

## **‘NORMATIEVE UITLEG’ ALGEMEEN AANVAARD, MAAR OOK IN RUIME ZIN, INCLUSIEF DEROGERENDE WERKING EN AANVULLING VAN LEEMTE? De stand van doctrine en rechtspraak ten aanzien van een oude rechtsvraag**

J.M. van Dunné \*

### **1. Inleiding**

#### **1.1 ‘Normatieve uitleg’ door de Hoge Raad aanvaard?**

Het jaar 2016 was een opmerkelijk jaar voor de figuur van uitleg van rechtshandelingen: de Vereniging voor Burgerlijk Recht nam het als onderwerp voor de Jaarvergadering in december, met preadviseurs van een oudere en een jongere generatie: W.L. Valk en H.N. Schelhaas.<sup>1</sup> Kort tevoren was het boek van P. van Schilfgaarde verschenen: *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, waarin ruim aandacht gegeven wordt aan uitleg van rechtshandelingen, in een methodologisch kader geplaatst.<sup>2</sup> Deze recente publicaties vormen voor mij de aanleiding om eens na te gaan wat de stand van zaken is met de zogenaamde “normatieve uitleg” van rechtshandelingen (overeenkomsten, doorgaans), een term die ik met mijn proefschrift van 1971 in omloop heb gebracht. Het is een onderwerp dat zoals Valk in zijn preadvies schrijft tot een debat geleid heeft dat “meer dan een halve boekenplank vult”.<sup>3</sup> De preadviseur ziet dit als een “theoretisch”, “grotendeels vruchteloos debat”, zelfs als “ballast”, waaraan hij opmerkelijk genoeg niets wil toevoegen (hij wijst hierbij op een eerdere publicatie, waarin dat wel gebeurd is). Even opmerkelijk is zijn observatie dat “in het debat van voor- en tegenstanders van normatieve uitleg beide facties zich op rechtspraak van de Hoge Raad konden (en kunnen) beroepen”. Zijn verklaring hiervoor, dat de keuze van procespartijen hierbij leidend is, acht ik echter niet voldoende. Daarop wordt hieronder nog teruggekomen.

Is dit op zich al een goede reden om bij de huidige stand van het recht, in doctrine en jurisprudentie stil te staan, daar komt nog bij de minstens zo opmerkelijke uitspraak van de genoemde schrijvers dat intussen wel vaststaat dat de “normatieve uitleg” door de Hoge Raad aanvaard is, al geruime tijd geleden, hetgeen in het “meest gezaghebbende handboek”, de Asser-bewerking van Hartkamp bevestigd werd. Voor Valk is het *DSM/Fox*-arrest uit 2004 doorslaggevend, als bevestiging van *Haviltex* (1981) en enkele latere arresten, met name de overweging:

“... bij de uitleg van een schriftelijk contract [zijn] telkens van beslissende betekenis alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven aanzien van redelijkheid en billijkheid meebrengen”.<sup>4</sup>

Ik breng in herinnering dat dit arrest van 2004 de afgelopen jaren door tegenstanders van normatieve uitleg, zoals Tjittes en C. Drion, binnen gehaald is als hoeksteen voor de visie dat,

---

\* Emeritus hoogleraar Privaatrecht EUR, [vandunne@ext.eur.nl](mailto:vandunne@ext.eur.nl); voor zijn aangehaalde publicaties, zie: [www.studiekringnormatieveuitleg.nl/curriculum/artikelen/](http://www.studiekringnormatieveuitleg.nl/curriculum/artikelen/)

<sup>1</sup> H.N. Schelhaas en W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016. Een verslag van het debat van de Vereniging van 9 december 2016 verscheen in *NTBR* 2017/16, afl.4, door J.B. Spath.

<sup>2</sup> Deventer: Wolters Kluwer 2016, Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 100. Het baanbrekende *Cancun*-arrest van 2014 vormde de aanleiding voor dit boek.

<sup>3</sup> T.a.p., p.83.

<sup>4</sup> HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. DuPerron, *Pensioenfonds DSM-Chemie/Fox*; Valk, t.a.p., p.86. De aangehaalde formule uit het *Fox*-arrest werd bevestigd in HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR;2016:2687, *Condor*.

wat er zij van de geldende Haviltex-methode, er in geval van commerciële contracten, gesloten door “professionele partijen”, de taalkundige uitleg van de contracttekst de doorslag moet geven.<sup>5</sup>

Daarbij sprak voor hen deze zinsnede uit het arrest boekdelen – na de passage dat de Haviltex-norm en de CAO-norm de grondslag gemeen hebben dat de uitleg niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld:

“In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken kan hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.”

Ik laat deze taalkundige stroming hier verder rusten, daarin gesterkt doordat zowel Valk als Van Schilfgaarde van mening is dat die zienswijze geen steun vindt in de jurisprudentie van de Hoge Raad van de afgelopen jaren.<sup>6</sup> Het arrest *Lundiform/MEXX* van 5 april 2013 gaf voor hen hierbij de doorslag.<sup>7</sup>

De normatieve leer van de Hoge Raad bij uitleg van overeenkomsten, sinds het *Fox*-arrest van 2004 echt heersende leer, wordt door Valk in zijn preadvies niet bestreden, hetgeen hij wel eerder had gedaan in het artikel waarnaar door hem verwezen wordt.<sup>8</sup> Hij bepleit in zijn preadvies echter de hantering van ‘normatieve uitleg’ als methode náást die van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, de aanvulling van een leemte in de overeenkomst en tenslotte het beroep op *imprévision*.

Van Schilfgaarde is niet minder stellig op het punt van de aanvaarding van ‘normatieve uitleg’ door de Hoge Raad: “naar mijn mening hoeft over de verenigbaarheid van de normatieve methode en de leer van de Hoge Raad geen twijfel te bestaan”.<sup>9</sup> Maar ook voor hem geldt dat dat ‘normatieve uitleg’ gezien wordt (en moet worden) als een te hanteren methode die náást de aanvulling van leemten en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid staat.

De zienswijze van deze schrijvers spoort met hetgeen Hartkamp in zijn Asser-bewerking betoogd heeft, al sinds 1985, namelijk dat aanvaarding van normatieve uitleg onverlet laat dat daarmee de figuur van aanvulling van de overeenkomst intact gelaten wordt, evenals de toepassing van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Daarbij werd een beroep gedaan op twee arresten uit 2007: HR 19 januari 2007, NJ 2007/575, m.nt. Wissink, *Meyer Europe/PontMeyer* en 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). Tjittes werd gevolgd door Wissink in zijn noot onder het laatste arrest, en door Schelhaas, *NTBR* 2008/21, p.151 e.v.

<sup>6</sup> Valk, t.a.p., p.44 e.v.; Van Schilfgaarde, t.a.p., p.165. Idem Schelhaas, t.a.p., p. 101. Zie hierover, in dezelfde zin, mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004, 5<sup>e</sup> dr., p.182 e.v., alsook mijn artikel in *Contracteren*, 2011/4, p.11 e.v., par. 6 e.v.

<sup>7</sup> HR 5 april 2013, NJ 2013/214, waarover ook: Schelhaas, *ORP* 2013, p.37 e.v., en instemmend, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6 III* 2014/371. Zie in dezelfde zin: HR 20 september 2013, NJ 2014/522, m.nt. Sniijders, *Gem. R’dam/Eneco*; HR 7 februari 2014, NJ 2015, 274, m.nt. Hijma, *Afvalzorg/Slotereind*.

<sup>8</sup> T.a.p., p.86; op pp.84-85 wordt ‘normatieve uitleg’ als één van de in de praktijk gehanteerde methodes voorgesteld (zie nog onder). In nt. 167 verwijst Valk naar zijn bijdrage aan de Nieuwenhuis-Bundel, *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 391 e.v. Daarin vindt men ook andere arresten van normatieve snit genoemd. Dat artikel is eigenlijk de in het preadvies ontbrekende dogmatische onderbouwing van Valks standpunt over de uitleg.

<sup>9</sup> T.a.p., p.87.

<sup>10</sup> Zie: t.a.p., nr. 365. De teksten die hier van belang zijn, zijn nog van de hand van de vorige bewerker, Rutten, *nota bene*, een tegenstander van normatieve uitleg, en dat kan niet anders dan wringen. Zie: Asser-Rutten II, 3<sup>e</sup> dr. 1968, p. 210 (1982, p.219). Hieronder komt dit nog aan de orde.

## 1.2 De inventarisatie van argumenten tegen normatieve uitleg in ruime zin. De noodzaak van een heroriëntatie

Al met al is het hier zojuist beschreven standpunt van deze bekende auteurs de belangrijkste reden om dit onderwerp hier ten principale aan de orde te stellen. Daarbij zal een onderzoek naar de argumenten voor de door hen voorgestane tweedeling (zo niet: driedeling, of zelfs vierdeling) centraal staan. Wat zijn de daartoe aangevoerde argumenten eigenlijk en snijden ze enig hout, rechtstheoretisch (dogmatisch, zo men wil)? En, minstens zo belangrijk, hoe valt dat te rijmen met de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit terrein? Of is het daar, zoals Valk zegt: “elk wat wils” (waarbij de ‘wil’ geen bijrol speelt, kennelijk). En tenslotte, maakt het eigenlijk in de praktijk wel iets uit welk theoretisch standpunt men inneemt: kan men niet links-om of rechts-om tot eenzelfde, bevredigend resultaat komen? Dat is het vaste argument van tegenstanders van normatieve uitleg in ruime zin, het is gewoon ‘lood om oud ijzer’ welke methode men volgt bij de uitleg.

Valk doet in dit verband de suggestie dat het allemaal er vanaf hangt welke keuze partijen in het geding gemaakt hebben, waarop in cassatie nu eenmaal op voortgeborduurd moet worden, met een daaraan gerelateerd gevolg.<sup>11</sup> Dit brengt hem tot een indeling in drie ‘alternatieve routes’: 1. Normatieve uitleg: het beding heeft betekenis X; 2. Derogerende werking redelijkheid en billijkheid: het beding heeft betekenis Y, maar het beroep erop is onaanvaardbaar; 3. Aanvulling van een leemte in de overeenkomst met behulp van de redelijkheid en billijkheid: partijen hebben de kwestie ongeregeld gelaten.

Toegevoegd wordt nog een alternatief: 4. Beroep op *imprévision*: het beding heeft betekenis Y, maar wijziging in de omstandigheden maakt aanpassing mogelijk ex art. 6:258 BW.

Dit is een heel instructief schema van mogelijkheden, zoals in de praktijk van de uitleg van overeenkomsten toegepast. Mijn bezwaar hiertegen is echter dat een dergelijk schema onvoldoende is voor wat de doctrine te bieden zou hebben als leerstuk ‘uitleg van rechtshandelingen’, een onderwerp dat de NBW-wetgever ongeregeld heeft gelaten en daarmee aan doctrine en rechtspraak overgelaten.<sup>12</sup> Dit is, zoals bekend, in tegenstelling tot het oud-BW en vrijwel alle codificaties in omliggende landen.

Ik ga er hierbij van uit dat men in het recht, wil het voor ‘wetenschap’ kunnen doorgaan, toch moeilijk kan volstaan met louter beschrijven of inventariseren wat er alzo in de rechtspraak voorvalt, met name in gerechtelijke procedures die tot uitspraken leiden. Zoals het in een oud carnavalslied heet: “Ge ziet maar en ge doet maar, ge doet maar wat ge ziet”. Betekent ‘jurisprudentie’ niet: ‘zorg voor het recht’?, en moet de rechtswetenschap daarvoor geen ondersteuning bieden? Een uitspraak van Meyer-Hayoz van ruim een halve eeuw geleden heb ik altijd heel aansprekend gevonden: “Es gibt nichts Praktischeres als eine gute Theorie”. Kortom, een theorie waarmee volstaan wordt om de werkelijkheid, de feitelijke gang van zaken te volgen, biedt geen mogelijkheid tot een kritische analyse, en eventueel, herbezinning met suggesties voor bevredigende resultaten in de praktijk. Het gaat immers, zo leert de jurisprudentie, heel vaak fout op een van die ‘alternatieve routes’ en de vraag is waaraan dat ligt en of schipbreuken voorkomen kunnen worden door een andere route, met minder risico’s, te nemen. Overigens is route 4, *imprévision*, meer een academische

---

<sup>11</sup> T.a.p., p. 83 e.v.

