zittingen bij woonde – binnenlopend, op excursie met mijn studenten van het vak Engels contractenrecht - herhaaldelijk meegemaakt. Het verschil tussen ‘law in the books’ en ‘law in action’ dacht ik dan, naar het bekende woord van Roscoe Pound.

Sinds enige tijd biedt die verwijzing naar het Engelse recht echter geen soulaas meer om in ons land het tij te keren, het normatieve tij. Men heeft in Engeland namelijk sinds 1998 een eigen ‘Haviltex-arrest’, en wel: *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society*, met de spraakmakende opinion van Lord Hoffman, de Zuid-Afrikaanse Law Lord die op dit moment de meest gezaghebbende (en progressieve) raadsheer in het House of

¹ Zie zijn gelijknamige artikel in *Contracteren 2000*, p.100 v., een bewerking van een voordracht op het Van Schilfgaarde-symposium in dat jaar, *Ius Vigilantibus Scriptum*.

² Vgl. o.a. zijn artikel in *Contracteren 2004*, p. 92-94.

Lords is.³ Ik laat de kern van die uitspraak zo dadelijk volgen, die zijn weg over de gehele common law-wereld gevonden heeft, en als ‘the bible for the Courts in contract interpretation disputes’ aangeduid wordt.⁴ Het Engelse recht is op het punt van uitleg van overeenkomsten na *Investors Compensation Scheme* niet meer het oude gebleven, net zo als in ons recht voor velen het geval is na *Haviltex* uit 1981. Maar is dat arrest van 1998 wel een angelsaksisch *Haviltex*? Ik ben overtuigd van wel, maar hierover zal men van mening kunnen verschillen, zoals over alles, zeker bij een onderwerp als ‘uitleg’. Dat leek mij een mooi thema om te behandelen in een bundel voor Willem Grosheide, typisch iemand die nog hiervan overtuigd zou moeten worden.⁵ Het wordt dus een soort ‘Tale of two cities’, Den Haag en Londen, en daarbij zou ik enkele zaken aan de orde willen stellen, die bij beide steden-trips van belang zijn. Vragen als: Is er wel een omslagpunt, met de arresten van respectievelijk 1981 en 1998 aan weerskanten van het Kanaal? Spelen hier soortgelijke emoties een rol, zodra het over uitleg van commerciële contracten gaat? Wordt er aan beide zijden zo vaak verkeerd geciteerd, of half geciteerd (uit literatuur en rechtspraak)? Wat is eigenlijk de kern van de controverse, ongeacht het rechtsstelsel dat van toepassing is? En tenslotte: Wat is er na 1998 nog aan verschilpunten tussen Engels en Nederlands recht op uitleg-gebied, ook al zou de conclusie juist zijn dat in beide rechtsstelsels de normatieve uitleg regeert?

1. De Engelse *Haviltex*-zaak: *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society*

Ik laat hier de kern van de overwegingen van Lord Hoffmann, in zijn ‘leading opinion’, in bovengenoemde zaak volgen. Het House of Lords vernietigt de uitspraak van het Court of Appeal, en bevestigt het vonnis van de High Court judge.

In the Court of Appeal, Leggatt LJ said, on the authority of *Alice Through the Looking Glass*, that the judge's interpretation was 'not an available meaning of the words'. 'Any claim (whether sounding in rescission for undue influence or otherwise)' could not mean 'Any claim sounding in rescission (whether for undue influence or otherwise)' and that was that. He was not impressed by the alleged commercial nonsense of the alternative construction.

My Lords, I will say at once that I prefer the approach of the learned judge. But I think I should preface my explanation of my reasons with some general remarks about the principles by which contractual documents are nowadays construed. I do not think that the fundamental change which has overtaken this branch of the law, particularly as a result of the speeches of Lord Wilberforce in *Prenn v Simmonds* [1971] 3 *All ER* 237 at 240-242, [1971] 1 *WLR* 1381 at 1384-1386 and *Reardon Smith Line Ltd v Hansen-Tangen, Hansen-Tangen v Sanko Steamship Co* [1976] 3 *All ER* 570, [1976] 1 *WLR* 989, is always sufficiently appreciated. The result has been, subject to one important exception, to assimilate the way in which such documents are interpreted by judges to the common sense principles by which any serious utterance would be interpreted in ordinary life. Almost all the old intellectual baggage of 'legal' interpretation has been discarded. The principles may be summarised as follows.

³ (1998) 1 *All ER* 98 Het citaat dat straks zal volgen staat op p. 114 v. Zie ook de samenvatting in Cheshire, Fifoot and Furmston's *Law of Contract*, 14th ed., 2001, Butterworths, London, p.136 v.

⁴ Aldus D.W. McLauchlan, ‘The new law of contract interpretation’, *New Zealand Universities Law Review* 2000, p.147 v. , op p.148.

⁵ Tijdens het symposium *Stellingen en tegenstellingen* dat mij op 24 maart 2006 aangeboden werd met mijn afscheid van de EUR viel mij op dat Willem Grosheide met groot enthousiasme als pleiter van de stelling optrad dat het *Investors Compensation Scheme*-arrest niet met *Haviltex* gelijk te stellen is. Goede casting dus.

(1) Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract.

(2) The background was famously referred to by Lord Wilberforce as the 'matrix of fact', but this phrase is, if anything, an understated description of what the background may include. Subject to the requirement that it should have been reasonably available to the parties and to the exception to be mentioned next, it includes absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man.

