



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in
contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht**
Jansen, K.J.O.

Citation

Jansen, K. J. O. (2012, April 4). *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18673>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18673>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/18673> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Jansen, Kasper Jochem Olivier

Title: Informatieplichten : over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht

Issue Date: 2012-04-04

Informatieplichten

Informatieplichten

Over kennis en verantwoordelijkheid in
contractenrecht en buitencontractueel
aansprakelijkheidsrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 4 april 2012
klokke 16.15 uur

door

Kasper Jochem Olivier Jansen

geboren te Leiden in 1982

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. Jac. Hijma
Overige leden: prof. mr. T. Hartlief (Universiteit Maastricht)
prof. mr. J.B.M. Vranken (Universiteit van Tilburg)
prof. mr. A.G. Castermans
prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
prof. mr. H.J. Snijders

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2011 K.J.O. Jansen

ISBN 978-90-1310-434-9

Van dit proefschrift verschijnt bij Kluwer te Deventer een handelseditie in de serie Recht en Praktijk, Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht onder nummer CA5 met ISBN 078-90-1310-433-2

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Verkorte inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN	XVI
1 INLEIDING	1
1.1 Informatieplichten: tussen kennis en verantwoordelijkheid	1
1.2 Probleemstelling	2
1.3 Opzet	4
1.4 Methode	6
1.5 Terminologie	8
1.6 Plan en wijze van behandeling	13
2 TERREINVERKENNING	15
2.1 Historische ontwikkeling	15
2.2 Juridische grondslag	23
2.3 Inhoud en strekking	30
2.4 Rechtskarakter	36
2.5 Rechtsvergelijking	42
2.6 Frankrijk	44
2.7 Duitsland	54
2.8 Engeland	66
2.9 Europees privaatrecht	77
3 INFORMATIEPLICHTEN IN HET CONTRACTENRECHT	89
3.1 Inleiding	89
3.2 Wilsvertrouwensleer	95
3.3 Wilsvertrouwensleer; casuïstiek	102
3.4 Onbevoegde vertegenwoordiging	124
3.5 Wilsgebreken	140
3.6 Dwaling; informatieplichten	150
3.7 Dwaling; casuïstiek	198
3.8 Uitleg, aanvulling en beperking	241
3.9 Nakoming	265
3.10 Niet-nakoming	271
3.11 Bijzondere overeenkomsten	296
3.12 Afgebroken onderhandelingen	324

4	INFORMATIEPLICHTEN IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT	333
4.1	Inleiding	333
4.2	Onrechtmatige daad	344
4.3	Onrechtmatige daad; informatieplichten	387
4.4	Onrechtmatige daad; casuïstiek	431
4.5	Risicoaansprakelijkheid	461
4.6	Werkgeversaansprakelijkheid	485
4.7	Ooneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame	496
4.8	Dienstverlenersaansprakelijkheid	505
5	EEN OVERKOEPELEND PERSPECTIEF	529
5.1	Inleiding	529
5.2	Kennis en verantwoordelijkheid	530
5.3	Informatieplichten	544
5.4	Zelfredzaamheid of altruïsme?	560
5.5	Slotbeschouwing	569
	SAMENVATTING	573
	SUMMARY	589
	LITERATUURLIJST	605
	JURISPRUDENTIEREGISTER	645
	WETSARTIKELENREGISTER	659
	TREFWOORDENREGISTER	663
	CURRICULUM VITAE	673

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN	XVI
1 INLEIDING	1
1.1 Informatieplichten: tussen kennis en verantwoordelijkheid	1
1.2 Probleemstelling	2
1.3 Opzet	4
1.4 Methode	6
1.5 Terminologie	8
1.5.1 Informatieplichten	8
1.5.2 Kennis en informatie	10
1.5.3 (Pre)contractuele vs. delictuele informatieplichten	12
1.6 Plan en wijze van behandeling	13
2 TERREINVERKENNING	15
2.1 Historische ontwikkeling	15
2.1.1 Algemeen	15
2.1.2 Opkomst van informatieplichten in het contractenrecht	16
2.1.3 Opkomst van informatieplichten in het aansprakelijkheidsrecht	18
2.1.4 Opkomst van zorgplichten in het verbintenissenrecht	20
2.2 Juridische grondslag	23
2.2.1 Algemeen; wettelijk kader	23
2.2.2 Redelijkheid en billijkheid; goede trouw	24
2.2.3 Verkeersopvattingen	26
2.2.4 Redelijkheid en billijkheid vs. maatschappelijke zorgvuldigheid	28
2.3 Inhoud en strekking	30
2.3.1 Mededelingsplicht vs. onderzoeksplicht	30
2.3.2 Mededelingsplicht vs. waarschuwingsplicht	32
2.3.3 Bevordering van goed geïnformeerd gedrag	34
2.4 Rechtskarakter	36
2.4.1 Obliegenheit of rechtsplicht?	36
2.4.2 Vervolg; afdwingbaarheid	39
2.5 Rechtsvergelijking	42
2.5.1 Algemeen	42
2.5.2 Plan van behandeling	43
2.6 Frankrijk	44
2.6.1 Inleiding; <i>réticence dolosive</i>	44
2.6.2 Vervolg; <i>l'obligation précontractuelle de renseignements</i>	47

