



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands en Engels recht

Hendrikx, A.M.M.; Boom, W.H. van; Breedveld-de Voogd, C.G.; Castermans, A.G.; Deugd-Dijkman, M.D.R.M. de; Hijma, J.

Citation

Hendrikx, A. M. M. (2016). Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands en Engels recht. In W. H. van Boom, C. G. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, M. D. R. M. de Deugd-Dijkman, & J. Hijma (Eds.), *Een kwart eeuw: privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat* (pp. 155-166). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/46813>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/46813>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands en Engels recht

Anne Hendrikx¹

I. Inleiding

Ten tijde van de totstandkoming van een overeenkomst proberen de betrokken partijen de wederzijdse rechten en verplichtingen nauwkeurig vast te leggen. Dit om de rechtszekerheid te dienen en geschillen in de toekomst te voorkomen. Blijkt er na uitleg van de overeenkomst door de rechter toch een leemte te zijn in hetgeen partijen zijn overeengekomen, dan zal deze leemte moeten worden opgevuld. Op grond van de wet, de gewoonte en de zogenaamde aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bestaat in het Nederlandse recht de mogelijkheid om de overeenkomst aan te vullen (art. 6:248 lid 1 BW). Op grond hiervan kan aldus een extra verplichting voor contractspartijen worden geconstrueerd. In deze bijdrage zal aandacht worden besteed aan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

De redelijkheid en billijkheid zijn kenmerkend voor het Nederlandse recht. Het Engelse contractenrecht kent geen algemeen beginsel van de redelijkheid en billijkheid en heeft geen wettelijke bepaling, zoals art. 6:2 of art. 6:248 BW, waarin is vastgelegd dat de redelijkheid en billijkheid de rechtsgevolgen van de overeenkomst kunnen beïnvloeden.² Een interessante vraag is of het Engelse contractenrecht bij afwezigheid van de redelijkheid en billijkheid een equivalent kent voor de aanvullende werking ervan. In deze bijdrage wordt daarom ook aandacht besteed aan de vraag hoe de Engelse rechter een leemte in een overeenkomst dient aan te vullen. Het Engelse *Supreme Court* heeft eind 2015 een interessant arrest gewezen waarin deze vraag uitgebreid aan bod komt.

In het navolgende zal eerst worden stilgestaan bij de rol van de redelijkheid en billijkheid bij de aanvulling van een leemte naar Nederlands recht (par. 2).

Vervolgens maak ik enige opmerkingen over aanvulling van een leemte in een

¹ Mr. drs. A.M.M. Hendrikx is als docente Burgerlijk recht en buitenpromovenda verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. Daarnaast is zij Professional Support Lawyer bij Clifford Chance te Amsterdam.

² R.P.J.L. Tjittes, 'Op de golven van de goede trouw naar Engels Contractenrecht', *RMThemis* 2015/5, p. 208-209; J. Cartwright, *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford etc.: Hart Publishing 2013, p. 61 e.v.; *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433 (CA) 439.

overeenkomst in het Engelse recht (par. 3) en besteed ik aandacht aan het recente arrest van het *Supreme Court* op dit terrein (par. 4). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 5).

2. Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Nederlands recht

Het staat partijen vrij om binnen de grenzen van de wet, openbare orde en goede zeden (art. 3:40 BW) de rechtsgevolgen van hun overeenkomst naar eigen goeddunken te bepalen. Door uitleg kan worden vastgesteld welke rechten en plichten rechtstreeks uit de contractuele afspraken voortvloeien. Naar Nederlands recht zijn de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 en 6:248 BW van toepassing op iedere contractuele relatie. Volgens art. 6:248 BW heeft een overeenkomst mede de rechtsgevolgen die uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Het artikel bepaalt ook dat een contractuele regel niet van toepassing is voor zover dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Aldus kunnen de redelijkheid en billijkheid de rechtsgevolgen van de overeenkomst beïnvloeden. Deze gedachtegang is terug te vinden in het arrest *Vodafone/ETC*. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat ‘de rechten en verplichtingen van de partijen ten opzichte van elkaar niet alleen bepaald worden door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, doch ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst’.³ De rechtsgevolgen van de overeenkomst komen dus niet alleen uit het contract zelf voort.

Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval wat de concrete werking van de redelijkheid en billijkheid is. Naast de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), is in lid 2 de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid verankerd. Derhalve kunnen de rechtsgevolgen van de overeenkomst ook beperkt worden, mocht dit noodzakelijk zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Daarnaast spelen de redelijkheid en billijkheid een rol bij de uitleg. Uit het *Haviltex*-arrest volgt dat eerst stil dient te worden gestaan bij de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld (uitleg) en vervolgens bij de vraag of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld.⁴ Dit is in lijn met art. 6:248 lid 1 BW.⁵ Eerst zal dus door uitleg worden beoordeeld wat de contractuele afspraken van partijen zijn. In de tweede plaats kan dan door uitleg worden beoordeeld of de overeenkomst een leemte bevat die dient te worden aangevuld. Ten slotte kan de toepassing van een contractregel onaanvaardbaar zijn uit het oogpunt van de eisen van redelijkheid en billijkheid en daarom buiten toepassing worden gelaten (art. 6:248 lid 2 BW). Het drieluik dat zo gevormd wordt

³ HR 19 oktober 2007, NJ 2007/565 (*Vodafone/ETC*), r.o. 3.5.

⁴ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner, sub 2 (*Ermes c.s./Haviltex*).

⁵ Toen het *Haviltex*-arrest werd gewezen lag echter al een voorontwerp Wet tot modernisering BW op tafel waarin de bepaling van art. 6:248 BW was opgenomen en het heeft er alle schijn van dat de Hoge Raad zich bij zijn uitspraak naar dat wetsvoorstel heeft gericht.

– uitleg, aanvulling en beperking – vindt steun in de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en in de literatuur.⁶ Deze drie functies van de redelijkheid en billijkheid zullen hieronder kort worden besproken.

Dat de redelijkheid en billijkheid een rol speelt bij de uitleg van de overeenkomst, volgt onder meer uit het *Haviltex*-arrest.⁷ Bij de uitleg van een overeenkomst is de Haviltex-maatstaf inhoudende dat ‘de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan [de] bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’ beslissend.⁸

Bij onderwerpen die door partijen in hun overeenkomst ongeregeld gelaten zijn, zal er ruimte voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid zijn op grond van art. 6:248 lid 1 BW. Voor toepassing van lid 1 is evenwel vereist dat de overeenkomst een leemte bevat. Het blijft dan ook een kwestie van (rechterlijke) uitleg of de overeenkomst een leemte laat en zo ja of die moet worden aangevuld.⁹ De rechter zal hiertoe aan de hand van de Haviltex-maatstaf moeten vaststellen wat partijen over en weer hebben verklaard en kan vervolgens, indien naar zijn mening de overeenkomst een leemte bevat, de rechtsgevolgen van de overeenkomst aanvullen. Een dergelijke aanvulling dient overigens wel inhoudelijk aan te sluiten bij hetgeen partijen wél zijn overeengekomen. Door de aanvulling ontstaat dan ook niet een ‘nieuwe rechtstoestand’.¹⁰ In de praktijk zullen de grenzen tussen uitleg en aanvulling vaak ineenvloeien.¹¹

6 Zie de *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 67 en 69; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/365 en 366; G.J. Rijken, *Redelijkheid en Billijkheid* (Mon. Nieuw BW A5), Deventer: Kluwer 1994, p. 42; P.S. Bakker, ‘Uitleg van commerciële contracten (I)’, *WPNR* 2011/6890, p. 478; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2011, p. 254-255. Zie M. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europees privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 132 e.v. waaruit blijkt dat deze benadering in de omringende rechtsstelsels geen steun vindt.

7 Zie ook HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 4.5 (*DSM/Fox*), r.o.; HR 2 februari 2007, *NJ* 2008/104 (*NBA/Stichting Meerhuysen*).

8 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner, sub 2 (*Ermes c.s./Haviltex*). Dat de Haviltex-maatstaf nog steeds leidend is, blijkt uit HR 5 april 2013, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.3.

9 Zie het arrest *Koersplandewegkwijt* (HR 14 juni 2013, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken); HR 19 november 2010, *NJ* 2010/623 (*Skare Meat/Flexmen*).

10 HR 14 juni 2013, *NJ* 2014/415, m.nt. J.B.M. Vranken (*Koersplandewegkwijt*), r.o. 3.5.3.

11 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/387 en 402; R.P.J.L. Tjittes, ‘De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten’, in: *Middelen voor Meijer (Liber Amicorum mr. R.S. Meijer)*, Den Haag: BJu 2013, p. 389-403; P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval: een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 26-27; Bakker 2012, p. 80 e.v.; W. Snijders, ‘Beperkende werking, een paradox of een instrument’, *WPNR* 2007/6693, p. 6-12; noot van J.B.M. Vranken sub 9 bij *Koersplandewegkwijt* (*NJ* 2014/415); conclusie A-G Huydecoper sub 11 e.v. bij HR 13 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ8724; HR 19 november 2010, *NJ* 2010/623 (*Skare Meat/Flexmen*).

