

Koop en contractsevenwicht

*W.L. Valk**

INLEIDING

Dat onze economische orde in belangrijke mate bepalend is voor de inhoud van het positieve recht, wordt door wie er oog voor heeft, in het vermogensrecht vrijwel overal opgemerkt. Het spreekt echter wel zeer tot onze verbeelding wanneer de prijs en daarmee het contractsevenwicht in het geding is. De vooral door het natuurrecht gepropageerde opvatting dat de koopprijs in een objectieve zin evenwichtig of rechtvaardig zou moeten zijn (*pretium iustum*),¹ kon in de Middeleeuwse standenmaatschappij — die in overwegende mate een agrarische samenleving was — weerklank vinden, ook al is zij ook destijds nooit algemeen en in haar volle omvang aanvaard. Met onze door de handel gedomineerde economie verdraagt de leer van de rechtvaardige prijs zich echter zeker niet. Op de vrije markt van het economisch liberalisme is een rechtvaardige prijs niets anders dan de overeengekomen prijs. In de woorden van Thomas Hobbes:

‘Het is niet onrechtvaardig om iets duurder te verkopen dan we het gekocht hebben, of iemand meer te geven dan hij verdient. De waarde van alle dingen die het onderwerp kunnen zijn van een overeenkomst, wordt bepaald door de begeerte van de

* Mr. W.L. Valk is rechter in de arrondissementsrechtbank te Haarlem.

1. Vergelijk voor deze opvatting: Asser-Hartkamp II (1997), nr. 44; Asser-Schut-Hijma (1994), nr. 212-213. Zie bovendien in rechtsvergelijkend respectievelijk rechtshistorisch verband: H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht I*, Tübingen: Mohr 1996, p. 198-200; R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town/Deventer/Boston: Juta/Kluwer 1990, p. 255-270. Lezenswaard zijn bovendien de rechtstheoretisch getinte beschouwingen van F. Bydlinki, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien: Springer-Verlag 1967, p. 103-109 en 151-155; K. Larenz, *Richtiges Recht*, München: Beck 1979, p. 65-79 (zie ook recenter maar beknopter Larenz’ *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 1988, p. 45-48).

personen die de overeenkomst sluiten; de rechtmatige waarde is daarom de waarde van hetgeen zij bereid zijn af te staan'.²

Ook al heeft men oog voor de schaduwkanten van het moderne marktdenken, men zal toch moeten erkennen dat ons contractenrecht in overwegende mate op het economisch liberalisme is georiënteerd. Voor de bescherming van het leefmilieu, onderlinge solidariteit en andere waarden die in een volledige markteconomie spoedig het onderspit delven, komt het contractenrecht — waarbij ik even afzie van de regelingen van arbeidsovereenkomst en huur van woonruimte — niet op. Voor zover de rechtsorde zich die belangen aantrekt, behartigt zij ze door middel van diverse publiekrechtelijke regelingen, en slechts in beperkte mate door het familievermogensrecht (onderhoudsverplichtingen) en het aansprakelijkheidsrecht (milieuaansprakelijkheid).

Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand dat men het begrip 'contractsevenwicht' vooral subjectief behoort te duiden: het contractsevenwicht is de samenhang tussen de door partijen in vrijheid overeengekomen prestatie en tegenprestatie. In een beoordeling van de objectieve gelijkwaardigheid van koopwaar en koopprijs, behoort de rechter niet te treden.³

Steeds vrij van objectieve *elementen* is het contractsevenwicht intussen niet. Het moderne kooprecht erkent de mogelijkheid dat een bindende koopovereenkomst tot stand komt, zonder dat de prijs door partijen is bepaald, zelfs ook wanneer door partijen in het midden is gelaten op welke wijze de koopprijs bindend zal kunnen worden vastgesteld. In een dergelijk geval geldt een 'redelijke' of — wat doorgaans op hetzelfde zal neerkomen — de 'gebruikelijke' prijs. Zie art. 7:4 BW, 55 CISG, 5.7 (1) Unidroit Principles en 2.101 PECL. Men zij er echter op bedacht dat een redelijke prijs in deze zin slechts dan aan de orde is, wanneer een volwaardig aanbod van de aspirantkoper of -verkoper door de wederpartij is aanvaard. Welnu, een voorstel tot het sluiten van een koopovereenkomst dat de prijs in het midden laat, zal veelal — zo niet doorgaans — geen aanbod zijn (maar een uitnodiging om in onderhandeling te treden), omdat de

2. Leviathan, hoofdstuk 15.

3. Volgens HR 19 september 1997, NJ 1998, 6 (Assoud/SNS) is dit ook de achtergrond van de uitzondering voor 'kernbedingen' in de definitie van het begrip algemene voorwaarden (art. 6:231 onder a BW).

