

Het uitsluiten van het beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptabele of een onacceptabele boilerplate?

C.E. du Perron en T.H.M. van Wechem

1 Inleiding

In overnameovereenkomsten nemen partijen vaak een regeling op die beoogt te verhinderen dat een van hen – na verloop van tijd – de overeenkomst kan ontbinden, of deze wegens dwaling kan vernietigen. Het spreekt voor zich dat een ontbinding van de overnameovereenkomst of de vernietiging daarvan – zeker wanneer geruime tijd is verstreken na het sluiten van die overeenkomst – grote gevolgen voor de partijen met zich kan brengen. De omvang van de vorderingen die voortvloeien uit het ‘ongedaan maken van reeds verrichte prestaties’ na ontbinding, of die van de vorderingen uit onverschuldigde betaling en wellicht uit ongerechtvaardigde verrijking na vernietiging van de overeenkomst na een gerechtvaardigd beroep van een der partijen op dwaling, laat zich moeilijk in kaart brengen. Dit geldt temeer wanneer na de verkoop van de desbetreffende onderneming, al dan niet door latere ‘financiële injecties’, de waarde van (de aandelen in) de verkochte onderneming drastisch is gewijzigd. Hierbij kunnen uiteraard dan ook vragen spelen of de verkoop van de onderneming tot stand is gebracht door de verkoop van aandelen of dat dit een ‘activa-passiva’-transactie betrof.

Binnen de bandbreedte van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt – in het algemeen – aangenomen dat het mogelijk is dat partijen bij een overeenkomst een beroep op de ontbinding van de overeenkomst in het geval van een tekortkoming, rechtsgeldig kunnen uitsluiten. Minder duidelijk is echter of partijen een beroep op dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst kunnen ‘wegcontracteren’. Wetsystematisch brengt een succesvol beroep op dwaling immers mee dat de overeenkomst wordt vernietigd. Nu aan een vernietiging wegens dwaling terugwerkende kracht wordt toegekend tot het moment van het sluiten van de overeenkomst, wordt de overeenkomst – als een juridische fictie – geacht nimmer tussen partijen te hebben bestaan. Een dergelijke vernietiging zou dan ook het beding waarin de dwaling is uitgesloten, kunnen treffen, zodat dit

beding dan mede geacht wordt nimmer tussen partijen te hebben gegolden. Evenmin is ondenkbaar dat – wanneer partijen een beroep op dwaling contractueel uitsluiten – een der partijen succesvol kan stellen dat zij die clause niet goed heeft begrepen. Kortom: wetsystematisch lijkt het allerminst zeker dat een dergelijke uitsluitingsclause tot het beoogde resultaat leidt.

In zijn conclusie voor HR 13 april 2001¹ gaat A-G Bakels zeer uitgebreid in op de vraag of dwaling contractueel kan worden uitgesloten. Na analyse van de diverse – uiteenlopende – meningen in de rechtsliteratuur merkt hij hierover op dat naar zijn mening de uitsluitingsclause geldig is voorzover daarmee een beroep op dwaling wordt uitgesloten (zij het dat een beroep op dit beding kan worden getoetst aan art. 6:248 lid 2 BW), maar in strijd is met de openbare orde en/of de goede zeden, voorzover daarmee het bedrog, de bedreiging en het misbruik van omstandigheden als gronden voor vernietiging van de overeenkomst op voorhand worden geblokkeerd. Wat in zijn betoog en de onderbouwing daarvan met name opvalt, is dat de discussie in de rechtsliteratuur zich in het bijzonder toespitst op het verschil tussen een principieel standpunt, te weten: het zelfbeschikkingsrecht van een van de handelende partijen kan niet door opname van een contractueel beding worden beperkt, en een meer op de praktijk toegespitst standpunt, te weten: uitsluiting is in beginsel mogelijk, maar binnen de grenzen van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In het algemeen is men van mening dat een beroep op bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden niet contractueel kan worden uitgesloten. Dat laatste zou immers dan in strijd zijn met de openbare orde en goede zeden (art. 3:40 BW).

Wat uit het bovenstaande lijkt te volgen, is dat – althans volgens het merendeel van de schrijvers in de rechtsliteratuur – het niet op voorhand verboden is om een beroep op dwaling contractueel uit te sluiten.² De vraag dient zich – wanneer dat standpunt juist zou zijn – echter ook dan aan hoe groot de kans is dat – onder omstandigheden – een beroep op de betreffende clause in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal worden geacht. Immers, mocht dat in het merendeel van de gevallen zo zijn, dan is de discussie slechts van cosmetische aard en lopen commerciële partijen alsnog een groot risico wanneer zij menen op de desbetreffende – veelal als standaard ‘boilerplate’ in hun overnameovereenkomst opgenomen – clause te kunnen vertrouwen.

1 HR 13 april 2001, NJ 2001, 326.

2 Zie Losbladige Kluwer (Hijma) artikel 228, aant. 25 en 166-170.

In dit artikel zullen wij een aantal gedachten rond dit thema nader uitwerken. Wij doen dit aan de hand van het volgende voorbeeld. Partij A heeft haar aandelen in vennootschap C aan partij B verkocht en overgedragen. Het betreft hier professionele partijen die tijdens de transactie werden bijgestaan door juridische adviseurs. In de overeenkomst is de volgende clausule opgenomen:

‘Geen der partijen zal zich op dwaling beroepen. De mogelijkheid tot vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling of op basis van enige andere rechtsgrond wordt hierbij uitgesloten.’

