

## **Het belang van de omstandigheden op het moment van uitvoering van de overeenkomst voor de beoordeling van toerekenbare tekortkoming en het verband met uitleg van de overeenkomst (I)**

Prof.mr. J.M. van Dunné

*Bij de beoordeling of sprake is van wanprestatie wordt in de rechtspraak wel belang gehecht aan de op het moment van uitvoering van de verbintenis relevante omstandigheden. In deze bijdrage wordt hierop ingegaan aan de hand van twee arresten van de Hoge Raad, één over opschorting uit 2016 en één over het gebruik van een medische hulpzaak uit 2020. Deze bijdrage bestaat uit twee delen. In het eerste deel worden de beide arresten besproken. In het tweede deel – dat in het volgende nummer van ORP wordt geplaatst – wordt de balans opgemaakt in de vergelijking tussen de beide arresten.*

### **1) Inleiding**

In recente rechtspraak van de Hoge Raad ziet men bij de beoordeling of sprake is van een door een partij gepleegde toerekenbare tekortkoming bij de uitvoering van een overeenkomst een fenomeen dat de aandacht vraagt: het belang dat gehecht wordt aan de *op het moment van uitvoering* relevante *omstandigheden*, te bezien aan de hand van uitleg van de overeenkomst.

Op verzoek van de redactie van dit blad heb ik mij over die benadering gebogen, waarbij ik op twee arresten gewezen werd: *CIA/Heredium* van 4 november 2016 en *Radboud Ziekenhuis/X* (alias *Miragelplombe*) van 19 juni 2020.<sup>1</sup> De eerste zaak ging over de uitoefening van opschortingsrecht door een koper van aandelen, waarbij de grond voor opschorting een (onvoorziene) naheffingsvordering van de fiscus inzake overdrachtsbelasting was, een vordering die enerzijds een ‘realiteit’ was, en anderzijds non-existent, omdat deze naderhand vernietigd werd na – bij de belastingrechter – ingesteld beroep door de opschortende partij. Was de laatste partij al meteen in verzuim geraakt zonder ingebrekestelling, zoals haar wederpartij stelde? *Welk moment* telt hier eigenlijk voor het aannemen van een tekortkoming?

Het tweede arrest gaat over een medische behandelingsovereenkomst en de vraag naar de door de hulpverlener in acht te nemen zorg (art. 7:453 BW): wat is de norm in het geval de arts een behandeling toepast die *op dat moment* naar gangbare medische inzichten de juiste is, maar naar later ontstane medische inzichten niet langer als *state of the art* beoordeeld wordt? Het ging hier om een bij een oogoperatie toegepast medisch hulpmiddel, een implantaat (een hulpzaak in de zin van art. 6:77 BW), met slecht resultaat.

Twee heel verschillende casus over wanprestatie, maar met als gemeenschappelijk element de betekenis van het moment van uitvoering van de overeenkomst: de toen

---

<sup>1</sup> HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2517, NJ 2017/384, m.nt. Hijma, *CIA/Heredium* en HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, *Radboud Ziekenhuis/X*, alias *Miragelplombe*. Beide arresten trokken al de nodige aandacht: voor *CIA/Heredium*, zie o.a. Dammingh, noot JOR 2017/58; P.S. Bakker, ORP 2017-5, p.27 e.v. Voor *Radboud Ziekenhuis/X* (oogimplantaat), zie o.a. Dempster, noot JGR 2020-4; Wijne, noot JA 2020/132; Verbruggen, WPNR 2020/7303.

geldende omstandigheden, voor de beoordeling of de debiteur tekortgeschoten is in de uitvoering van zijn contactuele verplichtingen.

De bespreking van dit onderwerp levert een dwarsdoorsnede van het contractenrecht op met de uitleg van overeenkomsten als centraal punt, een kolfje naar de hand van deze schrijver. In het arrest van 2016 zegt de Hoge Raad expliciet dat het om een vraag van ‘uitleg van de overeenkomst’ gaat, in het arrest van 2020 gebeurt dat via de band van de ‘aard van de overeenkomst’ die doorslaggevend is, de medische behandeling als inspanningsverbintenis. In het eerste geval leidde dit tot het opwerpen van de vraag naar de risicoverdeling tussen partijen, in de tweede situatie zwijgt de Hoge Raad daarover, als geheel buiten de orde, met een beroep op art. 7:453 BW. Het hof had echter een tegengesteld oordeel hierover uitgesproken en daarbij een standpunt ingenomen dat in lijn was met het arrest van 2016: het falen van de hulpzaak lag “in de risicosfeer” van het ziekenhuis, een risico waartegen het verzekerd was. Dat roept de nodige vragen op over rechtseenheid en rechtsvorming. Op deze aspecten zal hieronder nader ingegaan worden. Het element van de ‘omstandigheden’ ten tijde van de uitvoering van de overeenkomst als ankerpunt bij de beoordeling of van een tekortkoming sprake is, kent in het arrest van 2020 een raakvlak met ‘onvoorziene omstandigheden’ in de context van uitleg van de overeenkomst. In de zaak van 2016 zou de navordering door de fiscus (de aanleiding voor het geschil van partijen) eveneens als een ‘onvoorziene omstandigheid’ opgevat kunnen worden. Dat is op zich ook een onderdeel van de uitlegproblematiek dat om aandacht vraagt: de aanvulling van de overeenkomst indien van een leemte sprake is.

## ***2) Het arrest van 2016 (CIA/Heredium)***

### *De feiten en de procedure*

CIA (Creative Industries Amsterdam B.V.) koopt eind 2007 van Heredium Coöperatie U.A. haar aandelen in de vennootschap Heredium Magnum B.V. voor € 22,5 miljoen. De aandelen worden begin 2008 geleverd en CIA betaalt de 1<sup>e</sup> termijn van € 20,5 miljoen. Tot het vermogen van de vennootschap behoorde een gebouw aan de Amsterdamse grachtengordel, partijen namen aan dat daarover geen overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn omdat het gebouw immers niet van eigenaar veranderde. Voor de zekerheid vroegen zij aan de fiscus een ‘ruling’, waarin die zienswijze bevestigd werd. Volgens de koopovereenkomst kwam eventueel (toch) verschuldigde overdrachtsbelasting voor rekening van de verkoper, Heredium (art. 12.1).

Problemen ontstaan omdat de fiscus op haar schreden terugkeert en meedeelt alsnog de overdrachtsbelasting bij naheffing te gaan vorderen van de nieuwe eigenaar, CIA, voor ca. € 2,7 miljoen. Het is dan najaar 2008 en CIA deelt aan Heredium mee tot opschorting van betaling van de resterende koopsom ad € 2 miljoen euro over te gaan. Begin 2010 wordt de aanslag opgelegd, waartegen CIA in beroep gaat, met uiteindelijk succes: medio 2012 wordt de aanslag met terugwerkende kracht vernietigd door het hof (als belastingrechter). Eind 2012 voldoet CIA van de restant koopprijs € 1,8 miljoen, en stort € 250.000 in depot.

Heredium accepteert deze gang van zaken niet en stelt dat CIA vanaf 2008 in verzuim is geraakt en daarmee de contractuele boete van € 500.000 verschuldigd is, naast de wettelijke (handels)rente. Dat leidt tot een procedure die partijen tot de Hoge Raad brengt; Heredium is intussen in liquidatie gekomen.

Het beroep door Heredium op verzuim van CIA is gebaseerd op art. 6:83c BW en het arrest *Ammerlaan/Enthoven* uit 2007, dat grof gezegd inhoudt dat wanneer een debiteur ten onrechte een beroep op opschorting gedaan heeft, dat betekent dat hij vanwege het wetsartikel direct in verzuim geraakt is zonder dat ingebrekestelling vereist is.<sup>2</sup> *Bingo!*, dacht Heredium, maar zij had buiten de waard van hof en Hoge Raad gerekend, de laatste daartoe geadviseerd door A-G Wissink, die van een “klakkeloos” toepassen van artikel 83c (melding van niet presteren) sprak. Zoals ook Hijma in zijn noot uitlegt, houdt de kwalificatie ‘verzuim’ in, dat van *wanprestatie* sprake moet zijn (toerekenbare tekortkoming), een voorvraag die derhalve eerst beantwoord moet worden voordat de bonus van 83c kan gaan werken: direct in verzuim verkeren, zónder ingebrekestelling. En de vaststelling van wanprestatie moet nu eenmaal gebeuren door middel van uitleg van de overeenkomst, het bepalen wat de verplichtingen van partijen inhouden ter uitvoering van de overeenkomst. Aldus ook het standpunt van A-G Wissink, dat door de cassatierechter gevolgd werd: door uitleg moet vastgesteld worden “of de overeenkomst meebrengt dat ook een opschorting als de onderhavige geschiedt op risico van de opschortende partij”.<sup>3</sup>

### De beoordeling door de Hoge Raad (methode van uitleg)

Dan nu de wijze waarop de Hoge Raad dit onder woorden brengt, waarbij de formulering wat hier met ‘uitleg’ bedoeld wordt het onderwerp van dit artikel vormt:

“In een zodanig geval brengt het enkele feit dat de door de derde ingeroepen vordering achteraf ongegrond is gebleken, in de verhouding tussen partijen niet zonder meer mee dat degene die de voldoening van zijn tegenprestatie in verband met die door een derde gestelde vordering geheel of gedeeltelijk heeft opgeschort, geacht moet worden terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim te verkeren. Het oordeel dat een partij bij een overeenkomst als schuldenaar in verzuim verkeert, impliceert immers dat zij – toerekenbaar – tekortschiet, dat wil zeggen dat haar handelen (of nalaten) in enig opzicht ten achter bleef bij hetgeen de overeenkomst in de gegeven omstandigheden van haar vergde (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 p. 258). Het antwoord op de vraag wát de overeenkomst in de gegeven omstandigheden van de schuldenaar vergde – en dus ook of hij tegenover zijn contractuele wederpartij tekortschoot door de voldoening van zijn prestatie voorshands geheel of ten dele op te schorten – kan slechts worden gegeven door *uitleg* van die overeenkomst *met inachtneming van alle op dat moment relevante omstandigheden* van het geval. Tot die omstandigheden behoren in een geval als het onderhavige met name de vraag *voor wiens risico* het optreden van de derde komt, mede gelet op de deugdelijkheid van de onderbouwing van de door de derde ingeroepen vordering en eventuele bijzondere contractuele bepalingen” (rov. 4.3).  
[*cursivering* toegevoegd]

Dit wordt door de cassatierechter vervolgens uitgewerkt. In een analyse van het arrest *a quo* worden eerst enkele onderdelen daarvan belicht: met de vaststelling dat Heredium er materieel belanghebbende bij was dat de naheffingsaanslag (en de beschikking inzake heffingsrente en boete) vernietigd zou worden, ligt in het oordeel van het hof besloten dat de oplegging van deze fiscale naheffingsaanslag in de verhouding tussen partijen voor risico kwam van Heredium. Verder had het hof geoordeeld dat in dit geval de fiscale naheffingsaanslag – die opeisbaar en

<sup>2</sup> HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, *NJ* 2009/50, m.nt. Hijma. Zie nader over deze materie o.a. de *NJ*-noot van Hijma onder het arrest van 2016.

<sup>3</sup> Conclusie A-G, nr. 3.8.2. Dat door CIA tegen de naheffingsaanslag moest worden opgekomen staat in nr. 3.8.1; het ontbreken van de aanslag betekent niet dat de opschorting eveneens ontbrekend was.

invorderbaar was en dus een niet meer weg te denken realiteit vormde – een voldoende onderbouwde vordering was die de opschorting rechtvaardigde van de verplichtingen van CIA om de overeengekomen 2e betaling en de finale betaling aan Heredium te voldoen. De omstandigheid dat achteraf kwam vast te staan dat de naheffingsaanslag ten onrechte was opgelegd, bracht volgens het hof daarin geen wijziging.

De Hoge Raad concludeert dan – met verwijzing naar *Ammerlaan/Enthoven* (2007) – dat het oordeel van het hof dat het beroep van CIA op een opschortingsrecht niet achteraf geheel of ten dele ongegrond is gebleken, ook al is de beschikking waarbij de naheffingsaanslag is opgelegd uiteindelijk door de rechter vernietigd, juist is en voldoende gemotiveerd. Vervolgens overweegt hij:

“Op zichzelf terecht voeren de onderdelen 1a en 1d aan dat de vernietiging van de naheffingsaanslag terugwerkende kracht had, zodat – achteraf bezien – deze aanslag in de verhouding tussen de Belastingdienst en CIA nimmer de daarmee beoogde rechtsgevolgen heeft gehad. Maar in de verhouding tussen partijen bij de koopovereenkomst – CIA en Heredium – was en bleef deze naheffingsaanslag in de periode dat zij nog niet (onherroepelijk) was vernietigd, *mede bepalend* voor hetgeen die overeenkomst in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van CIA vergde. Ingevolge art. 12.1, aanhef en onder (b), van de koopovereenkomst was Heredium immers in de verhouding tussen partijen de materieel belanghebbende bij het door CIA tegen de naheffingsaanslag gevoerde verweer omdat de genoemde bepaling meebracht dat Heredium in relatie tot CIA *het risico droeg* van het slagen of falen van dit verweer. De opschorting was dus – ook achteraf bezien, met inachtneming van de vernietiging van de naheffingsaanslag – in de relatie tussen partijen gerechtvaardigd, zodat CIA door die opschorting niet tegenover Heredium tekortschoot”. (rov. 4.5) [*cursivering* toegevoegd]

Wat valt hier op, in de methode van uitleg die de Hoge Raad hier hanteert? Indien wij de bovenstaand geciteerde overwegingen van de Hoge Raad vergelijken met die van het hof zien wij een uitwerking, met name van elementen als “op dat moment” bestaande fiscale claim (een “realiteit”) en de risicovraag: het niet aannemen van “eigen risico” van CIA als opschortende partij door het hof. Daarbij wordt door de cassatierechter de figuur van ‘uitleg van de overeenkomst’ expliciet gemaakt, evenals het koppelen van de ‘vaststelling van verzuim’ aan de vraag of van wanprestatie sprake was. Dat laatste had het hof heel kort door de bocht geformuleerd.

Het hof was echter wel veel uitvoeriger geweest bij de beoordeling of de (aanzienlijke) kosten die CIA gemaakt had bij het laten vernietigen van de overdrachtsbelasting voor rekening van Heredium kwamen.

Partijen hadden niet voorzien dat er een naheffing door de fiscus zou komen, hetgeen volgens het hof als een *leemte* in de overeenkomst opgevat moet worden die met toepassing van de eisen van redelijkheid en billijkheid ingevuld dient te worden. Aangezien hiertegen geen cassatieklacht was ingesteld, hoefde de Hoge Raad zich over het gebruik van de leemte-figuur niet uit te spreken.

Dat is jammer, want dit is een bekende twistappel in academische kringen: de *normatieve uitleg* is al enige tijd algemeen aanvaard, in de zin dat de uitleg onderworpen is aan de normen van redelijkheid en billijkheid, maar dat geldt niet op dezelfde wijze voor het kenmerk van die methode, namelijk dat daarbij inbegrepen is

de aanvulling van de overeenkomst – het bieden van ruimte aan de invulling van een leemte die partijen in de overeenkomst gelaten hebben – op dezelfde normatieve grondslag. Het goede nieuws is hier, dat de Hoge Raad die keuze voor normatieve uitleg in ruime zin al eerder gemaakt heeft, in arresten van 2007, 2010, en 2014, al is dat bij tegenstanders van normatieve uitleg onder de radar gebleven (gehouden). Ik zal daar hieronder nog op ingaan, er is in de literatuur veel over te doen, ook naar aanleiding van de preadviezen van de Vereniging voor burgerlijk recht van 2016 van Valk en Schelhaas.<sup>4</sup>

### 1) *Het arrest van 2020 (Radboud ziekenhuis/X)*

#### *De Miragelplombe-casus*

Patiënt X werd in 1992 vanwege een netvliesloslating aan een oog geopereerd door een aan het Radboud ziekenhuis verbonden oogarts. Bij die operatie is bij de netvliesscheur een ‘plombe’ aangebracht, de zogeheten ‘*Miragelplombe*’. Een jaar later heeft X klachten, dubbelzien en troebelingen, en wordt hij gedeeltelijk arbeidsongeschikt. De fabrikant van de Miragelplombe heeft de productie ervan in 1995 gestaakt. In 2003 krijgt X opnieuw klachten aan het oog. Dan volgt een reeks onderzoeken en oogoperaties van 2005 tot 2007, waarbij kort gezegd een losgelaten hechting verwijderd wordt, later ook de plombe zelf en het oog enkele keren gelaserd wordt. De plombe was zwelling gaan vertonen en bij verwijdering fragmentatie.

In 2007 stelt X het Radboud ziekenhuis aansprakelijk voor de geleden schade ten gevolge van de behandeling in 1992 en de daarop volgende operaties. Hij heeft geen succes bij de rechtbank, maar wel bij het hof dat zijn schadevordering toewijst. Daarbij gaat het hof uit van art. 6:77 BW en de aard van de medische behandelingsovereenkomst en de omstandigheden. Het hof overwoog het volgende, zoals door de Hoge Raad samengevat in rov. 2.3.3:

“In artikel 6:77 BW is neergelegd dat wanneer bij de uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt van een ongeschikte (hulp)zaak de daardoor ontstane tekortkoming wordt toegerekend aan de schuldenaar, “tenzij dit, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspruit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn”. Het betreft hier aldus een risicoaansprakelijkheid. (rov. 2.16)

De Miragelplombe is als hulpzaak gebruikt bij de uitvoering van een medische behandelingsovereenkomst. Door de samenstelling en eigenschappen van de Miragelplombe, waardoor de complicaties van zwelling (met mogelijke bijwerkingen, zoals oogbewegingsbeperking en sterke scleraverdunning) en van fragmenteren bij verwijdering zijn opgekomen, is de Miragelplombe (voor [verweerder]) ongeschikt gebleken. Dit wordt niet anders doordat in 1992 (en de jaren daarna) gebruikmaking van de Miragelplombe “*state of the art*” was en doordat (de artsen van) het Radboudumc toentertijd niet wist(en) van de toekomstige complicaties. Alleen bij de Miragelplombes is sprake is van zwelling van de plombe en fragmentatie bij verwijdering van de plombe, waardoor de kans op deze ernstige complicaties bij gebruik van deze plombe veel hoger is komen te liggen dan bij andere plombes. In beginsel leidt, volgens de hoofdregel in art. 6:77 BW, het gebruik van een gebrekkige

---

<sup>4</sup> Daarbij zal ik verwijzen naar mijn artikel: “‘Normatieve uitleg’ algemeen aanvaard, maar ook in ruime zin, inclusief derogerende werking en aanvulling van leemte? De stand van rechtspraak en doctrine ten aanzien van een oude rechtsvraag”, *WPNR* 2018/7184-7185. Alle door mij hier genoemde publicaties van mijn hand zijn ook te vinden op mijn website: [www.janvandunne.nl](http://www.janvandunne.nl).

