

Uitleg en kwalificatie: stappenplan of eendentest?

W.H. van Boom¹

Gepubliceerd in: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2021/2, p. 35-40

[35]

Van uitscharing en participatieplaatsing

Dwingendrechtelijke wetsbepalingen hebben gelding, of men wil of niet. Andersluidende contractsbepalingen zijn in de regel nietig of vernietigbaar. Het klinkt zo simpel. Maar in werkelijkheid is het ingewikkelder, want ook bij dwingendrechtelijk contractenrecht moet er eerst een contract zijn waar die dwingende regels op kunnen worden losgelaten. Dus moet er eerst wilsovereenstemming zijn (tenzij de wet ook die niet nodig acht en een contract oplegt). En de verklaringen en gedragingen die partijen in vrije wil uiten en zoals zij die over en weer redelijkerwijs mogen begrijpen, bepalen goeddeels de contractsinhoud. Om die inhoud te bepalen, moeten we het contract dus *uitleggen*. En die inhoud moet dan worden getoetst aan de dwingendrechtelijke kaders. Maar de toegangspoort tot die toetsing is vaak de *kwalificatie* van de overeenkomst als een bepaald benoemd contract. Wat voor overeenkomst is het? Hebben we hier te maken met een koop, huur, pacht, arbeid, opdracht, verzekering of iets 'onbenoemds'? En hoe bepaal je dat?

In HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 was sprake van een afspraak waarbij een grondeigenaar een stuk grond ter beschikking stelde aan een paardenfokker voor begrazing. De eerste jaren was de afspraak mondeling. Partijen stelden pas na enkele jaren een schriftelijk contract op, dat ze het opschrift 'overeenkomst van uitscharing' gaven; dat is de term die wordt gebruikt voor begrazing van vee van de uitschaarder op andermans grond, de inschaarder. Het contract duidde de paardenfokker aan als uitschaarder en de grondeigenaar als inschaarder. Het begrazingscontract hield in dat de uitschaarder geld betaalde en de inschaarder toeliet dat zijn grond begraasd werd en er dus vee van een ander op aanwezig was. Toen de contractperiode afliep, vorderde de inschaarder dat de uitschaarder zijn paarden van zijn land weghaalde. Deze weigerde. In het geding dat volgde, stelde de uitschaarder zich op het standpunt dat sprake was van een pachtovereenkomst in de zin van art. 7:311 BW en dat de overeenkomst dus aan het dwingendrechtelijk kader van de pachtregeling onderworpen was. Het hof kwam in deze zaak tot het oordeel dat van pacht geen sprake was. Met behulp van de Haviltex-maatstaf oordeelde het hof kort gezegd dat geen sprake was van een pachtovereenkomst omdat partijen hun contractsverhouding waren begonnen met een mondelinge afspraak (terwijl pacht schriftelijk moet worden aangegaan; art. 7:317 BW), zij die overeenkomst blijkens de latere schriftelijke overeenkomst met het opschrift 'uitscharing' ook later niet als pacht beschouwden, en zij het verschil tussen pacht en uitscharing moeten hebben gekend.

In cassatie wordt geklaagd dat het hof aldus ten onrechte de gerichtheid van de wil van partijen op het sluiten van een pachtovereenkomst heeft meegewogen. De Hoge Raad acht deze klacht gegrond:

"(...) Art. 7:311 BW omschrijft pacht als de overeenkomst waarbij de ene partij, de verpachter, zich verbindt aan de andere partij, de pachter, een onroerende zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken ter uitoefening van de landbouw en de pachter zich verbindt tot een tegenprestatie. Indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan deze omschrijving, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een pachtovereenkomst. Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de regeling van pacht te laten

¹ Willem van Boom is als hoogleraar civiel recht verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden.

vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de pachtovereenkomst. (...)”

[36] De Hoge Raad doceert vervolgens een eenvoudig stappenplan:

“De hiervoor (...) besproken vraag naar de kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de – daaraan voorafgaande – vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de inhoud van de overeenkomst – dat wil zeggen de wederzijdse rechten en verplichtingen – heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een pachtovereenkomst (kwalificatie).”

