

Informatieplicht en veranderde omstandigheden

Over de verhouding tussen art. 6:248 en art. 6:258 BW na HR 9 maart 2012, NJ 2012, 435, m.nt. M.M. Mendel (ASR/ Van der Stok)



Prof. mr. A.J. Verheij*



Mw. C.E. de Jager**

1. Inleiding

Stel: een consument sluit een overeenkomst met betrekking tot een financieel product. Hij verkeert in de veronderstelling dat de door hem te betalen premies fiscaal aftrekbaar zijn gedurende de looptijd van de overeenkomst. Ten gevolge van een plotse wijziging van toepasselijke fiscale regels is dat niet meer het geval. De premies zijn slechts tot het einde van het volgende kalenderjaar aftrekbaar. Dit komt voor de consument neer op een flinke verliespost van maar liefst tienduizenden euro's. Op wie dient het risico te rusten van het veranderde fiscale regime? Op de consument of op de verzekeraar? Anders gezegd, kan de consument nog van de overeenkomst af of heeft hij recht op schadevergoeding? Wij durven de veronderstelling aan dat de meeste mensen deze vraag bevestigend zullen beantwoorden. Het lijkt immers niet redelijk dat de consument met een fors verlies blijft zitten mede omdat hij geacht mag worden minder goed op de hoogte te zijn van aanstaande wijzigingen in het fiscale regime dan een grote en professionele partij als een verzekeraar. Tot zover de onderbuikgevoelens. Juristen zullen misschien dezelfde spontane reactie voelen opkomen, maar zij zullen zich – terecht – direct de vraag stellen op welke grond de consument van de overeenkomst af zou kunnen respectievelijk recht zou hebben op schadevergoeding. Op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW), dwaling (art. 6:228 BW) of onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) om de meest voor de hand liggende grondslagen voor aantasting te noemen¹

Bovenstaande casus is een versimpelde weergave van één van de vragen die aan de orde was in *ASR/ Van der Stok*. De reacties op dit arrest zijn tot dusverre verdeeld.² Wij menen dat de Hoge Raad een juiste beslissing heeft genomen, maar vragen ons wel af wat de grondslag daarvan is. Dit aspect is tot dusverre bij bespreking van het arrest buiten beschouwing gebleven. Veelzeggend voor de complexiteit van de zaak is dat rechtbank, hof, advocaat-generaal en Hoge Raad allerminst op één lijn zaten: rechtbank en A-G gaven verzekeraar ASR gelijk, hof en Hoge Raad Van der Stok. Na een samenvatting van de procedure tot en met de uitspraak van de Hoge Raad (paragraaf 2-3), volgt ons commentaar (paragraaf 4). Wij sluiten af met een conclusie (paragraaf 5).

2. Feiten

Voor het begrip van de lezer echter eerst enige achtergrondinformatie. In 1990 zijn de fiscale regels die golden voor aftrekbaarheid van de premies van levensverzekeringen gewijzigd. Gold voorheen dat de premies gedurende de gehele looptijd van de verzekering aftrekbaar waren, na de wijziging was nog maar een zeer beperkte aftrek mogelijk. Zoals gebruikelijk in het belastingrecht wordt de wijziging op zeer korte termijn doorgevoerd om anticipatie te voorkomen. Net in die periode sluit Van der Stok bij ASR een levensverzekering af in de verwachting dat de premies gedurende de gehele looptijd van de verzekering fiscaal aftrekbaar zijn. De fiscus stelt zich echter op het standpunt dat de levensverzekering onder het nieuwe fiscale regime valt zodat aftrek nog maar zeer beperkt mogelijk is. Van der Stok begint een procedure tegen de fiscus, maar wordt uiteindelijk door de Hoge Raad in het ongelijk gesteld. Van der Stok wendt zich nu in een civiele procedure tot ASR met het verwijt dat deze hem had moeten waarschuwen voor het risico dat de belastingdienst van oordeel zou kunnen zijn dat de levensverzekering onder het nieuwe fiscale regime zou vallen. Ook hier wordt weer tot en met de Hoge Raad doorgeprocedeerd. Het is dit arrest dat in dit artikel centraal staat.

Dan nu de precieze gang van zaken. Op 9 oktober 1990 heeft Van der Stok bij zijn tussenpersoon een voor AMEV, rechtsvoorgangster van ASR (hierna: ASR), bestemde aanvraag voor een levensverzekering met lijfrenteclausule (hierna: de levensverzekering) ingediend door middel van – zo begrijpen wij –

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenisrecht aan de faculteit rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen.

** Research master student aan de faculteit rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Zie onder meer HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182-184, m.nt. JBMV (effectenlease).
2. Volgens T.J. Dorhout Mees AV&S 2012/3 benadrukt de uitspraak het Kafkaëske karakter van onze maatschappij, terwijl Mendel het in zijn NJ-annotatie eens is met de beslissing van de Hoge Raad.

het invullen van een aanvraagformulier. Op diezelfde dag heeft hij de voor die verzekering voor het eerste jaar verschuldigde premie van f 17.116 contant aan de tussenpersoon voldaan. Vanaf dat moment gaan het aanvraagformulier en het geld elk hun eigen weg.