De wilsovereenstemming van partijen bepaalt wat de overeenkomst inhoudt. Dat een tussen partijen geldende contractuele regel buiten toepassing kan worden gelaten, is een gevolg van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals volgt uit art. 6:248 lid 2 BW. Dit houdt in dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn de contractuele regel toe te passen. Dit is een strengere maatstaf dan die van art. 6:248 lid 1 BW en vereist meer dan het enkel in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.¹² Het gevolg is dat de tussen partijen geldende contractuele regel buiten toepassing wordt gelaten. Uit de bewoordingen ‘voor zover’ van lid 2 volgt dat de regel ook gedeeltelijk buiten toepassing kan worden verklaard.

Voordeel van het voorgestane drieluik – uitleg, aanvulling en beperking – is dat de wijze waarop de redelijkheid en billijkheid zijn toegepast door de lagere rechter een rechtsvraag is die in beginsel in cassatie kan worden getoetst.¹³ Dit is echter niet mogelijk wanneer deze vraag zeer nauw verbonden is met de feitelijke omstandigheden. Daarnaast is het onderscheid tussen de drie functies van praktisch belang. In het geval dat het gerechtvaardigd vertrouwen bij de uitleg een groot gewicht toekomt, kunnen de redelijkheid en billijkheid bedoeld in art. 6:248 lid 2 BW in de weg staan aan een beroep op de uitleg waarop een van de partijen heeft vertrouwd met als gevolg dat de uitleg waarop de vertrouwende partij een beroep doet alsnog faalt.¹⁴ Het is dan ook afhankelijk van de omstandigheden van het geval wat de concrete werking van de redelijkheid en billijkheid is. Voorts is het onderscheid tussen de drie functies van de redelijkheid en billijkheid in de praktijk niet altijd makkelijk te maken.¹⁵ De beantwoording van de vraag of de overeenkomst moet worden aangevuld of worden beperkt is in belangrijke mate afhankelijk van de uitleg van de overeenkomst. Soms zijn de functies in één zin met elkaar verweven, zoals vaak het geval is bij uitleg en aanvulling.

¹² Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 68; W.L. Valk in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 278.

¹³ Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/368.

¹⁴ Zie *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 176. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/137 met verwijzing naar HR 12 september 1986, NJ 1987/267 (*Westhoff/Spronsen*), r.o. 3.6 waarin de Hoge Raad een beroep op het gerechtvaardigd vertrouwen van de werkgever op de door de werknemer gewekte schijn van wil tot ontslagneming wordt afgesneden door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

¹⁵ De discussie over de contractuele uitsluiting van de aanvullende en/of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zal hier niet worden behandeld. Zie onder meer: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/380; P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012, p. 76 e.v.; M.H. Wissink, ‘Wegcontracteren van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid’, *Contracteren* 2011/5, p. 24-26; H.N. Schelhaas, ‘Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten. Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten’, *NTBR* 2008/4, p. 153-154; C.E. Drion, ‘De status van de redelijkheid en billijkheid’, *NJB* 2007/8, p. 433 en C.E. Drion, ‘De innovatieve contractenmaker en de bewijs-overeenkomst’, *NJB* 2004/1, p. 17; A.S. Hartkamp, *Boekaankondiging*, *WPNR* 2006/6671, p. 468-471; R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2005, p. 283 e.v.

Een ander standpunt wordt ingenomen door de ‘normatieve’ uitleggers zoals Schoordijk en Van Dunné.¹⁶ Zij stemmen niet in met het onderscheid tussen uitleg, aanvullen en beperken. Binnen de leer van de normatieve uitleg wordt ‘geen onderscheid [...] gemaakt tussen de uitleg en de aanvulling van de overeenkomst met behulp van de goede trouw’.¹⁷ Volgens Schoordijk en Van Dunné bestaat er binnen de normatieve uitleg zelfs geen behoefte aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij integreren alles in één proces en verstaan hieronder het vaststellen van de rechtsgevolgen van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dit noemen zij de ‘normatieve uitleg’.¹⁸ De heersende leer ondersteunt deze visie niet.¹⁹ Ook naar mijn mening verdient het de voorkeur om aan het eerder geschetste drieluik – uitleg, aanvulling en beperking – vast te houden.

Het moge, tot slot, duidelijk zijn dat de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW een leemte in de overeenkomst kunnen aanvullen en dat naar Nederlands recht uitleg, aanvullen en ook beperken van elkaar moeten worden onderscheiden. In de navolgende paragraaf wordt nader onderzocht hoe het Engelse recht hiermee omgaat.