<sup>12</sup> Zie ook Hartkamp's opmerking dat “de wetgever het onderhavige geschilpunt als een dogmatische vraag ziet, waarvan de oplossing aan de wetenschap is overgelaten; zie Parl. Gesch. Boek 6, p.74 en 979”, t.a.p., nr. 366, in fine.

mogelijkheid: hij wordt door de rechter (ten onrechte) vrijwel niet gebruikt in het algemene contractenrecht, in tegenstelling tot het bouwrecht, in de arbitrale rechtspraak.<sup>13</sup>

Dit lijken wat gratuite kanttekeningen, maar ze zijn een opmaat voor mijn betoog dat met de in de literatuur gangbare keuze voor een ‘normatieve uitleg’ in strikte zin, dus afgesneden van aanvulling van leemten in de overeenkomst en de (beperkende) werking van de redelijkheid en billijkheid, de doctrine in de ‘zorg voor het recht’ tekortschiet.<sup>14</sup> Zo’n keuze dient op goede gronden te gebeuren, met een deugdelijke fundering naar theorie én praktijk, maar de meeste schrijvers volstaan met eenvoudigweg een beroep op “het systeem”, of de “conceptuele voorstelling”, de “overzichtelijkheid”, e.d. Het is “voor de doorzichtigheid van het denkproces nuttig”, al erkent men ook dat “de grenzen vloeiend zijn”, dat gebeurt, opvallend genoeg, zonder verdere onderbouwing.<sup>15</sup> Vroeger werd dat onder het oude BW gedaan met slechts een beroep op de “indeling” van de wet: de goede trouw staat genoemd bij de afdeling over de “uitvoering” van de overeenkomst (art. 1375 BW), en niet die over de “uitleg van de overeenkomst” (art. 1378 e.v. BW). Wat de Wetgever gescheiden heeft, zal de Wetstoepasser niet verenigen! Naar oud recht was dit de belangrijkste scheiding der geesten, een tweespalt die tot de dag van vandaag voortleeft.<sup>16</sup> Dat is de te opmerkelijker, nu de toepassing van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) bij de uitleg van de overeenkomst, tegenwoordig algemeen aanvaard is.

Het vraagt dan ook om een *heroriëntatie*. Daarbij zal de vraag aan de orde moeten komen welke plaats art. 6:248 BW, uit de Afdeling over de “Rechtsgevolgen van overeenkomsten” hierbij inneemt. Dit artikel, dat wil zeggen: de *tekst* ervan, heeft tegenwoordig de plaats ingenomen die in het oude BW de artikelen 1374 en 1375 hadden als baken voor tegenstanders van een ruime normatieve uitleg, Hartkamp werd al genoemd in dit verband.

Het beroep op taalkundige uitleg van een contract was traditioneel eveneens op die scheiding in het oude wettelijke systeem gebaseerd: dat kan immers zelfstandig gebeuren, zonder dat enige inmenging van de goede trouw (thans: redelijkheid en billijkheid) daarbij vereist is. Een blik in de jurisprudentie leert al jaar en dag dat deze benadering geen vaste grond heeft: alle standaardarresten op dit terrein gaan immers om één partij die zich op de letterlijke, grammaticale betekenis van woorden beroept, maar in cassatie het onderspit moet delven tegen een wederpartij die deze woorden in de context van alle omstandigheden van geval geplaatst wil zien, naar hun redelijke betekenis en strekking.<sup>17</sup> Heel opmerkelijk is dat Rutten in zijn Asser-bewerking van 1968, ondanks zijn verwerping van elke normatieve uitleg, de taalkundige uitleg beslist van de hand wijst, met een beroep op oude jurisprudentie.<sup>18</sup> “Er zijn geen op zichzelf duidelijke bewoordingen (in het algemeen: tekens)”, zegt Rutten.

<sup>13</sup> Zie hierover mijn artikelen over staalprijzen en ‘kostenverhogende omstandigheden’ (par. 47 UAV, tegenhanger van art. 6:258 BW) in *TBR* 2010/81, 2010/106; 2013/189, p.391 e.v.

<sup>14</sup> In Common law landen betekent ‘jurisprudence’ rechtstheorie. Brusselse ambtenaren hebben ooit ‘jurisprudentie’ vertaald met ‘jurisprudence’ en dat is inmiddels onderdeel van het “Euro-British” geworden, een soort Engels, als voertaal in de EU.

<sup>15</sup> Zie in die zin, resp.: Van Schilfgaarde, t.a.p., p.85; Valk, t.a.p., 2009, p.401; *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6 III 2014/365.

<sup>16</sup> Zie Asser-Rutten II, 1968, p.210 (1982, p.219), gehandhaafd in Asser-Rutten-Hartkamp II, 1985, nr. 281, thans: *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6 III 2014, nr. 366, waarop ook Valk gewezen heeft, t.a.p., 2009, p.394. Valk heeft echter zelf zijn aanvaarding van een beperkte vorm van normatieve uitleg in 2009 wél onderbouwd, waarop hieronder nog zal worden ingegaan (par. 2.3).

<sup>17</sup> Zie aldus: *Haviltex* (1981), en eerder: *Rederij Koppe* (1949), waarop sindsdien vele arresten in normatieve trant gevolgd zijn, zie hierover nog onder.

<sup>18</sup> T.a.p., p.213, Rutten verwijst naar vooroorlogse rechtspraak, sinds 1916. Hij verwerpt overigens ook uitleg gebaseerd op de gemeenschappelijke bedoeling van partijen, want dat zou slechts bij een consequente toepassing van de wilstheorie passen, “doch daarvan kan geen sprake zijn” (p.210; vgl. idem: A/H&S, nr.362).

## 2. Jurisprudentie-onderzoek naar de grondslagen van normatieve uitleg: de oude standaardarresten uit 1949 en 1981

### 2.1 Inleidende kanttekeningen. Het belang van de jurisprudentie voor de doctrine over uitleg

Voor mijn weerlegging van de aanvaarding van slechts een beperkte vorm van normatieve uitleg, en daarmee een pleidooi voor een ruime normatieve uitleg, wil ik te rade gaan bij de recente en minder recente jurisprudentie van de Hoge Raad. Daar is temeer reden voor, aangezien Hartkamp in zijn laatste druk van de Asser-bewerking over die laatste methode van uitleg stelt: “Deze benadering is niet door de Hoge Raad gevolgd en dient om praktische en systematische redenen te worden verworpen”.<sup>19</sup> Hij geeft daar echter geen voorbeelden van, wanneer hij de “recente rechtspraak van de Hoge Raad” beschrijft is dat enkel *Haviltex*, uit 1981. Die recente rechtspraak, zoals hieronder besproken, is echter wel degelijk in de zin van ruime normatieve uitleg gevestigd. Met name de nieuwe standaardarresten *Vodafone* (2007) en *Skare/Flexmen* (2010) passen niet in Hartkamps visie, en hadden zijn bespreking verdiend. Ze worden nu door hem slechts terloops genoemd in andere paragrafen.

Ook in de oudere rechtspraak van de afgelopen, ruime halve eeuw is de Hoge Raad steeds uitgegaan van de hier omschreven opvatting van normatieve uitleg in ruime zin, waarbij de rechtsverhouding begin en eindpunt van de uitleg is. Dus inclusief de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid en de aanvulling van de overeenkomst. Dat blijkt reeds uit twee standaardarresten, *Rederij Koppe* van 1949, nota bene ook door Hartkamp in zijn Asser-bewerking als voorloper van *Haviltex* gezien, en in het laatstgenoemde arrest uit 1981 zelf, voor veel civilisten de eerste kennismaking met normatieve uitleg.<sup>20</sup> Ik heb altijd betoogd dat “*Haviltex* voor de laatbloeiers is”. Pas onlangs viel mij op dat de Hoge Raad dat niet anders ziet: in het arrest *DSM/Fox* (2004) zegt hij over zijn *Haviltex*-arrest: “In ... *Haviltex* heeft de Hoge Raad - daarmee voortbouwend op oudere rechtspraak over de uitleg van overeenkomsten - overwogen ...”, en dan volgt de bekende formule.<sup>21</sup>

Uit mijn analyse van recente rechtspraak (in par. 3) zal blijken dat de daarin gevolgde methode van uitleg het beste onderbouwd kan worden wanneer men afziet van het onderscheid tussen normatieve uitleg van de overeenkomst als eerste fase, met *daarnaast* het instrument van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, alsook de techniek van het aanvullen van een geconstateerde leemte in de overeenkomst. Daarentegen gaat het in die rechtspraak om het betrekken van de precontractuele fase bij de uitleg, evenals om het inschakelen van gedragsnormen gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid. Meer concreet, in het eerste geval het hanteren van de ‘wordingsgeschiedenis’ van de overeenkomst als uitlegfactor door de rechter: verklaringen die door partijen bij de onderhandelingen afgelegd zijn en soms in een considerans vastgelegd, of om de aanvaarding van een mededelingsplicht van een partij (de *drafter*) met betrekking tot een ongebruikelijk betekenis van een gebruikte contractterm - met als pendant een onderzoekplicht van de andere partij. In het tweede geval, houdt de rechter een partij die haar standpunt op een onredelijke, grammaticale uitleg van een contractterm gebaseerd heeft, voor dat dit in strijd is met de contractuele verplichtingen uit redelijkheid en billijkheid. Soms gebeurt dat niet rechtstreeks, maar met de redenering dat partijen dit punt niet geregeld hadden en er dus van een leemte

<sup>19</sup> T.a.p., nr.365; vgl. ook nr. 366.

<sup>20</sup> HR 20 mei 1949, *NJ* 1950/72, m.nt. Ph.A.N. Houwing, ook bekend als *polisbeding*-arrest. Zie: Asser-Hartkamp II, 1985, nr.281; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6 III 2014/364. Opmerkelijk is ook dat Brunner, in zijn recensie van Abas’ bewerking van Hofmann-Van Opstall, kritiek heeft op de verwerping van normatieve uitleg door Abas, waarbij de recensent een beroep doet op het *Rederij Koppe*-arrest, zie: *RmThemis* 1979, p.172.

<sup>21</sup> In ov. 4.2, waarbij gezegd wordt dat het arrest gaat over “de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld”. Dat laatste staat dus centraal, niet het document ‘contract’.

sprake is. Een leemte die bij de uitleg aangevuld kan worden; een contract is immers geen eiland in het recht, dat is een omgeving die uit regels van aanvullend en bindend recht bestaat. Niets bijzonders dus: het eerste onderdeel betekent dat de partijen niet álles door middel van een schriftelijk contract hoeven te regelen om hun rechtsverhouding vast te leggen (*service maison* van de wetgever) – het tweede, dat zij als contractanten bindend recht niet kunnen ontwijken. De redelijkheid en billijkheid nu, behoren tot dat bindend recht, zo leert art. 6:248 BW, dat daarbij spreekt van “de eisen” van redelijkheid en billijkheid. Datzelfde artikel houdt contractanten ook nog de aard van de overeenkomst en de gewoonte voor als rechtsbron, bronnen waaruit tegenwoordig nauwelijks geput wordt, hoogstens in bedekte termen. Naar mijn mening is dat een verschraling van de rechtsvinding, dat was in de tijd van het *Algemeen Deel* van Scholten bepaald anders.

