

DSM/Fox en de uitleg van arbeidsrechtelijke contracten – het laatste woord?

HR 20 februari 2004, JAR 2004/83

Uitleg van CAO-bepalingen; pensioenreglement; arbeidsovereenkomst; personeelsgids; concurrentiebeding; CAO-norm; Haviltex-norm; toetsing uitleg in cassatie

1 De achtergrond van DSM/Fox

In twee arresten uit september 1993 besliste de Hoge Raad dat voor de uitleg van CAO-bepalingen een andere norm geldt dan de bekende Haviltex-formule die in het algemeen bij contractuitleg is voorgeschreven en die inhoudt dat het er op aankomt vast te stellen welke zin partijen, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, redelijkerwijs over en weer aan hun overeenkomst mochten toekennen en wat zij te dien aanzien van elkaar mochten verwachten. Bij de uitleg van CAO-bepalingen, zo de Hoge Raad in HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 en HR 24 september 1993, NJ 1994, 174, zijn de bewoordingen ervan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis. De ratio van deze maatstaf is, zo valt uit de arresten af te leiden, dat de individuele werknemers op wie de CAO-bepalingen van toepassing zijn, niet bij de totstandkoming ervan betrokken zijn. De bedoelingen die aan de onderhandelingstafel een rol gespeeld hebben en de verwachtingen die daar gewekt zijn, zijn hun niet bekend. Gelet op een en ander moeten de werknemers kunnen vertrouwen op de tekst van de CAO. Al snel werd de CAO-uitlegnorm bekend onder de naam 'grammaticale uitleg'. In een aantal arresten uit 2002 en 2003 heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat het predikaat 'grammaticaal' misplaatst is. De voor CAO-bepalingen voorgeschreven norm, aldus de Hoge Raad in HR 31 mei 2002, NJ 2003, 110, is geen grammaticale maatstaf. Veeleer houdt die norm in dat moet worden vastgesteld welke betekenis *naar objectieve maatstaven* volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting daarop zijn gesteld. Daarbij komt het – anders dan in het kader van de Haviltex-norm – niet aan op de subjectieve bedoelingen van de partijen, maar kan blijkens het arrest van 31 mei 2002 wel acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. In een aantal daarop volgende arresten uit 2002 en 2003 verduidelijkte de Hoge Raad dat naast de zojuist genoemde, nog een groot aantal andere objectief kenbare factoren betrokken kunnen worden bij de uitleg

van CAO-bepalingen. Zo mogen blijkens een arrest van 28 juni 2002 ook de objectief kenbare bedoelingen van de CAO-partijen in de beschouwing worden betrokken. Later werden daar door de Hoge Raad in arresten van 20 december 2002 en 11 april 2003 nog de aard van de regeling en de aard van de door de CAO bestreken arbeid als relevante factoren aan toegevoegd.¹ In de lagere rechtspraak werd daarnaast aanvaard dat bij uitleg volgens de CAO-norm rekening mag worden gehouden met objectief kenbare factoren als andere CAO's en de wet.²

Met de zojuist genoemde arresten uit 2002 en 2003 heeft de Hoge Raad de inhoud van de voor de uitleg van CAO-bepalingen voorgeschreven norm verhelderd. Het gaat er, zoveel is thans wel duidelijk, bij die norm om vast te stellen welke betekenis van de tekst voor de gemiddelde aan de CAO onderworpen werknemer, die niet bij de CAO-onderhandelingen betrokken was, gelet op voor hem wel (objectief) kenbare interpretatiefactoren, redelijkerwijs kenbaar en begrijpelijk is. Toch was met de voornoemde arresten niet alle mist rond de CAO-norm opgetrokken. Onduidelijkheid bleef namelijk bestaan ten aanzien van de *reikwijdte* van die norm. Reeds in het arrest Akzo/FNV van 26 mei 2000 had de Hoge Raad beslist dat de voor CAO-bepalingen voorgeschreven maatstaf ook geldt voor bepalingen in een met vakbonden overeengekomen sociaal plan.³ Ook daar doet zich volgens de Hoge Raad de rechtvaardiging voor die uitleg voor; de werknemers op wie het sociaal plan van toepassing is, zijn niet bij de totstandkoming ervan betrokken geweest. Na het arrest Akzo/FNV werden in de lagere rechtspraak ook collectieve regelingen die materieel gezien eenzijdig door de werkgever zijn opgesteld, zoals personeelsgidsen, pensioenreglementen en eenzijdig opgestelde sociale plannen, aan de CAO-norm onderworpen.⁴ Ook bij de totstandkoming daarvan zijn de individuele werknemers immers feitelijk niet betrokken geweest, al kunnen zij formeel beschouwd wel als contractspartij worden aangemerkt. De vraag rees echter of die aanpak in de lagere recht-

1 Zie respectievelijk HR 28 juni 2002, JAR 2002/168 en NJ 2003, 111, HR 20 december 2002, JAR 2003/17 en HR 11 april 2003, JAR 2003/108. Voor een nadere bespreking van die arresten zij verwezen naar C.J. Loonstra, Uitleg van CAO-bepalingen: op weg naar een (objectieve) redelijkheidstoets?, ArA 2003/2, p. 82; S.F. Sagel, De objectief-tekstuele uitleg van CAO-bepalingen; betekenis en reikwijdte (I), ArbeidsRecht 2003/11, 49, p. 12 en E. Verhulp, De uitleg van CAO-bepalingen, ArA 2003/1, p. 4.

2 Zie onder meer Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 2003, JAR 2003/200, waarin de wijze waarop het onderwerp in andere CAO's was geregeld, bij de uitleg van een CAO werd betrokken en recent Ktr. Zwolle 16 juli 2004, JAR 2004/217, waarin de Verplichtstellingsbeschikking van een bedrijfstakpensioenfonds door de rechter werd gehanteerd als interpretatiefactor bij de uitleg van een VUT-CAO.

3 HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473 en JAR 2000/151. Zie ook HR 20 december 2002, JAR 2003/17.

4 Zie over die ontwikkeling S.F. Sagel, De objectief-tekstuele uitleg van CAO-bepalingen: betekenis en reikwijdte (II), ArbeidsRecht 2003/12, 57, p. 27.

spraak wel in lijn was met de opvattingen van de Hoge Raad. Die verwierp namelijk in een arrest van 30 november 2001 toepassing van de CAO-norm voor de uitleg van algemene voorwaarden. Mochten arbeidsrechtelijke 'algemene voorwaarden' zoals personeelsgidsen dan nog wel aan de CAO-norm worden onderworpen? Ook werd in de lagere rechtspraak geaccepteerd dat de uitleg van pensioenreglementen aan de voor CAO-bepalingen ontwikkelde maatstaf onderworpen zou zijn.⁵ De juistheid van die benadering werd echter weer in twijfel getrokken door een arrest van de Hoge Raad van 18 oktober 2002, waarin de vraag aan de orde was of de CAO-norm toepassing diende te vinden op de uitleg van een bedrijfspensioenreglement en een op basis daarvan door de werkgever ten behoeve van naar het buitenland uitgezonden werknemers afgesloten collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering.⁶ A-G Bakels bepleitte in zijn conclusie voor het arrest dat zowel het reglement als de verzekering aan de hand van de CAO-norm uitgelegd moest worden, zulks vooral omdat er met die regelingen essentiële belangen van de werknemers gemoeid waren. De Hoge Raad volgde zijn A-G niet en was van mening dat zowel het reglement als de verzekering op grond van het Haviltex-criterium uitgelegd moest worden. Daarbij speelde, zo valt uit de overwegingen van de Hoge Raad af te leiden, een voorname rol dat de werknemers formeel beschouwd 'partij' waren bij het pensioenreglement. En bij die, toch wat onduidelijke stand van zaken ten aanzien van de reikwijdte van de CAO-norm, werd op 20 februari 2004 het arrest DSM/Fox gewezen.

2 Feiten

Fox is in april 1954 in dienst getreden bij de Staatsmijnen. Sedert zijn indiensttreding heeft Fox pensioenaanspraken opgebouwd. Aanvankelijk geschiedde die opbouw op basis van de pensioenregeling van het Algemeen mijnwerkersfonds. In de jaren zeventig is Fox in dienst gekomen van de rechtsovervolgster van de Staatsmijnen, DSM Limburg B.V. Per 1 januari 1973 is de pensioenopbouw voortgezet bij het Pensioenfonds van DSM-Chemie (hierna: PDC). De pensioenopbouw geschiedde op grond van het door PDC gehanteerde reglement. Enige jaren later is Fox arbeidsongeschikt geraakt. Met ingang van maart 1977 ontving hij een arbeidsongeschiktheidsuitkering op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80 tot 100%. Per 1 november 1978 werd het dienstverband van Fox beëindigd. Na beëindiging van zijn dienstverband is Fox 'passief' lid gebleven van PDC, hetgeen inhield dat zijn pensioenopbouw werd voortgezet zonder dat premies behoef-

5 Ktr. Amsterdam 20 juli 2001, Pensioenjurisprudentie 2002/29, p. 173 m.nt. R.A.C.M. Langemeijer.

6 HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258.

den te worden afgedragen. Fox is kort daarop werkzaam geworden in de Sociale Werkvoorziening. Omdat de Wet Sociale Werkvoorziening tot 1990 geen pensioenregeling kende, konden WSW-werknemers tot die datum deelnemen aan een individuele spaarregeling, de zogenaamde Aanvullende Oudedagsvoorziening (hierna: AOV). Deze regeling voorzag erin dat de deelnemer een spaarrekening kreeg bij een fonds, waarop maandelijks een deel van het WSW-loon werd gestort. Het fonds beheerde het tegoed en keerde dat, vanaf het moment dat de spaarder 65 werd, in termijnen uit. Per 1 januari 1990, toen ook in het kader van de WSW een pensioenregeling totstandkwam, kreeg Fox de mogelijkheid het saldo van zijn spaarrekening in te brengen in het WSW-pensioen. Daarvan heeft Fox geen gebruik gemaakt. Per 1 december 1999 is Fox vervolgens pensioengerechtigd geworden. Doordat zijn pensioenopbouw na beëindiging van het dienstverband bij DSM door PDC was voortgezet, had Fox bij dat fonds een maximaal pensioen opgebouwd. Naast dit pensioen had Fox vanaf de pensioengerechtigde leeftijd tot 1 januari 2006 uit hoofde van zijn AOV-rekening aanspraak op een maandelijks uitkering van f 137,65. Een aardig 'extraatje' bovenop zijn reguliere PDC-pensioen, zo zal Fox ongetwijfeld gedacht hebben. PDC dacht daar anders over en kortte het pensioen van Fox met het bedrag dat hij maandelijks van zijn AOV-rekening ontving en beriep zich daartoe op artikel 16 lid 5 van de bij het pensioenreglement behorende overgangsbepalingen, waarin de navolgende anti-cumulatieregeling was vervat:

'Op het pensioen ingevolge dit reglement voorzover verworven over de jaren na beëindiging van het lidmaatschap welke ingevolge het bepaalde in art. 5 lid 1 voor 100% in aanmerking zijn genomen, komt, wanneer het betrokken gewezen lid geen gebruik heeft gemaakt van de bestaande mogelijkheid het lidmaatschap van het fonds te continueren, in mindering het pensioen dat betrokkene over die jaren elders op grond van een arbeidsverhouding heeft verkregen.'

De uitkeringen die Fox ontving uit hoofde van zijn AOV-rekening waren volgens PDC aan te merken als 'pensioen' in de zin van artikel 16 lid 5, zodat het PDC vrijstond om die uitkeringen in mindering te brengen op het pensioen. Fox heeft de toelaatbaarheid van de korting bestreden; hij zag zijn AOV-gelden als 'spaarcentjes' en niet als 'pensioen'.