Tien maanden na het sluiten van de overeenkomst blijkt dat A bepaalde haar bekende belangrijke feiten omtrent C destijds niet aan B heeft meegegeeld. Een en ander leidt ertoe dat de aandelen van C tijdens de koop minder waard waren dan B destijds gerechtvaardigd had mogen verwachten.³ B wil de overeenkomst met een beroep op dwaling vernietigen. A verweert zich met een beroep op de hiervoor geciteerde uitsluitingsclausule.

In het navolgende zullen wij allereerst bespreken op welke wijzen een clausule met betrekking tot het dwalingsberoep kan worden vormgegeven (par. 2).⁴ Vervolgens gaan wij in op de uitleg van een in algemene termen vervatte dwalingsclausule (par. 3). Hierna komt de toetsing van een algemene dwalingsclausule aan de orde: onder welke omstandigheden staat een beroep op die clausule de belanghebbende partij niet vrij en hoe kan deze beperking het beste geconstrueerd worden? (par. 4) Wij sluiten af met een conclusie (par. 5).

2 De betekenis van dwalingsclausules; algemeen

Uitgangspunt bij dwaling is dat de overeenkomst totstandgekomen is, maar bij een juiste voorstelling van zaken niet – of onder andere voorwaarden – zou zijn gesloten. Een dergelijke overeenkomst is vernietigbaar. Met het gegeven dat de overeenkomst tot stand is gekomen, onderscheidt het leerstuk van dwaling zich van dat van de *oneigenlijke* dwaling, waarbij – althans

3 Gemakshalve gaan we ervan uit dat B een terechte hogere verwachting had met betrekking tot de waarde van de aandelen en dat de waarde direct noch indirect was gegarandeerd en dat evenmin (de aan- of afwezigheid van) feiten die tot een waardevermindering van de aandelen leidden, direct of indirect waren gegarandeerd. Bijvoorbeeld, B ging terecht uit van een ruimere octrooibeschermting van een aantal kernproducten van C.

4 Wij laten buiten beschouwing of aan clausules waarin het beroep op dwaling wordt uitgesloten, ook betekenis toekomt in het licht van vragen inzake schadevergoeding of vragen omtrent de toepasbaarheid van art. 6:230 lid 2 BW.

zoals dit algemeen wordt aangenomen – tussen partijen geen wilsovereenstemming totstandkomt, hetgeen in beginsel de totstandkoming van een overeenkomst verhindert.⁵ Oneigenlijke dwaling komt in dit artikel slechts zijdelings aan de orde.⁶ Van dwaling in eigenlijke zin heeft men te doen, indien er wel overeenstemming is, doch de wil van (ten minste) een der partijen zich heeft gevormd onder de invloed van een valse voorstelling. Dwaling is daarmee een functie van het bewustzijn in de negatieve zin dat daarin een juiste voorstelling niet aanwezig is; dwaling impliceert een onwetendheid.⁷

Een clause waarmee partijen beogen vernietiging van hun overeenkomst wegens dwaling uit te sluiten of te beperken, kan op diverse wijzen worden vormgegeven en uitgelegd. Wanneer er – zoals in de rechtsliteratuur wordt bepleit – van wordt uitgegaan dat de clause (in het geval van dwaling) niet op voorhand nietig is, is de eerste mogelijkheid (par. 2.1) dat de clause direct van invloed is op de vraag of een partij in dwaling komt te verkeren. De tweede mogelijkheid (par. 2.2) is dat de clause van invloed is op de toerekening van de dwaling op grond van het tweede lid van artikel 6:228 BW. De derde mogelijkheid (par. 2.3) is dat de clause het beroep op dwaling als zodanig uitsluit.

Met andere woorden, er kan groot verschil bestaan tussen de gevallen waarin de clause indirect tot gevolg heeft dat het antwoord op de vraag of de wederpartij heeft gedwaald mede *door* de clause wordt beantwoord (zie par. 2.1), of voor het antwoord op de vraag of – wanneer dwaling wordt vastgesteld – deze aan de dwalende moet worden toegerekend (zie par. 2.2) of de gevallen waarbij expliciet het instellen van een beroep op dwaling wordt gefrustreerd (zie par. 2.3).

2.1 Dwaling wordt mede aan de hand van de clause vastgesteld

Kan het antwoord op de vraag of partijen hebben gedwaald beïnvloed worden door opname van een clause in de overeenkomst waarin is bepaald dat geen der partijen zich op dwaling zal beroepen? Hijma meent van wel.⁸ Wij delen die mening, maar slechts gedeeltelijk, zoals in het navolgende duidelijk zal worden.

5 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 173 e.v.

6 Zie over oneigenlijke dwaling uitgebreid Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, Deventer: Kluwer 1996, p. 142 e.v.

