

Een verzoek tot wijziging van de (rechts)gevolgen van een overeenkomst als alternatief voor vernietiging of schadevergoeding bij dwaling

Bb 2020/21

In deze bijdrage wordt ingegaan op de mogelijkheid om, in plaats van vernietiging van de overeenkomst, de rechter op grond van art. 6:230 lid 2 BW te verzoeken om de overeenkomst zo te wijzigen, dat het door de dwaling geleden nadeel wordt opgeheven. Met name in situaties waarbij een contractspartij, ondanks de dwaling, niet (in zijn geheel) van de overeenkomst af wil of partijen vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling contractueel hebben uitgesloten, kan art. 6:230 lid 2 BW (praktische) uitkomst bieden. In dat verband wordt besproken welke 'schadeposten' onderdeel kunnen uitmaken van het nadeel dat op grond van art. 6:230 lid 2 BW door de rechter opgeheven kan worden en in hoeverre de rechter vrijheid (of zelfs de verplichting) heeft de omvang van het nadeel naar eigen inzicht vast te stellen (ECLI:NL:HR:2019:1910).

Inleiding

Strijd met de goede zeden staat tot nietigheid zoals dwaling staat tot ...

Ongetwijfeld zullen vrijwel alle (civiele) juristen genegen zijn bovenstaande analogie te complementeren met 'vernietigbaarheid'. Dat antwoord is zonder meer correct. Een overeenkomst die gesloten is op grond van dwaling is immers – indien ook aan de overige voorwaarden van art. 6:228 BW wordt voldaan – op grond van deze bepaling vernietigbaar.

Wellicht op het eerste oog minder voor de hand liggend – maar in principe wel juist – zou het antwoord 'wijziging van de rechtsgevolgen' zijn.

De wet (art. 6:230 lid 1 BW) biedt immers allereerst de wederpartij van de dwalende de mogelijkheid om buitengerechtelijk een voorstel tot wijziging van de (rechts)gevolgen van de overeenkomst te doen. Indien dat voorstel als 'afdoende' kwalificeert, doet het de bevoegdheid van de dwalende tot vernietiging van de overeenkomst vervallen.

Indien van deze mogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt of partijen er simpelweg onderling niet uit komen, biedt de wet ook een procedurele variant om tot wijziging van de overeenkomst te komen.

Op grond van art. 6:230 lid 2 BW kunnen zowel de dwalende als diens wederpartij de rechter verzoeken de (rechts)gevolgen van de overeenkomst zodanig te wijzigen dat het geleden nadeel wordt opgeheven. Op die manier kan – zo was ook de gedachte van de wetgever – het ingrijpende middel van vernietiging achterwege blijven.

In deze bijdrage wordt nader ingegaan op zo'n verzoek tot gerechtelijke wijziging van de overeenkomst.

Daartoe schets ik allereerst kort de belangrijkste (rand)voorwaarden voor toepassing van deze wettelijke bepaling (par. 1). Vervolgens zal – mede aan de hand van een praktisch voorbeeld – inzichtelijk worden gemaakt op welke wijze het als gevolg van de dwaling geleden nadeel kan worden becijferd (par. 2). In het laatste deel van dit artikel zal ik kort de vergelijking maken met het meest voor de hand liggende alternatief voor art. 6:230 lid 2 BW, waarbij de dwalende eveneens afziet van vernietiging en (indirect) een koopprijsvermindering bereikt: schadevergoeding bij dwaling op grond van art. 6:162 BW (par. 3).

