

Art. 6:278 BW - slecht gekrijte keu leidt tot gescheurd laken

Willem van Boom

In: C. Breedveld-de Voogd et al. (red.), *Sluiterijd – Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 279-288 [originele paginanummering is in de tekst weergegeven tussen **[haken]**]

1. Inleiding

[279] Op grond van art. 6:278 lid 1 BW is een partij aan wie het recht toekomt om een overeenkomst te ontbinden wegens een tekortkoming van de wederpartij, onder omstandigheden verplicht om aan die wederpartij een bijbetaling te doen om deze te compenseren voor een wijziging van de waardeverhouding die zich inmiddels heeft voorgedaan. Het tweede lid verklaart het eerste lid van overeenkomstige toepassing op andere gevallen van ontbinding, waar een van de partijen een ‘stoot tot ongedaanmaking’ geeft zoals bij vernietiging wegens een wilgebrek. Voor lastig grijpbare bepalingen als deze bedenkt men graag een handzaam etiket, zo overweegt Hijma bij zijn beschrijving van dit wetsartikel, om het vervolgens handzaam uit te leggen:

“Achter artikel 6:278 BW schuilt de observatie dat een schuldeiser die met een tekortkoming is geconfronteerd en daardoor over verschillende rechtsmiddelen beschikt, zijn keuze niet altijd door zuivere motieven laat bepalen. De prijs van de betrokken zaken kan inmiddels dermate zijn gestegen of gedaald, dat het voor de schuldeiser gunstig wordt op (ontbinding en) ongedaanmaking te koersen, terwijl hij normaliter nakoming zou hebben geëist. Degene die op oneigenlijke grond voor ontbinding kiest, zal krachtens artikel 6:278 lid 1 BW echter moeten bijbetalen. Het tweede lid voegt toe, dat hetzelfde geldt voor gevallen waarin iemand ‘op andere grond dan ontbinding de stoot tot ongedaanmaking geeft’. Aan deze ‘stoot’ – tot ongedaanmaking – heeft het artikel zijn roepnaam te danken: biljartbalartikel.”¹

In deze bijdrage staat het biljartbalartikel centraal. Terzijde: biljart*keu* zou een betere beeldspraak zijn, nu het artikel over de stoot tot ongedaanmaking spreekt en er kennelijk met een verkeerd motief wordt gestoten, hetgeen ertoe leidt dat de speler als het ware met slecht gekrijte pomerans naast stoot en het laken scheurt. Hoe dat ook zij, in deze bijdrage onderzoek ik hoe de toepassing van art. 6:278 BW zich heeft ontwikkeld in de rechtspraak van de Hoge Raad en hoe het artikel gedeut moet worden. Ik begin met het eenvoudigste model: de uitwisseling van een zaak tegenover een geldsom (par. 2). Daarna kijken we naar complexere gevallen zoals de uitwisseling van prestaties bij een risico-overdracht bij derivatenovereenkomsten (par. 3). Daar blijkt dan dat art. 6:278 BW gezien kan worden als lid van een grotere familie, te weten de bepalingen die ervoor zorgen dat de stoot tot ongedaanmaking niet verder reikt dan de strekking van de onderliggende norm meebrengt en dat er niet aan ‘cherry picking’ wordt gedaan.

¹ J. Hijma, 'Artikelen van naam', AA 2012/3, p. 170.

2. Toepassing van het biljartbalartikel

[280] Als we totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:278 BW bezien, valt allereerst op dat het artikel vooral lijkt te gaan over *zaken* die tussen het moment van aflevering en de teruggave na het geven van de stoot tot ongedaanmaking in waarde dalen of stijgen, ofwel door tijdsverloop al dan niet in combinatie met de marktontwikkeling, ofwel omdat zij door een niet-toerekenbare oorzaak zijn beschadigd of tenietgegaan.