3 Het procesverloop

Fox heeft een procedure aanhangig gemaakt waarin hij een verklaring voor recht vordert dat PDC het spaartegoed uit hoofde van de AOV-regeling niet in mindering mag brengen op zijn pensioen. Hij heeft daartoe onder meer

aangevoerd dat zijn *spaar*tegoed niet valt aan te merken als pensioen in de zin van artikel 16 lid 5 van het pensioenreglement, nu het hier gaat om een spaartegoed bij de Stichting AOV, waarop de Pensioen- en spaarfondsenwet – de PSW – van toepassing is, die zelf uitdrukkelijk onderscheid maakt tussen *pensioen*fondsen enerzijds en *spaar*fondsen anderzijds. De kantonrechter heeft de vordering van Fox afgewezen. Zijns inziens moest onder ‘pensioen’ in de zin van artikel 16 lid 5 ook de AOV-uitkering van Fox worden begrepen. De kantonrechter heeft deze beslissing in sterke mate doen steunen op de strekking van de pensioenregeling, die erin is gelegen te bewerkstelligen dat werknemers zoals Fox door hun arbeidsongeschiktheid niet worden benadeeld wat (de hoogte van) hun inkomen na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd betreft. De doelstelling van de pensioenregeling was, aldus de kantonrechter, niet om arbeidsongeschikte werknemers te bevoordelen ten opzichte van niet arbeidsongeschikte werknemers die tot de pensioendatum doorwerken en premies afdragen. De kantonrechter achtte de toepassing van de anti-cumulatiebepaling door PDC, waarbij onder pensioen tevens de AOV-uitkering werd verstaan, een alleszins redelijke aanpak om de doelstelling van de pensioenregeling te bereiken.

Fox heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de kantonrechter. In aanvulling op het in eerste aanleg door hem gestelde, heeft Fox in appèl met name benadrukt dat de kantonrechter zou hebben miskend dat bij de uitleg van collectieve (arbeidsrechtelijke) regelingen, zoals het pensioenreglement van PDC, de letterlijke betekenis van de tekst doorslaggevend zou zijn. Individuele pensioengerechtigden hebben geen kennis van de bedoelingen en achtergronden die bij de totstandkoming van de bepalingen van een pensioenreglement een rol hebben gespeeld. Zij moeten derhalve op de tekst van een dergelijk document kunnen afgaan bij het vaststellen van hun rechten en verplichtingen, zo Fox. De Rechtbank Maastricht volgde dat betoog. Bij vonnis van 4 april 2002 vernietigde zij het vonnis van de kantonrechter en wees zij de vordering van Fox alsnog toe. De rechtbank overwoog dat ‘in een geval als het onderhavige, waarbij een woord [in casu “pensioen”] uit een regeling moet worden uitgelegd, terwijl de persoon waarop de regeling moet worden toegepast, niet bij de totstandkoming van die regeling betrokken is geweest, de grammaticale uitleg voorop dient te staan.’ Die *grammaticale* uitleg bracht volgens de rechtbank mee dat de stelling van PDC dat de anti-cumulatiebepaling toegepast mocht worden op de AOV-uitkeringen van Fox onjuist was: ‘Grammaticaal bezien is een individuele spaarregeling immers niet te beschouwen als pensioen.’

4 Hoge Raad

PDC is van het vonnis van de Rechtbank Maastricht in cassatie gegaan. In cassatie werd zijdens PDC in de kern betoogd dat de rechtbank een rechtens onjuiste, want te beperkte, maatstaf had gehanteerd door te beslissen dat het pensioenreglement aan de hand van een ‘grammaticale’ uitleg geïnterpreteerd diende te worden. Bij die uitleg, aldus het middel, mag ook rekening worden gehouden met andere (kenbare) interpretatiefactoren.

De Hoge Raad heeft het cassatiemiddel aangegrepen om een uitvoerig en in algemene bewoordingen vervat college te geven over de wijze waarop (arbeidsrechtelijke) contracten uitgelegd moeten worden.⁷ Hij stelt daarbij voorop dat in het Haviltex-arrest van 13 maart 1981, NJ 1981, 635 is overwogen dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is gedefinieerd, niet kan worden beantwoord op grond van een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het daarentegen aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Bij de uitleg volgens de – wat de Hoge Raad zelf noemt – ‘Haviltex-norm’ dient de rechter rekening te houden met alle bijzondere omstandigheden van het geval. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat hij in zijn arresten van 17 en 24 september 1993, ten aanzien van de uitleg van de bepalingen van een CAO een ‘anders geformuleerde norm’ heeft aanvaard. Ingevolge die ‘CAO-norm’ zijn voor de uitleg van een CAO-bepaling de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis. De CAO-norm, zo overweegt de Hoge Raad vervolgens, is ook toegepast op andere geschriften waarin een overeenkomst of andere regeling is vastgelegd en die naar haar aard bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of totstandkoming van die overeenkomst of regeling, terwijl de onderliggende partijbedoelingen ook niet kenbaar zijn.

Vervolgens relateert de Hoge Raad het verschil tussen de beide normen. Tussen de Haviltex-norm en de CAO-norm bestaat ‘geen tegenstelling maar een vloeiende overgang’. Die vloeiende overgang wordt als volgt onderbouwd. Enerzijds, zo de Hoge Raad, geldt ook in het kader van de ‘Haviltex-norm’ dat

7 Wat opbouw betreft, kent het arrest daarmee een aardige parallel met HR 30 januari 2004, JAR 2004/68 (Parallel Entry/KLM/VNV), waarin de Hoge Raad eveneens een algemeen geformuleerd college geeft over de rol die het beginsel ‘gelijke arbeid, gelijk loon’ in het Nederlandse arbeidsrecht speelt, alvorens zich te buigen over de verschillende onderdelen van het cassatiemiddel.

wanneer een contract schriftelijk is opgesteld, de argumenten voor een uitleg naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen naarmate de overeenkomst naar haar aard meer is bestemd om (ook) de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift niet kunnen kennen, en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen. Anderzijds moet ook de CAO-norm niet als een louter taalkundige uitleg worden begrepen. Die uitleg is er een naar objectieve maatstaven, waarbij naast de tekst van de uit te leggen bepaling ook acht kan worden geslagen op elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Ook met de bedoelingen van de CAO-partijen mag bij uitleg conform de CAO-norm rekening worden gehouden, mits deze naar objectieve maatstaven volgen uit de tekst van de CAO-bepalingen en een eventueel daarbij gevoegde toelichting en dus kenbaar zijn voor de aan de CAO onderworpen werknemers. De Haviltex-norm en de CAO-norm, zo overweegt de Hoge Raad vervolgens, hebben ook een 'gemeenschappelijke grondslag'. Die gemeenschappelijke grondslag is erin gelegen dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens alle omstandigheden van het geval van beslissende betekenis zijn, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Ten behoeve van de werkbaarheid voor de praktijk en de toetsbaarheid van het rechterlijk oordeel in cassatie, is door de Hoge Raad een uitwerking van die norm gegeven voor bepaalde in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende typen van gevallen. De CAO-norm geldt daarbij voor geschriften en verhoudingen waarvan de aard meebrengt dat bij die uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan. Opmerking verdient ten slotte, aldus de Hoge Raad, dat de CAO-norm en de Haviltex-norm gemeen hebben dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden aan de hand van de tekst van een overeenkomst alleen. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis van de bewoordingen, gelezen in het licht van de context van het geschrift als geheel, wel van belang bij het vaststellen van de uitleg.

Na deze uitvoerige algemene inleidende beschouwingen volstaat de Hoge Raad met een korte bespreking van het middel. De in het middel vervatte klacht dat de rechtbank is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, door bij de uitleg van het pensioenreglement uit te gaan van een grammaticale uitleg, slaagt. Weliswaar, zo de Hoge Raad, is in HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258 beslist dat een pensioenreglement in de verhouding tussen de oorspronkelijk contracterende partijen aan de hand van de Haviltex-maatstaf moet worden uitgelegd, maar bij de uitleg van een pensioenreglement in de ver-

houding tussen een werknemer, voor wie de bedoelingen van de oorspronkelijke contracterende partijen (zijn werkgever en het pensioenfonds) niet kenbaar zijn, en het pensioenfonds is toepassing van de CAO-norm aangegeven. In het kader van die norm kan ook met andere factoren rekening worden gehouden dan alleen met de grammaticale betekenis van de tekst.

5 Terug bij af?

De eerste vraag die naar aanleiding van het arrest DSM/Fox zou kunnen rijzen, is of de in 1993 voor CAO-bepalingen voorgeschreven uitlegmaatstaf met het arrest DSM/Fox weer is ingetrokken. Met name door Duk is de Hoge Raad opgeroepen om de voor de uitleg van CAO-bepalingen ontwikkelde maatstaf te herzien. In een bijdrage uit 1998 heeft hij zich een verklaard tegenstander van de 'nieuwe uitleg' betoond. Zijn voornaamste bezwaar tegen de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf was dat een tekstuele uitleg tekortschiet bij bepalingen die, grammaticaal gezien, voor verschillende uitleg vatbaar zijn. Hoe moet immers aan de hand van een tekst die verschillende interpretaties mogelijk maakt, worden bepaald welke lezing de juiste is? Ook de ratio van de CAO-uitleg kon Duk niet bekoren. Hij bepleitte dat er geen reden was om individuele werknemers te beschermen tegen de voor hen niet kenbare bedoelingen van de CAO-partijen. Voorzover de werknemers lid zijn van een CAO-partij, worden zij in het CAO-overleg door hun bond vertegenwoordigd, hetgeen rechtvaardigt om de niet kenbare bedoelingen en verwachtingen aan de onderhandelingstafel aan hen toe te rekenen. Voorzover de werknemers geen lid zijn, valt niet in te zien waarom de CAO voor hen anders uitgelegd zou moeten worden dan voor de leden, aldus Duk.⁸ Is de Hoge Raad Duks oproep uit 1998 om de nieuwe uitleg te dempen, thans gevolgd en teruggekomen op de in de arresten van 17 en 24 september 1993 gezette schreden?

Ik zou menen dat DSM/Fox zo niet moet worden begrepen. Blijkens het arrest van 20 februari 2004 ziet de Hoge Raad de bij de uitleg van CAO-bepalingen voorgeschreven norm en de voor contracten in het algemeen geldende Haviltex-maatstaf nog steeds als twee *verschillende*, te onderscheiden, normen. Dat blijkt allereerst uit het feit dat de Hoge Raad zo duidelijk spreekt over de 'CAO-norm' enerzijds en de 'Haviltex-norm' anderzijds. Dat de Hoge Raad de CAO-norm nog steeds beschouwt als een van Haviltex te onderscheiden norm, vindt ook bevestiging in zijn overweging dat tussen beide maatstaven geen tegenstelling, maar een 'vloeiende overgang' bestaat. Een *overgang* impliceert een verschil in uitgangspunt. Dat de objectief-tek-

8 R.A.A. Duk, De Hoge Raad en uitleg van CAO's, SMA 1998, p. 471.

stuele CAO-maatstaf in het arrest DSM/Fox als afzonderlijke norm is gehandhaafd, blijkt tot slot uit het feit dat de Hoge Raad die norm in een aantal na DSM/Fox gewezen arresten weer onverkort heeft toegepast. Zo werd in een arrest van 2 april 2004 bij de uitleg van de CAO voor het personeel in de ambulancezorg door de Hoge Raad vooropgesteld dat het bij deze uitleg aankomt op het vaststellen van de betekenis die naar 'objectieve maatstaven' volgt uit de bewoordingen van de CAO en de toelichting daarop.⁹ We zijn dus, waar het de uitleg van CAO-bepalingen betreft, nog niet 'terug bij af': de CAO-norm moet nog steeds van de Haviltex-norm worden onderscheiden.¹⁰

6 De verschillende verschijningsvormen van de Haviltex-norm

Uit het arrest DSM/Fox volgt evenwel dat men de zaken te eenvoudig voorstelt wanneer de CAO-norm wordt onderscheiden van 'de' Haviltex-norm. De Haviltex-norm doet zich namelijk blijken DSM/Fox niet in één, maar in verschillende verschijningsvormen voor, te weten in een 'subjectieve' en in verschillende meer 'objectieve'. De subjectieve toepassing van Haviltex zal geïndiceerd zijn bij de uitleg van contracten die tot stand zijn gekomen na onderhandelingen tussen de partijen voor wie het contract geldt. Het contract is een uitvloeisel van een proces van loven en bieden, waarin partijen uitdrukkelijk hebben aangegeven wat ze van het contract verwachten. Te denken valt aan een arbeidscontract voor een statutair directeur dat tot in de details is 'uitonderhandeld'. Bij de uitleg van een dergelijk contract zal het erop aankomen de bedoelingen en de subjectieve verwachtingen die de partijen, gelet op hetgeen bij de onderhandelingen is gezegd, redelijkerwijs ten aanzien van het contract mochten hebben, te achterhalen. De subjectieve verschijningsvorm van Haviltex is daarmee ver verwijderd van de CAO-norm, waarin aan dergelijke subjectieve verwachtingen en bedoelingen die voor derden niet kenbaar zijn, *per definitie* geen aandacht mag worden besteed.

