

Wederzijdse dwaling en ‘share the mistake’– naar een duidelijker bereik en toepassing van art. 6:228 lid 1 onder c BW

Prof. mr. W.H. van Boom*

De drempel voor vernietiging van overeenkomsten op grond van wederzijdse dwaling is laag, en de risicotoedeling die volgt, is onvoorspelbaar. In deze bijdrage wordt een alternatief geschetst.

WPNR 2025/7494, p. 247-252 [originele paginanummers in tekst tussen haken]

[247] Samenvatting

De drempel voor vernietiging van overeenkomsten op grond van wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 onder c BW) is laag in vergelijking met de drempels bij de twee andere dwalingsgronden. De wetgever gaf geen duidelijke afbakening van het leerstuk wederzijdse dwaling ten opzichte van die andere twee. En de rechtspraak laat zien dat een dwalende contractspartij eenvoudiger een beroep kan doen op de c-grond bij wederzijdse dwaling dan op een van de twee andere gronden. Het gevaar daarvan is dat de c-grond een ‘zwart gat’ wordt waar de andere twee dwalingsgronden eenvoudig in kunnen verdwijnen. Bij de c-grond ligt bovendien de nadruk op de risicotoedeling die lid 2 biedt, maar hoe die uitpakt, is niet goed voorspelbaar. Deze nadelen kunnen worden verminderd door bij wederzijdse dwaling het ‘verdeel de pijn’ idee toe te passen in plaats van volledig te vernietigen.

1. De c-grond in art. 6:228 BW

Van wederzijdse dwaling in de zin van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW is sprake als beide partijen bij een overeenkomst ten tijde van het contracteren een onjuiste voorstelling van zaken hebben. Deze vorm van dwaling betreft een *gemeenschappelijke* onjuiste voorstelling van zaken waarbij vervolgens één van beide partijen zich op het wilsgebrek beroept.¹ Voor deze dwalende zal het inderdaad gaan om een wilsgebrek: onder invloed van de onjuiste voorstelling van zaken over de feiten ten aanzien van een essentieel kenmerk van de transactie is de wil om te contracteren gevormd en dat maakt dat deze partij bij een juiste voorstelling van zaken niet of niet onder dezelfde voorwaarden of tegen dezelfde prijs zou hebben gecontracteerd (het causaal verband vereiste). Voor de wederpartij kan de kwestie anders liggen. Zeker als de dwaling betrekking heeft op de ruilverhouding, dan treft de dwaling in de regel namelijk slechts één van beide partijen, ook als de dwaling gemeenschappelijk was. De vraag is in dat soort gevallen welke eis gesteld moeten worden aan de invloed van de dwaling op de totstandkoming aan de zijde van de wederpartij.

De wetgever is daar niet duidelijk over geweest.² De totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW (de c-grond) wijdt nauwelijks woorden aan het karakter van de dwaling bij de wederpartij. Er wordt slechts geëist dat de onjuiste voorstelling van zaken ‘ook aan zijn zijde bij

* Hoogleraar burgerlijk recht te Nijmegen (willem.vanboom@ru.nl). Met dank aan Diede Steentjes voor onderzoeksassistentie.

¹ Beter ware het dus om bij art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW van *gemeenschappelijke* dwaling (*common mistake*) te spreken in plaats van *wederzijdse* dwaling (*mutual mistake* ziet namelijk op gevallen van elkaar verkeerd begrijpen dat tot *dissensus* leidt, vgl. gevallen zoals in HR 17 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5835 (*Gemeente Bunde/Erckens*) aan de orde was).

² Vgl. I. Van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden* (diss. OU), Amsterdam: Brave New Books 2013, p. 168 e.v.

de totstandkoming een rol gespeeld heeft'.³ Een geval waarin dat *niet* aan de orde is, aldus de wetgever, doet zich voor als de wederpartij op de hoogte is van het motief of gebruiksdoel van de dwalende, maar de wederpartij niets met dat motief of doel *te maken had*. Beweegredenen van de dwalende waar de wederpartij niets mee te maken heeft, vallen volgens de wetgever dus buiten het bereik van de c-grond. In de parlementaire geschiedenis wordt in dat verband het voorbeeld gegeven van een aankoop voor een aanstaand bruidspaar. Als de koper van een cadeau de verkoper vertelt dat het cadeau bestemd is voor een aanstaand bruidspaar, terwijl op dat moment verkoper en koper niet weten dat de bruiloft is afgeblazen, dan zal het de verkoper kort gezegd 'worst wezen': wat de dwalende koper met het cadeau wil doen, is **[248]** niet zijn zorg of risico. De wetgever suggereerde dat deze situatie géén wederzijdse dwaling oplevert,⁴ en dus geen vernietigingsgrond voor de koper oplevert.

