

## De *entire agreement clause* naar Amerikaans en Nederlands recht: afbakening, geen uitleg

Mr. J.W.A. Dousi\*

In april 2013 is met het Lundiform-arrest<sup>1</sup> een nieuwe telg toegevoegd aan de familie van arresten over de uitleg van overeenkomsten. Het Lundiform-arrest wordt wel het arrest genoemd waarin Haviltex<sup>2</sup> in ere wordt hersteld.<sup>3</sup> In het Lundiform-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de partijbedoeling doorslaggevend is bij de uitleg van een overeenkomst, ook al bevat de overeenkomst een *entire agreement clause*. Deze *entire agreement clause* is een contractuele bepaling afkomstig uit het Amerikaanse recht.

In deze bijdrage schets ik in enkele grote lijnen hoe in Amerika tegen *contract interpretation* wordt aangekeken. Bij veel Nederlandse juristen (en niet-juristen) leeft het beeld dat bij Amerikaanse contracten alleen de letter van het contract telt, met vuistdikke contracten tot gevolg, omdat alles hierin moet worden opgenomen. Dat beeld doet maar ten dele recht aan de werkelijkheid. Ik hoop de lezer enig inzicht te geven in de (Amerikaanse) achtergrond van de *entire agreement clause* en ik beantwoord de vraag of de *entire agreement clause* (onder andere door de uitleg daarvan in het Lundiform-arrest) wel de juiste positie in het Nederlandse recht heeft gekregen.

\* Mr. J.W.A. Dousi is advocaat bij Loyens & Loeff te Rotterdam en tevens ingeschreven als advocaat in New York. De auteur bedankt prof. mr. W.J. Oostwouder en mr. E.J. Stumphius voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1. HR 5 april 2013, NJ 2013/214 (Lundiform/Mexx). Zie voor een nadere beschouwing van dit arrest ook: B.L. Keijzer, Haviltex-maatstaf blijft uitgangspunt: schieten woorden tekort?, V&O 2013/6; P.S. Bakker, noot bij Lundiform/Mexx, JOR 2013/198; C.P. Hélène, Haviltexen tussen professionele partijen? Het arrest Lundiform/Mexx, TOP 2013/5.
2. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 m.nt. CJHB (Ermes/Haviltex).
3. C.B.F.M. Westerhuis, Uitleg commerciële contracten: belang van de 'entire agreement clause' en overige modelbepalingen, Juridisch up to Date, 2013/0084.

Ik zal mij met name richten op twee belangrijke twistpunten binnen het Amerikaanse contractenrecht.<sup>4</sup> Het eerste geschilpunt is het 'tekst versus context'-debat. Oftewel: kijkt men, wanneer men wil bepalen wat tussen partijen is afgesproken, alleen naar de (letterlijke) tekst van de overeenkomst of kijkt men ook naar de context waarbinnen deze tekst is opgeschreven? Aan de hand van dat debat bespreek ik de plek van de *entire agreement clause* binnen het Amerikaanse recht.<sup>5</sup> Ik zal laten zien dat in Amerika de *entire agreement clause* geen uitlegregel is en dat de precieze toepassing van de *entire agreement clause* bovendien afhangt van de positie die men in het 'tekst versus context'-debat inneemt.

Het tweede geschilpunt betreft de vraag of er wel of niet een duidelijk onderscheid bestaat tussen contractafbakening en (zuivere) contractuitleg. Bij contractafbakening speelt de *entire agreement clause* een hoofdrol. Bij contractuitleg zijn andere regels doorslaggevend, zoals de *plain meaning rule* en de *reasonable susceptible rule*. Deze worden kort besproken.

Daarna komen het Haviltex-arrest, het Pontmeyer-arrest en het Lundiform-arrest aan de orde en bespreek ik welke rol de Hoge Raad in de twee laatstgenoemde arresten aan de *entire agreement clause* heeft gegeven. Ik sluit af met een conclusie en een aanbeveling voor de

4. Dat het debat hevig is, blijkt wel uit het volgende citaat uit R.E. Scott, Text versus Context, The Failure of the Unitary Law of Contract Interpretation, Yale University Press 2012, p.5.: 'But despite the importance of having consistent, predictable rules of interpretation, contract interpretation is the least settled question in contemporary contract doctrine and scholarship. Instead, contemporary courts and scholars debate vigorously the relative merits of two polar and dichotomous approaches to the interpretation of contracts.'

5. In werkelijkheid bestaat er niet zoiets als hét Amerikaanse recht, maar bestaan er grote verschillen tussen de 50 Amerikaanse staten.

toepassing van de *entire agreement clause* in het Nederlandse recht.

## Twistpunt 1: tekst versus context

Het Amerikaanse contractenrecht is geregeld op deelstaatsniveau. Elke staat heeft dus ook zijn eigen jurisprudentie ontwikkeld over de uitleg van contracten. In de Amerikaanse rechtspraak kan een verdeling worden gemaakt tussen de tekstualisten en de contextualisten. De tekstualisten kijken primair naar de tekst van de overeenkomst om zo de inhoud en de betekenis van de overeenkomst te bepalen. De contextualisten kijken verder dan de tekst en betrekken ook extrinsiek bewijs (al het bewijs buiten de tekst van de overeenkomst) er bij, om zo de bedoeling van de partijen te ontwaren.<sup>6</sup>

In 38 van de 50 Amerikaanse staten, waaronder New York, heeft de jurisprudentie over de uitleg van contracten zich ontwikkeld in de richting van de tekstuele uitleg. In negen Amerikaanse staten, waaronder California, is de contextuele uitleg echter de heersende leer in de jurisprudentie.<sup>7,8</sup> Het Amerikaanse contractenrecht is, anders dan vaak wordt gedacht,<sup>9</sup> dus niet eenzijdig gericht op tekstuele uitleg, maar er zijn ook (enkele belangrijke) jurisdicties waarin de bedoeling van partijen vooropstaat.<sup>10</sup>