2.6.3	L'obligation de mise en garde	50
2.6.4	Responsabilité du fait des choses	52
2.7	Duitsland	54
2.7.1	Inleiding; Täuschung durch Verschweigen	54
2.7.2	Vervolg; Aufklärungspflicht	56
2.7.3	Schuldrechtsreform; BGB-InfoV	58
2.7.4	Verschuldenshaftung	60
2.7.5	Vervolg; Verkehrspflichten	62
2.8	Engeland	66
2.8.1	Inleiding; no general duty of disclosure	66
2.8.2	Mistake & misrepresentation	67
2.8.3	Negligence	72
2.8.4	Vervolg; the reasonable man	75
2.9	Europees privaatrecht	77
2.9.1	Inleiding; Europese richtlijnen	77
2.9.2	DCFR; pre-contractual information duties	79
2.9.3	DCFR; mistake & fraud	81
2.9.4	European tort law	84
2.9.5	Communis opinio?	87
3	INFORMATIEPLICHTEN IN HET CONTRACTENRECHT	89
3.1	Inleiding	89
3.1.1	Algemeen	89
3.1.2	Zelfredzaamheid of altruïsme?	90
3.1.3	Het standaardarrest: Baris/Riezenkamp	91
3.1.4	Plan van behandeling	94
3.2	Wilsvertrouwensleer	95
3.2.1	Algemeen; wettelijk kader	95
3.2.2	Art. 3:35 BW: informatieplichten over en weer	97
3.2.3	Informatieplichten ex art. 3:33/3:34 BW?	99
3.2.4	Tussenconclusie	101
3.3	Wilsvertrouwensleer; casuïstiek	102
3.3.1	Onbedoelde ontslagneming	102
3.3.2	Vervolg; Westhoff/Spronsen	105
3.3.3	Onbedoelde prijsstelling	108
3.3.4	Vervolg; Postwanorder/Otto	110
3.3.5	Misverstand-gevallen	113
3.3.6	Vervolg; Bunde/Erckens	115
3.3.7	Aanvaarding van algemene voorwaarden	118
3.3.8	Vervolg; Petermann/Frans Maas	122
3.4	Onbevoegde vertegenwoordiging	124
3.4.1	Algemeen; wettelijk kader	124
3.4.2	Informatieplichten ex art. 3:61 lid 2 BW	126
3.4.3	Vervolg; gezichtspunten	129
3.4.4	Vervolg; Kuijpers/Wijnveen	131
3.4.5	Toedoen-vereiste	134
3.4.6	Vervolg; ING/Bera	137