In de literatuur is de vraag gesteld wat het vereiste van 'een rol spelen' dan wél betekent.⁵ Het kan in elk geval niet worden gezien als een vereiste van causaal verband in termen van een *motief* van *beide* partijen om te contracteren, kort gezegd omdat daar aan de zijde van de wederpartij zelden aan voldaan zal zijn. Als de wederpartij bij een juiste voorstelling van zaken nog steeds vast zou houden aan de prijs, dan is er bezien vanuit de wederpartij geen causaal verband tussen de dwaling en de contracteerbeslissing: *zijn* motief om te contracteren hangt niet samen met de voorstelling van zaken van de dwalende. Zou men toch eisen dat er ook aan de zijde van de wederpartij causaal verband is, dan wordt art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW in dit soort gevallen van dwaling over de ruilverhouding een dode letter, en dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, zo wordt wel betoogd.⁶

Een voorbeeld. A en B treden in onderhandeling over de 'huur' door B van de winkelformule van A (franchising). B laat ter bepaling van de *franchise fee* een rapport opstellen door een extern bureau, dat een positieve omzetprognose laat zien. A en B nemen dit rapport tot uitgangspunt van hun onderhandelingen en komen zodoende tot overeenstemming over de *fee*. Wat A en B niet weten of hoefden te weten is dat door een rekenfout door het bureau, de prognose ondeugdelijk is. A en B verkeren beiden in een onjuiste voorstelling van zaken, maar A stelt zich op het standpunt dat die onjuiste voorstelling voor hem niet zo belangrijk was bij het instemmen met de hoogte van de *fee*. Hij zou zonder bezwaar hetzelfde bedrag hebben willen ontvangen als hij niet had gedwaald. Aan de zijde van de wederpartij is dan dus geen sprake van causaal verband tussen dwaling en contractsluiting. Eist men geen causaal verband wat betreft de dwaling van de wederpartij en diens wil te contracteren, dan is diens dwaling eigenlijk irrelevant. Ze speelt geen rol.

Andere auteurs suggereren dat het vereiste 'een rol spelen' aan de zijde van de wederpartij voldoende vaststaat als de onjuiste voorstelling bij de wederpartij 'relevant' was.⁷ Dat wordt dan wel als volgt ingevuld: de dwalende die te veel blijkt te hebben betaald, zou hooguit voor een lagere prijs hebben gecontracteerd bij gemeenschappelijke kennis van de werkelijke ruilverhouding (causaal verband aan de zijde van de dwalende), terwijl de wederpartij in dat geval genoeg zou hebben

³ Parl. Gesch. Boek 6, p. 910.

⁴ Parl. Gesch. Boek 6, p. 910. Asser/Sieburgh 6-III 2022/234 geeft een voorbeeld van een door de koper voorgenomen gebruiksdoel 'waar de verkoper buiten staat'.

⁵ Zie de bespreking bij I. Van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden* (diss. OU), Amsterdam: Brave New Books 2013, p. 169-170. Vgl. M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (Mon. BW B3), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 26 e.v.

⁶ Jac. Hijma, 'Dwaling bij beide partijen', *WPNR* 1992 (6072), p. 888; Asser/Hijma 7-I 2024/348.

⁷ Asser/Sieburgh 6-III 2022/234. De herformulering van J.M. Smits, 'Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling', *RM Themis* 1993, p. 499-514, p. 512 van het vereiste tot een 'gelijk belang'-eis voegt voor mijn gevoel niet veel toe.

genomen met die lagere prijs (causaal verband aan de zijde van de wederpartij).⁸ Het bewijs van die hypothetische instemming van de wederpartij met een lagere prijs is echter niet een simpel gegeven; veel zal afhangen van de aard van de transactie, de omstandigheden waaronder die plaatsvond en van de aard van de dwaling. Hoe zwaar de eisen zijn die aan het ‘bewijs’ van deze hypothetische instemming moeten worden gesteld, is overigens ook niet duidelijk.

2. De lagere rechtspraak – dwaling als ‘zwart gat’

De wetgever is dus niet duidelijk geweest en de literatuur is verdeeld. De Hoge Raad heeft zich, denk ik, niet over de kwestie uitgelaten.⁹ De lagere rechtspraak laat helaas zien dat de toetsing van het vereiste van ‘een rol spelen’ weinig voorstelt. Als we op rechtspraak.nl met de combinatie van zoektermen ‘6:228’ en ‘wederzijdse dwaling’ zoeken in de civielrechtelijke rechtspraak van rechtbanken en gerechtshoven en van de oogst vervolgens de 100 meest recente uitspraken bestuderen (uitspraken daterend van [249] september 2023 tot december 2024), komen er negen uitspraken waarin de c-grond werd aangevoerd, als relevant naar voren.¹⁰ In één van die zaken sneuvelt het beroep op wederzijdse dwaling omdat de rechter niet aannemelijk acht dat de dwalende de overeenkomst niet was aangegaan bij juiste voorstelling van zaken.¹¹ In één andere zaak wordt de vernietiging mogelijk geacht omdat niet vaststond dat de wederpartij de overeenkomst niet zou zijn aangegaan als deze had geweten van de juiste feiten.¹² In de andere zeven gevallen lijkt het er op dat de toets van causaal verband niet meer inhoudt dan: ‘indien beide partijen dwaalden is sprake van wederzijdse dwaling; de overeenkomst zou er niet zijn geweest als de dwalende niet had gedwaald en dus kan vernietiging plaatsvinden’.¹³

Aan het causaal verband vereiste is in deze laatste lezing dus voldaan als de dwalende aannemelijk gemaakt dat *hij* niet hetzelfde contract zou hebben gesloten als hij wist van de werkelijke feiten. De c-grond gaat dan dus helemaal niet over wederzijdse dwaling maar over *eenzijdige dwaling zonder dat zich de a- of b-grond voordoet*.¹⁴ De conclusie moet daarom waarschijnlijk zijn dat in deze

⁸ Jac. Hijma, ‘Dwaling bij beide partijen’, *WPNR* 1992 (6072), p. 888; *Asser/Hijma 7-I* 2024/348. Vgl. M.Y. Schaub, *Wilsgebreken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 26 (‘invloed op de besluitvorming’).

