

HET BEGRIIP 'HEERSENDE LEER' IN HET PRIVAATRECHT. EEN KORTE VERKENNING

Marnix Snel & Jan Vranken*

1 Inleiding

De redactie heeft ons verzocht de wijze waarop rechtswetenschappers het begrip 'heersende leer' hanteren aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Achtereenvolgens bespreken wij de vraag hoe vaak in literatuur en rechtspraak beroep gedaan wordt op de 'heersende leer' (§ 2) en waarom dit gebeurt (§ 3), bakenen wij het begrip heersende leer af van andere nauw verwante begrippen (§ 4), geven wij een omschrijving en behandelen wij het temporele aspect van heersende leer (§ 5), zoeken wij naar handvatten om te bepalen wanneer een heersende leer tot stand komt of, omgekeerd, haar status verliest (§ 6), en gaan wij na of en zo ja op welke manier een beroep op c.q. een afwijking van heersende leer moet worden verantwoord (§ 7). Antwoorden zijn in Nederland, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Duitsland,¹ niet eerder gezocht. Met deze bijdrage proberen wij de leemte enigszins op te vullen. Het onderwerp past goed bij de ontwikkelingen in de rechtswetenschap in Nederland en elders, waarbij impliciete vanzelfsprekendheden en gewoonten worden ingeruild voor expliciete methodologische overdenking en verantwoording.² Gezien onze achtergrond beperken wij ons tot het gebruik van het begrip heersende leer in het privaatrecht, maar spreken tegelijkertijd het vermoeden uit dat wat wij stellen ook buiten het privaatrecht niet (veel) anders zal zijn.³

2 Enkele cijfers over het beroep op de 'heersende leer'

Wij brengen eerst in kaart hoe vaak in de civielrechtelijke literatuur en rechtspraak beroep wordt gedaan op de heersende leer.⁴ Een search in de vaktijdschriften op het gebied van het burgerlijk recht die zijn opgenomen in Kluwer Navigator⁵ vanaf 2003 leverde ten tijde van het verrichten van het onderzoek 248 hits op. Een vergelijkbare search in de meest

recente drukken van de Asser-serie over burgerlijk recht (meer dan 35 boeken) leverde 149 expliciete verwijzingen naar heersende leer op, de Groene serie 187 en de Tekst & Commentaar BW 33. Andere belangrijke civielrechtelijke boekenseries zoals de Monografieën BW (meer dan 80 titels) en de Studiereeks burgerlijk recht (8 boeken) zijn niet integraal doorzoekbaar, maar bevatten natuurlijk ook verwijzingen naar heersende leer. Bedacht dient te worden dat de hier genoemde aantallen geen compleet beeld geven, alleen al niet omdat de meeste hand- en studieboeken tot *stilzwijgend* uitgangspunt nemen dat zij geldend recht, vaste rechtspraak en heersende leer bespreken.⁶

In de op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken sinds 2003 troffen wij in totaal 225 expliciete verwijzingen aan. Veruit de meeste daarvan (141 stuks) zijn te vinden in uitspraken van de Hoge Raad. Een daaruit genomen steekproef laat zien dat het begrip voornamelijk door de advocaat-generaal in zijn conclusie wordt gehanteerd. Dat dit aantal niet bijzonder hoog is, is te verklaren vanuit het feit dat de rechtspraak, ook de Hoge Raad, vrijwel nooit expliciet⁷ in debat gaat met de literatuur, noch instemmend noch afwijkend, en zich dan ook slechts hoogst zelden met zoveel woorden⁸ op de heersende leer beroept.⁹ Specifiek voor de Hoge Raad geldt wel dat in het veelvuldig gebruik van artikel 81 RO¹⁰ om een cassatieberoep met een verkorte motivering te verwerpen, tot uiting komt dat het cassatieberoep in die zaken evident geen steun vindt in het geldende recht, de vaste rechtspraak en de heersende leer.

De redenen om een beroep te doen op de 'heersende leer' zijn divers. Wij onderscheiden er drie

* Mr. M.V.R. Snel is als wetenschappelijk hoofdmedewerker privaatrecht verbonden aan de University of Curaçao, als research fellow aan het Tilburgs Instituut voor Privaatrecht en als visiting lecturer aan de Nyenrode Business University. Prof. mr. J.B.M. Vranken is em. hoogleraar Methodologie van het privaatrecht, Tilburg University.