3.5	Wilsgebreken	140
3.5.1	Algemeen	140
3.5.2	Bedrog	142
3.5.3	Vervolg; verschoonbaarheidsvragen bij bedrog?	143
3.5.4	Dwaling; wilsgebrek of gedragstoetsing?	145
3.5.5	Vervolg; wettelijk kader	147
3.6	Dwaling; informatieplichten	150
3.6.1	Art. 6:228 lid 1 sub b BW: mededelingsplicht	150
3.6.2	Vervolg; basisvereisten	152
3.6.3	Vervolg; gezichtspunten	154
3.6.4	Vervolg; onderzoeksplicht uit hoofde van mededelingsplicht?	159
3.6.5	Vervolg; inhoud van de mededelingsplicht	163
3.6.6	Art. 6:228 lid 1 sub a BW: waarheidsplicht	167
3.6.7	Vervolg; kenbaarheidsvereiste	171
3.6.8	Vervolg; onderzoeksplicht uit hoofde van waarheidsplicht?	172
3.6.9	Art. 6:228 lid 1 sub c BW: onderzoeksplicht	174
3.6.10	Vervolg; kenbaarheidsvereiste	177
3.6.11	Art. 6:228 lid 2 BW: onderzoeksplicht van de dwalende	179
3.6.12	Vervolg; onderzoeksplicht bij gerede twijfel	181
3.6.13	Verhouding wederzijdse informatieplichten	182
3.6.14	Vervolg; digitale of analoge benadering?	184
3.6.15	Vervolg; waarheidsplicht prevaleert	187
3.6.16	Vervolg; mededelingsplicht prevaleert	190
3.6.17	Vervolg; status prioriteitsregels	192
3.6.18	Vervolg; evaluatie prioriteitsregels	195
3.6.19	Tussenconclusie	197
3.7	Dwaling; casuïstiek	198
3.7.1	Koop tweedehands auto's	198
3.7.2	Vervolg; Schirmeister/De Heus	200
3.7.3	Vervolg; onjuiste kilometerstand	204
3.7.4	Koop onroerende zaken; NVM-akte	205
3.7.5	Vervolg; deskundige bijstand	208
3.7.6	Vervolg; (bouw)technische gebreken	211
3.7.7	Vervolg; Offringa/Vinck & Van Rosberg	213
3.7.8	Vervolg; Van Dalftsen/Gemeente Kampen	219
3.7.9	Vervolg; gevaarlijke of verontreinigende stoffen	223
3.7.10	Vervolg; immateriële gebreken	225
3.7.11	Vervolg; juridische gebreken	226
3.7.12	Vervolg; Wegerif/Quicker	229
3.7.13	Koop kunst en antiek	231
3.7.14	Vervolg; Kantharos van Stevensweert	234
3.7.15	Borgtocht	237
3.8	Uitleg, aanvulling en beperking	241
3.8.1	Uitleg	241
3.8.2	Onderzoeksplichten bij uitleg	244
3.8.3	Mededelingsplichten bij uitleg	247
3.8.4	Basisvereisten en gezichtspunten	249
3.8.5	Vervolg; Hoog Catharijne	250

3.8.6	Aanvulling en beperking	253
3.8.7	Informatieplichten ex art. 6:248 lid 1 BW	256
3.8.8	Informatieplichten ex art. 6:248 lid 2 BW	258
3.8.9	Vervolg; beperkende werking in breder verband	262
3.9	Nakoming	265
3.9.1	Algemeen	265
3.9.2	Wettelijk kader	265
3.9.3	Vervolg; informatieplichten ex art. 6:34 BW	267
3.9.4	Vervolg; Van Tholen/Nationale-Nederlanden	270
3.10	Niet-nakoming	271
3.10.1	Algemeen; wettelijk kader	271
3.10.2	Niet-nakoming vs. dwaling	273
3.10.3	Vervolg; verschillende informatieplichten?	276
3.10.4	Vervolg; Paalman/Lampenier	278
3.10.5	Aansprakelijkheid wegens schending informatieplicht?	282
3.10.6	Vervolg; art. 6:162 BW	283
3.10.7	Vervolg; art. 6:74 BW	287
3.10.8	Vervolg; Cattier/Waanders	289
3.10.9	Toerekening (art. 6:75 BW)	292
3.11	Bijzondere overeenkomsten	296
3.11.1	Algemeen	296
3.11.2	Opdracht, lastgeving en bruikleen	297
3.11.3	Aanneming van werk	299
3.11.4	Verzekering	302
3.11.5	Koop	305
3.11.6	Vervolg; vrijwaring tegen rechtsgebreken (art. 7:15 BW)	306
3.11.7	Vervolg; conformiteitsvereiste (art. 7:17 BW)	309
3.11.8	Vervolg; informatieplichten ex art. 7:17 lid 2 BW	312
3.11.9	Vervolg; uitsluitingsgronden (art. 7:17 lid 5 BW)	315
3.11.10	Vervolg; KTDC/Impro	318
3.11.11	Vervolg; klachtplicht (art. 7:23 BW)	320
3.12	Afgebroken onderhandelingen	324
3.12.1	Algemeen	324
3.12.2	Contractuele of delictuele aansprakelijkheid?	326
3.12.3	Informatieplichten bij afgebroken onderhandelingen	329
3.12.4	Afronding	332
4	INFORMATIEPLICHTEN IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT	333
4.1	Inleiding	333
4.1.1	Algemeen	333
4.1.2	Zelfredzaamheid of altruïsme?	335
4.1.3	Het standaardarrest: Kelderluik	339
4.1.4	Plan van behandeling	344
4.2	Onrechtmatige daad	344
4.2.1	Algemeen	344
4.2.2	Schuld of risico?	345
4.2.3	Wettelijk kader	348
4.2.4	Art. 6:162 lid 2 BW: rechtsinbreuk	350

