

**'Rechtsgemeenschapsconforme' uitleg
Enige beschouwingen over het uitleggen van contracten**

'Rechtsgemeenschaps- conforme' uitleg

Enige beschouwingen over het uitleggen van contracten

Preadvies voor de vergadering van de Christen Juristen
Vereniging op 5 juni 2015

Mr. dr. P.S. Bakker

Zutphen 2015



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-076-0

NUR 822

© 2015 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

1	Inleiding / 7
1.1	Introductie / 7
1.2	Leeswijzer/plan van behandeling / 7
2	De overeenkomst als gezamenlijke wilsverklaring / 9
3	De rechtshandeling als talige sociaal-juridische handeling / 15
4	Uitleg door partijen / 19
4.1	Uitleg is steeds (ook) een zich verplaatsen in de ander / 19
4.2	'A sentence is never not in a context' / 22
5	Uitleg door de rechter / 25
5.1	De rechter als prototypisch lid van de rechtsgemeenschap / 25
5.2	Het Vorverständnis van de rechter / 26
5.3	Het referentiekader van partijen / 30
5.4	Normatieve waardering van de context / 32
6	Het uitlegoordeel als oordeel namens en ten behoeve van de rechtsgemeenschap / 37
7	Conclusies / 39
	Literatuurlijst / 41
	Rede voorzitter Christen Juristen Vereniging / 49

Voor Pieter Arends (1942-2014)

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 **Introductie**

Dit preadvies heeft betrekking op de problematiek rondom *juridische uitleg*.¹ Deze vorm van uitleg kan, grofweg, worden onderverdeeld in wetsuitleg, uitleg van gedingstukken en contractsuitleg. Een uitputtende beschrijving van deze drie vormen van juridische uitleg gaat het bestek van dit preadvies ver te buiten. Uitsluitend de uitleg van overeenkomsten (contractsuitleg) staat in het navolgende centraal. Onder contractsuitleg kan worden verstaan: het proces en resultaat van het begrijpen van hetgeen contractspartijen zijn overeengekomen. Doel van contractsuitleg is het vaststellen van de rechtsgevolgen van hetgeen partijen zijn overeengekomen.²

Het uitleggen van een overeenkomst is in de eerste plaats een taak van de partijen die de overeenkomst hebben gesloten.³ Het zijn partijen die, om tot een zinvolle uitvoering van het overeengekomene te kunnen komen, door uitleg daarvan moeten vaststellen, welke rechten zij jegens elkaar kunnen uitoefenen en welke verplichtingen zij jegens elkaar moeten vervullen. Uitleg van de overeenkomst en uitvoering daarvan liggen daarmee in elkaars verlengde. Eerst indien partijen een (onoverbrugbaar) verschil van inzicht hebben met betrekking tot de vraag, welke rechten en/of verplichtingen voor hen uit de tussen hen geldende overeenkomst voortvloeien, komt uitleg daarvan door de burgerlijke rechter in beeld. In het navolgende zal ik zowel de rol van partijen als die van de rechter bij contractsuitleg aan de orde stellen.

1.2 **Leeswijzer/plan van behandeling**

In het volgende hoofdstuk zal het betoog een aanvang nemen met een bespreking van de overeenkomst als gezamenlijke wilsverklaring van de contractspartijen. Aandacht zal daarbij onder meer worden besteed aan de vraag hoe de wil van partijen gekend kan worden en aan de vraag hoe vastgesteld kan worden wat door partijen is gewild. In hoofdstuk 3 wordt uiteengezet dat de meerszijdige rechtshandeling die de overeenkomst is, moet worden opgevat als talige sociaal-juridische handeling en wordt stilgestaan bij de consequenties van deze opvatting voor de

-
1. De auteur dankt dr. J.F.M. Arends voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit preadvies.
 2. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/362 en Bakker 2012, p. 62 e.v. Hesselink 1999, p. 132 e.v., spreekt van de vaststelling van de autonome verplichtingen tussen partijen. Zie ook Wendt 2011, p. 132, die spreekt van het vaststellen van de wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen.
 3. Zie in deze zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/368, Larenz & Wolf 2004, § 28, Rn. 20 en Bakker 2012, p. 62.

uitleg van deze meerzijdige rechtshandeling. Het daaropvolgende hoofdstuk 4 vertrekt vanuit het hiervoor al kort aangestipte gegeven dat contractsuitleg primair een taak van partijen is te achten en behandelt de wijze waarop contractspartijen deze taak idealiter zullen vervullen. In hoofdstuk 5 wisselt het perspectief en komt de rechterlijke uitleg van contracten aan de orde. Aan de hand van de hermeneutiek⁴ van de Duitse filosoof H.-G. Gadamer wordt in dit hoofdstuk een poging gedaan om dieper door te dringen tot de wijze waarop de rechter de uitleg van een contract ter hand neemt. Aandacht zal daarbij ruimschoots worden besteed aan de 'eigen bagage' (zijn zogenaamde 'Vorverständnis') die de rechter bij zijn uitlegwerk steeds met zich mee draagt. Hoofdstuk 6 gaat vervolgens in op de wijze waarop het rechterlijk interpretatiewerk dient uit te monden in een uitspraak, door middel waarvan de rechtsgevolgen van het overeengekomene bindend tussen partijen worden vastgesteld. Ook de vraag aan welke maatstaven deze uitspraak dient te voldoen, komt daar aan bod. Het preadvies wordt in hoofdstuk 7 afgesloten met een samenvatting van de resultaten.

4. Hermeneutiek wordt wel de kunst van het interpreteren genoemd. De hermeneutiek onderzoekt de voorwaarden waaronder het verstaan van (de betekenis van) menselijke uitingen mogelijk is. Over de interpretatieleer van de Heidelbergse filosoof Gadamer is veel geschreven en discussie gevoerd. Zie over de opvattingen van Gadamer nader Oudemans 1988. Zie over de betekenis van Gadamer voor de rechterlijke oordeelsvorming Vranken 1978, p. 1 e.v.

Hoofdstuk 2

De overeenkomst als gezamenlijke wilsverklaring

Een overeenkomst is een meerzijdige rechtshandeling die tot stand komt door aanbod en aanvaarding, zo leert art. 6:217 BW.⁵ De praktijk is vaak weerbarstiger: overeenkomsten komen zeer dikwijls tot stand, zonder dat daaraan een duidelijk te herkennen structuur van aanbod en aanvaarding ten grondslag ligt.⁶ Op welke wijze de overeenkomst ook tot stand moge komen, zodra deze eenmaal tot stand gekomen is, drukt zij volgens de heersende leer de *gezamenlijke wil* van partijen uit. Dit geldt niet enkel voor de uitonderhandelde schriftelijke overeenkomst, die inderdaad de gemeenschappelijke wil (consensus) van partijen belichaamt, maar zeer zeker ook voor een aanbod dat door een daarop aansluitende aanvaarding wordt gevolgd: ook door die aanvaarding ontstaat, evenals door de gezamenlijke ondertekening van een schriftelijk contract, een *samensmelting* van twee willen tot één gemeenschappelijke wil.⁷ Zie in deze zin reeds Savigny, die in zijn ‘System des heutigen römischen Rechts’ opmerkte:

‘Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden. — Dieser Begriff enthält eine einzelne Anwendung des allgemeineren, oben dargestellten Begriffs der Willenserklärung. Er unterscheidet sich als einzelne Art von dieser seiner Gattung durch das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen, anstatt daß die Willenserklärung überhaupt auch von einer einzelnen Person ausgehen kann.’ (curs. PSB)⁸

Om de daadwerkelijke rechtsgevolgen van deze gezamenlijke wilsverklaring te kunnen vaststellen, heeft zij uitleg. Komt dit aldus uitleggen van de overeenkomst tussen partijen — zoals gezegd een (meerzijdige) rechtshandeling — neer op een achterhalen van de subjectieve (‘werkelijke’) wil van de handelende partijen ten tijde van contractssluiting? De tekst van het ook op overeenkomsten toepasselijke art. 3:33 BW doet in eerste instantie vermoeden dat het antwoord hierop bevestigend luidt:

‘Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.’

5. Aanbod en aanvaarding zijn elk op hun beurt eenzijdige gerichte rechtshandelingen.

6. Zie bijv. HR 2 september 2011, NJ 2012/75, m.nt. P. van Schilfgaarde. Vgl. W.L. Valk, in: Hijma e.a. 2013/24, 52 en 263. Naar opvatting van C.J.H. Brunner, *RMThemis* 1976, p. 418, is het aanbod-acceptatiemodel zelfs niet eens te beschouwen als het normaal-type van de totstandkoming van de toestemming, aangezien het model slechts bij uitzondering een weergave van de werkelijkheid geeft. Zie nader Blei Weissmann, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW, aant. 3.11.1-2.

7. Van Cassel-Van Zeeland, *GS Vermogensrecht*, art. 3:33 BW, aant. 4.1; vgl. Cauffman 2005, p. 51.

8. Savigny 1840, p. 309. Zie ook Flume 1992, p. 6.

Het artikel lijkt erop te wijzen dat we bij het aanhoren en interpreteren van het door partijen verklaarde inderdaad op zoek zijn naar hetgeen door de handelende partijen feitelijk (dat wil zeggen in historisch-psychologische zin) gewild is.⁹ Aldus bijvoorbeeld E.M. Meijers, die in zijn befaamde 'Algemene begrippen van het burgerlijk recht' opmerkt: 'Hoe men zich ook daartegen keert, interpreteren blijft het zoeken naar een achter woorden verscholen menselijke bedoeling.'¹⁰ Elders in zijn boek schrijft Meijers dat '(...) het vaststellen van datgene wat bedoeld is – ook dus wat stilzwijgend bedoeld is – steeds een psychologische en niet een normatieve werkzaamheid blijft.'¹¹

Zodra wij die (psychologisch gedachte) 'werkelijke wil' op het spoor proberen te komen, komen wij als duiders echter in de grootst mogelijke moeilijkheden.¹² Zo is daar het door onder meer Lokin gesignaleerde probleem dat de wil van de handelende partijen in het leeuwendeel van de gevallen 'in het geheel niet of slechts in geringe mate op het rechtsgevolg is gericht.' Hij merkt op:

“Zo heeft de “gewone man” meestal geen benul van de precieze rechtsgevolgen wanneer hij bijvoorbeeld een boek of een huis koopt. Dat die rechtsgevolgen toch intreden ligt dus niet aan zijn wil; ware dat zo, dan zou hij telkens op zijn ignorantia iuris een beroep kunnen doen. Zelfs een geschoold jurist is niet altijd op de hoogte van de rechtsgevolgen van zijn handelingen. Ook zou bij elke wetswijziging de wil van degene die een rechtshandeling verricht, mede moeten zijn gewijzigd en dat is niet aan te nemen, aldus onder andere Kohler, die daaraan nog het voorbeeld toevoegt van de Duitse boer die zich voor zijn inkopen naar de linkeroever van de Rijn begeeft, waar destijds de Franse Code Civil gold en waar dus het vereiste van een levering na de koopovereenkomst voor de eigendoms-overdracht niet werd gesteld.

“Schwerlich aber hat ein Bauer, der sich vom rechten auf das linke Rheinufer oder vom einen Schweizerkanton in den andern begibt, auch nur eine blasse Vorstellung von dem gewaltigen rechtlichen Unterschied seiner Käufe und Verkäufe, je nachdem sie hüben oder drüben geschehen.”¹³

Is de wil van partijen dus al in de regel niet op een duidelijk omkaderd rechtsgevolg gericht, maar bevat deze in de regel slechts een vage, ongearticuleerde (leken-) voorstelling van de juridische implicaties van het gewilde, ook overigens laat zich iemands innerlijke, psychologische wil (iemand's 'eigenlijke' bedoeling) 'kaum je (...) mit Sicherheit beweisen'.¹⁴ In de woorden van Lord Hoffmann:

9. Vgl. W.L. Valk, in: Hijma e.a. 2013/24.

10. Meijers 1948, p. 23. Meijers wordt wel gezien als aanhanger van de zogenaamde 'gecorrigeerde wilsleer'. Zie bijv. zijn 'De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen', *WPNR* 1921, afl. 2675, waarover nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/127.

11. Meijers 1948, p. 225.

12. Aldus ook Vogenauer 2007. Zie ook Larenz & Wolf 2004, § 24, Rn. 26 alsmede Valcke 2008, p. 89.

13. Lokin 2000, p. 33.

14. Zie noot 12. Vgl. W.L. Valk, in: Hijma e.a. 2013/24.

‘(F)or the purposes of interpreting what other people say, we have no direct access to their subjective mental states, no window in their minds.’¹⁵

Bij gebrek aan mogelijkheden tot het rechtstreeks ‘schouwen’ van de wil van de handelende partijen, zullen wij het, bij het vaststellen van wat door partijen gewild is, daarom moeten doen met hetgeen zij, *unisono* of elk voor zich jegens de ander, hebben verklaard. Wat contractspartijen ‘werkelijk’ gewild hebben, maar niet hebben verklaard, is niet achterhaalbaar en daarom voor het recht in wezen niet belangwekkend.¹⁶ In de woorden van Opzoomer:

‘De geheime, verborgen wil kan geen kracht hebben: alleen de uitgesproken, geopenbaarde wil kan werken. Op het uiten, het verklaren van den wil, komt het aan. (...) Er is geen andere wil dan de uitgedrukte wil; van strijd tusschen wil en wilsverklarend woord kan geen sprake zijn. (...)’¹⁷

Daarmee komt Opzoomers opvatting in dezen opvallend dicht bij die van de Duitse dogmaticus Karl Larenz. Larenz’ denken over de rechtshandeling en de uitleg daarvan is doortrokken van de gedachte dat mensen niet alleen zijn op de wereld, maar sociale wezens zijn die in een (normatieve) gemeenschap met anderen samenleven.¹⁸ *No man is an island.*¹⁹ De wilsverklaring wordt in en ten overstaan van die gemeenschap afgelegd jegens een andere bij de rechtshandeling betrokken partij, die deelgenoot is van dezelfde gemeenschap als de wilsverklarende.²⁰ In die gemeenschap mogen partijen elkaar afrekenen op elkaars verantwoordelijkheid: over en weer dienen zij jegens elkaar daarom in te staan voor hun verklaringen en gedragingen en deze desgevraagd jegens elkaar (en jegens de gemeenschap) te kunnen verantwoorden.²¹ In de woorden van Larenz:

‘Wer im Rechtsverkehr handelt, muß für sein Handeln einstehen. Auf das Wort des verantwortlichen Mannes muß man bauen können. Die

-
15. Hoffmann 1997, p. 661. Zie voorts Wendt 2011, p. 132: ‘Men kan nu eenmaal niet in iemand anders hoofd kijken, en een exercitie waarbij men een antwoord op de eerste vraag wenst te zoeken moet daarom noodzakelijkerwijs eindigen in (wilde) speculatie.’ Zie hierover ook Drew & Couper-Kuhlen 2014, p. 6.
 16. Zie o.m. Flume 1992, p. 52 en Larenz & Wolf 2004, § 24, Rn. 30.
 17. Opzoomer 1891, p. 28.
 18. Vgl. Savigny 1840, p. 331-332: ‘Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen neben einander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht.’
 19. John Donnes Devotions (1624): ‘No man is an Island, entire of it self; every man is a piece of the Continent, a part of the main.’
 20. Vgl. Dooyeweerd 1973, p. 31. Zie ook Hengstmengel 2010, p. 15.
 21. Larenz & Wolf 2004, § 24, Rn. 34: ‘Die Verantwortung umfaßt aber auch das Einstehen für die Erklärung mit den durch sie erzeugten Folgen des Vertrauensschutzes. Wie es im sozialen Raum kein Handeln ohne Verantwortung gibt, so trifft auch den, der einem anderen gegenüber eine Geltungserklärung abgibt, eine Verantwortung für die von ihm gewählten Ausdrucksmittel. Ihm obliegt es, sie so zu wählen, daß sie der Angesprochene als beabsichtigt bei gehöriger Aufmerksamkeit in dem gemeinten Sinne versteht. Drückt er sich fehlerhaft aus, und versteht ihn der Angesprochene deshalb anders, als er gemeint hatte, so muß er die Erklärung infolge seiner Verantwortlichkeit zunächst in dem Sinne gelten lassen, indem sie zu verstehen war.’ Vgl. Searle 1969, p. 62.