Kijken we allereerst naar de wijziging in waarde door tijdsverloop en marktontwikkeling. Gedacht kan worden aan de verkoop van een woonhuis, waarbij de koper bij aankoop in dwaling komt te verkeren doordat de verkoper essentiële informatie over de staat van het huis achterhoudt. De koper vernietigt de overeenkomst wegens dwaling. Het gevolg daarvan is dat de verkoper de koopprijs als onverschuldigd betaald moet teruggeven aan de koper.² Het huis moet door de koper worden teruggegeven (art. 6:203 BW), en wel in de staat waarin het verkeerde ten tijde van de levering.³ Eventuele waardeinstijging door enkele marktontwikkeling valt dus toe aan de verkoper, een waardedaling komt voor zijn risico. Art. 6:278 BW geeft in één richting een uitzondering: met een beroep op dit artikel kan de verkoper een eventuele waardedaling ten laste brengen van de koper. Het hoeft slechts aannemelijk te zijn dat de partij die de stoot tot ongedaanmaking geeft, daartoe zonder de wijziging van de oorspronkelijke waardeverhouding niet toe zijn overgegaan. Die aannemelijkheid kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit het feit dat de koper naast vernietiging nog een andere remedie ten dienste staat die minder ingrijpend is, zoals schadevergoeding (art. 6:74 of art. 6:162 BW) of een wijziging als bedoeld in art. 6:230 BW. Een aardige manier om aannemelijkheid te toetsen, is dus om te vergelijken met de schadevergoedingsactie.⁴ Als in het gegeven voorbeeld het nadeel van de dwalende koper gelegen is in achterstallig onderhoud terwijl de waardedaling door marktontwikkeling het tienvoudige is van die onderhoudskosten, dan kan aannemelijkheid eerder worden aangenomen dan wanneer sprake is van een kostbaar funderingsprobleem dat ingrijpende en kostbare reparaties zou vergen, en de koper gewoon van het huis af wil. Art. 6:278 BW werkt niet als de koper een beroep op dwaling doet terwijl het huis door marktontwikkelingen in waarde is *gestegen*. De koper die dan vernietigt, neemt afscheid van de stijging in marktwaarde.⁵ Bij een dergelijke waardeinstijging kan de koper er **[281]** dus belang bij hebben om het nadeel veroorzaakt door de dwaling ten laste te brengen van de verkoper, maar tegelijk het huis te behouden. Binnen het dwalingsleerstuk kan de koper een beroep doen op wijziging van de overeenkomst ter opheffing van zijn nadeel (art. 6:230 lid 2 BW) en zodoende de gestegen marktwaarde 'behouden'.

Het voorbeeld van het woonhuis is er een waarin de waardedaling en -stijging werden veroorzaakt door enkele marktomstandigheden, zonder dat de staat van het woonhuis zélf

² De nominale geldsom moet worden gerestitueerd (art. 6:203 lid 2 BW), evt. met wettelijke rente (art. 6:74 jo. 6:82-83 jo. 6:119 BW; vgl. art. 6:205 BW voor verzuim van rechtswege bij inontvangstneming te kwader trouw).

³ HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, NJ 2017/282 m.nt. J. Hijma (*Lindorff BV/N*), r.o. 3.14. Vgl. H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2001, p. 36; S.R. Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenis (Onderneming en Recht nr. 80)* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 339; W.H. van Boom, 'Afwikkeling van een ongeldig telefoonabonnement', *AA* 2016/5, p. 367.

⁴ Aldus S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 444.

⁵ Dit is anders als men wil aannemen dat via art. 6:212 BW een spiegelbeeldige toepassing van de aan art. 6:278 BW ten grondslag liggende verrijkingssactie mogelijk is.