De gesloten overeenkomst moet dus eerst worden *uitgelegd* en daarna vindt *kwalificatie* plaats, d.w.z. dat de overeengekomen rechten en verplichtingen worden gelegd langs de lat van de wettelijke omschrijving van de benoemde overeenkomst waar het dwingend recht op ziet om te zien of de overeenkomst beantwoordt aan die omschrijving. Dat partijen misschien niet de bedoeling hebben gehad om een pachtovereenkomst aan te gaan of misschien zelfs de bedoeling hadden om niet een pachtovereenkomst aan te gaan, is voor de kwalificatie van de overeenkomst niet van belang.

Onlangs herhaalde de Hoge Raad het stappenplan ‘eerst uitleggen dan kwalificeren’. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*participatieplaatsing*) betref de vraag of bij een participatieplek sprake was van een arbeidsovereenkomst of niet. Het hof had daarbij meegewogen of partijen *de bedoeling* hadden gehad om een arbeidsovereenkomst aan te gaan, en dat was volgens de Hoge Raad nu juist *niet* de bedoeling:

“3.2.2 Art. 7:610 BW omschrijft de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan deze omschrijving, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het arrest Groen/Schoevers [HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495] wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol bij de bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst.

3.2.3 De hiervoor in 3.2.2 bedoelde kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de – daaraan voorafgaande – vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de overeengekomen rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (kwalificatie). [Vgl. voor de pachtovereenkomst HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, rov. 3.2.2 en 3.2.3.] (...)”

De Hoge Raad hecht aan het stappenplan ‘eerst uitleggen dan kwalificeren’, zoveel is duidelijk. Of het inderdaad zo is, als de Hoge Raad suggereert, dat ook in eerdere rechtspraak de bedoeling van partijen geen rol mocht spelen bij de kwalificatie, **[37]** laat ik korthedshalve maar even daar.² Het stappenplan zal vermoedelijk veelal genoeg houvast bieden om exploitatieovereenkomsten, service level agreements, long term leases, barters en outsourcingovereenkomsten terug te ploegen naar een of meer benoemde contracten in Boek 7 BW.³ Maar ik kan mij gevallen voorstellen waarin het

² In eerdere rechtspraak werd geoordeeld “dat partijen die een overeenkomst sluiten welke strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten”, (HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (Diosynth), herhaling van het arrest Groen/Schoevers. We moeten dat nu zo begrijpen dat het deel “hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond” niet mag zien op een eventuele wilsovereenstemming om het contract niet onder deze of gene wettelijke regeling te laten vallen. Zie inmiddels ook Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo*), r.ov. 3.5.

³ Zie de samenloopregel van art. 6:215 BW voor het geval meer dan één benoemd contract in zicht komt.

stappenplan iets té simpel is en er nog iets meer denkwerk nodig is of een heen-en-weer-gaan tussen uitleg en kwalificatie. Gedacht kan worden aan gevallen waarin essentiële elementen van de overeenkomst niet in de wettelijke omschrijving ervan zijn opgenomen, gevallen waarin een overeenkomst slechts gedeeltelijk voldoet aan de wettelijke omschrijving en gevallen waarin kwalificatie alleen tot toepassing kan leiden van de wettelijke regels als een ‘strekking’ wordt toegepast. Ik ga daar nader op in.

Van wettelijke omschrijving naar strekking van de overeenkomst

Als de Hoge Raad meent dat het erom gaat of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke *omschrijving* van een bepaald benoemd contract, dan veronderstelt dat een heldere afbakening in de wet van wat wel en niet tot de ‘omschrijving’ van het contract hoort. Bij art. 7:311 BW wordt pacht omschreven zonder het schriftelijkheidsvereiste; dat staat namelijk elders in de wet. Dus een mondelinge overeenkomst kan ook een pachtovereenkomst zijn, zij het dat dan het schriftelijkheidsvereiste niet in acht is genomen. Maar zo makkelijk gaat het niet altijd. Neem de overeenkomst van pandbelening in art. 7:130 lid 1 BW. Daar staat een *omschrijving* van de overeenkomst:

De overeenkomst van pandbelening is de overeenkomst waarbij de ene partij, het pandhuis, aan de andere partij, de pandbelener, een geldsom ter beschikking stelt en de pandbelener daartegenover een roerende zaak, niet zijnde een registergoed, in de macht van het pandhuis brengt met het beding:

- a. hetzij dat het pandhuis de zaak aan de pandbelener teruggeeft, indien deze binnen de beleentermijn de geldsom volledig aan het pandhuis heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan, en dat het pandhuis eigenaar van de zaak wordt, indien volledige terugbetaling van de geldsom en volledige voldoening van de pandbeleningsvergoeding binnen de beleentermijn uitblijft;
- b. hetzij dat de pandbelener de zaak terstond aan het pandhuis in eigendom overdraagt, maar het pandhuis gehouden is de zaak aan de pandbelener terug te geven, indien deze binnen de beleentermijn de geldsom volledig aan het pandhuis heeft terugbetaald en de pandbeleningsvergoeding volledig heeft voldaan.

Stel: een consument brengt een horloge bij een bedrijf dat zaken inkoopt, verkoopt en geldleningen geeft tegen ‘vuistzekerheid’. De consument wil snel geld en de mogelijkheid om het horloge terug te krijgen. Het bedrijf biedt de consument een krediet van € 500, terug te betalen met een maandrente van 6%, een en ander te betalen binnen zes weken, waarbij het horloge in zekerheid wordt gegeven en met het beding dat als het horloge minder waard blijkt te zijn dan € 500, de **[38]** consument aansprakelijk blijft voor een tekort. Bovenaan het contract staat geschreven: “geldlening met vuistzekerheid”.

Passen we hier het stappenplan van de Hoge Raad toe, dan zijn we er vermoedelijk nog niet. Wat partijen hebben afgesproken, voldoet namelijk niet aan de *omschrijving* van pandbelening in art. 7:130 lid 1 BW. Het lijkt erop dat partijen hier een vuistpand in de zin van art. 3:236 lid 1 BW hebben afgesproken en dat is iets anders dan de varianten a en b van art. 7:130 lid 1 BW. Een vuistpand geeft bijvoorbeeld niet het recht om ingeval van betalingsverzuim toe te eigenen (art. 3:235 BW), terwijl dat in de varianten a en b van art. 7:130 lid 1 BW juist wel mag.

Is dit pandbelening of een kredietovereenkomst met vuistpand? Dat hangt ervan af wat men begrijpt onder de ‘omschrijving’ van het benoemde contract, zo begrijp ik de Hoge Raad. Bij het uitleggen van de overeenkomst gaat het om wat partijen hebben afgesproken, terwijl bij het bepalen van de *strekking* het om een holistische benadering gaat. Soms moet de strekking worden verkend om te bepalen of het contract toch wordt beheerst door de betreffende regels. Bij pandbelening is dat zeker het geval. In het tweede lid van art. 7:130 BW staat namelijk een zogenaamde strekkingsbepaling: de regels van pandbelening zijn mede van toepassing op iedere overeenkomst,

aangegaan onder welke vorm of benaming dan ook, met dezelfde strekking als een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid. Een strekkingsbepaling vraagt om een ‘eendentest’: *if it looks like a duck, swims like a duck and quacks like a duck, then it probably is a duck.*

Bij dwingend contractenrecht is het partijen er niet zelden om te doen het contract zo vorm te geven dat de consequenties van het wezen ervan worden vermeden door de vorm aan te passen.⁴ Strekkingsbepalingen die de ‘eendentest’ voorschrijven, worden soms wel en soms niet door de wetgever gehanteerd. We zien ze bijv. *wel* bij goederenkrediet (art. 7:84 lid 2 BW), huurkoop woonruimte (art. 7:113 lid 3 BW), maar *niet* bij zwaar gereguleerde contracten zoals de huur-, pacht- en arbeidsovereenkomst. Juist daar lijkt het mij dat ook zonder wettelijke strekkingsbepaling de ‘eendentest’ nodig kan zijn als men wetsontwijking wil tegengaan.⁵