7 Asser-Hartkamp 4-II, nr. 173.

8 Vergelijk Jac. Hijma, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2001, p. 214-215.

Een clause kan uitsluiting van dwaling als zodanig bewerkstelligen indien zij direct van invloed is op de onderzoeks- en mededelingsplichten die op partijen rusten. Of dat het geval is, is een kwestie van uitleg. Stel dat verkoper A in de overeenkomst laat opnemen: ‘Verkoper is niet bekend met enige bodemverontreiniging. Koper zal hiernaar desgewenst zelf een onderzoek moeten instellen. Verkoper zal koper hiertoe in de gelegenheid stellen.’ Een dergelijk beding zou aldus kunnen worden uitgelegd, dat het bij B zodanige twijfel over de afwezigheid van bodemverontreiniging moet wekken, dat hij ter zake niet meer in dwaling kan verkeren.⁹

2.2 De toerekening van de dwaling wordt mede door de clause vastgesteld

Langs andere weg kan hetzelfde resultaat worden bereikt door te oordelen dat de clause niet dwaling als zodanig uitsluit, maar van invloed is op de toerekening ervan op basis van lid 2 van artikel 6:228 BW. Dit artikellid bepaalt onder meer dat de vernietiging wegens dwaling niet kan worden gegrond op een dwaling 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 dienen te blijven, hetgeen ook een toerekening impliceert. In het genoemde voorbeeld zou er dan nog steeds sprake kunnen zijn van dwaling, maar deze zou voor rekening moeten komen van de koper, die heeft nagelaten onderzoek te doen.

In dit voorbeeld kan het alleen gaan om de dwalingsgrond van artikel 6:228 lid 1 onder c BW (wederzijdse dwaling). De verkoper verklaart immers dat hem geen bodemverontreiniging bekend is. Alternatieve formuleringen zijn te verzinnen waarbij de clause ook de aanwezigheid van, of de toerekening van, dwaling bij de dwalingsgronden van artikel 6:228 lid 1 onder b (mededelingsplicht) of a (onjuiste informatie) uitsluit. De kans dat de koper met een dergelijk beding instemt, wordt wel steeds kleiner.

9 Wij wijzen in deze context op de arresten HR 28 januari 2000, NJ 2000, 575 (Christiaanse/Van Dijk) m.nt. WMK en HR 19 december 2003, AN 7823, zaak nr. Co2/253 HR. Met name de verzuchting van A-G Huydecoper in zijn conclusie bij het laatstgenoemde arrest, spreekt boekdelen: ‘12 Een volgend voor de hand liggend gegeven is dan, dat men over de duiding van de betreffende omstandigheden/partijbedoelingen en over de aan een dergelijke clause te geven uitleg, gemakkelijk van mening kan verschillen. Illustratief is HR 28 januari 2000, NJ 2000, 575 m.nt. WMK (zie vooral rov. 3.4), en de commentaren die dat arrest heeft uitgelokt. Die zijn opmerkelijk, doordat met grote stelligheid diametraal verschillende interpretaties van de in die zaak aan de orde zijnde bekendheidsclause(s) als evident juist worden verdedigd – zie bijvoorbeeld Van Dunné, AAe 2000, p. 459 e.v. en WPNR 6426, p. 887 e.v. tegenover Vlaardingen, WPNR 6410, p. 514 e.v. en WPNR 6426, p. 890 e.v. Zelf ben ik geneigd A-G Hartkamp in (alinea 5 van) zijn conclusie vóór het genoemde arrest na te zeggen: ‘Dat aan de verkoper geen verontreiniging bekend is, kan van alles betekenen.’ Zie ook Van Rossum, NTBR 2000, p. 246.’

2.3 Het beroep op dwaling als zodanig wordt expliciet in de clausule uitgesloten

Kenmerkend voor de hiervoor genoemde gevallen is dat de betrokken clausule geschreven is voor een specifiek geval van dwaling. Daardoor bevat zij informatie, op zijn minst een waarschuwing aan de koper dat zijn veronderstellingen heel wel onjuist zouden kunnen zijn. Bij dergelijke specifieke bedingen is het niet gekunsteld aan te nemen dat zij op de dwaling als zodanig of op de toerekening daarvan van invloed zijn. Anders ligt dit bij de algemene dwalingsclausules waarop deze bijdrage in het bijzonder betrekking heeft. Bij dergelijke clausules is het gekunsteld ze te lezen alsof zij de dwaling als zodanig of de toerekening daarvan beïnvloeden. Zij beogen het beroep op dwaling als zodanig uit te sluiten, en daarmee het beantwoorden van de vragen van artikel 6:228 BW overbodig te maken. Het doet er niet toe of de koper gedwaald heeft en of deze dwaling al dan niet voor zijn rekening moet blijven. De koper kan zich eenvoudigweg niet op dwaling beroepen.

Wij concentreren ons nu weer op het voorbeeld van de algemene uitsluiting van het beroep op dwaling dat wij in de inleiding gaven. Gegeven is dat A van de feiten waarover B dwaalde op de hoogte was. Wij gaan er tevens van uit dat deze feiten voor B essentieel waren bij het sluiten van de overeenkomst en dat zowel dit als B's dwaling aan A kenbaar was. Bij afwezigheid van de clausule ligt het onder deze omstandigheden voor de hand dat het geschil tussen A en B zich in het bijzonder zou richten op de vraag of verkoper A koper B had behoren in te lichten (art. 6:228 lid 1 onder b BW). De kernvraag van onze beschouwing is of B de overeenkomst in dat geval op enige wijze kan aantasten, of dat hij hierbij door de clausule wordt gehinderd.

3 Uitleg van een algemene dwalingsclausule

De eerste vraag die zich nu aandient, is of B met succes kan betogen – vooruitlopend op het verweer van A, overeenkomstig artikel 111 lid 3 Rv (substantiëringplicht) in zijn conclusie van eis – dat hij niet had verwacht dat de clausule zo was *bedoeld* dat A zich hierop zou beroepen in het geval van het willens en wetens achterhouden van relevante informatie.

