

Wijziging van duurovereenkomsten: pacta sunt servanda of favor contractus?

Iris Houben

Overeenkomsten kunnen in beginsel niet tussentijds worden gewijzigd indien partijen daar zelf geen voorziening voor treffen. Uitgangspunt is immers dat contracten moeten worden nagekomen. Voor een contractspartij die een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft gesloten, kan dit uitgangspunt problemen opleveren indien zij een aanpassing van het contract wenselijk acht.

Wijziging is wel mogelijk in geval van onvoorziene omstandigheden, onder de voorwaarden zoals omschreven in art. 6:258 BW. Deze bepaling wordt evenwel, in lijn met het zojuist omschreven uitgangspunt, terughoudend toegepast.¹ Andere wijzigingsbepalingen in het algemeen deel van het BW zijn de mogelijkheid tot wijziging van een overeenkomst bij dwaling of misbruik van omstandigheden, of gedeeltelijke ontbinding.² Toepassing van laatstgenoemde bepalingen kan weliswaar leiden tot een aanpassing van het contract, maar de bepalingen zijn niet onafhankelijk van het gedrag van de wederpartij in te zetten. Het zijn remedies: er is iets 'mis' gegaan, doorgaans door handelen of nalaten van de wederpartij, bij de contractsluiting (een wilsgebrek) of tijdens de uitvoering van het contract (de wederpartij schiet tekort in de nakoming waardoor kan worden ontbonden). Dat zijn evenwel niet de situaties die ik in deze bijdrage wil bespreken. Ik richt mij op wat ik aanduid als 'ondernemersbeslissingen' in B2B-overeenkomsten. Denk aan de leverancier die zijn assortiment wenst te wijzigen vanwege een veranderende vraag in de markt, de franchisegever die de franchiseformule wil moderniseren, of de aanbieder van ICT-diensten die een verouderd computersysteem niet langer wil ondersteunen. Het gaat om de normale evolutie van een contractuele duurverhouding en juist niet om een tekortkoming van de wederpartij of exceptionele omstandigheden als een coronacrisis.

Voor een aanpassing van het contract in dergelijke situaties bestaat geen specifieke wettelijke voorziening in het algemeen deel van het vermogensrecht. Het is primair aan partijen zelf om in een eventuele wijzigingsbehoefte te voorzien. Dat kan bijvoorbeeld door een wijzigingsbeding in het contract op te nemen of door tussentijds te onderhandelen over aanpassing van het contract. Redelijkheid en billijkheid spelen hierbij een rol: zo kan in bepaalde omstandigheden worden

¹ En bij een overeenkomst tussen professionele contractspartijen wellicht des te terughoudender: D.J. Beenders & P.W. den Hollander, 'Tussentijdse beëindiging van duurovereenkomsten voor bepaalde tijd', *VrA* 2010/7, afl. 1, p. 80-81; H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten', *NTBR* 2008/21, afl. 4.

² Art. 6:230, 3:54 en 6:270 BW.

geoordeeld dat een contractspartij een redelijk wijzigingsvoorstel van de andere partij niet zonder meer mag afslaan. De vraag is wanneer dit het geval is. Kunnen gezichtspunten worden geformuleerd aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een wijzigingsvoorstel van de contractspartner naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te worden aanvaard, ook in die gevallen waarin geen sprake is van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW?³

Ik beantwoord deze vraag tegen de achtergrond van het feit dat indien een voorstel tot wijziging van een overeenkomst voor onbepaalde tijd wordt afgewezen, de volgende stap allicht de opzegging van die overeenkomst is. Naar mijn mening is contractsaanpassing in bepaalde gevallen te prefereren boven de verder strekkende optie om het contract te beëindigen. Dat vergt een afweging tussen twee beginselen van het contractenrecht. Enerzijds dienen overeenkomsten ongewijzigd te worden nagekomen: *pacta sunt servanda*. Anderzijds wordt ook het belang om contracten zoveel mogelijk in stand te laten erkend: *favor contractus*.⁴ Dat belang wordt gediend indien de overeenkomst wel kan worden gewijzigd.