Centraal bij de tekstualisten staat *contract design*: contractspartijen moeten de vrijheid hebben om zoveel of weinig context in hun overeenkomst op te nemen als zij zelf willen.<sup>11</sup> Ze bepalen zelf of ze het zwaartepunt leggen bij het schrijven van het contract (de 'voorkant') of bij het eventueel procederen over het contract als er een geschil ontstaat over de inhoud (de 'achterkant'). Met andere woorden, partijen kunnen ervoor kiezen veel tijd (en geld) te stoppen in het opstellen van (uitgebreide) overeenkomsten en daarmee de rechter bij een eventuele procedure zo weinig mogelijk uitlegvrijheid geven, of juist het tegenovergestelde.

De contextualisten zien het contract slechts als de *prima facie* weergave van de afspraken.<sup>12</sup> Door de rechter de vrijheid te geven extrinsiek bewijs te gebruiken, wordt elke overeenkomst als het ware voorzien van een 'rech-

terlijke verzekering' indien de letterlijke afspraken van de overeenkomst, gezien in de context, achteraf niet corresponderen met de intenties van de partijen.

### *Parol evidence rule en entire agreement clause*

Hoe verhoudt in Amerika dit 'tekst versus context'-debat dat ziet op de uitleg van een overeenkomst zich met de *entire agreement clause*? In het Amerikaanse recht kan een *entire agreement clause* niet los worden gezien van de *parol evidence rule*. Een *entire agreement clause* heeft geen opzichzelfstaande betekenis, maar is slechts een contractuele uitwerking van de *parol evidence rule*. De *parol evidence rule* is in beginsel een regel van materieel recht, die bepaalt wat onderdeel uitmaakt van een overeenkomst en wat niet. De *parol evidence rule* is een regel die is ontwikkeld in de *common law* jurisprudentie en die inmiddels ook is gecodificeerd in de wetgeving van alle verschillende Amerikaanse deelstaten.<sup>13</sup>

De *parol evidence rule* kan als volgt worden samengevat: indien (en alleen in dat geval) een overeenkomst definitief en allesomvattend is (*final and complete expression*), geven partijen daarmee het recht op om in een eventuele procedure nadien bewijs aan te dragen van een eerdere afspraak die zij niet in de overeenkomst hebben opgenomen. Met andere woorden, bij een definitieve en allesomvattende overeenkomst kan de inhoud van die afspraken die zij in de overeenkomst hebben vastgelegd, niet later worden aangevuld door bewijs van eerdere (concept)overeenkomsten of gelijktijdige mondelinge afspraken.<sup>14</sup>

De crux van deze regel zit hem in het feit dat voor uitsluiting van extrinsiek bewijs nodig is dat partijen bij het sluiten van de overeenkomst een definitieve en allesomvattende overeenkomst voor ogen hadden. En precies daar speelt de *entire agreement clause* een rol. Met het opnemen van een *entire agreement clause* spreken partijen af dat de overeenkomst een *final and complete expression* is en dat dus op basis van de *parol evidence rule* extrinsiek bewijs wordt uitgesloten.

Zoals gezegd, bestaat er binnen Amerika een tekstuele en een contextuele stroming. Dit resulteert in een harde en een softe *parol evidence rule*. In beide stromingen

6. A.S. Schwartz & R.E. Scott, *Contract Interpretation Redux*, Faculty Scholarship Series, 97, Yale Law School 2010, p. 3.
7. Scott 2012, p. 5.
8. In de overige staten heeft de jurisprudentie zich niet duidelijk ontwikkeld in de richting van één van beide perspectieven.
9. Zo stelt advocaat-generaal Timmerman in zijn conclusie bij het Lundiform-arrest (par. 3.3): '(...) in common law lelsels, waar in de eerste plaats wordt uitgegaan van de bewoordingen van de overeenkomst'.
10. Zie voor een beschouwing over het Engelse recht waarin de tekstuele benadering van contractuitleg is vervangen door een contextuele benadering: H.M. Veenstra, *Veranderingen in contractuitleg in het Engelse recht*, NTBR 2009/8.
11. Scott 2012, p. 6.
12. Scott 2012, p. 2.

13. Hoewel een uitvoerige beschrijving van het Amerikaanse contractenrecht buiten de context van dit artikel valt, is het goed om te weten dat er twee belangrijke bronnen zijn voor het Amerikaanse contractenrecht. De *Restatement of Contracts* is een door het *American Law Institute* opgesteld document waarin de uit jurisprudentie bestaande *common law* wordt samengevat in zogenoemde *sections*. De *Restatements* is meer dan enkel een herformulering van de jurisprudentie en is verworpen tot een *persuasive authority*. De tweede bron is de *Uniform Commercial Code* (UCC). Hoewel de benaming wellicht anders doet vermoeden, heeft de UCC geen rechtskracht. De UCC is een modelwet opgesteld door het *American Law Institute* en de *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* samen. In vrijwel alle Amerikaanse staten is de UCC (in aangepaste vorm) geïmplementeerd in de wetgeving op deelstaatsniveau.
14. Zie voor een helder overzicht van de *parol evidence rule* in zowel de *Restatement* als de UCC: J.D. Gordon, *Teaching Parol Evidence*, *BYU Law Review* 1990/2, Article 3 (<<http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1990/iss2/3>>).

worden de *parol evidence rule* en haar contractuele uitwerking in de *entire agreement clause* anders 'uitgelegd' en toegepast.<sup>15</sup>