1. Achtergrond en belangrijkste voorwaarden voor toepassing van art. 6:230 lid 2 BW

In de praktijk komt het geregeld voor dat een vordering tot wijziging van bepaalde (rechts)gevolgen van de overeenkomst beter aansluit bij het gewenste eindresultaat dan vernietiging. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de volgende voorbeelden:

1. bij de verkoop van de aandelen in een vennootschap heeft de verkoper onjuiste financiële gegevens verstrekt aan de (als gevolg daarvan) dwalende koper, maar vernietiging van de koopovereenkomst acht de koper niet wenselijk omdat de verkregen vennootschap hem een sterkere concurrentiepositie in de markt oplevert;
2. een bank heeft in het kader van een grootschalige (her)financiering haar mededelingsplicht geschonden aangaande de aan de (her)financiering verbonden financiële risico's, maar vernietiging van de (her)financieringsovereenkomst op grond van dwaling zou de klant in grote (financiële) moeilijkheden brengen; of
3. de verkoper van onroerend goed heeft nagelaten de koper tijdig te informeren over bestaande bodemverontreiniging, maar vernietiging van de koopovereenkomst acht de koper niet wenselijk omdat hij het inmiddels aan hem geleverde onroerend goed graag wil behouden gelet op de unieke locatie en de ligging daarvan.

In al deze gevallen kan een vordering ex art. 6:230 lid 2 BW uitkomst bieden om zonder vernietiging van de overeenkomst wél het contractueel evenwicht te (laten) herstellen en daarmee een acceptabel eindresultaat te bereiken. Veelal zal de verzoekende partij tot wijziging daarbij aanpassing van de koopprijs voor ogen staan om het geleden nadeel op te (laten) heffen.

Er geldt een aantal belangrijke (rand)voorwaarden voor toepassing van art. 6:230 lid 2 BW die ertoe leiden dat een

¹ Sam van der Weiden is advocaat bij BarentsKrans op de sectie Vastgoed.

verzoek tot wijziging van de overeenkomst niet in alle dwalingsituaties mogelijk is.

Allereerst is het goed te beseffen dat een rechter slechts over *kan* gaan tot opheffing van het dwalingsnadeel 'op verlangen van een der partijen'. Met andere woorden: één (of beide) partijen zal/zullen een dergelijk verzoek in rechte moeten doen.² De rechter is, ook als hij van mening is dat de voorliggende procedure zich daarvoor perfect leent, niet bevoegd ambtshalve de gevolgen van de overeenkomst aan te passen.³ Verder beschikt de rechter – anders dan bij vernietiging ex art. 6:228 BW – over een ruime discretionaire bevoegdheid om art. 6:230 lid 2 BW toe te passen (de wettekst spreekt immers over 'kan [...] wijzigen').

Een tweede belangrijke voorwaarde is dat gerechtelijke wijziging van de gevolgen van een overeenkomst niet kan plaatsvinden in geval van bedrog of bedreiging. De wetgever heeft die mogelijkheid welbewust uitgesloten vanuit de gedachte dat bij dergelijk 'bedenklijk gedrag' de (bedrogen) wederpartij niet kan worden gedwongen om – zelfs na opheffing van de benadeling – de rechtsrelatie voort te zetten.⁴ Een verkoper die de wederpartij welbewust heeft bedrogen kan, met andere woorden, niet trachten alsnog via art. 6:230 lid 2 BW de gevolgen van zijn kwalijk handelen te beperken door de rechter te verzoeken de overeenkomst te wijzigen.

Daarentegen is de heersende leer in de literatuur dat de wederpartij van de dwalende, hetzij eisend hetzij verwerend, nog wel een verzoek ex art. 6:230 lid 2 BW kan doen als de dwalende de overeenkomst reeds middels een buitengerechtelijke verklaring heeft vernietigd. Dat past bij de ratio van art. 6:230 BW om het ingrijpende middel van vernietiging zo veel als mogelijk tegen te gaan.⁵

De (derde) voorwaarde – die in de praktijk tot de meeste discussie leidt – is dat het dwalingsnadeel (op afdoende wijze) moet kunnen worden opgeheven. Anders gezegd: art. 6:230 lid 2 BW mist toepassing indien er (a) ondanks de dwaling, geen nadeel is voor de dwalende of (b) de dwalende weliswaar nadeel ondervindt, maar dat nadeel niet afdoende kan worden opgeheven door middel van wijziging van de (rechts)gevolgen van de overeenkomst.⁶