Maar soms zullen de subjectieve bedoelingen en verwachtingen van partijen binnen 'Haviltex' een minder grote rol spelen en zal de rechter zich bij de toepassing van die norm in meer of minder sterke mate moeten laten leiden door algemeen kenbare, objectieve interpretatiefactoren. Haviltex gaat dan tenderen in de richting van de CAO-norm. Die meer 'objectieve' toepassing van Haviltex zit in bepaalde gevallen ingebakken in (de beperkingen van) de

⁹ HR 2 april 2004, JAR 2004/113.

¹⁰ Zie in die zin ook A-G Verkade, die in zijn conclusie voor HR 22 oktober 2004, Nr. Co3/184 (Federatie van werknemers in de zeevaart c.s./Smit Internationale c.s.) – nog niet gepubliceerd – onder 5.9 opmerkt dat het arrest DSM/Fox geen breuk met het verleden inhoudt.

Haviltex-norm: als de subjectieve partijbedoelingen tijdens de onderhandelingen niet zijn geuit of in een procedure niet naar voren worden gebracht, zal daarmee door de rechter ook geen rekening gehouden kunnen worden. Te denken valt aan de werknemer die een standaard arbeidscontract voorgeschoteld krijgt, zonder dat de werkgever hem uitlegt wat hij met de verschillende bepalingen beoogt. Wanneer de werkgever zijn specifieke bedoelingen ten aanzien van een dergelijk standaardcontract niet *expressis verbis* aan de werknemer heeft geopenbaard, omdat daarover geen overleg heeft plaatsgevonden, zijn bij de werknemer ook geen dienovereenkomstige verwachtingen gewekt, waarop een van beide partijen zich bij een uitleggeschil vervolgens redelijkerwijs zou kunnen beroepen. Onder die omstandigheden zal ook binnen Haviltex *noodgedwongen* met meer objectieve interpretatiefactoren moeten worden gewerkt.¹¹

Van groot belang is dat de Hoge Raad in het arrest DSM/Fox heeft verduidelijkt dat een objectieve toepassing van de Haviltex-norm niet alleen door een gebrek aan subjectieve interpretatiefactoren, maar ook door *normatieve* overwegingen kan zijn ingegeven, te weten doordat een contract naar zijn aard bestemd is om de rechtspositie van derden op uniforme wijze te beïnvloeden. Naarmate een contract een grotere invloed heeft op de rechtspositie van derden en naarmate de omvang van die groep derden toeneemt, des te sterker pleit dat volgens de Hoge Raad voor een (in toenemende mate) objectieve toepassing van Haviltex. Mijns inziens moet deze overweging aldus worden geïnterpreteerd dat de mate van 'normatieve objectivering' binnen Haviltex fluctueert. Anders gezegd: de normatief geobjectiverde versie van de Haviltex-norm wordt door de Hoge Raad op verschillende 'sterktes' geleverd. Heeft een contract een *beperkte* invloed op een *gering aantal derden*, die niet bij de totstandkoming van het contract betrokken waren, dan zal er 'een beetje geobjectiveerd' moeten worden bij de uitleg. Ik stel mij voor dat met de subjectieve partijbedoelingen in dat geval in beginsel rekening kan worden gehouden, tenzij dat leidt tot een uitleg die onredelijke gevolgen voor de derde(n) heeft. Heeft een contract daarentegen *verstrekkende* gevolgen voor de rechtspositie van een *grote groep derden*, dan ligt het voor de hand om de niet kenbare partijbedoelingen in beginsel geheel buiten beschouwing te laten, tenzij aldus niet tot een aannemelijk uitlegresultaat kan worden gekomen.

11 Zie in die zin ook M.H. Wissink, Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm, over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen, WPNR 2004/6579, p. 408-409 en Sagel, De objectief-tekstuele uitleg van CAO-bepalingen: betekenis en reikwijdte (II), p. 33 l.k.

7 Normatieve objectivering binnen Haviltex en de toetsing van uitleggeschillen in cassatie

De overweging van de Hoge Raad dat ook bij toepassing van Haviltex de argumenten voor een uitleg naar objectieve maatstaven toenemen naarmate een contract naar zijn aard meer bestemd is om derden uniform te binden, zou de mogelijkheden om in cassatie over contractsuitleg te procederen, wel eens kunnen vergroten. Dat kan als volgt worden toegelicht.

In cassatie kan, zoals bekend, slechts worden geklaagd over verkeerde toepassing van het recht en onvoldoende of onbegrijpelijke motivering in uitspraken van de feitenrechter.¹² De vraag of de rechter bij de uitleg van een contract de juiste maatstaf heeft gehanteerd, is bij uitstek een rechtsvraag die in cassatie ten volle kan worden getoetst. Tot op heden werd 'de' Haviltex-norm algemeen als één uniforme maatstaf beschouwd, die in feite slechts kon worden onderscheiden van de voor de uitleg van CAO-bepalingen voorgeschreven objectief tekstuele uitlegnorm. Daarmee waren de mogelijkheden om in cassatie met een rechtsklacht tegen contractsuitleg door de feitenrechter op te komen, beperkt. Voor rechtsklachten was in feite slechts ruimte als de feitenrechter een CAO had uitgelegd aan de hand van Haviltex, of een individueel contract aan de hand van de CAO-norm. Was een contractueel beding waarop Haviltex toegepast moest worden, door de feitenrechter ook aan de hand van dat (juiste) criterium uitgelegd, dan kon in cassatie tegen de uitkomsten van die uitleg slechts in bijzondere gevallen worden opgekomen. De concrete *toepassing* van Haviltex, te weten de keuze van de feitelijke omstandigheden, bedoelingen en verwachtingen van partijen die in een bepaald geval als doorslaggevend moesten worden aangemerkt, werd namelijk door de Hoge Raad als een in overwegende mate feitelijke afweging beschouwd, die zich daarmee grotendeels aan toetsing in cassatie onttrok. Was de uitleg waartoe de rechter onder toepassing van het juiste criterium, te weten 'de' Haviltex-norm, was gekomen minder voor de hand liggend, maar niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd, dan was een dergelijke uitspraak 'cassatieproof'. Slechts wanneer aan de hand van de juiste norm onbegrijpelijke uitlegresultaten werden behaald, kon daartegen in cassatie met een motiveringsklacht worden opgekomen. In dit beeld zou verandering kunnen komen, nu de Hoge Raad in het arrest DSM/Fox zo duidelijk heeft aangegeven dat de wijze waarop Haviltex wordt toegepast – meer subjectief of meer objectief – niet alleen een feitelijke, maar ook een normatieve kant heeft. Dat betekent dat de rechter door Haviltex toe te pas-

12 Zie daarover uitvoerig D.J. Veegens/E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Zwolle 1989, p. 140 e.v.

sen in gevallen waarin dat criterium is voorgeschreven, nog niet per definitie de rechtens juiste maatstaf heeft gehanteerd. Hij zal vervolgens moeten nagaan welke verschijningsvorm van Haviltex is voorgeschreven: een meer of minder objectieve. Past de rechter een in sterke mate subjectieve variant van de Haviltex-norm toe op een contract dat ook gevolgen heeft voor een grote groep derden, dan zou daartegen met een rechtsklacht kunnen worden opgekomen. De Hoge Raad zou zich aldus, via de band van de normatieve objectivering binnen Haviltex, veel intensiever kunnen gaan bezighouden met de vraag wanneer bepaalde subjectieve en objectieve interpretatiefactoren gehanteerd mogen worden. Dat zou er uiteindelijk toe kunnen leiden dat in de loop der tijd een heel scala aan vuistregels wordt ontwikkeld met betrekking tot de vraag welke interpretatiefactoren onder welke omstandigheden bij de uitleg volgens Haviltex betrokken mogen worden. 'De' Haviltex-norm is dan in feite verleden tijd. Hij zal gaandeweg zijn vervangen door een heel scala aan verschillende, meer of minder objectieve Haviltex-species. Of het zover zal komen, is thans moeilijk te zeggen. Duidelijk is wel dat de Hoge Raad, door in het arrest DSM/Fox aan te geven dat de mate waarin binnen Haviltex geobjectiveerd moet worden, ten dele een rechtsvraag is, de deur voor zichzelf open heeft gezet om zich intensiever dan voorheen te bemoeien met de factoren die al dan niet bij de uitleg volgens dat criterium betrokken mogen worden.

8 Normatief objectiverende Haviltex-toepassingen en de CAO-norm: is er nog verschil?

Nu blijkt dat de Haviltex-norm zich ook in normatief objectiverende varianten voordoet, rijst de vraag waarin die varianten zich nog onderscheiden van de, eveneens objectieve, CAO-norm. Mijns inziens mag aangenomen worden dat er, in ieder geval theoretisch of 'conceptueel' beschouwd, wel degelijk (nog steeds) een verschil bestaat tussen de normatief objectiverende verschijningsvormen van Haviltex enerzijds en de CAO-norm anderzijds. Die aanname is gerechtvaardigd, nu de Hoge Raad in het arrest DSM/Fox 'de' Haviltex-norm, inclusief de normatief objectiverende verschijningsvormen daarvan, als een van de CAO-norm te onderscheiden maatstaf presenteert. Daaruit volgt logischerwijs dat er enig 'licht' zou moeten zitten tussen de normatief objectiverende varianten van Haviltex en de CAO-norm.