Wijzigingsbehoefte

De behoefte om een overeenkomst voor onbepaalde tijd te wijzigen, komt in de eerste plaats voort uit het duurkarakter van de overeenkomst. Omstandigheden kunnen tijdens de looptijd van de overeenkomst veranderen. Bovendien worden duurovereenkomsten niet louter gekenmerkt door tijdsduur, maar vooral door het feit dat de prestaties doorlopend of periodiek worden verricht. Er ontstaat derhalve een relatie tussen de contractspartijen, die ‘evolutionair’ van aard kan zijn, dat wil zeggen dat zij zich ontwikkelt en aanpassing behoeft gedurende de looptijd.⁵

- 3 Het gaat mij hier om casusposities die materieel gezien niet voldoen aan de toepassingsvereisten van art. 6:258 BW, ook indien mogelijk gekozen zou kunnen worden voor art. 6:248 BW als grondslag. Zie over de verhouding tussen art. 6:258 en 6:248 BW Asser/Sieburgh 6-III 2018/456; J. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis in het licht van de algemene werking van redelijkheid en billijkheid* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989, p. 15-18; L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 148-156. Zie HR 25 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3069, NJ 1999/602 (*Vereniging voor de Effectenhandel/CSM*) over de opzeggingsbevoegdheid in gevallen waarin ook een beroep op art. 6:258 BW mogelijk is.
- 4 Vgl. *Kamerstukken II* 1975/76 7729, nr. 6-7, p. 211-212 (MvA.); M. Hesselink, ‘Het wijzigingsvoorstel’, in: M.E. Franke e.a. (red), *Europees contractenrecht*, (BW-krant Jaarboek nr. 11), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 41. Vgl. de gedachte dat een nulliteit niet verder dient in te grijpen dan nodig: J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, onder meer op p. 74-80, 178 en 401-402; Asser/Hijma 7-I 2019/328, 360.
- 5 Unidroit ‘Working group on Long-Term Contracts’, paper Study L- Doc. 126, 2014 en paper Unidroit 2015 Study L – Misc. 31; Ian MacNeil, ‘Relational contract theory: challenges and queries’, *Northwestern University Law Review* 2000, vol. 93, nr. 3; R.A. Momberg Uribe, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts* (diss. Utrecht), Cambridge: Intersentia 2011, p. 7-9, 220-249.

Een onderneming kan vanwege bedrijfseconomische redenen een koerswijziging wenselijk achten. Prijzen fluctueren, de vraag naar bepaalde producten en diensten neemt toe en af, waardoor bijvoorbeeld het assortiment moet worden aangepast. Daarnaast kunnen wetten of andere regelingen veranderen, hetgeen noopt tot aanpassing van bedrijfsvoering. Kortom: de normale ondernemersbeslissingen die genomen dienen te worden om een bedrijf succesvol te laten zijn, kunnen leiden tot de behoefte om wijzigingen in de overeenkomst door te voeren.

Wijzigingsbeding

Eén van de manieren om aan de wijzigingsbehoefte te voldoen, is het opnemen van een wijzigingsbeding. Een heronderhandelingsclausule, die partijen verplicht bij gewijzigde omstandigheden te onderhandelen over aanpassing van het contract, is daar een voorbeeld van. Het kan ook gaan om een wijzigingsbeding dat inhoudt dat één der partijen de bevoegdheid toekomt de overeenkomst eenzijdig te wijzigen. In duurovereenkomsten komen dergelijke unilaterale wijzigingsbedingen geregeld voor: prijswijzigingsbedingen zijn hiervan een bekend voorbeeld.⁶

Het opnemen van een wijzigingsbeding in de overeenkomst betekent echter niet dat daarmee steeds in de behoefte aan tussentijdse aanpassing is voorzien. Het wijzigingsbeding dekt bijvoorbeeld onvoldoende de omstandigheden waarin wijziging nodig is. Die omstandigheden zijn op het moment van het stipuleren van het beding niet juist ingeschat of niet helder geformuleerd. Het gedrag van contractspartijen kan bovendien in de loop van de tijd gaan afwijken van de gemaakte afspraken; geregeld zijn daar ook goede redenen voor.⁷ Ook is mogelijk dat op een wijzigingsbeding geen beroep kan worden gedaan, omdat dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW).⁸

6 A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 27-28; R.P.J.L. Tjittes, 'De eenzijdige wijziging van een contract', in: D. Buijs (red.), *Mok-aria; opstellen aangeboden aan prof. mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70-ste verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 366, beide met nadere verwijzingen.

7 Aldus ook de Unidroit 'Working group on Long-Term Contracts', paper Study L- Doc. 126, 2014 en paper Unidroit 2015 Study L – Misc. 31.