veranderde. Ligt het anders als de zaak beschadigd raakt? We onderscheiden gevallen waarin de schade door een externe oorzaak (zeg: blikseminslag) wordt veroorzaakt en die waarin de koper de schade zelf veroorzaakt. In dat laatste geval is art. 6:204 lid 1 BW leidend: een koper die de zaak beschadigt en daarna de stoot tot ongedaanmaking geeft, kan de zaak niet in de oorspronkelijke toestand retourneren en dat is weliswaar een tekortkoming maar die wordt hem niet toegerekend als hij de beschadiging schuldloos heeft veroorzaakt. Het eerste geval, de van buiten komende oorzaak die de waarde beïnvloedt, werpt ons terug op de reikwijdte van het adagium *casum sentit dominus*, de eigenaar draagt de gevolgen van het lot. De stoot tot ongedaanmaking maakt dat de eigendom terugkeert (al dan niet met terugwerkende kracht) bij de oorspronkelijke partij. Draagt hij dus de wrange vruchten van het toeval?⁶ In de literatuur over onverschuldigde betaling is wel verdedigd dat niet de betaler maar de ontvanger van de betaling dit risico dient te dragen.⁷ Sommigen menen kort gezegd dat de wederkerige overeenkomst een instemming met overdracht van alle lusten en lasten behelst en dat daarom ook een ongeldige overeenkomst die overdracht moet uitdrukken.⁸ In zijn dissertatie geeft Hijma het voorbeeld van een koper van een schilderij die het schilderij per ongeluk beschadigt om er daarna achter te komen dat het schilderij van een andere schilder is en vervolgens met succes de vernietiging wegens wederzijdse dwaling inroept. Het schilderij gaat retour verkoper en de koopprijs retour koper. Hijma ziet dit als een ongerechtvaardigde verrijking van de koper: door de vernietiging in te roepen, ontloopt hij een schadepost in zijn vermogen. Dit is volgens Hijma onwenselijk en daarom stelt hij dat de koper slechts recht heeft op restitutie van de koopprijs met aftrek voor de schade aan het schilderij. De vernietiging biedt de koper dan geen toevallig voordeel, dat wil zeggen geen toevallige opheffing van zijn nadeel.⁹ Ik laat even daar dat het gegeven voorbeeld bestreken wordt door art. 6:204 lid 1 BW en **[282]** dat daaruit volgt dat zelfs een onvoorzichtige beschadiging niet wordt toegerekend aan de koper;¹⁰ het lijkt me dan niet zo waarschijnlijk dat wat art. 6:204 lid 1 BW niet toestaat, wel kan worden bereikt met art. 6:278 BW. Hoe dat ook zij, ook wanneer we aannemen dat het in een geval van ‘casus’ zoals dit mogelijk is om art. 6:278 BW toe te passen, lijkt het mij dat we moeten zoeken naar verdere aanknopingspunten. Moeten we niet ook kijken naar de *aanleiding* voor ongedaanmaking? In het voorbeeld van Hijma is sprake van wederzijdse dwaling, maar wat nu als sprake is van *bedrog* van de verkoper?¹¹ Moet de koper dan nog steeds de onschuldig veroorzaakte schade vergoeden aan de verkoper? De rol van verwijtbaarheid van de partij aan wie het toe te rekenen valt dát er een ‘stoot’ zou volgen, moet m.i. ook worden gewogen. De partij die door onjuiste informatie of het achterhouden van informatie de dwaling veroorzaakte bij de dwalende die vervolgens de ‘stoot’ gaf, moet wellicht meer incasseren aan ‘casus’ dan de

⁶ Vgl. J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 85 e.v.

⁷ Zie M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 1997, p. 216 e.v.; Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenis (O&R nr. 80)* (diss. Nijmegen), 2014, p. 339 e.v.

⁸ Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenis (O&R nr. 80)* (diss. Nijmegen), 2014, p. 340 e.v.

⁹ J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 198-199.

¹⁰ Vgl. T. Jonkers, *Over onwettigheid, onzedelijkheid en terugvordering - Een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek naar de toelaatbaarheid van vorderingen uit onverschuldigde betaling na de uitvoering van een nietige overeenkomst (diss. Groningen)*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 206.