strekking ervan niet is dat voor het tot stand komen van de koopovereenkomst de enkele aanvaarding ervan volstaat.⁴ De meeste aspirantkopers en -verkopers zullen immers — afgezien van het geval dat voor het onderwerp van de koop een min of meer objectieve dagprijs geldt — niet bereid zijn om zich te binden, voordat zij de prijs hebben bepaald. Het komt er derhalve op neer dat de vraag wat een redelijke of gebruikelijke koopprijs is, slechts bij uitzondering aan de orde komt.⁵

Welke rol speelt het contractsevenwicht — in de zo-even bedoelde subjectieve zin — binnen het moderne kooprecht? Een min of meer alomvattende behandeling van die vraag beoog ik met deze bijdrage allerminst. De lezer moet genoegen nemen met een schets van enige grote lijnen wat betreft drie deelterreinen: wilsgebreken, onvoorziene omstandigheden en tekortkoming.⁶

CONTRACTSEVENWICHT EN WILSGEBREKEN

Ontbreken van het evenwicht als vernietigingsgrond?

In de regeling van het misbruik van omstandigheden van het vierde lid van ons art. 3:44 BW is iedere verwijzing naar het ontbreken van een evenwicht tussen prestatie en contraprestatie zorgvuldig vermeden. Aldus is het eindpunt bereikt van een ontwikkeling waarin de rol van het naar oud recht gestelde nadeelsvereiste gaandeweg werd teruggedrongen.⁷ Een en ander past geheel in de hedendaagse subjectieve opvatting van het contractsevenwicht: het gaat er slechts om of de prijs in vrijheid is overeengekomen. Noodtoestand, afhankelijkheid, lictzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid kunnen aanleiding tot vernietiging zijn, een ongewoon hoge of lage

4. Vergelijk de definitie van het aanbod in art. 14 CISG en 2.2 Unidroit Principles.
5. Bij overeenkomsten waarbij persoonlijk dienstbetoon voorop staat, ligt dat anders. Het vertrouwen dat men bijvoorbeeld in de vakbekwaamheid van zijn toekomstige opdrachtnemer heeft, is immers doorgaans belangrijker dan het bedrag van de te zijner tijd verschuldigde tegenprestatie. In de procespraktijk is de bepaling van art. 7:405 lid 2 BW (opdracht) dan ook veelvuldig aan de orde. Dat geldt niet voor art. 7:4.
6. Het 'kooprecht' vat ik dus ruim op; ook de voor de koopovereenkomst van belang zijnde leerstukken van het algemeen deel van het vermogensrecht reken ik ertoe, zoals dat bijvoorbeeld ook gebeurt in Asser-Schut-Hijma (1994).
7. Vergelijk: Asser-Hartkamp II (1997), nr. 214-216; Asser-Schut-Hijma (1994), nr. 257.

prijs niet.⁸ Iets anders is dat een voorzienbaar nadeel zoals dat uit een ongebruikelijke prijsstelling voortvloeit, van belang is voor de vraag of de wederpartij het tot stand komen van de rechtshandeling heeft mogen bevorderen of niet.⁹ Het ligt bovendien voor de hand dat een ongebruikelijk hoge of lage prijs een belangrijke feitelijke aanwijzing vormt voor de juistheid van de betwiste maar op zichzelf behoorlijk onderbouwde stelling dat men bijvoorbeeld door afhankelijkheid werd bewogen. Het nadeel speelt aldus een rol bij de bewijslevering, dat wil zeggen in elk geval bij de bewijswaardering, maar in sprekende gevallen eventueel ook in de vorm van een bewijslastomkering, naar analogie van hetgeen volgens de tweede volzin van art. 3:34 lid 1 BW in gevallen van geestelijke stoornis geldt.¹⁰

Het gaat er slechts om of de prijs in vrijheid is overeengekomen. Aldus luidt naar mijn smaak de toonzetting van het moderne vermogensrecht. Voor een opvallende dissonant zorgt de bepaling van art. 3:10 (1) Unidroit Principles met betrekking tot 'gross disparity':

A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to

(a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and

(b) the nature and purpose of the contract.

8. De afhankelijkheid die het gevolg is van een economische machtspositie wordt behalve door art. 3:44 ook door het mededingingsrecht geregeerd. Men vergelijkte art. 86 EG-verdrag en art. 24 lid 1 Mededingingswet. Ook hier is het echter nimmer de prijsstelling zelf die tot de ongeldigheid van de koopovereenkomst voert, maar gaat het om het verband tussen economische machtspositie en overeengekomen prijs.
9. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 213.
10. Vergelijk de ontwerpbepaling van art. 7.3.2 uit de gelijktijdig met het nieuwe erfrecht in te voeren regeling van de schenking (titel 3 van Boek 7 BW), die in een omkering van de bewijslast voorziet voor wat betreft de niet in notariële vorm gegoten schenking. Deze bepaling is door de werking van de schakelbepaling van art. 7.3.12 in beginsel ook van toepassing op de gift, en dus bijvoorbeeld ook op de gift die eventueel besloten ligt in de verkoop voor een prijs beneden de marktwaarde. Toepasselijkheid van de bepaling van art. 7.3.2 veronderstelt echter dat de desbetreffende rechtshandeling ertoe strekte om de ene partij ten koste van de andere te verrijken (art. 7.3.12 lid 2) en dus dat uit vrijgevigheid is gehandeld. Ook buiten dat geval acht ik een bewijslastomkering echter denkbaar (analogie met art. 3:34 lid 1).