Geld

De tussenpersoon heeft het premiebedrag op 15 oktober 1990 aan het rayonkantoor van ASR in Den Haag afgegeven tegen ontvangst van een kwitantie. Het premiebedrag is op 17 oktober 1990 door het rayonkantoor bij het hoofdkantoor van ASR gestort.

Aanvraagformulier

Wat hiermee precies is gebeurd, blijft onduidelijk. Bij ASR bestond destijds geen registratiesysteem voor aanvraagformulieren van levensverzekeringen.³ Wanneer het formulier bij het hoofdkantoor is binnen gekomen, komt derhalve niet vast te staan. Op 18 oktober 1990 heeft het hoofdkantoor van ASR het polisblad van de levensverzekering aan Van der Stok afgegeven. Daarop is onder meer vermeld:

“De premie voor deze verzekering bedraagt f 17116 per jaar en is verschuldigd vanaf 01-10-1990. Voor de laatste maal op 01-10-2006. (...) De aftrekbare premie bedraagt f 17116 per termijn van premiebetaling.”

Wijziging regels aftrekbaarheid

Inmiddels zijn de regels voor aftrekbaarheid van premies van levensverzekeringen gewijzigd.

- Op 15 oktober 1990 heeft het Ministerie van Financiën een persbericht uitgebracht waarin mededeling wordt gedaan van een nota van wijziging die door de minister en de Staatssecretaris van Financiën is ingediend bij de ministerraad. Deze houdt voor zover hier van belang in dat de premies van levensverzekeringen die op of na 16 oktober 1990 zijn afgesloten nog slechts in zeer beperkte mate aftrekbaar zullen zijn.
- Op 26 oktober 1990 is een tweede persbericht uitgebracht waarin – kort gezegd – staat dat de regels voor aftrek van premies zijn gewijzigd in de zin als bedoeld in het vorige persbericht.

De fiscus is van mening dat de levensverzekering tussen Van der Stok en ASR na 15 oktober 1990 tot stand is gekomen zodat de premies slechts aftrekbaar zijn tot en met 1 december 1991.⁴ Dit betekent dat Van der Stok gedurende vijftien jaar nadien f 17.116 per jaar aan premies moet betalen die niet fiscaal aftrekbaar zijn. Van der Stok stelt daartegen tevergeefs bezwaar, beroep en cassatie in. Hij begint daarna – we zijn inmiddels in 2007 aanbeland – een civiele procedure tegen ASR.

3. Procedure

Van der Stok daagt ASR voor de Rechtbank Utrecht en vordert een verklaring voor recht dat ASR wanprestatie heeft gepleegd door een ondeugdelijk product aan hem te verkopen, dat de rechtbank de overeenkomst met terugwerkende kracht zal ontbinden en ASR zal veroordelen tot vergoeding van de als gevolg hiervan door Van der Stok geleden schade, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 9 oktober 1990, een en ander met veroordeling van ASR in de kosten van de procedure. Na maar liefst drie tussenkomsten en het horen van vier getuigen wijst de rechtbank de vorderingen van Van der Stok af. Van wanprestatie door ASR is geen sprake omdat partijen niet zijn overeengekomen dat de premies fiscaal aftrekbaar zouden zijn. Dat dit nadien anders bleek te liggen, maakt niet dat ASR bij de nakoming van de overeenkomst is tekortgeschoten.⁵ De vraag of ASR Van der Stok had moeten wijzen op verandering van het fiscale regime wordt door de rechtbank uiteindelijk ontkennend beantwoord omdat zij ASR geslaagd acht in haar tegenbewijs van de, door de rechtbank in eerste instantie aanvaarde, stelling van Van der Stok dat het door hem ondertekende aanvraagformulier na 15 oktober 1990 door ASR is ontvangen.⁶

In hoger beroep vordert Van der Stok hetzelfde als in eerste aanleg.⁷ Het hof overweegt dat van ontbinding met terugwerkende kracht geen sprake kan zijn wegens art. 6:269 BW en wijst ook de verklaring voor recht omtrent de verkoop van een ondeugdelijk product af. Het overweegt daartoe dat geen sprake is van koop, maar van verzekering nog daargelaten de vragen of Van der Stok bij die afzonderlijke verklaring van recht voldoende belang heeft en of hier sprake is van ondeugdelijkheid van het ‘verkochte’.⁸ De vordering tot vergoeding van schade, nader op te maken bij staat, acht het hof evenwel voor toewijzing vatbaar:

3. Zie arrest hof rov. 4.9. In rov. 4.10 wordt gesproken van een “eventuele plaatsing op het aanvraagformulier van Van der Stok van een op 15 oktober 1990 gedateerde paraaf door het hoofd van het rayonkantoor (vgl. de door P. in eerste aanleg op 8 november 2008 afgelegde getuigenverklaring)” waarmee onduidelijk blijft of die handtekening nu is geplaatst of niet. De Hoge Raad neemt deze formulering over in rov. 3.8.
4. Deze datum wordt genoemd in het overzicht van de feiten in de conclusie van de A-G sub 17. In conclusie sub 2.15 wordt echter de datum van 31 december 1991 genoemd. Van die datum gaan ook Van der Stok in hoger beroep (zie rov. 4.3 arrest hof), het cassatiemiddel (inleiding) en annotator Mendel (sub 1) uit. De Hoge Raad noemt echter onder 3.1 (vii) weer 1 december 1991 als datum.
5. Te kennen uit conclusie A-G sub 1.11.
6. Te kennen uit conclusie A-G sub 1.12-1.13.
7. Rov. 4.1 hof en conclusie A-G sub 1.15.
8. Rov. 4.12.

