

Ambtshalve toepassing van het Weens Koopverdrag en de reikwijdte van het dwalingsleerstuk

*Prof. mr. P. S. Bakker**

1 Inleiding

In het arrest van de Hoge Raad van 24 februari 2023¹ komen twee interessante kwesties aan bod. De eerste kwestie gaat over de vraag wanneer de rechter (niet) ambtshalve tot toepassing van het Weens Koopverdrag (hierna: WKV) mag komen. De tweede kwestie betreft de reikwijdte van het dwalingsleerstuk. Beide thema's vinden in dit artikel beknopt behandeling. Afgetrapt wordt echter met een korte schets van het geschil en de behandeling daarvan in de feitelijke instanties en door de Hoge Raad.

2 Het geschil kort geschetst

Het Belgische Aswebo en het Nederlandse Jura sluiten in februari 2015 een overeenkomst op grond waarvan Jura medio 2015 aan Aswebo lijngoten zal leveren die zijn voorzien van een zogeheten KOMO-attest. In de offerte die Jura aan Aswebo heeft toegezonden, is voorzien in een afnameverplichting voor Aswebo en wordt verwezen naar de algemene voorwaarden van Jura. Deze bepalen over het op door Jura te sluiten overeenkomsten toepasselijke recht:

‘12 Toepasselijk recht en geschillen

Op alle aanbiedingen en te sluiten overeenkomsten is uitsluitend het Nederlandse recht van toepassing. Alle geschillen terzake van of voortvloeiend uit door Jura BV gedane aanbiedingen of gesloten overeenkomsten zullen bij uitsluiting worden berecht door de bevoegde rechter te rechtbank Maastricht, Nederland, met dien verstande dat Jura BV te hare keuze een procedure kan instellen bij een bevoegd rechter elders.’

Tijdens of na een bespreking op 18 mei 2015 bij de producent van de lijngoten heeft Aswebo de conclusie getrokken dat Jura niet in staat zal zijn om tijdig de benodigde hoeveelheid lijngo-

ten te leveren. Op die grond heeft Aswebo besloten niet alle bestelde goten van Jura af te nemen.

Jura heeft Aswebo in Nederland in rechte betrokken en schadevergoeding wegens winstderving gevorderd. Daaraan heeft Jura ten grondslag gelegd dat Aswebo toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar contractuele afnameverplichting. Aswebo heeft in reconventie (partiële) ontbinding van de overeenkomst gevorderd, althans wijziging of vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling, alsmede terugbetaling van hetgeen zij aan Jura heeft betaald, en schadevergoeding.

3 De feitelijke instanties

De rechtbank heeft de vorderingen in conventie en reconventie afgewezen. Hoewel in het debat van partijen is getwist over de vraag of het WKV van toepassing is op hun contractrelatie, heeft de rechtbank vooropgesteld dat de overeenkomst tussen partijen op grond van de algemene voorwaarden van Jura wordt beheerst door Nederlands recht:

‘Toepasselijk recht

Naar de mening van Jura wordt de overeenkomst tussen partijen beheerst door Nederlands recht. Jura heeft in dat kader verwezen naar haar algemene voorwaarden en toegelicht dat de vraag of deze algemene voorwaarden van toepassing zijn, naar Nederlands recht dient te worden beantwoord omdat in de leveringsvoorwaarden voor Nederlands recht is gekozen. Naar Nederlands recht zijn de algemene voorwaarden door partijen van toepassing verklaard. De door partijen ondertekende overeenkomst levert daarnaast op grond van artikel 157 Rv dwingend bewijs op van het feit dat de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld. De overeenkomst wordt derhalve beheerst door Nederlands recht, aldus Jura.

De rechtbank begrijpt uit het feit dat Aswebo in haar stellingen aansluiting zoekt bij het Nederlandse recht, dat zij de gedachtegang van Jura volgt. De rechtbank sluit zich daarbij aan en zal Nederlands recht toepassen.’

In conventie heeft de rechtbank verder geoordeeld dat Aswebo niet zonder redelijke grond heeft geweigerd de door Jura be-

* Prof. mr. P.S. Bakker is raadsheer bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, bijzonder hoogleraar Rechtspraak aan de Radboud Universiteit Nijmegen en tevens verbonden aan de VU Amsterdam.

Deze bijdrage bevat enkele fragmenten van eerdere publicaties van de auteur.

1 HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:313, NJ 2023/96 (Aswebo/Jura).

doelde producten af te nemen, omdat Aswebo zich tegenover de conventionele vordering terecht beroept op de (partiële) ontbinding van het deel van de overeenkomst dat nog niet was uitgevoerd. Daartoe heeft de rechtbank geoordeeld dat partijen strikte leveringstermijnen zijn overeengekomen, die moeten worden gekwalificeerd als fatale termijnen. Bij overschrijding van deze termijnen treedt verzuim zonder ingebrekestelling in. Uit een – door Jura niet (voldoende) weersproken – verklaring van de zijde van Aswebo volgt volgens de rechtbank dat de overeengekomen fatale leveringstermijnen door Jura niet konden worden gehaald. De tekortkoming van Jura is van dien aard dat Aswebo een beroep op (partiële) ontbinding toekomt en Aswebo bevrijd is van haar verplichting tot afname van de producten die zij nog niet van Jura heeft afgenomen. In reconventie heeft de rechtbank geoordeeld dat Aswebo geen beroep toekomt op ontbinding van het deel van de overeenkomst dat wel al was uitgevoerd. De grond voor ontbinding was volgens Aswebo dat Jura niet heeft voldaan aan haar verplichting om goten (van het Fu-type) te leveren met KOMO-attesten en dat de wel uitgevoerde partijkeuringen hiervoor geen gelijkwaardig alternatief waren. De rechtbank heeft echter geoordeeld dat partijen afspraken hebben gemaakt om te komen tot een oplossing voor de afwezigheid van het KOMO-attest, in de vorm van een partijkeuring ter plaatse en aanpassing van de planning. De tekortkoming van Jura rechtvaardigde daarom niet de ontbinding van de overeenkomst. Vervolgens heeft de rechtbank ook het door Aswebo gedane beroep op dwaling, dat volgens de rechtbank op dezelfde argumenten berust, verworpen, omdat zij onvoldoende heeft onderbouwd dat zich een van de gevallen uit art. 6:228 lid 1 BW heeft voorgedaan.