In het vereiste van een ‘excessive advantage’ herkent men gemakkelijk het voor het Nederlandse recht verlaten nadeelsvereiste, zij het in een negatieve formulering. Een voordeel voor de ene partij is immers in de regel een nadeel voor de andere. En een ‘excessive advantage’ laat zich zonder benadeling van de wederpartij niet goed voorstellen. ‘Excessive advantage’ is voor vernietiging echter op zichzelf niet voldoende, zij moet ook ‘unjustifiably’ zijn tot stand gebracht. Een variant van de leer van de rechtvaardige prijs is de regeling dan ook niet. Die leer zou in te veel gevallen tot de aantastbaarheid van koopovereenkomsten leiden, namelijk in alle gevallen waarin de prijs in objectieve zin onevenwichtig is. Art. 3.10 verleent daarentegen juist in te weinig gevallen de bevoegdheid tot vernietiging. Wanneer op een onbehoorlijke wijze gebruik is gemaakt van ‘dependence, economic distress or urgent needs’ of van ‘improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill’, behoort het — ook wat betreft de internationale handelsovereenkomsten waarvoor de Unidroit Principles zijn geschreven — niet meer ter zake te doen of dit tot een ‘excessive advantage’ voor de wederpartij leidt of niet. Iets anders dan een misslag kan ik in art. 3.10 dan ook niet zien.¹¹

Bedenktijd voor de consument

De vrijheid waarin de prijs werd overeengekomen, is niet alleen in gevallen van misbruik van omstandigheden in het geding, maar ook in gevallen van bedreiging, bedrog, dwaling en geestelijke stoornis. Wat betreft bedreiging spreekt dat vanzelf. Bij bedrog en dwaling gaat het erom dat men over de prijs heeft kunnen onderhandelen, zonder dat men ten opzichte van de wederpartij op achterstand stond wat betreft de voor de prijsstelling relevante informatie. Daarnaast voorziet de wet in het geval dat beide partijen zich bij hun onderhandelingen op onjuiste gegevens baseerden (wederzijdse dwaling). Een vrijheid zonder de informatie die nodig is om die vrijheid uit te oefenen, is illusoir. Hetzelfde geldt voor een vrijheid zonder verstand (geestelijke stoornis).

Deze gronden van vernietigbaarheid komen in een enigszins nieuw licht te staan door een methode van consumentenbescherming die

11. Vergelijk O.A. Haazen, *The principle of gross disparity en misbruik van omstandigheden*, BWKJ 11 (1995), p. 13 e.v., uit wiens bijdrage evenmin enthousiasme voor art. 3.10 spreekt.

steeds vaker opduikt: de consument wordt een bedenktijd gegund; binnen de gegeven termijn kan hij de koopovereenkomst zonder opgave van redenen beëindigen. Zie het vertrouwde art. 25 Colportagewet, het recente art. 7:48c BW (koop van timeshares), art. 7:2 BW volgens wetsontwerp 23 095 (koop van onroerende zaken) en art. 6 van Richtlijn 97/7/EG (op afstand gesloten overeenkomsten).

Welke invloed heeft het bestaan van dergelijke bedenktijdregelingen nu op de toepassing van de diverse vernietigingsgronden? Mij dunkt dat die invloed tweërlei is. Allereerst is een beroep op een vernietigingsgrond niet verstandig zolang volgens een bedenktijdregeling nog beëindiging van de koopovereenkomst mogelijk is. Zo kan de koper zich bijvoorbeeld het doorgaans complexe debat over de vraag of hij zich op dwaling kan beroepen besparen, door de overeenkomst eenvoudigweg te beëindigen. Voor die beëindiging hoeft hij immers geen redenen aan te voeren, zodat daarover ook geen discussie kan ontstaan.

Een bedenktijdregeling heeft echter ook zijn invloed wanneer de consument haar ongebruikt laat. Wie zich bijvoorbeeld op bedreiging beroept, heeft meer uit te leggen wanneer hij de bedenktijdregeling niet heeft benut, dan degene die een dergelijke mogelijkheid om de koopovereenkomst te beëindigen niet heeft gehad. Ik zeg niet dat een beroep op bedreiging faalt wanneer de bedreiging niet tot het einde van de bedenktijd voortduurde. Maar dat de koper contracteerde *omdat* hij bedreigd werd, zal men in een dergelijk geval toch minder spoedig kunnen aannemen. Ook is het zeer goed voorstelbaar dat een geestelijke stoornis er mogelijk wel aan in de weg heeft gestaan dat men in de korte tijd tot het sluiten van de koopovereenkomst de consequenties van die overeenkomst ten volle overzag, maar dat niet deed gedurende de langere bedenktijd. Het betoog van een verkoper dat de koopovereenkomst kennelijk niet onder invloed van de gestelde geestelijke stoornis tot stand is gekomen, nu de koper gedurende de bedenktijd niet tot andere gedachten is gekomen, lijkt mij dan ook geenszins kansloos.