In beginsel dient A de inhoud van de overeenkomst te bewijzen. De rechter kan in deze procedure – via Haviltex¹⁰ – oordelen dat de clausule niet door B

10 Zie uitgebreid over Haviltex: HR 20 februari 2004, AO 1427, zaak nr. Co2/219 HR met de uitvoerige conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense en HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 503 m.nt. Du Perron.

dusdanig begrepen diende te worden dat het de bedoeling van partijen was hiermee een beroep op dwaling – ook in het geval van bewust door A achtergehouden informatie – te verhinderen. Waaraan dient de rechter dan te toetsen?¹¹

Tanja-van den Broek noemt in haar WPNR-artikel over uitleg – onder verwijzing naar arresten van de Hoge Raad – verschillende methodieken als gezichtspunten die een rol (kunnen) spelen bij de toepassing van Haviltex. Deze zijn: tekst en context (dat wil zeggen de verdere inhoud van het contract), de totstandkomingsgeschiedenis, het gebruik, de hoedanigheid en/of deskundigheid van partijen, de wet, de zorgvuldigheid en de redelijkheid en billijkheid. Zij tekent daarbij aan dat de eerste vier gezichtspunten feitelijke factoren zijn, geheel gerelateerd aan het concrete geval en dat de laatste drie gezichtspunten van normatieve aard zijn. Uit het Hoge Raad-arrest van 30 maart 2001¹² wordt nog eens duidelijk dat getoetst wordt aan omstandigheden die tijdens het totstandkomen van de litigieuze rechtshandeling speelden. Hoewel latere feiten en omstandigheden een rol kunnen spelen bij het antwoord op de vraag wat partijen destijds hebben bedoeld, is het toetsmoment het moment waarop de betreffende rechtshandeling werd verricht.

Indachtig de toetsnormen die door Tanja-van den Broek worden omschreven kan derhalve de vraag rijzen hoe de clause dient te worden uitgelegd. Zouden hiermee de normatieve 'redelijkheid en billijkheid' een rol kunnen spelen? Deze 'redelijkheid en billijkheid' kunnen een 'begeleidende' rol spelen, aldus Tanja-van den Broek. Het resultaat van de gekozen uitleg dient recht te doen aan de positie van beide partijen. Dat kan betekenen dat die toets in het kader van Haviltex een lichtere kan zijn dan de 'uitoefenings-toets' waarbij een beroep op de clause in het licht van de redelijkheid en billijkheid 'onaanvaardbaar' dient te zijn. Het is derhalve geenszins onmogelijk dat de rechter – mits partijen op dat punt juist procederen – via Haviltex de clause zo uitlegt dat deze niet geacht kan worden te zijn bedoeld ook een beroep hierop in de hiervoor genoemde gevallen te omsluiten.¹³

11 Zie over het Haviltex-criterium en over de uitleg van wilsverklaringen Asser-Hartkamp II (2001), nr. 286-287. Zie voorts Tanja-van den Broek, Een kwestie van uitleg, WPNR 02/6493, p. 430 e.v. Zie ook M.H. Wissink, Uitleg volgens Haviltex of de CAO-Norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen, WPNR 6579, p. 407 e.v.

12 HR 30 maart 2001, AB 0807, zaak nr. C99/321 HR.

13 Hierbij merken wij wel op dat andere clauses in de overnameovereenkomst, en dan met name de merger-clausules, met zich kunnen brengen dat de 'vrijheid' van de rechter om Haviltex 'vrij' toe te passen, enigszins wordt beperkt. Vergelijk R.J. Tjittes, De betekenis van de parol evidence rule in het Amerikaanse contractenrecht, *Contracteren* 2002, p. 4 e.v.

Echter, toepassing van Haviltex kan eveneens meebrengen dat de rechter met hetzelfde gemak – mits juist gemotiveerd – tot het oordeel kan komen dat partijen wel de bedoeling hebben gehad om een beroep op dwaling uit te sluiten, ook wanneer A bewust informatie zou achterhouden. Kortom, hij kan tot het oordeel komen dat de uitsluitingsclausule duidelijk en rechtsgeldig is overeengekomen hetgeen – het zij hierbij nogmaals herhaald – door het merendeel van de auteurs in de rechtsliteratuur (technisch) voor mogelijk wordt gehouden. Waar wij in het navolgende de toetsing van de clausule bespreken, gaan wij verder van deze verstrekkende lezing uit.

4 Toetsing van de clausule

Bij toetsing van een dwalingsclausule zullen de gedachten in de eerste plaats uitgaan naar een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Die kwestie komt hierna dan ook aan bod, waarbij wij een alternatieve toets – aan de goede zeden – zullen bepleiten. Eerst bespreken wij evenwel de mogelijke tegenwerping van koper B dat hij ten aanzien van de dwalingsclausule zelf heeft gedwaald.