⁹ HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1136, r.o. 3.3.3 gaat wel zijdelings op de materie in, maar betreft vooral het vereiste van de kenbaarheid voor de wederpartij van de essentialiteit van hetgeen waarover de dwalende dwaalt. HR 6 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9250, r.o. 3.7 lijkt weliswaar te stellen dat vereist is dat ook voor de wederpartij de veronderstelling ‘van belang was’, maar omdat het hier een motiveringklacht tegen het oordeel van het hof ging en deze klacht faalt, durf ik niet de stelling aan dat de HR als vereiste voor een geslaagd beroep op de c-grond eist dat de essentialiteit ook het motief van de wederpartij betreft.

¹⁰ Rb. Limburg 20 september 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:5701, r.o. 4.17; Rb. Rotterdam 7 december 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:11488, r.o. 2.6; Rb. Gelderland 19 december 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:6954, r.o. 4.21 en 4.22; Rb. Noord-Holland 20 maart 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:2910, r.o. 5.11; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2813, r.o. 3.15; Rb. Zeeland-West-Brabant 3 juli 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:4793, r.o. 4.7; Rb. Midden-Nederland 17 juli 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:4295, r.o. 4.6; Rb. Rotterdam 31 juli 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:7370, r.o. 5.16; Rb. Overijssel 18 september 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:4843, r.o. 5.8.

¹¹ Rb. Midden-Nederland 17 juli 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:4295, r.o. 4.6.

¹² Rb. Overijssel 18 september 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:4843, r.o. 5.8.

¹³ De redenering ‘beide partijen hadden dezelfde onjuiste voorstelling van zaken en dus is sprake van wederzijdse dwaling die tot vernietigbaarheid aanleiding geeft’ zien we kort gezegd in zeven van de negen zaken: Rb. Limburg 20 september 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:5701, r.o. 4.17; Rb. Rotterdam 7 december 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:11488, r.o. 2.6; Rb. Gelderland 19 december 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:6954, r.o. 4.21 en 4.22; Rb. Noord-Holland 20 maart 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:2910, r.o. 5.11; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2813, r.o. 3.15; Rb. Zeeland-West-Brabant 3 juli 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:4793, r.o. 4.7; Rb. Rotterdam 31 juli 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:7370, r.o. 5.16.

¹⁴ Zie bijv. uit oudere rechtspraak Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3168, r.o. 5.11; Hof Den Haag 25 augustus 2020, ECLI:NL:GHDHA:1538, r.o. 7; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2021,

uitspraken de drempel voor vernietiging wegens wederzijdse dwaling nóg lager is dan in de totstandkomingsgeschiedenis wordt gesuggereerd. Zodra de ene partij zich op dwaling beroept, hij aannemelijk maakt dat hij de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten en het voor de wederpartij kenbaar was dat het om een essentieel aspect van de transactie ging,¹⁵ is de toegangspoort naar art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW geopend.¹⁶ Het vereiste van verschoonbaarheid zou nog een drempel kunnen opleveren tegen al te makkelijk gebruik van de c-grond, maar daarvoor is dan wel nodig dat de rechter oordeelt dat op de dwalende een serieuze onderzoeksplicht rust die gaat vóór een eventuele onderzoeksplicht van de wederpartij.¹⁷ Dat gebeurt lang niet altijd.

Dit alles maakt de c-grond potentieel tot een ‘zwart gat’. Ik leg dat uit. Omdat de drempel voor het invoeren van de c-grond *lager* is dan die voor het invoeren van de a-grond of b-grond, kan het verstandig zijn om bij wijze van processtrategie de vernietiging in te roepen primair op de a- of b-grond en subsidiair op de c-grond, voor het geval niet komt vast te staan dat een onjuiste inlichting is gegeven of dat essentiële informatie is achtergehouden voor de dwalende.¹⁸ Die strategie plaatst de gedaagde wederpartij voor een dilemma. Erkent hij de juiste feiten wel te hebben gekend, dan is de c-grond niet van toepassing maar kan hem het verwijt van de b-grond treffen, te weten dat hij deze **[250]** informatie ten onrechte heeft achtergehouden. Betwist hij daarentegen de juiste feiten te hebben gekend, dan wordt de poort van de c-grond eenvoudigweg geopend, en die kan laagdrempeliger blijken te zijn dan de b-grond. Hiermee wordt de c-grond een soort ‘zwart gat’ dat gevallen aantrekt waarin het bewijs van enige onjuiste mededeling gedaan door de wederpartij wankel is of waarin de dwalende niet eens moeite neemt om schending van een onderzoeks- en spreekplicht van de wederpartij te stellen.¹⁹ Waarom zou je immers de a-grond of b-grond nog aanvoeren als de drempel voor toegang tot de c-grond lager is?

ECLINL:GHARL:2021:1710, r.o. 3.10; Rb. West-Zeeland 3 mei 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:3042, r.o. 4.5. Vgl. ook de analyse van I. Van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden* (diss. OU), Amsterdam: Brave New Books 2013, p. 168 e.v.

¹⁵ Dit kenbaarheidsvereiste volgt bij de c-grond uit de zinsnede ‘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’.

¹⁶ Dit is precies wat M.A.B. Chao-Duivis, *WPNR* 6080 (1993) in haar reactie op Hijma, bepleit.

¹⁷ Van de oudere rechtspraak zie bijv. Hof Den Haag 27 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM4466, r.o. 14.2 e.v. Vgl. de suggestie van K.J.O. Jansen, *Informatieplichten : over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 152 en p. 175.