Voor wat betreft de onder (b) bedoelde omstandigheid kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie dat na het sluiten van een koopovereenkomst met betrekking tot een

bloeistimuleringsmiddel blijkt dat dit middel inbreukmakend is op het octrooi van een derde.⁷ Het nadeel – de koop en het gebruik van een middel dat inbreuk maakt op een recht van een ander – kan in die koopovereenkomst niet zodanig gewijzigd worden dat het nadeel wordt opgeheven. In zo'n geval laat het nadeel zich in de ogen van de wetgever enkel opheffen door vernietiging van de overeenkomst.

Veelal wordt ter afbakening tussen nadeel dat wel of juist niet op afdoende wijze middels wijziging van de (rechts)gevolgen kan worden opgeheven, aansluiting gezocht bij het onderscheid tussen 'alomvattend nadeel' en 'localiseerbaar nadeel'.⁸

Localiseerbaar nadeel heeft betrekking op nadeel dat kleeft aan een bepaald beding (bijvoorbeeld overdracht van een perceel grond vrij van verontreiniging). Alomvattend nadeel heeft betrekking op de gelding van de gehele overeenkomst (zie het voorbeeld hiervoor met betrekking tot het inbreukmakende stimuleringsmiddel).

Alleen in gevallen van localiseerbaar nadeel kan de rechter gebruik maken van zijn wijzigingsbevoegdheid op grond van art. 6:230 lid 2 BW. Als de dwalende niet is benadeeld of sprake is van alomvattend nadeel resteert (enkel) de optie van vernietiging.

Een laatste horde waar ik graag de aandacht op vestig is het feit dat – vanzelfsprekend – ook de vordering tot wijzigingen van de (rechts)gevolgen van een onder dwaling tot stand gekomen overeenkomst, kan verjaren. Wijziging is een alternatief voor vernietiging. De verjaringsregels zoals die gelden voor vernietiging (art. 3:51 en art. 3:52 BW, drie jaren na de dwaling) gelden onverkort voor een verzoek ex art. 6:230 lid 2 BW.⁹

II. Opheffen van het nadeel: hoe moet de rechter wijzigen en welk nadeel komt voor opheffing in aanmerking?

Indien de aangezochte rechter heeft vastgesteld dat er geen bezwaren zijn om in plaats van vernietiging van de overeenkomst de (rechts)gevolgen te wijzigen, rijst een aantal interessante (toepassings)vragen die ik hieronder kort zal behandelen.

Hoe en naar welk moment moet het nadeel worden vastgesteld?

Om te kunnen beoordelen of de voorgestelde wijziging van de overeenkomst het nadeel opheft, zal moeten worden vastgesteld wat het nadeel is dat de vernietigingsbevoegde (bij instandhouding van de overeenkomst) lijdt.

De heersende leer is dat voor het berekenen van het nadeel een vergelijking dient te worden gemaakt tussen (i) de situatie bij instandhouding van de huidige, onder invloed van dwaling gesloten overeenkomst en

2 Uit HR 28 november 1997, NJ 1998, 659 (Luycks/Kroonenberg) kan worden afgeleid dat er geen hoge eisen worden gesteld aan het tot uitdrukking brengen van het verlangen tot wijziging van de overeenkomst. De rechter is daartoe bevoegd als uit de stellingen van de betreffende partij voldoende duidelijk is dat zij aanpassing van de gevolgen van de overeenkomst voorstond. Niet zelden leidt een rechter op deze wijze af dat partijen een beroep doen op art. 6:230 lid 2 BW.

3 Net zoals overigens vice versa geldt dat een rechter ook niet gerechtigd is de overeenkomst te vernietigen ex art. 6:228 BW indien naar zijn inzicht de vordering tot wijziging ex art. 6:230 lid 2 BW dient te worden afgewezen.

4 MvA II, Parl. Gesch., p.914. Meerdere auteurs bepleiten, in weerwil hiervan, dat art. 6:230 BW toepassing zou moeten kunnen vinden bij alle wilsgebreken. Zie voor een overzicht Asser/Sieburgh 6-III 2018/629-633.