Verantwortung des Erklärenden für sein Wort ist nur die durch den Gemeinschaftsgedanken geforderte Kehrseite der ihm eingeräumten rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeit. Damit ist nicht gesagt dass der Wille bedeutungslos sei. Regelmäßig steht hinter dem Wort ja der Wille. Aber nicht der Wille “an sich” hat die Kraft, im Rahmen der Gemeinschaftsordnung einen Rechtserfolg herbeizuführen, sondern nur der sich offenkundig machende Wille der in der Erklärung für andere sichtbar wird.²²

In de opvatting van Larenz vormt de wilsverklaring derhalve het *scharmierpunt* tussen de (principeel onkenbare) innerlijke wereld van de wilsverklarende en de buitenwereld, waarin die verklaring wordt geopenbaard. De wilsverklaring heeft daarmee een ‘dubbelfunctie’: zij is enerzijds uitdrukking van de wil van de verklarende, maar anderzijds naar haar aard bestemd om door anderen (de contractuele wederpartij, de (rechts-)gemeenschap) *begrepen* te worden en daarmee een ‘Akt zwischenmenschlicher, sozialer Kommunikation’ te zijn.²³ Op het moment dat de wil in een aan die ander(en) gerichte verklaring wordt geopenbaard, verliest zij haar contingentie en houdt zij op een louter ‘psychologisch Faktum’ te zijn.²⁴ Het feit van de betrokkenheid van de ander c.q. de (rechts-)gemeenschap brengt met zich dat de verklaring geen vrijblijvende manifestatie van een tijdelijke psychische toestand *kan* zijn, maar een onherroepelijk, *juridisch* karakter verkrijgt: de wil wordt ten overstaan van de ander c.q. de gemeenschap in de verklaring *voltrokken* (‘in Geltung gesetzt’) en daarin (definitief) geobjectiveerd.²⁵

Dedek heeft er enige jaren geleden in haar boek ‘Negative Haftung aus Vertrag’ evenwel op gewezen dat, niettegenstaande de communitaristische inslag van Larenz’ Geltungstheorie, deze leer welbeschouwd dichter bij de aloude ‘Willentheorie’²⁶ staat dan weleens wordt gedacht, nu ook in de opvatting van aanhangers van de Geltungstheorie de wil van de verklarende toch als uitgangspunt behouden blijft. Zo merkt zij op dat ‘die Geltungstheorie (...) den charakteristischen Wesenszug der Willenserklärung in der privatautonen, eben gewollten Setzung von Rechtsfolgen (sieht).’²⁷ Zij vervolgt:

‘Die Betonung des “In-Geltung-Setzens” führt dazu, dass Ansatzpunkt der Erklärende als Urheber des privatautonen Gestaltungsakts ist, nicht der Empfänger und sein (objektiviertes) Vertrauen.’

Wie bij latere aanhangers van de Geltungstheorie, zoals Flume of Canaris, te rade gaat, moet Dedek gelijk geven. Zo merkt Flume bijvoorbeeld op:

22. Larenz 1936, p. 39-40.

23. Larenz & Wolf 2004, § 24, Rn. 29. Zie ook Reinach 1913, p. 158 e.v.

24. Flume 1992, p. 52.

25. Larenz & Wolf 2004, § 24, Rn. 29-30. Vgl. Dooyeweerd 1973, p. 31. Zie ook Eggens 1949, p. 205. Zie over de opvatting van Larenz ook Nieuwenhuis 2014, p. 548.

26. Zie over de Nederlandse pendant van deze leer o.m. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/122 e.v., met verwijzing naar verdere literatuur.

27. Dedek 2007, p. 39.

‘Das Rechtsgeschäft als Akt der Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen, d.h. der Gestaltung nach eigenem Willen, verlangt die Manifestation des Willens, durch welche eine Regelung in Geltung gesetzt wird.’²⁸

Ook voor Canaris vormt de autonoom gevormde, op rechtsgevolg gerichte wil van het individu nog altijd het wezenlijke aspect van de rechtshandeling, getuige de volgende passage, waarin hij opmerkt dat:

‘das Wesen des Rechtsgeschäfts darin zu erblicken (ist), daß die Parteien in Selbstbestimmung Rechtsfolgen in Geltung setzen; das Rechtsgeschäft ist somit seiner Natur nach “Geltungserklärung”’.²⁹

Niet te ontkennen valt dat een rechtshandeling als de overeenkomst niet goed denkbaar is zonder enige vorm van (wederzijds kenbaar gemaakte) intentionaliteit.³⁰ Bij gebreke daarvan kan het contractsvehikel eenvoudigweg niet op gang komen.³¹ De door Flume en Canaris gebruikte woorden ‘Selbstgestaltung’ en ‘Selbstbestimmung’ wekken evenwel de mijns inziens onterechte suggestie dat het handelend individu daarmee ook heerschappij zou hebben over de vraag hoe de door hem getoonde c.q. onder woorden gebrachte intentionaliteit zou moeten worden begrepen.³² In het volgende hoofdstuk zal ik uiteenzetten dat dit niet het geval is en dat die suggestie afstuit op het feit dat een rechtshandeling steeds een talige en sociale handeling is die binnen een gemeenschap wordt verricht door en jegens personen die tot die gemeenschap behoren.

28. Flume 1992, p. 25. Zie ook p. 52-53, alwaar Flume opmerkt: ‘Die Rechtsordnung anerkennt die Willenserklärung als Rechtsgestaltung in Selbstbestimmung. Daraus ergibt sich, daß nach dem Sinn, welchen die Willenserklärung in der Rechtsordnung hat, auch der Wille des Erklärenden auf Rechtsgestaltung gerichtet sein muß’.

29. Canaris 1971, p. 411.

30. Die overigens niet noodzakelijkerwijs de vorm van een *expliciete* wilsuiting hoeft aan te nemen. Zie bijv. HR 8 juni 2012, NJ 2012/364. Vgl. Dooyeweerd 1973, p. 36, die opmerkt dat ‘(...) ieder menselijk handelen een wilsuiting impliceert en dat slechts een wilsuiting die rechtsbetekenis heeft, een juridische wilsverklaring is, die als rechtsgrond voor rechtsgevolgen in aanmerking kan komen.’

31. Vgl. Flume 1992, p. 2.

32. Zie de literatuur genoemd in noot 21 alsmede Willoweit 1969, p. 104-106. Vgl. voorts W.L. Valk, in: Hijma e.a. 2013/24.

Hoofdstuk 3

De rechtshandeling als talige sociaal-juridische handeling

Voor alle recht geldt dat het enkel in en door de taal kan bestaan.³³ In de woorden van Raes: ‘Rechtshandelingen worden steeds via taalhandelingen gemedieerd. Er is geen recht dat niet door de taal wordt uitgedrukt.’³⁴ Ook een rechtshandeling is primair een talige, sociale handeling, die naar haar aard bestemd is om door anderen te worden begrepen.³⁵ Voor alle soorten taaldaden geldt dat de wijze waarop zij plegen te worden verricht c.q. te worden begrepen niet afhankelijk is van de individuele wil van degene die de taalhandeling verricht, maar afhankelijk is van maatschappelijke conventies.³⁶ In de woorden van Van der Kaaij en Hage:

‘(A)ls ik iemand waarschuw voor een hond, door onder de juiste omstandigheden op de juiste toon te zeggen: “Pas op, een hond!”, dan kan er een conventioneel gevolg ontstaan, namelijk dat iemand gewaarschuwd is voor de hond. Dat het als een waarschuwing geldt is (...) een conventionele kwestie. Mits op de juiste wijze en onder de juiste omstandigheden uitgevoerd, is de taalhandeling “Pas op, een hond” een waarschuwing. Dat de taalhandeling een waarschuwing oplevert (...) is een kwestie van sociale en grammaticale conventies: waarschuwen gaat nu eenmaal zo.’³⁷

In het recht is het precies eender. Opnieuw Van der Kaaij en Hage:

‘Binnen het recht spelen niet alleen de “gebruikelijke” conventies die ons taalgebruik regelen een rol, maar ook nog extra regels en gebruiken, namelijk juridische. Zo is het een rechtsregel dat als je je naam onder een contract zet, dat je dit dan “getekend” hebt en dat het contract nu bindend is. In navolging van Wunderlich kunnen we twee niveaus van conventionaliteit bij taalhandelingen onderscheiden: grammaticale regels en de regels voor verbaal symbolisch handelen. Deze twee groepen zorgen er samen voor dat duidelijk is wat de illocutionaire strekking en gevolgen van een taalhandeling zijn. Indien we kijken naar het recht, worden deze twee categorieën aangevuld door juridische regels en gebruiken. Denk

-
33. Vgl. Von Humboldt 1822, p. 77: ‘Der Mensch denkt, fühlt und lebt allein in der Sprache (...)’ Zie nader daarover Gröschner 2013, p. 66 e.v.
34. Raes 2001, p. 426. Vgl. Grondin 2001, p. 9.
35. Vgl. Reinach 1913, p. 158 e.v. en Dubois 1995, p. 131.
36. Zie daarover De Pater & Swiggers 2000, p. 141 en Smith 2010, p. 12. Zie ook Keysar & Barr 2005, p. 74: ‘Conversation constantly relies on conventions. Any time a word is used, a convention is invoked. Conventions are arbitrary: there is no “natural” relationship between the word *dog* and its meaning. Such conventions must therefore be known by the individuals in the community; they are typically also mutually known in the community. If we mutually know that we know English, we can infer that we mutually know the conventions of the language.’ Zie ook Willoweit 1969, p. 42-43.
37. Van der Kaaij & Hage 2012, p. 714. Zie ook De Pater & Swiggers 2000, p. 140-141 en De Souza Filho 1984, p. 102 e.v. Vgl. Smith 2011, p. 27.

hierbij bijvoorbeeld aan de “Haviltex-doctrine”, die extra regels geeft over hoe een rechtshandeling moet worden ingevuld en uitgelegd om de rechtsgevolgen te bepalen. Met behulp van deze conventies kunnen we vaststellen welke rechtshandeling door de taalhandeling wordt uitgevoerd en wat de strekking van die rechtshandeling is en daarmee tevens wat de rechtsgevolgen zijn.³⁸

De rechtshandeling is dus nooit een ‘privé-handeling’, maar steeds een talige *sociaal-juridische handeling*, die geheel en al is ingebed in de regels en conventies van de (rechts-)gemeenschap. Gelet daarop is voor de uitleg van die rechtshandeling niet beslissend, wat het betreffende individu daar persoonlijk, privé mee beoogde, maar is beslissend de sociaal-juridische betekenis die de (rechts-)gemeenschap aan de hand van voornoemde regels en conventies aan de rechtshandeling heeft verleend.³⁹ Het is de (rechts-)gemeenschap als *interpretive community*⁴⁰ die – aan de hand van het binnen die gemeenschap bestaande systeem van regels en conventies – bepaalt of een wilsverklaring (überhaupt)⁴¹ als rechtshandeling heeft te gelden en welke de betekenis van die rechtshandeling is.⁴² Een mogelijkheid voor het individu om zich aan deze regels en conventies te onttrekken, bestaat welbeschouwd niet:

‘Der Mensch wird innerhalb der Gemeinschaft geboren und großgezogen und – von abnormalen Fällen abgesehen – niemals aus der Gemeinschaft entlassen. Das Recht aber ist Wesenselement der Gemeinschaft. Es geht uns daher unvermeidlich an.’⁴³

Omdat ook de overeenkomst blijktens art. 6:213 BW een (meerzijdige) rechtshandeling is, is het voorgaande al evenzeer van toepassing bij de uitleg van overeenkomsten, welk onderwerp in dit preadvies centraal staat. Die uitleg zal steeds blij

-
38. Van der Kaaij en Hage 2012, p. 715. Gewoonlijk wordt onderscheiden tussen de locutionaire, de illocutionaire en de perlocutionaire kracht van een taaldaad. De locutionaire en illocutionaire kracht van een taaldaad worden door conventies bepaald. Het niet-conventionele effect van een uitspraak op de luisteraar wordt perlocutionaire kracht genoemd. Zie nader De Pater & Swiggers 2000, p. 153-154 en De Souza Filho 1984, p. 132-133. De locutionaire kracht heeft betrekking op de (feitelijke) inhoud van hetgeen wordt gezegd. De illocutionaire kracht heeft betrekking op de rol die de taaldaad in de communicatie vervult. De Pater & Swiggers noemen als voorbeeld de zin ‘Het ijs is dun’: ‘(...) Het locutionaire is de inhoud, dus de betekenis inclusief de verwijzing: van ijs, waarvan spreker en hoorder weten welk ijs het is, wordt het predikaat “dun” uitgezegd. Maar door de zin te uiten stelt de spreker ook een bepaalde taaldaad: hij geeft een waarschuwing (“ga niet schaatsen op de vijver!”), of als de hoorder zelfmoord wil plegen een aanmoediging (“ga je gang, dit is het moment!”). Dit aspect is het illocutionaire, waardoor de gebruikte zin binnen een gedragscontext een communicatieve waarde krijgt.’ Zie in dezelfde zin reeds Searle 1969, p. 70-71.
39. Zie ook Bakker 2012, p. 63. Vgl. Dooyeweerd 1973, p. 35-36 en Smith 2009, p. 205-210.
40. De term ontleen ik aan Fish 1980, p. 147-174.
41. Wie niet in lijn met de binnen de rechtsgemeenschap voor het verrichten van rechtshandelingen gehanteerde regels en conventies handelt, praat – juridisch gezien – ‘onzin’ en zet zich daarmee ‘buiten spel’. Zie in deze zin, onder verwijzing naar Stanley Fish, ook Smith 2009, p. 220 en De Martelaere 1993, p. 35: ‘Serieuze afwijkingen in het woordgebruik wijzen op serieuze afwijkingen in het denken: wie bijvoorbeeld in alle letterlijkheid volhoudt dat de muren bewegen, de planten huilen en de tafel op wraak zint zal door anderen, op grond van zijn spreken, een “psychoticus” worden genoemd.’
42. Vgl. Willoweit 1969, p. 104-106 en Smith 2009, p. 205 e.v.
43. Engisch 2005, p. 2. Vgl. Scholten 1949, p. 5: ‘Recht is regeling van menselijke verhoudingen. (...) Het betreft nooit den enkelen mensch, maar altijd den mensch in betrekking tot anderen en die betrekking in verband met de gemeenschap waartoe zij behoren.’ Zie ook Loth 2012, p. 4.

moeten geven van de betrokkenheid van de (rechts-)gemeenschap bij die (meerzijdige) rechtshandeling als hiervoor vermeld. Een voorbeeld van een uitleg in overeenstemming met de hiervoor uiteengezette opvatting biedt een enige jaren geleden gewezen arrest (HR 2 september 2011, NJ 2012/75), blijkens de inhoud waarvan het hof de feitelijke situatie tussen partijen aan een normatieve waardering had onderworpen en daaraan met instemming van de Hoge Raad de conclusie had verbonden dat partijen zich jegens elkaar (stilzwijgend) hadden verbonden als vennoten in maatschapsverband samen te werken, ‘zonder daarbij een of meer specifieke momenten aan te wijzen waarop enige betrokkene zich welbewust als vennoot jegens enige andere betrokkene heeft opgesteld.’