¹⁸ Binnen de eerder genoemde selectie van 100 uitspraken zien we de volgende gevallen waarin precies deze processtrategie wordt gehanteerd: Rb. Gelderland 19 december 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:6954, r.o. 3.2; Rb. Rotterdam 8 maart 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:1958, r.o. 2.2; Rb. Gelderland 27 maart 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:1704, r.o. 4.2; Rb. Gelderland 17 april 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:2823, r.o. 4.12; Rb. Amsterdam 3 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4041, r.o. 5.13; Hof Amsterdam 25 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1756, r.o. 5.5. Ook lijkt het voor te komen dat de dwalende helemaal geen primaire of subsidiaire en meer subsidiaire grondslag kiest wat betreft de a-, b- en c-grond; zie bijv. Rb. Overijssel 17 januari 2024, ECLI:NL:ROOVE:2024:297, r.o. 4.2; Hof Den Bosch 16 januari 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:80, r.o. 3.5.4; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:3466, r.o. 3.48. Een enkele keer oordeelt de rechter dat de dwalende daarmee de stelplicht schendt; zie Rb. Midden-Nederland 17 november 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:6138, r.o. 4.7 en Rb. Limburg 22 november 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:6895, r.o. 4.13.

¹⁹ Jansen 2012, p. 149 en p. 174 houdt het bij de constatering dat de tegenstelling tussen de a- en b-grond enerzijds en de c-grond anderzijds niet zo scherp is als zij lijkt. J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 70-72 kwam in essentie ook tot deze conclusie.

3. De nadruk op lid 2, maar wat betekent dat?

De laagdrempeligheid van de c-grond is problematisch, bijvoorbeeld omdat ze haaks staat op het uitgangspunt dat dwaling voor rekening van de dwalende blijft²⁰ en omdat ze schuurt met wat de wetgever stelt in de totstandkomingsgeschiedenis over ‘een rol spelen’ en het daar gegeven bruidspaar-voorbeeld. Daarom is het van belang om bij wederzijdse dwaling het tegenwicht van lid 2 serieus te nemen. Of de overeenkomst wel of niet vernietigbaar is of moet worden aangepast, zal namelijk vooral worden bepaald door de risicotoedeling van lid 2.²¹ Op grond van dat tweede lid geldt dat de aantastbaarheid van de overeenkomst afhankelijk is van de vraag voor *wiens rekening* de dwaling behoort te komen, gezien de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval. Het gaat om een *risicotoedeling*. De lagere rechtspraak laat zien dat deze risicotoedeling van lid 2 verschillende kanten kan uitgaan, zoals:²²

- De dwaling blijft voor risico van de dwalende want deze is gezien diens hoedanigheid niet-verschoonbaar²³
- De koper van een woning die onvoldoende onderzoek doet, draagt het risico²⁴
- Dat de koper van een auto geen aankoopkeuring doet, maakt nog niet dat de kilometermanipulatie voor risico van de koper komt²⁵
- Voor beide partijen onbekende arbeidsongeschiktheid ten tijde van overeenkomen van schikking komt niet voor risico van de dwalende²⁶
- De professionele autoverkoper draagt risico van tegenvaller want kan deze verdisconteren in bedrijfsvoering²⁷
- De professionele verkoper van bouw kavels moet in verhouding tot de koper, juridische leek, risico dragen.²⁸

Een dominant patroon is dat gewicht toekomt aan *de hoedanigheid van partijen*: de professionele of gespecialiseerde wederpartij van de minder ervaren of niet-professioneel handelende dwalende wordt nog wel eens om die enkele reden van superieure professionaliteit of specialisatie opgezadeld met de wederzijdse dwaling.²⁹ Ook zijn er gevallen van onzuivere wederzijdse dwaling. Zo wordt soms geredeneerd dat deze wederpartij *meer kennis* had kunnen hebben als hij zich meer had

²⁰ Om die reden ziet men wel dat soms de nadruk wordt gelegd op de onderzoeksplicht van de dwalende in het kader van de verschoonbaarheid van de dwaling; zie Rb. Overijssel 18 september 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:4843, r.o. 5.9; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:3466, r.o. 3.50, en van de oudere rechtspraak Hof Den Haag 27 april 2010, ECLI:NL:GHDHA:2010:BM4466, r.o. 14.2.

²¹ De nadruk op lid 2 is bij wederzijdse dwaling al eerder gelegd door Smits 1993, p. 510 e.v.

²² Uit de eerdergenoemde 100 uitspraken kwamen zes uitspraken naar voren die inzicht in de gronden voor risicoverdeling gaven. Het betreft Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3616, r.o. 4.19; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2813, r.o. 3.16; Rb. Oost-Brabant 14 mei 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:2454, r.o. 3.17; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:3466, r.o. 3.50; Rb. Zeeland-West-Brabant 3 juli 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:4793, r.o. 4.8; Rb. Overijssel 18 september 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:4843.

²³ Rb. Overijssel 18 september 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:4843.

²⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:3466, r.o. 3.50.

²⁵ Rb. Zeeland-West-Brabant 3 juli 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:4793, r.o. 4.8.

²⁶ Rb. Oost-Brabant 14 mei 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:2454, r.o. 3.17.

²⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2813, r.o. 3.16.

²⁸ Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3616, r.o. 4.19.

