



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Methoden van contractsuitleg: een model voor de uitleg van een overeenkomst

Hendrikx, A.M.M.

Citation

Hendrikx, A. M. M. (2023, June 20). *Methoden van contractsuitleg: een model voor de uitleg van een overeenkomst. Recht en Praktijk – Contracten- en aansprakelijkheidsrecht*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3620931>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3620931>

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

5.1 Inleiding

169 ALGEMEEN

Indien partijen van mening verschillen over de inhoud van de overeenkomst en er dus sprake is van een uitleggeschil, speelt het bewijsrecht een zeer belangrijke rol. Een partij die meent dat de overeenkomst een bepaalde uitleg heeft, zal wel in staat moeten zijn om deze uitleg te kunnen onderbouwen met feiten. In het Nederlandse recht spelen alle omstandigheden van het geval een rol bij de uitleg. Dit betekent dat een partij de feiten die in het kader van de uitleg van de overeenkomst relevant zijn ter kennis van de rechter dient te brengen.¹ In het gehanteerde model zal het bewijs van de relevante feiten onder meer bepalend zijn voor de gezichtspunten die de rechter voorhanden heeft. Ook zal dit bewijs van groot belang zijn voor de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en de uitlegfactoren. Daarop voortbouwend is de feitelijke inkleuring van de uitlegfactoren bij toepassing in het concrete geval ook medebepalend voor de aard van een uitlegfactor. Het bewijs van de feiten speelt aldus een grote rol bij de uitleg van een overeenkomst aan de hand van het uitgewerkte model. Om deze reden is het van groot belang dat een partij die een bepaalde uitleg verdedigt voldoende feiten stelt en zo nodig bewijst. Deze feiten zijn relevant om tot de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten te komen die leidt tot het door deze partij verdedigde uitlegresultaat. Indien de feiten niet met een redelijke mate van zekerheid zijn komen vast te staan, zal de rechter deze feiten buiten beschouwing laten. Voor het wel of niet slagen van een door een van de partijen verdedigde uitleg dient de rol van het bewijsrecht dus niet onderschat te worden. Daarbij dient ook niet uit het oog te worden verloren dat de rechter de vrijheid heeft om een andere uitleg te volgen dan door de partijen is verdedigd en kan aldus zijn eigen uitleg kiezen (zie in dit kader nader nr. 190).² Ondanks het ontbreken van een verplichting daartoe voor de rechter, verdient het naar mijn mening wel aanbeveling om in een dergelijk geval voorafgaand aan de beslissing partijen daarover te horen. Op die

1 Zie in dit kader ook Rb. Amsterdam (NCC) 29 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3747, r.o. 5.8, laatste volzin.

2 Sieburgh, *Asser/Sieburgh 6-III 2022/377*; HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1770, *NJ* 1996/566, m.nt. H.J. Snijders (*FMN/PAP*); HR 21 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2107, *NJ* 1997/327, m.nt. D.W.F. Verkade (*Van Genk/De Wild*); conclusie van A-G Lückers (ECLI:NL:PHR:2020:794) onder 2.30, voor HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2088, *RvdW* 2021/88. Zie nader Tjittes 2022, par. 5.6.6 en Valk 2016, par. 4.2. Kritisch is Fruytier 2013.

manier kan worden voorkomen dat de beslissing een ontoelaatbare verrassingsbeslissing is.³ Daarnaast speelt het bewijsrecht in het kader van de contractsuitleg ook een belangrijke rol in cassatie. Aangezien de uitleg van een overeenkomst sterk verweven is met de feiten – het betreft een gemengd oordeel – zijn de mogelijkheden in cassatie beperkt. Of de rechter de stel- en bewijsregels juist heeft toegepast bij de contractsuitleg, is een van de elementen die juist wel kan worden getoetst in cassatie.⁴ Schelhaas en Valk merken echter op dat de laatste jaren de controle door de Hoge Raad op het terrein van de uitleg van overeenkomsten wel is toegenomen.⁵

In dit hoofdstuk zal in het licht van het vormgegeven model de werking van het bewijsrecht bij de contractsuitleg naar huidig Nederlands recht worden uiteengezet. Onderzocht zal worden hoe het wettelijk bewijsrecht in het in dit boek uiteengezette model kan worden ingepast. Zo wordt getracht inzichtelijk te maken op welke bewijsrechtelijke aspecten partijen bedacht dienen te zijn indien zij geconfronteerd worden met een uitleggescil dat aan de hand van het in dit boek in kaart gebrachte model wordt opgelost. Wie is aan zet? Wie dient wat te bewijzen? En wie draagt het bewijsrisico? Daarbij zal aandacht worden besteed aan het voorshands (taalkundig) uitleggoordeel (par. 5.2.3) en de vraag of het wenselijk is om te werken met bewijsregels voor de contractsuitleg (par. 5.2.4). Vervolgens zullen enkele bewijsmiddelen nader worden beschouwd. Aan de hand van de bewijsmiddelen zal de rechter de feiten waarderen en bepalen welke feiten een rol spelen bij de uitleg van de overeenkomst. In par. 5.3 zullen (i) de geschriften en akten en (ii) de partij- en getuigenverklaringen nader besproken worden in het licht van het model gelet op de belangrijke rol die deze bewijsmiddelen vervullen bij de contractsuitleg. In dat kader zal ook geïllustreerd worden hoe de feitelijke inkleuring van de uitlegfactoren aan de hand van de relevante feiten medebepalend is voor de aard van de uitlegfactoren. Daarnaast hebben partijen de vrijheid om van het wettelijk bewijsrecht in Rv af te wijken. In par. 5.4 zal onderzocht worden aan wat voor afspraken kan worden gedacht en hoe dergelijke afspraken eventueel van invloed kunnen zijn op de uitleg van een overeenkomst aan de hand van het uitgewerkte model. Het merendeel van dit hoofdstuk is toegespitst op het wettelijk bewijsrecht zoals neergelegd in Rv (art. 149-207 Rv). De werking van het arbitraal bewijsrecht bij de contractsuitleg naar huidig Nederlands recht in het licht van het gehanteerde model zal in par. 5.5 aan bod komen. Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een conclusie.

3 Zie onder meer HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3997, NJ 2004/34, m.nt. W.D.H. Asser; HR 17 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0358, NJ 2004/39 en Lewin, *Het hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba (BPP nr. VII)* 2009, p. 167-168.

4 Conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2019:670) onder 3.20, voor HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, NJ 2020/435, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Valerbosch*); Korthals Altes & Groen, *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/173; conclusie A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2018:1146) onder 3.5, voor HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2167, RvdW 2018/1303 (*Fox/Ziggo*) en conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2018:749) onder 3.2, voor HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2112, NJ 2018/450. Zie nader over de toetsing in cassatie Valk 2016, par. 4.3 en Tjittes 2022, par. 5.6.7.

5 Zie Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20)* 2022, par. 6.4.

5.2 De wettelijke stelplicht en bewijslastverdeling

5.2.1 De stelplicht

170

ALGEMEEN

Op grond van art. 149 lid 1 Rv mag de rechter alleen die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig Titel 2, Boek 1, afdeling 9 Rv, oftewel art. 149-207 Rv, zijn komen vast te staan. Dit sluit aan bij art. 24 Rv waaruit volgt dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd.⁶ Het is dus van groot belang dat partijen zich hiervan bewust zijn en alle feiten die mogelijk van invloed kunnen zijn op de uitleg van de overeenkomst aan de rechter voorleggen. Een partij die bepaalde feiten wenst aan te dragen ter ondersteuning van haar uitleg dient zich specifiek op die feiten te beroepen. Gelet op de eisen van een behoorlijke rechtspleging, dient een partij dit op een zodanige wijze te doen dat voor de rechter duidelijk is welke stellingen hem ter beoordeling worden voorgelegd en dat voor de wederpartij duidelijk is waartegen zij zich dient te verweren.⁷ De Hoge Raad heeft in dat kader opgemerkt dat “de rechter (...) slechts [heeft] te letten op de feiten waarop een partij ter ondersteuning van haar standpunt een beroep heeft gedaan, en de enkele omstandigheid dat uit door een partij overgelegde stukken een bepaald feit blijkt, impliceert niet dat zij zich ter ondersteuning van haar standpunt op dat feit beroept”.⁸ Het enkel overleggen van stukken (producties) waaruit die feiten volgen is dus onvoldoende. Een partij dient in het kader van haar stelplicht nauwkeurig aan te geven op welke feiten zij zich beroept ter ondersteuning van de door haar verdedigde uitleg. Ook dienen partijen de feiten die van belang zijn voor de beslissing volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). Het staat de rechter wel vrij om op grond van art. 22 Rv partijen te bevelen om bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen. Daarnaast kan de rechter bijvoorbeeld ook ambtshalve een getuigenverhoor (art. 166 Rv) of een bericht of verhoor van deskundigen (art. 194 Rv) bevelen. Zo heeft het hof in het kader van de uitleg van een verzekeringsovereenkomst aan deskundigen gevraagd of destijds – in 2002 – op de beurs een ‘loss limit’-bepaling als de onderhavige door (onderhandelings)partijen – verzekeraars en een beursmakelaar – op een bepaalde manier werd uitgelegd.⁹ Feiten of omstandigheden van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels kan de rechter te allen tijde aan zijn beslissing ten grondslag leggen en behoeven niet te worden gesteld en te worden bewezen, zo volgt uit art. 149 lid 2 Rv.¹⁰

6 Zie nader Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/205 e.v.

7 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:404, NJ 2017/147, r.o. 3.3.2 met verwijzing naar HR 23 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0729, NJ 1992/814 (*De Gans/Nationale Nederlanden*) en HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2543, NJ 1999/413, m.nt. H.J. Snijders.

8 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:404, NJ 2017/147, r.o. 3.3.2 met verwijzing naar HR 10 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1176, NJ 1994/686, m.nt. M.M. Mendel (*Fraser/Bruinisse*).

9 Zie onder 2.19-2.21 van de conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2019:1153) voor HR 6 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:387, RvdW 2020/331 (art. 81 RO).

10 Zie bijvoorbeeld HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6717, NJ 2008/462, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Kalai/Antoine Petit*), r.o. 3.7; HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2673, NJ 1992/619, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Deltalloyd*), r.o. 3.3. Zie nader Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/5.

Art. 149 Rv bepaalt ook dat feiten die zijn gesteld, maar die niet of niet voldoende zijn betwist door de wederpartij, als vaststaand dienen te worden aangemerkt. Dit is anders indien dit zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Het is dus als gedaagde van groot belang om bij een uitleggenschil voldoende in te gaan op de feitelijke stellingen van eiser om te voorkomen dat de rechter van de juistheid van die stellingen uitgaat (zie in dit kader ook art. 128 lid 2 Rv). Onvoldoende betwiste feiten zullen immers als vaststaand worden beschouwd.¹¹ Bij een uitleggenschil zal veelal de vraag of er een overeenkomst tussen partijen bestaat niet worden betwist, waardoor de rechter ervan uit zal gaan dat die overeenkomst tussen partijen bestaat. De inhoud van de overeenkomst zal dan wel tot debat tussen partijen leiden.

Uit de stelplicht van art. 149 Rv volgt dat de rechter bij de uitleg van een overeenkomst afhankelijk is van de feiten die de procespartijen aanvoeren en van hetgeen tijdens het geding te zijner kennis is gekomen. Aan de hand daarvan zal de uitleg van de overeenkomst in het concrete geval dienen te worden vastgesteld. De eiser die een vordering instelt gebaseerd op een bepaalde uitleg van een overeenkomst, dient dus voldoende feiten te stellen ter onderbouwing van deze uitleg om de vordering te kunnen laten slagen. Voor de uitleg van een overeenkomst aan de hand van het vormgegeven model kan dus niet worden volstaan met het enkele betoog dat een bepaalde uitlegmethode door de rechter moet worden gehanteerd. De voor deze uitlegmethode karakteriserende selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten dient door feiten voldoende te worden gesteld. Uit de feiten die een partij ter onderbouwing van haar uitleg in het concrete geval aandraagt, zal volgen welke gezichtspunten aanwezig zijn en hoe deze gezichtspunten en de relevante uitlegfactoren feitelijk worden ingevuld.

Zo zullen de gestelde feiten onder meer inzichtelijk maken welke gezichtspunten een rol spelen en van invloed zijn op de selectie en weging van uitlegfactoren. Zodra een partij het nalaat om een bepaald feit te stellen, kan dit ertoe leiden dat een bepaald gezichtspunt geen rol speelt bij de selectie en weging van uitlegfactoren. Zo doet een partij er bijvoorbeeld verstandig aan om de rechter in te lichten over de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan de personen die aanwezig waren bij de onderhandelingen, in welke hoedanigheid die personen aanwezig waren en over welke kennis en kundigheid deze partijen toen beschikten, inclusief de eventueel door partijen ingeschakelde deskundigen die toen aanwezig waren. Naast de aanwezigheid van de gezichtspunten, zijn de feiten die worden gesteld ook bepalend voor de feitelijke inkleuring van de aanwezige gezichtspunten.

11 Zie in dit kader Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht 2022/206*; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20) 2022*, p. 87.

Een partij die niet alle feiten heeft gesteld, loopt eveneens het risico dat hierdoor bepaalde uitlegfactoren buiten beschouwing blijven. Indien een partij bijvoorbeeld niets stelt over de specifieke handelsgebruiken in de branche waarin de partijen werkzaam zijn, dan zal deze uitlegfactor ook geen rol kunnen spelen bij de uitleg van de overeenkomst. De feiten die komen vast te staan zijn zo ook van belang voor de feitelijke inkleuring van de uitlegfactoren. Een partij die betoogt dat een term in de overeenkomst overeenkomstig de contractuele definitie dient te worden uitgelegd, zal dan wel feiten moeten aandragen waar dit uit volgt. Bijvoorbeeld door nadrukkelijk aan te geven waar in de overeenkomst de term gedefinieerd is of uit welke bepalingen in de overeenkomst de contractuele betekenis van deze term dient te worden afgeleid. Indien geen feiten zijn gesteld die inkleuring kunnen geven aan een uitlegfactor, dan zal het onmogelijk zijn om die uitlegfactor te selecteren en te wegen. De selectie en weging van uitlegfactoren wordt in het model bepaald door de gezichtspunten, maar om als uitlegfactor een rol te kunnen spelen zal deze uitlegfactor dus wel uit de gestelde feiten dienen te blijken. Aldus verdient het aanbeveling om zoveel mogelijk feiten te stellen, en zo nodig te bewijzen, ter motivering van de verdedigde uitleg.

Tot slot is het denkbaar dat een bepaalde uitlegfactor van algemene bekendheid is, zoals bijvoorbeeld de uitlegfactoren ‘de woordenboekbetekenis’ of ‘het normale spraakgebruik’. In dat geval doet een partij er wel verstandig aan om nadrukkelijk feiten en omstandigheden te stellen waaruit volgt dat partijen de bedoeling hebben gehad om aan te sluiten bij de woordenboekbetekenis. De woordenboekbetekenis op zichzelf, zoals bijvoorbeeld geformuleerd in de Van Dale, hoeft dan niet te worden gesteld en te bewezen, nu dit kan worden aangemerkt als een feit van algemene bekendheid (art. 149 lid 2 Rv); de woordenboekbetekenis zal vaak algemeen kenbaar zijn of kan men een uit openbare toegankelijke bron kennen. Ook hier kunnen zich problemen voordoen, bijvoorbeeld indien verschillende edities van het woordenboek een tegenstrijdige betekenis geven (zie hierover nader nr. 85). Ook in dat geval zal een partij de rechter ervan dienen te overtuigen dat de door haar verdedigde betekenis in dit concrete geval dient te worden gevolgd bij de uitleg van de overeenkomst. In dat kader zullen dan de nodige feiten dienen te worden gesteld ter onderbouwing van een dergelijke selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten.

5.2.2 *De bewijslastverdeling*

173 GEEN BEWIJSLEVERING

Indien een partij onvoldoende heeft gesteld en er dus niet is voldaan aan de stelplicht (art. 149 Rv), komt men aan de bewijslevering niet toe.¹² Ook zal de bewijslevering niet aan de orde zijn indien de feiten reeds zijn komen vast te staan. Dit zal het geval zijn indien de gestelde feiten niet of onvoldoende gemotiveerd zijn betwist en reeds

12 Zie bijvoorbeeld HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0491, *NJ* 1992/319, r.o. 3; HR 4 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2796, *NJ* 1999/549, m.nt. W.M. Kleijn (*Potharst/Serrée*), r.o. 3.7. Zie ook de conclusie van A-G Spier voor HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6629, *RvdW* 2008/494, onder 5.15 en 4.5; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/4; Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/208 en 210.

zijn komen vast te staan (art. 149 lid 1, tweede volzin Rv).¹³ In dat geval kan de rechter, zonder bewijslevering, overgaan tot een selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten.¹⁴ Daarbij zullen dan alleen de feiten een rol spelen die reeds zijn komen vast te staan.

174

DE BEWIJSLASTVERDELING IN ALGEMENE ZIN

In het geval dat voldoende is gesteld en de gestelde feiten voldoende zijn betwist (zie art. 149 lid 1 Rv), komt de bewijslevering wel aan de orde en komt de vraag op hoe het zit met de bewijslastverdeling. De hoofdregel van art. 150 Rv leidt ertoe dat in beginsel de bewijslast rust op de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten. Deze partij draagt ook het bewijsrisico, hetgeen betekent dat de vordering zal worden afgewezen indien deze partij niet het benodigde bewijs kan leveren. Enkele uitzonderingen op de bewijslastverdeling van art. 150 Rv zijn mogelijk, indien dit volgt uit enige bijzondere regel of de eisen van redelijkheid en billijkheid.¹⁵ De partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van een overeenkomst bij een bepaalde uitleg draagt dus de bewijslast van die uitleg.¹⁶ Het gaat dan om het bewijs van feiten die resulteren in een selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten die tot het oordeel kunnen leiden dat de overeenkomst in overeenstemming met de door deze partij verdedigde uitleg dient te worden uitgelegd. Indien deze partij niet slaagt in het bewijs, ligt het voor de hand dat de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten anders uitpakt dan beoogt, met als gevolg een ander uitlegresultaat. Dat zal dan veelal resulteren in een afwijzing van de vordering en dus het verlies van de zaak. Deze partij draagt dan ook het bewijsrisico voor het al dan niet vaststaan van de relevante feiten. Eventueel kan de rechter de partij op wie de bewijslast rust een bewijsopdracht geven. Indien de rechter zich uitspreekt over de bewijslastverdeling en een bewijsopdracht geeft aan een van de partijen, kan de rechter hier later in de procedure alsnog op terugkomen, bijvoorbeeld naar aanleiding van hetgeen later in de procedure ter zijn kennis is gekomen aan de hand van getuigenverhoren.¹⁷

175

DE BEWIJSLASTVERDELING IN HET LICHT VAN HET IN DIT BOEK IN
KAART GEBRACHTE MODEL

In het gehanteerde model leidt art. 150 Rv ertoe dat de partij die een bepaalde uitleg verdedigt de bewijslast draagt. Deze partij zal bewijs van feiten dienen aan te dragen waaruit de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten volgt die resulteren in het gebruik van de gewenste uitlegmethode, waarvan de toepassing leidt tot het door haar verdedigde uitlegresultaat. Partijen moeten dan niet alleen betogen dat bepaalde gezichtspunten en uitlegfactoren aanwezig zijn, maar ook onderbouwen hoe de gezichtspunten in hun onderlinge samenhang bezien bepalend zijn voor de selectie van de uitlegfactoren en het relatief gewicht dat eraan toe-

13 Zie HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, NJ 2009/54 (*Heerlen/Whizz*), r.o. 3.7.

14 In soortgelijke zin Meijer & Wattendorff 2017, commentaar op art. 3:35 BW.

15 Zie hierover nader Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/37-38.

16 Zie onder meer conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2018:749), onder 3.16, voor HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2112, NJ 2018/450; Valk 2016, p. 88; Meijer & Wattendorff, *Stelpllicht & Bewijslast*, commentaar op art. 3:35 BW.

17 Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/32.

komt.¹⁸ In dat kader kan bijvoorbeeld gedacht worden aan bewijs van feiten waaruit volgt dat de partij in kwestie gekwalificeerd moet worden als een consument, oftewel een niet-professionele partij. Ook bewijs van feiten die licht werpen op het doel van de overeenkomst of de wijze van totstandkoming (is deze eenzijdig opgesteld?) kan van belang zijn voor de uiteindelijke selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten. Daarnaast kan ter ondersteuning van de verdedigde uitleg bijvoorbeeld bewijs worden overgelegd van de totstandkomingsgeschiedenis of de uitvoering van de overeenkomst, maar bijvoorbeeld ook een toelichting die aan een cao is gehecht kan worden overgelegd. Dergelijk bewijs van de relevante feiten is noodzakelijk om tot een selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten te komen. Naast de aanwezigheid van de gezichtspunten, zullen deze feiten ook bepalend zijn voor de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en de uitlegfactoren.

Indien er sprake is van een uitleggeschil, ligt het voor de hand dat gedaagde de door eiser verdedigde uitleg zal betwisten en in dat kader zijn uitleg nader zal onderbouwen met feitelijke stellingen en zo nodig ook met bewijs van die stellingen. Gedaagde zal in het kader van zijn betwisting feiten moeten aandragen die kunnen leiden tot een afwijzing van hetgeen eiser vordert. In de conclusie van antwoord zal gedaagde de bewijsmiddelen dienen te vermelden waarover hij kan beschikken (art. 128 lid 5 Rv). Zo betwistte *Ermes* in het *Haviltex*-arrest de door *Haviltex* bepleitte uitleg. Gelet op het in dit boek uitgewerkte model voor de contractsuitleg kan de betwisting gericht zijn op verschillende onderdelen. Allereerst ligt het voor de hand dat gedaagde de gehanteerde uitlegmethode betwist. De betwisting is dan gericht op een andere selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten, die kenmerkend is voor een andere uitlegmethode aan de hand waarvan in de meeste gevallen een ander uitlegresultaat bereikt zal worden. Dit zal voor gedaagde met name een uitdaging zijn indien volgens eiser aan een of meerdere uitlegfactoren (in beginsel) doorslaggevend gewicht toekomt. Het is ook denkbaar dat niet zozeer het gebruik van de uitlegmethode wordt betwist, maar de daaraan ten grondslag liggende selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. De betwisting is dan gericht op de selectie en weging waarbij uiteindelijk een of meerdere andere uitlegfactoren, dan de uitlegfactoren die eiser heeft aangedragen, relatief het zwaarst dienen te wegen. De uitlegmethode is dan hetzelfde, maar het uiteindelijke uitlegresultaat wordt aan de hand van een of meerdere andere uitlegfactoren binnen die methode vastgesteld. Het is ook denkbaar dat de betwisting niet zozeer gericht is op de uitlegmethode of de daarbij behorende selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten, maar dat de betwisting zich specifiek richt op de feitelijke invulling van de gezichtspunten en uitlegfactoren die in dit geval een rol spelen. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat gedaagde betwist dat zijn wederpartij niet een niet-professionele partij is, maar als een professionele partij dient te worden aangemerkt. Of in het geval dat een term door partijen op een verschillende wijze wordt uitgelegd aan de hand van ‘het normale spraakgebruik’. Dergelijke denkbare stellingen van gedaagde dienen te worden opgevat als een motivering van de betwisting van

18 Zie voor eenzelfde gedachte A-G Hartlief in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:966) onder 3.1.7-3.1.8, voor HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:957, *RvdW* 2021/659; *Tjittes* 2022, p. 410.

de door eiser verdedigde uitleg.¹⁹ Gedaagde draagt in beginsel niet de bewijslast en dus het bewijsrisico van de feiten die hij in het kader van zijn betwisting heeft aangevoerd.²⁰ Wel zal in het volgende randnummer duidelijk worden dat onder omstandigheden gedaagde er verstandig aan doet om enig bewijs over te leggen van de feiten die hij in het kader van zijn betwisting aanvoert.

