

De Parol Evidence Rule

INSPIRATIEBRON OF AFSCHRIKWEKKEND VOORBEELD?

*R.P.J.L. Tjittes**

1. INLEIDING

Het praktisch belang van de uitleg van overeenkomsten kan nauwelijks worden overschat. Nadat is komen vast te staan dat een overeenkomst onaantastbaar tot stand is gekomen, moet enerzijds worden bepaald waarop de schuldeiser precies recht heeft en anderzijds wat de exacte verplichtingen van de schuldenaar zijn. Het vaststellen van de inhoud van de verbintenis is in het bijzonder van belang om na te kunnen gaan of de schuldenaar zijn verplichtingen al dan niet is nagekomen. Daarbij komt het in de eerste plaats aan op de uitleg van hetgeen partijen zijn overeengekomen.

Het criterium aan de hand waarvan een overeenkomst in Nederland wordt uitgelegd, is de zogenaamde Haviltex-formule: bij de uitleg van een overeenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan die overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien van elkaar mochten verwachten.¹ De normen voor de uitleg van een overeenkomst sluiten aan bij de normen voor de totstandkoming van de overeenkomst (de wil- en vertrouwensleer, neergelegd in de artt. 3:33 en 35 BW).² Wat partijen zijn overeengekomen kan niet anders vastgesteld worden dan op het moment van het totstandkomen van de overeenkomst. De subjectieve uitleg, waarbij het gaat om het achterhalen van de bedoeling van partijen, staat daarbij voorop, maar als deze bedoeling — zoals in vele gevallen — niet vastgesteld kan worden, dan vindt een

* Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de Vrije Universiteit en als raadsheer-plv. aan het Gerechtshof te Amsterdam.

1. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).
2. Die normen zijn een indicatie van hetgeen de wetgever (impliciet) beschouwt als de grondslagen van de contractuele gebondenheid.

objectieve uitleg plaats, dat wil zeggen dat een contractsbeding wordt opgevat in de zin die partijen daaraan redelijkerwijs zouden geven. In andere rechtssystemen zijn de normen voor contractsuitleg niet veel anders. Kötz vat het aldus samen:

'Der Streit zwischen 'Willentheorie' und 'Erklärungstheorie' mag früher — auf dem europäischen Festland wohl noch mehr als in England — eine wichtige Rolle gespielt haben. Für die Frage der Auslegung von Verträgen hat er heute keine praktische Bedeutung mehr.'³

Internationale verdragen als het Weens Koopverdrag (art. 8 CISG) en een internationale standaard als de UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (art. 4.1 UP) kennen eveneens de regel dat bij de uitleg van een overeenkomst de gezamenlijke partijbedoe-ling (de subjectieve uitleg) vooropstaat en, als die niet vastgesteld kan worden, dat de overeenkomst dan uitgelegd moet worden in de zin die redelijke personen in dezelfde positie als partijen in dezelfde omstandigheden daaraan zouden hebben gegeven (objectieve uitleg).

Uitleg van een koopovereenkomst, de overeenkomst waarop deze bundel de aandacht richt, verschilt niet van de uitleg van een overeenkomst in het algemeen.⁴

Een van de weinige, maar opvallende, overgebleven mondiale afwijkingen bij de contractsuitleg doet zich voor bij de uitleg van overeenkomsten naar Anglo-Amerikaans recht. In de common law landen geldt de zogenaamde *parol evidence rule*. Kort gezegd komt die regel er op neer dat als partijen een overeenkomst schriftelijk hebben vastgelegd, zij geen bewijs mogen leveren van het bestaan van eerdere schriftelijke of mondelinge toezeggingen of overeenkomsten die in strijd zijn met de schriftelijke overeenkomst of die deze aanvullen. In de Verenigde Staten speelt de *parol evidence rule* een veel belangrijker rol dan in Engeland, waar bij voorbeeld de Law Commission in 1976 heeft gepleit voor afschaffing daarvan.⁵ De vele rechtspraak en literatuur die over de *parol evidence rule* in de Verenigde Staten verschijnt, onderstreept het grote belang dat daar wordt gehecht aan die 'regel'. Zo beweren Calamari en Perillo dat:

3. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Band I, 1996, p. 170 (onder) - 171 (boven).
4. Zie Asser-Schut-Hijma (1994), nr. 24.
5. Zie Treitel, *The Law of Contract*, 1995, p. 176 e.v. Zie ook de Law Commission Report on The Parol Evidence Rule (no. 154) uit 1986.

'(...) most of the contract decisions reported do not involve offer and acceptance or other subjects usually explored in depth in a course in contracts but rather involve the parol evidence rule and questions of interpretation (...).'⁶

In het recente ontwerp tot aanpassing van Uniform Commercial Code (UCC), een wet die in 49 van de Amerikaanse staten onder meer het kooprecht van roerende zaken tussen ondernemers onderling regelt, is de *parol evidence rule* een beetje aangevuld, maar voor het overige onaangetaast opgenomen.

De vraag die ik in deze bijdrage wil behandelen, is of de *parol evidence rule* ook in het Nederlandse recht van belang zou kunnen zijn, in die zin dat daar bepaalde nuttige gezichtspunten aan ontleend kunnen worden.⁷ Daartoe wil ik in paragraaf 2 tot en met 4 eerst uitvoerig ingaan op de inhoud van de *parol evidence rule* naar Amerikaans recht. In Nederland is aan de *parol evidence rule* nauwelijks aandacht besteed,⁸ zodat ik aan enige 'Auslandsrechtskunde' niet ontkom. Vervolgens ga ik in paragraaf 5 na of en, zo ja, in hoeverre de *parol evidence rule* de uitleg van overeenkomsten naar Nederlands recht iets kan bieden in de eerder vermelde zin. De bijdrage wordt in paragraaf 6 afgesloten met een paar slotopmerkingen.

2. DE PAROL EVIDENCE RULE; INLEIDING

Aan de uitleg van de inhoud van een overeenkomst gaat naar Amerikaans recht, evenals volgens het recht van andere common law landen, een fase vooraf. Voordat een overeenkomst uitgelegd wordt, moet bepaald worden wat precies het object van de uitleg is. Dat is het domein van de zogenaamde *parol evidence rule*. De *parol evidence rule* ziet op de vraag of en wanneer partijen bij een schriftelijke overeenkomst bewijs mogen leveren van eerdere⁹ schriftelijke of

6. Calamari & Perillo, A plea for a uniform parol evidence rule and principles of interpretation, 41 Indiana L.J. 1967, p. 333 e.v.
7. Zie voor een aantal in de rechtspraak te ontwaren uitlegregels: Van Schaick, Uitlegregels, WPNR 6311 (1998), p. 272 e.v.
8. Zie echter Hondius, De *entire agreement* clausule: Amerikaanse contractsbedingen in het Nederlandse recht, in: Recht als norm en als aspiratie (red. Ten Berge e.a.), 1986, p. 25-27 en Zonderland, Indeling, uitlegging en regeling van overeenkomsten, Serie Bijzondere Contracten, deel 1, 1977, p. 101 e.v. en dezelfde in zijn noten bij RvA Bouwbedrijven 30 december 1974, NJ 1976, 170 en RvA Metaalnijverheid 7 maart 1977, NJ 1978, 61.
9. De vraag of een mondelinge overeenkomst, die gelijktijdig met de schriftelijke

mondelijke overeenkomsten of toezeggingen die de schriftelijke overeenkomst ontkrachten of aanvullen. Zoals de *parol evidencerule* in art. 2-202 UCC is verwoord:

‘Terms (...) which are (...) set forth in writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral agreement (...).’¹⁰

Een voorbeeld van de werking van de *parol evidence rule* is *Gianni v. R. Russel & Co.* 281 Pa. 320 (1924). Gianni verkoopt tabak, fruit, snoep en frisdrank in een kantoorgebouw. Nadat het kantoorgebouw is verkocht, is Gianni een nieuwe schriftelijke huurovereenkomst aangegaan, waarin is bepaald dat hij het gehuurde voortaan niet meer mag gebruiken voor de verkoop van tabak. Een supermarkt die later een deel van het kantoorgebouw heeft gehuurd, verkoopt evenals Gianni frisdrank. Gianni spreekt daarop de eigenaar-verhuurder aan wegens de niet-nakoming van een door deze voor het vernieuwen van de huurovereenkomst gedane mondelinge belofte dat Gianni het exclusieve recht heeft om in het kantoorgebouw frisdrank te verkopen. Tegenover deze belofte is Gianni, naar zijn zeggen, een hogere huurprijs en de afspraak om geen tabak meer te verkopen, overeengekomen. Op grond van de *parol evidencerule* is Gianni niet toegestaan bewijs te leveren van die mondelinge afspraak.

De *parol evidence rule* ziet op de vaststelling van het object van de uitleg. Zij sluit niet het bewijs uit om een schriftelijke overeenkomst uit te leggen. De *parol evidence rule* belet derhalve niet dat eerdere overeenkomsten of onderhandelingen bewijs kunnen opleveren voor de betekenis van het schriftelijke stuk (par. 214 sub c Rest.Contr.2d).

overeenkomst wordt gesloten, onder de *parol evidence rule* valt, wordt in de rechtspraak niet eenduidig beantwoord. Corbin, Contracts, deel 3A, 1969, par. 577, acht een aanvulling (niet: een tegenspraak) van de schriftelijke overeenkomst door een gelijktijdige mondelinge overeenkomst of toezegging geoorloofd, omdat de schriftelijke overeenkomst aldus kennelijk niet de volledige afspraak van partijen omvatte (er is geen sprake van een *complete integration*, zie par. 4.1). In gelijke zin par. 214 aanhef en sub a Rest.Contr.2d. Anders: art. 2-202 UCC.

10. In Rest.Contr.2d is de *parol evidence rule* neergelegd in par. 213.

3. DE RATIO EN DE GRONDSLAG VAN DE PAROL EVIDENCE RULE

De ratio van de *parol evidence rule* is de volgende.¹¹ Het op schrift stellen van een afspraak is het sluitstuk van de onderhandelingen over een contract. Een dergelijk schriftelijke stuk, waarin de overeenkomst van partijen is neergelegd, heeft een bewijsfunctie. Als er een geschil rijst over wat partijen hebben afgesproken, dan kunnen zij een beroep doen op het schriftelijke stuk. Een beroep daarop is veelal betrouwbaarder dan een beroep op het geheugen van (partij)getuigen. De normale gang van zaken is dat het schriftelijke stuk alle belangrijke elementen van de afspraak bevat. Eerdere rechten en verplichtingen die daarin niet meer voorkomen, hebben partijen kennelijk niet bedoeld om voort te bestaan. De bewijsfunctie van de schriftelijke overeenkomst zou ontkracht worden als de inhoud van het schriftelijke stuk eenvoudig door bewijs uit de precontractuele fase onderuit gehaald zou kunnen worden. De *parol evidence rule* geeft in essentie dus een ervaringsregel bij de bewijswaardering weer.

De grondslag van de *parol evidence rule* is de hypothetische partijwil. Een latere schriftelijke overeenkomst is door partijen kennelijk bedoeld om eerdere verklaringen of overeenkomsten te ontkrachten. Een schriftelijke overeenkomst, die de definitieve partijafspraken volledig omvat, heeft het effect dat mogelijke verbin-tenissen uit eerdere (mondelling of schriftelijke) overeenkomsten teniet gaan (aldus par. 213 leden 1 en 2 Rest.Contr.2d, waar gesproken wordt van *discharge* van eerdere mondelinge overeenkomsten).

4. GRENZEN AAN DE WERKING VAN DE PAROL EVIDENCE RULE

Het begrip *parol evidence rule* is om een aantal redenen onjuist.¹² In de eerste plaats is het naar Amerikaanse begrippen geen regel van bewijsrecht, maar van materieel recht. Het sluit bepaald bewijs uit. Naar Nederlands recht is het niet onjuist om een bewijsuitsluitingsregel tot het bewijsrecht te rekenen. In de tweede plaats ziet de *parol evidence rule* niet alleen op mondeling (*parol*) bewijs, maar op alle vormen van bewijs. Een beroep op schriftelijke stukken als faxen, concept-overeenkomsten en correspondentie kan evenzeer uitgesloten zijn. In de derde plaats is de *parol evidence rule* in strikte zin geen uitlegregel, maar omlijnt het het object van de uitleg. De *parol*

11. Zie Farnsworth, Contracts, 2e druk, 1990, par. 7.2.

12. Zie comment a bij par. 213 Rest.Contr.2d.

evidencerule ontzegt werking aan eerdere schriftelijke of mondelinge overeenkomsten en bepaalt aldus wat de uit te leggen overeenkomst is. In de vierde plaats is de *parol evidence rule* nauwelijks een regel te noemen, omdat er vele uitzonderingen op bestaan. De beperkingen aan en uitzonderingen op de *parol evidence rule*, behandel ik in de volgende subparagrafen.

4.1 *Integration; complete and final integration*

Ten eerste vindt de *parol evidence rule* alleen toepassing als de partijen (een beding in) de schriftelijke overeenkomst bedoeld hebben als een definitieve weergave (*final expression*) van hun afspraak. In dat geval is het document een *integration* van hun afspraak (par. 209 lid 1 Rest.Contr.2d). De *parol evidence rule* heeft geen betrekking op stukken die uitgewisseld worden in een lopend onderhandelingsproces als concept-overeenkomsten of memoranda. Of er sprake is van een *integrated agreement* mag bewezen worden met alle middelen, waaronder overeenkomsten en onderhandelingen voor of tijdens het sluiten van de schriftelijke overeenkomst (par. 214 sub a Rest.Contr.2d). Het komt mij voor dat aldus de bewijsproblemen, die de *parol evidence rule* beoogt te voorkomen, slechts een fase verschoven worden.