(3) The law excludes from the admissible background the previous negotiations of the parties and their declarations of subjective intent. They are admissible only in an action for rectification. The law makes this distinction for reasons of practical policy and, in this respect only, legal interpretation differs from the way we would interpret utterances in ordinary life. The boundaries of this exception are in some respects unclear. But this is not the occasion on which to explore them.

(4) The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. The background may not merely enable the reasonable man to choose between the possible meanings of words which are ambiguous but even (as occasionally happens in ordinary life) to conclude that the parties must, for whatever reason, have used the wrong words or syntax (see *Mannai Investment Co Ltd v Eagle Star Life Assurance Co Ltd* [1997] 3 All ER 352, [1997] 2 WLR 945).

(5) The 'rule' that words should be given their 'natural and ordinary meaning' reflects the commonsense proposition that we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents. On the other hand, if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had. Lord Diplock made this point more vigorously when he said in *Antaios Cia Naviera SA v Salen Rederierna AB, The Antaios* [1984] 3 All ER 229 at 233, [1985] AC 191 at 201: '. . . if detailed semantic and syntactical analysis of words in a commercial contract is going to lead to a conclusion that flouts business common sense, it must be made to yield to business common sense.'

If one applies these principles, it seems to me that the judge must be right and, as we are dealing with one badly drafted clause which is happily no longer in use, there is little advantage in my repeating his reasons at greater length. The only remark of his which I would respectfully question is when he said that he was 'doing violence' to the natural meaning of the words. This is an over-energetic way to describe the process of interpretation. Many people, including politicians, celebrities and Mrs Malaprop, mangle meanings and syntax but nevertheless communicate tolerably clearly what they are using the words to mean. If anyone is doing violence to natural meanings, it is they rather than their listeners.

Het is een hele lap tekst, en niet iedere Nederlandse lezer is wellicht vertrouwd met de wijze van rechtspreken in de UK. Voor wij verder gaan, wil ik, ten gerieve van die lezer, vast enkele dingen uit deze tekst lichten, die later van groot belang zullen blijken te zijn.

Er wordt door Lord Hoffmann, na een inleidende alinea, hier allereerst aansluiting gezocht bij uitspraken van de gezaghebbende Lord Wilberforce in de jaren '70, waarbij de 'intellectual baggage of "legal interpretation"' overboord gegooid is en vervangen door de 'common sense principles' die in het dagelijks leven bij uitleg van woorden gelden (zie tweede alinea). Lord Wilberforce was bekend om de introductie van de zogenaamde 'matrix of facts': de achtergrondkennis van de *reasonable man*, als norm voor uitleg, een redelijke uitleg van de

tekst van het contract dus (principles nrs. 1 en 2). Daarbij gaat het om ‘absolutely anything’ dat van invloed kan zijn op het oordeel van een redelijk persoon. In principle nr. 3 wordt een uitzondering aangegeven: informatie afkomstig uit de onderhandelingsfase wordt buitengesloten van de ‘background’ kennis. Dat typisch Engelse fenomeen wil ik even terzijde laten; ik kom aan het slot van dit verhaal daarop terug.

In principle nr. 4 is de kern van de nieuwe leer te vinden: de uitleg van de overeenkomst als document (of enige verklaring) aan de hand van het oordeel van de redelijke persoon staat niet gelijk met ‘the meaning of its words’. De betekenis van woorden is een zaak van woordenboeken en grammatica; de betekenis van een contractueel document is daarentegen hetgeen partijen redelijkerwijze daaronder hebben moeten verstaan. Op dat verschil, dat van groot belang is, maar dat bij het citeren van dit arrest doorgaans onder tafel valt, kom ik hieronder nog terug. Dan komt er nog iets heel opmerkelijks in het betoog van Lord Hoffmann. Het gaat er niet enkel omdat de redelijke persoon mag kiezen tussen de mogelijke betekenis van woorden die dubbelzinnig zijn (‘ambiguous’), maar ook om vast te stellen dat partijen *de verkeerde woorden of zinsbouw* gevolgd hebben. Het voorbeeld dat volgt is het arrest *Mannai Investment* uit 1997; daarin werd bepaald dat partijen met een (fatale) datum van 12 januari redelijkerwijze 13 januari bedoeld moeten hebben, en aldus wordt het contract dan ook uitgelegd, met enorme consequenties, die inzet voor het geding waren.

In principle nr. 5 wordt nog gezegd dat met de common sense-benadering van woorden, hun ‘natural and ordinary meaning’ vaststellen, ervan uitgegaan wordt dat men in het algemeen geen taalkundige vergissingen maakt, zeker niet in officiële documenten. Dat neemt echter niet weg dat wanneer er iets fout gegaan is met het taalgebruik, partijen rechtens niet aan een bedoeling gehouden mogen worden die zij duidelijk niet gehad kunnen hebben.

In de laatste, hier weergegeven alinea (die meestal niet geciteerd wordt), maakt Hoffman nog een belangrijke opmerking over de vraag of met de beschreven redelijke uitleg aan de ‘natural meaning’ van woorden geweld aangedaan wordt, zoals de feitelijke rechter (High Court) meende. Hoffmans ontkenning is de moeite waard om van kennis te nemen; daarbij komt ‘Mrs Malaprop’ op de proppen, een begrip in de Engelse taalwereld.⁶ Zij wordt opgevoerd vanwege haar uitspraak: ‘She’s as headstrong as an allegory on the banks of the Nile’. Het is iedereen die dit hoort of leest duidelijk dat zij bedoelt te zeggen: ‘an alligator’..., etc.; anders heeft die zin geen zin, er leven immers geen *allegorieën* aan de oevers van de Nijl. In een voetnoot merkte laatst een schrijver hierover op dat eigenlijk een ‘crocodile’ bedoeld zal zijn, want in Egypte leven immers geen alligators. Twee keer niet *à propos*, dus.