¹¹ Vgl. Jonkers, a.w.

schuldloze wederpartij.¹² Dat wat partijen weten en hoe zij zich gedragen, speelt immers ook een rol bij de vraag of degene die de zaak in ontvangst heeft genomen, direct in verzuim is,¹³ bij de vraag of vruchten moeten worden afgedragen en door wie tussentijds gemaakte kosten en uitgaven moeten worden gedragen.¹⁴

Een andere reden om goed naar de aanleiding voor de ongedaanmaking te kijken, zien we in de rechtspraak van de Hoge Raad. Vernietiging van een overeenkomst op grond van art. 1:89 BW door de echtgenoot die niet de toestemming heeft gegeven die art. 1:88 BW vereist, kan uiteraard ook op een tijdstip plaatsvinden waarop de waardeverhoudingen zich hebben gewijzigd. Niettemin komt de wederpartij geen beroep toe op art. 6:278 BW omdat dit niet valt te rijmen met de strekking van art. 1:88 BW om de andere echtgenoot te beschermen tegen het zonder zijn toestemming aangaan van de daarin bedoelde rechtshandelingen, aldus de Hoge Raad.¹⁵ Een vergelijkbare beschermingsgedachte zien we in de 'gratis mobieltjes' zaak. Een consument die eerst een telefoon met abonnement aanschaft, vervolgens een beroep doet op de ongeldigheid van de overeenkomst en de [283] gebruikte telefoon terug wil geven tegenover restitutie van de betaalde abonnementsgelden, hoeft geen vergoeding voor slijtage of gebruik te betalen. Hoewel de Hoge Raad niet rechtstreeks het verband legt, zou uit het arrest kunnen worden afgeleid dat een vergoeding ex art. 6:278 BW voor de waardedaling door slijtage haaks staat op de effectieve bescherming van de consument en het vereiste dat de sanctie op schending van (Europees) consumentenrecht doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn.¹⁶

3. Art. 6:278 BW als lid van een grotere familie

Tot hier heb ik vooral geschreven over toepassing van art. 6:278 BW op contracten waarbij *zaken* werden geleverd. De rechtspraak van de Hoge Raad waarin het artikel figureert, gaat echter ook over contracten waarbij de waardeverhouding naar de aard veranderlijk is zoals bij aandelen en renteswaps. Inherent aan deze financiële producten is dat hun waarde fluctueert.¹⁷ Bij geleverde aandelen kan worden aangeknoopt bij hetgeen hiervoor over zaken werd geschreven: effecten zijn goederen en degene die de stoot tot ongedaanmaking

¹² Vgl. in ander verband (namelijk het gebod tot 'volledige verrekening' ingeval van waardevermeerdering van een goed bij ontbonden huurkoop) E.F. Verheul, 'Volledige verrekening en afdracht van overwaarde in het wetsvoorstel goederenkrediet', *MvV* 2015, p. 273 e.v. Hij meent dat de koper die ophoudt te betalen, niet mag meegenieten van de tussentijdse waardevermeerdering en dat er dus wat dat betreft geen 'verrekening' behoort plaats te vinden.

¹³ Bij ontvangst in de wetenschap dat een rechtsgrond ontbreekt, is sprake van kwade trouw die tot onmiddellijk verzuim leidt; zie art. 6:205 BW. Goede trouw wordt verondersteld; kwade trouw moet worden bewezen; zie art. 3:118 lid 3 BW.

¹⁴ Zie art. 6:206 jo. 3:120-121 BW en art. 6:207 jo. 6:204 BW.

¹⁵ HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2837, *NJ* 2009/578 m.nt. J. Hijma (*Dexia/Van T.*).

¹⁶ HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *NJ* 2017/282 m.nt. J. Hijma (*Lindorff BV/N.*), r.o. 3.16. Het ging daar vooral om de afwijzing van een vordering tot *gebruiksvergoeding*. Hoewel er kritiek bestaat op dat aspect van de uitspraak (zie T.J. de Graaf, 'Gevolgen van vernietiging van B2C-overeenkomsten bij conforme zaken en diensten, in het bijzonder in het geval van prijspersonalisatie', *MvV* 2019, p. 349-350 en de daar genoemde auteurs) denk ik dat de uitspraak heel goed te verdedigen is.

