

Nut en noodzaak van het contractueel uitsluiten van de wijzigingsremedie bij dwaling; artikel 6:230 lid 2 BW

1. Inleiding

Artikel 6:230 lid 2 BW opent de weg om in geval van dwaling de rechter te verzoeken om in plaats van vernietiging de overeenkomst zodanig aan te passen, dat het dwalingsnadeel daardoor is opgeheven. Deze weg voorkomt dat de overeenkomst wordt vernietigd vanwege de dwaling en biedt daarvoor dus een alternatief. In de overnamepraktijk sluiten partijen uit oogpunt van zekerheid steevast de vernietiging wegens dwaling uit, maar dat geldt lang niet altijd voor de wijzigingsremedie van artikel 6:230 lid 2 BW. In deze bijdrage zal blijken dat dit niet problematisch is; uit de wet, de wetssystematiek en jurisprudentie volgt dat de uitsluiting van de vernietiging wegens dwaling óók de uitsluiting van een beroep op de wijzigingsremedie van artikel 6:230 lid 2 BW met zich brengt.

2. Contractuele uitsluiting van vernietiging wegens dwaling

In de overnamepraktijk willen de contracterende partijen zoveel mogelijk zekerheid in hun overeenkomst inbouwen. Daarmee bedoelen we dat de partijen zelf hun rechtsverhouding zo veel en concreet mogelijk bepalen en deze contractueel borgen, waarbij geprobeerd wordt om de invloed van bijvoorbeeld wettelijke open normen, interpretatieregels en andere aspecten die tot onzekerheid kunnen leiden, zo veel mogelijk uit te sluiten. Op die manier proberen de partijen hun gehele rechtsverhouding uitputtend contractueel vast te leggen, afgegrensd door de gebruikelijke *Entire Agreement Clause*. Op het vlak van de wettelijke remedies brengt de bedoelde zekerheidswens met zich dat partijen doorgaans nastreven dat alle gebreken aan en inbreuken op de overeenkomst, zich, waar mogelijk, oplossen in een recht op schadevergoeding. Het is in dat kader gebruikelijk dat partijen een uitvoerig protocol overeenkomen voor de behandeling van (gestelde) gebreken en inbreuken, bijvoorbeeld op welke manier en uiterlijk wanneer deze aan de andere partij moeten worden gecommuniceerd en vervolgens in rechte vervolgd. Deze bepalingen hebben veelal het karakter van een contractueel vervalbeding, wat bijdraagt aan de nagestreefde zekerheid in de hiervoor bedoelde zin.

Bij hun streven naar deze zekerheid past ook dat partijen de mogelijkheid om de overeenkomst te vernietigen of te ontbinden op voorhand contractueel uitsluiten en dat is in de overnamepraktijk dan ook vast gebruik. Beide remedies brengen een ingewikkeld en onzeker proces van (verplichtingen tot) ongedaanmaking met zich, terwijl de betrokken onderneming (de *target*) op dat moment waarschijnlijk al langere tijd door de koper is gevoerd. Partijen willen de verkoop niet terugdraaien, ook niet gedeeltelijk, en het is feitelijk ook vaak onmogelijk. Tjittes wees in dat kader op het Engelse gezegde "*You cannot unscramble scrambled eggs*".²

De remedie van ontbinding kan zonder meer contractueel worden uitgesloten.³ Voor de remedie van vernietiging ligt dat genuanceerder. Een uitsluiting van vernietiging wegens dwaling in de zin van artikel 6:228 BW is mogelijk, omdat het regelend recht betreft.⁴ Een uitsluiting van een beroep op vernietiging wegens bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 BW) is echter naar de heersende leer in strijd met de goede zeden bedoeld in artikel 3:40 BW en daarom dus niet mogelijk.⁵ Gelet op de aard van deze vernietigingsgronden (bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden), is het niet vreemd dat partijen deze niet effectief kunnen uitsluiten en het stuit in de praktijk daarom ook

¹ Advocaat bij Evers Soerjatin in Amsterdam.

² Tjittes, *Contracteren* 2015/4.

³ MvA, *Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW*, p. 1011. Een beroep op ontbinding vanwege onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW) daarentegen weer niet omdat dit een dwingendrechtelijke bepaling is.

⁴ MvA, *Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW*, p. 914.