In de daarop volgende appelprocedure heeft het hof in zijn eerste tussenarrest allereerst vastgesteld

‘dat partijen geen grief hebben gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat de Nederlandse rechter bevoegd is om in deze zaak te beslissen op basis van Nederlands recht. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank. Op de overeenkomst tussen partijen zijn de algemene voorwaarden van Jura van toepassing. Artikel 12 van die voorwaarden bepaalt dat geschillen tussen partijen worden beslecht door de rechtbank, locatie Maastricht op basis van Nederlands recht.

Het gaat hier om een koopovereenkomst van roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, terwijl die staten, België en Nederland, partij bij het WKV zijn. Op grond van artikel 1 aanhef en sub a WKV is het WKV op de overeenkomst tussen Jura en Aswebo van toepassing. Een van de uitzonderingen genoemd in de artikelen 2, 3 en 6 WKV doet zich niet voor. Slechts wanneer partijen de toepasselijkheid van het WKV zouden hebben uitgesloten, zou uitsluitend nationaal Nederlands recht van toepassing zijn. Dat hebben zij echter niet gedaan. Dat betekent dat het WKV op de overeenkomst tussen partijen van toepassing is, en dat wanneer een regel van nationaal

Nederlands recht strijdig is met het WKV, het WKV voorgaat.

Wel kan bij overeenkomst, inclusief de daarop toepasselijke algemene voorwaarden, van het WKV worden afgeweken. Waar relevant zal het hof daarom in de beoordeling betrekken of en zo ja op welke wijze partijen bij de overeenkomst zijn afgeweken van bepalingen van het WKV, dan wel of een regel van nationaal Nederlands recht van toepassing is omdat het WKV op een onderdeel geen regeling bevat.’

Ook heeft het hof geoordeeld dat het beroep van Aswebo op dwaling (en op de wijzigingsmodaliteit van art. 6:230 lid 2 BW) niet opgaat. In dit kader heeft het hof overwogen dat Aswebo heeft aangevoerd dat zij bij het aangaan van de overeenkomst met Jura om twee redenen heeft gedwaald. In de eerste plaats doordat Jura in haar offerte van 26 februari 2015 heeft meegedeeld dat haar producten over een KOMO-attest zouden beschikken, hetgeen niet het geval was. In de tweede plaats doordat Jura tijdens de bespreking van 27 februari 2015 heeft meegedeeld dat zij aanvaardt dat in week 25/26 tussen 5 en 6 kilometer aan goten op het werk aanwezig moet zijn, hetgeen niet het geval was. Onder vooropstelling dat het WKV geen regeling voor dwaling kent, heeft het hof geoordeeld dat de eerste door Aswebo aangevoerde reden geen hout snijdt, omdat voor de toepassing van art. 6:230 lid 2 BW is vereist dat de dwaling voor de dwalende nadeel² heeft meegebracht en nergens uit blijkt dat Aswebo enig financieel nadeel heeft ondervonden van het feit dat niet bij het sluiten van de overeenkomst tussen partijen, maar in een later stadium het overeengekomen KOMO-certificaat is verstrekt. Over de omstandigheid dat Jura op 27 februari 2015 heeft meegedeeld dat de producten op een bepaald tijdstip zouden zijn geleverd, heeft het hof geoordeeld dat deze omstandigheid niet is aan te merken als een verkeerde voorstelling van zaken van de eigenschappen van de te leveren producten, waarop art. 6:228 BW ziet:

‘Aswebo stelt dat zij een mededeling van Jura op een bepaalde wijze, en anders dan Jura, heeft opgevat. Dat is een geval van oneigenlijke dwaling, waarop artikel 6:228 BW niet ziet. Deze stellingname is als zodanig onvoldoende onderbouwd om een beroep op artikel 6:230 lid 2 BW op te baseren.’

Veder heeft het hof in dit tussenarrest onder meer beslist dat Aswebo wordt toegelaten tot het bewijs dat Jura in verzuim is geraakt, doordat aan de eisen van art. 72 WKV is voldaan.

In zijn tweede tussenarrest heeft het hof onder meer geoordeeld dat Aswebo het hiervoor bedoelde bewijs niet heeft geleverd, dat Aswebo daarom is tekortgeschoten in haar afname-

² Het zij opgemerkt dat nadeel weliswaar vereist is voor toepassing van de wijzigingsbepaling van art. 6:230 BW, maar dat volgens vaste rechtspraak voor *vernietiging* van de overeenkomst op grond van dwaling het geleden zijn van nadeel geen vereiste is. Zie onder meer HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559, NJ 2001/159 (Clemens/Schüring).

verplichting, en dat Jura op die grond recht heeft op schadevergoeding. Tot slot heeft het hof Jura toegelaten duidelijkheid te verschaffen over haar schade.

In zijn eindarrest heeft het hof onder meer geoordeeld dat Jura haar schade nog onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt en in dat kader partijen verwezen naar de schadestaatprocedure.

