

NAAR EEN ECONOMISCHE ANALYSE VAN DE MEDEDELINGSPLICHT BIJ DWALING

A.G. Castermans

R. Notermans

"Law reform, and indeed law making generally must be alert to the economic implications of their endeavour. The costs, as well as the benefits of legal change need to be weighed carefully ..." citeerde Van Dunné in zijn betoog tégen invoering van het N.B.W. op korte termijn (N.J.B., 1984, blz. 671).

In dit artikel wordt een aanzet gegeven tot een economische analyse van de mededelingsplicht bij dwaling. De uitkomst van een dergelijke analyse zou haaks kunnen staan op artikel 6.5.2.11 lid 1 sub b N.B.W.: een mededelingsplicht moet in vele gevallen vrij snel worden aangenomen.

1. Het dilemma

Van den Berg verhuurt aan Linnenbank een winkelhuis in Amsterdam voor de periode van september 1975 tot september 1980 met de wettelijke verlengingsmogelijkheden. Bij overeenkomst van 25 juli 1979 aanvaardt Van den Berg dat Türk het bedrijf van Linnenbank overneemt en per 1 augustus 1979 als huurder in diens plaats zal worden gesteld. Türk betaalt de huur niet. Aangesproken tot betaling verweert Türk zich - subsidiar - met een beroep op de nietigheid van de overeenkomst op grond van dwaling. Van den Berg en Linnenbank zouden bij het sluiten van de overeenkomst hebben nagelaten Türk in kennis te stellen van de omstandigheid dat het winkelhuis op korte termijn onteigend en gesloopt zou worden. Kantonrechter en Rechtbank verwerpen het beroep op dwaling, de Hoge Raad bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank:

3.2 Vooropgesteld moet worden - zoals ook het uitgangspunt van het middel is - dat wanneer een partij vóór de totstandkoming van een overeenkomst van bepaalde feiten op de hoogte is die van dien aard zijn dat zij de wederpartij van die feiten in kennis had behoren te stellen om te voorkomen dat deze zich op het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, de goede trouw zich er in het algemeen tegen zal

verzetten dat de eerstbedoelde partij ter afwering van het beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling aan zichzelf heeft te wijten.

De Rb. heeft echter geen blijk gegeven dit te hebben miskend. Zij heeft bij haar oordeel kennelijk mede in aanmerking genomen dat naar de stellingen van Türk naast Van den Berg ook Linnenbank in aanmerking kwam voor de taak om hem van de voormelde feiten op de hoogte te stellen en dat Van den Berg klaarblijkelijk slechts als partij bij de betreffende overeenkomst tussen Türk en Linnenbank betrokken is, omdat bij gebreke van toepassing van art. 1635 BW voor het met die overeenkomst beoogde rechtsgevolg haar medewerking als verhuurster nodig was. Tegen deze achtergrond is de Rb. tot het oordeel gekomen dat het in dit geval niet op de weg van Van den Berg als verhuurster lag om eigener beweging aan Türk inlichtingen te geven omtrent haar eventueel bekende feiten waarvan Türk naar het oordeel van de Rb. in verband met de tervisielegging en aanplakking op zijn minst zelf op de hoogte had moeten zijn en waarvan, naar de voormelde stellingen van Türk insluiten, in elk geval ook Linnenbank, die hem als huurder in zijn plaats stelde, hem op de hoogte had kunnen brengen.

Aldus opgevat komt het oordeel van de Rb. niet met enige rechtsregel in strijd.⁽¹⁾

De mededelingsplicht bij dwaling staat met het arrest Türk/Van den Berg weer in het middelpunt van de belangstelling. De Hoge Raad herhaalt de regel uit zijn arrest Van der Beek/Van Dartel²⁾, maar deze is in casu niet aan de orde. Op grond van de omstandigheden aanvaardt de Hoge Raad dat de Rechtbank aan de mededelingsplicht niet is toegekomen. Hadden de feiten net even anders gelegen - Türk maakt hard dat hij van de sloop niet wist, en Linnenbank en/of Van den Berg hadden moeten begrijpen dat Türk hiervan niets wist, bijvoorbeeld op grond van de door Türk geplande verbouwing van het winkelhuis - dan zou een mededelingsplicht wellicht meer voor de hand hebben gelegen. De omstandigheden van het geval zijn steeds doorslaggevend voor het al dan niet aannemen van een mededelingsplicht. Het is een kwestie van wikken en wegen, met steeds verschillende gewichten. De drie partijen-overeenkomst lijkt een nieuwe factor te zijn in deze afweging, naast factoren als de (vertrouwens-) relatie tussen partijen, deskundigheid, ingewikkeldheid van de transactie, het kanskarakter van de overeenkomst, etc.³⁾