medische hulpzaak tot een tekortkoming bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. (rov. 2.17)

Anders dan de rechtbank acht het hof het niet onredelijk dat deze tekortkoming aan het Radboudumc wordt toegerekend. Hierbij betreft het hof de inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de verkeersopvattingen en de overige omstandigheden van deze zaak. (rov. 2.18)

Als onbestreden staat vast dat de producent van de Miragelplombe niet meer (door [verweerder]) kan worden aangesproken op grond van art. 6:185 BW, nu deze vordering hetzij is verjaard, hetzij het recht daartoe is vervallen. [...] De medische behandelingsovereenkomst kan weliswaar als een inspanningsverbintenis worden gekwalificeerd, maar dit laat onverlet dat bij gebruikmaking van een hulpzaak ter uitvoering van deze inspanningsverbintenis (hier de oogoperatie) deze hulpzaak (hier: de Miragelplombe) niet gebrekkig mag zijn. (rov. 2.20)

Enkel “onwetendheid” over een (toekomstig) gebrek van de hulpzaak is niet voldoende om een uitzondering op de hoofdregel van (risico)aansprakelijkheid in art. 6:77 BW te rechtvaardigen. (rov. 2.21)

Het Radboudumc heeft een aansprakelijkheidsverzekering en gesteld noch gebleken is dat de verzekeraar de schade door een gebrek in gebruikte (medische) hulpzaken niet zou dekken. Dat het Radboudumc toentertijd niet wist dat de Miragelplombe in de toekomst gebrekkig zou blijken, ligt in de risicosfeer van het Radboudumc, nu de (oogartsen zelf hebben gekozen voor deze plombe en de patiënt ([verweerder]) daarin geen enkele zeggenschap heeft gehad, wel letselschade heeft opgelopen en zijn schade niet meer kan verhalen op de producent. [verweerder] heeft voor zijn schade bovendien geen dekkende verzekering (behoudens een arbeidsongeschiktheidsverzekering). (rov. 2.22)”

### De beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad maakt korte metten met het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Hij overweegt als volgt, komt en verwondert u:

“Indien bij een geneeskundige behandeling een zaak in het lichaam van de patiënt wordt aangebracht die ten tijde van de behandeling ‘state of the art’ is, brengt het enkele feit dat de zaak op grond van naderhand opgekomen medische inzichten naar haar aard niet langer geschikt wordt bevonden voor de desbetreffende behandeling, niet mee dat het gebruik van die zaak als een tekortkoming moet worden aangemerkt. Aan toepassing van art. 6:77 BW wordt in dat geval dus niet toegekomen. Een andere opvatting verdraagt zich niet met de aard van de medische behandelingsovereenkomst en de daarbij door de hulpverlener in acht te nemen zorg (art. 7:453 BW). Dit strookt ermee dat evenmin een tekortkoming bestaat indien een arts een behandeling toepast die op dat moment naar gangbare medische inzichten de juiste is, maar die nadien als gevolg van nieuw opgekomen medische inzichten niet langer als state of the art wordt beoordeeld. Er bestaat geen grond op dit punt verschillend te oordelen al naar gelang het gaat om een bij de behandeling gebruikte zaak of om de behandeling als zodanig.”

Einde oefening, de cassatieklacht slaagt dus, maar op welke gronden, op welke motivering berust de vernietiging van het arrest van het hof? Ik moet bekennen dat mijn eerste indruk was dat het hier om een ‘maandagochtendarrest’ ging, zoals ik dat vroeger wel (wat oneerbiedig) noemde, of anders een typische *ex cathedra* uitspraak. Bij annotator Wijne – deskundig op het terrein van medische aansprakelijkheid – was

het na lezing even “oorverdovend stil” in haar hoofd, daarna probeerde zij nog “enkele dagen te begrijpen wat ze zojuist gelezen had”.<sup>5</sup>

Wat is hier aan de hand met dit arrest, dat op het eerste gezicht een ‘grote stappen – gauw thuis’ karakter heeft: “natuurlijk kan het ziekenhuis niet aansprakelijk zijn!” Het kostte mij ook enig hoofdbreken, maar de sleutel zat hem hierin, dat voormelde overweging van de Hoge Raad slechts na lezing van de conclusie van A-G Wissink begrijpelijk(er) wordt. Dat is wel vaker het geval, maar zelden zo extreem als hier.<sup>6</sup> Die conclusie van de A-G telt 61 bladzijden (met bijna 250 noten), maar na enig zoeken is de kern wel te vinden. Voordat ik daarop inga – zonder deze steun zijn de overwegingen van de Hoge Raad onbegrijpelijk – keer ik nog terug naar mijn opmerking in de inleiding van deze bijdrage dat het Hof Arnhem-Leeuwarden de lijn van het opschortingsarrest van 2016 had gevolgd met het centraal stellen van de uitleg van de overeenkomst (de aard), leidend tot de risicovraag, met inachtneming van de omstandigheden. Dat vraagt om een analyse van de zeer korte, en even krachtige enkelvoudige overweging van de Hoge Raad in het *Miragelplombe*-arrest.

De opbouw van de hiervoor geciteerde overweging is vreemd, want de conclusie staat voorop: wanneer een hulpzaak op het moment van behandeling *state of the art* is, heeft het ‘enkele feit’ van naderhand afwijkende medische inzichten die de hulpzaak ongeschikt verklaren *niet* tot gevolg dat het gebruik van die zaak *als een tekortkoming moet worden aangemerkt*. Dit heeft meteen het dramatische gevolg dat: “in dat geval niet aan toepassing van art. 6:77 BW wordt toegekomen”. Dat klinkt logisch, maar moet de eraan voorafgaande stelling niet eerst onderbouwd zijn door – zoals bij vaststelling van een tekortkoming is vereist – de vraag te beantwoorden of er van wanprestatie sprake is, aan de hand van uitleg van de overeenkomst (de vaststelling van de contractuele verplichtingen)? Dat zou de normale volgorde zijn van een rechterlijk oordeel (zoals ook door het hof gevolgd: dat laat art. 6:74 aan 6:77 BW voorafgaan; zie 2.16).

In de overweging van de Hoge Raad volgt die onderbouwing pas in de volgende zin: “Een andere opvatting verdraagt zich niet met de *aard van de medische behandelingsovereenkomst* en de daarbij door de hulpverlener *in acht te nemen zorg (art. 7:453 BW)*”. Dat zou kunnen, denkt de lezer, en is benieuwd naar de uitwerking daarvan. Waar zat het hof dan fout? De toelichting die men hier verwacht, ontbreekt echter volledig. De cassatierechter voegt enkel nog de gedachte toe dat deze opvatting niet alleen voor hulpzaken geldt, maar ook voor de wijze van behandeling.

Het is al met al een hoogst merkwaardige gang van zaken in deze uitspraak van de hoogste rechter, belast met de rechtseenheid en rechtsvorming. Men moet weten, dat de rechtspraktijk met smart op leiding wachtte ten aanzien van deze rechtsvraag, met een parlementaire geschiedenis van het wetsartikel dat door toonaangevende auteurs als achterhaald beschouwd wordt, door het hof expliciet aan de cassatierechter voorgelegd. Hierop ga ik eerst in, voordat we de conclusie van de A-G nader bekijken.

### *Nadere analyse van de cassatieprocedure*

<sup>5</sup> JA 2020/132, onder 1. Zij zag ook verbijsterde reacties van vakbroeders op LinkedIn langskomen.

<sup>6</sup> Met 81 RO-zaken als geïnstitutionaliseerde vorm, indertijd tot verontwaardiging van Bloembergen, en met recht.

Wat is in cassatie aan de Hoge Raad voorgelegd ter zake van de overwegingen van het hof met betrekking tot de in casu aan de orde zijnde rechtsvraag? De Hoge Raad heeft die overwegingen sterk verkort weergegeven, zoals hiervoor geciteerd. Het is belangrijk om enkele passages uit het bestreden arrest die *weggelaten* werden, te bekijken. Dat begint al meteen met de weergave van 2.16 van het arrest van het hof: daarin wordt voorafgaand aan de bespreking van art. 6:77 namelijk art. 6:74 BW genoemd – het ankerpunt voor de vaststelling van een tekortkoming – waarna dat via art. 6:77 uitgewerkt wordt: de ‘toerekening’ waarvan artikel 74 getuigt, nader bepaald voor het werken met een hulpzaak bij de uitvoering. Het normale wettelijk kader, dus. Het hof past vervolgens de ‘hoofdregel’ van art. 6:77 toe en gaat dan op de uitzondering in, waar Radboud UMC een beroep op gedaan had: dat de toerekening van de tekortkoming *onredelijk* zou zijn. Bij de weerlegging daarvan betreft het hof “de inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de verkeersopvattingen en de overige omstandigheden van de zaak” (2.18). De onderbouwing die het hof daarvoor geeft, in 2.19 van zijn arrest, is opmerkelijk genoeg door de Hoge Raad *niet* overgenomen in zijn bespreking van het arrest. Het gaat in 2.19 over de wetsgeschiedenis van art. 6:77 BW, specifiek over medische hulpzaken. Even verderop, in 2.21, onderbouwt het hof dat deze zienswijze in de huidige doctrine als achterhaald beschouwd wordt, een overweging die de Hoge Raad vrijwel geheel weggelaten heeft. Eerst komt – in het arrest van het hof – de wetgever aan het woord:

“2.19 In de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van artikel 6:77 BW is aandacht besteed aan de toerekening van ongeschikte medische hulpzaken aan het ziekenhuis bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst: *“Ten aanzien van de overeengekomen geneeskundige behandeling zal in het algemeen niet een bepaald resultaat zijn toegezegd. Niettemin zal van het ziekenhuis, van de behandelende geneesheer en van de hem assisterende personen een grote mate van zorgvuldigheid kunnen worden geëist ten aanzien van de geschiktheid van de apparatuur en de geneesmiddelen die voor de voorgenomen behandeling aangewend zullen moeten worden. Daarmee zijn immers zwaarwegende belangen betreffende leven en gezondheid van de patiënt gemoeid. Is een zodanige zorg in acht genomen, maar blijkt de zaak te falen, omdat zij door de producent daarvan in het verkeer is gebracht met een ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek, dan ligt naar de mening van de ondergetekende in de eerste plaats een aansprakelijkheid van deze producent voor de hand. Hij meent daarom dat het nieuwe wetboek in deze soortgelijke gevallen de mogelijkheid moet openlaten een vordering te dezer zake tegen de arts of het ziekenhuis af te wijzen. (...)”* (Parl. Gesch. Boek 6, MvA II, p. 271-272). Naar deze parlementaire geschiedenis wordt ook kort verwezen in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel inzake de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (TK 1989-190, nr. 21 561, nr. 3, p. 43-44): *“Deze opvatting komt ons juist voor.”*

Daar geeft het hof de volgende uitwerking aan:

2.21 Het Radboudumc beroept zich erop (...) dat (de oogartsen van) het Radboudumc hiervan geen verwijt kan worden gemaakt. Het zou volgens het Radboudumc onredelijk zijn als de (beschreven) lange termijn tekortkoming (gebrekigheid) van de Miragelplombe bij een klein percentage patiënten aan haar zou worden toegerekend (...). Naar het oordeel van het hof is enkel “onwetendheid” over een (toekomstig) gebrek van de hulpzaak niet voldoende om een uitzondering op de hoofdregel van (risico)aansprakelijkheid in artikel 6:77 BW te rechtvaardigen. Daarvoor zullen nog andere feiten en omstandigheden aangedragen moeten worden, die het hof verderop



(...) nog zal bespreken. Met het betoog van het Radboudumc hangt samen het antwoord op de vraag of toerekening naar verkeersopvattingen redelijk zou zijn. In de literatuur en rechtspraak wordt hierover verschillend gedacht, al tekent zich wel een meerderheid af voor toerekening bij gebruik van een gebrekkige hulpzaak in het kader van de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. In Asser 7-IV\* Opdracht, nr. 456 (2014s) betoogt Tjong Tjin Tai hierover het volgende:

*“Art. 6:77 BW sluit aansprakelijkheid slechts uit indien het aansprakelijk houden onredelijk zou zijn. Er is onvoldoende grond om aan te nemen dat aansprakelijkheid voor hulpzaken bij medische hulpverleners als regel onredelijk is; zij verkeren niet zonder meer in een positie die afwijkt van andere opdrachtnemers of schuldenaren. Het standpunt van de wetgever gesteld dat het ziekenhuis als regel niet aansprakelijk is voor gebrekkige hulpzaken (Parl. Gesch. Boek 6, p. 271-272), dient dan ook in zijn algemeenheid als achterhaald te worden beschouwd. Evenzo Shuyters, De aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 34, Deventer 1984, p. 42, Wijshoff-Vogelzang, Arts-patiënt, diss. Nijmegen 1985, hoofdstukken 23 en 25 en Kortmann, in: Aansprakelijkheid voor medische fouten, Lelystad 1991, p. 25 e.v.”* Het hof verwijst ook naar de opinies van J.T. Hiemstra, “Ongeschikte zaken en gebrekkige producten enz”, AV&S 2014/18 en R.P. Wijne in Personenschade 2040.2, waarin laatstgenoemde ook wijst op de kritiek die “meer dan eens” in de literatuur wordt geuit op de rechtspraak en dat een uitspraak van de Hoge Raad inmiddels wenselijk lijkt. [laatste cursivering, JMvD] Tot slot maakt het hof melding van het op 4 oktober 2018 verdedigde proefschrift (RUG) van J.T. Hiemstra, “De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken”, waarin zij constateert dat er binnen de literatuur discussie en binnen de rechtspraak onenigheid bestaat over de vraag of toerekening bij gebruikmaking van medische hulpzaken (on)redelijk is. Zij concludeert met behulp van rechtsvergelijking met het Duitse, Franse en Engelse recht en een rechtseconomische analyse dat het risico dat voortvloeit uit het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak in beginsel voor rekening van de hulpverlener dient te komen. (...)

Aldus krijgt de Hoge Raad op een presenteerblaadje aangereikt wat de stand van wetgeving en doctrine is – ook rechtsvergelijkend – inclusief de oproep uit de literatuur voor een leidinggevende uitspraak van de cassatierechter. *Quod* – helaas – *non*, in advocatenjargon gezegd.

Op welke punten gaat de redenering van de hoogste rechter mank? De volgorde van stelling en onderbouwing klopt niet, zagen wij al, maar ernstiger is dat het aan enige onderbouwing ontbreekt. Immers, art. 6:77 is een onderdeel van art. 6:74, een uitwerking van de vraag *wanneer* van tekortkoming sprake is, namelijk bij het gebruik van hulpzaken, en wel op het punt van de *toerekening*. Dat vraagt om een beoordeling van de medische behandelingsovereenkomst in kwestie, “naar inhoud en strekking, de “verkeersopvattingen en de overige omstandigheden van de zaak”, had het hof gesteld. Dat is natuurlijk ontleend aan art. 6:77, maar eveneens aan art. 6:75 BW, dat spreekt van niet-toerekening op grond van de overeenkomst (rechtshandeling) of de verkeersopvattingen. Dit artikel 75 is nog sterker verbonden met de inhoud van het voorgaande artikel 74, en in de beoordeling van de redelijkheid van de toerekening door het hof (vanwege het beroep van Radboud UMC erop) zien wij het overkoepelende art. 6:248 BW verschijnen, dat dit bepaalt voor zowel de uitvoering als de inhoud van de overeenkomst in aansluiting op de ‘overeengekomen rechtsgevolgen’.

Daarmee wordt nog onbegrijpelijker hoe de Hoge Raad kan oordelen dat “aan art. 6:77 niet toegekomen wordt” door de aanvaarding van een stelling over de invloed van het na tijdsverloop wegvallen van een *state of the art* kwalificatie van een hulpzaak (of medische behandeling).<sup>7</sup> Zo zit het wetssysteem ten aanzien van wanprestatie nu eenmaal niet in elkaar. Als dat anders zou zijn, dan laten wij justitiabelen ons graag overtuigen – *in my humble submission*, zeggen onze Engelse confraters, hun gedachten zijn niet altijd conform – maar zelfs de aanzet tot een rechtvaardiging van de zienswijze van de cassatierechter ontbreekt in zijn apodictische uitspraak. Zoals men weet, zijn *apodicta* volgens de oude Grieken logische uitspraken die op natuurwetten berusten die geen verder onderbouwing behoeven, zoals de zwaartekracht. Ik ben bang dat het dit arrest van de Hoge Raad aan zwaartekracht ontbreekt, de geluiden van de diverse annotatoren wijzen daar al op. Een rechterlijke uitspraak moet het toch hebben van een andere logische vorm: *retorisch*, of liever nog *dialectisch*.<sup>8</sup>

Ik voeg daaraan toe dat ook een uitspraak van de hoogste rechter aan motiveringseisen moet voldoen – mijn indruk is dat niet iedereen dat beseft –, art. 6 EVRM en het Europese Hof in Straatsburg waken daarover.

De verwarring die het *Miragelplombe*-arrest heeft veroorzaakt in de juridische praktijk deed mij denken aan hetgeen het EHRM in 2001 zei: het mag niet zo zijn dat sprake is van “a national court’s *prima facie* contradictory reasoning” die “must have left the applicant with a certain state of confusion”.<sup>9</sup> Eerder sprak het EHRM erover dat de nationale rechter “should address the essence of the points submitted by the applicant for its consideration” en niet mag volstaan met het geven van “sparse reasons for its decisions, whether by incorporating the reasons of a lower court or otherwise”.<sup>10</sup>

In het *Miragelplombe*-arrest is geen sprake van het stilzwijgend overnemen van de argumentatie van de lagere rechter (integendeel, de verwerping ervan!), maar van door A-G Wissink in zijn conclusie aangedragen argumenten. Althans, dat vermoeden de annotatoren, het blijft vrij duister.

Het *Miragelplombe*-arrest wordt er niet begrijpelijker op wanneer wij het naast het eerder besproken arrest uit 2016 over het opschortingsrecht leggen. Daar vindt men het zojuist door mij weergegeven wettelijke stelsel bij wanprestatie in optima forma door de cassatierechter gevolgd. Zoals hiervoor al besproken, overwoog de Hoge Raad in dat arrest immers dat de beoordeling van wat de overeenkomst van de

<sup>7</sup> Zie over het niet toekomen aan de toerekening ex art. 6:77 BW ook: Dempster, t.a.p., nr. 5, die erop wijst dat de Hoge Raad in de parallel-zaak *PIP-implantaten* de toerekening volgens dat artikel wél uitvoerig aan de orde gesteld heeft.

