

Vertrouwensbescherming bij totstandkoming en dwaling naar Nederlands recht

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2002). Vertrouwensbescherming bij totstandkoming en dwaling naar Nederlands recht. In J. Smits, & S. Stijns (Eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* (pp. 59-78). Intersentia.

Document status and date:

Published: 01/01/2002

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Document license:

Unspecified

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

VERTROUWENS BESCHERMING BIJ TOTSTANDKOMING EN DWALING NAAR NEDERLANDS RECHT

1. Inleiding: totstandkoming en dwaling

In de privaatrechtsleer zoals die traditioneel in Nederland en België wordt aangehangen, wordt het proces van totstandkoming van de overeenkomst onderverdeeld in twee fasen. In een eerste fase is aan de orde of partijen zich overeenkomstig hun wil hebben geuit. Is dat het geval (of bestaat een redelijk vertrouwen op de wil), dan is de overeenkomst in beginsel totstandgekomen. In deze eerste fase is hiermee de vraag of de overeenkomst aan de eisen van de wilsvertrouwensleer voldoet. Vervolgens bestaat de mogelijkheid dat een van beide partijen de aanvankelijk totstandgekomen overeenkomst vernietigt op grond van dwaling, mits dat niet in strijd komt met het redelijk vertrouwen van de wederpartij op het bestaan van de overeenkomst en ook overigens aan de eisen voor een beroep op dwaling is voldaan. Pas indien de mogelijkheid van een beroep op dwaling ontbreekt, is de overeenkomst definitief onaantastbaar totstandgekomen.

Deze tweedeling ligt niet alleen ten grondslag aan het Nederlands en Belgisch recht en aan de *Principles of European Contract Law*¹ (hierna: PECL), maar is algemeen aanvaard in de landen van de civil law – zij het dat in de PECL en enkele nationale rechtsstelsels dezelfde normen en/of rechtsgevolgen van toepassing zijn op ‘eigenlijke’ en ‘oneigenlijke’ dwaling. Deze bijdrage beoogt om de wilsvertrouwensleer bij totstandkoming en dwaling te bespreken naar Nederlands recht en in de PECL en om te bezien in hoeverre dit onderscheid in een toekomstig Europees ius commune moet worden gehandhaafd. Daartoe wordt eerst het Nederlandse recht inzake de wilsvertrouwensleer bij totstandkoming (Par. 2) en inzake dwaling (Par. 3) geschetst. Ook de PECL worden daarbij betrokken. Vervolgens wordt nagegaan welke waarde het onderscheid tussen beide leerstukken nog heeft en dient te hebben in een toekomstig Europees privaatrecht (Par. 4).

* Verschenen in: **Jan Smits & Sophie Stijns (red.), Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht, Antwerpen-Groningen 2002 [Intersentia], pp. 59-78.**

¹ Ole Lando & Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague etc., Kluwer Law International, 2000.

2. De wilsvertrouwensleer bij totstandkoming naar Nederlands recht en in de PECL

2.1. De leer van de dubbele grondslag

De totstandkoming van de rechtshandeling (en dus van de overeenkomst) wordt naar Nederlands recht beheerst door de zogenaamde leer van de 'dubbele grondslag'. Deze in de artt. 3:33 en 3:35 N.B.W.² neergelegde leer houdt in dat gebondenheid aan een gedane verklaring in de eerste plaats bestaat indien de verklaring wordt geschraagd door een op rechtsgevolg gerichte wil (art. 3:33). Ontbreekt die wil, dan kan alsnog een rechtshandeling bestaan op basis van een tweede grondslag, het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij op het bestaan van een op rechtsgevolg gerichte wil (art. 3:35). Pas wanneer wil en verklaring van elkaar afwijken, komt het vertrouwen er dus aan te pas. Die situatie is uitzonderlijk: in het overgrote deel der gevallen behoeft men enkel art. 3:33 N.B.W. voor de totstandkoming omdat de discrepantie van wil en verklaring niet door de *nolens* wordt aangevoerd.

In de systematiek van het Nederlands B.W. geldt de wilsvertrouwensleer voor de totstandkoming van de *rechtshandeling*; de overeenkomst wordt er als rechtshandeling dus ook door beheerst, zij het dat dogmatisch-technisch het voor de overeenkomst vereiste aanbod en de aanvaarding (vgl. art. 6:217 e.v. N.B.W.³) *elk op zichzelf* rechtshandelingen zijn. De wilsvertrouwensleer wordt daarmee op die afzonderlijke rechtshandelingen van aanbod en aanvaarding toegepast.

Het gevolg van ontbreken van wil in de zin van art. 3:33 N.B.W. is dat de rechtshandeling niet tot stand is gekomen.⁴ De *fidens* heeft echter de bevoegdheid om een beroep te doen op de aanwezigheid van vertrouwen in de zin van art. 3:35 N.B.W. Als dat beroep slaagt, komt de rechtshandeling alsnog tot stand. De aldus aanvaarde wilsvertrouwensleer is direct te herleiden tot de opvatting van E.M. MEIJERS, de oorspronkelijk ontwerper van het huidige Nederlands B.W.⁵ Al in zijn beroemde artikel uit 1921 over de grondslag van de aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen,⁶ stelde MEIJERS dat de vraag niet is of wil en

² Art. 3:33: Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Art. 3:35: Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil.

³ Waarover de bijdrage van Kornet aan deze bundel.

⁴ Een aantal auteurs bepleit dat de sanctie vernietigbaarheid zou moeten zijn, in te roepen door de *nolens*. Daarmee zou de sanctie identiek zijn aan die in geval van een geestelijke stoornis in de zin van art. 3:34 N.B.W. In deze zin JAC. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, pp. 37-44 en vgl. A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, JAC. HIJMA & W.L. VALK, *Rechtshandeling en overeenkomst*, 3^{de} dr., Deventer, Kluwer, 2001, no. 39. Zie ook Par. 4.2 voor de oplossing van de PECL.

⁵ Vgl. *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3*, Deventer, Kluwer, 1981, p. 163 en 172.

⁶ E.M. MEIJERS, 'De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen', 1921, in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen (V.P.O.)*, dl. III, Leiden, Universitaire Pers, 1955, pp. 81 v.

vertrouwen de grondslag moeten vormen van de overeenkomst, maar ‘daarentegen wil en als aanvulling daarop opgewekt vertrouwen’. MEIJERS’ theorie is overigens alleen goed te begrijpen in het licht van de andere in Nederland verdedigde opvattingen (zie hiertoe Par. 2.2).

Opvallend is dat de Nederlandse wetgever met de keuze voor de wilsvertrouwensleer naar eigen zeggen geen dogmatische keuze heeft beoogd.⁷ Dit valt echter moeilijk vol te houden: de artt. 3:33 en 3:35 N.B.W. dragen duidelijk de sporen van de dogmatische discussie zoals die in Nederland gedurende meer dan honderd jaar is gevoerd: zij zijn gebaseerd op de specifieke visie die MEIJERS aanhing en die een expliciete stellingname vormde in die discussie. Dat de wilsvertrouwensleer in de praktijk alle ruimte laat aan de rechter om een gewenste uitkomst te bereiken (zie Par. 2.3),⁸ doet daar niet aan af.

De wilsvertrouwensleer is aanvaard door een meerderheid van de Nederlandse auteurs,⁹ maar kent ook een behoorlijk aantal critici. Onder hen bevinden zich VAN DUNNÉ,¹⁰ SCHOORDIJK,¹¹ HIJMA,¹² NIESKENS-ISPHORDING¹³ en SMITS.¹⁴ Hun kritiek, elk met eigen nuances, is onder meer dat de categorie van het vertrouwen te weinig bestemd is om als criterium te dienen voor het vaststellen van gebondenheid. Ook VRANKEN¹⁵ heeft zich onlangs tegen de wilsvertrouwensleer gericht omdat zij suggereert dat het de wil of het vertrouwen is dat de gebondenheid creëert, terwijl het eigenlijk de kwalificatie van de feiten als rechtens relevant is.

In het licht van deze kritiek – soortgelijke kritiek is in andere landen geuit¹⁶ – wekt het enige verbazing dat in de PECL zonder meer de klassieke opvatting van contractuele gebondenheid is neergelegd. Art. 2:101 PECL bepaalt namelijk dat een

Zie ook dez., ‘Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring’, 1937, in: *V.P.O.*, dl. III, o.c., pp. 277 v. en dez., *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden, Universitaire Pers, 1948, pp. 211 v.

⁷ *PG Boek 3*, o.c., p. 167.

⁸ *PG Boek 3*, o.c., p. 167.