De inspanningen van Lord Hoffmann zijn nodig, niet alleen omdat het Court of Appeal in het arrest a quo niet van ‘Humpty Dumpty’-uitleg hield, zoals weergegeven in de eerste alinea van het citaat (hetgeen door Hoffmann met verwijzing naar de casus van Alice in *Through the Looking Glass* overigens weerlegd wordt, na het citaat, twee alinea’s verder in zijn opinion). Het wordt vooral ook gedaan omdat de dissenting Law Lord, Lord Berwick, ervan was uitgegaan dat de contractsclausule in kwestie die om uitleg vroeg niet dubbelzinnig (‘ambiguous’) was, en dus geen uitleg behoefde, anders dan de grammaticale. Een bekend thema, waarop ik later nog terug zal komen. Ik noteer vast dat dit het heikele punt is bij de uitleg-controverse: de letterlijke uitleg is niet onzinnig, de woorden betekenen gewoon iets, en de rechtszekerheid wil ook wat: er staat toch wat er staat! (wat krijgen we nou!). Het vereiste van een uitleg die anders (letterlijk) tot onzin zou leiden (‘absurdity’, zegt de Engelsman, of

⁶ Ontleend aan een toneelstuk uit 1775, *The Rivals*, van Richard Brinsley Sheridan; haar naam is gebaseerd op ‘malapropos’, een verbastering van het Franse ‘mal à propos’, het verkeerde woordgebruik. Er zijn veel ‘malapropisms’ in het Engels in omloop.

soms ook: ‘commercial nonsense’) wordt gesteld, als voorwaarde voor normatieve uitleg, de uitleg naar redelijkheid.

Daarmee komen wij tot een bespreking van de vraag naar het *Haviltex*-gehalte van dit Engelse standaardarrest. Daarbij zal eerst nagegaan worden wat de kern van de uitlegcontroverse is, al jaar en dag, hier bij ons en in den vreemde.

2. Uitleg van de uitleg. Wat houdt de geesten verdeeld? Zijn woorden nooit duidelijk?

Ik loop al een tijdje mee in uitlegland. Het blijft mij verbazen hoe men in het juridische discours, hier en elders, langs elkaar heen blijft praten, wanneer het over de methode van uitleg gaat. Indertijd heb ik in mijn dissertatie het onderscheid tussen de historisch-psychologische methode en de normatieve methode aangebracht, waarbij de laatste door mij bepleit werd. In de eerste methode is uitleg een feitelijke vraag, een reconstructie van hetgeen partijen daadwerkelijk bedoeld hebben, als subjectieve voorstelling van zaken (aldus Meijers en enkele leerlingen, een minderheid in de doctrine). In de tweede methode staat uitleg voor de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst op grond van de redelijke partijbedoeling, gebaseerd op het beginsel van de goede trouw, alias redelijkheid en billijkheid (Paul Scholten en leerlingen, een grote meerderheid in de doctrine; vaste jurisprudentie sinds omstreeks 1840). In het Engelse taalgebied spreekt men van respectievelijk: de ‘subjective’ en de ‘objective theory’, c.q. de ‘literalist’ tegenover de ‘purposive approach’.⁷ Van oudsher wordt de discussie beheerst door de ‘wilsverklaringen’ van partijen, hetgeen vanzelf de ‘wilsleer’ in beeld brengt: de wil als centraal element in de rechtshandeling. Aanhangers van die leer (Meijers voorop) lopen vanzelf een subjectieve uitlegmethode binnen: woorden zijn noodzakelijk om de wil te uiten, en daarmee voorwerp van uitleg. Schrijvers die de wil objectiveren en de toerekening in het vaandel voeren (behalve Scholten, Eggen en vele anderen) komen vanzelf in het kamp van de normativo’s. Men merkt uit deze beschrijving al dat het een misverstand is, nog steeds wijd en zijd verspreid, dat ik met mijn dissertatie dit onderscheid in het leven geroepen heb, en de normatieve leer geïntroduceerd zou hebben. Ik heb alleen voor die naam getekend, de leer bestaat al van de 19^e eeuw, evenals jurisprudentie in die zin. Een pikant detail is, dat ik mij bij die naamskeuze onder meer door Meijers zelf heb laten inspireren, gezien het volgende citaat:

‘... het vaststellen van datgene wat bedoeld is - ook dus wat stilzwijgend bedoeld is - steeds een psychologische en niet een normatieve werkzaamheid blijft. Datgene wat in een bijzonder zich voordoend geval redelijk is, mag slechts dan als stilzwijgend bedoeld aangenomen worden, wanneer er voldoende grond is om aan te nemen, dat de verklarende persoon aan dat geval heeft gedacht’.

‘Hoe men zich ook daartegen keert, interpreteren blijft het zoeken naar een achter woorden verscholen menselijke bedoeling’.⁸

Die ‘normatieve’ uitleg vindt men niet alleen bij Scholten, maar ook bij zijn leermeester J.F. Houwing, die overigens ook de leermeester van Meijers (en J.C. van Oven was, ook een normativo van weleer). De oude Houwing zegt in 1890:

‘...naast art. 1378 staan de artt. 1374 en 1375 die aan alle overeenkomsten den maatstaf aanleggen der billijkheid en der goede trouw. Die billijkheid nu en die goede trouw verbieden, aan den letterlijken, grammaticalen zin der gebruikte woorden zich vast te klampen. Zij eischen dat men, om de bedoeling der woorden te vatten, niet op hun algemene betekenis lette, maar, gelijk redelijke en ordentelijke

⁷ Zie resp. Marcel Fontaine en Filip De Ly, *Drafting International Contracts: Analysis of Contract Clauses*, Transnational Publ.’s, 2005, p.107; R. Reece, ‘Interpretation Clauses in International Contracts’, in: *Les grandes clauses des contrats internationaux*, FEC/Bruylant, 2005, p.39 v., op p.42.