⁵ Hijma, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:44 BW, aant. 3.1.5.1.

niet op bezwaren. Ten slotte kan ook een beroep op vernietiging door de echtgenoot wegens het ontbreken van de toestemming bedoeld in artikel 1:88 BW juncto 1:89 BW niet worden uitgesloten. Deze bepalingen zijn van dwingend recht.

Soms beperken partijen zich in de uitsluitingsbepaling tot een algemene uitsluiting van het recht tot vernietiging, veelal in combinatie met het uitsluiten van het recht van ontbinden. De bepaling luidt dan bijvoorbeeld: "*Partijen doen afstand van het recht om deze overeenkomst geheel of gedeeltelijk te vernietigen of te ontbinden.*" Het zal duidelijk zijn dat partijen daarmee in elk geval hebben bedoeld om het recht van vernietiging wegens dwaling als bedoeld in artikel 6:228 BW uit te sluiten. Om elke discussie daarover uit te sluiten, wordt doorgaans expliciet vermeld dat het om een uitsluiting van het recht tot vernietiging wegens dwaling gaat. De uitsluitingsbepaling luidt dan bijvoorbeeld: "*Partijen doen afstand van het recht om deze overeenkomst geheel of gedeeltelijk te vernietigen met een beroep op dwaling (artikel 6:228 BW) of te ontbinden (artikel 6:265 BW).*"

3. De wet biedt zelf ook wegen om de vernietiging wegens dwaling te voorkomen

Artikel 6:230 BW biedt twee wegen om in geval van dwaling de vernietiging te voorkomen. De wetgever heeft hierdoor laten zien oog te hebben voor de ingrijpende gevolgen van vernietiging en de mogelijke onwenselijkheid daarvan voor een van of beide partijen. Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis van het wetsartikel:

*"[...] deze regels beogen [...] tegemoet te komen aan de behoefte om, waar zulks redelijk is, de overeenkomst met opheffing van het door de benadeelde geleden nadeel in stand te laten, hetzij in het belang van de wederpartij, hetzij in het belang van de benadeelde zelf."*⁶

De eerste weg om vernietiging te voorkomen, is in het eerste lid van artikel 6:230 BW gegeven. De vernietigingsbevoegdheid vervalt wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt, die het nadeel van de vernietigingsbevoegde (de dwalende) afdoende opheft. De partij aan wie de dwaling te wijten is, krijgt dus zelf de kans om een voorstel tot wijziging van de overeenkomst te doen die het nadeel afdoende opheft.

De tweede weg waardoor vernietiging wordt voorkomen, en die in deze bijdrage centraal staat, blijkt uit lid 2 van artikel 6:230 BW. Het is een remedie in rechte: de rechter kan op verlangen van een van de partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst wijzigen om zo het betrokken nadeel op te heffen. Het artikellid bevat, in tegenstelling tot het eerste lid, geen rechtstreekse verwijzing naar artikel 6:228 BW, maar het is duidelijk dat de wetgever hier op een situatie doelt waarin er sprake is van dwaling.⁷ Hierbij zij opgemerkt dat het beroep op artikel 6:230 lid 2 BW zowel bij eis als verweer kan worden gedaan.⁸ Het beroep komt daarmee zowel de partij toe die (beweerdelijk) heeft gedwaald, als de partij die niet heeft gedwaald.

4. De wijzigingsbevoegdheid van de rechter

Hoewel de remedie van wijziging van de overeenkomst van artikel 6:230 lid 2 BW, zoals hiervoor bleek, als doel heeft om de ingrijpende remedie van vernietiging van de overeenkomst te voorkomen, kunnen ook háár gevolgen nog steeds ingrijpend zijn. De overeenkomst blijft weliswaar in stand, maar de rechter wijzigt deze wel en hij grijpt dus actief in de rechtsverhouding tussen partijen in.

Het doel van de wijziging(en) moet zijn om het dwalingsnadeel daardoor op te heffen. De rechter heeft volgens de wettekst ("kan") de bevoegdheid om zelf te bepalen welke wijziging geboden is ter opheffing van het nadeel. Uit de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie blijkt dat hij daarbij een ruime mate van beoordelingsvrijheid heeft, zowel met betrekking tot hoe als in welke mate de overeenkomst wordt

⁶ MvA, Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW, p. 914.