8 Indien het beding in algemene voorwaarden is opgenomen, kan het eventueel ook aan art. 6:233 sub a BW worden getoetst, maar in B2B-duurovereenkomsten zijn wijzigingsbedingen niet bij voorbaat 'verdacht' in het kader van de inhoudstoetsing. Dit ligt anders bij sommige eenzijdige wijzigingsbedingen in algemene voorwaarden die in overeenkomsten met *consumenten* zijn opgenomen, zie art. 6:237 sub b en c BW (wezenlijke wijziging toegezegde prestatie), art. 6:236 sub i BW (prijswijzigingsbeding). Vgl. ook bijlage sub I van Richtlijn (EEG) 93/13 van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEU* 1993, L 095). Vgl. tevens HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371 (81 RO), r.o. 4.14 over een wijzigingsbeding in erfpachtvoorwaarden en HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, *NJB* 2019/2626 over een wijzigingsbeding betreffende hypotheekrente. Ik laat inhoudstoetsing ex art. 6:233 sub a BW hier verder rusten.

De conclusie luidt dus dat indien er geen contractuele voorziening is getroffen, maar soms ook indien partijen wel een wijzigingsbeding hebben opgenomen, er behoefte kan ontstaan aan een nadere regeling van wijziging van de overeenkomst. Partijen zijn dan primair afhankelijk van de uitkomst van tussentijdse ad hoc onderhandelingen over de aanpassing van het contract.

Aanpassing versus opzegging

Indien het partijen niet lukt om een contract op bevredigende wijze aan te passen, kan de volgende stap een beëindiging van het contract zijn. De bevoegdheid om de overeenkomst op te zeggen kan dienen als stok achter de deur in onderhandelingen over de wijziging en er aldus toe leiden dat er alsnog overeenstemming wordt bereikt. Het is evenwel ook mogelijk dat partijen elkaar niet kunnen vinden in een voor beide partijen acceptabele wijziging en dat één van de partijen besluit om de overeenkomst dan maar op te zeggen.

Het beëindigen van de duurovereenkomst vanwege gewijzigde omstandigheden is evenwel niet altijd de gewenste optie. Het beëindigen van een relatie die langere tijd heeft geduurd en waarmee investeringen zijn gemoeid in tijd, geld en inspanning hoeft niet in het belang van partijen te zijn en evenmin in het economisch belang in meer algemene zin. Aanpassing van de overeenkomst kan dan te prefereren zijn boven beëindiging.⁹

In de literatuur is eerder bepleit dat wijziging van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd in beginsel mogelijk dient te zijn.¹⁰ Ik sluit mij aan bij dit pleidooi. Opzegging is mogelijk een te zwaar middel voor het beoogde doel. Het zou daarom wenselijk zijn als partijen zich minder snel genoodzaakt zouden voelen om hun relatie te beëindigen, indien zij niet direct tot overeenstemming kunnen komen over een aanpassing.

Hierbij past de kanttekening dat wijziging niet in alle opzichten minder verstrekkend is dan opzegging. Wijziging heeft namelijk meer facetten dan opzegging. Opzegging is in essentie digitaal; de overeenkomst eindigt en partijen zijn van elkaar bevrijd. Wijziging kent eindeloos veel varianten en draagt het risico in zich dat een partij gebonden raakt aan niet door hem gewilde contractsinhoud. Om dat risico te verkleinen, dienen de belangen van beide partijen te worden afgewogen. Hoe die belangenafweging vorm dient te krijgen, is de vraag. Hiervoor zagen wij immers al dat het algemeen vermogensrecht weinig handvatten biedt om tot aanpassing te komen. Bij enkele benoemde overeenkomsten in boek 7 BW bestaat

⁹ Unidroit 'Working group on Long-Term Contracts', paper Study L- Doc. 126, 2014, p. 8.

¹⁰ A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 58-59; R.P.J.L. Tjittes, 'Spoediger wijziging van commerciële duurcontracten', *Contracten* 2012/3.3, p. 95-98; R.P.J.L. Tjittes, 'De eenzijdige wijziging van een contract', in: D. Buijs (red.), *Mok-aria; opstellen aangeboden aan prof. mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70-ste verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 359-372.

echter wel een regeling met betrekking tot de wijziging van de betreffende overeenkomst. Daaruit valt wellicht inspiratie te putten voor een oplossing voor die overeenkomsten waarvoor een specifieke wettelijke regeling van de wijziging van het contract ontbreekt.