⁹ Behalve E.M. MEIJERS noem ik van de oudere auteurs E.J.J. VAN DER HEIJDEN, ‘De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis’, *R.M.* 1928, pp. 1 v. Zie ook de expliciete aanvaarding door ASSER-HARTKAMP, *De algemene leer der overeenkomsten*, 11^{de} dr., Deventer, Kluwer, 2001, nr. 104 en BLOEMBERGEN e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, o.c., nr. 24 en 31. Anders J.M. VAN DUNNÉ, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1971; HIJMA, o.c., p. 17 v.; J.M. SMITS, o.c., pp. 145 v.

¹⁰ VAN DUNNÉ, o.c., *passim*; Vgl. P. VAN SCHILFGAARDE, ‘Uitleg van rechtshandelingen’, *W.P.N.R.* 6282-6283 (1997), pp. 587 v.

¹¹ H.C.F. SCHOORDIJK, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W.*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 92 v.

¹² HIJMA, o.c., 1988, p. 29.

¹³ B.W.M. NIESKENS-ISPHORDING, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg 1991, Deventer, Kluwer, 1991.

¹⁴ SMITS, diss., pp. 115 v.

¹⁵ J.B.M. VRANKEN, ‘Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid’, in: J.M. BARENDRECHT e.a. (eds.), *Beginselen van contractenrecht (Nieskens-bundel)*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, pp. 145 v.; dez., ‘Overeenkomst en derden na tien jaar nieuw BW: een kritische evaluatie’, *W.P.N.R.* 6472 (2002), p. 39 v.

¹⁶ Zie voor een overzicht ROBERT A. HILLMAN, *The Richness of Contract Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997.

overeenkomst, naast 'sufficient agreement', de bedoeling van partijen 'to be legally bound' (rechtens gebonden te zijn¹⁷) eist. Deze bedoeling wordt uitgewerkt in art. 2:102 PECL: 'The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party'. Hiermee wordt afgeweken van het Nederlandse recht: het is niet *hetzij* de wil, *hetzij* het vertrouwen, maar enkel de 'intention' zoals deze redelijkerwijs moet worden begrepen die bepalend is. Dat is – nog los van eventuele verschillen in uitkomst in concrete situaties¹⁸ – een belangrijk verschil tussen de PECL en het N.B.W.

2.2. De wilsvertrouwensleer: historische schets

De opkomst van de vertrouwensleer is in de Nederlandse literatuur reeds meerdere malen geschetst.¹⁹ Doorgaans worden de drie mogelijke opvattingen omtrent de gebondenheid aan de overeenkomst daarbij verbonden aan een bepaalde periode in de geschiedenis. De ontwikkeling zou zijn gegaan van onversneden wilsleer aan het begin van de negentiende eeuw, via vertrouwensleer aan het einde van die eeuw, naar een hechte verankering van de wilsvertrouwensleer in de loop van de twintigste eeuw.

Als belangrijkste kritiek²⁰ op de wil van de contractspartijen als grondslag van een criterium voor gebondenheid is naar voren gebracht dat wanneer de wil niet in overeenstemming is met de gedane verklaring er geen overeenkomst ontstaat, ook niet wanneer de wederpartij mocht aannemen dat die overeenstemming wel bestond.²¹ Deze kritiek gaat uit van een stereotiepe wilsleer: ik heb er eerder²² op gewezen dat voor vroege vertegenwoordigers van de wilsleer in Nederland dit onbillijke resultaat nimmer werd aangenomen. Zij namen namelijk aan dat van een wil slechts sprake is wanneer deze is verklaard, zodat een discrepantie nimmer kon ontstaan: de *verklaarde* wil was de werkelijke wil.²³ Een ander kritiekpunt is dat in de wilsleer een 'werkelijke' wil moet worden achterhaald, hetgeen onmogelijk is

¹⁷ M.E. STORME, 'Beginselen van Europees overeenkomstenrecht: Nederlandse tekst', *T.P.R.* 2001, pp. 1311 v.

¹⁸ Waarover GERARD J.P. DE VRIES, 'Are The Principles of European Contract Law Better Than Dutch Contract Law?', in: M.W. HESSELINK & G.J.P. DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, Deventer, Kluwer, 2001, pp. 114 v.

¹⁹ Overzichten vindt men o.a. bij ASSER-HARTKAMP II, *o.c.*, no. 97 v.; J.M. SMITS, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, p. 189 v. (waarop deze paragraaf grotendeels is gebaseerd); HIJMA, *o.c.*, pp. 5 v.; J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, pp. 12 v.; VAN DUNNÉ, *o.c.*, pp. 305 v.

²⁰ Zie voor andere bezwaren van de wilsleer ook HIJMA, *o.c.*, p. 17, alsmede VAN DUNNÉ, *o.c.*, p. 305 v.

²¹ Zie ASSER-HARTKAMP II, 9^{de} dr. 1999, Deventer, Kluwer, no. 100.

²² SMITS, *o.c.*, p. 191.

²³ Zie bijv. C.W. OPZOOMER, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, dl. 5, 2^{de} dr., 's-Gravenhage, Belinfante, 1891, p. 28: 'De geheime, verborgen wil kan geen kracht hebben: alleen de uitgesproken, openbaarde wil kan werken. Op het uiten, het verklaren van den wil, komt het aan. (...) Er is geen andere wil dan de uitgedrukte wil; van strijd tusschen wil en wilsverklarend woord kan geen sprake zijn. Immers wat van het woord verschilde, er tegen streed, zou dan niets anders zijn dan de geheime, de verborgen wil, die juist buiten alle aanmerking moet blijven.'

omdat dat een psychologisch onderzoek vereist.²⁴ Ook dit bezwaar bestond voor de aanhangers van de zuivere wilsleer niet: wat de wil is, blijkt namelijk uit de verklaring, die per definitie met de wil samenvalt.

In rechtsvergelijkend opzicht vertoont deze 'zuivere' wilsleer een parallel met de door LARENZ verdedigde leer van de 'Geltungserklärung'. Ook daarin wordt bestreden dat wil en verklaring van elkaar te scheiden zijn: de verklaring is 'Tat gewordener Wille', de wil zoals deze tot gelding wordt gebracht.²⁵ Dat betekent voor LARENZ niet dat het vertrouwen geen enkele rol speelt: zodra de wilsverklaring door anderen als zodanig wordt begrepen (hoewel betwist door de nolens), treedt eveneens gebondenheid in. De wilsverklaring is immers 'Akt sozialer Kommunikation'. Er is wel op gewezen dat dat niet consequent is: geldt de wil als 'Geltungserklärung', dan geldt de wil omdat deze is verklaard; aan een discrepantie tussen wil en verklaring en dus vertrouwen komt men ook hier niet toe.²⁶ Er is ook een parallel met het Franse recht: gewenste resultaten worden daar bereikt in het kader van de eis van 'consentement' van art. 1108 Code Civil. Daartoe wordt de gedane verklaring steeds uitgelegd in het licht van de omstandigheden van het geval, waarbij het belang van verklaarder en van de wederpartij tegen elkaar worden afgewogen.²⁷ In Frankrijk wordt gebondenheid daarmee slechts aangenomen indien de wil bestaat om gebonden te zijn. Wie er in slaagt te bewijzen dat hij de gebondenheid niet wenste, is niet gebonden, maar wel aansprakelijk uit onrechtmatige daad indien hij onzorgvuldig handelde.

De opkomst van de vertrouwensleer moet dan ook worden gezien tegen de achtergrond van de *beweerdelijk* ongewenste resultaten waartoe de wilsleer zou leiden. Dat deze resultaten daadwerkelijk werden bereikt, heb ik eerder betwist.²⁸ In de vertrouwensleer, zoals aangehangen door HAMAKER en FOCKEMA ANDREAE²⁹ wordt de bindende kracht van de wilsverklaring gezocht in de verklaring zelf, onafhankelijk van de wil van de persoon die haar aflegt. Die verklaring bindt omdat zij leidt tot verwachtingen.³⁰ Dat vertrouwen is grondslag van en criterium voor de contractuele gebondenheid. Belangrijk is dat het object van het vertrouwen niet de wil is, maar een zeker gedrag van de wederpartij. Dat het niet gaat om een vertrouwen op de wil, is logisch: de wil wordt in de 'zuivere' vertrouwensleer namelijk geheel uit de juridische terminologie geschrapt.³¹

²⁴ Zie bijv. HIJMA, *o.c.*, p. 16 en VAN DUNNÉ, *o.c.*, p. 305 v.