⁷ Dan wel een ontbreken van een rechtsverhouding waarop een overeenkomst voortbouwt zoals bedoeld in artikel 6:229 BW. Deze vernietigingsmogelijkheid blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

⁸ MvA, Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, p. 242.

aangepast.⁹ De beperkingen van artikel 23 Rv blijven echter wel gelden, wat naar onze mening betekent dat de rechter deze beoordelingsvrijheid weer niet heeft als de eiser zijn eis zeer specifiek heeft ingekleed. In alle gevallen geldt dat als de rechter tot de conclusie komt dat het nadeel niet op andere wijze dan door vernietiging kan worden geredresseerd, dan zal hij de vordering moeten afwijzen.¹⁰

In de overnamepraktijk is de meest praktische wijziging van de koopovereenkomst die denkbaar is, om de koopprijs aan te passen. Uit de jurisprudentie over artikel 6:230 lid 2 BW volgt dat dit ook in veruit de meeste gevallen de inzet van de eiser is.¹¹ De rechter zal de koopprijs neerwaarts aanpassen als de koper de dwalende is en hij van de dwaling nadeel ondervindt. De omgekeerde variant, waarin de verkoper dwalende is – denk aan de verkoper van de Kantharos van Stevensweert¹² – is in de overnamepraktijk moeilijk denkbaar, maar in elk geval in theorie eveneens mogelijk. Door enkel de koopprijs aan te passen, blijven de gevolgen van de rechtelijke wijziging hooguit beperkt tot een corrigerende geldstroom.¹³ Deze heeft dan in feite het karakter van een schadevergoeding, maar is dat niet. Dat neemt niet weg dat er wel een vergelijkbaar schadedebat aan vooraf zal gaan.¹⁴

De aanpassing van de koopprijs mag een praktische wijziging zijn, zij zal de verkoper evenwel niet bekoren. De verkoper ziet zich door deze ingreep van de rechter immers tegen zijn wil in aan een lagere verkoopprijs gebonden, en die kan ook fors lager zijn.

5. Is een contractuele uitsluiting van de wijzigingsremedie nodig als de vernietigingsremedie reeds contractueel is uitgesloten?

Net als de vernietigingsbevoegdheid van artikel 6:228 BW, is ook de wijzigingsremedie van artikel 6:230 BW van regeland recht, zodat partijen deze contractueel kunnen uitsluiten.¹⁵ De uitsluitingsbepaling kan dan bijvoorbeeld luiden: "*Partijen doen afstand van het recht om deze overeenkomst geheel of gedeeltelijk te vernietigen of te ontbinden dan wel de gehele of gedeeltelijke vernietiging (artikel 6:228 BW), ontbinding (artikel 6:265 BW) of wijziging van deze overeenkomst (artikel 6:230 BW) te vorderen.*"

In de praktijk wordt de wijzigingsremedie van artikel 6:230 BW echter lang niet altijd expliciet, d.w.z. met zoveel woorden, uitgesloten. De uitsluitingsbepaling is veelal beperkt tot een uitsluiten van ontbinding en vernietiging wegens dwaling, waarvan we in paragraaf 2 een voorbeeld gaven. In die gevallen komt de vraag op, en ontstaat er geregeld discussie tussen partijen, of de beweerdelijk dwalende partij het recht heeft om, ondanks de uitsluiting van de vernietigingsremedie, de rechter te vragen om de overeenkomst te wijzigen. Wij menen dat de dwalende partij dat recht in dat geval niet heeft. Dit volgt in de eerste plaats uit de wettekst zelf.

De tekst van artikel 6:230 lid 2 BW maakt duidelijk dat de wijzigingsbevoegdheid een alternatief is voor de vernietigingsbevoegdheid. Er staat vermeld dat de rechter "*in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van dit nadeel [kan] wijzigen*" (curs. DS/SvT). Het moet dus gaan om een situatie waarin er de mogelijkheid is om tot vernietiging wegens dwaling over te gaan, en dus moet er sprake zijn van een partij die vernietigingsbevoegd is. Alleen een dergelijk bevoegd persoon kan in plaats van de vernietiging vorderen, de rechter verzoeken om de overeenkomst te wijzigen. Als partijen de vernietigingsbevoegdheid hebben uitgesloten, zijn zij daardoor dus ook niet

⁹ Dankers-Hagenaars, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 3.3; Valk, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:230 BW, aant. 3; MvA, *Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW*, p. 242; HR 18 januari 2002, NJ 2002/106 (*Ruinemans/Heijmeijer*).

