

‘De schrijfmachine mijmert gekkepraat’ – draften na Pontmeyer

Inleiding

De allesoverheersende rol van de redelijkheid en billijkheid bij het uitleggen van overeenkomsten vormt voor buitenlanders vaak een onontwarbaar enigma. Dit laatste geldt eens te meer in de internationale – voornamelijk Angelsaksisch georiënteerde – fusie- en overnamepraktijk, waarin overeenkomsten een belangrijke rol spelen en waarin met uitleg daarvan grote belangen zijn gemoeid. Daar waar immers in het Engelse en Amerikaanse recht de *objectieve uitleg* van overeenkomsten, vooral gebaseerd op de letterlijke tekst, centraal staat,¹ geldt in Nederland sinds het Haviltex-arrest² dat het bij uitleg van de bepalingen van een overeenkomst aankomt op

‘de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan (...) bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’.

Het gaat er volgens de Haviltex-norm niet louter om wat de tekst van de overeenkomst zegt, maar ook om welke betekenis partijen aan deze overeenkomst redelijkerwijs mochten toekennen. De heersende leer in Nederland is – voornamelijk – de *subjectieve uitleg* van overeenkomsten.

De gevolgen hiervan zijn groot. Omdat in de Nederlandse context de bedoeling van partijen een belangrijke rol speelt, moet de rechter, wanneer er verschil van mening bestaat over de uitleg van een overeenkomst, partijen in staat stellen om aan te tonen wat de gestelde bedoeling was – ook als de betreffende overeenkomst op zichzelf genomen op het punt dat in het geding is, voldoende duidelijk is. Dit maakt overeenkomsten moeilijk beoordeelbaar voor derden – zoals procesrechtadvocaten – die niet bij het onderhandelen over en opstellen van de desbetreffende overeenkomsten betrokken zijn geweest. Zij kunnen immers niet op basis van de enkele tekst van een overeenkomst met enige zekerheid voorspellen hoe deze uitgelegd zal worden. Dit laatste wekt – als gezegd – zeker in de internationale praktijk vaak bevreemding.

Redelijkheid

De achtergrond van het Haviltex-criterium is gelegen in de centrale rol die in het Nederlands recht gespeeld wordt door de redelijkheid en billijkheid, of, zoals de Hoge Raad in DSM/Fox³ oordeelt:

‘(...) de gemeenschappelijke grondslag [van de rechtspraak aangaande contractsuitleg is] 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.’

De bedoeling van partijen, en de wijze waarop deze haar weerslag vindt in een overeenkomst, staat daarmee centraal. Bij het interpreteren van overeenkomsten probeert de rechter deze bedoeling zo goed mogelijk te reconstrueren in het licht van daarover gewekte verwachtingen en de tekst van de overeenkomst. Het is de bedoeling om partijen te binden aan datgene wat zij werkelijk beoogden – niet aan wat zij per ongeluk opschreven.

In de praktijk blijkt echter dat veel bedingen in contracten niet (of niet voldoende) door partijen uitonderhandeld zijn. In die gevallen is van een duidelijke samenhang tussen de bedoeling van partijen en de tekst van een overeenkomst niet zonder meer sprake. Verklaringen van partijen over en weer van wat zij met de overeenkomst beoogden, ontbreken – van een klaarblijkelijke bedoeling van partijen is geen sprake. In dergelijke gevallen komt het noodzakelijkerwijs aan op een objectieve (tekstuele) uitleg van het contractsbeding. De Hoge Raad erkent dat ook in DSM/Fox:

‘In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis [die] bewoordingen [van een overeenkomst], gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.’

De vraag is nu hoe geoordeeld moet worden wanneer een louter taalkundige interpretatie van een dergelijk onvoldoende uitonderhandeld beding tot – op het eerste gezicht – onredelijke uitkomsten zou leiden. Is het dan aan de partij die op het beding een beroep wil doen, om aan te tonen dat dit daadwerkelijk de bedoeling van partijen weergeeft? Of is het aan de partij die de gevolgen van een dergelijke onredelijke uitleg moet dragen, om aan te geven dat dit laatste *niet* het geval is en dat het beding – in weerwil van zijn tekstuele uitleg – anders gelezen moet worden?