De grote afleider hierbij is dat naar mijn indruk veel schrijvers en advocaten in de valkuil stappen dat met uitleg van een overeenkomst uitsluitend het schriftelijk stuk bedoeld is, en uit het oog verliezen dat het woord ‘overeenkomst’ niet alleen dat *document* aangeduid wordt, maar ook de *rechtsverhouding* van partijen (door een rechtshandeling tot stand gebracht). Bij het woord: ‘contract’ is dat niet anders. Daarmee is het een gegeven, dat de uitleg van de overeenkomst (document) slechts een onderdeel kan zijn van de uitleg van de overeenkomst (rechtsverhouding) van partijen. Dat betekent ook, dat er des te minder reden is problemen te hebben met de erkenning dat ‘aanvulling’ van de overeenkomst een natuurlijk onderdeel is van ‘uitleg’ van de overeenkomst. Het gaat immers steeds om de gehele rechtsverhouding van partijen, die als de rechtshandeling ‘overeenkomst’ bekend staat, waarvan de inhoud door uitleg vastgesteld moet worden.

Wij beginnen met een bespreking van de ‘Gouwe ouwen’ van de uitleg-jurisprudentie.

## **2.2 Het *Rederij Koppe*-arrest van 1949: normatieve uitleg in ruime zin aanvaard. De ontvangst in de doctrine en de achtergronden daarvan**

In *rederij Koppe* was zoals bekend inzet van het geschil de uitleg van een (beurs-)verzekeringspolis, met name de clause ‘geen premie, geen uitkering’, geformuleerd als een verplichting tot betaling van de premie binnen “14 dagen”. De verzekeraar beroept zich op de letterlijke tekst van de clause en weigert de schadesom uit te keren. Het hof had, na 9 getuigen uit de makelaars- en verzekeringswereld gehoord te hebben – indachtig de ‘aard van de overeenkomst’! – vastgesteld dat dergelijke clauses, zoal geen “dode letter”, toch in dergelijke verzekeringen “in ieder geval met grote soepelheid plegen te worden toegepast”. Het hof kwam tot het oordeel:

“dat bij een zodanige situatie, indien al beroep op de betrokken bepaling kan worden gedaan, de goede trouw in ieder geval meebrengt dit beroep te beperken tot de gevallen, waarin het beroep, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is te achten.”

Kortom, hier is zonneklaar sprake van een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Maar wat doet de Hoge Raad vervolgens? De cassatierechter brengt dit onder de figuur van uitleg, dus normatieve uitleg in ruime zin, als volgt. Het hof heeft “dus doende die voorwaarden uitgelegd”, omdat:

“... het hof 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”.

Eveneens, zonneklaar een geval van redelijke uitleg, met andere woorden, normatieve uitleg. Annotator Houwing Jr., leerling van Meijers, slaat echter alarm: hier is sprake van aanpassing van de overeenkomst onder de mom van uitleg, fictie dus.<sup>22</sup> De Hoge Raad is volgens de annotator in dit arrest te ver gegaan: er is hier immers geen sprake van een “bedoeling van partijen” en daar gaat het toch om bij de uitleg? Vandaar zijn oordeel dat de Hoge Raad zich aan een ‘dubbele fictie’ schuldig gemaakt heeft door het oordeel van het hof als ‘uitleg’ te kwalificeren, terwijl bij de partijen evenmin van een ‘bedoeling’ sprake was.<sup>23</sup>

Het gevolg hiervan was dat in rechtenfaculteiten waar Meijers’ visie op de uitleg gevolgd werd, dit arrest naar de prullenbak verwezen werd. Dat lag geheel anders in die faculteiten waar men de leer van Houwing Sr., daarin gevolgd door Scholten en vele anderen, onderschreef: hier was *rederij Koppe* een standaardarrest voor de normatieve uitleg. In 1909 had Scholten geschreven: “Iedere interpretatie is tevens aanvulling en de tegenstelling is een van meer of minder, niet van scherp te onderscheiden dingen”.<sup>24</sup> Zijn stelling: “woorden zijn nooit duidelijk”, is een gevleugelde uitspraak geworden.

Deze opvatting over uitleg als een normatieve methode is door de overgrote meerderheid van schrijvers overgenomen.<sup>25</sup> Van die groep schrijvers geef ik, als toonaangevend, de visie van Eggens - de leermeester van Pitlo, Schoordijk en vele anderen – die in 1941 de goede trouw omschrijft als:

“het primaire gebod in het recht, zó dat dit de wettelijke normen niet alleen aanvult, waar deze zwijgen, maar deze ook doordringt, er de kern van is, zoals het contractuele bepalingen niet alleen aanvult, maar doordringt”.<sup>26</sup>

Een belangrijke tegenstem kwam van Meijers, ook een leerling van Houwing Sr. maar als appel ver van de stam gevallen. Kenmerkend voor Meijers’ visie op de uitleg, is deze uitspraak - door Eggens kort daarna bestreden - dat:

“... het vaststellen van datgene wat bedoeld is – ook dus wat stilzwijgend bedoeld is – steeds een psychologische en niet een normatieve werkzaamheid blijft. Datgene wat in een bijzonder zich voordoend geval redelijk is, mag slechts dan als stilzwijgend bedoeld aangenomen worden, wanneer er voldoende grond is om aan te nemen, dat de verklarende persoon aan dat geval heeft gedacht.”

<sup>22</sup> Dit was een constructie die Meijers aanbevolen had om de strenge leer van de Hoge Raad uit 1926 (*sarong-* en *weefgetouwen*-arresten) te omzeilen waarbij aanpassing van de overeenkomst op grond van de goede trouw bij veranderde omstandigheden niet toegestaan werd.

<sup>23</sup> Volgens Meijers is uitleg het vaststellen van de subjectieve bedoeling van partijen, zie nog onder.

<sup>24</sup> “Uitlegging van testamenten” *WPNR* 2057-58; 2060-61, 1909, op p.350. Zijn inspirator J.F. Houwing had in 1890 betoogd: “De billijkheid nu en die goede trouw verbieden, aan den letterlijken grammaticalen zin der gebruikte woorden zich vast te klampen”, *RM* 1890, p.516 e.v. Houwing bouwt hier voort op schrijvers als Hamaker, Fockema Andreae, Modderman, Drucker en Smit, die rond 1875 de ‘vertrouwensleer’ gevestigd hadden. Smit heeft in zijn proefschrift van 1880 aangetoond dat de Hoge Raad al sinds ca. 1850 “uitleg te goeder trouw” of “redelijke uitleg” toepast.

<sup>25</sup> Hartkamp noemt als aanhangers van normatieve uitleg uit de oudere literatuur slechts Losecaat Vermeer en Suijling, en uit recenter tijd: Van Dunné, Schoordijk, Van Schilfgaarde en Grosheide, de laatste twee auteurs echter ten onrechte (vgl. Van Schilfgaarde, t.a.p., p.84, nt 17; deze noemt zelf nog als normativo’s: Eggens en Scholten). Voor een complete overzicht, zie mijn *Verbintissenrecht, Deel 1*, p.135 e.v., ontleend aan mijn proefschrift *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1971.

<sup>26</sup> J. Eggens, “Het ‘misbruik van recht’ en de vrijheid”, Diesrede Batavia, 1941, in: *VPO* 2, 1959, p.70, op p.79. De opvatting van Eggens lijkt hier sterk op die van Larenz, met eveneens sterke Hegeliaanse ondertonen. Eggens bouwde bij de uitleg voort op schrijvers als Suijling, Jansma en Losecaat Vermeer.

“Hoe men zich ook daartegen keert, interpreteren blijft het zoeken naar een achter woorden verscholen menselijke bedoeling”.<sup>27</sup>

Deze uitspraak gaf mij indertijd de gedachte in de door mij bepleite methode “normatieve” uitleg te noemen, als tegenwicht tegen wat Valk tegenwoordig de “traditioneel-Leidse opvatting” heeft genoemd, hetgeen hieronder nog ter sprake zal komen. De in die contreien veel gehoorde opmerking dat “elke uitleg normatief” is, dus die benaming onderscheidend kenmerk mist, het “een pleonasme” zou zijn, kan dus afgedaan worden met een verwijzing naar deze oer-tekst van de grote Leidse leermeester uit 1948.<sup>28</sup>

In Leiden was ook een ander geluid te horen. Van Oven sprak zich in 1932 uit over de wil van partijen die onder de vigeur van de goede trouw geobjectiveerd moet worden, waarmee de partijautonomie sterk gerelativeerd wordt. En wel omdat:

[De regel geldt dat] “de uiterlijk tot stand gekomen overeenkomst bindt, dat partijen ‘tot wet strekt, omdat en dús slechts in zoverre als de goede trouw dit medebrengt’. [Wij moeten] “rechtsgevolgen vastknopen aan zulke gedragingen waaruit naar goede trouw en redelijkheid een wil valt te concluderen”.<sup>29</sup>

Wij zien hier dat de plaats van het begrip ‘wil’ gereduceerd is tot een ondergeschikte, formele rol. Een geheel andere visie wordt tegenwoordig nog ingenomen door Van Schilfgaarde, die onlangs stelde dat de ‘wil’ en ‘bedoeling’ van partijen een belangrijke rol spelen bij de uitleg van de overeenkomst, ook bij aanvaarding van normatieve uitleg. Dat laatste doet Van Schilfgaarde echter slechts in beperkte zin: dus normatieve uitleg gescheiden van derogerende werking een aanvulling van en leemte op grond van redelijkheid en billijkheid.<sup>30</sup> De reden daarvoor is dat door hem aan partijautonomie een centrale plaats gegeven wordt, waaraan verbonden de wil en de bedoeling van partijen, beide subjectief opgevat. Handelingen worden met een bepaald doel en om bepaalde redenen, en niet doelloos verricht, stelt hij, hetgeen vraagt om toepassing van het element van de “mentale conditie” (zoals door Loth ontwikkeld).<sup>31</sup> Daarin is het “fundamentele bezwaar” gelegen dat Van Schilfgaarde inbrengt tegen normatieve uitleg in ruime zin, zoals door mij (en vele anderen) verdedigd.

<sup>27</sup> *Algemene Begrippen*, Leiden: Universitaire Pers, 1948, resp. pp.225 en 23. De laatste passage wordt bestreden door Eggens in *Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen*, Red. Meijers en Eggens, 1951, ook in: *Eggens bundel*, Red. Schoordijk en Smits, Overveen: Belvédère, 1998, p.257 e.v., op p.258; ook opgenomen in: ‘*Een man een man, een woord een woord*’. *Werken ter nagedachtenis aan Jannes Eggens*, Red. T.E. Booms, Overveen: Belvédère 2014, p.388 e.v. (met beschouwingen daarover van Van Mourik). Zie hierover ook mijn bijdrage aan *Contracteren internationaal, Grosheide-bundel*, Red. Hondius c.s., Den Haag: Boom, 2006, p.103 e.v., par.2.

<sup>28</sup> Die opmerking vindt men bijv. in het proefschrift van Nieuwenhuis uit 1979 en werd door mij regelmatig weerlegd, recent nog in *Contracteren*, 2011/4, p.114 en mijn bijdrage *Grosheide-bundel*, 2006, t.a.p. Hartkamp geeft een veelbetekenende variant op die opmerking en stelt: “Redelijkheid en billijkheid spelen een rol bij de uitleg. In deze zin is elke uitleg normatief”, t.a.p., nr. 365.

<sup>29</sup> J.C. van Oven, “Wilsgebreken, goede trouw en oorzaak”, WPNR 3240-43 (1932), p. 70. Zie hierover ook mijn *NJB*-artikel uit 1980, “De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?”, p.673 e.v., par. 3. Van Oven was ook een typische leerling van Houwing Sr.