⁸ *Algemene Begrippen*, 1948, p. 225, resp. 23.

lieden betaamt, den zin opspore, welken zij, in dit bestaande geval en tusschen deze personen, hebben moesten⁹.

Aan Houwing gingen nog schrijvers als Hamaker, Fockema Andreae, Modderman, Drucker en Smit vooraf. Dat gold rond 1875 als ‘de nieuwe leer’, een leer die vandaag de dag door sommige juristen nog steeds met wantrouwen bezien wordt als nieuwlichterij.

Scholten is in het grammaticale kamp nog enigszins bekend als aanhanger van uitleg naar redelijkheid. Uit zijn pen kwam de zinsnede: ‘woorden zijn nooit duidelijk’, die vandaag de dag nog inzet van het debat is. In zijn meergenoemde artikel in *Contracteren* van 2000 haalt Grosheide die uitspraak ook aan, om deze vervolgens weg te interpreteren, als zou Scholten nooit meer bedoeld hebben dat woorden natuurlijk in eerste instantie meestal wel duidelijk zijn, en natuurlijk gewicht hebben bij de uitleg. Niets aan de hand dus, geen normatief gevaar in de lucht bij de oude Scholten (t.a.p., p.100). Dat kan licht misverstand wekken; wat te denken van een uitspraak van Scholten in hetzelfde bekende artikel uit 1909, waarbij hij naadloos aansluit op zijn leermeester Houwing:

‘iedere interpretatie is tevens aanvulling en de tegenstelling is een van meer of minder, niet van scherp te onderscheiden dingen’ (p.350).

Daarmee kom ik op een onderscheid tussen wat tegenwoordig ook wel de ‘traditionele methode’ en de ‘normatieve’ methode van uitleg genoemd wordt: alleen in de laatste vormt aanvulling van de overeenkomst een onderdeel van de uitleg ervan. Op dat punt haakt een schrijver als Hartkamp in zijn Asser-bewerking op het laatste moment af, vlak voor het normatieve kamp.¹⁰ Het is opvallend, zo zag ik bij herlezing van het *Haviltex*-arrest, waarmee volgens zoveel juristen de nieuwe (normatieve?) uitlegmethode van de Hoge Raad begon, dat de Raad uitleg en aanvulling uitdrukkelijk in een adem noemt, en tegelijk van een goede trouw-behandeling voorziet. Aanvulling heeft met *leemten* in de overeenkomst te maken, witte plekken die de uitlegger invult, aan de hand van het wèl contractueel geregelde, en normen van redelijkheid en billijkheid. Voor de normatieve uitlegger is dat één pot nat, netter gezegd, onderdeel van een als eenheid opgevatte uitlegmethode. Let eens op hoe de Hoge Raad de befaamde overweging in *Haviltex* begint, met mijn cursivering:

(2). Tegen deze overwegingen keren zich subonderdelen I-A en gedeeltelijk subonderdelen V-B en C. De vraag *hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld* en of *dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld*, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat 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. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Een en ander brengt mee dat het Hof bij het bepalen van zijn oordeel dat de in zijn zesde r.o. bedoelde

⁹ *Oneigenlijke dwaling*, RM 1890, p. 516 v.

¹⁰ Zie V. van den Brink, ‘Uitleg van rechtshandelingen of uitleg van gedingstukken’, in: *Variaties*, Hartkamp-bundel 2006, p.1. Vgl. ook mijn debat met Hartkamp in *Ars Aequi*, 1992, ook verwerkt in mijn *Verbintenissenrecht 1*, 5^e dr. 2004, Kluwer, p.177 v.

Van den Brink bespreekt ook de overgang van Van Schilfgaarde naar normatieve uitleg in zijn bekende *WPNR*-artikel van 1997, over de (door hem gewonnen) Van Hemmen BV-zaak. De auteur, met anderen (zoals Smits onlangs) nog wat verbijsterd over de ‘coming out’ van Van Schilfgaarde, hecht er veel belang aan dat het arrest zelfs door mij niet tot de normatieve uitleg-stroming gerekend wordt. Hij heeft echter niet goed gekeken; in Deel 2 van mijn *Verbintenissenrecht* wordt het arrest besproken, waar het hoort: bij de volmacht en vertegenwoordiging (pp. 121, 129, 133). Ook daar is normatief toerekenen troef, in de rechtspraak van de laatste decenia.

bepaling van het contract geen leemte laat in de regeling van de rechtsverhouding van partijen, een onjuiste maatstaf heeft aangelegd.’¹¹

Ik zal dadelijk laten zien dat deze uitspraak in *Haviltex* allerm minst nieuw is, zo oud als de weg naar Rome (c.q. Kralingen), maar ik wil eerst bij een ander punt stilstaan. De aanhangers van de lijn dat ‘woorden in beginsel duidelijk zijn’ (ha die Willem!) hechten eraan te betogen dat de letterlijke tekst, wanneer deze een zinnige betekenis heeft – dus de woorden op zich duidelijk zijn – geen uitleg-exercitie toelaat, teneinde het grote goed van de rechtszekerheid niet in gevaar te brengen. Ik heb dat nooit kunnen volgen: de tekst waar het in *Haviltex* om ging was toch klaarhelder? Daar stond toch gewoon:

‘Verkopers hebben tot eind 1976 het recht de machine tegen contante betaling van de door kopers betaalde prijs terug te kopen indien de heer Langerwerf niet meer bij Haviltex in dienst is’.

