

Artikel

Spoediger wijziging van commerciële duurcontracten

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes*

1. Inleiding¹

Dit jaar is het twintig jaar geleden dat het huidige Burgerlijk Wetboek (BW) in werking is getreden. Een van de noviteiten die het 'nieuwe' BW bracht, zijn de mogelijkheden een contract te wijzigen. De wijzigingsbevoegdheden zijn in de rechtspraak – helaas – weinig tot ontwikkeling gekomen.² Vooral bij overeenkomsten die lange tijd duren en de omstandigheden zich binnen die duur kunnen wijzigen, kan behoefte bestaan aan wijziging van het contract (met inachtneming van de aanvankelijke economische risicoverdeling). Als wijziging van het contract niet mogelijk is, hoewel daar in redelijkheid een goede reden voor is maar de wederpartij dat weigert, zal de benadeelde partij zich gaan onttrekken aan naleving van het contract. De benadeelde partij zal naarstig speuren naar tekortkomingen in de uitvoering, schending van garanties of niet-nakoming van mededelingen of mededelingsplichten bij het aangaan van het contract, alles om een stok te vinden om het contract te ontbinden of te vernietigen. De verhouding tussen partijen zal danig verstoren en partijen zullen een 'end game' spelen: de ene partij wil zo snel mogelijk tegen zo min mogelijke kosten van het contract af, de andere partij zal er nog zo veel mogelijk geld uit willen slepen. De juridi-

sche gehoudenheid van een contractspartij om op een redelijk wijzigingsvoorstel van de wederpartij in te gaan en aldus te komen tot een aanpassing van het (duur)contract, kan economisch voordelig zijn voor beide partijen (en een hoop interne en externe juridische kosten sche- len).

Een voorbeeld. Een facilitair bedrijf (licht, geluid, camera's) heeft een exclusieve overeenkomst met een omroeporganisatie voor vijf jaar, inhoudend dat het bedrijf de uitzendingen van alle tv-programma's van de omroep technisch faciliteert. De omroep zendt uit van maandag tot en met vrijdag van 8 uur 's avonds tot 8 uur 's ochtends. Enige tijd na het sluiten van het contract krijgt de omroep de mogelijkheid aangeboden om die uitzendtijden deels te verruilen met – betere – uitzendtijden van 's middags 4 uur tot 's avonds 12 uur en ook in het weekend. Partijen zitten aan elkaar vast door het exclusiviteitsbeding. Indien het facilitair bedrijf technisch in staat is de nieuwe uitzendtijden te verzorgen, is het naar mijn mening gehouden een redelijk voorstel tot wijziging van het contract in redelijkheid te aanvaarden. Bij die redelijkheid speelt een belangrijke rol dat indien de kosten voor het facilitair bedrijf als gevolg van de programmawijziging hoger worden, de omroep bereid moet zijn die extra kosten te dragen.

Wat mij betreft biedt het arrest Vodafone/ETC,³ waarin de Hoge Raad oordeelde dat bij de uitvoering van een contract de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat ook commerciële partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, een goede kapstok om tot vornoemde wijziging van een duurovereenkomst over te kunnen gaan. Als inspiratiebron kan het arbeidsrecht dienen. De Hoge Raad heeft zelfs met betrekking tot de arbeidsovereenkomst (ook een duur-

95

* Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes is advocaat bij BarentsKrans, hoogleraar privaatrecht VU, raadsheer-plv. Gerechtshof Arnhem en redacteur van dit tijdschrift.

1. Dit artikel is een bewerking van een deel van mijn artikel Redelijkheid en samenwerking in het commerciële contractenrecht, in: *Veelzijdig in cassatie (liber amicorum E. Grabandt)*, 2012, p. 343-354.

2. Zie A.S. Hartkamp, *Het nieuwe BW – ontwikkelingen sinds 1992*, AA 2012, p. 50 (onder 2.4).

3. HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC).

overeenkomst) aanvaard dat een contractspartij (veelal de werknemer) een redelijk wijzigingsvoorstel van de wederpartij (veelal de werkgever) met betrekking tot de arbeidsovereenkomst in redelijkheid moet aanvaarden.

In het navolgende bespreek ik kort de beperkte mogelijkheden naar huidig contractenrecht om een (duur)overeenkomst te wijzigen (par. 2). Daarna ga ik in op de mogelijkheid die het arrest Vodafone/ETC biedt om te komen tot een redelijke wijziging van een commercieel contract (par. 3). Vervolgens bespreek ik rechtspraak van de Hoge Raad op het terrein van de arbeidsovereenkomst dat ter inspiratie kan dienen dat een redelijk wijzigingsvoorstel van een contractspartij door de wederpartij in redelijkheid moet worden aanvaard (par. 4). Tot slot volgt een enkele afsluitende opmerking (par. 5).

2. Beperkte wijzigingsmogelijkheden van (duur)overeenkomsten

De mogelijkheden om tot wijziging van een (duur)overeenkomst te komen, zijn beperkt.

Ten eerste kan een contract gewijzigd worden op grond van een wilsgebrek (dwaling, misbruik van omstandigheden; art. 6:230 en art. 3:54 BW) of op grond van gedeeltelijke ontbinding in geval van een tekortkoming (art. 6:270 BW). In beide gevallen is aanpassing van het contract pas mogelijk als de wederpartij iets 'fouts' heeft gedaan. Het betreft geen wijziging op een neutrale grond.

Ten tweede kan een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd worden gewijzigd door gebruik te maken van de mogelijkheid van opzegging.⁴ Iedere duurovereenkomst voor onbepaalde tijd is in beginsel opzegbaar.⁵ Opzegging is mogelijk zonder dat er sprake is van een tekortkoming, wilsgebrek of onvoorziene omstandigheden.⁶ De beperking van opzegging als instrument tot wijziging van een contract is gelegen in de voorwaarden dat er sprake moet zijn van (1) een duurovereenkomst van (2) onbepaalde tijd (een duurovereenkomst voor een aantal jaren kan niet worden opgezegd). In dit verband is van belang te melden dat Hammerstein en Vranken van mening zijn dat de wederpartij van de opzeggende partij gehouden is op een wijzigingsvoorstel van de opzeggende partij in te gaan indien dit voorstel redelijk is.⁷

4. Zie A. Hammerstein, De opzegging als precisie-instrument, in: Oprecht (Struycken-bundel), 1997, p. 103 e.v.

5. Zie recent HR 28 oktober 2011, LJN BQ9854 (De Ronde Venen/Stedin). Redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat opzegging eerst mogelijk is in geval van (1) een voldoende zwaarwegende grond, (2) een bepaalde opzegtermijn, en/of (3) een aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding.

6. Zie A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten, Mon. BW A-10, nr. 14.

7. Hammerstein & Vranken, a.w., nr. 44.

Ten derde kan iedere overeenkomst door de rechter worden gewijzigd indien er sprake is van onvoorziene omstandigheden, die van dien aard moeten zijn dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht (art. 6:258 BW). De mogelijkheid een contract te wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden is uiterst beperkt. De toon is gezet door de Hoge Raad in het arrest Briljant Schreuders/ABP:

'(...) redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe (vergelijk Parl. Gesch. Boek 6, p. 969). Uit het voorgaande vloeit voort dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van een beroep op onvoorziene omstandigheden (...).'⁸

Deze zuinige uitspraak, die braaf door lagere rechters wordt geciteerd als zij geconfronteerd worden met een vordering op de voet van artikel 6:258 BW, doet de deur zo'n beetje dicht voor een wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden. Verdere richtinggevende rechtspraak van de Hoge Raad ontbreekt en de lagere rechtspraak durfde na deze voorzet van de Hoge Raad een beroep op onvoorziene omstandigheden niet of nauwelijks te aanvaarden.⁹ Zelfs een beroep op de kredietcrisis om een contract open te breken is bij mijn weten in de Nederlandse rechtspraak nimmer aanvaard.

Waar de toepassingsvoorwaarden van bestaande leerstukken (wijziging wegens een wilsgebrek, door opzegging of op grond van onvoorziene omstandigheden) om een contract te wijzigen beperkt zijn, of in de rechtspraak niet benut worden, kunnen de redelijkheid en billijkheid en het op die grond rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een belangrijke rol spelen. Ik zou willen bepleiten dat dit met zich brengt dat indien een contractspartij in geval van gewijzigde omstandigheden een redelijk voorstel doet tot wijziging van het contract, de wederpartij is gehouden daarop in redelijkheid in te gaan (een redelijke onderhandelingsplicht) en dat die wederpartij een redelijk voorstel alleen mag afwijzen indien aanvaarding redelijkerwijs niet van haar kan worden gevergd.

3. Commerciële contractspartijen moeten rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen

De Hoge Raad heeft er in het arrest Vodafone/ETC (r.o. 3.5) op gewezen dat de rechten en verplichtingen

8. HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP).

9. Zie de lagere rechtspraak genoemd door E.H. Hondius, Onvoorziene omstandigheden en het Nederlandse recht, Contracteren 2011, p. 87 en 88 (onder 4).

van partijen ten opzichte van elkaar niet alleen worden bepaald door hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen, maar ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding beheersen. De redelijkheid en billijkheid hebben een aanvullende werking ten opzichte van hetgeen is overeengekomen (art. 6:248 lid 1 BW) en een beperkende werking: het uitdrukkelijk overeengekomene kan worden opzijgezet indien een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW; volgens de Hoge Raad 'een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf'¹⁰). De grens tussen uitleggen en aanvullen is vloeïend, omdat beide gebaseerd zijn op de redelijkheid en billijkheid.¹¹

In het arrest Vodafone/ETC heeft de Hoge Raad nadrukkelijk geoordeeld dat ook bij de uitvoering van een overeenkomst de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.¹²

Waar de Hoge Raad reeds eerder had geoordeeld dat partijen in de onderhandelingsfase, welke rechtsverhouding enkel wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid en niet door een contract,¹³ rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen,¹⁴ klemmt dat temeer in de fase dat een contract gesloten is (met dien verstande dat waar een contract gesloten is, voor de aanvullende redelijkheid en billijkheid mogelijk minder ruimte bestaat bij gebrek aan een leemte).

De overweging in het arrest Vodafone/ETC, dat bij de uitvoering van een overeenkomst de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, houdt velerlei plichten in. Ten eerste kan die gehoudenheid medewerkings- of coöpera-

tieplichten omvatten.¹⁵ Ten tweede maakt de overweging het mijns inziens mogelijk dat een commerciële partij, in het bijzonder gelet op de redelijke belangen van de wederpartij in geval van gewijzigde omstandigheden, een redelijk voorstel van laatstgenoemde tot wijziging van een commercieel contract moet aanvaarden.¹⁶

In het wijzigingsproces kan een aantal stappen worden onderscheiden (die overigens soms niet eenvoudig te onderscheiden zijn en in welk verband dezelfde omstandigheden een rol kunnen spelen). Een eerste stap is te bezien of er een goede reden is een wijzigingsvoorstel te doen (bijvoorbeeld een wijziging van omstandigheden sinds het sluiten van de overeenkomst die niet is voorzien in het contract). Een tweede stap is na te gaan of het wijzigingsvoorstel redelijk is. Is dit niet het geval, dan hoeft de wederpartij daarop niet in te gaan. Is het een redelijk voorstel, dan is de derde (tussen)stap dat een heronderhandelingsplicht ontstaat. Die heronderhandelingsplicht is niet oneindig en ook niet geheel vrij. De volgende (vierde) stap houdt immers in of aanvaarding van het redelijke wijzigingsvoorstel in redelijkheid van de wederpartij geveerd kan worden (mede gelet op haar belangen).

De hier aan de orde zijnde redelijkheid betreft de aanvullende redelijkheid en billijkheid. Aan de strenge onaanvaardbaarheidsmaatstaf van de beperkende werking hoeft niet te worden voldaan. Aan een dergelijke wijzigingsmogelijkheid bij gewijzigde omstandigheden, buiten de uiterst beperkte gevallen van onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW, kan behoefte bestaan bij duurovereenkomsten (voor bepaalde of onbepaalde tijd).

4. Inspiratie uit het arbeidsrecht: de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst

Het vorenstaande idee mag voor het algemeen contractenrecht nieuw zijn, maar het arbeidsovereenkomstenrecht kan ook hier weer eens tot inspiratie dienen voor het algemene contractenrecht.¹⁷ In het Taxi Hofman-arrest heeft de Hoge Raad reeds aanvaard dat – nota bene – een werknemer:

10. Zie o.m. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (Apeldoorn/Duisterhof); HR 14 december 2001, NJ 2002, 596 (Bouwkamp/Van Dijke); HR 8 februari 2002, NJ 2002, 284 (Poelstra/Bettman); HR 20 december 2003, NJ 2003, 153 (Bollemeyer/TPG); HR 17 december 2004, NJ 2005, 271 (Ampatil/Weggelaar).
11. Zie A-G Wissink in zijn conclusie (onder 3.8) voor HR 19 november 2010, NJ 2010, 623 (Skare/Flexmen). Zie verder P.S. Bakker, Uitleg van commerciële contracten (I), WPNR (2011) 6890, p. 482-483.
12. Zie ook HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Nethou/Multi Vastgoed) (r.o. 3.5).
13. Behalve indien er sprake is van een contract dat de precontractuele fase beheerst (zoals een 'letter of intent', of 'memorandum of understanding')
14. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp) en HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO). In dat verband heeft de Hoge Raad geoordeeld dat rekening moet worden gehouden met de belangen van de afbrekende partij om de onderhandelingen af te breken, bijvoorbeeld in geval van onvoorziene omstandigheden (HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruitertij/MBO), herhaald in het arrest CBB/JPO). Een geslaagd beroep op onvoorziene omstandigheden doet zich in de precontractuele fase eerder voor dan in de contractuele fase, die wordt beheerst door het uiterst terughoudende art. 6:258 BW.

15. Zie ook art. 5.1.3 Unidroit Principles of International Commercial Contracts ('Each party shall cooperate with the other party when such cooperation may reasonably be expected for the performance of that party's obligation.') Zie daarover S. Vogenauer, in: S. Vogenauer & J. Kleinheisterkamp, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2009, p. 542 e.v. Zie ook M.W. Hesselink, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht (diss.), Utrecht 1999, p. 238-255.
16. Zie mijn artikel De eenzijdige wijziging van een contract, in: Mok-aria (M.R. Mok-bundel), 2002, p. 359 e.v.
17. Andere voorbeelden zijn de onderzoeks- en mededelingsplichten in het kader van de wils-/vertrouwensleer en de proportionele aansprakelijkheid.

‘op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Zulks wordt niet anders indien het zou gaan om gewijzigde omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen.’¹⁸

De gehoudenheid van een werknemer om, in geval van gewijzigde omstandigheden, in redelijkheid een redelijk wijzigingsvoorstel van de werkgever te aanvaarden is, indien een uitdrukkelijk wijzigingsbeding ontbreekt (art. 7:613 BW), gebaseerd op goed werknemerschap (art. 7:611 BW), een arbeidsrechtelijke uitdrukking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁹ De Hoge Raad heeft verduidelijkt dat de norm van het Taxi Hofman-arrest geen toepassing is van de terughoudende beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁰ In het arrest Stoof/Mammoet heeft de Hoge Raad zijn arrest in de zaak Taxi Hofman aldus verduidelijkt (r.o. 3.3.2):

‘Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog 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, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.’

De ‘roadmap’ om te komen tot een wijziging van de arbeidsovereenkomst bij gewijzigde omstandigheden bestaat volgens de Hoge Raad uit een aantal stappen. Ten eerste moet er een goede reden zijn voor de werk-

gever om een wijziging van de arbeidsovereenkomst voor te stellen. Ten tweede moet worden bezien of het voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst redelijk is. Ten derde moet worden gekeken 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. Deze stappen zijn heel goed te transponeren naar het algemene contractenrecht om te bezien of een contractspartij gehouden is mee te werken aan een wijzigingsvoorstel van de wederpartij in geval van gewijzigde omstandigheden.

5. Slotopmerkingen

De gehoudenheid van (commerciële) partijen om ook bij de uitvoering van een overeenkomst jegens elkaar de redelijkheid en billijkheid in acht te nemen en in dat kader rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, kan mijns inziens een opmaat vormen voor nieuwe rechtspraak waarin wordt aanvaard dat bij gewijzigde omstandigheden – buiten artikel 6:258 BW, opzegging of wijziging op grond van een wilsgebrek – een redelijk wijzigingsvoorstel van een contractspartij door de wederpartij in redelijkheid moet worden aanvaard. Een vergelijkbare norm bestaat al in het arbeidsovereenkomstenrecht. Het economisch verkeer, dat belang heeft bij duurzame contractsrelaties, zou daarmee zeer gediend zijn.

18. HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767 (Van der Lely/Taxi Hofman). Ik laat hier na te vermelden de karrenvrachten arbeidsrechtelijke literatuur en lagere rechtspraak die naar aanleiding van dit arrest zijn verschenen.

19. HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (Agfa/Schoolderman) en HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 (Parallel Entry/KLM).

20. HR 11 juli 2008, NJ 2011, 185 (Stoof/Mammoet).