De tekst van Haviltex lijkt te suggereren dat de tweede zienswijze de juiste is. De kern in dat arrest is immers de geobjectiverde subjectieve wilsovereenstemming van partijen – wat konden partijen *redelijkerwijs* bedoelen met de tekst van de tussen hen gesloten overeenkomst.⁴

1. Zie o.a. R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, RM Themis 2005, p. 4.

2. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Ermes/Haviltex).

3. HR 20 maart 2004, NJ 2005, 493 (DSM/Fox).

4. Zie ook de conclusie van A-G Timmerman in HR 19 januari 2007, RvdW 2007, 108 (Pontmeyer).

De precieze tekst van de overeenkomst speelt daarbij geen doorslaggevende rol – de redelijkheid kan aan een beroep daarop in de weg staan.

Pontmeyer

In een recent gewezen arrest⁵ bepaalde de Hoge Raad dat deze geobjectiveerd subjectieve invulling van het Haviltex-criterium – althans voor de omvangrijke en gedetailleerde overeenkomsten – niet zonder meer de juiste is.

De casus van het arrest draaide om een vrijwaring die door de moedervernootschap (Meyer Europe B.V.) was gegeven in het kader van de verkoop van een dochtervernootschap (Pontmeyer B.V.). Deze vrijwaring luidde:

‘(...) the Seller [Meyer] hereby agrees that it shall indemnify the Purchaser – or at the Purchaser’s sole discretion any of the companies of the [Pontmeyer] Group (...) for: a. (...) b. any corporate income tax (vennootschapsbelasting) and VAT (BTW) (...) becoming due by the [Pontmeyer] Group (...) directly or indirectly relating to the period up to and including (...) [30 september 1998] (...) to the extent not paid prior to the Economic Transfer Date or included in the provision in the Interim Accounts for corporate income tax covering the period as of April 1, 1998 up to and including the Economic Transfer Date.’

Pontmeyer ontving een voorlopige aanslag vennootschapsbelasting voor het boekjaar dat liep van 1 april 1997 tot 31 maart 1998. Pontmeyer stuurde deze aanslag door naar Meyer Europe (nu deze zag op ‘corporate income tax (vennootschapsbelasting) (...) directly or indirectly relating to the period up to and including (...) [30 september 1998]’) en Meyer Europe voldeed deze aanslag. Meyer Europe stelde zich in de procedure echter op het standpunt dat zij dit onverschuldigd had gedaan, nu de door haar gegeven vrijwaring een uitzondering kende voor belastingen waarvoor een voorziening was opgenomen in de tussen partijen in het kader van de transactie vastgestelde tussentijdse balans. Pontmeyer stelde daartegenover dat deze uitzondering alleen zag op voorzieningen die zagen op vennootschapsbelasting die betrekking had op de periode vanaf 1 april 1998, en dat de aanslag die zij aan Meyer Europe had doorgestuurd – die zag op de periode tot aan 1 april 1998 – daar niet onder viel (ook al was er voor deze aanslag wel degelijk een voorziening opgenomen in de tussentijdse balans), zodat de vrijwaring onverkort van toepassing was. Zowel de rechtbank, het hof als de Hoge Raad volgde Pontmeyer in deze redenering en wees de vordering van Meyer Europe af.

Meyer Europe voerde aan dat de door Pontmeyer voorgestane – en door de rechtbank en het hof gesauveerde –