Helder toch? Maar dat was toch ook het geval met het eerdere normatieve uitleg-arrest *rederij Koppe* (alias: *polisbeding*) uit 1949, waar in het geding was de polisvoorwaarde:

‘De verzekerde verliest 14 dagen na het vervallen van de premie zijn aanspraak op schadeloosstelling’.

Toch ook taalkundig volkomen duidelijk, geen speld tussen te krijgen? Waarom dan niet de *letterlijke* betekenis gevolgd, de grammaticale interpretatie? De Hoge Raad legt dat netjes uit, vandaar dat dit arrest in rechtsfaculteiten ten Noorden en ten Zuiden van de Oude Rijn en de Waal van oudsher als standaardarrest voor uitleg naar redelijkheid bekend heeft gestaan, normatieve uitleg dus. De Hoge Raad overweegt in 1949 als volgt, en men ziet hier de grote overeenkomst met het *Haviltex*-arrest uit 1981:

‘... het hof immers in dit oordeel bedoelde uit te drukken, dat, al staat *letterlijk genomen* in art. 6, dat de verzekerde 14 dagen na het vervallen van de premie zijn aanspraken op schadeloosstelling verliest, een *redelijke uitleg* van deze en soortgelijke zinswendingen in polissen in dezen tak van verzekering voorkomende *meebrengt, dat zij worden verstaan in de betekenis, welke daaraan in voormelde wereld wordt gehecht*, te weten, dat de verzekeraar bevoegd is na ommekomst van die 14 dagen een aanspraak van den verzekerde af te wijzen, indien zulks, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten’ (mijn curs.).¹²

Over duidelijke woorden gesproken, in het *misverstand*-arrest, alias *Gem. Bunde – Erckens*, van 1976, was de inzet van de procedure (die meer dan 25 jaar duurde, Limburgse toestanden) het woord ‘belastingschade’. Hierbij had de ene partij (de gemeente) dit keer geen woordenboek, maar een fiscale gids uit de kast gehaald en de definitie voorgelezen, terwijl de andere partij (minnelijk onteigend) naar de omstandigheden had verwezen (besprekingen, kennis bij partijen, e.d.), die helaas pas na verwijzing door de Hoge Raad goed boven water gekomen zijn. Ook hier gaf de redelijke betekenis van de contractuele term de doorslag, gezien de omstandigheden.

Een sprekend voorbeeld is ook het *Hoog-Catharijne*-arrest uit 1995 waar de uitleg van de term ‘garantie’ in het geding was. Franx, bij *Haviltex* nog de Advocaat-Generaal, nu als advocaat optredend, met hetzelfde standpunt van grammaticale uitleg, had zich voor de uitleg van het begrip garantie op de dikke Van Dale beroepen, maar kreeg de hoogste rechter wederom niet mee. Zoals bekend heeft de Hoge Raad de *Haviltex*-formule erop toegepast –

11. De HR verwijst de zaak naar het Hof Arnhem, dat bij arrest van 24 april 1984 (rolnr. 16482) Ermes grotendeels in het gelijk stelt. Of het hem zal baten is onzeker aangezien Haviltex in liquidatie verkeert.

¹² HR 20 mei 1949, *NJ* 1950, 72, nt PhANH. Zie voor een bespreking hiervan, en veel jurisprudentie die hier volgt in de tekst, mijn *Verbintenissenrecht* 1, p.146 v.

overigens nadat A-G Hartkamp erop gewezen had dat men in het recht vijf betekenissen van garantie kent.

Nog een goed voorbeeld van het normatief omgaan met een op zich volkomen duidelijke tekst, tenslotte: de Cogasco-zaak uit 1990 daarbij ging het om de zinsnede dat Cogasco een verzekering bij La Meridional (een Argentijnse maatschappij) ‘heeft afgesloten’, in een contract waar 13 (!) banken, aangevoerd door Amro, een belang van enkele miljarden in hadden. Letterlijk nemen, wat de banken wilden: nou nee, redelijk uitleggen (het hof had – bij gebrek aan wetenschap? – de Haviltex-formule niet gehanteerd, maar de cassatierechter dekt dat toe, zie *NJ* 1990, 440). Een verzekering ‘afgesloten hebben’ betekent tussen partijen, onder de gegeven omstandigheden: ‘afgesloten en in stand gehouden hebben’, dat is de redelijke strekking van zo’n bepaling.

Er is een opmerkelijke overeenkomst met de gang van zaken in de Engelse jurisprudentie; ook daar is de inzet bij de grote uitleg-arresten de betekenis van woorden die, op zich genomen, al of niet met een woordenboek bij de hand, duidelijk zijn, dat wil zeggen, een zinnige betekenis hebben. Bij voorbeeld de betekenis van de woorden:

- ‘any claim’ (*BCC v Ali*, 2001);
- ‘actually paid’ (*Charter Insurance Co v Fagan*, 1997);
- ‘(ship)owners’ (*Stolt Loyalty v Soframar*, 1995).