Nadat is vastgesteld dat een schriftelijk stuk een definitieve weergave van de partijafpraak is, moet vervolgens worden nagegaan of deze definitieve afspraak betrekking heeft op een deel (*partially integrated agreement*) of op alle (*completely integrated agreement*) onderdelen van hetgeen partijen zijn overeengekomen (par. 210 Rest.Contr.2d). Indien er sprake is van een *partial integration*, dan is bewijs, waarbij het deel dat definitief is overeengekomen door eerdere mondelinge of schriftelijke afspraken wordt tegengesproken, niet toegestaan (par. 215 Rest.Contr.2d). Uiteraard is een aanvulling van een dergelijke *partially integrated agreement* door een daarmee verenigbare mondelinge afspraak wel geoorloofd (par. 216 lid 1 Rest.Contr.2d). Indien er daarentegen sprake is van een *complete integration* — het schriftelijke stuk bevat de definitieve en gehele overeenkomst tussen partijen — dan mag het schriftelijk overeengekomene door eerdere bewijsmiddelen niet ontkracht of aangevuld worden.¹³ Het bewijs dat een *integrated agreement, partially of*

13. Zie par. 2-202 sub b UCC en par. 215 en 216 lid 1 Rest. Contr.2d.

completely integrated is, kan eveneens geleverd worden door het bewijzen van overeenkomsten en onderhandelingen voorafgaand of samengaand aan de schriftelijke overeenkomst (par. 214 sub b Rest. Contr.2d). Wederom constateer ik dat er sprake is van het verschuiven van het bewijsprobleem.

Ik keer terug naar de zojuist genoemde vragen. Hoe moet de rechter bepalen of er sprake is van een *integration*, dat wil zeggen dat het schriftelijk overeengekomene de weergave van de definitieve partijafsprake is, en hoe moet hij vervolgens bepalen of die weergave de overeenkomst tussen partijen geheel of gedeeltelijk omvat? Het antwoord op deze vragen is van het grootste belang voor de rechtszekerheid die de *parol evidence rule* biedt.¹⁴ De geleerden en, in het voetspoor daarvan, de rechters, verschillen daarover van mening. De bekende tegenstrevers onder de auteurs zijn Williston en Corbin.¹⁵

Williston staat een objectieve benadering voor.¹⁶ Volgens hem moet de rechter bij het bepalen of een schriftelijke overeenkomst een *partial* of een *total integration* is, uitsluitend kijken naar het schriftelijke stuk zelf. De rechter moet primair nagaan of de overeenkomst een *merger clause* bevat (zie paragraaf 4.2 van deze bijdrage). Zo ja, dan is er sprake van een *complete integration*. Zo niet, dan moet hij bezien of de overeenkomst op het eerste gezicht definitief en volledig is. Is dat het geval, dan is de overeenkomst een *complete integration*. De bewoordingen van de overeenkomst spelen daarbij een doorslaggevende rol. In de nodige jurisdicties volgen de rechters de opvatting van Williston.

Corbin daarentegen staat een subjectieve benadering voor.¹⁷ Naar zijn mening moet de bedoeling van partijen achterhaald worden: of zij het schriftelijke stuk als een definitieve weergave van hun afspraken zien en, zo ja, of deze afspraken geheel, dan wel gedeeltelijk in de schriftelijke overeenkomst zijn opgenomen. Bij het vaststellen van die bedoeling mogen alle bewijsmiddelen gebruikt worden. De benadering van Corbin geldt als de meer moderne en wordt gevolgd in de Restatement, Second, Contracts.¹⁸ Bij het beantwoorden van

14. Zie ook Braucher, Interpretation and legal effect in the second Restatement of contracts, 81 Colum.L.Rev. 1981, p. 17.

15. Zie een uitvoerige weergave van hun standpunten: Justice Sneed in *Interform Co. v. Mitchell Constr. Co.*, 575 F. 2d 1270, 1275-1277 (9th Cir. 1978).

16. Williston, Contracts, deel 4, 3e druk, 1961, par. 633-639.

17. Zie Corbin, Contracts, deel 3A, 1960, par. 582.

18. Aldus ook Murray, The parol evidence process and the standardized agreements

de vraag of een overeenkomst een *integrated agreement* is worden de bewoordingen van het schriftelijke stuk belangrijk gevonden, maar zij zijn niet doorslaggevend. Par. 209 lid 3 Rest.Contr.2d bepaalt dat een weerlegbaar bewijsvermoeden geldt dat een contract een *integrated agreement* is, indien het, gelet op de volledigheid en gedetailleerdheid daarvan, redelijkerwijs de indruk wekt een *integrated agreement* te zijn. In de toelichting op par. 210 Rest.Contr.2d staat:

'a writing cannot of itself prove its own completeness, and wide latitude must be allowed for inquiry into circumstances bearing on the intention of the parties'.¹⁹

De door Corbin voorgestane subjectieve benadering om te bepalen of een schriftelijke overeenkomst een definitieve en volledige weergave van de partijafpraak is, is ook gekozen door de Californische Supreme Court in *Masterson v. Sine*, 436 P.2d 561 (Cal. 1968). *Masterson* en zijn vrouw zijn de eigenaren van een boerderij. Zij verkopen de boerderij voor \$ 50.000 en dragen deze over aan *Sine*, de zuster en zwager van *Masterson*. Partijen komen schriftelijk overeen dat *Masterson* een tien jaar durende optie krijgt om de boerderij voor dezelfde prijs terug te kopen. Eventuele verbeteringen die *Sine* inmiddels aan de onroerende zaak heeft aangebracht moet *Masterson* vergoeden. *Masterson* gaat vervolgens failliet. Zijn curator wenst de optie uit te oefenen. Om dat te voorkomen wil *Sine* bewijzen — waarbij *Masterson* hem te hulp schiet — dat partijen voorafgaand aan het sluiten van de schriftelijke koopovereenkomst mondeling zijn overeengekomen dat de optie strikt persoonlijk en niet voor overgang vatbaar is, met als doel om de boerderij in de familie te houden. De Californische Supreme Court beslist bij monde van Justice Traynor dat *Sine* het persoonlijke karakter van de optie mag bewijzen. De *parol evidence rule* staat hem daarbij niet in de weg. De Supreme Court neemt aan dat de overeenkomst van partijen slechts *partially integrated* was in de schriftelijke optieovereenkomst. De Supreme Court verwerpt nadrukkelijk de zienswijze dat de toelaatbaarheid van *parol evidence* enkel afhangt van het antwoord op de vraag of de schriftelijke overeenkomst op het eerste gezicht onvolledig lijkt:

under the Restatements, Second, Contracts, 123 U.Pa.L.Rev. 1975, p. 1342.
19. Comment b op par. 210 Rest.Contr.2d.

‘The requirement that the writing must appear incomplete on its face has been repudiated in many cases (...)’.

De bedoeling van partijen is doorslaggevend. Volgens de Supreme Court moet daarbij vooral worden gekeken naar de geloofwaardigheid van het aangeboden bewijs. Dat is een cirkelredenering: bewijs van een eerdere mondelinge overeenkomst is niet toegestaan als de latere schriftelijke overeenkomst een *complete integration* is; of het schriftelijke contract dat is, hangt af van de geloofwaardigheid van het bestaan van een eerdere mondelinge overeenkomst. Het resultaat in de Masterson-zaak is dat bewijslevering van een eerdere mondelinge afspraak wordt toegestaan. Dit resultaat is redelijk, maar wel opmerkelijk. Of partijen daadwerkelijk hebben afgesproken dat de optie een hoogstpersoonlijk karakter heeft, is hoogst twijfelachtig. Veeleer lijkt sprake te zijn van een opzetje tussen familieleden om de boerderij niet ten prooi te laten vallen aan de faillissementscrediteuren.