Dat verschil kan mijns inziens als volgt worden begrepen. Bij de CAO-norm gaat het erom vast te stellen welke betekenis de gemiddelde, niet bij de totstandkoming van de CAO betrokken individuele werknemer of werkgever, op grond van interpretatiefactoren die voor hem redelijkerwijs objectief kenbaar zijn, aan de tekst kan ontlenen. Daarbij mag *per definitie* geen reke-

ning worden gehouden met interpretatiefactoren die *niet* objectief kenbaar zijn. Subjectieve interpretatiefactoren blijven, wanneer de uitleg dient te geschieden volgens de CAO-norm, *zelfs* buiten beschouwing wanneer de procespartijen er beide van op de hoogte zijn. Te denken valt aan een procedure tussen de vakbonden en een werkgever over de uitleg van een bepaling in een ondernemings-CAO. Hoewel beide procespartijen in dat geval weet hebben van hetgeen tijdens de onderhandelingen aan de orde is geweest, mag bij de uitleg van de bepaling aan de hand van de CAO-norm principieel geen rekening worden gehouden met die subjectieve interpretatiefactoren. Hetzelfde zal hebben te gelden in een procedure tussen een individuele werknemer en zijn werkgever over de uitleg van een CAO-bepaling. Zelfs als de werkgever kan bewijzen dat de betreffende werknemer via contacten bij de vakbond precies op de hoogte is van de bedoelingen van de CAO-partijen, zullen die bedoelingen de werknemer niet mogen worden tegengeworpen wanneer zij niet objectief kenbaar zijn voor alle andere aan de CAO onderworpen werknemers.¹³

Bij de normatief objectiverende toepassingen van Haviltex ligt dat anders. Bij toepassing daarvan is er mijns inziens geen sprake van dat *principieel* geen rekening gehouden mag worden met subjectieve interpretatiefactoren. De Hoge Raad formuleert het aldus dat binnen Haviltex '*de argumenten voor een uitleg van dat geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen*' in de mate waarin de daarin belichaamde overeenkomst naar haar aard meer is bestemd om een groeiende groep derden uniform te binden. Wanneer bepaalde argumenten 'aan gewicht winnen', betekent dat nog niet dat andersoortige argumenten principieel buiten beschouwing moeten blijven. De Hoge Raad heeft in DSM/Fox dus *niet* beslist dat wanneer een contract dat beoogt een grote groep derden uniform te binden, aan de hand van een (in zekere mate) normatief objectiverende Haviltex-maatstaf wordt uitgelegd, *alleen* met objectieve interpretatiefactoren rekening mag worden gehouden. Subjectieve factoren blijven (ook) bij de (meest) objectieve toepassing van Haviltex klaarblijkelijk niet *per definitie* buiten beschouwing.¹⁴ Denkbaar is bijvoorbeeld dat bij een in sterke mate normatief objectiverende toepassing van Haviltex *primair* wordt gekeken naar objectieve interpretatiefactoren en dat slechts wanneer op grond daarvan twee verschillende interpretaties evenzeer verdedigbaar zijn, alsnog *subsidiar* wordt teruggегrepen op subjectieve factoren, teneinde daaruit de 'juiste' interpretatie te kiezen. De subjectieve interpretatiefactoren dienen dan ter ondersteuning van een

13 Een en ander volgt uit HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473.

14 Zie ik het goed, dan neemt Wissink, Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm, over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen, p. 410, een vergelijkbaar standpunt in.

van de objectieve uitlegresultaten. Ook valt te denken aan het geval waarin één objectieve interpretatiefactor pleit voor een bepaalde uitleg, terwijl een zeer groot aantal subjectieve interpretatiefactoren samen in de richting van een tegenovergestelde uitleg wijzen. In een dergelijk geval heeft de rechter bij toepassing van de normatief objectiverende Haviltex in beginsel de mogelijkheid om, hoewel de objectieve interpretatiefactor veel gewicht in de schaal legt, toch voor de tweede uitleg te kiezen. Dergelijke mogelijkheden bestaan bij toepassing van de CAO-norm niet. Thans is vanzelfsprekend nog onzeker *welk* gewicht onder *welke* omstandigheden binnen de normatief objectiverende Haviltex aan *welke* objectieve en subjectieve interpretatiefactoren mag worden toegekend. Wat dat betreft roept het arrest DSM/Fox bepaald meer vragen op dan het beantwoordt.¹⁵ Het is aan de Hoge Raad om bij de beantwoording daarvan leiding te geven. De mogelijkheid daartoe lijkt hij zichzelf te hebben gegeven door de vraag naar de mate van objectivering binnen Haviltex aan te merken als een vraag die in ieder geval ten dele het karakter van een rechtsvraag heeft.

9 CAO-norm: ook na DSM/Fox toch nog een aantal openstaande vragen

Terwijl de precieze betekenis van de normatief objectiverende verschijningsvormen van de Haviltex-norm nog bepaald onzeker is, is de inhoud van de CAO-norm inmiddels vrijwel uitgekristalliseerd. Toch is ook ten aanzien van de CAO-norm nog een aantal vragen onbeantwoord. Zo is bijvoorbeeld nog steeds niet geheel duidelijk *wanneer* de partijbedoelingen bij uitleg conform de CAO-norm mogen worden betrokken. In het arrest Buijsman/Motel Akersloot van 28 juni 2002 besliste de Hoge Raad dat die bedoelingen in aanmerking mogen worden genomen wanneer deze naar objectieve maatstaven volgen 'uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting'. Die formulering, die zowel in het arrest DSM/Fox als in het nadien gewezen arrest Hoevers/Van Dijk werd herhaald,¹⁶ lijkt erop te wijzen dat de bedoelingen van partijen in het kader van de CAO-norm slechts mogen meewegen als zij objectief kenbaar zijn uit de CAO of de schriftelijke toelichting daarop, maar *niet* wanneer zij redelijkerwijs kunnen worden afgeleid uit *andere* publiekelijk toegankelijke bronnen. Te denken valt aan een door de CAO-partijen na het bereiken van de overeenstemming gezamenlijk uitgegeven persverklaring, waarin zij hun bedoelingen ten aanzien van de CAO uiteenzetten. Dat de partijbedoeling in

15 Zie ook G.J.J. Heerma van Voss & J.M. van Slooten, Kroniek van het sociaal recht, NJB 2004, p. 1610, die reppen over de toename van onzekerheid over de uitleg van contracten die het arrest DSM/Fox heeft opgeleverd.

16 HR 9 juli 2004, JAR 2004/189.

het kader van de CAO-norm geen rol speelt wanneer deze niet uit de tekst van het contract of de schriftelijke toelichting daarop volgt, is met zoveel woorden bevestigd in het (nog) niet gepubliceerde arrest X/Allied Signal van 28 mei 2004, dat evenals het arrest DSM/Fox betrekking had op de uitleg van een pensioenreglement.¹⁷ De Hoge Raad overwoog daarin dat het in cassatie gevoerde betoog, dat bij de uitleg van het reglement ook rekening gehouden moest worden met de partijbedoelingen, ‘voorzover deze niet uit de tekst en de toelichting kenbaar zijn’, faalde. ‘Aan *dergelijke* niet kenbare bedoelingen’ – bedoeld is dus: bedoelingen die niet uit tekst en toelichting kenbaar zijn – ‘komt bij de uitleg van een pensioenreglement als het onderhavige geen betekenis toe’, aldus de Hoge Raad in rov. 3.3.1 van het arrest. Hoewel met het voorgaande vast *lijkt* te staan dat bedoelingen van de oorspronkelijke contractspartijen bij toepassing van de CAO-norm uitsluitend een rol kunnen spelen wanneer zij uit de tekst van het contract zelf blijken, is er ook recente rechtspraak die een geheel andere kant op wijst. In een arrest van 27 februari 2004 boog de Hoge Raad zich over de uitleg van het Bindend Besluit Regres.¹⁸ Het BBR is een op het beperken van verhaal van brandverzekeraars gerichte regeling die is opgesteld door het Verbond van Brandassuradeuren, waaraan derden – te weten onder anderen degenen op wie regres kan worden genomen voor brandschade – rechten kunnen ontlelen. Nu het BBR een algemene regeling bevat waaraan derden die niet bij het opstellen ervan betrokken waren, rechten kunnen ontlelen, heeft de Hoge Raad reeds eerder – te weten in een arrest van 16 mei 2003 – beslist dat op de uitleg van het BBR de CAO-norm van toepassing is.¹⁹ In de zaak die leidde tot het arrest van 27 februari 2004 had het Hof zich bij het uitleggen van een bepaling van het BBR laten leiden door de bedoelingen van de opstellers zoals die bleken uit een artikel dat kort na de inwerkingtreding van het BBR op naam van het Verbond voor Brandassuradeuren was verschenen in het WPNR. De Hoge Raad besliste dat het Hof door die voor een ieder toegankelijk bron – het WPNR – te betrekken bij de uitleg, niet was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. In het arrest van 27 februari 2004 zag de Hoge Raad er dus, anders dan in het arrest X/Allied Signal van 28 mei 2004, *geen* bezwaar in om bij uitleg volgens de CAO-norm rekening te houden met partijbedoelingen die objectief kenbaar zijn uit andere bronnen dan de uit te leggen regeling zelf of de toelichting daarop. De opvatting die spreekt uit het arrest van 27 februari 2004, lijkt mij juist. Niet valt in te zien waarom bij de uitleg ingevolge de CAO-norm geen rekening gehouden mag worden met de partijbedoelingen wanneer deze objectief kenbaar zijn uit

17 HR 28 mei 2004, LJN-nummer AO4600, Zaakno. C03/055.

18 HR 27 februari 2004, RvdW 2004, 43.

19 HR 16 mei 2003, NJ 2003, 470.

een andere bron dan de tekst van de regeling of de toelichting daarop.²⁰ Beslissend is of de interpretatiebron redelijkerwijs kenbaar is voor de aan de regeling onderworpen derden. Dat is een feitelijke afweging die de rechter van geval tot geval zal moeten maken. Voor brandassuradeuren zal het WPNR een redelijkerwijs kenbare bron zijn – of dat voor particulieren waarop regres wordt genomen ook geldt, waag ik te betwijfelen.

Een andere vraag die nog niet (definitief) is beantwoord, is of bij uitleg aan de hand van de CAO-norm ook rekening mag worden gehouden met objectief kenbare interpretatiefactoren van een latere datum dan de uit te leggen bepaling zelf. Kan bij de uitleg van een CAO-bepaling bijvoorbeeld de tekst van een opvolgende CAO worden betrokken?

In zijn arrest van 31 mei 2002 besliste de Hoge Raad dat bij de uitleg van een CAO in ieder geval rekening kan worden gehouden met de toelichting op een *eerdere* versie van diezelfde CAO. Daarbij speelde voor de Hoge Raad wel een rol dat die eerdere toelichting kenbaar was uit de uit te leggen CAO, omdat daarin naar de vorige, inmiddels vervallen, toelichting werd verwezen. De benadering dat bij de uitleg van een CAO met (een toelichting op) een eerdere CAO rekening kan worden gehouden, lijkt mij principieel juist. De eerdere CAO is immers meestal een voor de aan de CAO onderworpen werknemers kenbare interpretatiefactor. Wel zal bij het gebruik van een eerdere CAO als interpretatiefactor voor een latere CAO terughoudendheid geboden zijn. Dat een CAO-bepaling of toelichting daarop in een opvolgende CAO is vervallen, zal in veel gevallen kunnen worden verklaard doordat die opvolgende CAO de uitkomst vormt van nieuwe onderhandelingen, waarbij het vervallen van de betreffende oude bepaling of toelichting een concessie vormde in ruil voor andere toezeggingen. Het is vanuit dat perspectief risikant om bij de uitleg van de opvolgende CAO veel gewicht toe te kennen aan de tekst van vervallen bepalingen of toelichtingen.