- Zie onder meer T. Drosdeck, *Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle*, Berlin: Duncker & Humblot 1989; B. Tuschak, *Die herrschende Meinung als Indikator europäischer Rechtskultur. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Bezugsquellen und Produzenten herrschender Meinung in England und Deutschland am Beispiel des Europarechts* (diss.), Hamburg: Verlag Dr. Kovač 2009; C. Djeflal, 'Die herrschende Meinung als Argument. Ein didaktischer Beitrag in historischer und theoretischer Perspektive', *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2013, afl. 5.
- Zie onder veel meer Evaluatiecommissie Rechtswetenschappelijk Onderzoek, *Kwaliteit & Diversiteit. Rechtswetenschappelijk onderzoek in Nederland*, Amsterdam 2009, p. 33-35; C.J.J.M. Stolker, 'Een discipline in transitie', *Recht en Methode in onderzoek en onderwijs* 2013, afl. 1; R.A.J. van Gestel & H.-W. Micklitz, 'Why Methods Matter in European Legal Scholarship', *European Law Journal* 2014, afl. 3, p. 295-297.
- Gesteund door empirisch onderzoek dat aangeeft dat er in de gewoonten van rechtswetenschappers die binnen verschillende rechtsgebieden opereren slechts kleine verschillen bestaan. Zie M.V.R. Snel, *Meester(s) over bronnen. Een empirische studie naar kwaliteitseisen, gevaren en onderzoekstechnieken die betrekking hebben op het brongebruik in academisch juridisch-dogmatisch onderzoek*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 198.
- Behalve met de zoekterm 'heersende leer', zochten wij ook met 'heersende doctrine', 'heersende mening' en 'communis opinio'.
- Deze database bevat niet alle civielrechtelijke tijdschriften.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

- 6 Over het verschil tussen deze drie begrippen, hierna in § 4.
- 7 Voorbeelden waarin de Hoge Raad wel expliciet naar de literatuur verwees, zijn HR 18 april 2000, NJ 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*) (waarin hij een meerderheidsstandpunt vermeldde) en HR 21 maart 2014, NJ 2015/167 (*Coface/Intergamma*). Die laatste uitspraak gaat over een niet-overdraagbaarheidsbeding. Op een eerdere uitspraak van 17 januari 2003, NJ 2004/281 (*Oryx/Van Eesteren*) over hetzelfde onderwerp was in de literatuur forse kritiek geleverd. De Hoge Raad verwijst ernaar, maar acht de kritiek niet dusdanig dat hij op zijn eerdere beslissing terugkomt.
- 8 Wel neemt hij uiteraard (al dan niet via de conclusie van de A-G) kennis van kritiek op zijn rechtspraak en antwoordt hij soms daarop, maar dan zonder de kritiek met zoveel woorden te noemen of daarvoor naar de conclusie van de A-G te verwijzen. Zie hierover F.B. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2015, afl. 11, p. 927-938 (AA20150927), par. 7.
- 9 In Zwitserland is de 'bewährte Lehre' zelfs een van de erkende rechtsbronnen: zie art. 1 Zwitsers Burgerlijk Wetboek.
- 10 Recente cijfers zijn te vinden in het Jaarverslag van de Hoge Raad van 2017 (*rechtspraak.nl*). In 2017 zijn 440 uitspraken gedaan, waarvan 157 met art. 81 RO. In 2016 waren deze cijfers resp. 459 en 137, maar in dat jaar zijn 65 zaken op art. 80a

3 De functies van het beroep op de heersende leer

De redenen om een beroep te doen op de 'heersende leer' zijn divers. Wij onderscheiden er drie. De eerste is de argumentatieve functie.¹¹ In de wetenschappelijke literatuur kan de heersende leer worden aangehaald als argument om bijvoorbeeld kritiek uit te oefenen op een rechterlijke uitspraak, op een publicatie van een collega of op een voorgestelde wetswijziging, maar ook als bouwsteen voor de ontwikkeling van een eigen, afwijkende opvatting (meer hierover in § 7).¹² In de rechtspraak wordt van oudsher eveneens verwezen naar de *communis opinio doctorum*. Dit gebeurt, voor zover hier relevant, vooral door advocaten om een rechter te overtuigen.¹³ Het beroep op de heersende leer is voor hen een gezaghebbend overtuigingsargument dat voor zich spreekt als de heersende leer niet of nauwelijks omstreden is, en alleen toelichting behoeft als dit anders is, dan wel als zij betogen dat in het concrete geval ervan moet worden afgeweken. Conclusies van advocaten-generaal bij de Hoge Raad zijn vergelijkbaar met wetenschappelijke publicaties.

Rechtswetenschappers lijken het begrip heersende leer ook nog andere functies toe te kennen. Zo wordt het begrip gebruikt om een veelheid van opvattingen die ten aanzien van sommige (aspecten van) leerstukken bestaat te reduceren tot een overzichtelijk aantal en daar-

binnen bovendien een rangorde aan te brengen. Een ordenende functie dus. Een derde functie van het verwijzen naar de heersende leer is 'onderwijzend' van aard. Door naar de heersende leer te verwijzen wordt de lezer duidelijk gemaakt hoe een (aspect van) een leerstuk doorgaans wordt uitgelegd, maar tegelijkertijd bewustheid gecreëerd dat er ook kritiek op is en dat er alternatieve opvattingen bestaan (hebben) of mogelijk zijn.¹⁴ Soms kan het niet anders dan op deze manier, bijvoorbeeld in studieboeken waarin de ruimte ontbreekt om alle alternatieven en kritiek te bespreken en dit ook niet nodig is. In proefschriften daarentegen zal men dit wel moeten doen, tenzij het gaat om onderwerpen die niet de kern van het proefschrift vormen. Ten aanzien daarvan kan volstaan worden met de korte vermelding van de heersende leer. Handboeken nemen een tussenpositie in: behalve de heersende leer, dienen ook serieuze alternatieven of kritiek besproken en geëvalueerd te worden. Hetzelfde zouden wij in essentie, maar natuurlijk beknopter, willen aannemen voor annotaties.