Dat van het ongebruikt laten van een bedenktijdregeling invloed uitgaat, is echter niet voor alle gronden van vernietiging even vanzelfsprekend. Bij dwaling bijvoorbeeld lijkt de invloed mij marginaal. Op zichzelf is juist dat de koper de bedenktijd voor nader onderzoek kan aanwenden. Maar wanneer voor een dergelijk onderzoek in redelijkheid geen aanleiding was (geen onderzoeksplicht), kan dat aan een

beroep op dwaling niet in de weg staan. En de verkoper die een onjuiste mededeling deed of juist zweeg waar spreken plicht was, zal zich er niet op kunnen beroepen dat de koper tijdens de bedenktijd geen onderzoek deed, net zo min als hij dat volgens vaste rechtspraak kan wat betreft de periode voorafgaand aan de koop.¹²

Contractsevenwichten wijzigingsbevoegdheid

Het moderne contractenrecht biedt soms een alternatief voor vernietiging, namelijk wijziging van de koopovereenkomst. Het voorstel tot wijziging kan door de wederpartij worden gedaan; maar ook de rechter kan op verlangen van een van partijen de gevolgen van de koopovereenkomst wijzigen. Men zie art. 3:54 (misbruik van omstandigheden) en art. 6:230 BW (dwaling). Een dergelijke regeling kennen ook de Unidroit Principles voor het geval van *gross disparity* in art. 3.10 (2) en (3).¹³ Aan de hand van welke maatstaf dient nu te worden beoordeeld of een gedaan wijzigingsvoorstel passend was; welke maatstaf moet de leidraad zijn in het geval van wijziging door de rechter? Dat het overeengekomen contractsevenwicht op zichzelf niet meer beslissend kan zijn, ligt voor de hand; wijziging is immers een alternatief voor vernietiging. Maar kan de koper ook verlangen dat hem bij het wijzigingsvoorstel alsnog wordt geboden waarop hij ten tijde van de koop rekende?

Een eenvoudig voorbeeld kan de vraagstelling verhelderen. Onder invloed van een dwaling in de eigenschappen van de zaak heeft de koper voor *f* 3 000 gekocht. De marktwaarde van de zaak bedraagt *f* 2 000, het verschil met de koopprijs dus *f* 1 000. Voor *f* 1 500 kan de zaak zodanig worden aangepast, dat zij alsnog overeenstemt met de voorstellingen van de koper ten tijde van de overeenkomst. Moet de verkoper aan de koper nu een prijsvermindering van *f* 1 000 of van *f* 1 500 bieden? In het tweede geval wordt hetzelfde resultaat bereikt als met een vordering uit wanprestatie, namelijk vergoeding van het positief contractsbelang. Dat de koper in het zojuist gegeven voorbeeld in het kader van art. 6:230 inderdaad aanspraak kan maken

12. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp); HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (Booy/Wisman); HR 20 november 1973, NJ 1974, 97 (Van der Beek/Van Dartel); HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (Van Geest/Nederlof); HR 10 april 1998, RvdW 1998, 84 (Offringa/Vinck).
13. Wat betreft dwaling vergelijk men art. 3.13 Unidroit Principles, dat echter vooral voor het geval van oneigenlijke dwaling lijkt te zijn geschreven.

op *f* 1 500 wordt in de literatuur wel verdedigd, zij het doorgaans impliciet.¹⁴ Deze opvatting lijkt mij echter onjuist.

Vergoeding van het positief contractbelang past niet goed in het systeem van ons vermogensrecht. Bij vernietiging is het uitgangspunt dat de gevolgen van de rechtshandeling — hier de koopovereenkomst — ongedaan moeten worden gemaakt, herstel in de oude toestand dus. De vereisten die de wet voor het ontstaan van een vernietigingsgrond stelt, zijn daarop afgestemd. Zo geldt bijvoorbeeld geen schuld- of toerekenbaarheidsvereiste. Het geval dat iedere toerekenbaarheid ontbreekt, laat zich met name in gevallen van wederzijdse dwaling denken. Tegen een vordering uit wanprestatie zal de wederpartij zich in zo'n geval op overmacht kunnen beroepen.¹⁵ Het is ongerijmd dat de dwalende via art. 6:230 zou kunnen bereiken, wat hem in het geval van een beroep op non-conformiteit wordt onthouden. De door mij bestreden opvatting spoort bovendien ook niet met de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot schadevergoeding bij dwaling. De dwalende kan aanspraak maken op schadevergoeding in het geval dat sprake is van onrechtmatige daad (toerekenbaarheid vereist!); maar zijn aanspraak beperkt zich in dat geval tot het negatief contractbelang.¹⁶

In mijn opvatting kan de dwalende er bij de toepassing van art. 6:230 slechts aanspraak op maken dat hij in de positie wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij niet had gedwaald. Deze maatstaf is bepalend voor het nieuw te creëren contractsevenwicht. Ook hier zal men in het oog moeten houden dat het niet gaat om objectieve gelijkwaardigheid van de wederzijdse prestaties. Uiteraard is het niet mogelijk om met zekerheid vast te stellen hoe de onderhandelingen tussen deze partijen zouden zijn verlopen wanneer van dwaling geen sprake was geweest. Zonder aanwijzingen voor het tegendeel zal men er van uit moeten gaan dat zij zouden hebben gehandeld als doorsnee partijen doen. In het hiervoor gegeven voorbeeld, komt men dus denkkelijk uit op terugbetaling van *f* 1 000.