Wijzigingsmogelijkheden volgens de wettelijke regeling van verschillende benoemde overeenkomsten

De wetgeving inzake benoemde overeenkomsten in boek 7 BW kent enkele bepalingen waarin wijziging van de overeenkomst aan de orde komt. Wat zijn de voorwaarden waaronder een wijziging van de overeenkomst in die wetgeving zoal wordt toegelaten? Een uitputtende analyse is niet beoogd; het gaat om een verkenning van de mogelijke voorwaarden die aan wijziging van andere duur-overeenkomsten zouden kunnen worden gesteld. Ik onderscheid grofweg drie typen voorwaarden die aan wijziging van de bekeken overeenkomsten worden gesteld.

1) Reden voor de wijziging afgewogen tegen gevolg voor contractspartner

In de eerste plaats wordt als voorwaarde voor een wijzigingsbevoegdheid wel gesteld dat een reden met een zeker gewicht voor de wijziging bestaat en dat die reden wordt afgewogen tegen de gevolgen van de wijziging voor de andere partij. Zo bepaalt art. 7:505 BW dat de reisorganisator een beding in de overeenkomst mag opnemen, inhoudend dat hij de reisovereenkomst mag wijzigen, wegens gewichtige, de reiziger onverwijd medegedeelde, omstandigheden. Indien het gaat om een wezenlijk punt, mag de reiziger de wijziging afwijzen. Betreft het niet wezenlijke punten, dan mag de reiziger de wijziging slechts afwijzen indien zij hem tot nadeel van meer dan geringe betekenis strekt.

Ook waar het wijziging van de arbeidsovereenkomst betreft, is de reden voor de wijziging een belangrijk criterium om de geoorlooftheid van de wijziging te beoordelen. Artikel 7:613 BW bepaalt dat de werkgever slechts een beroep kan doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.¹¹ Is er geen wijzigingsbeding in de overeenkomst opgenomen, of ziet het beding niet op de beoogde wijziging, dan is wijziging eventueel mogelijk op grond van goed werknemerschap, verankerd in artikel 7:611 BW. In de jurisprudentie hierover is de volgende lijn ontwikkeld.¹² De werknemer behoort in

¹¹ Zie nader Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/67-72; HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1869, *NJB* 2019/2698.

¹² Zie met name HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688, *NJ* 1998/767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*); HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, *NJ* 2011/185 (*Stoof/Mammoet*).

het algemeen positief in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever, die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk. Daarbij zal in de eerste plaats dienen te worden onderzocht of de gewijzigde omstandigheden van dien aard zijn dat een goed werkgever daarin aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een wijzigingsvoorstel. Vervolgens dient beoordeeld te worden of het wijzigingsvoorstel zelf redelijk is. Tot slot dient te worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden.¹³

In het wetsvoorstel Wet franchise wordt eveneens een afweging gemaakt tussen de wijzigingsbehoefte van de ene partij, de franchisegever, en de gevolgen van de beoogde wijziging voor de andere partij, de franchisenemer. Dit heeft geresulteerd in een geclausuleerd instemmingsrecht van de franchisenemer(s). Indien de franchisenemer van de voorgenomen wijzigingen de – in de wet nader omschreven – financiële gevolgen ondervindt, heeft de franchisegever de voorafgaande instemming nodig van ofwel een meerderheid van de franchisenemers, ofwel van elk van de franchisenemers die door dit voorstel in bovengenoemde financiële zin geraakt wordt.¹⁴

2) Opzegging mogelijk

Een tweede voorwaarde die in bepaalde gevallen aan een wijzigingsbevoegdheid gesteld wordt, is dat de wederpartij als reactie op het wijzigingsvoorstel de overeenkomst mag opzeggen. Zo bepaalt art. 7:940 lid 4 BW dat de verzekeringnemer gerechtigd is de overeenkomst op te zeggen, indien de verzekeraar de voorwaarden van de overeenkomst ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde wijzigt. En op grond van art. 7:517 lid 2 sub b BW heeft de gebruiker van een betaaldienst het recht de overeenkomst onmiddellijk kosteloos te beëindigen voor de datum waarop voorgestelde wijzigingen van toepassing worden. Dit mechanisme, dat wijziging van de overeenkomst is toegestaan, mits de wederpartij in dat geval het recht heeft de overeenkomst op te zeggen, is bijvoorbeeld ook herkenbaar in de publiekrechtelijke regelgeving betreffende de energieleveringsovereenkomst en de overeenkomst inzake telecommunicatiediensten.¹⁵

3) Publiekrechtelijk toezicht

In de derde plaats vindt in bepaalde gevallen publiekrechtelijk toezicht op het gebruik van wijzigingsbedingen plaats. Zo komt in algemene voorwaarden bij verzekeringsovereenkomsten geregeld een wijzigingsbeding voor dat de verzeke-

¹³ Zie *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/71-72, waar nadere ontwikkelingen en nuanceringen, alsmede kritiek op de ‘Taxi Hofman-leer’ zijn uitgewerkt.