<sup>30</sup> T.a.p. (2016), p.83 e.v. Dat laatste gebeurt - traditioneel onderhand - op “systematische gronden”, met de aantekening dat hier “de grenzen vloeiend zijn”.

<sup>31</sup> T.a.p. p.86; vgl. M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht*, diss. Leiden, 1988. Zie voor een andere visie de concl. A-G Hartkamp voor *Cogasco*-arrest, HR 11 november 1988, *NJ* 1990, 440: bij uitleg is een relevante factor “hetgeen partijen met het beding hebben beoogd”, hetgeen iets anders is dan wat partijen “feitelijk wilden”. Hartkamp vervolgt dan: “de term ‘zin en strekking’ geeft aan wat partijen *met* het beding wilden *bereiken*, niet wat zij feitelijk in het beding wilden *verklaren*.” Vgl. ook nog: HR 23 juni 1995, *NJ* 1996/566, m.nt. Snijders, *Prêt-à-Porter*: het hof mocht van de letterlijke tekst afwijken en een uitleg geven die door géén van partijen verdedigd werd. Zie verder mijn *Verbintenissenrecht 1*, p.221.



Mijn conclusie is hier dat het vasthouden aan het begrip ‘wil’ (alias: ‘bedoeling’ van partijen), subjectief opgevat, weinig toevoegt aan de inmiddels gangbare methode van uitleg in normatieve trant, en slechts aanleiding voor verwarring kan geven.

Wij verlaten nu de *jurisprudence* en gaan weer over op de *case law*: wat doet de Hoge Raad in 1981 in het standaard-arrest over uitleg? Het zal niet verbazen dat de cassatierechter op de reeds ingeslagen weg (sedert 1850) is voortgegaan en goed op de hoogte lijkt te zijn van de hier besproken doctrine van voor en na de oorlog.

### 2.3 Het Haviltex-arrest van 1981: een standaard van welke methode van normatieve uitleg?

Dan nu het bekende arrest waarmee de Hoge Raad in 1981 een algemeen aanvaarde standaard heeft opgericht voor (normatieve) uitleg: *Haviltex*.<sup>32</sup> Het hof had een heldere tekst uit het contract letterlijk uitgelegd had met behulp van een “zuiver taalkundige uitleg”, waaraan een voor ons onderwerp belangrijke overweging van de Hoge Raad gewijd is:

“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. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers 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 redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Een en ander brengt mee dat het Hof bij het bepalen van zijn oordeel dat de in zijn zesde r.o. bedoelde bepaling van het contract geen leemte laat in de regeling van de rechtsverhouding van partijen, een onjuiste maatstaf heeft aangelegd.” (curs. toegevoegd)

Men ziet hier dat de cassatierechter – tegen het advies van A-G Franx in – het “schriftelijk contract”, de “verhouding van partijen” en de vraag naar “een leemte die moet worden aangevuld” op één lijn zet, als één geheel behandelt in het kader van uitleg. Het gaat hier niet om twee vragen; in de erop volgende zin spreekt de Hoge Raad immers van “de beantwoording van die vraag”, in enkelvoud dus. Aan het slot van de overweging komt de vaststelling van een leemte weer aan bod, de vaststelling dat het hof daarbij een onjuiste maatstaf heeft aangelegd, dat wil zeggen, niet de methode van normatieve uitleg. Waarmee de normatieve cirkel weer rond is.

Leidse auteurs, zoals Nieuwenhuis en Valk, hebben grote moeite gehad om deze visie van de Hoge Raad te onderschrijven. Het betoog van Valk uit 2009, waarnaar hij in zijn preadvies had verwezen voor een theoretische onderbouwing van zijn standpunt over de 3 (of 4) alternatieve routes, verscheen in de aan zijn leermeester Nieuwenhuis gewijde bundel. Voortbouwend op het standpunt van de laatste, al in zijn proefschrift van 1979 ingenomen, breekt Valk een lans voor wat hij noemt: de “traditioneel-Leidse opvatting”. Hij erkent daarbij dat deze visie afwijkt van de normatieve methode van uitleg die de Hoge Raad heeft aanvaard in 1981 en bevestigt in het *DSM/Fox*-arrest van 2004, en trouwens ook al in eerdere arresten, stelt Valk, zoals *Steinbosch/Van Alphen* uit 2001.<sup>33</sup> Beseffend dat dit een *up-hill fight* is, doet Valk een beroep op het door Nieuwenhuis verdedigde onderscheid tussen ‘autonome’ en ‘heteronome’ normen: de eerste soort norm is ontleend aan de partijautonomie, die met zich brengt dat partijen zelf bepalen wat de inhoud van hun overeenkomst is, de tweede norm is de

<sup>32</sup> HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635, m. nt. CJHB; AA 1981, 355, m. nt. Van Schilfgaarde.

<sup>33</sup> Valk, t.a.p., 2009, p.395. Valk wijst erop dat in Leiden Hijma een andere geluid over uitleg laat horen: “Richtinggevend is het wederzijds gerechtvaardigd vertrouwen van partijen (art. 3:35), bezien in het licht van de redelijkheid en billijkheid (artt. 6:2, 6:248)”, in: Hijma-Olthoff, *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 492.

wettelijke norm van redelijkheid en billijkheid.<sup>34</sup> De strikte scheiding tussen deze, principieel verschillend geaarde normen, zou met zich brengen, aldus de Leidse opvatting, dat dit ook voor de uitleg dient te gelden. De norm van redelijkheid en billijkheid heeft niets te zoeken bij de uitleg van een schriftelijke overeenkomst, hoogstens in de vrije ruimte ernaast, wanneer zij als derogerende werking aan bod kan komen of als hulpmiddel bij de aanvulling van een geconstateerde leemte in de overeenkomst.

Zich afzettend tegen de Hoge Raad, die daarin gesteund wordt door Hartkamp in zijn gezaghebbende Asser-bewerking, stelt Valk dat de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg niet de eerste viool, maar de *tweede viool* zouden moeten spelen. Wij zullen hieronder, bij de bespreking van de rechtspraak van de Hoge Raad na 2009 (par. 3) zien dat dit *whishful thinking* geweest is, die geen invloed gehad heeft op de recente jurisprudentie. Maar eerst nog een opmerking over het argument dat Valk hierbij ontleent aan art. 6:248 BW, met name de letterlijke *tekst* ervan. Dat doet namelijk sterk denken aan het beroep dat een vorige generatie juristen deed op de *tekst* van de artt. 1374/1375 en 1378 oud-BW.<sup>35</sup> Valk ziet een soortgelijke tweedeling in de woorden van art. 6:248:

“Een overeenkomst heeft niet alleen de door partij overeengekomen rechtsgevolgen, *maar ook* die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.”

Uit deze tekst, met name de gecursiveerde woorden ‘*maar ook*’, leidt Valk af dat “hier de door partijen overeengekomen (autonome normen) en redelijkheid en billijkheid duidelijk van elkaar zijn onderscheiden”. Dit is taalkundig een *tour de force*, kan men vaststellen, want het bijwoord ‘ook’ heeft toch een verbindende, geen scheidende betekenis.<sup>36</sup>

De essentie is voor Valk, dat:

“... wat partijen zijn overeengekomen, wordt aangevuld door (onder meer) de billijkheid, hetgeen veronderstelt dat – hoezeer er ook samenhang is, [ ... ] - toch onderscheid kan en moet worden gemaakt tussen dat wat overeengekomen is en dat wat de (redelijkheid en) billijkheid met zich brengt. En wie dat onderscheid serieus neemt, kan er niet in toestemmen dat voor de uitleg van hetgeen partijen zijn overeengekomen, *diezelfde* redelijkheid en billijkheid de maatstaf zouden zijn.”<sup>37</sup>

Wij zien hier een loupe-zuivere *petitio principii*, met als principe: de partijautonomie, ‘Baas in eigen overeenkomst!’ Dit principe is een dogmatisch fundament, dat niet alleen naar Nieuwenhuis, maar via Rutten naar Meijers terug gaat. In 1921 schreef hij, in een tijd dat de Hoge Raad het door hem verfoeide beginsel uit de vertrouwensleer, de goede trouw, steeds vaker begon toe te passen, zoals Eggen in zijn Diesrede uit 1941 het verwoordt:

<sup>34</sup> Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1979, pp. 3;20, alsook: *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2006, zie: Valk, 2009, p.399 e.v. Voor een geheel andere visie op dit thema, zie, baanbrekend: N. de Beneditty, “Evolutie van ‘autonome’ naar ‘heteronome’ overeenkomst?”, *WPNR* 3379/80 (1934), waarover mijn artikel in *NJB* 1980, par. 3. Deze schrijver behoorde tot de briljante, creatieve Leidse juristen die de oorlog niet overleefd hebben, zoals ook: Wolfsbergen, Marx en Clavareau.

<sup>35</sup> T.a.p., p.393. Valk zoekt hierbij ook steun bij de vergelijkbare tekst van art. 1375 oud-BW, met nota bene een beroep op Schoordijk, echter ten onrechte. Het door de wetgever plaatsen van opschriften boven de afdelingen die een tegenstelling suggereren, noemde Van Oven eens “een ongeluk voor de ontwikkeling van ons recht geworden”.

<sup>36</sup> De synoniemen van ‘ook’ zijn immers: ‘insgelijks, desgelijks, alsmede, evengoed, evenzeer, evenzo’, en wat moderner: ‘mede, tevens, tegelijkertijd’.

<sup>37</sup> T.a.p., 2009, p. 393. Zie in dezelfde zin, Valk in zijn preadvies 2016, p.75, met de toevoeging dat hij zich “aan deze aan de wet ontleende voorstelling van zaken houdt en de ballast van het decennialange debat over normatieve uitleg graag laat liggen”.

“[Meijers] “ziet het (primair) bindende moment in het sluiten van een overeenkomst in de (eenzijdige, subjectieve, abstracte) wil van ieder der partijen afzonderlijk, in plaats van in ‘het gegeven woord’, in hetgeen partijen krachtens haar houding en verklaringen jegens elkaar, te goeder trouw gezamenlijk behoren te willen.”

Eggens zegt hierover, in 1941(!): “wellicht mogen we de daar verdedigde (wijsgerig: onontwikkelde) opvatting als thans overwonnen beschouwen”.<sup>38</sup> De doctrine blijkt toch taaier dan Eggens toen dacht.

Intussen vindt men bij Hartkamp in zijn Asser-bewerking een met de opvatting van Valk vergelijkbare redenering gevolgd met betrekking tot het aannemen van een beperkte vorm van normatieve uitleg, dus gescheiden van de derogerende werking en aanvulling van een leemte in de overeenkomst, met eveneens een beroep op de tekst van art. 6:248. Daarnaast verwijst Hartkamp nog naar de recente rechtspraak van de Hoge Raad en de Parlementaire Geschiedenis van het BW.<sup>39</sup> Dat laatste gebeurt nota bene met de aantekening dat de wetgever dit als dogmatische vraag ziet die aan de wetenschap wordt overgelaten (zoals wij al eerder signaleerden). Het eerste gebeurt zonder nadere onderbouwing en vraagt om een analyse van die recente rechtspraak, een onderwerp dat nu dringend om behandeling vraagt.