Het zijn even zovele illustraties van hetgeen ik hierboven bedoelde met ‘duidelijke woorden’, die volgens aanhangers van de letterlijke kamp aan het hanteren van normatieve uitleg in de weg staan. Mooi niet dus.¹³

Het tweede voorbeeld is ontleend aan een arrest waarin Lord Hoffmann weer een hoofdrol speelt, dit keer bij de uitleg van de woorden ‘actually paid’: moet de betaling in het vermogen van de crediteur gekomen zijn? Hij geeft een voorbeeld uit het dagelijkse leven; een vrouw komt thuis en zegt tegen haar man dat zij een nieuwe jurk gekocht heeft. Stel dat haar man (van achter de krant) vraagt: ‘wat heb je ervoor betaald?’ Zij zou die vraag niet in de natuurlijke betekenis opvatten wanneer zij zou antwoorden: ‘Niets, want ik kreeg 30 dagen crediet van de winkel’. Hoffmann geeft ook nog een variant, stel dat de vrouw gezegd zou hebben: ‘De jurk was geprijsd voor 300 pond, maar het was uitverkoop’. Wanneer de man dan gevraagd zou hebben: ‘So what did you *actually* pay?’, zou zij aan die vraag weer een ‘unnatural meaning’ geven met het antwoord: ‘I have not paid anything yet’. Uit het leven gegrepen, zoals men ziet. Een leven dat de Engelse rechter ook graag in het contractenrecht wil inbrengen. Zoals Scholten reeds zei: ‘De letter doodt, de geest maakt levend’.

Indien men zich in gemoede afvraagt waarom bij de uitleg de kampen zo verdeeld kunnen zijn, en wàt de aanhangers eigenlijk zo verdeelt, dan lijkt mij het volgende een plausible verklaring te zijn. Het woord ‘overeenkomst’ heeft een dubbelzinnige inhoud; het heeft twee betekenissen in het recht, namelijk het schriftelijk stuk enerzijds, en de rechtsverhouding die partijen met elkaar hebben, anderzijds. Bij het woord ‘contract’ is het niet anders: een document dat opgeborgen wordt, tegenover een verhouding met een andere partij. Wanneer de ene schrijver bij uitleg van de overeenkomst aan het *document* denkt, houdt die uitleg op aan de rand van het papier – hetgeen de Engelsen ook wel de ‘four corners’ regel noemen: het

¹³ In het eerstgenoemde arrest, *BCC v Ali* (voor vindplaatsen verwijs ik naar de in de noten 4 en 7 aangehaalde literatuur) werd Lord Hoffmann nota bene links ingehaald door de meerderheid van het House of Lords, die het contract super-normatief uitgelegd heeft. De term ‘any claim’ slaat daarbij niet op claims die op bedrog van de wederpartij gebaseerd zijn, en onbekend waren ten tijde van het sluiten van het contract (waarbij afstand van alle claims gedaan werd, in het kader van een afvloeiingsregel van een bank).

gaat om wat binnen de vier hoeken van het vel papier staan (in het kader van de ‘parol evidence rule’, over het toelaten van mondeling bewijs tegen schriftelijke verklaringen).¹⁴ Wanneer een andere schrijver daarentegen met de uitleg de *rechtsverhouding* van partijen wil vaststellen, is per definitie het schriftelijke stuk slechts een onderdeel van de uitleghandeling. In de laatste situatie ligt het zonder meer voor de hand om feiten en omstandigheden die de verhouding van partijen betreffen, bij de uitleg te betrekken. Een verhouding die een *rechtsverhouding* is, dat wil zeggen door rechtsnormen beheerst wordt, bovenal het beginsel van de goede trouw. De Hoge Raad heeft in 1957 de precontractuele verhouding ook als een rechtsverhouding gekarakteriseerd, met als gevolg dat het meergenoemde beginsel ook daar de dienst uitmaakt (in *Baris – Riezenkamp*).

In dit verband valt het op dat de Hoge Raad in *Haviltex* zijn overweging met de befaamde Haviltex-formule – volgens Hartkamp langzamerhand een *mantra*, schrijft hij ergens in een conclusie - aldus begint:

‘De vraag *hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld* en of *dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld*, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract’ (mijn curs.).

Daaruit blijkt dat er door de cassatierechter een directe relatie gelegd wordt tussen een ‘schriftelijk contract’ en de ‘verhouding van partijen’ die zij daarmee beogen ‘te regelen’.

3. De twistappels van uitleg van overeenkomsten. *Haviltex* en *Investors Compensation Scheme* als moment in de uitleglijn, in de Nederlandse en Engelse tradities

Hierboven kwam al aan de orde dat het *Haviltex*-arrest geen introductie van een nieuwe uitlegleer was, maar enkel een bevestiging van een reeds lang bestaande methode van uitleg, die in een reeks van proefschriften en monografieën van voor en na 1900 gedocumenteerd is. Ik zeg altijd maar: ‘*Haviltex* is voor de laatbloeiers’. En dan te bedenken dat er nog steeds juristen zijn die de bloei weer in de knop proberen terug te krijgen, hetgeen, zoals duidelijk zal zijn, tegen-natuurlijk is. De uitspraak inzake *Haviltex* is dus een moment in een ontwikkeling in onze jurisprudentie die een vrij constant patroon vertoont. Ik verwijs de geïnteresseerde lezer naar elders wanneer een nadere onderbouwing hiervan gewenst is.¹⁵