In het algemeen gaat men ervan uit, dat de mededelingsplicht niet te snel mag worden aangenomen. Partijen moeten zich nu eenmaal realiseren dat zij bij onderhandelingen gedeeltelijk tegenstrijdige belangen hebben. Maar tot op welke hoogte wegen belangen van de

wederpartij zwaarder dan van de dwalende? Enkele vuistregels vindt men in de parlementaire geschiedenis van artikel 6.5.2.11 lid 1 sub b N.B.W.: ten eerste dat de wederpartij van de dwalende de dwaling kende of behoorde te kennen; ten tweede dat hij behoorde te begrijpen dat de dwalende de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten; en ten derde dat hij behoorde te begrijpen dat hij de dwalende uit de droom had moeten helpen.⁴⁾ Deze regels zijn niet meer dan randvoorwaarden voor het aannemen van een mededelingsplicht. Nadere criteria, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie, zijn onontbeerlijk. Maar het blijft een ondoorzichtige en vooral onvoorspelbare materie. Welke feiten moeten worden gesteld en bewezen? Hoe ver moet men gaan?

2.1 Waarom rechtseconomie?

Wanneer juridische instrumenten te kort schieten, kan het verfrissend zijn de mededelingsplicht vanuit een andere hoek te benaderen. Biedt de rechtseconomie uitkomst? De economische aanpak heeft aantrekkelijke kanten, die voor de jurist een welkome aanvulling op zijn denkpatroon kunnen vormen.

"Immers juristen hebben het oog gericht op individuele gevallen en op argumenten ad hoc, die aanknopen bij de wet. Zij generaliseren niet, hebben geen oog voor ruimere gevolgen dan die door de wet zijn beoogd en ontberen een formele structuur voor hun analyse. De economen generaliseren juist wel, zij laten de details buiten beschouwing om de grote maatschappelijke lijn in het oog te houden en hanteren een analysemodel met een duidelijke structuur".(5)

Drie vragen staan centraal in de rechtseconomie. *Moeten* rechtsregels doelmatig zijn, welvaartsmaximalisatie nastreven?⁶⁾ *Streven* wetgever en rechter welvaartsmaximalisatie na? Wat zijn de *effecten* van een rechtsregel, gezien vanuit een micro- of macroeconomisch standpunt?⁷⁾

Sommige rechtseconomen willen aantonen, dat rechter en wetgever doelmatigheid nastreven door voor die oplossing te kiezen, die de kosten van een bepaalde transactie zo laag mogelijk houdt (de tweede vraag). Kritici achten de empirische steun voor de vooronderstellingen die ten grondslag liggen aan deze hypothese, te gering. De empirische steun is zelfs zo mager, dat men van elke

regel wel op de een of andere wijze kan zeggen, dat die doelmatigheid wil bevorderen.⁸⁾

Andere rechtseconomen beperken zich dan ook tot het analyseren van de effecten van rechtsregels (de derde vraag), vaak met welvaartsmaximalisatie als gegeven doel. Zijn de gevolgen zoals verwacht? Beantwoordt de regel aan zijn doel? Juist hier lijkt het gebruik van een economisch analyse model een welkome aanvulling op het juridisch denkpatroon.⁹⁾

2.2 Dwaling en rechtseconomie

Wanneer één van de partijen bij een overeenkomst ten tijde van het sluiten ervan een onvolledig beeld heeft van de relevante omstandigheden, dan wordt hij belet in het maken van een vrije keuze. De basis van vrijwilligheid, die nu juist een voorwaarde is om aan te nemen dat een overeenkomst welvaart verhoogt, ontbreekt aan die overeenkomst.