De UCC neigt ook meer naar de opvatting van Corbin, hoewel de UCC op het eerste gezicht een objectieve benadering lijkt te kiezen. Het criterium om te bepalen of er sprake is van een *total* of een *partial integration* is volgens de toelichting op art. 2-202 UCC:

‘If the additional terms are such that, if agreed upon, they would certainly have been included in the document in the view of the court, then evidence of their alleged making must be kept from the trier of fact.’²⁰

Het criterium dat de UCC aanreikt om te bepalen of de schriftelijke overeenkomst de partijafpraak geheel of gedeeltelijk weergeeft, is of het beweerde overeengekomen mondelinge beding zeker in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen. Is dat het geval, dan geeft de schriftelijke overeenkomst de partijafpraak volledig weer. Er is dan sprake van een *complete integration*. Zou de mondelinge afspraak waarop een beroep wordt gedaan niet zeker in de schriftelijke overeenkomst zijn opgenomen, dan is er sprake van een *partial integration*. Onder meer de volgende factoren zijn relevant om te bepalen of een beding al dan niet zeker in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen:²¹

20. Comment 3 op art. 2-202 UCC. Deze zinsnede is thans in essentie opgenomen in de tekst zelf van art. 2-202 lid 2 sub b in het ontwerp-UCC, versie juli 1997.

Zie in gelijke zin par. 216 lid 2 sub b Rest.Contr.2d.

21. De genoemde criteria zijn vermeld in *Hatley v. Stafford*, 588 P.2d 603, 609

a. *de hoedanigheid van partijen: zijn zij ondernemer of particulier?*
Professionele partijen zullen, anders dan niet-professionele partijen, hun afspraak veelal volledig in een schriftelijk stuk opnemen. Dat zal temeer het geval zijn als zij bij het opstellen daarvan zijn bijgestaan door deskundigen, zoals advocaten. Wie wel eens een met hulp van een Amerikaanse jurist totstandgekomen schriftelijke overeenkomst heeft gezien, kent de uitvoerigheid en het alomvattende karakter daarvan.²²

b. *de wederzijdse machtspositie van partijen*

Een overeenkomst waarbij een partij in een ongelijke machtspositie verkeert ten opzichte van de wederpartij, kan er toe leiden dat in het schriftelijke stuk een essentieel beding ontbreekt.

c. *de volledigheid en gedetailleerdheid van het schriftelijke stuk.*

Hoe vollediger en gedetailleerder een schriftelijke weergave van een overeenkomst is, des te eerder zal aangenomen worden dat het stuk de volledige partijafspraken bevat. Wat in de objectieve opvatting van Williston doorslaggevend is, is in de subjectieve opvatting van Corbin een gezichtspunt, dat slechts een indicatie is van de bedoeling van partijen.

4.2 *Total integration: de merger clause*

Partijen kunnen een *total integration* bewerkstelligen door in de overeenkomst te bepalen dat het schriftelijke contract de gehele overeenkomst tussen partijen weergeeft. Een dergelijk beding is een zogenaamde *merger clause*, ook wel genoemd *entire agreement clause*, *integration clause* of *four-corner-clause* (in België veelal letterlijk vertaald wordt met 'vierhoekenbeding'²³). Een dergelijk beding is geldig, tenzij er op het eerste gezicht duidelijk sprake is van een onvolledige overeenkomst of het beding door een onjuiste voorstelling van zaken of bedrog in de overeenkomst is opgenomen.²⁴

(1978).

22. Zie daarover Langbein, *Comparative Civil Procedure and the Style of Complex Contracts*, 35 *Am.J.Comp.L.* 1987, p. 384.

23. Zie i.p.v. velen: M.E. Storme, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, diss. KU Leuven, 1990, par. 117 en 183.

24. Farnsworth (1990), par. 7.3, p. 476 en par. 7.4, p. 484. Zie ook comment e op par. 216 *Rest.Contr.2d*.

Sommige rechters, in het bijzonder zij die de subjectieve benadering aanhangen, menen dat door het opnemen van een *merger clause* partijen de bedoeling hebben de schriftelijke overeenkomst als definitief en compleet te beschouwen.²⁵ Andere rechters menen evenwel dat het gaat om routineuze bedingen waar een dergelijke bedoeling van partijen niet uit valt af te leiden.²⁶ De huidige stand van zaken omtrent de geldigheid van een *merger clause* wordt door Eisenberg omschreven als ‘messy’.²⁷ Zoveel is zeker, dat een *merger clause* geen volledige zekerheid biedt dat een schriftelijke overeenkomst niet mag worden tegengesproken of aangevuld door eerdere afspraken.

4.3 Een latere overeenkomst; de *no-oral-modification-clause*

Een tweede beperking van de toepassing van de *parol evidence rule* is dat zij er niet aan in de weg staat dat bewijs wordt geleverd van een na het sluiten van het schriftelijke contract overeengekomen mondelinge of schriftelijke overeenkomst, die de eerdere schriftelijke overeenkomst ontkracht of aanvult.

Om onzekerheid te voorkomen, doordat een partij beweert dat een schriftelijke overeenkomst inmiddels is gewijzigd door een latere mondelinge afspraak, komen partijen in voorkomende gevallen (in het bijzonder bij aannemingsovereenkomsten) overeen dat wijzigingen van de schriftelijke overeenkomst alleen schriftelijk overeengekomen kunnen worden (de zogenaamde *no-oral-modification-clause*, soms afgekort tot *n.o.m. clause*). Veel zekerheid biedt deze clausule niet, omdat naar common law een nieuwe overeenkomst of het gerechtvaardigde vertrouwen op een nieuwe mondelinge belofte, waarin een dergelijke clausule niet opnieuw is opgenomen, de werking van een *no-oral-modification-clause* reeds teniet doet gaan.²⁸ Een latere afspraak kan een eerdere afspraak ontkrachten, ook waar

25. Zie ARB (American Research Bureau) Inc. v. E-Systems, Inc., 663 F.2d 189, 198-199 (D.C. Cir. 1980).

26. Zie Seibel v. Layne & Bowler, Inc., 641 P. 2d 668 (1982), waar ook wordt aangegeven dat een beroep gedaan kan worden op het leerstuk van de *unconscionability* (art. 2-302 UCC) — letterlijk ‘gewetenloosheid’, te vertalen met onredelijk bezwarendheid — om aan de werking van een *merger clause* te ontkomen.