Hoe staat dat met het Engels recht: is *Investors Compensation Scheme* een echte omwenteling, nieuw recht dat gekomen is, of is dat ook hier gezichtsbedrog? Het hangt, net zo als bij ons, er natuurlijk van af welke Engelse schrijver men op dit punt raadpleegt, van welke kamp hij is. Wanneer men een auteur als Staughton erop naslaat, hetgeen Grosheide met animo gedaan heeft, dan heeft men met iemand te maken die met lede ogen aanziet dat de letterlijke uitleg in moeilijkheden gebracht is door de nieuwe jurisprudentie. Net als bij ons het geval is, wordt in die kringen de mare verspreid dat *Investors Compensation Scheme* lang niet altijd gevolgd wordt in de rechtspraak. Afgaand op meer progressieve auteurs, die het tegendeel stellen, ben ik zo vrij dat als stemmingmakerij af te doen.¹⁶ Het lijkt op onze schrijvers die naarstig op zoek zijn naar een ommekeer in de Nederlandse jurisprudentie, en soms in een enkele zin al een zwaluw zien die zomer brengt. Zo’n zin dat ook bij normatieve

¹⁴ Op dat terrein is overigens veel veranderd, de parol evidence rule is tegenwoordig sterk ingeperkt. Zie Furmston, t.a.p.

¹⁵ Zie mijn *Verbintenissenrecht 1*, t.a.p.

¹⁶ Vgl. bijvoorbeeld McLaughlan, t.a.p., p. 147-148. De *BCC v Ali* (2002) uitspraak wordt in dit verband vaak genoemd.

uitleg ('Haviltex') geldt dat de 'taalkundige betekenis van bewoordingen' die deze, gelezen in de context van het geschift als geheel, in de desbetreffende kring van het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben 'vaak wel van groot belang is'. Aldus de Hoge Raad in 2004 in het arrest *DSM – Fox*, inzake de uitleg van CAO's.¹⁷

Ik kan dat op deze plaats niet uitwerken aan de hand van een analyse van de uitleg-rechtspraak van de Engelse rechter. De jurisprudentie die Lord Hoffmann genoemd heeft in zijn opinion in *Investors Compensation Scheme* is op zich reeds illustratief voor de geleidelijkheid in de ontwikkelingen op dit gebied. Verder wil ik nog op het volgende wijzen in dit verband.

In het Engelse contractenrecht heeft men al geruime tijd een beroep gedaan op de figuur van de 'reasonable man of business', op allerlei terreinen. Een partijbedoeling wordt ook al jaar en dag op objectieve wijze vastgesteld.¹⁸ Nog van groter belang is dat de Engelse rechter een lange staat van dienst heeft bij het aannemen van een zogenaamde 'implied term', een contractsbepaling die partijen opgelegd wordt, omdat dit redelijk is en het contract een leemte vertoont. Dat gaat terug tot het arrest inzake *The Moorcock*, van 1889 (inzake onbekende risico's in de waterbodem bij laag tij voor een schip dat aan een kade aanlegt). De rechter mag zo'n contractsvoorwaarde als stilzwijgend overeengekomen aanvaarden wanneer het aan het recht is 'to raise such inferences as are reasonable from the very nature of the transaction'. Een heel goede bedding voor normatieve uitleg van contracten. In de afgelopen halve eeuw heeft Lord Denning een grote bijdrage op dit terrein geleverd, met het aannemen van stilzwijgende garanties in contracten, in befaamde arresten als *Oscar Chess* en *Dick Bentley*, uit 1957 en 1965. Denning overweegt daarbij dat 'if an intelligent bystander would reasonably infer that a warranty was intended, that will suffice'.¹⁹ In ons recht is dat niet anders, met de hoogste rechter in een hoofdrol, ik noem slechts het *Steendijkpolder*-arrest, waar een stilzwijgende garantie aangenomen werd dat wanneer een gemeente (Maassluis) grond verkoopt met een bouwverplichting (woningbouw), dat een garantie impliceert dat de grond geschikt is voor woningbouw, en dus niet ernstig vervuild (met Rotterdams havenslib).²⁰ Nu was de gemeente zo slim geweest om die aansprakelijkheid uit te sluiten, maar dat gaat niet op, want een beroep op die exoneratieclausule is in strijd met de goede trouw, oordeelden hof en Hoge Raad.

Dat brengt mij op een ander voorbeeld uit het Engelse recht waar een normatieve aanpak overheerst, namelijk de toetsing van exoneratieclausules. Dat ging vroeger vaak met allerlei constructies gepaard, waardoor aan de clausule haar werking ontviel, en een redelijk resultaat bereikt werd. Lord Hoffmann refereert daaraan, en brengt daarbij de grote rechter Denning ter sprake, op een wijze die ik de lezer niet wil onthouden. Niet in het minst omdat de sneer naar de rechtszekerheid goed in mijn kraam te pas komt.

58 A vivid account of what happened was given by Lord Denning MR in *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] QB 284, 296-297:

"None of you nowadays will remember the trouble we had-when I was called to the Bar-with exemption clauses. They were printed in small print on the back of tickets and order forms

¹⁷ Aldus o.a. Grosheide, *Contracteren* 2005, p. 30-31. Voor een analyse van dat arrest verwijs ik naar mijn *Verbintenissenrecht I*, p.182 v.

¹⁸ Ik verwijs daarvoor naar de bespreking hiervan in mijn dissertatie, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1971, Kluwer, p.358 v.

¹⁹ Voor deze materie wordt verwezen naar een handboek als dat van Furmston.