De Hoge Raad overwoog:

‘Onderdeel 1 doet het ten onrechte voorkomen alsof het hof enkel de op 1 januari 2000 bestaande feitelijke situatie heeft gekwalificeerd zonder zich te begeven in de aan de kwalificatievraag voorafgaande vraag of partijen een overeenkomst van maatschap hebben gesloten. Het ziet eraan voorbij dat, temeer waar een schriftelijk contract ontbreekt, de totstandkoming van een overeenkomst, gelijk kennelijk ook de benadering van het hof is geweest, mede kan worden afgeleid uit een tussen partijen op enig moment bestaande feitelijke situatie. Het hof heeft zich daartoe begeven in een beoordeling van de feiten en omstandigheden van het geval. In het bijzonder heeft het hof – zo blijkt uit zijn beoordeling vanaf rov. 4.24 – verschillende verklaringen en gedragingen van partijen in aanmerking genomen en is het nagegaan wat partijen over en weer uit deze verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden, *zonder daarbij een of meer specifieke momenten aan te wijzen waarop enige betrokkene zich welbewust als vennoot jegens enige andere betrokkene heeft opgesteld.* Gelet op deze beoordeling, ligt in het oordeel dat de tussen partijen op 1 januari 2000 bestaande situatie getypeerd dient te worden als een maatschap (rov. 4.82), besloten het oordeel dat partijen zich jegens elkaar (stilzwijgend) hadden verbonden als vennoten in maatschapsverband samen te werken. Dit oordeel, dat met toepassing van de juiste maatstaf tot stand is gekomen, wordt verder niet (toereikend) op begrijpelijkheid bestreden.’ (curs. PSB)

Ergo: voor de vaststelling of een rechtshandeling van zekere strekking is verricht c.q. een overeenkomst met bepaalde inhoud tot stand is gekomen, is niet beslissend wat de betreffende partij(en) met zijn (hun) handelen persoonlijk, privé beoogde(n), maar is beslissend de sociaal-juridische betekenis die de (rechts-)gemeenschap, bij monde van de rechter, aan het handelen van die partij(en) heeft verleend. Dat betekent niet dat het vereiste van intentionaliteit bij het verrichten van een rechtshandeling wordt losgelaten, maar dat de betekenis die aan de verrichte handeling moet worden gegeven niet afhankelijk is van hetgeen partijen daarmee persoonlijk beoogden, maar afhankelijk is van de vraag hoe de (rechts-)gemeenschap die vertoonde intentionaliteit in het licht van de geldende regels en conventies heeft

mogen opvatten en interpreteren.⁴⁴ In de woorden van annotator Van Schilfgaarde in zijn *NJ*-noot onder dit arrest:

‘Niet nodig is in elk geval dat een of meer specifieke momenten worden aangewezen waarop een betrokkene zich welbewust als vennoot jegens een andere betrokkene heeft opgesteld. (...) De partijen zetten iets op met een weinig bewuste, niet schriftelijk vastgelegde en niet nader gedefinieerde “wil tot samenwerking”. Het recht neemt de zaak over, bepaalt de rechtsgevolgen en kwalificeert. Dit is het oude thema: de mens wikt, het recht beschikt, of – zoals Van Dunné het zou noemen: “normatieve uitleg”.’⁴⁵

In het volgende hoofdstuk zal ik stilstaan bij de vraag wat de consequenties van het voorgaande zijn voor de uitleg van het overeengekomene door contractspartijen.

44. Zie ook De Pater & Swiggers 2000, p. 141, noot 152, die onder verwijzing naar Searle opmerken dat intenties slechts via conventies kenbaar gemaakt kunnen worden. Vgl. Hage 2007, p. 18.

45. Vgl. Nieuwenhuis 2014, p. 549 en Willoweit 1969, p. 37.

Hoofdstuk 4

Uitleg door partijen

4.1 Uitleg is steeds (ook) een zich verplaatsen in de ander

Het uitleggen van een overeenkomst is, zo merkte ik aan het begin van dit preadvies op, in de eerste plaats een taak van de partijen die haar hebben gesloten.⁴⁶ Het zijn partijen die, om tot een zinvolle uitvoering van het overeengekomene te kunnen komen, door uitleg daarvan moeten vaststellen welke rechten zij jegens elkaar kunnen uitoefenen en welke verplichtingen zij jegens elkaar moeten vervullen. Uitleg van de overeenkomst en uitvoering daarvan liggen daarmee in elkaars verlengde. Eerst indien partijen een (onoverbrugbaar) verschil van inzicht hebben met betrekking tot de vraag, welke rechten en/of verplichtingen voor hen uit de tussen hen geldende overeenkomst voortvloeien, komt uitleg daarvan door de burgerlijke rechter in beeld. In dit hoofdstuk zal ik mij beperken tot een bespreking van de rol van partijen bij contractuitleg.

Uit het voorgaande volgt dat de overeenkomst als meerzijdige rechtshandeling naar haar aard bestemd is om door anderen te worden *begrepen*.⁴⁷ De overeenkomst wordt met een ander ten overstaan van de gemeenschap aangegaan. Bij het afleggen van hun wilsverklaring(en) zullen de contractspartijen als leden van die gemeenschap derhalve steeds rekening moeten houden met de vraag hoe 'de ander' het over en weer verklaarde – in de gegeven omstandigheden en aan de hand van de binnen hun gemeenschap geldende taal- en gedragsconventies – heeft begrepen en redelijkerwijs heeft mogen begrijpen.⁴⁸ Dit brengt met zich dat partijen zich noodzakelijkerwijs in elkaar (en in de (rechts-)gemeenschap) zullen moeten *verplaatsen* om tot een verantwoorde uitleg van het overeengekomene te kunnen komen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

A en B zijn een overeenkomst met zekere inhoud met elkaar aangegaan. A wil die overeenkomst gaan uitvoeren. Om die overeenkomst uit te kunnen voeren zal A zich vergewist moeten hebben van de rechten en verplichtingen die de overeenkomst voor hem meebrengt. Deze rechten en verplichtingen zal hij door uitleg van de overeenkomst op het spoor moeten komen. Van deze overeenkomst is A samen met B co-auteur: de overeenkomst is niet louter zijn eigen creatie, het is een *gezamenlijk* product, een *gezamenlijke* 'Akt zwischenmenschlicher, sozialer Kommunikation', afgelegd ten overstaan van een gemeenschap, waartoe zowel A als B behoren.

46. Zie in deze zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/368, Larenz & Wolf 2004, § 28, Rn. 20 en Bakker 2012, p. 62.

47. Onder 'anderen' valt primair de contractuele wederpartij te begrijpen, maar in bredere zin ook de rechtsgemeenschap alsmede derden, wier gerechtvaardigde belangen door de overeenkomst worden geraakt.

48. Zie Guépin 1983, p. 26 alsmede de literatuur genoemd in noot 43.

Het is die gemeenschap die van A en B vraagt om in hun relaties met anderen in die gemeenschap (en dus ook met elkaar) redelijkheidszin aan de dag te leggen en dus rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.⁴⁹ Dat brengt met zich dat het bij het door A begrijpen van de overeenkomst met B nimmer enkel kan aankomen op de vraag hoe A de overeenkomst *zelf* begrijpt: bij het uitleggen dient door A steeds ook de vraag te worden gesteld hoe *de ander* (B) deze term of clausule redelijkerwijs zal opvatten en begrijpen. Bij dit zich in de ander verplaatsen houdt A als redelijk mens rekening met de (gezamenlijk gedeelde) context waarin A en B zich bij het sluiten van de overeenkomst (destijds) jegens elkaar te verstaan hebben gegeven.⁵⁰ De parallel met het alledaagse verstaan van gesproken taaluitingen, dringt zich op:

‘We assume the speaker to mean what we think we ourselves would mean if we were in the speaker’s position and produced the utterance in the light of our interpretation of the current frame of reference.’⁵¹

Uitleg door A van de overeenkomst met B komt derhalve idealiter neer op het – in mentale verbondenheid met B – op redelijke wijze duiden van het gezamenlijk verklaarde in het licht van de gezamenlijke herinnering aan het moment waarop – en de omstandigheden waarin – de gezamenlijke wilsverklaring werd afgelegd.⁵² In de woorden van Eggens:

‘Wilsverklaring is rechtens de verklaring die de verklaarder – hem toerekenbaar – objectief als zijn wil doet verschijnen *voor zijn wederpartij*, en die deze laatste hem daarom rechtens mag toerekenen, en die de verklaarder zichzelf zal toerekenen indien hij *zichzelf, en zijn wederpartij*, als persoon begrijpt en eerbiedigt. De verklaarder is rechtens gebonden zo als hij zich te verstaan gegeven heeft, en zo behoort hij ook zichzelf – en daarmee zijn wil – te verstaan, onafhankelijk van de vraag wat hij had willen verklaren, maar in werkelijkheid niet – als zijn wil – verklaard heeft.’ (curs. PSB)⁵³

49. HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*). Deze basisregel geldt blijkens het arrest *Vodafone/ETC* (HR 19 oktober 2007, NJ 2007/565) ook volop bij de uitleg van contracten.

50. Van Dunné 1971, p. 325.

51. Janssen 2007, p. 354. Vgl. De Pater & Swiggers 2000, p. 141: ‘Om het wat ingewikkeld te zeggen (...): ik uit een bepaalde zin omdat ik weet dat de ander weet dat als ik deze uitspraak doe ik weet dat de ander weet dat ik weet hoe hij mijn uitspraak zal verstaan.’ Zie ook Keysar & Barr 2005, p. 74.

52. Voor uitleg van het overeengekomene door B geldt *mutatis mutandis* uiteraard hetzelfde; zie HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*): ‘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.’ (curs. PSB)

53. Eggens 1949, p. 205. Vgl. Reinach 1913, p. 168 en Searle 1969, p. 65: ‘Wherever there is a psychological state specified in the sincerity condition, the performance of the act counts as an *expression* of that psychological state. This law holds whether the act is sincere or insincere, that is whether the speaker actually has the specified psychological state or not. (...) Thus (...) to promise, vow, threaten or pledge (that A) counts as an *expression of intention* (to do A).’ Zie hierover ook Drew & Couper-Kuhlen 2014, p. 5-6.

Contractspartijen hebben, zoals gezegd, echter niet enkel met elkaar van doen, maar tevens met de gemeenschap, waarvan zij deel uitmaken.⁵⁴ Als deelnemers aan het rechtsverkeer zijn zij bij de uitleg van hun contract daarom gehouden zich tevens te verplaatsen in tot die gemeenschap behorende *derden* wier gerechtvaardigde belangen bij die overeenkomst zijn betrokken. Die gehoudenheid kan onder omstandigheden onder meer met zich brengen dat partijen (het bestaan van) een verplichting die in andere gevallen wellicht in een contract zou kunnen worden ingelezen, niet mogen aannemen, indien zulks in strijd zou komen met de gerechtvaardigde belangen van derden.⁵⁵ Een mooie illustratie hiervan vormt het arrest ‘De negende van OMA’ (HR 20 mei 1994, *NJ* 1995/691), waarin de Hoge Raad oordeelde:

‘Het middel neemt tot uitgangspunt dat de overeenkomst van partijen voor de Gemeente de verplichting meebrengt om na goedkeuring van het ontwerp mee te werken aan de uitvoering daarvan. Dit is blijkens rov. 4 en rov. 9 van het bestreden arrest ook het uitgangspunt van het Hof, met dien verstande evenwel dat het Hof, anders dan klaarblijkelijk het middel, niet is uitgegaan van een absolute, onder alle omstandigheden geldende verplichting, maar van een “in beginsel” geldende verplichting.

De in rov. 9, in samenhang met de voorafgaande overwegingen in ’s Hofs arrest, besloten liggende gedachtengang moet aldus worden begrepen dat de overeenkomst behoort te worden uitgelegd met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij ook met de belangen van derden rekening dient te worden gehouden (art. 3:12 BW),⁵⁶ en dat hieruit voortvloeit dat de Gemeente niet verplicht kan worden gehouden tot het verlenen van medewerking aan de plaatsing van de omstreden tekst op het flatgebouw. Het Hof heeft hierbij van doorslaggevende betekenis geacht dat plaatsing in strijd zou zijn met zwaarwegende belangen van de bewoners, nu het hier niet gaat om een kwestie van “mooi” of “lelijk”, noch ook om een eenmalige uitvoering of kortdurende manifestatie waartegen een aantal mensen ernstige bezwaren kan hebben, en evenmin om een object waarvan men naar believen kan kennisnemen of niet-kennisnemen, maar om de blijvende aanwezigheid van een tekst die de bewoners van

54. Zoals P. Scholten opmerkt in zijn ‘Kenmerken van recht’ (Scholten 1949, p. 5): ‘Recht is regeling van menselijke verhoudingen. (...) Het betreft nooit den enkelen mensch, maar altijd den mensch in betrekking tot anderen en die betrekking in verband met de gemeenschap waartoe zij behoren.’

55. In sommige andere gevallen zal die gehoudenheid van contractspartijen tot het rekening houden met de belangen van derden juist tot de slotsom moeten voeren dat een of meer derden aan de overeenkomst tussen partijen rechten kunnen ontleen (en dus een beding ten behoeve van die derde(n) geacht moet worden te zijn overeengekomen), ook al zou zulks wellicht niet door contractspartijen zelf bewust zijn beoogd. Zie in deze zin HR 1 oktober 2005, *NJ* 2005/499 (*TCM/Gesink*). Zie voor een bespreking van het derdenbeding onder meer W.L. Valk, in: Hijma e.a. 2013/306 e.v. en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/562 e.v. Zie over de historische ontwikkeling van het derdenbeding voorts Anjum 1967, p. 3 e.v.

56. Art. 3:12 BW bepaalt: ‘Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.’

het flatgebouw naar 's Hofs oordeel stigmatiseert en waarmee zij in geval van plaatsing ongewild en voortdurend zouden worden geconfronteerd.'

Ergo: als leden van dezelfde gemeenschap dienen partijen zich bij de uitleg van het overeengekomene niet alleen in elkaar te verplaatsen, maar tevens in andere leden van die gemeenschap, wier gerechtvaardigde belangen door de inhoud van het overeengekomene (kunnen) worden geraakt. *No man is an island.*

4.2 'A sentence is never not in a context'

Op grond van art. 3:37 BW kan de overeenkomst als gezamenlijke wilsverklaring in iedere vorm worden aangegaan, en kan die wilsverklaring ook in een of meer *gedragingen* besloten liggen. De verklaring zal meestal in woorden zijn afgelegd, maar kan ook uit een handgebaar, hoofdknik, een handelingspatroon of zelfs een stilzwijgen, bestaan.⁵⁷ Om wat voor type verklaring het echter ook moge gaan; om te kunnen *gelden* moet de wilsverklaring noodzakelijkerwijs kunnen worden begrepen.⁵⁸ Een zinvolle betekenis kan echter pas aan de verklaring worden gegeven, indien zij wordt geïnterpreteerd in het licht van de relevante omstandigheden rondom die verklaring. Wat iemand *kennelijk* bedoeld heeft, laat zich dus enkel begrijpen in het licht van de omstandigheden waarin die verklaring werd afgelegd c.q. werd ontvangen. Contractspartijen zullen zich als redelijke mensen derhalve bewust dienen te zijn van het belang van die feitelijke context voor het kunnen begrijpen van hun overeenkomst. Onze oosterburen spreken in dit kader van 'Erklärungsrelevante Umstände'. Dat zijn omstandigheden, aldus Larenz en Wolf, die 'den Erklärungsstatbestand begleiten und in einer sinngebenden Beziehung zu ihm stehen.'⁵⁹ Als voorbeelden daarvan noemen zij onder meer:

1. precontractuele gedragingen en verklaringen van partijen;
2. eerdere verklaringen van partijen, waarop de overeenkomst kennelijk betrekking heeft;
3. plaats (in geografische en maatschappelijke zin) en tijd van contractssluiting;
4. eventuele handelingen na gedragssluiting die licht kunnen werpen op de kennelijke bedoeling van partijen bij contractssluiting.

De onder 1-4 genoemde typen omstandigheden worden ook in de Nederlandse rechtssfeer als potentieel relevant bij de juridische duiding van het overeengekomene erkend. Zij vormen een uitwerking van de reeds in de klassieke hermeneutiek omarmde gedachte dat een zinvolle betekenis pas aan een tekst kan worden gegeven, indien zij wordt geïnterpreteerd in het licht van de context rondom die tekst.⁶⁰ Stanley Fish zegt over dit fenomeen:

'A sentence is never not in a context. We are never not in a situation. A statute is never not read in the light of some purpose. A set of interpretive

57. Blei Weissmann, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217, aant. 3.11.4.

58. Door redelijke duiding moet immers kunnen worden achterhaald welk rechtsgevolg met het verklaarde kennelijk is beoogd.