### 3. Bijdragen van de recente jurisprudentie voor de ‘dogmatische vraag’ over de grenzen van de normatieve uitleg

#### 3.1 Inleidende opmerkingen. Het belang van “de omstandigheden” voor de uitleg

Dan is nu de vraag aan de orde of in de recente jurisprudentie licht geworpen wordt op de vraag die de gemoederen nog steeds verdeeld houdt, of de normatieve uitleg gescheiden is van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en de aanvulling van leemten in de overeenkomst, eveneens op grond van die normen. Het aanknopingspunt is hierbij voor mij de formulering in *Haviltex* dat het bij de uitlegvraag aan komt “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 redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”. Dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gaat en dat daarbij het vertrouwen centraal staat, was voor de goede verstaander al meteen duidelijk, maar het kon geen kwaad dat de Hoge Raad dat uitdrukkelijker verwoord heeft in het *Fox*-arrest van 2004 - herhaald in het *Condor*-arrest van 25 november 2016 - namelijk dat die “*omstandigheden van het concrete geval*”, die “van beslissende betekenis zijn”, worden “gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen”.

Op die omstandigheden als centraal onderdeel van het uitlegproces, wil ik nu de aandacht vestigen. Welke omstandigheden zijn dit, ten opzichte van de positie van partijen? Het is verhelderend om te bedenken dat hiermee in de rechtspraak niet alleen de *contractuele* fase maar ook de *precontractuele* fase bedoeld wordt, hetgeen van belang is voor de locatie van de relevante feiten en omstandigheden, terwijl op beide terreinen de normen van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn, in een gevestigde jurisprudentie. Verrassend is dit intussen niet, indien men beseft dat het voor de Hoge Raad bij de uitleg om het vaststellen van de (rechts-)verhouding van partijen gaat, waarvan de regeling in een schriftelijk contract een onderdeel vormt. Wij zullen zien dat de Hoge Raad bij het uitwerken van deze benadering op het gebied van de precontractuele fase tot het aanvaarden van een *spreekplicht* komt, die weer door een eveneens aangenomen *onderzoekplicht* in zijn werking beperkt kan worden. Dat gebeurt soms impliciet, maar ook wel expliciet. Wij hebben het hier over de uitleg, niet over

<sup>38</sup> T.a.p., p.79.

<sup>39</sup> T. a.p., nr. 365, zie hierover nog onder.

een figuur als de dwaling, waar deze precontractuele verplichtingen al veel langer bekend zijn en ten dele in het huidige BW opgenomen.

Dit is wellicht opzienbarend voor degene die een traditioneel beeld van de uitlegmethode heeft, het wordt nog ingrijpender wanneer men zich realiseert dat de Hoge Raad in een onderhand vaste jurisprudentie ook de *uitvoeringsfase* van de overeenkomst bij de uitleg betreft: de wijze waarop partijen uitvoering gegeven hebben aan de overeenkomst, met name aan de regeling zoals vastgelegd in het schriftelijk stuk. Met het arrest uit 1994, *Gasunie/Gem. Anloo*, werd deze uitlegregel aanvaard, al heb ik de indruk dat deze niet algemeen bekend is, in theorie en praktijk.<sup>40</sup> Valk grijpt deze rechtspraak aan om de term “dynamische uitleg” te lanceren: “het gaat in het debat niet over dat ene moment, maar om de betekenis van hetgeen zich gedurende langere tijd heeft afgespeeld”. Voor hem was daarvoor richtinggevend de benadering van de Hoge Raad in arresten van 1997 en 2008 waarin geoordeeld werd dat bij de uitleg bepalend is “hetgeen partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan”, daarbij “mede in aanmerking genomen de wijze waarop partijen feitelijk aan de overeenkomsten uitvoering hebben gegeven”.<sup>41</sup> Deze rechtspraak heeft Valk in elk geval niet ertoe gebracht – zo constateer ik – om de grondslagen van de uitleg, de methode, meer ‘dynamisch’ te benaderen.

De conclusie kan zijn dat ook met deze laatstgenoemde rechtspraak de taalkundige betekenis van contractsbepalingen nog verder op afstand werd gezet, terwijl de doorwerking van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid andermaal bevestigd en uitgewerkt is.

### 3.2 Precontractuele verplichtingen van partijen als instrument bij de uitleg van de overeenkomst

Het betrekken van de precontractuele fase bij de uitleg is geen nieuw fenomeen in de rechtspraak, maar wel steeds opvallender. De betekenis van precontractuele verklaringen werd al in 1978 van belang geacht, als de “wordingsgeschiedenis” van de overeenkomst,<sup>42</sup> Eerder, in het arrest uit 1951 door Hartkamp genoemd als uitzondering op het door hem voorgestane stelsel van een beperkte normatieve uitleg dat de jurisprudentie zou inhouden, had de Hoge Raad de precontractuele verklaringen vastgelegd in een ‘considerans’ als onderdeel van de uitleg van het contract zelf aanvaard.<sup>43</sup> In dat arrest *Van Stijverden/Van Olst* keurt de cassatierechter het arrest van het hof goed (waarin de term “licentiesom” uitgelegd werd met behulp van de considerans voorafgaand aan het contract zelf), als volgt:

[de klacht faalt] “omdat niet blijkt dat aan het hof, gewagend van uitlegging te goeder trouw, uitsluitend art. 1374, lid 3 BW voor ogen stond, zijnde het veeleer aannemelijk dat het hof, althans mede, art. 1375 in zijn oordeel heeft betrokken.”

Die lijn uit 1951 – overigens maakte de *normativo* Losecaat Vermeer in dat arrest deel uit van de kamer van de Hoge Raad, evenals kort tevoren in *Rederij Koppe* het geval was – is in de

<sup>40</sup> HR 20 mei 1994, *NJ* 1994/574. Voor recente, bevestigende rechtspraak, zie: Valk, t.a.p. 2016, pp.27-32.

<sup>41</sup> T.a.p., 2016, op p.29. Die uitvoering van de overeenkomst door partijen kan zelfs ertoe leiden dat de uitleggende rechter tot het oordeel komt dat “de rechtsverhouding zich tussen partijen heeft ontwikkeld” in een andere overeenkomst (van opdracht tot maatschap), aldus: HR 2 september 2011, *NJ* 2012/75, m.nt. Van Schilfgaarde, *VDE c.s./Fuchs c.s. (dierenartsen in Asten)*. Hieronder kom ik nog terug op deze rechtspraak, bij de aanvulling van leemten, par. 3.4.

<sup>42</sup> HR 13 januari 1978, *NJ* 1978/302, *Swimmingpool/Diligentia* (aldus ook: *Codicil* –arrest, *NJ* 1983/682).

<sup>43</sup> HR 30 november 1951, *NJ* 1953/76, *Van Stijverden/Van Olst*. Vgl. hierover: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010/366, met de toevoeging: “anders wellicht nog HR 30 november 1951 [ ... ] waarover Van Dunné, *NJB* 1980, p.673 e.v.”. Een passage die merkwaardigerwijze geschrapt is in de laatste druk: 2014/366.

rechtspraak van de afgelopen decennia voortgezet. Daarvan volgen nu enkele recente voorbeelden.

HR 9 april 2010, NJ 2010/411, UPC/Aandeelhouders Cignal

In deze zaak ging het om de uitleg van een artikel in de Shareholders Agreement over de manier van handelen in aandelen ‘Priority’ door middel van beursnotering door UPC.<sup>44</sup> Partijen zijn het oneens over de betekenis van de bepaling over “het naar de beurs brengen van nieuwe en/of bestaande aandelen”. UPC had namelijk slechts bestaande aandelen, en geen nieuwe aandelen naar de beurs gebracht, waartegen Aandeelhouders Cignal protesteerden en de vraag in geding was of UPC (ook) tot dat laatste verplicht was geweest. Bij de uitleg van de contractsbepaling is de ‘wordingsgeschiedenis’ van grote betekenis, met name de omstandigheid dat een voorstel van een partij om een beperking aan te brengen in de tekst van dat artikel (slechts nieuwe aandelen uitbrengen) bij de onderhandelingen van partijen verworpen was. Hieraan werd bij de uitleg van die bepaling grote waarde toegekend door het hof, met instemming van de Hoge Raad.

HR 20 december 2010, NJ 2011/111, m.nt. Verstijlen, Kamsteeg/Lisser

In deze zaak was sprake van uitleg van een notariële akte waarbij een recht van opstal gevestigd werd, de zakelijke overeenkomst dus, waaraan een obligatoire overeenkomst was voorafgegaan. 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 had 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.

Men ziet hier weer dat uitleg van de overeenkomst als document niet los gedacht kan worden van uitleg van de onderliggende rechtsverhouding van partijen, ook wanneer deze tenslotte bij notariële akte is vastgelegd, en dat alles in het licht van de redelijkheid en billijkheid.

HR 18 november 2011, RvdW 2011/1422, ISG/Meropa

In het geding is de uitleg van de term ‘net proceed’ (netto verkoopopbrengst) bij verkoop van aandelen zoals bepaald in een artikel van de Profit Sharing Agreement (hierna: PSA). ISG had de geplaatste aandelen in het kapitaal van H&F verkocht en geleverd aan Meropa en het geschil ging over de vraag of in verband met de afdracht van 50% ook het bedrag van een bepaalde lening tot de ‘net proceed’ gerekend moest worden. De Hoge Raad overweegt over de uitleg van de PSA, met name de uitleg van het begrip ‘net proceed’, dat “het hof, tegen de achtergrond van het debat van partijen, alle relevante omstandigheden van het geval in zijn beoordeling heeft betrokken, waaronder de wijze van totstandkoming van de PSA, de bewoordingen van de PSA (over de betekenis waarvan partijen van mening verschillen) en de bedoeling van partijen.” Cassatieberoep afgewezen.

### **3.3 Precontractuele fase (vervolg). De jurisprudentie over de spreekplicht als instrument bij uitleg van de overeenkomst**

<sup>44</sup> Zie over dit arrest, evenals enkele andere hier besproken arresten uit de periode 2010-2012: M.S. Breeman, “Vijf jaar ‘taalkundige uitleg’ van commerciële contracten; een overzicht”, *MvV* 2012, p.327, op p.329 e.v.; M.H. Wissink, “Vertrouwen op tekstuele uitleg”, *ORP* 2012, p.26, op p.28.

In 1991 werd een volgende stap op het precontractuele terrein gedaan en een *spreekplicht* expliciet aanvaard in het geval dat bij de onderhandelingen een term gebruikt werd in een andere dan de gebruikelijke zin, waardoor de andere partij op het verkeerde been werd bij een bedrijfsovername.<sup>45</sup> Het ging om het gedekt zijn van pensioenverplichtingen door middel van een “hinkende rekenrente”; de koper was een Amerikaanse CEO, die bij de onderhandelingen de term niet begreep, maar wel deskundig geacht werd. Het liep voor hem daarom fout af, maar door de Hoge Raad werd wel de mededelingsplicht aanvaard bij hantering van ongebruikelijke termen (aldus: “operatie geslaagd, patiënt overleden”). Dit aspect van de uitlegmethode heeft indertijd weinig aandacht getrokken, maar in de laatste jaren zien wij deze figuur terug, in arresten uit 2000, 2007, 2008 en 2013. Ik loop die reeks langs en geef een beknopte weergave van casus en beslissing.