5. HR 19 januari 2007, RvdW 2007, 108 (Pontmeyer).

interpretatie van de koopovereenkomst de Haviltex-maatstaf miskende door ‘beslissend gewicht toe te kennen aan de taalkundige aspecten [van de koopovereenkomst]’ zonder acht te slaan op (1) het feit dat partijen nooit zouden hebben besproken dat het de bedoeling was dat Meyer Europe alle belasting over 1997/1998 zou dragen ondanks het feit dat hiervoor een voorziening was opgenomen, (2) het feit dat deze voorziening bij de bepaling van de koopprijs in het geheel geen rol had gespeeld, en (3) het feit dat het hoogst ongebruikelijk is dat een verkoper een vrijwaring geeft voor claims waarvoor reeds een voorziening in de balans is opgenomen. Meyer Europe hoefde – zo stelde zij – op een dergelijke uitleg niet bedacht te zijn.⁶ De kern van het betoog van Meyer Europe was dat hoewel de tekst (de ‘taalkundige aspecten’) van de koopovereenkomst duidelijk was, het daarin opgenomen beding zozeer onredelijk was, dat dit niet geacht kon worden de bedoeling van partijen te zijn geweest.

De Hoge Raad maakt echter korte metten met dit betoog:

‘(...) voor het antwoord op de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze mochten toekennen aan de omstreden woorden [van de vrijwaring] (...) en wat zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten, in [het licht van de omstandigheden], waaronder de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan en in het bijzonder de (...) “entire agreement clause” [= een standaardbepaling in veel koopovereenkomsten, waarin partijen bepalen dat de koopovereenkomst de gehele overeenkomst tussen partijen ten aanzien van het daarin geregelde bevat en gaat boven alle eerdere afspraken die partijen (impliciet of expliciet) gemaakt hebben] (...) als uitgangspunt beslissend gewicht dient te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van [de] woorden [van de vrijwaring], gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de SPA.’

Het gaat – met andere woorden – bij door professionals uitonderhandelde, gedetailleerde en uitgebreide overeenkomsten wel degelijk primair om de tekst van een overeenkomst. In beginsel moet de rechter aannemen dat voor contracten geldt dat – anders dan in het beroemde gedicht van Nijhoff⁷ – er wel degelijk staat wat er staat. Of, preciezer geformuleerd: van de tekst gaat een – weerlegbaar – bewijsvermoeden uit. Een partij mag – zoals ook eerder werd opgemerkt – altijd pogen om aan te tonen dat de daadwerkelijke bedoeling van partijen afwijkt van de

6. HR 19 januari 2007, RvdW 2007, 108 (Pontmeyer), r.o. 3.4.2.

7. Martinus Nijhoff, Awater, in: *Nieuwe Gedichten*, vijfde druk, Amsterdam: Querido 1946 (‘Het wordt stil, het wordt warmer in de zaal. / Steeds zilver waait dun ratelend metaal. / De schrijfmachine mijmert gekkepraat. / Lees maar, er staat niet wat er staat’).

tekst van de overeenkomst. In *Pontmeyer* was Meyer Europe in de gelegenheid gesteld om dit bewijs te leveren, maar was hier niet in geslaagd. Ook wanneer de uitleg van een beding onredelijk lijkt – voor zover dat door een ‘buitenstaander’ valt vast te stellen – of strijdig met wat in de markt gebruikelijk is, is het aan de partij die afwijking van de tekstuele uitleg bepleit om aan te tonen dat een dergelijke afwijking inderdaad de bedoeling van partijen was.

Pontmeyer is daarmee een belangrijk arrest. Het laat zien dat bij de uitleg van overeenkomsten er sprake is van een glijdende schaal. Daar waar partijen over en weer verklaringen hebben afgelegd over een bepaald beding, en daarover verwachtingen hebben gewekt over hun gemeenschappelijke bedoeling, is ruimte voor een subjectief georiënteerde Haviltex-achtige benadering. Maar naarmate een contract professioneler is opgesteld en meer is uitonderhandeld (abstraherend van de vraag of de in dispuut zijnde tekst ook uitonderhandeld is), moet meer waarde worden gehecht aan de – in zekere zin geobjectiverde – tekst van de overeenkomst. In een dergelijk geval moet ervan worden uitgegaan dat de tekst de bedoeling van partijen correct weergeeft.