4 Begripsafbakening

Het zijn dus vooral rechtswetenschappers die het begrip heersende leer hanteren. De wijze waarop zij dat doen, is echter nogal diffuus. Wij stuiten op auteurs die spreken van heersende

leer wanneer zij een vaste lijn in de jurisprudentie willen aanduiden,¹⁵ die met het begrip heersende leer naar feiten van algemene bekendheid verwijzen¹⁶ en die het begrip reserveren voor het aanduiden van een bepaald standpunt in de literatuur.¹⁷ Het roept de vraag op of het gebruik van het begrip in al deze gevallen wel past, dan wel of het niet beter is het begrip strakker te omlijnen. Wij verdedigen het laatste.

Volgens ons zou het begrip heersende leer alleen betrekking moeten hebben op een *in de literatuur ingenomen standpunt over een rechtskwestie*. Dus niet op vaste (lijnen in de) rechtspraak of op duidelijke regelgeving

Zo zou volgens ons het begrip heersende leer alleen betrekking moeten hebben op een *in de literatuur ingenomen standpunt over een rechtskwestie*. Dus niet op vaste (lijnen in de) rechtspraak of op duidelijke regelgeving. Dat neemt niet weg dat een heersende leer wel mede op basis van regelgeving en/of rechtspraak is gevormd. De heersende leer kan betrekking hebben op heel concrete, praktische kwesties, zoals dat voor een recht op schadevergoeding bij dwaling tevens sprake moet zijn van een onrechtmatige daad. Maar ook op het niveau van theorieën over onderwerpen van positief geldend recht kan sprake zijn van een heersende leer. Voorbeelden zijn de theorieën over de grondslagen van risicoansprakelijkheden, rechtsverwerking of opschortingsrechten. Voorts kunnen rechtskwesties waarop een heersende leer betrekking heeft groot zijn, bijvoorbeeld dat bij samenloop van de rechtsvorderingen tot ontbinding, vernietiging of opzegging deze cumulatief van toepassing zijn en dat de schuldeiser in beginsel dus mag kiezen,¹⁸ maar ook klein, bijvoorbeeld of het element 'gedurende zekere tijd' in artikel 7:610 BW wel of geen onderscheidende betekenis heeft.¹⁹

De heersende leer kan samenvallen met vaste rechtspraak en/of geldend recht (in de literatuur wordt dan een bepaalde uitleg van het geldend recht voorgestaan die geen discrepanties vertoont met de uitleg van rechter en wetgever), maar dit hoeft niet zo te zijn.²⁰ Holtzer wijst bijvoorbeeld op het *Albron*-arrest van het Hof van Justitie,²¹ waarmee volgens hem een 'drastische breuk' met de in Nederland heersende leer is veroorzaakt.²² Een ander voorbeeld vonden wij bij Valk, die stelt dat de rechtspraak van de Hoge Raad op het gebied van de opzegging van duurovereenkomsten – althans vóór het arrest *De Ronde Venen/ SNU en Stedin*²³ – niet in lijn was met de in de literatuur tot ontwikkeling gekomen heersende leer op dit gebied.²⁴ De twee voorbeelden zijn zo gekozen, dat daarmee tevens duidelijk wordt

dat discrepanties tussen heersende leer en vaste rechtspraak/geldend recht globaal gezien op twee manieren kunnen ontstaan:²⁵ ofwel omdat rechter/wetgever besluit voorbij te gaan aan de heersende leer,²⁶ ofwel omdat het debat in de literatuur zich langzaam van het geldende recht af beweegt (en soms evolueert tot het nieuwe geldende recht²⁷).

Heersende leer kan bestaan ten aanzien van rechtskwesties waarover uitvoerig wordt gedebatteerd en kwesties waarover het debat minimaal of zelfs (tijdelijk) afwezig is. Soms is er nog niet meer dan een meerderheidsopvatting, of zelfs dat niet eens, bijvoorbeeld wanneer een debat nog alle kanten opwaait en niet één standpunt erboven uitsteekt. Men mag dus niet te snel van heersende leer spreken.²⁸ Aan de andere kant mag een heersende leer niet worden verward met een feit van algemene bekendheid of een standpunt dat op geen enkele (zinnige) wijze kan worden tegengesproken of waarover geen meningsverschillen kunnen bestaan. Zo lijkt ons de door Hummelen gemaakte opmerking dat heersende leer is dat 'een vordering tot schadevergoeding op basis van art. 6:162 BW pas ontstaat zodra aan alle vereisten van dit artikel is voldaan',²⁹ tot een oneigenlijk gebruik van het begrip te leiden. In plaats van over heersende leer had hij beter over geldend recht kunnen spreken. Wij denken daarom dat het presenteren van een bepaald standpunt als heersende leer enkel zin heeft indien er ook andere leren bestaan én die andere leren (op dat moment) enige 'body'³⁰ hebben, maar wel nog duidelijk ondergeschikt zijn aan dat standpunt. Bij verwijzingen naar de heersende leer wordt in de literatuur in de regel dan ook, als er al niet op zo'n andere leer wordt ingegaan, minst genomen het bestaan ervan vermeld.³¹

Een heersende leer zal doorgaans in het debat dat binnen de eigen landsgrenzen wordt gevoerd tot ontwikkeling komen. Vooral daar waar het nationale Nederlandse recht van Europese of internationale origine is, kan een heersende leer echter ook of zelfs uitsluitend op Europees of internationaal niveau ontstaan.³² Nu er (ook) op deze terreinen in de Nederlandse privaatrechtswetenschap weinig aan rechtsvergelijking wordt gedaan, is van een Europese of internationale heersende leer echter vaak (nog) niet geen sprake.