59. Larenz & Wolf 2004, § 28, Rn. 41.

60. Zie bijv. Gadamer 2010, p. 25 en 179. Zie ook Grondin 2001, p. 108.

assumptions is always in force. A sentence that seems to need no interpretation is already the product of one.⁶¹

De door Fish gesignaleerde noodzaak om steeds de context te betrekken bij de uitleg van taaluitingen, heeft alles te maken met de vaagheid of meerduidigheid die nu eenmaal intrinsiek met taal verbonden is.⁶² Deze eigenschap van taal vormt evenwel geen beletsel voor zinvolle communicatie, zolang tijdens het interpreteren van de taalhandeling maar over en weer door *speaker* en *hearer* op bedoelde context acht wordt geslagen, aldus onder meer de befaamde taalkundige Michel Bréal:

'One fact which dominates the whole subject is that by a necessity, the reasons for which will appear, our languages are condemned to a perpetual lack of proportion between the word and the thing. Expression is sometimes too wide, sometimes too narrow. We do not notice this want of accuracy because for the speaker, expression adapts itself to the thing through the circumstances, the place, the moment and the obvious intention of discourse. At the same time, the attention of the hearer, who counts for half in all language, goes straight to the thought behind the word, without dwelling on its literal bearing, and so restricts or extends it according to the intention of the speaker. (...).⁶³

De door Bréal geschetste situatie doet zich in verreweg de meeste gevallen denkkelijk ook voor. In de regel begrijpen contractspartijen elkaar over en weer en hebben zij aan een half woord genoeg. Daarvan getuigt het nog altijd bloeiende handelsverkeer in Nederland elke dag weer. Zodra tussen partijen een (serieus) belangenconflict ontstaat, zal de hiervoor weergegeven ideale wijze van uitleg door partijen echter niet zelden een te zware, te hoog gegrepen opgave blijken te zijn. De praktijk laat zien dat partijen soms kunnen worden verblind door hun eigen belang, dat bij gebreke van voldoende redelijkheidszin de eigen uitleg van het overeengekomene geregeld (en dikwijls ongemerkt) in belangrijke mate kleurt en bepaalt.⁶⁴ Dit op de voorgrond plaatsen van het eigen belang zal er niet zelden toe leiden dat partijen in conflictsituaties bij hun uitleg van het overeengekomene bepaalde (rechtens) relevant te achten omstandigheden en aspecten van het geval (al dan niet moedwillig) buiten beschouwing laten en aldus een verschil van inzicht in de hand werken met betrekking tot de vraag welke rechten en/of verplichtingen voor hen uit de tussen hen geldende overeenkomst voortvloeien.⁶⁵ Ingeval dat verschil van inzicht

61. Fish 1980, p. 284.

62. Vgl. De Vooy's 1925, p. 410. De Vooy's merkt op: 'Een taal, waarin telkens één woord diende ter aanduiding van een scherp omlind en dus duidelijk omschrijfbaar begrip, zou de oppervlakkige beschouwer een ideaal kunnen toeschijnen, maar bij nader inzien plaatst hij zich daarmee buiten de maatschappelijke werkelijkheid. Door talrijkheid van woorden zou zulk een taal buitengewoon onprakties worden, maar bovendien heeft de algemene taal meestal vrij vage complexen van voorstellingen aan te duiden, die Erdmann "Popularbegriffe" noemt. In plaats van scherpe omgrenzing hebben ze een kern met vervloeiende rand. Wie een definitie tracht te geven van tafel of van nacht kan zich daarvan overtuigen. De polysemie ("Vieldeutigkeit") is tegelijk een gebrek en een deugd (...).' Zie ook Larenz 1991, p. 205-206 en Vranken 1978, p. 86.

63. Als geciteerd in Nerlich & Clarke 1996, p. 244.

64. Vgl. Vranken 1978, p. 115 e.v.

65. Vgl. De Groot 2012, p. 49.

niet te overbruggen valt, komt noodzakelijkerwijs uitleg van het overeengekomene door de burgerlijke rechter in beeld. Daarover handelt het volgende hoofdstuk.

Hoofdstuk 5

Uitleg door de rechter

5.1 De rechter als prototypisch lid van de rechtsgemeenschap

De rechter kan worden gezien als prototypisch lid van de rechtsgemeenschap.⁶⁶ Hij spreekt zijn uitlegoordeel namens de rechtsgemeenschap uit en verwoordt in zijn oordeel de opvattingen van deze gemeenschap. Hij zal, als prototypisch lid van de rechtsgemeenschap – aan de hand van het binnen die gemeenschap bestaande systeem van regels en conventies – moeten vaststellen welke sociaal-juridische betekenis de litigieuze contractsterm of -clausule volgens de rechtsgemeenschap heeft.⁶⁷ De rechter begrijpt de contractstekst dus niet voor eigen doeleinden, maar *namens* de rechtsgemeenschap. De rechter is echter geen automaat: zijn beroepsmatige gerichtheid op de rechtsgemeenschap laat onverlet dat hij ook zijn eigen achtergrond, kennis, smaak en persoonlijke ervaring heeft.⁶⁸ Deze volledig bij de uitleg uitschakelen is een illusie. Hoe objectief de rechter ook te werk wil gaan, hij brengt bij zijn uitlegwerk altijd zijn ‘eigen bagage’ mee.⁶⁹ Die eigen bagage wordt in de hermeneutiek van de Duitse filosoof H.-G. Gadamer steevast ‘Vorverständnis’ genoemd. Het Vorverständnis (voor-begrip) van de rechter wordt gevormd door het geheel van kennis en ervaring waarover de rechter beschikt en dat de rechter nodig heeft bij zijn rechterlijke interpretatiewerk en bij het formuleren van een (uitleg-)oordeel.⁷⁰ In de woorden van Larenz:

‘Der Jurist, der ein Gesetz oder auch einen Vertrag interpretiert, tritt an seine Aufgabe mit seinem gesamten Wissen um rechtliche Probleme, Problemzusammenhänge, Denkformen und dadurch bedingte Lösungsmöglichkeiten des geltenden Rechts und nicht zuletzt um die Sprache heran, deren sich der Gesetzgeber, aber auch – im Falle eines Vertrages – rechtskundige Bürger zu bedienen pflegen. Sein “Vorverständnis” ist das Ergebnis eines langwierigen Lernprozesses, in den sowohl die während seiner Ausbildung oder später erworbenen Kenntnisse, wie mannigfache berufliche und außerberufliche Erfahrungen, nicht zuletzt solche über soziale Tatsachen und Zusammenhänge, eingegangen sind. Die Bedeutung dieses Vorverständnisses kann nicht wohl überschätzt werden.’⁷¹

66. Bakker 2012, p. 12.

67. Zie ook Bakker 2012, p. 63. Vgl. Dooyeweerd 1973, p. 35 en Smith 2009, p. 205-210.

68. Aldus ook IJzermans 2011, p. 156 e.v.

69. Griffioen & Prins 2012.

70. De Bock 2011, p. 17 en 28.

71. Larenz 1991, p. 208. Vgl. IJzermans 2011, p. 161-162 en Grondin 2001, p. 84.

Uit welke kennis en ervaring bestaat nu dit Vorverständnis en hoe doet het zich bij de uitleg van het overeengekomen gelden? Op deze vraag wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

5.2 Het Vorverständnis van de rechter

Van genoemd Vorverständnis van de rechter maakt, zoals gezegd, deel uit 's rechters *beroepsmatige gerichtheid op de rechtsgemeenschap*. De rechter zal zich dienen te realiseren dat hij zijn uitlegoordeel steeds in naam van en in onderhorigheid aan de rechtsgemeenschap uitspreekt. Het aldus gericht zijn op de rechtsgemeenschap impliceert tevens een grondige *kennis van en ervaring met de toepassing van het objectieve recht*. Zonder kennis van en ervaring met de toepassing van dit objectieve recht kan een contract niet juridisch adequaat worden begrepen. Deze kennis en ervaring gebruikt de rechter onder meer bij het 'naar het recht vertalen' van de (als rechtshandeling opgevatte) (leken)verklaringen van partijen.⁷² Een treffende illustratie van dit naar het recht vertalen van de verklaringen en gedragingen van partijen, biedt het eerder in dit preadvies al behandelde arrest over de stilzwijgend tot stand gekomen maatschap (HR 2 september 2011, NJ 2012/75), waarin het hof de feitelijke situatie tussen partijen aan een normatieve waardering onderwierp en daaraan met instemming van de Hoge Raad de conclusie verbond dat partijen zich jegens elkaar (stilzwijgend) hadden verbonden als vennoten in maatschapsverband samen te werken, 'zonder daarbij een of meer specifieke momenten aan te wijzen waarop enige betrokkene zich welbewust als vennoot jegens enige andere betrokkene heeft opgesteld.' In dergelijke gevallen waarin een schriftelijk contract ontbreekt en partijen zich op weinig heldere wijze met elkaar hebben verstaan, dient de rechter, op last van de rechtsgemeenschap, de partijen beter te begrijpen dan zij wellicht zichzelf hebben begrepen.⁷³

's Rechters gerichtheid op de rechtsgemeenschap respectievelijk zijn kennis van het binnen die gemeenschap geldende objectieve recht stelt de rechter aldus in staat een 'Vermittlerrolle'⁷⁴ tussen rechtsgemeenschap en justitiabelen te vervullen en als lasthebber van de rechtsgemeenschap een bindende kwalificatie aan hun verklaringen en gedragingen te geven. Deze houding respectievelijk vaardigheid, die de rechter tot taak heeft beide bij zijn uitlegearbeid aan te wenden, vormen aldus wellicht het meest wezenlijke deel van zijn Vorverständnis. Zijn Vorverständnis is echter breder en diverser dan dat en bevat ook andere kennis en vaardigheden die de rechter bij zijn duiding van de contractstekst eveneens dient aan te wenden.⁷⁵

Naast vertrouwdheid met het objectieve recht zal de rechter natuurlijk dienen te beschikken over *vertrouwdheid met de taal*, waarin contractspartijen zich over en

72. Zo hoeft de in hoofdstuk 2 van dit preadvies ten tonele gevoerde boer niet te vrezen dat zijn aan- of verkopen rechtsgevolg missen. Het recht begrijpt hem 'beter dan hij zichzelf begrijpt' en neemt genoegen met 'eine laienhafte Vorstellung etwa des Inhalts, daß er einen bestimmten wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolg in rechtlich bindender Weise verwirklichen will (...). Der juristische Weg im einzelnen muß ihm nicht bewußt sein' (Larenz & Wolf 2004, § 24, Rn. 12).

73. Vgl. Grondin 2001, p. 107.

74. Gröschner 2013, p. 81. Zie ook Gröschner 1982, p. 113 e.v.

75. Vgl. IJzermans 2011, p. 153.

weer hebben uitgedrukt. Zo zal de rechter bekend moeten zijn met de locutionaire en illocutionaire betekenis(sen) die krachtens de heersende conventies in alledaagse situaties aan bepaalde taalhandelingen pleegt (plegen) te worden gegeven.⁷⁶ Voorts zal de rechter dienen te beschikken over voldoende taalkundig analyserend vermogen: hij zal in staat moeten zijn tot een verantwoorde taalkundige analyse van een contract of contractsbeding.⁷⁷ Met zo'n analyse kan de rechter echter (in de regel)⁷⁸ niet volstaan.⁷⁹ Met instemming kan op dit punt Dooyeweerd worden geciteerd, die in zijn bespreking van Van Dunnés proefschrift opmerkt dat het bij juridische interpretatie steeds gaat om de 'vaststelling van de rechtsbetekenis der handeling die nimmer tot de taalkundige betekenis van haar eventueel schriftelijke formulering is te herleiden.'⁸⁰ Dat deze vingerwijzing niet altijd door de rechter ter harte wordt genomen, moge blijken uit het in de literatuur veelbesproken arrest *Vodafone/ETC* (HR 19 oktober 2007, NJ 2007/565), waarin de Hoge Raad het hof kapittelde voor het feit dat het zich ten onrechte had blindgestaard op een louter taalkundige analyse van de algemene voorwaarden die door Vodafone werden gehanteerd. Wat de Hoge Raad in het arrest duidelijk maakt, is dat contractsuitleg geen bloedeloze, theoretische exercitie (wat betekent de regel 'in abstracto?') kan zijn, maar steeds een praktische, concrete en morele verrichting is: wat betekent *deze* contractsterm of -clausule in het licht van de gerechtvaardigde belangen van *deze* partijen, die in *deze* rechtsstrijd verwickeld zijn?

'In de eerste plaats heeft het hof miskend dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het hof had dus niet mogen volstaan met zijn vaststelling dat het oneigenlijk gebruik als hiervoor in 3.3 vermeld, dat niet was gericht op communicatie met andere telefoonabonnees maar kennelijk uitsluitend op het behalen van financieel gewin ten koste van Vodafone, niet door de tekst van de overeenkomst werd verboden, maar had ook moeten onderzoeken of ETC, mede in verband met de aard en strekking van de overeenkomst, ook zonder dat dit gebruik uitdrukkelijk verboden werd, had behoren te begrijpen dat zij zich daarvan diende te onthouden.

Het hof heeft voorts miskend dat de rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar niet alleen bepaald worden door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, doch ook door de redelijkheid en billijk-

76. Leezenberg & De Vries 2007, p. 153-154.

77. Vgl. Gaakeer 2006, p. 843 e.v. Zie ook Maris & Jacobs 1991, p. 248 en Grondin 2001, p. 82.

78. HR 19 januari 2007, NJ 2007/575, HR 29 juni 2007, NJ 2007/576 en HR 5 april 2013, NJ 2013/214.

79. Aldus reeds Savigny, die in zijn 'System des heutigen römischen Rechts' al over wetsuitleg opmerkte dat deze niet enkel een grammatisch element bevat, maar dat steeds ook een logisch, historisch en systematisch element bij de uitleg moet worden betrokken. Zie over Savignys opvattingen over wetsuitleg nader Dooyeweerd 1973, p. 32, Vranken 1978, p. 58 e.v. en Engisch 2005, p. 85 e.v., i.h.b. p. 100. Zie ook Wendt 2011, p. 130.

80. Dooyeweerd 1973, p. 31.

heid die hun rechtsverhouding beheerst. Op grond daarvan moeten zij hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit kan in een geval als het onderhavige meebrengen dat ETC geen oneigenlijk gebruik mocht maken van het beltegoed omdat zij wist of had behoren te beseffen dat dit gebruik in de overeenkomst niet was verdisconteerd, en dat dit gebruik Vodafone onaanvaardbaar benadeelde. Als het hof dit een en ander niet heeft miskend, is zijn oordeel zonder nadere toelichting, die evenwel ontbreekt, onbegrijpelijk.’

Ergo: de rechter die een contract uitlegt, dient zich te realiseren dat het bij het begrijpen van de betekenis van een contract niet gaat om enkel de tekst daarvan, maar dat de tekst steeds in verbinding staat tot een — uit het leven gegrepen — *geval*, waarbij levende mensen met reële belangen, wensen en motieven betrokken zijn. Gröschner merkt dan ook terecht op dat ‘reines Textverstehen’ voor de uitleggende jurist niet volstaat:

‘Denn auf die elementare, jeden Tag von jedermann geübte Leistung des Verstehens kommt es an, sobald es eine Hermeneutik auch mit dem Leben und nicht nur mit Texten zu tun hat. Und nicht der Gesetzestext ist das A und O des Juristen, sondern der Fall: der aus dem Leben gegriffene Fall, der am Anfang der Suche nach der “passenden” Norm und am Ende der Prüfung des “billigen” Ergebnisses steht. Selbst wer ein Gesetz nur in “theoretischer” Absicht, ohne es anzuwenden zu wollen, liest, muß sich den Lebenssachverhalt, den es regeln will, hinzudenken, um es zu verstehen. Juristisches Verstehen ist daher nie reines Textverstehen, sondern immer auch, für den Praktiker sogar zunächst, Lebensverstehen.’⁸¹

Als juridisch begrijpen inderdaad ‘Lebensverstehen’ inhoudt, wordt duidelijk dat de rechter ook het nodige begrip moet hebben over hoe het er in het leven zoal aan toe gaat en hoe de maatschappij ‘in elkaar steekt’: een rationeel en redelijk rechter heeft derhalve voldoende *kennis van de wereld*: deze kennis (‘common sense’) past hij — dikwijls zonder er (veel) bij na te denken — toe bij de uitleg van een contract.⁸² Daaronder valt ook de nodige *mensenkennis* en *kennis van en begrip voor situaties van conflict en strijd*.⁸³ Het behoeft geen betoog dat deze kennis voorts omvat *elk feit van algemene bekendheid*, oftewel elk feit of ervaringsgegeven dat ieder normaal en algemeen ontwikkeld mens zonder nader onderzoek geacht wordt te kennen of die hij zonder noemenswaardig onderzoek uit algemeen toegankelijke bronnen te weten kan komen.⁸⁴

Last but not least zal de rechter ook moeten beschikken over *hermeneutisch reflectievermogen*, dat wil zeggen een goed oog voor het hermeneutische karakter van zijn uitlegwerk en voor het belang van zijn Vorverständnis voor het kunnen begrijpen van de tekst die ter uitleg voorligt. Hij zal zich moeten realiseren dat zijn Vorver-