4.2.5	Vervolg; informatieplichten bij rechtsinbreuk?	352
4.2.6	Vervolg; leer Smits	353
4.2.7	Vervolg; een alternatief	356
4.2.8	Vervolg; Unocal c.s./Conoco c.s.	358
4.2.9	Art. 6:162 lid 2 BW: wetsschending	363
4.2.10	Art. 6:162 lid 2 BW: onzorgvuldigheid	364
4.2.11	Vervolg; kennisvereiste	367
4.2.12	Vervolg; objectivering & generalisering	369
4.2.13	Vervolg; nieuwe risico's	373
4.2.14	Vervolg; voorzorgsbeginsel?	375
4.2.15	Vervolg; Eternit/Horsting	378
4.2.16	Art. 6:162 lid 3 BW: toerekenbaarheid	382
4.2.17	Vervolg; onrechtmatigheid vs. toerekenbaarheid	384
4.2.18	Tussenconclusie	386
4.3	Onrechtmatige daad; informatieplichten	387
4.3.1	Waarschuwingsplicht van de laedens	387
4.3.2	Vervolg; vereisten	389
4.3.3	Vervolg; basisvereisten	391
4.3.4	Vervolg; gezichtspunten	394
4.3.5	Vervolg; Kelderluikfactoren	397
4.3.6	Vervolg; bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen	401
4.3.7	Vervolg; inhoud van de waarschuwingsplicht	404
4.3.8	Vervolg; Jetblast	408
4.3.9	Onderzoeksplicht van de laedens	410
4.3.10	Vervolg; basisvereiste en gezichtspunten	413
4.3.11	Vervolg; Bildtpollen/Miedema	416
4.3.12	Onderzoeksplicht van de gelaedeerde	418
4.3.13	Vervolg; algemeen bekende risico's	420
4.3.14	Vervolg; Eurosportief/Wesselink	423
4.3.15	Verhouding wederzijdse informatieplichten	425
4.3.16	Vervolg; waarschuwingsplicht prevaleert	427
4.3.17	Tussenconclusie	429
4.4	Onrechtmatige daad; casuïstiek	431
4.4.1	Fysieke gevaarzetting	431
4.4.2	Vervolg; Zwiependende tak	434
4.4.3	Zuiver nalaten	436
4.4.4	Vervolg; Struikelende broodbezorger	439
4.4.5	Bijzondere zorgplichten	441
4.4.6	Vervolg; wegbeheerders en terreinbeheerders	444
4.4.7	Vervolg; Gekantelde vrachtwagen	447
4.4.8	Bijzondere risico's	450
4.4.9	Vervolg; kennis omtrent het risico	451
4.4.10	Vervolg; Natronloog vs. Taxus	453
4.4.11	Vervolg; Baas/Hanford Feeds c.s.	456
4.4.12	Vervolg; Melchemie/Delbanco c.s.	458
4.5	Risicoaansprakelijkheid	461
4.5.1	Algemeen	461
4.5.2	Aansprakelijkheid voor roerende zaken	464