Naar aanleiding van het arrest van 31 mei 2002 is de vraag gerezen of bij de uitleg ingevolge de CAO-norm ook rekening mag worden gehouden met latere, opvolgende versies van dezelfde of andere CAO's. Ik zou die vraag ontkennend willen beantwoorden. De latere CAO's zijn immers op het moment waarop de uit te leggen CAO geldt, nog *niet kenbaar*, en de kerngedachte van de CAO-norm is nu juist dat het aankomt op uitleg aan de hand van objectief *kenbare* factoren. Loonstra denkt anders over deze kwestie. Hij bepleitte enige tijd geleden op deze plaats dat niet valt in te zien waarom, indien bij

20 Zie S.F. Sagel, *ArbeidsRecht* 2003/11, 49, p. 19 l.k.

21 Loonstra, *Uitleg van CAO-bepalingen: op weg naar een (objectieve) redelijkheidstoets?*, p. 95.

de uitleg van CAO-bepalingen wel rekening mag worden gehouden met eerdere CAO's, latere CAO's buiten beschouwing zouden moeten blijven.²¹

Op 2 april 2004 wees de Hoge Raad arrest in de zaak Arriva/Uppenkamp, die betrekking had op de uitleg van de feestdagenregeling in de CAO's voor het personeel in de Ambulancezorg, die golden in de periode van 1996 tot en met 1999. De betreffende regeling was tekstueel beschouwd voor verschillende uitleg vatbaar. Volgens de eerste interpretatie had een werknemer die op een doordeweekse feestdag werkte, recht op zowel een vervangende vrije dag, onregelmatigheidstoeslag, zijn reguliere salaris en een vergoeding voor elk op de feestdag gewerkt uur. De tweede interpretatie leidde ertoe dat de werknemer in dat geval slechts recht had op de eerste drie emolumenten. De Hoge Raad overwoog dat de eerste interpretatie, die tot viervoudige vergoeding van werk op doordeweekse feestdagen leidde, hem onaannemelijker – want 'te' riant – voorkwam dan de tweede en casseerde, als ik het goed zie, op *die* grond het vonnis van de rechtbank. Het arrest werd afgesloten met de overweging dat de op grond van de aannemelijkheid van zijn rechtsgevolgen gekozen uitleg *bevestiging* vond in de toelichting op de sinds 1 januari 2000 geldende CAO. In de literatuur is wel aangevoerd dat de Hoge Raad met die laatste overweging zou hebben aanvaard dat bij de uitleg van CAO-bepalingen ook (toelichtingen op) posterieure CAO's als volwaardige interpretatiefactor mogen worden meegewogen.²² Ik ben daar niet zo zeker van. Mijns inziens is evengoed pleitbaar dat de Hoge Raad zijn beslissing in het arrest Uppenkamp/Arriva uitsluitend heeft gebaseerd op het criterium van de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de verschillende tekstinterpretaties. Dat de aldus gekozen uitleg volgens de Hoge Raad '*bevestiging*' vindt in een latere CAO, betekent immers niet dat die uitleg ook op de latere CAO *berust*. De vraag of posterieure CAO's als (volwaardige) interpretatiefactor mogen meewegen bij uitleg volgens de CAO-norm, zal wellicht binnenkort alsnog definitief door de Hoge Raad worden beantwoord.²³

10 CAO-norm en Haviltex-norm: welke norm wanneer in het arbeidsrecht?

Met het bovenstaande is duidelijk dat er nog steeds verschil bestaat tussen de CAO-norm enerzijds en (de normatief geobjectiverde toepassingen van) de Haviltex-norm anderzijds. Bovendien blijkt er nog veel onduidelijkheid te

²² Dossier Arbeid&Recht, juli/augustus 2004.

²³ De vraag of posterieure CAO's mogen meewegen bij de uitleg van CAO-bepalingen ligt de Hoge Raad thans ter beantwoording voor. A-G Keus heeft haar inmiddels ontkenkend antwoord in zijn (nog niet gepubliceerde) conclusie onder rolno. Co3/243HR.

bestaan met betrekking tot de wijze waarop de normatief geobjectiveerde verschijningsvormen van de Haviltex-norm moeten worden toegepast. Dergelijke onduidelijkheid bestaat bij de CAO-norm nauwelijks meer. De betekenis daarvan is, afgezien van de zojuist besproken punten van discussie, uitgekristalliseerd. Al deze omstandigheden maken dat het van belang is om na te gaan welke van beide normen wanneer toepassing vindt.

Zoals de Hoge Raad in het arrest DSM/Fox zelf uitdrukkelijk heeft gememooreerd, is de CAO-norm sinds 2000 op verschillende andere soorten contracten en regelingen toegepast. Achtereenvolgens werden onder meer een met de vakbonden overeengekomen sociaal plan, een perceelomschrijving in een notariële leveringsakte, een obligatielening voor een trustakte, het Bindend Besluit Regres en een arbitraal reglement door de Hoge Raad aan de CAO-norm onderworpen.²⁴ Daarentegen werd de CAO-norm voorafgaande aan het arrest DSM/Fox verworpen voor de uitleg van algemene voorwaarden en een overeenkomst van achterstelling. Evenmin werd de CAO-norm van toepassing geacht op de uitleg van een pensioenreglement en een op basis van dat reglement ten behoeve van werknemers afgesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering.²⁵

In de literatuur zijn verschillende pogingen ondernomen om de lijn in deze rechtspraak te ontdekken. Du Perron heeft in dat verband opgemerkt dat de Haviltex-norm de regel zal blijven en dat de CAO-norm voorbehouden zal blijven aan overeenkomsten die naar hun aard bestemd zijn om ook voor een groot aantal anderen dan de ontstaanspartijen, dat wil zeggen degenen die de overeenkomst sloten, op uniforme wijze te gelden.²⁶ Spier heeft een vergelijkbaar standpunt ingenomen.²⁷ Het arrest DSM/Fox sluit bij die inzichten aan. De Hoge Raad overweegt daarin immers zelf dat de gemene deler van de gevallen waarin de CAO-norm is toegepast, is dat daarbij steeds sprake was van 'geschriften waarin een overeenkomst of andere regeling is vastgelegd, die naar haar aard bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of formulering van die overeenkomst/regeling, terwijl de onderliggende partijbedoe-ling voor die derden ook niet kenbaar is'.

24 Zie respectievelijk HR 26 mei 2000, NJ 2000, 473; HR 8 december 2000, NJ 2001, 350; HR 23 maart 2001, NJ 2003, 715; HR 16 mei 2003, NJ 2003, 470 en HR 17 januari 2003, RvdW 2003, 17.

25 HR 20 november 2001, JOR 2002/43; HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 503 en HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258.

26 Du Perron, NJ 2002, 610, p. 4553 l.k. en NJ 2003, 503, p. 3918 r.k. in fine.

27 Zie NJ 2003, p. 3639 r.k.

Hoewel de exacte afbakening van de Haviltex-norm en de CAO-norm nog niet is uitgekristalliseerd, kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad wel een aantal factoren worden afgeleid die bij de beantwoording van de vraag ‘welke norm wanneer?’ een rol spelen.

Allereerst kan worden vastgesteld dat de Hoge Raad bij de beoordeling of sprake is van een regulier contract dat slechts tussen de ontstaanspartijen geldt (toepassing Haviltex-norm geïndiceerd) dan wel van een regeling die naar zijn aard bestemd is om de rechtspositie van buiten de totstandkoming daarvan staande derden te beïnvloeden (toepassing CAO-norm geïndiceerd), een *formele* benadering voorschrijft. Is weliswaar *materieel* gezien sprake van een uniforme standaardregeling waarvan de inhoud eenzijdig door een der partijen is opgesteld, maar wordt die regeling vervolgens *formeel* gezien door de wederpartij aanvaard, dan zal toepassing van Haviltex geïndiceerd zijn. Er is dan formeel gezien sprake van een ‘reguliere’ contractuele relatie die zich erdoor kenmerkt dat het contract geldt tussen de ontstaanspartijen. Algemene voorwaarden zijn hier een mooi voorbeeld van. De inhoud van algemene voorwaarden wordt gedicteerd door de opsteller, maar formeel gezien worden zij overeengekomen als een regulier contract en heeft de wederpartij dan ook, zo betoogt bijvoorbeeld Hartkamp, steeds de mogelijkheid om bepaalde voorwaarden al dan niet te accepteren.²⁸ *Feitelijk* zal daar echter vaak geen sprake van zijn. De mogelijkheden om bij het kopen van een treinkaartje in de automaat op het station in debat te gaan over onwettige algemene voorwaarden van de NS, zijn immers vrij beperkt.

De ‘formele’ benadering die bij de uitleg van eenzijdig opgestelde standaardbedingen wordt gehanteerd, zal ertoe leiden dat materieel beschouwd eenzijdig door de werkgever opgestelde collectieve standaardregelingen, zoals personeelsgidsen, pc-privé-plannen, kinderopvangregelingen, et cetera, *niet* aan de CAO-norm onderworpen zullen zijn. Dergelijke regelingen worden immers formeel beschouwd met de individuele werknemer overeengekomen, meestal door middel van een incorporatiebeding in de individuele arbeidsovereenkomst, of door stilzwijgende aanvaarding daarvan op het moment dat een beroep op de regeling wordt gedaan.²⁹ Ik waag te betwijfelen of de uitkomst dat materieel gezien eenzijdig door de werkgever opgestelde standaardregelingen niet aan de hand van de CAO-norm, maar aan de hand van de Haviltex-norm uitgelegd moeten worden, bevredigend is.

28 Asser/Hartkamp 4-II, nr. 286.

29 Zie Sagel, De objectief-tekstuele uitleg van CAO-bepalingen: betekenis en reikwijdte (II), p. 32 e.v. en Heerma van Voss & Van Slooten, Kroniek van het sociaal recht, p. 1611 l.k.

Toepassing van Haviltex op materieel gezien eenzijdig door de werkgever opgestelde regelingen kan er immers toe leiden dat dergelijke regelingen een verschillende inhoud krijgen, al naar gelang de werknemer die om de uitleg vraagt. Is bijvoorbeeld bij indiensttreding met bepaalde werknemers over de inhoud van een personeelsgids gesproken, en zijn daarbij (abusievelijk) tegengestelde toelichtingen gegeven op de inhoud daarvan, dan zullen de werknemers zich bij een uitleggeschil op die jegens hen gedane verschillende uitlatingen kunnen beroepen. Dat kan, bij toepassing van de Haviltex-norm, leiden tot een verschillende uitleg van een en dezelfde bepaling. Voor werknemers met wie niet over de regeling is gesproken, zal mogelijk weer een derde uitleg gelden. Een dergelijke resultaat is uit verschillende invalshoeken onwenselijk. Allereerst doet die benadering geen recht aan de aard van de regeling, waarmee de werkgever juist beoogt uniformiteit binnen de onderneming te realiseren. Zij kan voorts leiden tot resultaten die op gespannen voet staan met het beginsel dat gelijke arbeid onder gelijke omstandigheden gelijk beloond moet worden. In het arrest *Parallel Entry/KLM/VNV* van 30 januari 2004 bevestigde de Hoge Raad dat dit beginsel in individuele arbeidsverhoudingen doorwerkt via de band van artikel 7:611 BW.³⁰ Beloont een werkgever gelijke gevallen ongelijk, dan kan zulks leiden tot de conclusie dat de werkgever zich niet heeft gedragen als een goed werkgever betaamt. Wordt een personeelsgids of andere collectieve regeling die materieel beschouwd eenzijdig door de werkgever is opgesteld, in gelijke gevallen verschillend uitgelegd, dan bevordert dat resultaten die in strijd zijn met het beginsel 'gelijke arbeid, gelijk loon'. Toepassing van de CAO-norm op dergelijke regelingen kan dergelijke resultaten vermijden. Bij die norm mag immers per definitie slechts rekening worden gehouden met dezelfde, voor een ieder die aan de regeling onderworpen is, objectief kenbare interpretatiefactoren. Dat leidt tot een gelijke uitleg voor alle betrokkenen.