Maar wat te denken van het volgende geval? Een tweedehands auto wordt verkocht voor *f* 18 000. Achterafbemerkt de koper dat hij met betrekking tot het aantal met de auto gereden kilometers heeft ge-

14. Zie de in Verbintenissenrecht (Hesselink), art. 230, aant. 8.2 genoemde auteurs.

15. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (Brok/Huberts). Vergelijk hierna.

16. Laatste HR 9 juni 1995, NJ 1995, 534 (Visser/Ridderkerk).

dwaald. Dat is niet de 90 000 km. die de teller aangeeft, maar een slordige 180 000 km. Kan nu de verkoper er zich op beroepen dat de koper geen nadeel heeft geleden — zodat prijsverlaging ex art. 6:230 niet aan de orde is — omdat de overeengekomen prijs volgens de bekende koerslijst van de ANWB ook bij een kilometerstand van 180 000 ruim beneden de marktwaarde van de auto ligt? Ik zou denken van niet. Kennelijk waren er destijds behalve de veronderstelde marktwaarde nog andere factoren die de koopprijs beïnvloedden. Die factoren kunnen min of meer objectief van aard zijn (de staat van de auto), maar ook geheel subjectief. Het valt niet in te zien waarom deze andere factoren geen rol zouden hebben gespeeld, wanneer de koper de juiste kilometerstand zou hebben gekend. Een cijfermatige benadering van het contractsevenwicht dat alsdan het resultaat van de onderhandelingen zou zijn geweest, wordt bereikt door de overeengekomen koopprijs te delen door de koerswaarde bij 90 000 km. en het aldus verkregen breukdeel te vermenigvuldigen met de koerswaarde bij 180 000 km. De omstandigheid dat de overeengekomen koopprijs naar objectieve maatstaven laag was, leidt er dus niet toe dat voor prijsvermindering geen plaats is; wel behoort ook het bedrag van de prijsvermindering verhoudingsgewijs laag te zijn (zoals zij verhoudingsgewijs hoog zou moeten zijn, bij een objectief hoge koopprijs).

CONTRACTSEVENWICHT EN ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN

Verstoring van het evenwicht als onvoorziene omstandigheid

Onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW kunnen zich in diverse vormen voordoen. De toelichting van het driemanschap op art. 6.5.3.11 Ontwerp-Meijers noemt drie categorieën van gevallen: een ernstige verstoring in de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties bij wederkerige overeenkomsten, de overeenkomst heeft haar zin verloren doordat het doel dat partijen ermee hadden, bereikt is of onbereikbaar is geworden en het aan overmacht grenzende geval dat nakoming van een verbintenis uit overeenkomst uitermate bezwaarlijk is geworden.¹⁷ Met het oog op het onderwerp van deze bijdrage, is de eerste categorie ongetwijfeld de meest belangwekkende: ‘een ernstige verstoring in de waardeverhouding’.

Een verstoring van het contractsevenwicht kan allerlei oorzaken hebben, zoals geldontwaarding, de inwerkingtreding van bepaalde

17. Parl. Gesch. Boek 6, p. 969.

nieuwe wetgeving, enzovoort. Doorgaans zullen wijzigingen in de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties geen aanleiding kunnen geven tot toepassing van art. 258, omdat dergelijke omstandigheden — veelal stilzwijgend — in de overeenkomst verdisconteerd zijn. Contracteren doet men nu eenmaal in een veranderende wereld. Partijen weten dat en mogen elkaars verklaringen in dat licht begrijpen. In iedere overeenkomst is derhalve verdisconteerd dat de omstandigheden zullen wijzigen. Wie meent dat het risico dat de omstandigheden hem ten nadele zullen wijzigen, niet opweegt tegen de kansen die de te sluiten overeenkomst hem zal bieden, moet niet contracteren. Slechts een verstoring in de waardeverhouding die werkelijk (uitzonderlijk) ernstig is, zal daarom ‘onvoorzien’ kunnen heten.