27. Fuller & Eisenberg, Basic contract law, 6e druk, 1996, p. 565.

28. Zie Farnsworth, a.w. (1990), par. 7.6, p. 493.

het een *no-oral-modification-clause* betreft. Een wettelijke uitzondering op deze regel lijkt te worden gevormd door art. 2-209 lid 2 UCC, waarin is bepaald dat een beding dat een overeenkomst alleen door een ondertekend geschrift gewijzigd of ongedaan gemaakt kan worden, geldig is. Deze uitzondering wordt meteen verzacht door art. 2-209 lid 4 UCC, waarin is bepaald dat een mondelinge wijziging van een overeenkomst, ondanks een *no-oral-modification-clause*, kan leiden tot een afstand van recht (*waiver*) van die clausule, in het bijzonder indien de wederpartij daarop gerechtvaardigd heeft vertrouwd (*reliance*). In sommige jurisdicties is daarnaast vereist dat het vertrouwen bij de wederpartij heeft geleid tot nadeel (*detriment, prejudice*).²⁹

4.4 Een eerdere nevenovereenkomst (*collateral agreement*)

Een derde te noemen uitzondering op de *parol evidence rule* is dat, ondanks het bestaan van een schriftelijke overeenkomst, het is toegestaan bewijs te leveren van een nevenovereenkomst (*collateral agreement*), waarbij een zelfstandige tegenprestatie (*separate consideration*) is overeengekomen, ook al is deze gesloten voordat een definitieve en volledige schriftelijke overeenkomst tot stand is gekomen (Rest. Contr. 2d par. 216 lid 2 sub a).

De *leading case* in deze is *Mitchill v. Lath*, 247 NY 377 (1928). De zaak laat ook zien hoe hard de *parol evidence rule* kan uitpakken: ondanks het zekere bestaan van een eerdere mondelinge belofte, mag deze niet worden bewezen. *Mitchill* koopt van *Lath* een boerderij voor \$ 8.400 met als doel deze als vakantiehuis te gebruiken. De koopovereenkomst wordt neergelegd in een schriftelijk stuk. Recht tegenover de boerderij, aan de overkant van de weg, staat een foeilelijk ijshuisje dat het uitzicht bederft en dat aan *Lath* toebehoort. De schriftelijke koopovereenkomst maakt geen melding van het ijshuisje. *Mitchill* kan evenwel door getuigen aantonen dat de verkoper haar, om haar over te halen de koopovereenkomst te tekenen, mondeling heeft beloofd het ijshuisje te verwijderen. *Mitchill* verlangt nakoming (*specific performance*) van die afspraak. De meerderheid van de New Yorkse Court of Appeal oordeelt bij monde van Justice Andrews

29. In deze zin *Wisconsin Knife Works v. National Metal Crafters*, 781 F.2d 1280 (7th Cir. 1986). Anders (geen nadeel vereist): *Getty Terminals Corp. v. Coastal Oil New England, Inc.* 995 F. 2d 372 (2d. Cir. 1993).

evenwel dat — ondanks het aannemelijk zijn van de mondelinge afspraak — de mondelinge overeenkomst niet bewezen mocht worden als gevolg van de *parol evidence rule*. Een mondelinge overeenkomst kan de als definitief en volledig beschouwde schriftelijke overeenkomst alleen wijzigen als ten minste aan drie vereisten is voldaan:

‘(1) the agreement must in form be a collateral one; (2) it must not contradict express or implied provisions of the written contract; (3) it must be one that parties would not ordinarily be expected to embody in the writing (...)’.

Justice Andrews neemt in het bijzonder aan dat aan het derde vereiste niet is voldaan:

‘an inspection of this contract shows a full and complete agreement, setting forth in detail the obligations of each party. On reading it, one would conclude that the reciprocal obligations of the parties were fully detailed (...). Were such an agreement (m.b.t. het ijshuisje, RJT) made it would seem natural that the inquirer should find it in the contract’.

Het resultaat in de zaak Mitchill is opmerkelijk. Ondanks het zekere bestaan van een eerdere mondelinge afspraak, mocht de koopster daarop geen beroep doen vanwege de *parol evidence rule*. De schriftelijke koopovereenkomst geeft de afspraken van partijen volledig weer. Een zelfstandige nevenovereenkomst wordt niet aangenomen. De zaak Mitchill is in zoverre de tegenpool van de Masterson-zaak, waar een vrijwel zeker niet bestaand beding wel bewezen mocht worden (zie par. 4.2).

Een zaak waarin een mondelinge nevenovereenkomst wel werd aangenomen, is *Lee v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 552 F.2d 447 (2d Cir. 1977). Lee en Seagram komen schriftelijk overeen dat Lee haar distributeurschap van sterke drank aan Seagram verkoopt. Lee beweert dat zij mondeling met Seagram ook is overeengekomen dat Seagram voor Lee een ander distributeurschap in een andere stad zou regelen. Seagram stelt dat de *parol evidence rule* aan het bewijzen van de laatstgenoemde mondelinge overeenkomst in de weg staat. De United States Court of Appeals, Second Circuit, bepaalt bij monde van Gurfein CJ dat de hoofdvraag in dit geding is of de beweerde mondelinge overeenkomst er een is die partijen in de gegeven omstandigheden normaal gesproken verwachten in de schriftelijke overeenkomst te zijn opgenomen. Zo ja, dan geeft het schriftelijke stuk de partijafpraak geheel weer. De rechter hanteert in deze zaak

hetzelfde criterium als in de zaak Mitchill. De rechter beantwoordt de zojuist genoemde vraag ontkennend; de schriftelijke overeenkomst is geen volledige overeenkomst. Ten eerste omdat de partijen bij de schriftelijke en bij de mondelinge overeenkomst anders zijn (de vennootschap Seagram, respectievelijk enkele aandeelhouders van Seagram). Ten tweede dat er een innige relatie van vertrouwen en vriendschap tussen Lee en Seagram bestaat, zodat Lee mocht denken dat een mondelinge afspraak voldoende was. Ten derde bevat de schriftelijke overeenkomst niet de gebruikelijke *merger clause* (zie par. 4.2). Lee werd toegestaan de mondelinge nevenovereenkomst te bewijzen.

4.5 Aanvulling door *course of dealing*, *usage of trade* en *course of performance*

Een vierde beperking van de *parolevidencerule* is dat een schriftelijke overeenkomst, die een *complete integration* is, weliswaar niet tegengesproken, maar wel aangevuld mag worden, door bewijs van een eerdere gang van zaken tussen partijen, handelsgebruiken (de *course of dealing* en de *usage of trade*, art. 1-205 lid 1 resp. lid 2 UCC alsmede par. 223 resp. 222 Rest.Contr.2d) en de uitvoering van de betreffende overeenkomst (*course of performance*, art. 2-208 UCC) (art. 2-202 aanhef en sub a UCC). De reden voor deze uitzondering op de *parol evidence rule* is:

‘Such writings are to be read on the assumption that the course of prior dealings between the parties and the usages of trade were taken for granted when the document was phrased’.³⁰

Een bekend voorbeeld van de toepassing van de algemene regel dat een handelsingewoonte een definitieve en volledige schriftelijke overeenkomst kan aanvullen, is *Hurst v. W.J. Lake & Co.*, 16 P.2d 627 (Ore. 1932). Lake koopt 350 ton slachtafval van Hurst. Beide partijen zijn werkzaam in dezelfde bedrijfstak. Zij komen overeen dat Lake een korting van \$5 per ton krijgt voor iedere ton die minder dan 50% proteïne bevat. Rond de 170 ton bevatte minder dan 50% proteïne. Ongeveer 140 ton daarvan heeft een proteïnegehalte tussen de 49,53 en de 49,96%. Lake trekt voor 170 ton de korting van de door hem te betalen koopprijs af. Hurst beweert echter dat het begrip ‘minder

30. Comment 2 bij art. 2-202 UCC.

dan 50% proteïne' een handelsterm is, die betekent: minder dan 49,5% proteïne. Volgens Hurst is de prijsaftrek daarom alleen geoorloofd voor 30 ton, maar niet voor 170 ton. De rechter laat Hurst toe dit handelsgebruik te bewijzen:

'Members of a trade or business group who have employed in their contracts trade terms are entitled to prove that fact in their litigation, and show the meaning of those terms to assist the court in the interpretation of their language'.

