

Aanpassing van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden: een kwestie van uitleg?

J.M. van Dunné

1. Inleiding. De opzet van het verhaal en de uitgangspunten

1. De bovenstaande titel van dit artikel, de bewerking van een voordracht op een symposium in mei van dit jaar, is in zover aantrekkelijk omdat dit voor de één een open deur, voor de ander baarljke nonsens zal zijn. Dat heeft niet alleen te maken met het onderwerp van de onvoorziene omstandigheden, maar ook met dat van het minstens zo controversiële leerstuk van uitleg van overeenkomsten. Ik moet bekennen dat ik dit aanvankelijk niet in de gaten had, ik heb op beide onderwerpen een visie die in elkaars verlengde ligt, en dan valt dat niet zo op. Inderdaad, de *normatieve uitleg*: voor de één vanzelfsprekend, voor de ander een verdachte figuur, althans waar sommige auteurs het liefst omheen praten. Dat kan ik uitleggen, zoals dat in het spraakgebruik heet, maar eerst iets over de opzet van dit artikel.

Op het genoemde symposium heb ik een aantal stellingen over dit onderwerp verdedigd, die ik hierbij tot een artikel omwerk. Gezien het karakter van dit tijdschrift, met zo stel ik mij voor veel overbelaste praktijkjuristen als lezers, de bekende ‘koppensnellende’ lezers, lijkt het verstandig om dicht bij de stellingen te blijven en niet teveel wetenschappelijk uit te weiden. Dat laatste gaat niet helemaal lukken ben ik bang, maar ik zal mijzelf beperkingen opleggen en veelal verwijzen naar elders, om de kerk in het midden te houden. Als die beeldspraak tenminste nog bekend is bij lezers van jongere generaties. Het is in elk geval toepasselijk, omdat de scholenstrijd op het onderhavige gebied veel trekken heeft van religieuze groeperingen: men *geloof*t in normatieve uitleg, alias uitleg naar redelijkheid en billijkheid, of in de tegenpool, taalkundige uitleg, alias de objectieve Haviltex-norm (terwijl bovendien *uitleg* ‘iets héél anders’ is dan *aanvulling* van de overeenkomst). Zeker als het om commerciële contracten gaat, opgesteld door professionele contractanten, vaak ook bijgestaan door juristen, door de wol geverfde personen dus. Aangezien de modale lezer van *Contracteren* tot die categorie zal behoren, stel ik mij zo voor, moet dit verhaal ook voor dat type jurist te volgen zijn. En, mooier nog, overtuigend kunnen zijn.

Bij geloof horen traditioneel *dogma*'s, en die zijn in ruime mate voorhanden bij dit onderwerp (evenals trouwens bij nogal wat andere leerstukken uit het contractenrecht en verbintenissenrecht in het algemeen). Nu hoort het bij mijn stiel om dogma's ter discussie te stellen, en ik zal ook in dit verhaal de lezer niet teleurstellen. Tjittes noemde mij op het symposium ‘nog steeds een *enfant terrible* ondanks mijn 70 jaar’: gesteld tegenover de oude heren van de generatie-Tjittes zal dat wel kloppen. Ik zie het dan maar als een geuzennaam: kinderen stellen immers moeilijke vragen die de volwassenen liever niet beantwoorden (en, in welk geloof werd ook weer gezegd dat je het Koninkrijk der Hemelen alleen als kind kan binnengaan?). Ik heb mij in het vaste gebruik geschikt dat door mijn tegenstanders stevast onder het tapijt geschoven wordt dat de overgrote meerderheid van de wetenschappelijk schrijvers van de afgelopen eeuw op de door mij verdedigde lijn zit, zeker op de onderwerpen die hier aan de orde zijn.

2. Waar gaat dit verhaal over? Behalve over uitleg, zoals intussen duidelijk zal zijn, vooral over het leerstuk van *imprévision*, de aanpassing van overeenkomsten op grond van art. 6:258 BW, de ‘onvoorziene omstandigheden’. Het grote dogma op dat terrein is dat de rechter ‘grote terughoudendheid’ moet betrachten bij het eventuele aanpassen van contracten vanwege onvoorziene omstandigheden. Aldus, in de heersende leer: de Toelichting op het artikel en de Hoge Raad in vaste jurisprudentie. In het verlengde hiervan, een tweede dogma dat dit bij de zogenaamde beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet anders is, met dezelfde bronnen. En tenslotte, als derde dogma, dat dit alles niet met uitleg gelijk te stellen is (dat nu eenmaal iets anders is dan aanvulling van de overeenkomst, en bovendien feitelijk van aard).

Ik zal trachten aan te tonen dat deze dogma’s bijgezet kunnen worden in het archief (wat mij betreft het ronde archief), waarbij ik mij *mirabile dictu* zowel op de Toelichting NBW als op de jurisprudentie van de Hoge Raad zal beroepen.

Dan nu de uitgangspunten. Een goede aanloop voor ons onderwerp is de eerste stelling die ik op het symposium te berde bracht:

Stelling 1

Toepassing van art. 6:258 BW op een geval van aanpassing van de overeenkomst op grond van gewijzigde (‘onvoorziene’) omstandigheden vraagt allereerst om uitleg van de overeenkomst.

Uitleg van de overeenkomst is de vaststelling van de inhoud van de rechtsverhouding van partijen; de rechten en verplichtingen die overeengekomen zijn. Indien een schriftelijke overeenkomst opgesteld is, gebeurt dat mede met behulp van uitleg van dat document.

De verwarring rond de figuur van uitleg is grotendeels te wijten aan de omstandigheid dat met het woord ‘overeenkomst’ zowel de *rechtsverhouding* als het *document* aangeduid wordt.

Hiermee zijn de kaarten op tafel gelegd, dat wil zeggen enkele poppen uit het spel. Dit vraagt zo te zien om een uitwerking, maar alvorens dat te doen, wat praktijkgevallen uit de jurisprudentie, aan de hand van een tweede stelling:

Stelling 2

De omgang van juristen met taal wordt gekenmerkt door overspannen verwachtingen, c.q. een naïeve instelling ten aanzien van de betekenis van woorden die zou vaststaan en voor een ieder duidelijk zou zijn.

Daarmee zijn wij in uitlegland beland, onze eerste bestemming.

2. Het uitlegvraagstuk. Ook een kwestie van uitleg?

3. Wanneer wij het over uitleg gaan hebben, is het aantrekkelijk om allereerst in te gaan op de bekende tegenstelling tussen de uitspraken: ‘woorden zijn nooit duidelijk’, *versus* ‘er staat wat er staat’, met als bekende zegslieden respectievelijk Paul Scholten en Willem Grosheide – al zit er wel een kleine eeuw tussen. Ik zal daar echter niet bij stilstaan. Deze uitspraken zijn allebei waar, wat mij betreft, maar ik ben dan ook dialecticus, in de traditie van Paul Scholten

en Telders en Eggens (onze vaderlandse Hegelianen), en hun leerlingen, zoals Pitlo en Schoordijk. Overigens allen fervente normatieve uitleggers.

Ik neem als vertrekpunt voor mijn verhaal enkele algemene beschouwingen over hoe juristen met de taal omgaan, aan de hand van de jurisprudentie. Dit is geen luxe, in de doctrine wordt de laatste tijd de ‘taalkundige uitleg’ weer op het schild geheven, soms zelfs in *Haviltex*-uitrusting. Ook in dit blad, maar daarover zo dadelijk meer.

Woorden zijn slechts een instrument dat gebruikt wordt om de rechtsverhouding van partijen bij een overeenkomst te beschrijven en daarmee te trachten vast te leggen.

Woorden kunnen daarbij hun betekenis ontlenen aan:

- het *verleden*, dat wil zeggen de wijze waarop ze door partijen tijdens de onderhandelingen gebruikt zijn;
- het *heden*: het gebruik in de branche van partijen of hun belevingswereld;
- de *toekomst*, die zij vorm willen geven door middel van hun overeenkomst.

Zonder *kennis* van deze drie categorieën valt aan de inhoud van door partijen in hun schriftelijke overeenkomst gebruikte woorden geen zinvolle betekenis te geven. ‘Geen tekst zonder context’. De letterlijke of grammaticale betekenis van woorden hoort in het woordenboek of de grammatica thuis, en behoort daar tijdens de uitleg vooral te blijven.

Die kennis kan groot of beperkt zijn, al naar gelang de professionele achtergrond van de contractant: gaat het om *repeat-players* of *one-shotters*? (in het rechtssociologische jargon). Het is dan ook nog de vraag of beide partijen over dezelfde kennis beschikken.

Ik geef voorbeelden van elk van de drie categorieën, van de ‘duidelijke woorden’ die daarbij in het spel zijn:

- Het verleden: het woord ‘belastingsschade’, zie: *misverstand*-arrest, *Gem. Bunde – Erckens*, HR 17 dec. 1976; inzake een (minnelijke) onteigeningsovereenkomst.
- Het heden/gebruik: de term: ‘geen premie, geen uitkering’ (‘de verzekerde verliest 14 dagen na het vervallen van de premie zijn aanspraak op schadeloosstelling’), zie: *Rederij Koppe*, HR 20 mei 1949; inzake een (beurs-)verzekeringsovereenkomst.
- De toekomst: het woord (15% der) ‘licentiesommen’, zie: *Van Stijverden – Van Olst*, HR 30 nov. 1951; inzake een financieringsovereenkomst voor de exploitatie van een naafmotor.