In tekstuele jurisdicties zal op basis van een harde *parol evidence rule* onbeperkt uitvoering worden gegeven aan een *entire agreement clause*. Een *entire agreement clause* in een overeenkomst betekent dat de overeenkomst definitief en allesomvattend is en dus zorgt de *parol evidence rule* voor uitsluiting van extrinsiek bewijs op de manier zoals hiervoor besproken. Ook in het geval er in de overeenkomst geen *entire agreement clause* is opgenomen, maar de overeenkomst *prima facie* allesomvattend lijkt, zal de rechter de *parol evidence rule* toepassen.<sup>16</sup>

In contextuele jurisdicties zal op basis van een softe *parol evidence rule* een *entire agreement clause* slechts worden gezien als een weerlegbaar vermoeden (*rebuttable presumption*) dat de overeenkomst 'final and complete' is. Een omstandigheid die in de jurisprudentie van belang wordt geacht bij de vraag of de overeenkomst inderdaad 'final and complete' is, is of partijen onderhandeld hebben over de *entire agreement clause* of dat deze bepaling als *boiler plate* is opgenomen dan wel onderdeel is van een (nauwelijks onderhandelbare) standaardovereenkomst.<sup>17</sup>

## Uitleg van contracten

128

De *parol evidence rule* en een *entire agreement clause* zijn dus geen uitlegeregels, maar beogen slechts het object van de uitleg nader af te bakenen: alle afspraken staan in de schriftelijke overeenkomst en er bestaan tussen partijen geen daarmee conflicterende of aanvullende mondelinge of schriftelijke afspraken.<sup>18</sup>

Hoe de in het contract opgenomen afspraken vervolgens moeten worden uitgelegd, wordt dus niet door een *entire agreement clause* geregeld, maar afzonderlijk beoordeeld. Een *entire agreement clause* verhindert dan ook niet dat onduidelijke bepalingen in een contract worden uitgelegd met behulp van bijvoorbeeld *course of performance* (uitvoering van de onderhavige overeenkomst), *course of dealing* (eerder zakelijk contact met dezelfde contractspartij) of *trade usage* (handelsgebruiken).<sup>19</sup>

De verdeling tussen staten die zich kenmerken als enerzijds tekstualisten en anderzijds contextualisten heeft tot gevolg dat er in de rechtspraak verschillende regels zijn ontwikkeld die worden gebruikt bij de uitleg van contracten.

Bij de tekstuele jurisdicties staat de normale betekenis van de woorden voorop, onafhankelijk van de bedoeling van partijen. De regel die rechters bij de uitleg van contracten toepassen is de *plain meaning rule*. Op basis hiervan wordt extrinsiek bewijs alleen toegelaten om de betekenis van een bepaling te bewijzen indien een betreffende bepaling *ambiguous* is.<sup>20</sup> Naar vaste jurisprudentie is een term *ambiguous* indien deze ten minste twee verschillende betekenissen kan hebben.<sup>21</sup>

Bij de contextualisten draait de uitlegleer om de bedoeling van partijen. De contextuele jurisdicties passen doorgaans de *reasonable susceptible rule* toe, ook wel de *Pacific Gas-rule* genoemd. In *Pacific Gas* overwoog de rechter:

'The test of admissibility of extrinsic evidence to explain the meaning of a written instrument is not whether it appears to the court to be plain and unambiguous on its face, but whether the offered evidence is relevant to prove a meaning to which the language of the instrument is reasonably susceptible.'<sup>22</sup>

De test om extrinsiek bewijs toe te laten om een in het contract opgenomen bepaling uit te leggen is dus of het aangeboden bewijs relevant kan zijn om een betekenis te staven die redelijkerwijs uit de bewoordingen van het document kan worden afgeleid.

De *Pacific Gas-rule* zorgt hiermee voor een tweetrapsraket. Bij stap één moet de rechter voorlopig al het bewijs toelaten dat kan aantonen dat er meer dan één uitleg mogelijk is. Bij stap twee moet de rechter, indien hij tot de conclusie komt dat de ter discussie staande bepaling redelijkerwijs op meer dan één manier kan worden uitgelegd, beide partijen in de gelegenheid stellen bewijs aan te dragen om één van beide manieren te bewijzen.

## Twistpunt 2: afbakening versus uitleg

Naast de tweedeling tussen tekstualisten en contextualisten bestaat er onder academici en rechters een tweede belangrijk twistpunt in het Amerikaanse contractenrecht, namelijk de vraag of er onderscheid moet worden gemaakt tussen de afbakening van een overeenkomst (waarbij de *parol evidence rule* van belang is) en de uitleg van een overeenkomst (waarbij onder andere de *plain meaning rule* van belang is).<sup>23</sup>

15. Scott 2012, p. 6-7.

16. C.D. Rohwer & A.M. Skrocki, *Contracts – in a nutshell*, Thomson 2006, p. 240.

17. Rohwer & Skrocki 2006, p. 240.

18. A.L. Corbin, *Corbin on Contracts*, 1960, par. 539.

19. Zie R.P.J.L. Tjittes, De betekenis van de *parol evidence rule* in het Amerikaanse contractenrecht, *Contracteren* 2002/1, p. 8-9.

20. M.N. Kniffin, *The Cross-Dressing Emperor: Confusing and Conflating Contract Interpretation And The Parol Evidence Rule*, St. John's University Legal Studies Research Paper Series, #09-0165, 2009, p. 25.

21. *Mellon Bank/Aetna Business Credit*, 619 F.2d 1001, 1011 (3rd Cir. 1980).