¹⁰ Zie par. 3.5 van de conclusie van A-G Hartlief bij HR 6 december 2019, JOR 2020/78 m.nt. Strijbos.

¹¹ Zie o.a. Rb. Noord-Nederland 17 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:882; Rb. Rechtbank Midden-Nederland 27 december 2017, ECLI:NL:2017:6578; Rb. Rotterdam 23 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6818.

¹² HR 19 juni 1959, NJ 1960/59.

¹³ Zie o.a. HR 6 december 2019, JOR 2020/78 m.nt. Strijbos; Hijma, *WPNR* 2018/7202. Zie ook: MvA, *Parlementaire Geschiedenis Boek 6 BW*, p. 914.

¹⁴ Zie HR 6 december 2019, JOR 2020/78 m.nt. Strijbos.

¹⁵ Vgl. Dankers-Hagenaars, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:230 BW, aant. 5; Van den Bergh, *Contracteren* 2018/1.

bevoegd om de wijziging van de overeenkomst te vorderen.

De onlosmakelijke samenhang tussen vernietigingsbevoegdheid en de bevoegdheid om wijziging van de overeenkomst te verzoeken, volgt ook uit het systeem van de wet. In paragraaf 3 is toegelicht dat de wetgever zelf oog heeft gehad voor de ingrijpende en daardoor soms onwenselijke gevolgen van vernietiging en daarom in artikel 6:230 BW twee wegen heeft geschapen om vernietiging te voorkomen. Die wegen kunnen dus enkel bewandeld worden door een dwalende die ab initio vernietigingsbevoegd was.

Een bevestiging van het 'afhankelijke' karakter van artikel 6:230 BW zien wij in het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2011 in de zaak IJsseloevers/De Jong. Daarin speelde de vraag of het feit dat de vordering tot vernietiging van de overeenkomst verjaard was, maakte dat daardoor tevens geen beroep meer gedaan kon worden op de wijzigingsremedie van artikel 6:230 lid 2 BW. Het ging in deze casus dus niet over een contractuele uitsluiting van de vernietigingsbevoegdheid, maar om een eiser die om een andere reden, namelijk verjaring, niet langer vernietigingsbevoegd was. De Hoge Raad overwoog dat dat laatste inderdaad maakte dat ook een wijziging op grond van artikel 6:230 lid 2 BW niet meer mogelijk was, en wees daarbij naar de wettekst en de achterliggende bedoeling van de wetgever:

"[...] Blijkens [artikel 6:230 lid 2 BW] kan de rechter "in plaats van de vernietiging uit te spreken", de gevolgen van de overeenkomst wijzigen ter opheffing van het nadeel dat de tot vernietiging bevoegde bij instandhouding van de overeenkomst lijdt. Daarmee is beoogd het veel ingrijpender middel van de vernietiging achterwege te laten, indien de gevolgen van de rechtshandeling ter opheffing van het nadeel gewijzigd kunnen worden [...]. Bij het voorgaande past dat de mogelijkheid om een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst te vorderen niet meer bestaat, als de rechtsvordering tot vernietiging van de overeenkomst is verjaard. [...]"¹⁶

Enkele jaren later is door de Rechtbank Noord-Nederland een uitspraak gedaan in een zaak waarin de vernietiging wél contractueel was uitgesloten, zij het indirect. Het ging om een aandelentransactie waar in de koopovereenkomst de volgende bepaling was opgenomen "*Partijen verplichten zich om in de akte van levering afstand te doen van het recht om deze Overeenkomst geheel of gedeeltelijk te (doen) ontbinden of te (doen) vernietigen, [...]*". De rechtbank wees daarom het beroep van koper op wijziging van de overeenkomst op grond van artikel 6:230 lid 2 BW af:

"De rechtbank is dan ook van oordeel dat een beroep op vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling is uitgesloten. Dat geldt ook voor een beroep op artikel 6:230, lid 2 BW, waarin is bepaald dat de rechter op verlangen van een van de partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van dit nadeel kan wijzigen. Nu algehele en gedeeltelijke vernietiging door partijen is uitgesloten, is ook een aanpassing van de overeenkomst, welke sanctie afgeleid is van de verdergaande algehele vernietigbaarheid, zoals door Staaldam voorgesteld, niet mogelijk."¹⁷

