

## Ruilverhouding, wederzijdse dwaling en onvoorziene omstandigheden

W.H. van Boom

Verschenen in: NTBR 2023/6, p. 235-239

*Uit twee arresten uit 1959 volgt dat bij wederzijdse dwaling over de verhouding tussen prijs en prestatie het nadeel wordt gedragen door degene die het toevallig treft. De vraag is: geldt deze klassieke toedelingsregel nog na het coronahuur-arrest? Daarin bepaalde de Hoge Raad namelijk dat tussen verhuurder en huurder het nadeel door de lockdown van 2020 gelijkelijk moet worden gedeeld. Heeft het geloof van de Hoge Raad in 'share the pain' bij onvoorziene omstandigheden tot gevolg dat we nu ook aan 'share the gain' bij wederzijdse dwaling moeten gaan denken? De auteur denkt van wel.*

### Inleiding

**[235]** Uit twee uitspraken uit 1959 volgt dat bij wederzijdse dwaling over de herkomst of eigenschappen en daarmee de waarde van een verkocht object het nadeel in beginsel daar blijft rusten waar het toevallig valt. Allereerst is er het arrest *Berglandschap Seghers*, waarin de Hoge Raad kort gezegd oordeelde dat de dwalende koper behoudens andersluidende afspraak het risico op zich neemt dat het gekochte schilderij toch van een andere en minder gewaardeerde meester blijkt te zijn.<sup>1</sup> In de tweede plaats is er het arrest *Kantharos van Stevensweert*, waarin wordt geoordeeld dat als iemand een object verkoopt tegen een prijs die achteraf blijkt veel te laag te zijn omdat partijen dwaalden over de herkomst van het object, de dwalende verkoper pech heeft: hij heeft met de transactie de kans prijsgegeven dat de zaak achteraf onvermoede hoedanigheid kon hebben.<sup>2</sup> Bij wederzijdse dwaling over de eigenschappen of herkomst van de verkochte zaak en daardoor over de verhouding tussen prijs en prestatie (hierna: de ruilverhouding), wordt het nadeel dus gedragen door degene die toevallig getroffen wordt door het onevenwicht in ruilverhouding.<sup>3</sup>

Hier stel ik de vraag hoe de risicotoedeling uit deze twee arresten zich verhoudt tot de risicoverdeling in het arrest *coronahuur* (2021).<sup>4</sup> Dat vergt enige uitleg, want dat arrest gaat niet over wederzijdse dwaling bij de totstandkoming maar over onvoorziene omstandigheden die zich ná het sluiten van de overeenkomst voordoen. Toch meen ik, zoals hierna zal blijken, dat er een verband is tussen deze twee leerstukken: in wezen betreffen ze allebei een contractrisico door een gemeenschappelijk informatietekort op het moment van contracteren. Zou dat kunnen betekenen dat het coronahuur-arrest ook van belang is bij wederzijdse dwaling? Ik verken die vraag als volgt. Allereerst ga ik kort in op wat in het arrest *coronahuur* is geoordeeld. Vervolgens behandel ik de verhouding van het leerstuk van wederzijdse dwaling tot het leerstuk van de onvoorziene

---

<sup>1</sup> HR 3 april 1959, NJ 1959/179 (*Berglandschap Seghers*).

<sup>2</sup> HR 19 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:217, NJ 1960/59 (*Kantharos van Stevensweert*).

<sup>3</sup> Vgl. K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 231 e.v.

<sup>4</sup> HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, NJ 2023/2 (*coronahuur*).

omstandigheden in gevallen van onevenwicht in ruilverhouding. Ten slotte kom ik tot een voorzichtige beantwoording.