81. Gröschner 1982, p. 91.

82. Griffioen & Prins 2012. Zie ook Larenz 1991, p. 204 en 209.

83. Gröschner 2013, p. 102. Zie ook IJzermans 2011, p. 154.

84. Asser Procesrecht/Asser 3 2013/97. Zie ook De Bock 2011, p. 12.

ständnis niet alleen rationale kennis omvat, maar ook meningen, overtuigingen, ervaring, voor- en afkeuren, alsmede een eigen opvatting over smaak, tact en 'Angemessenheit'.⁸⁵ Deze combinatie van kennis, smaak en persoonlijke ervaring zorgt ervoor dat van een neutraal, onbevooroordeeld 'aangrijpen' van de tekst geen sprake kan zijn.⁸⁶ De rechter dient zich te realiseren dat hij bij zijn interpreterend werk steeds ook zijn 'voor-oordelen' inbrengt. In tegenstelling tot wat soms gedacht lijkt te worden, is het hebben van deze voor-oordelen niet zozeer belemmerend voor het uitlegproces, maar juist een constitutief element daarvan.⁸⁷ De al genoemde Gadamer heeft in zijn hoofdwerk 'Wahrheit und Methode' begrijpelijk gemaakt dat eerst met en door het hebben van voor-oordelen (een begin van) verstaan van een tekst mogelijk gemaakt wordt.⁸⁸ Het voor-oordeel of voor-begrip (Vorverständnis) stelt de lezer in staat om, in verbondenheid met de culturele en maatschappelijke (taal-)traditie waarin hij leeft en waarvan hij deel uitmaakt,⁸⁹ op de betekenis van een tekst *vooruit te grijpen*.⁹⁰ Gadamer drukt het als volgt uit:

'Wer einen Text verstehen will, vollzieht immer ein Entwerfen. Er wirft sich einen Sinn des Ganzen voraus, sobald sich ein erster Sinn im Text zeigt. Ein solcher zeigt sich wiederum nur, weil man den Text schon mit gewissen Erwartungen auf einen bestimmten Sinn hin liest. Im Ausarbeiten eines solchen Vorentwurfs, der freilich beständig von dem her revidiert wird, was sich bei weiterem Eindringen in den Sinn ergibt, besteht das Verstehen dessen, was dasteht.'⁹¹

Ergo: het aanvankelijke voor-begrip wordt door een *integere* lezer – dat wil zeggen een lezer met hermeneutisch reflectievermogen – niet alleen in het (uitleg)spel gebracht, maar ook *op het spel gezet*.⁹² De lezer moet bereid zijn het aanvankelijk bij hem levende (voor-)begrip door de voortgaande lezing en herlezing van de tekst te doen verruimen en, zo nodig, te laten corrigeren. Iedereen die ervaring heeft met het lezen en herlezen van teksten (of het nu gaat om de poëzie van Rilke, een dagvaarding of om een op het eerste oog ondoorgrondelijke handleiding van Ikea) zal deze ondervinding kunnen beamen. De hermeneutische ervaring, die zijn uiteindelijk afsluiting vindt in een 'Reifung des Vorverständnisses',⁹³ is enkel mogelijk indien de lezer daadwerkelijk bereid is zich iets door de tekst te laten zeggen en zich voor het anders-zijn van de tekst openstelt:

85. Griffioen & Prins 2012. Zie ook Larenz 1991, p. 211. Zie voorts IJzermans 2011, p. 177 e.v., p. 182 en 223.

86. Smith 2015, p. 335.

87. Zie ook Vranken 1978, p. 88.

88. Gadamer 2010, p. 271 e.v. Zie ook Grondin 2001, p. 157-158.

89. Grondin 2001, p. 165, Vranken 1978, p. 90 en Smith 2015, p. 335. Zie over taaltradities ook Kuipers 2007, p. 214-215.

90. Zie daarover ook Vranken 1978, p. 85 e.v. en Reurich 2005, p. 23: 'Een lezer "begrijpt" de tekst in zekere zin al voordat hij haar begrepen heeft.'

91. Gadamer 2010, p. 271.

92. Gadamer 2010, p. 304: 'In Wahrheit wird das eigene Vorurteil dadurch recht eigentlich ins Spiel gebracht, daß es selber auf dem Spiele steht.'

93. Fürst-Pfeifer 2013, p. 155.

‘Wer verstehen will, wird sich von vornherein nicht der Zufälligkeit der eigenen Vormeinung überlassen dürfen, um an der Meinung des Textes konsequent und hartnäckig wie möglich vorbeizuhören – bis diese unüberhörbar wird und das vermeintliche Verständnis umstoßt. Wer einen Text verstehen will, ist vielmehr bereit, sich von ihm etwas sagen zu lassen. Daher muss ein hermeneutisch geschultes Bewusstsein für die Andersheit des Textes von vornherein empfänglich sein. Solche Empfänglichkeit setzt aber weder sachliche Neutralität noch gar Selbstausschöpfung voraus, sondern schließt die abhebende Aneignung der eigenen Vormeinungen und Vorurteile ein. Es gilt, der eigenen Voreingenommenheit innewesen, damit sich der Text selbst in seiner Andersheit darstellt und damit in die Möglichkeit kommt, seine sachliche Wahrheit gegen die eigene Vormeinung auszuspielen.’⁹⁴

5.3 Het referentiekader van partijen

Vanuit dit Vorverstandnis en zijn vermogen daarover te reflecteren zal de rechter zich moeten gaan richten op de te interpreteren contractstekst en de vraag moeten stellen wat die tekst hem te zeggen heeft. De hermeneutisch geschoolde rechter is zich ervan bewust dat hij daarbij – vanuit zijn Vorverstandnis – steeds heen en weer pendelt tussen het te interpreteren woord, zin(sdeel) of beding en de gehele tekst van de overeenkomst.⁹⁵ Bij dit heen en weer pendelen tussen delen en gehelen (ook wel bekend staand als het concept van de hermeneutische cirkel of de ‘Zirkelstruktur des Verstehens’),⁹⁶ ondergaat zijn Vorverstandnis, zoals hiervoor uiteengezet, een voortdurende bijstelling en verdieping:

‘(W)eil die jeweilige Bedeutung des Wortes erst aus dem Sinnzusammenhang des Textes, dieser aber endgültig erst aus der – hier zutreffenden – Bedeutung der ihn bildenden Wörter und Wortzusammensetzungen zu entnehmen ist, muss der Interpret (...) bei den einzelnen Worten schon auf den von ihm erwarteten Sinn des Satzes und des Textes im ganzen voraus –, von diesem aus aber wenigstens dann, wenn sich Zweifel einstellen, auf die von ihm zunächst angenommene Wortbedeutung zurückblicken und gegebenenfalls entweder diese oder sein weiteres Textverständnis so lange berichtigen, bis sich eine durchgehende Übereinstim-

94. Gadamer 2010, p. 273-274. Zie ook Grondin 2001, p. 139, met verwijzing naar Heideggers hermeneutiek-opvatting.

95. Vranken 1978, p. 87.

96. Zie daarover onder meer Gadamer 2010, p. 270 e.v., Staiger 1961, p. 11 e.v., Larenz 1991, p. 206 e.v., Maris & Jacobs 1991, p. 250 en Engisch 2005, p. 75. Zie voorts Grondin 2001, die erop wijst dat het geheel, waaruit het deel moet worden begrepen, voor veel hermeneutici niet zelden (veel) meeromvattend is. De wellicht meest universalistische opvatting over het fenomeen van de hermeneutische cirkel is wellicht te vinden bij de door Grondin op p. 101 besproken Ast die van oordeel is dat het bij het Verstehen erop aankomt om ‘aus dem Einzelnen den Geist des Ganzen zu finden und durch das Ganze das Einzelne zu begreifen.’ Zie ook Grondin 2001, p. 111 e.v. en Gadamer 2010, p. 194. Vgl. Gröschner 2013, p. 277: ‘Weil “Zirkel” aber ein Lehnwort aus dem Lateinischen ist, das in diesem Zusammenhang schlicht “Kreis” (*circulus*) bedeutet, und Richter sich bei ihrer Entscheidungsfindung nicht im Kreise drehen und immer wieder zum Ausgangspunkt zurückkehren sollten, beschreibt die “hermeneutische Spirale” besser, wie das Verstehen eines Textes als permanenter Prozeß der Präzisierung von Vorverständnissen verläuft.’

mung ergeben hat. Dabei hat er die erwähnten “hermeneutisch bedeutsamen Umstände” zur Kontrolle und als Auslegungshilfen heranzuziehen.⁹⁷

De hermeneutisch geschoolde rechter is zich er terdege van bewust dat dit ‘Verstehensproces’ nimmer een zuiver tekstuele analyse behelst (zie hiervoor), maar dat de te interpreteren tekst steeds in verbinding staat tot een — uit het leven gegrepen — *geval*, waarbij levende mensen met reële belangen, wensen, motieven en omstandigheden betrokken zijn.⁹⁸ Om die reden zal hij zich in het kader van zijn ‘Verstehensproces’ steeds mede hebben te verdiepen in het (intersubjectieve)⁹⁹ referentiekader van de partijen, tussen wie het uitleggeschil is gerezen. Dat referentiekader — dat hij uit de door partijen ten processe aangevoerde feiten en omstandigheden kan leren kennen — vormt een belangrijk deel van de ‘hermeneutisch bedeutsamen Umstände’ die de rechter nodig heeft om diep in de betekenis van een hem voorgelegde contractstekst te kunnen doordringen. De rechter zal zich bij het uitleggen daarvan daarom noodzakelijkerwijs in de positie van partijen moeten verdiepen en verplaatsen.¹⁰⁰ Dit is aan de overkant van de Noordzee even vanzelfsprekend als ten onzent. Zo merkt Lord Hoffmann in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Ors* [2009] UKHL 38 op dat het bij contractsuitleg aankomt op beantwoording van

‘the question which the court has to decide, namely, what the *parties* would reasonably be taken to have meant by the language which they finally adopted to express their agreement.’ (curs. PSB)

De in Nederland vigerende Haviltex-maatstaf leert:

‘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.’ (curs. PSB)¹⁰¹

Uitleg door de rechter is aldus in zekere zin een mimetische exercitie: nabootsing van uitleg van het overeengekomene door partijen zelf.¹⁰² Zodra de rechter de overeenkomst gaat uitleggen, ontstaat er echter iets dat meer is dan kale nabootsing, meer is dan een nutteloze verdubbeling.¹⁰³ De rechter is namelijk — in tegenstelling tot partijen — ‘beroepshermeneut’. Zijn beroepsmatig gevormde Vorverstandnis

97. Larenz 1991, p. 206.

98. Gröschner 1982, p. 91. Vgl. De Bock 2011, p. 1.

99. Vgl. Janssen 2007, p. 362.

100. Vgl. Gröschner 1982, p. 92 en IJzermans 2011, p. 283.

101. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

102. Zie over het begrip μίμησις (*mimēsis*) nader H. Koller, ‘Mimesis’, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, herausgegeben von Joachim Ritter, Karlfried Gründer und Gottfried Gabriel, Band 5, Basel/Stuttgart: Schwabe & Co. AG 1980, p. 1396-1399.

103. Vgl. Pauwels & Peters 2005, p. 174: ‘Pure mimesis (nabootsing) zonder expressie (uitdrukking van een visie) is haast onmogelijk, ook in het wetenschapsbedrijf. Aan de basis van elke “voorstelling van zaken” ligt een impliciete of meer expliciete wijze van “tegen de dingen aankijken”, met andere woorden: een theorie.’

(waaronder mede kunnen worden begrepen zijn gerichtheid op en getrouwheid aan de rechtsgemeenschap, zijn onafhankelijkheid¹⁰⁴ van partijen, zijn juridische scholing, zijn beroepsmatige interesse voor de ‘maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken’¹⁰⁵, zijn ervaring en hermeneutisch reflectievermogen) helpt hem om op een integere, onpartijdige, verantwoorde en systematische wijze de uitleg van een contract ter hand te nemen. Zijn uitleg is bovendien nimmer vrijblijvend, maar door en door normatief geladen: het is de rechter die – namens de rechtsgemeenschap – aan de hand van het binnen die gemeenschap bestaande systeem van (rechts)regels en conventies, door uitleg bindend vaststelt wat de rechtsgevolgen zijn van de tussen partijen gesloten overeenkomst.¹⁰⁶

Dit normatieve element bij de rechterlijke uitleg uit zich op pregnante wijze bij het rechterlijke ‘zich verplaatsen’ in de positie van partijen. Daarvoor dient de rechter, zoals gezegd, zich te verdiepen in (en dus kennis te verwerven van) het (intersubjectieve) referentiekader van de partijen bij het uitleggeskil. De rechter gaat bij het zich eigen maken van dat referentiekader van partijen echter niet puur feitelijk, maar veeleer *normatief* te werk. Het gaat de rechter dan ook niet zozeer om het daadwerkelijke, ten processe gebleken referentiekader van partijen, maar veeleer om het referentiekader, waarover zij, mede gelet op hun hoedanigheid en positie in het maatschappelijk verkeer, *geacht* mogen worden te beschikken.¹⁰⁷ Tot dat (geobjectiveerde) referentiekader behoren onder meer de *rechtskennis van partijen* alsmede de *kennis van de wereld van partijen*: blijkt bijvoorbeeld ten processe dat in de branche of tak van handel, waarin partijen werkzaam zijn, bepaalde kennis bekend wordt verondersteld of bepaald handelen normaal of rationeel wordt gevonden (*‘business common sense’*),¹⁰⁸ dan houdt hij daarmee bij de uitleg zo nodig rekening. Kennis van feiten en ervaringsgegevens alsmede een normale woordenschat, logisch redeneervermogen, rationaliteit en redelijkheidszin, waarover elk normaal mens *geacht* mag worden te beschikken, zal hij normaliter bij partijen aanwezig veronderstellen. De hoedanigheid van partijen kan echter onder omstandigheden de rechter ertoe nopen bij bepaalde partijen minder of juist meer kennis, inzicht en ervaring dan gemiddeld aanwezig te achten.¹⁰⁹

5.4 Normatieve waardering van de context

Tot het referentiekader van partijen behoort ook de feitelijke context rondom het contract, voor zover deze ten processe is gebleken.¹¹⁰ Meer nog dan contractspartijen

104. Zie daarover IJzermans 2011, p. 216 e.v.

105. Zie art. 3:12 BW. Zie ook Larenz 1991, p. 209-210.

106. Vgl. Smith 2009, p. 205 e.v.

107. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

108. Vgl. voor het Engelse recht *X Rainy Sky S.A. and others v. Kookmin Bank* (2011) UKSC 50, waarover Drion 2012. Zie daarover ook Wendt 2011, p. 135-136.

109. Zie bijv. HR 4 januari 1991, NJ 1991/254 (*Avery/VRG*).

110. Het verdient opmerking dat de context rondom het contract, zoals deze wordt geconstateerd door de rechter, nooit de ‘werkelijke’, maar steeds een door de rechter gereconstrueerde, uit het ten processe door contractspartijen gevoerde debat afgeleide context is. Contextuele feiten die weliswaar rechtens relevant zijn, maar niet ten processe zijn gebleken c.q. aangevoerd, tellen voor de uitleg niet mee en gaan met het intreden van het gezag van gewijsde van het rechterlijk uitlegoordeel als context voor de interpretatie – in juridische zin – voorgoed verloren.

zal de rechter zich bewust dienen te zijn van het belang van die feitelijke context voor het kunnen begrijpen van willekeurig welke contractstekst. Ook de tot het referentiekader van partijen behorende feitelijke context rondom het contract wordt door de rechter echter niet puur feitelijk, maar veeleer vanuit een normatief oogpunt benaderd: de rechter selecteert alleen die contextuele feiten die relevant kunnen worden geacht in het licht van de door hem te hanteren interpretatieve strategie (zie hierna) en in het licht van de door hem te nemen beslissing.¹¹¹ Die beslissing, het rechterlijke uitlegoordeel, moet redelijk zijn.¹¹² Bijgevolg zal een contextueel feit enkel relevantie kunnen hebben, indien dit feit ook voor een *redelijk* uitlegger relevant zou zijn.¹¹³ In de woorden van Lord Hoffmann:

‘Subject to the requirement that it should have been reasonably available to the parties (...), 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*.’ (curs. PSB)¹¹⁴

In het Nederlandse recht is het niet anders, getuige het arrest *DSM/Fox* (HR 20 februari 2004, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron), waarin de Hoge Raad overwoog:

‘dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn *alle omstandigheden van het concrete geval*, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van *redelijkheid en billijkheid* meebrengen.’ (curs. PSB)

De verwijzing in beide uitspraken naar de redelijkheid maakt duidelijk dat de context rondom het contract steeds normatief gewaardeerd moet worden: wat in het ene geval (vanuit een normatief ofwel redelijk oogpunt) een belangwekkend, contextueel gegeven kan zijn, hoeft dat niet ook in een ander geval te zijn.¹¹⁵ In uitzonderlijke gevallen zal een normatieve waardering van de context de rechter zelfs tot de slotsom moeten voeren dat de door partijen in het partijdebat aangedragen context *geheel en al* relevantie ontbeert en terzijde moet worden gesteld:

‘3.5.1 De onderdelen 3.1 en 3.2 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij hebben als gemeenschappelijke noemer dat het hof slechts lippendienst heeft bewezen aan de Haviltex-maatstaf en in feite de woorden “[eiser] (...) en/of zijn echtgenote [verweerster]” uitsluitend taalkundig heeft uitgelegd, hetgeen in een geval als dit niet is toegestaan.