Sommige rechters gaan bijzonder ver in het aannemen dat een handelsgewoonte een expliciet contractueel beding toegestaan aanvult, zonder dat er sprake is van een verboden tegenspraak. Een duidelijk voorbeeld daarvan is *Columbia Nitrogen Corp. v. Royster Co.*, 451 F.2d 3 (4th Cir. 1971). Royster komt met Columbia overeen dat Royster aan Columbia gedurende drie jaar ieder jaar minimaal 31.000 ton fosfaat zal verkopen voor een bepaalde prijs per ton, met een optie om de overeenkomst te verlengen. Het fosfaat wordt door Columbia gebruikt voor de productie van kunstmest. Kort nadat de overeenkomst is gesloten, dalen de prijzen voor fosfaat. Columbia bestelt daarom slechts 10% van de overeengekomen hoeveelheden bij Royster. Columbia wenst te bewijzen dat in de kunstmestindustrie, waartoe beide partijen behoren, de overeengekomen hoeveelheden slechts schattingen van de leveringen zijn, die aan wijziging bloot kunnen staan als gevolg van de actuele marktcondities. De United States Court of Appeals, Fourth Circuit, oordeelt bij monde van Circuit Judge Butzner dat Columbia toegestaan moet worden deze handelsgewoonte te bewijzen. Zij vindt dat een dergelijke gewoonte de expliciete contractsbepalingen over de te leveren minimum hoeveelheden aanvult en niet tegensprekt. De rechter voert daartoe een aantal argumenten aan, waarvan ik de drie belangrijkste noem. Ten eerste dat de overeenkomst niet uitdrukkelijk uitsluit dat de gang van zaken en de handelsgewoonte niet gebruikt mogen worden om de schriftelijke overeenkomst uit te leggen of aan te passen. Ten tweede dat de overeenkomst geen bepaling over een prijsaanpassing bevat als de marktprijs daalt. Ten derde dat in de lijst van in het contract opgesomde tekortkomingen alleen melding wordt gemaakt van niet-betaling door Royster, maar niet van niet-afname door haar.

Het is niet verbazingwekkend dat een paar jaar later de United States District Court, N.D. Georgia in *Southern Concrete Services, Inc. v. Mableton Contractors, Inc.*, 407 F. Supp 581 (1975) zware

kritiek uitoefent op de beslissing in de zojuist genoemde Royster-zaak. Het toelaten van bewijs van de handsgewoonte in die zaak tast de met een duidelijke overeenkomst gemoeide rechtszekerheid te zeer aan. Chief Judge Edenfield besliste:

'Certainly customs of the trade should be relevant to the interpretation of certain terms of a contract (...) and should be considered in determining what variation in specifications is considered acceptable (...), but this court does not believe that section 2-202 was meant to invite a frontal assault on the essential terms of a clear and explicit contract. (...)

The more reasonable approach is to assume that specifications as to quantity and price are intended to be observed by the parties and that the unilateral right to make a major departure from such specifications must be expressly agreed to in the written contract. That way, the courts will still be free to apply custom and trade usages in interpreting terms of the contract without raising apprehension in the commercial world as to the continued reliability of those contracts'.

Om de zekerheid van commerciële transacties niet teveel aan te tasten, neemt deze rechter aan dat de overeengekomen hoeveelheid en prijs in zoverre vaststaan, dat een mogelijk eenzijdig recht om daarvan in belangrijke mate af te wijken uitdrukkelijk in de schriftelijke overeenkomst moet staan.

Het streven naar een door de rechter redelijk te achten oplossing overheerst bij de rechterlijke oordeelsvorming. Om de met een contract beoogde zekerheid enigszins te paren aan een redelijk te achten resultaat, kan een rechter er op aansturen dat een handelsgebruik een expliciet beding ten dele aantast, evenwel zonder het geheel teniet te doen. Een voorbeeld van die benadering is *Nanakuli Paving & Rock Co. v. Shell Oil Co., Inc.*, 664 F. 2d 772 (9th Cir. 1981). Shell verkoopt asfalt aan Nanakuli op grond van een langlopende leverantieovereenkomst. De schriftelijk overeengekomen prijs is de prijs die staat op prijslijst van Shell op het moment van de aflevering. Na een aantal jaren stijgt de marktprijs van asfalt gigantisch als gevolg van de oliecrisis in 1973. Op 31 december 1973 laat Shell aan Nanakuli weten dat zij met ingang van 1 januari 1974 de prijs van asfalt met 75% verhoogt. Zij weigert een lagere prijs aan te houden voor hoeveelheden die Nanakuli daarvoor reeds heeft besteld. Nanakuli spreekt Shell in rechte aan wegens niet-nakoming. Zij beweert dat het handelsgebruik in de asfaltindustrie haar een redelijke 'prijsbescherming' toestaat, zoals Shell haar twee maal eerder heeft gegeven. De rechter acht het bewijs van het bestaan van een handelsgebruik van prijsbescherming in de plaatselijke asfaltindustrie geoor-

loofd. Een dergelijk gebruik:

'forms a broad and important exception to the expres term, but does not swallow it entirely (...)'.

Een handelsingewoonte kan een expliciet overeengekomen prijsbeding zover 'aanvullen' (lees in veel gevallen: tegenspreken), voorzover het beding niet volledig ongedaan gemaakt wordt.

4.6 De geldigheid en het ontstaan van de overeenkomst

Ten vijfde vindt de *parol evidence rule* geen toepassing als een partij wil bewijzen dat afspraken of toezeggingen voorafgaand aan het sluiten van de schriftelijke overeenkomst de geldigheid of het ontstaan van de schriftelijke overeenkomst aantasten.

In de eerste plaats is dat het geval als een contractspartij een beroep doet op de nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst (gebrek aan *consideration* (tegenprestatie), *illegality* (strijd met de wet), *fraud* (bedrog), *duress* (bedreiging), *mistake* en *misrepresentation* (dwaling)). In dat geval mag de partij die zich daarop beroept, de aantastbaarheid van de schriftelijke overeenkomst aantonen door eerdere beloftes of overeenkomsten te bewijzen (par. 214 sub d Rest.Contr.2d).³¹ Een definitieve overeenkomst die nietig of vernietigbaar is, doet eerdere (mondelijke of schriftelijke) overeenkomsten niet teniet gaan (par. 213 lid 3 Rest.Contr.2d).