4.5.3	Aansprakelijkheid voor opstallen	468
4.5.4	Vervolg; Dijkdoorbraak Wilnis	471
4.5.5	Vervolg; art. 6:174 vs. 6:162 BW	474
4.5.6	Productenaansprakelijkheid	476
4.5.7	Vervolg; gezichtspunten	478
4.5.8	Vervolg; Koolhaas c.s./Rockwool	481
4.5.9	Risico en informatieve context	483
4.6	Werkgeversaansprakelijkheid	485
4.6.1	Algemeen; wettelijk kader	485
4.6.2	Zorgplicht voor veiligheid van de werkomgeving	487
4.6.3	Vervolg; anticipatie op onvoorzichtigheid	489
4.6.4	Vervolg; Bayar/Wijnen	492
4.7	Oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame	496
4.7.1	Algemeen	496
4.7.2	Wettelijk kader	499
4.7.3	Maatstaf: de gemiddelde consument	502
4.8	Dienstverlenersaansprakelijkheid	505
4.8.1	Algemeen	505
4.8.2	Informatieplichten van dienstverleners	508
4.8.3	Financiële dienstverleners	512
4.8.4	Vervolg; optiehandel	514
4.8.5	Vervolg; effectenlease (Dexia)	516
4.8.6	Vervolg; zorgplicht vs. eigen verantwoordelijkheid	521
4.8.7	Vervolg; Fortis/Bourgonje c.s.	524
4.8.8	Afronding	526
5	EEN OVERKOEPELEND PERSPECTIEF	529
5.1	Inleiding	529
5.2	Kennis en verantwoordelijkheid	530
5.2.1	Algemeen	530
5.2.2	Kennisgradaties	530
5.2.3	Bewijs van kennis	533
5.2.4	Objectivering	535
5.2.5	Persoonsgerelateerde en kennisgerelateerde objectivering	536
5.2.6	Vervolg; onderzoeksplichten en generalisering	538
5.2.7	Vervolg; toerekening van kennis	540
5.3	Informatieplichten	544
5.3.1	Rol en betekenis	544
5.3.2	Toepassing; uitgangspunt	548
5.3.3	Model; feitelijke toets	550
5.3.4	Model; normatieve toets	551
5.3.5	Vervolg; gezichtspunten	553
5.3.6	Afbakening; verhouding wederzijdse informatieplichten	555
5.3.7	Uitvoering; naleving en bewijs	557
5.4	Zelfredzaamheid of altruïsme?	560
5.4.1	Autonomiebeginsel; contextgebonden bescherming	560
5.4.2	Zorgplichten; categorische bescherming	561
5.4.3	Precontractuele vs. delictuele informatieplichten	563

Inhoudsopgave

XIII

5.4.4	Vervolg; vrijwilligheid	563
5.4.5	Vervolg; wederkerigheid	565
5.4.6	Vloeiend verbintenissenrecht?	567
5.5	Slotbeschouwing	569
	SAMENVATTING	573
	SUMMARY	589
	LITERATUURLIJST	605
	JURISPRUDENTIEREGISTER	645
	WETSARTIKELENREGISTER	659
	TREFWOORDENREGISTER	663
	CURRICULUM VITAE	673

Lijst van afkortingen

AA	<i>Ars Aequi</i>
aant.	Aantekening
AC	Appeal Cases
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
AV&S	<i>Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade</i>
A&V	<i>Aansprakelijkheid en Verzekering</i>
Bb	<i>Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten</i>
BGB	Bundesgesetzbuch
BGB-InfoV	Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht
BGH	Bundesgerichtshof
BR	<i>Bouwrecht</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin civil de la Cour de cassation</i>
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BWKJ	BW-Krant Jaarboek
Cass. civ. 1 ^{re}	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. civ. 3 ^e	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation
Cc	Code civil
CESL	Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law
Ch. D.	Chancery Division
curs.	cursivering
<i>D.</i>	<i>Recueil de jurisprudence Dalloz</i>
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DGF&J	De Gex, Fisher, and Jones' English Chancery Reports
diss.	dissertatie
EGLR	Estates Gazette Law Reports
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ERCL	<i>European Review of Contract Law</i>
ERPL	<i>European Review of Private Law</i>
EWCA	England and Wales Court of Appeal (beschikbaar via < www.bailii.org >)
Exch	Exchequer Division
Gw	Grondwet
HL	House of Lords

Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Inv.	Invoeringswet
JA	<i>Jurisprudentie Aansprakelijkheid</i>
JAR	<i>Jurisprudentie Arbeidsrecht</i>
JBN	<i>Juridische Berichten voor het Notariaat</i>
jo.	juncto
JOR	<i>Jurisprudentie Onderneming & Recht</i>
KB	King's Bench
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (voorheen: Koninklijke Notariële Broederschap)
ktr.	kantonrechter
LJN	<i>Landelijk Jurisprudentie Nummer</i> (< www.rechtspraak.nl >)
losbl.	losbladige uitgave
LR	Law Reports
L&S	<i>Letsel & Schade</i>
m.nt.	met annotatie
MO	Mondeling Overleg
Mon.	Monografieën
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	<i>Maandblad voor Vermogensrecht</i>
M&R	<i>Milieu & Recht</i>
NbBW	<i>Nieuwsbrief BW</i>
NJ	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
NJB	<i>Nederlands Juristenblad</i>
NJF	<i>Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak</i>
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
nr.	nummer(s)
NTBR	<i>Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht</i>
NtER	<i>Nederlands tijdschrift voor Europees Recht</i>
NTHR	<i>Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht</i>
NvW	Nota van Wijziging
OU	Open Universiteit (Heerlen)
O&A	<i>Overheid en Aansprakelijkheid</i>
O&F	<i>Onderneming en Financiering</i>
p.	pagina('s)
par.	paragra(a)f(en)
PECL	Principles of European Contract Law
PEL SC	Principles of European Law, Service Contracts
PETL	Principles of European Tort Law
PG	Parlementaire Geschiedenis
P-G	Procureur-Generaal
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
plv.	plaatsvervangend
Prg.	<i>De Praktijkgids</i>