4.1 Dwaling ten aanzien van de clausule

De (preliminaire) vraag zou gesteld kunnen worden of B ten aanzien van de reikwijdte en de toepassing van de clausule kan hebben gedwaald. Met andere woorden: kan B met succes betogen dat hij er bij het aangaan van de overeenkomst geen rekening mee behoeft te houden dat A zich ook bij het 'bewust achterhouden' van informatie op deze clausule zou kunnen beroepen? Dit is grotendeels een vraag van uitleg dan wel oneigenlijke dwaling: in de eerste plaats moet worden beslist of A er, naar het Haviltex-criterium, op mocht vertrouwen dat de clausule ook op dit geval van dwaling zag en of B aan die uitleg is gebonden. Indien deze vraag, die hiervoor reeds is besproken, ontkennd wordt beantwoord, kan A zich niet op de clausule beroepen. Alleen bij een bevestigende beantwoording van de vraag kan aan de orde komen of een dergelijk beroep, dat de clausule dan mogelijk maakt, A wel vrijstaat. B zou dan kunnen betogen dat hij, als hij geweten zou hebben dat A informatie achterhield, nooit met de clausule zou hebben ingestemd. Dit betoog zal evenwel moeten falen als de uitlegvraag ten gunste van A is beslist: als B in abstracto heeft aanvaard dat A zich tegen een dwalingsberoep van B kan verzetten, ook als de dwaling informatie betrof die A bewust achterhield, kan B niet met succes volhouden dat dit anders ligt, omdat A in concreto informatie achterhield. Die dwaling is in de clausule verdisconteerd. Wie B gelijk wil geven, en dat zullen de meesten wel willen in een dergelijk geval, zal daarvoor de directe weg moeten kiezen en moeten aan-

vaarden dat A een dwalingsberoep niet rechtsgeldig kan uitsluiten voorzover hij ten aanzien van de dwaling in kwestie niet te goeder trouw was.

4.2 Toetsing van het beding aan redelijkheid en billijkheid

Als B tegen het beroep van A op de uitsluiting van de vernietiging wegens dwaling aanvoert dat A destijds desbewust relevante informatie heeft achtergehouden en dat het inroepen van het beding daardoor in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal B – in beginsel – op grond van artikel 150 Rv omstandigheden moeten stellen en zonodig bewijzen die deze stelling staven.¹⁴ Uit het Van der Meer/Smilde-arrest uit 1987 volgt echter dat de stelplicht op dit punt in concrete situaties kan worden omgedraaid.¹⁵ Uiteraard kan de rechter hierbij ook een ambtshalve rol vervullen, hoewel over die rol nog geen volledige duidelijkheid bestaat.¹⁶

Los van de vraag of de desbetreffende clause als een algemene voorwaarde kan worden aangemerkt, hangt het antwoord op de vraag of redelijkheid en billijkheid aan een beroep op de clause in de weg staan af van tal van omstandigheden, zoals de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding is opgenomen, de maatschappelijk positie en de onderlinge verhouding tussen partijen, de wijze waarop het beding tot standgekomen is en de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest.¹⁷

Stel dat A zijn verweer als volgt inricht: 1) B is niet gerechtigd zich op dwaling te beroepen, omdat partijen zijn overeengekomen dat geen der partijen zich op dwaling zou beroepen; 2) mocht de rechter toch toekomen aan de vaststelling dat B heeft gedwaald, dan kan B zich niet op de vernietiging van de overeenkomst beroepen.¹⁸ In het licht van dit verweer zou de rechter dan dienen te oordelen of de clause moet worden uitgelegd als ware dat partij-

14 Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Processuele aspecten van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid*, WPNR 02/6482, p. 263.

15 HR 25 april 1986, NJ 1986, 174 m.nt. G.

16 Zie Tjong Tjin Tai, *Processuele aspecten van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid*, p. 262. Zie ook HR 30 juni 2000, NJ 2000, 675 r.o. 3.6: 'Bij de beoordeling van onderdeel 4 moet worden vooropgesteld dat het Hof bij de beantwoording van de vraag of het beroep van [kopers] op de ontbindende voorwaarde (a) in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht, binnen de grenzen van de rechtsstrijd alle behoorlijk te zijner kennis gebrachte en ten processe gebleken feiten en omstandigheden in zijn beoordeling mocht betrekken en de vrijheid had daaraan zijn eigen conclusies te verbinden.'

17 Zie Valk, *T&C Vermogensrecht* (2004), Art. 6:248 lid 2 BW, aant. 4 onder b, p. 1208.

18 A kan natuurlijk ook nog andere werven aanvoeren en deze ook in andere volgorde presenteren. Deze werven en volgorde zijn louter gekozen voor de systematiek van dit artikel.

en zouden zijn overeengekomen dat zij zich in het geheel niet op *dwaling* zouden beroepen. Vervolgens zou dan de vraag aan de orde komen of dat verweer van partij A onder de gegeven omstandigheden in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Waarmee moet de rechter dan concreet rekening houden? Moet bij de door bijvoorbeeld Bakels en Hijma¹⁹ voorgestane uitoefeningstoets van een uitsluitingsclausule rekening worden gehouden met het gegeven dat *dwaling* normaliter *ex tunc* wordt beoordeeld en een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW *ex nunc*? Wanneer ervan wordt uitgegaan dat de overeenkomst is gesloten tussen twee grote bedrijven die hun juridische adviseurs lang naar de overnameovereenkomst hebben laten turen, is het moeilijk om omstandigheden te verzinnen die van belang zouden kunnen zijn bij een dergelijke toetsing. Kan de 'zwaarte' van de *dwaling* worden meegewogen, in die betekenis dat gekeken wordt naar de normschending door – in dit geval – A, die bij het sluiten van de overeenkomst reeds wetenschap had omtrent belangrijke feiten rond C, maar daarvan geen mededeling heeft gedaan aan B? Wat wordt dan beoordeeld? Het aangaan van de overeenkomst met die wetenschap, of het inroepen van de clausule als verweer op de vordering van B?