3.5.2 De onderdelen falen. Zij zien eraan voorbij dat het hof de betekenis van genoemde woorden ten slotte weliswaar heeft vastgesteld door middel

111. De Bock 2011, p. 18.

112. Zie in deze zin reeds Scholten 1909, p. 310. Zie ook IJzermans 2011, p. 155 en Bakker 2012, p. 16.

113. Vgl. Vranken 1978, p. 77.

114. *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society* [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896 (19th June, 1997). Zie ook van dezelfde in *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd & Ors* [2009] UKHL 38: ‘English law, on the other hand, mixes up the ascertainment of intention with the rules of law by depersonalising the contracting parties and asking, not what their intentions actually were, but what a reasonable outside observer would have taken them to be.’

115. Zie daarover ook De Bock 2011, p. 15-16 en 24 en IJzermans 2011, p. 155.

van taalkundige uitleg, maar niet dan nadat het hof tot het oordeel was gekomen dat er geen andere voor toepassing van de Haviltex-maatstaf relevante feiten of omstandigheden waren gebleken die aan zodanige wijze van uitleg in de weg stonden.’¹¹⁶

Het moge duidelijk zijn dat een dergelijke uitleg niet context-loos kan worden genoemd (geen enkele uitleg kan dat zijn), maar dat bij een dergelijke uitleg wel voorbij wordt gegaan aan door partijen *aangedragen* context, om reden dat (normatieve waardering daarvan uitwijst dat) de aldus aangedragen context niet in een ‘sinngebende Beziehung’ tot het contract blijkt te staan. In sommige andere gevallen zal normatieve waardering van de context rondom het contract juist weer tot de slotsom moeten voeren dat de context rondom het contract zodanig relevant is, dat deze de tekst van het contract als het ware ‘verdringt’. Een treffend voorbeeld daarvan vormde het in dit preadvies meergenoemde voorbeeld van het arrest van de Hoge Raad omtrent de stilzwijgende totstandkoming van een maatschap.¹¹⁷ Normatieve waardering van de context zorgt er – met andere woorden – voor dat het rechterlijk reconstructiewerk ten aanzien van die context altijd meer is dan kale nabootsing, meer is dan enkel nutteloze verdubbeling: bepaalde aspecten van de context zullen in een gegeven geval om normatieve redenen moeten worden weggelaten en andere juist sterker moeten worden benadrukt. In de woorden van Gadamer:

‘Nachahmung und Darstellung sind nicht abbildende Wiederholung allein, sondern Erkenntnis des Wesens. (...) Wer nachahmt, muß weglassen und hervorheben.’¹¹⁸

Welke context bij de uitleg van een contract moet worden weggelaten en welke juist moet worden benadrukt, is echter niet los te zien van de vraag, op welk type contract de uitlegexercitie betrekking heeft. Anders gezegd: welke context in een gegeven geval relevant is (of juist relevantie ontbeert), is mede afhankelijk van het *object* van de uitleg.¹¹⁹ De relevante context rondom de aankoop op de markt van 2 kilo persinaasappelen is in de regel een andere dan die rondom een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) of een Share Purchase Agreement tussen professionele partijen. De normatieve waardering van de context van een contract kan derhalve niet los worden gezien van de vraag, welk soort contract in een gegeven geval voorligt. De jurisprudentie van de Hoge Raad laat zien dat de uitleggende rechter steeds genoopt wordt per geval een voor het object van de uitleg passende *interpretatieve strategie* te selecteren en toe te passen. Afhankelijk van het object van uitleg wordt de rechter soms zelfs genoopt een meer of minder radicale ‘uitsluitingsstra-

116. HR 20 januari 2012, *NJ* 2012/260, m.nt. L.C.A. Verstappen.

117. HR 2 september 2011, *NJ* 2012/75, m.nt. P. van Schilfgaarde. Voorts geldt dat bij gebreke van een schriftelijk contract het enkel de (normatief gewaardeerde) context rondom partijen is die maatgevend is voor wat tussen partijen is overeengekomen. Zie voor een voorbeeld daarvan HR 8 juni 2012, *NJ* 2012/364.

118. Gadamer 2010, p. 120. Gadamer merkt aldaar op dat door bij de nabootsingshandeling bepaalde aspecten weg te laten en andere juist sterker te benadrukken, een resultaat ontstaat dat in zekere zin werkelijker (‘eigentlicher ins Da gekommen ist’) genoemd kan worden dan het nagebootste zelf.

119. Zie nader Bakker 2012, p. 53, met verwijzing naar verdere literatuur.

tegie'¹²⁰ te hanteren: bepaalde waargenomen c.q. aangevoerde contextuele factoren mogen bij sommige typen contracten om normatieve redenen niet bij de uitlegwerk worden betrokken, maar moeten geheel en al worden 'weggedacht', ofwel bij de uitlegwerk bewust buiten beschouwing worden gelaten. Als hier te noemen voorbeeld van een betrekkelijk rigoureuze 'uitsluitingsstrategie' kan de zogeheten cao-norm dienen. Deze uitlegnorm is na(ast) de Haviltex-maatstaf tot ontwikkeling gebracht, in eerste instantie met het oog op de uitleg van een collectieve arbeidsovereenkomst (cao). Bij de totstandkoming van zo'n cao zijn de individuele werknemers niet en is de individuele werkgever soms betrokken. Werknemer en werkgever staan daarom bij de uitleg van zo'n cao veelal geen andere gegevens ter beschikking dan de tekst van de cao en de eventuele schriftelijke toelichting daarop. Normatieve waardering van deze omstandigheden, die deel plegen uit te maken van de context rondom dit type contract, brengt volgens de Hoge Raad met zich dat bij de uitleg van zo'n cao een deel van de context rondom het schriftelijk contract moet worden weggesnoeid: van contextuele feiten en omstandigheden die voor werknemer en werkgever niet uit openbare bron kenbaar zijn, moet in beginsel geheel en al worden 'weggedacht':

'De Hoge Raad stelt voorop dat het hier gaat om een bepaling in een CAO. Bij de totstandkoming van een dergelijke overeenkomst zijn de individuele werknemers niet betrokken, terwijl de individuele werkgever daarbij betrokken kan, maar niet hoeft te zijn. In het algemeen staan daarom aan de werknemers en werkgever, op wie de overeenkomst van toepassing is, bij het bepalen van inhoud en strekking daarvan geen andere gegevens ter beschikking dan haar tekst en de eventueel daaraan toegevoegde schriftelijke toelichting, die in deze zaak echter ontbreekt. Dit brengt mee dat voor de uitleg van de bepalingen van een CAO, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Heeft de werkgever zelf aan de totstandkoming van de CAO meegewerkt, dan zal hij zijn eventueel daaraan ontleende bijzondere wetenschap te dier zake niet jegens de werknemer kunnen inroepen.'¹²¹

Een verdere behandeling van deze en andere vaak gebruikte rechterlijke interpretatieve (uitsluitings-)strategieën gaat het bestek van dit preadvies evenwel te buiten. Ik laat dit onderwerp daarom hier verder rusten.¹²²

120. Vgl. Oudemans 1988, p. 62.

121. HR 17 september 1993, NJ 1994/173 (*Gerritse/HAS*). Zie ook HR 11 april 2003, NJ 2003/430: 'Bij de beoordeling van dit onderdeel moet worden vooropgesteld dat voor de uitleg van de bepalingen van de CAO de bewoordingen daarvan en eventueel van de daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de CAO, voor zover deze niet uit de CAO-bepalingen en de toelichting daarbij kenbaar zijn, maar op de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.'

122. De geïnteresseerde lezer zij voor een behandeling van enige vaak door de rechter gebruikte interpretatieve (uitsluitings-)strategieën verwezen naar mijn eerder dit jaar verschenen artikel 'Uitleg van een derdenbeding in een verzekeringspolis: enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 19 april 2013, NJ 2013/239 (*Alheembouw/HDI-Gerling*)', *MvV* 2015, afl. 3.

Hoofdstuk 6

Het uitlegoordeel als oordeel namens en ten behoeve van de rechtsgemeenschap

Hiervoor werd opgemerkt dat rechterlijke uitleg steeds een zich verplaatsen is in de positie van de partijen bij het voorliggende uitleggeschil. Het is echter niet alleen de rechter die zich in partijen moet verplaatsen; de partijen moeten zich op hun beurt ten processe *in elkaar* verplaatsen om bij de rechter succes te kunnen boeken in hun uitleggeschil. Hoewel de rechter als ‘beroepshermeneut’ in zijn uiteindelijke oordeel de definitieve uitleg ‘voltrekt’ en vastlegt in een rechterlijk vonnis, zijn het primair de partijen zelf die ten processe het uitlegdebat vormgeven. In de tussen hen gewisselde processtukken doen zij kond van hun opvatting over de wijze waarop het litigieuze contract(sbeding) moet worden begrepen in het licht van de door hen aangedragen feiten en omstandigheden.¹²³ Het zijn de procespartijen die de primaire interpretatoren zijn van hun overeenkomst; het zijn hun processtukken en de tussen hen gewisselde standpunten die het Vorverständnis van de rechter mede kunnen beïnvloeden, bijstellen en verruimen.¹²⁴ Naarmate partijen in het tussen hen te voeren uitlegdebat meer blijk geven van hun (empatisch)¹²⁵ vermogen om zich bij de uitleg van het overeengekomene als redelijke mensen in elkaar te verplaatsen (en dus, om met Eggens te spreken, ‘zichzelf te objectiveren’),¹²⁶ maken zij meer kans om ’s rechters aanvankelijke Vorverständnis in de door hen gewenste zin te beïnvloeden, te corrigeren en te doen verdiepen.¹²⁷

Aan het slot van het debat moet en zal die verdieping c.q. rijping van ’s rechters Vorverständnis uitmonden in een namens de rechtsgemeenschap uitgesproken oordeel over de wijze waarop het overeengekomene moet worden begrepen. Dat oordeel zal blijk moeten geven van een – vanuit het normatief perspectief van de rechtsgemeenschap als *interpretive community* – doorgrond hebben van de tekst van

123. Een debat over uitleg is in de regel in hoge mate een debat over (voor die uitleg relevante) feiten. Tijdens het proces van rechterlijke oordeelsvorming selecteert de rechter de voor de uitleg relevante feiten in het licht van de toe te passen uitlegmaatstaf en in het licht van de door hem te nemen beslissing. In de woorden van De Bock 2011, p. 18: ‘De gerichtheid op een aanvaardbare beslissing biedt de rechter de mogelijkheid de cirkelgang tussen feiten en rechtsregels te doorbreken en keuzes te maken bij het selecteren van de relevante feiten. De te nemen beslissing geeft de rechter richting. De relevantie van feiten heeft dan niet alleen te maken met het relevant zijn voor de toepassing van een rechtsregel, maar óók met het relevant zijn voor de uitkomst van de procedure.’
124. Vgl. Wendt 2011, p. 137.
125. Zie IJzermans 2011, p. 285, die opmerkt dat ook (de advocaten van) partijen zelf empathie en inlevingsvermogen dienen te hebben, om een succesvol betoog ten overstaan van de rechter te kunnen voeren.
126. Zie Eggens 1949, p. 200: ‘Want persoon is hij die zich van zichzelf bewust geworden is. En deze zelf-bewustwording, zelf-onderscheiding, zelf-objectivering als zedelijk wezen, houdt in dat men zich “de anderen” bewust wordt als “andere ikken”, andere personen die ik te eerbiedigen heb “als mijzelfen”, omdat zij – in hun anders-zijn – aan mij wezensgelijk (identiek) zijn.’
127. Vgl. IJzermans 2011, p. 193 e.v., p. 232 en 239 en Grondin 2001, p. 110, die op het dialogische karakter van de hermeneutiek van Schleiermacher wijst: ‘Das prinzipiell in Irrtum befindliche Individuum kann sein Wissen nur auf dem Wege des Gesprächs oder des Gedankenaustausches mit anderen erobern.’. Zie over het belang van de dialoog bij Gadamer voorts Vranken 1978, p. 102 e.v. Zie voorts Plum 2005, p. 40 e.v.

het litigieuze contractsbeding in het licht van (i) de gehele tekst van de overeenkomst, in het licht van (ii) het referentiekader van partijen (met inbegrip van de eventueel ten processe gebleken ‘Erklärungsrelevante Umstände’) en in het licht van (iii) de persoonlijke en eventuele maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn.¹²⁸ Aan de hand van deze normatieve interpretatie-exercitie stelt de rechter strekking en reikwijdte van de tussen partijen geldende contractuele regel bindend vast en bepaalt hij of het voor hem liggende geval onder de werking van de litigieuze contractuele bepaling kan worden gebracht.¹²⁹

Van dat uiteindelijke uitlegoordeel, waarin namens de rechtsgemeenschap de rechtsgevolgen van de litigieuze contractsterm of -bepaling tussen partijen bindend worden vastgesteld, dient de rechter *verantwoording* af te leggen in een rechterlijke uitspraak, waarin een rationeel en ethisch verantwoordbare *redenering* is terug te vinden.¹³⁰ Die redenering moet rationeel en ethisch navolgbaar zijn en kunnen worden verantwoord jegens de rechtsgemeenschap, aan wie de rechter te allen tijde onderhorig is.¹³¹ Vanzelfsprekend moet het uitlegoordeel evenzeer navolgbaar zijn voor de procespartijen, die immers van die rechtsgemeenschap evengoed deel uitmaken. Een goede rechter maakt als een ware ‘Vermittler’ aan zowel rechtsgemeenschap als aan procespartijen duidelijk waarom hij het overeengekomene in de door hem aangeduide zin heeft geëxpliceerd. In de woorden van Gröschner:

‘(E)in wirklicher “Vermittler” im hermeneutischen und dialogischen Sinn dieses Wortes wird nur derjenige Richter werden, der die streitige Sache so in die Sprache des Rechts zu übersetzen und den Parteien so zu vermitteln vermag, daß die Kontrahenten diese Übersetzung folgen und die entsprechende juristische Interpretation verstehen können.’¹³²

Het is echter uiteindelijk niet alleen nodig dat het rechterlijk uitlegoordeel navolgbaar is, maar tevens dat het oordeel *maatschappelijk aanvaardbaar* is. Aanvaardbaar is het oordeel enkel indien de krachtens uitleg door de rechter vastgestelde rechtsgevolgen van de overeenkomst verenigbaar zijn met het objectieve recht en verenigbaar zijn met de door de rechtsgemeenschap aanvaarde morele beginselen die in het objectieve recht worden weerspiegeld.¹³³ Rechterlijke uitleg is aldus steeds ‘rechtsgemeenschapconforme’ uitleg, ofwel uitleg van de overeenkomst in overeenstemming met de eisen en normatieve verwachtingen van de rechtsgemeenschap.¹³⁴

128. Vgl. IJzermans 2011, p. 206-207.

129. Zie daarover nader Smith 2010, p. 2 e.v. alsmede Gröschner 1982, p. 91.

130. Vgl. Nieuwenhuis 1976, p. 494: ‘De rechter moet zijn beslissingen legitimeren, d.w.z. onderbouwen met argumenten die het juridisch forum bevredigen.’ Zie over het belang van de rechterlijke redenering ook Scholten 1974, p. 122 en 130 en Reurich 2005, p. 1 e.v.

131. Vgl. Soeharno 2005, p. 238: ‘Het oordeel wordt uitgesproken in een functie die door de gemeenschap is opgedragen. De gemeenschap vraagt om een oordeel dat logisch verantwoord kan worden.’ Zie ook Scholten 1974, p. 132: ‘Tegenover de gemeenschap treedt het verstandelijk element op de voorgrond, het intuïtieve op het tweede plan.’ Zie ook Griffioen & Prins 2012.