22. *Pacific Gas & Elec. Co/G.W. Thomas Drayage and R. Co.*, 442 P.2d 641, 644 (Cal. 1968).

23. Zie hierover: Kniffin 2009.

Een voorbeeld uit de Amerikaanse literatuur<sup>24</sup> ter illustratie van dit onderscheid betreft een geschil over een overeenkomst waarbij een schilder met de universiteit overeenkomt om de tribune van het American footballstadion in de kleur blauw te schilderen. In het contract is een *entire agreement clause* opgenomen. De universiteit start, nadat het schilderwerk klaar is, een juridische procedure waarin zij wil aantonen dat de schilder de opdracht niet goed heeft uitgevoerd. Dat wil de universiteit doen door bewijs te leveren dat aantoonde dat de schilder regelmatig wedstrijden van het American football-team bijwoonde en dus had moeten weten dat de clubkleur donkerblauw was, in plaats van de lichte kleur blauw die de schilder had gebruikt. Dit extrinsieke bewijs dat de universiteit in de procedure wil aanvoeren, moet worden toegelaten, omdat dit een uitlegkwestie is. Het gaat immers om de uitleg van de kleur blauw in het contract. Hetzelfde bewijs (dat de schilder regelmatig wedstrijden bijwoonde) is echter niet toelaatbaar om aan te tonen dat óók is afgesproken om de toegangspoort tot het stadion een likje verf te geven (en hij tijdens een van zijn bezoeken mondeling had toegezegd dit uit clubliefde er gratis bij te doen). Dat is een vraag van afbakening, waarbij de *parol evidence rule* extrinsiek bewijs zal uitsluiten indien er een *entire agreement clause* is opgenomen.

Een groot aantal auteurs maakt een duidelijk onderscheid tussen afbakening en uitleg. Zij stelt dat het verschillende mechanismen zijn met verschillende functies en waarbij verschillende maatstaven gelden. Kniffin vat het onderscheid als volgt samen:<sup>25</sup>

‘When courts interpret a contract, they seek to discover the parties’ intentions concerning the meaning of a particular term found within the contract. When courts apply the parol evidence rule, in contrast, they seek to discover the parties’ intentions concerning whether a particular prior or contemporaneous term was agreed to be added to the main, written contract. Although in both instances courts consider the parties’ intentions, as soon as the question is posed, “Intentions as to what?” critical differences in purpose become clear.’

Andere auteurs en rechters gebruiken afbakening en uitleg door elkaar. Zo stelt Posner<sup>26</sup> het volgende:

‘Purists will object that I conflate the plain meaning rule (...) and the parol evidence rule. As far as I can tell, nothing turns on this distinction, and my version avoids needless complexities.’

Naast dat er auteurs en rechters zijn die bewust dit onderscheid niet willen maken, zijn er veel voorbeelden waarbij beide mechanismen onbewust door elkaar wor-

den gehaald.<sup>27</sup> Die verwarring is verklaarbaar doordat het bij zowel uitleg als afbakening gaat om de bedoeling van partijen. Bij afbakening gaat het om de bedoeling van partijen ten aanzien van wat tot de overeenkomst behoort, en bij uitleg om wat een bepaling (waarvan partijen het eens zijn dat ze tot de overeenkomst behoort) betekent. Bij beide vragen kan extrinsiek bewijs bovendien uitkomst bieden.

De Nederlandse jurisprudentie lijkt evenmin een duidelijk onderscheid te maken tussen afbakening en uitleg. Dat dit tot ongewenste situaties kan leiden, zal later worden toegelicht aan de hand van de bespreking van het Lundiform-arrest.

## Haviltex

Terug naar de Nederlandse uitlegjurisprudentie en wel naar het begin: Haviltex. Sinds het Haviltex-arrest weten we dat de bedoeling van partijen<sup>28</sup> het uitgangspunt is voor de uitleg van contracten.<sup>29</sup> Sommige auteurs hebben gesteld dat in het Lundiform-arrest de Hoge Raad weer ‘teruggaat’ naar Haviltex,<sup>30</sup> omdat ‘ondanks’ een *entire agreement clause* de partijbedoeling doorslaggevend is.<sup>31</sup> Zoals ik in het navolgende nader zal toelichten, zou het één (de Haviltex-norm) en het ander (de *entire agreement clause*) in beginsel niet veel met elkaar van doen moeten hebben. Mijns inziens is de Haviltex-norm namelijk een uitlegnorm, terwijl een *entire agreement clause* juist relevant is ten aanzien van de afbakening van een overeenkomst en zij dus in beginsel geen rol speelt bij de (norm van) uitleg van een overeenkomst.

In het Haviltex-arrest kwam de vraag aan de orde wat de gemaakte schriftelijke afspraken betekenen. In dat geval ging het om een teruggavebeding in een overeenkomst voor de koop van een snijmachine:

‘Tot eind 1976 heeft koper [Haviltex] het recht de machine terug te geven voor f 20 000 exclusief BTW. Betaalbaar f 2000 per maand. Eerste betaling 30 dagen na teruggave. Koper heeft het recht garan-

24. Kniffin 2009, p. 25.

25. Kniffin 2009, p. 19.

26. E.A. Posner, *The Parol Evidence Rule, The Plain Meaning Rule, and The Principle of Contractual Interpretation*, University of Pennsylvania Law Review 1998.

27. Zie voor een groot aantal voorbeelden: Kniffin 2009, p. 41-53.

28. De Hoge Raad gebruikte in het Haviltex-arrest de inmiddels bekende formule: ‘De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.’

29. De Hoge Raad verwoordt in het DSM/Fox-arrest dat dit anders is voor overeenkomsten waarbij de aard van die overeenkomst meebrengt dat bij de uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan. Bij deze overeenkomsten geldt de cao-norm als uitgangspunt (HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (DSM/Fox)).