¹⁴ Zie voor de precieze uitwerking van de regeling nader *Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van regels omtrent de franchiseovereenkomst (Wet franchise)*, *Kamerstukken II* 2019/20, 35 392, nr. 3, p. 46-49.

¹⁵ *Asser/Houben* 7-X 2019/228 en 274-277 met nadere verwijzingen.

raar de mogelijkheid biedt om de premie en de voorwaarden van een bepaald type verzekering ‘en bloc’ eenzijdig te wijzigen. Dit wordt dan ook de ‘en bloc’ clausule genoemd; een andere benaming is herzieningsclausule. Een dergelijke herzieningsclausule dient aan bepaalde voorwaarden te voldoen.¹⁶ De AFM houdt toezicht op toepassing van deze clausules door verzekeraars. Deze controle door een toezichthouder op het doorvoeren van eenzijdige wijzigingen, komt ook in sectorspecifieke publiekrechtelijke regelgeving voor; ACM houdt bijvoorbeeld toezicht op wijziging van overeenkomsten met betrekking tot telecommunicatiediensten.¹⁷

Ook in het huurrecht worden (prijz)wijzigingen ten dele publiekrechtelijk gereguleerd. Een wijzigingsbeding, waarbij bijvoorbeeld een jaarlijkse indexering van de huurprijs van woonruimte plaats kan vinden, is geoorloofd, maar de mate van indexering is gebonden aan een door de overheid bepaald maximum.¹⁸

Redelijk voorstel tot wijziging: inspiratie uit de wijzigingsmogelijkheden bij benoemde overeenkomsten

Wat levert bovenstaande verkenning op bij beantwoording van de vraag hoe om te gaan met wijziging van andere typen overeenkomsten?

Publiekrechtelijke regulering en toezicht zijn aan de orde in sommige specifieke sectoren als de huur-, de energie-, en de telecomsector. Voor het gros van de duurovereenkomsten zal een dergelijke sectorspecifieke regulering niet gelden en ook niet wenselijk zijn. Ik laat deze oplossing daarom verder onbesproken.

Een tweede oplossingsrichting is dat de partij die met een voorgenomen wijziging wordt geconfronteerd, de overeenkomst als reactie op dit voornemen mag opzeggen. Dit is een op zichzelf adequate manier om een partij te beschermen tegen opgedrongen wijzigingen. Dit mechanisme werkt echter vooral in een goed functionerende markt waar eenvoudig een nieuw contract met een andere partij kan worden aangegaan en houdt weinig rekening met het relationele aspect van duurovereenkomsten. Het is naar mijn mening dan ook geen toeval dat het model waarbij een wijzigingsvoorstel van de ene partij leidt tot een opzeggingsbevoegdheid van de andere partij, met name gehanteerd wordt bij overeenkomsten waarbij één aanbieder een grote collectiviteit van klanten heeft. Het betreft massale standaardcontracten, waarbij individuele contractaanpassing niet aan de orde is. Ik noem als voorbeelden overeenkomsten inzake telecommunicatiediensten, energielevering en verzekering. Bij commerciële duurovereenkomsten met een rela-

¹⁶ Zie over deze voorwaarden nader Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/241-244.

¹⁷ Beoordelingskader 2010 voor artikel 7.2 Tw, OPTA/ACNB/203604.

¹⁸ Art. 7:246 BW e.v. Zie nader Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/252-267. Bij huur van bedrijfsruimte zijn partijen vrij om de huurprijs te wijzigen; art. 7:303 BW geeft een voorziening om de rechter de huurprijs nader te laten vaststellen, indien deze niet overeenstemt met die van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse. Zie nader Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/681.

tioneel karakter, ligt eerder in de rede om via overleg tot een voor beide partijen acceptabele wijziging te komen.

Het meest vruchtbaar lijkt daarom om aan te haken bij de hierboven ad 1) genoemde categorie, waarbij een afweging plaatsvindt tussen de redenen voor de wijziging en de gevolgen van de wijziging voor de andere partij.