De ‘eendentest’ wijst in het voorbeeld van de geldlening met vuistzekerheid in uiteenlopende richtingen: de afgesproken rechtsgevolgen maken dat de overeenkomst niet onder de omschrijving valt. Er wordt een maandrente bedongen die hoger is dan het wettelijk maximum bij pandbelening, er moet sneller worden afgelost dan de wet toestaat bij pandbelening en de consument blijft – in afwijking van wat zou gelden als het pandbelening zou zijn – aansprakelijk voor een tekort.⁶ het horloge wordt niet eigendom van het bedrijf in geval van verzuim. Er zijn behoorlijk wat aanwijzingen die erop duiden dat partijen iets anders hebben afgesproken dan binnen de wettelijke grenzen van de pandbelening zou zijn toegestaan. Hoe moeten we de overeenkomst nu kwalificeren? Als we kijken naar wat is afgesproken, komen we waarschijnlijk op consumentenkrediet met vuistpand. Ik laat even buiten beschouwing dat consumentenkrediet óók [39] een benoemd contract is;⁷ het gaat mij om de vraag of de wetgever ontwijking van de dwingende regels van de pandbelening heeft willen voorkomen. Als dat zo is, dan is een ruime toepassing van de strekkingsbepaling van art. 7:130 lid 2 BW de juistere keuze.⁸ Die keuze volgt echter niet dwingend uit de ‘omschrijving’ van de overeenkomst in het eerste lid maar uit een weging van de verschillende aanwijzingen in het licht van de *strekking* van de *gehele* wettelijke regeling. En zo wil de Hoge Raad ook dat wordt gewogen. In een eerdere uitspraak over de vraag of een timeshare gekwalificeerd moet worden als huur oordeelde hij namelijk:

“Niet beslissend is immers of de Overeenkomsten elementen bevatten op grond waarvan op zichzelf aan de wettelijke omschrijving van huur is voldaan, maar of in de gegeven omstandigheden, gelet op hetgeen partijen ten tijde van het sluiten van de Overeenkomsten voor ogen stond, de inhoud en strekking van de Overeenkomsten van dien aard zijn dat deze in hun geheel beschouwd als huurovereenkomsten kunnen worden aangemerkt.”⁹

⁴ Een complicatie hierbij is dat de Hoge Raad soms ‘aard en strekking’ van de overeenkomst betreft bij de uitleg ervan (bijv. HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565); als de strekking is het ontwijken van de kwalificatie van de overeenkomst die tot toepasselijkheid van een bepaalde wettelijke regeling zou leiden, dan zal die strekking in het stappenplan van de Hoge Raad bij de kwalificatie juist moeten worden genegeerd.

⁵ Of wetgever en rechter dit ontwijkingsgedrag willen tegengaan, is overigens lang niet altijd een uitgemaakte zaak. Denk aan de omschrijving van de arbeidsovereenkomst in art. 7:610 lid 1 BW, die slechts een zeer dunne scheidslijn aanbrengt tussen arbeidsovereenkomst en overeenkomst van opdracht. Wetgever en rechter laten in dat grensgebied bepaalde constructies gewoon toe die er op de keper beschouwd toe strekken om de onwettelijke consequenties van de kwalificatie als arbeidsovereenkomst te ontwijken.

⁶ Zie voor de maandrente van max. 4,5 % art. 7:137 BW jo. art. 1 Regels Pandbelening (AmvB Stb. 2013, 350); de aflossingstermijn is op grond van art. 7:135 lid 1 BW ten minste twee maanden; art. 7:139 BW bepaalt dat geen verhaal voor het tekort mogelijk is. Art. 7:138 BW bepaalt bovendien dat bepaalde regels inzake vuistpand wel en niet van toepassing zijn; het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW is niet van toepassing (en dat is natuurlijk vanwege de aard van de varianten a en b in art. 7:130 lid 1 BW).

⁷ Zie de *omschrijving* van kredietovereenkomst in art. 7:57 lid 1 aanhef en onder c BW en de bepaling van het werkingsbereik van Titel 7.2a BW in art. 7:58 lid 2 aanhef en onder i BW.