HR 16 juni 2000, NJ 2001/559, L.E. Beheermij. B.V./ Stijnman

Twee partijen hebben een lange relatie als mede-directeuren in een BV. A gaat af op mededeling van B, jaren geleden gedaan, over de aard van de lijfrente voor zijn vrouw. A neemt hele BV van B over; na overlijden van B claimt zijn weduwe de lijfrente, maar op andere basis dan A indertijd van haar man, B, gehoord had. A had echter geen onderzoek gedaan naar lijfrente toen hij BV overnam. Het hof rekent hem daarop af, maar de Hoge Raad stelt A in het gelijk, allereerst met de oude regel uit *Van Beek / Van Dartel* (1973): het verzaken van een onderzoekplicht sluit niet uit dat wederpartij een *mededelingsplicht* had, waarop vertrouwd mocht worden (bevestigd in: *Antilliaans zwembad*, 1998). Hierbij zijn volgens de Hoge Raad de *omstandigheden* van belang: de partners “kenden elkaar al jaren, werkten nauw samen en vertrouwden elkaar blindelings”, zodat A “geen aanleiding had nader onderzoek te doen naar of vragen te stellen over de inhoud van de lijfrente-overeenkomst”.<sup>46</sup>

HR 20 juni 2008, NJ 2008/355, Pontmeyer c.s./Archon

Koop van onroerend goed dat eigenschappen bezit die “voor een normaal gebruik nodig zijn” (standaard-clausule in akte). De koper/projectontwikkelaar wil woningbouw doen; het hof had bepaald dat verkoper daarmee (kort door de bocht gaand) een garantie had gegeven dat het perceel de eigenschappen bezat die nodig zijn voor het door koper voorgestane gebruik, namelijk woningbouw (er zat, naar later bleek, asbest in de grond, dus sanering vereist). Het hof oordeelde dat koper in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs erop heeft mogen vertrouwen dat de garantie van verkoper inhield dat het gekochte perceel geschikt was voor woningbouw. De Hoge Raad beslist dat het hof van oordeel was dat de “vastgestelde feiten en omstandigheden van een zodanig gewicht waren dat koper (A.) uit het stilzwijgen van verkoper (P.) mocht afleiden dat de garantie van P. inhield dat het perceel bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezat die nodig waren voor het door A. voorgestane gebruik, te weten gebruik voor woningbouw”. Dat wordt door de cassatierechter onderschreven.<sup>47</sup> Met andere woorden, de verkoper had een *spreekplicht* en het schenden ervan doet een garantieverplichting ontstaan.

HR 14 juni 2013, NJ 2014/415, nt. Vranken, Aegon / Stichting Koersplandewegkwijt

In deze zaak hadden de deelnemers (zoals verweerster) bij het aangaan van de Koersplan-overeenkomst een formulier ingevuld waarop zowel de hoogte van de inleg als van de

<sup>45</sup> HR 4 januari 1991, NJ 1991/254, *Avery/VRG*; AA 1992, p. 354, m. nt. Van Dunné.

<sup>46</sup> Zie voor de tegenhanger van de spreekplicht, de *onderzoekplicht* bij uitleg ook: HR 2 februari 2007, LJN 2007/76, *NBA Management / Stichting Meerhuysen*, inzake uitleg van veilingvoorwaarden door een derde/koper.

<sup>47</sup> Dit arrest is een recent voorbeeld van het doortrekken van de lijn in de rechtspraak met betrekking tot een stilzwijgende garantie: *Steendijkpolder*, 1992, en *Hoog Catharijne*, 1995.

spaarstorting was vermeld. Daarover ontstaat een geschil; voor ons onderwerp is deze overweging van de Hoge Raad van belang:

“Weliswaar waren die deelnemers op de hoogte van het verschil tussen inleg en spaarstorting, maar naar het oordeel van het hof was voor die deelnemers niet zonder meer duidelijk dat dit verschil betrekking had op de premie en niet kon zien op de in rekening te brengen kosten. Daarbij heeft het hof mede belang gehecht aan een door de Stichting c.s. bij pleidooi in hoger beroep gepresenteerd voorbeeld, waaruit blijkt dat het geen onredelijke aanname zou zijn het bedrag van inleg minus spaarstorting op te vatten als de in rekening te brengen kosten. Het hof heeft aldus tot uitdrukking gebracht dat vorenbedoeld formulier, *zonder nadere toelichting*, de mogelijkheid open liet dat op het daarin genoemde bedrag van de spaarstorting nog een onbekend bedrag aan premie in mindering moest worden gebracht. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen de vaststelling van het hof dat aan de deelnemers tevens administratie-, beheers- en aankoopkosten in rekening werden gebracht.” (ov. 3.4.4; *cursivering* toegevoegd)

De hier gecursiveerde woorden geven aan dat Aegon aangerekend wordt dat zij ten aanzien van de verwarrende passage in het formulier geen toelichting had gegeven, hetgeen neerkomt op een *spreekplicht* die geschonden werd.<sup>48</sup>

Wij bevinden ons hier op de grens van toepassing van de *contra proferentem*-regel: het uitleggen van een onduidelijk document in het nadeel van de partij die dat opgesteld heeft - de *drafter*. Ik laat dat onderwerp rusten, zoals bekend is er een stroming die hier niet van een ‘regel’ wil spreken, de Hoge Raad sprak ooit van een “gezichtspunt” bij de uitleg, in andere rechtsstelsels doet men daar minder moeilijk over. Bij ons werd deze regel altijd al voor toepassing bij Algemene voorwaarden en consumentencontracten aanvaard, dat staat nu ook in de wet, art. 6: 238 lid 2 BW. In het oud-BW stond deze Romeinsrechtelijke regel voor alle contracten in art. 1385, zoals ook in vrijwel alle omringende landen het geval is.<sup>49</sup>

### **3.4 De doorwerking van normen van redelijkheid en billijkheid in de contractuele fase bij de uitleg van de overeenkomst; aanvulling van een leemte als onderdeel ervan**

Dit aspect van de uitleg ligt meer voor de hand dan het vorige, de precontractuele fase als bron van normen, maar is niet minder van betekenis voor een goed begrip van de normatieve uitleg, in ruime zin wel te verstaan. Een standaardarrest is hier *Vodafone*, uit 2007. Hierbij zal meteen ingegaan worden op de leemte-constructie, in de verhouding tot de uitleg. Op dat gebied is het arrest *Skare/Flexmen* uit 2010 een nieuwe standaard. Beide arresten zijn door de eerder genoemde schrijvers niet van belang geacht bij het innemen van een standpunt of de normatieve uitleg beperkt of ruim opgevat moet worden. Dit is echter geheel ten onrechte: de Hoge Raad heeft zich duidelijk uitgesproken vóór de ruime opvatting over normatieve uitleg, zoals wij zullen zien. Hier volgt een korte bespreking van die nieuwe standaardarresten over uitleg. Het arrest uit 2010 vond door Valk, Van Schilfgaarde en Hartkamp zelfs geen vermelding bij de beschrijving van de recente jurisprudentie over dit onderwerp.

#### HR 19 oktober 2007, NJ 2007/565, Vodafone/ECT

Met dit arrest, over oneigenlijk gebruik van het contract, heeft de Hoge Raad een belangrijke stap verder genomen ten opzichte van *Haviltex* waarmee mijns inziens een nieuwe standaard

<sup>48</sup> De overweging van de Hoge Raad die betrekking heeft op de grondslag van de aanvulling van een leemte in de overeenkomst zal hieronder nog aan de orde gesteld worden, in par. 3.4.

<sup>49</sup> Zie verder voor dit onderwerp: Valk en Schelhaas, in hun *Preadviezen 2016*. Zij aarzelen of wij dat buitenlandse recht zouden moeten volgen, zie: resp. pp. 51 e.v.; 139 e.v. Voor een recente toepassing van de *contra proferentem*-regel, zie: Hof Den Bosch, 22 april 2014, HD 200.12801; RCR 2014/52, *HIS Industries Services*.

gevestigd werd: bij de uitleg van hun overeenkomst zijn partijen niet alleen gehouden aan hetgeen zij uitdrukkelijk in een schriftelijk contract zijn overeengekomen maar ook door de eisen van redelijkheid en billijkheid.<sup>50</sup> Dat wil zeggen dat “partijen moeten hun gedrag mede laten bepalen door de *gerechtvaardigde belangen* van de wederpartij”, stelt de Hoge Raad, het arrest van het hof met grammaticale uitleg van het contract cassierend. Hierbij ging om iets dat in dat contract niet expliciet geregeld was, waarvan contractspartij ETC listig gebruik gemaakt had, namelijk 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 verwerpt dat en stelt 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.”

Gezien het belang van dit arrest, waarin de verbinding tussen uitleg en normen van redelijkheid en billijkheid op duidelijke wijze uiteengezet wordt, geef die overweging hier weer:

(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.”

Wij zien hier dat de Hoge Raad al in 2007 een standpunt heeft ingenomen dat haaks staat op de opvatting zoals door Valk, Hartkamp en Van Schilfgaarde tegenwoordig ingenomen.

HR 19 november 2010, NJ 2010/623, Skare/Flexmen

In deze zaak gaat het om het volgende. Partijen zijn overeengekomen dat door Flexmen werknemers naar Denemarken zouden worden uitgezonden voor het verrichten van uitbeenwerkzaamheden voor Skare. De bedoeling was dat het door Flexmen ter beschikking gestelde personeel onder het Nederlandse belastingrecht zou vallen, aangezien de in Denemarken af te dragen loonbelasting aanmerkelijk hoger is dan de Nederlandse. Doordat de Deense overheid haar visie met betrekking tot het begrip werkgever in de zin van artikel 15 lid 2 van het belastingverdrag heeft gewijzigd waardoor zij Skare in plaats van Flexmen als werkgever ging beschouwen, en overleg tussen de Nederlandse en Deense belastingautoriteiten niet tot overeenstemming heeft geleid, dreigt de situatie dat zowel Nederland als ook Denemarken zich heffingsbevoegd achten.

Volgens contract zou de Nederlandse partij, Flexmen, de loonbelasting betalen; de Deense partij, Skare, stelt zich op het standpunt dat onder de gewijzigde fiscale omstandigheden, dat óók moet gelden voor de Deense loonbelasting. Zij beroept zich daarbij op de letterlijk tekst van een artikel in het contract: art. 12, dat van “*all duties*” spreekt. Flexmen wijst die uitleg af, met succes voor het hof, dat overweegt, de normatieve uitleg ruim opvattend:

d. "Gelet op dit een en ander brengen de regelen van redelijkheid en billijkheid, [...] mee dat bij de uitleg van voormelde contractsbepalingen [...] dient te worden aangenomen dat onder

<sup>50</sup> HR 19 oktober 2007, NJ 2007/565, *Vodafone/ETC*; vgl. ook Valk, t.a.p. 2016, pp.50,81; merkwaardigerwijze niet door Van Schilfgaarde (2016) besproken. Zie over dit nieuwe standaardarrest ook mijn artikel: “Aanpassing van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden: een kwestie van uitleg?”, *Contracteren* 2011/4, p.111 e.v., op p.114.



artikel 12 van de aanvullende bepalingen niet een eventueel van Skare door de Deense overheid te heffen loonbelasting of een hiermee vergelijkbare heffing valt en dat het risico van een dergelijke (dubbele) heffing voor rekening van het in Denemarken gevestigde Skare dient te worden gebracht.”

In cassatie beroept Skare zich op de taalkundige betekenis van art. 12, in het voetspoor van Tjittes en Drion, want het gaat hier om ‘professionele partijen’, een ‘commerciële overeenkomst’.

De Hoge Raad verwerpt dit in krachtige bewoordingen, andermaal de normatieve uitleg in ruime zin bevestigend:

3.3 “Het oordeel van het hof moet aldus worden verstaan dat het [...] met toepassing van de Haviltexmaatstaf uitleg heeft gegeven aan hetgeen partijen zijn overeengekomen. Daarbij gaat het met name om art. 12 van de aanvullende bepalingen, waarin is bepaald dat "all duties and/or taxes, howsoever described, current or future, arising in connection with the performance of the Task to be carried out" (met uitzondering van omzetbelasting) voor rekening van Flexmen komen. Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat de heffing van loonbelasting en premies sociale zekerheid met betrekking tot het door Flexmen bij Skare gedetacheerde personeel in beginsel voor rekening van Flexmen komt, maar dat partijen daarbij kennelijk uitsluitend het oog hebben gehad op de bij Flexmen geheven Nederlandse belasting en premies, hetgeen aansluit bij de door hen en aanvankelijk ook door de Deense overheid gevolgde uitleg van het belastingverdrag, inhoudende dat Flexmen en niet Skare als werkgever is te beschouwen. Nu partijen zich bij het aangaan van hun contractuele relatie geen rekenschap hebben gegeven van de mogelijkheid van een standpuntwijziging van de Deense overheid, heeft het hof op grond van zijn uitleg van de contractbepalingen geoordeeld dat het genoemde art. 12 niet ziet op door de Deense overheid ten laste van (het alsnog als werkgever beschouwde) Skare te heffen loonbelasting of een hiermee vergelijkbare heffing, en dat het risico van een dergelijke (dubbele) heffing voor rekening van het in Denemarken gevestigde Skare dient te worden gebracht.