Zo putte Tjittes inspiratie uit bovengenoemde arbeidsrechtelijke jurisprudentie over aanvaarding van een wijzigingsvoorstel op grond van art. 7:611 BW. Hij pleit er voor deze mogelijkheid ruimer te benutten en zo de wijziging van een overeenkomst beter effectueerbaar te maken. Bij commerciële duurovereenkomsten zou derhalve, ook zonder uitdrukkelijk wijzigingsbeding in het contract, dienen te gelden dat bij gewijzigde omstandigheden een redelijk wijzigingsvoorstel door de wederpartij in redelijkheid moet worden aanvaard.¹⁹ Grondslag is de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid.²⁰

Refererend aan de criteria die de Hoge Raad stelt in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie, onderscheidt hij een drietal stappen om te komen tot wijziging van een overeenkomst:

- a) Er dient een goede reden te zijn om wijziging voor te stellen;
- b) het wijzigingsvoorstel als zodanig moet redelijk zijn;
- c) aanvaarding van het voorstel kan in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de wederpartij worden verwacht.²¹

Ik ben een voorstander van een verruiming van de mogelijkheid tot aanpassing van duurovereenkomsten en onderschrijf de analyse van Tjittes dat de arbeidsrechtelijke jurisprudentie een voorbeeld kan zijn voor duurovereenkomsten in het algemeen vermogensrecht. Het bovenstaande stappenplan vormt in beginsel een goed kader om ook bij overeenkomsten tussen ondernemingen een wijzigingsvoorstel te beoordelen, maar zal anders worden ingekleurd. De arbeidsovereenkomst is niet zonder meer te vergelijken met commerciële duurovereenkomsten. Het gaat niet om een overeenkomst tussen twee ondernemers, maar om een overeenkomst waarbij vanouds de werknemer als 'zwakke partij' wordt gezien. Deze werknemer heeft bescherming tegen al te dierste wijzigingsplannen van de werkgever. Anderzijds mag van de werknemer verwacht worden dat hij meewerkt aan een redelijk voorstel tot wijziging van de werkzaamheden. De werknemer staat immers in een gezagsrelatie tot de werkgever en ontvangt loon voor zijn werkzaamheden.

Bij commerciële duurovereenkomsten tussen ondernemers, zoals de franchise- of distributieovereenkomst, bestaat nu juist geen gezagsverhouding. Doorgaans ge-

19 Tjittes, *Contracteren* 2012/3.3, p. 95-98; Tjittes, 'De eenzijdige wijziging van een contract', in: *Mok-aria; opstellen aangeboden aan prof. mr. M.K. Mok ter gelegenheid van zijn 70-ste verjaardag*, 2002, p. 359-372.

20 Rechten en verplichtingen van partijen worden mede bepaald door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheerst. Op grond daarvan moet een partij zijn gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, NJ 2007/565 (*Vodafone/ETC*).

21 Tjittes, *Contracteren* 2012/3.3, p. 98.

nereren beide contractspartijen inkomen uit de voor eigen rekening en risico gedreven onderneming. Bezien vanuit dat perspectief is het problematisch indien een contractspartij gedwongen zou kunnen worden om mee te werken aan een wijziging die het uitgangspunt van eigen ondernemingsvoering ondermijnt. Er kan dus zeker inspiratie geput worden uit de genoemde arbeidsrechtelijke jurisprudentie, maar het gehanteerde stappenplan behoeft aanpassing bij gebruik voor de beoordeling van wijzigingsvoorstellen voor B2B-duurovereenkomsten.

Redelijk voorstel tot wijziging: inspiratie uit de jurisprudentie over opzegging

Om te bepalen in welk geval een concreet wijzigingsvoorstel redelijkerwijze zou dienen te worden aanvaard, kan mijns inziens ook worden aangeknoopt bij de gezichtspunten die bekend zijn uit de jurisprudentie over de *opzegging* van overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Immers, indien één van de partijen vanwege een behoefte tot aanpassing aan veranderende omstandigheden de duurovereenkomst kan opzeggen, dan ligt het in de rede om na te gaan of in een dergelijk geval ook een minder verstrekkende wijzigingsbevoegdheid aangenomen kan worden.²² De grondslag voor zowel opzegging als wijziging van een duurovereenkomst, waarbij wet en overeenkomst niet in de opzegging of wijziging voorzien, is de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid. Dat wil niet zeggen dat de invulling van de redelijkheid en billijkheid bij beoordeling van een beoogde wijziging dezelfde is als bij opzegging. Ik ga daar nu nader op in. Met betrekking tot een overeenkomst voor onbepaalde tijd geldt als uitgangspunt dat zij opzegbaar is. Belangrijk is om vast te stellen dat het omgekeerde uitgangspunt geldt bij wijziging: een overeenkomst voor onbepaalde tijd kan in beginsel niet (eenzijdig) worden gewijzigd. Het ligt in de rede dat aan een uitzondering op het uitgangspunt (wijziging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd) hogere eisen dienen te worden gesteld dan indien in lijn met het uitgangspunt wordt gehandeld (opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd). Dit heeft gevolgen voor de beoordeling van een wijzigingsvoorstel. Zo geldt ten aanzien van *opzegging* van commerciële overeenkomsten voor onbepaalde tijd dat het vereiste van het bestaan van een voldoende zwaarwegende grond alleen in bijzondere omstandigheden zal worden gesteld, daar het uitgangspunt is dat opzegging mogelijk moet zijn en aan de belangen van de opgezegde partij vaak ook tegemoet kan worden gekomen door het hanteren van een langere opzegtermijn of het betalen van een vergoeding.²³ Mijns inziens ligt dit anders bij *wijziging* van commerciële overeenkomsten voor onbepaalde tijd. Vanwege het feit dat wijziging de uitzondering op de regel is, lijkt het bestaan van een zwaarwegende