### Het coronahuur arrest

In het *coronahuur* arrest moest de Hoge Raad onder meer oordelen over de vraag of de eerste lockdown van 2020 voor lopende huurcontracten van horecaondernemers een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW opleverde.<sup>5</sup> De Hoge Raad oordeelde dat als een huurder die voor zijn omzet afhankelijk is van de komst van publiek, als gevolg van overheidsmaatregelen in verband met de coronapandemie geen of veel minder publiek trekt en dus omzet verliest, een beroep kan doen op art. 6:258 BW. Bij huurovereenkomsten die al bestonden voor 15 maart 2020 (de dag van de lockdown) kan worden aangenomen dat de waarde van het gebruiksrecht van het gehuurde zo sterk is verminderd dat de waardeverhouding tussen de wederzijdse prestaties van de verhuurder en de huurder – de **[236]** ruilverhouding dus – in ernstige mate is verstoord en dat die verstoring niet is verdisconteerd in het contract, aldus de Hoge Raad. Deze omstandigheid valt niet in de risicosfeer van de huurder, maar ook niet in die van de verhuurder. Daarom moet de verstoring van de ruilverhouding ondervangen worden door dit nadeel (d.w.z. de verstoring) *gelijk* te verdelen over de verhuurder en de huurder, aldus de Hoge Raad.<sup>6</sup> Dit wordt wel aangeduid met het *share the pain*-beginsel. De Hoge Raad geeft vervolgens een rekenmodel dat erop neerkomt dat bij een tijdelijk volledig wegvallen van de omzet (en behoudens aftrek vanwege evt. overheidssteun voor vaste lasten) de huur met 50 procent wordt gereduceerd. Afwijkende risicoverdelingen zijn denkbaar, maar het is toepassen of uitleggen.<sup>7</sup>

### Gemeenschappelijke dwaling over ruilverhouding

Van wederzijdse dwaling in de zin van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW is sprake als beide partijen bij een overeenkomst ten tijde van het contracteren een onjuiste voorstelling van zaken hebben. Deze vorm van dwaling betreft dus een *gemeenschappelijke* onjuiste voorstelling van zaken, waarbij vervolgens één van beide partijen zich op het wilsgebrek beroept.<sup>8</sup> Het is bij gemeenschappelijke dwaling over het evenwicht in de ruilverhouding meestal zo dat degene die daar financieel gezien het nadeel van ondervindt, ook degene is die het wilsgebrek inroept; de ander lijdt geen schade maar geniet juist een voordeel en heeft dus geen belang bij aantasting. Zodra de ene partij zich verschoonbaar op dwaling beroept en de andere partij stelt ook niet de werkelijke

---

<sup>5</sup> HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, NJ 2023/2 (*coronahuur*).

<sup>6</sup> Ik merk op dat de enkele uitdrukking ‘het nadeel’ verwarrend kan zijn omdat niet het volledige nadeel voor de huurder door de onvoorziene omstandigheid wordt verdeeld maar ‘slechts’ een reductie plaatsvindt van de contractuele huurpenningen evenredig aan het onvoorziene omzetverlies (r.o. 3.3.4 e.v.).

<sup>7</sup> Naar de stand van het huidige recht zou een casus als in HR 17 juni 1949, ECLI:NL:HR:1949:AC4925, NJ 1949/544 (*AKU/Stalen Steiger*) aan de orde was, waarschijnlijk dus anders uitpakken: de verhuurder zou slechts 50% van de huursom kunnen vorderen van de huurder die door gedwongen evacuatie geen gebruik kon maken van het gehuurde.

<sup>8</sup> De uitdrukking ‘wederzijdse dwaling’ zou dus beter ‘gemeenschappelijke dwaling’ kunnen zijn. Zo wordt in het Engels de term *mutual mistake* gebruikt voor het vraagstuk van misverstand (art. 3:33 en 35 BW) terwijl *common mistake* het vraagstuk betreft dat bij ons in art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW is ondergebracht.

feiten te hebben gekend, is de route van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW geopend.<sup>9</sup> Veel meer is niet nodig en dat is in vergelijking met de twee andere vernietigingsgronden van lid 1 een bijzonder lage drempel. Daarom ligt bij wederzijdse dwaling het accent niet op lid 1. Of de overeenkomst wel of niet vernietigbaar is c.q. moet worden aangepast, wordt vooral beslist door de risicotoedeling van lid 2.<sup>10</sup> Daaruit volgt namelijk dat de aantastbaarheid van de overeenkomst afhankelijk is van de vraag voor wiens rekening de dwaling behoort te komen, gezien de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval. De twee arresten uit 1959 geven zo bezien dus toepassing aan de open norm van lid 2 en alloceren de risico's van kopersdwaling en verkopersdwaling bij koper respectievelijk verkoper.

Waar art. 6:228 BW ophoudt omdat de omstandigheid waarover wordt gedwaald, in de toekomst ligt die begint zodra het contract is gesloten, pakt art. 6:258 BW het stokje over. Van onvoorziene omstandigheden is sprake als er na het sluiten van de overeenkomst omstandigheden ontstaan die niet zijn verdisconteerd in de overeenkomst.<sup>11</sup> Denk aan een ernstige verstoring in de waardeverhouding, de onbereikbaarheid van het doel van de overeenkomst of een aanzienlijke economische verzwaring van de nakoming voor een van de partijen. De rechter heeft veel ruimte om het contract te ontbinden danwel te wijzigen (art. 6:258 lid 1 BW), maar dient het contract ongewijzigd te laten *voor zover* de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die de wijziging of ontbinding vordert (lid 2). Deze **[237]** ruimte behelst dus zowel de mogelijkheid om het nadeel *toe te delen* aan de een of de ander of om het te *verdelen* tussen partijen.

Een enkele waardeinstijging of -daling na uitvoering van het contract als gevolg van toe- of afnemende vraag naar het betreffende goed geeft natuurlijk geen toegang tot art. 6:258 BW. Het contract is nagekomen en wat er daarna gebeurt met de marktwaarde van het goed, is voor rekening en risico van de koper. Dat kan anders zijn als de stijging of daling als gevolg van onvoorziene omstandigheden na contractsluiting maar vóór aflevering plaatsvindt. Als het voor de verkoper door onvoorziene economische ontwrichting opeens veel duurder is geworden om na te komen, kan art. 6:258 BW wél een rol spelen. En daar zien we het verband met de *coronahuur* zaak. Daar ging het ook om de verstoring van ruilverhouding bij de nakoming en de vraag of er een specifieke risicotoedeling bestaat in de contractuele rechtsverhouding met betrekking tot die wijziging. Verstoring van de ruilverhouding bij huur van bedrijfsruimte door 'dwaling' over de toekomst is verstoring van een *globale* voorstelling van zaken over de ruilverhouding tussen huurgenot en huurprijs op het moment van contracteren. Op dat contracteermoment worden in de regel door partijen bepaalde goede en kwade kansen van de marktontwikkeling verdisconteerd in de prijsstelling. Is de huurprijs een vast bedrag, dan komen de tegenvallers en meevallers wat betreft de omzet voor rekening en risico van de huurder. Maar onder wat *globaal* is verdisconteerd, vallen niet de gevolgen van de ongekende overheidsmaatregelen in de coronacrisis voor de ruilverhouding tussen huursom en de waarde van het huurgenot, aldus de Hoge Raad.<sup>12</sup> Die gevolgen moeten aan de hand van het *share the pain*-beginsel gelijkelijk worden gedeeld.

---

<sup>9</sup> Dit is precies wat M.A.B. Chao-Duivis, *WPNR* 6080 (1993) bepleit.

<sup>10</sup> De nadruk op lid 2 is bij wederzijdse dwaling al eerder gelegd door o.a. Smits, J.M. Smits, 'Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling', *RM Themis* 1993, p.510 e.v.

<sup>11</sup> *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 968.

<sup>12</sup> HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, *NJ* 2023/2 (*coronahuur*), r.o. 3.2.4. De Hoge Raad heeft hiermee dus een uitlegregel geformuleerd. Opmerkelijk genoeg past de Hoge Raad de uitlegregel óók toe op

## Share the pain or the gain?

Wat art. 6:258 BW is voor wederzijdse dwaling over de ruilverhouding in de toekomst bij de uitvoering van de overeenkomst, is art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW voor wederzijdse dwaling over de ruilverhouding ten tijde van het contracteren. Welbeschouwd dienen deze wetsartikelen in dat soort gevallen een in essentie vergelijkbaar doel: het remediëren van een wederzijdse onjuiste voorstelling van zaken over de ruilverhouding die tot het fundament van de overeenkomst is gaan behoren.<sup>13</sup> De raakvlakken zijn kort gezegd deze: (1) de niet-verdisconteerde wijziging van toekomstige omstandigheden is vergelijkbaar met de niet-verdisconteerde (want aan partijen onbekende) feiten die de wederzijdse dwaling teweegbrengen; (2) voor één van partijen betreffen die omstandigheden of feiten een zo essentieel kenmerk of aspect van de overeenkomst dat deze partij niet had gecontracteerd of niet onder dezelfde voorwaarden als deze daarvan had geweten; (3) de overeenkomst moet terzijde worden gesteld of worden aangepast om de ruilverhouding te herstellen.

Nu zagen we dat bij wederzijdse dwaling al snel de nadruk komt te liggen op de risicotoedeling die uit het contract voortvloeit. Dat is begrijpelijk vanuit een klassiek *alles-of-niets* perspectief waarbij moet worden gekozen tussen toedeling aan de dwalende of aan de wederpartij zonder dat een van hen meer verantwoordelijkheid draagt dan de ander voor de disbalans in ruilverhouding. De arresten uit [238] 1959 kunnen dus worden verstaan als toepassing van de risicotoedelingsregel uit art. 6:228 lid 2 BW. Intussen is er sinds 1959 het nodige veranderd; door het proportionaliteitsdenken van de afgelopen decennia is *toedelen* in een aantal gevallen veranderd in *verdelen*. Het *coronahuur*-arrest staat ook in deze sleutel. Als we de rechtsregel uit dat arrest serieus nemen, dan volgt eruit dat het nadeel door een wederzijdse onjuiste voorstelling van zaken over de toekomstige ruilverhouding die tot het fundament van de overeenkomst is gaan behoren die noch in de risicosfeer van de een, noch in die van de ander valt, gelijkelijk moet worden verdeeld.<sup>14</sup> De vraag is dan of er argumenten zijn om tot verdeling over te gaan in plaats van toedeling in gevallen van verkopersdwaling en kopersdwaling over de ruilverhouding. Die argumenten zijn er volgens mij. Zowel bij koop als bij huur maakt de afgesproken 'fixatie' van de te betalen prijs dat het risico van

---

huurcontracten die voorzien in een basishuurprijs die afhankelijk van de omzet wordt aangevuld (r.o. 3.2.4), terwijl ik me kan voorstellen dat bij dat type prijsafspraken eerder van verdiscontering sprake kan zijn.

<sup>13</sup> De samenhang tussen wederzijdse dwaling en onvoorziene omstandigheden komt mooi tot uitdrukking in § 313 BGB, alwaar in Abs. 1 (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) het laatstgenoemde en in Abs. 2 (*Fehlen der Geschäftsgrundlage*) het eerstgenoemde leerstuk wordt geregeld. Zie ook E. Hondius en H.C. Grigoleit, 'General comparative remarks: Converging tendencies, remaining differences and the unsolved mystery of adjustment', in: E. Hondius en H.C. Grigoleit (red.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge: CUP 2011, p. 651-652, die ook op de samenhang wijzen voor andere rechtsstelsels.

<sup>14</sup> In zoverre vergt HR 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7321, NJ 2002/106 (*Ruinemans/Heijmeijer*) enige nuancering. Daar werd in cassatie geopperd dat 'indien sprake is van wederzijdse dwaling en de rechter de overeenkomst niet vernietigt maar wijzigt, het nadeel in beginsel bij helfte over beide partijen moet worden verdeeld' maar die opvatting vindt 'in haar algemeenheid geen steun in het recht' aldus de Hoge Raad (r.o. 3.12). Stel dat indachtig het *coronahuur* arrest aan de Hoge Raad wordt geopperd dat indien sprake is van wederzijdse dwaling die noch in de risicosfeer van de een, noch in die van de ander valt, en de rechter de overeenkomst wijzigt, het nadeel in beginsel bij helfte over beide partijen moet worden verdeeld. In dat geval lijkt mij voor de hand te liggen dat de Hoge Raad zal oordelen dat die opvatting in haar algemeenheid wel steun in het recht vindt.

een onevenwichtige ruilverhouding bij de koper respectievelijk de huurder wordt gelegd. Als nu deze 'fixatie' bij huur niet in de weg staat aan de toepassing van de regel van wederzijdse 'dwaling' van art. 6:258 lid 1 BW, waarom zou het dan wel in de weg staan aan de toepassing van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW bij gevallen zoals aan de orde in de arresten uit 1959? De vraag is dan vooral of verkopersdwaling en kopersdwaling, waarin het gaat om de intrinsieke eigenschappen van het verkochte object, werkelijk anders zijn wat betreft 'risicosfeer' dan het *coronahuur*-geval, waarin het ging om een van buiten komende oorzaak, de overheidsmaatregelen. Ik vraag het me af: een intrinsieke eigenschap van een horecapand is dat het zonder bezoekers geen bestemmingswaarde heeft, net zo goed als een schilderij van de hand van een vervalsers niet de intrinsieke waarde heeft van een echt berglandschap van Seghers. Wil men de arresten van 1959 verdedigen met een veronderstelde stilzwijgende afspraak van risicotoedeling ("*ik stem ermee in dat ik verkoop/koop in de wetenschap dat de waarde van het verkochte/gekochte aanzienlijk kan afwijken als de herkomst van het object fundamenteel anders blijkt te zijn*"), dan kan ik die veronderstelde afspraak met evenveel argumenten in een huurovereenkomst inlezen ("*ik stem ermee in dat ik een huurbedrag betaal in de wetenschap dat fundamentele verstoring van het economisch verkeer ertoe leiden kan dat ik de omzet die ik verwacht te maken, niet zal behalen*"). Dat 'inlezen' van een stilzwijgende afspraak zonder feitenonderzoek is dus hachelijk.<sup>15</sup> Zou dan uit de aard van de koopovereenkomst, waar in dit verband ook wel op wordt gewezen, volgen dat de kans op een hogere waarde en het risico van een lagere waarde door onvermoede herkomst van het verkochte object bij de koper moeten rusten? Het is inderdaad de heersende leer ('de verkoper geeft de kans op een andere herkomst prijs en de koper aanvaardt het risico van een andere herkomst'),<sup>16</sup> maar waarom is onduidelijk.<sup>17</sup> Ook is niet direct evident dat een onvoorziene coronapandemie anders behandeld moet worden dan een wederzijdse dwaling over herkomst van het verkochte goed. Economisch gezien zijn de processen in elk geval goed [239] vergelijkbaar: vraag en aanbod vinden elkaar op basis van de marktomstandigheden en de informatie die voor partijen beschikbaar is op het contractermoment. Dus waarom *de aard* van de ene overeenkomst in dit opzicht anders is dan de andere, ontgaat mij vooralsnog.

Het voorgaande betekent dat het nog maar de vraag is of de arresten uit 1959 onverkort gelden in het licht van de *coronahuur* uitspraak. Denkbaar is dat er gevallen van verkopersdwaling en kopersdwaling zijn die niet meer volledig voor risico van verkoper resp. koper komen, maar waarbij de ruilverhouding juist moet worden hersteld op zodanige wijze dat de koopprijs wordt verhoogd danwel verlaagd met, laten we zeggen, vijftig procent van het gebleken verschil in ruilverhouding. Op die manier wordt *share the pain* soms ook *share the gain*. En voordat alle kunsthandelaren in de gordijnen schieten: daar waar partijen op voorhand onderzoek doen naar herkomst en in hun contract uitdrukkelijk bepalen dat onvermoede herkomst en dus aanzienlijke waardewijziging

---

<sup>15</sup> Zo ook *Asser/Hijma 7-I* 2019/355; Hijma acht juist om van geval tot geval te onderzoeken of verdiscontering heeft plaatsgevonden, zij het dat hij in nr. 357 de risicotoedeling uit *Kanthalos* kennelijk nog steeds geldend recht acht voor wederzijdse dwaling.

<sup>16</sup> *GS Verbintenissenrecht*, art. 228 (Hijma), aant. 10.10-20.

<sup>17</sup> Zie van de literatuur René Klomp, 'Valse Kunst en Privaatrecht', in: René Klomp en Constantijn Kelk, *Valse Kunst en Recht*, Amstelveen: DeLex 2011, p. 28 e.v.; F.J. de Vries, 'Een verlate annotatie bij een beschadigde Jan van Goyen (hof Amsterdam 11 september 2012, NJF 2013/12) - Over de onderzoeksplicht van de koper bij kunstkoop', *NTBR* 2020/33, p. 229 e.v. In de literatuur wordt kunstkoop vanwege het 'kansaspect' dat de Hoge Raad benadrukt, soms wel als kansovereenkomst of speculatief contract gezien (zie de verwijzingen bij De Vries, t.a.p., nt. 14). Misschien dat het onder handelaren zo wordt ervaren, maar voor het overige lijkt het me een te vergaande veralgemenisering, zeker onder partijen die geen van beiden echt iets van kunst weten.

*verdisconteerd zijn* in de contractuele kansverdeling, ligt het voor de hand om een beroep op art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW van de hand te wijzen, evenzeer als het voor de hand ligt om een huurcontract dat uitdrukkelijk geen huurvermindering toestaat ingeval van onbruikbaarheid van het gehuurde door systeem-ontwrichtende gebeurtenissen zoals oorlog, grootschalige onlusten, natuurrampen of pandemie, niet zomaar te onderwerpen aan aanpassing op grond van art. 6:258 BW.