QB	Queen's Bench
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
RG	Reichsgericht
RGZ	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</i>
RM Themis	<i>Rechtsgeleerd Magazijn Themis</i>
r.o.	rechtsoverweging
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	<i>Rechtspraak van de Week</i>
Sr	Wetboek van Strafrecht
S&S	<i>Schip en Schade</i>
TBR	<i>Tijdschrift voor Bouwrecht</i>
TM	Toelichting Meijers
TMA	<i>Tijdschrift voor milieuschade en aansprakelijkheidsrecht</i>
TOP	<i>Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk</i>
TPR	<i>Tijdschrift voor Privaatrecht</i>
TRA	<i>Tijdschrift Recht en Arbeid</i>
TvC	<i>Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken</i>
TvG	<i>Tijdschrift voor Gezondheidsrecht</i>
UvA	Universiteit van Amsterdam
v	versus
VersR	<i>Versicherungsrecht</i>
VR	<i>Verkeersrecht</i>
VrA	<i>Vermogensrechtelijke Analyses (voorheen: Vermogensrechtelijke Annotaties)</i>
VU	Vrije Universiteit
vzr.	voorzieningenrechter
W	<i>Weekblad van het Recht</i>
Wft	Wet op het financieel toezicht
WLR	Weekly Law Reports
WPNR	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>

NJ-annotatoren:

ARB	A.R. Bloembergen
BW	B. Wachter
CJHB	C.J.H. Brunner
DJV	D.J. Veegens
DWfV	D.W.F. Verkade
EAAL	E.A.A. Luijten
EMM	E.M. Meijers
G	W.C.L. van der Grinten
GHvV	G.J.J. Heerma van Voss
GJS	G.J. Scholten
HB	L.J. Hijmans van den Bergh
HJS	H.J. Snijders
JBMV	J.B.M. Vranken

JdB	J. de Boer
JH	Jac. Hijma
LEHR	L.E.H. Rutten
MMM	M.M. Mendel
PAS	P.A. Stein
PvS	P. van Schilfgaarde
WHH	W.H. Heemskerk
WMK	W.M. Kleijn

1 | Inleiding

1.1 INFORMATIEPLICHTEN: TUSSEN KENNIS EN VERANTWOORDELIJKHEID

Bij de juridische beoordeling van het gedrag van mensen is hun kennis van fundamenteel belang. De rechtelijke verantwoordelijkheid van justitiabelen wordt in belangrijke mate bepaald door hetgeen zij omtrent hun gedrag hebben geweten of behoren te weten:¹ kennis en verantwoordelijkheid staan rechtens met elkaar in onverbreeklijk verband.²

In het verbintenissenrecht vormen informatieplichten – waaronder ik zowel plichten tot informatieverstrekking als plichten tot informatievergaring versta³ – een belangrijke verbindende schakel tussen kennis en verantwoordelijkheid. Kennis verwerft men door de verwerking van informatie. Wanneer iemand door een tekort aan informatie in een ongunstige positie is beland, bijvoorbeeld doordat hij argeloos een teleurstellende overeenkomst is aangegaan of letsel heeft opgelopen door de verwezenlijking van een hem onbekend gevaar, kan de contractuele of delictuele verantwoordelijkheid ter zake worden vastgesteld door te onderzoeken wie onder de gegeven omstandigheden voor de beschikbaarheid van de betreffende informatie zorg had moeten dragen. De toepasselijke gedragsnorm wordt aldus vertaald in een op de concrete rechtsverhouding toegespitste informatieplicht.