4 De Hoge Raad

In cassatie worden onder meer klachten geformuleerd tegen de beslissingen van het hof, kort gezegd erop neerkomende dat het hof ten onrechte toepassing heeft gegeven aan het WKV en ten onrechte heeft geoordeeld dat van dwaling zijdens Aswebo geen sprake is geweest (waardoor niet door het hof werd toegekomen aan toepassing van de wijzigingsbepaling van art. 6:230 lid 2 BW). Deze klachten slagen. De Hoge Raad overweegt dat

‘(m)ede in het licht van het partijdebat [waarin door partijen was getwist over de vraag of het WKV van toepassing is op hun contractrelatie; toevoeging PSB] in eerste aanleg, (...) de oordelen van de rechtbank niet anders (kunnen) worden begrepen dan dat zij in haar vonnis toepassing heeft gegeven aan het Nederlandse recht met uitsluiting van het WKV’.

Verder overweegt de Hoge Raad dat

‘(...) gegeven het in cassatie onbestreden oordeel van het hof (...) “dat partijen geen grief hebben gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat de Nederlandse rechter bevoegd is om in deze zaak te beslissen op basis van Nederlands recht”, (...) het hof niet vrij(stand) om ambtshalve te beslissen dat het geschil tussen partijen uitsluitend of mede moet worden beslecht aan de hand van het WKV. Bij die stand van zaken had het hof het WKV buiten toepassing moeten laten, zoals onderdeel 1.1 terecht aanvoert.’

Ook de klacht over het passeren van het door Aswebo gedane beroep op dwaling treft doel:

‘Anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen, ziet het in artikel 6:228 lid 1, aanhef, BW gestelde vereiste dat de overeenkomst niet zou zijn gesloten bij “een juiste voorstelling van zaken” niet slechts op de voorstelling die een partij heeft ten aanzien van de eigenschappen van de volgens de overeenkomst te leveren zaak zelf, maar kan dat vereiste ook zien op de voorstelling die een partij heeft ten aanzien van andere uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen, zoals de bij het sluiten van de overeenkomst bestaande (on)mogelijkheid van de wederpartij om te voldoen aan haar verplichting om de zaak tijdig te leveren.’

5 Overdenkingen

5.1 Ambtshalve toepassing van het WKV

Uit art. 10:2 BW volgt dat de rechter ambtshalve tot taak heeft om te beoordelen welk recht op het hem voorgelegde geschil van toepassing is.³ Anders dan soms lijkt te worden gedacht, is echter de vraag welk recht op het geschil van partijen van toepassing is, niet van openbare orde.⁴ Dat brengt met zich dat als de rechter in eerste aanleg (al dan niet op juiste wijze) het toepasselijke recht heeft vastgesteld en tegen dat oordeel in hoger beroep niet is gegriefd, de appelrechter het geschil heeft te beoordelen volgens het recht dat naar het oordeel van de rechter uit de eerste aanleg van toepassing is. De vraag welk recht van toepassing is, behoort dan niet tot het ‘door de grieven ontsloten gebied’, waardoor de appelrechter zich niet over deze vraag kan buigen.⁵ In Aswebo/Jura verwijst de Hoge Raad naar een arrest van zijn hand van twee weken eerder, waarin om de hiervoor genoemde reden een cassatieklacht in de ban werd gedaan:

‘Ingevolge artikel 10:2 BW worden conflictregels ambtshalve toegepast. Deze regels vallen dus binnen het bereik van artikel 25 Rv, dat de rechter opdraagt de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. De conflictregel van artikel 10:118 BW is niet in processuele zin van openbare orde, zodat de appelrechter deze alleen, zo nodig ambtshalve, dient toe te passen binnen het door de grieven ontsloten gebied.

Het hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de rechtbank de toerekeningsvraag impliciet naar Nederlands recht heeft beoordeeld en dat Zweden dat in hoger beroep niet heeft bestreden met een (kenbare) grief. Het hof heeft dus terecht niet ambtshalve geoordeeld over de vraag naar het op deze kwestie toepasselijke recht, omdat deze vraag niet lag binnen het door de grieven ontsloten gebied. De klacht faalt.’⁶

Uit Aswebo/Jura kan worden afgeleid dat de hiervoor genoemde beperking voor de rechter niet alleen geldt voor situaties waarin deze voor de keuze staat Nederlands dan wel vreemd (buitenlands) recht toe te passen, maar ook indien het gaat om de vraag of Nederlands recht al dan niet met uitsluiting van het WKV moet worden toegepast. Het WKV is namelijk geen ‘vreemd recht’, maar vormt een onderdeel van het

3 De bepaling luidt: ‘De regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht worden ambtshalve toegepast.’

4 Zie onder meer H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken (Burgerlijk Proces & Praktijk IV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/59 en Pellis, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 2 Haags alimentatieprotocol 2007, aant. 3.