²⁵ Zie KARL LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts; zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, 1930, Nachdruck Frankfurt am Main, Metzner, 1966, pp. 34 v. en dez., *Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, 7. Aufl., München, Beck, 1989, pp. 333 v.; W.L. VALK, *Rechtsverwerking in drievoud*, Deventer, Kluwer, 1993, pp. 21 v., is dezelfde mening toegedaan.

²⁶ Zie terecht HIJMA, *o.c.*, p. 34.

²⁷ JACQUES GHESTIN, *La Formation du contrat*, 3. éd., Paris, L.G.D.J., 1993, no. 385 v. en no. 521 v.

²⁸ Diss., p. 193 v.

²⁹ H.J. HAMAKER, 'Beschouwingen over pandrecht', 1875, in: *Verspreide Geschriften*, dl. II, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1911, pp. 245 v. en S.J. FOCKEMA ANDREAE, 'De wil en de wilsverklaring', *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving*, *Nieuwe Reeks I*, 1875), pp. 267 v.

³⁰ FOCKEMA ANDREAE, *o.c.*, 190.

³¹ Zie echter - ten onrechte - ASSER-HARTKAMP II, *o.c.*, no. 105 die stelt dat de vertrouwensleer wel is gebaseerd op een veronderstelde partijwil. Zie meer uitgebreid SMITS, *o.c.*, p. 197.

De specifieke visie van MEIJERS op gebondenheid moet worden beschouwd in het licht van deze theorieënstrijd. Zoals al aangegeven, is het object van het vertrouwen in de wilsvertrouwensleer niet een zeker toekomstig gedrag, maar de wil van de wederpartij. MEIJERS stelde:³²

‘Wanneer men een rechtsgevolg laat intreden, omdat een goed vertrouwen is opgewekt, dan moet toch wel het feit, waaromtrent het vertrouwen is opgewekt (...) in de eerste plaats dit rechtsgevolg in het leven kunnen roepen. Anders rust dit goed vertrouwen op geen redelijke basis.’

Deze leer van MEIJERS is – zoals reeds aangegeven – in de twintigste eeuw in het N.B.W. neergelegd en wordt door de heersende doctrine als juist aanvaard.

2.3. *Het criterium voor gebondenheid op grond van wil of vertrouwen*

Elk rechtsstelsel heeft behoefte aan een criterium ter bepaling van de contractuele gebondenheid.³³ De afscheiding tussen bindende en niet-bindende afspraken wordt in de civil law-landen traditioneel gezocht in het wilscriterium: waar voldoende bewijs bestaat van de intentie juridisch gebonden te raken aan de gedane verklaring, is er gebondenheid. De precieze verhouding tussen deze intentie, de rol die aan vertrouwen op de intentie toekomt en andere ‘Seriositätsindizien’³⁴ zoals het gebruik van een bepaalde vorm, bepaalbaarheid van de verplichtingen en de betekenis van het ‘causa’-vereiste, verschilt vervolgens van land tot land.

Naar Nederlands recht moet het criterium tegenwoordig bij uitsluiting worden gezocht in de artt. 3:33 en 3:35 N.B.W. Vraag is echter of deze artikelen nu werkelijk criteria bieden om te bepalen of contractuele gebondenheid bestaat. Volgens de wetgever beogen deze bepalingen om aan de rechter de vrijheid te bieden om:³⁵

‘aan wil, verklaring en opgewekt vertrouwen de betekenis toe te kennen, die daaraan in de gegeven omstandigheden behoort toe te komen en om aan partijen de rechtsgevolgen toe te rekenen die zij behoren te dragen’.

Meer precieze criteria ontbreken in de wet. De ‘omstandigheden van het geval’ worden door zowel de wetgever, de Hoge Raad als de meeste handboeken uiteindelijk bepalend geacht.³⁶

De eerste vraag is welke nadere criteria bepalend zijn voor het aannemen van ‘wil’ in de zin van art. 3:35 N.B.W. Deze vraag komt in de Nederlandse rechtspraak

³² MEIJERS, ‘De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen’, in: V.P.O., dl. III, o.c., p. 83.

³³ Zie uitgebreid SMITS, o.c., pp. 187 v.; J.H. NIEUWENHUIS, ‘Promises, promises; over contracten en andere afspraken’, *N.J.B.* 2001, pp. 1795 v.

³⁴ KONRAD ZWEIGERT, ‘Seriositätsindizien’, *J.Z.* 19 (1964), pp. 350 v.

³⁵ *PG Boek 3*, o.c., p. 167.

³⁶ Zie *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 6, Deventer, Kluwer, 1981, pp. 72 v.; bijv. ASSER-HARTKAMP II, o.c., no. 110 en bijv. H.R. 28 oktober 1994, *N.J.* 1995, 629 (Citronas/Rotterdam).

praktisch niet aan de orde omdat indien de nolens ontkent een op rechtsgevolg gerichte verklaring te hebben gedaan, het aan de wederpartij (fidens) is om een beroep te doen op art. 3:35 N.B.W. Of gebondenheid aan de verklaring intreedt, komt dan aan de orde als een vraag van vertrouwensbescherming. Dit vloeit voort uit de leer van de dubbele grondslag: in een rechtsstelsel waarin de tweedeling tussen wil en vertrouwen niet bestaat, maar de vraag naar gebondenheid wordt beantwoord als vraag van de wil van partijen – zoals in het Franse recht en in de PECL³⁷ – komen de diverse elementen als vraag van enkel de wil aan de orde.

Een tweede vraag is wanneer gerechtvaardigd vertrouwen bestaat in de zin van art. 3:35 N.B.W. Deze vraag is in de Nederlandse rechtspraak veel aan de orde geweest. De Hoge Raad heeft reeds onder het oud B.W. factoren ontwikkeld die bepalend zijn voor de vraag of gerechtvaardigd vertrouwen aanwezig is.³⁸ Daaruit blijkt dat de nolens het wekken van het vertrouwen niet behoeft te kunnen worden verweten: enig ‘toedoen’ is voldoende.³⁹ Dit impliceert dat het vertrouwen enkel gerechtvaardigd kan zijn indien de verklaring of gedraging op de nolens is terug te voeren, zelfs als het toedoen bestaat in een niet-doen.⁴⁰ Deed de nolens de verklaring zelf of verrichtte hij zelf de gedraging, dan is aan die eis voldaan; in geval de verklaring is gedaan door een vertegenwoordiger, dan dient het vertrouwen dat deze bevoegd was om de achterman te vertegenwoordigen in elk geval terug zijn te voeren op de achterman.⁴¹

Uit de rechtspraak kunnen de volgende factoren worden afgeleid die in het kader van art. 3:35 N.B.W. een rol spelen.⁴² Hoewel deze factoren doorgaans geïsoleerd worden behandeld, spelen zij alle een rol in het kader van de onderzoeksplicht van de fidens. De vraag of het vertrouwen gerechtvaardigd is, is immers afhankelijk van de mate waarin deze laatste in afdoende mate onderzoek heeft verricht.⁴³ Bovendien is deze lijst van factoren niet uitputtend: andere omstandigheden kunnen steeds een rol spelen.

In de eerste plaats is relevant de aard van de rechtshandeling.⁴⁴ Vertrouwensbescherming werd naar Nederlands recht aanvankelijk alleen zonder meer toegestaan bij de overeenkomst onder bezwarende titel (dus waar de vertrouwende partij ook zelf een tegenprestatie had toegezegd).⁴⁵ De redengeving hiervoor was dat een

³⁷ Zie boven, Par. 2.1.

³⁸ Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht van de criteria ter bepaling van de gerechtvaardigheid van het vertrouwen SMITS, *o.c.*, pp. 135 v.

³⁹ Zie ook *PG Boek 3, o.c.*, p. 175 en J.H. NIEUWENHUIS, ‘Toerekening van vertrouwen’, *W.P.N.R.* 5885 (1988), p. 491.

⁴⁰ H.R. 1 maart 1968, *N.J.* 1968, 246 (Molukse Kerk/Clijnk), onlangs bevestigd in H.R. 12 januari 2001, *N.J.* 2001, 157 (Kuijpers/Wijnveen).

⁴¹ Zie art. 3:61 lid 2 N.B.W. Op vertegenwoordiging wordt in deze bijdrage niet verder ingegaan.

⁴² Zie ook ASSER-HARTKAMP II, *o.c.*, no. 110.

⁴³ *PG Boek 3, o.c.*, pp. 104 v.

⁴⁴ H.C.F. SCHOORDIJK, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe BW*, Deventer, Kluwer, 1986, p. 100 acht hier bepalend of de rechtshandeling al uitgevoerd is of nog slechts een enkele prestatiebelofte.