De heersende leer is de op een zeker ogenblik in de literatuur dominante mening over bepaalde rechtskwesties die het altijd voorlopige resultaat is van een proces van meningsvorming en overtuiging

RO gestuit. In 2017 waren dit er nog maar 2. In 2017 is in 64% van de zaken inhoudelijk beslist; in 2016 was dit 56%. In ongeveer tweederde van de zaken wordt het cassatieberoep verworpen.

- 11 Daarop lijkt Djefal 2013 de nadruk te leggen.
- 12 Vgl. U. Shwed & P.S. Bearman, 'The Temporal Structure of Scientific Consensus Formation', *American Sociological Review* 2010, afl. 6, p. 818: 'Detecting consensus is not trivial, as some level of contestation is always present in science. Scholars dispute previous finding or point to literature gaps to establish their own footholds in the field.'
- 13 Een voorbeeld biedt Rb. Zeeland-West-Brabant 8 maart 2017, ECLI:NL:RBZW:2017:2021.
- 14 Meer over dit temporele aspect van de heersende leer hierna in § 5 en 6.
- 15 Bijvoorbeeld M.J. Hietkamp, 'De stage-overeenkomst: een juridisch zwart gat?', *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2014, afl. 8/9, par. 2.1: 'Ondanks de kritiek van Stein is het criterium uit Hesseling/Ombudsman de heersende leer in de rechtspraak geworden.'
- 16 Zie bijvoorbeeld J.M. Hummelen, 'Met lege handen? Verborgene bodemverontreiniging en faillissement', *NTBR* 2012, afl. 7 p. 247-255, waarop wij hieronder kort ingaan.
- 17 Deze variant kwamen wij het vaakst tegen. Mits voldaan aan de omstandigheden die wij in dit artikel uiteenzetten, is dit wat ons betreft het enige juiste gebruik van het begrip, zo betogen wij hierna.
- 18 Onder meer HR 21 december 1990, *NJ* 1991/251 (*Van Geest/Nederlof*); HR 18 november 2011, *RvdW* 2011/1422 (*ISG/Cornelruit*); Asser/Hartkamp & Sieburgh, *Algemeen overeenkomstenrecht*, 6-III, Deventer: Kluwer 2014/247-248; F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW B58), Deventer: Kluwer 2011/18, 33 en 34 (die echter zelf in zijn dissertatie over de ontbinding wegens wanprestatie pleitte voor een relativering van de keuzevrijheid met zijn zgn. leer van het redelijk alternatief, zie, met verdere verwijzingen, Bakels 2011/62).
- 19 Asser/Heerma van Vos, *Arbeidsovereenkomst 7-V*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/25.
- 20 In Europa was het eeuwenlang gebruikelijk in de rechtspraak niet van de opinie van rechtsgeleerden af te wijken, maar dat is inmiddels anders. Zie daarover Asser/Vranken, *Algemeen Deel***, Deventer: Kluwer 1995, p. 179 e.v.
- 21 HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:625 (*Albron Catering*).
- 22 M. Holtzer, 'Enige praktische consequenties van het Albron-arrest van het Hof van Justitie', *ArbeidsRecht* 2011/19, par. 3.1.
- 23 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, *NJ* 2012/685.
- 24 Zie W.L. Valk, 'Opzegging van duurovereenkomsten na Gemeente/SNU en Stedin', *NTBR* 2012/25, p. 179 (par. 5).
- 25 Met in de praktijk natuurlijk allerlei tussenvormen.
- 26 Daarover uitgebreid Asser/Vranken 1995, p. 181 e.v.
- 27 Zie voor voorbeelden hierna in § 5 (klachtplicht; regres; DES) en § 6 (schadevergoeding naasten).
- 28 Zie onze conclusie (§ 8).
- 29 Hummelen 2012, p. 250 (par. 3.1).

- 30 Een losse opmerking of een statement zonder veel toelichting heeft geen 'body' in de door ons bedoelde zin.
- 31 Vaak ziet men dat namelijk bij verwijzingen naar 'heersende leer', zie bijvoorbeeld Asser/De Boer, *Personen- en Familierecht 1**, Deventer: Kluwer 2010/40: 'Uit de redactie van art. 121 lid 2 "zij kunnen niet" volgt, dat een in strijd met die bepaling gemaakt beding nietig is, zodat de wettelijke regeling – verdeling van de baten bij helfte en draagplicht voor de schulden bij helfte (art. 100 lid 1) – van kracht is. Aldus ook de heersende leer, zie De Bruijn [...] en Klaassen-Luijten-Meijer [...]. Anders De Pinto [...] en Diephuis IV [...], die menen dat dan de lasten aan de baten evenredig gemaakt moeten worden'.
- 32 Bovendien merken wij op dat goed denkbaar is dat ook in die gevallen de heersende leer per land verschilt. Dat lijkt bijvoorbeeld het geval bij de wijze waarop het EVRM doorwerkt in het privaatrecht. Zie daarover bijvoorbeeld uitgebreid B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 2010.
- 33 Zie ook de omschrijving van Djefal 2013, p. 464: 'Abstufend wird die herrschende Meinung folgendermaßen definiert: "Die allgemeine Meinung beherrscht das Feld ohne ernst zu nehmende Abweichter (oder jedenfalls werden die Abweichter ignoriert). Die h.M. behauptet sich innerhalb ihres Fachs als Geltungsgrund auch gegen nicht ignorierbare Kritik. Nimmt ihre Anhänger-schaft ab, kann die noch immer als überwie-gende Meinung wirken."
- 34 Asser/Vranken 1995, p. 141.
- 35 Voor het wetspositivisme, maar het geldt ook voor de rechtskwesties waarover wij het in dit artikel hebben.
- 36 J. van der Hoeven, *Opkomst en neergang van een heersende leer. De leer van het wetspositivisme*, Amsterdam: KNAW 1990, p. 20-21.
- 37 Asser/Hijma, *Koop en ruil 7-I**, Deventer: Kluwer 2013/542.
- 38 Zie R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b), Deven-ter: Kluwer 2013/30-44; Asser/Hijma 2013/543-549; Asser/Sieburgh, *De verbintenis in het algemeen: eerste gedeelte, 6-I*, Deventer: Wolters Kluwer 2016/408a-408f.
- 39 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh, *De verbintenis uit de wet 6-IV*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/172.
- 40 HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994/535.
- 41 Asser/Sieburgh, *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte 6-II*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/92.
- 42 Hieronder begrepen de vraag hoe kan worden vastgesteld of en wanneer een heersende leer haar status heeft verloren. Wij noemen dit niet steeds afzonderlijk.
- 43 Djefal 2013, p. 465 stelt dat er minstens drie bronnen en drie rechterlijke uitspraken moeten worden aangehaald om van een 'herrschende Meinung' te kunnen spreken. Aan een dergelijke 'standaardregel' willen wij ons niet wagen. Bovendien lijkt het, gezien het bovenstaande, niet per se nodig dat het standpunt ook in de rechtspraak moet zijn vertegenwoordigd.
- 44 L.C. Roelofs, 'Het schademoment als uitgangspunt voor hypothetische en "on-

5 Omschrijving en temporeel aspect

Uit het voorgaande kan een omschrijving van het begrip 'heersende leer' worden afgeleid: de heersende leer is de op een zeker ogenblik in de literatuur dominante mening over bepaalde rechtskwesties die het altijd *voorlopige* resultaat is van een proces van meningsvorming en overtuiging. Er zijn ook andere meningen die echter (nog) niet sterk genoeg zijn om hieraan afbreuk te doen.³³ Deze omschrijving spoort met de aard van het recht als een discursieve grootheid.³⁴ In deze paragraaf gaan wij dieper in op de tijdgebondenheid van een heersende leer.

Waar het debat in de literatuur leidt tot de totstandkoming van een heersende leer, bewerkstelligt hetzelfde debat ook haar teloor-gang. Zodra zich in de literatuur een bepaalde mening als heersend heeft gevormd, begint in de regel een nieuw proces van meningsvorming en overtuiging. Van der Hoeven heeft dit beeldend beschreven:³⁵

'De moeilijkheden, waarmee een heersende leer te kampen heeft, als haar gezag eenmaal is gevestigd, zijn vele. Wanneer haar positieve effecten gemeengoed zijn geworden en de kwalen die door haar zijn verholpen in vergetelheid raken, krijgt men oog voor de onvolkomenheden en voor de negatieve gevolgen, soms ook de onvoorziene, onbedoelde en negatieve effecten van die theorie. Haar inspirerende werking neemt af. Een periode van verifiëring en falsifiëring is aangebroken.'³⁶

Dat leidt niet altijd direct tot een nieuwe heersende leer. Ook wanneer in een gezagsbolwerk langzaam en op onderdelen scheuren ontstaan, kan de heersende leer toch dezelfde blijven, zelfs als de scheuren uitgroeien tot massieve kritiek. Wel kan men zeggen dat op zeker ogenblik een omslagpunt wordt bereikt. Dan is de kritiek zodanig dat zij de heersende leer wordt.

Een mooi voorbeeld van zo'n verschuiving ontlenen wij aan Hijma:³⁷

'Aan het begin van deze eeuw overheerste de visie dat de koper niet meer over wanprestatie kon klagen wanneer de zaak afgeleverd en zonder protest aanvaard was [...]. Na circa 1915 kwam een ommekeer, met name onder invloed van een omvangrijk opstel van Verstegen in RM 1923, p. 124-260. [...] In de nieuwe zienswijze heeft het feitelijk aannemen van de aangeboden zaken niet meer ten gevolge dat daardoor het klachtrecht, dat wil zeggen de bevoegdheid om over het aangeboden te klagen en de uit wanprestatie voortvloeiende rechten uit te oefenen, teloor gaat. [...] De opvatting van Verstegen is de heersende leer geworden en is ook in de rechtspraak aanvaard.'