²⁹ “Een tegenvaller als deze behoort tot haar bedrijfsrisico en kan zij geacht worden te verdisconteren in haar bedrijfsvoering” (Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:2813, r.o. 3.16). Van de oudere rechtspraak vgl. bijv. Hof Den Haag 20 december 2011, ECLI:NL:GHDHA:2011:4780, r.o. 13 en Hof Arnhem-Leeuwarden 28 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1618.

verdiept in de situatie; dat lijkt mij een verkapte toepassing van de b-grond.³⁰ Ook wordt wel de *aard van de overeenkomst* beslissend geacht: als uit die aard volgt dat de ene partij in te staan heeft voor de juistheid van een stuk informatie, dan wordt het waarschijnlijker **[251]** dat ingeval van dwaling de andere partij de c-grond kan invoeren.³¹ Die gevallen lijken mij een verkapte toepassing van de a-grond.

Wat betreft de gevallen van zuivere wederzijdse dwaling over de ruilverhouding weten we uit oudere rechtspraak dat het nadeel soms ook gewoon wordt gelaten waar het toevallig gevallen is. Dat was althans het geval in twee oudere uitspraken uit 1959. In die uitspraken, waarvan in de literatuur wordt gezegd dat deze nog steeds geldend recht weergeven³² maar waar in de eerdergenoemde 100 uitspraken slechts éénmaal naar wordt verwezen,³³ betrof het wederzijdse dwaling over de herkomst en daarmee de waarde van een verkocht (kunst)object. De uitkomst was in beide gevallen dat het nadeel in beginsel daar komt te rusten waar het toevallig valt. Allereerst is er het arrest *Berglandschap Seghers*, waarin de Hoge Raad kort gezegd oordeelde dat de dwalende koper behoudens andersluidende afspraak het risico op zich neemt dat het gekochte schilderij toch van een andere en minder gewaardeerde meester blijkt te zijn.³⁴ In de tweede plaats is er het arrest *Kantharos van Stevensweert*, waarin wordt geoordeeld dat als iemand een object verkoopt tegen een prijs die achteraf blijkt veel te laag te zijn omdat partijen dwaalden over de herkomst van het object, de dwalende verkoper pech heeft: hij heeft met de transactie de kans prijsgegeven dat de zaak achteraf onvermoede hoedanigheid kon hebben.³⁵ Bij wederzijdse dwaling over de herkomst van de verkochte zaak en daardoor over de verhouding tussen prijs en prestatie (hierna: de ruilverhouding), wordt het nadeel dus gedragen door degene die *toevallig* getroffen wordt door de wanverhouding.³⁶ De twee arresten uit 1959 geven dus in wezen toepassing aan wat nu de risicotoedeling van art. 6:228 lid 2 BW is. De arresten alloceren de risico's van kopersdwaling en verkopersdwaling volledig bij de koper respectievelijk de verkoper.³⁷

4. *Share the mistake*

In een eerdere publicatie heb ik de vraag gesteld of in gevallen van wederzijdse dwaling de toedeling via lid 2 aan één van beide partijen nog steeds de juiste is.³⁸ Ik meen dat bij toepasselijkheid van de c-grond in dit soort gevallen ernstig overwogen moet worden om lid 2 aldus toe te passen dat het

³⁰ Van de oudere rechtspraak Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDA:2019:2860, r.o. 5.6.

³¹ Van de oudere rechtspraak bijv. Rb. Den Bosch 7 april 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AS3546, r.o. 10.10. Vgl. ook HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1338 (*Citroën DS*), r.o. 3.4, waar de Hoge Raad overweegt dat wederzijdse dwaling over de onderhoudsstaat bij aankoop van een klassieke auto niet voor rekening van de dwalende koper komt op de enkele gronden dat het voertuig 22 jaar oud is, de koop tussen liefhebbers is gesloten en het gebrek zich pas ruim een jaar na de koop heeft geopenbaard en koper in de tussentijd gewoon heeft kunnen rijden met het voertuig.

³² *GS Verbintenissenrecht*, art. 228 (Hijma), aant. 10.10-20; *Asser/Hijma 7-I* 2024/357.

³³ Rb. Noord-Nederland 5 juni 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:2161, r.o. 4.6; het ging hier om wederzijdse dwaling tussen verkoper en koper van een perceel over de plaats van de erfgrans; nu het nadeel bij de verkoper terechtkwam oordeelde de rechtbank met een beroep op HR 19 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:217, *NJ* 1960/59 (*Kantharos van Stevensweert*) dat het nadeel in beginsel voor risico van de verkoper moest blijven.

³⁴ HR 3 april 1959, *NJ* 1959/179 (*Berglandschap Seghers*).

³⁵ HR 19 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:217, *NJ* 1960/59 (*Kantharos van Stevensweert*).

³⁶ Vgl. Jansen 2012, p. 231 e.v.

³⁷ Let wel: als een van partijen deskundig kunsthandelaar was, kan komen vast te staan dat deze deskundige partij van de werkelijke waarde van het object wist. In dat geval kan sprake zijn van dwaling veroorzaakt door het schenden van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder b BW.