⁸ Dat betekent bijv. ook dat als een beleentermijn wordt afgesproken die korter is dan twee maanden, de overeenkomst *wel* binnen het werkingsbereik van de pandbelening valt (de duur van de termijn is namelijk geen onderdeel van de kwalificatie van de overeenkomst) en de termijn vervolgens wegens strijd met art. 7:135 lid 1 BW wordt verlengd tot twee maanden.

⁹ HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9673, NJ 2012/73 (*Royal Palm Beach Club*). Vgl. A.R. De Jonge, *Huurrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 29-30.

Dat is een proces dat meer lijkt op een heen-en-weer gaan tussen uitleg en kwalificatie in het licht van de strekking van wat partijen zijn overeengekomen dan een lineair proces van uitleg en kwalificatie zoals het stappenplan het suggereert. Je moet namelijk eerst de essentiële elementen in de wettelijke regeling identificeren – *voorbij* de wettelijke omschrijving – die maken dat een na uitleg vastgestelde inhoud van een overeenkomst qua strekking toch onder de betreffende wettelijke regeling valt, ook als deze niet strikt onder de wettelijke omschrijving begrepen kan worden. Dat proces is juist ook nodig als de wettelijke omschrijving elementen omvat die eenvoudig te omzeilen zijn. Hoe zou een mondelinge overeenkomst van uitscharing moeten worden gekwalificeerd als art. 7:311 BW de overeenkomst van pacht omschreef als ‘de op schrift gestelde overeenkomst waarbij de ene partij, de verpachter, zich verbindt...’ et cetera? Dan komt men er niet met een simpele verwijzing naar de *omschrijving* van de overeenkomst (die vergt namelijk schriftelijkheid), maar moet binnen die omschrijving nog worden verfijnd naar de essentialia zodat ook de mondelinge uitscharing een pachtovereenkomst oplevert.¹⁰ Ook om die reden is het stappenplan niet altijd het hele verhaal.

Stappenplan of eendentest?

Krans schreef in dit blad eerder:

“Een trefzekere kwalificatie is op voorhand niet altijd te geven. Toch is het goed om, zowel in het universitair onderwijs als in de praktijk, ruim aandacht te schenken aan kwalificatie. Met een juiste duiding van de rechtsverhouding kan een belangrijk deel van het toepasselijk juridisch kader zijn beslist. Het tot in detail doordenken van de rechtsgevolgen van een casus kan in een ander licht komen te staan indien blijkt dat niet juist is gekwalificeerd. Tijdige bezinning op kwalificatiekwesties kan dan ook onvermoede vragen en onaangename verrassingen voorkomen.”¹¹

[40] Het stappenplan dat de Hoge Raad hanteert, kan zeker behulpzaam zijn bij het voorkomen van die verrassingen. Tegelijk zou ik willen waarschuwen voor een te groot vertrouwen in het stappenplan; soms moet voorbij de wettelijke omschrijving worden gekeken naar het geheel van de wettelijke regeling, om dan weer terug te keren naar het (uitgelegde) contract om te bezien of de strekking daarvan toch niet ook voldoet aan de essentiële elementen van het benoemde contract. Soms is dus ook de eendentest nodig als de overeenkomst op het eerste gezicht niet aan de wettelijke omschrijving voldoet.¹²

¹⁰ In de wet staat schriftelijkheid niet in de wettelijke *omschrijving* van pacht (art. 7:311 BW) maar even verderop als niet-constitutief vereiste (art. 7:317 BW). Zou schriftelijkheid wél in de omschrijving staan, dan zou men de eendentest moeten gebruiken om tot toepasselijkheid van de regels van pacht te komen bij een mondelinge uitscharing.

¹¹ H.B. Krans, ‘Het belang van kwalificatie’, NTBR 2012/8, p. 286.

¹² Nog gecompliceerder zijn die gevallen waarin overeenkomsten onder de beschrijving van meer dan één benoemd contract vallen, de wettelijke regelingen elkaar niet uitsluiten en hun wettelijk regimes verschillen qua beschermingsniveau. Zie daarover A.G. Castermans en H.B. Krans, *Samenloop* (Mon. BW A21), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 9 e.v.