176

DE BETWISTING NADER BEZIEN

In de literatuur is enige discussie ontstaan over de vraag op welke partij het bewijsrisico rust om aan te tonen dat de feiten die gedaagde in het kader van zijn betwisting heeft aangevoerd zich wel of niet hebben voorgedaan. Het debat in de literatuur is ontstaan naar aanleiding van de opvatting van Meijer en Wattendorff dat in beginsel de partij die de bewijslast heeft van de uitleg van de overeenkomst, veelal eiser, degene is die het niet-bestaan van de in het kader van de betwisting aangevoerde (hulp) feiten moet bewijzen. Slaagt deze partij hier niet in, dan draagt zij hiervoor het bewijsrisico en zal zij niet slagen in het bewijs ter onderbouwing van de door haar verdedigde uitleg. Hierdoor wordt het volgens Meijer en Wattendorff de wederpartij, veelal gedaagde, wel erg gemakkelijk gemaakt en om die reden pleiten zij voor een genuanceerdere opvatting: de gedaagde draagt niet de bewijslast van de onjuistheid van de door eiser verdedigde uitleg, maar draagt wel het bewijsrisico voor het wel of niet vast komen te staan van de feiten die hij heeft aangedragen ter motivering van zijn betwisting.²¹ In het model betekent dit dat in het geval het onzeker blijft of deze feiten zich hebben voorgedaan, deze feiten ook niet meegenomen kunnen worden bij de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. De gedaagde heeft aldus het bewijsrisico.

Valk ziet dit iets anders. Volgens Valk draagt in dat geval geen van de partijen specifiek de bewijslast, en daarmee ook het bewijsrisico, van de door de wederpartij in het kader van haar betwisting aangevoerde (hulp)feiten.²² De door de wederpartij gestelde (hulp)feiten dient de rechter mee te nemen en bij de bewijswaardering zal blijken in hoeverre de in het kader van de betwisting aangevoerde (hulp)feiten aannemelijk zijn geworden.²³ Wel wijst Valk erop dat eiser zich ervan bewust dient te zijn dat de betwisting van gedaagde invloed kan hebben op de door eiser verdedigde uitleg en de overtuigingskracht van het door eiser bijeengebrachte bewijs.²⁴ In zekere zin zal eiser dus wel nader bewijs moeten leveren om ervoor te zorgen dat door de betwisting niet te veel afbreuk wordt gedaan aan het reeds geleverde bewijs in het kader van zijn verdedigde uitleg. Dat nadere bewijs hoeft er dan niet specifiek op gericht te zijn om aan te tonen dat de door gedaagde in het kader van zijn betwisting aangevoerde feiten zich niet hebben voorgedaan. Het nadere bewijs kan dienen ter nadere ondersteuning van de door eiser gestelde feiten. Ik sluit me hierbij aan, nu het in de praktijk zo ook dikwijls zal gaan. Door de vrije bewijswaardering is het aan de rechter om vast te

19 In soortgelijke zin Valk 2016, p. 88.

20 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/4.

21 Meijer & Wattendorff, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 3:35 BW.

22 Valk, *TvPP* 2016/4, p. 83-84; Valk 2016, p. 89; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20)* 2022, p. 89.

23 Valk, *TvPP* 2016/4, p. 83-84; zo ook Meijer & Wattendorff, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 3:35 BW.

24 Vlak 2016, p. 89; Valk, *TvPP* 2016/4, p. 84; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20)* 2022, p. 89.

stellen welke feiten in dit uitleggenschil een rol spelen en meegenomen worden bij de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten (art. 152 lid 2 Rv). In dat kader kan de rechter ook bepalen of de feiten die gedaagde in het kader van zijn betwisting heeft aangevoerd voldoende zijn komen vast te staan of niet. Bij de bewijswaardering zal dan duidelijk worden of de door gedaagde aangevoerde feiten een rol spelen bij de uitleg en in hoeverre zij van invloed zijn op de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. In lijn met de gedachtegang van Valk rust dan niet specifiek op een van de partijen de bewijslast, en daarmee ook het bewijsrisico, ten aanzien van de door de wederpartij aangedragen feiten in het kader van haar betwisting. Als gedaagde verdient het echter wel aanbeveling om bewijs over te leggen van de feiten die in het kader van de betwisting worden aangevoerd. Op deze manier kan afbreuk worden gedaan aan het bewijs dat de eisende partij heeft geleverd ter ondersteuning van de door haar verdedigde uitleg. Concreet betekent dit dat het uitlegresultaat dat eiser voor ogen staat kan gaan wankelen, doordat de daaraan ten grondslag liggende selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten door de betwisting en door het door gedaagde in dat kader aangevoerde bewijs wordt geraakt. Indien gedaagde enkel feiten aandraagt, zonder enig bewijs daarvan, dan is de kans groot dat de rechter deze feiten bij de bewijswaardering uiteindelijk buiten beschouwing laat, met als gevolg dat deze feiten ook geen rol spelen bij de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Aan de andere kant dient de eisende partij erop bedacht te zijn dat door de betwisting van gedaagde de door haar gestelde uitleg en de daaraan ten grondslag liggende selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten onderuit kan worden gehaald. In het geval dat de feiten die gedaagde in het kader van zijn betwisting heeft aangevoerd voldoende zijn komen vast te staan en van invloed zijn op de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten kan dit resulteren in een andere uitleg dan door eiser gesteld en zal eiser niet slagen in het bewijs van de door haar gestelde uitleg. In dit licht verdient het dan ook aanbeveling, zoals Valk terecht opmerkt, om als eisende partij hierop te anticiperen door op voorhand al na te gaan welke feiten de wederpartij zal kunnen aanvoeren in het kader van diens betwisting.²⁵

In antwoord op Valk zijn opvatting betwijfelen Meijer en Wattendorff of er daadwerkelijk geen bewijslast(verdeling) geldt voor de (hulp)feiten die de wederpartij aanvoert in het kader van haar betwisting. Voor de rechter zal duidelijk moeten zijn aan wie eventueel een bewijsopdracht dient te worden gegeven. Op welke partij uiteindelijk het bewijsrisico rust zal dan volgens Meijer en Wattendorff afhangen van de keuze van de rechter om na bewijslevering de door gedaagde aangevoerde feiten wel of niet mee te nemen bij de uitleg van de overeenkomst.²⁶ Zo zal het bewijsrisico voor rekening van gedaagde komen, indien de rechter besluit om het door gedaagde aangedragen feit buiten beschouwing te laten. Indien de rechter besluit het door gedaagde aangevoerde feit wel mee te nemen bij de uitleg, komt het bewijsrisico van dat feit in zekere zin voor rekening van eiser die dan zal moeten aantonen dat dat feit zich niet heeft voorgedaan, nu eiser de bewijslast draagt voor de gestelde uitleg. Zo valt er volgens Meijer en Wattendorff niet aan te ontkomen dat een van de partijen uiteinde-

25 Valk 2016, p. 89.

26 Meijer & Wattendorff, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 3:35 BW.

lijk toch het bewijsrisico draagt. In bovenstaande gedachte kan ik mij vinden, voor zover de rechter aan een van de partijen in een tussenvonnissen een bewijsopdracht geeft. In dat geval draagt de partij die de bewijsopdracht krijgt ook het bewijsrisico, indien zij er niet in slaagt het bewijs te leveren. Indien geen van de partijen een bewijsopdracht krijgt en er slechts sprake is van een betwisting zal de rechter, zoals hierboven reeds opgemerkt, het bewijs van de door partijen aangedragen feiten waarden bij de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Geen van de partijen draagt dan specifiek de bewijslast, en daarmee het bewijsrisico. Zodra de fase van bewijslevering is afgesloten en de rechter tot een eindvonnis komt betreffende de uitleg van de overeenkomst zal de discussie over welke partij het bewijsrisico draagt met betrekking tot de feiten die in het kader van de betwisting zijn aangevoerd bovendien niet meer relevant zijn. De rechter heeft dan immers al bepaald welke feiten relevant zijn voor de uitleg en neemt deze feiten dan voor vast aan.

177

DE BEWIJSLASTVERDELING BIJ BEVIJDENDE EN BESTRIJDENDE
VERWEREN

Bovenstaande discussie met betrekking tot de bewijslast en het bewijsrisico in het kader van de betwisting, dient onderscheiden te worden van de situatie dat gedaagde zowel de bewijslast als het bewijsrisico draagt door het type verweer dat gedaagde voert. Ten aanzien van de mogelijke verweren die gedaagde kan voeren wordt een onderscheid gemaakt tussen bevrijdende en bestrijdende verweren. Dit is van belang voor de verdeling van de stelplicht, de bewijslast en het bewijsrisico.²⁷ Indien gedaagde de vordering en de daaraan ten grondslag liggende feiten van eiser bestrijdt, is er sprake van een bestrijdend verweer, oftewel een ‘nee, want’-verweer. In dat geval blijven de stelplicht en bewijslast, en dus ook het bewijsrisico, rusten op eiser. Van een bevrijdend verweer, oftewel een ‘ja, maar’-verweer, is sprake indien gedaagde niet de feiten die eiser ter onderbouwing van zijn vordering heeft aangedragen bestrijdt, maar betoogt dat er feiten zijn die meebrengen dat de vordering van eiser moet worden afgewezen. Het is dan aan eiser als partij tegen wie dit verweer wordt gevoerd om de door gedaagde aan te voeren feiten te betwisten. Dit in verband met hetgeen in art. 149 Rv is bepaald.²⁸ Bij een voldoende gemotiveerde betwisting door eiser rusten de stelplicht en bewijslast, en daarmee ook het bewijsrisico, op gedaagde.²⁹ Dit volgt uit art. 150 Rv, nu gedaagde degene is die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door hem gestelde feiten of rechten.³⁰ Indien gedaagde zich tegen de door eiser ingestelde vordering verweert door zich bijvoorbeeld te beroepen op de verjaring van de vordering of op een exoneratieclausule in de overeenkomst, dan is er sprake van een bevrijdend verweer. Een dergelijk geval deed zich voor in het arrest Meyer Europe/PontMeyer. Meyer Europe heeft de aanslag vennootschapsbelasting van PontMeyer betaald en vordert restitutie hiervan van PontMeyer. PontMeyer verweert zich met een beroep op de tussen partijen overeengekomen vrijwaringsclausule, hetgeen door Meyer Europe wordt betwist. PontMeyer voert een bevrijdend ver-

27 Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/35; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/13.

28 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/13.

29 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/13. Zie voor een toepassing HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:979, *RvdW* 2013/1254 (*Farmerhoeve/X*), r.o. 3.3.4; HR 10 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5357, *NJ* 2012/483, r.o. 3.5.

30 HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8241, *NJ* 2006/151 (*BTL Lease/Van Summeren*), r.o. 3.3.2; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/13.

weer en draagt aldus de bewijslast en het bewijsrisico van de feiten waarop zij dat verweer heeft gebaseerd.³¹ Het staat Meyer Europe vrij om hiertegen tegenbewijs te leveren, maar in hoger beroep wordt haar bewijstaanbod afgewezen omdat zij haar bewijstaanbod onvoldoende heeft gespecificeerd (zie hierover nader nr. 183).³² Deze situatie dient onderscheiden te worden van de in het vorige randnummer besproken situatie waarin sprake is van een betwisting van een door de eiser gestelde uitleg.

5.2.3 *Het voorshands uitlegoordeel en de voorshands taalkundige uitleg in het bijzonder*

178 ALGEMEEN

Bij de uitleg van een overeenkomst kan door de rechter gebruik worden gemaakt van een voorshands oordeel over de uitleg van een overeenkomst. In dat geval komt de rechter tot een voorlopige uitleg van de overeenkomst die na nadere bewijslevering nog kan veranderen. Twee mogelijkheden dienen zich aan: een voorshands uitlegoordeel en een voorshands taalkundig uitlegoordeel. De werking van deze twee voorshandse uitlegoordelen zullen in deze paragraaf in het licht van het in kaart gebrachte model worden besproken.

179 EEN VOORSHANDS UITLEGOORDEEL

Allereerst kan de rechter ervoor kiezen om tot een voorshands uitlegoordeel te komen. In dat geval zal de rechter direct alle relevante feiten in aanmerking nemen bij de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten, hetgeen dan zal leiden tot een voorshands oordeel over de uitleg waartegen een partij (tegen) bewijs mag leveren.³³ In het model betekent dit dat door het te leveren (tegen)bewijs de voorshandse selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten moet worden ontkracht, zodat het voorshands uitlegoordeel aan het wankelen wordt gebracht. Dit kan een uitdaging zijn, zeker indien bij het voorshands uitlegoordeel aan een of meerdere uitlegfactoren (in beginsel) doorslaggevend gewicht is toegekomen. Indien het voorshands uitlegoordeel in het nadeel is van de partij op wie de bewijslast rust, dan zal deze partij, indien voldoende gesteld, in de gelegenheid worden gesteld om nader bewijs te leveren. Is het omgekeerde het geval, en is het voorshands uitlegoordeel in het voordeel van de partij op wie de bewijslast rust, dan is het aan de wederpartij, in wiens nadeel het voorshands uitlegoordeel is, om tegenbewijs te leveren. Tegenbewijs kan altijd worden geleverd, zo volgt uit art. 151 lid 2 Rv, en dit aanbod hoeft niet te worden gespecificeerd.³⁴ In hoger beroep kunnen hier echter wel hogere eisen aan worden gesteld, hetgeen met name het geval zal zijn in-

31 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*), r.o. 3.5.3.

32 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*), r.o. 3.6.2.

33 Conclusie A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2018:1146) onder 3.9.1 voor HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2167, *RvdW* 2018/1303 (*Fox/Ziggo*); vgl. Conclusie Wissink onder 3.4.3 voor HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:334, *RvdW* 2016/336 (art. 81 RO). Zie voor een toepassing HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:598, *RvdW* 2020/500.

34 HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2543, *NJ* 1999/413, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.6; Asser, *Asser Procesrecht/Asser* 3 2023/222.

dien men opnieuw getuigen wenst te horen die reeds in eerste aanleg zijn gehoord.³⁵ Met het tegenbewijs moet het door de eisende partij geleverde bewijs worden ontzenuwd.³⁶ Tot slot dient men voor ogen te houden dat de rechter niet verplicht is om te werken met een voorshands uitlegoordeel gebaseerd op het reeds geleverde bewijs. In plaats van een voorshands uitlegoordeel kan de rechter er ook voor kiezen om aan de hand van de uitlegmethode die kenmerkend is voor de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten tot een definitief uitlegoordeel te komen. Daarbij zal al het voorhanden zijnde bewijs direct wordt meegenomen en geëvalueerd. Het uitlegoordeel is dan definitief en kan dan niet meer veranderen door het leveren van (tegen)bewijs.

Het voorshands uitlegoordeel is, in tegenstelling tot het hierna te bespreken voorshands taalkundig uitlegoordeel, niet beperkt tot een selectie en weging van de objectieve uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de overeenkomst. De gezichtspunten, in hun onderlinge samenhang bezien, zullen bepalen welk relatief gewicht voorshands aan de uitlegfactoren toekomt. Maar ook bij een voorshands uitlegoordeel is het mogelijk dat uiteindelijk aan een of meerdere objectieve uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de overeenkomst, zoals de uitlegfactor ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’, groot gewicht toekomt, zoals ook het geval zal zijn bij een voorshands taalkundig uitlegoordeel.³⁷ Toch zijn deze voorshandse uitlegoordelen verschillend, gelet op de feiten die in aanmerking worden genomen en doorwerken op de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten.

180

EEN VOORSHANDS TAALKUNDIG UITLEGOORDEEL

Een bijzondere variant van het voorshands uitlegoordeel wordt gevormd door de voorshands taalkundige uitleg. Aan deze uitlegwijze ligt de gedachte ten grondslag dat partijen ervoor gekozen hebben om hun partijbedoeling nauwkeurig en juist in de overeenkomst vast te leggen en dat om die reden men ervan uitgaat dat de tekst de gemeenschappelijke partijbedoeling juist en nauwkeurig weergeeft.³⁸ De tekst van de overeenkomst vormt aldus de belichaming van de partijafspraken en de wilsovereenstemming. Indien er gezichtspunten aanwezig zijn die deze ratio ondersteunen, zoals bijvoorbeeld ‘de hoedanigheid van partijen’, ‘de aard van de overeenkomst’, ‘de wijze van totstandkoming’, ‘de strekking van de overeenkomst’ en ‘de omvang en gedetailleerdheid van de overeenkomst’, kunnen deze gezichtspunten ertoe leiden dat de rechter enkel aan de hand van een of meerdere objectieve uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de overeenkomst tot een voorshands oordeel over

35 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*), r.o. 3.6.2; Valk, *TvPP* 2016/4, p. 87; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/34.

36 Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/199; Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/34; Valk 2016, p. 88-89; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/41; Tjong Tjin Tai, *MvI* 2002/11.1, par. 2; HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3807, *NJ* 2003/468; HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0613, *NJ* 2008/219, m.nt. C.J.M. Klaassen (*Wooning/Wooning*).

37 Zo ook Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (*Mon. Pr. nr. 20*) 2022, p. 53.

38 Zie o.a. Tjittes 2022, p. 336 e.v.; conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2019:670) onder 3.23, voor HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, *NJ* 2020/435, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Valerbosch*) en de conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2019:1034) onder 3.16, voor HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2009, *NJ* 2020/34 (*CPA/Lions Dive*); Noot van Wissink onder HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575 (*Meyer Europe/PontMeyer*), onder 3b.

de uitleg van de overeenkomst komt. In de meeste gevallen zal dan aan de uitlegfactor ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ voorshands groot gewicht toekomen.³⁹ Ook kan gedacht worden aan andere objectieve uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de overeenkomst, zoals ‘de contractuele definitie’ of ‘de structuur en vormgeving van de overeenkomst’. Pas na bewijslevering zullen de eventuele andere aanwezige gezichtspunten en relevante uitlegfactoren in aanmerking worden genomen. Aldus zal op grond van een beperkte selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten, waarbij aan een of meerdere objectieve uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de overeenkomst voorshands groot gewicht toekomt, het voorshands taalkundig uitlegoordeel tot stand komen.⁴⁰ Deze voorshands taalkundige uitlegtechniek vormt een bijzondere toepassing van de geobjectiverde uitlegmethode, waarbij het materiële bewijsrecht en het materiële recht samenkomen. Zij is niet beperkt tot een aantal bijzondere gevallen, zoals bijvoorbeeld uitonderhandelde commerciële overeenkomsten gesloten tussen professionele partijen voorzien van deskundige bijstand.⁴¹ Aan de hand van het in dit boek uitgewerkte model kan een dergelijk voorshands taalkundig uitlegoordeel deugdelijk worden gemotiveerd.⁴² Zie voor een nadere uitwerking van de voorshands taalkundige uitleg in het model en de daarbij behorende selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten nr. 40.

Vanuit bewijsrechtelijk perspectief is de voorshands taalkundige uitleg bijzonder te noemen, omdat bij het voorshands taalkundig uitlegoordeel van de rechter niet alle uitlegargumenten en het daarbij behorende bewijs worden meegenomen.⁴³ Om tot een voorshands taalkundig uitlegoordeel te komen zullen alleen de in dat kader relevante feiten in aanmerking worden genomen. Dat betekent dat die feiten enkel licht zullen werpen op de gezichtspunten die in het kader van de voorshands taalkundige uitleg van belang worden geacht. Die gezichtspunten zullen veelal de gedachte ondersteunen dat de tekst van de overeenkomst de bedoeling van partijen nauwkeurig en juist weergeeft. Daarnaast zullen de in aanmerking te nemen feiten veelal verband houden met de tekst van de overeenkomst, nu aan de hand hiervan de uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de overeenkomst feitelijk zullen worden ingekleurd. Daar komt bij dat ander bewijs dikwijls nog nauwelijks voorhanden zal zijn, omdat er bijvoorbeeld nog geen getuigen zijn gehoord. Na bewijslevering dienen wel alle feiten die zijn komen vast te staan in ogenschouw te worden genomen om tot een definitief oordeel over de uitleg van de overeenkomst te komen. In de praktijk schijnt het echter zelden tot een bewijslevering te komen.⁴⁴ In het gehanteerde model betekent dit dat het finale uitlegoordeel tot stand komt na een volledige selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten. De rechter is niet verplicht om een overeenkomst voorshands taalkundig uit te leggen: het

39 HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, NJ 2020/435, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Valerbosch*), r.o. 3.2.3.

40 Tjittes 2022, p. 336-337; Bakker, *ORP* 2017/167, p. 21 en 30.

41 HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, NJ 2020/435, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Valerbosch*), r.o. 3.2.3; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (*Mon. Pr. nr. 20*) 2022, p. 90-91.

42 Tjittes 2022, p. 337.

43 Door Wissink in zijn noot onder het arrest HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575 (*Meyer Europe/PontMeyer*) ‘half-Haviltexen’ genoemd, onder 5.

44 Aldus Smeehuijzen onder 12 in zijn annotatie bij HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, NJ 2020/435 (*Valerbosch*).

betreft een vrijheid van de rechter (zie hierover nader nr. 40).⁴⁵ Indien de rechter ervoor kiest om over te gaan tot een voorshands taalkundige uitleg, dan dient de rechter zijn keuze voldoende te motiveren.⁴⁶

181 DE BEWIJSLASTVERDELING BIJ DE VOORSHANDS TAALKUNDIGE UITLEG

Indien de rechter gebruikmaakt van de voorshands taalkundige uitleg veranderen daarmee de bewijslastverdeling en het bewijsrisico niet. Bij de voorshands taalkundige uitleg zal een beperkte selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten bepalend zijn voor de geobjectiveerde uitlegmethode. Daarbij zal aan een of meerdere objectieve uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de overeenkomst voorshands groot gewicht toekomen. Alleen die feiten die de gedachte ondersteunen dat de tekst van de overeenkomst de bedoeling van partijen nauwkeurig en juist weergeeft spelen een rol en bepalen zo de aanwezige gezichtspunten en de feitelijke invulling van de gezichtspunten en uitlegfactoren. Vaak zullen enige voorlopige bewijsoordelen ten grondslag liggen aan het voorshands taalkundige uitlegoordeel (hierover later meer in nr. 184). De partij die een andere uitleg verdedigt, zal in de gelegenheid dienen te worden gesteld om (tegen)bewijs te leveren tegen het voorlopige uitlegoordeel, indien zij voldoende heeft gesteld om tot (tegen) bewijs te worden toegelaten (en zo nodig of zij een adequaat bewijsaanbod heeft gedaan).⁴⁷ Indien het (tegen)bewijs betrekking heeft op getuigenverklaringen van personen die betrokken waren bij de totstandkoming van de overeenkomst, zal een partij veelal moeten worden toegelaten tot het leveren van (tegen)bewijs, aangezien dergelijke verklaringen inzichtelijk kunnen maken dat het voorshands taalkundig uitlegoordeel gebaseerd op de tekst van de overeenkomst niet in overeenstemming is met de gemeenschappelijke bedoeling van partijen.⁴⁸ Dit kan anders zijn indien die getuigen al reeds uitvoerig zijn gehoord op dit punt (zie nader nr. 183).⁴⁹

182 NADERE BEWIJSLEVERING BIJ DE VOORSHANDS TAALKUNDIGE UITLEG

Of er sprake is van een nadere bewijslevering of een levering van tegenbewijs, hangt af van de uitkomst van het voorshands taalkundig uitlegoordeel. Indien de voorshands taalkundige uitleg in het nadeel is van de partij die op grond van art. 150 Rv de bewijslast draagt, dan dient deze partij toegelaten te worden de door haar gestelde uitleg

45 Zie bijvoorbeeld HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.4; Tjittes 2022, p. 338; de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2018:1146) onder 3.8.4, voor HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2167, *RvdW* 2018/1303 (*Fox/Ziggo*) en de conclusie van A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2018:749) onder 3.13, voor HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2112, *NJ* 2018/450.