3. Het aanvullen van een leemte in de overeenkomst naar Engels recht

De uitleg in het Engelse contractenrecht wordt gekarakteriseerd door een ‘objectiverende’ benadering. Het Engelse recht hecht in het kader van de uitleg van overeenkomsten namelijk grote waarde aan rechtszekerheid en voorspelbaarheid. Dat in het Engelse contractenrecht de redelijkheid en billijkheid, zoals deze begrippen gelden in het Nederlandse recht, niet bestaan, betekent niet dat de Engelse rechter geen middel ter beschikking heeft om een eventuele leemte in een overeenkomst op te vullen.

¹⁶ J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971, p. 9 e.v., 236 e.v.; J.M. van Dunné, ‘De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht? Gedachten over beginselen van contractenrecht in de jaren tachtig’, *NJB* 1980, p. 668 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979, p. 21 e.v., 182 e.v., 522 e.v.; H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 94 e.v.

¹⁷ Zie J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 135 met verwijzingen naar diverse normatieve uitleggers.

¹⁸ Zie Schoordijk 1979, p. 21 e.v. en Van Dunné 2004, p. 168.

¹⁹ Een groot aantal schrijvers heeft betoogd dat de normatieve uitleg niet wenselijk is: J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 20; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/365; G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 80; W. Snijders 2007, p. 7; C.E. Drion, ‘Uitleg van uitleg’, *NJB* 2010/226, p. 279; H.J. Snijders, ‘Uitleg van rechterlijke uitspraken’, *WPNR* 2007/6709, sub 4.

Het Engelse recht kent een alternatieve oplossing bij gebreke aan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. In het Engelse recht kan onder omstandigheden een *implied term* worden aangenomen om zo een leemte in een overeenkomst aan te vullen. Hieronder moet de situatie worden verstaan dat partijen een bepaalde bepaling niet nadrukkelijk in hun overeenkomst hebben opgenomen, maar de Engelse rechter in staat is om te oordelen dat de bepaling ‘ingelesen’ moet worden in de overeenkomst (*should be implied*) om deze ‘compleet’ te maken.²⁰ In het navolgende zal nader worden ingegaan op de *implied terms* en de aanvullende werking ervan.

In het Engelse recht wordt een onderscheid gemaakt tussen *terms implied by statute* en *terms implied by the courts* (waarbij weer een onderscheid wordt gemaakt tussen *implied by law* en *implied by fact*).²¹ Hieronder volgt een korte uiteenzetting van de verschillende *implied terms*.

Verplichtingen van partijen die zij niet zelf in hun overeenkomst hebben opgenomen, kunnen voortkomen uit specifieke wettelijke bepalingen voor specifieke overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld de *Sale of Goods Act*. Dergelijke *terms implied by statute* zijn beperkt, omdat het aantal wettelijke regelingen dat van toepassing is op specifieke overeenkomsten beperkt is. De *terms implied by law* zijn te kwalificeren als een soort algemene regel die geldt voor alle overeenkomsten op dit terrein vanwege de algemene relatie tussen de betrokken partijen.²² Zo geldt bijvoorbeeld in de arbeidsrelatie dat de werknemer trouw zal zijn aan zijn werkgever en dat hij zijn werkgever vrijwaart voor aansprakelijkheden voortkomend uit onrechtmatige handelingen tijdens het werk verricht.²³ De rechter kan ook de overeenkomst aanvullen met een impliciet contractbeding. Er is dan sprake van een *term implied by fact*. Dit is het geval wanneer uit de expliciete bepalingen van de overeenkomst, de bedoeling van partijen en de overige omstandigheden, blijkt dat aanvulling noodzakelijk is om de overeenkomst enige betekenis te kunnen geven.²⁴ De *terms implied by fact* zou men dan ook kunnen omschrijven als het Engelse equivalent van de Nederlandse aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. De *terms implied by fact* vormen zo de belangrijkste grondslag voor het aanvullen van een leemte in de overeenkomst.

Verskillende opvattingen bestaan in de Engelse doctrine over de toets die bepalend is voor de vraag of een overeenkomst moet worden aangevuld. Eén van de traditionele toetsen is de ‘*officious bystander test*’ en komt erop neer dat het voor een

²⁰ Cartwright 2013, p. 202.

²¹ J. Beatson e.a., *Anson's law of contract*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 151. Zie ook N. Kornet, *Contract interpretation and gap filling: comparative and theoretical perspectives* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2006, hoofdstuk 5.

²² H.G. Beale e.a. (red.), *Chitty on contracts, Volume I, General principles*, London: Sweet & Maxwell 2012, sub 13-003.