132. Gröschner 2013, p. 81. Zie ook Vranken 1978, p. 143 e.v. en IJzermans 2011, p. 210-211.

133. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41-43 en 2014/303, Vranken 1978, p. 140, Maris & Jacobs 2011, p. 255 en De Bock 2011, p. 6. Zie ook Hengstmengel 2010, p. 24 en Bakker 2013, p. 177 e.v.

134. Onze oosterburen plegen te spreken van ‘rechtsordnungskonformen Auslegung’. Zie bijv. Schenke 2007, p. 83 en Klinger 1999, p. 65.

Hoofdstuk 7

Conclusies

In dit preadvies kwam de uitleg van contracten aan de orde. Daarbij werd tot uitgangspunt genomen dat de overeenkomst is op te vatten als gezamenlijke wilsverklaring van de contractspartijen. Aan de orde kwam dat bij het zoeken naar een antwoord op de vraag, hoe de wil van partijen gekend kan worden en de vraag, hoe vastgesteld kan worden wat door partijen is gewild, een klassieke, op de psychologische of ‘werkelijke’ wil gestoelde uitlegexerctie tot mislukken gedoemd is. Betoogd werd dat wat door partijen (kennelijk) gewild is, zijn bestemming vindt in een wilsverklaring die naar haar aard bestemd is om door anderen te worden begrepen. Betoogd werd dat het handelend individu daarom geen heerschappij heeft over de betekenis die aan de door hem getoonde intentionaliteit moet worden toegekend: voor die betekenis is beslissend de sociaal-juridische betekenis die de (rechts-)gemeenschap aan de hand van de binnen die gemeenschap geldende regels en conventies bij monde van de rechter aan de rechtshandeling heeft verleend.

Vervolgens werd vanuit het gegeven dat contractsuitleg primair een taak van partijen is te achten, stilgestaan bij de consequenties van het voorgaande voor de wijze waarop contractspartijen deze taak dienen te vervullen. Betoogd werd dat uitleg door een contractspartij van de overeenkomst met zijn wederpartij idealiter neerkomt op het – in mentale verbondenheid met die wederpartij en met eventueel betrokken derden – op redelijke wijze duiden van het gezamenlijk verklaarde in het licht van de gezamenlijke herinnering aan het moment waarop – en de omstandigheden waarin – de gezamenlijke wilsverklaring werd afgelegd. Geconstateerd werd evenwel dat de praktijk laat zien dat, zodra tussen partijen een (serius) belangenconflict ontstaat, de hiervoor weergegeven ideale wijze van uitleg door partijen niet zelden een te zware, te hoog gegrepen opgave kan blijken te zijn en aldus een verschil van inzicht over de juiste uitleg van het overeengekomene kan ontstaan. Ingeval dat verschil van inzicht niet te overbruggen valt, komt noodzakelijkerwijs uitleg van het overeengekomene door de burgerlijke rechter in beeld.

Over die rechterlijke uitleg werd opgemerkt dat deze uitleg zich van uitleg door partijen onderscheidt, doordat de rechter ‘beroepshermeneut’ kan worden genoemd. Aan de hand van de opvattingen van de Duitse filosoof Gadamer werd betoogd dat ‘s rechters beroepsmatig gevormde Vorverständnis (waaronder mede kunnen worden begrepen zijn gerichtheid op en getrouwheid aan de rechtsgemeenschap, zijn onafhankelijkheid van partijen, zijn juridische scholing, zijn beroepsmatige interesse voor de ‘maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken’, zijn ervaring en hermeneutisch reflectievermogen) hem helpt om op een integere, onpartijdige, verantwoorde en systematische wijze de uitleg van een contract ter hand te nemen. Zijn uitleg is bovendien nimmer vrijblijvend, maar door en door normatief geladen: het is de rechter die – namens de rechtsgemeenschap – aan de hand van het binnen die gemeenschap bestaande

systeem van (rechts)regels en conventies, door uitleg bindend vaststelt wat de rechtsgevolgen zijn van de tussen partijen gesloten overeenkomst.

Het rechterlijke uitlegwerk vindt zijn afsluiting in een rechterlijk oordeel, waarin namens de rechtsgemeenschap de rechtsgevolgen van het overeengekomene bindend tussen partijen worden vastgesteld. In en door dat oordeel dient de rechter verantwoording af te leggen aan partijen en aan de rechtsgemeenschap. Daarom dient zijn oordeel een rationeel en ethisch navolgbare redenering te bevatten. Het is echter niet alleen nodig dat het rechterlijk uitlegoordeel navolgbaar is, maar tevens dat het oordeel maatschappelijk aanvaardbaar is. Aanvaardbaar is het oordeel enkel indien de krachtens uitleg door de rechter vastgestelde rechtsgevolgen van de overeenkomst verenigbaar zijn met het objectieve recht en verenigbaar zijn met de door de rechtsgemeenschap aanvaarde morele beginselen die in het objectieve recht worden weerspiegeld. Rechterlijke uitleg is aldus steeds 'rechtsgemeenschapsconforme' uitleg, ofwel uitleg van de overeenkomst in overeenstemming met de eisen en normatieve verwachtingen van de rechtsgemeenschap.

Literatuurlijst

Ankum 1967

J.A. Ankum, *De voorouders van een tweehoofdig twistziek monster* (rede), Zwolle: Tjeenk Willink 1967

Bakker 2012

P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2012

Bakker 2013

P.S. Bakker, 'Degene die recht zoekt, doet dat in gebondenheid. Over redelijkheid en billijkheid en Wiarda's "Drie typen van rechtsvinding"', *MvV* 2013, afl. 6

De Bock 2011

R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: Over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011

Canaris 1971

C.-W. Canaris, *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, München: Verlag C.H.Beck 1971

Cauffman 2005

C. Cauffman, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005

Dedek 2007

H. Dedek, *Negative Haftung aus Vertrag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007

Dooyeweerd 1973

H. Dooyeweerd, 'Het juridisch wilsbegrip en de juridisch-normatieve uitlegging van rechtshandelingen', in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973

Drew & Couper-Kuhlen 2014

P. Drew & E. Couper-Kuhlen, 'Requesting — from speech act to recruitment', in: P. Drew & E. Couper-Kuhlen (eds.), *Requesting in social interaction*, Amsterdam: John Benjamins Publishing Company 2014

Drion 2012

C.E. Drion, 'Business Common Sense', *NJBlog* 4 januari 2012 (te vinden op: <http://njb.nl/blog/import/business-common-sense.9196.lynkx>)

Dubois 1995

J.M. Dubois, *Judgment and Sachverhalt*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers 1995

Van Dunné 1971

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971

Eggen 1949

J. Eggen, 'Een man een man, een woord een woord', in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, Alphen aan den Rijn: Samson 1959

Engisch 2005

K. Engisch, T. Würtenberger & D. Otto, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart: Kohlhammer 2005

Fish 1980

S. Fish, *Is there a text in this class?*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1980

Flume 1992

W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer Verlag 1992

Fürst-Pfeifer 2013

G. Fürst-Pfeifer, *Biographie und (un)bewusste Berufswahlmotive von Psychotherapeuten*, Münster: Waxmann 2013

Gaakeer 2006

J. Gaakeer, 'De eenheid van recht en taal', *AA* 55 (2006) 11

Gadamer 2010

H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Gesammelte Werke 1, Hermeneutik 1, Tübingen: Mohr Siebeck 2010

Griffioen & Prins 2012

H.M. Griffioen & J.E.J. Prins, 'Een dure plicht', *NJB* 2012/1263

Grondin 2001

J. Grondin, *Einführung in die philosophische Hermeneutik*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2001

De Groot 2012

G. de Groot, *Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht*, Preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2012

Gröschner 1982

R. Gröschner, *Dialogik und Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck 1982

Gröschner 2013

R. Gröschner, *Dialogik des Rechts. Philosophische, Dogmatische und Methodologische Grundlagenerarbeiten 1982-2012*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013

Guépin 1983

J.P. Guépin, *De beschaving*, Amsterdam: Bert Bakker 1983

Hage 2007

J.C. Hage, *De wondere wereld van het recht (rede)*, Maastricht 2007

Hengstmengel 2010

B.D. Hengstmengel, 'Paul Scholten en Herman Dooyeweerd: het gesprek dat nooit plaatsvond', *R&R* 2010, afl. 1

Hesselink 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999

Hijma e.a. 2013

Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk (red.), *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2013

Hoffmann 1997

The RT Hon Lord Hoffmann, 'The intolerable wrestle with words and meanings', *South African Law Journal* (114) 1997

Von Humboldt 1822

W. von Humboldt, 'Über den Nationalcharakter der Sprachen', *Werke*, Bd. 3, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1963

Janssen 2007

Th.A.J.M. Janssen, 'A speaker/hearer-based grammar', in: M. Hannay & G.J. Steen (eds.), *Structural-functional Studies in English Grammar: In Honour of Lachlan Mackenzie*, Amsterdam /Philadelphia: John Benjamins 2007

Van der Kaaij & Hage 2012

H. van der Kaaij & J.C. Hage, 'Rechtshandelingen als taalhandelingen', *AA* 2012, afl. 10

Keysar & Barr 2005

B. Keysar & D.J. Barr, 'Coordination of Action and belief in communication', in: J.C. Trueswell & M.K. Tanenhaus (eds.), *Approaches to Studying World-situated Language Use: Bridging the Language-as-Product and Language-as-action traditions*, Cambridge (Mass.): MIT Press 2005

Klinger 1999

S. Klinger, *Die Implementationssicherungsmechanismen der UN-Drogenkonventionen von 1961, 1971 und 1988*, Berlin: Duncker & Humblot 1999

Kuipers 2007

H.J. Kuipers, 'Dilthey en Gadamer: twee opvattingen over het interpreteren van levensverhalen', in: E. Bohlmeijer, L. Mies & G. Westerhof (red.), *De betekenis van levensverhalen: theoretische beschouwingen en toepassingen in onderzoek en praktijk*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007

Larenz 1936

K. Larenz, *Vertrag und Unrecht*, Erster Teil, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1936

Larenz 1991

K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer Verlag 1991

Larenz & Wolf 2004

K. Larenz & M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Verlag C.H. Beck 2004

Leezenberg & De Vries 2007

M.M. Leezenberg & G.H. de Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007

Lokin 2000

J.H.A. Lokin, 'Van handeling naar rechtshandeling. Een kwestie van definitie', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XVII* (2000)

Loth 2012

M.A. Loth, *Wat wij vinden wanneer wij waarheid vinden; een rechtstheoretische bijdrage*, Preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2012

Maris & Jacobs 1991

C.W. Maris & F.C.L.M. Jacobs (red.), *Recht, orde en vrijheid*, Groningen: Wolters Noordhoff 1991

Maris & Jacobs 2011

C.W. Maris & F.C.L.M. Jacobs (red.), *Rechtsvinding en de grondslagen van het recht*, Assen: Van Gorcum 2011

De Martelaere 1993

P.M.M.G. de Martelaere, *Een verlangen naar ontroostbaarheid. Over leven, kunst en dood*, Amsterdam/Leuven: Meulenhoff/Kritak 1993

Meijers 1948

E.M. Meijers, *Algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948

Nerlich & Clarke 1996

B. Nerlich & D.D. Clarke, *Language, action and context. The early history of pragmatics in Europe and America, 1780-1930*, Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins 1996

Nieuwenhuis 1976

J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *RMThemis* 1976, p. 494-515

Nieuwenhuis 2014

J.H. Nieuwenhuis, 'Een wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard: de erfenis van Friedrich Carl von Savigny', *AA* juli/augustus 2014

Opzoomer 1891

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, deel 5, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1891

Oudemans 1988

Th.C.W. Oudemans, 'Gadamers wijsgerige interpretatieleer', in: Th. de Boer e.a. (red.), *Hermeneutiek – filosofische grondslagen van mens- en cultuurwetenschappen*, Amsterdam: Boom 1988

De Pater & Swiggers 2000

W.A. de Pater & P. Swiggers, *Taal en teken: een historisch-systematische inleiding in de taalfilosofie*, Leuven: Universitaire Pers Leuven/Van Gorcum 2000

Pauwels & Peters 2005

L. Pauwels & J.M. Peters, *Denken over beelden: theorie en analyse van het beeld en de beeldcultuur*, Leuven: Acco 2005

Plum 2005

R.J.J.M. Plum, *Spreken over God: een theologische vergelijking tussen het symboolbegrip van Paul Ricoeur en Ernst Bloch*, Kampen: Kok 2005

Raes 2001

K. Raes, *Controversiële rechtsfiguren: rechtsfilosofische excursies over de relaties tussen ethiek en recht*, Gent: Academia Press 2001

Reinach 1913

A. Reinach, 'Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes', in: *Sämtliche Werke* 1, München/Hamden/Wien: Philosophia 1989

Reurich 2005

L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen, deel II, Vaagheid van normen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005

Savigny 1840

F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* (Erster Band), Berlin: Veit und Comp. 1840

Schenke 2007

R.P. Schenke, *Die Rechtsfindung im Steuerrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007

Scholten 1909

P. Scholten, 'Uitlegging van testamenten (II)', *WPNR* 1909, afl. 2058

Scholten 1949

P. Scholten, 'Kenmerken van recht', in: G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein (red.), *Verzamelde Geschriften van wijlen Prof. Mr. Paul Scholten* (deel 1), Zwolle: Tjeenk Willink 1949

Scholten 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, met feitelijke gegevens aangevuld door mr. G.J. Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink 1974

Searle 1969

J.R. Searle, *Speech acts: An essay in the philosophy of language*, Cambridge: Cambridge University Press 1969

Smith 2009

C.E. Smith, 'Het normatieve karakter van de rechtswetenschap: recht als oordeel', *R&R* 2009, afl. 3

Smith 2010

C.E. Smith, 'Fenomenologie van de gewetensbeslissing: twee varianten', in: A. Ellian, T. Slootweg & C.E. Smith (red.), *Recht, beslissing en geweten*, Deventer: Kluwer 2010 (te vinden op: <http://hdl.handle.net/1887/17600>)

Smith 2011

C.E. Smith, 'The Vicissitudes of the Hermeneutic Paradigm in the Study of Law: Tradition, Forms of Life and Metaphor', *Erasmus Law Review*, Vol. 4, No. 1, 2011

Smith 2015

C.E. Smith, 'De "filosofie van het begrijpen" van H.-G. Gadamer', *AA* april 2015

Soeharno 2005

J.E. Soeharno, 'Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles', *R&R* 2005, afl. 3

De Souza Filho 1984

D.M. de Souza Filho, *Language and Action: A Reassessment of Speech Act Theory*, Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins 1984

Staiger 1961

E. Staiger, *Die Kunst der Interpretation. Studien zur deutschen Literaturgeschichte*, Zürich: Atlantis 1961

Valcke 2008

C. Valcke, 'Contractual Interpretation at Common Law and Civil Law: An Exercise in Comparative Legal Rhetoric', in: Jason W. Neyers, Richard Bronaugh & Stephen G.A. Pitel (eds.), *Exploring contract law*, Oxford/Portland, Or: Hart 2008

Vogenauer 2007

S. Vogenauer, 'Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations', in: A. Burrows & E. Peel (eds.), *Contract Terms*, Oxford: Oxford University Press 2007

De Vooy 1925

C.G.N. de Vooy, 'Vaktaal en volkstaal', in: *Verzamelde taalkundige opstellen*, Tweede bundel, Groningen/Den Haag: J.B. Wolters 1925

Vranken 1978

J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding: een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1978

Wendt 2011

J.A.I. Wendt, 'Normatieve uitleg: de constructie van een rechtsverhouding', *Contracteren* 2011, afl. 4

Willoweit 1969

D. Willoweit, *Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen*, Berlin: Duncker u. Humblot 1969

Ijzermans 2011

M.G. Ijzermans, *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2011

Rede voorzitter Christen Juristen Vereniging

'I'll cry all the way to the bank!'