“[A]nnemelijk is immers dat Van der Stok door het tekort schieten door AMEV, thans ASR, in de nakoming van haar verplichtingen als hiervoor onder 4.11 en 4.12 aanhef bedoeld, schade heeft geleden.”⁹

De verplichtingen waarop het hof hier doelt, zijn “de verplichtingen die op ASR als dienstverlener in verband met – de totstandkoming van – de betrokken verzekeringsovereenkomsten rustten”.¹⁰ Meer in het bijzonder noemt het hof de zorgplicht die op ASR als professionele partij rustte om Van der Stok als particulier te waarschuwen voor het risico dat de door hem gesloten overeenkomst niet van het bedoelde fiscale regime zou profiteren.¹¹ Het hof benadrukt daarbij dat ASR op de hoogte was van het aanzienlijke financiële belang van de aftrekbaarheid van de premies voor Van der Stok en dat deze aftrekbaarheid door haar uitdrukkelijk op het polisblad was vermeld. Het hof baseert de toewijzing van de vordering tot schadevergoeding van Van der Stok derhalve niet op wanprestatie, maar op schending van de precontractuele zorgplicht van ASR.

ASR gaat in cassatie en klaagt voor zover hier van belang in onderdeel 2:

“Rechtens onjuist, onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd is ‘s hofs oordeel in rov. 4.11 en 4.12 dat op ASR in de gegeven omstandigheden een zorgplicht rustte om Van der Stok te waarschuwen voor het risico dat de door hem gesloten overeenkomst niet van aftrekbaarheid van de daarvoor betaalde premie zou profiteren en dat ASR die zorgplicht heeft geschonden door Van der Stok, wiens redelijke verwachtingen omtrent de aftrekbaarheid van de desbetreffende premies door de in rov. 4.11 bedoelde mededeling op het polisblad zullen zijn beïnvloed, niet voor het risico dat hij ter zake liep te waarschuwen. Niet, althans niet zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt in te zien dat in de gegeven omstandigheden op ASR een waarschuwingsplicht rustte. Immers, zoals het hof tot uitgangspunt neemt, was de overeenkomst van levensverzekering reeds gesloten op het tijdstip dat ASR bekend werd met het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 oktober 1990. Nu een waarschuwing Van der Stok niet meer had kunnen weerhouden van het sluiten van de overeenkomst, valt niet in te zien en laat het hof ten onrechte na aan te geven waartoe zo’n waarschuwing rechtens of feitelijk zou hebben geleid.”

A-G Keus gaat hierin mee sub 2.10. Hij constateert dat het hof de mogelijkheid dat de overeenkomst reeds vóór 16 oktober 1990 tot stand was gekomen niet heeft uitgesloten en stelt dan:

“Bij die stand van zaken meen ik dat de motiveeringsklacht van het onderdeel slaagt. Een waarschuwingsplicht zoals het hof in rov. 4.11 heeft aangenomen, kan naar mijn mening slechts worden aanvaard indien ASR zich bewust was, althans zich bewust had moeten zijn, dat een door haar te geven waarschuwing Van der Stok voor op dat moment voor hem dreigende schade had kunnen behoeden. Zeker in het geval dat zou moeten worden aangenomen dat de verzekeringsovereenkomst reeds vóór 16 oktober 1990 tot stand was gekomen, is niet, althans niet zonder nadere motivering, die ontbreekt, duidelijk welke voor Van der Stok dreigende (en mogelijk nog door hem af te wenden) schade ASR ertoe had moeten brengen Van der Stok te waarschuwen voor het risico dat de door hem gesloten overeenkomst niet van het beoogde fiscale regime zou profiteren. Ook de stellingen van Van der Stok bieden geen aanknopingspunten voor de vaststelling van een concreet belang waarin Van der Stok in dat geval zou zijn geschaad doordat een waarschuwing zoals het hof heeft bedoeld, is uitgebleven. Mogelijk zou Van der Stok naar aanleiding van een dergelijke waarschuwing van de reeds gesloten overeenkomst hebben willen afzien, maar zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom ASR daarin zonder meer had moeten bewilligen.”