³⁸ W.H. van Boom, 'Ruilverhouding, wederzijdse dwaling en onvoorziene omstandigheden', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2023, p. 235 e.v.

risico van de dwaling niet aan één van partijen toegedeeld wordt maar in beginsel gelijkelijk wordt verdeeld over partijen, ter voorkoming van onevenwichtige resultaten.³⁹ Niet omdat ik die verdeling als rechtvaardiger beschouw dan de volledige toedeling aan één van partijen, maar omdat ik bij wederzijdse dwaling die noch in de risicosfeer van de ene noch in die van de andere partij valt geen steekhoudende gronden zie om hier anders te oordelen dan in het arrest *Coronahuur* (2021).⁴⁰

Zoals bekend ging het in de zaak *Coronahuur* niet om de c-grond van art. 6:228 BW maar om onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW die noch in de risicosfeer van de ene partij noch in die van de andere partij vielen. Dat lijkt sterk op de situatie die zich voordoet bij zuivere gevallen van wederzijdse dwaling over hun ruilverhouding. In beide gevallen verkeren beide partijen in een onjuiste voorstelling van zaken (omtrent verleden, heden of toekomst van hun ruilverhouding) die het fundament van hun wilsovereenstemming vormt.⁴¹ Nu de Hoge Raad **[252]** in het arrest *Coronahuur* tot het oordeel kwam dat in gevallen van onvoorziene omstandigheden het nadeel gelijk moest worden verdeeld tussen partijen – men spreekt wel van het idee van een *share the pain*, ‘verdeel de pijn’ dus – meen ik dat dezelfde uitkomst passend is wanneer zich de c-grond voordoet.⁴² Een soort *share the mistake* dus. Dit zou betekenen dat ingeval van verschoonbare dwaling in de zin van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW de vernietiging aldus uitwerkt dat de overeenkomst bij wijze van uitgangspunt niet moet worden vernietigd maar moet worden aangepast zodanig dat het ontstane nadeel voor de een in beginsel bij helfte wordt verdeeld over beide partijen.⁴³ Het uitgangspunt is een orgelpunt en dus wijkt het voor een andere verdeling als de omstandigheden daartoe aanleiding geven.⁴⁴ De dogmatische inpassing van dit *share the mistake* uitgangspunt is nog wel een spannende exercitie. Wordt een beroep gedaan op algehele vernietiging ex art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW dan zal dit beroep in overeenstemming moeten worden gebracht met het *share the mistake* uitgangspunt. Dat betekent dat de vordering niet kan worden toegewezen, althans slechts kan worden toegewezen bij wijze van partiële vernietiging of bij wijze van (zonodig ambtshalve) toepassing van art. 6:230 BW.⁴⁵ Als gezegd best spannend, maar de Hoge Raad heeft wat betreft de doorontwikkeling van verbintenisrechtelijke remedies de laatste jaren al vaker spannende dingen gedaan, dus deze stap kan er volgens mij ook nog wel bij.⁴⁶

Er is nog een andere reden om bij toepasselijkheid van de c-grond in beginsel verdeling bij helfte aan te houden. Als men in geval van verschoonbare dwaling onder de c-grond hooguit de helft van het eigen nadeel vergoed kan krijgen, dan wordt ook duidelijker wat de toegevoegde waarde van een

³⁹ Dat de Hoge Raad voorkoming van onevenwichtige resultaten in dit verband relevant acht, blijkt genoeglijk uit HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Renteswap*), r.o. 3.6.6.

⁴⁰ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (*coronahuur*).

⁴¹ De keuze van de Duitse wetgever om in § 313 van het Duitse BGB zowel de gevallen van onvoorziene omstandigheden (Abs. 1) als die van wederzijdse dwaling (Abs. 2) in één regeling samen te nemen, overtuigt daarom.

⁴² Ik verwijs naar mijn eerdere publicatie hierover, zie noot 38.

⁴³ Enigszins in de buurt van deze oplossing komt Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3617, r.o. 4.20, die in een geval van wederzijdse dwaling vooropstelt dat het de rechter met toepassing van art. 6:230 lid 2 BW vrijstaat om het dwalingsnadeel over beide partijen te verdelen, om vervolgens een 40/60 verdeling uit te spreken.

⁴⁴ Vgl. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974 (*coronahuur*), r.o. 3.3.3: op grond van omstandigheden gelegen in bijvoorbeeld de hoedanigheid van partijen of de financiële positie van een der partijen kan een afwijking van het *share the mistake* uitgangspunt volgen.

⁴⁵ Die ambtshalve toepassing is in het kader van consumentenzaken al eerder geopperd. Zie bijv. C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar, 'Een prijskorting voor de consument bij gebrekkig informatieverstrekking: een onevenredige sanctie', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2022, p. 234.

⁴⁶ Zie bijv. HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 (*Arvato I*) r.o. 3.1.15 en ook de aanpassingconstructie bedoeld in HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (*Renteswap*), r.o. 3.6.8.

beroep op de a- en b- gronden is ten opzichte van de c-grond. Die toegevoegde waarde is namelijk het volledig vernietigen of het aanpassen van de overeenkomst om het nadeel geheel weg te nemen. Op die manier wordt bovendien enig tegenwicht geboden aan de laagdrempeligheid van de c-grond.

Naschrift - WPNR 7503, p. 395-397

Prof. mr. W.H. van Boom*

[395] Ik dank collega mr. drs. M.C. Klink hartelijk voor zijn reactie, die mij aanleiding geeft tot de volgende repliek.