Het valt op dat het hier steeds om duidelijke woorden gaat, waar op zich geen speld tussen te krijgen is, de woorden: ‘belastingsschade’, ‘geen premie, geen uitkering’ en ‘licentiesommen’. Wanneer men de ‘taalkundige’ uitleg volgt, die nog steeds aanhangers heeft, zou men toch snel klaar moeten zijn met de uitleg hiervan, er staat gewoon wat er staat. Dat het in deze zaken steeds tot een diametraal andere uitkomst geleid heeft voor de hoogste rechter, heeft met de genoemde drie categorieën te maken. Het inzicht over de betekenis die deze woorden voor de contractspartijen heeft, wordt ontleend aan respectievelijk het verleden (zoals partijen met elkaar bij de onderhandelingen erover gesproken hebben), het heden (het gebruik in de branche bij het toepassen van de term) of de toekomst (welk beeld hadden partijen van de toekomst van hun samenwerking?). Het zijn dus eigenlijk de Drie Schikgodinnen die bij de uitleg de dienst uitmaken, die de draden spinnen die het leven bepalen.

4. Deze benadering van de uitleg is geen Nederlandse hobby. In het Engels recht, dat voor velen gelijk staat met uitleg naar de letter van het contract, kent soortgelijke standaardarresten over uitleg. In de volgende zaken zijn woorden in het geding die evenmin van ‘duidelijke’ woorden te onderscheiden zijn:

- ‘(ship)owners’, zie: *Stolt Loyalty v Soframar*, 1995;
- ‘13th January’, zie: *Mannai Investment*, 1997;
- ‘actually paid’, zie: *Charter Insurance Co. v Fagan*, 1997;
- ‘any claim’, zie: *BCC v Ali*, 2002.¹

De Engelse rechter heeft hierbij steeds de taalkundige uitleg afgewezen en de redelijke uitleg gevolgd: ‘what a reasonable person would have understood the parties to have meant by using the language which they did’. Het gaat daarbij om ‘a reasonable person having all the background knowledge which would have been available to the parties’. Om die achtergrondkennis gaat het hier, en die staat niet in het woordenboek. Volgens Lord Hoffmann, die ik hier citeer, zijn er in beginsel ‘no conceptual limits to what can properly be regarded as background’.²

5. Nu wij het over taalkundige uitleg hebben, wat zei de Hoge Raad er ook weer over in *Haviltex*? Het kan geen kwaad dat nog eens te citeren:

‘De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen 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’.

Het komt hierbij aan op:

‘de *zin* die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer *redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen* en op hetgeen zij te dien aanzien *redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten*’.

Vervolgens wordt door de Raad gewezen op het belang van de *maatschappelijke kringen* waartoe partijen behoren, en welke *rechtskennis* van hen mag worden verwacht. (*Haviltex*-arrest, HR 13 maart 1981; mijn curs.).

In dat laatste zien wij de *achtergrond-kennis* als uitlegfactor verschijnen. Ik breng hierbij in herinnering dat de woorden uit het contract die toen om uitleg vroegen waren:

‘a. Tot eind 1976 heeft koper het recht de machine terug te geven voor f20.000’;
d. Verkopers hebben tot eind 1976 het recht de machine tegen contante betaling van de door kopers betaalde prijs terug te kopen indien de heer Langerwerf niet meer bij Haviltex in dienst is’.

Taalkundig niet echt ingewikkeld, zou men zeggen. Advocaat-Generaal Franx had geadviseerd om die tekst letterlijk uit te leggen, zoals ook het hof gedaan had door middel van een ‘zuiver taalkundige’ uitleg. Dat advies werd niet overgenomen door de cassatierechter.

¹ Zie hiervoor, met vindplaatsen, mijn bijdrage aan de Grosheide-Bundel, 2006, ‘Normatieve uitleg à l’anglaise. Investors Compensation Scheme (1998) als de Engelse Haviltex-zaak’, p. 103 e.v.; op p. 113. Zie voor dit onderwerp uitvoeriger het artikel van Ivar Wendt in deze aflevering.

² Ontleend aan zijn opinion in: *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd*, 2009, UKHL 38, nrs. 14, 21 en 33. Hoffmann geeft daar een samenvatting van *Investors Compensation Scheme* (ook wel bekend als: *ICS*), 1998, de Engelse *Haviltex*. Het laatste citaat komt uit *BCC v Ali*, 2002, eerder genoemd. Maar let op: de precontractuele onderhandelingen vallen in beginsel buiten die achtergrond-kennis (aldus Hoffmann, en de House of Lords in vaste rechtspraak).

Wat zegt de Hoge Raad precies in de befaamde Haviltex-overweging? In de eerste hier aangehaalde alinea zien wij de uitlegcontroverse in normatieve zin beslecht. De vaststelling van de verhouding van partijen en de vraag of er van een leemte sprake is die aangevuld moet worden, vraagt om uitleg. Maar dat is niet de zuiver taalkundige uitleg van de contractsbepalingen. Welke uitleg is het wel? Dan volgt de ‘mantra van Haviltex’, zoals Hartkamp dat eens als A-G noemde: de zin die partijen aan die bepalingen ‘redelijkerwijs mochten toekennen’ en hetgeen ze daaromtrent ‘redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten’. Dat laatste, die redelijke betekenis van contractsbepalingen, is dus het instrument voor vaststelling van de rechtsverhouding van partijen, inclusief aanvulling van leemten in die rechtsverhouding. Kortom, normatieve uitleg.

Het valt op dat in deze formulering van de Hoge Raad de redelijke *verwachtingen* van partijen zo’n grote rol spelen. Die zienswijze wordt al sinds Romeinse tijden met het begrip ‘goede trouw’ (*bona fides*) verwoord. Zoals bekend een term die door de NBW-wetgever door de redelijkheid en billijkheid werd vervangen in het verbintenissenrecht. Maar het gaat hier om hetzelfde beginsel, de pendant van: *good faith, Treu und Glauben, la bonne foi* in omringende landen. Partijen gaan in goed vertrouwen met elkaar een overeenkomst aan, en verwachten daarbij dat de wederpartij zich bij de uitvoering ervan als bona fide partij zal gedragen. Dus ook bij de uitleg van wat zij schriftelijk zijn overeengekomen over de uitvoering. De belofte – de tegenpool van vertrouwen – als grondslag van de overeenkomst is een oer-oud begrip. Ik denk daarbij niet alleen aan het klassieke Romeinse recht, toen de overeenkomst werd gesloten door de uitwisseling van beloften: *Spondesne? – Spondeo*. Aan het eind van de 19^e eeuw was de belofte de grondslag van de ‘Nieuwe leer’ ter vervanging van de wilsleer. ‘Belofte maakt schuld’, in plaats van de consensus als fundament van de overeenkomst. Dat leidde rond 1875 tot de vertrouwensleer (Nederland), de Vertrauenslehre (Duitsland), la confiance légitime (Frankrijk) en de Løftetheorie (Scandinavië).³

Ik sta hierbij stil, niet alleen omdat een jurist (net als een volk) die zijn verleden niet kent, geen toekomst heeft, maar vooral om te laten zien dat de overeenkomst een dynamische figuur is, een rechtsverhouding in beweging. Aan het begin van de rit, de contractssluiting, is eigenlijk van een moment-opname sprake. De toekomst ligt nog in nevelen gehuld. Dat is een zienswijze die wij nodig hebben wanneer wij de ‘onvoorziene omstandigheden’, *imprévision* aan de orde gaan stellen. De rechtsverhouding van partijen, in een overeenkomst neergelegd, krijgt behalve met voorziene, ook met onvoorziene omstandigheden te maken. Niets menselijks is contracten vreemd. Als naderhand de schriftelijke overeenkomst uitgelegd moet worden, heeft de partij die het contract geschreven heeft wel het eerste woord, maar niet het laatste woord.

6. Uitleg van de overeenkomst is dus, ook volgens de Hoge Raad, gebaseerd op het beginsel van de goede trouw, alias: redelijkheid en billijkheid. Al ruim een halve eeuw spreekt de rechter – de hoogste rechter inclusief – van ‘redelijke uitleg’ of ‘uitleg te goeder trouw’. In het bekende arrest *DSM/Fox* van 2004 heeft de Hoge Raad dat nog eens bevestigd. In dezelfde zin zijn ook de arresten *Vodafone/ECT* (2007) en *Kamsteeg/Lisser* (2010).⁴ In beide zaken

³ Zie mijn *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, 1971, Deventer: Kluwer, pp. 306-317. De ‘Vertrauenslehre’ werd in het Duitse recht later de ‘Erklärungstheorie’ genoemd. De ‘verklaringsleer’ heeft nooit bestaan, al staat dat nog steeds in onze studieboeken.