5 Ras & Hammerstein 2017/24.

6 HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:200, r.o. 3.2.3.

Nederlandse recht.⁷ Op grond van art. 1 WKV is dit verdrag in beginsel van toepassing op de koopovereenkomst tussen twee partijen die zijn gevestigd in (verschillende) staten die partij zijn bij het WKV. Op grond van art. 6 WKV kunnen de contractspartijen de toepassing van dit verdrag uitsluiten of daarvan afwijken. Niet zelden wordt de toepassing van het WKV ook daadwerkelijk contractueel uitgesloten, veelal in door een der partijen gehanteerde en op de overeenkomst van toepassing verklaarde algemene voorwaarden. In dit kader is van belang op te merken dat de vraag óf de algemene voorwaarden van een der partijen deel zijn gaan uitmaken van de internationale koopovereenkomst, volgens vaste jurisprudentie wordt beantwoord aan de hand van het WKV en dus niet aan de hand van het ‘gewone’ nationale recht van een der partijen. In zijn arrest van 28 januari 2005⁸ overwoog de Hoge Raad hieromtrent:

‘Nu – naar het hof, in cassatie onbestreden, heeft aangenomen – op de overeenkomst van partijen het Weens Koopverdrag van toepassing is, moeten op grond van artikel 7 lid 2 van dit verdrag vragen betreffende de door het verdrag geregelde onderwerpen, die hierin niet uitdrukkelijk zijn beslist, worden opgelost aan de hand van de algemene beginselen waarop het verdrag berust, of bij ontstentenis van zodanige beginselen, in overeenstemming met het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht. Tot de door het Weens Koopverdrag geregelde onderwerpen behoort de vraag of een partij haar toestemming heeft verleend tot de totstandkoming van een koopovereenkomst en daarvan deel uitmakende algemene voorwaarden. De vraag of Vergo toestemming heeft verleend tot de toepasselijkheid van de door [verweerster] gebruikte algemene voorwaarden en de daarin opgenomen exoneratieclausules, wordt derhalve ingevolge artikel 7 lid 2 van het Weens Koopverdrag beheerst door de daarop betrekking hebbende regeling van dit verdrag en niet door het rechtstelsel dat door enige regel van internationaal privaatrecht wordt aangewezen. (...)’

7 Aldus ook terecht Th.M. de Boer in zijn annotatie bij HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4837, NJ 2006/517: ‘Hier doet zich een complicatie voor. Met betrekking tot de handelskoop bestaan er namelijk twee soorten “Nederlands recht”: enerzijds de regels van boek 7 BW, anderzijds de materieelrechtelijke bepalingen van het WKV. Een rechtskeuze voor “Nederlands recht” is dus niet eenduidig. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat het BW van toepassing is op “interne” gevallen (d.w.z. gevallen die uitsluitend met Nederland zijn verbonden), terwijl het WKV alleen gevallen met een grensoverschrijdend element bestrijkt. Een keuze voor “Nederlands recht” zou dan moeten worden uitgelegd als een keuze voor de verdragsregeling. Daar staat tegenover dat zo’n keuze zinloos is als het verdrag ook zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn. Dat is in beginsel het geval als de koper en de verkoper, zoals in casu, in verschillende verdragsluitende staten gevestigd zijn. Moet een keuze voor “Nederlands recht” dan worden uitgelegd als een uitsluiting van het (toch al toepasselijke) verdrag en dus als een keuze voor het BW?’ Zie hierover ook, in par. 3.23 e.v., A-G Hartlief in zijn conclusie voor Aswebo/Jura.

8 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4837, NJ 2006/517.

Op grond van art. 8 WKV en de regels 2 en 3 van de door de Adviesraad van het WKV afgegeven Opinie nr. 13 (CISG-AC Opinion No. 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG, hierna: de Opinie) maken algemene voorwaarden alleen deel uit van een koopovereenkomst, wanneer partijen dit tijdens of voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn overeengekomen én de wederpartij ten tijde van het aangaan van de overeenkomst een redelijke mogelijkheid had om kennis te nemen van de algemene voorwaarden. Uit de regels 5 en 6 van de Opinie volgt dat daartoe de (verwijzing naar de) voorwaarden helder en begrijpelijk moet(en) zijn voor een redelijke persoon van een gelijke hoedanigheid als de wederpartij in dezelfde omstandigheden. Daarvan is geen sprake als de (verwijzing naar de) algemene voorwaarden (is) zijn opgesteld in een taal waarvan redelijkerwijs niet mag worden verwacht dat de wederpartij deze begrijpt.

De in het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad⁹ weergegeven regel geldt logischerwijs ook wanneer in de betreffende algemene voorwaarden de toepasselijkheid van het WKV is uitgesloten: een daarin opgenomen ‘opt out’-bepaling kan immers blijkens het voorgaande alleen als contractueel overeengekomen gelden, als de toepasselijkheid van de betreffende voorwaarden conform het WKV moet worden geacht door partijen te zijn overeengekomen.¹⁰ Aldus zou men kunnen zeggen dat het WKV bij internationale koop in de hiervoor bedoelde zin nooit ‘ab initio’ wordt uitgeschakeld, maar pas nadat conform de regels van het WKV is vastgesteld dat de daartoe strekkende ‘opt out’-bepaling daadwerkelijk door partijen is overeengekomen.¹¹ Of, in de recente woorden van de rechtbank Gelderland:

‘Weliswaar wordt in de algemene voorwaarden van (...) de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag uitgesloten, maar de vraag of de algemene voorwaarden van toepassing zijn, gaat daaraan vooraf.’¹²

De vraag of het WKV op een internationale koop van toepassing is of niet, is zeker niet van elk belang ontbloot. Voor een flink aantal onderwerpen bevat het WKV een eigen regeling, die (bijvoorbeeld als het gaat om de mogelijkheid tot ontbinding) afwijkt van het in het BW opgenomen contractenrecht. Daarnaast geldt dat regelmatig discussie bestaat over de interpretatie en reikwijdte van sommige in het WKV opgenomen bepalingen. Zo heeft bijvoorbeeld de enige jaren geleden door de hoogste Belgische rechter gegeven beslissing in de Steel

9 HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4837, NJ 2006/517.

10 Aldus ook S.A. Krusinga, Wat iedere in de commerciële praktijk werkzame jurist moet weten van het Weens Koopverdrag, ORP 2023, afl. 1, p. 6.