Ten slotte is ook in de literatuur de heersende opvatting dat alleen een dwalende partij die vernietigingsbevoegd is, een beroep kan doen op de wijzigingsremedie van artikel 6:230 lid 2 BW. Zie bijvoorbeeld Sieburgh¹⁸ en Krestin¹⁹ en, hoewel minder uitgesproken, Hijma,²⁰ Hesselink²¹ en Van den Bergh.²²

Van Wechem en Rijsterborgh menen dat een uitsluiting van het recht tot vernietiging niet per definitie met zich brengt dat een vordering tot wijziging zou moeten worden afgewezen. Zij menen dat de vraag

¹⁶ HR 8 juli 2011, JOR 2012/312 m.nt. Biemans (IJsseloevers/De Jong).

¹⁷ Rb. Noord-Nederland 18 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5301.

¹⁸ Asser/Sieburgh 6-III 2018/631.

¹⁹ Krestin, V&O 2010/7-8.

²⁰ Hijma, WPNR 2018/7202. Zie in dezelfde zin ook: Janssen, ORP 2020/117.

²¹ Hesselink, WPNR 1995/9191.

²² Van den Bergh, Contracteren 2018/1.

of wijziging gevorderd kan worden, afhankelijk is van de uitleg van de betrokken overeenkomst. Wij begrijpen dat zo, dat zij vinden dat er eerst door de rechter moet worden vastgesteld of het de bedoeling van partijen was om met de uitsluiting van vernietiging ook de minder ingrijpende remedie van wijziging uit te sluiten. In die redenering zou het dus mogelijk zijn dat er in omstandigheden wel een beroep op wijziging mag worden gedaan, ondanks de uitsluiting van de vernietigingsremedie. Wij menen dat dit niet te verenigen is met de hiervoor geanalyseerde tekst van de wetsbepaling, het wettelijke systeem en de bevestigende jurisprudentie. De wijzigingsbevoegdheid is er simpelweg niet meer als de vernietigingsbevoegdheid er ook niet meer is.

Tjittes ten slotte meent dat een uitsluiting van het recht tot vernietiging er niet aan in de weg zou moeten staan om de rechter te vragen om de koopprijs bij wijze van wijziging in de zin van artikel 6:230 lid 2 BW te wijzigen. Dit zou volgens hem mogelijk moeten zijn omdat daardoor hetzelfde effect wordt bewerkstelligd als een schadevergoeding.²³ Hoewel wij die laatste constatering delen, is de redenering naar onze mening gezien de wettekst en de achterliggende bedoeling niet zuiver. Daarnaast zou dit in feite de weg openen voor de dwalende om het in de praktijk strak ingeregelde contractuele kader van schadevergoeding in koopovereenkomsten te omzeilen, inclusief vervaltermijnen en andere verplichtingen die typisch aan een contractuele schadevergoedingsvordering zijn verbonden, zoals een verplichting om binnen een bepaalde tijd een procedure tegen de verkoper te starten.

6. Slotbeschouwing

Het is in de overnamepraktijk vast gebruik om de vernietiging wegens dwaling contractueel uit te sluiten. De remedie van wijziging van de overeenkomst in geval van dwaling, van artikel 6:230 lid 2 BW, wordt daarin echter niet altijd eveneens uitdrukkelijk uitgesloten. Het niet uitsluiten van de remedie van wijziging van de overeenkomst leidt in de praktijk nog wel eens tot discussie. De vraag is dan of het contractspartijen nog vrij staat om in rechte wijziging van de overeenkomst te vorderen, terwijl zij niet vernietigingsbevoegd zijn. Hiervoor is gebleken dat uit de wettekst, de wetssystematiek en jurisprudentie volgt dat een uitsluiting van vernietiging wegens dwaling tevens een uitsluiting van deze wijzigingsremedie met zich brengt, ook al is dit niet met zo veel woorden in de uitsluitingsbepaling benoemd. Dit laat uiteraard onverlet dat het aanbevolen is om dit op voorhand buiten twijfel te stellen door ook de remedie van artikel 6:230 lid 2 BW uitdrukkelijk in de uitsluitingsbepaling op te nemen.

²³ R.J. Tjittes, 'Commercieel Contractenrecht', p. 457.