⁴ Respectievelijk: HR 20 febr. 2004, *NJ* 2005, 493, m.nt. Du Perron, *DSM/Fox*; HR 19 okt. 2007, *NJ* 2007, 565, *Vodafone/ETC*; HR 20 dec. 2010, *NJ* 2011, 111, m.nt. Verstijlen, *Kamsteeg/Lisser*. Het eerste arrest werd

was bij de uitleg van een schriftelijke overeenkomst de relatie tot de rechtsverhouding van partijen in het geding. Zoals hierboven door mij verdedigd werd moet men dit als één geheel zien. Wanneer men uitleg ziet als de vaststelling van de rechtsverhouding van partijen is dat vanzelfsprekend, en daarmee ook de overgang van uitleg naar aanvulling van de overeenkomst. Immers, de term ‘overeenkomst’ betekent zowel de rechtsverhouding van partijen als het schriftelijk stuk waarin contractuele verplichtingen zijn neergelegd. In beide casus maakt een partij misbruik van de overeenkomst, door middel van een onredelijke uitleg van het document.

In het *Vodafone*-arrest ging het bij de uitleg van een overeenkomst om iets dat niet expliciet daarin geregeld was, en waarvan contractspartij ETC listig gebruik gemaakt had, door een beltegoed zo te gebruiken dat daarmee veel geld verdiend werd ten koste van de wederpartij, Vodafone. Het hof had bepaald, door middel van een zuiver taalkundige uitleg, dat het oneigenlijk gebruik van het beltegoed niet door de tekst van de overeenkomst verboden was. De Hoge Raad oordeelt daarentegen dat het hof ook had moeten onderzoeken ‘of ETC, mede in verband met de aard en strekking van de overeenkomst, ook zonder dat dit gebruik uitdrukkelijk verboden werd, had behoren te begrijpen dat zij zich daarvan diende te onthouden’ (rov. 3.4). Dan volgt een overweging van de cassatierechter van hoogst normatieve snit:

3.5 ‘Het hof heeft voorts miskend dat de rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar niet alleen bepaald worden door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, doch ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst. Op grond daarvan moeten zij hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit kan in een geval als het onderhavige meebrengen dat ETC geen oneigenlijk gebruik mocht maken van het beltegoed omdat zij wist of had behoren te beseffen dat dit gebruik Vodafone onaanvaardbaar benadeelde.’

In de *Kamsteeg*-zaak was de schriftelijke overeenkomst een notariële akte waarbij een recht van opstal gevestigd werd. De daarin tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling mocht door middel van uitleg naar objectieve maatstaven uit die akte worden afgeleid, stelt de Hoge Raad. Het hof oordeelde echter ten onrechte dat daarnaast geen plaats meer is voor bewijslevering met betrekking tot de partijbedoeling bij het sluiten van de overeenkomst. Partijen streden over de duur van het opstalrecht en Kamsteeg had een beroep op misbruik van bevoegdheid gedaan omdat partijen een andere bedoeling omtrent de duur van het opstalrecht hadden. Het hof had dat beroep terzijde gesteld omdat ‘de partijbedoeling vaststaat’. De Hoge Raad casseert, want:

‘Het hof heeft aldus ten onrechte een onderzoek naar de inhoud van de obligatoire overeenkomst achterwege gelaten, althans ten onrechte de inhoud daarvan vastgesteld aan de hand van de objectieve uitlegmaatstaf in plaats van de *Haviltex*-maatstaf’ (rov. 4.2.3, in fine).

Ook hier ziet men weer dat uitleg van de overeenkomst als document niet los gedacht kan worden van uitleg van de onderliggende rechtsverhouding van partijen, en dat alles in het licht van de redelijkheid en billijkheid.

Men dient deze jurisprudentie voor ogen te houden wanneer men de oudere rechtspraak over de uitleg in geval van zuiver commerciële transacties, contracten die door deskundige

raadsliden opgesteld zijn, naar waarde wil schatten. Het is in de literatuur breed uitgemeten dat daarbij de taalkundige uitleg een grote rol zou spelen volgens de Hoge Raad, en wel om voorshands de betekenis vast te stellen, tot op tegenbewijs. Het gaat daarbij om een meest voor de hand liggende uitleg van de contractsbepaling. Steevast is hierbij sprake van een hof dat die weg gevolgd heeft, waarop het daartegen ingestelde cassatieberoep verworpen wordt. Aldus de arresten *PontMeyer* en *Derksen/Homburg*, beide uit 2007.⁵ Schrijvers als Tjittes hechten grote betekenis aan deze jurisprudentie voor de aanvaarding van de door hen in het algemeen bepleite taalkundige uitleg bij commerciële contracten.⁶ Ik laat dat verder rusten.

7. Hierboven gaf ik het *Haviltex*-arrest uitvoerig weer. Dat is geen luxe, want er zijn juristen die ditzelfde arrest gebruiken om de ‘subjectieve uitleg’ (ook wel: ‘subjectief-objectieve uitleg’) te propageren, zoals Tjittes en navolgers, die zich ook op Asser/Hartkamp beroepen.⁷ De ‘klassieke Haviltex-formule’ is ‘geen zuiver objectieve norm, omdat het hier gaat om de gerechtvaardigde verwachtingen van *de desbetreffende contractspartijen* en niet van redelijke personen (in dezelfde omstandigheden als partijen of in het algemeen)’, stelt Tjittes. Ik heb hiertegen twee bezwaren. Allereerst dat de term ‘subjectief’ hier tegelijkertijd op twee manieren gehanteerd wordt: enerzijds als tegengestelde van ‘objectief’: dat wil zeggen de individuele, subjectieve betekenis die door een contractspartij aan woorden gehecht wordt, gaat boven een ‘objectieve’, gebruikelijke of algemeen aanvaarde betekenis van die woorden. Anderzijds wordt met de term ‘subjectief’ bedoeld: ‘het *subject* in kwestie’, dat wil zeggen de ‘desbetreffende contractspartij’.

Iedereen mag natuurlijk woorden zo gebruiken als hij wil, maar het gaat mij te ver om te beweren dat de Hoge Raad dat in *Haviltex* ook op deze manier doet. Om te beginnen, de norm van de betekenis die redelijkerwijze aan de woorden mocht worden toegekend op grond van hetgeen partijen te dien aanzien ‘redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten’. De objectivering ligt er hier dik boven op, zou ik zeggen: een subjectieve, individueel bepaalde betekenis is slechts van belang indien de wederpartij dat redelijkerwijze zo moest opvatten.

Dat kan zich natuurlijk wel voordoen. Als een partij onder de ‘1^e verdieping’ de begane grond verstaat en de andere partij dat redelijkerwijze ook zo opgevat heeft (hij heeft het gezien) dan mag de laatste niet achteraf zeggen dat taalkundige de ‘1^e verdieping’ de verdieping bóven de begane grond betekent. Dit is het oude voorbeeld dat Van Schilfgaarde ooit gaf, als bewijs voor de hegemonie van de subjectieve partijbedoeling als uitgangspunt voor de uitleg, in plaats van normatieve uitleg.

Dit argument kan niet overtuigen. Afwijkend taalgebruik is onderdeel van de contractsvrijheid; indien dat voor de wederpartij bekend was en door haar overgenomen werd, dan is daarmee de betekenis objectief vastgesteld. De wederpartij mocht redelijkerwijs geen andere betekenis aan die woorden toekennen, laat staan daarmee naderhand op de proppen

⁵ HR 19 jan. 2007, NJ 2007, 575, m.nt. Wissink, *Meyer Europe/PontMeyer*; HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576, m.nt. Wissink, *Derksen/Homburg*. Opvallend is dat A-G Timmermans in de *PontMeyer*-zaak de grammaticale uitleg verworpen had voor het overnamecontract (concl., nr. 5.17). Van belang was voor hem dat een voorziening voor de belastingschuld getroffen was, evenals het bestaande gebruik in de fusie- en overnamepraktijk. H.M. Veenstra maakt hier de vergelijking met de figuur van ‘business common sense’, zoals door de Engelse rechter gehanteerd, zie: ‘Veranderingen in contractsuitleg in het Engelse recht’, *NTBR* 2009/8, in nt 83.

⁶ T.a.p., p.29. Zie ook, in dezelfde zin, bijvoorbeeld Wissink, noot onder *Derksen/Homburg*; H.N. Schelhaas *NTBR* 2008/21, p.151 e.v.

⁷ Tjittes, t.a.p., p.14, en bijv. H.M. Veenstra, t.a.p., nr. 52. Vgl. ook Asser/Hartkamp 4-II, 2005, nr. 280; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6 III*, 2010, nr. 362, die echter genuanceerder is. Hartkamp ziet uitleg als de vaststelling van de rechtsgevolgen van verklaringen van partijen op grond van de redelijkheid en billijkheid, en verwerpt uitleg als het opsporen van de gemeenschappelijke bedoeling van partijen, want dat zou consequent toepassen van de wilstheorie zijn, en ‘daarvan kan geen sprake zijn’. *Hear, hear!*

komen om de overeenkomst naar haar hand te zetten. Dat is niet anders dan misbruik van taalkunde die gepleegd wordt.

Wat de concrete, ‘desbetreffende contractant’ betreft - en geen ‘redelijk persoon (in dezelfde omstandigheden als partijen of in het algemeen)’: ook dat is niet de weg die de Hoge Raad in *Haviltex* gevolgd heeft. Het gaat daar immers om ‘de maatschappelijke kringen waartoe partijen behoren’, evenals ‘de rechtskennis die van hen kan worden verwacht’. Dan is toch sprake van de objectivering van de kennis van bij de contractspartij in kwestie? Dat is toch niet anders dan het hanteren van de figuur van een redelijk persoon onder dezelfde omstandigheden?