²² Vgl. reeds A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 58-59.

²³ HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685 (*De Ronde Venen/Stedin*) en HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163, NJ 2013/341 (*Auping/Beverlaap*).

grond mij een minimumvereiste. In de eerdergenoemde arbeidsrechtelijke jurisprudentie wordt 'de aanleiding tot de wijziging' genoemd als gezichtspunt om te bepalen of een wijzigingsvoorstel door de werknemer dient te worden aanvaard. Dat is een vrij neutrale aanduiding, die wat mij betreft bij wijziging van een commerciële overeenkomst aangescherpt zou moeten worden tot de eis van 'een zwaarwegende grond voor de wijziging'.

Bij *opzegging* van een overeenkomst voor onbepaalde tijd dient doorgaans een bepaalde opzegtermijn in acht te worden genomen en ook kan gelden dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade) vergoeding. Bij de beoordeling van de redelijkheid van een *wijzigingsvoorstel* zouden eveneens de termijn voordat de wijziging ingaat en een eventuele vergoeding die wordt aangeboden, bijvoorbeeld in de vorm van gunstige prijzen en overige voorwaarden tijdens de overgangsfase, kunnen worden betrokken.

Bij *opzegging* gelden als gezichtspunten om de lengte van de termijn of de hoogte van een eventuele vergoeding te bepalen onder meer de duur van de overeenkomst en de vraag of er investeringen zijn gedaan die niet meer kunnen worden terugverdiend.²⁴ Een *wijzigingsvoorstel* zou aan de hand van vergelijkbare gezichtspunten kunnen worden beoordeeld. Zo is bij een langere duur van de overeenkomst de wijzigingsbehoefte allicht groter en daarmee het belang voor de partij die de wijziging voorstelt zwaarder wegend. Vanwege de langere relatie tussen partijen ligt meer voor de hand dat de overeenkomst wordt aangepast aan die in de loop der jaren veranderde werkelijkheid. Na een lange samenwerking kan er bovendien eerder een gerechtvaardigde verwachting bestaan dat de overeenkomst wordt gecontinueerd en dat, als daarvoor aanpassing nodig is, de wederpartij ervoor open staat om daaraan medewerking te verlenen.²⁵ Dit aspect betreft niet alleen de duur van de relatie, maar ook de intensiteit van de contractuele samenwerking. In hoeverre de overeenkomst een relationeel karakter bezit is mijns inziens dan ook een factor van belang, waarbij geldt: hoe groter deze mate van relationaliteit, hoe meer het voor de hand ligt om het contract aan te passen. Het gezichtspunt 'de mate waarin er investeringen zijn gedaan', zou vertaald kunnen worden naar de vraag welke investeringen gemoeid zijn met het doorvoeren van de voorgestelde wijziging. Inspiratie kan hier geput worden uit het eerdergenoemde wetsvoorstel Wet franchise. Daarin zijn de relevante financiële gevolgen van een wijzigingsvoorstel bepalend voor het bestaan van een instemmingsrecht van de franchisenemer. Het gaat onder meer om nadere investeringen, het betalen van een opslag of een redelijkerwijs te voorziene omzetsderving als gevolg van de wijziging.

²⁴ HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685 (*De Ronde Venen/Stedin*) en HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163, NJ 2013/341 (*Auping/Beverlaap*).