<sup>8</sup> Zie hiervoor mijn preadvies *Ver.v. Wijsbegeerte des rechts*, “Recht en dialectiek. Of: de uitzondering die de regel bevestigt”, *R en R* 1985, p.180, op p.188; gebaseerd op een te weinig gekende bron: de *Topica* van Plato, de logica van: *apodeiktiek, dialectiek en eristiek*. Diens uitleg dat wetten altijd langs de meetlat van rechtvaardigheid gelegd moeten worden (aldus ook: Aristoteles, *Ethica Nicomachea*) is een zienswijze die in onze tijd door schrijvers als Larenz, Esser, Scholten, Telders, Eggen, e.a. gevolgd werd (en in deze tijd van het Toeslagen-schandaal node gemist). Zie hierover mijn preadvies voor dezelfde vereniging, “De waarde van de rechtsdogmatiek voor het privaatrecht”, *R en R* 1974, p.50.

<sup>9</sup> *Hirvisaari/Finland*, 27 september 2001. Zie voor deze problematiek mijn *Aansprakelijkheid van de arbiter: ‘bewuste roekeloosheid’, ‘ernstig verwijt’ of ‘bekwaam arbiter’ als maatstaf?*, *Cahier Ars Aequi* 2019, p.114 e.v. (motiveringseisen).

<sup>10</sup> *Helle/Finland*, 19 december 1997, zie nader, de vorige noot.

schuldenaar vergde, slechts kan plaatsvinden door *uitleg* van die overeenkomst ‘*met inachtneming van alle op dat moment relevante omstandigheden*’ van het geval. Tot die omstandigheden behoort met name (ook) de vraag voor *wiens risico* het optreden van in casu de fiscus komt.

#### De conclusie van A-G Wissink

De Hoge Raad vooronderstelt in het *Miragelplombe*-arrest dat sprake is van een (op de behandelaar rustende) *inspanningsverbintenis* bij de medische behandelingsovereenkomst ex art. 7:453 BW (de term zelf valt niet eens in de – enige – overweging in het arrest van de Hoge Raad). Het onderscheid inspannings- versus resultaatsverbintenissen, ooit bedacht door Houwing Jr. in de jaren zeventig van de vorige eeuw als instrument om de bewijslastverdeling te hervormen, heeft sindsdien veel aan belang ingeboet, mede door de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Beide rechtsfiguren zijn niet thans meer zuiver op de graad, verre van dat: de resultaatsverbintenis kent ook inspanningsverplichtingen (zelfs bij de vervoersovereenkomst), en de inspanningsverbintenis kent ook resultaatsverplichtingen. De violist moet op tijd in de concertzaal verschijnen, de advocaat mag geen termijnen laten verlopen, etcetera. Dat geldt al sinds jaar en dag ook voor de prestaties van een arts, het archetype van het doen van inspanningen, en wel ter genezing van een patiënt. Zijn apparatuur moet functioneren, zijn personeel goed opgeleid zijn, en hij moet op tijd in de operatiekamer verschijnen (niet op het golfveld aangetroffen worden, in de file vastzitten wordt al iets ingewikkelder).<sup>11</sup> Het leeuwendeel van wanprestatie is in de praktijk immers een kwestie van logistiek, weet elke praktijkjurist. Die zaakjes moet men gewoon op orde hebben, inspanning of niet. Het onderscheid resultaat – inspanning is nog steeds van belang, maar slechts als een *starting point for legal reasoning*. Kortom, er moet altijd enige *reasoning* aan te pas komen, en daaraan heeft het in het *Miragelplombe*-arrest te enen male ontbroken.

Dan nog een blik op de conclusie van A-G Wissink, waarin – zoals ook annotator Wijne opmerkte – de sleutel ligt voor het begrijpen van het arrest van 19 juni 2020.<sup>12</sup> De kern daarvan is dat Wissink de volgende twee opvattingen onderscheidt:

(1) Het gebruik van een ongeschikte zaak is een tekortkoming in de nakoming van een resultaatsverbintenis om geen ongeschikte hulpzaak te gebruiken, afgeleid uit art. 6:77 BW. In deze opvatting – gevolgd door het hof – is al snel sprake van een tekortkoming en gaat het er om of het redelijk is om een uitzondering op die regel te maken (bijvoorbeeld wanneer de hulpverlener kan aantonen dat de toerekening ex art. 6:77 onredelijk zou zijn).

(2) In de tweede opvatting moet “de vraag of het gebruik van een ongeschikte zaak een tekortkoming oplevert, worden beantwoord aan de hand van de overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit”. De vaststelling van de verbintenissen die op de hulpverlener rusten, bepaalt welk risico hij draagt voor het gebruik van een ongeschikte hulpzaak.

In deze tweede opvatting – gevolgd door de A-G en ook door de Hoge Raad (menen de annotatoren – zijn de aard van de overeenkomst van belang en ook de

<sup>11</sup> Zie: Van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004, 5<sup>e</sup> dr., p.745 e.v. Voor medische aansprakelijkheid, zie idem, *Deel 2, Onrechtmatige daad en overige verbintenissen*, 2004, 5<sup>e</sup> dr., p.900 e.v.

<sup>12</sup> T.a.p., sub nr. 4. Zie ook: Demper, noot *JGR* 2020/4, sub nr. 3, *juncto* concl. A-G, nrs. 9.14 e.v.; 9.21 e.v.. Deze annotator bespreekt het *Miragelplombe*-arrest naast de prejudiciële beslissing inzake *PIP-implantaten* (borstprothesen), HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090; *JGR* 2020/32.

omstandigheden van het geval. De quintessens ligt aldus bij de beoordeling van de *tekortkoming*, en niet pas bij die van de *toerekening* (naar redelijkheid).

Wat hiervan te denken? Allereerst de constatering dat de conclusie van A-G Wissink op dit punt zeer uitvoerig en genuanceerd is. Hij kiest voor de tweede opvatting, maar wel met de aantekening deze “te corrigeren aan de hand van elementen van de eerste opvatting”. De A-G werkt dit thema van de allocatie van risico’s onder art. 6:77 BW in een volgende paragraaf uit.<sup>13</sup> Gezien deze presentatie van de huidige stand van het recht op dit punt had het mijns inziens zonder meer op de weg van de Hoge Raad gelegen om bij het overnemen van enkele suggesties die de A-G heeft gedaan de onderbouwing ervoor aan te geven, en bovenal: daarbij beredeneerde keuzes te maken. Vrijwel alle thema’s die in de conclusie van de A-G worden aangesneden, ook voor een concrete risicoverdeling, worden door de Hoge Raad echter onbesproken gelaten.

Ik heb het bange vermoeden dat dit stilzwijgen van de hoogste rechter verband houdt met de omstandigheid dat de uitvoerige conclusie van de A-G moeilijk te begrijpen is, diens redenering zou naar mijn mening evengoed tot de goedkeuring van de benadering van het hof hebben kunnen leiden.

Maar dan moet men de vraag wat “het vaststellen van de verbintenissen die voor de hulpverlener uit de overeenkomst voortvloeien” inhoudt, wel wat serieuzer nemen. De modale lezer zal daaronder *uitleg* van de overeenkomst verstaan, mede gelet op de aard van de overeenkomst, de omstandigheden, en dat alles onder de aegis van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW.<sup>14</sup> Kortom, normatieve uitleg, zoals dat ook in het opschortingsarrest van 2016 gebeurde, door het hof eveneens gevolgd in de *Miragelplombe*-zaak.

Opmerkelijk is dat de benadering van A-G Wissink in zijn conclusie in de *Miragelplombe*-zaak een andere is dan in zijn conclusie voor het hiervoor besproken arrest uit 2016 over opschorting. Toen hield hij de cassatierechter voor dat door uitleg vastgesteld moest worden “of de overeenkomst meebrengt dat ook een opschorting als de onderhavige geschiedt op risico van de opschortende partij”. Voor het verschil met zijn zienswijze in de zaak uit 2020 heeft mogelijk een rol gespeeld dat Wissink uitleg van de overeenkomst altijd gescheiden heeft gezien van de aanvulling ervan op grond van de redelijkheid en billijkheid.<sup>15</sup>

Afgezien daarvan verschil ik op veel punten van mening met de A-G, zoals met betrekking tot het de contractuele en buitencontractuele allocatie van risico’s en de invloed van verzekering. Tevens is hierbij de productenaansprakelijkheid in het spel, waar de figuur van *state of the art* aan is ontleend, waarover het nodige te zeggen valt. Tot slot is er nog het parallel lopende arrest van de *PIP-implantaten* – op dezelfde dag door de Hoge Raad gewezen – dat om een vergelijking zou vragen.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Concl., nr. 10, ruim 5 blz.

<sup>14</sup> Zie in dit verband ook: Demper, t.a.p., sub 4 *in fine*, p.377. Vgl. ook Wijne, t.a.p.; Bakker, “Uitleg van overeenkomsten sinds Lundiform/MEXX”, *ORP* 2017, p.28; 31.

<sup>15</sup> Zie M.H. Wissink, “Vertrouwen op tekstuele uitleg”, *ORP* 2012, p.26, op p.31; Bakker, t.a.p., 2017, p.29. De omstandigheid van een wijzigend *state of the art*-inzicht, waarvoor niet in contract voorzien was, is hier een factor die meeweegt.