46 Zie de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2018:1146) onder 3.7, 3.8.4 en 3.15.1, voor HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2167, *RvdW* 2018/1303 (*Fox/Ziggo*); conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2019:670) onder 3.23, voor HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, *NJ* 2020/435, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Valerbosch*).

47 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.4, met verwijzing naar HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*) en HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, *NJ* 2007/576, m.nt. M.H. Wissink (*Derksen/Homburg*). Zie ook conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2019:670) onder 3.24, voor HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, *NJ* 2020/435, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Valerbosch*).

48 Zo ook Tjong Tjin Tai, *NJB* 2008/699, par. 5.

49 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*), r.o. 3.6.2.

nader te bewijzen, indien zij daartoe een voldoende specifiek bewijsaanbod heeft gedaan. Een dergelijke situatie deed zich voor in het arrest Derksen/Homburg. Het voorshands oordeel aangaande de uitleg van de overeenkomst was in het nadeel van Derksen, die op grond van art. 150 Rv de bewijslast droeg van de door haar gestelde uitleg van de vaststellingsovereenkomst.⁵⁰ In het kader van de nadere bewijslevering is het aan de rechter om te beoordelen of deze partij voldoende heeft gesteld om tot nader bewijs te worden toegelaten, oftewel of deze partij voldoende feiten heeft gesteld die na bewijslevering tot een ander uitlegresultaat dan het voorshands taalkundige uitlegresultaat zouden kunnen leiden. Daarbij mogen geen bijzondere eisen worden gesteld aan het aanbod tot tegenbewijs.⁵¹ In het arrest Lundiform/Mexx ging het op dit punt mis. Het hof past de voorshands taalkundige uitleg toe, hetgeen leidt tot een uitleg in het nadeel van Lundiform, de partij op wie de bewijslast rust. Ondanks dat het hof vaststelt dat Lundiform bewijs van haar stellingen heeft aangeboden, heeft het hof Lundiform niet toegelaten tot bewijs van de door haar verdedigde uitleg van de overeenkomst. Dat had wel moeten, omdat de feiten die Lundiform heeft gesteld, indien bewezen, de door haar verdedigde uitleg van de overeenkomst kunnen dragen, aldus de Hoge Raad.⁵²

183

TEGENBEWIJS BIJ DE VOORSHANDS TAALKUNDIGE UITLEG

In het geval dat de voorshands taalkundige uitleg in het voordeel is van de partij die de bewijslast draagt, dan is het aan de wederpartij om tegenbewijs te leveren tegen de voorshands bewezen geachte taalkundige uitleg. Deze partij zal dan, overeenkomstig het door haar gedane aanbod tot het leveren van tegenbewijs, in de gelegenheid dienen te worden gesteld dit tegenbewijs te leveren. Dit aanbod hoeft in beginsel niet te worden gespecificeerd.⁵³ Indien deze partij niet in het door haar te leveren tegenbewijs is geslaagd, zal de voorshands taalkundige uitleg in stand blijven en worden bevestigd. De selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten zal dan niet anders uitpakken dan bij het voorshands taalkundig uitlegoordeel. Deze situatie deed zich onder meer voor in het arrest Meyer Europe/PontMeyer. In die uitspraak heeft PontMeyer als bevrijdend verweer gevoerd dat zij niet verplicht is tot betaling van de aanslag vennootschapsbelasting, vanwege de in de overeenkomst opgenomen vrijwaring. Op PontMeyer rust zo de bewijslast van de juistheid van haar beroep op de uitleg van de vrijwaring in de overeenkomst. Meyer Europe heeft de door PontMeyer gestelde uitleg betwist. Het hof acht voorshands aannemelijk dat de door PontMeyer voorgestane uitleg van de vrijwaring op grond van de taalkundige betekenis van de bewoordingen juist is. De voorshands taalkundige uitleg is zo in het nadeel van Meyer Europe, de partij die volgens art. 150 Rv niet de bewijslast draagt. Om die reden is het aan Meyer Europe om tegen de voorshands taalkundige uitleg van de overeenkomst tegenbewijs te leveren.⁵⁴ Vervolgens wordt het door Meyer Europe gedane aanbod ter zake van tegenbewijs gepasseerd, omdat in eerste aanleg de getuigen die Meyer Europe heeft aangeboden om te horen reeds uitvoerig zijn

50 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, NJ 2007/576, m.nt. M.H. Wissink (*Derksen/Homburg*), r.o. 4.1.3.

51 HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1981, JOR 2012/317, m.nt. R.G.J. de Haan (*Melfund/Wagram*), r.o. 3.5.2.

52 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.4.4.

53 Zie ook HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:726, NJ 2022/87, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.5.2.

54 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*), r.o. 3.4.3 en 3.5.3.

gehoord. Daarom had Meyer Europe haar bewijstaanbod nader dienen toe te lichten, met name door te specificeren dat en waarom zij die getuigen opnieuw wil doen horen, hetgeen zij heeft nagelaten, aldus de Hoge Raad.⁵⁵ Dit vormt grond voor het passeren van het bewijstaanbod om tegenbewijs te leveren. In het kader van de levering van tegenbewijs is het dus van belang om voor ogen te houden dat voldoende feiten worden gesteld die, indien bewezen, aantonen dat partijen iets anders zijn overeengekomen dan hetgeen volgt uit het uitlegresultaat dat door toepassing van de voorshands taalkundige uitleg bereikt is. Oftewel, de in het kader van de levering van tegenbewijs gestelde feiten kunnen, indien bewezen, ertoe leiden dat de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten anders uitpakt en tot een ander uitlegresultaat leidt dan de voorshands taalkundige uitleg.

In het arrest Valerbosch komt de rechter, evenals in het arrest Meyer Europe/Pont-Meyer, tot een voorshands bewezen uitleg van de overeenkomst, gebaseerd op de tekst ervan, die in het voordeel is van de partij op wie de bewijslast rust. Verweerder stelt dat uit de overeenkomst volgt dat Valerbosch als verkoper gegarandeerd heeft dat het pand opnieuw met palen is onderheid. Op verweerder rust aldus ook de bewijslast van deze uitleg (art. 150 Rv). Het hof gaat hierin mee en acht de door verweerder betoogde uitleg, die in overeenstemming is met de taalkundige betekenis van de in de kop en art. 9 van de overeenkomst gebruikte bewoordingen, voorshands bewezen. In het licht van het in kaart gebrachte model betekent dit dat na een beperkte selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten voorshands groot gewicht toekomt aan de uitlegfactoren ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ en ‘de structuur en vormgeving van de overeenkomst’. Deze uitlegfactoren houden nauw verband met de tekst van de overeenkomst. Het is vervolgens aan Valerbosch om tegenbewijs te leveren tegen deze voorshands taalkundige uitleg van de overeenkomst, nu het voorlopige uitlegoordeel in het nadeel is van Valerbosch, de partij die volgens art. 150 Rv niet de bewijslast draagt. Aldus wordt Valerbosch in de gelegenheid gesteld om dit tegenbewijs te leveren en in dat kader worden op verzoek van Valerbosch enkele getuigen gehoord. Na de getuigenverhoren komt het hof tot het oordeel dat Valerbosch niet is geslaagd in het tegenbewijs waartoe zij was toegelaten en aldus blijft het voorshands taalkundig uitlegoordeel in stand.⁵⁶

In zijn conclusie voor het arrest Valerbosch heeft A-G Hartlief terecht opgemerkt dat:

“degene die in de ‘voorshands taalkundige’-benadering met tegenbewijs wordt opgezadeld met 1-0 achterstaat.”⁵⁷

A-G Hartlief benadrukt dat de zaak dan in een bepaalde sleutel staat. Aldus zal de partij in wiens nadeel de voorshands taalkundige uitleg is en met tegenbewijs wordt

55 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*), r.o. 3.6.2 met verwijzing naar HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7677, *NJ* 2005/268, m.nt. W.D.H. Asser.

56 HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, *NJ* 2020/435, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Valerbosch*), r.o. 2.6.

57 Conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2019:670) onder 3.37, voor HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, *NJ* 2020/435, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Valerbosch*). In soortgelijke zin Tjittes 2022, p. 335 en 411; Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten (O&R nr. 121)* 2020, p. 101.

opgezaald, de voorshandse uitleg dienen te betwisten. Ook zal die partij in het kader van het te leveren tegenbewijs nadere feiten moeten aanvoeren om de voorshands aangenomen taalkundige uitleg te kunnen ontzenuwen. Zodra een voorshands taalkundig uitlegoordeel is gegeven, geldt dat de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten reeds heeft plaatsgevonden. Om met het te leveren tegenbewijs de selectie en weging alsnog anders te kunnen doen laten uitvallen en de voorshands aangenomen uitleg onaannemelijk te maken, zal een partij van goeden huize moeten komen. Deze partij doet er verstandig aan om enig bewijs van de gestelde feiten aan te dragen om aannemelijk te kunnen maken dat deze feiten zich hebben voorgedaan.⁵⁸ Zo kan zij – zonder de bewijslast te dragen – haar positie versterken om de voorshands taalkundige uitleg te ontzenuwen. Wat de invloed van dergelijk tegenbewijs is, zal duidelijk worden bij de finale bewijswaardering (art. 152 lid 2 Rv), aangezien de rechter dan bepaalt welke feiten een rol spelen bij de uiteindelijke selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten die bepalend zijn voor het eindoordeel.⁵⁹

184

VERSCHIL MET HET FEITELIJK VERMOEDEN

Een voorshands uitlegoordeel over de uitleg van een overeenkomst dient mijns inziens onderscheiden te worden van het voorshandse bewijsoordeel aan de hand van een feitelijk bewijsvermoeden (ook wel een rechterlijk vermoeden genoemd).⁶⁰ De rechter kan door middel van een feitelijk bewijsvermoeden bepaalde feiten voorshands als waar aannemen, met als gevolg dat de partij met de bewijslast wordt geacht te zijn geslaagd in het bewijs.⁶¹ De partij die de stelplicht heeft wordt voorshands ontheven van de bewijslast. Tegenbewijs, indien aangeboden, kan alsnog tot een ander eindoordeel leiden (art. 151 lid 2 Rv) indien de wederpartij erin slaagt om het vermoeden te ontzenuwen.⁶² In de praktijk wordt dan ook wel gesproken van een voorshands of voorlopig bewijsoordeel.⁶³ De wederpartij heeft dan, zonder het bewijsrisico te dragen, de bewijslast.⁶⁴ De partij in wiens voordeel het feitelijk bewijsvermoeden is, draagt dan nog wel het bewijsrisico. Dit betekent dat in het geval dat de wederpartij, tegen wie het vermoeden werkt, slaagt in het tegenbewijs, de partij die profiteert van het vermoeden nog steeds het risico voor het al of niet vaststaan van bepaalde feiten draagt. Door een dergelijk vermoeden te hanteren wordt de partij die de bewijslast heeft enorm geholpen, omdat voorshands aangenomen wordt dat het bewijs door het vermoeden wordt geacht geleverd te zijn behoudens tegenbewijs.⁶⁵ Dit zal ook van invloed zijn op de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Een dergelijk feitelijk bewijsvermoeden kan inkleuring geven aan de gezichtspunten en uitlegfactoren. Zo kan de rechter bijvoorbeeld het vermoeden aanne-

58 Zie Meijer & Wattendorff, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 3:35 BW.

59 Zo ook Meijer & Wattendorff, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 3:35 BW.

60 Zo ook Valk 2016, p. 47-48. Zie over het feitelijk bewijsvermoeden in algemene zin, onder meer Snijders, *NJB* 2015/1902; Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/43; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/22. Anders: Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten (O&R nr. 121)* 2020, nr. 99; Tjittes 2022, p. 334; Schelhaas, *NTBR* 2008/21, par. 5.4.

61 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/22; Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/43; Asser, *Asser Procesrecht/Asser* 3 2023/304.

62 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/22; HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3807, *NJ* 2003/468, r.o. 4.4.

63 Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/43.

64 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/22.

65 Snijders, *NJB* 2015/1902, par. 2.

men dat partijen professioneel zijn en dat het een commerciële overeenkomst betreft, hetgeen bepalend zal zijn voor de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten ‘de hoedanigheid van partijen’ en ‘de aard van de overeenkomst’. Het feitelijk vermoeden vindt zijn basis in de door partijen aangevoerde feiten. Naast de gezichtspunten zullen in de praktijk met name de objectieve uitlegfactoren, die los van de concrete partijen kunnen worden vastgesteld en objectief kenbaar zijn, aan de hand van een feitelijk bewijsvermoeden kunnen worden ingekleurd. Voor de feitelijke inkleuring van de subjectieve uitlegfactoren ligt het gebruik van een feitelijk vermoeden minder voor de hand, omdat voor dergelijke uitlegfactoren vaak nadere bewijslevering vereist is, bijvoorbeeld door middel van getuigenverhoren ten overstaan van de rechter.

De werking van het feitelijk bewijsvermoeden toont veel overeenkomsten met het voorshands uitlegoordeel. Zo wordt in de literatuur de voorshands taalkundige uitleg aangemerkt als een voorbeeld van een feitelijk vermoeden.⁶⁶ Toch zijn beide ‘voorlopige’ oordelen in het licht van het model niet volledig gelijk te stellen. Een voorshands bewijsoordeel heeft betrekking op de waarheid van de aangevoerde feiten: de rechter neemt voorshands aan dat een bepaald feit dat door een partij is gesteld ook bewezen is. De vaststelling van het feit is dan voorlopig, omdat dit alsnog anders kan blijken te zijn door het te leveren tegenbewijs.⁶⁷ De voorshands taalkundige uitleg van een overeenkomst is daarentegen niet enkel gericht op het al of niet vaststaan van bepaalde feiten en vormt een bijzondere toepassing van de geobjectiveerde uitlegmethode die gekenmerkt wordt door een beperkte selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten. De voorshands taalkundige uitleg omvat dus meer dan een enkele vaststelling van de feiten, nu daaraan een weging ten grondslag ligt. Het voorshands taalkundig uitlegoordeel dat zo bereikt wordt, is niet zuiver feitelijk van aard, hetgeen wel het geval is bij een voorshands bewijsoordeel aan de hand van een feitelijk bewijsvermoeden. Wel merken Valk en Jansen terecht op dat aan een voorshands uitlegoordeel, met als bijzondere variant de voorshands taalkundige uitleg, enkele voorshandse bewijsoordelen ten grondslag kunnen liggen.⁶⁸ Een voorshands uitlegoordeel kan zo mede gebaseerd zijn op een of meer feitelijke vermoedens. Zo zal een rechter bepaalde aangevoerde feiten voorshands voor vaststaand kunnen aannemen, bijvoorbeeld over de wijze van totstandkoming (de mate van onderhandelingen) en de daarbij genoten deskundige bijstand. Dit kan doortikken bij de uitleg van een overeenkomst en aanleiding geven om de overeenkomst voorshands taalkundig uit te leggen. Deze voorshandse bewijsoordelen kunnen zo van invloed zijn op de aanwezigheid van de gezichtspunten en de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en de uitlegfactoren. Indien de rechter tot een dergelijk voorshands bewijsoordeel komt, zegt dat alleen nog niets over hoe de selectie en de weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten in het concrete geval uitpakt. Dat kan niet door middel van een feitelijk vermoeden worden vastgesteld. De partij in wiens nadeel het voorshands bewijsoordeel werkt heeft wel het recht om tegen de voorshandse vaststelling van de feiten tegenbewijs te leveren door het zaaïen van voldoende twijfel, ofte-

66 Tjittes 2022, p. 334 en 411; Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten (O&R nr. 121)* 2020, nr. 99; Schelhaas, *NTBR* 2008/21, par. 5.4.

67 Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/303; Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/214.

68 Valk 2016, p. 48; Jansen 2016, p. 236.

wel door het feitelijk bewijsvermoeden te ontzenuwen.⁶⁹ Indien deze partij daarin slaagt, zal dat doorwerken bij de uiteindelijke selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten, die tot uitdrukking komt in het definitieve oordeel over de uitleg.

5.2.4 *Bewijsregels voor de contractsuitleg*

185 ALGEMEEN

In het licht van voorgaande bespreking over de bewijsrechtelijke aspecten van de contractsuitleg, rijst de vraag of het wenselijk is om aan het uitlegdebat meer sturing te geven door middel van bewijsregels voor de contractsuitleg, in het bijzonder jurisprudentiële vermoedens voor de contractsuitleg. Aan de hand van verschillende opvattingen in de literatuur zal deze vraag in het licht van het gehanteerde model worden onderzocht. In het navolgende zal allereerst het arrest Coface/Intergamma worden besproken, nu Jansen betoogt dat daaruit een jurisprudentieel vermoeden kan worden afgeleid. Daarna zal stilgestaan worden bij de door Dousi in zijn dissertatie verdedigde opvatting dat onder bepaalde omstandigheden bij de uitleg van een Anglo-Amerikaanse ‘boilerplate’-beding gewerkt dient te worden met een jurisprudentieel vermoeden.

186 HET ARREST COFACE/INTERGAMMA

Uit het arrest Coface/Intergamma leidt Jansen af dat de Hoge Raad een jurisprudentieel vermoeden voor de contractsuitleg heeft geformuleerd, hetgeen betekent dat de Hoge Raad voorshands een bepaalde uitleg, dus een concreet resultaat van uitleg, voorschrijft.⁷⁰ Volgens Jansen moet de overweging van de Hoge Raad in het arrest Coface/Intergamma worden gekwalificeerd als een door de Hoge Raad geformuleerde (rechts)regel die voorshands, bij wege van jurisprudentieel vermoeden, een bepaalde contractsuitleg voorschrijft, behoudens tegenbewijs van een andersluidende partijbedoeling.⁷¹ De partij tegen wie het vermoeden werkt, zal het vermoeden dan moeten ontkrachten zodat daarvan niet langer kan worden uitgegaan.⁷² Ik zie dit anders en meen dat de Hoge Raad geen specifieke bewijsregel, in de zin van een jurisprudentieel vermoeden, voor de uitleg van een overeenkomst heeft gegeven, maar juist de hoofdregel voor de vaststelling van de bewijslastverdeling van art. 150 Rv heeft gevolgd.

69 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/22 en 41; Tjong Tjin Tai, *MvV* 2002/11.1, par. 2; Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/266; HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3807, *NJ* 2003/468, r.o. 4.4; HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0613, *NJ* 2008/219, m.nt. C.J.M. Klaassen (*Wooning/Wooning*), r.o. 3.5.

70 Jansen 2016, p. 239. Zie in algemene zin over het jurisprudentieel vermoeden Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/44; Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/301; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/22.

71 Jansen 2016, p. 241. Een soortgelijke opvatting wordt verdedigd door Breeman & Houdijk, *MvV* 2014/6.2, par. 4.2 en Dudok van Heel & Tjittes 2021, p. 307. Kritisch is A-G Rank-Berenschot in haar conclusie onder 2.18 voor HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Intergamma*).

72 De literatuur is verdeeld over de vraag of het tegenbewijs bij een jurisprudentieel vermoeden dient te bestaan uit het bewijs van het tegendeel: zie o.a. Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/266 en Snijders 2020.

In het arrest *Coface/Intergamma* heeft de Hoge Raad onder meer het volgende overwogen voor de uitleg van cessie- en verpandingsverboden:

“Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 Burgerlijk Wetboek is beoogd.”⁷³

Met deze rechtsoverweging sluit de Hoge Raad aan bij het wettelijke systeem van art. 3:83 BW. Dit leidt tot een bewijslastverdeling in lijn met de hoofdregel van art. 150 Rv.⁷⁴ Uit art. 3:83 lid 1 BW volgt het algemene beginsel dat vorderingen overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. De bepaling verbiedt niet dat partijen contractueel de vervreemdingsbevoegdheid beperken of uitsluiten (verbintenisrechtelijke werking). Vervolgens bepaalt lid 2 van art. 3:83 BW dat partijen ervoor kunnen kiezen, als uitvloeisel van de contractsvrijheid, om een vorderingsrecht onoverdraagbaar of niet-verpandbaar te maken door in de overeenkomst een beding van niet-overdraagbaarheid of niet-verpanding op te nemen. Indien vanuit deze bril het arrest *Coface/Intergamma* wordt gelezen, is het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt in lijn met het wettelijke systeem van art. 3:83 lid 1 BW. Onoverdraagbaarheid met goederenrechtelijke werking vormt de uitzondering op de hoofdregel, zo volgt uit art. 3:83 lid 2 BW. Aldus rust op de partij die zich op de onoverdraagbaarheid of niet-verpandbaarheid met goederenrechtelijke werking beroept de stelplicht en bewijslast in lijn met de hoofdregel van art. 150 Rv. In dat kader kan wel een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat een partij zich als eiser of als gedaagde op de onoverdraagbaarheid of niet-verpandbaarheid met goederenrechtelijke werking beroept. In het geval dat de eisende partij zich daarop beroept, rust op deze partij de stelplicht en bewijslast dat het beding goederenrechtelijke werking heeft, aangezien dit de partij is die een bepaald rechtsgevolg beoogt (goederenrechtelijke werking) (zie art. 150 Rv).⁷⁵ Gedaagde daarentegen zal veelal een beroep op de goederenrechtelijke werking van een tussen hem en zijn oorspronkelijke schuldeiser overeengekomen onoverdraagbaarheids- of niet-verpandingsbeding doen in het geval dat hij als debiteur wordt aangesproken door de cessionaris tot betaling van de aan hem overgedragen vordering of door de pandhouder. Gedaagde beroept zich dan op feiten en rechten die hem bevrijden van hetgeen de cessionaris of pandhouder als eiser vordert – betaling van de vordering – en voert zo een bevrijdend verweer.⁷⁶ Het verweer verhindert niet alleen het door eiser ingeroepen rechtsgevolg (betaling van de vordering), maar strekt ook onafhankelijk daarvan tot enig rechtsgevolg (er heeft geen geldige overdracht of verpanding van de vordering plaatsgevonden).⁷⁷ De stelplicht en bewijslast (en het bewijsrisico) rusten dan op gedaagde als partij die het bevrijdend verweer voert, hetgeen eveneens een toepassing is van de

73 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Intergamma*), r.o. 3.4.2. Voor verpandingsverboden bevestigd in HR 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:984, *RvdW* 2022/680, r.o. 4.3.2.

74 Zo ook Wattendorff, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 3:83 BW.

75 Zie voor een toepassing hiervan: Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2267, *NJF* 2017/299, r.o. 3.4.8 en Hof Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3439, *JOR* 2019/197, m.nt. B.A. Schuijling, r.o. 3.9

76 Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/282a en 289; Snijders, *NJB* 2015/1902, p. 2666; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/13.

77 Snijders, *NJB* 2015/1902, p. 2666.

hoofdregeel van art. 150 Rv.⁷⁸ Aldus rusten de stelplicht en bewijslast van de goederenrechtelijke werking op de partij die zich op de onoverdraagbaarheid of niet-verpandbaarheid met goederenrechtelijke werking beroept.⁷⁹ Met de hierboven weergegeven rechtsoverweging uit het arrest Coface/Intergamma heeft de Hoge Raad naar mijn mening dus geen bewijsregel in de vorm van een jurisprudentieel vermoeden gegeven, maar aansluiting gezocht bij art. 3:83 BW en de wettelijke bewijslastverdeling.

De uitleg van een onoverdraagbaarheids- of niet-verpandingsbeding dient plaats te vinden naar objectieve maatstaven. Zoals eerder aangegeven (zie nr. 39), betekent dit in het model dat de uitleg zal plaatsvinden aan de hand van een of meerdere objectieve uitlegfactoren. In het model zullen de aanwezige gezichtspunten bepalen welke uitlegfactoren uiteindelijk geselecteerd worden en welk relatief gewicht daaraan toekomt. Het ligt voor de hand dat aan de uitlegfactor ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ het grootste gewicht toekomt.⁸⁰ De formulering van het beding is daardoor van zeer groot belang voor de uitleg ervan. Zo zullen woorden met een strekking dat de vordering ‘niet mag worden overgedragen’ duiden op verbintenisrechtelijke werking. Indien de vordering ‘niet kan worden overgedragen’ zal dit wijzen op een goederenrechtelijke werking van het beding. Indien het bestaan en de gelding van het beding niet worden betwist staan de bewoordingen vast en kan een rechter door groot gewicht toe te kennen aan de uitlegfactor ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ tot een uitleg van het beding komen. Gezichtspunten die daarbij een rol spelen zijn onder meer ‘de aard van het beding’ en ‘de betrokkenheid van derden’. Naast de uitlegfactor ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ kan de rechter ook acht slaan op de objectieve uitlegfactor ‘de structuur en vormgeving van de overeenkomst’ en zo de achtergrond van de overeenkomst of de elders in de overeenkomst gebruikte formuleringen in ogenschouw nemen. Ook andere objectieve uitlegfactoren, zoals ‘de handelsgebruiken’, kunnen bij de uitleg van het beding een rol spelen.⁸¹ Een partij die zich wenst te beroepen op de goederenrechtelijke werking van een onoverdraagbaarheids- of niet-verpandingsbeding dient zich hiervan bewust te zijn, zodat voldoende feiten worden gesteld, en zo nodig worden bewezen, waaruit de beoogde selectie en wegging van uitlegfactoren volgt die resulteren in het gewenste uitlegresultaat. Zoals eerder opgemerkt in nr. 154, zal de vraag of een onoverdraagbaarheids- en niet-verpandingsbeding goederenrechtelijke werking toekomt nog steeds relevant blijven, ook na mogelijke invoering van het wetsvoorstel dat erop gericht is om onder bepaalde voorwaarden een einde te maken aan het gebruik van deze bedingen.⁸²

187

DE UITLEG VAN ANGLO-AMERIKAANSE ‘BOILERPLATE’-BEDINGEN

Naast Jansen is ook Dousi voorstander van het gebruik van bewijsregels voor de contractsuitleg. Zo betoogt Dousi dat bij de uitleg van een Anglo-Amerikaanse ‘boilerplate’-

78 Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/57; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/13.

79 Van een omkering van de stelplicht en bewijslast, zoals door Snijders is geopperd, is naar mijn mening dan ook geen sprake. Zie Snijders zijn noot onder 4d onder HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167 (*Coface/Intergamma*).

80 Snijders in zijn noot onder 4f onder HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167 (*Coface/Intergamma*); Hof Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3439, *JOR* 2019/197, m.nt. B.A. Schuijling, r.o. 3.5; Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2267, *NJF* 2017/299, r.o. 3.4.3.

81 Hof Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3439, *JOR* 2019/197, m.nt. B.A. Schuijling, r.o. 3.7.1.

82 Voorstel van wet tot wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het opheffen van bedingen in het handelsverkeer die ertoe strekken verving dan wel verpanding van geldvorderingen op naam tegen te gaan (Wet opheffing verpandingsverboden), MvT, p. 8.

beding ‘dat is opgenomen in een gedetailleerd commercieel contract tussen professionele partijen dat met behulp van gespecialiseerde juristen is opgesteld’⁸³ gewerkt dient te worden met een ‘dwingend jurisprudentieel vermoeden’ in geval van uitlegnood.⁸⁴ Van uitlegnood is sprake indien aanknopingspunten voor de uitleg van een ‘boilerplate’-beding niet aanwezig zijn.⁸⁵ Volgens Dousi zijn partijen die ‘boilerplate’-bedingen gebruiken veelal ‘repeat players’ van wie verwacht mag worden dat ze weten (i) dat het contractsbeding dat ze gebruiken een ‘boilerplate’-beding is, (ii) dat het beding afkomstig is uit de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer en (iii) wat de functie is van dat beding in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer.⁸⁶ In dat geval heeft volgens Dousi “de rechter niet de vrijheid, maar zal hij als regel het ‘boilerplate’-beding voorshands moeten uitleggen gebruikmakend van het vermoeden dat partijen de bedoeling hebben dat het ‘boilerplate’-beding de Anglo-Amerikaanse standaardbetekenis heeft”, waaraan ik voor de duidelijkheid zou willen toevoegen ‘behoudens tegenbewijs’ (wat Dousi ook lijkt te bedoelen).⁸⁷ Een uniforme uitleg van dergelijke bedingen is voor de praktijk van groot belang volgens Dousi en kan op deze manier worden bereikt doordat door het vermoeden een uitgangspunt wordt geïntroduceerd waar partijen van kunnen afwijken.⁸⁸ Vanwege het dwingende karakter van het vermoeden moet de rechter “zelfstandig uitgaan van een in beginsel Anglo-Amerikaanse uitleg, ook in het geval dat deze uitleg door geen van de partijen is aangevoerd” waarbij de rechter wel binnen de grenzen van de rechtsstrijd van partijen dient te blijven, aldus Dousi.⁸⁹ Dit past volgens Dousi “binnen de grote mate van vrijheid die de rechter in zijn algemeenheid heeft bij de uitleg van contracten”.⁹⁰

Ik zie dit anders. Het door Dousi voorgestelde dwingend vermoeden belemmert juist de vrijheid van de rechter om afhankelijk van de omstandigheden van het geval tot het gebruik van een passende uitlegmethode te komen aan de hand waarvan de betekenis van een Anglo-Amerikaanse ‘boilerplate’-beding kan worden vastgesteld. De lagere rechter wordt nu gedwongen om dit vermoeden te hanteren en verliest daarbij de vrijheid om zelf tot een passende uitleg van het beding te komen met inachtneming van de omstandigheden van het geval. In tegenstelling tot wat Dousi betoogt, doet een dergelijk dwingend vermoeden juist afbreuk aan de vrijheid die de rechter heeft bij de uitleg van een overeenkomst.⁹¹ Het is denkbaar dat toepassing van het dwingend vermoeden in bepaalde situaties ongepast zal zijn, ook indien het beding is opgenomen in een gedetailleerde commerciële overeenkomst gesloten tussen professi-

83 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (O&R nr. 121) 2020, nr. 104.

84 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (O&R nr. 121) 2020, nr. 104, 108-109 en 290.

85 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (O&R nr. 121) 2020, par. 3.3.3.2.

86 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (O&R nr. 121) 2020, nr. 288.

87 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (O&R nr. 121) 2020, nr. 106 in combinatie met nr. 105.

88 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (O&R nr. 121) 2020, nr. 107. Genuanceerder is Schelhaas 2016, p. 151 e.v.

89 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (O&R nr. 121) 2020, nr. 109.

90 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (O&R nr. 121) 2020, nr. 109.

91 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (O&R nr. 121) 2020, nr. 109.

onele partijen met behulp van gespecialiseerde juristen. Rechtvaardigt de enkele betrokkenheid van juristen bij de totstandkoming van de overeenkomst toepassing van het dwingend jurisprudentieel vermoeden? Ook indien de ingeschakelde juristen niet afkomstig zijn uit de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer? Volgens Dousi wel, want de juristen die een dergelijk beding in de overeenkomst hebben opgenomen hadden van de standaardbetekenis op de hoogte dienen te zijn.⁹² Of wat te denken van een gedetailleerd commercieel contract tussen ‘repeat players’ die beiden afkomstig zijn uit Nederland? Ook dan lijkt Dousi het jurisprudentieel vermoeden zonder meer toepasselijk te achten, ongeacht de nationaliteit van de contractspartijen in kwestie.⁹³ Een dergelijke partij die niet op de hoogte is van de standaardbetekenis had dan enig onderzoek daarnaar dienen te doen, aldus Dousi.⁹⁴

Ik ben het met Dousi eens dat in bepaalde gevallen een partij zelf het risico dient te dragen, indien zij niet op de hoogte is van de betekenis en invloed van een in de overeenkomst opgenomen ‘boilerplate’-beding. Maar daarvoor is mijns inziens geen dwingend jurisprudentieel vermoeden nodig.⁹⁵ Het op voorhand voorschrijven van een dergelijk uitlegresultaat, zoals Dousi betoogt door de introductie van een dwingend jurisprudentieel vermoeden, is naar mijn mening onwenselijk en niet noodzakelijk, gelet op het maatwerk dat reeds onder het Nederlandse recht door toepassing van het in kaart gebrachte model kan worden geleverd. Een dwingend jurisprudentieel vermoeden maakt de uitleg van dergelijke bedingen onnodig ingewikkeld. Partijen blijven immers de mogelijkheid houden om een andere uitleg te verdedigen, al staat een partij door het vermoeden wel bij voorbaat op achterstand. De partij die een van de Anglo-Amerikaanse standaardbetekenis afwijkende uitleg verdedigt wordt opgezadeld met (tegen)bewijs en dient van wel heel goeden huize te komen om af te wijken van het dwingend vermoeden. Dat de Hoge Raad – tot op heden – niets voelt voor een dergelijk dwingend vermoeden volgt uit het arrest Lundiform/Mexx waarin de Hoge Raad in het kader van een ‘entire agreement clause’ heeft overwogen dat een dergelijk beding “naar Nederlands recht niet zonder meer een bijzondere betekenis” heeft.⁹⁶ De Hoge Raad benadrukt dat de betekenis die aan dergelijke clause toekomt “afhankelijk [is] van de omstandigheden van het geval, waaronder de bewoordingen van de clause, de aard, de inhoud, de strekking en de mate van gedetailleerdheid van de overeenkomst waarvan de clause deel uitmaakt, en de wijze waarop de clause tijdens de onderhandelingen ter sprake is gekomen en onderdeel van de overeenkomst is geworden”.⁹⁷ Aldus is het ook goed mogelijk dat aan een dergelijk beding, in een geval waarvoor Dousi het dwingend jurisprudentieel vermoeden wenst te introduceren, een andere betekenis toekomt dan de Anglo-Amerikaanse standaardbetekenis. Het blijft afhankelijk van de omstandigheden van het geval of het passend is om de Anglo-Amerikaanse standaardbetekenis bij de uitleg centraal te stellen.⁹⁸ De selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten zal inzichtelijk

92 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten (O&R nr. 121) 2020*, nr. 79 en 104.

93 Zie Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten (O&R nr. 121) 2020*, nr. 77.

94 Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten (O&R nr. 121) 2020*, nr. 79 en 104.

95 Zo ook Tjittes 2022, p. 446.

96 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.5.3.

97 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.5.3.

98 Zo ook Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20) 2022*, p. 132.

maken hoe een dergelijk beding in het concrete geval dient te worden uitgelegd. Zoals eerder is aangestipt in het kader van de gezichtspunten kan ‘de buitenlandse herkomst van een contractuele bepaling’ als gezichtspunt van invloed zijn op de selectie en weging van uitlegfactoren en zo een indicatie geven voor het gebruik van de Anglo-Amerikaanse standaardbetekenis via de uitlegfactor ‘de juridische betekenis’ (zie hierover nader nr. 91 en 163). Daarbij zullen ook gezichtspunten als ‘de hoedanigheid van partijen’, ‘de nationaliteit van de contractspartijen’, ‘de genoten deskundige bijstand’ en ‘de wijze van totstandkoming’ van belang zijn. Bovendien dient niet uit het oog te worden verloren dat de rechter altijd de mogelijkheid en vrijheid heeft om een voorshands (taalkundig) uitlegoordeel te geven, indien dat in de gegeven omstandigheden passend is, waarover meer in het volgende randnummer.

188

BEWIJSREGELS VOOR DE CONTRACTSUITLEG WENSELIJK?

In het voorgaande heb ik aangetoond dat ik in afwijking van Jansen en Dousi het niet wenselijk acht om te werken met bewijsregels voor de contractsuitleg. Zoals hierboven uiteengezet heeft de Hoge Raad in het arrest Coface/Intergamma de hoofdregel voor de bewijslastverdeling van art. 150 Rv toegepast en heeft zo niet de bewijslast van een van de partijen willen verlichten door een jurisprudentieel vermoeden te hanteren. Daar komt bij dat in het arrest geen sprake lijkt te zijn van een zekere bewijsnood bij de partij die de bewijslast draagt. De uitlegfactor ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ speelt een centrale rol en juist deze uitlegfactor kan vrij gemakkelijk worden gesteld en bewezen. Zodra de overeenkomst door beide partijen ondertekend is, heeft de overeenkomst als onderhandse akte zelfs dwingende bewijskracht tussen partijen (zie hierover nader nr. 193). Ik zie dan ook niet in waarom de bewijslast van een partij op voorhand zou moeten worden verlicht door een jurisprudentieel vermoeden te hanteren. Ook in het kader van de uitleg van Anglo-Amerikaanse ‘*boilerplate*’-bedingen valt niet in te zien waarom voor de uitleg van dergelijke bedingen afgeweken dient te worden van het thans geldende recht.

Het gebruik van bewijsregels voor de contractsuitleg, in de vorm van een jurisprudentieel vermoeden, waardoor op voorhand aan lagere rechters een concreet uitlegresultaat wordt opgelegd, strookt niet met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Daaruit volgt dat de omstandigheden van het geval centraal dienen te staan bij de uitleg en bepalend zijn voor de uitleg in het concrete geval.⁹⁹ Het gebruik van dergelijke bewijsregels rijmt hier niet mee, nu daardoor het partijdebat van meet af aan een bepaalde richting wordt opgeduwd, zonder oog te hebben voor de omstandigheden van het geval. Voor zover een rechter toch enige sturing wenst te geven aan partijen bij de contractsuitleg, ligt het naar mijn mening meer voor de hand om aan te sluiten bij de werkwijze van de voorshands taalkundige uitleg. In dat geval *kan* aan de uitlegfactor ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ – of in geval van een Anglo-Amerikaans ‘*boilerplate*’-beding ‘de juridische betekenis’ – voorshands groot gewicht toekomen, waartegen een partij (tegen)bewijs kan leveren. De lagere rechter is niet verplicht om de overeenkomst – of het Anglo-Amerikaanse ‘*boilerplate*’-beding – voorshands taalkundig uit te leggen en behoudt zo zijn vrijheid om zelf te kiezen of dit in het voorliggende geval passend is, hetgeen bij een jurisprudentieel vermoeden niet langer

⁹⁹ HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), r.o. 4.5.

het geval is. Daar komt bij dat in dat geval het concrete uitlegresultaat ook niet op voorhand is voorgeschreven en afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan worden vastgesteld. Zo blijft er ruimte voor maatwerk, terwijl de zaak toch alvast in een bepaalde sleutel komt te staan, zoals uiteindelijk ook het geval is bij een jurisprudentieel vermoeden. Iets anders is dat door het formuleren van bepaalde uitgangspunten, zoals de Hoge Raad heeft gedaan in de arrest Coface/Intergamma, in zekere zin strengere eisen worden gesteld aan de motivering van de feitenrechter die van deze uitgangspunten wenst af te wijken.¹⁰⁰ Indien de rechter aan de hand van het uitgewerkte model inzichtelijk maakt hoe hij tot een bepaalde uitlegmethode is gekomen en welke selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten daaraan ten grondslag ligt, zal de rechter tot een gemotiveerd oordeel over de uitleg van de overeenkomst kunnen komen. Door zijn beslissingen deugdelijk te motiveren zal het voor de betrokken partijen duidelijk zijn hoe de rechter tot de te hanteren methode van uitleg en het daarbij behorende uitlegresultaat is gekomen, hetgeen met name van belang is indien uiteindelijk het uitlegresultaat afwijkt van het 'uitgangspunt'.

Ook in meer algemene zin ben ik geen voorstander van het gebruik van bewijsregels nu daardoor de werking van het model en de vrijheid van de rechter om op basis van de door partijen aangedragen stellingen en bewijsmiddelen, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, tot een uitleg van de overeenkomst te komen ernstig wordt beperkt. De bewijsregels, in de zin van een jurisprudentieel vermoeden, schrijven voorshands een concreet uitlegresultaat voor. Vertaald naar het model betekent dit dat de rechter wordt voorgeschreven hoe de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten dient plaats te vinden, en dus welke uitlegmethode gehanteerd dient te worden, waarbij het uitlegresultaat waartoe het gebruik van die uitlegmethode leidt eveneens op voorhand al vaststaat. Dat is in strijd met de lijn van de Hoge Raad in de jurisprudentie dat het van de omstandigheden van het geval afhangt hoe de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten zal uitpakken, welke uitlegmethode daarbij hoort en tot welk concreet uitlegresultaat dat leidt. Bewijsregels, in zin van jurisprudentiële vermoedens, die een concreet uitlegresultaat voorschrijven zijn dus niet wenselijk, in strijd met de door de Hoge Raad ingezette en tot nu toe gevolgde lijn in de uitlegjurisprudentie en zullen mijns inziens het uitlegdebat alleen maar onnodig compliceren.

5.3 Enkele wettelijke bewijsmiddelen nader beschouwd

5.3.1 *Algemene introductie van de bewijsmiddelen*

189 DE BEWIJSMIDDELEN EN DE WAARDERING VAN HET BEWIJS DOOR DE RECHTER IN ALGEMENE ZIN

Om tot een uitleg van de overeenkomst te kunnen komen, zal de rechter een bepaalde uitlegmethode hanteren. De selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten zal karakteriserend zijn voor de te hanteren uitlegmethode. Zoals

¹⁰⁰ Valk 2016, p. 95-96; A-G Valk in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:60) onder 3.6 voor HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:321, *RvdW* 2019/302; Ancery, *MvV* 2020/2.3, par. 2.2; Tjittes 2022, p. 423.

hiervoor reeds opgemerkt, zijn de door partijen gestelde feiten bepalend voor de aanwezigheid van de gezichtspunten en de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en uitlegfactoren. Indien de gestelde feiten voldoende zijn betwist en bewijslevering aan de orde is, zal na vaststelling van de bewijslastverdeling het bewijs dienen te worden aangedragen.¹⁰¹ Partijen kunnen alle bewijsmiddelen gebruiken om het bewijs te leveren (art. 152 lid 1 Rv).¹⁰² Daaronder vallen dus alle middelen die een feitelijk gegeven bevatten en de door partijen ingenomen stellingen kunnen ondersteunen. Het meest gebruikte bewijsmiddel vormt het geschrift. Een aantal bewijsmiddelen zijn nader in de wet uitgewerkt, zoals de akten (art. 156-161 Rv) en partij- en getuigenverklaringen (art. 163-185 Rv). De waardering van het bewijs is vervolgens aan het oordeel van de rechter overgelaten, aldus art. 152 lid 2 Rv. Het is aan de rechter om te bepalen welke overtuigingskracht wordt toegekend aan een bewijsmiddel.¹⁰³ Daarbij is het uitgangspunt dat de feiten in beginsel met een ‘redelijke mate van zekerheid’ moeten zijn komen vast te staan. Deze vrije bewijskracht geldt onder meer voor alle geschriften die geen akten zijn, denk aan e-mailcorrespondentie, brieven, eerdere concepten van de overeenkomst, een deskundigenrapport opgemaakt door een partijdeskundige etc. Het is aan de rechter om dit bewijs te waarderen. Op grond van art. 151 lid 1 Rv is de rechter wel verplicht om in geval van dwingend bewijs de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen als waar aan te nemen dan wel de bewijskracht te erkennen die de wet aan bepaalde gegevens verbindt (zie nr. 193 met betrekking tot onderhandse en authentieke akten). Ook tegen dwingend bewijs staat tegenbewijs vrij, zo volgt uit art. 151 lid 2 Rv (hierover meer in nr. 195).

Kortom, de bewijsmiddelen zullen bepalend zijn voor de vaststelling van de feiten die een rol spelen bij de uitleg, hetgeen in het licht van het model van belang is voor de aanwezige gezichtspunten en de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en uitlegfactoren. In het navolgende zullen twee categorieën bewijsmiddelen nader worden uiteengezet: (i) geschriften en akten, waarbij ook gekeken zal worden naar elektronische gegevensdragers, en (ii) partij- en getuigenverklaringen. Voor deze bewijsmiddelen is gekozen, omdat zij in de praktijk van groot belang zijn en veelvuldig worden ingezet in een uitleggeskil. Vandaar dat deze bewijsmiddelen in het licht van het model zullen worden besproken.

190 DE VRIJHEID VAN DE RECHTER OM DE OVEREENKOMST ZELFSTANDIG UIT TE LEGGEN

Een partij die zich wenst te beroepen op een bepaald bewijsmiddel dient dit, gelet op de eisen van een behoorlijke rechtspleging, op een zodanige wijze te doen dat voor de rechter duidelijk is welke stellingen hem ter beoordeling worden voorgelegd en dat voor de wederpartij duidelijk is waartegen zij zich dient te verweren.¹⁰⁴ De Hoge Raad heeft in dat kader opgemerkt dat “de rechter (...) slechts [heeft] te letten op de

101 Thoe Schwartzberg/De Groot c.s. (red.) 2020, nr. 31.

102 Zie nader Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/216.

103 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/40; Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/230-231; Asser, *Asser Procesrecht/Asser* 3 2023/264. Zie ook Snijders 2020, par. 26.2.

104 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:404, NJ 2017/147, r.o. 3.3.2 met verwijzing naar HR 23 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0729, NJ 1992/814 (*De Gans/Nationale Nederlanden*) en HR 8 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2810, NJ 1999/342 (*B./R.*).

feiten waarop een partij ter ondersteuning van haar standpunt een beroep heeft gedaan, en de enkele omstandigheid dat uit door een partij overgelegde stukken een bepaald feit blijkt, impliceert niet dat zij zich ter ondersteuning van haar standpunt op dat feit beroept¹⁰⁵. Een partij dient in het kader van haar stelplicht dus nauwkeurig aan te geven waar het bewijsmiddel precies betrekking op heeft. Het enkel overleggen van een omvangrijke en gedetailleerde overeenkomst van enkele honderden pagina's is dus niet voldoende.¹⁰⁶ Een partij zal gedetailleerd moeten aangeven op welke passages of onderdelen van de overeenkomst zij zich beroept (zie art. 22b Rv). Daarnaast kan een rechter ook nog ambtshalve een getuigenverhoor (art. 166 Rv) of een bericht of een verhoor van deskundigen (art. 194 Rv) bevelen.

De rechter zal uiteindelijk bepalen welke feiten in het kader van dit uitleggeskil een rol spelen en zo bepalend zijn voor de aanwezigheid van de gezichtspunten en de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en de uitlegfactoren. Dit kan ertoe leiden dat de rechter na de bewijswaardering zich aansluit bij de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten en de daarbij behorende uitlegmethode, zoals gesteld door een van de partijen. De rechter heeft daarentegen ook de vrijheid om zelfstandig tot een selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten te komen en af te wijken van de interpretaties die door partijen zijn verdedigd.¹⁰⁷ Deze uitleg zal dan wel uit de feiten moeten kunnen worden afgeleid die door partijen zijn aangedragen gelet op art. 149 en 24 Rv. Ondanks dat het niet verplicht is, verdient het mijns inziens wel de aanbeveling dat een rechter partijen in de gelegenheid stelt om zich uit te laten over de uitleg van de overeenkomst, zoals de rechter die voor ogen staat, en door geen van de partijen is verdedigd.¹⁰⁸ Dit zal met name het geval zijn indien de door de rechter gekozen uitleg niet in de lijn der verwachting ligt gelet op de wijze waarop het processuele debat tussen partijen zich heeft ontwikkeld.¹⁰⁹ De rechter zal echter niet een andere uitleg aan de overeenkomst kunnen geven, indien partijen het eens zijn over een bepaalde uitleg of de rechter specifiek vragen om een keuze te maken uit twee verschillende uitlegmogelijkheden.¹¹⁰

105 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:404, *NJ* 2017/147, r.o. 3.3.2 met verwijzing naar HR 10 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1176, *NJ* 1994/686, m.nt. M.M. Mendel (*Fraser/Bruinisse*).

106 Voorbeeld ontleend aan Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/219.

107 HR 21 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2107, *NJ* 1997/327, m.nt. D.W.F. Verkade (*Van Genk/De Wild*), r.o. 3.4; HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1770, *NJ* 1996/566, m.nt. H.J. Snijders (*FMN/PAP*), r.o. 3.4.3; conclusie van A-G Lückers (ECLI:NL:PHR:2020:794) onder 2.30 voor HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2088, *RvdW* 2021/88; Sieburgh, *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/377; Valk 2016, p. 92-93; Tjittes 2022, par. 5.6.6; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20)* 2022, p. 92; Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1823, r.o. 5.8. Kritisch is Fruytier 2013.

108 HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1770, *NJ* 1996/566, m.nt. H.J. Snijders (*FMN/PAP*), r.o. 3.4.3. Zo ook Tjittes 2022, p. 422; Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten (O&R nr. 121)* 2020, nr. 109; Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:133, r.o. 6.4; Fruytier 2013, par. 5.

109 Zo ook H.J. Snijders in zijn noot onder 2a onder HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1770, *NJ* 1996/566 (*FMN/PAP*); Fruytier 2013, par. 5.

110 Zie HR 6 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC3807, *NJ* 1979/91, m.nt. P.A. Stein (*Nobra/Dingemans*); HR 20 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4740, *NJ* 1987/295 (*Leutscher/Van Tuyn*); HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, *NJ* 2002/607, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Standard Groep/ING*), r.o. 3.4; A-G Wissink in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2010:BM5712) onder 3.8, voor HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM5712, *RvdW* 2010/912; H.J. Snijders in zijn noot onder 2a onder HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1770, *NJ* 1996/566 (*FMN/PAP*); Tjittes 2022, p. 421; Tjittes 1994b, p. 414.

5.3.2 *Geschriften en akten*

191 GESCHRIFTEN IN ALGEMENE ZIN

In de praktijk vormt het geschrift een zeer belangrijk bewijsmiddel. Geschriften worden gedefinieerd als ‘als alle zaken die dragers zijn van verstaanbare leestekens, dienende om een gedachte-inhoud te vertolken’.¹¹¹ Het gaat erom dat deze documenten leestekens bevatten en door andere personen gelezen kunnen worden. Dit geldt ook indien het gaat om elektronische gegevens die met leestekens leesbaar gemaakt kunnen worden. In dat geval zullen elektronische gegevensdragers gelijkgesteld worden aan geschriften.¹¹² Beeld- en geluidsopnames zijn daarentegen geen geschriften.¹¹³ Irrelevant is in welke taal het geschrift is gesteld. Vaak zal het gaan om documenten die niet ondertekend zijn, zoals e-mailcorrespondentie, tussen partijen gewisselde brieven of berichten, facturen, notulen, bankafschriften etc. In dit kader kan ook gedacht worden aan een rapport van een partijdeskundige.¹¹⁴ De rechter is vrij in de waardering van de geschriften (art. 152 lid 2 Rv). Het schriftelijk stuk is het meest algemene bewijsmiddel en wordt dan ook veelvuldig ingezet in het civiele proces (de producties), zo ook indien het een uitleggeschil betreft.¹¹⁵ Hoe een rechter een geschrift uiteindelijk waardeert, zal doorwerken op de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Indien de rechter besluit een geschrift terzijde te leggen en niet relevant acht, zal dit ertoe kunnen leiden dat aan een uitlegfactor geen gestalte kan worden gegeven, waardoor deze uitlegfactor bij de selectie en weging ook geen rol zal spelen. Daarnaast kan de rechter bijvoorbeeld ook veel waarde hechten aan een door een van de partijen ingebracht deskundigenrapport. Dat kan ertoe leiden dat bij de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten aan de uitlegfactor ‘de handelsgebruiken’ groot gewicht toekomt en dat de uitlegfactor ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ van onvoldoende gewicht wordt geacht. Daardoor kan de term in afwijking van de taalkundige betekenis in overeenstemming met de gebruikelijke betekenis in de branche, zoals volgt uit het deskundigenrapport, worden uitgelegd. De geschriften zijn ook van belang voor de aanwezigheid van de gezichtspunten en de feitelijke inkleuring ervan. Als voorbeeld kan gewezen worden op gespreksverslagen van de totstandkomingsfase. Daaruit kan volgen welke partijen aanwezig waren bij de totstandkoming van de overeenkomst (waaronder juridisch of financieel adviseurs) en kan duidelijk worden welke partij een specifieke bepaling heeft ingebracht. Dergelijke feiten zijn relevant voor de aanwezigheid en feitelijke inkleuring van de gezichtspunten ‘de wijze van totstandkoming’ en ‘de genoten deskundige bijstand’.

192 AKTEN IN ALGEMENE ZIN: ONDERHANDS VS. AUTHENTIEK

Akten vormen een bijzondere variant van de geschriften, vanwege de bijzondere bewijskracht en de eigen wettelijke regeling die zij hebben. Uit art. 156 lid 1 Rv volgt dat akten ondertekende geschriften zijn om tot bewijs te dienen. Een document dat uit

111 Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/154; Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/70.

112 Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/156.

113 Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/154.

114 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/37.

115 Zie nader Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/27.

meerdere pagina's bestaat en uitsluitend aan het slot ervan is ondertekend, is eveneens aan te merken als een akte.¹¹⁶ Een brief die is ondertekend, maar niet is opgesteld om tot bewijs te dienen, zal geen akte zijn en onder de algemene categorie geschriften vallen.¹¹⁷ Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen onderhandse en authentieke akten. Zodra de akte in de vereiste vorm en bevoegdelijk is opgemaakt door ambtenaren, aan wie bij of krachtens de wet is opgedragen op die wijze te doen blijken van door hen gedane waarnemingen of verrichtingen, is er sprake van een authentieke akte (zie art. 156 lid 2 Rv). In de praktijk, zeker bij uitleggeschillen, zal de authentieke akte met name betrekking hebben op de door de notaris opgemaakte notariële akte die zowel door partijen als de notaris is ondertekend. Ook een door de rechter opgemaakt en ondertekend proces-verbaal van een schikking is een authentieke akte (art. 89 Rv). Alle niet-authentieke akten zijn te kwalificeren als onderhandse akten, zo volgt uit art. 156 lid 3 Rv. De schriftelijke overeenkomst waarin partijen hun afspraken hebben vastgelegd en die door beide partijen is ondertekend, is te kwalificeren als een onderhandse akte.¹¹⁸ De akte vormt zo niet alleen het bewijs van de totstandkoming van de overeenkomst door aanbod en aanvaarding, maar vormt ook bewijs voor de inhoud van de overeenkomst. In dat kader dient wel voor ogen te worden gehouden dat voor de totstandkoming van een overeenkomst in het algemeen geen vormvereiste geldt. Partijen zijn dus in de regel ook zonder de schriftelijke ondertekende overeenkomst reeds gebonden, zoals het geval zal zijn bij een mondelinge overeenkomst. Wel doen partijen er verstandig aan om de overeenkomst schriftelijk vast te leggen, zodat zij indien nodig kunnen bewijzen wat zij hebben afgesproken.

Hetzelfde geldt voor de langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst als alternatief voor de eventueel wettelijke verplichte schriftelijke vorm (zie art. 6:227a e.v. BW).¹¹⁹ Een langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst kan indien voldaan is aan bepaalde vereisten gekwalificeerd worden als een elektronische onderhandse akte, zo volgt uit art. 156a Rv. In dat geval dient degene ten behoeve van wie de akte bewijs oplevert in staat te worden gesteld om de inhoud daarvan op een duurzame drager op te slaan. De elektronische onderhandse akte dient dan eveneens, evenals een 'normale' onderhandse akte, ondertekend te zijn. Dit zal dan geschieden door middel van een elektronische handtekening (zie art. 3:15a e.v. BW). De werking van de elektronische handtekening blijft in dit onderzoek verder buiten beschouwing.¹²⁰

De schriftelijke overeenkomst, en zeker een akte vanwege de dwingende bewijskracht tussen partijen, vormt een belangrijk bewijsmiddel voor de vaststelling van de feiten bij een uitleggeschil en zal zo ook van grote invloed zijn op de uitleg van de overeenkomst. De schriftelijke overeenkomst is echter niet het enige beschikbare bewijsmiddel en is voor de uitleg dus ook niet allesbepalend. De schriftelijke overeenkomst kan in zekere zin ook 'overruled' worden. Andere bewijsmiddelen zijn

116 Zo volgt uit HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:641, NJ 2019/188 (*Egelinck/X*), r.o. 3.4.2.

117 Zie Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/27.

118 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 6 maart 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI0129, RCR 2009/47, r.o. 3.4.

119 Zie hierover nader Snijders, *WPNR* 2010/6863 en Snijders, *WPNR* 2010/6864; Schaub, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:227a BW.

120 Zie hierover nader bijvoorbeeld HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:957, NJ 2021/14, m.nt. A.I.M. van Mierlo; Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/160a; Tjong Tjin Tai, *MvV* 2002/11.1.1; Snijders, *WPNR* 2010/6863, par. 2; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/29.

eveneens toegelaten en worden in de praktijk dan ook veelvuldig ingezet ter onderbouwing van een mogelijke uitleg van de overeenkomst, waarbij gedacht kan worden aan andere geschriften, zoals eerdere concepten van de overeenkomst, e-mailcorrespondentie tussen partijen, tussen partijen gewisselde brieven en notulen van vergaderingen. Maar ook getuigenverklaringen waaruit blijkt wat partijen ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst met een bepaalde term bedoeld hebben, bewijs van latere (of eerdere) gedragingen van partijen waaruit blijkt hoe partijen een bepaalde clausule (eerder) hebben opgevat of beeld- of geluidmateriaal, kan licht werpen op de partijafspraken. Een partij dient zich dan wel nadrukkelijk op deze bewijsmiddelen te beroepen ter onderbouwing van haar standpunt. Alle bewijsmiddelen die relevant kunnen zijn voor de uitleg van de overeenkomst dienen in het geding te worden gebracht, zodat aan de hand daarvan de rechter uiteindelijk kan vaststellen welke gezichtspunten relevant zijn en hoe de gezichtspunten en de uitlegfactoren feitelijk zullen worden ingekleurd.

Akten zijn per definitie bedoeld om als bewijs te dienen, aldus art. 156 lid 1 Rv. De bewijsbestemming van de akte zal in de regel kunnen worden afgeleid uit de inhoud en ondertekening van de akte.¹²¹ Bij de bewijskracht van een akte wordt een onderscheid gemaakt tussen het formele en het materiële aspect ervan.¹²² De formele bewijskracht heeft betrekking op de vraag “of het waar is dat overeenkomstig de inhoud van de akte is verklaard”.¹²³ Er staat dan vast dát verklaard is conform hetgeen in de akte (boven de handtekening) staat. Een authentieke akte levert, wat betreft de formele bewijskracht, dwingend bewijs op tegenover eenieder (art. 157 lid 1 Rv), terwijl een onderhandse akte slechts vrije bewijskracht heeft wat betreft het formele aspect ervan.¹²⁴ De materiële bewijskracht van een akte ziet op de vraag of hetgeen is verklaard de waarheid is.¹²⁵ Zowel een onderhandse als een authentieke akte leveren, wat de materiële bewijskracht van de partijverklaring betreft, dwingend bewijs op tussen partijen (art. 157 lid 2 Rv).¹²⁶ Dit betekent dat van de inhoud van de akte moet worden uitgegaan (behoudens tegenbewijs, zie art. 151 lid 2 Rv). Dit geldt ook voor de elektronische onderhandse akte (art. 156a Rv in verbinding met art. 157 lid 2 Rv). Het feit dat een ambtenaar betrokken is bij de authentieke akte maakt de bewijskracht van de partijverklaring niet anders dan bij een onderhandse akte. Al mag men wel aannemen dat partijen minder snel een onware partijverklaring afleggen ten overstaan van bijvoorbeeld een notaris.¹²⁷ Het gaat dan om de waarheid van de inhoud van de partijverklaring die is neergelegd in de akte. Bij een authentieke akte reikt de materiële bewijskracht nog verder en levert hetgeen de ambtenaar in de authentieke akte heeft

121 Conclusie A-G Wesseling van Gent (ECLI:NL:PHR:2019:337) onder 2.12, voor HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:855, *RvdW* 2019/694; conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.5, voor HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:566, *NJ* 2017/166. Zie ook Asser, *Asser Procesrecht/Asser* 3 2023/159.

122 Asser, *Asser Procesrecht/Asser* 3 2023/259.

123 Valk 2016, p. 90; Tjittes 2022, p. 415; Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/74; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/28.

124 Zie hierover nader Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/76 en 87.

125 Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/74; Asser, *Asser Procesrecht/Asser* 3 2023/259; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/28.

126 Zie nader HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3701, *NJ* 2004/75 (*Braam/Standvast Wonen*), r.o. 3.4; HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3100, *NJ* 2012/260, m.nt. L.C.A. Verstappen (*Agfa/Foto Noort*), r.o. 3.3.2; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/28.

127 Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/85.

verklaard tegenover eenieder dwingend bewijs op (art. 157 lid 1 Rv). Dit is beperkt tot hetgeen de ambtenaar zelf heeft kunnen waarnemen. De materiële bewijskracht van de ambtenaarsverklaring die jegens iedereen vaststaat, heeft bijvoorbeeld betrekking op de plaats en datum van het verlijden van de akte, de identiteit van partijen die voor hem zijn verschenen, het feit dat partijen verklaringen hebben afgelegd en de handtekening die deze partijen hebben geplaatst.¹²⁸

Iedere akte levert ingevolge art. 157 lid 2 Rv dwingend bewijs op – behoudens tegenbewijs (art. 151 lid 2 Rv) – dat partijen hebben verklaard wat in de akte is vastgelegd en dat hetgeen is verklaard tussen partijen als waarheid geldt. Doordat beide partijen een akte opstellen en ondertekenen verschaffen partijen elkaar bij voorbaat bewijs, hetgeen ten gunste is van de rechtszekerheid (het ‘*preuve préconstituée*’).¹²⁹ In de praktijk zullen partijen in de regel niet betwisten dat de akte leidend is. Zij verschillen dan van mening over de vraag hoe de bepalingen in de akte moeten worden uitgelegd. Bij een uitlegprobleem zal het veelal om de materiële bewijskracht van de in de akte neergelegde partijverklaring te doen zijn, oftewel levert hetgeen in de akte staat vermeld dwingend bewijs op van hetgeen in de akte door partijen omtrent de inhoud van de overeenkomst is verklaard. Indien de bewoordingen in de akte niet duidelijk zijn en door uitleg vastgesteld moet worden wat partijen zijn overeengekomen, zal de dwingende bewijskracht geen soelaas bieden.¹³⁰ Dit is bijvoorbeeld het geval indien in de akte een concrete, tot koop en verkoop strekkende, verklaring ontbreekt, met als gevolg dat de akte geen dwingend bewijs oplevert van een koopovereenkomst.¹³¹ Daarnaast hebben de in de akte opgenomen partijverklaringen, hetgeen zowel geldt voor een authentieke als onderhandse akte, tegenover derden vrije bewijskracht en is de waardering ervan overgelaten aan de rechter (art. 152 lid 2 Rv). Op de partij die meent dat de tekst van de akte vervalst is, rust in lijn met de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast hiervan.¹³²

Voorts dient voor ogen te worden gehouden dat een authentieke akte wel uitwendige bewijskracht heeft (art. 159 lid 1 Rv) en een onderhandse akte niet. Dit brengt met zich mee dat bij een authentieke akte van de echtheid van de handtekeningen wordt uitgegaan, behoudens bewijs van het tegendeel. Bij een onderhandse akte kan een partij de ondertekening ervan betwisten. De echtheid van een handtekening dient bewezen te worden, indien de partij aan wie een onderhandse akte wordt tegengeworpen stellig ontkent dat de handtekening onder de akte de hare is. Dat wil zeggen dat die partij in duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen dient aan te geven dat de handtekening niet van haar is en/of niet door haar is gezet.¹³³ Het is niet vereist om

128 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/28.

129 Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/158; Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/74; A-G Hartlief in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2017:1176) onder 3.6, voor HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3263, *NJ* 2018/44.

130 Tjittes 2022, p. 415; Tjong Tjin Tai 2008, p. 811; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3263, *NJ* 2018/44, r.o. 3.4.2. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3527, r.o. 6.25.

131 Zie HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3263, *NJ* 2018/44, r.o. 3.4.2; Tjittes 2022, p. 415.

132 HR 15 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0827, *NJ* 1993/179; HR 13 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7245, *NJ* 1997/562; HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1704, *NJ* 1996/652, m.nt. W.M. Kleijn; HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4278, *NJ* 2000/236 (*Veldhof/Leonard-Woltjer Stichting*) en HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:641, *NJ* 2019/188 (*Egelinck/X*), r.o. 3.4.3.

133 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/29; HR 28 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2297, *NJ* 1997/330 (*Van der Toorn/Dealer Cashplan*), r.o. 3.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2299, *NJF* 2019/249, r.o. 5.5; HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:572, *NJ* 2019/174, r.o. 3.3.2 en de conclusie van A-G Wissink (ECLI:NL:PHR:2019:238) hiervoor onder 3.2 e.v.

een onderbouwing te geven van de ontkenning.¹³⁴ Op de partij die zich op de akte beroept rust in dat geval de bewijslast van de echtheid van de handtekening (art. 159 lid 2 Rv).¹³⁵ Daarbij kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van een handschrift-onderzoek.¹³⁶ Zolang niet bewezen is van wie de ondertekening afkomstig is, levert de akte geen bewijs op.¹³⁷

Tot slot geldt voor alle akten dat de kracht van het schriftelijk bewijs is gelegen in de oorspronkelijke akte (art. 160 lid 1 Rv).¹³⁸ Grossen en gehele afschriften (dus niet een uittreksel ervan) van een authentieke akte die volgens wettelijk voorschrift moeten worden bewaard (zoals een notariële akte of een rechterlijke uitspraak), leveren hetzelfde bewijs op als de oorspronkelijke akte, indien zij zijn afgegeven door een daartoe bevoegde ambtenaar (art. 160 lid 2 Rv). Afschriften die niet voldoen aan de vereisten van art. 160 lid 2 Rv hebben vrije bewijskracht.

Met de akte staat in beginsel vast dat partijen, tenzij er ondertekeningsperikelen zijn (art. 159 lid 2 Rv), een overeenkomst hebben gesloten en spitst de discussie zich toe op de vraag wat precies de inhoud is van de in de akte neergelegde partijverklaring waarop de materiële bewijskracht ziet. Die inhoud dient door middel van uitleg te worden vastgesteld, waarbij enkel gekeken kan worden naar de akte zelf.¹³⁹ Daarbij maakt het niet uit of het gaat om een in een onderhandse of authentieke akte neergelegde partijverklaring, nu er geen verschil in materiële bewijskracht is. In het gehanteerde model zal dit ertoe leiden dat alleen de uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de akte, zoals ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ of ‘de structuur en vormgeving van de overeenkomst’, behulpzaam kunnen zijn voor de vaststelling waarop de materiële bewijskracht betrekking heeft. De vraag waarop de materiële bewijskracht van de akte betrekking heeft, dient onderscheiden te worden van de vraag hoe de overeenkomst tussen partijen dient te worden uitgelegd. Voor de uitleg van de overeenkomst zijn alle omstandigheden van het geval relevant, zo ook bijvoorbeeld de verklaringen en gedragingen van partijen voorafgaand aan en na de totstandkoming van de overeenkomst. Een dergelijke e-mailwisseling kan ertoe leiden dat afgeweken wordt van de uitleg die volgt uit de akte.¹⁴⁰ De akte als schriftelijke verklaring is slecht één van de in acht te nemen verklaringen bij de uitleg. Dit neemt niet weg dat de akte als bewijsmiddel wel een hele belangrijke rol zal spelen en licht zal werpen op de feiten die een rol spelen bij de uitleg.

In wat voor soort akte de partijverklaring is neergelegd kan eveneens van invloed zijn op de bij de uitleg in acht te nemen feiten. Bij de uitleg van een in een notariële akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling kan enkel gekeken worden naar hetgeen

134 HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3744, *RvdW* 2013/1167 (*Oxeye/X*); HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1542, *RvdW* 2009/520; HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:572, *NJ* 2019/174, r.o. 3.3.2.

135 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:572, *NJ* 2019/174, r.o. 3.3.2.

136 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 17 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1308, r.o. 5.2-5.3.

137 Tjittes 2022, par. 5.6.4.

138 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 11 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3936, r.o. 10.

139 Valk 2016, p. 90; bevestigd in HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3263, *NJ* 2018/44, r.o. 3.4.2 en Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/28.

140 Valk, *NJB* 2018/1360, par. 10.

volgt uit de akte zelf.¹⁴¹ Het object van uitleg wordt zo begrensd. Dit heeft te maken met het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit (zie nader nr. 51). Dit geldt bijvoorbeeld voor een notariële akte tot levering van een registergoed of tot vestiging van een beperkt recht daarop. Vervolgens zal het soort akte via de gezichtspunten mede van invloed zijn op de selectie en weging van uitlegfactoren en de uiteindelijk te hanteren uitlegmethode. Het beïnvloedt mede de gegevens die bij de uitleg in aanmerking worden genomen. Indien het gaat om de uitleg van de in een notariële akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling, zal de uitleg plaatsvinden aan de hand van de zuiver objectieve uitlegmethode in verband met het geldende stelsel van publiciteit voor registergoederen en het vertrouwen dat derden daaraan kunnen ontleneren.¹⁴² De aanwezige gezichtspunten zullen dan bepalen dat enkel zuiver objectieve uitlegfactoren geselecteerd worden en dat aan een of meerdere zuivere objectieve uitlegfactoren zonder meer doorslaggevend gewicht toekomt. De subjectieve uitlegfactoren zijn dan uitgesloten. Dit betekent niet dat in het geheel geen acht mag worden geslagen op gegevens buiten de akte. Dat kan wel degelijk, zolang dergelijke gegevens objectief kenbaar zijn en volledig los van de concrete partijen staan. Zo kan bijvoorbeeld ter vaststelling van de taalkundige betekenis van de in de leveringsakte gebruikte bewoordingen worden aangesloten bij ‘de woordenboekbetekenis’.¹⁴³ Zodra het gaat om de uitleg van een in een akte neergelegde obligatoire afspraak tussen partijen – een vormvrije overeenkomst – ligt het gebruik van een uitlegmethode die gestalte krijgt in de vorm van de Haviltex-maatstaf voor de hand.¹⁴⁴ In dat geval is het object van uitleg niet nadrukkelijk beperkt tot de in de akte neergelegde partijbedoeling, zoals wel het geval is bij een notariële akte van levering. De akte vormt zo niet alleen een belangrijk bewijsmiddel voor de vaststelling van de relevante feiten, maar de aard van de akte zal indirect via de gezichtspunten, zoals bijvoorbeeld ‘de aard van de overeenkomst’ of ‘de betrokkenheid van derden’, ook doorwerken op de selectie en weging van uitlegfactoren.

Door de schriftelijke overeenkomst en de ondertekening ervan beschikken partijen over enig bewijsmiddel van de partijverklaringen, indien later tussen partijen een (uitleg)geschil ontstaat. Aan de hand van de in de akte neergelegde partijverklaring zal kunnen worden vastgesteld welke feiten in dit uitleggeschil een rol spelen. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, zal daarbij het soort akte eveneens relevant kunnen zijn en mede van invloed kunnen zijn op de in acht te nemen feiten: bij de uitleg van een goederenrechtelijke overeenkomst die besloten ligt in een notariële akte waarmee een onroerende zaak wordt geleverd¹⁴⁵ zijn de bij de uitleg in acht te nemen feiten beperk-

141 HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, NJ 2001/350, m.nt. W.M. Kleijn (*Eelder Woningbouw*), r.o. 3.3; HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AH9168, NJ 2004/251, r.o. 3.4; HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, NJ 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*), r.o. 4.2.2 en HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2904, NJ 2013/240 (*Hennekam/Maatschappij van welstand*), r.o. 3.5.3.

142 HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, NJ 2001/350, m.nt. W.M. Kleijn (*Eelder Woningbouw*), r.o. 3.3; HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AH9168, NJ 2004/251, r.o. 3.4; HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, NJ 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*), r.o. 4.2.2 en HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2904, NJ 2013/240 (*Hennekam/Maatschappij van welstand*), r.o. 3.5.3; HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1511, NJ 2016/325 (*Melber/Goede c.s.*), r.o. 4.2.2.

143 Zo ook Valk, *NJB* 2018/1360, par. 7.

144 Zie onder meer HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, NJ 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*), r.o. 4.2.3.

145 Zie HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, NJ 2001/350, m.nt. W.M. Kleijn (*Eelder Woningbouw*), r.o. 3.3.

ter dan bij de uitleg van een cessie- of pandakte.¹⁴⁶ Daarnaast zal uit de akte kunnen volgen welke gezichtspunten er aanwezig zijn en hoe de gezichtspunten en de uitlegfactoren feitelijk dienen te worden ingekleurd. Zo kan de akte onder meer licht werpen op de gezichtspunten ‘de aard van de overeenkomst’ of ‘de aard van het uit te leggen beding’, maar ook ‘het doel van de overeenkomst’ kan er veelal uit worden afgeleid evenals ‘de betrokkenheid van derden’. Ook zal uit de akte duidelijk worden in welke taal de overeenkomst is gesteld, of een van de partijen een buitenlandse achtergrond heeft en of partijen een specifieke uitlegbepaling zijn overeengekomen. De akte vormt zo een belangrijk bewijsmiddel voor de vaststelling en feitelijke inkleuring van de aanwezige gezichtspunten. Daarnaast is de akte ook relevant voor de feitelijke inkleuring van de uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de overeenkomst, zoals de uitlegfactoren ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’, ‘de contractuele definitie’ en ‘de structuur en vormgeving van de overeenkomst’. In de praktijk zal het bewijs uit de akte er veelal toe leiden dat de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten resulteert in het toekennen van groot dan wel (in beginsel) doorslaggevend gewicht aan een of meerdere uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de overeenkomst, zoals de uitlegfactor ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’. Gelet op de dwingende bewijskracht van de in een akte neergelegde partijverklaring tussen partijen zal een partij hiertegen het een en ander moeten inbrengen om uiteindelijk tot een selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten te komen die afwijkt van de uitleg die volgt uit de uitlegfactoren die nauw verband houden met de tekst van de overeenkomst (hierover meer in het volgende randnummer). Bovenstaande geldt ook, indien de schriftelijke overeenkomst niet door partijen ondertekend is en er geen sprake is van een onderhandse akte. Ook dan zal de schriftelijke overeenkomst een belangrijk bewijsmiddel vormen voor de vaststelling van de relevante feiten, hetgeen weer bepalend zal zijn voor de aanwezige gezichtspunten en de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en uitlegfactoren. Dat de schriftelijke overeenkomst een zeer belangrijk bewijsmiddel vormt bij de contractsuitleg, volgt eveneens uit de techniek van de voorshands taalkundige uitleg (zie nader over de voorshands taalkundige uitleg par. 5.2.3).¹⁴⁷ Terecht is door A-G Timmerman in zijn conclusie voor het arrest *Lundiform/Mexx* opgemerkt dat de partij die een uitleg verdedigt die afwijkt van hetgeen volgt uit de bewoordingen van de overeenkomst op papier de schijn tegen zich heeft.¹⁴⁸

146 HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381, *NJ* 2002/610, m.nt. C.E. du Perron (*ING Bank/Muller*), r.o. 4.3 en HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4602, *NJ* 2004/183, m.nt. W.M. Kleijn (*De Liser de Morsain/Rabobank*), r.o. 4.4. Zie meer recent HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1841, *NJ* 2020/33, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Holding/Heijmans Infra*), r.o. 3.2 en HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:590, *NJ* 2020/152 (*ING/Schepel q.q.*), r.o. 3.2. Zie voor de ontwikkelingen m.b.t. de uitleg van pandakten en het bepaaldheidsvereiste Van Bergen, *NTBR* 2020/43.

147 Conclusie A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2019:670) onder 3.23, voor HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, *NJ* 2020/435, m.nt. J.L. Smeehuijzen (*Valerbosch*); Tjittes 2022, p. 335 e.v.

148 Conclusie A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2013:BY8101) onder 3.3, voor HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*).

Ook tegen dwingend bewijs staat tegenbewijs vrij (art. 151 lid 2 Rv).¹⁴⁹ Daarvoor kan een partij alle bewijsmiddelen aanwenden (art. 152 lid 1 Rv).¹⁵⁰ Met het tegenbewijs dient de partij het in de akte besloten bewijs te ontzenuwen.¹⁵¹ Dat kan bijvoorbeeld door een e-mail over te leggen waaruit iets anders blijkt of door middel van een getuigenverhoor ten overstaan van de rechter waaruit blijkt wat partijen tijdens de onderhandelingen besproken hebben. De mogelijkheid om tegenbewijs tegen de akte te leveren is niet beperkt tot de stelling dat anders is verklaard dan in de akte is opgenomen (formele bewijskracht), maar kan ook betrekking hebben op de stelling dat de in de akte opgenomen partijverklaring niet overeenstemt met de werkelijkheid (materiele bewijskracht).¹⁵² De ruimte die een partij heeft om tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van de akte te leveren hangt af van de te hanteren uitlegmethode. Dit volgt onder meer uit het arrest Kamsteeg/Lisser.¹⁵³ In dat arrest gaat het om de uitleg van een obligatoire afspraak die is opgenomen in een notariële akte. De Hoge Raad stelt voorop dat ook in dat geval de obligatoire afspraken dienen te worden uitgelegd aan de hand van een uitlegmethode die in de rechtspraak gestalte krijgt in de vorm van de Haviltex-maatstaf.¹⁵⁴ Vervolgens benadrukt de Hoge Raad dat de notariële akte tussen de partijen bij die akte dwingend bewijs oplevert van de waarheid van hetgeen in de akte door hen omtrent de inhoud van die overeenkomst is verklaard (art. 157 lid 2 Rv), maar daartegen staat wel tegenbewijs open. In het kader van het tegenbewijs oordeelt de Hoge Raad dat vanwege de toepasselijkheid van een uitlegmethode die in de rechtspraak gestalte krijgt in de vorm van de Haviltex-maatstaf, het tegenbewijs eveneens betrekking kan hebben op alle omstandigheden van het geval. In het in dit boek gehanteerde model leidt dit ertoe dat het tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van de akte verband kan houden met alle mogelijke gezichtspunten en uitlegfactoren. Zo kan bijvoorbeeld aan de hand van de bedoeling van partijen die uit een e-mailwisseling volgt, de materiële bewijskracht van de akte worden ontzenuwd.¹⁵⁵

Doordat de Hoge Raad de in het specifieke geval toepasselijke uitlegmethode bepalend acht voor het tegenbewijs, is het denkbaar dat in bepaalde situaties de ruimte om tegenbewijs te leveren is beperkt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij tegenbewijs tegen hetgeen dwingend uit een akte tot levering van een registergoed of vestiging van een beperkt recht daarop volgt (een leveringsakte). Een dergelijke leveringsakte zal volgens de rechtspraak uitgelegd dienen te worden aan de hand van de zuiver objectieve

149 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148, *NJ* 2018/422, m.nt. H.J. Sniijders (*Bungalowpark De Horn*), r.o. 3.4.5.

150 Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/88.

151 Conclusie A-G Wesseling van Gent (ECLI:NL:PHR:2019:337) onder 2.14, voor HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:855, *RvdW* 2019/694; conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.10, voor HR 13 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:849, *RvdW* 2016/616 met verwijzing naar HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0613, *NJ* 2008/219, m.nt. C.J.M. Klaassen (*Wooning/Wooning*), r.o. 3.5; HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9314, *NJ* 2001/612, m.nt. W.D.H. Asser, r.o. 3.3.2; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/41.

152 HR 13 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:848, *NJ* 2016/256 (*Benu/Pelzers Holding c.s.*), r.o. 3.4.1; Tjittes 2022, p. 415; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/41.

153 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, *NJ* 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*); HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148, *NJ* 2018/422, m.nt. H.J. Sniijders (*Bungalowpark De Horn*), r.o. 3.4.5. Zo ook Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (*Mon. Pr. nr. 20*) 2022, p. 90.

154 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, *NJ* 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*), r.o. 4.2.3.

155 Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (*Mon. Pr. nr. 20*) 2022, p. 90.

uitlegmethode (zie nr. 51). De gezichtspunten bepalen in dat geval dat de subjectieve uitlegfactoren volledig uitgesloten zijn. In dat geval zal het tegenbewijs tegen de dwingende bewijskracht van de akte hier dan ook geen betrekking op kunnen hebben.¹⁵⁶ Nu bij de uitleg enkel omstandigheden die voor derden objectief kenbaar zijn in aanmerking mogen worden genomen, tikt dit door bij het te leveren tegenbewijs. Aldus zal ook het tegenbewijs nauw verband dienen te houden met de tekst van de akte zelf. Een partij die tegenbewijs wenst te leveren tegen de dwingende bewijskracht van een leveringsakte dient zich hier dus bewust van te zijn.¹⁵⁷ Tot slot zal het zeer moeilijk zijn om tegenbewijs te leveren tegen de authentieke elementen van de akte, oftewel de verklaringen van de ambtenaar, nu men mag uitgaan van de betrouwbaarheid van een bevoegde ambtenaar, zoals een notaris (formele bewijskracht, art. 157 lid 1 Rv).¹⁵⁸

5.3.3 Partij- en getuigenverklaringen

196 PARTIJ- EN GETUIGENVERKLARINGEN IN ALGEMENE ZIN

Voor de uitleg van een overeenkomst vormt naast het schriftelijke bewijs het bewijs door getuigen een belangrijk bewijsmiddel. Getuigen kunnen in een afzonderlijk getuigenverhoor worden gehoord ten overstaan van de rechter (art. 166 Rv), maar ook met voorafgaande toestemming van de rechter tijdens de mondelinge behandeling (art. 87 lid 3 Rv). Tevens kunnen partijen ervoor kiezen om een schriftelijke getuigenverklaring te overleggen als productie. Partij- en getuigenverklaringen spelen in de praktijk een belangrijke rol bij de vaststelling van de relevante feiten. Met name de partijen zelf zijn de primaire informatiebron voor het vaststellen van de feitelijke basis van het uitleggeskil. Aldus kunnen partij- en getuigenverklaringen eveneens bepalend zijn voor de aanwezigheid van bepaalde gezichtspunten en de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en uitlegfactoren.

In de dagvaarding (art. 111 lid 3 Rv) en de conclusie van antwoord (art. 128 lid 5 Rv) dienen partijen aan te geven welke getuigen zij wensen te horen. In beginsel zal de rechter niet zo snel voorbijgaan aan een aanbod van getuigenbewijs.¹⁵⁹ Een aanbod tot bewijslevering door het horen van getuigen moet ter zake dienend zijn en bijdragen aan de beoordeling van het geschil.¹⁶⁰ In hoger beroep zullen aan het bewijsaanbod strengere eisen worden gesteld en zal een partij specifiek moeten aangeven wat

156 In soortgelijke zin Valk 2016, p. 91; Tjittes 2022, p. 416.

157 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/28.

158 Zie de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent (ECLI:NL:PHR:2019:337) onder 2.10, voor HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:855, *RvdW* 2019/694.

159 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/30.

160 Zie uitgebreid over de vereisten waaraan een bewijsaanbod moet voldoen Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/32. Zie voor een geval waarin het hof ten onrechte het bewijsaanbod heeft gepasseerd HR 18 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:957, *RvdW* 2021/659, r.o. 3.2.9-3.2.10.

het bewijsaanbod inhoudt.¹⁶¹ Een getuigenverklaring kan slechts als bewijs dienen, voor zover zij betrekking heeft op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten, aldus art. 163 Rv. Ook een partij kan optreden als een getuige (art. 164 lid 1 Rv).¹⁶² Een getuigenverhoor, ten overstaan van de rechter, zal worden bevolen bij tussenvonnissen (art. 166 lid 2 jo art. 232 Rv), waarbij de rechter zal aangeven welke partij omtrent welke feiten bewijs wordt opgedragen (ook wel het probandum genoemd, zie art. 166 lid 2 Rv). Indien de rechter een getuigenverhoor heeft bevolen, staat het de wederpartij vrij om van haar kant eveneens getuigen te horen om zo de getuigenverklaringen van de andere partij te ontkrachten, de zogenoemde contra-enquête (art. 168 Rv). De wederpartij is zo bevoegd om tegenbewijs te leveren tegen hetgeen in het probandum aan de andere partij is opgelegd. Daarbij volstaat dat het bewijs dat verkregen is door een partij- of getuigenverklaring door het tegenbewijs wordt ontzenuwd, bijvoorbeeld door te bewijzen dat de onderhandelingen voorafgaand aan de overeenkomst anders zijn verlopen dan in het getuigenverhoor naar voren is gekomen. Het aanbod om dergelijk tegenbewijs te leveren door het horen van getuigen hoeft niet nader gespecificeerd te worden. In het kader van de contra-enquête is het van belang om voor ogen te houden dat een partij hier actief gebruik van moet maken. Indien een rechter voorshands een bepaald feit bewezen acht en dus tot een voorshands oordeel komt op grond van een feitelijk bewijsvermoeden in het voordeel van de partij op wie de bewijslast rust, dan zal de wederpartij in de gelegenheid worden gesteld om tegenbewijs te leveren, indien zij daartoe een voldoende specifiek bewijsaanbod heeft gedaan.¹⁶³ De wederpartij kan dan besluiten om getuigen te horen. Indien de wederpartij uiteindelijk slaagt in het tegenbewijs door middel van het horen van getuigen, zal de partij wier stellingen voorshands door de rechter bewezen zijn geacht, gebruik moeten maken van de mogelijkheid om in contra-enquête nader bewijs van de voorshands bewezen geachte feiten te leveren die door het tegenbewijs zijn ontkracht.¹⁶⁴ Een andere mogelijkheid om alsnog nader bewijs te leveren heeft deze partij niet. Dit is anders indien het nadere bewijsaanbod betrekking heeft op nieuw bewijsmateriaal of nieuwe feiten.¹⁶⁵

Van het getuigenverhoor ten overstaan van de rechter wordt proces-verbaal opge maakt, hetgeen wordt ondertekend door de getuige, de rechter en de griffier (art. 180

161 HR 21 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0288, *NJ* 1991/726 (*Clarisse/Plokkhaar*), r.o. 3.2; HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, *NJ* 2005/270, m.nt. W.D.H. Asser (*OZ Export Planten/Roozen Holland*), r.o. 3.6; HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9991, *NJ* 2011/512, m.nt. H.B. Krans, r.o. 3.7; HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7245, *NJ* 2012/96 (*Taha/SLs Wonen*), r.o. 3.3; HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3075, *NJ* 2014/485 (*Fijen Accountants/Stienen Beheer*), r.o. 3.3.2; HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:49, *RvdW* 2016/147, r.o. 3.4.1; HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1313, *NJ* 2020/310, r.o. 3.2.1. Zie ook Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent, *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4* 2018/209-214; Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/221; Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/221; Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/52 en 117; Thoe Schwartzenberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/33. Zie voor een toepassing in een uitleggingsgeschiedenis HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*), r.o. 3.6.2 met verwijzing naar HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7677, *NJ* 2005/268, m.nt. W.D.H. Asser.

162 Tjittes maakt in dit kader een onderscheid tussen de 'partijgetuige' en een 'partijdige' getuige, zie Tjittes 2022, p. 417.

163 Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/221-222.

164 HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8766, *NJ* 2013/261 (*Bruscom*), r.o. 3.8. Zie hierover uitgebreid Klomp 2020.

165 Zie nader Meijer & Wattendorff, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 3:35 BW.

Rv). De rechter zal vervolgens zelf de getuigenverklaring waarden (art. 152 lid 2 Rv). Daarbij dient voor ogen te worden gehouden dat een verklaring van een partij-getuige ten overstaan van een rechter geen zelfstandige bewijskracht heeft, indien het een getuigenverklaring betreft van de partij die de bewijslast heeft (art. 164 lid 2 Rv).¹⁶⁶ Een dergelijke verklaring kan enkel dienen ter bekrachtiging van andere bewijsmiddelen. Of er sprake is van een partijgetuige wordt beoordeeld op het moment waarop deze persoon als getuige wordt gehoord.¹⁶⁷ Voor een rechtspersoon zijn dat bijvoorbeeld op het moment van het getuigenverhoor de statutair bestuurders of personen die op andere gronden aan de wet of aan de statuten van de rechtspersoon de bevoegdheid ontlene haar in rechte te vertegenwoordigen.¹⁶⁸ In geval van een partij-getuigenverklaring kan daaraan alleen bewijskracht toekomen ten voordele van deze partij indien er aanvullend bewijsmateriaal voorhanden is dat zodanig sterk is en zodanig essentiële punten betreft dat het de partijverklaring voldoende geloofwaardig maakt.¹⁶⁹ Heeft de partijgetuige niet de bewijslast, dan is de waardering van haar verklaring overgelaten aan het oordeel van de rechter overeenkomstig art. 152 lid 2 Rv. Dit zal het geval zijn indien de partijgetuigenverklaring in het kader van het te leveren tegenbewijs wordt overgelegd.¹⁷⁰

Daarnaast is het ook mogelijk om een schriftelijke verklaring van een (partij)getuige als bewijs over te leggen.¹⁷¹ Deze verklaring valt onder de categorie ‘geschriften’ (zie nader nr. 191) en heeft dan vrije bewijskracht, waardoor het aan de rechter is om dergelijk bewijs te waarden op grond van art. 152 lid 2 Rv.¹⁷² Indien het een schriftelijke verklaring van een partijgetuige betreft, is de rechter niet gebonden aan de beperking van art. 164 lid 2 Rv. Doordat dergelijke verklaringen buiten rechte worden opgemaakt zal de rechter hier terughoudend mee omgaan.¹⁷³ Indien een advocaat of notaris wordt opgeroepen om te getuigen over hetgeen zich heeft afgespeeld tijdens de onderhandelingen, zal het van de situatie afhangen of er een beroep op het verschoningsrecht mogelijk is.¹⁷⁴

198 DE DOORWERKING VAN PARTIJ- EN GETUIGENVERKLARINGEN IN HET MODEL

Een partij- of getuigenverklaring vormt evenals de geschriften en akten een zeer belangrijk bewijsmiddel en is zo eveneens van groot belang voor de vaststelling van de

166 Zie nader Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/36; Sniijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/231.

167 HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5804, *NJ* 2011/138, r.o. 4.3; zie ook HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1928, *NJ* 1997/22, m.nt. H.J. Sniijders (*Reprotechniek/Traugott*).

168 HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1928, *NJ* 1997/22, m.nt. H.J. Sniijders (*Reprotechniek/Traugott*), r.o. 3.4.

169 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592, m.nt. C.J.H. Brunner (*Taams/Boudeling*) en HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1057, *NJ* 2002/391, m.nt. H.J. Sniijders (*Moes/Muijlaert*), r.o. 3.4.

170 Zie onder meer nader Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/36 en 41; Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/263; HR 30 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5053, *NJ* 2010/497 (*Jansen/Verwey*), r.o. 3.5.2; conclusie van A-G Van Peursem (ECLI:NL:PHR:2017:599) onder 2.1. e.v., voor HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1271, *RvdW* 2017/812 (*Ikea/X*) (art. 81 RO).

171 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2986, *NJ* 2017/24; Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/174; Sniijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/218.

172 Zie in dit kader onder meer HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2986, *NJ* 2017/24, r.o. 3.4.1; HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8422, *NJ* 2004/151, r.o. 3.2.2; HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9384, *NJ* 2003/166 (*Adrichem/Reek*), r.o. 3.5; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/29-30.

173 Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/30.

174 Zie hierover nader Tjittes 2022, p. 418-420.

relevante feiten en omstandigheden. Door middel van getuigenverklaringen kunnen feiten aan het licht komen die niet uit de reeds voorhanden zijnde geschriften of akten blijken of een bepaalde lezing van de overeenkomst ondersteunen.¹⁷⁵ Zo kan een getuige bijvoorbeeld verklaren over de totstandkomingsfase en kan achterhaald worden wat partijen ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst met elkaar besproken hebben en wie daarbij aanwezig waren. In dat geval zal de partij- of getuigenverklaring van groot belang zijn voor de aanwezigheid en feitelijke inkleuring van de gezichtspunten ‘de wijze van totstandkoming’ en ‘de genoten deskundige bijstand’ en ook feitelijk inkleuring kunnen geven aan de uitlegfactor ‘de totstandkomingsgeschiedenis’. Dit is bijvoorbeeld het geval indien uit de getuigenverklaring blijkt wat partijen voor ogen stond met een bepaalde term. Ook kan een getuigenverklaring nader illustreren hoe de verhouding tussen partijen is en hoe zij bijvoorbeeld eerder aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. Dit is weer relevant voor de feitelijke inkleuring van de uitlegfactor ‘de uitvoering van de overeenkomst’. Indien uitsluitend of in overwegende mate aan de hand van een getuigenverklaring gestalte wordt gegeven aan een uitlegfactor, zal deze uitlegfactor subjectief van aard zijn, aangezien in dat geval de uitlegfactor gestalte krijgt aan de hand van de kennis van de concrete partijen en het subjectieve partijperspectief. Dit is echter anders indien de getuigenverklaring slechts een ondersteunende rol speelt. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de uitlegfactor primair gestalte krijgt aan de hand van een of meerdere andere objectieve uitlegfactoren en de getuigenverklaring dit ondersteunt. Dit is bijvoorbeeld het geval indien hetgeen de getuige verklaart over ‘de bedoelingen en verwachtingen van partijen’ aansluit bij ‘de handelsgebruiken’. Dan zal uiteindelijk aan de hand van de uitlegfactor ‘de handelsgebruiken’ – gesteund door de getuigenverklaring – primair gestalte worden gegeven aan de uitlegfactor ‘de bedoelingen en verwachtingen van partijen’ waardoor deze uitlegfactor, evenals de uitlegfactor ‘de handelsgebruiken’, objectief van aard is.¹⁷⁶ Eenzelfde geval doet zich voor indien de getuigenverklaring ondersteunt wat uit de e-mailcorrespondentie blijkt. Aan de hand van de e-mailcorrespondentie wordt dan primair inkleuring gegeven aan de uitlegfactor ‘de totstandkomingsgeschiedenis’ en het subjectieve partijperspectief, zoals volgt uit de getuigenverklaring, speelt dan slechts een ondersteunende rol. Dit zal ertoe leiden dat de uitlegfactor ‘de totstandkomingsgeschiedenis’ in dat geval objectief van aard is.

Partij- en getuigenverklaring vormen belangrijke bewijsmiddelen voor de vaststelling van de feiten die in het voorliggende uitleggeschil een rol spelen. Daarbij dient wel voor ogen te worden gehouden dat een getuige vaak ook op enige wijze betrokken is bij het geschil en al dan niet naar voren wordt geschoven door slechts één van de partijen. Dergelijke verklaringen kunnen zo slechts het perspectief van een van de partijen weergeven, hetgeen met name voor de hand ligt bij een partijgetuige. Daarnaast kan de verklaring ook bestaan uit aannames van de getuige. Indien een partij verklaart over wat zij denkt dat partijen met een bepaalde term bedoeld hebben, kan dit vragen oproepen over de waarheidsgetrouwheid van de verklaring.¹⁷⁷ Welke waarde de rechter uiteindelijk aan een dergelijke getuigenverklaring hecht, zal duidelijk

175 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3527, r.o. 6.23-6.24.

176 Zie voor een voorbeeld Hof 's-Gravenhage 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ6708, onder 12 (nader besproken in nr. 108).

177 Zie hierover uitgebreid De Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid* (BPP nr. XI) 2011, hoofdstuk 6.

worden bij de bewijswaardering en op die manier doorwerken op de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Indien de rechter bijvoorbeeld een getuigenverklaring terzijde legt, kan dit ertoe leiden dat een uitlegfactor volledig buiten beschouwing wordt gelaten. Daarnaast kan de rechter een getuigenverklaring ook van onvoldoende gewicht achten, met als gevolg dat een term bijvoorbeeld alsnog wordt uitgelegd in overeenstemming met ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ en niet in overeenstemming met ‘de bedoelingen en verwachtingen van partijen’ zoals door de getuige wordt betoogd.

Kortom, partij- en getuigenverklaringen vormen om meerdere redenen een belangrijk bewijsmiddel bij de contractsuitleg. Aan de hand van dergelijke verklaringen kunnen de relevante feiten worden aangetoond, die weer bepalend zullen zijn voor de aanwezige gezichtspunten en de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en de uitlegfactoren. Dergelijke verklaringen zijn met name van groot belang voor de aanwezigheid van de subjectieve uitlegfactoren.

5.4 Contractueel afwijken van het wettelijk bewijsrecht in Rv

199 EEN BEWIJSOVEREENKOMST

Om enige sturing te kunnen geven aan de te hanteren uitlegmethode, kunnen partijen ervoor kiezen om op voorhand contractuele afspraken te maken die de uitleg van de overeenkomst beïnvloeden (zie in dit kader ook de bespreking van het gezichtspunt ‘de overeengekomen (uitleg)bepalingen’ in par. 4.13). Overgewaaid vanuit het ‘*common law*’-systeem, wordt bijvoorbeeld in commerciële overeenkomsten steeds vaker een ‘*entire agreement clause*’ opgenomen.¹⁷⁸ Ook kunnen partijen ervoor kiezen om een specifieke uitlegmethode overeen te komen. Dit kan eveneens effect hebben op de toegestane bewijsmiddelen. Aldus kunnen dergelijke afspraken mogelijk gekwalificeerd worden als een bewijsovereenkomst.¹⁷⁹ In dit kader dient voor ogen te worden gehouden dat partijen ook ten aanzien van het bewijsrecht contractuele afspraken kunnen maken. Partijen hebben de vrijheid om een bewijsovereenkomst te sluiten waarmee zij contractueel van het wettelijk bewijsrecht af kunnen wijken (art. 153 Rv).¹⁸⁰ Indien de bewijsovereenkomst tegenbewijs uitsluit, zal zij tevens gekwalificeerd worden als een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 lid 3 BW).¹⁸¹ Let wel dat dergelijke afspraken waardoor de bewijsmogelijkheden worden uitgesloten of beperkt in algemene voorwaarden jegens consumenten vernietigbaar kunnen zijn op grond van art. 6:236 onder k BW.¹⁸² De rechter kan dit ambtshalve toetsen.¹⁸³ In de bewijsovereenkomst kunnen partijen onder meer overeenkomen dat bepaalde bewijsmiddelen zijn uitgesloten, dat aan een bepaald bewijsmiddel (bijvoorbeeld de uiteindelijke overeenkomst) dwingende bewijskracht wordt toegekend, dat eventueel tegenbewijs wordt uitgesloten of dat partijen een specifieke bewijslastverdeling

178 Zie onder meer HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, NJ 2007/575, m.nt. M.H. Wissink (*Meyer Europe/PontMeyer*), r.o. 3.4.3 en HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.5.3

179 Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (Mon. Pr. nr. 20) 2022, p. 155-156.

180 Zie hierover nader Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/201.

181 Asser, *Asser Procesrecht/Asser* 3 2023, par. 4.2.3.

182 Zie nader Van der Wiel, *WPNR* 2002/6480, par. 3.3.

183 HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346, NJ 2000/370 (*Océano*).

hanteren.¹⁸⁴ In een geding zal een partij zich dan wel op de bewijsovereenkomst dienen te beroepen, nu de rechter geen ambtshalve bevoegdheid ter zake heeft.¹⁸⁵ Het is denkbaar dat de bewijsovereenkomst zelf ook weer om enige uitleg vraagt. In dat geval zal eveneens aan de hand van het in dit boek gehanteerde model kunnen worden vastgesteld wat de inhoud van de bewijsovereenkomst is. De vraag blijft in hoeverre partijen over dergelijke aspecten nog overeenstemming kunnen bereiken, indien partijen eenmaal verwickeld zijn in een uitleggeschil.

200

DE DOORWERKING VAN BEWIJSAFSPRAKEN IN HET MODEL

Indien partijen dergelijke afspraken maken over het bewijsrecht, zal dit ook van invloed kunnen zijn op de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Indien partijen bijvoorbeeld afgesproken hebben dat aan een bepaald bewijsmiddel dwingende bewijskracht toekomt en tussen hen tot volledig bewijs zal strekken, bijvoorbeeld de uiteindelijke schriftelijke overeenkomst of een expertrapport, dan zal dit bewijsmiddel bepalend zijn voor de vaststelling van de feiten en bij de uitleg van de overeenkomst een beslissende rol spelen. Een dergelijke bewijfsafpraak leidt ertoe dat andere bewijsmiddelen waaruit eveneens relevante feiten blijken niet in aanmerking kunnen en mogen worden genomen bij de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Ook indien bijvoorbeeld getuigenverklaringen als bewijsmiddel zijn uitgesloten door partijen, zullen hierdoor bepaalde feiten buiten beschouwing worden gelaten, waardoor de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten eveneens wordt beïnvloed.¹⁸⁶ Hetzelfde geldt voor de uitsluiting van andere geschriften, zoals eerdere concepten van de overeenkomst of de e-mailcorrespondentie, of de kopjes in de overeenkomst.¹⁸⁷ Alvast vooruitlopend op de bespreking van de transnationale beginselen (zie nr. 297 voor de PECL en het DCFR en nr. 324 voor de PICC) kunnen partijen ook overeenkomen dat een bepaalde taalversie, indien de overeenkomst in meerdere taalversies is opgesteld, voorrang geniet en de andere taalversie buiten beschouwing dient te worden gelaten. Ook een dergelijke afspraak kan gekwalificeerd worden als een bewijsovereenkomst.¹⁸⁸ Door dergelijke bewijfsafspraken is het goed denkbaar dat bepaalde uitlegfactoren, zoals ‘de totstandkomingsgeschiedenis’ of ‘de geëxpliciteerde bedoelingen en verwachtingen van partijen’, afwezig zijn of eenvoudigweg niet uit de verf komen. Ook in het geval dat partijen een specifieke uitlegmethode overeenkomen kan een dergelijke afspraak onder omstandigheden gekwalificeerd worden als een bewijsovereenkomst. Indien bijvoorbeeld groot gewicht dient toe te komen aan de uitlegfactor ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’, worden daarmee indirect andere bewijsmiddelen dan de schriftelijke overeenkomst ter inkleuring van andere uitlegfactoren uitgesloten.¹⁸⁹ Partijen dienen dan wel nadrukkelijk overeen te

184 Rutgers, Flach & Boon (red.), *Parl. Gesch. Bewijsrecht* 1988, p. 109-110; Tjittes 2022, par. 5.6.1; Knigge, *De procesovereenkomst (BPP nr. XIII)* 2012, par. 3.2.3; Van der Wiel, *WPNR* 2002/6480, p. 222-223; Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/105; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/26; Pitlo/Rutgers & Krans, *Bewijs* 2014/59.

185 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen (*Verschoningsrecht mediator*), r.o. 3.3; Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/106.

186 Zie over de uitsluiting van getuigenbewijs nader HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471, m.nt. C.J.M. Klaassen (*Verschoningsrecht mediator*); Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/107.

187 Zie Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20)* 2022, par. 9.9.3.

188 Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen (Mon. Pr. nr. 20)* 2022, p. 164; Wissink 2002, p. 256.

189 Zie in soortgelijke zin Tjittes 2022, p. 453; Schelhaas 2016, p. 175.

komen dat andere bewijsmiddelen zijn uitgesloten, zodat een dergelijke afspraak in het concrete geval gekwalificeerd kan worden als een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv.¹⁹⁰ Let wel, de kans dat partijen overeenstemming kunnen bereiken over dergelijke bewijsrechtelijke aspecten is groter, indien de bewijsafspraken bij de totstandkoming van de overeenkomst worden overeengekomen. Zodra er eenmaal een uitleggeschil is ontstaan tussen partijen, zal dit lastiger zijn. Zo zal bijvoorbeeld de uitsluiting van getuigenbewijs nadelig zijn voor de partij die een van de tekst van de overeenkomst afwijkende uitleg verdedigt. Het ligt dan niet voor de hand dat partijen overeenstemming zullen bereiken.

Het enkel opnemen van een ‘*entire agreement clause*’ in de overeenkomst leidt er niet toe dat bepaalde bewijsmiddelen, die bijvoorbeeld zien op de totstandkoming of de uitvoering van de overeenkomst, geen rol mogen spelen bij de uitleg van de overeenkomst.¹⁹¹ Zo heeft het Hof Den Haag, ondanks de in de overeenkomst opgenomen ‘*entire agreement clause*’, bewijs van eerdere uitlatingen van partijen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst toelaatbaar geacht en dit in aanmerking genomen bij de uitleg van de overeenkomst.¹⁹² Indien de door partijen overeengekomen ‘*entire agreement clause*’ te kwalificeren is als een bewijsovereenkomst (art. 153 Rv), dan zou dit anders kunnen zijn.¹⁹³ Dit is bijvoorbeeld het geval indien de ‘*entire agreement clause*’ zo is geformuleerd dat daaruit volgt dat tegenbewijs tegen de schriftelijke overeenkomst is uitgesloten (art. 153 Rv jo art. 7:900 lid 3 BW).¹⁹⁴

Onder omstandigheden is het denkbaar dat de in de overeenkomst gemaakte afspraken die verband houden met het bewijsrecht ertoe leiden dat de rechter niet tot een uitleg van de overeenkomst kan komen. Dit is bijvoorbeeld denkbaar indien cruciale bewijsmiddelen zijn uitgesloten, waardoor belangrijke feiten niet in aanmerking kunnen worden genomen. In dat geval is het mogelijk dat de rechter de bewijsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht en deze afspraken buiten toepassing laat (art. 6:248 lid 2 BW).¹⁹⁵ Een dergelijke situatie zou zich voor kunnen doen indien de in de overeenkomst opgenomen ‘*entire agreement clause*’ als een bewijsovereenkomst wordt gekwalificeerd, waardoor niet gekeken mag worden naar bewijsmiddelen die licht werpen op de totstandkomingsfase of de uitvoeringsfase van de overeenkomst. Indien aan de hand van de tekst van de overeenkomst en de uitlegfactoren die daarmee verband houden het uitleggeschil niet kan worden opgelost, is het denkbaar dat met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid alsnog gekeken mag worden naar bewijsmiddelen ‘buiten het contract’, waardoor ook andere uitlegfactoren, zoals ‘de totstandkomingsgeschiedenis’ en ‘de uitvoering van de overeenkomst’, een rol kunnen spelen. Daar-

190 Tjong Tjin Tai, *NJB* 2008/699, par. 4; Schelhaas & Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (Mon. Pr. nr. 20) 2022, p. 164-165.

191 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.5.3; Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten* (O&R nr. 121) 2020, nr. 181-182.

192 Hof Den Haag 15 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1089, *NJ* 2018/392 (*EET/GreenChoice*), r.o. 21.

193 Zo ook Beenders & Valk, *MvV* 2021/7.3, p. 251.

194 Drion, *NJB* 2004/1, p. 17; Tjittes, *WPNR* 2007/6709, p. 422; Tjittes 2022, p. 456-457. Zie voor een voorbeeldclausule Uijen, *MvV* 2017/1.4, par. 5.

195 Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/108; Thoe Schwartzberg/De Groot, Hoogervorst & Van der Wiel 2020/26; Sieburgh, *Asser/Sieburgh 6-III* 2022/34.

naast het is het ook nog denkbaar dat de bewijsovereenkomst in strijd is met de goede zeden of de openbare orde en om die reden nietig is (art. 3:40 lid 1 BW).¹⁹⁶

5.5 Het arbitraal bewijsrecht

201 ALGEMEEN

Uitleggeschillen komen niet alleen veelvuldig voor in civiele procedures voor de overheidsrechter, maar ook in arbitrageprocedures staat de uitleg van een overeenkomst dikwijls centraal. De Nederlandse arbitragewet kent een eigen regeling voor het bewijsrecht. Het is daarom interessant om te bezien hoe het arbitraal bewijsrecht werkt bij de contractsuitleg en of er duidelijke verschillen waarneembaar zijn met het wettelijk bewijsrecht van Rv. In deze paragraaf zal eerst kort stil worden gestaan bij het arbitraal bewijsrecht in algemene zin waarna specifiek gekeken zal worden naar de werking ervan bij de contractsuitleg naar huidig Nederlands recht in het licht van het gehanteerde model. Naast het bewijsrecht in de Nederlandse arbitragewet zal ook hier en daar gekeken worden naar de bewijsrechtelijke bepalingen die zijn opgenomen in het arbitragereglement van het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: NAI Arbitragereglement 2015), de *Arbitration Rules (2021) van de United Nations Commission on International Trade Law (2021)* (hierna: *UNCITRAL Arbitration Rules*), de *ICC Rules of Arbitration (2021)* (hierna: *ICC Rules*) en de *IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration (2020)* (hierna: *IBA Rules*), nu deze regelingen in de praktijk dikwijls door partijen worden gekozen in de arbitrageovereenkomst. Met name de *IBA Rules* worden in de praktijk veelvuldig gehanteerd als ‘*guidelines*’.¹⁹⁷ Inzichtelijk zal worden dat het arbitraal bewijsrecht te verenigen is met het in kaart gebrachte model en dat door toepassing van het model een scheidsgerecht tot een gemotiveerd oordeel over de uitleg van de overeenkomst kan komen.

202 HET NEDERLANDSE ARBITRAAL BEWIJSRECHT

Indien de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen (art. 1073 lid 1 Rv), geldt het Nederlandse arbitraal bewijsrecht. Art. 1039 lid 1 Rv is het centrale artikel en bepaalt dat:¹⁹⁸

“De bewijsvoering, de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen, de bewijslastverdeling en de waardeering van het bewijs (...) ter vrije bepaling van het scheidsgerecht [staan], tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.”

In een arbitrage is het in beginsel aan partijen om zelf afspraken te maken over het bewijsrecht. Zo kunnen partijen bijvoorbeeld ook het wettelijke bewijsrecht van Rv overeenkomen.¹⁹⁹ Partijen kunnen dit al voorafgaand aan de arbitrage doen door in de

¹⁹⁶ Asser, *Asser Procesrecht/Asser 3* 2023/108.

¹⁹⁷ Zie Queen Mary University of London, 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, p. 10. Te raadplegen via http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf. Zie nader over de *IBA Rules*: Van Leyenhorst, *TvA* 2021/75.

¹⁹⁸ Zie voor een enigszins kritische uiteenzetting over art. 1039 Rv in relatie tot de *lex arbitri* en de *lex causae*: Snijders 2021.

¹⁹⁹ Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018, par. 5.8.1.

arbitrageovereenkomst hier het een en ander over te regelen. In dat geval kan de arbitrageovereenkomst onder omstandigheden ook gekwalificeerd worden als een bewijsovereenkomst (art. 153 Rv).²⁰⁰ Het is ook denkbaar dat partijen hier gedurende de arbitrageprocedure, al dan niet op initiatief van het scheidsgerecht, nader afspraken over maken, bijvoorbeeld tijdens een procedurele regiezitting (een zogenoemde ‘*case management conference*’).²⁰¹ Indien partijen zelf geen afspraken maken over de bewijskwesities of het er niet over eens kunnen worden, is het aan het scheidsgerecht om te bepalen hoe omgegaan zal worden met de bewijskwesities. Het scheidsgerecht is dan niet gebonden aan het Nederlandse wettelijke bewijsrecht, waaronder zowel het formele als materiële bewijsrecht dienen te worden begrepen, en hebben zo dus veel vrijheid.²⁰² Deze vrijheid is echter niet onbeperkt. Zo dient het scheidsgerecht het bepaalde in art. 1036 Rv in acht te nemen en zal het scheidsgerecht te allen tijde de fundamentele beginselen van procesrecht dienen te respecteren, zoals onder meer de gelijkheid van partijen, het recht van hoor en wederhoor en het beginsel van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid.²⁰³ Schending van dergelijke procedurele beginselen kan het arbitraal vonnis blootstellen aan vernietiging (zie art. 1065 lid 1 onder e Rv). Ook dient het scheidsgerecht de bewijsgaring over te laten aan partijen zelf; het is aan het scheidsgerecht om het bewijs te beoordelen.²⁰⁴ Zodra het scheidsgerecht een actieve rol vervult bij de bewijsgaring, kan de onpartijdigheid in het geding komen. In de praktijk zullen arbiters, zeker indien (het merendeel van) de arbiters van Nederlandse origine zijn en het een geschil betreft tussen twee partijen afkomstig uit een ‘*civil law*’-rechtstraditie, in het bijzonder de Nederlandse rechtstraditie, zich dikwijls laten inspireren door het Nederlandse wettelijk bewijsrecht.²⁰⁵ Het is goed denkbaar dat dit anders is indien (het merendeel van) de arbiters of (een van de) partijen uit een andere rechtstraditie komt. Aangezien het scheidsgerecht de vrijheid heeft om ook te kijken naar buitenlands bewijsrecht, kunnen de bewijsbeslissingen van het scheidsgerecht ook hierop geïnspireerd zijn. Gedacht kan worden aan een soort ‘*discovery*’- en ‘*disclosure*’-fase in de arbitrage, zoals gebruikelijk is in de ‘*common law*’-rechtstraditie en zoals dat ook in de Nederlandse commerciële arbitragepraktijk steeds vaker voorkomt.²⁰⁶ De vrijheid van het scheidsgerecht kan door partijen worden beperkt door een arbitragereglement van toepassing te verklaren in de arbitrageovereenkomst. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan het NAI Arbitragereglement 2015, de UNCITRAL *Arbitration Rules* of de ICC *Rules*. Art. 26 NAI Arbitragereglement 2015 luidt hetzelfde als art. 1039 lid 1 Rv. Dit is niet verwonderlijk nu art. 1039 lid 1 Rv volgens de toelichting ontleend is aan art. 27 NAI Arbitragereglement 2010 (de voorganger van art. 26 NAI Arbitragereglement 2015).²⁰⁷ De UNCITRAL *Arbitration Rules* bevatten daarentegen een aantal specifieke voorschriften die het scheidsgerecht in acht moet nemen bij zijn beslissingen omtrent het bewijsrecht (zie bijvoorbeeld art. 27 en art. 17 lid 3). Hetzelfde geldt voor art. 25 ICC *Rules* waarin

200 Zie hierover nader Meijer 2011, par. 5.6.

201 Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018, par. 5.14.2

202 *Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 18-19 (MvT); Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018, par. 5.8.1, met verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis; Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018, par. 5.8.2; Snijders 2021, par. 2; Van Hooijdonk & Timmer, *NTHR* 2015/2, p. 64.

203 Van Hooijdonk & Timmer, *NTHR* 2015/2, p. 64.

204 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.3.3-3.3.4; Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018, par. 4.11.2.2.

205 Snijders, *TvA* 2012/54; Van Hooijdonk & Timmer, *NTHR* 2015/2, p. 64.

206 Zie hierover nader Asser, *Asser Procesrecht/Asser* 3 2023/65.

207 ‘Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet’, zoals opgenomen Van den Berg, *TvA* 2005/37, p. 143.

enkele aanwijzingen voor het scheidsgerecht ten aanzien van het bewijsrecht zijn opgenomen. Daarnaast kunnen partijen toepasselijkheid van de IBA *Rules* overeenkomen. De bewijsregels in deze regeling vormen een compromis tussen de ‘*common law*’- en ‘*civil law*’-rechtstraditie.²⁰⁸ Gelet op de vrijheid van het scheidsgerecht, kan het er ook zelf voor kiezen om de IBA *Rules* te hanteren.²⁰⁹

In lijn met het Nederlandse wettelijk bewijsrecht in Rv dient het scheidsgerecht zijn oordeel te baseren op de standpunten van partijen en de feiten die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen (zie art. 1036 lid 2 Rv). Zo is het van cruciaal belang dat partijen alle feiten die licht kunnen werpen op de inhoud van de overeenkomst, en zo van belang kunnen zijn voor de uitleg ervan, onder de aandacht van het scheidsgerecht brengen. In arbitrageprocedures wordt aan de bewijsgaring dan ook uitvoerig aandacht besteed, zoals in nr. 205 nader zal worden uitgewerkt. Daarnaast geldt ook in arbitrageprocedures dat partijen verplicht zijn om de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv).²¹⁰

203

DE STELPLICHT EN BEWIJSLASTVERDELING

Partijen, en zo nodig het scheidsgerecht, kunnen zelf bepalen op welke partij de stelplicht en bewijslast rust. Zo is het denkbaar dat, in tegenstelling tot het in het wettelijk bewijsrecht geldende uitgangspunt, de stelplicht en bewijslast niet op dezelfde partij rusten. Toch ligt dit niet voor de hand. In de meeste gevallen zal aansluiting worden gezocht bij de wettelijke stelplicht en bewijslastverdeling zoals neergelegd in Rv. Dit ligt des te meer voor de hand, indien beide partijen uit de Nederlandse rechts-traditie afkomstig zijn. In beginsel zal de partij die een bepaalde uitleg verdedigt, en dus een bepaald rechtsgevolg inroept, ook de feiten moeten stellen, en zo nodig bewijzen, die daaraan ten grondslag liggen (art. 150 Rv).²¹¹ Eenzelfde gedachte wordt ook internationaal gevolgd, zo volgt uit art. 27 lid 1 *UNCITRAL Arbitration Rules*:

“*Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence.*”

De wederpartij zal vervolgens in de gelegenheid worden gesteld om zich hierover uit te laten, zodat als het ware sprake is van een gemotiveerde betwisting. Opvallend is dat de *UNCITRAL Arbitration Rules* specifiek benadrukken dat gedaagde zijn verdediging dient te onderbouwen met bewijs van de relevante feiten en omstandigheden. Dit is dan ook gebruikelijk in de internationale commerciële arbitragepraktijk.²¹² In zekere zin sluit dit aan bij de Nederlandse wettelijke stelplicht en bewijslastverdeling waarbij ook geldt dat gedaagde er verstandig aan doet om bewijs over te leggen van de feiten die hij in het kader van zijn betwisting aanvoert (zie hierover nr. 176). Indien een partij in het kader van de door haar verdedigde uitleg onvoldoende stelt en onvoldoende bewijs van de in dat kader relevante feiten en omstandigheden aan-

208 Zie nader Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018, par. 5.8.3.

209 Van Hooijdonk & Timmer, *NTHR* 2015/2, p. 65.

210 Zo ook Snijders in zijn noot onder 2, onder HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9675, *NJ* 2012/627 (*Waarheidsplicht*).