De bankencrisis als handhavingsprobleem

Prof. mr. S.E. Zijlstra

Haarlem, 5 juni 2015

De traditionele jaarrede van uw voorzitter begint een factor van betekenis te worden. In 2013 waarschuwde onze toenmalige voorzitter Peter Ingwersen voor de onaanvaardbare gevolgen van de invoering van zogeheten kostendekkende griffierechten. Die voorstellen werden prompt ingetrokken. Mijn rede van vorig jaar had betrekking op de gebrekkige kennis die veel mensen van hun rechtspositie hebben. In dat kader voerde ik het tragische voorbeeld op van de erfgenaam die zonder het te weten een erfenis aanvaardt die meer schulden dan vermogen bevat. Ook dit is niet zonder resultaat gebleven: de wetgever gaat dit gat repareren. Laten we het hopen dat ook mijn rede van vandaag effect gaat hebben, want ik ga het hebben over een groot maatschappelijk probleem.

Dit kan niet waar zijn is de titel van het boek waarin Joris Luyendijk verslag doet van zijn zoektocht naar handelen en motieven in de Londense City, het financiële hart van Groot-Brittannië.¹³⁵ Het boek schetst een onthutsend beeld van de wereld van de *haute finance*. Luyendijk wordt overstelpt met vragen om lezingen te geven en boekpresentaties te houden.

Op zichzelf is het verhaal van Luyendijk niet nieuw. Minstens zo onthutsend was *De Prooi*, dat laat zien dat het bij de overname van ABNAMro vooral ging om bevrediging van de ego's van de bestuurders, waarbij zowel interne als externe controle faalden.¹³⁶ Daarvóór hadden we al *Het drama Ahold*,¹³⁷ over de bewust onjuiste weergave van de cijfers van het bedrijf, en de daaropvolgende grootscheepse verdamping van de aandeelhouderswaarde. Na *De Prooi* kwam *De ondergang van DSB*.¹³⁸ Er bestaat inmiddels een reeks van affaires waarbij de leiding maar ook de werkvloer van grote instellingen, van banken tot maatschappelijke organisaties, op immorele en vaak cynische manier omgingen met het belang van particulieren en de samenleving als geheel.

Steeds komt hetzelfde beeld naar voren: mensen die uitsluitend voor eigen gewin en aanzien grote risico's nemen, risico's waarvan de verwerkelijking vooral op anderen dan op henzelf zouden worden afgewenteld. Personal profits worden public losses. Zeker: de namen van de betrokkenen zullen in het oog van de publieke opinie nog jaren met kwalijk gedrag geassocieerd worden. Maar het is de vraag of ze daar zelf wakker van liggen. De situatie doet denken aan de beroemde anekdote over de pianist Liberace. Liberace was in de jaren '50 tot '70 van de vorige eeuw de

135. Joris Luyendijk, *Dit kan niet waar zijn*, Amsterdam/Antwerpen: Atlas/Contact 2015.

136. Jeroen Smit, *De prooi*, Amsterdam: Prometheus 2009.

137. Jeroen Smit, *Het drama Ahold*, Balans 2004.

138. Natasja de Groot & Ronald van Gessel, *Opkomst en ondergang van DSB*, Dutch Media uitgevers. Zie ook *Rapport van de Commissie Onderzoek DSB Bank*, 2010.

bestbetaalde entertainer ter wereld. Gevierd door het grote publiek, werd hij door kunstcritici geminacht. Toen hem gevraagd werd of hem dat geen pijn deed, zei hij: jazeker! Maar hij voegde er meteen aan toe: 'I'll cry all the way to the bank!' Men kan van alles van me vinden, maar daar heb ik geen last van, integendeel: mijn gedrag legt me geen windeieren.

Als we dat dan allang allemaal weten, waarom is het boek van Luyendijk dan zo'n succes? Omdat het laat zien dat de financiële wereld weinig geleerd heeft van de crisis. Zeker, er zijn verschillende maatregelen genomen om de banken minder kwetsbaar te maken. Er zijn hogere kapitaaleisen gesteld. Er zijn muren tussen het zakenbankieren en retail-bankieren opgetrokken (het 'ring-fencing'). Maar de prikkels binnen het systeem zijn nog steeds verkeerd. Laat ik een voorbeeld noemen. De afgelopen paar jaar zijn de aandelenkoersen sterk gestegen, omdat spaargeld en obligaties nauwelijks enig rendement geven. Als we naar de beleggingsadviezen van de banken kijken, valt op dat het aantal koopadviezen een veelvoud is van het aantal verkoopadviezen. Dat is op zijn minst opmerkelijk. Hoe komt dat? De belangrijkste reden is, dat banken grote bedrijven ook als adviesklant hebben, en bedrijven het nu eenmaal niet leuk vinden als hun aandeel een verkoopadvies krijgt.¹³⁹ Institutionele beleggers weten wel hoe deze hazen lopen, maar de gemiddelde belegger wordt hier flink op het verkeerde been gezet.

Perverse prikkels te over, dus. Verschillende insiders zijn ervan overtuigd dat een bankencrisis zó weer kan gebeuren. Dat is toch te gek voor woorden. Uit de crisis van 2008 is duidelijk gebleken dat we het hier over enorme risico's hebben. Risico's voor de banken zelf, voor hun klanten en medewerkers, voor de stabiliteit van het financiële bestel (systeemrisico's) en daarmee onze welvaart, en durf ik te zeggen, voor de stabiliteit van de samenleving als geheel. Het vertrouwen van de burger in de manier waarop wij onze samenleving hebben ingericht is al niet groot. Deze affaires geven mensen nog meer argumenten zich van de samenleving af te wenden, dan wel zelf, als ze de kans krijgen, proberen mee te pikken uit de ruif.

De conclusie van Luyendijk is overigens niet dat de actoren in de bankenwereld naar hun aard schurken zijn, maar dat het komt door de verkeerde prikkels. Het Nederlands heeft hier mooie oude gezegden voor: 'gelegenheid maakt de dief', en 'de kat op het spek binden'. We moeten dus zorgen voor de *juiste* prikkels, en de verkeerde prikkels voorkomen of beteugelen. Om het met de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, de WRR, te zeggen: we moeten het publieke belang adequaat borgen.¹⁴⁰

Hoe zit die borging op dit moment in elkaar? Ik denk dat we kunnen vaststellen dat het met de normstelling wel in orde is. Zowel de Wft als het gewone ondernemingsrecht en verbintenissenrecht bieden voldoende regels en beginselen die het gedrag van de hier bedoelde actoren reguleren. Kennelijk ligt het aan de *handhaving* van die regels. Bij die handhaving kan een zestal categorieën worden onderscheiden:

1. Burgers kunnen de regels afdwingen via de burgerlijke rechter;
2. Intern toezicht: raad van commissarissen, aandeelhouders;
3. Toezicht door de accountants;
4. Marktwerking;

139. <http://www.forbes.com/sites/brettnelson/2012/09/27/a-decade-after-eliot-spitzers-crusade-sell-is-still-a-dirty-word-on-wall-street/>.

140. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Borgen van publiek belang*, Reeks rapporten aan de regering, nr. 56.

5. Bestuursrechtelijke handhaving: DNB, AFM;

6. Strafrechtelijke handhaving.

Laten we ze eens nader bekijken.

Burgers kunnen normen afdwingen via de burgerlijke rechter. Op papier is dat natuurlijk juist, maar in de praktijk weinig realistisch. Als ze al weten van het malafide gedrag, dan is voor de gemiddelde burger de drempel véél te hoog om er iets aan te doen. Als het te laat is, kunnen zij via een groepsactie nog proberen iets van hun geld terug te krijgen, maar daar gaat geen preventieve werking van uit.

Wettelijk is een belangrijke rol weggelegd voor de *raad van commissarissen* (RvC), terwijl ook de *aandeelhouders* geacht worden belang te hebben bij een goed functionerende onderneming. De door mij aangehaalde bronnen laten zien dat ook de RvC's de problemen niet hebben voorkomen. Individuele aandeelhouders kunnen moeilijk een vuist maken, en zijn vaak ook niet ontevreden met de kortetermijnwinst die wordt gemaakt. Wie ten tijde van de overname aandelen ABNAMro had, heeft ze voor een recordprijs kunnen verkopen. Het is de belastingbetaler die met de rekening blijft zitten. Wel zien we steeds meer een rol voor institutionele beleggers, die aandringen op goed bestuur. Grote pensioenbeleggers oefenen in toenemende mate invloed uit op de governance, in het bijzonder de beloningen, bij de bedrijven waarin ze beleggen.¹⁴¹

Dan is er het *toezicht door de accountants*. Ook dat toezicht is in het verleden gebleken te lijden onder perverse prikkels, en daar is inmiddels het nodige aan gedaan. Maar dan nog is de accountantscontrole naar haar aard hooguit geschikt om een deel van de misstanden te bestrijden. Bovendien treft een onthouding van goedkeuring, die al vrijwel nooit voorkomt, alleen de onderneming en de aandeelhouders. Strikt genomen staat de weg open voor bestuurdersaansprakelijkheid, maar als die niet wordt gebruikt, geldt weer: de bestuurders 'cry all the way to the bank.'

De vierde categorie handhavingsmechanismen is *marktwerking*. De klant kan immers weglopen bij een bank die het niet goed doet? En gaan banken dan niet uit puur lijfsbehoud de goede dingen doen en de dingen goed doen? Ik ben geen econoom, maar – op basis van talloze beschikbare voorbeelden, voeg ik daar helaas aan toe, ook als ervaringsdeskundige – durf ik hier wel enkele kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste kán de klant vaak helemaal niet overstappen, bijvoorbeeld als hij een hypotheek met een langdurige vaste rente heeft. Als de klanten wél massaal weglopen valt de bank om. En het is niet gezegd dat een andere bank het beter doet. Maar, het allerbelangrijkste is: marktwerking helpt niet tegen kortetermijndenken van de betrokken actoren. Alleen al *De Prooi* laat zien dat de hoofdrolspelers in dat drama zich niets gelegen lieten liggen aan de risico's die ABNAMro en Fortis liepen door hun drang om te laten zien wie het machtigst was. Het verliezen van een marktaandeel treft de onderneming en de aandeelhouders: de bestuurders 'cry all the way to the bank.' Marktwerking is dus niet de oplossing.

Dan de *handhaving door de externe toezichthouders*. Veel preventieve en repressieve werking wordt verwacht van het toezicht door De Nederlandsche Bank en de AFM. Duidelijk is dat dat toezicht de eerdergenoemde affaires niet heeft voorkomen. Nu hebben de toezichthouders daar hun lessen uit getrokken, maar daarmee zijn we

141. De voorpagina van het *FD* van hedenmorgen: 'PGGM begint wereldwijde campagne tegen uitwassen in beloningen van ceo's'.

er nog niet. Dit toezicht werkt op twee manieren. Men probeert door middel van het beoordelen van producten en instellingen de grootste risico's te ondervangen, en men treedt met herstelsancties en boetes op als de regels worden overtreden. Wat het eerste betreft, ontbreekt het de toezichthouders vaak aan de kennis en middelen om het systeem in de greep te houden. En de repressieve – bestuursrechtelijke – sancties die zij kunnen opleggen, zijn naar hun aard (herstelsancties) of praktische werking (bestuurlijke boete) onvoldoende om adequate preventieve werking te hebben.

De laatste categorie is die van de *strafrechtelijke handhaving*. Op dat front blijft het veelal oorverdovend stil. De geluiden die we zo nu en dan wél horen, zijn niet bemoeiend. Recentelijk¹⁴² werd bekend dat de banken die zich schuldig hebben gemaakt aan manipulatie met de Libor-rente, wereldwijd enorme bedragen hebben moeten betalen om strafvervolgning af te kopen. Degenen die de manipulaties daadwerkelijk hebben verricht, worden in Nederland in ieder geval niet vervolgd. Aldus doet het vooral pijn bij de onderneming en de aandeelhouders, maar ontspringen de daders de dans. Ook bij de andere affaires zwijgt het strafrecht in vele talen.

Overigens is dat ook het geval in de VS, een land waar men doorgaans een stuk sneller is met het inzetten van het strafrecht. In een scherpe analyse in *The New York Review of Books* stelt US District Judge Jed Rakoff¹⁴³ deze omissie aan de kaak. Als het zo is dat dit gedrag tot grote maatschappelijke schade leidt, en het Amerikaanse OM in het verleden heel succesvol is geweest in het aanpakken van financiële fraude, waarom gebeurt het dan nu niet? Hij noemt als belangrijkste reden dat bij het Amerikaanse OM, de aandacht is verschoven van de individuen binnen de ondernemingen naar de onderneming zelf. Rakoff vindt dat de verkeerde aanpak, omdat het vervolgen van individuen een veel afschrikwekkender effect heeft dan het vervolgen van rechtspersonen. Ook wijst hij erop dat de strafrechtelijke focus op de onderneming een effectief onderzoek en daarmee een optimale strafvervolgning in de weg staat. Bij een strafrechtelijk onderzoek naar misdragingen binnen een onderneming of groep van ondernemingen, zo betoogt hij, begin je onderop: je vervolgt een deelnemer waarvan je zijn crimineel gedrag eenvoudig kunt bewijzen, en je laat deze, in ruil voor strafvermindering, meewerken aan het onderzoek naar de andere, vaak hoger in de boom gesitueerde criminelen. Dat is anders als je focust op de onderneming:

‘Early in the investigation, you invite in counsel to the company and explain to him or her why you suspect fraud. He or she responds by assuring you that the company wants to cooperate and do the right thing, and to that and the company has hired a former Assistant U.S. Attorney, now a partner at a respected law firm, to do an internal investigation. The company’s counsel asks you to defer your investigation until the company’s own internal investigation is completed, on the condition that the company will share its results with you. In order to save time and resour-

142. *De Volkskrant* 21 mei 2015: ‘Banken boeten voor manipulatie. 5,6 miljard dollar schikkingen om strafvervolgning af te kopen.’

143. Jed S. Rakoff, ‘Why Have No High Level Executives Been Prosecuted In Connection With The Financial Crisis?’, *The New York Review of Books* januari 2014. Zie ook Brandon L. Garrett, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, Belknap Press/Harvard University Press 2014.

ces, you agree. Six months later the company's counsel returns, with a detailed report showing that mistakes were made but that the company is now intent on correcting them. You and the company then agree that the company will enter into a deferred prosecution agreement that couples some immediate fines with the imposition of expensive but internal prophylactic measures. For all practical purposes the case is now over. You are happy because you believe that you have helped prevent future crimes; the company is happy because it has avoided a devastating indictment; and perhaps the happiest of all are the executives, or former executives, who actually committed the underlying misconduct, for they are left untouched.'

Rakof vindt dat 'not the best way to proceed.' Ten slotte acht hij het alleen straffen van de onderneming ook moreel verwerpelijk: 'punishing a company and its many innocent employees and shareholders for the crimes committed by some unprosecuted individuals seems contrary to elementary notions of moral responsibility.' Het is een analyse die wij ons zouden moeten aantrekken. Je kunt nóg zoveel sancties aan de onderneming opleggen, het zijn de mensen binnen de onderneming die het ongewenste gedrag vertonen, en het zijn ook die mensen die de primaire focus van de handhaving moeten zijn.

De gang van zaken in de sportwereld kan hier als voorbeeld dienen. Het dopinggebruik in de wielerved was decennia lang groot en structureel. Pas toen de Franse en later Amerikaanse Justitie mensen van hun bed gingen lichten, mensen die vervolgens informatie gaven op basis waarvan weer anderen, tot aan de top toe, konden worden vervolgd, kon het probleem echt worden uitgebannen. Iets vergelijkbaars doet zich op dit moment voor bij het aanpakken van corruptie bij de FIFA.

Ik ben dan ook van mening dat normnaleving hier alleen écht kan worden bewerkstelligd met een stevige inzet van het strafrecht. Het strafrecht voorziet in adequate dwangmiddelen. Het voorziet in een openbaar proces, waarin samenleving en normschender met elkaar in debat gaan, waarbij waarheidsvinding onder leiding van een onafhankelijke rechter plaatsvindt, met als mogelijke uitkomst dat daders gestraft worden naar de mate van hun schuld en verwijtbaarheid. Maar vooral gaat het mij erom, dat het strafrecht achter de daders aangaat, ook al zijn na hun wangedrag jaren verstreken, en genieten zij in de luwte van hun op kwalijke wijze verworven vermogen. Alleen een serieuze kans op strafvervolgning, met de dreiging van gevangenisstraf en de mogelijkheid van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, zal de bancaire wereld ertoe brengen om de cultuur in de organisatie en het gedrag van de medewerkers te veranderen. Geen enkele andere manier van handhaving kan voorkomen dat de financiële wereld ongebreideld het persoonlijk gewin vooropzet, ten detrimente van andere burgers en de samenleving als geheel. Zolang we dat niet inzien, blijven we dansen op de vulkaan.