5 Zie o.a. Asser/Sieburgh 6-III 2018/631.

6 Ik merk op dat het ontbreken van nadeel geenszins in de weg staat aan een vordering tot vernietiging ex art. 6:228 BW. Nadeel is geen vereiste voor een dergelijke vordering.

7 Rechtbank Arnhem 28 april 2010, ECLI:NL:RRARN:2010:BM6383.

8 Zie Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, diss 1988, p.184.

9 Zij het met de kanttkening dat een verwerend beroep op 6:230 lid 2 BW wél te allen tijde mogelijk blijft. Zie Hoge Raad 8 juli 2011, NJ 2013/256 (Societas Regendi et Administrandi/De Jong).

(ii) de situatie die zou hebben bestaan als de overeenkomst zou zijn gesloten zonder de dwaling (de hypothetische situatie).

De verzoekende contractant zal moeten stellen en onderbouwen onder welke voorwaarden partijen dan zouden hebben gecontracteerd. Als de uitkomst daarvan zou zijn dat partijen geen overeenkomst met elkaar zouden hebben gesloten dan zal toepassing van art. 6:230 lid 2 BW overigens niet mogelijk zijn (zie hiervoor in par. 1).

Ter concretisering het volgende voorbeeld. Verkoper X en Koper Y gaan op 1 januari 2016 een koopovereenkomst aan voor perceel A tegen een prijs van EUR 100.000. Negen maanden na deze koop komt de koper X achter een verontreiniging van perceel A die, verkoper Y niet heeft medegedeeld. Saneringskosten: EUR 20.000. Koper X kan aanneemelijk maken dat bij juiste kennis van zaken slechts EUR 80.000 zou hebben betaald. Intussen is de waarde van perceel A, door prijsfluctuatie, gedaald naar EUR 60.000.

Het nadeel (in de zin van art. 6:230 lid 2 BW) bestaat dan uit het verschil tussen de werkelijke koopsom (EUR 100.000) en de hypothetische overeenkomst die zou hebben bestaan (EUR 80.000) en bedraagt aldus EUR 20.000. De rechter zou de koopsom met dat bedrag kunnen verlagen.

Het actuele belang (de los van de dwaling bestaande waardefluctuatie) wordt in deze benadering dus niet meegenomen. Dat lijkt mij goed verdedigbaar omdat de dwalende contractant waardefluctuatie ook zou hebben gevoeld indien hij onder een juiste voorstelling zou hebben gecontracteerd.

Het feit dat in bovengenoemd voorbeeld vernietiging van de overeenkomst (als alternatief) tot een ander (financieel) resultaat zou leiden - de verkoper krijgt dan immers het perceel met een actuele waarde van EUR 60.000 als vermogen terug, maar dient de volledige koopsom ad EUR 100.000 uit hoofde van onverschuldigde betaling aan de koper te voldoen - doet daar niet aan af. Die keuze is ter vrije bepaling aan de dwalende.

Kunnen ook na de dwaling ontstane kostenposten onder het nadeel worden geschoven?

Als gevolg van het onder dwaling sluiten van de overeenkomst, kunnen verschillende kostenposten zijn ontstaan die er waarschijnlijk niet waren geweest indien de dwaling niet zou hebben plaatsgevonden: denk aan juridische kosten, te veel betaalde overdrachtsbelasting.

In lijn met de bedoeling van de wetgever op dit punt - met wijziging kan een resultaat bereikt worden dat overeenkomt met schadevergoeding - heeft de Hoge Raad toegestaan dat bij wijziging rekening gehouden mag worden met kosten die zijn gemaakt na het sluiten van de overeenkomst.¹⁰

Ook op dat vlak kan de rechter, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maatwerk leveren. Indien de contractant bijvoorbeeld een meldingsplicht heeft geschonden en de dwalende in dat kader niets te verwijten valt, dan is het redelijk om ook dergelijke kostenposten voor rekening van deze contractant te laten komen. In een geval van bij-

voorbeeld wederzijdse dwaling ligt dat weer veel minder voor de hand.