30. Hiermee wordt bedoeld dat de Hoge Raad in het Pontmeyer-arrest zou hebben afgeweten van de Haviltex-norm.

31. Westerhuis 2013.

ties voor de betaling van f 2000 exclusief BTW per maand te eisen.’

Ermes, de verkoper van de machine, wil bewijs aandraagen ten aanzien van wat partijen met dit teruggavebeding hebben bedoeld, niet dat partijen in een eerdere schriftelijke of mondelinge overeenkomst bepaalde (andere) afspraken hieromtrent hebben gemaakt. Ermes betoogt immers dat partijen voor ogen hadden dat het apparaat (slechts) teruggegeven kan worden indien Haviltex daar een (gegronde) reden voor had. Dat zijn geen aanvullende afspraken ten opzichte van de schriftelijke bepaling, maar is slechts de uitleg van wat partijen (beweerdelijk) bedoelden maar niet hebben opgeschreven. Ermes betoogt niet dat er andere mondelinge of schriftelijke afspraken zijn gemaakt. Hoewel in het contract tussen Ermes en Haviltex geen *entire agreement clause* was opgenomen, zou een dergelijke bepaling de uitkomst van de procedure dan ook niet anders gemaakt moeten hebben.

## PontMeyer

In het PontMeyer-arrest, een andere belangrijke telg uit de familie van uitlegarresten, was wel sprake van een *entire agreement clause*. In dat geval ging het om de uitleg van een overnamecontract waarin de verkoper de koper vrijwaart voor bepaalde belastingschulden. Partijen twisten over de uitleg van een Engelstalige vrijwaringsbepaling waarin de woorden ‘as of April 1’ zijn opgenomen. Moet ‘as of’ worden uitgelegd als de belastingschulden ‘vanaf’ of als ‘bestaande op’ 1 april? In het eerste geval moet de verkoper een bepaalde belastingschuld nog wel betalen. In het tweede geval valt die schuld onder een uitzondering op de vrijwaringsverplichting en draait de koper voor de schuld op. Het hof overweegt (kijkend naar de rest van de zin, waarin ook een tijdsbepaling staat opgenomen: ‘up to’) dat de eerste uitleg (‘vanaf 1 april’) taalkundig de meest voor de hand liggende uitleg is. In cassatie overweegt de Hoge Raad.<sup>32</sup>

‘dat voor het antwoord op de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze mochten toekennen aan de omstreden woorden in art. 8 onder b, SPA (...) de door het hof in rov. 8.1 genoemde omstandigheden, waaronder (...) in het bijzonder de (...) “entire agreement clause” (...), als uitgangspunt beslissend gewicht dient te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de SPA.’

Evenals in het Haviltex-arrest draait het in het PontMeyer-arrest om een vraag van uitleg en niet om afbakening. De Hoge Raad accordeert het oordeel van het hof

dat bij de toepassing van het Haviltex-criterium naast de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract en de wijze van totstandkoming ook (en zelfs in het bijzonder) de *entire agreement clause* een relevante omstandigheid is. De omstandigheid dat een contract een *entire agreement clause* bevat, zal de weegschaal eerder laten uitslaan naar een taalkundige uitleg, waarbij contractsonderhandelingen en handelsgebruiken van ondergeschikt belang zijn.<sup>33</sup>

Dit wijkt duidelijk af van hoe een Amerikaanse rechter (ongeacht of hij in een tekstuele of contextuele jurisdictie rechtsprekt) tegen de *entire agreement clause* zal aankijken. Zoals gezegd, zal in Amerika een *entire agreement clause* er nooit aan in de weg staan dat een rechter een contract uitlegt met behulp van *course of performance*, *course of dealing* of *trade usage*.

## Lundiform

Ten slotte het Lundiform-arrest. Dit betrof een geschil tussen kledingmerk Mexx en winkelinterieurleverancier Lundiform. Mexx was van plan om 36 nieuwe winkels te openen in Europa. Lundiform zou voor deze nieuwe winkels de winkelinrichting – de zogenoemde ‘hardware’ – leveren. Mexx en Lundiform leggen hun afspraken vast in een overeenkomst van 27 november 2007, met een looptijd van 3 december 2007 tot 30 september 2008. Partijen nemen hierin de volgende *entire agreement clause* op:

‘9.1. This Agreement constitutes the entire agreement between the parties and supersedes any earlier written or oral arrangements and agreements made between the parties.’

Wanneer Mexx per e-mail aan Lundiform laat weten de overeenkomst na 30 september 2008 niet te verlengen, ontstaat er een geschil over de afname van de hardware. Het hof onderscheidt twee geschilpunten.<sup>34</sup> Het eerste geschilpunt betreft de uitleg van de in artikel 3 van het contract opgenomen afnamegarantie. Het tweede geschilpunt betreft de zogenoemde *slow/non movers*, oftewel de verouderde voorraad hardware, waarvan Lundiform op basis van e-mailcorrespondentie stelt dat deze door Mexx (ook) afgenomen moeten worden. Het eerste geschilpunt kwalificeer ik als een uitlegvraag, het tweede geschilpunt als een afbakeningsvraag.

Allereerst de vraag hoe de afnamegarantie van artikel 3.4 van het contract moet worden uitgelegd. De bepaling luidt als volgt:

33. Zie voor een uitgebreide beschouwing bij het Pontmeyer-arrest: C.E. Drion & E. van Wechem, Van uitleg: entirely de klos door een entire agreement clause?, NJB 2007/681; HR 19 januari 2007, JOR 2007/166, m.nt. R-J Tjittes.