In de tweede plaats mag een partij bewijs leveren van het bestaan van een mondeling overeengekomen voorwaarde die verbonden is aan het in werking treden van een schriftelijke overeenkomst (par. 217 Rest.Contr.2d.). De rechtvaardiging voor deze uitzondering op de *parol evidence rule* is dat indien de voorwaarde niet vervuld is, er geen overeenkomst tot stand is gekomen en de *parol evidence rule* alleen toegepast kan worden als een overeenkomst bestaat.³² Indien partijen de mondelinge overeenkomst derhalve beschrijven als een voorwaarde voor uitvoering van de overeenkomst, dan stuit het bewijs van deze overeenkomst af op de *parol evidence rule*. Als zij de mondelinge overeenkomst daarentegen hebben geformuleerd als een voorwaarde voor het ontstaan van de schriftelijke overeenkomst,

31. Zie daarover uitvoerig: Fuller & Eisenberg, a.w. (1996), p. 567-571.

32. Vgl. de bewoordingen van illustration 5 bij par. 217 Rest.Contr.2d.

dan mag de mondelinge overeenkomst bewezen worden.³³ Een andere rechtvaardiging voor het aannemen van deze uitzondering is dat het enkele bestaan van een contractsvoorwaarde aantoonde dat het schriftelijke stuk niet een definitieve en gehele partijafsprake is (er is geen sprake van een *completely integrated agreement*, zie par. 4.2) en dat de voorwaarde aldus het schriftelijke stuk mag aanvullen. Dit komt mij voor als een cirkelredenering.

Een bekend voorbeeld waarin de hier aan de orde zijnde uitzondering is toegepast, is *Hicks v. Bush*, 180 NE 2d 425 (NY 1962). Hicks en Bush komen schriftelijk overeen hun diverse moedermaatschappijen te laten fuseren tot een entiteit. De schriftelijke overeenkomst voorziet er in dat binnen een zekere tijd na de fusie de partijen hun aandelen in de individuele ondernemingen zullen omzetten in aandelen van de nieuwe moedermaatschappij. Hicks biedt daartoe haar aandelen aan, maar Bush laat dat na. De nieuwe aandelen worden uiteindelijk aan niemand uitgegeven. Hicks spreekt daarop Bush aan op grond van de overeenkomst. Bush verweert zich met een beroep op een eerdere mondelinge overeenkomst, dat de schriftelijke overeenkomst niet in werking zou treden indien en voorzover niet voor aanvullend kapitaal uit andere bronnen was gezorgd. Volgens Bush is dat niet gebeurd. De rechter oordeelt dat Bush deze mondelinge voorwaarde mag bewijzen:

'Parol testimony is admissible to prove a condition precedent to the legal effectiveness of a written agreement (...) if the condition does not contradict the express terms of such written agreement'.

Dat het bewijs van een voorwaarde niet wordt uitgesloten door de *parol evidence rule*, wordt ook gelezen in art. 2-202 UCC, hoewel de tekst van die bepaling daarover niets zegt. De *leading case* in deze is *Hunt Foods and Industries, Inc. v. Doliner*, 270 NYS 2d 937 (App. Div. 1966). Hunt wenst het belang van Doliner in Eastern Can Co. over te nemen. Tijdens de onderhandelingen is Hunt bevreesd dat Doliner met een derde in zee zal gaan. Hunt beweegt Doliner daarom haar een optie toe te kennen om alle aandelen van Doliner in Eastern over te nemen voor een bepaalde prijs. Na verdere onderhandelingen komen partijen niet tot overeenstemming. Hunt wil de optie uitoefenen. Doliner wenst daarop een mondelinge, aan de optie verbonden,

33. Fuller & Eisenberg, a.w. (1996), p. 572.

voorwaarde te bewijzen, namelijk dat de optie alleen uitgeoefend kan worden indien Doliner achter aanbiedingen van derden zou zijn aangegaan (hetgeen niet het geval is). In de schriftelijke optieovereenkomst zelf is geen melding gemaakt van die voorwaarde. Om Doliner er van te weerhouden dat bewijs te leveren, beroept Hunt zich op de *parol evidence rule*. De rechter past bij wijze van analogie de *parol evidence rule* van art. 2-202 UCC toe, ook al gaat het hier niet om de koop van roerende zaken (waarop art. 2 UCC ziet; het gaat in deze zaak om de verkoop van aandelen waarop art. 8 UCC ziet). Hij overweegt dat het mondelinge beding, dat de optie alleen uitgeoefend kan worden als Doliner achter derden aanging, niet in tegenspraak is met de overeengekomen schriftelijke optie. De rechter acht het schriftelijk overeengekomene geen *total integration*, omdat de mondelinge voorwaarde niet een beding is dat, zo dit overeengekomen zou zijn, zeker in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen. De uitspraak is in latere rechtspraak en de literatuur sterk bekritiseerd, omdat het mondelinge beding eigenlijk een beding van de schriftelijke overeenkomst tegenspreekt: de schriftelijk overeengekomen optie is onvoorwaardelijk; het mondelinge bewijs maakt deze voorwaardelijk.³⁴

5. DE BETEKENIS VAN DE PAROL EVIDENCE RULE VOOR HET NEDERLANDSE RECHT

Stel: er ligt een schriftelijke door partijen getekende overeenkomst. De ene partij beweert evenwel dat zij, voorafgaand aan het tekenen van het schriftelijke stuk, met de andere partij mondeling een beding is overeengekomen dat de schriftelijke overeenkomst tegenspreekt of aanvult. De Amerikaanse rechter zal die ene partij in beginsel niet toestaan het bewijs van die mondelinge overeenkomst te leveren vanwege de *parol evidence rule*. Hoe gaat de Nederlandse rechter met een dergelijke stelling om?

Vooropgesteld moet worden dat een door partijen getekende overeenkomst een akte is; een ondertekend geschrift bestemd om tot bewijs te dienen (art. 183 lid 1 Rv.). Indien het gaat om een schriftelijke weergave van een overeenkomst is een dergelijke akte meestal een onderhandse akte, dat wil zeggen een akte die niet in een bepaal-

34. Zie *Alaskan Northern Development, Inc. v. Alaska Pipeline Service Co.*, 666 P.2d 33 (1983).

de vorm en niet door een bevoegde ambtenaar, zoals een notaris, is opgemaakt (art. 183 lid 2 Rv.). Een onderhandse akte levert dwingend bewijs op ten aanzien van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen (art. 184 lid 2 Rv.), dat wil zeggen dat de rechter in beginsel verplicht is de inhoud van die akte in zoverre als waar aan te nemen (art. 178 lid 1 Rv.).³⁵ Tegen dwingend bewijs is tegenbewijs mogelijk (art. 178 lid 2 Rv.). Welke gevolgen heeft een dergelijke akte voor de bewijslastverdeling? Ik neem als voorbeeld dat partij A volgens een akte een vorderingsrecht op partij B heeft en dat B dat ontkent, althans dat het vorderingsrecht minder is dan in het schriftelijke stuk staat uitgedrukt, omdat zij voorafgaand aan het tekenen van de schriftelijke overeenkomst een mondelinge afspraak van die strekking met A heeft gemaakt. Indien A zich ten bewijze van haar vorderingsrecht op B op de onderhandse akte beroept, waarin B heeft verklaard een bepaalde prestatie aan A te voldoen, dan heeft A in beginsel haar vorderingsrecht met betrekking tot die prestatie bewezen. Het ligt dan op de weg van partij B, die verweer wenst te voeren, om feiten te stellen en te bewijzen, waaruit volgt dat het door A gestelde vorderingsrecht haar niet toekomt.³⁶ Een akte heeft naar Nederlands recht dus in de eerste plaats gevolgen voor de bewijslastverdeling. De partij die beweert dat het anders is dan in de akte staat uitgedrukt, moet dat stellen en bewijzen. Deze bewijspositie is uiterst lastig. Zeker als de betreffende partij zich beroept op afspraken en mededelingen die zijn gedaan voorafgaand aan het tekenen van het schriftelijke stuk, maar daarin niet zijn opgenomen. De verweerder zal dan een beroep doen op stukken en (partij)getuigen die die eerdere afspraak kunnen bewijzen. De rechter is vrij in de waardering van het bewijs (art. 179 lid 2 Rv.). Hoe zal de rechter dergelijk bewijs waarderen? Hij zal als uitgangspunt nemen dat als de beweerde mondelinge afspraak belangrijk zou zijn, partijen deze wel in de schriftelijke overeenkomst zouden hebben opgenomen. Indien eerdere afspraken niet in de schriftelijke overeenkomst (de akte) voorkomen, dan hebben partijen kennelijk niet de bedoeling gehad deze te laten overleven. Deze gedachte ligt ook ten grondslag aan de *parol eviden-*