⁴⁵ H.R. 11 december 1959, *N.J.* 1960, 230 m.nt. L.E.H.R. (Eelman/Hin); H.R. 12 juni 1981, *N.J.* 1982, 238 m.nt. C.J.H.B. (Ouwens/Van Hussen); H.R. 13 september 1985, *N.J.* 1987, 98 m.nt. C.J.H.B. (Albada Jelgersma). Zie ook J.M. SMITS, ‘Eelman/Hin: Over de bescherming van het vertrouwen van de wederpartij van een geestelijk gestoorde’, *N.T.B.R.* 2001, pp. 218 v.

andere opvatting 'de noodzakelijke zekerheid van het rechtsverkeer' op aanvaardbare wijze zou verzwakken.⁴⁶ Bij rechtshandelingen om niet (zoals afstand van recht en opzegging) gold als extra eis dat de fidens iets had gedaan of nagelaten waardoor deze in een ongunstiger positie was gekomen dan zonder die handeling.⁴⁷ De redengeving hiervoor was rechtstreeks de billijkheid, die zich er tegen zou verzetten dat opgewekte schijn leidt tot ongerechtvaardigde verrijking van de fidens. Deze leer, die was geïnspireerd door het werk van HOUWING⁴⁸ (zelf ook lid van de Hoge Raad tussen 1954 en 1967) is door de Hoge Raad bij wijze van anticiperende interpretatie op het nieuw B.W.⁴⁹ al in 1986 verlaten.⁵⁰ Het onderscheid tussen overeenkomsten om niet en onder bezwarende titel werd door de wetgever te subtiel geacht. Ook bij rechtshandelingen om niet is vertrouwensbescherming dus mogelijk, zij het dat in dat geval op de fidens een grotere onderzoeksplicht rust dan in geval van een rechtshandeling onder bezwarende titel (zie onder).

Bovendien, zoals de Hoge Raad duidelijk maakte in het zojuist aangehaalde arrest Westhoff/Spronsen, kan het in strijd komen met de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 N.B.W.) dat de fidens een beroep doet op art. 3:35 N.B.W. indien hij bij het niet in stand houden van de rechtshandeling geen nadeel lijdt. Als een werknemer bijvoorbeeld ontslag neemt, maar daar later op terugkomt, zal het beroep op gerechtvaardigd vertrouwen door de werkgever in strijd kunnen komen met de redelijkheid en billijkheid indien de laatste nog geen nieuwe werknemer in dienst nam. Dit is een 'gewone' toepassing van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

Een tweede factor van belang voor het bepalen van de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen is de verhouding tussen de contractspartijen.⁵¹ Naarmate een partij deskundiger, groter of intrinsiek machtiger is, mag de fidens eerder aannemen dat die partij in staat is haar wil te bepalen. De onderzoeksplicht van de particulier tegenover de ondernemer of van de particulier tegenover de overheid is daarmee minder groot. Ook in een verhouding tussen in beginsel gelijkwaardige

⁴⁶ Deze motivering uit Eelman/Hin keert terug in de MvA, *PG Boek 3, o.c.*, p. 175 en in latere arresten (bijv. nog in H.R. 12 juni 1981, *N.J.* 1982, 238 m.nt. C.J.H.B. (Ouwens/Van Hussen)).

⁴⁷ H.R. 15 mei 1959, *N.J.* 1959, 516 m.nt. D.J.V. (Van Dongen/Van den Oetelaar); H.R. 10 februari 1967, *N.J.* 1967, 212 m.nt. G.J.S. (De Zaan/Intercoal); H.R. 29 november 1974, *N.J.* 1975, 211 m.nt. G.J.S. (Hensels/Seegers & Musters); H.R. 5 december 1975, *N.J.* 1976, 223 m.nt. G.J.S. (Overspannen verkoopleider); Scholten bepleitte in zijn noot bij *N.J.* 1975, 211 dat de eis van ongunstiger toestand ook bij rechtshandelingen om baat moest gelden – wetgever en Hoge Raad zouden het diametraal tegengestelde standpunt aanvaarden: *nimmer* een ongunstiger toestand als hard vereiste.

⁴⁸ PH.A.N. HOUWING, 'Positief en negatief belang bij rechtsschijn', 1944, in: *Geschriften van Houwing*, Deventer, Kluwer, 1972, pp. 103 v.

⁴⁹ *PG Boek 3, o.c.*, pp. 167 v., i.h.b. p. 177.

⁵⁰ H.R. 12 september 1986, *N.J.* 1987, 267 m.nt. P.A.S. (Westhoff/Spronsen). J.H. NIEUWENHUIS, 'Bezwarende titel, negatief belang en afwezigheid van bevoordeling als factoren, die bij de geldigheid van rechtshandelingen een rol spelen', *W.P.N.R.* 5341-5342 (1976), pp. 169 v., bepleitte ook een minder 'harde' benadering, waarbij de diverse factoren een topische afweging mogelijk maakten.

⁵¹ Daarover in algemene zin R.P.J.L. TJJITES, *De hoedanigheid van contractspartijen*, Deventer, Kluwer, 1994.

partijen kan de deskundigheid van een van hen zodanig groot zijn dat er reden is om vertrouwen van de fidens eerder aanwezig te achten.

Ten derde is het bestaan van een redelijke onderzoeksplicht afhankelijk van de nadeligheid van de rechtshandeling voor de nolens. Zo wordt ontslagname door een zwakke (bijvoorbeeld buitenlandse) werknemer niet snel geacht te zijn gewild omdat een vrijwillig ontslag in hoge mate nadelig is voor de werknemer (die in dat geval niet alleen werkloos wordt, maar ook geen recht heeft op een werkloosheidsuitkering).⁵² Bedacht zij dat dit nadeel een ander is dan dat zojuist aan de orde was in het kader van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hier speelt het nadeel dat de nolens wél lijdt bij het rechtsgevolg geven aan diens verklaring een rol bij de vraag of het vertrouwen van de fidens gerechtvaardigd is. Daartegenover staat het nadeel dat de fidens níet lijdt indien hij wordt beschermd in zijn vertrouwen. Doet zich die laatste situatie voor, dan kan het beroep op art. 3:35 N.B.W. in strijd komen met redelijkheid en billijkheid.

In de PECL wordt de vraag wanneer vertrouwen moet worden beschermd, niet beantwoord. Het al aangehaalde art. 2:102 PECL legt slechts een algemeen beginsel neer dat een verklaring of gedraging dient te worden opgevat zoals deze redelijkerwijs overkomt op de wederpartij. Indien redelijkerwijs mag worden aangenomen dat een partij de intentie heeft gebonden te zijn, is deze gebonden.⁵³ Nadere criteria ontbreken.

3. Dwaling naar Nederlands recht en in de PECL

3.1. Inleiding

Conform de eerder eerder geschetste tweedeling, leidt een geslaagd beroep op dwaling tot aantasting van de aanvankelijk tot stand gekomen overeenkomst. De partij die weliswaar de verklaring die zij deed wilde doen, maar wier wil was gevormd onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken, heeft onder de voorwaarden van art. 6:228 N.B.W. de mogelijkheid de overeenkomst te vernietigen. Die voorwaarden worden specifiek opgesomd in art. 6:228 (zie Par. 3.2).

In de systematiek van het Nederlands B.W. is het toepassingsbereik van de dwalingsregeling anders dan dat van de totstandkoming van de rechtshandeling. Dwaling, net als aanbod en aanvaarding geregeld in Titel 6.5 N.B.W., is in beginsel slechts een grond voor aantasting van de obligatoire (verbintenisscheppende) overeenkomst.⁵⁴ Daarmee is afgeweken van de in de oudere Europese codificaties

⁵² Zie H.R. 14 januari 1983, *N.J.* 1983, 457 m.nt. P.A.S. (Hajziani/Van Woerden); H.R. 5 december 1975, *N.J.* 1976, 223 m.nt. G.J.S. (Overspannen verkoopleider); H.R. 28 september 1984, *N.J.* 1985, 246 (Ben Dadi); H.R. 28 mei 1982, *N.J.* 1983, 2 (Coolwijk/Croes): 'vrijwillige beëindiging door de werknemer van zijn dienstbetrekking heeft voor deze zó ernstige gevolgen, dat de bedoeling daartoe (...) niet te gauw door de werkgever mag worden aangenomen'; H.R. 12 september 1986, *N.J.* 1987, 267 m.nt. P.A.S. (Westhoff/Spronsen); 15 april 1988, *N.J.* 1988, 951 m.nt. P.A.S. (Ben Amran).

⁵³ Zie LANDO & BEALE, Comment B bij art. 2:102 PECL (p. 144). De regel over uitleg (art. 5:101) gaat van hetzelfde beginsel uit.

⁵⁴ Een definitie daarvan in art. 6:213 lid 1 N.B.W.: 'een meezijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan'.

bestaande groepering van de wilsgebreken bij elkaar; in het N.B.W. zijn de overige wilsgebreken (bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden) wel in Titel 3.2 met artt. 3:33 en 35 bij elkaar gebleven (namelijk in art. 3:44). Via de schakelbepaling van art. 6:216 geldt de dwalingsregeling echter ook voor 'andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet'. Hierbij moet worden gedacht aan bijvoorbeeld familierechtelijke, bewijsrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen. Daarnaast is zelfs nog een analogische toepassing mogelijk op eenzijdige rechtshandelingen (zoals de opzegging) indien de rechter dat in een concreet geval aangewezen acht.⁵⁵ Dit is een ongelukkige wetgevingstechniek, die met name wetshistorisch valt te verklaren.⁵⁶ Overigens ligt het voor de hand om aan te nemen dat dwaling ook een rol kan spelen vóórdat de overeenkomst totstandgekomen is: de omstandigheid die ná contractssluiting dwaling op zou leveren, vormt vóór de contractssluiting een geldige reden om de onderhandelingen zonder schadevergoedingsplicht af te breken.⁵⁷

Anders dan bij de oneigenlijke dwaling (waar een rechtshandeling in het geheel niet tot stand komt wegens discrepantie van wil en verklaring), is het gevolg van de toepasselijkheid van het dwalingsartikel dat de dwalende partij de mogelijkheid heeft om de overeenkomst te vernietigen.⁵⁸ De wederpartij van de dwalende kan sinds de invoering van het nieuw Nederlands B.W. in 1992 echter ook een wijzigingsvoorstel doen: zij dient dan tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voor te stellen die het nadeel dat de dwalende bij instandhouding van de overeenkomst lijdt, op afdoende wijze opheft (zie art. 6:230 lid 1 N.B.W.). Deze bevoegdheid is tevens neergelegd in art. 4:105 PECL, waar het eveneens aan de wederpartij van de dwalende is overgelaten om alsnog te presteren in overeenstemming met de verwachtingen van de dwalende. Naar Nederlands recht kan de rechter bovendien de gevolgen van de overeenkomst op verlangen van partijen wijzigen (zie art. 6:230 lid 2 N.B.W.). Deze bevoegdheid ontbreekt in de PECL.

3.2. De voorwaarden voor een geslaagd beroep op dwaling

Zowel art. 6:228 N.B.W. als art. 4:103 PECL bevatten gedetailleerde opsommingen van de vereisten waaraan een geslaagd beroep op dwaling moet voldoen. Opvallend is de grote mate van overeenstemming tussen beide bepalingen. Zij luiden achtereenvolgens:

'1. Een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is vernietigbaar:

⁵⁵ PG Boek 3, o.c., p. 222; PG Boek 6, o.c., p. 837. Zie voor een voorbeeld H.R. 10 januari 1992, N.J. 1992, 606 m.nt. M.M.M. (Maastricht/Crals).

⁵⁶ Zie F.B. BAKELS, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 1993, p. 137.

⁵⁷ Zie H.R. 14 juni 1996, N.J. 1997, 481 (Hotel Maastricht) voor een soortgelijk oordeel inzake onvoorziene omstandigheden.

⁵⁸ De wijze waarop dat geschiedt, is geregeld in art. 3:49-51 N.B.W: door een buitengerechtelijke verklaring of een rechterlijke uitspraak.

- a. indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten;
- b. indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten;
- c. indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden.

2. De vernietiging kan niet worden gegrond op een dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft of die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven.'

'1. A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

- a. (i) the mistake was caused by information given by the other party; or
(ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or
(iii) the other party made the same mistake,

and

- b. the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms.

2. However a party may not avoid the contract if:
 - a. in the circumstances its mistake was inexcusable, or
 - b. the risk of mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it.'

Kortweg komen de in beide artikelen gestelde vereisten er op neer dat dwaling bestaat indien de, voor het contracteren redengevende, onjuiste voorstelling valt binnen één van de drie dwalingscategorieën, voldaan is aan het kenbaarheidsvereiste en de dwaling niet voor risico komt van de dwalende zelf.⁵⁹ Het

⁵⁹ Zie over dwaling naar Nederlands recht ASSER-HARTKAMP II, *o.c.*, no. 173 v.; J.M. SMITS, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999;

belangrijkste verschil⁶⁰ tussen beide artikelen zit in de wijze van presentatie van de kenbaarheidseis: deze wordt in art. 6:228 N.B.W. voor elk dwalingsgeval apart gesteld, terwijl art. 4:103 PECL een algemene eis onder lid 1 sub b stelt waar in de traditionele civil law-dwalingsleer de inperking van de rechtens relevante dwaling plaatsvindt naar de 'substance même de la chose' (art. 1110 Code Civil) of soortgelijke formuleringen, definieert art. 6:228 N.B.W. dwaling in lid 1 sub a en b (net zoals het PECL-artikel) naar de *oorzaak* van de dwaling. Zoals ook bij de wilsvertrouwensleer het geval was, is deze benadering terug te voeren op het werk van MEIJERS.⁶¹

Het eerste geval is dat waarin de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij. Die inlichtingen kunnen van velerlei aard zijn: garanties, toezeggingen en algemene informatie zijn naar Nederlands recht alle inlichtingen.⁶² Hoewel dat in de tekst van art. 6:228 lid 1 sub a N.B.W. niet staat, zal de mededeling wel steeds onjuist zijn geweest; in de PECL is dat ook een eis voor vernietigbaarheid. De wederpartij hoeft niet zelf beter te hebben geweten, dus kan te goeder trouw zijn geweest.⁶³ De kenbaarheidseis impliceert hier dat het belang van de inlichting voor de dwalende de wederpartij duidelijk moet zijn. Met andere woorden: voor de wederpartij moest duidelijk zijn dat de aanwezigheid van een bepaalde eigenschap essentieel was voor de dwalende. Is dat niet duidelijk, dan wekt de dwalende bij de wederpartij het vertrouwen gebonden te willen zijn *ondanks* de afwezigheid van die eigenschap.

Het tweede geval, omschreven in art. 6:228 lid 1 sub b en in art. 4:103 lid 1 sub a sub ii PECL, is dat waarin de wederpartij een mededelingsplicht heeft geschonden. Of de wederpartij de dwalende moet inlichten, wordt naar Nederlands recht bepaald door de in het verkeer geldende opvattingen. De Hoge Raad weigert in vaste rechtspraak om nadere criteria te geven wanneer deze mededelingsplicht bestaat. Uit de rechtspraak zijn wel gezichtspunten af te leiden voor het aannemen van een mededelingsplicht (die overigens uitzondering blijft: in beginsel dient de dwalende zelf op te passen).⁶⁴ In de Comments bij de PECL worden dezelfde, maar minder, gezichtspunten genoemd. Tot de gezichtspunten behoren de zichtbaarheid van het gebrek aan een te verkopen zaak, de kenbare aanwezigheid van deskundige

M.A.B. CHAO-DUIVIS, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1996; M.M. VAN ROSSUM, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, Deventer, Kluwer, 1991; H. DRION, 'De dwaling in het privaatrecht', preadvies B.C.N. 1972, in: *Geschriften van H. Drion*, Deventer, Kluwer, 1982; P.W. KAMPHUISEN, *Dwaling bij obligatoire overeenkomsten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1961; G. DE GROOTH, *De invloed van dwaling op rechtshandelingen*, preadvies B.C.N. 1948.

⁶⁰ Zie voor andere verschillen DE VRIES, *o.c.*, pp. 131 v. DE VRIES ziet ook een belangrijk verschil in de eis van causaliteit, die in de PECL strenger zou zijn dan naar Nederlands recht. Zie ook M.M. VAN ROSSUM, 'Het leerstuk van de fundamental mistake van de PECL en de Nederlandse dwalingsleer', *N.T.B.R.* 2000, p. 456.

⁶¹ Zie E.M. MEIJERS, 'Opmerkingen omtrent het leerstuk der dwaling', 1922, in: *V.P.O.*, dl. III, *o.c.*, 1955, pp. 106 v.

⁶² Zie voor een opsomming van typen inlichtingen ASSER-HIJMA, *Koop en ruil*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, no. 242. Blijkens de *PG Boek 6, o.c.*, p. 903 kan een aanprijzing in algemene bewoordingen (zoals 'van goede kwaliteit') geen grond vormen voor een dwalingsberoep.

⁶³ Vgl. LANDO & BEALE, Comment D bij art. 4:103 PECL (p. 231).

⁶⁴ Zie, ook voor andere gezichtspunten, SMITS, *Dwaling en niet-nakoming, o.c.*, pp. 64 v.

bijstand aan de zijde van de dwalende,⁶⁵ de aard van de overeenkomst,⁶⁶ de kosten van het inwinnen van informatie door de wederpartij⁶⁷ en of het gebrek een gevaar voor het leven of de veiligheid van de dwalende zou opleveren.⁶⁸ Dat ook de wederpartij zelf niet beter wist, is niet beslissend: het kan zijn dat deze beter *moest* weten en daarom had moeten inlichten.⁶⁹ In elk geval bestaat geen mededelingsplicht indien niet voldaan is aan de kenbaarheidseis: voor de wederpartij moet duidelijk zijn dat de eventueel mee te delen feiten voor de dwalende van belang zijn.

Bovendien bestaat naar Nederlands recht een regel over de verhouding tussen mededelings- en onderzoeksplicht. In vaste rechtspraak wordt aangenomen dat indien de wederpartij een mededelingsplicht heeft geschonden⁷⁰ (of een onjuiste mededeling heeft gedaan⁷¹), redelijkheid en billijkheid zich er tegen verzetten dat de dwaling voor rekening van de dwalende blijft wegens het schenden van een onderzoeksplicht. Dat de mededelingsplicht in deze zin 'boven' de onderzoeksplicht gaat, strekt ook tot bescherming van de onvoorzichtige koper. Het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, sluit dan ook niet uit dat de andere partij terzake van diezelfde gegevens een mededelingsplicht heeft.⁷²

Ten slotte noemen art. 6:228 lid 1 N.B.W. en art. 4:103 lid 1 sub a sub iii PECL de wederzijdse dwaling. Ook indien beide partijen uitgaan van⁷³ dezelfde onjuiste voorstelling van zaken, is een beroep op dwaling mogelijk. Uit de rechtspraak blijkt dat dit type gevallen zich niet vaak voordoet: doorgaans zijn dan immers ook

⁶⁵ Zie bijv. H.R. 7 mei 1982, *N.J.* 1983, 509 m.nt. C.J.H.B. (Van Dijk/Bedaux).

⁶⁶ Zo moet de particuliere borg worden voorgelicht omtrent de risico's van de borgstelling (H.R. 1 juni 1990, *N.J.* 1991, 759 (Van Lanschot/Bink); SMITS, *Dwaling en niet-nakoming, o.c.*, pp. 41 v. en R.P.J.L. TJITTES, *Bezwaarde verwanten*, Deventer, Kluwer, 1996, pp. 50 v. Blijkens LANDO & BEALE, Comment E bij art. 4:103 PECL (p. 232) is er geen mededelingsplicht in geval van een speculatief contract.

⁶⁷ Dit rechtseconomisch argument is door de Hoge Raad onder meer in H.R. 15 april 1994, *N.J.* 1995, 614 m.nt. C.J.H.B. (Schirmeister/De Heus) gebruikt. Zie ook LANDO & BEALE, Comment E bij art. 4:103 PECL (p. 232).

⁶⁸ H.R. 15 april 1994, *N.J.* 1995, 614 m.nt. C.J.H.B. (Schirmeister/De Heus): wie een tweedehands auto verkoopt en weet dat de auto aan het verkeer zal deelnemen, moet de koper inlichten over een (de verkoper bekend) niet eenvoudig te ontdekken gebrek waardoor de auto een gevaar voor de verkeersveiligheid kan opleveren. Zie ook H.R. 9 oktober 1992, *N.J.* 1994, 286-289 m.nt. C.J.H.B. (Stendijkpolder).

⁶⁹ *PG Boek 6, o.c.*, p. 909.

⁷⁰ H.R. 30 november 1973, *N.J.* 1974, 97 (Van der Beek/Van Dartel); H.R. 21 december 1990, *N.J.* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof); H.R. 10 april 1998, *N.J.* 1998, 666 (Oftringa/Vinck) en in H.R. 16 juni 2000, *N.J.* 2001, 559 (L.E.B./Stijnman).

⁷¹ H.R. 15 november 1957, *N.J.* 1958, 67 (Baris/Riezenkamp); H.R. 21 januari 1966, *N.J.* 1966, 183 (Booy/Wisman).

⁷² Zie H.R. 10 april 1998, *N.J.* 1998, 666 (Oftringa/Vinck). In casu zag de koper van een huis al bij de bezichtiging dat het huis scheuren had. De verkoper verzweeg aan de koper een inlichting van de aannemer dat oplossing van de scheurvorming veel geld zou kosten. De Hoge Raad oordeelde dat het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, niet uitsluit dat de andere partij terzake van diezelfde gegevens een mededelingsplicht heeft (met name ook ter bescherming van een onvoorzichtige koper).

⁷³ Deze eis is ietwat vaag: zie ASSER-HARTKAMP II, *o.c.*, no. 187; ASSER-HIJMA, no. 238 en J.M. SMITS, 'Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling', *R.M.Th.* 1993, pp. 503 v.

mededelingen gedaan door de wederpartij, zodat het geval ook onder lid 1 sub a of lid 1 sub a sub i is te brengen. Ook hier dient te zijn voldaan aan de eis van kenbaarheid. Wederzijdse dwaling heeft een wat ander karakter dan de eerste twee dwalingscategorieën: de gevallen sub a en b zijn doorgaans terug te voeren op misleiding door de wederpartij, het geval sub c niet.⁷⁴ In de PECL is de vraag – hoewel de tekst van het PECL-artikel dat niet duidelijk maakt – of de overeenkomst door de dwaling ‘very seriously different’ wordt. In dat geval is namelijk niet voorzien in allocatie van het risico van een andere voorstelling van zaken.⁷⁵

De artt. 6:228 lid 2 N.B.W. en 4:103 lid 2 PECL bevatten nog een algemene risico-correctie: de dwaling mag niet voor rekening van de dwalende blijven in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval. Dit betekent een belangrijke inperking van het dwalingsberoep omdat hij de mogelijkheid biedt het op grond van lid 1 verkregen voorlopig oordeel onder de aegis van de redelijkheid en billijkheid te toetsen aan alle omstandigheden van het geval. Uiteindelijk is bepalend: wat mogen deze partijen onder de gegeven omstandigheden van elkaar verwachten, de verkeersopvattingen en de aard van de gesloten overeenkomst in aanmerking nemende?⁷⁶ In de Nederlandse praktijk is het belangrijkste geval waarin het dwalingsberoep faalt dat waarin de dwalende zijn eigen onderzoeksplicht heeft verzaakt. Ook verkopersdwaling komt naar Nederlands recht in het algemeen voor risico van de dwalende.⁷⁷

Wat betreft de grondslag van de vernietiging op grond van dwaling, geldt in de systematiek van het N.B.W. nog steeds dat dwaling conform de civil law-traditie een wilsgebrek is: aantasting op grond van art. 6:228 N.B.W. is mogelijk omdat de wil van een of van beide contractspartijen op onzuivere wijze, namelijk onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken, is gevormd. Dit vloeit voort uit de leer dat in beginsel alleen rechtshandelingen die berusten op een bewuste en vrij gevormde wil rechtsgevolg mogen hebben. Met name SUIJLING⁷⁸ heeft deze fundering voor het Nederlandse recht uitgewerkt (en vervolgens bekritiseerd). Toch is de redengeving waarom de in dwaling aangepane overeenkomst aantastbaar is, niet volledig terug te voeren op de gedachte van het wilsgebrek. In de visie van MEIJERS – na de dood van MEIJERS door het Driemanschap uiteindelijk neergelegd in het Ontwerp van Boek 6 uit 1961 – was namelijk het gedrag van de *wederpartij* van de dwalende bepalend. Net zoals naar Engels recht de *misrepresentation* door de wederpartij redengevend is voor de mogelijkheid van vernietiging van de overeenkomst, zo is dat ook het geval in de eerste twee door art. 6:228 lid 1 N.B.W. genoemde gevallen. Deze parallel is ook door DE GROOTH getrokken.⁷⁹ Ook in de PECL zijn de gevallen sub a (i) en (ii) terug te voeren op ‘behaviour of the other

⁷⁴ Zie, elk met eigen nuances, J.H.A. LOKIN, ‘De wederzijdse dwaling bij verbintenisscheppende overeenkomsten’, *R.M.Th.* 1974, pp. 242 v. en SMITS, *R.M.Th.*, o.c.

⁷⁵ LANDO & BEALE, Comment F bij art. 4:103 PECL (p. 233).

⁷⁶ SMITS, *Dwaling en niet-nakoming*, o.c., p. 10.

⁷⁷ Zie H.R. 19 juni 1959, *N.J.* 1960, 59 (Kantharos van Stevensweert), maar ook SMITS, *Dwaling en niet-nakoming*, o.c., p. 44 voor nuances.

⁷⁸ J.P.H. SUIJLING, *Levend en stervend recht*, Haarlem, De Erven F. Bohn, 1947, pp. 17 v.

⁷⁹ G. de GROOTH, *De invloed van dwaling op rechtshandelingen*, Preadvies B.C.N. 1948, Den Haag, Belinfante, 1948.

party'.⁸⁰ De grondslag voor vernietiging in geval van wederzijdse dwaling blijft in de heersende leer wel volledig terug te voeren op de gedachte van dwaling als wilsgebrek.⁸¹

4. Het onderscheid tussen dissensus en dwaling in het licht van een Europees privaatrecht

4.1. *Het theoretisch onderscheid*

De in het voorafgaande geschetste regelcomplexen hebben zich in de loop van bijna twee eeuwen gevormd op basis van aanvankelijk de tekst van de Code Civil, later het eigen oude B.W. van 1838 en nog later de ontwerpen voor het nieuw B.W. Deze teksten zijn in Nederland grotendeels geïnterpreteerd naar de opvattingen van VON SAVIGNY en zijn navolgers. In deze SAVIGNYaanse systematiek wordt een scherp onderscheid gemaakt tussen totstandkoming, inhoud en uitvoering van de overeenkomst.⁸² Terzake van de totstandkoming wordt de overeenkomst ontleed in twee wilsverklaringen met de factoren wil en verklaring als aparte grootheden⁸³ zodat dissensus en dwaling kunnen worden gescheiden: enerzijds is in de totstandkomingsfase denkbaar dat een contractspartij dwaalt in de *reden* waarom hij een overeenkomst wil sluiten (*Motivirrtum* of eigenlijke dwaling), anderzijds kan terzake van de *inhoud* van de overeenkomst een conflict optreden tussen wil en verklaring (*Inhaltsirrtum* of oneigenlijke dwaling). In het eerste geval is de dwaling in beginsel irrelevant omdat de dwalende wel degelijk heeft gewild maar alleen fout heeft gekozen uit alle hem ter beschikking staande alternatieven, in het laatste geval ontbreekt een geldige overeenkomst, niet omdat de dwalende dwaalt, maar omdat zijn verklaring niet overeenstemt met zijn wil.⁸⁴ In het huidige Nederlandse recht ziet men dit terug waar enerzijds een misverstand (dissensus) in beginsel in de weg staat aan het totstandkomen van een overeenkomst, anderzijds echte dwaling in beginsel irrelevant is maar onder bijzondere omstandigheden kan leiden tot vernietiging van een eenmaal totstandgekomen overeenkomst. Dit beginsel spoort geheel met de ideologische nadruk die wordt gelegd op de individuele wil en op de keuzevrijheid van het individu: dwaling is *niet* relevant want de dwalende wil, dissensus is *wel* relevant want de partij wil niet.

Nu kon SAVIGNY zelf deze nadruk op de wilsautonomie al niet geheel doorzetten. Hij moest in het belang van het handelsverkeer aanvaarden dat dwaling soms toch moet leiden tot een nietige overeenkomst, zoals dissensus soms moet leiden tot instandhouding daarvan.⁸⁵ Het Nederlandse art. 6:228 B.W. kent daarom

⁸⁰ Vgl. LANDO & BEALE, Comment D bij art. 4:103 PECL (p. 231).

⁸¹ Doch zie de opvattingen van LOKIN en SMITS (voetnoot 74).

⁸² Zie voor het hier volgende ook SMITS, *Dwaling en niet-nakoming, o.c.*, pp. 25 v.; dez., 'Het failliet van de Savignyaanse systematiek: dwaling en wanprestatie', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 26 (1997), pp. 137 v.

⁸³ Teruggaand op PUFENDORF's natuurrechtelijke visie; zie REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta, 1990, p. 569.

⁸⁴ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band 3, Berlin, Veit, 1840, pp. 98 v.

⁸⁵ VON SAVIGNY, *o.c.*, pp. 276 v. en vgl. ZIMMERMANN, *o.c.*, pp. 614 v.

een specieuze afweging waarin het belang van de wederpartij van de dwalende essentieel is: kortweg is vernietiging in beginsel alleen mogelijk indien de wederpartij begreep of moest begrijpen dat de achteraf ontbrekende eigenschap essentieel was voor de dwalende en het ontbreken niet voor diens rekening behoeft te blijven. Anderzijds verhindert dissensus alleen geldige totstandkoming indien de wederpartij niet redelijkerwijs mag vertrouwen op de wil van de contractant. Kennelijk worden beide leerstukken gecorrigeerd aan de hand van de vertrouwensleer: of de overeenkomst definitief is totstandgekomen, is uiteindelijk afhankelijk van de wederzijdse verwachtingen van partijen.

4.2. *Het onderscheid in de PECL*

Er is reeds op gewezen dat ook in de PECL het onderscheid tussen consensus en dissensus wordt gemaakt nu beide leerstukken in beginsel een eigen regeling kennen. Bijzonder is echter dat op het geval van de ‘mistake in communication’ (fout in de mededeling⁸⁶) het artikel over de dwaling van toepassing wordt verklaard, zodat voor beide gevallen weliswaar aparte artikelen bestaan maar zij toch identiek worden behandeld. Art. 4:104 PECL luidt:

‘An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is to be treated as a mistake of the person which made or sent the statement and Article 4:103 applies.’

Het is goed om zich te realiseren wat het toepassingsbereik van art. 4:104 PECL is. In de Comments⁸⁷ wordt voor het geval dat men iets anders zegt dan men bedoelt (10 in plaats van 100) uiteengezet dat het zo kan zijn dat in dat geval partijen geen ‘common intention’ hebben en de declarant dan gebonden is door de schijn die diens verklaring wekt op grond van art. 5:101 (2) PECL. Indien de wederpartij echter weet dat de declarant zijn wil onjuist uit, maar niet weet wat wel is bedoeld en toch de verklaring (zoals een aanbod) aanvaardt, dan geldt art. 4:104. Aldus in het geval dat wordt geschetst in Illustration 2 bij dat artikel:⁸⁸ A vraagt normaal 1300 pond huur per maand voor zijn villa, B biedt 800 pond. A schrijft vervolgens: 100 pond per maand is accoord. B weet nu dat A zich vergiste, maar niet wat hij wél bedoelde. Indien B het aanbod aanvaardt, kan A de overeenkomst vernietigen op grond van art. 4:104 PECL. De overeenkomst bestaat daarmee – anders dan naar Nederlands recht – wel. Indien A iets anders verklaart dan hij wil en B kennelijk niet vertrouwt op diens wil, is de overeenkomst naar Nederlands recht immers niet bestaand. In het systeem van de PECL kan de overeenkomst overigens nog wel in stand blijven indien de wederpartij (B) alsnog aangeeft te willen presteren conform de intentie van A (art. 4:105 PECL).⁸⁹

⁸⁶ M.E. STORME, *o.c.*, pp. 1311 v.

⁸⁷ LANDO & BEALE, Comment A-D bij art. 4:104 PECL (p. 242-243). Zie ook Comment H bij art. 4:103 PECL (p. 234).

⁸⁸ LANDO & BEALE, *o.c.*, p. 243.

⁸⁹ Zie nader DE VRIES, *o.c.*, p. 136 en VAN ROSSUM, *o.c.*, pp. 460 v.

De PECL gaan hiermee de weg van het Duitse recht.⁹⁰ In § 119 BGB worden de *Erklärungsirrtum* (men verklaart iets anders dan gewild), de *Inhaltsirrtum* (een partij vergist zich in de betekenis van haar verklaring) en de *Eigenschaftsirrtum* (eigenlijke dwaling) immers gelijkgeschakeld.⁹¹ In al deze gevallen is de overeenkomst vernietigbaar. De bescherming voor de vertrouwende partij ligt in vergoeding van de door die partij geleden schade (de *Vertrauensschaden* van § 122 BGB).

4.3. De waarde van het onderscheid naar Nederlands recht en in de PECL

Het bovenstaande roept de vraag op of het onderscheid tussen dwaling en misverstand nog houdbaar is. Dat is het indien wordt onderscheiden tussen het enkele wensen van gebondenheid – los van de vraag waartoe men zich verplicht – en het wensen van *deze* inhoud der verplichtingen. Indien het enkel gaat om de vraag of A dit gouden horloge voor 100 aan B wilde verkopen, zijn dwaling en totstandkoming ineengeschoven en is enkel relevant waartoe partijen verplicht zijn. Dat laatste is een vraag van uitleg: de uitgelegde inhoud van de overeenkomst is bepalend. Reeds J.F. HOUWING heeft dit voor Nederland helder aangetoond.⁹² Het is later door onder meer SUIJLING,⁹³ SCHOORDIJK⁹⁴ en VAN DUNNÉ⁹⁵ overgenomen. Allen benadrukken dat dwaling (inclusief oneigenlijke dwaling) een vraag van uitleg is en daarmee een overbodig leerstuk.

Waar SAVIGNY dus in staat was alleen relevant te achten dat *willekeurig welke overeenkomst* was gewild, thans is bepalend dat *een overeenkomst met deze specifieke inhoud* is gewild. Blijkt die inhoud anders dan gedacht, dan is de overeenkomst met die inhoud eigenlijk niet gewild zodat in wezen een geval van dissensus (oneigenlijke dwaling) voorligt. Inconsistentie ligt hiermee echter op de loer. Indien de afweging die aan de hand van de begrippen dwaling en dissensus wordt gemaakt, immers hetzelfde doel heeft, nl. vaststellen of *deze* overeenkomst met *deze* inhoud voor de contractspartijen bindend is, dient daartoe één en hetzelfde criterium te worden gebruikt ter invulling van elk dezer begrippen. Zelfs is er dan systematisch geen reden meer om dwaling en dissensus te scheiden en is het mogelijk om een van beide leerstukken af te schaffen.

Blijkens de Nederlandse rechtspraak worden totstandkoming en uitleg van de overeenkomst beheerst door dezelfde maatstaf. De vaste formule die door de Hoge Raad wordt gebruikt, is de volgende bij de totstandkoming van de overeenkomst:⁹⁶

⁹⁰ Zij het dat het toepassingsbereik van art. 4:104 PECL kleiner lijkt dan dat van § 119 BGB.

⁹¹ KONRAD ZWIEGERT & HEIN KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 410 v.

⁹² J.F. HOUWING, 'Oneigenlijke dwaling', 1890, in: *Rechtskundige Opstellen*, Haarlem, De Erven Bohn, 1921, pp. 206 v.

⁹³ SUIJLING, *o.c.*, pp. 17 v.

⁹⁴ H.C.F. SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het N.B.W.*, Deventer, Kluwer, 1979, pp. 493 v.; J.M. VAN DUNNÉ, 'De heroriëntatie bij dwaling', *W.P.N.R.* 4978-4981 (1968), pp. 37 v.; dez., *Verbintenissenrecht in ontwikkeling*, dl. 1, 2^{de} dr., Deventer, Kluwer, 1993, pp. 358 v.

⁹⁵ VAN DUNNÉ, *De heroriëntatie bij dwaling, o.c.*, pp. 37 v. Zie ook VAN ROSSUM, *o.c.*, p. 461.

⁹⁶ H.R. 21 december 2001, *N.J.* 2002, 60 (Van Beers/Van Daalen).

‘Het antwoord op de vraag of een overeenkomst is totstandgekomen, is afhankelijk van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten afleiden.’

En bij uitleg van een in een schriftelijke overeenkomst opgenomen beding, zal de rechter conform de Haviltex⁹⁷-formule:⁹⁸

‘de betekenis van dat beding dienen vast te stellen aan de hand van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid, en van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.’

Wanneer deze identieke maatstaf zowel wordt aangelegd bij de vraag of de overeenkomst is tot stand gekomen als bij de vraag hoe deze moet worden uitgelegd, dan kan toepassing van een zelfstandig dwalingsleerstuk verwarrend werken omdat daarmee de indruk wordt gewekt dat een andere vraag aan de orde is dan bij totstandkoming en uitleg. VAN ROSSUM⁹⁹ geeft het bekende voorbeeld van de buitenlandse werknemer die de Nederlandse taal niet goed machtig is en die een geschrift ondertekent omtrent berekend salaris en vakantiedagen, maar ook omtrent een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Achteraf stelt hij dat niet gewild te hebben. Deze werknemer kan langs drie wegen ageren. Hij kan stellen dat de overeenkomst in het geheel niet tot stand kwam omdat de werkgever er zonder nader onderzoek niet op mocht vertrouwen dat hij dit werkelijk wenste (art. 3:33 jo. 35 N.B.W.). Hij kan ook een beroep doen op dwaling omdat hij handelde onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken, veroorzaakt door een verzaken van de mededelingsplicht van de werkgever (art. 6:228 N.B.W.). En ten slotte kan men de overeenkomst geldig totstandgekomen achten, maar deze zo uitleggen dat de werknemer niet het beding omtrent de beëindiging van het dienstverband wenste omdat dat niet is zoals partijen de overeenkomst redelijkerwijs mochten begrijpen.

Het is dus goed mogelijk om te bepleiten dat wat thans verdeeld is over drie leerstukken, beter als één vraag van totstandkoming van de overeenkomst moet worden beschouwd. In elk geval wordt het verschillende rechtsgevolg van vernietigbaarheid in geval van dwaling en van non-existentie in geval van dissensus, niet gerechtvaardigd door wezenlijk verschillende materiële regels.

Ook in de systematiek van de PECL geldt dezelfde maatstaf voor zowel de totstandkoming van de overeenkomst als voor de uitleg er van.¹⁰⁰ De ‘common intention of the parties’ (de gemeenschappelijke wil van partijen¹⁰¹) prevaleert, maar

⁹⁷ H.R. 13 maart 1981, *N.J.* 1981, 635 m.nt. C.J.H.B. (Haviltex).

⁹⁸ Bijv. in H.R. 22 december 1995, *N.J.* 1996, 300 (Hoog Catharijne); H.R. 7 juni 1996, *N.J.* 1996, 697 (Campo/N.R.S.); H.R. 28 maart 1997, *N.J.* 1997, 438 (S.Z.B./Deurenberg); H.R. 30 januari 1998, *N.J.* 1998, 459 (Interforce/Rosier); H.R. 12 februari 1999, *N.J.* 1999, 584 (Dohrmann/Goorhuis); H.R. 12 januari 2001, *N.J.* 2001, 199 (Steinbusch/Van Alphen).

⁹⁹ VAN ROSSUM, *o.c.*, p. 462.

¹⁰⁰ LANDO & BEALE, Comment B bij art. 2:102 PECL (p. 144).

¹⁰¹ M.E. STORME, *o.c.*, pp. 1311 v.

indien een der partijen iets anders zei dan zij bedoelde, kan de wederpartij redelijkerwijs vertrouwen op de verklaring van de nolens. Bepalend is weer de betekenis die redelijke partijen aan de verklaring zouden geven (art. 5:101 PECL).¹⁰² In de PECL wordt het onderscheid verder geslecht omdat – zoals al aangegeven – dwaling en dissensus bij een ‘mistake in communication’ zijn gelijkgetrokken.

5. Totstandkoming van de overeenkomst in Nederland en in de PECL

Een belangrijke vraag is wat het bovenstaande betekent voor de ontwikkeling van een Europees privaatrecht. Duidelijk is dat in de PECL identieke normen zijn neergelegd voor dwaling en oneigenlijke dwaling in geval van een ‘mistake in communication’, terwijl het Nederlandse recht beide gevallen kwalificeert als respectievelijk consensus en dissensus. De PECL en het Nederlandse recht komen overeen in hun scheiding van de vraag naar aanvankelijke totstandkoming van de overeenkomst en eventuele aantasting (of non-existentie) daarvan op grond van dwaling.

Vanuit een Europees perspectief is er weinig op tegen om de drie verwante leerstukken totstandkoming, uitleg en dwaling gescheiden te houden. Het zou ook van weinig realiteitszin getuigen om aan te nemen dat de diverse rechtsstelsels bereid zouden zijn om hun eigen technische onderscheidingen op te geven. De in Nederland aanvaarde gemeenschappelijke noemer van de drie leerstukken, namelijk dat voor de totstandkoming van de overeenkomst bepalend is ‘hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten afleiden’, zou heel goed ook die van andere Europese stelsels kunnen zijn. De PECL heeft men voor dat inzicht niet nodig.

¹⁰² Art. 5:102 PECL bevat een lijst van factoren die relevant zijn bij de uitleg van de overeenkomst.