²⁵ S. Grundmann, F. Cafaggi & G. Vettori, *The organizational contract: from exchange to long-term network cooperation in European contract law* (Markets and the law), Farnham; Burlington: Ashgate Publishing Company 2013, Chapter 1.

Slot

‘In feite is sprake van een glijdende schaal, met aan de ene kant het geval waarin de (relevante) omstandigheden onveranderd zijn en het overeengekomene dus onverminderd geldt, en aan de andere kant de situatie waarin de (relevante) omstandigheden dermate ingrijpend zijn veranderd, dat aan de contractsregel in het geheel geen werking meer zal toekomen. Tussen deze beide polen bevinden zich de vele grijsstinten die tot een wijziging ex artikel 6.5.3.11²⁶ kunnen leiden. In die tussengevallen geldt de contractuele afspraak nog wel, maar geldt zij *minder ‘hard’*, *minder onomstotelijk* dan wanneer de onvoorziene omstandigheden zouden zijn uitgebleven.’²⁷

Aldus, met kenmerkende helderheid én nuance, Jaap Hijma. In de analyse helder, zelfs digitaal (twee poten), maar in de oplossing als altijd genuanceerd (met oog voor de vele grijsstinten).

De ‘glijdende schaal’ is ook een goed beeld voor die gevallen waarin art. 6:258 BW geen toepassing vindt, maar er wel sprake is van een wijzigingsbehoefte bij één der partijen bij een commerciële duurovereenkomst voor onbepaalde tijd. Indien de omstandigheden onveranderd zijn, zal een wijzigingsvoorstel minder kans van slagen hebben, en naarmate de omstandigheden meer gewijzigd zijn, ligt een aanpassing van de overeenkomst meer in de rede.

Ik denk dat de formulering zoals die door de Hoge Raad is gebezigd bij opzegging van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd *mutatis mutandis* kan worden ingezet bij de beoordeling van een eenzijdig wijzigingsvoorstel ten aanzien van een overeenkomst voor onbepaalde tijd.

Of en zo ja, onder welke voorwaarden, een overeenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan, gewijzigd kan worden, wordt bepaald door de inhoud daarvan en van toepassing zijnde wettelijke bepalingen. Indien wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de wijziging van de overeenkomst, geldt dat de overeenkomst in beginsel niet eenzijdig kan worden gewijzigd. Op grond van art. 6:248 lid 1 BW kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval evenwel meebrengen dat een redelijk wijzigingsvoorstel in redelijkheid moet worden aanvaard.²⁸

De vraag of een concreet wijzigingsvoorstel zou moeten worden aanvaard, kan, wederom in navolging van de Hoge Raad,²⁹ worden getoetst aan:

- a) de vraag of er een zwaarwegende grond voor de wijziging bestaat;
- b) de inhoud van het wijzigingsvoorstel als zodanig;
- c) de vraag of van de wederpartij mag worden verwacht dat hij in redelijkheid meewerkt aan de wijziging.

²⁶ Nu: art. 6:258 BW.

²⁷ Hijma, *Het constitutionele wijzigingsvonnis* (oratie Leiden 1989), p. 7.

²⁸ Vrij naar HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, NJ 2018/98 (*Goglio/SMQ*), r.o. 3.6.2.

²⁹ Vrij naar HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, NJ 2011/185 (*Stoof/Mammoet*).

Gezichtspunten die een rol kunnen spelen bij deze toetsing zijn bijvoorbeeld de duur van de overeenkomst, het al dan niet relationele karakter van de overeenkomst, de reeds gedane investeringen, kosten die gemoeid zijn met de wijziging en de afhankelijkheid van continuering van de al dan niet gewijzigde overeenkomst. De gevolgen van het uitblijven van de wijziging voor de ene partij moeten worden afgewogen tegen de gevolgen van het doorvoeren van de wijziging voor de andere partij, waarbij in gedachten moet worden gehouden dat wijziging de uitzondering is op het uitgangspunt. Het gaat niet om een neutrale belangenafweging: degene die de wijziging wenst, staat op achterstand. Het is niet de bedoeling dat een contractspartij 'zomaar' een door hem niet gewenste contractinshoud krijgt opgedrongen. Met respect voor dit uitgangspunt, pleit ik er toch voor om bij commerciële, relationele, duurovereenkomsten een voorstel tot aanpassing van het contract op zijn merites te beoordelen en niet bij voorbaat af te wijzen omdat wet en overeenkomst niet in wijziging voorzien. De opzegging van een dergelijke duurovereenkomst zou niet louter het gevolg moeten zijn van belemmeringen om de overeenkomst aan te passen.