De regeling van de klachtplicht in thans artikel 7:23 en 6:89 BW is hiervan de rechtstreekse voortzetting en leidt nog steeds tot nieuwe debatten over allerlei aspecten ervan:³⁸ een loepzuivere illustratie van wat Van der Hoeven schreef.

Een ander voorbeeld troffen wij aan bij Hartkamp en Sieburgh. Zij stellen dat op een gegeven moment door diverse auteurs werd gesignaleerd dat de aanvankelijke aanname dat degene die ingevolge de artikelen 6:169-6:172 BW heeft betaald – net als tussen

medeplegers van een onrechtmatige daad het geval is – in beginsel voor het geheel van de betaalde schade op de dader regres kan uitoefenen zeer dikwijls tot een resultaat leidt dat strijdig is met het rechtsgevoel (omdat de beide aansprakelijk gestelden geen willekeurige individuen zijn). Dat leidde er uiteindelijk toe dat de opvatting dat die regel aanzienlijk moet worden ingeperkt steeds meer veld won, 'omdat de rechtsbetrekking die de onrechtmatige daad heeft doen ontstaan tussen de beide door de wet aansprakelijk gestelden, mede wordt beheerst door de reeds voordien bestaande rechtsverhouding'.³⁹

Nieuwe rechterlijke uitspraken of nieuwe wetgeving kunnen sneller voor de teloorgang of wijziging van de heersende leer zorgen dan een debat in de literatuur. Zo heeft het nieuwe BW de toen bestaande heersende leren flink opgeschud en is het alleen aan de verlate invoering van het BW in 1992 in plaats van in 1984 en aan de anticiperende interpretatie van de Hoge Raad te danken dat de veranderingen soepel zijn verlopen. Een voorbeeld van rechtspraak waarmee de tot dan toe bestaande heersende leer werd opgeschud, biedt het *Des-arrest*.⁴⁰ Sieburgh schrijft daarover dat waar tot het *Des-arrest* algemeen werd aangenomen 'dat art. 6:99 vereist dat ten aanzien van *ieder* van de potentieel aansprakelijke personen aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan', daarover na het arrest – waarin dit vereiste is geëcarteerd – in de literatuur uitvoerige discussie is ontstaan.⁴¹

Hoe kan worden vastgesteld of een bepaald standpunt in de literatuur over een rechtskwestie op zeker ogenblik – thans of in het verleden – als heersende leer mag worden aangemerkt?

6 Het vaststellen van een heersende leer

Dan nu de hamvraag: *hoe* kan worden vastgesteld of een bepaald standpunt in de literatuur over een rechtskwestie op zeker ogenblik – thans of in het verleden – als heersende leer mag worden aangemerkt?⁴²

Wij onderscheiden drie manieren. De eerste is kwantitatief en bestaat uit het simpelweg tellen van de neuzen die dezelfde kant op wijzen.⁴³ Deze benadering lijkt bijvoorbeeld te worden gevolgd door Roelofs wanneer hij stelt dat het 'merendeel van de auteurs' van mening is dat 'bij afzonderlijke achtereenvolgende veroorzaking van voortdurende schade de veroorzakers daarvan hoofdelijk aansprakelijk zijn'.⁴⁴

De tweede benadering is kwalitatief van aard en hecht uitsluitend waarde aan het gezag van de bron. Hierbij past bijvoorbeeld de gedachte

dat de in de Asser-serie verkondigde leer in beginsel als heersende leer kan worden aangemerkt. Of dat bij de uitleg van bepalingen van het BW van 1992 het meeste gezag toekomt aan publicaties van W. Snijders, omdat die immers als regeringscommissaris de bepalingen ontworpen heeft. In de rechtswetenschap bestaat geen classificatie van tijdschriften in bijvoorbeeld A, B en C. Anders zou ook zo'n classificatie van betekenis kunnen zijn bij de kwalitatieve benadering voor het vaststellen van de heersende leer.

Een derde benadering is een combinatie van kwantitatief en kwalitatief. Ze komt neer op een telling, maar wel met inachtneming van het gewicht van de neuzen. Indicatief zijn dan onder meer de volgende omstandigheden: (1) Is de betreffende auteur de enige die het standpunt tot heersende leer bestempelt of er zich al of niet bij aansluit, of zijn er meer auteurs die dat doen? (2) Wordt de stellingname afdoende onderbouwd met bronmateriaal (hierna § 7)? (3) Wat is het gezag van de bron, dit wil zeggen van de auteur die het standpunt verkondigt⁴⁵ en van het publicatiemedium (tijdschrift, annotatie of handboek, gebruik in de praktijk, enzovoort) waarin het is opgenomen? (4) Is het standpunt bevestigd door rechtspraak en/of wetgever?⁴⁶

Het lijkt ons dat de derde benadering de hoogste ogen gooit, maar zij is heel arbeidsintensief en tijdrovend.⁴⁷ Bovendien levert zij niet altijd duidelijkheid op. Met name in kwesties die in beweging zijn, is het niet eenvoudig vast te stellen wat op zeker ogenblik de (nieuwe) heersende leer is. Denk aan de vraag of en in hoeverre naasten van degenen die overlijden of gewond raken door de schuld van anderen recht hebben op vergoeding van materiële en immateriële schade die zij (de naasten) daardoor lijden.⁴⁸ Is de kritiek in de literatuur op de vaste rechtspraak en op de bepalingen van het BW inmiddels al zo krachtig en wijd gedeeld dat van een nieuwe heersende leer kan worden gesproken? Welke invloed op het antwoord heeft de inwerkingtreding op 1 januari 2019 van de Wet vergoeding affectieschade,⁴⁹ een van de hete hangijzers bij dit onderwerp waarover in 2008 de Eerste Kamer nog negatief had geoordeeld?