¹⁷ Vgl. art. 6:230p aanhef en onder a BW, dat een uitzondering formuleert op de hoofdregel van art. 6:230o BW dat de consument een overeenkomst op afstand of een overeenkomst buiten de verkoopruimte zonder opgave van redenen mag ontbinden: een overeenkomst waarbij de prijs van de zaken of diensten gebonden is aan schommelingen op de financiële markten waarop de handelaar geen invloed heeft en die zich binnen de ontbindingstermijn kunnen voordoen, kan niet worden ontbonden. Dat zou namelijk strategisch afwentelen van waardedaling mogelijk maken.

verricht, kan ze in oorspronkelijke staat retourneren aan de wederpartij. Bij renteswaps is dat anders. Ik leg het kort uit.

In het verleden hebben banken complexe leningen verstrekt aan (onder meer) ondernemers met weinig financiële kennis. De complexiteit van deze leningen is dat sprake was van ten minste twee overeenkomsten: de kredietovereenkomst en een rentederivatenovereenkomst. Aan de ene kant leent de ondernemer geld van de bank tegen een variabele rente volgens Euribor-standaard (lekker goedkoop!); om het risico van toekomstige renteschommelingen af te dekken, sluit de ondernemer aan de andere kant nóg een overeenkomst met de bank af, de derivatenovereenkomst. De 'swap' zit in de uitruil: de variabele rente wordt uitgewisseld tegen een vaste rentesom. De uitruil lijkt daarmee op een soort verzekeringsovereenkomst, waarbij door de ondernemer aan de bank een premie wordt betaald die afhankelijk is van (onder meer) de actuele rentestand. De swap kan zo in elkaar zitten dat als de **[284]** actuele rentestand omhooggaat, de ondernemer wordt beschermd tegen de hogere rente, maar als de actuele rente daalt, dan neemt de 'premie' (aanzienlijk) toe. Bovendien kan de derivatenovereenkomst in principe voortbestaan zonder de kredietovereenkomst, en ze kan desgewenst worden 'aangehaakt' bij een andere kredietovereenkomst. Daarom hangt aan het tussentijds beëindigen van een derivatencontract een prijskaartje, en dat was ondernemers niet altijd duidelijk. Bij almaar dalende rentestand wordt een rentederivaat een molensteen om de nek van de ondernemer, en die daling is precies wat zich in de afgelopen jaren heeft voorgedaan.¹⁸ In een aantal rechtszaken is door ondernemers aangevoerd dat zij bij het aangaan van de derivatenovereenkomst gedwaald hebben door onjuiste mededelingen van de bank of het achterwege blijven van goede informatie van de zijde van de bank (art. 6:228 BW). Ook is wel aangevoerd dat de bank de precontractuele zorgplicht heeft geschonden (art. 6:162 BW) door niet goed voor te lichten dan wel te waarschuwen en dat die schending tot aankoopshade heeft geleid.¹⁹ De eerste grondslag leidt strikt genomen tot vernietiging en ongedaanmakingsverbintenissen over en weer (art. 3:53 lid 1 jo. art. 6:203 lid 1 BW), terwijl de tweede grondslag tot schadevergoeding leidt zonder dat de overeenkomst wordt aangetast.²⁰

Als tijdens de looptijd van de kredietovereenkomst de rente is gedaald, kan het gunstig zijn voor de ondernemer om achteraf de kredietovereenkomst zelf *niet* te vernietigen maar de derivatenovereenkomst *wel*. Als de uitkomst daarvan namelijk is dat de betaalde 'premie' onder de derivatenovereenkomst onverschuldigd is betaald, moet die worden terugbetaald en blijft voor de ondernemer alleen de betalingsplicht over ten aanzien van de variabele Euribor onder de kredietovereenkomst. De vernietiging bevrijdt dus van een molensteen. Dat kan, aldus de Hoge Raad, tot onevenwichtige resultaten leiden.²¹ Immers, het

¹⁸ Vanaf 2008 is de Euribor (met een tussenpose tussen april 2010 en oktober 2011) in een glijvlucht geraakt; vanaf mei 2015 is de rentestand zelfs negatief.