²³ *Lister v Romford Ice & Cold Storage Co Ltd* [1957] AC 555; zie ook E. McKendrick, *Contract Law*, Basingstoke etc.: Palgrave 2007, p. 207.

²⁴ McKendrick 2007, p. 206; Beatson e.a. 2010, p. 151; N. Andrews, *Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, sub 13.09 e.v.; Beale e.a. 2012, sub 13-004.

buitenstaander op basis van de feiten duidelijk is dat de contractspartijen wel bedoeld moeten hebben dat een bepaalde bepaling deel uit zou maken van de overeenkomst, maar deze bepaling niet expliciet in de overeenkomst hebben neergelegd.²⁵ Een andere toets is gericht op de vraag of de *implied term* noodzakelijk is om de overeenkomst effectief te doen zijn, oftewel om het contract *business efficacy* te geven zoals de partijen het bedoeld hebben. Dit wordt dan ook de ‘*business efficacy test*’ genoemd.²⁶

Deze toetsen zijn in 1977 samengevoegd door Lord Simon in *BP Refinery (Westernport) v Shire of Hastings*. Naar Engels recht dient een overeenkomst met een *implied term* te worden aangevuld, indien aan de volgende vereisten is voldaan:²⁷ (1) het moet redelijk en billijk zijn om de overeenkomst aan te vullen; (2) om de overeenkomst enige praktische betekenis te kunnen geven, is het noodzakelijk dat de overeenkomst wordt aangevuld (de eis van *necessity*); (3) het is vanzelfsprekend dat de overeenkomst wordt aangevuld; (4) de *implied term* kan duidelijk tot uitdrukking worden gebracht; en (5) de *implied term* mag niet in strijd zijn met een expliciete contractsbepaling van partijen. De eerste drie vereisten hebben betrekking op de vraag of de overeenkomst aangevuld moet worden. Door de rechter dient bij de beantwoording van deze vraag terughoudendheid te worden betracht. Een rechter mag de overeenkomst niet aanvullen enkel en alleen omdat het redelijk zou zijn.²⁸ De laatste twee vereisten proberen invulling te geven aan de vraag wat deze aanvulling dan moet inhouden.

Zo was de toestand tot 2007. In de *Belize Telecom*-uitspraak erkent Lord Hoffmann de hierboven genoemde tests om te beoordelen of er sprake is van een *implied term* en benadrukt dat het niet om verschillende of aanvullende tests gaat.²⁹ Uiteindelijk draait het volgens Lord Hoffmann om de vraag: ‘*is that what the instrument, read as a whole against the relevant background, would reasonably understood to mean?*’ Volgens Lord Hoffmann zou voor toepassing van de test voor *implied terms* aansluiting kunnen worden gezocht bij de eerdere uitspraak *Investors Compensation Scheme* uit het jaar 1998. Deze uitspraak gaat weliswaar over de uitleg van overeenkomsten,³⁰ maar de daar gecreëerde methode voor de uitleg van een overeenkomst kan ook

25 Zie MacKinnon LJ in *Shirlaw v Southern Foundries LTD* [1939] 2 KB 206, 207; McKendrick, 2007, p. 206; Andrews 2015, sub 13.11.

26 *The Moorcock* (1889) 14 PD 64; *Reigate v Union Manufacturing Co (Ramsbottom) Ltd* [1918] 1 KB 592, 605; *Geys v Société Générale* [2013] 1 AC 523, sub 55; zie ook Beale e.a. 2012, sub 13-006 – 13-007; Andrews 2015, sub 13.10.

27 *BP Refinery (Westernport) v Shire of Hastings* (1977) 52 ALJR 20, 26.

28 Beale e.a. 2012, sub 13-010 met verwijzing naar andere bronnen.

29 *Attorney General of Belize v Belize Telecom* [2009] 1 WLR 1988.

30 In de uitspraak *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896 werd een objectieve uitlegmethode geïntroduceerd waarbij het gaat om de betekenis die een redelijk persoon in dezelfde positie als partijen, die beschikt over alle beschikbare achtergrondinformatie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, aan de bewoordingen zou hebben toegekend. Zie G. McMeel, *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication and Rectification*, Oxford: Oxford University Press 2007, sub 1.52.

worden gebruikt bij het aanvullen van de overeenkomst met een *implied term*.³¹ De conclusie van Lord Hoffmann in de *Belize Telecom*-uitspraak lijkt te zijn dat het aanvullen van de overeenkomst met *implied terms* onderdeel is van het uitlegproces (sub 17-27 van de uitspraak) en dat er dus naar Engels recht – anders dan naar Nederlands recht – geen verschil bestaat tussen uitleg en aanvulling.