Een ander voorbeeld heeft betrekking op toekomstverwachtingen en dwaling. Dwaling kan niet worden gegrond op uitsluitend toekomstige omstandigheden, maar voor zover gedwaald wordt omtrent de eigenschappen van de zaak die bij het aangaan van de overeenkomst verondersteld werden aanwezig te zijn, kan het wel.⁵⁰ Dit zogenaamde herleidingscriterium roept veel vragen op en wordt in de literatuur ook fors bekritiseerd. Bepleit worden andere benaderingswijzen, zoals – kort en zonder uitleg⁵¹ – verwijtbaarheid, opgewekt vertrouwen, de bereidheid zekere toekomstige risico's te dragen en risicoverdeling. Is ondanks deze forse kritiek het herleidingscriterium nog steeds als heersende leer te beschouwen, zoals lijkt te volgen uit de Asser?⁵²

7 De verantwoording van het beroep op de heersende leer of op de afwijking ervan

Er zijn dus verschillende wegen om een heersende leer vast te stellen, maar niet altijd leveren zij duidelijke resultaten op, nog afgezien van de tijd en het werk dat ze kosten. Hoe ook, de wetenschapper zal de keuze die hij maakt van een toelichting moeten voorzien. Op welke gronden classificeert hij juist dit standpunt als heersende leer, ook als er bijvoorbeeld veel kritiek op is? Daarnaast zal hij moeten aangeven waarom hij het met de heersende leer eens is of niet. Klakkeloos volgen is geen argument. Zijn verantwoordingslast neemt toe naarmate de kritiek op de heersende leer sterker is, of wanneer er ook doordachte andere standpunten zijn, en zeker wanneer hij welbewust afwijkt van de heersende leer. De verantwoording moet voldoen aan de gebruikelijke normen van wetenschappelijkheid: eerlijkheid, transparantie, zorgvuldigheid, onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid.⁵³ In die zin gelden voor het beroep op de heersende leer of voor de afwijking ervan geen andere normen dan voor het rechtswetenschappelijk debat in het algemeen. Heersende leer als argument is dus niet speciaal ten opzichte van andere argumenten in het rechtswetenschappelijk discours. De wetenschapper die schrijft over rechtswetsties moet daarbij de literatuur verwerken en met bronnen staven.⁵⁴

Voor advocaten en rechters gelden andere normen. Het beroep op de heersende leer is voor advocaten een gezaghebbend overtuigingsargument dat voor zich spreekt als de heersende leer niet of nauwelijks omstreden is, en alleen toelichting behoeft als dit niet zo is, dan wel als zij betogen dat in het concrete geval ervan moet worden afgeweken. De toelichting behoeft echter geen wetenschappelijk verantwoorde uiteenzetting te zijn. Partijdigheid en kleuring mag, mits het niet in onwaarheid ontardaart.⁵⁵ Rechters verwijzen in hun uitspraken, als gezegd, zelden naar de heersende leer. De pleidooien om rechterlijke uitspraken wel te motiveren met verwijzingen naar de literatuur⁵⁶ hebben nog niet veel opgeleverd. Niettemin kan men betogen dat als met name de Hoge Raad afwijkt van de heersende leer, hij dit openlijk moet doen en de afwijking bovendien moet toelichten. Bakels, tot voor kort vicepresident van de Hoge Raad, is niet geheel afwijzend, maar niet veel meer.⁵⁷ Er is echter één argument dat doorslaggevend zou behoren te zijn om het wel te doen: advocaten die hun cliënten adviseren op basis van de heersende leer lopen grote risico's wegens een beroepsfout civiel- en tuchtrechtelijk aansprakelijk te worden gesteld, als de Hoge Raad in andere zin beslist en daarbij niet doet alsof die heersende leer er niet is.

De argumentatieve voordelen van een heersende leer zijn minimaal tot nihil

derbroken" causaliteit', *NTBR* 2008, afl. 9, p. 386 (noot 17).