<sup>16</sup> Ook met een uitvoerige conclusie van A-G Wissink. In die zaak ging het om implantaten, in het verkeer gebracht door grootschalige en ernstige fraude van een Franse fabrikant die naderhand failliet gegaan was, een internationaal schandaal. Daarmee is het een heel specifieke, atypische casus. Zie ook

Naar aanleiding van de conclusie van de A-G nog een kanttekening over de verzekeringsaspecten in de *Miragelplombe*-zaak.<sup>17</sup> Het hof overwoog hierover dat Radboud UMC verondersteld werd verzekerd te zijn tegen de schade van de patiënt die in het geding was, hetgeen door de A-G werd bevestigd.<sup>18</sup> Dat de Hoge Raad dit aspect onbesproken heeft gelaten, sterker nog, niet van belang heeft geacht voor de aansprakelijkheidsvraag, verbaast in hoge mate. Al geruime tijd is dat laatste immers in zijn jurisprudentie aanvaard, in een reeks arresten, beginnend met *Fokker vliegtuigvleugel* (1968) en voortgezet met *Kuunders* (2004) en *Karterbaan* (2011).<sup>19</sup>

## **Het belang van de omstandigheden op het moment van uitvoering van de overeenkomst voor de beoordeling van toerekenbare tekortkoming en het verband met uitleg van de overeenkomst (II)**

*Bij de beoordeling of sprake is van wanprestatie wordt in de rechtspraak wel belang gehecht aan de op het moment van uitvoering van de verbintenis relevante omstandigheden. In deze bijdrage wordt hierop ingegaan aan de hand van twee arresten van de Hoge Raad, één over opschorting uit 2016 en één over het gebruik van een medische hulpzaak uit 2020. Deze bijdrage bestaat uit twee delen. Het eerste deel is in het vorige nummer van ORP geplaatst. In dit tweede deel wordt de balans opgemaakt in de vergelijking tussen de beide arresten.*

### **3) De balans opgemaakt in de vergelijking tussen de arresten van 2016 en 2020**

#### Welke inzichten heeft de vergelijking ons gebracht?

Als er één ding duidelijk is geworden, dan is het wel dat de arresten van 2016 en 2020 qua methode van uitleg van de overeenkomst en het vaststellen van wanprestatie mijlen ver uiteen liggen. Het door mij gestelde doel van dit onderzoek is om na te gaan welke invloed de *omstandigheden ten tijde van de uitvoering* hebben op de vraag of van wanprestatie sprake is, in het kader van de uitleg van de overeenkomst in kwestie.

Beide arresten kennen een gemeenschappelijk punt ten aanzien van de relevante omstandigheden: in dat van 2016 was dat de omstandigheid dat het opschortingsrecht gericht was op een fiscale aanslag die *toen* een realiteit was, terwijl naderhand vastgesteld werd dat deze non-existent was, als gevolg van een vernietiging na beroep. In het arrest van 2020 ging het om de omstandigheid dat de toegepaste medische hulpzaak op dat moment *state of the art* was, terwijl die kwalificatie naderhand vervallen was, met andere woorden, non-existent.

Enigszins verwarrend lijkt dat de Hoge Raad in het arrest van 2016 van een “*omstandigheid*” spreekt waardoor het risico van een belastingaanslag – krachtens

---

in die zin: P.W.J. Verbruggen, “Aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken volgens de Hoge Raad” (Privaatrecht Actueel), *WPNR* 2020/7303, p.83 e.v.

<sup>17</sup> Concl. A-G Wissink, nr. 10.6; zie met betrekking tot *PIP-implantaten* ook Verbruggen, t.a.p.

<sup>18</sup> Concl., noot 185, in fine.

<sup>19</sup> HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/385, *Kuunders/Swinkels*; Asser-Hartkamp, 6-1\* 2012/369; 2016/369. Zie voor deze jurisprudentie mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, p.437-447; HR 10 juni 2011, *NJ* 2012/405, m.nt. Tjong Tjin Tai, *Van den Hoek/Plots (kartingbaan)*. Op het arrest van 1968 gaven Nieuwenhuis en Brunner indertijd negatief commentaar, dat de doctrine lange tijd beïnvloed heeft.

contract – door de verkoper (Heredium) moest worden gedragen. Annotator Hijma moppert daar wat over in zijn *NJ*-noot, hij spreekt van een oneigenlijk gebruik van de term ‘omstandigheid’. Dat lijkt op het eerste gezicht terecht: bij een ‘omstandigheid’ denken we immers aan een gegeven van feitelijke aard, in de trant van: “slecht zicht”, “de grenzen gingen dicht” of “de markt zakke in elkaar”. Bij nader inzien zijn dat echter factoren die te herleiden zijn tot contractuele voorwaarden en rechterlijke uitspraken – derhalve normen – die doorgaans in de sfeer van overmacht zullen liggen, en de bescherming daartegen, met talloze variaties: van het oude “ijs en weder dienende” tot de “maatregelen van hogehand” (*fait de prince, Acts of the King's Enemies*).

Toen ik dat naliep in de oudere rechtspraak van de Hoge Raad over uitleg van contracten, zag ik met enige verbazing dat de term ‘omstandigheden’ al van het begin af aan, zoals in *Haviltex* (1981), gehanteerd wordt. In de bekende overweging in dit standaardarrest staat namelijk dat het bij uitleg van contractuele bepalingen aankomt “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 gaat dus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zoals al meteen duidelijk was. Het werd door de Hoge Raad nog uitdrukkelijker verwoord in het *DSM/Fox*-arrest van 2004 – herhaald in het *Condor*-arrest van 25 november 2016 – namelijk dat de “*omstandigheden van het concrete geval*”, die “van beslissende betekenis zijn”, worden “gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen”.<sup>20</sup>

Bij de voorloper van deze rechtspraak, *Rederij Koppe* (alias *Polisbeding*) (1949) – in universiteitssteden boven en beneden de Oude Rijn altijd al als *normatieve uitleg*-arrest aanvaard – is dat weinig anders.<sup>21</sup> Het hof had gesteld dat de goede trouw eist dat op het polisbeding alleen een beroep gedaan kon worden wanneer dat, “alle *omstandigheden* in aanmerking genomen, redelijk is te achten”. De Hoge Raad ziet dit als uitleg van de contractvoorwaarden, en overweegt:

“... 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”. [*cursivering* toegevoegd]

Kortom, een staaltje van *normatieve uitleg*.

Als men hierover aarzelt – in Leidse kringen – dan wijs ik op de woorden van de Hoge Raad zelf, die in *DSM/Fox* in 2004 zegt: “In [...] *Haviltex* heeft de Hoge Raad – daarmee voortbouwend op oudere rechtspraak over de uitleg van overeenkomsten – overwogen ...”, en dan volgt de bekende formule.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Zie hierover mijn eerder genoemde WPNR-artikel uit 2018, par. 3.

<sup>21</sup> HR 20 mei 1949, *NJ* 1950/72, m.nt. Houwing. Ook Hartkamp ziet dit arrest als voorloper, zie: Asser-Hartkamp II, 1985, nr.281; *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6 III* 2014/364. In dezelfde zin, Brunner, *RmThemis*, 1979, p.172.

<sup>22</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’.

De conclusie kan dus zijn dat het van alle tijden is dat omstandigheden *ten tijde van de uitvoering van de overeenkomst* meewegen – via uitleg van het contract – bij het vaststellen van de eisen die aan die uitvoering gesteld mogen worden (en dus welke prestatie van de debiteur werd verlangd). Niets nieuws onder de zon dus. Maar het wegen van die omstandigheden in het uitlegproces, de daarbij te volgen methode is natuurlijk het zwaartepunt bij de rechtsvinding door de rechter.

*Onvoorziene omstandigheden en uitleg van de overeenkomst*

Dat brengt mij op een punt dat in dit vergelijkend jurisprudentie-onderzoek de aandacht trekt en een ander verbindend element in de arresten uit 2016 en 2020 is, namelijk dat sprake was van onvoorziene omstandigheden. Zoals bekend een aparte rechtsfiguur die in art. 6:258 BW een plaats vond.

In de beide hiervoor besproken arresten van 2016 en 2020 was sprake van onvoorziene omstandigheden: een belastingaanslag kwam uit de lucht vallen, en een betrouwbaar geachte hulpzaak bleek onbetrouwbaar te zijn, en als men de standaardarresten over uitleg van overeenkomsten naloopt, valt op dat ook in die zaken vrijwel steeds sprake was van gewijzigde omstandigheden die de overeenkomst – naar inhoud en uitvoering – onder druk zetten. In *Rederij Koppe* (1949), de ‘voorloper’ van *Haviltex*, zat reder Koppe ondergedoken in de oorlog en kon zijn polis niet betalen, de factuur had hij niet ontvangen, na ontvangst van een rappel na de bevrijding verliep het betalingsverkeer met de Zwitserse verzekeraar nog lang stroef, wat tijdige betaling ook onmogelijk maakte. De Zwitser dacht toen: ‘geen premie, geen uitkering’, zo stond dat ook in het contract, en de rest is geschiedenis. Nog steeds een leerzaam verhaal, vooral voor aanhangers van de taalkundige uitleg van commerciële contracten.

In het bestek van dit artikel kan ik dit thema van onvoorziene omstandigheden en uitleg niet uitvoerig bespreken. Het goede nieuws is echter, dat ik hiervoor naar mijn artikel in *Contracteren* uit 2011 kan verwijzen.<sup>23</sup> Ik zal daar wel enkele dingen uitlichten die van nut zijn voor het plaatsen van de leemte-constructie annex aanvulling ervan op grond van de redelijkheid en billijkheid als onderdeel van de uitleg, hetgeen de pleitbezorgers van *normatieve* uitleg al sinds jaar en dag – dat gaat terug tot begin vorige eeuw – aangenomen hebben. Een zienswijze die nog steeds verzet oproept bij wat meer klassiek dogmatisch denkende auteurs, waartoe ook Hartkamp behoort met zijn Asser-bewerking, de visie van Rutten handhavend *à tort et à travers*.<sup>24</sup> Een andere tegenstander is Valk in zijn preadvies van 2016, die zich beroept op de ‘traditioneel-Leidse’ methode van uitleg, een lijn die via Nieuwenhuis naar Meijers loopt.<sup>25</sup> Men kan die opvatting eveneens op dogmatische gronden bestrijden – dat heb ik regelmatig gedaan – maar het lijkt mij voor praktijkjuristen zoals de lezers van dit tijdschrift effectiever om een beroep te doen op de onderhand vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Het zijn sprekende arresten die bij voorstanders van de scheiding uitleg – aanvulling van de overeenkomst niet in de prijzen vallen, zelfs onvermeld blijven, ook in de Asser-serie. Het gaat hier om een

<sup>23</sup> “Aanpassing van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden: een kwestie van uitleg?”, *Contracteren* 2011/4, p.111.