In de Engelse doctrine is de *Belize Telecom*-uitspraak kritisch ontvangen. De eerdergenoemde toetsen voor *implied terms* zijn jarenlang nader gebruikt en ontwikkeld door de rechters en het lijkt dan ook te voorbarig te zijn om te concluderen dat de reeds bestaande toetsen minder behulpzaam zijn dan het direct uitleggen van de overeenkomst.³² In de Engelse literatuur worden de traditionele toetsen dan ook nog steeds gezien als het hulpmiddel voor de rechter om te oordelen of de overeenkomst met een *implied term* moet worden aangevuld. In december 2015 heeft het *Supreme Court* duidelijkheid verschaft met het *Marks & Spencer*-arrest. Voornoemd arrest gaat in op de vraag welke toets leidend is voor de *implied terms* en wat de verhouding is tussen uitleg en aanvulling van een overeenkomst.³³

4. De uitspraak: *Marks and Spencer plc v BNP Paribas*

De feiten

Marks & Spencer (huurder) heeft met BNP (verhuurder) een overeenkomst gesloten met betrekking tot de huur van een verdieping in een gebouw in Londen. De huurovereenkomst zou tot 2 februari 2018 lopen. De overeenkomst kende Marks & Spencer de bevoegdheid toe de overeenkomst reeds op te zeggen per 24 januari 2012. De voorwaarden voor het uitoefenen van deze bevoegdheid stonden in het contract omschreven.³⁴ Zo zijn partijen onder meer overeengekomen dat Marks & Spencer haar contractuele bevoegdheid alleen geldig kon uitoefenen indien er geen onbetaalde huurpenningen waren. Marks & Spencer oefende haar contractuele bevoegdheid uit overeenkomstig de daaraan gestelde voorwaarden, zodat de overeenkomst geldig was opgezegd per 24 januari 2012. Het probleem is dat Marks & Spencer de huur heeft vooruitbetaald op de gebruikelijke dag van het kwartaal. Het betreft de huur voor de periode van 25 december 2011 tot en met 24 maart 2012. Zonder deze vooruitbetaling zou de opzegging niet geldig zijn geweest. De vraag die in de voorliggende procedure speelde was of BNP een deel van de door Marks & Spencer vooruitbetaalde huur moest terugbetalen. Het betrof de huur die betaald is voor de periode na opzegging van de overeenkomst: vanaf de opzeggingsdatum (24 januari 2012) tot en met 24 maart 2012. De huurovereenkomst bevatte ter zake geen expliciete bepaling. Volgens Marks &

³¹ Zie ook Andrews 2015, sub 13.16.

³² Beatson e.a. 2010, p. 154; Beale e.a. 2012, sub 13-005.

³³ *Marks & Spencer plc v BNP Paribas* [2015] UKSC 72.

³⁴ Het gaat om clause 8 van de overeenkomst, zie sub 4 van het arrest voor de tekst van deze bepaling.

Spencer stond er een *implied term* in de overeenkomst dat BNP als verhuurder verplicht was om de vooruitbetaalde huur terug te betalen. In eerste aanleg ging het *High Court (Chancery Division)* met dit standpunt mee en oordeelde dat Marks & Spencer gerechtigd was tot terugvordering van de vooruitbetaalde huur ten aanzien van de periode na de opzegging van de huurovereenkomst. In tegenstelling tot het *High Court* verklaarde het *Court of Appeal* echter dat er geen sprake was van een *implied term* dat de vooruitbetaalde huur moest worden terugbetaald in het (onderhavige) geval dat de huurovereenkomst vroegtijdig werd beëindigd.

De uitspraak

Tegen de uitspraak van het *Court of Appeal* gaat Marks & Spencer vervolgens in hoger beroep. Diens middel richt zich primair tegen het oordeel van het *Court of Appeal* dat er geen sprake was van een *implied term* in de overeenkomst. Het *Supreme Court* kan zich vinden in het oordeel van het *Court of Appeal* en verwerpt het beroep van Marks & Spencer.