- 45 Een voorbeeld is K.J.O. Jansen, 'Aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking', *NTBR* 2013, afl. 2, p. 55-69, die spreekt over heersende leer op dit terrein nadat hij een uitvoerig proefschrift over de thematiek heeft geschreven (K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012).
- 46 Hoewel, zoals hiervoor opgemerkt, heersende leer en vaste rechtspraak/geldend recht niet per se samen hoeven te vallen, kan het feit dat een (recente, liefst door de Hoge Raad uitgesproken) uitspraak een bepaald in de literatuur vertegenwoordigd standpunt ondersteunt natuurlijk wel een sterke indicatie bieden voor het feit dat het om heersende leer gaat. Vgl. Djefal 2013, p. 463-466.
- 47 Mede daarom wordt door 'sociologists of science' met interessante nieuwe benaderingen geëxperimenteerd. Wat deze benaderingen opleveren, is echter nog niet geheel duidelijk. Zie voor meer informatie hierover Shwed & Bearman 2010, p. 819 met vele verdere verwijzingen.
- 48 Voor een overzicht, met vele verwijzingen, Asser/Sieburgh 2017/142-144 en 149-155.
- 49 *Kamerstukken II* 2014/15, 34257. Het wetsvoorstel is op 10 april 2018 in de Eerste Kamer aangenomen. Een eerder wetsvoorstel was door de Eerste Kamer in 2008 afgewezen (*Kamerstukken II* 2002/03, 28781).
- 50 Op de achtergrond speelt de problematiek van de samenloop en de keuzevrijheid van de schuldeiser om zich op wanprestatie of op dwaling te beroepen. Zie hierboven bij noot 18.
- 51 Een kort overzicht bieden M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1996, p. 215-217, en J. Hijma in *GS Verbintenisrecht*, art. 6:228 BW, aant. 8.5, 2017. Zie ook M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (Mon. BW B3), Deventer: Wolters Kluwer 2015/27.
- 52 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014/236-240.
- 53 De in Nederland geldende normen van wetenschappelijkheid zijn neergelegd in (onder meer) de Nederlandse Gedragscode Wetenschapsbeoefening (NGW) van 2004, aangepast in 2012 en 2014 en thans opnieuw onderwerp van herziening, en in de European Code of Conduct for Research Integrity, te vinden via www.lowi.nl. De in de tekst genoemde normen zijn ontleend aan het document van 2017 waarin de NGW wordt herzien. Daarin worden zij principies genoemd die worden aangevuld met richtlijnen en met voorbeelden van *good/bad practices*.
- 54 Over (bronnen)verantwoording in de rechtswetenschap hebben wij beiden elders al uitvoerig geschreven. Wij verwijzen daarvoor, zie Snel 2016; M.V.R. Snel, 'Hoera, een lijstje! Over bronvermeldingen', *Ars Aequi* 2018, afl. 3 (AA20180254); Asser/Vranken, *Algemeen Deel. Een synthese*****, Deventer: Kluwer 2014 (met name hoofdstuk 5).
- 55 De grens is niet altijd gemakkelijk te trekken. Kaders zijn art. 21 Rv en art. 8 van

de nieuwe Gedragsregels 2018. Hierover onder meer C.A.M. Roijackers, 'Waarheidsplicht versus beroepsgeheim: de advocaat in een spagaat?', *Letsel & Schade* 2018, afl. 1, p. 3-5.

56 Over het pro en contra hiervan, onder meer Bakels 2015, par. 9 met verdere verwijzingen.

57 Bakels 2015, par. 8 en 9, gaat in debat met onder meer Wibier die bepleit dat de Hoge Raad alleen bij wege van *prospective overruling* mag afwijken.

8 Conclusie

Waar duidelijk sprake is van een heersende leer vormt zij een goed en overzichtelijk vertrekpunt voor de uitleg of beschrijving van het recht, voor de plaatsbepaling van andere opvattingen en voor kritische kanttekeningen of fundamentele bestrijding. Waar duidelijkheid ontbreekt, is het de vraag of men veel moeite moet doen om te onderzoeken of sprake is van een heersende leer. De argumentatieve voordelen van een heersende leer zijn namelijk minimaal tot nihil, omdat ook als de auteur de heersende leer

onderschrijft hij dit moet toelichten en daarbij, indien aanwezig, moet ingaan op kritiek of op minderheidsopvattingen. In zoverre heeft het begrip heersende leer dus niet of nauwelijks meerwaarde boven begrippen als een krachtige stroming in de literatuur, een door de rechtspraak ondersteunde opvatting in de literatuur, een opvatting die wordt gedeeld in de belangrijkste handboeken, een goed gefundeerd standpunt, enzovoort. Steeds komt het aan op de verantwoording en daarvoor gelden steeds dezelfde vereisten.

ArsAequi Libri

Recent verschenen



De wet en de interpretatie van een overeenkomst

De wetgever probeert bij tijd en wijle de rechter voor te schrijven hoe hij de wet moet interpreteren dan wel hoe hij een overeenkomst moet uitleggen. De woorden van een wet en een overeenkomst behoeven vrijwel altijd interpretatie, hoe duidelijk ze op het eerste gezicht ook mogen lijken. De regels die gelden bij de interpretatie van een overeenkomst zijn bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek uit de wet gemikt. Interpretatie-regels worden al gekend in het Romeinse recht. In dit boek worden de Romeinsrechtelijke regels voor uitleg behandeld, die ook in deze moderne tijden nog relevant zijn.

ISBN 978-94-9276-639-7 | Auteur P.C. Kop | Druk 1e druk 2018 | Pagina's 116 | Prijs € 19,50

www.arsaequi.nl



Call Care

Telefoonservice voor de advocatuur



Telefoonservice



Agendabeheer



Opvang Overflow

Wij werken voor +200 advocatenkantoren, kennen de juridische terminologie en werken discreet

Call Care Nederland | 010 – 280 3333 | info@callcare.nl | www.callcare.nl