¹⁹ Over het verschil tussen deze twee grondslagen HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJB* 2019/1565 (*rentederivaat ABN Amro*), r.o. 3.5.1 e.v., met verwijzing naar HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De T./Dexia*). Vgl. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, *NJB* 2019/2116 (*rentederivaat ING*).

²⁰ Dit laatste is letterlijk beslist door HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJB* 2019/1565 (*rentederivaat ABN Amro*), r.o. 3.6.5 i.f.

²¹ Afhankelijk van de uitleg van de derivatenovereenkomst, kan de prestatie die de bank verricht als een risico-overname worden beschouwd (de 'risico-uitleg') en zodoende het onderwerp worden van een terugbetalingsverbintenis als bedoeld in art. 6:210 lid 2 BW en art. 6:272 lid 1 BW. Een risico-overname is een prestatie die naar de aard niet ongedaan is te maken, en dus moet de waarde daarvan in beginsel worden geschat op de marktwaarde ten tijde van de ontvangst.

vernietigen van de derivatenovereenkomst met instandlating van de kredietovereenkomst tegen steeds lagere variabele rente levert een voordeel op wat niet zou zijn genoten als de rente was *gestegen*. De klant heeft door de renteswap bescherming genoten tegen een risico van rentestijging, ook al heeft dit risico zich niet verwezenlijkt,²² en daarin **[285]** moet de waarde van de tegenprestatie worden gezien voor de toepassing van art. 6:210 lid 2 BW. Als het aannemelijk is dat de dwalende – zou hij goed zijn voorgelicht over de voor- en nadelen van het combineren van een kredietovereenkomst met een rentederivaat – zou hebben gekozen voor een andere manier om zich in te dekken tegen renteschommelingen, dan levert het toestaan van een vernietiging én ongedaanmaking van de betalingen uit de derivatenovereenkomst een ‘niet gerechtvaardigd resultaat op dat hij zich, in de wetenschap van de renteontwikkeling die zich inmiddels heeft voorgedaan, achteraf door een beroep op dwaling zou kunnen onttrekken aan de aan zijn keuze inherente gevolgen’.²³ Daarom moet de klant, als komt vast te staan dat deze bij een juiste voorstelling van zaken het renterisico óók zou hebben afgedekt maar op een andere wijze, bijvoorbeeld met een kredietovereenkomst tegen een vaste rente, in de positie worden gebracht alsof hij die keuze zou hebben gemaakt. De wederzijdse ongedaanmakingsverplichtingen dienen daarnaar te worden ingericht, aldus de Hoge Raad.²⁴ En daarop laat de Hoge Raad een fraaie overweging volgen waaruit blijkt dat het biljartbalartikel lid is van een grotere familie:

“Het past in het stelsel van de wet en sluit aan bij de in de wet geregelde gevallen om de gevolgen van een beroep op dwaling op de hiervoor beschreven wijze te beperken. In dit verband kan worden gewezen op de volgende aanknopingspunten. Volgens art. 6:228 lid 2 BW kan de vernietiging niet worden gegrond op een dwaling die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Art. 6:230 BW biedt bij dwaling de mogelijkheid om op verlangen van een van partijen, in plaats van vernietiging, de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen op een manier die het nadeel van de dwalende afdoende opheft. Buiten de regeling van de dwaling zijn te noemen art. 3:54 lid 2 BW, dat voor misbruik van omstandigheden eenzelfde regeling kent als art. 6:230 lid 2 BW, art. 6:278 BW, waarin de gevolgen van de ongedaanmaking van een overeenkomst worden beperkt indien aan de keuze van een partij om de overeenkomst te ontbinden of op andere wijze ongedaan te maken, mede ten grondslag ligt dat de verhouding in de waarde van de prestaties inmiddels in haar voordeel is veranderd, en art. 3:53 lid 2 BW, dat bepaalt dat de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking kan ontfagen indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Daarnaast kan worden gewezen op de mogelijkheid dat een beroep op algehele vernietiging wegens dwaling moet afstuiten op art. 6:248 lid 2 BW indien dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.”²⁵

Het belang van deze overweging is groot. De Hoge Raad schetst een ‘stelsel van de wet en de daarin geregelde gevallen’. Ik denk dat de Hoge Raad bedoelt een aantal **[286]** wetsartikelen op een rij te zetten die de remedie van vernietiging tot aanvaardbare proporties terugbrengt volgens het beginsel ‘dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt’.²⁶ In de sleutel van dat beginsel kunnen zeker art.

²² HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, *NJB* 2019/2116 (*rentederivaat ING*), r.o. 4.5.3.

²³ HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJB* 2019/1565 (*rentederivaat ABN AMRO*), r.o. 3.6.6.

²⁴ R.o. 3.6.7.

²⁵ R.o. 3.6.8.

²⁶ Bijv. HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, *NJ* 2006/378 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*). Daarover W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt - Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boomjuridisch 2020, p. 99.

6:230 lid 2 BW en art. 3:54 lid 2 BW worden gezet, net als art. 6:278 BW en art. 6:248 lid 2 BW.²⁷

De Hoge Raad brengt zelf een verband aan tussen de omstandigheden waaronder een beroep op het wilsgebrek dwaling wordt gedaan en de mate waarin de remedie van de vernietiging toepassing behoort te vinden. Eigenlijk wordt door de Hoge Raad een tweedeling gemaakt tussen die gevallen waarin zonder het wilsgebrek de transactie geheel geen doorgang zou hebben gevonden en die waarin de transactie met deze wederpartij wel zou zijn doorgegaan maar anders zou zijn vormgegeven of op andere voorwaarden zou zijn gesloten.²⁸ In dat laatste geval kan aanpassing om het geleden nadeel weg te nemen, een passender remedie zijn dan een stoot tot algehele ongedaanmaking. Deze benadering versterkt de band tussen het schadevergoedingsrecht en het leerstuk van vernietiging. Weliswaar is de hoofdregel dat vernietiging wegens wilsgebreken ook mogelijk is als geen sprake is van enig nadeel,²⁹ maar als vaststaat dat dan wel zou zijn gecontracteerd maar op andere voorwaarden dan ligt het in het verlengde van de rechtspraak van de Hoge Raad voor de hand om niet volledig ongedaan te maken maar om te kijken hoe met een vergoeding in geld die 'andere voorwaarden' kunnen worden genaderd. Vernietiging geeft dan dus niet het recht om in de situatie te worden gebracht dat in het geheel niet zou zijn gecontracteerd, maar in de situatie die zou zijn ontstaan als zou zijn gecontracteerd zonder wilsgebrek.

Ook in ander opzicht zien we dat de band tussen het schadevergoedingsrecht en het leerstuk van vernietiging wordt versterkt. Er bestaan in het schadevergoedingsrecht namelijk ook andere manieren om te bereiken dat degene die de stoot tot schadevergoeding verricht, geen voordeel achterhoudt. Die gevallen passen in zekere zin ook in het genoemde 'stelsel van de wet'. Dat zien we in twee zaken waar het ging om een aantal gelijksoortige overeenkomsten waarbij enerzijds sprake was van precontractuele zorgplichtschending en anderzijds van inherente beleggingsrisico's. De klant die aanspraak maakte op schadevergoeding, wilde het behaalde speculatievoordeel buiten de discussie houden. De Hoge Raad houdt niet van dergelijk 'cherry picking', zo bleek.³⁰

[287] In de zorgplichtzaak *N/Staalbankiers* vorderde de klant vergoeding van schade die het gevolg was van zorgplichtschending door de bank; deze had ten onrechte bepaalde marginvereisten niet afgedwongen en daardoor had de klant grotere risico's kunnen nemen dan verantwoord was. Bij sommige van de beleggingstransacties die de klant had verricht, traden verlies op. Deze wilde hij vergoed zien. Echter, de zorgplichtschending was ook in andere transacties met de klant geschonden en soms waren die transacties toch met winst geëindigd (daar had het risico zich dus niet gerealiseerd). Per saldo was het beleggingsresultaat van de klant positief. Daarom onthield de Hoge Raad *elke* bescherming aan de klant nu de overtreden normen 'wel strekken tot bescherming van de cliënt tegen

²⁷ M.i. passen art. 6:228 lid 2 BW en art. 3:53 lid 2 BW minder goed in dit 'stelsel van de wet'.