Normaliter zullen justitiabelen zélf verantwoordelijk zijn voor hun goed geïnformeerd gedrag. Wie een contract aangaat zal zich voldoende moeten inspannen ter voorkoming van teleurstellingen, zoals ook buiten de contractuele sfeer een zekere mate van oplettendheid is geboden ter voorkoming van gevaar. Voor iedere deelnemer aan het maatschappelijk verkeer geldt in zoverre een zekere onderzoeksplicht. Onder omstandigheden kan die onderzoeksplicht echter worden verdrongen door een op de wederpartij rustende mededelingsplicht of waarschuwingsplicht. Voor verborgen veiligheidsgebreken van een tweedehands auto moet bijvoorbeeld worden gewaarschuwd,⁴ zoals ook het

1 De term ‘rechtelijke verantwoordelijkheid’ is ontleend aan de dissertatie van G.H.A. Schut, waarin hij de rechtelijke verantwoordelijkheid positioneert als grondslag voor buitencontractuele aansprakelijkheid. Zie Schut 1963, p. 59 e.v., waar hij ingaat op de betekenis van kennis in dit verband.

2 Zie voor een terminologische verantwoording van het begrip ‘kennis’ par. 1.5.2.

3 Zie voor een terminologische verantwoording van het begrip ‘informatieplichten’ par. 1.5.1.

4 Zie HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), besproken in par. 3.7.2.

openzetten van een kelderluik met een adequate waarschuwing gepaard dient te gaan.⁵ Telkens moet een contextgebonden afweging van verantwoordelijkheden over en weer uitwijzen of op de onwetende partij een plicht tot informatievergaring, respectievelijk op de wederpartij een plicht tot informatieverstrekking rustte. In beide gevallen bewerkstelligt de toepasselijke informatieplicht dat de betrokken partijen in civielrechtelijke zin op hun al of niet aanwezige kennis kunnen worden 'afgerekend'. Zo slaan informatieplichten een brug tussen kennis en verantwoordelijkheid.

1.2 PROBLEEMSTELLING

De vraag op welke van de betrokken partijen in een concreet geval een informatieplicht rust, legt één van de grote spanningen van het verbintenissenrecht bloot: de spanning tussen eigen en andermans verantwoordelijkheid, tussen autonomie en solidariteit. Het betreft een klassieke vraag, waarover van oudsher is geschreven en geprocedeerd. Een betrekkelijk recente ontwikkeling vraagt in dit verband de aandacht. Zij wordt gesymboliseerd door een nieuw begrip, dat gedurende de afgelopen decennia ingang heeft gevonden in wetgeving, rechtspraak en literatuur. Steeds vaker worden de wederzijdse verantwoordelijkheden van partijen uit hoofde van een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding tot uitdrukking gebracht door verwijzing naar ongeschreven 'zorgplichten'.⁶ Kenmerk van deze zorgplichten is dat zij oproepen tot de behartiging van andermans belang,⁷ waarbij onverschillig lijkt of dat belang door een (pre)contractuele of delictuele rechtsverhouding wordt beheerst.⁸ Zorgplichten fungeren, aldus Tjong Tjin Tai, als 'algemene grondnorm' van het verbintenissenrecht, als 'overkoepelende eenheid die de verschillende gebieden van het recht verbindt'.⁹ Recente jurisprudentie bevestigt dat het verbintenissenrecht zich op deelterreinen ontwikkelt tot een soort 'zorgplichtenrecht', waarin de grenzen van leerstukken vervagen omwille van een categorische bescherming van het kwetsbare individu.¹⁰ In twee opzichten is deze ontwikkeling voor het leerstuk der informatieplichten van bijzonder belang.

5 Zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

6 Zie daarover in algemene zin bijv. Hartlief 2002, p. 481 e.v.; Tjong Tjin Tai 2006, p. 87-96; en Hartkamp 2010a, nr. 25.

7 Vgl. Tjong Tjin Tai 2006, p. 97, die zorgplichten definieert als plichten 'tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object'.

8 Zie bijv. Van Laarhoven 2006, p. 9; en Tjong Tjin Tai 2006, p. 100. Vgl. ook Van Rossum 1991, p. 53; en Hartlief 2003a, p. 6.

9 Tjong Tjin Tai 2006, p. 100.

10 Zie bijv. HR 19 september 2003, *NJ* 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), besproken in par. 3.6.8; en HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), besproken in par. 4.8.5. Vgl. ook Asser/Vranken** (1995), nr. 124.