"Where resources are shifted pursuant to a voluntary transaction, we can be confident that the shift involves a net increase in efficiency. The transaction would not have occurred if both parties had not expected it to make them better off".(10)

Een rechtsstelsel dat een dwalingsregel kent, onderkent het belang van de vrije keuze, de autonomie van partijen. In dit licht moet ook artikel 6.5.2.11 N.B.W. worden gezien. Het geeft aan wanneer dwaling rechtens relevant is, maar schiet te kort waar het gaat om criteria te ontwikkelen hoe dwaling moet worden voorkomen. In de rechtseconomie staat juist die vraag centraal.

Informatie omtrent de eigenschappen van een goed of omtrent de markt waarop het goed wordt verhandeld, is - vanzelfsprekend - het beste medicijn tegen dwaling. Bij het ontwikkelen van criteria om dwaling te voorkomen is een zo breed mogelijke informatiestroom een belangrijke factor. Men moet echter de vraag stellen: tot welke prijs? Rechtseconomen beantwoorden die vraag als volgt: de kostenpost 'dwaling' houdt men zo laag mogelijk door het risico van dwaling te leggen bij die partij die de nodige informatie tegen de laagste kosten kan vergaren.

2.3 Kronmans economische analyse

Deze stelling is nader uitgewerkt door de Amerikaanse rechtsec-
noom Anthony Kronman.¹¹⁾ Hij maakt onderscheid tussen informatie
vergaard na weloverwogen onderzoek en bij toeval verkregen
informatie. Kan dit onderscheid ons verder helpen bij het formule-
ren van criteria voor het al dan niet aannemen van een medede-
lingsplicht?

Met op weloverwogen wijze vergaarde informatie doelt Kronman
op:

"information whose acquisition entails costs which would not
have been incurred but for the likelihood, however great,
that the information in question would actually be produced.
These costs may include of course, not only direct search
costs (....) but the costs of developing an initial expertise
as well (....)".(12)

Hiertegenover staat bij toeval verkregen informatie:

"If the costs incurred in acquiring the information would have
been incurred in any case - that is whether or not the infor-
mation was forthcoming".(13)

Het is dit onderscheid dat ten grondslag ligt aan Kronmans econo-
mische analyse van de mededelingsplicht bij dwaling.

Wie - weloverwogen - informatie heeft vergaard, verwacht
vanwege de kosten die hij hiertoe heeft gemaakt, voordeel te
hebben van deze investering. Zou hij een plicht hebben deze
informatie aan zijn wederpartij te verstrekken, dan onthoudt men
hem de baat. In de toekomst zal hij zich niet zoveel moeite ge-
troosten, en zijn wederpartij - in de verwachting dat hem alles zal
worden verteld - evenmin. De mededelingsplicht zal met zich
brengen dat minder informatie op de markt komt.¹⁴⁾ Zo wordt het
risico van verspilling van schaarse goederen groter. Dit kan
worden voorkomen door bij op weloverwogen wijze vergaarde infor-
matie geen mededelingsplicht aan te nemen. Kronman veronderstelt
dat hierdoor het risico van verspilling van schaarse goederen
kleiner zal zijn, alsmede de informatiestroom niet of minder nadelig
wordt beïnvloed.¹⁵⁾

Wie daarentegen bij toeval van het een en ander op de hoogte
wordt gebracht, kan zonder bezwaar worden verplicht de informa-
tie aan zijn wederpartij door te geven. Wie in de trein op weg naar
huis een gesprek opvangt met informatie, zal wellicht de volgende

keer een "walkman" opzetten, nu hij weet dat het af luisteren van gesprekken hem toch niets oplevert. De dreiging van verspilling van goederen wordt hierdoor echter niet noemenswaardig vergroot. Een mededelingsplicht is op zijn plaats:

"where the decline in the production of a certain kind of information which is caused by denying its possessor the right to appropriate the information for his own benefit is small, it is likely to be more than offset by the corresponding social gain that results from the avoidance of mistakes".(16)

Men bedenke steeds dat het hier een theoretisch model betreft, dat nog in de praktijk moet worden getoetst (zie hierna onder 3.2).