Van diverse zijden is gepoogd een criterium te formuleren, dat op bruikbare wijze kan onderscheiden tussen ‘gewone’ en voldoende ernstige verstoringen in de waardeverhouding.¹⁸ De laatste jaren gaat de aandacht vooral uit naar een kwantitatieve maatstaf. Volgens het officiële commentaar op de Unidroit Principles zou de grens liggen bij een stijging in de kosten voor de schuldenaar van 50% of meer, respectievelijk een daling in de waarde van de tegenprestatie met eenzelfde percentage.¹⁹ Een dergelijke maatstaf is ook voor het Duitse recht verdedigd.²⁰ Met enige voorzichtigheid heeft onlangs Abas het 50%-criterium ook voor het Nederlandse recht verdedigd. Abas ziet in het criterium niet meer dan een uitgangs- of gezichtspunt, dat met de nodige voorzichtigheid moet worden geformuleerd.²¹

Ik voel er weinig voor.²² Het 50%-criterium — of het nu met meer of minder voorzichtigheid wordt gehanteerd — suggereert een exactheid die de rechter slechts kan misleiden. Bij de toepassing van art. 6:258 is de aard van de overeenkomst van doorslaggevend belang, zoals ook blijkt uit lid 2 van die bepaling. Bij de koop van aandelen behoort de grens geheel anders te worden getrokken dan bij de koop van de veel meer waarde vaste obligaties. Bij het aangaan van de

18. Vergelijk Verbintenissenrecht (Valk), art. 258, aant. 34.

19. Comment 2 bij art. 6.2.2.

20. Zie het hierna bedoelde artikel van Abas.

21. P. Abas, Enige gedachten over de gedeeltelijke ontbinding (aanpassing) in de zin van art. 6:258 BW, WPNR 6307 (1998), p. 211 e.v.

22. Kritisch is ook Jac. Hijma, *Imprévision*, BWKJ 11 (1995), p. 62.

overeenkomst zullen partijen in het eerste geval immers veel grotere variaties binnen het contractsevenwicht hebben voorzien, dan in het laatste.²³ En de koop van bouwgrond door een projectontwikkelaar die daartoe door de gemeente is benaderd in verband met de wens om een nieuwbouwwijk van een winkelcentrum te voorzien, is van geheel andere orde dan de koop door een speculant van in de nabijheid van de bebouwde kom gelegen grond met een vooralsnog agrarische bestemming. Kortom, waar de maatlat met 50% voor de ene overeenkomst veel te hoog komt te liggen, ligt zij voor de andere weer veel te laag. Wie per se een kwantitatieve maatstaf wenst, zal eerst een deugdelijke typologie van (koop)overeenkomsten moeten ontwikkelen — of dat mogelijk is, betwijfel ik — om vervolgens voor elk type een percentage vast te stellen.

De vraag of zich een voldoende ernstige verstoring van de waardeverhouding voordoet, laat zich naar mijn smaak slechts van geval tot geval beantwoorden. Eén aanwijzing wil ik echter niet achterwege laten. Ook binnen het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden moet het contractsevenwicht subjectief worden opgevat. In dat opzicht is het begrip ‘waardeverhouding’ minder gelukkig. Het suggereert een beoordeling van de evenwichtigheid van de wederzijdse prestaties louter aan de hand van de objectieve waarde ervan. Uiteraard is de marktwaarde van belang. De vergelijking behoort echter niet plaats te vinden tussen — in het geval van koop — de actuele marktwaarde van de koopwaar en de overeengekomen prijs, maar tussen de marktwaarde van de koopwaar ten tijde van het aangaan van de overeenkomst en die marktwaarde nu.

Het contractsevenwichten de inhoud van de constitutieve beslissing
Wanneer een verstoring van het contractsevenwicht zodanig ernstig is dat zij tot toepassing van art. 6:258 moet leiden, wat is dan de maatstaf die bepalend behoort te zijn voor de constitutieve beslissing van de rechter? Art. 6:258 laat die vraag onbeantwoord.²⁴ Uit de wet volgt slechts welke mogelijkheden de rechter heeft: wijziging in verschillende zin, algehele ontbinding, verschillende vormen van

23. Voor het verband tussen wat partijen ten tijde van de overeenkomst konden voorzien en het criterium van ‘onvoorziene omstandigheden’ zoals dat door de wetgever is bedoeld, zie mijn bijdrage in *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer 1998, nr. 288.

24. Dat geldt ook voor de *Unidroit Principles*, zie art. 6.2.3.

gedeeltelijke ontbinding en dat alles eventueel onder bepaalde voorwaarden (art. 6:260 BW). De Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer geeft ons wel een aanwijzing: de rechter zal met zijn beslissing zoveel mogelijk moeten aansluiten bij hetgeen partijen reeds aan rechtsgevolgen hebben geregeld of in de overeenkomst opgesloten lag.²⁵