8. Het valt ook op dat Tjittes *cum suis* steeds over de subjectieve bedoeling van contractspartijen (meervoud) spreken, terwijl het toch om de contractspartij (enkelvoud) gaat die zich op de contractstekst beroept, dat wil zeggen de taalkundige betekenis daarvan, tegenover een wederpartij die daar anders over denkt. Als beide partijen het over de betekenis van de woorden eens zijn, is er immers geen geschil over de uitleg van de contractsbepaling? Toch noemt Tjittes de subjectieve, gezamenlijke partijbedoeling het voorwerp van uitleg. Als die vaststaat, komt men aan de *Haviltex*-uitleg (normatieve uitleg, dus) niet toe. Op psychologisch interessante wijze wordt dit door hem verwoord:

‘Alhoewel dit niet duidelijk uit de *Haviltex*-formule blijkt, staat naar Nederlands recht het achterhalen van de subjectieve gemeenschappelijke partijbedoeling voorop.’⁸

Ook het normatieve karakter van het arrest *DSM/Fox* van 2004 wordt door Tjittes geherinterpreteerd naar zijn visie op de uitleg. Merkwwaardigerwijze is dan plotseling het subjectieve karakter van de uitleg réchtstreeks uit *Haviltex* te herleiden:

‘In het arrest *DSM/Fox* heeft de Hoge Raad (rov. 4.5) desalniettemin vermeld, dat de grondslag van de *Haviltex*norm de redelijkheid en billijkheid is. Indien de Hoge Raad daarmee wil aangeven dat het bij de *Haviltex*formule *in wezen* gaat om een uitleg naar redelijkheid en billijkheid, dan moet daarbij wel bedacht worden dat het volgens de *formulering* van het *Haviltex*arrest gaat om de subjectieve redelijkheid en billijkheid (van art. 3:11 BW) en niet om de objectieve redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 3:12 (en art. 6:2 en 248 BW). Bij de subjectieve redelijkheid en billijkheid gaat het erom wat de desbetreffende partijen wisten of behoorden te weten.’⁹

In de hierop volgende passage geeft Tjittes aan dat de door hem verworpen uitlegmethode, met behulp van de redelijke persoon, etc. neergelegd is in het Weens Koopverdrag en een drietal internationale regelingen (UP, PECL en DCRF), zoals ook het Engelse recht. Niet echt obscuur, dus. Sterker nog, normatieve uitleg is al jaar en dag aanvaard, behalve in het Engelse recht, ook naar Duits en Frans recht, maar rechtsvergelijking is in ons land nu eenmaal een stiefkind.¹⁰ Geen wonder dat de normatieve uitleg in de verdragen en uniforme regelingen staat.

⁸ T.a.p., p.11. Op p.12 lezen wij: ‘Dat de gemeenschappelijke partijbedoeling voorgaat boven de objectieve betekenis van een contract blijkt ook daaruit dat indien de gemeenschappelijke partijbedoeling strijdig is met de bewoordingen van een gemaakte afspraak, de subjectieve gemeenschappelijke partijbedoeling prevaleert.’ Het argument van Van Schilfgaarde dus, zoals net besproken.

⁹ T.a.p., p.14, noten niet opgenomen. Voor de subjectieve redelijkheid en billijkheid van art. 3:11 doet Tjittes een beroep op Valk.

¹⁰ Opvallend is dat Hartkamp bij zijn verwerping van de normatieve uitleg (d.w.z. redelijke uitleg inclusief aanvulling van de overeenkomst) zoals door een half dozijn schrijvers voorgestaan, stelt dat voor de door hem bestreden opvatting in omringende rechtsstelsels geen steun te vinden is (t.a.p., nr. 365). Zijn zegslieden zijn hier

Terug naar het standaardarrest van 1981. Ik zeg wel eens dat *Haviltex* voor de laatbloeiers is. Immers, de Hoge Raad had deze uitlegmethode al veel eerder aanvaard, en wel in 1949 met het *Rederij Koppe*-arrest. Daarin werd overwogen:

‘... (dat) het hof immers in dit oordeel bedoelde uit te drukken, dat, al staat *letterlijk genomen* in art. 6, dat de verzekerde 14 dagen na het vervallen van de premie zijn aanspraken op schadeloosstelling verliest, een *redelijke uitleg* van deze en soortgelijke zinswendingen in polissen in dezen tak van verzekering voorkomende *meebrengt, dat zij worden verstaan in de betekenis, welke daaraan in voormelde wereld wordt gehecht*, te weten, dat de verzekeraar bevoegd is na ommekomst van die 14 dagen een aanspraak van den verzekerde af te wijzen, indien zulks, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten’ (mijn curs.).

Ik weet het, de noot van Houwing heeft diepe sporen nagelaten: dat dit wijzigen van de overeenkomst is onder het mom van ‘uitleg’, zoals door de Grote Juristen na de rampzalige arresten van 1926 den volke is voorgehouden, wil men cassatie voorkomen. Daarmee werd dit standaardarrest voor velen afgeserveerd, vandaag de dag nog.¹¹ Maar wanneer men het arrest nog eens rustig leest, in de wetenschap dat het hof negen getuigen had gehoord om de betekenis van de contractsterm in de verzekeringswereld te achterhalen (die in de door de cassatierechter aangehaalde zin was), dan is het verschil met ‘Haviltexen’ toch slechts optisch.¹² Het gaat steeds om redelijke uitleg van de contractstekst, mede op grond van het handelsgebruik.¹³

Ik wees er al op dat ook Hartkamp in zijn Asserbewerking het *Rederij Koppe*-arrest tot de voorlopers van *Haviltex* rekent. Toch kan hij, al vele drukken lang, de stap naar de echte normatieve uitleg niet geheel zetten: hij blijft namelijk steken bij het samengaan van uitleg en aanvulling in die opvatting, dat is voor hem nog een brug te ver. Dat onderscheid is namelijk ‘voor de doorzichtigheid van het denkproces nuttig’, stelt hij. Het verschil tussen de opvattingen is echter ‘dikwijls van theoretische aard; in de praktijk zullen zij veelal tot dezelfde uitkomsten leiden’.¹⁴ In een debat dat ik in 1992 met Hartkamp in *Ars Aequi* gevoerd

Hesseling en Kornet. Voor het Engelse recht is dit volkomen onjuist, zie hiervoor Wendt, elders in deze aflevering. Dat geldt ook voor het Duitse en Franse recht. Hartkamp haalt nota bene zelf Larenz aan, voor wie ‘elke uitleg normatief is’. Zie nader: Larenz/Wolff, *Allgemeiner Teil*, München: Beck, 8^e dr., 1997. § 28, nrs. 4 e.v.; 23 e.v.; 122 e.v., evenals: Medicus, *Allg. Teil*, Heidelberg: Müller, 7^e dr., § 25, nr. 338 e.v. Voor normatieve uitleg in het Franse recht, zie: J. Ghestin, *Droit civil*, Paris: LGDF, 2^e dr., 1994, nrs. 39 e.v.; 50 e.v.: ‘en interprétant objectivement un contrat, le juge fait oeuvre normative’; J. Carbonnier, *Droit civil*, 4, Paris: PUF, 22e dr., 2000, nr. 42: ‘C’est selon l’esprit, de *bonne foi*, et non pas à la lettre en droit strict, qu’il faut appliquer les conventions’. Idem: Malaurie/Aynès, *Obligations*, Paris: Cujas, 2e dr., 1990, nr. 630 e.v.

¹¹ Aldus in 2010 nog C.E. Drion in het *NJB*, zie daarover Wendt. Anders dan Drion echter: Hartkamp, t.a.p., nr. 364 (nr. 281-oud).

¹² Voor het hof hadden 8 getuigen verklaard dat zij nog nooit hadden meegemaakt dat een verzekeraar een beroep op deze bepaling had gedaan; de 9^e getuige had dat één keer meegemaakt, in het geval van een chicanerende verzekeringsnemer, die alleen op deze manier aangepakt kon worden.

¹³ Ik kwam laatst een schrijver tegen die *Haviltex* als ‘de oerknal’ omschreef, het toppunt van gebrek aan historisch inzicht, zie: M.J. Tolman, *AV&S* 2010, p.241 e.v., waarover Hondius in *NTBR* juni 2011, zonder commentaar. Ook voor de oorlog hanteerde de Hoge Raad ‘uitleg te goeder trouw’, zie bijv. HR 4 dec. 1925, *NJ* 1926, 97, m.nt. Meijers, *Van Prooye/Veltenaar*. Zie mijn *Verbintenissenrecht* 1, p.143 e.v. Een auteur als Smit (diss. 1890) geeft voorbeelden van dergelijke jurisprudentie die tot ca. 1850 terug gaat, en volgt daarbij Drucker en Moltzer, grote namen in die tijd. Er is dus niets nieuws onder de zon.

De verwerping van uitleg van de overeenkomst op grond van uitsluitend taalkundige uitleg vindt men trouwens al in Asser-Rutten II, 3^e dr., 19967, p.123, met een beroep op jurisprudentie van de Hoge Raad uit 1916, 1925 en 1936, en voor testamenten 1965.