In de onderhavige zaak staat het *Supreme Court* stil bij de verschillende opvattingen in de literatuur over de *Belize Telecom*-uitspraak (sub 24) en zet uiteen hoe deze uitspraak benaderd moet worden. Ten eerste benadrukt Lord Neuberger³⁵ dat de *Belize Telecom*-uitspraak geen afzwakking is van de vereisten waaraan voldaan moet zijn om een *implied term* aan te nemen. Dat de traditionele toets van *necessity* nog steeds leidend is, wordt in de onderhavige uitspraak bevestigd. De vraag of een overeenkomst aangevuld moet worden met een *implied term* is daarnaast nog steeds afhankelijk van de vraag of de *term* noodzakelijk is voor de *business efficacy* van de overeenkomst, in die zin dat zonder de *implied term* de commerciële of praktische betekenis van de overeenkomst zou ontbreken. *Terms* kunnen niet worden *implied* alleen omdat dit redelijk zou zijn. Vervolgens formuleert Lord Neuberger zes aanvullingen op de traditionele toets en de reeds bestaande rechtspraak met betrekking tot *implied terms* (sub 21). Zo is de aanvulling van de overeenkomst met een *implied term* onder meer niet afhankelijk van bewijs van de daadwerkelijke bedoeling van partijen ten tijde van de totstandkomingsfase. Lord Neuberger voegt daaraan toe dat het aanvaarden van een *implied term* niet voor de hand ligt wanneer het een leemte in een gedetailleerde commerciële overeenkomst betreft, gesloten tussen professionele partijen die zich hebben laten bijstaan door ter zake kundige juridische adviseurs.³⁶ Het is dan lastig om te bewijzen dat partijen het wel bedoeld hebben, maar vergeten zijn het expliciet in de overeenkomst op te nemen.³⁷ De *necessity for business efficacy test* impliceert volgens Lord Neuberger bovendien een

35 Lord Neuberger geeft de *lead judgement* en is ten tijde van deze uitspraak ook de President van het Engelse *Supreme Court*.

36 Dit sluit aan bij de eerdere uitspraken van Lord Neuberger in *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36 en *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi; ParkingEye v Beavis* [2015] UKSC 67 waarin hij heeft benadrukt dat de afspraken van partijen neergelegd in een gedetailleerde commerciële overeenkomst gerespecteerd dienen te worden.

37 Zie in dit kader ook de uitspraak *Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd* [1995] EMLR 472, sub 481-482.

waardeoordeel. Het is daarom geen absolute *necessity test*, maar wanneer – zonder de term – de overeenkomst commerciële of praktische betekenis zou missen, dient de overeenkomst met deze *implied term* te worden aangevuld.

Vervolgens ging het *Supreme Court* nader in op de vraag hoe het uitleggen en aanvullen van de overeenkomst zich tot elkaar verhouden. *Lord Neuberger* gaat hiertoe in op de suggestie, zoals gegeven door *Lord Hoffmann* in de *Belize Telecom*-zaak, dat het proces van ‘*implying a term*’ onderdeel is van het proces van interpretatie van de overeenkomst. In een uitvoerige uiteenzetting laat *Lord Neuberger* zien dat in zijn opvatting de uitleg van de overeenkomst plaatsvindt vóórdat eventuele aanvulling van een bepaling plaatsvindt. Alleen wanneer het proces van uitleg is voltooid, kan overwogen worden of een term aangevuld moet worden (sub 27-28). *Lord Neuberger* volgt daarbij de zienswijze van *Lord Carnwath* – die enkele kanttekeningen plaatste bij de redenering van *Lord Neuberger* – dat het in bepaalde gevallen nodig zal zijn om de eerder vastgestelde uitleg van de overeenkomst te herzien, nadat een leemte in de overeenkomst is aangevuld met een *implied term*.

In het onderhavige geval verhindert ten slotte het reeds bestaande juridisch kader de aanvulling met een term die BNP verplicht om Marks & Spencer de vooruitbetaalde huur met betrekking tot de periode na opzegging terug te betalen. Vooruitbetaalde huur is naar *common law* kort gezegd, niet ‘deelbaar’ in de tijd. Het *Supreme Court* oordeelde dat de huurovereenkomst daarom niet aangevuld kan worden met een dergelijke *implied term*. Volgens *Lord Neuberger* zou het dan ook onjuist zijn om aan de verhuurder en de huurder, zeker wanneer er sprake is van een gedetailleerde en professioneel tot stand gekomen huurovereenkomst, de bedoeling toe te kennen dat de huurder een deel terug zou moeten krijgen van de vooruitbetaalde huur, wanneer al zo lang is vastgesteld dat dit niet het geval is naar Engels recht (sub 50). Vanwege de omstandigheid dat in het Engelse recht de verhuurder de vooruitbetaalde huur mag houden, met uitzondering van bijzondere omstandigheden, zijn expliciete woorden nodig voordat het aanvaardbaar zou zijn om het contract aan te vullen met een bepaling – *implied term* – die hier afbreuk aan doet. Daarom is BNP gerechtigd om de gehele vooruitbetaalde huur te houden.