Er is hier dus gewoon sprake van uitleg, in normatieve zin, stelt de cassatierechter. Skare had nog een pijl op de boog: aanvulling van een *leemte* door het hof die niet zou deugen. Ook dat wordt verworpen:

3.4.1 [...] Het hof heeft met name zijn oordeel niet gebaseerd op de vaststelling dat sprake is van een leemte in de overeenkomst noch op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het hof is kennelijk, met partijen, ervan uitgegaan dat op basis van uitleg van het contract en de aanvullende bepalingen een antwoord kan worden gevonden op de vraag of het risico van dubbele heffing bij Flexmen is gelegd, zoals door Skare is gesteld en door Flexmen is bestreden. [...]

In de hierop volgende overweging verwerpt de Hoge Raad nog het beroep op taalkundige uitleg omdat sprake is van professionele partijen, en stelt dat het hof de taalkundige betekenis van art. 12 van de aanvullende bepalingen tot uitgangspunt genomen, waaraan hij de conclusies verbonden heeft die eerder ter sprake kwamen en als juist geoordeeld werden, in het proces van normatieve uitleg.

Opvallend is in dit arrest, dat als standaardarrest over uitleg gezien kan worden, de benadering van de uitleg (zoals door het hof gedaan), namelijk met als uitgangspunt de “contractuele rechtsverhouding” van partijen (d.i. de overeenkomst in ruime zin – inclusief de bedoeling van partijen) naast de “aanvullende bepalingen”, met art. 12 over fiscale kosten. Dat alles geplaatst in de context van de algemene verplichtingen uit redelijkheid en billijkheid, onder

de vlag van *Haviltex*.<sup>51</sup> Ook valt op dat de Hoge Raad dit niet opvat als het hanteren van een leemte in de overeenkomst, noch van het (rechtstreeks) toepassen van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid. Het hof is gebleven binnen de grenzen van de geldende methode van uitleg.<sup>52</sup>

HR 14 juni 2013, NJ 2014/415, nt. Vranken, Aegon / Stichting Koersplandewegkwijt

In dit arrest dat al eerder besproken werd, over de uitleg van het formulier van de Koersplan-overeenkomst, heeft de Hoge Raad ook een oordeel gegeven over de grondslag van de aanvulling van de leemte in de overeenkomst. De vraag naar het bestaan van een leemte moet beantwoord worden aan de hand van de Haviltex-norm en het hof heeft mogen vaststellen dat er “sprake is van een leemte ter zake van een wezenlijk onderdeel in de Koersplanovereenkomsten” (ov. 3.4.2 en 3). Dan volgt een belangrijke constatering over het karakter van deze benadering:

“Vooropgesteld dient te worden dat indien de rechter ingevolge art. 6:248 lid 1 BW bepaalde rechtsgevolgen verbindt aan een overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid, hij een bestaande rechtsverhouding vaststelt (Parl. Gesch, . ..). In geval van aanvulling van een leemte in de overeenkomst door de rechter ontstaat dus niet een ‘nieuwe rechtstoestand’, [.. ]” (ov. 3.5.3)

Daarmee wordt aangegeven dat het hanteren van de ‘leemte’-constructie een onderdeel is van het vaststellen van de rechtsverhouding naar redelijkheid en billijkheid, met andere woorden, als onderdeel van de normatieve uitleg gezien moet worden en dus geen aparte uitleg-route vormt, zoals Valk bepleit heeft. Dat standpunt valt mijns inziens moeilijk te rijmen met zijn pleidooi voor een “dynamische uitleg”, een “voortschrijdende Haviltex”, gedaan naar aanleiding van de rechtspraak sinds *Gasunie/Gemeente Anloo* (1994). Zoals eerder besproken, in par. 3.1, vormde het arrest uit 2011 inzake de *dierartsen in Asten* een belangrijk argument voor Valks visie, met de uitkomst dat het bestaan van een oorspronkelijke overeenkomst “niet eraan in de weg staat dat de rechtsverhouding tussen partijen verandert zonder dat tussen hen een specifiek daarop gerichte overeenkomst is gesloten”. [...] “de rechtsverhouding tussen partijen zich heeft ontwikkeld van een overeenkomst van opdracht in een overeenkomst van maatschap.” Zo dynamisch kan uitleg dus zijn! Waarom dan al die scheidingen aangebracht, die slechts verwarring kunnen scheppen?, kan men zich afvragen.

De toepassing van art. 6:248 in het arrest *Skare/Flexmen* vraagt nog om een aanvulling. Het gaat om de normen die de rechtsverhouding van partijen bepalen, en wanneer, zoals zo vaak voorkomt bij uitlegvraagstukken in de praktijk, partijen partners in een vennootschap van enigerlei soort zijn (zoals de JV, BV, VOF, NV, e.d.), komt het zuster-artikel art. 2:8 in beeld. Daarover is hoogst belangrijke jurisprudentie ontstaan in de afgelopen jaren, culminerend in *Cancun*-arresten, HR 4 april 2014, waaraan Van Schilfgaarde zijn recente boek gewijd heeft. Bestuur en aandeelhouders zelf zijn gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid; dat betekent een “zorgplicht met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren”. Het bestuur moet zorgvuldigheid betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn

<sup>51</sup> Een soortgelijke benadering, in een vergelijkbaar geval (gewijzigde wetgeving, prijsbepalend) is: Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:GHARL:2014:676, *koop vleeskalverbedrijf*.

<sup>52</sup> Hartkamp merkt over dit arrest slechts op dat door de Hoge Raad “na uitleg van de overeenkomst geoordeeld werd dat niet van een leemte sprake was”, t.a.p., nr. 403. Dit in tegenstelling tot het arrest van 2013 *Aegon/Koersplandewegkwijt* (zie onder) waar wél een leemte vastgesteld werd die aangevuld werd.

betrokken; en bij het dienen van het vennootschapsbelang “zorg dragen dat daardoor de belangen van alle betrokkenen niet onnodig of onevenredig worden geschaad.”<sup>53</sup>

#### 4. Conclusies. De balans opgemaakt, rechtsvergelijkende kanttekeningen

De wetgever van 1992 heeft de dogmatische vraag naar de methode van uitleg, in relatie tot de eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals te kennen bij de derogerende werking van dat beginsel en de aanvulling van een leemte in de overeenkomst, aan de wetenschap overgelaten. De vraag is, hoe de doctrine hiermee is omgegaan. Het jaar 2016, met de verschijning van het preadvies van Valk en het boek van Van Schilfgaarde op dit terrein, vormde voor mij een aanleiding om bij die vraag stil te staan, een kwart eeuw later. De visie van deze schrijvers op de uitleg bleek grotendeels parallel te lopen aan die van Hartkamp in zijn laatste Asserbewerking van 2014, overigens al ingenomen in zijn eerste bewerking als opvolger van Rutten in 1985. Het gemeenschappelijk standpunt is dat normatieve uitleg aanvaard wordt, zij het in beperkte vorm, namelijk afgescheiden van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en de figuur van de aanvulling van een leemte in de overeenkomst op grond van diezelfde normen.

Het was al een veeg teken dat deze schrijvers stellen dat dit onderscheid, hoewel ‘principiële’, toch alleen theoretisch is en zich in de praktijk niet altijd laat maken, daar zijn de grenzen vloeiend. Dat laatste werken zij niet uit, er is geen verwondering waaróm die grenzen in de praktijk, dat wil zeggen, in de jurisprudentie van de Hoge Raad, vloeiend zijn. Misschien heeft men dat met opzet laten rusten om het principiële uitgangspunt (partijautonomie) niet in gevaar te brengen. In de geest van het adagium: “Als de theorie niet klopt met de feiten, des te erger voor de feiten”. Aldus is in de verhouding van de hier beschreven theorie tot de geldende jurisprudentie een kloof zichtbaar, die toegedekt wordt met frasen als: het ‘wettelijk systeem’, de ‘doorzichtigheid’ van dat systeem, e.d. Daarbij bedient men zich van een vorm van wetsuitleg die van een merkwaardig soort taalkundige uitleg, en niet van systematische uitleg uitgaat. De woorden ‘maar ook’ in art. 6:248 BW worden aldus slechts als scheidend gezien (niet zoals algemeen gangbaar: verbindende woorden): de rechtsgevolgen die door partijen zelf uitdrukkelijk overeengekomen werden, *tegenover* hetgeen door eisen van redelijkheid en billijkheid bepaald wordt.<sup>54</sup>

Deze manier van redeneren is des te opmerkelijker wanneer men bedenkt dat vóór en na de oorlog de overgrote meerderheid van schrijvers, - met grote namen als Houwing Sr., Scholten, Suijling, Losecaat Vermeer, Eggens - van een tegengestelde visie uitging en een verbinding zag tussen deze twee gebieden die voorwerp van uitleg zijn. Even opmerkelijk is dat deze civilisten sterk gericht op de rechtspraktijk waren en aansluiting zochten bij de geldende rechtspraak. Een rechtspraak die, met de Hoge Raad aan het hoofd, al sinds 1850 een normatieve uitleg hanteerde.

De standaardarresten over normatieve uitleg, *Rederij Koppe* van 1949 en *Haviltex* van 1981 hadden niet alleen vele voorlopers in de jurisprudentie, maar vertolkten ook de zienswijze van de meerderheid in de doctrine, als aanhanger van normatieve uitleg (toen nog ‘uitleg te goeder trouw’ of ‘redelijke uitleg’ genoemd). In beide arresten wordt taalkundige uitleg terzijde

<sup>53</sup> Ook dit onderwerp is in wezen niet nieuw, zie reeds: HR 19 oktober 1990, *NJ* 1991/21, m.nt. Maeijer, *Koghee/Akkoca c.s.*, over de vraag of een vennoot de vennootschap (VOF) concurrentie mocht aandoen. Vgl. ook Valk, t.a.p., 2016, p.83 (m.b.t. aanvulling van leemten).

<sup>54</sup> Opvallend is hierbij dat Hartkamp deze redenering die ook de vorige bewerker van het Asser-deel, Rutten, volgde, heeft overgenomen, maar níet diens verwerping van de normatieve uitleg (in beperkte vorm). De ‘derogerende werking’ van de goede trouw werd ooit bedacht door tegenstanders van normatieve uitleg om hoogst onbillijke uitkomsten te voorkomen. Aanvaarding van normatieve uitleg maakt dat hulpmiddel overbodig, het kan dus weggedaan worden als de ‘Krücken des Denkens”, zoals Esser het ooit noemde, die hun dienst gedaan hebben.

geschoven: in het eerste wordt daarbij de derogerende werking als onderdeel van de uitleg gezien, in het tweede wordt de aanvulling van een leemte als onderdeel van de uitleg gezien. Een uitleg die de rechtsverhouding van partijen tot voorwerp heeft, niet slechts het schriftelijk stuk dat door hen opgesteld werd. In het minder bekende arrest *Van Stijverden/Van Olst* (1951) werd de precontractuele fase bij de uitleg betrokken, het door partijen in de considerans vastgestelde. Met andere woorden, normatieve uitleg in ruime zin, zoals dat altijd voorgestaan werd door de eerder genoemde illustere schrijvers. En door hun leerlingen, ik noemde eerder al Pitlo en Schoordijk.