<sup>24</sup> Zie mijn weerlegging ervan in mijn WPNR-artikel uit 2018, en eerder in: *Contracteren* 2011/4.

<sup>25</sup> Zie de vorige noot.

reeks arresten met als bakens *Vodafone* (2007), *Skare/Flexmen* (2010) en *Aegon/Koersplandewegkwijt* (2013).<sup>26</sup> Een enkele greep daaruit.

In *Skare/Flexmen* had het hof art. 12 van de overeenkomst – met de term “all duties” – normatief uitgelegd. Daartegen is cassatie ingesteld met een beroep op de taalkundige betekenis van het artikel en het ten onrechte aannemen van een leemte in de overeenkomst. De Hoge Raad wijst de klacht echter af en overweegt:

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. [...]”

Wij zien dus dat de Hoge Raad in complexe uitleg-zaken de beantwoording van de rechtsvraag als één geheel neemt, in normatieve trant. De noodzaak voor het construeren van de figuur van een ‘leemte’ in de overeenkomst is daarmee *passé*. Ooit een vrij nuttig instrument, maar nu als *Krücken des Denkens* (Esser) weg te werpen. Daarbij past nog een observatie over de fase die aan de uitvoering van de overeenkomst vooraf gaat, terwijl ook de periode ná het presteren van belang kan zijn. De eerste heeft betrekking op de wijze waarop de contractspartijen in de praktijk met elkaar omgaan: er doet zich van alles voor in de wereld van die partijen na het sluiten van het contract. Dat vraagt om overleg over de wijze van uitvoering, waarbij de crediteur aan de debiteur uitdrukkelijk of stilzwijgend goedkeuring kan geven voor de in het licht van de enigszins gewijzigde situatie voorgenomen wijze van uitvoering. Het archetype van veel rechterlijke procedures is dat wanneer de uitkomst van die uitvoering tegenvalt, de crediteur zich op het contract gaat beroepen, meestal de letter ervan. In het uitleg-proces dat daarop volgt, in en buiten rechte, komt het dan aan op de redelijkheidstoets, afgezet tegen de rechtszekerheidstoets: “er staat wat er staat!” Wij hebben het hier over de omstandigheden in de contractfase in combinatie met de uitvoeringsfase.

Daaraan vooraf gaat de precontractuele fase, waarvan de omstandigheden ook van betekenis zijn voor de uitleg van de overeenkomst, en erna de post-contractuele fase, die eveneens relevant kan zijn in dit verband.<sup>27</sup> De eerstgenoemde fase zal meer bekend voorkomen, met de zogenaamde *entire agreement clause* proberen contractschrijvers die materie buiten de deur te houden: alleen de inhoud van de schriftelijke overeenkomst (het ‘contract’) geldt, niet voorovereenkomsten of verslagen van onderhandelingen, correspondentie, e.d. Dat lukt overigens maar ten dele, in de moderne rechtspraak, maar dat terzijde.<sup>28</sup>

Ook de post-contractuele fase kan de contract-schrijver trachten te reguleren, bijvoorbeeld met een non-concurrentiebeding; waarvan later overigens kan blijken dat het ook niet waterdicht is. Het belang van omstandigheden na afloop van de

<sup>26</sup> HR 19 oktober 2007, *NJ* 2007/565, *Vodafone/ETC*; vgl. ook Valk, t.a.p. 2016, p.50;81; Van Dunné, *Contracteren* 2011/4, p.114; HR 19 november 2010, *NJ* 2010/623, *Skare/Flexmen*; HR 14 juni 2013, *NJ* 2014/415, m.nt. Vranken, *Aegon/Stichting Koersplandewegkwijt*.

<sup>27</sup> Voor jurisprudentie over de precontractuele fase verwijs ik naar mijn artikel in *WPNR* 2018, par. 3.2

<sup>28</sup> Voor deze rechtsfiguur, zie o.a.: R.J. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: BoomJu, 2018, par. 8.6, p.388 e.v.



uitvoering van de overeenkomst – de post-contractuele fase dus – kan gedemonstreerd worden aan de hand van het arrest *Gemeente Anloo* (1994).<sup>29</sup> Wanneer de crediteur niet geprotesteerd heeft tegen de al enige tijd plaatsvindende, van het contract afwijkende wijze van uitvoering ervan door de debiteur, wordt aangenomen dat dit onder een redelijk uitgelegde overeenkomst valt, en dus tot de inhoud ervan behoort.

#### *De ‘dynamische’ contractfase*

Terug naar de contractfase, voorafgaand aan de uitvoering van de overeenkomst. De wijze waarop de omstandigheden daarin van belang zijn voor de uitleg wordt geïllustreerd in het arrest *Dierenartsen Asten* (2011), dat Valk in zijn genoemde preadvies inspireerde om de term “*dynamische uitleg*” te introduceren. Dat lijkt een pleonasme voor de aanhanger van normatieve uitleg, maar Valk behoort nu eenmaal niet tot die categorie.<sup>30</sup>

Dit brengt mij op een punt van groot praktisch juridisch belang; de omstandigheid dat partijen in de periode voorafgaand aan de uitvoering overleg plegen over hoe opkomende zwaarigheden het beste het hoofd geboden kunnen worden. Dit overleg kan van grote betekenis zijn indien naderhand de crediteur bezwaar maakt tegen de wijze van uitvoering, en daarin wanprestatie ziet, want afwijkend van de contractinhoud. Het loont voor de debiteur de moeite om in dat geval aan te tonen dat dit overleg overeenstemming opgeleverd heeft over de te volgen koers, hetgeen als een *vaststellingsovereenkomst* kan worden beschouwd (vgl. art. 7:900 BW). Die overeenkomst kan ook mondeling zijn gesloten, en bewijs daarvan zou ontleend kunnen worden aan verslagen, correspondentie (via e-mail bijvoorbeeld), etcetera.

Het daarnet genoemde arrest *Dierenartsen Asten* (2011) kan hier steun bieden; daarin ging de Hoge Raad heel ver met het aannemen van een wijziging van de contractuele verhouding tussen partijen, waarbij een samenwerking tussen personen in een maatschap was overgegaan. Zowel de feiten en omstandigheden telden hier mee, evenals het aannemen van een stilzwijgend gesloten overeenkomst. Ik citeer:

*“dat, temeer waar een schriftelijk contract ontbreekt, de totstandkoming van een overeenkomst, gelijk kennelijk ook de benadering van het hof is geweest, mede kan worden afgeleid uit een tussen partijen op enig moment bestaande feitelijke situatie. [...]*

Gelet op deze beoordeling, ligt in het oordeel dat de tussen partijen op 1 januari 2000 bestaande situatie getypeerd dient te worden als een maatschap (rov. 4.82), besloten het oordeel dat *partijen zich jegens elkaar (stilzwijgend) hadden verbonden als vennoten in maatschapsverband samen te werken.*”<sup>31</sup>

Van de constructie van een vaststellingsovereenkomst gesloten in de contractfase met het oog op de wijze van uitvoering van de overeenkomst zou men in veel geschillen en procedures profijt kunnen hebben.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> HR 20 mei 1994, *NJ* 1994/574. Voor recente, bevestigende rechtspraak, zie: Valk, t.a.p. 2016, pp.27-32, die dit toejuicht.

<sup>30</sup> HR 2 september 2011, *NJ* 2012/75, m.nt. Van Schilfgaarde, *VDE c.s./Fuchs c.s. (dierenartsen Asten)*.

<sup>31</sup> Rov. 3.6.3; *cursivering* toegevoegd. Het arrest werd gevolgd door Hof Den Haag 1 maart 2016, ECLI:NL:2016:GHDHA:2419, *Ketenzorg De Linge*, een zaak over hoofdelijke aansprakelijkheid van een vennoot tegenover een derde.

<sup>32</sup> Voor dit onderwerp verwijs ik verder naar mijn artikel: “De vaststellingsovereenkomst als instrument bij de uitleg en uitvoering van de bouwovereenkomst bij complicaties in de bouw”, in: *Eindafrekening*

*Onvoorziene omstandigheden nader beschouwd (verzekeringsaspecten)*

Nog een opmerking over de aard van de onvoorziene omstandigheden waarbij door middel van uitleg een beroep op de redelijkheid en billijkheid gedaan kan worden. Dat is een baaiert van omstandigheden, in 2011 schreef ik dat deze in de praktijk in de volgende categorieën ingedeeld kan 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, respectievelijk bedrijfsovernames en fusies);
4. Nieuwe wetgeving, regelgeving;
5. Algemene politieke ontwikkelingen, nationaal of internationaal (Europese wetgeving/rechtspraak).
6. Natuurgeweld (calamiteiten).<sup>33</sup>

Voor de praktijkjurist is dit niets nieuws, maar het geeft aan hoe breed dit aspect van de uitleg is indien men de onvoorziene (veranderde) omstandigheden toelaat tot het uitleg-proces, al dan niet voorzien van het etiket “leemte” in de overeenkomst (partijen kunnen nu eenmaal niet alles voorzien, het blijft mensenwerk).