In hoeverre heeft de rechter zelf de vrijheid (of de verplichting) de omvang van het nadeel naar eigen inzicht vast te stellen?

Uit een recent arrest van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat indien een rechter heeft vastgesteld dat er in principe geen bezwaren zijn die aan toepassing van art. 6:230 lid 2 BW in de weg staan, de rechter vervolgens niet een dergelijke vordering kan afwijzen (enkel) omdat hij de voorgestelde wijze van berekening van dat nadeel niet geschikt acht.¹¹ Bij een dergelijke stand van zaken zal de rechter in principe (eventueel door een deskundige) een berekeningswijze moeten vaststellen of zo nodig schattenderwijs het nadeel moeten becijferen.

In deze kwestie stond een (aandelen)overdracht van twee vennootschappen van holding X aan Maetis centraal. Het Hof kwam tot het oordeel dat Maetis zich terecht op dwaling had beroepen, maar wijst de vordering van Maetis tot aanpassing van de koopprijs (ex art. 6:230 lid 2 BW) niettemin af op de grond dat de door Maetis voorgestelde wijzen van berekening van het dwalingsnadeel niet geschikt zijn. De koopprijs was in de koopovereenkomst - zoals tamelijk gebruikelijk in de overnamepraktijk - bepaald als de *Earnings Before Interest and Tax (EBIT)* van de beide vennootschappen over het boekjaar 2008, vermenigvuldigd met een multiplier. Maetis wilde de aanpassing van de koopprijs aan de hand van deze twee variabelen. Het hof acht deze berekeningswijzen niet geschikt onder andere omdat de dwaling zich pas in 2009 voordeed en aanpassing van de EBIT van 2008 zich daarmee niet zou verhouden en wees de vorderingen van Maetis op die grond af.

De Hoge Raad vernietigt dat oordeel. Bij een dergelijke stand van zaken kan de rechter niet volstaan met afwijzing omdat de berekeningswijze in haar optiek niet geschikt is; de rechter zal dan (eventueel door een deskundige) een berekeningswijze moeten vaststellen of zo nodig schattenderwijs het nadeel moeten becijferen.

Uit dit arrest volgt daarnaast dat - hoewel dwalingsnadeel strikt formeel niet kwalificeert als schade - de Hoge Raad dwalingsnadeel wel als schade benadert; hij verklaart immers de regels die gelden bij schadebegroting ook op art. 6:230 lid 2 BW van toepassing. Dit arrest past in de lijn die de Hoge Raad met het eerder benoemde arrest *Ruinemans/Heijmeijer* had ingezet.

III. Wijziging van de rechtsgevolgen van de overeenkomst versus schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad

Voor de dwalende contractant die niet over wenst te gaan tot vernietiging van de overeenkomst maar wél compensatie wil zien voor het door hem geleden nadeel, bestaat er een alternatieve route naast een verzoek ex art. 6:230 lid 2 BW. De dwalende contractant kan er ook voor kiezen

10 Hoge Raad 18 juni 2002, NJ 2002/196 (*Ruinemans/Heijmeijer*).

11 Hoge Raad 6 december 2019, NJ 2020/18.

om de overeenkomst niet te vernietigen en vervolgens via art. 6:162 BW schadevergoeding te eisen van zijn wederpartij.¹² Welke route is in de regel eenvoudiger te bewandelen? De kans die een dwalende heeft om succesvol via art. 6:162 BW schade te claimen van zijn wederpartij is voornamelijk afhankelijk van de vraag welk geval van dwaling aan de orde is. Indien het gaat om een evidente schending van de mededelingsplicht (dwaling krachtens art. 6:228 lid 1 sub b BW) zal dat in de regel voldoende zijn om het handelen van de wederpartij als onrechtmatig te kunnen kwalificeren. Aan de andere kant van het spectrum zal een geval van wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 sub c BW) vrijwel nooit tot een (toerekenbare) onrechtmatige daad kunnen leiden. De situatie dat de dwaling het gevolg is van foutieve inlichting (art. 6:228 lid 1 sub a BW) is op voorhand lastig te voorspellen. Dat zal met name afhangen van de vraag of de wederpartij welbewust foutieve mededelingen heeft gedaan om de ander te laten dwalen.¹³