Tot slot leidt toepassing van de CAO-norm op materieel gezien eenzijdig door de werkgever opgestelde arbeidsvoorwaardelijke regelingen tot meer rechtszekerheid. Hiervóór bleek dat toepassing van de Haviltex-norm ertoe kan leiden dat een standaard regeling voor verschillende werknemers verschillend moet worden uitgelegd. Dat betekent dat werknemers (maar ook de werkgever) er niet op kunnen vertrouwen dat wanneer een van hen een bepaling ter interpretatie voorlegt aan de rechter, de door de rechter gegeven uitleg ook zal gelden voor het overige personeel. Bij toepassing van de CAO-norm doet dat probleem zich niet voor. Wordt die norm gehanteerd,

30 HR 30 januari 2004, JAR 2004/68, vergelijk over dat arrest: A.R. Blokzijl & R.S. van Coevorden, Niet elke 'gelijke behandeling' wordt gelijk behandeld, *ArbeidsRecht* 2004/6/7, 35 en M. van Eck, *Gelijke arbeid, gelijk loon?*, *ArA* 2004/2, p. 63. Zie ook HR 8 april 1994, NJ 1994, 704.

dan zal de rechter een bepaling op dezelfde wijze uitleggen, ongeacht welke werknemer om de uitleg vraagt. Dat komt de rechtszekerheid ten aanzien van arbeidsvoorwaarden ten goede.

Gelet op het voorgaande zou het mijns inziens beter zijn wanneer bij arbeidsrechtelijke 'algemene voorwaarden', zoals personeelsgidsen en door de werkgever opgestelde sociale plannen, wel de CAO-norm wordt gehanteerd. Net als op andere plaatsen in het arbeidsrecht,³¹ zou ook bij de keuze van de voor dergelijke regelingen te hanteren uitlegmaatstaf 'wezen voor schijn' moeten gaan. Materieel beschouwd doet zich bij dergelijke regelingen immers de ratio voor toepassing van de CAO-norm voor: er is sprake van een regeling die een groot aantal werknemers, die feitelijk niet bij de totstandkoming van de regeling betrokken waren en op de inhoud daarvan geen invloed hebben gehad, bindt. Geldend recht is deze benadering, in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad, waarschijnlijk (nog) niet.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad valt in de tweede plaats af te leiden dat het enkele feit dat een contract *gevolgen* heeft voor derden, zonder dat die derden aan dat contract *gebonden* zijn, op zichzelf in het algemeen onvoldoende is om tot toepassing van de CAO-norm te (mogen) concluderen. Bij contracten die partijen in de eerste plaats sluiten om tussen henzelf te gelden, blijft de Haviltex-norm voorop staan. In dit verband valt te wijzen op de uitleg van pandakten. Daarvoor geldt volgens de Hoge Raad gewoon Haviltex, ook al hebben andere crediteuren belang bij de manier waarop een pandakte wordt uitgelegd.³² Een arbeidsrechtelijke parallel kan worden gevonden in het in een individuele arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding. Een dergelijk beding kan gevolgen hebben voor derden, te weten werkgevers die de aan het concurrentiebeding gebonden werknemer in dienst willen nemen. Overtreedt de werknemer, door bij de nieuwe werkgever in dienst te treden, zijn concurrentiebeding, dan is de nieuwe werkgever onder omstandigheden aansprakelijk wegens misbruik van wanprestatie. Hij heeft dus belang bij duidelijkheid omtrent de werkingssfeer van het beding. Deze omstandigheid zal er echter niet toe leiden dat uitleg aan de hand van de CAO-norm geïndiceerd is. Het concurrentiebeding is er immers niet primair op gericht om andere werkgevers te binden, maar om de werknemer van concurrerende activiteiten af te houden. Het beding draagt daarmee vooral een regulier contractueel karakter, en het feit dat het beding

31 Zie HR 16 september 1994, NJ 1996, 329; HR 14 november 1997, JAR 1997/263 en HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263.

32 Zie ook Wissink, Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm, over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen, p. 412.

zekere gevolgen heeft voor andere (potentiële) werkgevers, rechtvaardigt geen afwijking van Haviltex. Wel kan de omstandigheid dat een contract (ingrijpende) gevolgen heeft voor een groep derden er, blijkens het voorgaande, toe leiden dat binnen Haviltex voor een normatief-objectiverende toepassing moet worden gekozen.

Op de regel dat het enkele feit dat een contract *gevolgen* heeft voor derden, zonder dat die derden aan dat contract *gebonden* zijn, op zichzelf onvoldoende is om tot toepassing van de CAO-norm te (mogen) concluderen, kan weer een uitzondering bestaan wanneer een algemeen, publiek belang bestaat bij objectieve duidelijkheid omtrent de inhoud van dat contract, zoals bij de uitleg van leveringsakten van registergoederen, die worden ingeschreven in de openbare registers. Daarvoor schrijft de Hoge Raad immers weer *wel* de CAO-norm voor. In het arbeidsrecht zal deze uitzondering waarschijnlijk nauwelijks betekenis hebben.

De werkingssfeer van de CAO-norm kan, als ik het goed zie, als volgt worden samengevat. Het moet allereerst gaan om gevallen waarbij derden *gebonden* raken aan door andere partijen gesloten overeenkomsten of ontworpen regelingen. Daarbij geldt dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een door 'anderen' gesloten overeenkomst een formele benadering is voorgeschreven. Regelingen die materieel gezien door één partij worden opgesteld, maar door de wederpartij formeel worden aanvaard, zoals algemene voorwaarden, dragen volgens de Hoge Raad een regulier contractueel karakter en moeten, behoudens bijzondere gevallen, aan de hand van de Haviltex-norm worden uitgelegd. Voorts is voor toepasselijkheid van de CAO-norm vereist dat de 'toetreders' geen invloed kunnen uitoefenen op de inhoud van de overeenkomst/regeling waaraan zij gebonden raken, omdat zij bij de totstandkoming daarvan niet betrokken waren en amendering bij toetreding niet mogelijk is. Tot slot lijkt voor de Hoge Raad voor toepasselijkheid van de CAO-norm zwaar te wegen dat er een groot belang moet bestaan bij duidelijkheid en uniformiteit ten aanzien van de inhoud van de uit te leggen regeling. In zijn arrest van 23 maart 2001 inzake de uitleg van een trustakte wees de Hoge Raad die omstandigheden uitdrukkelijk aan als rechtvaardiging voor toepassing van de CAO-norm.³³

Het voorgaande betekent dat het toepassingsgebied van de CAO-norm binnen het arbeidsrecht waarschijnlijk nauwelijks meer zal groeien. Thans zijn daaraan onderworpen CAO-bepalingen en bepalingen in sociale plannen die met de vakbonden zijn overeengekomen. Het pensioenreglement

33 Zie daarover ook de noot van Verstijlen onder het arrest, NJ 2003, p. 4325 l.k.

even daargelaten – ik kom daar zo op terug – zullen daarnaast waarschijnlijk alleen overeenkomsten tussen de ondernemingsraad en de werkgever waaraan werknemers rechten kunnen ontlenuen, voor toepasselijkheid van de CAO-norm kwalificeren. Eenzijdig door de werkgever opgestelde standaardregelingen die formeel met de werknemer worden overeengekomen, voldoen niet aan de voor toepassing van de CAO-norm gestelde vereisten. Dat ik die laatste uitkomst onbevredigend acht, moge – met het voorgaande – duidelijk zijn.

11 Uitleg van pensioenreglementen; het ene reglement is het andere niet

Nadere aandacht verdient de uitleg van pensioenreglementen. In het arrest DSM/Fox achtte de Hoge Raad op de uitleg van het pensioenreglement van PDC de CAO-norm van toepassing. Dat was in zekere zin verrassend omdat hij anderhalf jaar daarvoor, in het arrest Pieterse/Nationale Nederlanden van 18 oktober 2002, had beslist dat de uitleg van een pensioenreglement in dat geval diende te geschieden aan de hand van de Haviltex-norm. Hoe moet de verhouding tussen de beide arresten worden begrepen?³⁴

In het arrest van 18 oktober 2002 was sprake van een als ‘pensioenreglement’ aangeduid document, dat was opgesteld door de werkgever en dat door de werknemer – Pieterse – voor ontvangst was ondertekend. De Hoge Raad stelde bij zijn beoordeling uitdrukkelijk voorop dat die ontvangstverklaring inhield dat Pieterse het pensioenreglement had ontvangen, van de inhoud daarvan had kennisgenomen, daarmee akkoord was gegaan en zich aan de daarin opgenomen bepalingen had onderworpen.³⁵ Het ‘pensioenreglement’ droeg daarmee dus – net als de hierboven besproken ‘algemene voorwaarden’ – formeel gezien een regulier contractueel karakter. Het reglement gold tussen de ontstaanspartijen en Pieterse had formeel gezien de mogelijkheid (gehad) om met zijn werkgever over de inhoud ervan te onderhandelen. *Daarin* zag de Hoge Raad in het arrest van 18 oktober 2002 aanleiding om op de uitleg van het reglement de Haviltex-norm van toepassing te achten. In het arrest DSM/Fox lag de situatie echter anders. Daarin was weliswaar eveneens sprake van de uitleg van een ‘pensioenreglement’, maar die vlag dekte in deze zaak volgens de Hoge Raad een andere lading. Er is, zoals de Hoge Raad in r.o. 4.1 van het arrest DSM/Fox vooropstelt, in die

34 Zie daarover ook R.A.C.M. Langemeijer, Duidelijkheid over uitlegvraagstuk pensioenreglementen, Sociaal Recht 2004, p. 290; G.C. Boot, Voor een appel en een ei: DSM/Fox, ArbeidsRecht 2004, 8/9, 48, p. 55 en Heerma van Voss & Van Slooten, Kroniek van het sociaal recht, p. 1610.

35 Zie r.o. 3.4.

zaak geen sprake van een reglement dat is overeengekomen tussen Fox en DSM, maar van een reglement dat oorspronkelijk is overeengekomen tussen DSM en PDC, het pensioenfonds van DSM, waarin DSM ten behoeve van haar werknemers onder bepaalde voorwaarden het recht op pensioenuitkering heeft bedongen. Fox heeft dat recht later aanvaard, waarmee hij partij is geworden bij de oorspronkelijk tussen zijn werkgever en het pensioenfonds gesloten overeenkomst. Doordat Fox *oorspronkelijk* niet bij de totstandkoming van het pensioenreglement betrokken is geweest en op de formulering daarvan dus ook geen invloed heeft kunnen uitoefenen, is volgens de Hoge Raad bij de uitleg van *dit* reglement de CAO-norm voorgeschreven. Het ene pensioenreglement is dus het andere niet, waar het de te hanteren uitlegnorm betreft. Is sprake van een reglement dat, al is het maar formeel gezien, oorspronkelijk tussen de werknemer en de werkgever is overeengekomen, dan is ingevolge het arrest van 18 oktober 2002 de Haviltex-norm aangewezen. Is daarentegen sprake van een pensioenreglement dat oorspronkelijk tussen een werkgever en het pensioenfonds is overeengekomen en waarbij de werknemer pas later als toetreders partij is geworden, dan zal op de uitleg daarvan de CAO-norm van toepassing zijn. Mijns inziens is *dat* wat de Hoge Raad in r.o. 5.2 van het arrest DSM/Fox met betrekking tot de afbakening tussen dat arrest en het arrest van 18 oktober 2002 heeft bedoeld te zeggen. De Hoge Raad overweegt daar het navolgende met betrekking tot het verschil tussen DSM/Fox en Pieterse/Nationale Nederlanden:

‘Weliswaar heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 oktober 2002 [...] beslist dat – kort gezegd – de uitleg van een pensioenreglement in de verhouding tussen de oorspronkelijk contracterende partijen aan de hand van de Haviltexnorm moet geschieden, maar in de verhouding tussen de werknemer – voor wie de bedoeling van de oorspronkelijk contracterende partijen (zijn werkgever en het pensioenfonds) niet kenbaar is en die op de formulering daarvan geen invloed heeft gehad – en het pensioenfonds is toepassing van de CAO-norm aangewezen.’