²⁰ HR 9 okt. 1992 *NJ* 1994, 287 (uit een reeks van vier arresten). Zie daarover, en de garanties, mijn *Verbintenissenrecht I*, p.486 v.

and invoices. They were contained in catalogues or timetables. They were held to be binding on any person who took them without objection. No one ever did object. He never read them or knew what was in them. No matter how unreasonable they were, he was bound. All this was done in the name of 'freedom of contract'. But the freedom was all on the side of the big concern which had the use of the printing press. No freedom for the little man who took the ticket or order form or invoice. The big concern said, 'Take it or leave it.' The little man had no option but to take it. The big concern could and did exempt itself from liability in its own interest without regard to the little man. It got away with it time after time. When the courts said to the big concern, 'You must put it in clear words', the big concern had no hesitation in doing so. It knew well that the little man would never read the exemption clauses or understand them ...

"Faced with this abuse of power-by the strong against the weak-by the use of the small print of the conditions-the judges did what they could to put a curb upon it. They still had before them the idol, 'freedom of contract'. They still knelt down and worshipped it, but they concealed under their cloaks a secret weapon. They used it to stab the idol in the back. This weapon was called 'the true construction of the contract'. They used it with great skill and ingenuity. They used it so as to depart from the natural meaning of the words of the exemption clause and to put upon them a strained and unnatural construction. In case after case, they said that the words were not strong enough to give the big concern exemption from liability; or that in the circumstances the big concern was not entitled to rely on the exemption clause. If a ship deviated from the contractual voyage, the owner could not rely on the exemption clause. If a warehouseman stored the goods in the wrong warehouse, he could not pray in aid the limitation clause. If the seller supplied goods different in kind from those contracted for, he could not rely on any exemption from liability. If a shipowner delivered goods to a person without production of the bill of lading, he could not escape responsibility by reference to an exemption clause. In short, whenever the wide words-in their natural meaning-would give rise to an unreasonable result, the judges either rejected them as repugnant to the main purpose of the contract, or else cut them down to size in order to produce a reasonable result."²¹

4. Normatieve uitleg in civil law en common law. Afronding en conclusies

Onze comparatieve wandeling heeft dacht ik het inzicht opgeleverd dat de ontwikkelingen in het Engelse recht op het gebied van uitleg van overeenkomsten vrijwel gelijk op lopen, en dat dit met de term 'normatieve uitleg' goed omschreven wordt. Ik had daarbij nog iets terzijde geschoven, dat een verschil zou kunnen zijn: het niet in de beoordeling betrekken van de precontractuele fase, hetgeen partijen tijdens onderhandelingen verklaard hebben. Lord Hoffman had dit als 'principle 3' aangeduid, en als reden gegeven: 'reasons of practical policy'. Wat daarvan te denken?

Om een aantal redenen kan ik daaraan niet al te grote betekenis geven, ook al lijkt dat op het eerste gezicht anders te zijn, en een duidelijk afwijking van de opvatting in onze jurisprudentie. Het is een beleidsargument, veel schrijvers hebben al daarop gewezen; het heeft een hoog 'floodgates'-gehalte: de deur naar een vloed van procedures moet niet open gezet worden. Hoffmann gaf zelf aan aan dat 'the boundaries of this exception are in some

²¹ Voor dit onderwerp verwijs ik naar R. Lawson, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 7^e dr. Thomson, 2003. Op p.32 v. wordt aan de *Investors Compensation Scheme* een centrale plaats gegeven. De rol van Lord Wilberforce, ook op dit terrein, vindt men op p. 167 beschreven. De nieuwste druk had ik nog niet ter beschikking.

Voor een analyse van (normatieve) uitleg op dit gebied, verwijs ik naar mijn artikel 'The changing of the guard. Force majeure and frustration in construction contracts: the foreseeability requirement replaced by normative risk allocation', *International Construction Law Review* 2002, p.162 v., op p.176 v. Ook opgenomen in mijn *Selected Essays*, 2006, Shaker Publ.

respects unclear'. Verder geldt, zoals ook Reece opmerkt, dat uit een opmerking van Lord Nicholls in *BCC v Ali* (2002) valt af te leiden dat hij van oordeel is 'to keep the point open for careful consideration on a future occasion', in par. 31 (t.a.p., p.46). Binnenkort in dit theater dus.

Nog een kantekening uit de praktijk. Wij hebben het hier over commerciële contracten, waaraan onderhandelingen vooraf gegaan zijn. Men kan hierbij denken aan contracten die een dozijn of meer concepten gekend hebben, steeds een product van intensief onderhandelen. Men kan zich voorstellen dat een rechter liever niet bij de hand genomen wil worden om de reeks concepten door te nemen om te zien wat partijen precies voor ogen stond bij het sluiten van het uiteindelijke contract. Wie zoekt zal altijd wel wat kunnen vinden, en als het belang groot is, wil men best wel zoeken. Vandaar dat er clausules bestaan om een dergelijke exercitie te voorkomen, en de hele voorgeschiedenis van het contract buiten bood te houden. Of wel, het alternatief om die geschiedenis juist te integreren in de overeenkomst (bij voorbeeld de verslagen van de onderhandelingsbesprekingen. Dat is een onderwerp op zich.²²

Het is goed dat het common law recht en het civil law recht naar elkaar toegroeien, ook op het gebied van de uitleg. Voor het internationale handelsverkeer, waar contracten op het de common law praktijk afgestemd zijn, is dat winst. In een bundel die aan dat thema gewijd is, voor een jurist die steeds de aandacht voor die ontwikkelingen gevraagd heeft, zal zo'n constatering niet misstaan.

²² Zie voor de eerste figuur o.m. Tjittes in *RmThemis* 2005, pp. 2-19; pp. 121-122.