Zo bezien kan art. 6:230 lid 2 BW in meer gevallen van stal kan worden gehaald door een dwalende dan een vordering tot schadevergoeding ex art. 6:162 BW.¹⁴

Daarnaast meen ik dat art. 6:230 lid 2 BW niet alleen vaker toepasbaar is, ik denk ook dat het in de regel een meer eenvoudige route is voor de dwalende dan schadevergoeding. De dwalende hoeft bij een verzoek ex art. 6:230 lid 2 BW niet aan te tonen dat het gedrag van zijn wederpartij zodanig foutief was dat het kwalificeert als onrechtmatig. Voorts zullen lastige causaliteitsverweren voor wat betreft de gevorderde schade bij art. 6:230 lid 2 BW minder snel een rol spelen omdat het nadeel strikt genomen niet kwalificeert als schade.

Het voornaamste voordeel dat een schadevordering krachtens art. 6:162 BW biedt ten opzichte van een vordering uit hoofde van art. 6:230 lid 2 BW, zijnde kort gezegd het feit dat ook makkelijker andere schadeposten, gevolgschade en vertragingsschade kunnen worden gevorderd, is door arresten *Ruinemans/Heijmeijer* en recent *Maetis/X* ook aanmerkelijk in belang afgenomen. De Hoge Raad heeft immers toegestaan dat bepaalde kostenposten mee kunnen worden genomen bij het becijferen van het nadeel en de regels van schadebegroting van gelijke toepassing zijn op het becijferen van het nadeel.

Afsluitend

Waar veel juristen bij dwaling gelijk denken aan vernietiging en schadevergoeding, biedt de mogelijkheid om een rechter te verzoeken om krachtens art. 6:230 lid 2 BW de overeenkomst te wijzigen, meer mogelijkheden dan wellicht op voorhand gedacht. Niet alleen bezien vanuit perspectief

van de dwalende, maar zeker ook vanuit het perspectief van de contractuele wederpartij van de dwalende. Ook laatstgenoemde kan immers art. 6:230 lid 2 BW in stelling brengen indien hij zich geconfronteerd ziet met een vordering tot vernietiging van de dwalende of als de dwalende de overeenkomst al buitengerechtelijk heeft vernietigd.

Met zijn recente oordeel in *Maetis/X* terzake de toepasselijkheid van de gebruikelijke schadebegrotingsregels bij een verzoek ex art. 6:230 lid 2 BW, heeft de Hoge Raad de dwalende contractant nog wat meer comfort geboden om in plaats van vernietiging of een schadevergoedingsvordering op grond van art. 6:162 BW de rechter te verzoeken de (rechts)gevolgen van de overeenkomst te wijzigen.

Wellicht dat we met het oog op deze ontwikkeling art. 6:230 lid 2 BW wat meer gaan terugzien in de jurisprudentie.

12 Het is immers al bijna honderd jaar vaste jurisprudentie dat het feit dat een dwalende contractant niet overgaat tot vernietiging van de overeenkomst niet in de weg staat aan de uitoefening van zijn recht op schadevergoeding (zie o.a. Hoge Raad 16 december 1932, NJ 1933/458 (*Twentsche Bank/Catala*) en Hoge Raad 18 september 1992, NJ 1992/747 (*Keizer/Van Andel*)).

13 *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/690.

14 In de praktijk zal er in het merendeel van de dwalingssituaties sprake zijn van 'localiseerbaar nadeel' en niet van 'allomvattend nadeel', zodat art. 6:230 lid 2 BW toepassing kan vinden.