In dit verband nog een kanttekening bij een vertrouwd onderdeel van de zojuist besproken omstandigheden: de verzekeringsaspecten. Wij zagen eerder dat dit in de jurisprudentie door de Hoge Raad meegenomen wordt bij de uitleg van een overeenkomst. Op het gebied van het bouwrecht wordt hier al enige tijd over nagedacht, meer dan in het algemene contractenrecht naar mijn indruk. Ik heb mij indertijd aangesloten bij auteurs als Lieuwe de Boer en Matton van den Berg, die de verkeersopvatting ten aanzien van de risicoverdeling in bouwovereenkomsten als volgt weergegeven hebben:

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*).<sup>34</sup>

Hierbij geldt de filosofie (als *accepted principle*) dat elk risico nu eenmaal een daarmee samenhangende kostprijs heeft die hoe dan ook op het werk drukt en derhalve gedragen moet worden. Dat wil meestal zeggen, door middel van verzekering af te wentelen op derden. Het is een terrein waar ook spraakmakende procedures over gevoerd zijn, waarvan ik enkele van nabij heb meegemaakt, als arbiter

---

met *pepernoten*, Afscheidsbundel Monika Chao-Duivis, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, 2020, p.197.

<sup>33</sup> T.a.p., sub nr. 10.

<sup>34</sup> Idem, p.485. Aldus o.a.: L. de Boer (1996); M.A.M.C van den Berg (2002), die buitenlandse auteurs aanhalen.

of adviseur. Een tunnelbouwer die in de Westerschelde op 60 m diep op een ondoordringbare, miljoenenjaren oude onbekende zandsort stuit die zijn boorschild vervormd heeft; een andere tunnelbouwer die bij het boren in de Botlek geconfronteerd wordt met omstandigheden waartegen zijn *state of the art* boorteknik niet opgewassen is; een nieuw model verbrandingsoven voor zuiverings-slib ontwikkeld door een klein bedrijf waarbij (na jaren overleg) door partijen uitgegaan wordt van een lage verbrandingswaarde van het door enkele waterschappen aangeleverde slib, die in werkelijkheid juist heel hoog blijkt te zijn: bij het proefdraaien van de oven springt het beton van de muren; de damwanden bij de bouw van CS Rotterdam door bevriezing van de grond aangebracht waarbij het metaal van de (voorgescreven) leidingen de temperatuur van minus 196 gr. C niet aan kan en de leidingen bezwijken.<sup>35</sup>

Tekst versus context: de betekenis van taalkundige uitleg in verband met omstandigheden-uitleg

Ter afronding nog een opmerking over een aspect van uitleg van overeenkomsten dat nog niet ter sprake kwam: de betekenis van de *tekst* van de overeenkomst als neerslag van de bedoeling van partijen bij de uitleg ervan. De reden voor die omissie is natuurlijk dat in beide arresten die door mij vergeleken werden, uit 2016 en 2020, de *tekst* van de overeenkomst die partijen gesloten hadden, geen rol speelde: die stond vast (2016) of was irrelevant (2020: slechts de aard van de overeenkomst telde).

Dat is meestal anders, weten wij, en daarom nog een kanttekening erover in de marge van dit onderzoek naar het belang en het gewicht van de omstandigheden tijdens de uitvoering van de overeenkomst. Er is nog steeds veel over te doen, sommige aanhangers van toepassing van de taalkundige uitleg bij “commerciële overeenkomsten” vragen er nog steeds aandacht voor.<sup>36</sup>

Ik heb in het verleden herhaaldelijk de degen gekruist met deze *aficionados* van het geschreven woord, zoals Drion (C.E.), Tjittes en Valk, waarnaar ik op deze plaats wil verwijzen.<sup>37</sup> Het arrest *DSM/Fox* (2004) neemt bij deze auteurs een belangrijke plaats in, evenals de arresten *PontMeyer* en *Derksen/Homburg* (beide 2007). Het is weinig overtuigend wat mij betreft. In het arrest *DSM/Fox* – bekend door de zogenaamde CAO-uitleg (de rol van derden komt hierbij groot gewicht toe) – is er een dun draadje in de uitspraak van de Hoge Raad. Na gesteld te hebben dat zowel de CAO-norm als de Haviltex-norm als grondslag hebben “dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het gesteld is”, vervolgt het college:

“In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis van die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.” (rov. 4.5, in fine).

<sup>35</sup> Zie voor het eerste mijn artikel: “Een tunnelvisie op de Westerschelde”, in: *Opstellen aangeboden aan Prof.mr. M.A.C.M. van den Berg*, Red. M.A.B. Chao-Duivis c.s., Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, 2010, p. 128-148; de Botlektunnel-zaak en *MilieuTech/Waterschap Regge en Dinkel c.s.* waren NAI-arbitrages van mij (over de laatste zijn 17 procedures gevoerd, tot en met de Hoge Raad, ons arbitraal vonnis is echter in stand gebleven); de CS Rotterdam-zaak was een procedure voor Rb. Rotterdam en Hof Den Haag waarin ik adviseerde.

<sup>36</sup> Een groot pleitbezorger is Tjittes, zie zijn genoemde boek *Commerciële contractenrecht* uit 2018, p.292 e.v.; nr. 5.2.7.4.

<sup>37</sup> Zie o.a. mijn artikelen in *Contracteren*, 2011 en *WPNR*, 2018.

Nogal wiedes, zou ik denken, een geschreven contract is natuurlijk één van de omstandigheden die bij uitleg meegenomen moeten worden, en hoe uitgewerkter en deskundiger opgesteld, en wel door beide partijen, des te meer gewicht komt eraan toe. De genoemde arresten uit 2007 kunnen zelfs Valk niet overtuigen, en leggen dus minder gewicht in de schaal.<sup>38</sup> Veel belangrijker is dat de Hoge Raad in de afgelopen decennia arresten gewezen heeft die haaks staan op de gedachte van het doorslaggevend belang dat de *tekst* van de (commerciële) overeenkomst zou hebben. Ik noem slechts de arresten *Vodafone* (2007), *Lundiform/MEXX* (2013) en *Aegon/Koersplandewegkwijt* (2013).<sup>39</sup>

Voor deze controverse in de literatuur is mijns inziens een oorzaak te vinden, namelijk de dubbele betekenis van de term “overeenkomst”: dat is enerzijds de aanduiding voor een *schriftelijk stuk* (een document), door partijen aanvaard, anderzijds de benoeming van de *rechtsverhouding* tussen partijen. Bij gebruik van de term: ‘uitleg van de overeenkomst’ kan men dus meteen een verkeerde afslag nemen, een bron voor veel procedures.

De Hoge Raad is er van begin af aan van uitgegaan dat het voorwerp van uitleg de *rechtsverhouding* van partijen is, niet uitsluitend de *schriftelijke* overeenkomst. Zie bijvoorbeeld al in *Haviltex* de overweging die begint met: “De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld [...]”. Een zin die letterlijk aangehaald wordt in het *DSM/Fox*-arrest van 2004.<sup>40</sup> Hieruit blijkt ook dat het voorwerp van uitleg niet de “bedoeling van partijen” is, en zeker niet de “subjectieve bedoeling”, zoals sommige schrijvers nog steeds propageren.<sup>41</sup>

De overeenkomst in zijn schriftelijke vorm speelt natuurlijk altijd een rol (zo ook de uitlating van de Hoge Raad in *DSM/Fox*), niet in het minst omdat tenminste één van de partijen daarop een beroep doet in een geding – vaak de eiser, die de letterlijk tekst volgt. Lang geleden werd de Koopman van Venetië, Shylock, door de rechter al op zijn wenken bediend: hij had recht op zijn “pond vlees” van het lichaam van debiteur Antonio (de inzet van een weddenschap), maar dan wel zonder één druppel bloed. ‘Letterlijk is letterlijk’, men ziet ook in onze tijd de rechter soms naar dit oude uitlegmiddel grijpen, daarbij de eisende partij aan zijn eigen stelling ophangend. Een rechterlijke *short-cut* – het scheelt veel juridische beschouwingen – waarbij het doel de middelen heiligt, zoals zo vaak in het recht. Maar dit keer ten dienste van de rechtvaardigheid gebruikt.

<sup>38</sup> Valk, t.a.p., p.44 e.v.; idem Schelhaas, t.a.p., p.101. De arresten zijn: HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/575, m.nt. Wissink; HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/576, m.nt. Wissink (waarin Tjittes gevolgd wordt).

<sup>39</sup> Zie ook mijn WPNR-artikel uit 2018, par. 3.4. Het arrest *Lundiform/MEXX* (2013) gaf voor Van Schilfgaarde de doorslag voor zijn aanvaarding van normatieve uitleg van overeenkomsten, te lang en leste, zie zijn *Redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: WoltersKluwer, 2016, p.165.

<sup>40</sup> Rov. 4.2, eerste zin, *Haviltex* aanhalend.

<sup>41</sup> Zeer uitgesproken: Tjittes, t.a.p., p.262 e.v.; nr. 5.2.2: “primair subjectieve uitleg”, met verwijzing naar Valk en Schelhaas.

Dat lijkt meteen een treffend slot voor dit artikel, waarin zoveel aandacht gegeven werd aan de redelijkheid en billijkheid, een beginsel dat ook het uitlegvraagstuk en het wegen van de omstandigheden van het geval beheerst.