De Hoge Raad laat het arrest van het hof echter in stand en overweegt voor zover hier van belang in rov. 3.6:

“Het onderdeel is ongegrond. De waarschuwingsplicht die het hof heeft aangenomen hangt samen met de door het hof in aanmerking genomen omstandigheden dat bij AMEV destijds geen registratie plaatsvond van het moment van ontvangst van aanvraagformulieren voor levensverzekeringen als door Van der Stok ingediend en dat, zo al mocht worden aangenomen dat de ontvangst door AMEV van het door Van der Stok ondertekende aanvraagformulier toereikend was voor de wilsovereenstemming die vereist is voor de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst, de datum van die ontvangst niet bewijsbaar was, zodat het in meer dan een opzicht onzeker was of de belastingdienst het standpunt dat de verzekeringsovereenkomst voor 16 oktober 1990 is gesloten en derhalve onder het oude fiscale regime viel, zou aanvaar-

9. Rov. 4.12.

10. Rov. 4.12 aanhef.

11. Rov. 4.11.

den. In de gedachtegang van het hof ligt besloten dat AMEV Van der Stok had moeten wijzen op deze onzekerheid en eventueel zou hebben moeten instemmen met ontbinding van de overeenkomst, indien Van der Stok het risico van schade als gevolg van niet-afrekbaarheid van de premies niet zou hebben willen aanvaarden. Dit oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet ontoereikend gemotiveerd. Het hof heeft met dit oordeel ook niet in strijd met artikel 24 Rv de vorderingsgrondslag van Van der Stok aangevuld of feiten bijgebracht, nu het uit de stellingname van Van der Stok met betrekking tot de waarschuwingsplicht van AMEV zeer wel heeft kunnen afleiden dat Van der Stok het standpunt innam dat hij de verzekeringsovereenkomst destijds niet zonder meer wilde aangaan, en zo nodig ongedaan zou hebben willen maken indien hij op de hoogte zou zijn geweest van het risico dat de premies in verband met het tijdstip van totstandkoming van de overeenkomst niet in aftrek zouden worden aanvaard.”

4. Commentaar

4.1. Algemeen

In het onderstaande zullen wij de mogelijke grondslagen voor aantasting van de overeenkomst tussen ASR en Van der Stok achtereenvolgens behandelen (paragraaf 4.2). Onze conclusie is dat aantasting van de overeenkomst langs een andere weg had dienen plaats te vinden. Vervolgens wordt ingegaan op een wat raadselachtige formulering van de Hoge Raad. Getracht wordt deze in het systeem te plaatsen (paragraaf 4.3).

4.2. Wanprestatie & ontbinding, dwaling en onvoorziene omstandigheden

4.2.1. Wanprestatie (art. 6:74 BW) en ontbinding (art. 6:265 BW)

Van een tekortkoming is sprake indien de prestatie achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt.¹² Dat is het geval indien de schuldenaar:

- in het geheel niet nakomt;
- gebrekkig nakomt (slechtere kwaliteit levert dan overeengekomen bijvoorbeeld);
- gedeeltelijk nakomt; of
- te laat nakomt.¹³

Het feit dat de premies voor de levensverzekering niet aftrekbaar zijn, valt moeilijk in één van deze klassieke categorieën te rubriceren. De stelling van Van der Stok komt erop neer dat hij *verwachtte* dat de premies van de levensverzekering fiscaal aftrekbaar zouden zijn gedurende de looptijd van de overeenkomst, terwijl dit later niet het geval bleek te zijn. Is dit een *eigenschap* van de prestatie van ASR? Gezegd kan weliswaar worden dat het financiële product dat Van der Stok aanschafte de eigenschap heeft dat de premies fiscaal aftrekbaar zijn, maar dat wil niet zeggen dat daarmee de bestendigheid van die

fiscale aftrekmogelijkheid door ASR is toegezegd, laat staan gegarandeerd. Dat ligt in het algemeen ook niet voor de hand. Juist omdat een partij daarop geen invloed heeft, zal hij de risico's van verandering van toepasselijke regelgeving niet op zich willen nemen. Het verbaast dan ook niet dat de rechtbank oordeelde dat geen sprake was van wanprestatie van ASR. De vraag of de premies fiscaal aftrekbaar zijn, is derhalve extern ten opzichte van de overeenkomst tussen ASR en Van der Stok. Partijen hebben daarover niets afgesproken: het is een achtergrondgegeven, een veronderstelling, waar partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst vanuit zijn gegaan. Het feit dat aftrekbaarheid van de premies de levensverzekering aantrekkelijk maakt, dat dit juist de reden is dat zij door ASR wordt aangeboden en dat Van der Stok daarop ingaat, doet daar niet aan af. Voor zover Van der Stok het verwijt maakt te zijn afgegaan op een mededeling van of namens ASR dat de premies aftrekbaar waren, ligt het meer voor de hand om een beroep op dwaling te doen.¹⁴

4.2.2. Dwaling (art. 6:228 BW)

De kwestie van regelgeving die anders blijkt te zijn dan een partij had voorzien toen hij de overeenkomst sloot, was aan de orde in het bekende arrest *Booy/Wisman*.¹⁵ Wisman kocht een mobiele kraan van Booy om daarmee op verschillende plaatsen schepen te lossen. Daarom was essentieel voor hem dat hij met de kraan over de weg van de ene locatie naar de andere zou kunnen rijden. Booy verzekerde hem dat het geen probleem zou zijn om een kentekenbewijs voor de kraan te krijgen. Na de koop bleek dit echter niet te kloppen. Wisman had natuurlijk onderzoek kunnen doen, maar hij mocht vertrouwen op de mededeling van Booy zo oordeelde de Hoge Raad. Daarbij speelde een rol dat Booy als professionele handelaar in kranen en draglines deskundig was ter zake. Wisman kon dus vernietigen op grond van (thans) art. 6:228 lid 1 sub a BW.