Deze vraag speelt temeer, omdat voornoemde auteurs – en anderen – van mening zijn dat een beroep op andere wilsgebreken (zoals bedrog, dwang en misbruik van omstandigheden) niet kan worden weggecontracteerd wegens strijd met artikel 3:40 BW (openbare orde en goede zeden). Hun oordeel impliceert dat de normschending bij de andere wilsgebreken van een dermate zwaardere orde is dan bij *dwaling* dat die uitsluitingen *daarom* niet kunnen worden weggecontracteerd.²⁰ In die lijn doorgeredeneerd zou bij de 'omstandighedentoets' juist de zwaarte van de normschending een belangrijke (doorslaggevende) rol spelen om aan de hand daarvan vast te stellen of de mate van normschending een beroep op de uitsluitingsclausule zou (dienen te) frustreren. Met andere woorden: hoe dichter de normschending bij *dwaling* tegen 'bedrog' aanleunt, hoe eerder via artikel 6:248 lid 2 BW een beroep hierop niet is toegestaan.

Mocht dit de gedachtegang zijn, dan lijkt deze ons niet geheel 'zuiver'. In de vakliteratuur wordt bij toetsing van bijvoorbeeld algemene voorwaarden

19 Zie Bakels in zijn conclusie onder HR 13 april 2001, NJ 2001, 326 en de hierboven in noot 2 en noot 8 genoemde publicaties van Hijma.

20 Deze gedachte past wel volledig in de lijn van artikel 4:118 van de European Principles of Contract Law. Dit artikel luidt als volgt: '(1) Remedies for fraud, threats and excessive benefit or unfair advantage-taking and the right to avoid an unfair term which has not been individually negotiated, cannot be excluded or restricted. (2) Remedies for mistake and incorrect information may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing.'

onderscheid gemaakt tussen de ‘inhoudstoetsing’ en de ‘uitoefeningstoetsing’. Hoewel de zogenoemde tweefasenbenadering bij algemene voorwaarden – waarbij kort gezegd aan artikel 6:233 onder a BW de rol toekomt om de algemene voorwaarden te toetsen aan omstandigheden die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst spelen en aan artikel 6:248 lid 2 BW de rol om het beding te toetsen aan omstandigheden die zijn opgekomen na het sluiten van de overeenkomst – door het Hoge Raad-arrest van 14 juni 2002 aan kracht lijkt te hebben ingeboet, is het van belang om vast te stellen of deze tweefasenbenadering in het kader van de beoordeling van een dwalingsuitsluitingclausule nog relevant kan zijn.²¹ De uitoefeningstoetsing omvat ook gevallen waarin het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een partij een beroep op het beding doet, zelfs wanneer de inhoud van het beding een toetsing aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan doorstaan.²²

Nu lijkt de ‘zwaarte’ van de dwaling (in de hiervoor bedoelde zin) op voorhand hier moeilijk inpasbaar, hetgeen vanwege het ‘ex tunc’-karakter daarvan, natuurlijk niet bevreemdt. Het betreft namelijk een toetsfactor die meer betrekking heeft op de totstandkoming van de overeenkomst dan een factor die betrekking heeft op de onredelijkheid van het vorderen van de nakoming daarvan. Nu is er geen rechtsregel die zich ertegen verzet om omstandigheden die bij de totstandkoming van de overeenkomst spelen in de uitoefeningstoets mee te nemen.²³ Wij zouden echter willen bepleiten dat dit wel zou moeten gelden in het geval van toetsing van de zwaarte van (vermeende) wilsgebreken bij de beoordeling van een uitsluitingsclausule. Het zwaartepunt van die toetsing zal namelijk veelal louter bestaan uit de ex tunc-factor ‘de zwaarte van de normschending’. Dit heeft dan weinig meer van doen met een uitoefeningstoets. Een ander punt in deze context is dat ‘de zwaarte van de normschending’ een zo goed als onmogelijke toetsnorm lijkt. Hoe verhoudt deze toets zich dan met de ontwikkeling in de

21 Vergelijk HR 14 juni 2002, RvdW 2002, 103.

22 Onder meer Asser-Hartkamp III (2001), nr. 358; A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst* (2001), nr. 242 (J. Hijma); B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden* (1997), nr. 172-176; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden* (2001), nr. 102-108; J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën Nieuw BW B-55) (1997), p. 36; F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabriekenkoop* (diss.) (1995), p. 95-97; L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden* (diss.) (1995), p. 196 e.v.

23 Zie Asser-Hartkamp 4-II (2001), nr. 239, 318 en 319. De recente rechtspraak van de Hoge Raad inzake de samenloop tussen de algemene artikelen 6:2 en 248 en bijzondere bepalingen als de artikelen 6:258 en 6:233 is hiermee in overeenstemming. Zie HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602; HR 14 juni 2002, RvdW 2002, 103; vergelijk ook HR 15 november 2002, NJ 2003, 48 m.nt. JBMV. Zie over het eerstgenoemde arrest Asser-Hartkamp 4-II (2001), nr. 341a, Valk, WPNR 6472 (2002), p. 4 e.v. en Monografieën Nieuw BW A-10 (Vranken/Hammerstein, 2003), nr. 45. Zie ook Hartkamp in zijn conclusie onder HR 29 september 2003, AF 8575, zaak nr. Co2/069 HR.

(inmiddels) vaste rechtspraak dat het 'onaanvaardbaar' van artikel 6:248 lid 2 BW bepaald terughoudend moet worden toegepast?²⁴ In de rechtsliteratuur wordt daarenboven bepleit dat bij ondernemerscontracten een uiterst terughoudende toetsing van contractbedingen op haar plaats is.²⁵ Met andere woorden: hoe zwaar dient de normschending te zijn om het onaanvaardbaar door de rechter uitgesproken te krijgen, temeer daar de wet bij het antwoord op de vraag *of er gedwaald is*, geen gradaties kent. Kortom: het is moeilijk voor het voetlicht te krijgen waaraan een uitsluitingsclausule getoetst dient te worden.