¹⁴ T.a.p., nr. 365. De kern van de paragraaf is nog uit de pen van Rutten gevloeid, zie: Asser-Rutten II, p.210.

heb, was mijn tegenargument dat als dit waar zou zijn, er niet zo vaak over uitleg geprocedeerd zou worden, tot voor de Hoge Raad aan toe (waarbij nog te bedenken valt, zoals Hartkamp toen meedeelde, dat op jaarbasis tientallen arresten over uitleg nooit gepubliceerd worden). Juist dat onderscheid zorgt voor bedrijfsongevallen bij de uitleg in feitelijke instantie, waar de cassatierechter er dan weer aan te pas moet komen. Hartkamp geeft overigens toe dat de door hem onderscheiden werkzaamheden – het vaststellen van de rechtsgevolgen ‘die uit de overeenkomst op zichzelf voortvloeien’ en het vaststellen van de rechtsbetrekking van partijen op grond van de redelijkheid en billijkheid - ‘meermalen ineen vloeien’.¹⁵ Het zou mooi zijn wanneer het denken over de uitleg bij deze schrijver (en enkele anderen) ook wat meer ineen zou vloeien, en niet in scheidend denken blijft steken. Anders gezegd, de tekst van Rutten uit de jaren zestig zou onderhand wel uit dit handboek geschrapt mogen worden door de huidige bewerkster van het Asser-deel.

9. Na deze wat theoretische zijweg - maar wel in de gedachte: ‘Es gibt nichts Praktischeres als eine gute Theorie’ (Meier-Hayoz) – nog een blik op de Drie Schikgodinnen bij de uitleg: *Verleden, Heden en Toekomst*. Soms lopen die categorieën in elkaar over. Ik geef enkele voorbeelden, in aanvulling op het eerder genoemde standaardarrest *Haviltex*:

- *Hoog Catharijne*-arrest, HR 22 dec. 1995, de term: ‘(balans)garantie’;
- *Cogasco*-arrest, *AMRO/NCM*, HR 11 nov. 1988, de voorwaarde: ‘dat Cogasco bij La Meridional ‘een verzekering heeft afgesloten’.
- *Luycks/Kroonenberg* arrest, HR 28 nov. 1998, de garantie: van bodemsanering door middel van een ‘permanente installatie’.¹⁶

Soms is de uitlegvraag in wezen een vraag naar de betekenis van gewijzigde omstandigheden. Aldus:

- *Rederij Koppe*-arrest: als gevolg van WO II kon Koppe, die ondergedoken zat, de premie niet op tijd betalen, hij had de factuur niet ontvangen. Ook direct na de oorlog, toen hij een rappel kreeg, zou tijdige betaling onmogelijk geweest zijn vanwege het stroeve betalingsverkeer in die tijd.
- *Luycks/Kroonenberg* arrest, HR 28 nov. 1998, inzake een garantie van bodemsanering volgens de isolatie-variant door middel van een ‘permanente installatie’. Een provinciaal ambtenaar had desgevraagd gezegd dat onder ‘permanent’ 2 à 3 jaar verstaan moest worden. Doordat meer grondwater dan verwacht onttrokken wordt, zou de sanering oneindig lang gaan duren en miljoenen kosten (er was al ruim drie ton aan uitgegeven door de verkoper, toen hij de stekker eruit trok).

Hartkamp noemt als aanhangers van normatieve uitleg (‘o.m.’): Van Dunné en Schoordijk, en ook Van Schilfgaarde en Grosheide (*bien étonné*), en van de oudere schrijvers ‘vooral’ Losecaat Vermeer en Suijling. Voor een uitvoeriger vermelding van normatieve uitleggers, een veelvoud hiervan, met J.F. Houwing en Paul Scholten aan het hoofd, zie mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, 5^e dr. 2004, Deventer: Kluwer, p.137.

¹⁵ T.a.p, nr. 366, zie ook nr. 369, in fine. Vgl. in dezelfde zin als Hartkamp: P.S. Bakker, *WPNR* 2011, 6889, § 2.

¹⁶ In *Hoog Catharijne* wordt bij de uitleg van de garantie de context van onderzoek- en spreekverplichtingen van partijen betrokken; in *Cogasco* betekent het ‘afgesloten hebben’ van een verzekering redelijkerwijze ook het ‘instandhouden’ ervan; in *Luycks/Kroonenberg* werd m.b.t. een oude bodemvervuiling door verkoper een saneringsgarantie aan koper gegeven, die beperkt opgevat mag worden. Zie mijn *Verbintenissenrecht 1*, resp. pp. 186 e.v.; 175 e.v.; 775 e.v.

9. Aldus een overzicht van het leerstuk van uitleg van overeenkomsten naar geldend recht. In het Engelse recht is het met de uitleg niet anders gesteld. Men spreekt van ‘*construction of contract*’, en ook wel van de ‘*true construction*’ om de bedoeling van partijen weer te geven zoals deze redelijkerwijze opgevat moeten worden. Ik verwijs hiervoor wederom naar het artikel van Wendt in dit blad.

Voor ons onderwerp is van groot belang dat bij de aanpassing van een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden, het leerstuk van *frustration of contract*, de figuur van *construction* een centrale plaats inneemt. En daarmee: het bereiken van een ‘reasonable result’.¹⁷

Daarmee komen wij op het terrein van de onvoorziene omstandigheden, art. 6:258 BW, onze tweede bestemming.

3. De aanpassing van overeenkomsten bij ‘onvoorziene omstandigheden’, art. 6:258 BW

10. Dan nu als *pièce de résistance* van dit verhaal de figuur van de *imprévision*, zoals dat vroeger algemeen genoemd werd: de ‘onvoorziene omstandigheden’ in de (ongelukkige) terminologie onze wetgever van art. 6:258 BW, met de kenmerkende mogelijkheid voor een benarde partij om de overeenkomst door de rechter te laten aan passen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Ik noemde de term ‘onvoorzien’ ongelukkig, want er wordt daarmee iets anders bedoeld dan ‘niet voorzien’, en wel: ‘niet verdisconteerd’ (er was ‘niet in voorzien’, zegt de Toelichting laconiek, in ambtenarentaal). Mijn raad aan contractschrijvers: gebruik liever de term ‘gewijzigde’ of ‘veranderde’ omstandigheden, dan ontloopt men de valkuil van het ‘onvoorziene’, dat niet onvoorzien hoeft te zijn voor een beroep op artikel 258. Maar dat terzijde.

Aangezien ik op het terrein van aanpassing van de overeenkomst de *uitleg* van de overeenkomst centraal stel, was het bovenstaande een noodzakelijke excursie om misverstanden over de figuur van uitleg te vermijden.¹⁸ Er wordt al zoveel langs elkaar heen gepraat. Wat houdt het wetsartikel, lang verwacht na het beruchte jurisprudentiejaar 1926 met zijn: *pacta sunt servanda*, in?

De kern van art. 6:258 BW is, als vereiste voor aanpassing van de overeenkomst, dat de onvoorziene (niet verdisconteerde) omstandigheden ‘van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten’ (lid 1).

Daarvan is geen sprake indien ‘de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept’ (lid 2).

¹⁷ Zie in deze zin schrijvers van Engelse handboeken als: Treitel en Beatson, evenals Furmston (Cheshire & Fifoot), alsook de vaste jurisprudentie. Vgl. Van Dunné, ‘The changing of the guard: force majeure and frustration in construction contracts: the foreseeability requirement replaced by normative risk allocation’, 20(2) *International Construction Law Review*, 2002, p.162-186, op p.176 e.v. Ook opgenomen in mijn: *The Duty of Care on Contract and Tort. Selected Essays on Contract, Construction Law, Tort, Environmental Liability, Jurisprudence*, Maastricht: Shaker Publications, 2006.

¹⁸ Mijn benadering vindt men ook in het Duits en Franse recht, zie bijv.: Medicus, t.a.p., nrs. 334; 878 e.v. Ghestin, t.a.p. , nr. 314 e.v., die zich daarbij beroept zich op ‘l’utilité social du contrat’ en het vinden van een evenwicht tussen ‘le juste’ en ‘l’utile’, t.a.p., nr. 314 e.v.

De overeenkomst met de figuur van uitleg springt hier direct in het oog: allereerst de rol van de *redelijkheid en billijkheid* en ten tweede, de redelijke *verwachting* van een partij ten aanzien van de uitvoering van de overeenkomst onder gewijzigde omstandigheden. Tenslotte is naast de *aard* van de overeenkomst de *verkeersopvatting* bepalend om vast te stellen welke omstandigheden voor risico van een partij komen, uitleg dus, aan de hand van het gebruik in de branche in kwestie. Hieronder zal dit uitgewerkt worden, met het bouwcontract als praktijkvoorbeeld, maar eerst nog een kanttekening van algemene aard.

11. De in lid 1 genoemde aard van de onvoorziene omstandigheden waarbij een beroep op de redelijkheid en billijkheid gedaan kan worden, kan in de praktijk in de volgende categorieën ingedeeld worden:

1. Technische ontwikkelingen (nieuwe technieken, materialen);
2. Sociaal-economische ontwikkelingen (oliecrises, devaluatie van de munt, bankencrisis);
3. Beleidsontwikkelingen van politieke aard (overheidspartij) of commerciële aard (private partij) (na verkiezingen een nieuw gemeentebestuur/kabinet, resp. bedrijfsovernamen, -fusies);
4. Nieuwe wetgeving, regelgeving;
5. Algemene politieke ontwikkelingen, nationaal of internationaal (*fait de prince*, *Acts of the King's Enemies*, Europese wetgeving/rechtspraak).
6. Natuurgeweld (calamiteiten, *Acts of God*).