De casus in *Booy/Wisman* en *ASR/Van der Stok* lijken in essentie identiek. In beide gevallen wordt (door

12. Broekema-Engelen, Groene Serie Verbintenissenrecht, Burgerlijk Wetboek Boek 6, art. 74, aant. 6.

13. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh, De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, 6-I, Deventer: Kluwer, nr. 317 en Groene Serie Verbintenissenrecht, Burgerlijk Wetboek Boek 6, art. 228, aant. 225 (Hijma).

14. Daarbij zij aangetekend dat het toetsingskader voor een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) en een beroep op non-conformiteit (art. 7:17 BW) vaak hetzelfde is, zie Asser/Hijma, 5-I, 2007, nr. 340 en H.N. Schelhaas, Koopovereenkomst, in: B. Wessels en A.J. Verheij, Bijzondere overeenkomsten, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 30. Wellicht was Van der Stok om die reden voor het anker van de koop van een non-conform financieel product gaan liggen. Als eerder opgemerkt, betreft het hier evenwel geen koop en bovendien bevat titel 7.17 geen op art. 7:17 BW gelijkende bepaling.

15. HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183, m.nt. GJS. Zie in dezelfde zin HR 16 mei 2008, NJ 2008, 286 (Van Velde/Roozen).

of namens) een professionele partij een mededeling gedaan over toepasselijke regelgeving die, naar mag worden aangenomen, essentieel is voor de wederpartij. Wisman en Van der Stok zouden nooit de overeenkomst hebben gesloten als zij zich ervan bewust waren geweest dat de regels anders waren dan hen was voorgespiegeld. Evenals in genoemde arresten zijn de wederpartijen van Wisman en Van der Stok professionele partijen.

We moeten echter onderscheid maken tussen twee situaties: (i) de situatie dat de overeenkomst tussen Van der Stok en ASR al tot stand was gekomen op het moment dat het fiscale regime was gewijzigd en (ii) de situatie dat de overeenkomst van levensverzekering tussen Van der Stok en ASR toen nog *niet* tot stand was gekomen.

Ad (i) Van der Stok kan de overeenkomst met ASR hoogstwaarschijnlijk vernietigen wegens dwaling (art. 6:228 lid 1 sub a BW). De informatie die hem door of namens ASR is verstrekt over de toepasselijke fiscale regels is onjuist en de casus is identiek aan die van *Booy/Wisman*.

Ad (ii) Nu steekt art. 6:228 lid 2 BW een spaak in het wiel. Dit artikel bepaalt dat vernietiging wegens dwaling niet kan worden gegrond op een *uitsluitend toekomstige omstandigheid*. Regelgeving die wijzigt na sluiting van de overeenkomst is uitsluitend toekomstig als hier bedoeld. Het criterium van de uitsluitend toekomstige omstandigheid bakent art. 6:228 BW af van art. 6:258 BW.¹⁶ Biedt dat laatste artikel misschien soelaas aan Van der Stok?

4.2.3. Onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW)

Voor verkiezing van het leerstuk van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) boven wanprestatie (art. 6:74 BW) pleit dat er – in het geval de fiscale regels wijzigden na sluiting van de overeenkomst – sprake is van een *verandering* die partijen niet in de overeenkomst hadden verdisconteerd. Een verandering in de regels kan kwalificeren als een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW.¹⁷ Aan het vereiste van een onvoorziene omstandigheid is derhalve voldaan. Dat geldt ook voor het vereiste dat de wederpartij geen instandhouding mag verwachten. Dat is slechts bij hoge uitzondering het geval, maar de ernst van de gevolgen maakt dat ook hieraan is voldaan. Bij onveranderde uitvoering van de overeenkomst zou Van der Stok immers na 1991 f 17.116 per jaar moeten betalen gedurende de resterende looptijd van de levensverzekering (vijftien jaar), dus in totaal een schadepost lijden in de vorm van een gemiste aftrekpost van maar liefst f 256.740. Ten slotte dient de onvoorziene omstandigheid op grond van de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen niet voor rekening te komen van degene die zich daar op beroept (art. 6:258 lid 2 BW). Van der Stok had waarschijnlijk juist gekozen

voor de levensverzekering van ASR om op een fiscaal gunstige wijze geld te sparen. Het doel van de overeenkomst voor Van der Stok wordt volledig ondermijnd.

4.2.4. Conclusie

Ons inziens zou de dogmatisch juiste aanvalsroute voor Van der Stok dus zijn geweest om:

- de overeenkomst te vernietigen wegens dwaling (art. 6:228 lid 1 sub a BW) indien de rechter zou oordelen dat het fiscale regime al gewijzigd was op het moment van totstandkoming van de overeenkomst; en
- ontbinding met terugwerkende kracht¹⁸ van de overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) te vorderen voor het geval dat de rechter zou beslissen dat de overeenkomst al tot stand was gekomen op het moment dat het fiscale regime wijzigde.

4.3. Waarom dient ASR in te stemmen met ontbinding?

4.3.1. ‘zou hebben moeten instemmen met ontbinding van de overeenkomst’

Het arrest van de Hoge Raad bevat een formulering die niet aanstonds duidelijk is:

“In de gedachtegang van het hof ligt besloten dat AMEV Van der Stok had moeten wijzen op deze onzekerheid en eventueel zou hebben moeten instemmen met ontbinding van de overeenkomst, indien Van der Stok het risico van schade als gevolg van niet-aftrekbaarheid van de premies niet zou hebben willen aanvaarden.”¹⁹

De woorden ‘zou hebben moeten instemmen met ontbinding van de overeenkomst’ wekken enige bevreemding in dit verband. Ontbinding op grond van art. 6:265 BW is immers een *bevoegdheid* die aan de schuldeiser toekomt. Is aan de voorwaarden van dit artikel voldaan, dan kan de partij jegens wie is tekortgeschoten, ontbinden ongeacht of zijn wederpartij daarmee instemt of niet. De schuldeiser kan zelfs voor ontbinding kiezen indien nakoming plus schadevergoeding voor haar niet wezenlijk nadeliger zou zijn.²⁰

De vraag is dus waarom ASR zou hebben moeten instemmen met ontbinding. Naar welk leerstuk verwijst het woord ‘instemmen’? Hierboven (paragraaf

16. Van Dam, in: Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 173.

17. Zie met verwijzing naar rechtspraak Groene Serie Verbindingenrecht, *Burgerlijk Wetboek Boek 6*, art. 258, aant. 31, 35.3 en 39 (Baarn en Valk).

18. Art. 6:258 lid 1 BW tweede zin.

19. Rov. 3.6.

20. HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 (Tromp en Tromp/Regency Residence).

4.2.3) werd al geconstateerd dat de wijziging in het fiscale regime een verandering van omstandigheden vormt. Art. 6:258 BW komt daarmee in het vizier. De interpretatie dat de Hoge Raad daarop doelt, loopt echter eveneens stuk op het feit dat voor toepassing van art. 6:258 BW instemming door de wederpartij evenmin een voorwaarde is. Bovendien vereist art. 6:258 lid 1 BW dat één der partijen een verlangen uitspreekt dat de overeenkomst wordt gewijzigd of ontbonden en dat verlangen was niet door Van der Stok geuit.²¹

De vraag blijft dus wat de grondslag is voor de verplichting van ASR om in te stemmen met ontbinding. Wij lopen in de volgende paragraaf drie mogelijkheden langs.

4.3.2. Drie mogelijke grondslagen

In de eerste plaats zou het in theorie denkbaar zijn dat de overeenkomst tussen ASR en Van der Stok een stilzwijgende ontbindingsclausule bevatte in geval van afschaffing van de fiscale aftrekbaarheid van de premies. Deze stelling is echter door Van der Stok niet expliciet betrokken. Het slot van rov. 3.6, waarin de Hoge Raad overwoog dat ASR had moeten instemmen met ontbinding, lijkt op het eerste gezicht toch die kant op te gaan:

“Het hof heeft met dit oordeel ook niet in strijd met artikel 24 Rv de vorderingsgrondslag van Van der Stok aangevuld of feiten bijgebracht, nu het uit de stellingname van Van der Stok met betrekking tot de waarschuwingsplicht van AMEV zeer wel heeft kunnen afleiden dat Van der Stok het standpunt innam dat hij de verzekeringsovereenkomst destijds niet zonder meer wilde aangaan, en zo nodig ongedaan zou hebben willen maken indien hij op de hoogte zou zijn geweest van het risico dat de premies in verband met het tijdstip van totstandkoming van de overeenkomst niet in aftrek zouden worden aanvaard.”

Helemaal kloppen doet het evenwel niet. Het enkele feit dat Van der Stok de verzekeringsovereenkomst niet zonder meer wilde aangaan, is niet voldoende voor de totstandkoming van een stilzwijgende ontbindingsclausule. ASR had dit ook moeten begrijpen en daarmee instemmen, of – bij ontstentenis daarvan – is vereist dat Van der Stok erop mocht vertrouwen dat ASR ermee instemde (art. 3:35 BW). Bovenstaande overweging ziet vooral op wat het hof omtrent het standpunt van Van der Stok had mogen begrijpen en niet op wat ASR daaromtrent heeft begrepen of had behoren te begrijpen.

Een tweede theoretische kapstok voor de verplichting van ASR om met ontbinding in te stemmen, is de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). De overeenkomst tussen ASR en Van der Stok zou dan worden aan-

gevuld met een ontbindende voorwaarde voor het geval het fiscale regime wijzigt. In het arrest zijn geen aanknopingspunten te vinden voor de gedachte dat deze route is bewandeld en dat ligt ook overigens niet voor de hand. Een nadeel daarvan zou namelijk zijn dat zo in essentie de *clausula rebus sic stantibus* wordt ingevoerd.²² Dit leerstuk heeft geen toegevoegde waarde aangezien zij de redelijkheid en billijkheid als grondslag heeft.²³ Bovendien heeft de wetgever met art. 6:258 BW nu juist voor een andere constructie gekozen.

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) is een derde theoretische grondslag voor de verplichting van ASR om met buitengerechtelijke ontbinding in te stemmen. De redenering is dan dat ASR als grote, deskundige en professionele partij, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou handelen jegens consument Van der Stok door hem te houden aan een overeenkomst die voor hem extreem belastend is nu de premies niet volledig aftrekbaar blijken. Bij onveranderde uitvoering van de overeenkomst zou – zoals eerder werd opgemerkt – Van der Stok immers aanzienlijke schade lijden doordat het bedrag aan premies van maar liefst f 256.740 niet fiscaal aftrekbaar is. Onder deze omstandigheden zou ASR hebben moeten instemmen met *buitengerechtelijke* ontbinding van de overeenkomst.

Een bezwaar tegen deze redenering is dat zij botst met de heersende opvatting dat art. 6:258 BW een *lex specialis* vormt ten opzichte van art. 6:248 lid 2 BW.²⁴ Er zijn echter ook argumenten voor boven-

21. Een expliciet beroep op deze bepaling is derhalve niet vereist, zie Groene Serie Verbintenissenrecht, art. 258 Boek 6 BW, aant. 54 (Baan en Valk).
22. Het beding dat een overeenkomst geacht werd gesloten te zijn onder het voorbehoud dat de omstandigheden waar- onder zij werd gesloten ongewijzigd zouden blijven, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2009, nr. 437.
23. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2009, nr. 438.
24. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, 2009, nr. 456; A.S. Hartkamp, WPNR 2000 (6404), p. 395-396; M.E.M.G. Peletier, Rechterlijke vrijheid en autonomie, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 99; W.L. Valk, redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Lex specialis derogat legi generali?, in: Erudita Ignorantia. Vijftien opstellen bij het vijftiende lustrum van Societas Iuridica Grotius en de vierhonderdentiende geboortedag van Grotius, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 161-167; idem, Opzegging en de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 BW. N.a.v. HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602, Vereniging voor de Effectenhandel/CSM, WPNR 1999 (6382), p. 917-920. Anders echter L. Reurich, Coherentie van redelijkheidsnormen, in: T. Hartlief, Jac. Hijma, L. Reurich, Coherente instrumenten in het contractenrecht, E.M. Meijers Instituut: Leiden 2003, p. 55 en idem, Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid, Deventer: Kluwer 2005, p. 100 die op basis van art. 6:248 lid 2 BW buitengerechtelijke ontbinding mogelijk acht. Hijma kent ook werking toe aan art. 6:248 BW in geval van onvoorziene omstandigheden, maar stelt vervolgens vooral de heronderhandelingsplicht centraal, zie J. Hijma, Het constitutieve wijzigingsvonnis, oratie Leiden 1989, p. 14-18 en idem, Imprévision, BW-krant Jaarboek, Gouda Quint: Arnhem 1995, p. 66-68.

staande redenering. Met erkenning van een buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW bij onvoorziene omstandigheden, zou het leerstuk van onvoorziene omstandigheden in lijn worden gebracht met de vernietiging en de ontbinding wegens wanprestatie. In die gevallen kent de wet immers naast een gerechtelijke ook een buitengerechtelijke variant (art. 3:49 BW en art. 6:267 BW). Deze ongelijkheid is in de literatuur eerder gesignaleerd en bekritiseerd.²⁵ Erkenning van een buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheid op basis van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is derhalve verdedigbaar op systematische gronden. Daar valt wat voor te zeggen nu de parlementaire geschiedenis innerlijk tegenstrijdig is.²⁶ Evenals in andere gevallen waar daarvan sprake was, geeft dat ruimte voor een (beleids)keuze van de Hoge Raad.²⁷ Een aanknopingspunt valt ook te ontlenen aan *AVO/Petri* waarin de Hoge Raad overwoog:

“Naar in de rechtspraak van de Hoge Raad als uitgangspunt is aanvaard, kan van exclusieve werking slechts sprake zijn indien de wet zulks voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.”²⁸

Erkenning van een buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheid bij onvoorziene omstandigheden heeft ook inhoudelijk sterke papieren. Er is immers geen goede reden om partijen op kosten te jagen door hen te forceren om voor ontbinding naar de rechter te stappen.²⁹ De ratio van introductie van art. 6:258 BW noopt hier ook niet toe. Bestudering van de parlementaire geschiedenis op dit punt levert vooral het inzicht op dat het de wetgever om de rechtszekerheid was te doen.³⁰

Maar als buitengerechtelijk kan worden ontbonden op grond van art. 6:248 lid 2 BW, wordt de keuze van de wetgever voor een constitutief vonnis in art. 6:258 BW dan niet op onaanvaardbare wijze doorkruist, zodanig zelfs dat dit artikel tot een dode letter wordt? Dat zou inderdaad het geval zijn als art. 6:248 lid 2 BW de grondslag zou vormen voor een ontbindingsbevoegdheid. De overlap met art. 6:258 BW zou dan immers volkomen zijn. Er is echter een andere constructie denkbaar die het stelsel van art. 6:258 BW in stand laat. Deze houdt in dat art. 6:248 lid 2 BW de wederpartij van degene die wegens onvoorziene omstandigheden wil ontbinden verplicht om met ontbinding in te stemmen: hij is verplicht om de overeenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen voor de toekomst en de reeds verrichte prestaties ongedaan te maken.³¹ Dit gebeurt door middel van het sluiten van een liberatoire overeenkomst.³² In zoverre bestaat er dus een verschil met de eenzijdige vernietigings- en ontbindingsbevoegdheden van art. 3:49 BW en art. 6:267 BW. Indien de wederpartij niet instemt met ontbinding, zal de partij die wegens onvoorziene omstandigheden wil ontbinden alsnog de gang naar de rechter dienen te maken en ex art. 6:258 BW moeten verzoeken om met terug-

werkende kracht te ontbinden. Het dogmatisch verschil – geen ontbindingsbevoegdheid, maar een verplichting om met wederzijds goedvinden te ontbinden – heeft geen praktische gevolgen. Ook bij een buitengerechtelijke vernietiging of bij ontbinding wegens wanprestatie moet de kwestie aan de rechter worden voorgelegd als de wederpartij het daarmee niet eens is.

Al met al achten wij goed verdedigbaar dat art. 6:248 lid 2 BW op de boven beschreven wijze een grondslag verschaft voor buitengerechtelijke ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden. Daarmee is overigens niet gezegd dat de Hoge Raad dat ook zo ziet. Nadere toelichting ontbreekt en het is riskant om al te veel te willen afleiden uit de woorden ‘zou hebben moeten instemmen’.

25. Zie voor kritiek A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, Monografieën Nieuw BW, Deventer: Kluwer 2003, nr. 24 en L. Reurich, *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, E.M. Meijers Instituut: Leiden 2003, p. 55 en idem, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 99.
26. W.L. Valk, *Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Lex specialis derogat legi generali?*, in: *Erudita Ignorantia. Vijftien opstellen bij het vijftiende lustrum van Societas Iuridica Grotius en de vierhonderdentiende geboortedag van Grotius*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 161-165.
27. Zie voor een geval waarin aan de parlementaire geschiedenis aanwijzingen in uiteenlopende zin waren te ontlezen HR 9 december 2011, RvdW 2011, 1541 (schriftelijkheidsvereiste art. 7:2 lid 1 BW) en voor een geval waarin de parlementaire geschiedenis zweeg HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465, m.nt. T. Hartlief (hangmat).
28. HR 15 november 2002, NJ 2003, 48, m.nt. JBMV, rov. 3.7.2. Verder valt in dit verband te wijzen op HR 14 juni 2002, NJ 2003, m.nt. JH (Bramer/Colpro). Ook genoemd door W.L. Valk, *Onvoorziene omstandigheden c.a.*, in: Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst, Studiereeks Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 295.
29. Vgl. J. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis*, oratie Leiden 1989, p. 15 die opmerkt dat het vreemd zou zijn “dat in dit soort gevallen redelijkheid en billijkheid anders dan via het rechterlijk vonnis niet meer tot haar recht zou kunnen komen”.
30. W.L. Valk, *Redelijkheid en billijkheid in het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Lex specialis derogat legi generali?*, in: *Erudita Ignorantia. Vijftien opstellen bij het vijftiende lustrum van Societas Iuridica Grotius en de vierhonderdentiende geboortedag van Grotius*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 164.
31. Vgl. de rechtsgevolgen van een ontbinding wegens wanprestatie art. 6:271 BW.
32. Zie over dit begrip Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III, 2009, nr. 31 en Groene Serie Verbintenissenrecht, *Burgerlijk Wetboek Boek 6*, art. 213, aant. 26 (Den Tonkelaar).

5. Conclusie

In het bovenstaande is allereerst verdedigd dat het in de casus van *ASR/Van der Stok* meer voor de hand had gelegen om de overeenkomst aan te tasten via dwaling of onvoorziene omstandigheden, dan via ontbinding wegens wanprestatie (paragraaf 4.2). Vervolgens is gezocht naar een grondslag voor de door de Hoge Raad aangenomen verplichting van ASR om in te stemmen met ontbinding van de overeenkomst (paragraaf 4.3). Betoogd is dat er systema-

tische en inhoudelijke redenen zijn om die grondslag te vinden in art. 6:248 lid 2 BW. De constructie is dan dat op basis van dit artikel de wederpartij van degenen die wegens onvoorziene omstandigheden wil ontbinden, daarmee moet instemmen. Er is derhalve geen sprake van een ontbindingsbevoegdheid, maar van wederzijds goedvinden. Hoe de Hoge Raad hierover denkt, is vooralsnog bij gebrek aan toelichting niet duidelijk. Het wachten is dus op verdere rechtspraak.