35. Zie evenwel de bijzondere bepaling met betrekking tot de schriftelijke vastlegging van een eenzijdige verbintenis tot voldoening van een geldsom (art. 185 Rv.).

36. Zie HR 13 juni 1997, NJ 1997, 562 (Soto-Montoya/Marsera).

ce rule. Waar het Amerikaanse recht dat bewijs categorisch uitsluit, zal het in Nederland zo zijn, dat het bewijs van de stelling dat een schriftelijke overeenkomst door mondelinge afspraken en eerdere stukken tegengesproken of aangevuld is, de rechter veelal moeilijk zal overtuigen. Wanneer zal een rechter zich wel laten overtuigen dat partijen eerder een beding zijn overeengekomen dat de schriftelijke overeenkomst tegensprekt of aanvult? Anders gezegd: wanneer zal de rechter niet uitgaan van de geschetste ervaringsregel dat de akte de definitieve en volledige afspraak van partijen bevat? Een eerste denkbare situatie is dat partij B stelt en zo nodig bewijst dat het schriftelijke stuk niet de definitieve afspraken van partijen weergeeft. In termen van de *parol evidence rule*: dat de akte geen *integrated agreement* is. Dat kan bij voorbeeld blijken uit de bewoordingen of de gebrekkige detaillering van het schriftelijke stuk (vgl. par. 209 lid 3 Rest.Contr.2d). Een tweede denkbare situatie is dat partij B stelt en zo nodig bewijst dat het schriftelijke stuk niet de volledige tussen partijen overeengekomen afspraak omvat. In termen van de *parol evidence rule*: de akte is geen *completely integrated agreement*, maar een *partially integrated agreement*. Het bewijs waarbij een niet-complete overeenkomst aangevuld wordt, zal de rechter vanzelfsprekend niet sceptisch bejegenen. Bij een dergelijke aanvulling is ook de handelsgewoonte van belang (art. 6:248 lid 1 BW). Indien het beweerde aanvullende beding van dien aard is, dat het zeer waarschijnlijk in de schriftelijke overeenkomst zou zijn opgenomen, dan kan bij de rechter het vermoeden rijzen dat het schriftelijke stuk de partijafpraak volledig weergeeft (vgl. comment 3 op art. 2-202 UCC, alsmede art. 2-202 lid 2 sub b ontwerp aanpassing UCC). Kortom, de *parol evidence rule* bestaat in zekere zin ook in het Nederlandse recht, maar dan als ervaringsregel bij de bewijswaardering.

Partijen kunnen naar Nederlands recht geldig overeenkomen dat een schriftelijk stuk de overeenkomst van partijen volledig en uitsluitend weergeeft (een *merger clause*).³⁷ Het rechtsgevolg van een dergelijk beding is dat een dergelijke overeenkomst niet kan worden tegengesproken of aangevuld door bewijs door middel van daaraan voorafgaande verklaringen of afspraken.³⁸ Van het recht om dat bewijs te leveren wordt door een dergelijk beding afstand gedaan.

37. Daartegen: Hondius, a.w. (1986), p. 34.

38. In gelijke zin: art. 2.17 UP.

Latere overeenkomsten of verklaringen (ook mondelinge) kunnen de betreffende schriftelijke overeenkomst uiteraard wel aanvullen en ontkrachten. De toegevoegde waarde van een *merger clause* is daarom vrij gering. Een *merger clause* belet ook niet dat schriftelijke stukken en mondelinge verklaringen uit de fase voorafgaand aan het tekenen van de schriftelijke overeenkomst relevant zijn bij de uitleg van de bedingen in het schriftelijke contract.

Partijen kunnen naar Nederlands recht eveneens geldig overeenkomen dat een schriftelijk contract niet anders dan schriftelijk gewijzigd of beëindigd kan worden (een *no-oral-modification/termination-clause*). Redelijkheid en billijkheid kunnen een partij evenwel beletten op een dergelijk beding een beroep te doen (art. 6:248 lid 2 BW). Internationaal wordt aangenomen dat zich dat onder meer voordoet wanneer die partij door haar gedrag bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat zij op dat beding geen beroep zal doen en de wederpartij op grond daarvan heeft gehandeld.³⁹

6. SLOTOPMERKINGEN

De *parol evidence rule* in het (Anglo-)Amerikaanse contractenrecht lijkt ver af te staan van het Nederlandse contractenrecht. Een regel die bewijs uitsluit van eerdere mondelinge afspraken en schriftelijke stukken die een latere schriftelijke overeenkomst ontkrachten of aanvullen, kent ons recht niet. Met het vorenstaande heb ik ten eerste laten zien dat ook in de common law de *parol evidence rule* niet zo rigide is als zij lijkt. Zoals bij vele leerstukken laat ook hier het schijnbaar starre common law systeem zien dat de rechter vrij kan worstelen met archaïsche instituties om daarmee een redelijk geacht resultaat te bewerkstelligen.⁴⁰ Ten tweede heb ik laten zien dat de (deel)rechtsregels van de *parol evidence rule* ook in ons recht voorkomen, maar dan als ervaringsregels of overtuigende gezichtspunten die de rechter hanteert bij de waardering van het bewijs. Als zo vaak kan geconstateerd worden dat het contractenrecht in common law landen en civil law landen op het eerste gezicht hier en daar sterk lijkt te

39. Aldus ook art. 2.18 UP en art. 29 lid 2 CISG. Zie over art. 29 lid 2 CISG o.a. Meeusen, in: Het Weens Koopverdrag (red. Van Houtte e.a.), 1997, nr. 3.72 en de aldaar genoemde literatuur.

40. Een vergelijkbare strijd is te zien bij de exegese van de voor de geldigheid van een overeenkomst (beter: belofte, *promise*) vereiste *consideration* (de tegenprestatie).

verschillen, maar dat het praktische resultaat altijd gelijk is. Dat kan ook niet anders, omdat de met het contractenrecht gediende belangen overal ter wereld vrijwel dezelfde zijn.⁴¹

41. De grote consensus die bestaat over de UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts en de European Principles geeft daar ook blijk van.