Stel dat tijdens de procedure de normschending als dusdanig ernstig wordt aangemerkt, omdat er bijna sprake is van bedrog, maar dat de voor bedrog benodigde opzet te misleiden niet bewezen kan worden. Zou de clausule dan niet alsnog als zijnde nietig wegens strijd met de openbare orde en goede zeden moeten worden aangemerkt? Zoals reeds eerder is opgemerkt, is dat het lot van het contractueel uitsluiten van bedrog. Op zich lijkt het ons dat er geen goede wettelijke redenen zijn aan te voeren die het verschil tussen de benadering van het uitsluiten van een beroep op dwaling (toetsen in het licht van art. 6:248 lid 2 BW) en bedrog (op voorhand nietig) rechtvaardigen als de wederpartij van de dwalende ten aanzien van de dwaling niet te goeder trouw was. Daaronder vallen naar ons inzien de dwalingsgrond van artikel 6:228 lid 1 onder a BW (onjuiste informatieverstrekking), voorzover de wederpartij wist of behoorde te weten dat de inlichting die hij gaf onjuist was, en de dwalingsgrond van artikel 6:228 lid 1 onder b BW (schenden mededelingsplicht). Een clausule die een beroep op vernietiging wegens dwaling uitsluit, kan dan slechts worden ingeroepen in het geval van wederzijdse dwaling (dwalingsgrond onder c) of van een onjuiste mededeling waarvan de onjuistheid aan de wederpartij (van de dwalende) niet bekend was of behoorde te zijn.

Uit het voorgaande volgt dat een algemeen geformuleerde dwalingsclausule altijd gevallen omvat waarin op deze clausule geen beroep kan worden gedaan, te weten die waarin een partij niet te goeder trouw onjuiste inlichtingen heeft verstrekt of waar zij een mededelingsplicht heeft geschonden. Wanneer men een parallel zou trekken met aansprakelijkheidsbeperkende clausules ziet men dat een beroep daarop in beginsel is toegestaan, tenzij een beroep daarop in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaan-

24 Zie Asser-Hartkamp 4-II (2001), nr. 314-314a, onder verwijzing naar onder andere HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 en HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471. Zie ook HR 14 december 2001, NJ 2002, 59 en HR 8 februari 2002, NJ 2002, 284.

25 R.P.J.L. Tjittes, Enige opmerkingen over de beperkte rol van de redelijkheid en billijkheid in het ondernemerscontractenrecht, *Contracteren* 2001, p. 2 e.v.

vaardbaar is en/of – bij toepasselijkheid van artikel 6:233 onder a BW – tenzij deze onredelijk bezwarend is. Het is inmiddels vaste rechtspraak dat een beroep op een dergelijke clause in beginsel in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, wanneer er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van degene die zich op de clause beroept.²⁶ Uit het arrest van 7 december 2001²⁷ valt af te leiden dat de Hoge Raad algemeen gesteld aansprakelijkheidbeperkende bedingen niet op voorhand nietig acht wanneer daarbij niet het voorbehoud van opzet of grove schuld is geïncorporeerd. De gevallen waarin de toepassing van het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, mogen uit het beding worden geëcarteerd. Langs dezelfde weg kan men bij een te algemeen gestelde uitsluiting van het beroep op dwaling te werk gaan. Overigens zouden wij er in beide gevallen de voorkeur aan geven het beding – deels – nietig te achten wegens strijd met artikel 3:40 BW (goede zeden), mede vanuit de gedachte dat de normschending zich met name uitstrekt tot het ‘aangaan’ van de rechtshandeling met de wetenschap dat er onjuiste inlichtingen zijn verstrekt, of relevante informatie is achtergehouden.

Het spreekt overigens voor zich dat in de gevallen waarbij de dwalende een en ander niet kan bewijzen en derhalve naar onze mening een beroep op de clause waarin een beroep op dwaling is uitgesloten (in beginsel) is toegestaan, dat beroep in die gevallen uiteraard nog onderhevig kan zijn aan een toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW. Nogmaals, het laat zich op voorhand echter moeilijk inschatten waaraan de rechter nog kan toetsen in het geval van een overnameovereenkomst, zoals door ons beschreven.