11 Aldus ook, in par. 3.22, A-G Hartlief in zijn conclusie voor Aswebo/Jura.

12 Rb. Gelderland 20 april 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1986, r.o. 2.4. Zie voorts Rb. Midden-Nederland 1 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5959.

Tubes-zaak¹³ – kort gezegd inhoudende dat art. 79 WKV¹⁴ (dat handelt over ‘impediments’) mede betrekking heeft op (hier te lande in art. 6:258 e.v. BW geregelde) *imprévision*-situaties – internationaal voor de nodige beroering gezorgd.¹⁵ Mede gelet hierop verdient het voor in Nederland gevestigde contractspartijen, die regelmatig zakendoen met buitenlandse partijen die eveneens zijn gevestigd in staten die partij zijn bij het WKV, aanbeveling van tevoren goed na te (laten) denken over de voor- en nadelen van het contractueel in- dan wel uitsluiten van het WKV en de wijze waarop dit conform het WKV zou dienen te gebeuren.¹⁶ ‘Caveat contractor’ is hier vermoedelijk het gepaste (*drafting*) advies.

5.2 Reikwijdte van het dwalingsleerstuk

Wenden wij thans de steven naar het dwalingsleerstuk en hetgeen het arrest *Aswebo/Jura* ons daarover leert.

13 Cass. 19 juni 2009, Arr. Cass. 2009, 1736, DAOR 2010, afl. 94, 149.

14 Lid 1 daarvan luidt: ‘Een partij is niet aansprakelijk voor een tekortkoming in de nakoming van een van haar verplichtingen, indien zij aantoonbaar dat de tekortkoming werd veroorzaakt door een verhindering die buiten haar macht lag en dat van haar redelijkerwijs niet kon worden verwacht dat zij bij het sluiten van de overeenkomst met die verhindering rekening zou hebben gehouden of dat zij deze of de gevolgen ervan zou hebben vermeden of te boven zou zijn gekomen.’

15 Zie onder meer B. Nagy, *Unreliable Excuses: How Do Differing Persuasive Interpretations of CISG Article 79 Affect Its Goal of Harmony?*, *New York International Law Review* (26) 2013, afl. 2, p. 83-84, met verwijzing naar verdere literatuur en als te vinden in https://cisg-online.org/files/commentFiles/Nagy_26_2_NYIntlLRev_2013_61.pdf: ‘Specifically addressing the concept of hardship, the Belgian Hof van Cassatie (Supreme Court) contemplated whether or not a 70% rise in the market price of steel tubes constituted sufficient hardship to excuse the seller from liability for declining to perform its obligation to deliver steel tubes to the buyer. First, the Hof van Cassatie opined that Article 79 can govern situations of hardship: “Changed circumstances that were not reasonably foreseeable at the time of the conclusion of the contract and that are unequivocally of a nature to increase the burden of performance of the contract in a disproportionate manner, can, under circumstances, form an impediment in the sense of [Article 79].” Such an opinion accords with the leading scholarship and cases addressing the issue. Next, the Hof van Cassatie applied this general theory to the facts before it and determined that the market fluctuation of 70 percent was, indeed, sufficient hardship exemption under Article 79 and ordered that parties renegotiate the contract! Such a holding, however, not only was the first instance of hardship successfully justifying excuse in a published decision, but also directly contradicts established decisions stating that economic fluctuations cannot be an “impediment” to the extent that they reflect the risk inherent in international trade. Indeed, according to the decisions addressing hardship under Article 79 prior to the Steel Tubes Case, a price increase or decrease of more than 100 percent does not suffice. Moreover, even a scholar that accepts the Steel Tubes principle in extreme cases argues that the 100% threshold may be based on domestic markets and should actually be greater for international markets, perhaps as high as 150%-200%. Thus, when determining how substantial an economic change must be to fall within the scope of “impediment,” courts and tribunals now must determine whether the Belgian court’s new, lenient threshold is an aberration or the emergence of a trend.’

16 Zie over de voordelen van het WKV onder meer C. Drion, *Het Weens Koopverdrag, een winkeldochter?*, *NJB* 2013, afl. 30, p. 2049. Zie ook N. de Boer, *Drafting tips & tricks: denk na voordat je het Weens Koopverdrag uitsluit*, *ORP* 2022, afl. 7, p. 21 e.v., *Kruisinga* 2023, p. 4 e.v. en S.A. *Kruisinga*, *25 jaar (uitsluiting van het) Weens Koopverdrag in Nederland*, *NTHR* 2017, afl. 4, p. 165 e.v.

Dwaling is geregeld in art. 6:228 en 6:230 BW. Van alle wilsgebreken is dwaling wellicht (althans onder civilisten) het bekendst en meest voorkomend. Van dwaling spreekt men, kort gezegd, indien iemand onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken een contract aangaat. Dwaling ontstaat dikwijls als gevolg van een informatieprobleem: als gevolg van onjuiste informatie, onvolledige informatie of de afwezigheid van informatie verkrijgt of behoudt iemand die voornemens is te contracteren een voorstelling van zaken die niet met de werkelijkheid correspondeert.