5. Conclusie

Een korte vergelijking tussen het Nederlandse en Engelse recht laat zien dat leemten in een overeenkomst op een verschillende manier kunnen worden aangevuld. In het Nederlandse contractenrecht zal dit geschieden aan de hand van de in de wet verankerde aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Het Engelse recht vult leemten in de overeenkomst op door het aannemen van een *implied term* om de overeenkomst commerciële betekenis te geven. Wat deze commerciële betekenis precies inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. In het arrest *Marks & Spencer v BNP Paribas* stelt het *Supreme Court* voorop dat de *necessity test* (nog steeds) bepalend is voor de vraag of een overeenkomst aangevuld dient te worden met een *implied term* en wordt

benadrukt dat een *implied term* in een gedetailleerde commerciële overeenkomst niet snel is te aanvaarden.³⁸

Uit de uitspraak *Marks & Spencer v BNP Paribas* kan worden afgeleid dat in het Engelse recht een onderscheid dient te worden gemaakt tussen het uitleggen en het aanvullen van de overeenkomst met een *implied term*. Dat het uitleggen van de overeenkomst dient plaats te vinden vóórdat een leemte in de overeenkomst wordt aangevuld, sluit aan bij het Nederlandse systeem. Door middel van uitleg kan worden vastgesteld of er een leemte is die moet worden opgevuld. Naar Nederlands recht is dan ook bepleit om een onderscheid te maken tussen de verschillende werkingen van de redelijkheid en billijkheid: uitleg, aanvulling en beperking.

Interessant is nog de vraag hoe de Nederlandse rechter deze problematiek zou hebben opgelost. Veel verder dan de uitleg van de overeenkomst zal de Nederlandse rechter vermoedelijk niet gekomen zijn. Gelet op de omstandigheden van het geval (commerciële overeenkomst, professionele partijen en de gewoonte) zal de rechter een objectieve uitlegmethode hanteren binnen de Haviltex-maatstaf. In tegenstelling tot het Engelse recht zal naar Nederlands recht wel bewijs van de daadwerkelijke bedoeling van partijen ten tijde van de totstandkomingsfase worden meegenomen bij de uitleg.³⁹ Uit niets blijkt echter dat het de bedoeling van partijen is geweest om af te spreken dat BNP bij opzegging van de overeenkomst de resterende vooruitbetaalde huur zou moeten terugbetalen. Bij gebrek aan bewijs van een dergelijke uitleg is de Nederlandse rechter gedwongen om onder de gegeven omstandigheden de uitlegfactor de tekst van de overeenkomst doorslaggevend te achten en te concluderen dat de overeenkomst geen leemte bevat en dus ook geen aanvulling behoeft. Het lijkt erop dat de uitspraak naar Nederlands recht niet anders zal uitvallen dan de uitspraak van het *Supreme Court*. In navolging van het Engelse recht verdient het aanbeveling om in het Nederlandse recht terughoudend om te gaan met de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bij uitvoerige (commerciële) overeenkomsten gesloten tussen professionele partijen (met de eventueel benodigde juridische ondersteuning).

Tot slot. Een kwart eeuw bestaat het huidige Burgerlijk Wetboek, een kwart eeuw is de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid verankerd in het Burgerlijk Wetboek⁴⁰ en een kwart eeuw is Henk Snijders hoogleraar Burgerlijk

38 Bevestigd in april 2016 door de *High Court (Chancery Division, Financial List* (sinds 1 oktober 2015 gespecialiseerd *court* in het beslechten van geschillen in de financiële markt)) in *Hayfin Opal Luxco 3 S.A.R.L. & Anor v Windermere VII CMBS plc & Ors* [2016] EWHC 782 (Ch), sub 68.

39 Zie o.a. Andrews 2015, p. 362; *Bank of Credit and Commerce International v Ali* [2002] 1 AC 251 sub 8; R. Calnan, *Principles of contractual interpretation*, Oxford: Oxford University Press 2013, sub 4.41.

40 Toen op 1 januari 2012 het nieuwe BW twintig jaar bestond, greep Henk Snijders deze gelegenheid aan om te bezien en bespreken wat de invloed van de tandem redelijkheid en billijkheid is op het Nederlandse recht. Zie H.J. Snijders, 'Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992', *Ars Aequi* 2012/10, p. 771-778.

Recht te Leiden.⁴¹ Zoals de aanvullende functie van de redelijkheid en billijkheid niet meer weggedacht kan worden uit het burgerlijk recht, geldt dit wat mij betreft ook voor (het werk van) Henk Snijders. De tijd van zijn emeritaat is gekomen. Van een leemte zal allerminst sprake zijn, want Henk Snijders is voornemens om nog vele jaren een aanvullende werking te bewerkstelligen.

⁴¹ Een lichte afronding is toegestaan.