Waartoe leidt die aanwijzing ons? In de eerste plaats is algehele ontbinding zonder meer, geen passende beslissing in gevallen van verstoring van het contractsevenwicht. Zo 'n beslissing zou er immers toe leiden dat nu de andere partij geheel het nadeel van de verstoring van het contractsevenwicht zou krijgen te dragen.²⁶ Ontbinding leidt immers tot bevrijding van de wederzijdse verbintenissen, met ongedaanmaking van hetgeen reeds op grond van de overeenkomst is gepresteerd. En zoals er geen evenwicht meer bestaat tussen de wederzijdse verbintenissen, bestaat er ook geen evenwicht tussen de wederzijdse bevrijding van die verbintenissen. In het geval van verstoring van het contractsevenwicht behoort de beslissing van de rechter ertoe te leiden dat het nadeel dat van die verstoring het gevolg is, door beide partijen wordt gedragen. Dat kan zowel met wijziging van de gevolgen van de overeenkomst als met een gedeeltelijke ontbinding worden bereikt. Eventueel is ook een algehele ontbinding denkbaar, mits onder de voorwaarde dat de partij die daardoor onevenredig zou worden bevoordeeld, aan de wederpartij een vergoeding betaalt.

Dat de rechter moet aansluiten bij de rechtsgevolgen waarin de overeenkomst wel voorziet, betekent ook dat het risico van het intreden van de onvoorziene omstandigheden in gevallen van een verstoring van het contractsevenwicht niet door beide partijen gelijkelijk behoort te worden gedragen. Wanneer het zo is — volgens hetgeen (stilzwijgend) in de overeenkomst was verdisconteerd — dat bijvoorbeeld een verstoring in het contractsevenwicht tot 35% geheel voor rekening van een van partijen zou zijn gekomen, valt niet in te

25. Parl. Gesch. Boek 6, p. 974.

26. Hierin is een wezenlijk verschil gelegen tussen wijziging op grond van art. 6:230 en toepassing van art. 6:258. Het is weinig gelukkig dat beide regelingen in HR 18 november 1997, RvdW 1997, 241 (Luycks/Kroonenberg) in één adem worden genoemd, als ware het van weinig belang welke van beide van toepassing is. Vergelijk ook de kritische opmerkingen bij het arrest van P. Abas, WPNR 6308 (1998), p. 221 e.v.

zien waarom bij een ernstige verstoring de wederpartij meer zou moeten bijdragen dan *voorzover* de verstoring de 35% te boven gaat. En waarom die bijdrage groter zou moeten zijn dan die van de andere partij, valt evenmin in te zien.²⁷ Kortom, ik zou in het gegeven voorbeeld de verstoring van het contractsevenwicht slechts voor rekening van de wederpartij willen brengen voor de helft van het deel dat de 35% te boven gaat.²⁸

CONTRACTSEVENWICHT EN TEKORTKOMING

Contractsevenwichten wanprestatie

Het contractsevenwicht zoals dat besloten ligt in de koopovereenkomst gaat in de uitvoeringsfase over op de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen. In de nakoming van de wederzijdse verbintenissen krijgt het contractsevenwicht gestalte zoals dat partijen bij het aangaan van de koopovereenkomst voor ogen stond.

Schiet een van partijen tekort, dan zal men veelal met een surrogaat genoeg moeten nemen, zoals schadevergoeding of prijsvermindering. Ook dan mag de rechter de verhouding tussen de overeengekomen wederzijdse prestaties niet beoordelen, ook dan moet hij het subjectieve contractsevenwicht respecteren. Hij kan een vordering tot schadevergoeding dus niet afwijzen op de grond dat eiser reeds voldoende aan de koopovereenkomst heeft verdiend. Ook matiging op die grond lijkt mij uitgesloten. En bij prijsvermindering — naar Nederlands recht niet afzonderlijk in de wet geregeld, maar niettemin mogelijk in de vorm van gedeeltelijke ontbinding²⁹ — behoort men het bedrag van de vermindering te relateren aan de overeengekomen koopprijs en niet aan de objectieve waarde van de overeengekomen prestatie. Wie tien gelijke gouden ringen koopt voor f 10 000, maar er slechts negen ontvangt, kan aanspraak maken op vermindering van de prijs met f 1 000, ook al is de marktwaarde van de ring niet meer dan f 850, zodat de koper in staat moet worden geacht zich voor dat bedrag elders alsnog eenzelfde ring te verwerven (in dit geval is

27. Daarbij ga ik ervan uit dat de onvoorziene omstandigheden geheel zonder toedoen van partijen zijn ingetreden.

28. In vergelijkbare zin: M.G. Levenbach, Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden, diss. UvA, Amsterdam 1923, p. 291; J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht, Deel 1, Deventer 1997, p. 606 e.v.

29. Asser-Schut-Hijma (1994), nr. 528 e.v.; een afzonderlijke regeling voor prijsvermindering vindt men wel in art. 4.401 PECL.

prijsvermindering voor de koper derhalve voordeliger dan schadevergoeding).

Contractsevenwichten overmacht

De zojuist besproken prijsvermindering is ook in geval van overmacht mogelijk (overmacht staat aan ontbinding immers niet in de weg); maar wat betreft een vordering tot schadevergoeding ligt dat geheel anders. Ik beperk mij in dit verband tot de vorm van een ten achter blijven bij de contractuele verbintenis, die ongetwijfeld tot de meeste vragen aanleiding geeft, namelijk de non-conformiteit. De verkoper beroept zich er dan op dat hij het gebrek niet heeft gekend en redelijkerwijs ook niet heeft behoeven te vermoeden.