In mijn *NTBR*-bijdrage uit 2023 vroeg ik aandacht voor de vraag of het *Coronahuur*-arrest gevolgen heeft voor het leerstuk van de wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW, hierna: de c-grond). In mijn recente *WPNR*-bijdrage, waar Klink op reageert, vraag ik er nogmaals aandacht voor. Ik zoom daar in op het gecombineerde risico van de weinig heldere toegangseisen voor de c-grond van art. 6:228 BW en de nauwelijks uitgekristalliseerde risicotoedeling uit hoofde van art. 6:228 lid 2 BW die bij toepasselijkheid van de c-grond plaatsvindt. In essentie is dit mijn boodschap:

- Ervanuitgaande dat de toegangseisen voor de c-grond voor degene die de dwaling inroept, weinig om het lijf hebben, is de drempel bij de c-grond lager dan bij de a- en b-gronden.
- Voor een dwalende die denkt niet te kunnen bewijzen dat de ander een onjuiste mededeling heeft gedaan of een spreekplicht heeft geschonden, wordt de c-grond dan een aantrekkelijk alternatief (eventueel als subsidiaire grondslag).
- De *risicotoedeling* van art. 6:228 lid 2 BW waar bij de c-grond de nadruk op komt te liggen, is weinig voorspelbaar.
- Betreft het een wederzijdse dwaling die niet in de risicosfeer van de een of de ander ligt, dan is dezelfde 'share the burden'-benadering (*risicoverdeling*) als in *Coronahuur* aan de orde was, de juiste oplossing.

Allereerst hecht ik eraan op te merken dat ik ongemak ervaar bij alledrie arresten die hierna aan de orde komen. Ik kan de reikwijdte van het *Coronahuur*-arrest niet goed overzien, en daarom probeer ik te verkennen hoe het arrest ingepast kan worden in het wettelijk systeem. Ik denk als gezegd dat het toepassen van een *risicoverdeling* bij de c-grond van art. 6:228 BW een logische vervolgtoeepassing van het arrest is. Vandaar dat ik in dat verband de arresten *Kantharos* en *Berglandschap Seghers* (die ik ook overigens veel te algemeen geformuleerd vind) ter discussie stel.

Klink heeft kort gezegd drie kritiekpunten op mijn boodschap.

1) In de eerste plaats heeft Klink moeite met mijn omgang met de arresten *Kantharos* en *Berglandschap Seghers*. Ik ga er gemakshalve vanuit dat, gezien door de bril van het huidige BW, in beide zaken de *risicotoedeling* van art. 6:228 lid 2 BW (zoals we die nu kennen) centraal stond. *Kantharos* komt dan hier op neer: een verkoper van een object dat naar partijen aannemen een neo-renaissancebeker is, dient het risico te dragen dat het object achteraf grieks-romeins zal blijken te zijn en dus van grotere waarde is ten tijde van verkoop (verkopersrisico). En *Berglandschap* oordeelt: een koper van een schilderij dat wordt toegeschreven aan Seghers terwijl de kans bestaat dat het geen Seghers is, dient het risico te dragen van een lagere waarde dan de betaalde prijs ingeval sprake blijkt te zijn van wederzijdse dwaling over de herkomst (kopersrisico).

Dat deze twee arresten uit 1959 niet uitkomen op een *risicoverdeling*, moge duidelijk zijn. Dat beweer ik dan ook helemaal niet. Mijn standpunt is dat de volledige toedeling aan één van beide partijen in gevallen van wederzijdse dwaling zoals aan de orde was in deze procedures, anno 2025 minder juist is als men wil aannemen dat de *Coronahuur*-redenering op de feiten van die twee arresten van toepassing is. Klink neemt het standpunt in dat deze aanname onjuist is. Anders dan in

* Hoogleraar burgerlijk recht te Nijmegen (willem.vanboom@ru.nl).

Coronahuur was in de twee arresten uit 1959 namelijk wél sprake van een in de overeenkomst verdisconteerd risico. Daarom treft de wederzijdse dwaling niet toevallig de verkoper of de koper. Dat de feiten aan partijen niet bekend zijn, maakt nog niet dat het risico op waardedwaling niet zou zijn verdisconteerd, aldus Klink.

Wij zijn het er over eens dat onbekende omstandigheden verdisconteerd kunnen zijn in de overeenkomst en dat de vraag óf dit het geval is, een kwestie van uitleg betreft. Minder overtuigd ben ik van onderscheid dat Klink in dat verband maakt tussen onvoorstelbare, voorstelbare en verdisconteerde kansen. Als ik het goed begrijp stelt Klink dat de kans dat kunstobjecten en archeologische vondsten een andere herkomst en dus waarde kunnen hebben dan gedacht, een 'known unknown' betreft waarvan verwacht mag worden dat deze is verdisconteerd in het contract. De aard van het object brengt met zich dat men zich daarvan bewust is, althans moet zijn. Zwijgen partijen, dan is het risico verdisconteerd, zo begrijp ik Klink. Rekening houden met onvoorziene omstandigheden zoals een pandemie is evenwel een te onbepaald vraagstuk en dus hoeft men met een dergelijke fundamentele verstoring van het economisch verkeer in abstracto geen [396] rekening te houden; het is als ik het goed begrijp volgens Klink geen 'known unknown'.

Dit onderscheid overtuigt mij niet (nog daargelaten dat het misschien minder met uitleg van wilsverklaringen dan met risicotoedeling door het recht te maken heeft). Cijfers wijzen uit dat één op de tien boxers (hondensoort) heupdysplasie ontwikkelt. Van oude woningen in Gouda is bekend dat ze aanleg hebben voor paalrot. Van software is bekend dat er gemiddeld drie tot vijf programmeerfouten in zitten per 1000 delen broncode. En wat betreft onvoorziene omstandigheden: de kans dat dit jaar H5N1 vogelgriep een pandemie wordt, is meer dan 25 procent; direct na de Russische invasie van Oekraïne stegen gasprijzen met 50 procent op één dag; er zit gemiddeld 16 jaar tussen momenten van extreme stijgingen in graanfutures door misoogst en geopolitieke fricties.