Welke vereisten gelden nu om succesvol op dwaling een beroep te kunnen doen? Allereerst dient sprake te zijn van een onjuiste voorstelling van zaken (dwaling). Tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst dient voorts *causaal verband* te bestaan, in die zin dat de dwalende bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet of onder andere voorwaarden gesloten zou hebben. Voorts dient dit causale verband voor de wederpartij van de dwalende *kenbaar* te zijn, in die zin dat voor deze kenbaar is dat het aspect van de overeenkomst waaromtrent bij de dwalende een onjuiste voorstelling van zaken bestaat, voor de dwalende van doorslaggevend belang is. Niet vereist is dat de onjuiste voorstelling van zaken als zodanig voor de wederpartij kenbaar is.¹⁷

Vervolgens geldt dat een overeenkomst die tot stand gekomen is onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, slechts *vernietigbaar* is in een drietal limitatief in de wet omschreven gevallen. Vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling is blijkens art. 6:228 BW mogelijk:

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

Komt het dwalingsgeval overeen met één van de hiervoor weergegeven gevalstypen, dan kan het contract op de voet van art. 6:228 BW worden vernietigd. De wederpartij van degene die onder invloed van dit wilsgebrek tot contracteren is bewogen, kan evenwel aan de vernietiging ontkomen door tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voor te stellen, die het geleden nadeel op afdoende wijze opheft, aldus

17 M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (Mon. BW nr. B3), Deventer: Wolters Kluwer 2015/24.

art. 6:230 lid 1 BW. Bovendien kan de rechter blijkens lid 2 van dit wetsartikel op verlangen van een partij in plaats van de vernietiging uit te spreken, ter opheffing van dit nadeel de gevolgen van de overeenkomst wijzigen.¹⁸

Voor een geslaagd beroep op dwaling is dus vereist dat het dwalingsgeval kan worden ondergebracht in één der genoemde rubrieken van art. 6:228 lid 1 BW. Art. 6:228 lid 2 BW brengt evenwel een belangrijke beperking aan: 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. Bij de beoordeling van de vraag of de dwaling voor rekening van de dwalende moet blijven, zijn de eigen verantwoordelijkheid en onderzoeksplicht van de dwalende ('caveat emptor') mede van belang.¹⁹

Uit het in art. 6:228 lid 1 sub a BW geformuleerde volgt verder dat degene die voorafgaand aan sluiting van een contract informatie aan zijn wederpartij verstrekt, er in het algemeen mee te rekenen heeft dat zijn wederpartij op de juistheid van die informatie zal afgaan en diens beslissing om te contracteren mede op de verschaft informatie zal kunnen baseren.²⁰ Gezegd kan worden dat degene die vrijwillig informatie verstrekt, in het algemeen voor de juistheid van die informatie heeft in te staan, behoudens uiteraard indien het gaat om informatie waarvan niet gezegd kan worden dat deze redelijkerwijs van invloed kan zijn op de besluitvorming van de wederpartij. Anders gezegd: wordt als gevolg van de gedane mededeling een onjuiste voorstelling van zaken gewekt, dan is de overeenkomst vernietigbaar, tenzij degene die de mededeling deed geen kennis droeg of behoorde te dragen van het causale ver-

band tussen de gedane mededeling en het besluit van de dwalende om tot contractssluiting over te gaan.²¹

Het hof oordeelde in de zaak *Aswebo/Jura* dat de stelling van *Aswebo* dat zij een mededeling van *Jura* (inzake het op het werk aanwezig zijn van circa 5 tot 6 kilometer aan goten in week 25/26) op een bepaalde wijze, en anders dan *Jura*, had opgevat een geval van *oneigenlijke dwaling* betrof, waarop art. 6:228 BW niet ziet. Van oneigenlijke dwaling spreekt men, aldus *Hijma*,

‘in geval van verspreking, verschrijving, verminkte overbrenging, misverstand. Een der partijen beroept zich op de omstandigheid dat een met de verklaring overeenstemmende wil ontbrak (zie artikel 3:33 en 35 BW). Alsdan rijst de vraag, of er wel een overeenkomst is tot stand gekomen. Nauw verwant hieraan zijn situaties waarin een van de partijen betoogt dat een bepaalde, zich aandienende, uitleg van een contractbeding niet overeenstemt met de manier waarop zij dat beding had opgevat.’

Een bekend voorbeeld op dit vlak is dat van het klassieke *Bunde/Erckens*-arrest, dat onder meer handelde over de vraag op welke wijze het door de contractspartijen gebezigde begrip ‘belastingschade’ diende te worden geïnterpreteerd.²²

De Hoge Raad slaat in *Aswebo/Jura* een andere weg in dan het hof en overweegt dat het vereiste dat de overeenkomst niet zou zijn gesloten bij ‘een juiste voorstelling van zaken’ ook kan zien op de voorstelling die een partij heeft ten aanzien van ‘andere uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen’. Wat hiervan te denken? Op zichzelf is het geldend recht dat dwaling (lees: het ontbreken van een juiste voorstelling van zaken) niet alleen betrekking kan hebben op een eigenschap of hoedanigheid van een (te verhandelen) zaak, maar ook bijvoorbeeld op de persoon van de wederpartij of op enigerlei andere omstandigheid die bij het aangaan van de overeenkomst voor de dwalende van belang was.²³ Dat ook een onjuiste voorstelling ten aanzien van het objectieve recht ('rechtsdwaling') in sommige gevallen (verschoonbare) dwaling kan opleveren, is evenmin een nieuw inzicht.²⁴ Oppervlakkige lezing van *Aswebo/Jura* zou wellicht tot de conclusie kunnen voeren dat de Hoge Raad (voortaan ook) wenst te aanvaarden dat dwaling (de afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken) niet alleen de inhoud van een of meer wettelijke bepalingen ('klassieke' rechtsdwaling) kan betreffen,

18 Nader hierover J. Smits, *Vertrouwensbescherming bij totstandkoming en dwaling naar Nederlands recht*, in: J. Smits & S. Stijns (red.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen: Intersentia 2002, p. 59 e.v.