34. HR 5 april 2013, r.o. 3.3.1.

‘3.4. Mexx guarantees to purchase all Hardware stock of Lundiform that is ordered on the basis of Mexx’s confirmed forecast and that is necessary for the Shops listed on the Mexx forecast.’

Bij deze uitlegvraag zijn drie zaken van belang. Allereerst dat aan het contract een bijlage was gehecht met de koptekst ‘*List of initial shops to be opened before September 30, 2008*’. Ten tweede dat in de artikelen 3.1 tot en met 3.3 van de overeenkomst een procedure is opgenomen waarbij Mexx Lundiform zal voorzien van een maandelijkse *current forecast* van de winkels die zij voor 30 september 2008 – de einddatum van de overeenkomst – zal openen. Ten slotte is van belang dat Mexx voorafgaand aan het sluiten van de schriftelijke overeenkomst, op 27 september 2007, aan Lundiform een e-mail heeft gestuurd met de volgende tekst:

‘We had a meeting with Lundiform yesterday to discuss the hardware issues. I gave them the news that all the cancelled items will be used until they are out of stock (as discussed).’

Bestaat er nu op grond van artikel 3 voor Mexx (slechts) een verplichting om de hoeveelheid hardware af te nemen van Lundiform die Mexx expliciet had bevestigd in haar maandelijkse updates, of geldt de afnamegarantie voor de hoeveelheid corresponderend met het aantal winkels dat Mexx verwachtte te openen bij het sluiten van de overeenkomst en waarvan een lijst was opgesomd in de bijlage bij die overeenkomst?

Lundiform verliest de procedure bij de rechtbank en het hof. Het hof overweegt onder meer dat de *entire agreement clause* van belang is bij de vraag hoe de afnamegarantie moet worden uitgelegd en kijkt vervolgens uitsluitend naar de tekst van artikel 3.4 van de overeenkomst. Het hof concludeert dat de afnamegarantie ‘naar haar duidelijke bewoordingen verbonden [is] aan het volgen van de in de voorafgaande leden vastgelegde procedure’. Kortom, alleen de expliciet bevestigde hoeveelheid is gegarandeerd. Het hof passeert daarmee het bewijsaanbod van Lundiform; de e-mail van 27 september 2007 waaruit volgens Lundiform een afwijkende partijbedoeling bleek.

De Hoge Raad oordeelt anders:

‘3.5.3. Daarbij zij aangetekend dat een “entire agreement clause” op zichzelf geen uitlegbepaling is. De clause heeft een specifieke herkomst en functie in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer, en heeft naar Nederlands recht niet zonder meer een bijzondere betekenis. (...) De clause staat evenwel niet zonder meer eraan in de weg dat voor de uitleg van de in de overeenkomst vervatte bepalingen betekenis wordt toegekend aan verklaringen die zijn afgelegd dan wel gedragingen die zijn verricht, in het stadium voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst.’

‘3.5.4. Het vorenstaande brengt mee dat onderdeel 2 slaagt. Het hof heeft in rov. 3.9 miskend dat art. 9.1 van de overeenkomst [de *entire agreement clause*] niet zonder meer eraan in de weg staat dat toezeggingen die Mexx voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst heeft gedaan, van belang kunnen zijn voor de uitleg van de overeenkomst.’

Kortom, de Hoge Raad oordeelt dat het hof het bij het verkeerde eind had toen het overwoog dat de *entire agreement clause* verhindert dat Mexx bewijs van eerdere toezeggingen mag aandragen om de overeenkomst uit te leggen. Dat lijkt mij juist. De *entire agreement clause* heeft niet ten doel het uitsluiten van bewijs dat partijen willen aanvoeren om de overeenkomst uit te leggen. Naar de inhoud van de bepaling en haar achtergrond in het Amerikaanse recht heeft de *entire agreement clause* (slechts) tot doel bewijs uit te sluiten om aan te tonen dat er andere (aanvullende) afspraken zijn gemaakt dan de afspraken in de schriftelijke overeenkomst.

Dan de kwestie rondom de verouderde voorraad. Ook op dat punt haalt Lundiform bakzeil bij de rechtbank en het hof. De kwestie rondom de verouderde voorraad kwalificeer ik als een afbakeningsvraag. Lundiform beroept zich bij haar vordering om ook de verouderde voorraad af te nemen immers op twee e-mails waaruit die (aanvullende) afspraak zou moeten blijken.<sup>35</sup> Allereerst de eerdergenoemde e-mail van Mexx, die zij stuurde voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst op 27 september 2007. Ten tweede de e-mail van Mexx, die zij stuurde na het sluiten van de overeenkomst en waarin zij aankondigde de overeenkomst niet te verlenen. Mexx maakt in deze e-mail enkele opmerkingen over de verdere afwikkeling van de samenwerking. Mexx schrijft onder andere: ‘The next key steps are: (...) deplete slow and non-movers.’

Bij deze afbakeningsvraag speelt de *entire agreement clause* een hoofdrol. De Hoge Raad overweegt omtrent het doel en functie van de *entire agreement clause* als volgt:

‘3.5.3. Zij beoogt veelal te bewerkstelligen dat partijen niet zijn gebonden aan eerdere op de overeenkomst betrekking hebbende afspraken die daarmee in strijd zijn, indien die afspraken niet in de overeenkomst zijn opgenomen en de overeenkomst evenmin daarnaar verwijst.’ [onderstreping auteur]

Het feit dat de eerdere afspraken in strijd zijn met de afspraken in de overeenkomst, lijkt mij niet relevant. Uit de tekst van de *entire agreement clause* blijkt niet dat dit een relevant criterium is. In artikel 9.1 staat immers: ‘supersedes any earlier written or oral arrangements and agreements made between the parties’. [onderstreping auteur] Ook in het hiervoor besproken Amerikaanse systeem (wordt) worden (bewijs van) alle eerdere afspraken

35. HR 5 april 2013, r.o. 3.3.1 (ii).

– strijdig of niet strijdig – uitgesloten indien de overeenkomst *final en complete* is.