²⁸ Immers, de Hoge Raad (r.o. 3.6.7) maakt onderscheid tussen gevallen waarin de dwalende bij afwezigheid van de dwaling niet voor het afdekken van het renterisico zou hebben gekozen (dus: geen aankoop derivaat) en gevallen waarin de dwalende voor een andere vorm van het afdekken zou hebben gekozen (dus bijvoorbeeld: een vastrentende kredietovereenkomst).

²⁹ Zie voor dat uitgangspunt bij de wilsgebreken bijv. HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559, *NJ* 2001/159; HR 27 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:95, *NJB* 2017/314 en HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJB* 2019/1565 (*rentederivaat ABN AMRO*), r.o. 3.6.3.

³⁰ Vgl. J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, *NJ* 2013/40.

relatief te grote financiële risico's, maar niet tot een zo selectieve bescherming tegen elk (koers)verlies dat de belegger op een transactie lijdt als door [eiser] bepleit.³¹

In de aandelenleasezaak *Van der H/Dexia* was sprake van een klant die meerdere soortgelijke leaseproducten had afgenomen van Dexia.³² De klant vorderde schadevergoeding ten aanzien van de verlieslatende producten en liet de producten die hem winst hadden verschaft buiten beschouwing. Dat is ook 'cherry picking'. Het verwijt aan Dexia is namelijk dat deze bij de verkoop van deze producten tegenover de klant de waarschuwings-, onderzoeks- en adviesplicht niet is nagekomen zodat de klant lichtvaardig ongewenste risico's op zich heeft genomen. Als dat verwijt *alle* soortgelijke overeenkomsten treft die de klant heeft gesloten met Dexia, dan moeten niet alleen de verlieslatende overeenkomsten maar ook de winstgevendende in ogenschouw worden genomen. In de betreffende zaak werd daarom voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) gebruikt om te salderen.³³

4. Conclusie

Het biljartbalartikel probeert te voorkomen dat een contractspartij ontbinding of vernietiging inroept (of anderszins een beroep op onverbindendheid doet), terwijl het aannemelijk is dat hij daartoe niet zou zijn overgegaan als de oorspronkelijke waardeverhouding van de verrichte prestaties niet zou zijn gewijzigd. Het artikel is lid van de familie van wetsbepalingen die ervoor zorgen dat de stoot tot ongedaanmaking niet verder reikt dan de strekking van de onderliggende norm meebrengt en dat er niet aan 'cherry picking' wordt gedaan. Het kan zijn dat de stoot tot ongedaanmaking wordt ingegeven door onzuivere motieven, opportunisme, oneigenlijk gebruik, strategische of speculatieve motieven, maar er kunnen ook andere redenen zijn waarom iemand in het licht van de gewijzigde waardeverhoudingen de stoot tot ongedaanmaking geeft, zoals wrevel en wrok of onkunde over minder ingrijpende alternatieven (als die er zijn). En een partij met principes **[288]** kan zich natuurlijk ook laten leiden door onverzoenbare rechtschapenheid, onafhankelijk van gewijzigde waardeverhoudingen. Het motief moet dus worden onderzocht. De rechter die na onderzoek tot de conclusie komt dat het aannemelijk is dat er verband is tussen de stoot en de gewijzigde waardeverhouding, mag dus tot de conclusie komen dat de slecht gekrijte keu naast stoot en het laken heeft gescheurd.

³¹ HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7320, NJ 2010/67 m.nt. M.R. Mok (*N/Staalbankiers*).

³² HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012, NJ 2013/40 m.nt. J.B.M. Vranken (*Van der Heijden/Dexia*).

³³ Vgl. in ander verband ook H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 323 e.v. die het verband tussen art. 6:278 BW en art. 6:100 BW legt.