Lessen uit *Pontmeyer*

Uit *Pontmeyer* valt dan ook een aantal belangrijke lessen te leren voor de praktijk. De norm volgens welke door advocaten opgestelde overeenkomsten zullen worden uitgelegd, is immers veelal die welke uit *Pontmeyer* volgt. Te denken valt – bij het opstellen van transactiedocumentatie – aan het volgende:

Duidelijk draften doet ertoe. De twist die ontstond in de casus die aan *Pontmeyer* ten grondslag lag, werd voor een belangrijk deel veroorzaakt doordat de betreffende vrijwaring niet voldoende duidelijk was geformuleerd. Als op een vrijwaring geen beroep kan worden gedaan indien voor de gevrijwaarde aanspraak een voorziening in de overnamebalans is opgenomen, dan moet dat met zoveel woorden worden opgeschreven. De niet-uitgesproken bedoelingen van partijen spelen – wanneer daarover twist ontstaat – maar een beperkte rol. Van belang is om per bepaling duidelijk te maken *waarom* deze wordt opgenomen en *wat* ermee bedoeld wordt. De redelijkheid en billijkheid vormt alleen een vangnet als (a) er sprake is van een kennelijke verschrijving, of (b) de tekst van de overeenkomst niet tot een betekenisvolle uitleg leidt.

Beheersing van het Engels doet ertoe. Bij de beoordeling van de taalkundige betekenis van een overeenkomst laat de rechter zich leiden door de betekenis van de clausule zoals die aan hem gepresenteerd wordt. In *Pontmeyer* gaan rechtbank, hof en Hoge Raad alle in op de taalkundige betekenissen van de woorden ‘*as of*’. Bedenk bij het gebruik van het Engels wat de precieze betekenis is van de gebruikte woorden (denk aan het verschil tussen ‘*notwithstanding*’ – waarbij de bepaling waarnaar verwezen

wordt, irrelevant wordt verklaard – en ‘*without prejudice to*’ – waarbij een bepaling ondergeschikt wordt gemaakt aan de bepaling waarnaar wordt verwezen).

Standaardbepalingen (‘boilerplate’) doen ertoe. In *Pontmeyer* hechtte de Hoge Raad veel waarde aan de in de overeenkomst opgenomen ‘*entire agreement clause*’. Dit is een uit het Amerikaanse recht overgewaaid bepaling die in de meeste standaardovereenkomsten is opgenomen. In de Amerikaanse context heeft deze bepaling een nauw omschreven betekenis – zij sluit daar (kort en onge nuances gezegd) de betekenis van beweerde mededelingen en beloftes uit die niet in de tekst van het contract te vinden is. In de Nederlandse context heeft deze bepaling niet een dergelijke duidelijke betekenis. Is het een bewijsovereenkomst (uitsluiten van bewijsmiddelen gelegen buiten het schriftelijke contract)? Is het een exonatiebeding (geen aansprakelijkheid voor mededelingen, beloftes en dergelijke voor zover deze niet zijn opgenomen in de schriftelijke overeenkomst)? Wees bij het opstellen van overeenkomsten bedacht op de ‘boilerplate’ en probeer de Nederlandse repercussies daarvan te doorgronden.

Conclusie

Met *Pontmeyer* heeft de Hoge Raad voor overnamecontracten duidelijk erkenning gegeven aan de tijd en moeite die advocaten steken (of zouden moeten steken) in het bepalen en vastleggen van de precieze bedoelingen van partijen bij overnameovereenkomsten. Het kunnen vertrouwen op de letterlijke tekst van een overeenkomst vergemakkelijkt ook de externe advisering aan – veelal Engelse en Amerikaanse – corporate partijen. Het pad van de redelijkheid en billijkheid is daarbij echter nog niet geheel verlaten (geen ‘*four corners rule*’). Ook in *Pontmeyer* bepaalde de Hoge Raad immers dat een partij is toegelaten tot tegenbewijs dat de – duidelijke – letterlijke tekst van een overeenkomst niet overeenstemt met de werkelijke bedoeling van partijen. De belangrijke les is echter dat een dergelijke partij zal moeten wijzen op specifieke omstandigheden en niet slechts kan vertrouwen op de (vermeende) onredelijke rechtsgevolgen van een letterlijke uitleg of het feit dat deze afwijkt van wat in de markt gebruikelijk is.

Mr. J. Erwtman LL.M.
Allen & Overy