Toegegeven zij dat deze passage ook op een andere manier uitgelegd kan worden, te weten aldus dat de norm aan de hand waarvan een pensioenreglement moet worden uitgelegd, afhangt van de partijen die over de uitleg twisten. In uitleggeschillen tussen het pensioenfonds en de werkgever die het pensioenreglement oorspronkelijk hebben opgesteld, geldt de Haviltexnorm, in geschillen over exact dezelfde bepaling die zich afspelen tussen een later toegetreten werknemer enerzijds en het pensioenfonds of de werkgever anderzijds, zou daarentegen de CAO-norm geïndiceerd zijn. Ik geloof niet dat dat is wat de Hoge Raad heeft willen zeggen. Deze benadering zou er immers toe kunnen leiden dat een en dezelfde bepaling in een pensioenre-

glement een verschillende uitleg zou krijgen al naar gelang de partijen die over de uitleg ervan procederen. Dat werkt rechtsonzekerheid en onaannemelijke resultaten in de hand. Twisten werkgever en pensioenfonds over de aan een bepaling te geven uitleg, dan kunnen de individuele werknemers er niet op vertrouwen dat de uitleg waarvoor de rechter in het geschil tussen fonds en werkgever op grond van de Haviltex-norm heeft gekozen, ook voor hen geldt. Sterker nog, de partijafhankelijke uitleg kan er in theorie zelfs toe leiden dat een pensioenfonds op vordering van de werkgever aan de hand van de Haviltex-norm wordt veroordeeld tot iets waartoe het in de verhouding tot de individuele werknemers – bij uitleg volgens de CAO-norm – niet gehouden is. Dat de Hoge Raad met zijn hiervoor geciteerde overweging niet heeft bedoeld te beslissen dat de uitlegnorm die bij pensioenreglementen geldt, afhangt van de partijen die om de uitleg vragen, ligt eens te meer voor de hand nu hij een dergelijke partij-afhankelijke uitleg in het arrest Akzo/FNV van 26 mei 2000 uitdrukkelijk heeft verworpen ten aanzien van de uitleg van een met de bonden overeengekomen Sociaal Plan. Daarin was de vraag aan de orde of de uitleg van een dergelijk plan aan de hand van de Haviltex-norm diende te geschieden, nu in de procedure de oorspronkelijk contracterende partijen – bonden en werkgever – tegenover elkaar stonden. De Hoge Raad verwierp die opvatting: ‘Niet kan worden aanvaard’ – zo de Hoge Raad in r.o. 3.4 van dat arrest – ‘dat een in het Sociaal Plan opgenomen beding op verschillende wijze zou moeten worden uitgelegd al naar gelang wie bij een geschil daaromtrent als wederpartij van ANF [de werkgever, SFS] zou optreden, een vakvereniging dan wel een individuele (ex) werknemer.’ Ik kan mij niet voorstellen dat de Hoge Raad daarover bij de uitleg van pensioenreglementen, waar partijafhankelijke uitleg tot even onaannemelijke resultaten zou leiden, anders zou denken. Een uitleg van r.o. 5.2 van het arrest DSM/Fox conform het arrest Akzo/FNV ligt meer in de rede dan een interpretatie die lijnrecht tegen het arrest Akzo/FNV zou ingaan.

Iets anders is dat de bij de uitleg van een pensioenreglement te hanteren uitlegnorm *wel* zal kunnen verschillen al naar gelang de *aard van de bepaling* die in het geding is. Ik licht dat als volgt toe. Is sprake van een pensioenreglement dat is overeengekomen tussen een fonds en de werkgever, waartoe een werknemer later is toegetreten, dan zal blijkens het arrest DSM/Fox op bepalingen van dat reglement waaraan de werknemer rechten kan ontleenen, de CAO-norm van toepassing zijn. Voorzover het reglement echter bepalingen bevat die niet raken aan de belangen van de werknemer en die uitsluitend de relatie tussen de werkgever en het fonds – de oorspronkelijke ontstaanspartijen – regelen, zal op de uitleg daarvan gewoon (de subjectieve versie van) de Haviltex-norm toegepast kunnen worden. Dergelijke bepalingen dragen immers een regulier contractueel karakter. In dit verband kan

worden gewezen op het obligatoire deel van de CAO. Ook daarvoor wordt algemeen aanvaard dat daarop de Haviltex-norm van toepassing is, nu de individuele werknemers er geen rechten aan kunnen ontleen.³⁶

12 Tot slot: DSM/Fox en de uitleg van concurrentiebedingen

De Hoge Raad heeft in het arrest DSM/Fox nog eens uitdrukkelijk bevestigd dat bij de uitleg van contractuele bedingen nooit alleen acht mag worden geslagen op de taalkundige betekenis van het contract. Een contract zal steeds moeten worden begrepen tegen de achtergrond van alle omstandigheden van het concrete geval. De gedachte dat de bewoordingen van een contract op zichzelf beschouwd nooit volstaan bij de uitleg van contractuele bepalingen, is al oud. In een bijdrage uit 1909 wees Scholten er reeds op dat woorden niet meer zijn dan ‘teekens’ om een daarachter gelegen bedoeling ‘te benaderen’. Nu woorden slechts middelen zijn om wat erachter schuilt gaat te benaderen, zullen die woorden altijd alleen in verband met andere omstandigheden begrepen kunnen worden.³⁷ Het besef dat de inhoud van een geschreven bepaling alleen tegen de achtergrond van de omstandigheden van het geval begrepen kan worden, bracht Scholten tot de conclusie dat woorden op zichzelf *nooit* duidelijk zijn. Elk schriftelijk beding, ook al *lijkt* het duidelijk, behoeft dus uitleg.³⁸ Er moet immers uitgelegd worden of de bewoordingen duidelijk zijn. Toen de Hoge Raad in een arrest van 1927 uitging van de veronderstelling dat een ‘duidelijk’ contract geen uitlegging behoeft, kwam hem dit dan ook in de NJ op de navolgende reprimande van Scholten te staan:

‘De grond van deze beslissing, die ik niet anders dan als een misgreep kan beschouwen, ligt hierin, dat de H.R. schijnt uit te gaan van de veronderstelling dat een “duidelijke” overeenkomst geen uitlegging behoeft en vaststelling van een rechtsgevolg overeenkomstig de letterlijke betekenis van de woorden, waarin de overeenkomst is vervat, van anderen aard is dan uitlegging. Stellig ten onrechte. Duidelijk is een tekst altijd

36 Zie P.F. van der Heijden, Uitleg van CAO-bepalingen, *ArbeidsRecht* 1994/1, 8, p. 4; M.M.H. Kraamwinkel, Grammaticale uitleg van horizontale CAO-bepalingen, *SMA* 1996, p. 403; M.M. Olbers, *SMA* 1994, p. 45; S.F. Sagel, Grammaticale uitleg van CAO-bepalingen: een absoluut criterium?, *ArbeidsRecht* 2000/1, 6, p. 24-25; A. Stege, *ArA* 2001/1, p. 56; Heerma van Voss & Van Slooten, *Kroniek van het sociaal recht*, p. 1611. Zie recent ook Vzgr. Rb. Utrecht 7 oktober 2004, KGZA 04-738/EV (r.o. 4.4) waarin een onderhandelaarsakkoord bij CAO-onderhandelingen aan de hand van de Haviltex-norm werd uitgelegd.

37 P. Scholten, *WPNR* 2058, 1909, p. 310.

38 Zie in die zin ook Meijer, *Dogmatische rechtswetenschap*, Amsterdam 1903, p. 111; Asser-Hartkamp 4-II, no. 285 en de daar genoemde verwijzingen.

alleen in een zeker verband. Wat duidelijk schijnt kan onduidelijk zijn in de omgeving waarin het gezegd is.³⁹

De Hoge Raad heeft sedert deze terechtwijzing door Scholten bij herhaling beslist dat bij de beoordeling of een overeenkomst duidelijk is, niet alleen acht moet worden geslagen op de woorden waarin die overeenkomst is belichaamd.⁴⁰ Zelfs bij de uitleg van testamenten – bij uitstek een wilsverklaring waarbij het vereiste van rechtszekerheid veel gewicht in de schaal legt – heeft de Hoge Raad beslist dat niet alleen naar de letterlijke tekst moet worden gekeken om te beoordelen of een testament duidelijk is. Ook bij die uitleg mogen de verhoudingen die de uiterste wilsbeschikker kennelijk heeft willen regelen en de omstandigheden waaronder het testament tot stand is gekomen, worden betrokken.⁴¹

Het arrest van 20 februari 2004 vormt, als gezegd, een duidelijke herbevestiging van de leer dat bij uitleg van contracten niet kan worden volstaan met bestudering van de letterlijke betekenis van de tekst. Dit brengt mij ertoe aan het slot van deze bijdrage nog even stil te staan bij de uitleg van in arbeidsovereenkomsten opgenomen concurrentiebedingen.

Individuele arbeidsovereenkomsten worden, ingevolge vaste rechtspraak,⁴² uitgelegd aan de hand van de Haviltex-norm, nu zij een 'regulier' contractueel karakter dragen. Zij gelden tussen de ontstaanspartijen. Recent heeft de Hoge Raad beslist dat de Haviltex-norm zelfs geldt wanneer partijen een aan een CAO ontleend modelcontract gebruiken.⁴³ Ook in dat geval hebben partijen immers de mogelijkheid om over de inhoud en betekenis van het model te onderhandelen. Hoewel voor arbeidsovereenkomsten de Haviltex-norm geldt, wordt in de literatuur voor daarin opgenomen non-concurrentiebedingen een andere, daarvan afwijkende, uitlegnorm bepleit. Zo heeft Grapperhaus enige tijd geleden op deze plaats uitvoerig betoogd dat bij de interpretatie van concurrentiebedingen strikt zou moeten worden vastgehouden aan de letterlijke tekst ervan.⁴⁴ Een andere benadering zou geen recht doen aan het wettelijke schriftelijkheidsvereiste dat blijkens artikel 7:653 lid 1 BW voor een concurrentiebeding geldt. Alleen als het strikt vasthouden aan de letterlijke tekst zou leiden tot naar maatstaven van redelijk-

39 HR 5 mei 1927, NJ 1927, 1089 m.nt. PS.

40 Zie bijvoorbeeld HR 2 januari 1936, NJ 1936, 416.

41 HR 17 november 2000, NJ 2001, 349 en art. 4:46 BW.

42 Zie voor een zaak waarin de Hoge Raad bij de uitleg van een arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk opteerde voor de Haviltex-norm: HR 2 april 1993, JAR 1993/100.

43 HR 9 juli 2004, JAR 2004/189.

44 F.B.J. Grapperhaus, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst – waartoe, waarvoor?, ARA 2003/2, p. 11. Zie ook F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie*, Deventer 1995, p. 217.

heid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen, zou verder mogen worden gekeken dan de tekst. In dat geval zou echter niet de Haviltex-maatstaf, maar een uitleg volgens de contra-proferentem-regel aangewezen zijn. Die regel houdt, kort samengevat, in dat een bepaling dient te worden uitgelegd ten nadele van de partij die de betreffende bepaling heeft bedongen en ervan profiteert.