19 In het Nederlandse recht geldt, evenals overigens in veel omliggende landen, het uitgangspunt dat degene die overweegt te contracteren een eigen gehoudenheid heeft zich binnen redelijke grenzen te behoeden voor het risico van verkeerde inschattingen en vergissingen ('caveat emptor'). Op degene die voornemens is een contract aan te gaan, rust dus een zekere onderzoeksplicht. De dwaling moet, met andere woorden, 'verschoonbaar' zijn. Zie onder meer *Jac. Hijma, Het dwalingsstelsel van het DCFR*, NTBR 2011, afl. 7, p. 299-305. Dit punt is onder meer treffend verwoord in het standaardarrest *Baris/Riezenkamp* (HR 15 november 1957, ECLI: NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67), in welk arrest de Hoge Raad overwoog 'dat voor dengene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, de omvang van welke gehoudenheid mede hierdoor wordt bepaald, dat men in den regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen (...)'. De vooropstelling van de eigen verantwoordelijkheid van de contractant om zich te behoeden voor het risico van verkeerde inschattingen en vergissingen brengt met zich dat dwaling slechts onder 'stringente voorwaarden' tot aantasting van een overeenkomst kan leiden; zie *TM, Parl. Gesch. Boek 6*, p. 900.

20 Zie in deze zin ook de hiervoor geciteerde overweging in fine in het arrest *Baris/Riezenkamp*.

21 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 171.

22 HR 17 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5835, NJ 1977/241 m.nt. G.J. Scholten.

23 Asser/Sieburgh 6-III 2022/218.

24 Zie *Hijma*, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 11.2.2: 'Rechtsdwaling is dwaling in het objectieve recht, dat wil zeggen dwaling inzake het bestaan of de inhoud van een wettelijke bepaling. Als men de rechtsdwaling wil afzonderen van andere dwalingsvormen, bezigt men voor laatstgenoemde groep de termen "feitelijke dwaling" en "dwaling omtrent feiten".'

maar ook de – door de dwalende verkeerd begrepen – inhoud van *contractueel overeengekomen* rechten en plichten. Zie ik het goed, dan is dat echter niet wat de Hoge Raad voor ogen heeft. Uit het cassatiemiddel en de conclusie van dienstdoende A-G Hartlief kan namelijk worden gedestilleerd dat Aswebo niet in de feitelijke instanties heeft gesteld dat haar onjuiste voorstelling van zaken het gevolg was van een misverstaan van het overeengekomene, maar juist (dat zij heeft gesteld) dat zij in dwaling is komen te verkeren als gevolg van een *correct* begrijpen van een mededeling annex toezegging, waarvan Jura echter al bij het doen ervan (i) wist of behoorde te weten dat zij die niet gestand zou kunnen doen, en waarvan zij (ii) wist, althans behoorde te weten, dat de toegezegde *tijdige* levering voor Aswebo van doorslaggevend belang was om de overeenkomst met haar aan te gaan. Inderdaad levert een dergelijke situatie geen oneigenlijke dwaling op – er is immers geen ‘misverstand’ over het overeengekomene –, maar eigenlijke of ‘gewone’ dwaling en wel van de hiervoor genoemde categorie a (dwaling te wijten aan inlichting) of, indien de wetenschap van niet tijdig zullen kunnen leveren niet zou kunnen worden aangetoond, van de categorie c (wederzijdse dwaling).²⁵

Een andere, ruimere lezing van het arrest zou wat mij betreft ook op nogal wat bezwaren stuiten. Nog afgezien van het feit dat in de regel een (als gevolg van misbegrijpen van het overeengekomene ontstane) onjuiste voorstelling van zaken ten aanzien van de inhoud van een tussen partijen overeengekomen regel(ing) zou moeten afstuiten op de verkeersopvatting (‘Had het contract dan beter gelezen!’), lijkt mij dat een dergelijke onjuiste voorstelling van zaken, net als de oneigenlijke dwaling, veeleer thuishoort bij de problematiek van de *totstandkoming en uitleg van contracten* dan bij het dwalingsleerstuk. Een *verkeerde* voorstelling van zaken ten aanzien van de tussen partijen overeengekomen rechten en plichten suggereert immers dat de dwalende de betreffende bepaling anders heeft opgevat dan, objectief gezien, zou móeten (lees: dan volgt uit de correcte toepassing van de Haviltex-maatstaf). Tot dusver was het gewoonlijk (en gelukkig) steeds zo dat degene die bij het normatieve spel van contractsuitleg ongelijk heeft, op het door de contractsuitleg bestreken geschilpunt in de procedure het onderspit delft. Het zou mijns inziens een nogal ongerijmde consequentie van dit nieuwe arrest zijn als de wederpartij die op het punt van de correcte uitleg van de betreffende bepaling het gelijk aan zijn zijde heeft, niettemin voortaan ‘om de oren zou kunnen worden geslagen’ met een dwalingsberoep van zijn ten onrechte anders uitleggende contractspartner. Dit eens te meer als men bedenkt dat een beroep op dwaling, afgezien van wijziging op de voet van art. 6:230 BW en eventuele gedeeltelijke nietigheid, in beginsel een alles-of-nietskarakter of -gevolg heeft: de overeenkomst wordt door de bij dwaling behorende vernietigingsactie im-

mers in beginsel ‘van tafel geveegd’. Dat is bepaald minder subtiel dan wat normaliter wordt bereikt bij toepassing van het leerstuk van contractsuitleg. Het minder rigoureuze karakter van de uitlegroute is denkkelijk ook de voornaamste reden dat partijen in een procedure er dikwijls niet voor kiezen te debatteren over de (digitale) vraag óf een overeenkomst tot stand is gekomen, maar (naar mijn ervaring) er veelal de voorkeur aan geven om met elkaar te strijden over de (analoge en subtieler te beantwoorden) vraag hóe de (door beide partijen als rechtsfeit aanvaarde) overeenkomst van hen dient te worden uitgelegd.