Werden de arresten uit 1949 en 1981 al slecht verstaan door de tegenstanders van normatieve uitleg in ruime zin, dat is weinig anders gebleken wanneer wij de rechtspraak van de afgelopen decennia erbij betrekken. Als er al aandacht aan gegeven wordt, dan worden de door mij besproken arresten - met *Vodafone* (2007) en *Skare/Flexmen* (2010) als nieuwe standaarden voor uitleg - keurig in andere hokjes geplaatst. De analyse van die rechtspraak bracht echter aan het licht dat de Hoge Raad bij de uitleg van een overeenkomst de gehele rechtsverhouding erbij betreft: de precontractuele fase en de contractuele fase, dat laatste met inbegrip van de houding van partijen bij de uitvoering, gezien als ‘omstandigheden’ die voor de uitleg van belang zijn. Het eerste gebeurt inclusief figuren als spreekplicht en onderzoekplicht, en het geheel wordt onder de normen van art. 6:248 gebracht, die dus de gehele rechtsverhouding beheersen.

Ik zie niet hoe deze voortschrijdende ontwikkeling van de methode van uitleg door de Hoge Raad op een zinnige manier te onderbouwen is met het “traditioneel-Leidse model” dat Valk met zoveel verve bepleit heeft, of het daarvan afgeleide model dat Van Schilfgaarde en Hartkamp aanvaarden. Dit standpunt is vrijwel hetzelfde dat sinds 1875 door de aanhangers van de vertrouwensleer bestreden werd, met twee practici aan het hoofd, een advocaat en een rechter in Leiden(!): Fockema Andreae en Hamaker. Ik noemde dit in mijn proefschrift de “Leidse revolutie” – de faculteit ter stede *was not amused*, hoezó revolutie in Leiden?<sup>55</sup> Dit typisch 19<sup>e</sup>-eeuwse debat is al gevoerd, en al wordt dit regelmatig opnieuw opgevoerd, ik vraag mij af of de wetgever van 1992 dit voor ogen had toen hij de dogmatische vraag over de methode van uitleg aan de wetenschap endosseerde.

Nu zou men kunnen tegenwerpen, wat voor nut heeft het om een deugdelijke theoretische grondslag te ontwikkelen voor een figuur als de uitleg: is dat niet slechts ‘ballast’, geschikt om boekenplanken mee te vullen – zoals Valk het noemt? Hieraan verwant is het argument, dat het niets uitmaakt welke methode men volgt: “Het verschil is [...] van theoretische aard; in de praktijk zullen zij veelal tot dezelfde uitkomsten leiden”, zegt Hartkamp (in nr.365). Dat betoogde hij ook in het debat dat ik met hem in *Ars Aequi* voerde in 1992, naar aanleiding van mijn noot onder het Avery-arrest, en ik kan zijn argumenten nog steeds niet volgen.<sup>56</sup> Er wordt immers heel veel geprocedeerd over uitleg van overeenkomsten – slechts een fractie daarvan, ook van arresten van de Hoge Raad, wordt gepubliceerd – en steevast is er een eiser die wars is van normatieve uitleg, zelfs niet in beperkte vorm, en een beroep doet op de letter van het contract. Ik wees er eerder al op, dat dit in alle standaardarresten over uitleg het geval is. Hoezo, “dezelfde uitkomsten”? Het maakt een wereld van verschil welke methode men kiest.

Een intrigerende vraag vind ik hier, of er een verband is tussen het standpunt van commerciële advocaten – type ‘Zuid-As’- dat taalkundige uitleg de overhand moet hebben en de redelijkheid en billijkheid pas aan bod komt wanneer dat niets (‘duidelijks’) oplevert, of er

<sup>55</sup> Een rudiment van de aversie tegen de vertrouwensleer is dat deze in Leidse kringen weergegeven wordt als de ‘wilsvertrouwensleer’. De oude opponent, Opzoomer, komt hier in beeld, die sprak van de poging van de nieuwe leer om ‘de wil op het altaar van de Maatschappij te slachten!’. Ook in onze tijd dus nog een schrikbeeld.

<sup>56</sup> Zie: “Avery-VRG. Nawoord op reactie van A.S. Hartkamp”, AA 1992, p.593-596.

klaarblijkelijk een leemte blijkt te zijn, of een beroep te kwader trouw werd gedaan dat om derogerende werking van die normen vraagt. Het verband met de omstandigheid dat dit type advocaten dezelfde groep is die dat soort commerciële contracten opstelt in hun praktijk wekt hier de aandacht. Hun professionaliteit wordt *in Frage* gesteld, wanneer hun woorden (als *drafter*) in het contract niet zouden deugen wanneer het erop aankomt. Het is rechtszekerheid die hierin het geding is, maar is dat niet de rechtszekerheid *van de advocatuur*? Niet van hun cliënten, zou ik denken, die meestal een redelijke oplossing zoeken en met elkaar verder moeten, een naam te verliezen hebben. Aardig onderwerp voor een master-scriptie.<sup>57</sup>

Ik weet het, de ‘Zuid-As’-balie beroept zich doorgaans op het internationale karakter van hun grote contracten en in de Common Law-landen, de U.K. voorop, begrijpt men niets van normatieve uitleg, de werking van de redelijkheid en billijkheid en dergelijke producten van Nederlandse bodem. In die contreien geldt immers nog steeds: “Contract is contract” en de “Four corners rule”: men moet bij de uitleg binnen de vier hoeken van de bladzijde van het contract blijven. Dat brengt mij op een laatste opmerking, want ook bij de hier door mij besproken schrijvers komt men deze opvatting tegen. Aldus bijvoorbeeld Hartkamp, die opgewekt verklaart: “In de ons omringende rechtsstelsels is voor de hier bestreden opvatting geen steun te vinden”, met verwijzingen naar Hesselink en Kornet.<sup>58</sup> Hier is sprake van een hardnekkig misverstand, het misverstaan van een ander rechtstelsel. Voor een deel geldt dat het Engelse recht niet veel afwijkt van het onze, met name niet blindelings een taalkundige uitleg volgt, voor een ander deel is het de laatste jaren zo dat steeds openlijker het beginsel van *good faith* een rol in het contractenrecht krijgt, ook bij de uitleg, niet alleen in rechterlijke uitspraken (Court of Appeal-niveau) maar ook in grote standaardcontracten.

Ter illustratie van het eerste, wij kennen woorden als “geen premie, geen uitkering” (*Rederij Koppe*, 1949); “tot eind 1976 heeft koper het recht de machine terug te geven voor f 20.000” (*Haviltex*, 1981); “licentiesom” (*Van Stijverden/Van Olst*, 1951); “heeft een verzekeringsovereenkomst gesloten” (*Cogasco*, 1988); “net proceed” (*ISG/Meropa*); “all duties” (*Skare/Flexmen*, 2010). Duidelijke woorden dus, die toch om normatieve uitleg vragen, rekening houdend met de omstandigheden van het geval.

Zo kent het Engelse recht vergelijkbare woorden: “any claim” (*BCC v Ali*, 2001); “actually paid” (*Charter Insurance Co v Fagan*, 1997); “(ship)owners” (*Stolt Loyalty v Soframar*, 1995); “12 January” (*Mannai Investment*, 1997). Ook deze woorden werden door de rechter niet letterlijk genomen, al sinds de jaren ’70 wordt de ‘matrix of facts’ gehanteerd bij de uitleg, evenals de kennis van een ‘reasonable man’ om tot een redelijk uitleg te komen. Met het arrest *Investors Compensation Scheme* (1998) hebben de Engelsen hun eigen *Haviltex* gekregen, rechtspraak die nog verder uitgewerkt is.<sup>59</sup> Overigens kende het Engelse recht in de 18<sup>e</sup> eeuw nog het beginsel van *good faith* in het contractenrecht (o.a. Lord Mansfield, 1766); dat is in de eeuwen daarna weggezaakt, maar leeft onderhuids door. Het hielp niet dat men in de 19<sup>e</sup> eeuw van het continent de wilsleer overgenomen had op een aantal onderdelen, zoals de leerstukken *mistake* en *consensus ad idem*.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Hierbij speelt de rechtspsychologie mee, die tegenwoordig weer aandacht krijgt (zoals bij Vranken in zijn laatste boek). Voor wat observaties op dit gebied, de achtergronden van het contracten maken, en vervolgens uitvoeren (met het contract op de plank, tot de juristen het bij een conflict daar af halen – ‘de betreffende waarde van een contract’ dus) mijn artikel: “Het contract in de wetenschappelijke en arbitrale praktijk”, *Contracteren* 2002/3.

<sup>58</sup> T.a.p., nr. 365, in fine, de verwijzing is naar twee dissertaties uit resp. 1999 en 2006.

<sup>59</sup> Zie hierover mijn artikel: “Normatieve uitleg à l’anglaise. Investors Compensation Scheme (1998) als de Engelse *Haviltex*-zaak”, in: *Grosheide-bundel*, 2006, t.a.p.

<sup>60</sup> Zie voor dit onderwerp mijn artikel: “On a Clear Day, You Can See the Continent – The Shrouded Acceptance of Good Faith as a General Rule of Contract Law on the British Isles”, 31 *Construction Law Journal* 2015-1, pp.3-25; evenals mijn diss. 1971, p.385 e.v.

In het Duitse en Franse recht is de situatie niet veel anders, ook op dit terrein bestaan er hardnekkige misverstanden in onze doctrine dat daar normatieve uitleg in ruime zin niet aanvaard zou zijn. In beide landen werd rond 1875 eveneens een vertrouwensleer ontwikkeld, de *Erklärungstheorie* (of *Vertrauenstheorie*) en *la confiance légitime*, de acceptatie van normatieve uitleg hoeft dus niet te verbazen.<sup>61</sup> Over het Franse recht nog het volgende. Termen als “l’interprétation créatrice du contrat” en “le renforcement du content du contrat” werden al voor de oorlog door grote schrijvers ontwikkeld en de laatste jaren door een jonge generatie verder uitgewerkt.<sup>62</sup> Zoals de Engelse rechter al sinds *The Moorcock* (1889) creatief omging met de “implied term” - “the law to raise such inferences as are reasonable from the very nature of the transaction” - heeft de Franse rechter op even creatieve wijze de ontwikkeling van allerlei verplichtingen uit ongeschreven recht, dus *la bonne foi*, ter hand genomen, zoals: “les obligations de sécurité, de renseignement et de conseil (d’information), de surveillance, de loyauté, de coopération, de non-concurrence”. Kortom, normatieve uitleg in optima forma.

Met deze rechtsvergelijkende kanttekeningen eindig ik. De conclusie daarvan is dat in het buitenlandse recht geen steun te vinden is om normatieve uitleg in ruime zin te verwerpen. Ook daar is dit een lange traditie. Maar ook daar zijn er traditioneel ingestelde schrijvers en auteurs van handboeken te vinden die geen oog voor deze rechtsontwikkeling hebben, en gaat de rechter gelukkig zijn eigen weg, een andere traditie volgend. Op de fundamenten die de Romeinen hier achtergelaten hebben.

---

<sup>61</sup> Voor het Duitse recht, doctrine en jurisprudentie, zie mijn *Verbintenissenrecht I*, p.157 e.v. In de Scandinavische landen werd in dezelfde tijd de *Löfte-theorie* (belofte-theorie) ontwikkeld. Het ‘belofte maakt schuld’ ter vervanging van de ‘consensus-leer’, was toen in ons land ook een kernthema, het fundament van de vertrouwensleer.

<sup>62</sup> Zie hiervoor mijn genoemde artikel in *Construction Law Journal* 2015.