Een dergelijk overmachtsberoep genoot in de rechtspraak tot nu toe nauwelijks enige populariteit. Men leek er — doorgaans stilzwijgend — van uit te gaan dat de verplichting van art. 7:17 BW een ‘wettelijke garantie’ inhoudt, in welke opvatting een beroep op overmacht steeds zonder gevolg moet blijven. Nu de opvatting van de wettelijke garantie onlangs door de Hoge Raad is verworpen,³⁰ kan het niet anders dan dat de betekenis van het overmachtsleerstuk in gevallen van non-conformiteit alsnog door de rechtspraak zal worden ontdekt.

Wat bekent overmacht voor het contractsevenwicht? Die vraag is niet zozeer aan de orde in het door de Hoge Raad besliste geval, waarin het overmachtsberoep in stelling werd gebracht tegen een vordering tot vergoeding van de ‘herstelkosten’ (in het gegeven geval bedroegen die kosten een veelvoud van de koopprijs). Wat echter wanneer de koper naast of in plaats van de door hem in verband met de non-conformiteit gemaakte kosten het verschil in waarde als schade opvoert?

Zoals reeds gememoreerd is in gevallen van overmacht prijsvermindering gewoon mogelijk. Anders dan in het geval van een proportionele vermindering van de koopprijs (het geval van de tien ringen) is het niet eenvoudig te zeggen hoe het bedrag van de vermindering zou moeten worden berekend. Zonder aanwijzingen voor het tegendeel zal men noodgedwongen van het objectieve waardeverschil uit moeten gaan. Prijsvermindering benadert zo schadevergoeding.

30. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (Brok/Huberts), door mij besproken in NbBW 1998, p. 72 e.v.

Overmacht staat ook niet in de weg aan een beroep op dwaling. In vrijwel alle gevallen van non-conformiteit zal vernietiging ex art. 6:228 BW mogelijk zijn (voor zover geen onjuiste mededeling of verzwijging aan de orde is, zal sprake zijn van wederzijdse dwaling), hoe onwetend de verkoper ook was. Dat is ook niet onredelijk, want de zaak was reeds met het gebrek behept in de periode dat zij nog voor risico van de verkoper was. Door de koopovereenkomst te vernietigen kan de koper het gebrek alsnog voor rekening van de verkoper brengen. De koper krijgt immers de volledige koopprijs terug, terwijl daartegenover de verkoper de zaak met het eraan verbonden gebrek retour ontvangt. De koper die inmiddels aan de zaak gehecht is, of om andere redenen er niet voor voelt om de overeenkomst ongedaan te maken, kan op grond van art. 6:230 BW de rechter verzoeken de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van zijn nadeel te wijzigen. Ook zo kan de koper het waardeverschil dus ten laste van de verkoper brengen.

Moet de koper die het waardeverschil niet vordert bij wijze van prijsvermindering of met een beroep op art. 6:230, maar als schadevergoeding wegens non-conformiteit, het hebben van art. 48 Rv (ambtshalve aanvullen van rechtsgronden) — gesteld dat die bepaling de rechter voldoende ruimte biedt om de koper behulpzaam te zijn, hetgeen zeker niet steeds het geval zal zijn — of leidt een vordering tot schadevergoeding zonder omwegen toch tot hetzelfde resultaat? Mij dunkt dat art. 6:78 BW ons hier de weg wijst. Volgens deze bepaling is de schuldenaar ook in het geval van overmacht schadevergoeding verschuldigd, indien en voor zover hij in verband met de tekortkoming ‘een voordeel geniet dat hij bij behoorlijke nakoming niet zou hebben gehad’, een en ander met toepassing van de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Wanneer de verkoper behoorlijk was nagekomen, zou hij niet het voordeel hebben genoten dat de hogere koopprijs hem biedt; hij zou het gebrek immers hebben moeten herstellen (met de daaraan verbonden kosten). Daaruit volgt dat hij dit voordeel aan de koper dient af te staan (die immers voor het bedrag van het prijsverschil is verarmd). Aldus wordt voorkomen dat de diverse aan de koper ten dienste staande rechtsmiddelen op willekeurige wijze tot verschillende uitkomsten leiden.

SLOT

Met de verwerping van de leer van de rechtvaardige prijs is de rol van het contractsevenwicht — nu in subjectieve zin op te vatten — niet uitgespeeld, dat heeft de rondgang langs de deelterreinen van de wilsgebreken, de onvoorziene omstandigheden en de tekortkoming ons wel geleerd. Dat de in vrijheid overeengekomen koopprijs wordt gerespecteerd, betekent niet alleen (negatief) dat een koopovereenkomst niet ongeldig is op grond van de prijsstelling alleen, maar ook (positief) dat bij de toepassing van allerlei op de koopovereenkomst toepasselijke regels met die prijsstelling terdege rekening wordt gehouden.