Ik deel deze opvatting van Grapperhaus niet. Mijns inziens zal de uitleg van een concurrentiebeding dienen te geschieden aan de hand van de Haviltex-norm, ongeacht of de bewoordingen van het beding op het eerste gezicht duidelijk lijken.⁴⁵ Het argument dat bij het uitleggen van een 'duidelijk' concurrentiebeding strikt aan de tekst moet worden vastgehouden, miskent het aan de rechtspraak van de Hoge Raad ten grondslag liggende principe dat woorden alleen *nooit* duidelijk zijn. Dat woorden alleen nooit duidelijk zijn, geldt ook voor de bewoordingen van een concurrentiebeding. Reeds om die reden kan ook bij concurrentiebedingen nimmer met een louter taalkundige uitleg worden volstaan. Ook dergelijke bedingen zullen alleen begrepen kunnen worden tegen de achtergrond van de specifieke omstandigheden waarin het beding is overeengekomen, de branche, de kennis van partijen, en de bedoelingen en verwachtingen die zij ten aanzien van het beding redelijkerwijs mochten hebben. Wanneer een concurrentiebeding bijvoorbeeld 'concurrerende werkzaamheden' verbiedt, zal alleen tegen de achtergrond van de branche waarin de werkgever werkzaam is, kunnen worden bepaald wat onder 'concurrerend' moet worden verstaan. Hanteert men bij de uitleg van concurrentiebedingen een strikt grammaticale uitleg, dan dreigen bovendien ongerijmde en daarmee onbillijke resultaten. Men neme een concurrentiebeding waarin uitsluitend is bepaald dat een werknemer niet in dienst mag treden bij een concurrent 'wiens bedrijfsactiviteiten gelijk zijn aan de bedrijfsactiviteiten van de werkgever'. De aan het beding gebonden werknemer treedt vervolgens in dienst bij een concurrent die weliswaar voor 99% dezelfde activiteiten verricht als zijn ex-werkgever, maar daarnaast – voor een zeer ondergeschikt deel – ook nog wat andere activiteiten ontplooit. Bij een grammaticale uitleg van het beding is pleitbaar dat onder die omstandigheden geen sprake is van overtreding van het concurrentiebeding. De bedrijfsactiviteiten van de nieuwe werkgever verschillen immers, zij het op een ondergeschikt punt, van de bedrijfsactiviteiten van de ex-werkgever. De onbillijkheid van een dergelijke uitkomst dringt zich op. En wat te denken van het concurrentiebeding dat een werknemer verbiedt om bij een met name in dat beding genoemde concurrent om de hoek,

45 Zie ook: C.J. Loonstra, Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst, 's-Gravenhage 1999, p. 59 e.v.; M.D. Ruizeveld, De uitleg van het concurrentiebeding, het belemmeringsverbod en het boetebeding, *ArbeidsRecht* 2003/11, 47, p. 4 en W.C.L. van der Grinten, bewerkt door J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer 2002, p. 184.

bijvoorbeeld Alfa computer B.V., in dienst te treden? Alfa computer B.V. wijzigt vervolgens de naam van de onderneming in Alfa computers B.V. Bij een grammaticale uitleg heeft het beding door die naamswijziging zijn werking verloren. Bij een uitleg volgens Haviltex kunnen dergelijke ongerijmde – en misbruikgevoelige – uitkomsten voorkomen worden. Het gaat erom wat partijen over en weer mochten verwachten: en dat is dat het beding de werknemer zou beletten om bij de buurman om de hoek aan de slag te gaan. Die redelijke verwachting die de werkgever van het concurrentiebeding mag hebben, zou niet door een naamswijziging gedwarsboemd moeten kunnen worden.

Het argument dat het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:653 BW tot een – in ieder geval in beginsel – taalkundige uitleg van concurrentiebedingen zou dwingen, overtuigt mij evenmin. Uit de hiervoor aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat ook voor andere wilsverklaringen waarvoor de wet uit oogpunt van rechtszekerheid de eis van geschrift stelt, niet kan worden volstaan met een taalkundige uitleg. Te denken valt aan de CAO, die blijkens artikel 3 WCAO schriftelijk moet worden vastgelegd. Ondanks dit wettelijke schriftelijkheidsvereiste heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk afstand genomen van de gedachte dat CAO's grammaticaal uitgelegd zouden moeten worden. Ook bij de uitleg van testamenten schrijft de Hoge Raad, blijkens het voorgaande, geen grammaticale benadering voor.

De opvatting dat een concurrentiebeding 'gewoon' aan de hand van het Haviltex-beginsel moet worden uitgelegd, is recent bevestigd door de Hoge Raad. In een arrest van 4 april 2003 moest de Hoge Raad zich buigen over de vraag of de Rechtbank Amsterdam een concurrentiebeding juist had uitgelegd. De rechtbank had bij de uitleg kennelijk aansluiting gezocht bij de Haviltex-norm. Zij overwoog namelijk dat de activiteiten van de werknemer 'zowel naar formele als naar materiële inhoud in strijd met het concurrentiebeding waren en dat een redelijke uitleg van artikel 15 van de arbeidsovereenkomst meebrengt, gelet op hetgeen partijen over en weer van elkaar mochten verwachten, dat Ghisyawan dit ook zo moest begrijpen'. De overweging van de rechtbank ademt, met de verwijzing naar de 'redelijkheid' en naar hetgeen partijen 'over en weer van elkaar mochten verwachten' bij uitstek de sfeer van het Haviltex-criterium. De Hoge Raad sanctioneerde die benadering van de rechtbank en besliste dat daarmee 'niet een onjuiste maatstaf' was gehanteerd. Ik zie daarin met Ruizeveld – die die conclusie overigens wat voorzigtiger trekt⁴⁶ – een bevestiging dat ook de Hoge Raad van mening is dat voor de uitleg van concurrentiebedingen de Haviltex-norm geldt.

46 Zie Ruizeveld, De uitleg van het concurrentiebeding, het belemmeringsverbod en het boetebeding: 'In het onderhavige arrest lijkt de Hoge Raad voor het eerst te bevestigen dat ook de uitleg van een concurrentiebeding moet plaatsvinden aan de hand van het Haviltex-criterium.'

Grapperhaus leest het arrest van 4 april 2003 overigens als een bevestiging van zijn opvatting dat de uitleg van een concurrentiebeding, waarvan de bewoordingen onduidelijk zijn, niet aan de hand van de Haviltex-norm, maar aan de hand van het contra-proferentem-beginsel, zou dienen te geschieden.⁴⁷ Onderdeel 1 van het cassatiemiddel in die zaak strekte ten betoge dat, wanneer een concurrentiebeding onduidelijk is, dat beding, gelet op het daarmee gemoeide zwaarwegende belang van de werknemer, in diens voordeel uitgelegd zou moeten worden. Daarmee werd een duidelijk beroep gedaan op uitleg conform de contra-proferentem-norm. De Hoge Raad besliste dat deze klacht 'bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie kan leiden, nu het beding naar het kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van de rechtbank niet onduidelijk is.' Grapperhaus leest deze overweging als een bevestiging van zijn opvatting dat onduidelijke concurrentiebedingen aan de hand van het contra-proferentem-beginsel moeten worden uitgelegd. Ik vermag dat niet in te zien. De zojuist geciteerde overweging van de Hoge Raad betekent niets meer dan dat de Hoge Raad niet is toegekomen aan een inhoudelijke behandeling van de rechtsklacht dat een onduidelijk concurrentiebeding aan de hand van het contra-proferentem-beginsel behoort te worden uitgelegd, nu in feitelijke instanties niet was vastgesteld dat dat beding onduidelijk was. Uit de overweging kunnen dus bepaald geen conclusies worden getrokken omtrent de uitlegnorm die volgens de Hoge Raad geldt wanneer een concurrentiebeding *wel* onduidelijk is. Een interpretatie 'a contrario' dat de Hoge Raad, wanneer in feitelijke instanties zou zijn vastgesteld dat het concurrentiebeding onduidelijk was, zou hebben beslist dat het beding 'contra proferentem' uitgelegd zou hebben moeten worden, is mij (te) riskant.⁴⁸

Hoewel de uitleg van concurrentiebedingen mijns inziens niet aan de hand van het contra-proferentem- maar aan de hand van het Haviltex-beginsel dient te geschieden, betekent zulks niet dat de gedachte dat een onduidelijk beding dat eenzijdig in het voordeel van een partij strekt, in diens nadeel moet worden uitgelegd, geheel betekenisloos is. Bij de Haviltex-norm gaat het erom wat partijen ten aanzien van de inhoud redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten, mede in aanmerking genomen hun maatschappelijke

47 Grapperhaus, ARA 2003/2, p. 12.

48 Om diezelfde reden spreekt ook het beroep dat Grapperhaus, ter onderbouwing van zijn stelling dat onduidelijke concurrentiebedingen contra proferentem uitgelegd moeten worden, doet op HR 11 april 2003, JAR 2003/108 mij niet aan. In laatstgenoemd arrest heeft de Hoge Raad beslist dat niet als regel kan worden aanvaard dat onduidelijke CAO-bepalingen in het voordeel moeten worden uitgelegd van degene die de CAO beoogt te beschermen. Uit het feit dat ten aanzien van CAO-bepalingen contra-proferentem-uitleg als regel werd afgewezen, terwijl de Hoge Raad dat bij de uitleg van onduidelijke concurrentiebedingen niet deed, kan mijns inziens niet a contrario worden afgeleid dat dat beginsel dus wel als regel heeft te gelden bij de uitleg van concurrentiebedingen.

positie en rechtskennis. Via die band kan ook de contra-proferentem-gedachte doorwerken als gezichtspunt binnen de Haviltex-norm. Wanneer een laaggeschoolde werknemer een onduidelijk, door de werkgever opgesteld, concurrentiebeding heeft getekend dat op een ruime en een beperkte manier uitgelegd kan worden, is goed pleitbaar dat de werknemer er redelijkerwijs van mag uitgaan dat die beperkte uitleg de juiste is. Gelet op de grotere rechtskennis van de werkgever had het voor de hand gelegen dat hij, wanneer hij een ruime werking aan het beding wenste te geven, zulks duidelijk had vastgelegd. Legt de werkgever die ruime werking niet duidelijk vast, dan mag de werknemer er redelijkerwijs op vertrouwen dat die ruime werking – klaarblijkelijk – niet beoogd was en de beperktere uitleg dus de juiste is.

13 Conclusie

Welke conclusies kunnen getrokken worden uit het college dat de Hoge Raad in het arrest DSM/Fox heeft gegeven? Allereerst dat de CAO-norm zijn gelding als zelfstandige, van de Haviltex-norm te onderscheiden maatstaf heeft behouden. Dat vindt ook zijn bevestiging in een aantal sedertdien gewezen arresten. De vraag naar de exacte reikwijdte van de CAO-norm is echter, ook met het arrest DSM/Fox, nog steeds niet definitief beantwoord. Afgezien van CAO-bepalingen en met de bonden afgesloten Sociale Plannen, zijn nu ook pensioenreglementen die tussen werkgever en pensioenfonds zijn overeengekomen en waartoe een werknemer later toetreedt, aan de CAO-norm onderworpen. Te vrezen valt dat eenzijdig door de werkgever opgestelde collectieve regelingen, die formeel met de werknemer worden 'overeengekomen' maar op de inhoud waarvan hij materieel geen enkele invloed heeft, aan de Haviltex-norm onderworpen zullen blijven. Dat kan ertoe leiden dat dergelijke regelingen die beogen de rechtspositie van werknemers uniform te regelen, van werknemer tot werknemer verschillend worden uitgelegd, hetgeen noch recht doet aan de aard van de regeling noch aan de binnen de onderneming te betrachten gelijkheid. Belangrijk is voorts dat uit het arrest DSM/Fox lijkt te volgen dat 'de' Haviltex-norm niet bestaat, maar dat deze uitlegregel uiteenvalt in verschillende meer of minder objectiverende varianten. Daardoor wordt de overgang tussen Haviltex- en CAO-norm een vloeiende. Naarmate een document in sterkere mate beoogt de rechtspositie van derden uniform te beïnvloeden, pleit dat voor toepassing van (steeds) sterker normatief geobjectiveerde toepassingen van Haviltex. Onduidelijk is hoe in de praktijk met de objectivering binnen Haviltex moet worden omgegaan: onder welke omstandigheden moet welke mate van objectivering worden betracht? Hopelijk is dat het onderwerp van een volgend college.

S.F. Sagel