3.1 "Blanket rules" in de jurisprudentie

Of een mededelingsplicht bestaat, moet van geval tot geval worden bekeken. Kronman verwacht dat een louter casuïstische benadering van de mededelingsplicht aan de hand van genoemd onderscheid kostbaar zal zijn. Waarschijnlijk heeft hij het oog op de bewijsproblematiek. Als alternatief draagt hij een aantal "blanket rules" aan. Per categorie van gevallen, waarin het om dezelfde soort informatie gaat, stelt hij vast op welke wijze deze informatie gewoonlijk wordt verkregen: na weloverwogen onderzoek, of bij toeval? Zo kan voor iedere categorie een "blanket rule" worden opgesteld: mededelingsplicht of zwijgrecht.

Uit Kronmans onderzoek zijn een aantal van dergelijke "blanket rules" te destilleren. Hij meent dat de rechtspraak - zij het impliciet - deze regels in acht neemt en dat men de uitkomsten derhalve kan ontleden volgens het onderscheid tussen op weloverwogen wijze en bij toeval verkregen informatie.¹⁷⁾ Geldt dit ook voor de Nederlandse rechtspraak?

Ten aanzien van een belangrijke categorie acht Kronman een mededelingsplicht niet schadelijk voor de informatiestroom: bij koop en verkoop van onroerend goed geldt een mededelingsplicht voor de verkoper in geval van dwaling bij de koper omtrent de essentiële eigenschappen van het goed. Informatie hieromtrent verkrijgt de eigenaar van onroerend goed niet na weloverwogen onderzoek. Pleegt hij kostbaar onderzoek, dan doet hij dat om zijn investering te beschermen, niet om ooit in een betere onderhandelingspositie te

verkeren dan de wederpartij. Het is niet aannemelijk dat een mededelingsplicht de eigenaar zal afhouden van nuttig onderzoek.¹⁹⁾ Kronman brengt echter ook een correctie aan op deze "blanket rule":

"if a seller has no reason that his buyer is mistaken, it would be uneconomical to require him to notify the buyer of (...) defects, since in all likelihood he would only be telling the buyer what the buyer already knows. Communications of this sort needlessly increase transaction costs (...)." (20)

Deze correctie laat zich gemakkelijk vertalen in het kenbaarheidsvereiste: de randvoorwaarde dat de wederpartij van de dwalende begrijpt of moet begrijpen, dat een eigenschap of omstandigheid ontbreekt, die voor de dwalende van essentieel belang is. Nu ligt het voor de hand dat, wanneer wij deze regel toepassen op gevallen uit de Nederlandse jurisprudentie, wij niet tot andere resultaten komen dan de rechter.

Een recent voorbeeld: Kool verkoopt aan Venema een perceel grasland. De grond vertoont ernstige bodemverontreiniging, zo blijkt uit een onderzoek dat enige maanden eerder is verricht. Venema komt dit eerst na de koop te weten en weigert vervolgens de transportakte te ondertekenen. In kort geding voert Kool tegen het beroep op dwaling aan, dat Venema van de bodemverontreiniging op de hoogte had kunnen zijn: in 1977 waren op die grond geweide pinken overleden, de grond was jarenlang gebruikt als vloeiveld van een aardappelmeelfabriek, en in de Grote Gifatlas voor Drenthe staat vermeld dat de grond vrijwel zeker is vergiftigd. De President overweegt, na deze stellingen te hebben afgezwakt:

"Tegenover dit alles staat de positie van eiser als eigenaar van de grond. (...) Gegeven deze wetenschap (omtrent de verontreiniging, AGC/RN) bij eiser, of althans zijn behoren te weten, had hij deze bij gelegenheid van de onderhandelingen met gedaagde, moeten mededelen. Nu hij deze evenwel heeft verzwegen, komt gedaagde naar mijn voorlopig oordeel het beroep op dwaling wel toe". (21)

Ook in andere gevallen heeft de rechter een mededelingsplicht voor de verkoper aangenomen, bijvoorbeeld Rechtbank en Hof in het arrest Van der Beek/Van Dartel. Abas schreef hierover, in dit verband zeer frappant: