

Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling

Citation for published version (APA):

Smits, J. (1993). Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1993(10), 499-514.

Document status and date:

Published: 01/01/1993

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

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.

Jan Smits*

Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling

'Als je verbanden wilt vinden, vind je die altijd.'
Umberto Eco¹

1. EEN OUDE EN EEN NIEUWE OPGAVE

'Zersetzen, Schneiden, Trennen.' Toen J.F. Houwing² in 1890 dit woord van de toen reeds 18 jaar met 'Von' getitelde Rudolph Ihering aanhaalde ter karakterisering van de toenmalige rechtswetenschap, was dat voor die periode een ongetwijfeld juiste kwalificatie. Voor het recht van nu, zo'n honderd jaar later, ligt echter een synthetisch denken meer voor de hand. Niet zozeer de analyse als wel het vinden van overeenkomsten op gescheiden terreinen is wat ons in de huidige rechtsgeleerdheid kan boeien. De oude, niet langer toepasselijke scheidslijnen vervagen daarbij om te worden vervangen door nieuwe.

Dit artikel is een poging om een leerstuk dat tegenwoordig wordt gezien als één te herformuleren in nieuwe, maar ons niet onbekende termen. Het is mij te doen om de dwaling, een leerstuk waarvan Lokin meende dat het zijn 'valstrikken met dubbele ijver spant voor hem die het waagt over haar te schrijven'. Uitwerken wil ik de gedachte dat ten onrechte eenzijdige en wederzijdse dwaling op één en dezelfde voet worden gezien door heersende literatuur en (daarmee) door art. 6:228 BW. Dit streven is ingegeven door de idee dat we in de wederzijdse dwaling een leerstuk aantreffen dat ons een goed inzicht bieden kan in de werking van het contractenrecht. Is het bij de eenzijdige dwaling zo dat vernietiging of wijziging van de overeenkomst steeds is terug te voeren op enigerlei vorm van verwijtbaar handelen van de wederpartij, bij de wederzijdse dwaling is dit anders. Waar de verwijtbaarheid in hoge mate ons contractenrecht binnendringt, reden waarom nogal wat auteurs zich hebben afgevraagd of er nog wel bestaansrecht is voor een afzonderlijke figuur van de overeenkomst,³ kan inzicht in het karakter van wederzijdse dwaling goede diensten bewijzen. Aantasting van de rechtshandeling omdat een contractspartij zich op enigerlei wijze anders heeft gedragen dan hij had moeten doen, komt ons rechtvaardig voor. Maar hoe staat het met gevallen waar geen van beide partijen iets te verwijten valt?

2. DWALING

Het leerstuk van de dwaling kan worden gezien als een probleem van de verhouding tussen voorstelling en werkelijkheid.⁴ Wanneer partijen contracteren zullen zij zich voorstellingen van

¹ Nederlandse vertaling van *Il pendolo di Foucault*, Amsterdam 1989, p. 474.

² J.F. Houwing, Een vijftal beslissingen in zake van dwaling, RM 1890, p. 228.

³ Zie bijv. J.M. van Dunné, De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht? NJB 1980, p. 668 v.

⁴ Ook naar voren komend bij overmacht en onvoorziene omstandigheden. Mij gaat het vooral om de relatie overeenkomst-werkelijkheid. Zie Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts; Zweiter Band: das Rechtsgeschäft*, 3. Aufl., Berlin 1979, p. 497 en dezelfde, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*,

velerlei aard maken, en vaak zullen die voorstellingen niet (helemaal) overeenkomen met wat later bewaarheid blijkt. Bij de dwaling gaat het er nu om welke betekenis toe komen mag aan die door partijen gemaakte veronderstellingen. Wordt er onbeperkt rekening gehouden met veronderstellingen die achteraf onjuist blijken, de zekerheid van het rechtsverkeer zou op onaanvaardbare wijze in het gedrang komen, ja niemand zou meer contracteren wanneer de wederpartij achteraf kan zeggen: de veronderstelling waar ik van uitging blijkt onjuist dus ik hoef niet na te komen.⁵ Anderzijds zou een nooit betekenis toekennen aan deze voorstellingen ook niet wel aanvaardbaar zijn. Wisman verkeerde na de mededeling van verkoper Booy met die strekking in de veronderstelling een kraan te kopen die vrij over de weg mocht rijden. Dat dit anders bleek is een omstandigheid die we maar liever niet voor rekening laten van koper Wisman.⁶ Het kan ook in termen van een risico-afweging worden gezegd. Bij de dwaling komt het er op aan wie het risico van de werkelijkheid draagt.⁷ Blijft de overeenkomst in stand, dan blijft dat risico bij de benadeelde liggen. Wordt de overeenkomst vernietigd, dan betekent dat een afwenteling op de wederpartij.

De moeilijkheid ligt nu in het vinden van een evenwichtig criterium dat aangeven kan welke voorstellingen wel en welke niet van zodanig gewicht zijn dat zij leiden kunnen tot een aantasting van de overeenkomst.⁸ In de traditionele, in art. 6:228 neergelegde benadering worden drie dwalingscategorieën onderscheiden en wordt de afweging gemaakt aan de hand van de bekende, beide uit de vertrouwensleer voortvloeiende, criteria van kenbaarheid en verschoonbaarheid. Laten we deze criteria eens wat nader bekijken. In het nu volgende staat de eenzijdige dwaling voorop, de wederzijdse volgt in paragraaf vier.

3. EENZIJDIGE DWALING EN EEN NIEUWE GRONDSLAG

Het kenmerkende van de eenzijdige dwaling ligt daarin dat de onjuiste voorstelling bij één (dwalende) partij bestaat. De wederpartij van de dwalende is wel degelijk in het bezit van de juiste informatie, sterker nog, in de eerste twee dwalingsgevallen van art. 6:228 lid 1 is nodig dat door *toedoen* van de wederpartij de onjuiste voorstelling is ontstaan, hetzij doordat deze een (achteraf onjuist blijkende) inlichting heeft verschaft, hetzij doordat deze heeft gezwegen. Het karakteristieke van de dwalingssituatie is in beide gevallen echter dat niet een enkele mededeling of een enkel zwijgen tot de onjuiste voorstelling heeft geleid, maar dat dat spreken of zwijgen ook *gericht* was, dat wil zeggen dat de wederpartij van de dwalende op de hoogte was van wat voor de dwalende zó belangrijk was dat hij anders niet gecontracteerd zou hebben.⁹

Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Band I, Karlsruhe 1960, p. 207.

⁵ Vgl. S.J. Stoljar, *Mistake and Misrepresentation; a Study in Contractual Principles*, s.l. 1968, p. 5.

⁶ HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 m.nt. GJS (Booy-Wisman). Het is het standaardvoorbeeld van een dwalingsgeval als bedoeld sub a van art. 6:228. Van het geval sub b vinden we een duidelijk voorbeeld in HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek-Van Dartel).

⁷ Zie bijv. Werner Flume, *Allgemeiner Teil*, o.c., p. 500 en P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 3rd ed., Oxford 1981, p. 197 en ook J.H.A. Lokin, *De wederzijdse dwaling bij verbintenisscheppende overeenkomsten*, RM Themis 1974, p. 245.

⁸ Vgl. Asser-Hartkamp II, Zwolle 1993, no. 175 en de PG Boek 6, p. 900 (TM). Zie voor een meer theoretische beschouwing over de afweging Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung; die Bedeutung 'veränderter Umstände' im Zivilrecht*, 2. Aufl., München 1957, p. 1-4 en 156-187 en het begin van Peter Hay, *Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im anglo-amerikanischen Recht*, AcP 164 (1964), p. 231-269.

⁹ Naast de kenbaarheidseis speelt de verschoonbaarheid een rol. Deze zou meer aan de kant van de benadeelde spelen. Het gaat er om dat deze zich redelijkerwijs een onjuiste voorstelling kon en mocht maken, dus dat de dwaling niet ongewoon dom was. In het nieuwe BW komt deze eis in het kader van art. 6:228 lid 2 aan de orde. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, Deventer 1979, p. 103.

Mag dit bekende stof zijn voor de doctoraal-student, ik meen dat met het, wat in Duitsland zo mooi wordt genoemd, 'zuendedenken' van het bovenstaande nog veel kan worden gewonnen, aan inzicht vooral in de structuur van het Nederlandse contractenrecht. Want wat, zo kan men zich afvragen, is eigenlijk de reden voor het stellen van die zogenaamde 'kenbaarheidseis'? Waarom is aantasting wél mogelijk wanneer de wederpartij van de dwalende afweet van het voor de dwalende essentiële en waarom niet wanneer hij net zo onwetend is?

Het is vreemd gesteld met het recht. Wij zoeken soms níet verder en soms wél. Maar wanneer wel en wanneer niet? In het vermogensrecht proberen we steeds af te dalen tot de vraag of al dan niet verwijtbaarheid bestaat. Het oordeel dat een partij niet heeft gehandeld zoals dat hoort vormt steeds de 'motor' van ons rechtsoordeel. De vraag of redelijk is dat een contractant ook gebonden is waar hij niet voldoende afwist van de werkelijke stand van zaken, kan daarmee worden herleid tot zijn wederpartij: heeft *deze* wel voldoende zorg betracht bij het aangaan van de overeenkomst? De eenzijdige dwaling nu kan steeds worden teruggebracht tot verwijtbaar gedrag van de wederpartij. Wie weet wat essentieel is voor zijn mede-contractant, en dan toch een mededeling doet of zwijgt, handelt daarmee niet zoals hij hoort te doen. Dit geldt — want oude leerstukken verkrijgen steeds nieuwe rechtvaardiging — sinds Baris-Riezenkamp in versterkte mate: waar niet meer voldoende is het 'veiller à ses propres intérêts',¹⁰ maar óók met de belangen van de ander rekening gehouden moet worden, heeft men de verplichting de wederpartij te waarschuwen. Dit is sindsdien de juiste motivering voor de aantasting van de overeenkomst. Slechts de vraag hoe ver de verplichting reikt verschilt van geval tot geval. Inderdaad is met het socialiseringsproces van het contract, de idee samen in één bootje te zitten, ook vóór het contractsmoment,¹¹ de frontlijn in het verbintenissenrecht opgeschoven in de richting van de onrechtmatige daad.

Wie met mij het bovenstaande wenst te aanvaarden, komt te staan voor een belangwekkende vraag. Wanneer, dan, is nog wel sprake van een aantasting van de overeenkomst, ook buiten verwijtbaarheid om? Laten we ons eens richten op het geval waar beide partijen een onjuiste voorstelling van zaken hebben, de wederzijdse dwaling.

4. WEDERZIJDSE DWALING IN EISEN-VORM

De wederzijdse dwaling staat in de belangstelling. Verscheidene auteurs hebben onlangs aandacht besteed aan de bepaling sub c van art. 6:228 lid 1 BW.¹² Toch getuigen die geschriften niet van een zeer brede blik op het vraagstuk, een blik die ook rekening houdt met de relatie met het oude recht en met art. 6:229 van het nieuwe wetboek. Ik zal hier eerst ingaan op de wederzijdse dwaling zoals die in art. 6:228 aan de orde komt. Met de kritiek die ik op de formulering heb, kom ik toe aan de gemeenschappelijke onjuiste veronderstelling onder het oude recht. We moeten dus eerst door de zure technische eisen-appel heen bijten. Het ontleden van wetsartikelen in eisen is niet mijn liefhebberij, maar voor een *weergave* van de figuur van de wederzijdse dwaling is het wel zo gemakkelijk.

¹⁰ Naar de dissertatie van M.N. Capogne Charles, De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat, Thèse Toulouse 1988.

¹¹ Hoewel daarvan dan ook niet meer gesproken kan worden. Vgl. J.M. van Dunné, t.a.p.

¹² Zie M.M. van Rossum, Wederzijdse dwaling en spreek/informatieplicht, Kw. NBW 1990, p. 132 en dezelfde, Mededelingsplicht en onderzoeksplicht bij de totstandkoming van de overeenkomst, Kw. NBW 1989, p. 94. Zie ook M.A.B. Chao-Duvis, De Kantharos van Stevensweert en het nieuw BW, Kw. NBW 1990, p. 72 v. en E. Cohen Henriquez, De wederzijdse dwaling (art.6:228 lid 1 sub c NBW), Liber amicorum NBW (De Die-bundel), Arnhem, Deventer, Zwolle 1991, p. 81 v.

Art. 6:228 luidt aldus:

Lid 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:(...)

c. indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste voorstelling 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.

Lid 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'.

Voorop staat dat een onjuiste voorstelling in beginsel geen betekenis heeft,¹³ zodat de overeenkomst in stand blijft en het nadeel bij de benadeelde liggen blijft. Maar dit uitgangspunt verdient correctie indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. Naast de eis van causaal verband¹⁴ dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is nodig dat de wederpartij heeft geweten of heeft moeten begrijpen dat de benadeelde de overeenkomst niet zou hebben gesloten wanneer hij een juiste voorstelling van zaken had gehad. Of, negatief geformuleerd: het beroep faalt wanneer de wederpartij `ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor (dus door die juiste voorstelling van zaken, JMS¹⁵) van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden'.

Hiermee construeert het BW de kenbaarheidseis door de in casu bestaande situatie (beide partijen hebben een onjuiste voorstelling) te vergelijken met een fictieve situatie (beide partijen hebben een juiste voorstelling).¹⁶ Had in de fictieve situatie de wederpartij niet hoeven te begrijpen dat de dwalende niet zou hebben gecontracteerd wanneer hij een juiste voorstelling had gehad, dan blijft de overeenkomst in stand.¹⁷ Aldus past het nieuwe recht met het stellen van de kenbaarheidseis de wederzijdse dwaling in in de twee andere dwalingsgevallen van art. 6:228. En om die inpassing is het mij te doen.

Want is het nu juist om die kenbaarheidseis hier te stellen? Wat is eigenlijk het doel van het stellen van die eis, welke afweging tracht hij te maken? In ieder geval vloeit de eis voort uit de gedachte dat opgewekt vertrouwen moet worden beschermd. De kenbaarheidseis ziet op het vertrouwen aan de kant van de wederpartij van de dwalende. Wanneer die wederpartij niet heeft kunnen weten wat de benadeelde essentieel achtte, wat voor hem de doorslag gaf om te contracteren, dan heeft de benadeelde het vertrouwen gewekt gebonden te willen zijn, ook bij afwezigheid van dat essentiële. Is die schijn door de dwalende gewekt, dan moet hij maar het risico dragen wanneer zijn strikt persoonlijke, niet kenbare veronderstelling onjuist blijkt. Dit is de traditionele redenering.

Maar deze eis mag niet omslaan in zijn tegendeel. Want zoals het boven voorgesteld is, wordt aan het belang van de dwalende wel wat weinig aandacht besteed. De onzekerheid rond de toepassingen van het vertrouwensbeginsel is groot: tot een precieze afbakening van de gevallen waarin vertrouwen wordt beschermd, is het nooit gekomen. Maar zoveel is zeker dat het vertrouwen van de ene partij wel moet zijn ontstaan door een *toedoen* van haar wederpartij. In de

¹³ Vgl. de TM, PG Boek 6, p. 900.

¹⁴ Vgl. de MvA II, PG Boek 6, p. 908 en vooral J.H. Nieuwenhuis, diss., p. 98, die ook ingaat op de vraag wat de verhouding is tussen deze eis en de art. 1358 BW-eis van de `zelfstandigheid der zaak'.

¹⁵ Zie de MvA II, PG Boek 6, p. 910.

¹⁶ Vgl. Hijma/Olthof, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, 4e dr., Deventer 1990, no. 478.

¹⁷ Vgl. de MvA II, PG Boek 6, p. 910. Die overigens ten onrechte stelt dat de wederpartij van de *dwaling* op de hoogte moet zijn.

rijklijk vage toedoen-eis vinden we het tegenwicht voor een al te eenzijdige nadruk op het vertrouwen van de benadeelde. Bij de eenzijdige dwaling kan de kenbaarheidseis een goede rol vervullen als tegenwicht voor het vertrouwen van de dwalende omdat de wederpartij zelf een juiste voorstelling heeft. In de overeenkomst komen partijen tot een vergelijk op grond van de bij hen bestaande veronderstellingen. De dwalende is in de mogelijkheid om datgene waarom hij contracteert aan zijn wederpartij mede te delen, hem deelgenoot te maken. Doet hij dat niet, dan komt dat voor zijn risico en is een dwalingsberoep niet mogelijk. Doet hij dat wel, dan is een dwalingsberoep echter evenmin zonder meer mogelijk. De vertrouwensleer geldt nu eenmaal niet onverkort. Het vertrouwen moet zijn gewekt door iemand die de juiste voorstelling van zaken kende. Ik kan niet zien waarom het vertrouwen aan de kant van de dwalende van hoger belang zou moeten zijn dan het belang van zijn wederpartij die evenmin ergens iets van weet. De ratio voor de aantasting van de overeenkomst ligt daarin dat de wederpartij de mogelijkheid heeft om te reageren op de mededelingen van zijn contractspartner. Maar die mogelijkheid is er niet wanneer hij evenmin een juiste voorstelling van zaken heeft. Voor de eenzijdige dwaling speelt de kenbaarheid een belangrijke rol, namelijk een rol die de aantasting van de overeenkomst weet te herleiden tot in wezen enigerlei tekortkoming van de wederpartij van de dwalende, die immers onjuist meedeelt of zwijgt waar hij weet. De eenzijdige dwaling is verwijtbaar opgewekte dwaling.¹⁸

Maar bij de wederzijdse dwaling gaat het om iets anders. Daar weet geen van beide partijen beter. De wederzijdse dwaling benaderen met behulp van de kenbaarheid doet geen recht aan de gemeenschappelijke onjuiste voorstellingen.¹⁹ Waarom is het redelijk de ene partij te beschermen wanneer hij een bepaalde voorstelling heeft, terwijl de andere partij de juiste stand van zaken evenmin kent? Er moet recht worden gedaan aan beide partijen. De kenbaarheidseis bij de wederzijdse dwaling, inhoudende dat men mag aannemen dat, vindt de ene partij iets belangrijk, hij de andere partij daarvan op de hoogte zal brengen, kan slechts betekenis hebben wanneer die ene partij een juiste voorstelling heeft. Het belang van de wederpartij opofferen aan dat van de dwalende heeft anders geen zin.

Conclusie moet hier zijn dat de kenbaarheidseis ten onrechte wordt gesteld bij de wederzijdse dwaling. Straks zullen we nog meer bewijsmateriaal voor deze stelling aanvoeren. We waren bezig aan de hand van de eisen die art. 6:228 lid 1 sub c stelt, de wederzijdse dwaling te doorgronden. We gaan nu door met de tweede eis.

5. DE UITGAAN VAN-EIS EN EEN ALGEMENE RISICO-AFWEGING

In het geval genoemd onder c moet ook de wederpartij van de onjuiste voorstelling zijn 'uitgegaan'. Wat met dit 'uitgaan van' is bedoeld blijkt allerm minst uit de tekst van art. 6:228. De argeloze lezer meent wellicht dat een specifieke betekenis er niet aan behoeft te worden toegekend.²⁰ Bestudering van de, overigens uiterst sobere, toelichtende stukken leidt tot een ander oordeel. De Regering zegt bij Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer²¹:

'de wederpartij kan alleen gezegd worden (...) van een bepaalde veronderstelling te zijn uitgegaan, als die

¹⁸ Het is het leidmotief van Lokins behartigenswaardige Enige beschouwingen omtrent de grond der dwalingsregeling bij verbintenisscheppende overeenkomsten, diss. Groningen 1973, Amsterdam 1973 en van de uitwerking hiervan in genoemd Themis-artikel.

¹⁹ Vgl. Wolfgang Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, München 1971, p. 5-6.

²⁰ Vgl. G.E. Langemeijer, De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, 5e dr., Zwolle 1985, p. 81.

²¹ PG Boek 6, p. 910.

veronderstelling ook aan zijn zijde bij de totstandkoming (van de overeenkomst, JMS) een rol gespeeld heeft. Beweegredenen van de dwalende waar de wederpartij niets mee te maken had, behoren buiten de bepaling te vallen'.

Als voorbeeld wordt genoemd het geval van de koper van een huwelijksgeschenk, die ook aan de verkoper meedeelt dat het een cadeau voor het bruidspaar is. Wanneer, aan beide partijen onbekend, de verloving inmiddels verbroken is, is in de gedachtengang van de wetgever geen vernietiging mogelijk omdat het huwelijk voor de verkoper geen beweegreden vormde om te contracteren.

De Memorie van Antwoord maakt niet duidelijk waar de uitgaan van-eis vandaan komt.²² Bestudering van de Nederlandse literatuur levert ook weinig op. De Duitse biedt meer soelaas. Aangenomen kan worden dat aansluiting is gezocht bij Karl Larenz, ook in ons land bekend als de 'Pabst des Obligationenrechts'. Larenz verdedigde in zijn gelijknamige boek de leer van de zogenaamde 'subjektive Geschäftsgrundlage'.²³ Bijna letterlijk vinden we de uitgaan van-eis terug²⁴ waar Larenz schrijft dat onder de 'subjektive Geschäftsgrundlage' moet worden verstaan: 'eine gemeinsame Vorstellung beider Vertragsparteien, von der sie beide beim Vertragsschluss ausgegangen sind und die für den Entschluss beider von Bedeutung war'.²⁵

Wat te denken van de uitgaan van-eis? Ik wil hier wel opmerken dat ik vrees dat de definitie van Larenz klakkeloos is overgenomen zonder dat men zich veel gelegen heeft laten liggen aan de in Duitsland geleverde kritiek.²⁶ Met name wordt volstrekt niet duidelijk (niet in de Memorie van Antwoord en niet bij Larenz) hoe bepaald kan worden of beide partijen van dezelfde voorstelling zijn 'uitgegaan'. Josef Esser merkte over Larenz' subjektive Geschäftsgrundlage al op: 'psychologisch gibt es hier keine Auslese Kriterien'.²⁷ Maar we zijn er nog niet.

Lid 2 opent nog een doos van Pandora²⁸ door de vernietiging afhankelijk te stellen van met name de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen en de omstandigheden van het geval.²⁹ Ik heb er al op gewezen dat de criteria van lid 1 beogen de risico-afweging op een evenwichtige wijze te maken. Lid 2 plaatst ze weer direct tegen de algemene achtergrond van risico (voor wiens 'rekening' komen de onjuiste voorstellingen) waaruit lid 1 ze juist heeft gedestilleerd.³⁰ Hiermee kan zeker een rechtvaardige uitkomst worden bereikt. Uit een oogpunt van

²² Ook in de literatuur wordt vrijwel niet op de eis ingegaan. Zie echter Langemeijer, o.c., p. 81 en Asser-Hartkamp II, no. 187. Langemeijer merkt op dat het 'wel heel zelden' voorkomt dat dezelfde veronderstelling voor beide partijen redenevend is voor het sluiten van de overeenkomst. Vgl. Lokin, diss., p. 44. Zie recentelijk ook Jac. Hijma, Dwaling bij beide partijen, WPNR 6072 (1992), p. 887 v.

²³ Ter onderscheiding van het indifferente Geschäftsgrundlage-begrip van Paul Oertmann, dat ook de imprévision omvatte. Zie Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, t.a.p. en het Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989, p. 391-397.

²⁴ Overigens blijkt ook het voorbeeld van het huwelijksgeschenk van Larenz afkomstig. Zie Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, o.c., p. 7-8 en, minder uitgebreid, Allgemeiner Teil, o.c., p. 391.

²⁵ Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, o.c., p. 51. Zie ook p. 20: 'Die Vorstellung muss also nicht für eine, sondern für jede Partei einen Beweggrund zum Abschluss des Vertrages gebildet haben...'. Vgl. Allgemeiner Teil, t.a.p., fets anders.

²⁶ Zie bijvoorbeeld Wilhelm Haarmann, Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen, Berlin s.a., p. 25, waar hij zegt: 'Larenz ist es nicht gelungen das Billigkeitsmoment aus dem Tatbestand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu eliminieren'.

²⁷ Josef Esser in zijn bespreking van de tweede druk van Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz, Juristenzeitung 1958, p. 115.

²⁸ Nieuwenhuis noemt het een vangnet, diss., p. 103.

²⁹ Het is ingevoegd op instigatie van H. Drion, Het tot stand komen van overeenkomsten: afd. 6.5.2 van het ontwerp BW, WPNR 4829 (1964), p. 429.

³⁰ Vermoedelijk ook in deze zin H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw

helderheid en eenvoud in de rechtsvinding is het niet erg bevredigend.

Wanneer aan de in het bovenstaande uitgewerkte eisen is voldaan, kan een succesvol beroep op dwaling worden gedaan. Wat opvalt is dat de eisen gepaard gaan met nogal wat problemen. Zou niet een andere benadering van de wederzijdse dwaling mogelijk zijn? Zou het niet beter zijn om beide vage eisen in te wisselen voor een leer die beter verwoordt waarom het eigenlijk gaat? Voor we deze vraag kunnen beantwoorden dient eerst te worden ingegaan op de totstandkoming van de op het dwalingsartikel volgende bepaling.

6. DE PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS VAN ART. 6:229

Laten we ons richten op art. 6:229. Het luidt aldus:

‘Een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding, is vernietigbaar, indien deze rechtsverhouding ontbreekt, tenzij dit in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van degene die zich op dit ontbreken beroept, behoort te blijven’.

De lezer kan niet vermoeden hoe turbulent de ontstaansgeschiedenis is geweest. De oorspronkelijke bedoeling van de ontwerpers was om de wederzijdse dwaling geheel buiten de dwalingsregeling van art. 6:228 te houden.³¹ De casus waarin sprake was van wederzijdse dwaling zouden onder art. 6.5.2.12, de voorloper van art. 6:229, vallen, samen met die gevallen die in het BW bij de overeenkomst zonder oorzaak werden ondergebracht.³² De positieve oorzaak-eis zou vervallen.³³ Het ontwerp Meijers van art. 6.5.2.12 is belangrijk genoeg om het eerste lid weer te geven:

‘Ligt aan de overeenkomst een veronderstelling ten grondslag, welke van zodanig gewicht is dat de ene partij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mocht verwachten dat zij de ander ook bij onjuistheid van die veronderstelling aan de overeenkomst zou kunnen houden dan is de overeenkomst vernietigbaar in geval van onjuistheid van de veronderstelling’.

De formulering maakt duidelijk dat de bepaling een ruim toepassingsgebied heeft. Het komt er slechts op aan dat partijen tegenover elkaar zijn uitgegaan van de juistheid³⁴ van een veronderstelling en dat die veronderstelling onjuist blijkt.³⁵ Aan de dwalingseisen behoeft niet voldaan te zijn.³⁶ Het risico wordt verdeeld aan de hand van de maatstaf of de veronderstelling van zodanig gewicht is dat de ene partij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mocht verwachten dat zij de ander ook bij onjuistheid van die veronderstelling aan de overeenkomst zou kunnen houden.³⁷ Meijers³⁸ wilde met art. 6.5.2.12 de Duitse leer van de ‘subjective

Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979, p. 501.

³¹ Vgl. het OM van art. 6:228, PG Boek 6, p. 899, het VV II, o.c., p. 903 en de TM bij art. 6.5.2.12, o.c., p. 911.

³² PG Boek 6, p. 912. Met een verwijzing naar de arresten op p. 897 van de PG.

³³ PG Boek 6, p. 896.

³⁴ Vgl. de TM, o.c., p. 911.

³⁵ Vgl. het VV II, o.c., p. 903-904.

³⁶ Aldus uitdrukkelijk de TM, o.c., p. 911. Vgl. het VV II, o.c., p. 904.

³⁷ Aldus ook de TM, o.c., p. 912.

³⁸ Men zij gewaarschuwd. Van Boek 6 hebben nooit definitieve ontwerpen van Meijers zelf bestaan. Ik zal mij aansluiten bij het in de Nederlandse rechtsliteratuur gebruikelijke ‘vroom bedrog’ en de ontwerpen van het driemanschap aanduiden alsof zij van Meijers zijn.

Geschäftsgrundlage' navolgen, eerder dan aansluiting te zoeken bij de Engelse 'common mistake'.³⁹

De splitsing die Meijers aldus aanbracht tussen eenzijdige en wederzijdse dwaling kwam overeen met zijn opvatting dat slechts een dwalingsberoep mogelijk is wanneer aan de zijde van de wederpartij enigerlei tekortkoming bestaat. Is daarvan geen sprake, dan is een beroep op dwaling uitgesloten. Juist daarom schied hij art. 6.5.2.12 met een eigen criterium, los van de dwaling. Onjuiste voorstellingen die aan de wederpartij te wijten waren werden aldus scherp gescheiden van onjuiste voorstellingen waarbij dat niet het geval was. Dit hing ook samen met de anti-causale opvatting van Meijers: hij verwierp de oorzaak-eis als zodanig omdat de functie van deze 'grote slokop'⁴⁰ evengoed kon worden overgenomen door andere leerstukken. Het behoeft geen betoog dat hij hier vooral zal hebben gedacht aan het leerstuk waar art. 6.5.2.12 op toegesneden was, dat der gemeenschappelijke onjuiste voorstellingen.

De Tweede Kamer ging akkoord met de tweedeling van eenzijdige en wederzijdse dwaling, daarmee het betoog van met name H. Drion verwerpend dat art. 6.5.2.12 in het huidige art. 6:228 moest worden verwerkt,⁴¹ zodat de tweedeling weer zou worden opgeheven. Dit voorstel werd onder andere daarom niet gevolgd omdat dan 'voor die dwalingsgevallen die nu onder het bereik van art. 6.5.2.12 vallen, een ander en zwaardere regime (zou) gaan gelden'.⁴²

En wat doet dan de Minister bij Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer? Hij licht de wederzijdse dwaling alsnog uit art. 12, brengt haar onder in een nieuw geschapen sub c bij het huidige art. 6:228 en motiveert dat met te zeggen dat art. 12 de gevallen van wederzijdse dwaling opving op 'een voor Nederland nieuwe en, gezien de vage maatstaf die in het artikel was neergelegd, moeilijk te omlijnen wijze'.⁴³ Daarnaast laat hij art. 12 in een andere formulering bestaan voor oorzaak-gevallen waarin geen dwaling aanwezig is. Aan het bezwaar dat door deze inpassing in de dwalingsregeling zwaardere eisen worden gesteld aan het wederzijdse dwalingsberoep wordt geen aandacht besteed. Wel zegt de Minister dat het voorbeeld van het Unidroit-ontwerp is gevolgd.⁴⁴ Hierin wordt echter als maatstaf voor de verdeling van onjuiste voorstellingen over de contractspartijen alleen genoemd een causaal verband en het criterium wie 'le risque d'erreur' heeft aanvaard. De kenbaarheidseis als zodanig wordt bijvoorbeeld niet gesteld,⁴⁵ zoals art. 6:228 lid 1 sub c dat nu wél doet.

Het nieuwe BW verdeelt aldus de onjuiste gedeelde voorstellingen over twee bepalingen, ieder met een eigen criterium en anders dan Meijers wilde. De gronden waarop de scheiding weer is ingevoerd bij het G.O. lijken niet erg valide. Dat de synthese van eenzijdige en wederzijdse dwaling in art. 228 echter wel begrijpelijk is in het licht van de ontwikkeling die de dwaling in de doctrine heeft doorlopen, hoop ik nu aan te tonen. Hebben we de literatuur bekeken, dan rest nog het formuleren van een eigen visie op een en ander.

³⁹ TM, PG Boek 6, p. 911-912. De formulering knoopt ook hier aan bij Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, o.c., p. 184.

⁴⁰ Meijers in zijn noot onder HR 17 november 1922 (Zeilmaker-Mirandolle), WPNR 2793 (1923), p. 361.

⁴¹ H. Drion, t.a.p.

⁴² PG Boek 6, p. 904. Zie voor een overzicht van de PG van art. 6.5.2.12 ook G.J. Scholten, *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst*, AA 34 (1985), p. 744-748.

⁴³ PG Boek 6, p. 910.

⁴⁴ PG Boek 6, p. 909-910. Het betreft hier het Unidroit-ontwerp van 31 mei 1972 omtrent de geldigheid van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken. Zie art. 6 sub c.

⁴⁵ En uitdrukkelijk niet! Zie J.G. Sauveplanne, *Geldigheidsvereisten voor internationale koopovereenkomsten*, Van Opstall-Bundel; opstellen aangeboden aan Prof. Mr. S.N. van Opstall, Deventer 1972, p. 144.

7. DE LITERATUUR: INEENVLOEIING EN WEDERZIJDSE DWALING ZONDER GRONDSLAG

Laten we eens kijken hoe met de ineenvloeiing van de twee vormen van onjuiste voorstellingen is geworsteld in de literatuur. De kenbaarheid staat centraal.

Ik begin met de grondlegger van de moderne dwalingsleer. J.F. Houwing stelde zich in zijn Leidse dissertatie⁴⁶ te weer tegen de psychologische zienswijze die de wilsleer is. De wilsleer, zo redeneerde Houwing, maakt de relevantie van onjuiste voorstellingen afhankelijk van de wil van partijen en daarmee van de psychologie. Een rechtswetenschap die 'van de psychologie afhankelijk' is, is gevaarlijk,⁴⁷ maar die afhankelijkheid is ook niet nodig. Het gaat er slechts om wat de rechter de objectieve zin van de overeenkomst acht. Wanneer hij meent dat beide partijen niet gecontracteerd zouden hebben bij een juiste voorstelling van zaken is een dwalingsberoep mogelijk. Want in dat geval bestaat een 'van weerszijden blijkbaar veronderstelling'⁴⁸ en daarmee hebben beide partijen 'hunne overeenkomst van de waarheid dier veronderstelling als van eene voorwaarde (...) afhankelijk gesteld'.⁴⁹ Houwing beoogde hiermee de kenbaarheid van een theoretische grondslag te voorzien.⁵⁰ Ik merk op dat Houwing zeer de nadruk legde op de objectieve bepaalbaarheid door de rechter van de van weerszijden blijkbaar veronderstelling. Dit was, in zijn tijd, duidelijke winst omdat de fictie⁵¹ van de stilzwijgende voorwaarde kon worden opgevuld met alle omstandigheden die relevant kunnen zijn.⁵² Het was echter wel een lege huls die Houwing ons aanbood, een huls waarbinnen nog een nader criterium moest worden gezocht.⁵³ Bovendien was het gevolg een nog verder binnendringen van de verwijtbaarheid in de dwaling. Wanneer immers zal de rechter de fictie aanwezig achten? Wanneer de wederpartij geacht kan worden te hebben begrepen dat de eigenschap essentieel was. En in dat geval zal verwijtbaarheid bestaan.⁵⁴

Houwings theorie van de stilzwijgende voorwaarde was nog steeds een uiting van de wilsleer.⁵⁵ Hij ging weliswaar in tegen de consequenties die een ongebreidelde wilsleer met zich bracht, maar

⁴⁶ Dwaling bij overeenkomsten naar Nederlandsch recht; eerste gedeelte (art. 1358 B.W.), diss. Leiden 1888.

⁴⁷ Diss., p. 120.

⁴⁸ Diss., p. 147.

⁴⁹ Diss., p. 148.

⁵⁰ Hij werd geïnspireerd door Pothier die door een tekstuele verandering in Barbeyracs vertaling van Samuel Pufendorf in feite de kenbaarheidseis invoerde. Hierover G.E. Mulder, De dwalingsleer van Samuel Pufendorf en zijn commentatoren, RM Themis 1962, p. 111-124.

⁵¹ Vgl. W.A.M. van Schendel, Perplexa Satis Tractatio, het dwaalspoor van 18.1.9 tot 6.5.2.11, De BW-krant 8e jrg. (1978), no. 7, p. 9-10 en H. Drion, Dwaling in het contractenrecht, RM Themis 1960, p. 491. Anders J.M. van Dunné, De heroriëntatie bij dwaling, WPNR 4978-4981 (1968), p. 51 nt. 77.

⁵² Hoewel Houwing met de voorwaarde-leer de kenbaarheidseis probeerde te 'vangen', kan de constructie ook dienen bij wederzijdse dwaling. Zie ook J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht in ontwikkeling, Deventer 1985, p. 160 en De heroriëntatie bij dwaling, t.a.p.; hij meent dat de constructie van Houwing juist voor gevallen van wederzijdse dwaling 'nog zo gek' niet is, want 'het geeft precies weer waar het om gaat'. Dat doet het inderdaad, maar het enige dat Houwing dan ook zegt is: de rechter moet objectief bepalen of een causaal verband bestaat. Welk criterium daarbij bepalend is wordt niet duidelijk. Zie ook M.H. Bregstein, De invloed van dwaling op rechtshandelingen, VW Deel I, Zwolle 1960, p. 170-171.

⁵³ Vgl. ook Meijers in zijn noot onder HR 10 juni 1932, NJ 1933, 5. Zie voor andere bezwaren tegen de voorwaardeleer deze noot en Contractenrecht II-E (Jac. Hijma), no. 1009.

⁵⁴ De Hoge Raad heeft in drie gevallen de leer van Houwing toegepast. Zie vooral HR 30 mei 1924, NJ 1924, 835 (Schoonmoeder), waarin inderdaad duidelijk verwijtbaar gedrag van de wederpartij bestond. Vgl. HR 28 februari 1930, NJ 1930, 1258 m.nt. EMM (Engelvaart-Brusselse Bank) en HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 m.nt. EMM (Koffiehuys).

⁵⁵ Zie ook G. de Grooth, De invloed van dwaling op rechtshandelingen, Preadvies uitgebracht voor de BCN, 1948, p. 29.

uitgangspunt, ook voor hem, was de conceptie van het wilsgebrek, gecorrigeerd door een voorwaarde-leer die voor hem de theoretisering van de kenbaarheidseis was. Hiermee verbond Houwing eenzijdige en wederzijdse dwaling met elkaar. Die verbinding is verder uitgewerkt door Meijers, De Grooth en J.C. van Oven. Beide eerstgenoemde auteurs hebben daarbij door hun opvattingen grote invloed gehad op de NBW-regeling.⁵⁶

De opvatting van Meijers is al kort aan de orde geweest. Hij komt op Romeinsrechtelijke gronden tot het oordeel dat de regeling van de verborgen gebreken een speciale toepassing is van de dwaling.⁵⁷ Vergelijking van beide leerstukken leert hem dat de verborgen gebreken-regeling grote invloed heeft gehad op het algemene dwalingsvraagstuk: in de leer der dwaling zijn 'de meer juiste beginselen' van de verborgen gebreken overgeplant.⁵⁸ De grondslag van de dwaling heeft zich daarmee verplaatst van de kant van de dwalende zelf (dwaling als wilsgebrek) naar de tekortkoming van de wederpartij. Meijers wilde dan ook alleen een dwalingsberoep toewijzen wanneer de dwaling 'door toedoen van de wederpartij — onjuiste opgaven of verzwijging van hetgeen gezegd had moeten worden — is tot stand gekomen, of een eigenschap betreft, wier bestaan een contractant ook zonder daartoe strekkende verklaring van de wederpartij mocht aannemen'.⁵⁹

In werkelijkheid constateerde Meijers hiermee de indringing van de verwijtbaarheid in de dwaling, dit keer historisch gemotiveerd. Dit is een voor de hand liggende stap wanneer we bedenken wat de kenbaarheidseis in de praktijk betekende. De kenbaarheidseis, bedoeld om de eenzijdige dwaling in te perken, overspoelde alle dwalingsgevallen en zo kon de indruk ontstaan dat voor alle dwaling een tekortkoming van de wederpartij vereist is.

De vraag is natuurlijk wat Meijers dan met de wederzijdse dwalingsgevallen doet. Deze brengt hij niet onder de dwaling, maar zoals al gezien, onder de Duitse leer van de Geschäftsgrundlage, neergelegd in art. 6.5.2.12 van het Ontwerp. Samen met de oorzaak-gevallen komen zij buiten het gezichtsveld van de, nu verwijtbare, dwaling te liggen. Het verband dat Meijers aldus terecht tussen wederzijdse dwaling en oorzaak legde, is door de auteurs die op zijn werk voortbouwden uit het oog verloren.

De opvatting van Meijers is uitgewerkt door zijn leerling De Grooth.⁶⁰ Hij analyseerde de dwalingsrechtspraak en daarbij bleek hem dat slechts een dwalingsberoep toegewezen wordt wanneer de wederpartij enigerlei verwijt valt te maken.⁶¹ De grondslag van de dwaling ligt volgens De Grooth in de 'bescherming van de goede trouw van de dwalende tegen door diens wederpartij veroorzaakte, deze toe te rekenen schijn'.⁶² Hiertoe beroept De Grooth zich, behalve op Meijers, ook op J.C. van Oven. Deze had in een sterk historisch getint WPNR-artikel in 1932⁶³ de grondslag van de dwaling rechtstreeks in de goede trouw van art. 1374 lid 3 gezocht. De Grooth gebruikt deze opvatting om zijn bevindingen te onderbouwen. Voor gevallen waarin beide partijen een onjuiste voorstelling hebben, heeft De Grooth weinig oog. Hij wenst aan te sluiten bij de Engelse 'misrepresentation' en daarin is inderdaad geen ruimte voor wat wij wederzijdse dwaling noemen.

⁵⁶ Zo was De Grooth natuurlijk lid van het driemanschap nadat Eggens in 1957 Bregstein in Amsterdam was opgevolgd.

⁵⁷ E.M. Meijers, Opmerkingen omtrent het leerstuk der dwaling, VPO III, Leiden 1955, p. 108.

⁵⁸ E.M. Meijers, t.a.p.

⁵⁹ Zie de noot onder HR 25 februari 1937, NJ 1937, 1058.

⁶⁰ In zijn preadvies voor de BCN, t.a.p.

⁶¹ Vgl. P. Abas, Beperkende werking van de goede trouw, diss. Amsterdam 1972, p. 314 nt. 6.

⁶² Preadvies, o.c., p. 19.

⁶³ Wilsgebreken, goede trouw en oorzaak, WPNR 3240-3243 (1932). In zijn artikel Het dwalingsarrest van 19 juni 1959 (De Kantharos van Stevensweert), NJB 1959, p. 637 v. doet Van Oven het voorkomen of de Hoge Raad zijn opvatting heeft aanvaard.

Voor de standpunten van Meijers en De Grooth is natuurlijk veel te zeggen. Inderdaad is in de eenzijdige dwalingsgevallen vrijwel altijd sprake van verwijtbaarheid. Mijn bezwaar betreft echter dat De Grooth en met hem het nieuw BW niet langer principieel verschil maakt tussen eenzijdige en wederzijdse dwaling.⁶⁴ Iets soortgelijks geldt voor Van Dunné. Hij zet de laatste stap in zijn wens aan te sluiten bij zijn leermeester De Grooth, bij Meijers en bij Van Oven.⁶⁵ Analyse van de recente rechtspraak brengt hem tot het oordeel dat dwaling slechts relevant is `indien de wederpartij de onjuiste voorstelling van zaken opgewekt of versterkt heeft, (...), indien zij een schijn gecreëerd heeft, waarop de andere partij afging'.⁶⁶ Dit komt goeddeels overeen met De Grooth. Maar Van Dunné ziet ook de wederzijdse dwaling. Hij meent `dat bij de koopovereenkomst steeds de gemeenschappelijke dwaling gereduceerd moet worden tot een geval van enkelvoudige dwaling van de teleurgestelde partij'.⁶⁷ Ziehier de laatste stap. De wederzijdse dwaling is volledig opgegaan in de eenzijdige en daarmee alleen relevant wanneer een tekortkoming van de wederpartij bestaat.⁶⁸

Waar toe nu diende deze exercitie? We hebben gezien dat Houwing de kenbaarheidseis van een theoretische grondslag heeft voorzien met zijn leer van de stilzwijgende voorwaarde. Meijers, De Grooth en Van Dunné hebben dit uitgewerkt en zijn gekomen tot een dwalingsleer waarbij het ontstaan van de onjuiste voorstelling steeds is terug te voeren op de wederpartij. Was voor Meijers de wederzijdse dwaling, net als de oorzaak-leer, daarmee een leerstuk dat buiten de echte dwaling stond, zijn navolgers hebben de volledige dwaling in het teken van een tekortkoming van de wederpartij gesteld. Dit levert een belangwekkend gezichtspunt op. De uitwerking van de figuur van de gemeenschappelijke onjuiste voorstellingen, zo kunnen we stellen, is ver achter bij die van de eenzijdige. En niet alleen achter, maar ook vertroebeld door de pogingen beide dwalingsvormen op één spoor te behandelen. Wij kunnen beginnen waar Meijers en De Grooth ophielden. Hoe moet de wederzijdse dwaling worden geduid?

8. NAAR EEN NIEUWE GRONDSLAG

Hoe zouden wij de wederzijdse dwaling op een vruchtbare wijze kunnen benaderen? In het nieuw BW staat nog steeds een eisen-benadering centraal. Is aan de eisen van art. 6:228 lid 1 sub c voldaan, dan zou aantasting mogelijk zijn. Hierop geeft lid 2 een algemene correctie met de vraag of het risico van de werkelijkheid, dat eerder bepaald is aan de hand van lid 1, ook daadwerkelijk bij de benadeelde moet liggen. Zou men zich niet af kunnen vragen of deze risicofactor als algemeen criterium kan worden genomen, zó dat in één algemene afweging kan worden bepaald wie het risico van de onjuiste voorstelling draagt? Dit spreekt juist bij de wederzijdse dwaling omdat daar geen van beide partijen enige schuld treft. De vraag waarvoor de rechter zich gesteld ziet is wie van de twee, beide niets te verwijten, partijen kan worden geacht het risico van de

⁶⁴ De kritiek van Bregstein op De Grooth komt mijns inziens op hetzelfde neer. Bregstein acht een dwalingsberoep mogelijk omdat de billijkheid dat vordert, óók waar van enige tekortkoming van de wederpartij geen sprake is. Welk criterium daarbij moet worden gehanteerd, maakt Bregstein overigens niet duidelijk. Zie De invloed van dwaling op rechtshandelingen, o.c., p. 170-172. Schoordijk, o.c., p. 494 v. stelt de standpunten van De Grooth en Bregstein tegenover elkaar en kiest voor, lijkt het, De Grooth. Maar direct daarop komt hij in de uitwerking erg dicht bij Bregstein.

⁶⁵ Vgl. Verbintenissenrecht in ontwikkeling, o.c., p. 153.

⁶⁶ De heroriëntatie bij dwaling, o.c., p. 37.

⁶⁷ De heroriëntatie bij dwaling, o.c., p. 50.

⁶⁸ Voor andere overeenkomsten dan koop, bijv. vaststellingsovereenkomsten, is het feit dat beide partijen dwaalden soms wel relevant volgens Van Dunné. Dan moet de *imprévision* (art. 6:258 BW) uitkomst bieden.

onjuistheid van de voorstelling te hebben aanvaard.⁶⁹ Dit is ook redelijk omdat, ook al is er geen schuld, het nadeel toch ergens moet worden geplaatst.⁷⁰

In de Nederlandse situatie zijn er dan twee mogelijkheden.⁷¹ Of de overeenkomst blijft in stand en degene die vernietigd wenst te zien lijdt het nadeel. Of de overeenkomst wordt vernietigd wegens dwaling en het risico van de werkelijkheid wordt verdeeld.⁷² De vraag is hiermee natuurlijk verlegd naar die wanneer een partij kan worden geacht het risico te hebben aanvaard. Om dat te bepalen mag de rechter door middel van een redelijke uitleg met alle omstandigheden van het geval rekening houden. In de meeste gevallen zal de rechter dan besluiten tot instandhouding van de overeenkomst. Twee voorbeelden mag ik hier wel geven.

In de eerste plaats het geval van de Hercules Seghers. Van Veen verkocht een berglandschap aan Polis. Zowel koper als verkoper meende dat het een werk van Seghers betrof, in casu op grond van het oordeel van twee verschillende deskundigen. Meer dan tien jaar na de aankoop blijkt uit een rapport van een andere expert dat het werk toch van een andere meester is. Het dwalingsberoep van Polis treft geen doel:

‘(...) dat de koper, indien hij bij het bepalen van den prijs, dien hij bereid was voor het schilderij te betalen, de genoemde kans (bedoeld is de kans dat de toeschrijving achteraf onjuist zou blijken, JMS) niet heeft verdisconteerd, dit aan den verkoper had behoren mede te delen, waarna het van den verkoper zou hebben afgehangen of op dezen grondslag een overeenkomst zou zijn tot stand gekomen’.⁷³

Bepalend is wie het risico heeft aanvaard door de overeenkomst te sluiten. In dit geval was dat de koper, maar de Hoge Raad zegt uitdrukkelijk dat dat ook de verkoper had kunnen zijn, hetgeen door uitleg moet worden bepaald.⁷⁴

In de tweede plaats de bekende Kantharos van Stevensweert. Koper en verkoper dachten allebei met een vrijwel waardeloos bekertje van doen te hebben. Het blijkt van Grieks-Romeinse oorsprong te zijn en een onschatbare waarde te vertegenwoordigen. De Hoge Raad overweegt:

‘dat naar redelijke, in het verkeer gangbare opvatting degene die een hem toebehorende zaak tegen een overeengekomen contraprestatie van de hand doet, daarmee de kans prijsgeeft dat de zaak achteraf zal blijken hoedanigheden te bezitten waarvan hij ten tijde van den verkoop geen vermoeden kon hebben’.⁷⁵

De Hoge Raad bepaalt wie het risico van de werkelijkheid draagt zonder te toetsen aan traditionele eisen.⁷⁶ In casu trof geen van beide partijen enig verwijt, maar had de verkoper het risico aanvaard en blijft de overeenkomst dus in stand. Pas als de ene partij de andere had kunnen

⁶⁹ Het is een redenering die aansluit bij die van Atiyah, *Law of Contract*, o.c., p. 191. In dezelfde richting lijkt Cohen Henriquez, t.a.p., te gaan.

⁷⁰ Methodisch wordt hier de opvatting van Van Dunné verwoord. Het argument dat in een risico-leer het gevolg van de afweging (risico-oplegging) wordt verward met het afwegingscriterium zelf snijdt geen hout. Wat is risico-verdeling immers anders dan toerekening van (in dit geval) nadeel? En wat is recht anders dan toerekening?

⁷¹ Vgl. P.S. Atiyah en F.A.R. Bennion, *Mistake in the Construction of Contracts*, *The Modern Law Review* 24 (1961), p. 428.

⁷² Zie P.S. Atiyah, *Judicial Techniques and the Law of Contract*, *Essays on Contract*, Oxford 1986, p. 249 waar hij opmerkt dat nietigheid niet betekent dat niemand het risico draagt.

⁷³ HR 3 april 1959, NJ 1959, 179 m.nt. HB.

⁷⁴ De Hoge Raad stelt niet de kenbaarheidseis, maar acht slechts bepalend dat is gecontracteerd. Annotator Hijmans van den Bergh komt in de knoop, in zijn noot sub 3, door de kenbaarheid toch in te willen passen.

⁷⁵ HR 19 juni 1959, HR 1960, 59 m.nt. HB. Recent wijdde A.H.M. Santen zijn afscheidscollège aan deze nog immer tot de verbeelding sprekende zaak. Zie *De Kantharos van Stevensweert*, rede Amsterdam 1993, Deventer 1993.

⁷⁶ Vgl. de noot van Hijmans van den Bergh sub 6: de Hoge Raad heeft de traditionele termen ‘zorgvuldig vermeden’.

inlichten komt de verwijtbaarheid weer te pas.

Een dergelijke risicobenadering wordt ingegeven door de idee van de overeenkomst als een 'risk-allocation device'.⁷⁷ Partijen bij de overeenkomst binden zich, ondanks tegengestelde doelen, aan elkaar.⁷⁸ Daarbij loopt ieder bepaalde risico's. Bij het aangaan van de overeenkomst vergelijken partijen de mate waarin zij bereid zijn een risico te lopen om een bepaald doel te verwezenlijken.⁷⁹ De tegengestelde doelen met de daaraan verbonden risico's vinden in de overeenkomst hun 'Ausgleich'. Het contract is de 'Addition von Vertragsrisiken'.⁸⁰ Bij de koop beoogt de koper verkrijging van de door hem gewenste zaak, de verkoper een zo hoog mogelijke opbrengst. Wat partijen bij gewone commutatieve overeenkomsten gemeen hebben, is dus het doel om zich aan elkander te binden, niet om een gemeenschappelijk doel te bereiken. De voorstellingen van partijen bevinden zich in hun eigen risicosfeer. Aantasting van de overeenkomst ligt dan niet voor de hand: steeds kan wel een partij worden geacht het risico te hebben aanvaard.

Dit is anders bij de overeenkomsten waar het voor beide partijen van belang is dat een juiste voorstelling bestaat. In dat geval speelt het risico van een onjuiste voorstelling niet slechts voor één partij. Ligt het anders dan gedacht, dan moet het risico van de onjuistheid maar worden gedeeld door partijen. Het criterium hiervoor zou ik willen zoeken in een maatstaf die doet denken aan de 'uitgaan van'-maatstaf van art. 6:228 lid 1 sub c, maar die misschien wat minder mistig overkomt. Het gaat mij om de, wat ik zou willen noemen 'gelijk belang'-eis. Wanneer de contractspartijen allebei een even groot belang hebben bij een juiste voorstelling van zaken, is aantasting mogelijk. Is dat belang slechts bij één partij aanwezig, dan is het anders.

We komen uit op een thema waardoor Kamphuisen zich in 1954 al liet inspireren: vernietiging bij wederzijdse dwaling over kwaliteiten van een zaak is niet toelaatbaar, want 'het is een strop voor den verkoper, een bof voor den koper'.⁸¹ Ook wanneer het nadeel de koper treft is aantasting van de overeenkomst niet mogelijk. Wie geen risico lopen wil, contractere maar liever helemaal niet. De gedachte van de overeenkomst als een 'risk-allocation device' scheidt een kader waarbinnen op vruchtbare wijze met gemeenschappelijke onjuiste voorstellingen kan worden omgegaan. Zodra het niet meer gaat om een punt dat slechts voor één partij waarde heeft, maar om een gemeenschappelijk punt, is aantasting mogelijk. Bij de koop van een Seghers is voor de verkoper van weinig belang of het werk ook daadwerkelijk een Seghers is, maar bij een dading is voor beide partijen belangrijk dat de feiten zijn zoals gedacht. In een dergelijke situatie is het onredelijk dat de factor die bij het sluiten van de overeenkomst óók voor de wederpartij zo een grote rol speelde, bij onjuistheid na de contractsluiting kan worden tegengeworpen aan die wederpartij, wanneer die factor ook voor de andere contractspartij zo belangrijk was. Een aantal voorbeelden wil ik geven.

In het Taxatierapport-arrest⁸² ging het om koop en verkoop van aandelen op grond van een, naar later bleek, onjuiste taxatie door een derde. De benadeelde partij deed een beroep op dwaling en de Hoge Raad achtte dit beroep mogelijk. Zonder de taxatie was in het geheel geen overeenkomst mogelijk geweest. Partijen stonden geheel gelijk ten aanzien van de onjuiste voorstelling, hier veroorzaakt door een fout van de taxateur, die een verkeerde grondslag hanteerde. Is het nu te

⁷⁷ Vgl. Atiyah, *Law of Contract*, o.c., p. 191.

⁷⁸ Vgl. P.W. Kamphuisen, *De Kantharos van Stevensweert*, WPNR 4607-4610 (1959), p. 546. Zie ook M.A.B. Chao-Duivis, t.a.p.

⁷⁹ Wolfgang Fikentscher, o.c., p. 27 noemt dit de 'Risikobereitschaft'.

⁸⁰ Wolfgang Fikentscher, o.c., p. 43.

⁸¹ P.W. Kamphuisen, *Enige opmerkingen over de dwaling*, WPNR 4366-4368 (1954), p. 461. Vgl. ook J.C. van Oven, *Het dwalingsarrest van 19 juni 1959 (De Kantharos van Stevensweert)*, o.c., p. 643.

⁸² HR 25 februari 1937, NJ 1937, 1058 m.nt. EMM.

gewaagd om in zo'n situatie aan te nemen dat de rechter het onredelijk vindt om de ene partij met het risico van de werkelijkheid te belasten omdat ook de andere partij belang had bij een juiste taxatie? Dit zou anders zijn wanneer de andere partij de onjuiste grondslag aan de hand had gedaan.⁸³

Of kijken we eens naar het geval van het Onbekende testament,⁸⁴ waar een dading werd aangegaan ten aanzien van een erfopvolging in de veronderstelling dat er geen testament bestond. Deze veronderstelling was voor beide partijen van belang toen ze hun overeenkomst aangingen. Zij zouden allebei niet gecontracteerd hebben wanneer ze van het testament hadden geweten. Is het dan redelijk slechts één partij met het risico te belasten wanneer de veronderstelling onjuist blijkt? Ook de hulpovereenkomsten zijn zo in te passen. De hulpovereenkomst bevat een noodzakelijke uitwerking zonder welke de uitvoering van de hoofdovereenkomst voor beide partijen niet mogelijk is. Dat de hoofdovereenkomst bestaat is voor beide partijen van belang. Blijkt de beiderzijdse voorstelling onjuist, dan ligt aantasting en daarmee verdeling van het risico voor de hand.

Nu wordt ook duidelijk waarom juist bij dading en hulpovereenkomst aantasting van het contract eerder mogelijk is op grond van wederzijdse dwaling. De aard van die rechtsfiguren is om voor beide partijen onzekerheid op te heffen of een overeenkomst uit te werken. Zij zijn gericht op een voor beide partijen gelijk doel. Wanneer er een gelijk doel bestaat is het aanwezig zijn van een juiste voorstelling meestal ook voor beide partijen van belang. Dit kan ook het geval zijn bij vergeldende contracten — bijvoorbeeld wanneer de koop is mogelijk gemaakt door een taxatie — maar hier geldt in beginsel dat wel een partij kan worden geacht het risico van de onjuiste voorstelling te hebben aanvaard.

Ik geef toe dat de `gelijk-belang'-maatstaf dicht in de buurt komt van de `uitgaan van'-eis van art. 6:228 lid 1 sub c.⁸⁵ Ik heb er al op gewezen dat deze eis, afkomstig van Larenz, in de Duitse literatuur tot nogal wat kritiek aanleiding heeft gegeven. De opvatting die hier is verwoord tracht de aangegeven bezwaren te omzeilen.

Dat met het contracteren het risico van de werkelijkheid wordt aanvaard is overigens in Nederland wel naar voren gebracht op het specifieke terrein van dwaling bij kunstkoop.⁸⁶ Men spreekt dan meestal van het `kanskarakter' van de koop. Drion zegt hierover dat in zo een geval een onzekerheidselement deel van het onderwerp der overeenkomst is.⁸⁷ Maar waarom alleen bij koop van kunstvoorwerpen? Bevat niet iedere overeenkomst een onzekerheidselement, waarvan de contractant, indien hij zich er al niet van bewust is, zich toch in ieder geval bewust dient te zijn? Ieder contract bezit dan een kanskarakter⁸⁸ en dat kan verklaren waarom ook de rechter vrijwel altijd aanneemt dat één der partijen het risico heeft aanvaard. Bestaat voor beide partijen gelijk belang bij een juiste voorstelling, dan is het anders.

⁸³ Vgl. de noot van Meijers onder het arrest.

⁸⁴ HR 18 maart 1955, NJ 1955, 347 m.nt. LEHR.

⁸⁵ Zolang men de uitgaan van-eis maar niet opvat zoals dat in Asser-Hartkamp II, no. 187 wordt gedaan. Hartkamp meent dat ook in gevallen als de Kantharos van Stevensweert voldaan is aan de eis. Dit lijkt mij minder juist.

⁸⁶ Vooral door H. Drion, Dwaling in het contractenrecht, o.c., p. 504. Zie ook A.G. Castermans, Dwaling bij kunstkoop, BW-krant Jaarboek 1989, Arnhem 1989, p. 189 en M.A.B. Chao-Duvis, t.a.p.

⁸⁷ H. Drion, Overzicht der Nederlandse rechtspraak; verbintenissenrecht, WPNR 4607 (1959), p. 514.

⁸⁸ Voor het Franse recht heeft Francois Grua een poging gedaan om het onderscheid tussen kansovereenkomsten en commutatieve overeenkomsten ten grave te dragen. Zie Les Effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs, Rev. trim. dr. civ. 1983, p. 263 v. Helaas besteedt hij daarbij weinig aandacht aan dwaling.

9. TENSLOTTE

Een risico-benadering van de wederzijdse dwaling. Ik hoor het al zeggen: U kunt en U mag het contractenrecht niet terug brengen tot een vraag van louter risico. Risico is het eindpunt van een redenering en biedt geen criterium om tot dat eindpunt te komen. Twee dingen zal ik hierover zeggen. In de eerste plaats blijkt in de rechtspraak te worden gewerkt met risico-redeneringen. Dat is geen kwestie van bewuste keus, maar eerder van een enige mogelijke wijze van recht doen zodra in de verwijtbaarheid geen criterium meer kan worden gevonden. Ook hier geldt: 'Man wird geschoben'. Het is vervolgens de taak van de wetenschap om in de veelheid aan eendoordelen waarin partijen met een risico worden opgezadeld (Eggens zou dit 'eindsels' noemen) een lijn te ontdekken. Aldus wordt tot nieuwe criteria gekomen. Het tot *dat* moment niet erkennen van risico als grondslag én als criterium betekent dat de ogen worden gesloten voor de werkelijkheid.

In de tweede plaats: ik heb gepoogd een criterium te geven. De gelijk belang-maatstaf kan als zodanig dienen. De meest voor de hand liggende wijze van toepassing is in het kader van art. 6:229. Die bepaling biedt voldoende spankracht om de toets uit te voeren.

Oude scheidslijnen vervangen door nieuwe. Dit artikel was een pogen tot bewustmaking van een onderscheid dat in ons recht zou moeten bestaan, een onderscheid tussen eenzijdig verwijtbaar opgewekte dwaling en niet aan enige partij te verwijten wederzijdse dwaling. Maar een dergelijk onderscheid maken is niet nieuw. Het is integendeel in ons recht altijd zo geweest dat tegen de wederzijdse dwaling anders aangekeken werd dan tegen de eenzijdige dwaling. Dat men zich daarvan ook in het nieuwe recht bewust blijven moet is niets anders dan een eis die het burgerlijk recht aan ons stelt. Het heeft te maken met de continuïteit van een traditie die tweeduizend jaar oud is. Maar die traditie verplicht ons ook om, geconfronteerd met vervaging van oude scheidslijnen nieuwe te maken. Het recht *blijft*: 'Zersetzen, Schneiden, Trennen'.

Leiden, augustus 1993