In rechtsoverweging 3.5.5 lijkt de Hoge Raad te concluderen dat een *entire agreement clause* er niet aan in de weg staat dat er naast de afspraken in de schriftelijke overeenkomst ook andere afspraken tussen partijen gelden, zolang dat afspraken zijn over andere onderwerpen dan de afspraken in de schriftelijke overeenkomst:

‘3.5.5. Het hof heeft dan ook miskend dat een “entire agreement clause” niet eraan in de weg behoeft te staan dat, naast de overeenkomst waarvan deze clause deel uitmaakt, afspraken tussen partijen bestaan die op andere onderwerpen betrekking hebben.’ [onderstreping auteur]

Dit lijkt mij niet juist. Het doel van een *entire agreement clause* is immers om (bewijs van) alle eerdere afspraken die niet in de overeenkomst zijn opgenomen buiten de deur te houden. Hoewel het Lundiform toegelaten zou moeten worden om bewijs te leveren over de uitleg van de afnamegarantie van artikel 3.4 (door middel van onder andere de lijst die onderdeel uitmaakt van de overeenkomst), zou zij geen bewijs mogen leveren dat partijen naast de overeenkomst aanvullende afspraken hebben gemaakt voorafgaand aan de overeenkomst, in dit geval bij e-mail van 27 september 2007. De tweede e-mail van na het sluiten van de overeenkomst zou overigens wel als bewijs gebruikt mogen worden. De *entire agreement clause* ziet immers alleen op uitsluiting van bewijs over afspraken gemaakt voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst.

## De rol van *entire agreement clauses* in het Nederlandse recht

Wat zou de rol moeten zijn van de *entire agreement clause* in het Nederlandse recht? Een *entire agreement clause* is een contractuele afspraak waarmee partijen overeenkomen wat wél en wat niet tot de overeenkomst behoort. Zij bakenen de overeenkomst af tot alleen de afspraken in de schriftelijke overeenkomst.

Zowel Drion<sup>36</sup> als Tjittes<sup>37</sup> heeft betoogd dat een *entire agreement clause* in het Nederlandse recht, afhankelijk van de precieze formulering van de bepaling, geduid kan worden als een bewijs- en vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 153 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en artikel 7:900 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Drion<sup>38</sup> suggereert de *entire agreement clause* op te nemen als een bewijsovereenkomst waarin partijen expliciet bepalen ‘dat bij uitleg primair een

tekstuele uitleg voorop moet staan’. [onderstreping auteur] Tjittes<sup>39</sup> stelt ten aanzien van de *entire agreement clause* als bewijsovereenkomst: ‘partijen kunnen expliciet overeenkomen dat bij de uitleg van het schriftelijke contract feiten of omstandigheden die buiten het contract zijn gelegen niet relevant zijn’ [onderstreping auteur]. Zoals gezegd, zou naar mijn mening een *entire agreement clause* alleen effect moeten hebben op de afbakening van een overeenkomst, maar niet op de uitleg van de overeenkomst. Een *entire agreement clause* is mijns inziens dan ook een bewijs- en vaststellingsovereenkomst waarmee bewijsmiddelen omtrent (het bestaan van) eerdere mondelinge of schriftelijke afspraken worden uitgesloten. Met een *entire agreement clause* worden geen bewijsmiddelen uitgesloten omtrent de uitleg van de overeenkomst, noch worden er afspraken gemaakt over de te hanteren maatstaf bij de uitleg van de overeenkomst. Een dergelijke contractuele bepaling is overigens wel mogelijk,<sup>40</sup> bijvoorbeeld in de vorm van een ‘objectieve uitlegclausule’.<sup>41</sup>

Daarnaast kan een *entire agreement clause* in het Nederlandse recht ook worden geduid als louter materieel-rechtelijk van aard.<sup>42</sup> Ik denk dat dit de meest zuivere benadering is. Hoewel een *entire agreement clause* in een eventuele juridische procedure over de overeenkomst waarin de bepaling is opgenomen, uiteindelijk tot effect zou moeten hebben dat bewijs omtrent eerdere afspraken niet toelaatbaar is, is de *entire agreement clause* in eerste instantie bedoeld om de inhoud van de overeenkomst af te bakenen en de wederzijdse rechten en plichten weer te geven.

Timmerman merkt in zijn conclusie bij het Lundiform-arrest op dat er in het Nederlandse recht geen equivalent bestaat van de *parol evidence rule*. Ik denk dat dit niet de werking van de *entire agreement clause* naar Nederlands recht in de weg staat. Dit is met name zo omdat doorgaans de *entire agreement clause* zo is opgeschreven dat zij als het ware deze *parol evidence*-regel omvat. Er staat namelijk niet alleen dat de overeenkomst ‘final and complete’ is (‘this Agreement constitutes the entire agreement between the parties’), maar ook wat daarvan de consequenties zijn, namelijk dat de overeenkomst ‘supersedes any earlier written or oral arrangements and agreements between the parties’. Hoewel de consequentie van een *final en complete* overeenkomst naar Amerikaans recht in de wet is verankerd in de *parol evidence rule*, kan dit naar Nederlands recht door de partijen contractueel worden vastgelegd. Een goed opgeschreven *entire agreement clause* (met daarin ook opgenomen het rechtsgevolg) kan naar mijn mening in het Nederlandse recht dus prima functioneren.