Kort en goed: er is alle reden het arrest Aswebo/Jura niet aldus op te vatten dat het betrekking heeft op gevallen waarin één der contractspartijen een beroep op dwaling – met alle ingrijpende gevolgen van dien – ‘uit de kast trekt’, waar welbeschouwd slechts sprake is geweest van een (aan eigen misinterpretieren te wijten) verschil van inzicht tussen beide partijen over de juiste uitleg van het overeengekomene.²⁶

6 Slot

In dit artikel kwamen twee aspecten van het recente arrest Aswebo/Jura aan de orde, te weten de ambtshalve toepassing van het WKV en de vraag naar de reikwijdte van het dwalingsleerstuk.

26 Bij onze buurlanden ter wester- en oostzijde bestaat overigens wel ruimte om dergelijke gevallen onder het dwalingsleerstuk te brengen. Zo wordt in het Engelse recht tot de doctrine van ‘mistake’ onder meer gerekend een mistake ten aanzien van de ‘terms of the contract’; dit betreft geen dwaling in eigenlijke zin, maar heeft van doen met de vraag of tussen partijen wilsovereenstemming bestaat: iemand (A) denkt te contracteren op basis van contractvoorwaarden X, terwijl zijn wederpartij (B) meent te contracteren op basis van voorwaarden Y. Indien A vervolgens een beroep doet op het ontbreken van wilsovereenstemming, moet geconcludeerd worden dat geen contract tot stand is gekomen, tenzij zijn wederpartij aantoonbaar dat zij uit de verklaringen en gedragingen van A redelijkerwijs heeft mogen afleiden dat A’s wil gericht was op het sluiten van een overeenkomst op basis van voorwaarden Y. Lid 1 van § 119 BGB (‘Irrtum’) is verwant aan het hiervoor behandelde geval van mistake ten aanzien van de ‘terms of the contract’. Het Duitse wetsartikel bepaalt, voor zover hier van belang: ‘Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.’ Het betreft de situatie dat iemands (A) verklaring na uitlegging ervan objectief gezien X betekent, maar A met zijn verklaring Y bedoeld heeft. Dit uiteenlopen van wil en verklaring kan bijv. op een verspreking of verschrijving berusten. Een voorbeeld ter illustratie: een verkoper doet per telefoon een bod aan een aspirant-koper tot levering van bepaalde goederen voor € 18 per kilogram. De aspirant-koper, die met zijn gedachten elders is, denkt dat het bod € 10 per kilogram betreft en antwoordt: ‘Akkoord.’ Indien op grond van uitleg van het contract moet worden geoordeeld dat levering van de goederen voor € 18 per kilogram is overeengekomen, dan is naar Duits recht de koper niettemin gerechtigd wegens ‘Irrtum’ het contract aan te tasten, indien hij aannemelijk kan maken dat hij bij kennis van de werkelijke prijs en de daaraan verbonden consequenties zijn verklaring niet zou hebben afgegeven. Bij dit alles is niet van belang of de dwalende van de keuze voor een verkeerde uitdrukking een verwijt kan worden gemaakt of niet. Zie daarover K. Larenz & M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 2004, p. 653.

25 Hiervan dient uiteraard wel te worden onderscheiden het veel (vaker) voorkomende en mijns inziens geen dwaling opleverende geval dat (enkel) achteraf wordt geconstateerd dat de partij die een leveringsplicht had die verplichting niet is nagekomen. Daarover, in par. 3.40, A-G Hartlief in zijn conclusie voor Aswebo/Jura.

Wat het eerste aspect betreft werd geconstateerd dat uit het arrest kan worden afgeleid dat de regel dat als de rechter in eerste aanleg (al dan niet op juiste wijze) het toepasselijke recht heeft vastgesteld en tegen dat oordeel in hoger beroep niet is gegriefd, de appelrechter het geschil heeft te beoordelen volgens het recht dat naar het oordeel van de rechter uit de eerste aanleg van toepassing is, niet alleen geldt voor situaties dat deze voor de keuze staat Nederlands dan wel vreemd (buitenlands) recht toe te passen, maar ook indien het gaat om de vraag of Nederlands recht al dan niet met uitsluiting van het WKV moet worden toegepast. Het WKV is namelijk geen ‘vreemd recht’, maar vormt een onderdeel van het Nederlandse recht. Tevens werd geconstateerd dat bij een internationale koop die onder het bereik van het WKV valt, dit verdrag nooit ‘ab initio’ toepassing mist, maar pas vanaf het moment dat conform de regels van het WKV zich heeft laten vaststellen dat partijen daadwerkelijk zijn overeengekomen het WKV van toepassing uit te sluiten in hun contractsverhouding.

Wat het tweede aspect betreft werd bepleit de overweging van ons hoogste rechtscollege, dat het vereiste dat de overeenkomst niet zou zijn gesloten bij ‘een juiste voorstelling van zaken’ ook kan zien op de voorstelling die een partij heeft ten aanzien van ‘andere uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen’, niet zo op te vatten dat het arrest (ook) betrekking heeft op gevallen waarin een der contractspartijen een beroep op dwaling – met alle ingrijpende gevolgen van dien – ‘uit de kast trekt’, waar welbeschouwd slechts sprake is geweest van een als gevolg van eigen misinterpretatie van het overeengekomene ontstane onjuiste voorstelling van zaken. Betoogd werd dat dergelijke situaties, net als de door het hof aangehaalde oneigenlijke dwaling, thuishoren bij de leerstukken van totstandkoming van de overeenkomst en uitleg daarvan.