

The principle of gross disparity en misbruik van omstandigheden

*O.A. Haazen**

INLEIDING

'A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage'.

Aldus de eerste zin van art. 3.10 eerste lid van de Unidroit Principles. Het is in zijn kern hetgeen de Unidroit Principles blijktens het kopje van art. 3.10 onder 'gross disparity' verstaan. *Gross disparity* is te vertalen als 'flagrante ongelijkwaardigheid van prestaties' of 'buitensporige onevenwichtigheid', maar wordt wellicht gauwer herkend door verwijzing naar diens equivalenten in het Engelse recht, te weten *undue influence* en in Nederland misbruik van omstandigheden. Zij leggen elk de nadruk op een ander aspect van deze rechtsfiguur: de buitensporige onevenwichtigheid tussen de wederzijdse prestaties van partijen respectievelijk de beïnvloeding van het wilsvormingsproces bij de wederpartij respectievelijk ongeoorloofd gedrag waaraan de misbruiker zich schuldig maakt. Reeds deze constatering geeft stof tot nadenken. Hoewel het te ver zou voeren de Engelse, de Nederlandse en de Unidroit-regels louter op grond van hun benaming te typeren, is het niettemin nuttig deze drie aspecten te onderscheiden.

Het doel van deze verhandeling is tweërlei. In de eerste plaats wordt een bespreking en bekritisering van de regeling van *gross disparity* in de Unidroit Principles beoogd. Daarnaast is het zinvol te komen tot een reflectie op het eigen leerstuk van misbruik van omstandigheden. Ondertussen zijn deze twee doelstellingen nauw verweven. Beide leerstukken hebben namelijk hun *roots* in het

* Mr. O.A. Haazen is als assistent in opleiding verbonden aan de Katholieke Universiteit Brabant.

Engelse recht, zijn althans voornamelijk daardoor beïnvloed. Bij de behandeling van *gross disparity* en misbruik van omstandigheden is het daarom van belang niet alleen de overeenkomsten en verschillen tussen die twee te onderzoeken, maar in het bijzonder ook de relatie van elk van beide tot hun gemeenschappelijke bron. Naast deze ‘wetshistorische’ en rechtsvergelijkende interpretatie zal ik een systematische interpretatie van de *gross disparity*-regeling beproeven. Voorwaarde voor uniforme interpretatie van de Principles is in elk geval dat zij passen bij de rechtsgemeenschap en de activiteiten waarvoor zij zijn bestemd alsook dat zij ‘internally consistent’ zijn.¹ Het is bovendien interessant te bezien wat de onderliggende gedachte of grondslag is van de onderhavige regelingen. Het is in het bijzonder het antwoord op die vraag die in staat stelt de reikwijdte van *gross disparity* vast te stellen.²

Er zijn drie grondslagen te onderscheiden: billijkheid, wilsgebrek, onrechtmatigheid. Welke ligt ten grondslag aan de drie genoemde regelingen en is deze wel steeds dezelfde? Welke consequenties heeft het antwoord voor de uitleg van de regels? Terecht wijst Hyland³ erop dat, wanneer er een tegenspraak bestaat tussen de onderliggende principes en fundamentele premissen in verschillende richtingen wijzen, er geen garantie is voor een uniforme uitleg door rechterlijke instanties van verschillende landen.

In een informatieve bijdrage in ‘Towards a European Civil Code’ doet Van Rossum een poging de ‘overall characteristic (...) which can constitute the underlying conditions towards an unification of European rules’⁴ te formuleren. Haar conclusies lijken bovendien relevantie te hebben voor vrijwel de gehele wereld, althans voorzover onder te brengen bij ‘the Anglo-American system/the common law tradition, as represented by English law, the civil law tradition, as represented by French law for the Roman law system and German law for the

1. R. Hyland, On Setting Forth the Law of Contract: A Foreword, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 40 (1992), blz. 542.
2. Zulks is in overeenstemming met art. 1.6 Unidroit Principles dat oproept rekening te houden met ‘their international character (...), their purposes including the need to promote uniformity in their application’ en ‘their underlying principles’.
3. A.w. (noot 1), blz. 543.
4. M.M. van Rossum, Defects of Consent and Capacity in Contracts Law, in: A.S. Hartkamp e.a., *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 1994, blz. 135 en 156.

German law system and Dutch law as an illustration of new legislation.⁵ Het illusoire karakter van zulk een unificatie blijkt reeds uit de ongeoorloofdheid van deze generalisatie. De kern van de zaak is volgens haar dat *rescission for undue influence* mogelijk is, indien⁶ de ene partij door de andere tot contracteren wordt bewogen, doordat ('because?') misbruik wordt gemaakt van de uit een vertrouwensrelatie voortvloeiende invloed, danwel sprake is van misbruik van *mental, moral or economic domination*, tenzij de misbruiker alles heeft uitgelegd of heeft aangeraden onafhankelijk advies te vragen.

De door Van Rossum geformuleerde *overall characteristic* is niet overgenomen door de Unidroit-commissie, die zich op in vele (of alle) rechtsstelsels bestaande concepten baseert. In de Principles is echter ook opgenomen wat nog niet algemeen aanvaard is, maar als 'beste oplossing' gezien de behoeften van het internationale handelsverkeer, wordt ervaren.⁷ Van dit oordeel zullen de Unidroit Principles het in voorkomend geval dan ook moeten hebben; zij zijn immers geen bindend instrument. Hun aanvaarding is afhankelijk van de huidige consensus omtrent hetgeen waarmee de internationale handel het meest gediend is.⁸

GROSS DISPARITY

Een partij bij een overeenkomst kan deze geheel of gedeeltelijk vernietigen, indien de overeenkomst ten tijde van zijn totstandkoming 'unjustifiably gave the other party an excessive advantage'. Van

5. A.w. (noot 4), blz. 135-136 en 156.
6. 'When', maar bedoeld is 'if': vernietiging op het moment van beïnvloeding zelve is uit de aard der zaak een illusie. Vgl. art. 3:15 (1) Unidroit Principles en art. 3:52 lid 1 onder b BW, waarover C.J. van Zeben, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, diss. Utrecht, Zwolle 1960, blz. 122 en 123.
7. Unidroit Principles for International Commercial Contracts, Comments, Rome 1994, blz. VIII.
8. Comments, blz. IX; R. Hyland, a.w. (noot 1), blz. 542-543. Voor de vraag of de Unidroit Principles kunnen worden gezien als 'restatement of the common core' van 's werelds contractenrecht of de *lex mercatoria*, zie — in verschillende zin — J.M. Perillo, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*, *Fordham Law Review*, 63 (2) 1994, blz. 283; R. Hyland, t.a.p., A.S. Hartkamp, *Principles of Contract Law*, in: *Towards ...*, blz. 39.

cruciale betekenis voor de interpretatie van art. 3.10 Unidroit Principles is de vraag wat moet worden verstaan onder *unjustifiably*.

In de eerste plaats is duidelijk dat het loutere bestaan van buitensporig voordeel niet per definitie *unjustifiable* is. Het oordeel omtrent de ongerechtvaardigheid van het voordeel is afhankelijk van de beoordeling 'van alle relevante omstandigheden van het geval'. Dit lijkt nogal ruim omschreven, temeer daar de bestemming van bepaalde factoren tot relevante omstandigheden niet limitatief is omschreven ('among other factors', art. 3.10 (1) Unidroit Principles). De Toelichting noemt als factoren die het *unjustifiable* karakter bepalen *unequal bargaining position*,⁹ *nature and purpose of the contract* en andere factoren.¹⁰ Wat dan ongerechtvaardigd is in verband met de eerstgenoemde omstandigheid wordt enigszins verduidelijkt door lid 1 onder (a). Deze alinea noemt *dependence, economic distress, urgent needs, improvidence, ignorance, inexperience* en *lack of bargaining skill*, doch slechts voorzover de ene partij 'has taken unfair advantage'. Deze opsomming op haar beurt *begs the question*, want kennelijk is gebruikmaking van genoemde omstandigheden op zichzelf nog niet *unfair*.

De ongerechtvaardigheid van het buitensporig voordeel kan, zelfs zonder dat van de zwakke onderhandelingspositie van de wederpartij misbruik is gemaakt, eveneens blijken uit de aard en het doel van de overeenkomst. Tot de overige factoren behoren bijvoorbeeld 'the ethics prevailing in the business or trade',¹¹ wellicht in het Nederlands te vertalen als de heersende handelsethiek of de verkeersopvatting.

De benadeelde partij kan de rechter verzoeken de overeenkomst aan te passen, teneinde deze in overeenstemming met 'reasonable commercial standards of fair dealing' te brengen (art. 3.10 (2) Unidroit Principles). Ook de andere partij kan zulk verzoek tot de rechter richten, zelfs na ontvangst van het bericht van vernietiging door de benadeelde partij (art. 3.10 (3) Unidroit Principles). Hoewel dit niet spreekt van *reasonable commercial standards*, moet worden aangenomen dat de bevoordeelde partij zich bereid moet verklaren de overeenkomst in die zin aan te passen of de overeenkomst reeds dienover-

9. Door J.M. Perillo, a.w. (noot 8), blz. 293 aangeduid als *vulnerability*.

10. Comment 2 bij art. 3.10 Unidroit Principles.

11. Comment 2, t.a.p.

eenkomstig moet uitvoeren (artt. 3.10 (3) jo 3.13 (2) jo 3.13 (1) en art. 1.7 Unidroit Principles). Het bericht van vernietiging verliest door zodanige aanpassing of uitvoering zijn werking (art. 3.13 (2) Unidroit Principles). Voorwaarden zijn wel dat het verzoek onverwijld wordt ingediend, de benadeelde meteen van het verzoek op de hoogte wordt gesteld en laatstgenoemde niet reeds vertrouwend op de vernietiging gehandeld heeft.

De weg naar de rechter of arbiter¹² is uiteraard niet de enige mogelijkheid. Beide partijen kunnen ook elkaar verzoeken de overeenkomst aan te passen oftewel te heronderhandelen.¹³

Een overeenkomst is op gelijke voet vernietigbaar, indien de *gross disparity*-situatie is toe te rekenen aan een derde persoon voor wiens handelen de bevoordeelde partij 'responsible' is of indien *deze derde* van zulke *gross disparity*-situatie wist of behoorde te weten (art. 3.11 (1) Unidroit Principles). Is de bevoordeelde partij niet *responsible* voor de derde, dan is de overeenkomst slechts vernietigbaar, indien *gross disparity* aan de derde is toe te rekenen en *de bevoordeelde partij* òf wist of behoorde te weten van de *disparity* òf ten tijde van de vernietiging nog niet in vertrouwen op de overeenkomst gehandeld heeft (art. 3.11 (2) Unidroit Principles).¹⁴

Wanneer en voor wie een partij *responsible* is, wordt in de Principles zelf niet geregeld. De toelichting¹⁵ wijst op

'a variety of situations ranging from those in which that person is an agent of the party in question to those where the third person acts for the benefit of that party on its own initiative.'

12. Art. 1.10 Unidroit Principles.

13. Art. 1.3 Unidroit Principles: 'A contract (...) can (...) be modified (...) by agreement.'

14. In tegenstelling tot bijvoorbeeld de Franse en Nederlandse terminologie (*responsable*, aansprakelijk) moet *responsible* worden onderscheiden van *liable*. *Liable (for damages)* is de bevoordeelde partij, wanneer *deze* wist of behoorde te weten van de grond voor vernietiging, in casu *gross disparity* (art. 3.18 Unidroit Principles), hetgeen in één geval van art. 3.11 (2) per definitie zo is. Zou men *responsible* interpreteren als aansprakelijk in algemene zin (inclusief schadevergoedingsplichtig), dan zou art. 3.11 (2) in dat geval onmogelijk en zinloos zijn. De bevoordeelde partij zou immers tegelijk niet aansprakelijk en aansprakelijk moeten zijn. *Responsible* komt derhalve meer in de richting van 'verantwoordelijk', 'toe te rekenen' of iets dergelijks.

15. Comment 1 bij art. 3.11 Unidroit Principles.

De Principles roepen evenmin als de toelichting aansprakelijkheid (in de zin van verantwoordelijkheid, toerekening) voor vertegenwoordigers en zaakwaarnemers in het leven, laat staan aansprakelijkheid voor een onbestemde *variety of situations* die daartussen zou moeten zitten. De vraag naar *responsibility* moet derhalve aan de diversiteit van nationale rechtsstelsels worden gelaten. Uniforme interpretatie van art. 3.11 Unidroit Principles ligt niet in de lijn der verwachting.

UNJUSTIFIABLY EXCESSIVE ADVANTAGE

Terug naar het eerste lid van art. 3.10 Unidroit Principles. Niet alleen moet het voordeel voor de ene partij *unjustifiable* zijn, vereist is bovendien dat het buitensporig (*excessive*) is. Enkele verstoring van het contractuele evenwicht is niet buitensporig.

‘What is required is that the equilibrium of performance is in the circumstances so great as to shock the conscience of a reasonable person’.¹⁶

Dit is een opvallend punt in het licht van het Nederlands recht dat nu juist blijkens de parlementaire discussie bewust niet alleen de eis van buitensporigheid, maar zelfs het gehele nadeelvereiste in het kader van misbruik van omstandigheden heeft laten vallen.¹⁷ Hoe dit te verklaren, gezien de toch gemeenschappelijke kern en onderliggende principes? *Back to the roots.*

Het Engelse leerstuk van *undue influence* onderscheidt twee categorieën: de (zeldzame) gevallen, waarin *actual undue influence* bewezen wordt¹⁸ en die waarin sprake is van *presumed undue influence*.¹⁹ Bij de laatste gaat het om het bestaan van een vertrouwensrelatie op grond waarvan het redelijk is *prima facie* een vermoeden van misbruik van dat vertrouwen aan te nemen. Dit vermoeden wordt weerlegd door het bewijs dat de partij wel degelijk vrij was in haar beslissingen. De ‘presumption cases’ worden op hun beurt onderscheiden in bepaalde verhoudingen, waarin van rechtswege het vermoeden rijst en de overige, waarin eerst het bestaan van een vertrouwensband dient te worden bewezen.

16. Comment 1 bij art. 3.10.

17. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 213.

18. Bijv. *CIBC Mortgages plc v. Pitt* [1993] 4 All ER, 433.

19. *BCCI v. Aboudy* [1992] 4 All ER 955; alles helder samengevat in *Barclays Bank plc v. O’Brien* [1993] 4 All ER 417, 423, *per* Lord Browne-Wilkinson.

Wat is nu de rol van (buitensporig) nadeel? Dit punt kwam tien jaar geleden in het Engelse recht aan de orde. Slade LJ van het Court of Appeal achtte het mogelijk

‘that the relationship and influence arising therefrom has been abused, even though the transaction is, on the face of it, one which, in commercial terms, provides reasonably equal benefits for both parties.’²⁰

Deze visie wordt uitdrukkelijk verworpen door de House of Lords. Lord Scarman:

‘(T)he Court of Appeal erred in law in holding that the presumption of undue influence can arise from the evidence of the relationship of the parties without also evidence that the transaction itself was wrongful in that it constituted an advantage taken of the person subjected to the influence (...).’²¹

Dit is een interessante uitspraak in drieërlei opzicht.

Ten eerste: een vermoeden van *undue influence* rijst pas bij gebleken misbruik. Terwijl aldus de onredelijke beïnvloeding niet bewezen hoeft te worden, is wel vereist dat komt vast te staan 1. een bepaalde verhouding tussen partijen en 2. dat de contractsluiting zelve *wrongful* (ongoorloofd, onrechtmatig) was.

Ten tweede: de ongeoorloofdheid zit hem in het voordeel trekken uit een bepaalde (vermoedelijk onredelijk beïnvloede) persoon (‘*wrongful* in that it constituted an advantage’). Lord Scarman²² vervolgt:

‘The wrongfulness of the transaction must, therefore, be shown: it must be one in which an unfair advantage has been taken of another.’

Kortom: een vermoeden van *undue influence*, indien (bewijs van) een vertrouwensrelatie tussen partijen plus (bewijs van) *wrongfulness*, die bestaat in (bewijs van) bevoordeling/benadeling.

Ten derde: hieruit mag slechts worden afgeleid dat benadeling als voorwaarde voor een *vermoeden* van *undue influence* geldt. In gevallen waarin *daadwerkelijk* sprake is van onredelijke beïnvloeding (dus *actual undue influence* is bewezen), is dit gedrag reeds voldoende: bewijs dat de aangegane overeenkomst ook *manifestly disadvantageous*.

20. *National Westminster Bank Plc. v. Morgan* 686, 703.

21. *National Westminster Bank Plc. v. Morgan*, 1 A.C. [1985] 686, 704.

22. Blz. 707.

tageous was voor de wederpartij is dan niet vereist en een verweer dat van benadeling geen sprake is, sorteert geen effect.²³

Wat doet nu art. 3.10 (1) Unidroit Principles? Enerzijds wordt *excessive advantage/manifest disadvantage* als voorwaarde gesteld, ook in geval van *actual undue influence*, waar het Engels recht dat uitdrukkelijk afwijst. Anderzijds worden de *presumption cases*, waar het Engels recht wel deze eis stelt, weggemoffeld. Het artikel noemt immers slechts expliciet ‘the fact that the other party has taken unfair advantage’. Aangezien het een niet-limitatieve opsomming van relevante factoren betreft en deze noch noodzakelijke noch voldoende voorwaarden zijn voor vernietigbaarheid, is het echter geenszins uitgesloten dat rechters in het bewijs van benadeling en van een vertrouwensrelatie tussen partijen het vermoeden van onredelijke beïnvloeding zien en dit, hoewel onredelijke beïnvloeding geen vereiste is, als factor in het oordeel omtrent *unjustifiable* betrekken. Er is geen reden om aan te nemen dat de opstellers van de Principles zulks hebben willen uitsluiten. Is het niet vermelden van de *presumption cases* niet ingegeven door het besef dat bewijsaangelegenheden minder goed in een regeling van materieel recht passen?

Evenmin als in de Principles komt de vermoedens-constructie in het Nederlands wetboek voor, maar ook onredelijke beïnvloeding is geen criterium voor vernietiging. Hoewel Meijers placht te spreken van onredelijke beïnvloeding, is in het Nederlandse recht thans deze aan het Engelse recht ten grondslag liggende gedachte opgegeven. Met de *actual undue influence* verviel uiteraard ook de zin van onevenredige benadeling als voorwaarde voor een vermoeden van zodanige beïnvloeding. Wel is benadeling nog een van de sterkste aanwijzingen waaruit onredelijke invloed is af te leiden, maar niet de enige.²⁴

Onder verwijzing naar deze opmerking van Meijers stellen sommige schrijvers dat nadeel een sterke aanwijzing, maar geen vereiste voor *misbruik* is. De strijdvraag zou daarmee voor het geldend recht zijn beslecht.²⁵ Ik betwijfel of dat terecht is.

Men moet niet vergeten dat voor Meijers misbruik gelijkstond met onredelijke beïnvloeding. Voor dit soort van gevallen achtte Meijers

23. *CIBC Mortgages plc v. Pitt* [1993] 4 All ER 433, 434, 439.

24. Aldus Meijers, Hand. II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 207-208. Zie voor de ‘Engelse’ constructie art. 3.2.10 lid 4 OM.

25. Asser-Schut-Hijma, 1994, nr. 257; eender Asser-Hartkamp II, 1993, nr. 215.

benadeling noodzakelijk.²⁶ Dit pleit lijkt hij, evenals het Court of Appeal, te hebben verloren. Het is de vraag of met het verdwijnen van onredelijke beïnvloeding niet de bodem onder de discussie is weggevallen. Het PvdA-kamerlid Zeelenberg noemt als voorbeeld van een overeenkomst die ingevolge onervarenheid, *ongeoorloofde pressie* en dus onder misbruik van omstandigheden is totstandgekomen en die in wezen toch niet onereus is 'een onder sterke drang gesloten huurovereenkomst, waarvan de verplichtingen de draagkracht van de huurder niet te boven gaan en waar de huurder, die haar gesloten heeft, toch vanaf wil, wanneer hij later rustig overweegt'.²⁷ Dit voorbeeld heeft duidelijk betrekking op onredelijke beïnvloeding en reeds daar kan men zich afvragen of vernietigbaarheid in dat geval nu zo rechtvaardig is. 'Dan zou het een dwaas zijn die niet benadeeld is en desniettemin toch een beroep op die omstandigheden zou gaan doen.'²⁸ Is dan de enige reden om het nadeelvereiste te laten vallen de wens om irrationele en onnavolgbare wilsbesluiten te beschermen?²⁹

Zou men dit misschien nog aanvaardbaar achten, het wordt anders als misbruik wordt uitgekleed door het wegvallen van ongeoorloofde pressie/onredelijke beïnvloeding. Opmerkingen als 'nadeel is een aanwijzing, maar geen vereiste voor misbruik' hebben daardoor een andere betekenis dan ten tijde van Meijers. Met het Engelse recht heeft dit misbruik zonder nadeel in elk geval niets meer te maken.

Dit geldt nog sterker als vervolgens in het Gewijzigd Ontwerp misbruik helemaal tot een hol begrip wordt gemaakt. Niet langer gaat het er om dat iemand een ander tot een rechtshandeling heeft bewogen,³⁰ maar dat deze het totstandkomen van die rechtshandeling heeft bevorderd (art. 3.2.10 lid 4 GO, thans art. 3:44 lid 4 BW). Dit bevorderen kan bestaan in het enkele ontvangen van de verklaring van de wederpartij. Het initiatief hoeft niet van de misbruiker te zijn

26. Hand. II en TM, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 207-209.

27. Idem, blz. 206-207.

28. Meijers, Hand. II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 209.

29. M.i. zou een vordering tot vernietiging in dat geval moeten worden afgewezen wegens gebrek aan belang (art. 3:303 BW). Vgl. A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk wetboek*, Deventer 1990, nr. 71.d.

30. Art. 3.2.10 lid 4 OM en RO.

uitgegaan.³¹ Daardoor vormt het enkele aangaan van een overeenkomst in bepaalde omstandigheden reeds misbruik.

MISBRUIK

Wat is er dan mis met misbruik? Gelukkig is het mogelijk dit naakte begrip weer aan te kleden.

Wat we hier hebben is het samenvallen van enerzijds bijzondere omstandigheden en anderzijds ongeoorloofd handelen. Zonder bijzondere omstandigheden is het bevorderen van een overeenkomst geen misbruik, zonder bevorderen evenmin.³²

Art. 3:44 lid 4 BW vereist misbruik, dat wil zeggen het bevorderen van de totstandkoming ‘ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden’. Volgens Hartkamp³³ is dat alleen het geval indien de overeenkomst nadelig is. Hiermee ben ik het eens. Een behoren is een ander woord voor een norm. Het feit dat een schending ervan door art. 3:44 lid 1 BW met vernietigbaarheid bedreigd wordt, maakt het tot een rechtsnorm. Wat is de inhoud van die rechtsnorm? In elk geval niet: gij zult geen misbruik maken van omstandigheden of, anders geformuleerd, gij zult iemand die reeds door bepaalde bijzondere omstandigheden tot een rechtshandeling wordt bewogen, niet ook nog eens bevorderen te contracteren; zulks zou immers art. 3:44 lid 4 tot een tautologie maken. De tautologie wordt slechts voorkomen door aan de ene kant van het =-teken (‘gij behoort u van contracteren te weerhouden’) iets anders te zetten dan aan de andere kant: handel niet in strijd met een wettelijke plicht of met een plicht die door ongeschreven recht wordt opgelegd. De wettelijke plicht is te vinden in bijvoorbeeld artt. 951 e.v. Boek 4 BW. Voor het overige luidt de rechtsplicht naar ongeschreven recht: laat na om iemand die door bepaalde bijzondere omstandigheden daartoe wordt bewogen, te bevorderen om een rechtshandeling te verrichten, *die voor hem (grovelijk) nadelig is*.³⁴

31. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 212-213; Asser-Schut-Hijma, nr. 256.

32. Asser-Schut-Hijma, nr. 256.

33. Asser-Hartkamp II, nr. 216.

34. Vgl. HR 24 mei 1968, NJ 1968, 252 en C.J. van Zeben, a.w. (noot 7), blz. 48 en 111: de ongeoorloofdheid uit zich in benadeling. In het bijzonder wanneer het bevorderen volledig passief is en slechts bestaat in het ontvangen van de verklaring van de wederpartij, moet m.i. nadeel als bijkomende omstandigheid worden geëist. Het enkele aangaan van een overeenkomst is uiteraard niet onrechtmatig.

Dit sluit aan bij de Principles en, voorzover mogelijk, bij het Engelse recht. Waar onredelijke beïnvloeding (stellig een onrechtmatige daad) niet bewezen hoeft te worden (in Nederland wegens afschaffing van dit criterium; in Engeland vanwege de vermoedensconstructie) moet (buitensporige) benadeling bewezen worden.³⁵ Zulke handelen is, als strijdig met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 2 BW).³⁶ Men vergelijkte voor deze gedachte de meest bekende ongelijkheidsrelatie, waarbij de sterkere partij haar wil kan opleggen, namelijk die tussen overheid en burger.³⁷ Bij de onrechtmatige overheidsdaad maakt eveneens de benadeling door het niet aanbieden van schadevergoeding de gedraging onrechtmatig,³⁸ terwijl er geen onrechtmatigheid is, wanneer aan de belangen van de benadeelde tegemoet wordt gekomen door enigerlei vorm van vergoeding toe te kennen.³⁹

Volgens Hijma en Hartkamp is misbruik van omstandigheden ‘vrijwel steeds’, ‘vrijwel per definitie’, ‘in de regel’, ‘onder omstandigheden’ een onrechtmatige daad.⁴⁰ Bij deze reserves valt wellicht te denken aan het aanbieden van schadevergoeding, derhalve het geval dat de bevoordeelde partij een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft (art. 3:54 lid 1 BW).⁴¹ Ik laat het graag over aan de participanten in de discussie over de (on)rechtmatige overheidsdaad uit te maken of in zodanig geval de wederpartij geen bevoegdheid heeft een beroep op misbruik van omstandigheden te doen, omdat die actie geblokkeerd is, *hoewel* onrechtmatigheid en misbruik aanwezig zijn *omdat* van onrechtmatigheid en misbruik geen sprake is.

35. Zie hierboven onder ‘ten eerste’ en ‘ten tweede’.

36. Rb Maastricht 11 mei 1989, NJ 1990, 623. Vgl. Asser-Hartkamp II, t.a.p.: ‘een onjuiste en laakbare gedraging waarvan de wederpartij zich naar maatstaven van maatschappelijk behoren had moeten weerhouden’; Vermogensrecht (Hijma), art. 44 lid 1, aant. 34. Vgl. *Cornish v. Midland Bank plc* [1985] 3 All ER 513 (*negligence*).

37. Die relatie wordt overigens lang niet altijd door ongelijkheid gekenmerkt.

38. Zie jurisprudentie vermeld in *Onrechtmatige Daad I* (Van Nispen), art. 168, aant. 12.

39. Hof Den Haag 23 maart 1989, NJ 1990, 151.

40. Asser-Schut-Hijma, nrs. 251 en 255; Asser-Hartkamp II, nr. 487. Zie ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 213.

41. Vgl. Vermogensrecht (Hijma), art. 44 lid 1, aant. 35.

Er is steun te vinden voor een dergelijke benadering in de Parlementaire Geschiedenis, waar wordt overwogen dat het oordeel of een partij zich van het sluiten van een overeenkomst had behoren te weerhouden *steeds* mede is gebaseerd op het feit dat die overeenkomst voor de wederpartij nadelig is. Hoeveel nadeel is dan vereist? Zoveel, dat deze de overeenkomst wegens dat nadeel niet zou hebben geaccepteerd zonder de druk van de omstandigheden.⁴² De MvA II stelt voorts dat er geen verschil in resultaat bestaat tussen art. 3:44 lid 4 BW en het oude recht. Er wordt onder meer verwezen naar Van Elmbt/Feierabend.⁴³ In dit arrest overweegt de Hoge Raad, dat

‘in zoverre misbruik van omstandigheden (...) steeds benadeling van die wederpartij zal inhouden;

dat echter (...) geenszins noodzakelijk een bepaalde mate of een bepaalde vorm van benadeling aanwezig behoeft te zijn (...)’.

Met andere woorden: enig nadeel is vereist, onevenredig nadeel niet.⁴⁴

Voor vernietiging op grond van misbruik van omstandigheden is een causaal verband tussen de bijzondere omstandigheden en het verrichten van de rechtshandeling nodig. Hoewel het normaliter wel aanwezig zal zijn, zou niet vereist zijn dat tussen het misbruik en de rechtshandeling causaliteit bestaat. Immers, aldus de MvA II,⁴⁵ eigen initiatief van de profiteur is niet vereist. Hij kan ook rustig afwachten tot zijn prooi zich tot hem wendt en vervolgens zijn slag

42. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1148.

43. HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104.

44. (Onevenredig) nadeel was aanwezig in HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 (vrijwaringsbeding (Bovag-clausule) onevenredig grote last voor benadeelde partij), Hof Den Haag 22 december 1983, NJ 1985, 860 (bewilliging opmaken van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk), Hof Den Bosch 19 december 1990, NJ 1991, 407 (toestemming aan verhuurder ter uitvoering van werkzaamheden, waartegen huurders bezwaren hadden), Rb Den Bosch 17 februari 1984, NJ 1985, 145 (bezuwaarlijke overeenkomsten, t.w. beëindigingsovereenkomst en nieuwe arbeidsovereenkomst met proeftijdbeding) en Rb Utrecht 7 april 1961, NJ 1962, 179 (uitermate nadelige verkoop van huizen, onevenredig grote benadeling). Vgl. ook Hof Amsterdam 24 november 1988, NJ 1989, 907: geen misbruik van omstandigheden, want geen overbelasting van zijn draagkracht (nadeel), zodat niet gezegd kan worden dat appellant zonder de bijzondere omstandigheden de overeenkomst niet zou hebben gesloten.

45. Parl. Gesch. Boek 3, blz. 213.

slaan.⁴⁶ Dit argument is onbegrijpelijk, want ook zonder initiatief is 'zijn slag slaan' bevorderen en dus misbruik.⁴⁷ Er is dan wel dege-lijk een causaal verband tussen misbruik en rechtshandeling. Als gezegd, is slechts bevorderen van een nadelige overeenkomst misbruik, zodat de causaliteit betrekking moet hebben op de bijzondere omstandigheden, misbruik en nadeel.⁴⁸

DE WILSGEBREKGEDACHTE

In het voorafgaande is er voor gepleit in elk geval onrechtmatigheid als grondslag voor misbruik van omstandigheden te aanvaarden. Alvorens dit in het verband van de Principles te bespreken, moeten de concurrerende grondslagen worden gezien. Moet de grondslag voor *undue influence*, *gross disparity* en misbruik van omstandigheden niet veeleer worden gezocht in de omstandigheid dat de wil van de handelende persoon op onzuivere wijze is gevormd, i.e. een wils-(vormings)gebrek? Afgezien van het feit dat de gebrekkige wil niet de onrechtmatigheid als grondslag uitsluit,⁴⁹ moet het antwoord genuanceerd zijn. Het Nederlandse misbruik van omstandigheden is onmiskenbaar een wilsgebrek.⁵⁰ Dat was het echter niet naar oud recht. Als strijdig met de goede zeden had de overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak (artt. 1371, 1373 BW (oud)) en was (absoluut) nietig.⁵¹

Toch is ook in het huidige recht de wilsgebrekgedachte niet helemaal doorgevoerd. Als zuiver wilsgebrek zou het immers niet moeten uitmaken *wie* zich aan het misbruik heeft schuldig gemaakt. Lid 5 zondert evenwel het beroep erop uit jegens de wederpartij die geen reden had het bestaan van het gebrek te veronderstellen.⁵²

46. Asser-Schut-Hijma, nr. 256; Asser-Hartkamp II, nr. 213.

47. MvA II, t.a.p.

48. Dit is i.o.m. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1148; Hof Amsterdam 24 november 1988, NJ 1989, 907; en R.P.J.L. Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, Deventer 1994, blz. 103.

49. Zie art. 3:44 leden 2-3 BW.

50. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1148; Asser-Schut-Hijma, nr. 251, Asser-Hartkamp II, nr. 209, R.P.J.L. Tjittes, a.w. (noot 48), blz. 101, M.H.S. Lebens-de Mug, Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden, diss. Nijmegen, Zwolle 1981, blz. 43.

51. HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 (Bovag II); Asser-Hartkamp II, nrs. 209 en 212, M.H.S. Lebens-de Mug, a.w. (noot 50), blz. 80-82, zie echter blz. 123 e.v.

52. Zie Jac. Hijma, Bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden door een

De gedachte in het Engels recht is ook die van de niet-vrije wilsvorming, althans bij *actual undue influence*. Men vergelijkte *Williams v. Bayley*.⁵³

‘the security given for the debt of the son by the father under such circumstances, was not the security of a man who acted with that freedom and power of deliberation that must, undoubtedly, be considered as necessary to validate a transaction of such a description.’

Bovendien wordt het vermoeden van *undue influence* weerlegd door aan te tonen dat de benadeelde partij onafhankelijk advies had gekregen, zodat de overeenkomst een *free exercise of independent will* was.⁵⁴ Hetzelfde wordt gesuggereerd door de nauwe band van *undue influence* met *duress* (‘coercion of the will, so as to vitiate consent’).⁵⁵ Desalniettemin is de wilsgebrekgedachte in het Engelse recht te impliciet en betwist om echt als grondslag te kunnen worden gezien. Lindley LJ zet de wilsgebrekgedachte af tegen de onrechtmatigheidsgedachte:

‘The Principle must be examined. What, then, is the Principle? Is it that it is right and expedient to save persons from the consequences of their own folly? Or is it that it is right and expedient to save them from being victimised by other people?’

In my opinion, the doctrine of undue influence is founded upon the second of these principles.⁵⁶

In de Unidroit Principles is *gross disparity* opgenomen onmiddellijk na de regeling van de wilsgebreken *mistake*, *fraud* en *threat*. Hartkamp⁵⁷ ziet *gross disparity* als een *defect of consent*. Drobnig,⁵⁸ ontwerper van *Chapter 3*, onderscheidt *gross disparity* echter duidelijk van de wilsgebreken. Volgens hem vormt *gross disparity* ‘redress for substantive injustice’. De titel van zijn artikel (‘Substantive validity’) wekt bovendien de indruk dat het ten aanzien van de geldigheid gaat om materiële eisen, zoals de billijkheid. Neemt men echter de

derde: art. 3.2.10 lid 5 NBW, in: BW-krant jaarboek, Leiden 1988, blz. 133.

53. (1866) L.R. 1 H.L. 200, *per* Lord Westbury.

54. *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch.D. 145.

55. *Pau On v. Lau Yiu Long* [1980] A.C. 614, 636.

56. *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch.D. 145.

57. The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code, in: CJHB, Brunner-Bundel, Deventer 1994, blz. 131.

58. Substantive Validity, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 40 (1992), blz. 639-640.

billijkheid in plaats van de gebrekkige wilsvorming als grondslag, dan zou *gross disparity* eerder een materieel geldigheidsgebrek dan een totstandkomingsgebrek moeten zijn. Een argument tegen die visie zou dan zijn, dat de Principles voor de geldigheid van de overeenkomst *consideration* (laat staan *adequacy of consideration*) of *causa* niet vereisen.⁵⁹

Art. 1.3 Unidroit Principles luidt:

‘A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.’

In het kader van art. 1.3 Unidroit Principles vormen de artt. 3.4-3.11 Unidroit Principles een uitwerking van de eerste zin (‘a contract validly entered into’) en niet van de tweede, die onder meer ziet op *termination*. *Termination* moet worden opgevat in de zin van ontbinding en van beëindiging door wilsovereenstemming. Weliswaar wordt deze term in de Engelse rechtstaal ook in feitelijke zin gebruikt: beëindiging van de overeenkomst op welke wijze dan ook.⁶⁰ Blijkens het gebruik van *termination* in sectie 7.3 in de zin van ontbinding wegens niet-nakoming, moet de term worden onderscheiden van *avoidance* (vernietiging). *Avoidance* staat dan in verband met een geldigheidsgebrek, *termination* met nakomingsgebreken. Zie ook de titel van hoofdstuk 3 (‘Validity’).

Niettemin moet aan dit systematisch argument niet te veel waarde worden gehecht. Kwalificaties als ‘geldigheid’ of ‘totstandkoming’ zijn enigszins arbitrair. Dat de Unidroit-commissie er moeite mee had, blijkt uit het feit dat een aantal bepalingen aangaande vormvereisten (artt. 3.1.(1)-(3) Unidroit Principles versie 1992) zijn overgeplaatst van het hoofdstuk *Validity* naar *Formation* en *General Principles* (artt. 1.2, 2.17, 2.18 Unidroit Principles).

Dat de gebrekkige wil centraal staat, wordt gesuggereerd door art. 3.15, dat de termijn voor vernietiging laat lopen vanaf het moment

59. Comment 1 bij art. 3.2 Unidroit Principles. Zie echter comment bij art. 3.19 Unidroit Principles.

60. Zie bijv. comment 2 bij art. 1.4 Unidroit Principles; P.S. Atiyah, *The Sale of Goods*, Pitman, Londen 1990, blz. 453 en 520, G.H. Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, Londen 1991, blz. 650 en 807; V.G. Hiemstra en H.L. Gonin, *Engels-Afrikaans Regswoordeboek*, Kaapstad 1984, blz. 137. Vgl. J.M. Perillo, a.w. (noot 8), blz. 307.

dat de partij op de hoogte moet zijn gekomen van de relevante feiten danwel in staat was om vrij te handelen. Overigens spreekt de toelichting⁶¹ bij art. 3.10 e.v. nergens van een wilsgebrek. Wel worden de woorden *unduly influenced* gebruikt.⁶² Voor de betekenis daarvan zijn verwezen naar hetgeen hiervoor en hierna over het Engelse recht wordt gezegd.

Wat indien de overeenkomst *niet* tot stand komt en men dus niet toekomt aan vernietiging wegens een wilsgebrek? In het voorafgaande werd voornamelijk gesproken over de vernietiging van een overeenkomst. In de zaak die aanleiding gaf tot HR 24 mei 1968, NJ 1968, 252 was sprake van een monopoliepositie aan de zijde van Buma. Zaalhuurders — niet Buma — drongen aan bij zaalverhuurder Brinkman om tot een door Buma voorgestelde zaalverhuurregeling toe te treden. Brinkman stelde een vordering in op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad wees de vordering af, maar overwoog dat van misbruik sprake zou zijn, indien de gevraagde medewerking aan de regeling zo bezwaarlijk en nadelig was, dat Buma, rekening houdend met alle betrokken belangen, naar redelijkheid niet tot de regeling had kunnen komen. In voorkomend geval, waarin de overeenkomst derhalve nimmer tot standkomt, is sprake van een onrechtmatige daad.

In hoeverre biedt de regeling in de Principles ruimte om tot een vergelijkbare oplossing te komen? Art. 3.10 is zodanig geformuleerd dat die ruimte er niet is. Het ziet immers slechts op totstandgekomen overeenkomsten en gehele of gedeeltelijke vernietiging daarvan. Art. 3.18 Unidroit Principles (*damages*) laat vernietiging in het midden, maar mist toepassing als een overeenkomst of een *ground for avoidance* ontbreekt. Bovendien is de grondslag voor schadevergoeding, dat de benadeelde partij worde geplaatt in dezelfde positie als wanneer deze de overeenkomst niet zou hebben gesloten.

Art. 2.15 Unidroit Principles (*negotiation in bad faith*) kan soelaas bieden. Deze bepaling vestigt aansprakelijkheid van de partij die onderhandelt *in bad faith* (art. 2.15 (2) Unidroit Principles). Blijkens de toelichting⁶³ moeten de regels voor schadevergoeding wegens niet-nakoming analoog worden toegepast op het recht op schadever-

61. Comments 1-3 bij art. 3.10 Unidroit Principles.

62. Comment 2 bij art. 3.10 Unidroit Principles.

63. Comment 3 bij art. 7.4.1 Unidroit Principles.

goeding in de pre-contractuele fase, zoals dat van art. 2.15. *Section 4* van de Principles ziet op schadevergoeding in geval van niet-nakoming. De partij heeft recht op *full compensation for harm* (art. 7.4.2 (1) Unidroit Principles), met inbegrip van toekomstige schade voorzover deze kan worden vastgesteld met redelijke graad van zekerheid (art. 7.4.3 (1) Unidroit Principles). Voorzover die vaststelling niet mogelijk is, heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid bij de begroting van de schade (art. 7.4.3 (3) Unidroit Principles). Mocht een partij reeds nadeel lijden door misbruik van omstandigheden vóór de totstandkoming van een overeenkomst, dan is dat derhalve reeds in die fase te verhalen op de misbruiker.

Naar Nederlands recht is misbruik het bevorderen van een rechtshandeling, terwijl de partij zich daarvan zou behoren te weerhouden. Laat na om iemand, die door bepaalde bijzondere omstandigheden daartoe wordt bewogen, te bevorderen om een rechtshandeling te verrichten, die voor hem nadelig is. Uit deze formulering blijkt dat denkbaar is dat van misbruik sprake is zonder dat daadwerkelijk een overeenkomst tot stand komt. In tegenstelling tot art. 3.10 (1) Unidroit Principles is de vernietigbaarheid (art. 3:44 lid 1 BW) niet in de misbruikbepaling zelf (lid 4) opgenomen. Hier is echter het probleem dat de misbruikregeling niet, zoals in art. 3.18 Unidroit Principles, een apart recht op schadevergoeding erkent.

Als betoogd is misbruik van omstandigheden evenwel een species van onrechtmatige daad. Schadevergoeding (of een verbod op het verder misbruik maken) zal via die laatste weg moeten worden gerealiseerd. Hierbij is te onderscheiden tussen het dreigend nadeel dat het bevorderen tot een onrechtmatigheid maakt en de overige schade ten gevolge van die *gepleegde* en eventueel voortdurende onrechtmatige daad. Voor vergoeding van die schade is vereist dat zij wordt aangetoond. Hetzelfde geldt voor de onrechtmatigheid en derhalve voor het dreigend nadeel. Duurt het bevorderen voort, dan kan een declaratoire uitspraak (art. 3:302 BW) of een verbod (art. 3:296 BW) worden verzocht, waarvoor de dreiging van nadeel moet vaststaan.

IUSTUM PRETIUM, LAESIO ENORMIS EN BILLIJKHEID

‘Hulde aan de Regering, die dit beginsel in ons recht gaat invoeren, en nog meer hulde aan onze canonisten uit de middeleeuwen, die dit rechtsbeginsel tot ontwikke-

ling hebben gebracht en hebben gepuurd uit de meest zuivere en volstrekte Christelijke naastenliefde.⁶⁴

Is met art. 3:44 lid 4 BW het *iustum pretium*-beginsel inderdaad erkend of heeft het katholieke kamerlid te vroeg gejuicht? *Iustum pretium* heeft betrekking op de aantasting van een overeenkomst op grond van de objectieve omstandigheid dat de vastgestelde prijs onrechtvaardig is. Het leerstuk van misbruik van omstandigheden moge een zekere erkenning van dit beginsel inhouden,⁶⁵ als zelfstandige grond voor vernietiging is de eis van een rechtvaardige prijs afgewezen. De enkele wanverhouding tussen wat wederzijds werd bedongen (aanzienlijke ongelijkwaardigheid, onbillijkheid) is op zichzelf niet voldoende.⁶⁶ Het beginsel is in de praktijk moeilijk hanteerbaar en zou een onuitputtelijke bron van chicanes vormen, die de zekerheid in het handelsverkeer ondermijnt.⁶⁷ In Hof Amsterdam 24 november 1983, NJ 1984, 794 wordt de leer van het *iustum pretium* verworpen. Niettemin diende de kunsthandelaar ten opzichte van zijn onervaren klant in te staan voor een relatie tussen prijs en waarde van het verkochte werk in die zin, dat de 'werkelijke (markt)-waarde' niet onaanvaardbaar veel lager is dan de koopprijs. De casus grensde echter aan misbruik van omstandigheden, daar een zekere vertrouwensrelatie tussen de handelaar en de klant was opgebouwd (r.o. 7.7-7.9).

Evenmin is de leer van de rechtvaardige prijs aanvaard in het Engelse recht. De rechter beoordeelt niet de *adequacy of consideration*.⁶⁸

'No bargain will be upset which is the result of the ordinary interplay of forces. There are many hard cases which are caught by this rule (...) The common law will not interfere.'⁶⁹

De door Lord Denning vervolgens daarop geformuleerde *equity*-uitzondering *unequality of bargaining power* kan niet als aanvaard

64. Van Rijckevorsel, Hand. II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 206.

65. Asser-Schut-Hijma, nrs. 212-213, Asser-Hartkamp II, nr. 44.

66. HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37; Asser-Hartkamp II, nr. 318; C.J. van Zeben, a.w. (noot 7), blz. 1-6.

67. Asser-Hartkamp II, nr. 44.

68. G.H. Treitel, a.w. (noot 60), blz. 70, P.S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, Clarendon, Oxford 1981, blz. 105 e.v. en 236.

69. *Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy* [1975] QB 326, 336.

worden beschouwd.⁷⁰ Daarmee is overigens de rol van de billijkheid niet uitgespeeld.

‘It should be noted that the judicial hesitation to accept Lord Denning’s suggestion (...) cannot be taken to refute the much more important propositions that in determining contractual validity, fairness is and always has been an important consideration, however well that element has been disguised.’⁷¹

Echter, ook na deze constatering kan *unfairness* geen grondslag vormen. Een onevenwichtig onderhandelingsresultaat is een voorwaarde, doch allerminst voldoende grond ter vernietiging van een overeenkomst.⁷² Belangrijker is het onbillijke onderhandelingsproces. Weliswaar vergroot een grove onbillijke uitkomst de waarschijnlijkheid van een onbillijk, voorafgaand totstandkomingsproces, maar dat is niet noodzakelijk zo. Aldus wordt *unfairness* in de Engelse context als *procedural unfairness* uitgelegd en blijft *undue influence* gebaseerd op *impropriety of conduct* in de pre-contractuele fase.⁷³ Het Engelse recht neemt de verhouding tussen partijen en de middelen die partijen ter beschikking staan in het onderhandelingsproces als basis, in tegenstelling tot het middeleeuwse Canonieke recht dat begint met het resultaat (de inhoud van de overeenkomst).

Hoe staat het met *iustum pretium* en billijkheid in art. 3.10 Unidroit Principles? Ten aanzien van de Principles is het antwoord minder eenvoudig te geven. Van het Engelse recht is bekend⁷⁴ dat het over het algemeen weinig op heeft met billijkheidsregels, louter

70. *National Westminster v. Morgan* [1985] A.C. 686, 708, *Pau On v. Lau Yiu Long* [1980] A.C. 614, 634. Zie G.H. Treitel, a.w. (noot 60), blz. 700-72, 371-373; S.N. Thal, *The Inequality of Bargaining Power Doctrine: the Problem of Defining Contractual Unfairness*, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 8 (1988), blz. 18.

71. S.N. Thal, a.w. (noot 70), blz. 21 en 19; vgl. G.H. Treitel, a.w. (noot 60), blz. 371 en 373.

72. S.N. Thal, a.w. (noot 70), blz. 18, 21 en 26; G.H. Treitel, t.a.p.

73. Hierover S.N. Thal, a.w. (noot 70) blz. 24, 26 en 28 en (kritisch) P.S. Atiyah, *Contract and Fair Exchange*, in: *Essays on Contract*, Clarendon, Oxford 1986, blz. 333-334 en 347 e.v. Zie ook *The Liberal Theory of Contract*, o.c., blz. 131-133.

74. B. Nicholas, *The Pre-contractual Obligation to Disclose Information*, in: D. Harris en D. Tallon, *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, blz. 187-188.

op *reasonableness, unfairness of good faith*. De Principles daarentegen hebben er minder moeite mee.⁷⁵

'The Unidroit Principles (...) attempt to negotiate between the morality of business and the morality of abnegation, between the strict obligatory promise and equitable flexibility'.⁷⁶

In het bijzonder art. 3.10 Unidroit Principles lijkt het common law concept met de billijkheid te willen combineren. Hyland noemt het 'one astonishing equitable provision'⁷⁷ en volgens Drobnig vormt *gross disparity* 'redress for substantive injustice'.⁷⁸

Leerstukken die het evenwicht tussen prestaties als richtsnoer nemen vindt men op verschillende plaatsen in de Principles. Twee bijzondere gevallen van *gross disparity* worden gevormd door *exemption clauses* (art. 7.1.6 Unidroit Principles)⁷⁹ en *agreed payment for non-performance* (art. 7.4.13 Unidroit Principles).⁸⁰ De laatste is een in de overeenkomst neergelegd vast bedrag dat verschuldigd is in geval van niet-nakoming. Het overeengekomen bedrag komt in de plaats van een schadevergoeding op basis van de werkelijk geleden schade. Beide bedingen kunnen in het concrete geval *grossly unfair* of *grossly excessive* blijken. Men kan raden naar een eventueel misbruik, ongeoorloofde druk, achteloosheid die achter zulke apert onevenwichtige bedingen gelegen heeft, vereist zijn deze omstandigheden niet. De artt. 7.1.6 en 7.4.13 (2) Unidroit Principles geven slechts aan dat in voorkomend geval op de exoneratie geen beroep kan worden gedaan, respectievelijk het vaste schadebedrag tot een *reasonable amount* kan worden teruggebracht. De bedingen blijven derhalve geldig. De Toelichting ontkent met nadruk het bestaan van een 'general principle permitting a court to strike down abusive or unconscionable contract terms'.⁸¹

75. Ik noem slechts de artt. 1.7, 4.8, 5.2, 7.1.6, 7.2.2 en 7.4.13 Unidroit Principles. Vgl. V. Gaymer, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, *International Company and Commercial Law Review*, 1995 6(3), blz. 83-84.

76. R. Hyland, a.w. (noot 1), blz. 546.

77. R. Hyland, t.a.p.

78. U. Drobnig, a.w. (noot 58), blz. 639-640, zie ook J.M. Perillo, a.w. (noot 8), blz. 293.

79. Vgl. J.M. Perillo, t.a.p. Vgl. ook HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 (Bovag II).

80. Vgl. art. 6:94 lid 1 BW.

81. Comment 1 bij art. 7.1.6 Unidroit Principles; zie ook J.M. Perillo, a.w. (noot 8), blz. 294.

Eveneens dringt zich de vergelijking op met *hardship*.

‘There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract (...)’⁸²

Gross disparity en *hardship* lijken complementaire bepalingen. *Gross disparity* heeft betrekking op onevenwichtigheid ten tijde van het sluiten van de overeenkomst; bij *hardship* is die onevenwichtigheid eerst *na* sluiting ontstaan.⁸³ Er is echter een overlapping, aangezien *hardship* niet alleen ziet op gebeurtenissen die later plaatshebben. Ook indien *events* reeds ten tijde van de contractsluiting hadden plaatsgevonden, doch eerst daarna aan de benadeelde partij bekend worden en ook overigens aan de toepassingsvereisten is voldaan, kan op grond van *hardship* worden geageerd (art. 6.2.2 onder (a) Unidroit Principles). Tegelijkertijd vereist art. 3.10 niet dat reeds bij sluiting van de overeenkomst wetenschap van buitensporige benadeling bij de benadeelde aanwezig is. Juist bij onervarenheid en onwetendheid zal die afwezig zijn.

Evenals bij *gross disparity* kan de rechter op verzoek van de partijen (art. 6.2.3 (3) Unidroit Principles) de overeenkomst aanpassen (art. 6.2.3 (4)(b) Unidroit Principles). Hier wordt echter niet gesproken van *reasonable standards of commercial dealing*, doch van *restoring its equilibrium* (‘fair distribution of the losses’⁸⁴). De verstorend van het contractueel evenwicht ‘so great as to shock the conscience of a reasonable person’ is in wezen dezelfde als ‘fundamental alteration of the equilibrium’, waarvoor de toelichting ook aanduidingen als *substantial*, *dramatic* en *drastic* gebruikt. In dit verband zij er op gewezen dat *gross disparity* oorspronkelijk geformuleerd was als ‘gross disparity between the obligations of the parties or (...) contract clauses grossly upsetting the contractual equilibrium.’⁸⁵

Als met het *excessive advantage* hangt de term *fundamental* af van de omstandigheden van het geval. Om toch een vuistregel te geven

82. Art. 6.2.2 Unidroit Principles, zie comments bij artt. 6.2.1 en 6.2.2 Unidroit Principles.

83. Comments 1 bij art. 3.10 en 3 bij art. 6.2.2 Unidroit Principles.

84. Comment 7 bij art. 6.2.3 Unidroit Principles.

85. Art. 7 Ontwerp Drobnig/Lando, Unidroit 1989 Study L — Doc. 43, II, blz. 3 en 11.

stelt de Toelichting⁸⁶ dat, voor het geval dat een precieze en in geld uit te drukken waardering van prestaties mogelijk is, een wijziging van 50% of meer in de kosten of in de waarde van de prestatie waarschijnlijk een fundamentele wijziging oplevert. Niets lijkt zich er tegen te verzetten deze vuistregel ook voor *gross disparity* te hantieren, maar dan als slechts een van de voorwaarden. Wat er ook zij van de billijkheid als richtsnoer bij *hardship*,⁸⁷ Drobnig en Lando hebben vreemd genoeg nadrukkelijk gesteld dat de billijkheid *niet* als maatstaf voor *gross disparity* moet worden gezien:

'The provision is not a general rule on *lésion*. (...) *(It) does not aim at introducing the idea of contractual justice into each contract.*'⁸⁸

De belangen van het internationale handelsverkeer worden hoog ingeschat in de Principles. Nu kan men aan de handelsmoraal en de eisen van het handelsverkeer, zoals rechtszekerheid, tegemoet komen door de vernietigingsactie slechts toe te kennen in de meest schrijnende gevallen. Dat gebeurt dan ook in de Principles en in Engelse recht. Hulp in schrijnende gevallen wordt ingegeven door deze overwegingen, niet door billijkheidsoverwegingen. De *laesio enormis* (aantastbaarheid wegens ernstige benadeling bij verkoop van een zaak tegen een prijs, die lager is dan 50% van de waarde) is niet uit den dode opgestaan, hoewel de zekerheidsbehoefte natuurlijk niet met billijkheidsoverwegingen in strijd hoeft te zijn.⁸⁹

AFRONDING

Wat is dan *the underlying principle* van *gross disparity*? De wilsgebrekgedachte is zwak in art. 3.10 Unidroit Principles. Art. 3.15 (aanvang termijn voor vernietiging), de woorden van Commissielid Hartkamp en de plaatsing na de wilsgebreken wijzen wel in die richting. Maar art. 3.11 Unidroit Principles (beperkte vernietigbaarheid in geval van handelen door derde), de woorden van de ontwerper en de kwalificatie als geldigheidsvereiste spreken haar tegen. Boven-

86. Comment 2 bij 6.2.2 Unidroit Principles; idem D. Maskow, *Hardship and Force Majeure*, American Journal of Comparative Law, Vol. 40 (1992), blz. 662.

87. J.M. Perillo, t.a.p.

88. Unidroit 1989 Study L — Doc. 43, II, blz. 11-12.

89. De 50%-regel vormt een *hard and fast rule*; vgl. art. 1674 Cc (benadeling voor ten minste 7/12 van de waarde) en Req. 28.12.32 D.P. 1933, I, 87.

dien bestaat geen vernietigbaarheid, indien de benadeling groot, maar niet buitensporig is, terwijl de wil dan toch niet minder gebrekkig is.

Belangrijker is echter de concurrentieslag tussen de onrechtmatigheidsgedachte en de billijkheid. Het volgende citaat geeft aan hoe de Unidroit-commissie zich er van af maakt:

‘Some members of the Group expressed strong reservations as to the provision on the ground that it confused two different problems, i.e. that of gross disparity (...) resulting from one party’s taking unfair advantage of the other’s dependence and that of gross disparity or unfairness (...) without any such exploitation. It was suggested that the two problems be treated separately, so as to have one provision dealing with the avoidance of the contract on account of the unfair behaviour of one of the parties and another dealing with the avoidance (...) simply because of their grossly unfair content.

The majority of the Group, however, preferred the present approach (...).’⁹⁰

Dientengevolge is de knoop niet doorgehakt en wordt opengelaten op welke gedachte men moet hinken.

Voor de billijkheid kan men wijzen op de positieve houding van de Principles in hun algemeenheid jegens die gedachte, alsmede op de betiteling als *redress for substantive injustice, equitable provision* en geldigheidsgebrek. Daar staat tegenover de afwijzing van *the idea of contractual injustice* in art. 3.10. De Toelichting ontkent een algemene regel tegen onbillijke contractsbepalingen. Er moet in elk geval sprake zijn van méér dan onbillijkheid (onevenwichtigheid). Al zou de billijkheid een rol spelen in termen als *unfair* en *unjustifiable*, dan moet zij, evenals in het Engelse recht, als *procedural unfairness* worden uitgelegd. Het *excessive advantage* lijkt op *laesio enormis*, maar wordt gewoon door praktische overwegingen van zekerheid in het handelsverkeer ingegeven. Zwaar moet ook wegen dat (*adequacy of*) *consideration* als geldigheidsvereiste is afgewezen in de Principles. En dat is toch waar het billijkheidsoordeel van *unjustifiable advantage* in verband met *nature and purpose* van de overeenkomst op neer zou komen, indien ongeoorloofd handelen niet vereist wordt. Dit tezamen rechtvaardigt mijns inziens de conclusie dat in de billijkheid niet meer dan een inspiratiebron kan worden gezien.

Er moet voorkomen worden dat art. 3.10 Unidroit Principles *principle* ontbeert. De *common core* is meer dan de eenvoudige optelling van nationale regels. De betekenis van *unjustifiable*, waar-

90. Unidroit 1989, C.D. 69 — Doc. 7, 1990 I, blz. 13.

mee *gross disparity* staat of valt, moet worden gezocht in één principe: ongeoorloofd handelen (*impropriety of conduct, wrongfulness*).⁹¹ Men leze *unjustifiable* in art. 3.10 als *wrongful*, dat wil zeggen *actual undue influence* of ‘wrongful in that it constituted an excessive advantage taken of the person subjected to the influence.’⁹²

Men zou hiertegen in kunnen brengen, dat art. 3.10 Unidroit Principles *unjustifiable* en *excessive advantage* naast elkaar als twee afzonderlijke voorwaarden stelt. Zo staat het inderdaad geschreven. Toch lopen zij in elkaar over. *Unjustifiable* is de bevoordeling bij bewezen misbruik van bijzondere omstandigheden. Op zich is daarvoor *onevenwichtig* voordeel niet vereist (vergelijk *actual undue influence* in het Engelse recht). Maar in het kader van de *nature and purpose of the contract* en de overige factoren ligt het anders. De Toelichting geeft een voorbeeld van een commissietarief van een tussenpersoon dat procentueel gerelateerd is aan de waarde van de bemiddelde transactie. Deze commissie kan, ‘although justified’ wanneer die waarde laag is, een buitensporige bevoordeling van de tussenpersoon worden ingeval diens inbreng verwaarloosbaar is en de waarde buitengewoon hoog. Het blijkt dat *justified* op *excessive* herleid wordt.⁹³

Het voordeel van de visie op *gross disparity* en misbruik van omstandigheden, die de nadruk legt op ongeoorloofd handelen — derhalve minder op het resultaat dan op de weg ernaartoe — is dat zij ruimte biedt om met andere factoren rekening te houden. Allereerst zij genoemd een slechts geringe mate van nood, afhankelijkheid, onervarenheid, enzovoorts, alsmede de geringe mate waarin de bevoordeelde partij druk heeft uitgeoefend op de ander. Een factor als de draagkracht van partijen is uiteraard reeds verdisconteerd in omstandigheden als *economic distress, urgent needs* en economische

91. In art. 3.9 (*threat*) betekent *unjustified* eveneens *wrongful*: comment 2 bij art. 3.9 Unidroit Principles. De Engelse rechter spreekt van *wrongful* en *undue*, niet van *tortious*. Door het denken in stricte categorieën in de *law of torts* is een ongeoorloofd handelen immers niet van zelf ook onrechtmatig. Te denken valt aan de *tort of intimidation*, maar die vereist in dit soort gevallen *economic duress: Universal Tankship of Monrovia v. ITWF* [1983] 1 A.C. 366. Soms is *negligence* mogelijk (*Cornish v. Midland Bank plc* [1985] 3 All ER 513). Naar Nederlands recht is zulks een onrechtmatige daad.

92. Vgl. *NatWest v. Morgan*.

93. Comment 2 bij art. 3.10 Unidroit Principles; ook in een ander voorbeeld van een uiterst korte kennisgevingstermijn hangt *unjustifiable* van *excessive* af.

afhankelijkheid en in het oordeel of de overeenkomst bezwaarlijk is. Gezien de toch al ruime grenzen getrokken door *unjustifiable* in art. 3.10 Unidroit Principles en ‘bevorderen’ in art. 3:44 BW, moet ook rekening worden gehouden met omstandigheden die in de sfeer van de eigen schuld liggen. Begeeft de benadeelde zich eigener beweging zonder voorbereiding en zonder advies in een markt, die hem volstrekt onbekend is? Heeft hij zichzelf, ondanks goede raad, in positie van nood of afhankelijkheid gebracht? Is de partij toerekenbaar onervaren door na vele jaren *in business* nog geen spoor van expertise te hebben opgebouwd? Zulks stelt misbruik van *ignorance, inexperience* en *lack of bargaining skill* in een ander daglicht. Heeft de benadeelde, nadat hij weer in vrijheid kon handelen, moeite gedaan het nadeel te beperken? Gaat deze zonder voorbehoud van vernietiging door met nakoming, dan kan *confirmation* (art. 3.12 Unidroit Principles) of bevestiging (art. 3:55 BW) worden aangenomen.⁹⁴ Al deze factoren verhinderen niet dat van *gross disparity* of misbruik van omstandigheden sprake is; zij zijn wel relevant met betrekking tot nadeelcompensatie en (overige) schadevergoeding.

Aanpassing van de overeenkomst door de rechter geschiedt aan de hand van *reasonable commercial standards of fair dealing*. Art. 3.10 (2) Unidroit Principles spreekt, in tegenstelling tot art. 6.2.3 (4)(b), niet van herstel van het contractuele evenwicht. Het is allerminst noodzakelijk dat de bevoordeelde partij het nadeel *in zijn geheel opheft*. Wat deze partij (of een derde) verweten wordt, is *niet* benadeling van een ander, doch de buitensporigheid ervan. Bevoordeelt men zich rijkelijk, doch niet buitensporig, dan kan van vernietigbaarheid geen sprake zijn; evenmin is men dan gehouden meer te doen dan de buitensporigheid op te heffen.

Hetzelfde moet mijns inziens gelden ten aanzien van de wijziging van de gevolgen van misbruik van omstandigheden, die het nadeel ‘op afdoende wijze’ opheft in art. 3:54 BW. ‘Afdoende’ hoeft niet te betekenen dat alle nadeel wordt weggenomen.⁹⁵ ‘Afdoende’ is niet een *iustum pretium*, doch een zodanige aanpassing tot het nèt geen misbruik meer is. Bij het ideale, geheel in vrijheid genomen wils-

94. Comment bij art. 3.12 Unidroit Principles; Asser-Hartkamp II, nrs. 476-477. Zie voor afstand van het vernietigingsrecht comment bij art. 3.19 Unidroit Principles.

95. Vgl. M.W. Hesselink, Vragen bij toepassing van artikel 6:230 BW (I), WPNR (1995) 6191, blz. 542-543; Verbintenissenrecht (Hesselink), art. 230, aant. 8.2, alwaar ook literatuur.

besluit weegt een rationeel mens simpelweg de plussen en minnen af. Bij het minste of geringste ‘overschotje’ aan min, komt geen overeenkomst tot stand. Trekt nu de ene partij de ander over de streep, dan is dat niet meteen misbruik. Laten wij eerlijk zijn: in het dagelijkse handelsverkeer is het overhalen van een onervaren handelsrelatie door enige pressie echt niet ongeoorloofd. Onoerbaar wordt zulks eerst door het veroorzaken van nadeel van enige omvang, ook al is het dan niet onevenredig groot.⁹⁶

Nadat aldus de nieuwe verhoudingen zijn bepaald, kunnen de bovengenoemde eigen schuld-factoren tot een vermindering van de ‘vergoedingsplicht’ leiden (art. 6:101 BW). Waar het nadeel aan beide partijen is te wijten, is het alleszins verdedigbaar dat beide partijen het dragen.⁹⁷

Is schadevergoeding naast nadeelcompensatie mogelijk? Over de verhouding tussen art. 6:101 BW en 7.4.7-8 Unidroit Principles enerzijds en artt. 3:54 BW en 3.10 (2)-(3) Unidroit Principles anderzijds het volgende. Vergoeding van het nadeel dat rest na afdoende aanpassing respectievelijk aanpassing conform *standards of fair dealing* en na weging van elementen van eigen schuld, kan uiteraard niet alsnog worden binnengehaald met een vordering tot schadevergoeding (*damages*). Art. 3.18 Unidroit Principles geeft de benadeelde het recht te worden teruggebracht in de positie alsof de overeenkomst niet zou zijn gesloten. Dit gaat verder dan het enkele wegnemen van de buitensporigheid: aldus wordt immers het gehele nadeel opgeheven. Het artikel geldt onafhankelijk van de vraag of de overeenkomst tevens vernietigd wordt. Het ziet in zijn algemeenheid op *mistake*, *fraud*, *threat* en *gross disparity*. Bij de laatste — de enige die in aanpassing voorziet — sluit het evenwel minder goed aan, omdat het de regeling van art. 3.10 (2)-(3) zou doorkruisen. Bovendien zou onverkorte toepassing van artt. 3.18 tot het vreemde en onredelijke resultaat leiden, dat een buitensporig benadeelde geheel gecompenseerd wordt, terwijl een zwaar, doch niet excessief benadeelde partij (geen *gross disparity*) met haar gehele nadeel blijft zitten. De betekenis van art. 3.18 ten aanzien van *gross disparity* is derhalve waarschijnlijk beperkt tot componenten als rentevergoeding (artt. 3.18 jo 7.4.9 Unidroit Principles, vergelijk art. 6:119 BW).⁹⁸

96. Zie de jurisprudentie in noot 44.

97. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen (II, slot), WPNR 6165 (1995), blz. 41. Vgl. voor de Principles artt. 7.4.7-8 en comments daarbij.

98. Vgl. Rb Utrecht 7 april 1961, NJ 1962, 179.