36. C.E. Drion, De innovatieve contractenmaker en de bewijsovereenkomst, NJB 2004/1, p. 17.

37. R.P.J.L. Tjittes, Terug naar de tekst – een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten, WPNR (2007) 6709, p. 422.

38. Drion 2004, p. 17.

39. Tjittes 2007, p. 422.

40. Zie M. Wallart, Boilerplates naar Nederlands Recht: deel 1, ORP 2003/7.

41. H.N. Schelhaas, Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten, NTBR 2008/4, p. 153; M. Wallart, Boilerplates naar Nederlands recht: deel 1, ORP 2013/5.

42. Schelhaas 2008, p. 153.

In de Nederlandse Haviltex-doctrine zal een *entire agreement clause* zelf altijd aan uitleg onderhevig zijn.<sup>43</sup> Dat betekent dat de Nederlandse rechter zal moeten nagaan of partijen de bedoeling hadden om extrinsiek bewijs omtrent eerdere afspraken uit te sluiten. Wat mij betreft zou dit echter een aan/uit-benadering moeten zijn: óf de *entire agreement clause* heeft volledig effect en sluit al het extrinsieke bewijs omtrent eerdere afspraken uit, óf de rechter laat de *entire agreement clause* volledig buiten beschouwing. Een tussenweg lijkt moeilijk denkbaar. Die benadering sluit het dichtste aan bij de *soft parol evidence rule* zoals bijvoorbeeld van kracht is in California, waarbij partijen met (tegen)bewijs kunnen aantonen dat zij – ondanks een *entire agreement clause* – niet bedoeld hebben om eerdere afspraken te laten vervallen met de schriftelijke overeenkomst.

Bij de uitleg van een *entire agreement clause* zullen de in het PontMeyer-arrest genoemde omstandigheden (de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, en de wijze van totstandkoming) een belangrijke rol spelen. Van ondergeschikt belang hierbij lijkt mij of de bepaling als *boiler plate* is opgenomen, zonder dat gesproken of onderhandeld is over dit punt. Goed voorstelbaar is immers dat beide (professionele) partijen belang hebben bij een dergelijke bepaling – bijvoorbeeld in het kader van rechtszekerheid – en onderhandelen hierover niet nodig is. Bovendien, als de mate waarin over de bepaling is onderhandeld een relevant criterium wordt, zou dat het ‘onderhandelen om het onderhandelen’ in de hand werken, met als enig doel de *entire agreement clause* volledig effect geven. Dat lijkt mij onwenselijk. Wel van belang is of er sprake is van professionele partijen (bijgestaan door advocaten) en met name of er sprake is van gelijkwaardigheid tussen de partijen. In dat geval zou een rechter aan de *entire agreement clause* naar mijn mening in beginsel volledig effect moeten geven. Een andere belangrijke omstandigheid om de *entire agreement clause* volledig effect te geven is het feit dat partijen een uitgebreide overeenkomst hebben uitonderhandeld waarin de afspraken (naar Anglo-Amerikaanse rechtstraditie) tot in detail zijn vastgelegd.<sup>44</sup> In die context past het dat alle voorgaande (mondelinge) afspraken vervallen.

## Conclusie

Ik rond af met een kort resumé van de Nederlandse uitlegjurisprudentie. In het Haviltex-arrest is een norm ontwikkeld voor de uitleg van overeenkomsten, niet voor afbakening. In het PontMeyer-arrest is de *entire agreement clause* aangemerkt als een van de relevante omstandigheden bij de toepassing van de Haviltex-norm voor uitleg. In het Lundiform-arrest zet de Hoge Raad een eerste stap naar de juiste toepassing van de *entire agreement clause* met de overweging dat een *entire agree-*

*ment clause* op zichzelf geen uitlegbepaling is en de bepaling als zodanig ook niet verhindert dat extrinsiek bewijs gebruikt kan worden om de overeenkomst uit te leggen. Kortom, de Hoge Raad geeft correct aan wat de *entire agreement clause* niet is. Wat nu nog rest is duiding over wat de bepaling wél doet. De laatste stap zou moeten zijn om de *entire agreement clause* de juiste toepassing te geven op het gebied van contractafbakening.

De crux zit hem dus in het verschil tussen uitleg en afbakening. Het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst moet geschieden door enerzijds afbakening van welke afspraken de contractuele relatie tussen partijen beheersen (met een *entire agreement clause* alleen de schriftelijke overeenkomst), en anderzijds wat deze afgebakende afspraken betekenen.

Mijn hoop zou zijn dat advocaten duidelijker gaan opschrijven wat zij contractueel willen regelen. De *entire agreement clause* is geen toverformule om tot een tekstuele uitleg te komen. Mits goed opgeschreven, kunnen partijen met een *entire agreement clause* wel regelen dat de overeenkomst wordt afgebakend tot alleen datgene wat in de overeenkomst terecht is gekomen.<sup>45</sup> Hopelijk zullen rechters dan ook de *entire agreement clause* het effect geven dat partijen beoogden en extrinsiek bewijs ten aanzien van aanvullende afspraken negeren, en het extrinsiek bewijs wel toelaten om de overeenkomst uit te leggen.

43. Zie Tjittes 2007, p. 422.

44. Zie HR 9 april 2010, JOR 2010/79 (UPC).

45. Bijvoorbeeld: ‘Partijen spreken af dat zij de overeenkomst willen afbakenen tot alleen datgene wat in deze schriftelijke overeenkomst staat. Extrinsiek bewijs mag alleen worden aangedragen om de overeenkomst uit te leggen, maar niet om de overeenkomst aan te vullen.’