Ik laat de uitwerking hiervan aan de verbeelding van de lezer over. Van belang is nog om te vermelden dat de wijziging in omstandigheden niet de gehele grondslag van de overeenkomst hoeft te treffen (de 'Wegfall der Geschäftsgrundlage' uit het Duitse recht), het mag ook slechts gedeeltelijk effect gehad hebben.¹⁹

12. De aard van de overeenkomst als uitlegfactor heeft betrekking op een aantal karakteristieken van die rechtsfiguur. Het maakt immers nogal wat verschil of wij met een kortlopende of een duurovereenkomst te maken hebben. Het is al vaker opgemerkt, een duurovereenkomst heeft eigenlijk het karakter van een maatschapcontract: samenwerking van partijen, gericht op de verwerkelijking van een gemeenschappelijk doel. Dan is er het karakter van de door de debiteur te leveren prestatie, onderscheidenlijk: inspanningsverbintenis, resultaatsverbintenis, garantieverbintenis, of verzekeringsverbintenis. Met de kenmerkende toename in deze reeks van de risico's die de debiteur voor zijn rekening moet nemen om het toegezegde resultaat te bereiken. Hier is nog veel dood hout van oude dogmatiek te bespeuren in juridische verhandelingen erover: een chirurg kan bij standaardingrepen al lang niet meer volstaan met zich enkel in te spannen, terwijl anderzijds een vervoerder ook zorgverplichtingen heeft, naast het resultaat waar hij voor dient in te staan. Met het onderscheid: garantieverbintenis – verzekeringsverbintenis is het vaak ook droevig gesteld: zij worden op één hoop gegooid, de arme garantieverstrekker blijkt ineens een soort verzekeraar geworden te zijn, die voor alles heeft in te staan. En dat terwijl een garantieverlener wel degelijk een beroep op overmacht kan hebben, terwijl dat per definitie niet voor een assuradeur is weggelegd (die hoopt op een verzwijging of een strafblad van de verzekerde). Dat er in het recht vijf soorten garanties bestaan, behalve die uit het woordenboek, is dan al helemaal achter de horizon gezakt. Bij bedrijfsovername- en

¹⁹ Vgl. Hartkamp, t.a.p. nr 334. Voor interessante voorbeelden van de invloed van nieuwe wetgeving, zie nr. 339.

bouwwereld ziet men dit soort juridische bedrijfsongevallen regelmatig passeren (ik noem slechts *Hoog Catharijne* en *Plaza*).²⁰

De overeenkomst kan ook gekenmerkt worden door een kanskarakter: de speculatieve overeenkomst. Dat element moet natuurlijk doorwerken indien een beroep op gewijzigde omstandigheden gedaan zou worden: daar werd toch op gegokt? Tenslotte is daar nog het typische karakter van de overeenkomst dat vermelding verdient, gezien de branche of het type product dat verhandeld wordt, zoals overeenkomsten van: koop, huur, ruil, opdracht, agentuur, licentie, aanneming van werk, advies, reis, medische behandeling, etc.

13. De verkeersopvatting als uitlegfactor verwijst niet alleen naar *common sense* opvattingen (zoals: ‘goedkoop is duurkoop’; ‘wie niet behoedt, bloedt’) maar vooral naar het *gebruik* als rechtsbron. Naar mijn gevoel is bij praktijkjuristen een beetje weggezakt dat het gebruik, de gewoonte, ook een rechtsbron is, naast: wet, jurisprudentie en rechtsbeginselen (de laatste zijn tegenwoordig meestal van EVRM-huize, in wezen overbodige import). Scholten wijdde in zijn *Algemeen Deel* nog vier paragrafen aan het gebruik als rechtsbron. Het staat ook in de wet, bijvoorbeeld in art. 6:248 waar het beginsel van de goede trouw, herstel: redelijkheid en billijkheid zijn plaats vond, en in verdragen als het Weens Koopverdrag (art. 9 CISG). Wij zien ook dat arbiters gemaand worden om bij de rechtspraak het gebruik in acht te nemen, art. 1054 Rv, al merk ik daar vaak te weinig van. Misschien omdat de advocaten er niet mee aankomen?

Een befaamd gebruik van de verkeersopvatting is de toepassing ervan in het arrest *Fokker vliegtuigvleugel* van 1968, waarin de nieuwe visie op overmacht neergelegd werd die vervolgens in de wet opgenomen werd, in de artikelen 75 en 77 van Boek 6 (bij Gewijzigd Ontwerp NBW van 1976). Aan de orde was de vraag naar het instaan voor materieel waarvan een contractant zich bedient, en de vraag waar de overmacht begint. Zoals bekend wordt deze vraag beheerst door de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid. De onredelijkheid van het dragen van het risico van falend materieel kan gelegen zijn in de ‘geringe hoogte van de door de schuldenaar genoten contra-prestatie’ en dan komt het:

‘dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldenaar was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening komt’ (*NJ* 1968, 102).

Wij zien hier het belang van verzekeringsdekking op de aansprakelijkheid aanvaard, *assurance oblige*, hetgeen voor veel juristen nog steeds vloeken in de kerk is (daar komt het geloof weer om de hoek kijken, van dogmatische snit), met Brunner en Nieuwenhuis aan het hoofd.²¹

14. Over dat gebruik, alias verkeersopvatting, hebben wij het hier. Nu kan het gebruik ten aanzien van een bepaald type overeenkomst met zich brengen dat ingrijpende

²⁰ Voor *Hoog Catharijne* (advocaat Franx tegenover A-G Hartkamp), zie mijn *Verbintenissenrecht 1*, p. 186 e.v.; voor het *Plaza*-arrest, *NJ* 2001, 79, een dramatisch voorbeeld van de burgerlijke rechter die het bouwrecht niet kent, zie: p. 655 e.v.

²¹ Met schrijvers als Tjittes en Hartlief in het gevolg. Zie voor dit onderwerp mijn genoemde artikel in het *Tijdschrift voor Bouwrecht*: ‘Over staalprijzen en zo. Extreme stijging van materiaalkosten en het beroep op paragraaf 47 UAV 1989 wegens kostenverhogende omstandigheden’, *TBR* 2010, pp. 479 e.v.; 581 e.v., op p. 483. Zie verder nog, met recente rechtspraak, mijn *Verbintenissenrecht 1*, p. 398 e.v.

Als een terzijde, het is interessant dat de wetgever de verkeersopvatting soms gebruikt heeft om de risicogedachte te verwoorden, zoals in het onrechtmatige daadsartikel 6:162, lid 3 BW.

omstandigheden waartegen de debiteur zich niet kan wapenen voor rekening van de crediteur gebracht worden. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de *bouwovereenkomst*, waarover G. de Grooth, mijn oude Leidse leermeester, het al in een preadvies voor de NJV van 1955 had. Daarbij wees hij ook op de vaste arbitrale bouwrechtspraak waarbij die risicogedachte is aanvaard, sinds 1945. Abnormale risico's dienen voor rekening van de opdrachtgever gebracht te worden.²²

Ik heb elders de verkeersopvatting ten aanzien van de risicoverdeling in bouwovereenkomsten kan als volgt weergegeven, in aansluiting op auteurs als Lieuwe de Boer en Matton van den Berg:

1. risico moet worden gelegd bij de partij die het best in staat is het risico te beheersen en te beperken (*risk control*);
2. een risico dat door meer partijen wordt of kan worden beheerst, moet in enige verhouding worden verdeeld (*risk sharing*);
3. risico moet worden gelegd bij of worden overgedragen aan de partij die dat risico tegen de laagste kosten kan dragen (*least cost risk bearer*);
4. een niet (goed) te bepalen, te beheersen of te dragen risico moet worden gelegd bij de partij die dit risico initieert (*buitengewoon risico*).²³

Dit gebeurt van uit de filosofie (als *accepted principle*) dat elk risico nu eenmaal een daarmee samenhangende en onvermijdelijke kostprijs heeft die hoe dan ook op het werk of het project drukt en derhalve gedragen moet worden.

In de bouwwereld geldt, dat indien men van deze verkeersopvatting afwijkt, de aannemer 'zijn vrees zal prijzen', dat wil zeggen dat hij zal calculeren voor het buitengewone risico. Dat laatste is economisch onwenselijk: de opdrachtgever betaalt dan bij na altijd te veel voor het werk, omdat nu eenmaal uitzonderlijke risico's zelden voorkomen. Ik weet het, dit is natuurlijk alleen het geval bij normale concurrentieverhoudingen en er geen *economic duress* situatie is waar opdrachtgevers (de overheid!) het voor het zeggen hebben en de markt kunnen uitknijpen. In de huidige crisistijd is dat per definitie het geval omdat er te weinig werk is, en teveel bouwbedrijven op zoek naar werk.

15. In de literatuur over onvoorziene omstandigheden en aanpassing van contracten heeft bij sommige schrijvers de behoefte aan rechtszekerheid geleid tot het bij kostenstijging noemen van een percentage van de contractssom als drempel voor een beroep op aanpassing van de overeenkomst op grond van art. 6:258 BW). Hierbij is 50% langzamerhand een populaire norm geworden. Aldus Abas, al in 1998, en in diens voetspoor recentelijk schrijvers als Bakker, De Groot en Peletier.²⁴ In Duitsland waren Kegel en Bydlinski al voorgegaan met het bepleiten van een 50% stijging als drempel.