26 Vergelijk HR 12 december 1997, NJ 1998, 208 (Stein/Driessen).

27 HR 7 december 2001, AD 3956, zaak nr. Co0/057 HR. A-G De Vries Lentsch-Kostense merkte in haar conclusie het volgende op: ‘12. Middelonderdeel 2a klaagt dat het Hof geen antwoord heeft gegeven op de vraag waarom het Hof het uitsluiten van iedere aansprakelijkheid, dus ook die voor de “zwaarste” gevallen, toestaat en uitsluiting voor alleen de “zwaarste” gevallen niet toestaat. Deze klacht miskent dat het Hof, kennelijk mede met het oog op art. 3:40 BW, heeft geoordeeld dat het feit dat de exoneratieclause zo is geformuleerd dat iedere aansprakelijkheid wordt uitgesloten op zichzelf nog niet meebrengt dat [verweerster] een beroep op het beding moet worden ontzegd en dat zulks slechts anders zou kunnen zijn indien het beding met zoveel woorden de aansprakelijkheid voor schade in geval van opzet of grove schuld mede zou uitsluiten. Anders dan het middel kennelijk veronderstelt, heeft het Hof niet geoordeeld dat ook ingeval van opzet of grove schuld een beroep gedaan kan worden op een exoneratieclause die, als de onderhavige, iedere aansprakelijkheid uitsluit. Dat blijkt uit ‘s Hofs overweging (een overweging die redengevend was voor ‘s Hofs oordeel dat [verweerster] een beroep toekomt op de litigieuze exoneratieclause) dat [eiseres] aan haar vordering niet ten grondslag heeft gelegd dat de door haar gestelde schade het gevolg is van opzet of grove schuld van [verweerster]. In zoverre is ook geen sprake van het toestaan van het uitsluiten van iedere aansprakelijkheid inclusief die voor de “zwaarste” gevallen.’ Een oordeel dat door de Hoge Raad (indirect via art. 81 RO) werd gesauveerd. Zie ook M.H. Wissink & T.H.M. van Wechem, *Mag aansprakelijkheid voor opzet en grove schuld worden uitgesloten?*, *Contracteren* 2002, p. 17.

Als B een beroep op dwaling wil doen, zal hij, om aan de werking van de dwalingsuitsluiting te ontkomen, moeten stellen en zo nodig bewijzen dat zich omstandigheden hebben voorgedaan waardoor A een beroep op die uitsluiting niet toekomt. B zal dus – meer concreet – moeten stellen en zo nodig bewijzen dat A ten tijde van het aangaan van de overeenkomst ten aanzien van de omstandigheden die aan zijn dwalingsberoep ten grondslag liggen, niet te goeder trouw heeft gehandeld. Alleen als B daarin slaagt, dient zijn dwalingsberoep voor het overige inhoudelijk behandeld te worden. Lukt het B niet omstandigheden te stellen en, bij tegenspraak, te bewijzen die aan het beroep van A op de uitsluitingsclausule in de weg staan, dan kan de rechter het beroep op dwaling verder buiten behandeling laten.

5 Conclusie

Het is duidelijk dat zowel in de rechtsliteratuur als in de praktijk een wens bestaat dat partijen afspraken over dwaling kunnen maken. In de rechtspraak worden gerichte clausules op dat punt ook gesauveerd.²⁸

In de eerste plaats is het mogelijk clausules in de overeenkomst op te nemen die met betrekking tot een specifiek dwalingsrisico – door de erin vervatte informatie of waarschuwing – de dwaling als zodanig uitsluiten. Deze zijn in paragraaf 2.1 behandeld.

In de tweede plaats is het mogelijk dat een clausule de toerekening van dwaling op grond van art. 6:228 lid 2 BW regelt. Dit kwam in paragraaf 2.2 aan de orde. Wetsystematisch ligt een dergelijke redactie – en uitleg – van ‘uitsluitingsclausules’ in het licht van artikel 6:228 lid 2 BW ons inziens voor de hand. De rechter kan bij dergelijke clausules toetsen of de omstandigheden die in de clausule staan geduid en waarover partijen een afspraak hebben gemaakt, voldoende duidelijk zijn om een *toerekening* van de dwaling aan de wederpartij van de dwalende te frustreren. Het voordeel van deze benadering is dat het partijen dwingt om concreet te worden.

In de derde plaats is het mogelijk dat een clausule aan het beroep op (vernietiging van de overeenkomst wegens) dwaling als zodanig in de weg staat. Aan het toepassen van artikel 6:228 BW komt men bij een aldus geregeerde clausule in beginsel niet toe, zoals hiervoor in paragraaf 2.3 is gebleken.

²⁸ Zie Hof 's-Hertogenbosch 3 november 1997, NJ 1998, 719, vergelijk tevens Losbladige Kluwer (Hijma) artikel 288, aant. 167-169.

Clausules die dwaling uitsluiten, kunnen op diverse wijzen in hun werking worden beperkt. In de eerste plaats door uitleg. Het ligt immers niet voor de hand dat een partij ermee instemt dat haar een beroep op dwaling niet toekomt ook als haar wederpartij bij het aangaan van de overeenkomst bekend was met de omstandigheden waaromtrent zij dwaalde maar haar desondanks verkeerd informeerde (dwalingsgrond a) of niet corrigeerde (dwalingsgrond b). Dergelijke gevallen liggen dicht tegen bedrog aan. Alleen de opzet te misleiden behoeft niet bewezen te worden.

Als uitleg aan het licht brengt dat de uitsluitingsclausule wel degelijk ook de genoemde gevallen van dwaling dekt, kan de toepassing van de clausule naar heersende opvatting worden voorkomen met het betoog dat het beroep op de clausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Wij zouden liever willen zien dat uitsluitingsclausules in strijd met de goede zeden worden geoordeeld voorzover zij de gevallen van wederzijdse dwaling (dwalingsgrond c) of van een onjuiste mededeling waarvan de onjuistheid aan de wederpartij niet bekend was of behoorde te zijn (dwalingsgrond a) te buiten gaan.

Door uitsluitingsclausules binnen de genoemde grenzen toelaatbaar te achten hebben partijen de mogelijkheid een geschikte verdeling overeen te komen voor de aan hen onbekende risico's, zonder dat de mogelijkheid wordt geopend dat de ene partij de andere in de val van een uitsluitingsclausule laat lopen. In die context kan de uitsluitingsclausule – onder de hierboven aangegeven randvoorwaarden – dan ook als een 'acceptabele boilerplate' worden aangemerkt.