211 Zie bijvoorbeeld in het kader van een uitleggeschil NAI 13 november 2014, NAI 4192, *TvA* 2015/40, onder 5.4; zie in meer algemene zin Rb. 's-Gravenhage 10 februari 2010, *TvA* 2010/60, onder 4.8-4.9.

212 Zo ook Blackaby & Partasides 2015, nr. 6.84; Caron & Caplan 2013, p. 557-558; Blavi & Vial, *Hastings International and Comparative Law Review* 2016/1, p. 47.

draagt, zal dit gevolgen hebben voor de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Zo valt uit een arbitraal NAI-vonnis af te leiden dat eiseres onvoldoende gemotiveerd had gesteld en onderbouwd wat er zich in de totstandkomingsfase van de overeenkomst precies had voorgedaan. Daardoor komt deze uitlegfactor niet goed uit de verf en blijft deze dientengevolge bij de uitleg buiten beschouwing.²¹³ Eiseres draagt zo het bewijsrisico voor het al dan niet vast komen te staan van de feiten en omstandigheden die zijn aangedragen ter onderbouwing van haar uitleg. Dit sluit aan bij de wettelijke stelplicht en bewijslastverdeling van Rv.²¹⁴

Gelet op het toenemende gebruik van de voorshands taalkundige uitleg bij de uitleg van commerciële overeenkomsten in de overheidsrechtspraak, rijst de vraag of een dergelijke aanpak ook wenselijk is in een arbitrageprocedure. Binnen de grenzen van art. 1039 lid 1 Rv heeft het scheidsgerecht de vrijheid om te kiezen voor het gebruik van de voorshands taalkundige uitleg. Of dat wenselijk en passend is, zal afhangen van het voorliggende uitleggescil. Los van het feit of de omstandigheden van het geval aanleiding geven tot het gebruik van de voorshands taalkundige uitleg, spelen ook procedurele aspecten een rol bij de keuze voor het gebruik van de voorshands taalkundige uitleg. Het scheidsgerecht heeft de vrijheid om na wisseling van de memorie van eis en memorie van antwoord in een tussenvonnis, voordat eventuele getuigenverhoren hebben plaatsgevonden, tot een voorshands taalkundig uitlegoordeel te komen. Met een dergelijk tussenvonnis geeft het scheidsgerecht sturing aan het verdere verloop van de arbitrageprocedure en kunnen partijen in het vervolg van de procedure doelgericht te werk gaan. De nadere memories en/of mogelijke getuigenverhoren zullen er dan specifiek op gericht zijn om de voorshandse selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten anders uit te laten pakken. Nederlandse partijen die bekend zijn met de voorshands taalkundige uitleg, zouden zich in deze aanpak kunnen vinden. Partijen uit een andere rechtstraditie zullen dit veelal niet begrijpen en kunnen beginnen te twijfelen aan de onpartijdigheid van het scheidsgerecht dan wel menen dat het scheidsgerecht door deze werkwijze het beginsel van hoor en wederhoor schendt. Daar komt bij dat in het vervolg van de arbitrageprocedure na het tussenvonnis, uit angst dat partijen niet voldoende gehoord zijn, partijen opnieuw in de gelegenheid zullen worden gesteld om nog een keer hun standpunt te belichten en zich uit te laten over elkaars standpunten, waardoor men eigenlijk weer opnieuw begint (zie in dit kader ook art. 1036 lid 2 Rv). Tot slot dient ook het eindvonnis van het scheidsgerecht voldoende gemotiveerd te zijn op straffe van vernietiging (zie art. 1065 lid 1 onder d Rv). Indien het scheidsgerecht meent dat de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten uiteindelijk niet anders uitpakt dan het in het tussenvonnis gegeven oordeel, oftewel het (tegen) bewijs is niet geleverd, dan kan het scheidsgerecht niet volstaan met een verwijzing naar het tussenvonnis voor de motivering van het finale uitlegoordeel. Ook dit levert zo meer werk op voor het scheidsgerecht, hetgeen zijn weerslag zal vinden in de kosten van de arbitrage. Ook vanuit dat perspectief verdient het naar mijn mening

213 Zie NAI 13 november 2014, NAI 4192, TvA 2015/40, onder 5.6 e.v.

214 Zie NAI 13 november 2014, NAI 4192, TvA 2015/40, onder 5.4.

niet de voorkeur om te werken met een voorshands taalkundig uitlegoordeel in een arbitrageprocedure.

Al met al lijkt het gebruik van de voorshands taalkundige uitlegwijze in een arbitrageprocedure dus niet voor de hand te liggen, zeker niet indien een van de partijen uit een andere rechtstraditie dan de Nederlandse komt. Deze techniek is wat moeilijk in te passen in het arbitraal bewijsrecht en de wijze waarop een arbitrageprocedure in de regel wordt gevoerd. In het licht van het gehanteerde model verdient het aanbeveling om de bewijsfase af te ronden voordat het scheidsgerecht toekomt aan de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Het scheidsgerecht heeft deze vrijheid en zou daar dan ook gebruik van moeten maken. Dit zal mijns inziens de effectiviteit van de arbitrageprocedure ten goede komen. Per slot van rekening dienen uiteindelijk alle relevante omstandigheden in acht te worden genomen bij de uitleg van een overeenkomst naar Nederlands recht. Daar komt bij dat het bewijs van de relevante feiten in het gehanteerde model niet alleen bepalend is voor de aanwezigheid van de gezichtspunten, maar ook inzichtelijk zal maken hoe de gezichtspunten en uitlegfactoren feitelijk moeten worden ingekleurd. Na de bewijsfase zal het scheidsgerecht aan de hand van de vastgestelde feiten kunnen beoordelen welke gezichtspunten er aanwezig zijn. Vervolgens zullen de uitlegfactoren geselecteerd en gewogen kunnen worden aan de hand van deze gezichtspunten. De uiteindelijke selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten zal zo voor eenieder te begrijpen zijn en ertoe leiden dat de gehanteerde uitlegmethode met het daarbij behorende uitlegresultaat deugdelijk gemotiveerd is. Dit is dan ook de meest geëigende weg. Maar ook dan, dus zonder gebruik te maken van de voorshands taalkundige uitlegtechniek, is het goed denkbaar dat aan een uitlegfactor die nauw verband houdt met de tekst van de overeenkomst, zoals ‘de taalkundige betekenis van de bewoordingen’ of ‘de structuur en vormgeving van de overeenkomst’, groot gewicht toekomt.²¹⁵ Door toepassing van het in dit boek voorgestelde model zal een scheidsgerecht ook dan tot een gemotiveerd oordeel over de uitleg van de overeenkomst kunnen komen.

205

DE BEWIJSMIDDELEN

Het is in beginsel aan het scheidsgerecht om te oordelen of en in welke mate partijen in de gelegenheid worden gesteld om bewijs aan te bieden van hun stellingen.²¹⁶ Wel vereist het beginsel van hoor en wederhoor mede dat partijen de gelegenheid hebben tot bewijslevering (art. 1036 lid 2 Rv).²¹⁷ Ook op internationaal niveau wordt dit onderkend; zo is bijvoorbeeld in art. 2 *IBA Rules* bepaald dat het scheidsgerecht partijen raadpleegt over de bewijslevering. Welke bewijsmiddelen partijen kunnen aanwenden om het benodigde bewijs te leveren zal afhangen van de partijafspraken of de beslissingen van het scheidsgerecht. In de *ICC Rules* is bijvoorbeeld bepaald dat het scheidsgerecht ‘*all appropriate means*’ kan aanwenden om de feiten vast te stellen (art. 25 lid 1 *ICC Rules*). In het arbitraal bewijsrecht vormen geschriften, evenals in

215 Zie bijvoorbeeld NAI 25 september 2013, NAI 3803, *TvA* 2014/6; NAI 7 april 2008, NAI 3316, *TvA* 2009/4, onder 7.3; NAI 13 november 2014, NAI 4192, *TvA* 2015/40, onder 5.3; NAI 4 juni 2010, NAI 3744, *TvA* 2012/21, onder 72-73.

216 HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, *NJ* 2010/171, m.nt. H.J. Snijders (*IMS/MODSAF II*), r.o. 4.3.

217 Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018, par. 5.1.3.

het wettelijk bewijsrecht van Rv, het meest gebruikte en belangrijkste bewijsmiddel. Dat geschriften als bewijsmiddel in een arbitrageprocedure kunnen – en gelet op de substantiëringsplicht zelfs moeten – worden ingebracht volgt uit art. 1040 lid 1 Rv.²¹⁸ De term ‘bescheiden’, zoals gebruikt in art. 1040 lid 1 Rv, dient ruim te worden geïnterpreteerd.²¹⁹ Hier vallen eigenlijk alle geschriften onder, inclusief de gegevens die zijn opgeslagen op een gegevensdrager. In het kader van de uitleg van een overeenkomst kunnen allerlei verschillende geschriften licht werpen op de partijafspraken en om die reden zullen veelal de meest uiteenlopende geschriften als producties worden overgelegd. Daarnaast kunnen partijen bewijs door middel van getuigen, waaronder ook partijgetuigen vallen, en deskundigen aanbieden.²²⁰ Het scheidsgerecht kan dit eventueel ook bevelen (art. 1041 lid 1 Rv) en kan in dat kader bepalen in welke vorm de getuigenverklaringen gegeven dienen te worden, bijvoorbeeld schriftelijk, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen (art. 1041 lid 2 Rv). De wijze waarop de ondervraging plaatsvindt kunnen partijen zelf nader overeenkomen, zodat eventueel ook gekozen kan worden voor ‘*cross examination*’, zo volgt uit art. 1036 lid 1 Rv.²²¹ Daarnaast kan het scheidsgerecht ook zelf een eigen deskundige inschakelen en horen (art. 1042 Rv).²²² Maar ook in een arbitrageprocedure geldt dat partijen overeen kunnen komen om geen getuigenbewijs of deskundigenbewijs toe te laten. In grote (commerciële) arbitrageprocedures, zowel nationaal als internationaal, zal dit niet snel het geval zijn. Daar is het juist eerder regel dan uitzondering om uitvoerig tijd te besteden aan het horen van getuigen en partijdeskundigen, bijvoorbeeld in de vorm van ‘*cross examination*’ of ‘*hot-tubbing*’.²²³ Wel geldt in een arbitrageprocedure, evenals in een procedure voor de overheidsrechter, dat getuigenbewijs enkel hoeft te worden toegelaten indien de bewijslevering relevant kan zijn voor de beslissing en kan bijdragen aan de beoordeling van het geschil.²²⁴

Het is uiteindelijk aan het scheidsgerecht om het bewijs te waarderen (zie art. 1039 lid 1 Rv).²²⁵ Daardoor zal duidelijk worden welke feiten vast zijn komen te staan en in aanmerking zullen worden genomen bij de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Deze relevante feiten en omstandigheden zullen zo bepalend zijn voor de aanwezigheid van de gezichtspunten en de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en de uitlegfactoren. Ook kan dit van invloed zijn op de aard van een uitlegfactor. In tegenstelling tot het Nederlandse wettelijk bewijsrecht zal dwingend bewijs niet zo snel een rol spelen in een arbitrageprocedure, nu partijen of

218 Zie in dit kader ook art. 28 NAI Arbitragereglement; art. 20 lid 4 en art. 21 lid 2 UNCITRAL *Arbitration Rules*; Appendix IV bij de ICC Rules (*Case management techniques*), onder d(i) geeft het scheidsgerecht deze bevoegdheid; art. 3 lid 1 IBA Rules. De exhibitieplicht blijft in dit onderzoek buiten beschouwing (art. 1040 lid 2 Rv).

219 Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018, par. 5.9.1. Zo ook de IBA Rules waarin onder ‘Document’ dient te worden verstaan: “(...) a writing, communication, picture, drawing, program or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by electronic, audio, visual or any other means.”

220 Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018, par. 5.10.4. Zie in dit kader ook art. 28 NAI Arbitragereglement; art. 17 lid 3, art. 27 en 28 UNCITRAL *Arbitration Rules*; art. 25 lid 2 ICC Rules en art. 4-5 IBA Rules.

221 Zo ook Van Hooijdonk & Timmer, *NTHR* 2015/2, p. 68.

222 Zie in dit kader ook art. 29 NAI Arbitragereglement; art. 29 UNCITRAL *Arbitration Rules*; art. 25 lid 3 ICC Rules en art. 6 IBA Rules.

223 Zie hierover nader Van Hooijdonk & Timmer, *NTHR* 2015/2, p. 70-71.

224 Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018, par. 5.10.2; NAI 7 april 2008, NAI 3316, *TvA* 2009/4, onder 7.9.

225 Zo ook art. 26 NAI Arbitragereglement; art. 27 lid 4 UNCITRAL *Arbitration Rules*; art. 25 ICC Rules en art. 9 IBA Rules.

het scheidsgerecht zelf kunnen bepalen welke waarde toekomt aan een bepaald bewijsmiddel. De bewijswaardering door het scheidsgerecht kan in beginsel niet getoetst worden door de overheidsrechter.²²⁶ Al ligt het wel voor de hand dat in een arbitrageprocedure tussen twee Nederlandse partijen ten overstaan van een Nederlands scheidsgerecht, dat overwegend – dan wel niet uitsluitend – bestaat uit arbiters die juridisch zijn onderlegd, aangesloten wordt bij het wettelijke bewijsrecht van Rv, waaronder de dwingende bewijskracht van een akte.

207

BEWIJSAFSPRAKEN

In arbitrage staat de vrijheid van partijen centraal en partijen worden dan ook aangeemoedigd om zelf bewijsrechtelijke afspraken te maken. Hierbij geldt, evenals bij de bewijsovereenkomst van art. 153 Rv, dat dergelijke bewijsafspraken geen betrekking mogen hebben op feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan (art. 1020 lid 3 Rv). Partijen kunnen er zo ook voor kiezen om bepaalde bewijsmiddelen, zoals getuigenverhoren, uit te sluiten of het gebruik ervan juist nadrukkelijk overeen te komen. Ook in een arbitrageprocedure geldt dat door een ‘*entire agreement clause*’ in beginsel geen bewijsmiddelen worden uitgesloten (zie hierover nader nr. 200).²²⁷ Indien partijen niet op voorhand bewijsafspraken hebben gemaakt, blijft de vraag of partijen hier nog overeenstemming over kunnen bereiken zodra zij eenmaal verwickeld zijn in een uitleggeschil.²²⁸ Een afspraak dat bijvoorbeeld getuigen niet zullen worden gehoord, zal veelal ten gunste zijn van de partij die een uitleg verdedigt in lijn met de gebruikelijke betekenis van de bewoordingen en ten nadele van de partij die een hiervan afwijkende uitleg betoogt. Het is dan niet aannemelijk dat partijen hier met elkaar uitkomen en dus is het aan het scheidsgerecht om te beslissen over de toelaatbaarheid van de bewijsmiddelen (zie art. 1039 lid 1 Rv en in gelijke zin art. 26 NAI Arbitragereglement). Gelet op art. 1036 lid 2 Rv waaruit volgt dat het scheidsgerecht moet waarborgen dat partijen gelijke kansen hebben en dat partijen in de gelegenheid worden gesteld om hun standpunten toe te lichten, zal een scheidsgerecht niet snel bewijsmiddelen weigeren dan wel uitsluiten. Een dergelijke weigering of uitsluiting kan mogelijk leiden tot een schending van de fundamentele procedurebeginselen, zoals het fundamentele recht van hoor en wederhoor en kan zo leiden tot vernietiging van het arbitraal vonnis.²²⁹

Kortom, in een arbitrageprocedure hebben partijen zelf de vrijheid om bewijsafspraken te maken. Partijen hebben zo ook de vrijheid om sturing te geven aan het uitlegdebat door bijvoorbeeld een bepaalde bewijslastverdeling overeen te komen of door getuigenbewijs uit te sluiten. Vaak zijn de bewijsrechtelijke afspraken een ondergeschikt thema tussen partijen en wordt aangesloten bij een specifiek arbitragereglement of de IBA *Rules*, of laten partijen de vaststelling van de bewijsregels over aan het scheidsgerecht. Het is raadzaam dat partijen dit toch, het liefst bij het sluiten van

226 HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders (*Nannini*); Eikelboom, Bb 2017/14, par. 4.2.

227 Zie NAI 31 oktober 2011, NAI 3765, TvA 2012/78 en in meer algemene zin HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013/214 (*Lundiform/Mexx*), r.o. 3.5.3; Dousi, *De uitleg van Anglo-Amerikaanse Boilerplate-bedingen in Nederlandse contracten (O&R nr. 121)* 2020, nr. 181-182.

228 Zo ook Eikelboom, Bb 2017/14, par. 6.

229 Zie bijvoorbeeld HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137, NJ 2010/171, m.nt. H.J. Snijders (*IMS/MODSAF II*); HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294 (*Spaanderman/Anova Food*).

de arbitrageovereenkomst, onderling regelen om onaangename verrassingen door bewijsbeslissingen van het scheidsgerecht te voorkomen. Bovenstaande korte uiteenzetting heeft inzichtelijk gemaakt dat bij een uitleggeschil in een arbitrageprocedure het arbitraal bewijsrecht, zoals neergelegd in de Nederlandse arbitragewet maar ook in de besproken arbitragereglementen of de IBA *Rules*, evenals het wettelijk bewijsrecht, in te passen is in het model en binnen het model zijn werking kan hebben. Aldus is de verwachting dat het model ook in arbitrageprocedures uitkomst kan bieden bij de beslechting van een uitleggeschil naar Nederlands recht. Daarnaast zullen partijen in een arbitrageprocedure vaak uitvoerig in de gelegenheid worden gesteld om bewijs te leveren van de feiten die relevant kunnen zijn voor de uitleg van de overeenkomst om een mogelijke schending van fundamentele procedurele beginselen te voorkomen. Het is aan het scheidsgerecht om het bewijs te waarderen en vast te stellen welke feiten in dit geval vast zijn komen te staan en relevant zijn voor de uitleg van de overeenkomst. Een dergelijke aanpak maakt het mogelijk om in een keer tot een definitief uitlegoordeel te komen waarbij direct alle relevante omstandigheden in acht worden genomen. De volledige selectie en weging van de uitlegfactoren aan de hand van de gezichtspunten zal inzichtelijk maken welke uitlegmethode passend is in het concrete geval en welk uitlegresultaat daarbij hoort. Door de overeenkomst aldus aan de hand van het in dit boek in kaart gebrachte model uit te leggen kan een scheidsgerecht aan de hand van het gehanteerde model tot een gemotiveerd oordeel over de uitleg van de overeenkomst komen.

5.6 Conclusie

208 SAMENVATTEND

In dit hoofdstuk is de werking van het bewijsrecht bij de contractsuitleg naar huidig Nederlands recht in het licht van het uitgewerkte model besproken. Het wettelijk bewijsrecht van Rv kan in het gehanteerde model worden ingepast en binnen het model zijn werking hebben. Inzichtelijk is gemaakt hoe de stelplicht en bewijslastverdeling doorwerken in het model en wat dit concreet betekent voor partijen indien zij geconfronteerd worden met een uitleggeschil. Partijen dienen zich ervan bewust te zijn dat alle feiten die van belang kunnen zijn voor de uitleg van de overeenkomst dienen te worden gesteld en zo nodig te worden bewezen. De feiten zullen bepalen welke gezichtspunten de rechter voorhanden heeft, maar zijn ook bepalend voor de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en uitlegfactoren. Dit is weer medebepalend voor de aard van de uitlegfactoren. In het kader van de betwisting is duidelijk geworden dat beide partijen, afhankelijk van de bewijswaardering, het bewijsrisico kunnen dragen voor het al dan niet komen vaststaan van de feiten die door een partij in het kader van de betwisting worden aangedragen. Idealiter zouden partijen hier bij de bewijslevering al op anticiperen.

De rechter heeft ook binnen het model de mogelijkheid om te werken met een voorshands uitlegoordeel of de meer specifieke variant van de voorshands taalkundige uitleg. Een dergelijk voorshands (taalkundig) uitlegoordeel dient onderscheiden te worden van een voorshands bewijsoordeel, gebaseerd op een feitelijk bewijsvermoe-den. Wel ligt het voor de hand dat enkele voorshandse bewijsoordelen ten grondslag

zullen kunnen liggen aan het uiteindelijke voorshands (taalkundig) uitlegoordeel. Gebleken is dat de voorshandse bewijsoordelen wel van invloed zijn op de aanwezigheid van de gezichtspunten en de feitelijke inkleuring van de gezichtspunten en de uitlegfactoren.

Daarnaast is inzichtelijk geworden dat het gebruik van bewijsregels voor de contractsuitleg niet wenselijk is, niet strookt met de door de Hoge Raad ingezette en tot nu toe gevolgde lijn in de uitlegjurisprudentie en naar verwachting de contractsuitleg alleen maar onnodig zal compliceren. De werking van het model en de vrijheid van de rechter om op basis van de door partijen aangedragen stellingen en bewijsmiddelen, met inachtneming van alle relevante feiten, tot een uitleg van de overeenkomst te komen wordt daardoor ernstig beperkt.

Vervolgens zijn twee categorieën bewijsmiddelen nader uiteengezet: (i) geschriften en akten en (ii) partij- en getuigenverklaringen. Deze bewijsmiddelen zijn bij de contractsuitleg van groot belang, omdat hieruit veelal zal blijken welke feiten een rol spelen bij de uitleg. Het is aan de rechter om het bewijs te waarderen en te bepalen welke overtuigingskracht toegekend wordt aan het bewijsmiddel. Voorts is kort aandacht besteed aan de vrijheid van partijen om contractueel af te wijken van het wettelijk bewijsrecht van Rv, waardoor zij enige sturing kunnen geven aan de selectie en weging van uitlegfactoren aan de hand van gezichtspunten. Daarbij is het wel van groot belang dat een dergelijke afspraak gekwalificeerd kan worden als een bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv, maar ook dan heeft de rechter nog enkele middelen tot zijn beschikking om dergelijke afspraken onder omstandigheden buiten beschouwing te laten, zoals de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) of strijdigheid met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW).

Tot slot is gekeken naar de werking van het arbitraal bewijsrecht bij de contractsuitleg in het licht van het in dit boek gehanteerde model. De partijen hebben grote vrijheid om bewijsrechtelijke afspraken te maken. Indien partijen hier niet uitkomen, is het aan het scheidsgerecht om te oordelen over de bewijskwesties, waarbij aan het scheidsgerecht eveneens een grote vrijheid toekomt. Sommige arbitragereglementen geven het scheidsgerecht hierbij enige sturing. Toch is het de verwachting dat ondanks deze vrijheid het arbitraal bewijsrecht, met name indien het een geschil tussen Nederlandse partijen betreft ten overstaan van een (overwegend) Nederlands scheidsgerecht, op dezelfde wijze zal werken als het wettelijk bewijsrecht van Rv. Daarnaast hebben partijen in een arbitrageprocedure eveneens verschillende bewijsmiddelen ter beschikking staan om de voor de contractsuitleg relevante feiten en omstandigheden onder de aandacht van het scheidsgerecht te brengen. Aldus is de verwachting dat ook in arbitrageprocedures het in kaart gebrachte model uitkomst kan bieden bij de oplossing van een uitleggeschil naar Nederlands recht. Door toepassing van het model zal het scheidsgerecht tot een gemotiveerd oordeel over de uitleg van de overeenkomst kunnen komen.

Al met al dient de rol van het bewijsrecht bij de uitleg van een overeenkomst door partijen niet onderschat te worden. De omstandigheden van het geval zijn allesbepalend voor de contractsuitleg in het concrete geval en in dat kader speelt het bewijsrecht een zeer belangrijke rol.