Het hanteren van een dergelijk algemeen percentage is echter zinloos indien niet aangegeven wordt op welk type overeenkomst het gericht is en alles over één kam geschoren wordt. Belangrijker is nog, dat in deze opvatting art. 6:258 BW een dode letter aan het worden is. Het is tekenend dat Peletier over de afgelopen decennia met veel moeite maar drie

²² Zie mijn eerder genoemde *TBR*-artikel, p. 483 e.v.

²³ Idem, p.485. Aldus o.a.: L. de Boer (1996); M.A.M.C van den Berg (2002), die buitenlandse auteurs aanhalen.

²⁴ Zie: P.S. Bakker en J.W. de Groot, 'Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken', *WPNR* 2009/6797, p. 369 e.v.; M.E.M.G. Peletier, 'Crisis en contract, een aantal opmerkingen over toepassing van artikel 6:258 BW in tijden van recessie', *Contracteren* 2009/2, p. 49 e.v.

rechtbankvonnissen kan noemen waarbij artikel 258 in het spel was, met soms nog een atypische geval.

Ik zal zo dadelijk analyseren hoe het zover gekomen is, maar eerst een lichtend voorbeeld uit het bouwrecht, waar de op artikel 258 afgestemde paragraaf 47 UAV (de meest gebruikte algemene voorwaarden in de bouw) inzake ‘kostenverhogende omstandigheden’ regelmatig toepassing vindt, in arbitrage en voor de burgerlijke rechter.

Op grond van de vaste jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw en de burgerlijke rechter van de afgelopen decennia kan het percentage als drempel voor aanpassing van contracten op 2 tot 5% van de aanneemsom gesteld worden. Als vuistregel.²⁵

Indien men ook bij toepasselijkheid van de UAV bij bouwovereenkomsten een beroep op art. 6:258 zou doen, het artikel is immers van dwingend recht, zou eenzelfde percentage gehanteerd kunnen worden. Via de factor ‘aard van de overeenkomst’ evenals die van de ‘verkeersopvatting’ wordt men immers geleid naar de jurisprudentie op dat terrein, waar dat percentage gehanteerd wordt. Wat het verdere gebruik in die branche betreft, Rijkswaterstaat hanteerde bijvoorbeeld in de afgelopen jaren in een compensatieregeling voor infrastructurele projecten voor onvoorziene kostenverhoging een grens van 2%. Een algemeen gangbare opvatting is dat voor de aannemer een winst van 2% gebruikelijk geacht wordt. Men komt die zienswijze ook in rechterlijke uitspraken tegen. In de behandeling van de *Plaza*-zaak ontbrak dat inzicht bij de burgerlijke rechter, hof en Hoge Raad, op pijnlijke wijze.

Volgens vaste arbitrale rechtspraak in de bouw behoeft de onvoorziene, ‘kostenverhogende’ omstandigheid op zich niet bedrijfsvreemd te zijn voor een beroep op par. 47 UAV, kostenverhogende omstandigheden. Er zijn gevallen geweest van bijvoorbeeld zeer zware regenval, schaarste aan bouwstoffen, stijging van loonkosten die tot aanpassing geleid hebben. Ook is niet van belang dat het risico in de overeenkomst afgekocht was, of door middel van indexering beperkt was.

Deze jurisprudentie wijkt niet af van die in Duitsland, Frankrijk en Verenigde Staten. Ik verwijs hiervoor wederom naar mijn eerder genoemde artikel van vorig jaar in *TBR*.

16. Waarom vindt in het reguliere contractenrecht artikel 258 van Boek 6 zo weinig toepassing? Die vraag zou ik nog nader beantwoorden. Op het eerste gezicht is het antwoord eenvoudig: de wetgever heeft bij toepassing van dat artikel tot grote terughoudendheid gemaand en de rechter, van hoog tot laag, heeft die raad ter harte genomen met als gevolg dat van het artikel in de praktijk vrijwel geen gebruik gemaakt wordt.

Dat antwoord lijkt juist, maar de vraag is, ten eerste op de wetgever wel zo’n vermaning gedaan heeft, en ten tweede, of inderdaad ook de hoogste rechter op die lijn zit. Beide vragen beantwoord ik ontkennend. Dat kan ik uitleggen.

Allereerst, wat staat er precies in de toelichting die de wetgever op artikel 258 van Boek 6 geeft?

In de Toelichting op het artikel (MvA Boek 6 Gewijzigd Ontwerp 1976, van de hand van W. Snijders, Regeringscommissaris NBW) wordt allereerst gewezen op ‘aansluiting op hetgeen in de overeenkomst opgesloten lag’, vervolgens op de *aard van de overeenkomst*, zoals genoemd in lid 2. Daarna volgt de opmerking over terughoudendheid, die echter gekoppeld is

²⁵ Zie, uitvoerig, mijn *TBR*-artikel, pp. 584-593. Voor stijging van materiaalprijzen heb ik een percentage van 7 - 10% bepleit. Eerder, in mijn Preadvies Vereniging voor Bouwrecht 1998, p. 135 e.v., had ik een vuistregel van 5% van de aanneemsom aangenomen, die de laatste jaren echter steeds meer als harde norm in de jurisprudentie aangehaald en gehanteerd werd. Het was echter toen ook al als vuistregel bedoeld, overigens ook afgeleid van de (arbitrale) jurisprudentie.

aan het hanteren van de andere artikelen over de redelijkheid en billijkheid, artt. 6:2 en 248 BW. Dat laatste is echter niets nieuws: een beroep op redelijkheid en billijkheid is geen vrijbrief om zich aan een overeenkomst te onttrekken. Maar daarover zo dadelijk meer.

Opvallend zijn de voorbeelden die de wetgever geeft van mogelijke aanpassing van de overeenkomst: omstandigheden van algemene aard kunnen tot aanpassing leiden, zoals de schaarste van grondstoffen (bij koop, import) en de invloed van geldontwaarding (bij pensioenverplichting werkgever). Hierbij wordt in de MvA naar Duits en Amerikaans recht verwezen.

Dit sluit dus aan op de jurisprudentie in het bouwrecht, die zoeven ter sprake kwam. Er is derhalve niet sprake van een afwijking van het algemene contractenrecht, gezien deze toelichting op art. 258.

17. Dan nu de terughoudendheid die geboden zou zijn bij de toepassing van het artikel. Hartkamp geeft in zijn Asser-bewerking daar grote aandacht aan, evenals aan het verband met de toepassing van de R & B-artikelen 2 en 248 van Boek 6.

Hartkamp doet voor het terughoudend optreden bij toepassing van art. 258 ook een beroep op de arresten *Sipke Helder* van 1984 en *Briljant/Schreuders* van 1998 (nr. 444). Het zijn mijns inziens weinig gelukkige voorbeelden, namelijk twee zwakke uitspraken. De eerste was bedoeld om het softe imago van het Nieuw BW, dat toen aan een zijden draad hing, op te krikken en art. 258 werd daartoe er met de haren bijgesleept ('Contract is contract': het niet alleen maar redelijkheid en billijkheid wat de klok slaat!). Het tweede arrest is een voorbeeld hoe een dwalingszaak niet aan te pakken, met een hoogst onrechtvaardige afloop. Ik heb daarover elders geschreven, en volsta hier met een verwijzing.²⁶

Het bovenstaande wordt bevestigd in jurisprudentie van de Hoge Raad. In een arrest uit 1996 waarin een arbeidsverhouding in het geding was die geen arbeidsovereenkomst was, overwoog het college dat de rechter bij toepassing van art. 258 geen groter terughoudendheid in acht hoeft te nemen dan bij de beoordeling of sprake is van een 'verandering in de omstandigheden die van dien aard is, dat de dienstbetrekking billijkheidshalve behoort te eindigen'.²⁷

In een arrest van 2004, *Anthea Yachting/ABN AMRO*, was de aanpassing van een overeenkomst op grond van art. 258 aan de orde waarbij de Hoge Raad het negatieve oordeel van het hof casseerde²⁸. Het ging hierbij om een bankgarantie (performance bond) bij de bouw van een jacht en de weigering van een partij om het in de performance bond genoemde onderzoek te laten verrichten. Het hof had die weigering als een onvoorziene omstandigheid aanvaard maar was niet bereid om tot aanpassing van dat onderdeel van de overeenkomst over te gaan omdat dit gezien de aard van de overeenkomst, de betrokken belangen en de omstandigheden, zoals eerder vastgesteld, 'niet opportuun' geacht werd. De Hoge Raad vernietigt dit oordeel wegens schending van art. 258, althans een motiveringsverzuim.

Met ziet hier allereerst dat de cassatierechter kennelijk wel brood in de aanpassing van de overeenkomst zag, in een geval waarin het begrip 'onvoorziene omstandigheid' erg ruim opgevat wordt. Daarnaast valt op dat er een normale motiveringseis gehanteerd wordt voor afwijzing van een beroep op art. 258. Dat was in 1998 nog anders, in het *Briljant/Schreuders* arrest, waarop Hartkamp zijn standpunt baseerde dat afwijzing van het beroep op onvoorziene omstandigheden summier mag worden gemotiveerd, terwijl omgekeerd bij toewijzing zware

²⁶ Zie mijn *Verbintenissenrecht 1*, resp. pp. 752 e.v.; 778 e.v., en eerder een AA-noot onder het tweede arrest.