Verbind elk van deze kansen aan contracten en je kunt spreken van voorstelbare en concrete risico's (klein of groot). Maar als ik de redenering van Klink volg, moeten afnemers van boxers, woningen in Gouda en software, altijd via art. 6:228 lid 2 BW het dwalingsrisico toebedeeld krijgen, omdat het (bij zwijgen) verdisconteerd want concreet en voorstelbaar is, terwijl lockdownschade en extreme prijschommelingen niet concreet en voorstelbaar zijn en dus (bij zwijgen) kennelijk niet (kunnen) zijn verdisconteerd. Ik vind deze grofmazige tweedeling in het voorstelbare en het onvoorstelbare niet hanteerbaar voor het contractenrecht, en Klink lijkt er eigenlijk ook niet in te geloven. Hij benadrukt namelijk dat het bij het onvoorstelbare vooral gaat om ernstige verstoringen van het economische verkeer waar men kort gezegd geen rekening mee hoeft te houden. Het fundament van art. 6:258 BW is echter niet beperkt tot die verstoringen, maar betreft, in mijn visie althans, alle gevallen van wederzijdse dwaling over een toekomstige omstandigheid die een essentiële vooronderstelling van partijen was bij het contracteren. Ik ben dus niet overtuigd door het betoog van Klink, omdat ik niet geloof in de houdbaarheid van het onderscheid. Daarom persisteer ik voorlopig in mijn opvatting dat de *Coronahuur*-uitspraak en de arresten uit 1959 niet goed verenigbaar zijn.

2) Het tweede kritiekpunt betreft de vraag *waarom* de verkoper geacht wordt de kans op een andere herkomst prijs te geven en de koper het risico daarvan aanvaardt. Klink geeft aan dat het *vanzelfsprekend* is dat de eigenaar van een gekochte zaak de 'toevallige waardevermeerdering of vermindering' moet dragen: de schade blijft liggen waar die toevallig terechtkomt en dat volgt uit het beginsel van *casum sentit domino*, aldus kort gezegd Klink.

Wat betreft dit tweede punt weet ik niet precies hoe ik Klink moet begrijpen. Allereerst gaat het in gevallen als in *Kantharos* en *Berglandschap Seghers* niet om *later* intredende vermeerdering of vermindering van waarde door een van buiten komende oorzaak (het *periculum emptoris*; art. 7:10 BW), maar om ongekende eigenschappen die reeds bestaan ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en die bepalend zijn voor de werkelijke waarde op dát moment (*error in substantia*). In de tweede plaats lijkt Klink hier het (koper-)eigenaarschap doorslaggevend te vinden voor de vraag wie het nadeel draagt, maar die grondslag leidt tot toevalligheden bij de toepassing van art. 6:228 lid 2 BW. Huurt men voor de duur van tien jaar een horecapand dat voor lange tijd onbereikbaar wordt voor het horecapubliek omdat een ondergrondse waterstroom, die latent was op het contracteermoment, zich in jaar twee van de huurtermijn openbaart in de vorm van een sinkhole, wordt het dwalingsrisico ex art. 6:228 lid 2 BW dan opeens volledig toegedeeld aan de verhuurder *omdat* die de eigenaar is? Dat lijkt me stug. In de derde plaats leidt de opvatting van Klink, als deze veralgemeniseerd wordt tot de regel ‘de schade blijft liggen waar ze valt ingeval van wederzijdse dwaling’, tot de consequentie dat de vernietigingsmogelijkheid bij wederzijdse dwaling afgeschaft wordt. Dat zal Klink, vermoed ik, niet bedoelen. Ik denk dat Klink wellicht veeleer het oog heeft op de formulering van een subregel van het type ‘ingeval van overeenkomsten met een speculatief karakter, is wederzijdse dwaling altijd voor risico van de dwalende’. Dat past weliswaar bij de ‘aard van de overeenkomst’ als gezichtspunt onder art. 6:228 lid 2 BW, maar ik zou menen – anders dan wel wordt afgeleid uit de arresten *Kantharos* en *Berglandschap Seghers* – dat niet elke kunstkoop een inherent speculatief karakter heeft dat ertoe leidt dat bij zwijgen van partijen het risico van wederzijdse dwaling verdisconteerd is. Zie voor precies dat punt *NTBR* 2023, p. 238 nt. 18 en p. 239 laatste alinea.

3) Het derde kritiekpunt betreft mijn zorg over de aanzuigende werking van de c-grond. De angst voor het ‘zwarte gat’ van de c-grond is volgens Klink onterecht, omdat *in de meeste gevallen* het nadeel dat is ontstaan uit wederzijdse dwaling terecht zal blijven rusten bij degene die het al dan niet toevallig treft. Het uitgangspunt is immers, zo Klink, dat bij wederzijdse dwaling deze voor risico van de dwalende blijft. Ik weet niet waar Klink zijn stelling op baseert, maar uit mijn onderzoekje (zie WPNR 2025/7494, p. 248, par. 2) volgt een andere conclusie. In de uitspraken die **[397]** ik aantrof waarin de rechter de aanwezigheid van de c-grond aannam, leidde lid 2 er soms toe dat het risico bij degene bleef rusten die zich op dwaling beriep, maar vaker werd het risico *verschoven* naar de wederpartij. Geen *casum sentit domino* dus. Ik verwijs korthedshalve naar hetgeen ik daarover opmerk in WPNR 2025/7494, p. 250 (vindplaatsen in nt. 22 e.v.). De daar behandelde rechtspraak betrof overigens geen drinkbekers of schilderijen.