²⁷ HR 8 nov. 1996, *NJ* 1997, 217, *Sijthoff/Ouwerkerk-Koeleman*, m.nt. Stein, waarover Hartkamp, t.a.p. nr. 444.

²⁸ HR 26 febr. 2004, *NJ* 2004, 309, *Anthea Yachting/ABN AMRO*. P-G Hartkamp had tot vernietiging geconcludeerd. Vgl. ook mijn *Verbintenissenrecht 1*, pp. 186; 512.

eisen aan de motivering gesteld worden (nr. 444). Dat alles vanwege het *pacta sunt servanda*, zoals ook bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de gang van zaken zou zijn. Daar denkt de Hoge Raad dus anders over, en terecht.

De conclusie die Hartkamp hieraan verbonden had, komt hiermee ook in de lucht te hangen, namelijk dat wij hier te maken zouden hebben met het ‘voordeel van toetsing van het overeengekomene aan de redelijkheid en billijkheid boven de opvatting die de *imprévision* louter als een uitlegvraagstuk benadert’. Nu ook dit van tafel is, kan er misschien ruimte komen om de normatieve uitleg ook op dit terrein op zijn merites te beoordelen, en vooral, toe te passen.

De terughoudendheid die geboden zou zijn bij de toepassing van redelijkheid en billijkheid, de zogenaamde beperkende werking, op grond van de artikelen 2 en 248 Boek 6 kent een soortgelijke ontwikkeling als zonet beschreven. Ook hier zijn er schrijvers die tamboereren op de terughoudende toepassing op commerciële contracten, en soms de hoogste rechter daarin mee lijken te krijgen. Gelukkig ook tegenstanders daarvan, waaronder Wachter, Vranken, Jongeneel, Mendel en Raaijmakers (allen geen vreemdeling in het commerciële Jeruzalem), waarbij Mutluer zich onlangs heeft aangesloten, in dit blad.²⁹

Terug naar de *imprévision*. Alles overziend, moet de conclusie luiden dat art. 258 wel degelijk goede mogelijkheden biedt om een overeenkomst wegens gewijzigde omstandigheden aan te passen, veel meer dan nu de rechtspraktijk is. Daarmee zou aansluiting gevonden worden bij de praktijk van het bouwrecht.

18. Dan nog enkele opmerkingen over de wijze van toepassing van artikel 258. De rechter, c.q. arbiter zou in geval van een beroep op art. 6:258 BW (of par. 47 UAV) gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om partijen de verplichting op te leggen om tot heronderhandelingen met betrekking tot aanpassing van de contractsprijs over te gaan. Daarbij zou een neutrale voorzitter benoemd kunnen worden die de onderhandelingen begeleidt en daarover verslag uitbrengt. Indien de heronderhandelingen geen resultaat opleveren, zou de rechter of arbiter alsnog tot vaststelling van een gewijzigde overeenkomst kunnen overgaan. Partijen voelen met dit: *go hence and settle!* de hete adem van de geschillenbeslechter in de nek, en dat kan meestal geen kwaad.

Een sprekend voorbeeld van vaderlandse bodem is hier het *Bijenkorf II*-arrest, van het Hof Amsterdam in 1982. Buitenlandse voorbeelden zijn: de Amerikaanse zaak *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp.* uit 1981 en in het Franse recht: Cour d’Appel Paris 28 sept. 1976, *EDF/Shell Française* en recenter, Cour de Cassation 16 maart 2004, *franchise-contract restaurant*.³⁰

Voor een bespreking van het Franse recht op dit gebied verwijs ik naar het Utrechtse proefschrift van Rodrigo Momberg Uribe, merkwaardigerwijze op dezelfde dag verdedigd als die van het Rotterdamse Symposium, alsook naar de recente Parijse dissertatie van Louis Thibierge.³¹

²⁹ S. Mutluer, ‘Onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbestedingen en het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW’, *Contracteren* 2010/3, p.89, op p.92 e.v. Hartkamp, t.a.p. nr. 456 e.v., geeft een gekunstelde beschouwing over de relatie tussen een beroep op art. 248, en dat op art. 258. Wanneer de lezer de wanhoop nabij is, volgt gelukkig de verlossende mededeling dat dit theoretische onderscheid in de praktijk echter tot hetzelfde resultaat zal leiden. De *clause de style* van de Asser-bewerker, zoals ook al bij Rutten het geval was.

³⁰ Voor de oudere hier genoemde jurisprudentie, zie mijn *Verbintissenrecht 1*, resp. pp.762 e.v.;794 e.v.

³¹ Rodrigo Momberg Uribe, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, diss. RU Utrecht, 27 mei 2011, Morsel: Intersentia, Ius Commune Europaeum Series, No. 94, pp. 43 e.v., 55 e.v.; Louis Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, diss. Parijs, 2011, Paris: Economica.

Voor een door de rechter opgelegde onderhandelingsplicht kan inspiratie gevonden worden bij twee bronnen: de ICC Hardship Clause 2003 (een model-clausule) en een recent voorstel voor hercodificatie van de Franse Code Civile uit 2009, een project geleid door de hoogleraar Francois Terré. Ik moet hier volstaan met het citeren van beide regelingen:

ICC HARDSHIP CLAUSE 2003

[1] A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

[2] Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

1. the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

2. it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

[3] Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.

PROJET TERRÉ (2009) Pour une réforme du droit des contrats

Article 92

The parties are required to fulfil their obligations even if performance has become more onerous.

However, the parties are bound to renegotiate the contract in order to adapt it or terminate it, when the performance becomes excessively onerous for one of them because of an unforeseen change of circumstances and the affected party has not agreed to assume the risk when entering into the contract.

In the absence of an agreement between the parties within a reasonable time, the judge may adapt the contract in accordance with the legitimate expectations of the parties or may terminate it at a date and on terms to be fixed.

19. Dan tot slot nog een profylactische opmerking: ‘Voorkomen is beter dan genezen’. Een goed jurist – contractschrijver hoeft niet aan het leerstuk van *imprévision* (art. 6:258 BW; par. 47 UAV) toe te komen, door middel van het opnemen van aanpassings- of heronderhandelingsclausules in het contract, zoals: *hardship clauses*, derde intervenient-clausules, e.d. Ik heb elders hierover geschreven, en verwijs de geïnteresseerde lezer daarnaar.

Ook het opnemen van een *considerans*, voorafgaand aan de tekst van het contract zelf, waarin de verwachting van partijen ten aanzien van de overeenkomst en de uitvoering ervan, of onbekendheid met nieuwe technieken of materialen, in eenvoudige taal neergelegd wordt, kan van groot nut zijn.

Hetzelfde geldt overigens voor de *dwaling*: men hoeft aan een beroep op dwaling niet toe te komen door in het contract een clause op te nemen met betrekking tot de verwachting ten aanzien van omstandigheden die van belang zijn voor de uitvoering van de overeenkomst, of een voorwaarde waaronder gecontracteerd wordt.

Over dwaling gesproken, en zijn raakvlakken met het onderhavige onderwerp. In een *imprévision*-situatie biedt de aanpassing van de overeenkomst op grond van het dwalingsartikel art. 6:230 BW (wijzigen overeenkomst ter opheffing van nadeel) goede mogelijkheden. Maar is er dan niet een probleem met de ‘toekomstverwachtingen’? Daar ziet men het wel eens fout gaan voor rechter of arbiter.³² Hier speelt echter een groot misverstand: een overeenkomst wordt niet aangegaan zónder toekomstverwachtingen. Een ‘toekomstverwachting’ staat een beroep op dwaling slechts in de weg, indien sprake is van een ‘uitsluitend toekomstige omstandigheid’, aldus ook art. 6:228, lid 2 BW. Een bedrijfsongeval bij het procederen is hier dus niet echt nodig.

In het eerder genoemde *Luycks/Kroonenberg* arrest van 1998 inzake een garantie van bodem sanering door middel van een ‘permanente installatie’, hebben hof en Hoge Raad de mogelijkheden geboden door de artikelen 230 en 258 van Boek 6 naast elkaar gezet. Hierbij is steeds sprake van redelijke uitleg van de overeenkomst en het invullen van een leemte in de overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid.

5. Tot Slot

20. Daarmee zijn wij, via de dwaling, aan het eind gekomen van deze rondgang over het gebied van de onvoorziene omstandigheden van art. 258 Boek 6. Ik heb getracht om aan te tonen dat dit leerstuk een kwestie van uitleg is, en dat uitleg al jaar en dag een kwestie van normatief uitleggen is, alias redelijke uitleg, uitleg te goeder trouw. Dat alles in het licht van het al omvattende beginsel van de redelijkheid en billijkheid. Goed en trouw, die *sol iustitiae*. Zo behoren contractspartijen zich ook te gedragen, vooral als het tegenzit.

³² Een vrij recent voorbeeld: RvA 18 juni 2009, *TBR* 2009/207, p.1028, m.nt. S. Könemann, *Kombinatie Middenplaat Westerschelde VOF/NV Westerscheldetunnel* (Geschil II). Zie mijn commentaar in *TBR* 2010, p.595 e.v. De annotator was niets opgevallen, op dit punt.