In de eerste plaats rijst de vraag wat de toegenomen nadruk op adequate zorg betekent voor de verhouding tussen autonomie en solidariteit, waar het de toepassing van informatieplichten betreft. In de literatuur wordt al enige jaren gesignaleerd dat informatieplichten 'in opkomst' zijn.¹¹ Deze signalering ziet kennelijk vooral op mededelingsplichten en waarschuwingsplichten, strekkend tot bescherming van de onwetende partij, want de bijbehorende *onderzoeksplichten*, die in het teken staan van de behartiging van het eigen belang, krijgen in de literatuur doorgaans minder aandacht. Dienovereenkomstig concluderen veel auteurs dat in het hedendaagse verbintenissenrecht de klassieke waarden van autonomie, zelfredzaamheid en eigen verantwoordelijkheid hebben plaatsgemaakt voor solidariteit, altruïsme en bescherming van de zwakkere.¹² Deze conclusie is in lijn met – en mogelijk (mede) geïnspireerd door – de geschetste opkomst van verbintenisrechtelijke zorgplichten in het algemeen. Het is echter niet vanzelfsprekend om informatieplichten aldus met zorgplichten op één lijn te stellen. Van oudsher staan informatieplichten in het teken van de bescherming van de individuele autonomie, waar zij partijen in staat stellen tot goed geïnformeerde keuzes. Iedere 'altruïstische' plicht tot informatieverstrekking veronderstelt zo beschouwd logischerwijze een 'egoïstische' plicht tot informatievergarig als haar pendant. Hiermee rijst de vraag naar de verhouding tussen deze wederzijdse informatieplichten, en de rol van de eigen verantwoordelijkheid in dit verband.

De geschetste problematiek heeft tevens een rechtssystematische dimensie. Informatieplichten fungeren als 'dogmatisch bindmiddel' van het verbintenissenrecht, doordat zij gelijkelijk van toepassing zijn in het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Vranken heeft terecht gesignaleerd dat informatieplichten 'dwars door bestaande leerstukken heen' snijden.¹³ Zo beschouwd vertonen zij verwantschap met de zojuist bedoelde zorgplichten, waarvan wordt gezegd dat zij als 'algemene grondnorm' van het verbintenissenrecht fungeren. Tegelijkertijd lijken er, voor wat betreft de concrete toepassing van informatieplichten in de contractuele en de delictuele sfeer, (nog) belangrijke verschillen te bestaan. In het contractenrecht voorziet vaste jurisprudentie van de Hoge Raad in een stelselmatige bescherming van de onwetende contractant, meestal de particuliere koper. De precontractuele mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW strekt volgens de Hoge Raad mede ter bescherming van de onvoorzichtige contractuele wederpartij, zodat

11 Zie bijv. Asser/Vranken** (1995), nr. 124; Raaijmakers 2002, p. 58-59; Pinna 2003, p. v; Sefton-Green 2005, p. 395; en Drion & Van Wechem 2007, p. 731. Vgl. ook reeds Vranken 1989, p. 206.

12 Zie m.b.t. het contractenrecht bijv. Hondius 1999, p. 387, 393; Vranken 2000, p. 149 en 153; Hartlief 2004b, p. 107-108 (kritisch); Van Laarhoven 2006, p. 5; en Keirse 2009a, p. 106. Zie m.b.t. het aansprakelijkheidsrecht bijv. Nieskens-Isphording 1991, p. 54-55; Langelaar 1997, p. 1587; Van Manen & Stutterheim 1999, p. 9; Hartlief 2004b, p. 107-108 (kritisch); en Keirse 2009b, p. 100.

13 Vranken 1989, p. 206.

‘niet te spoedig voorrang aan de onderzoeks-/informatieplicht van die partij boven de mededelingsplicht van de andere partij dient te worden gegeven’.¹⁴ In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is van een dergelijk categorisch beschermingsregime geen sprake. Ieder draagt in beginsel zijn eigen schade, luidt hier het devies.¹⁵ Voor gevaren die ‘aanstonds duidelijk’ zijn, behoeft normaliter niet te worden gewaarschuwd.¹⁶ De gelding van een delictuele waarschuwingsplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁷ Zo beschouwd lijkt het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, waar het de toepassing van informatieplichten betreft, minder bescherming te bieden aan onwetende partijen dan het contractenrecht. Anderzijds lijkt uit recente jurisprudentie van de Hoge Raad op het terrein van de effectenlease juist het tegendeel te volgen. Ik doel op het Dexia-arrest, waarin de Hoge Raad overwoog dat de op art. 6:162 BW gebaseerde waarschuwingsplicht van financiële dienstverleners, voortvloeiend uit hun ‘bijzondere zorgplicht’, vérdere strekt dan de precontractuele mededelingsplicht bij dwaling.¹⁸ De vraag naar de verhouding tussen eigen verantwoordelijkheid en altruïsme bij de vergaring en verstrekking van informatie is dus tevens een vraag naar de dogmatische verhouding tussen het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Is het ene rechtsgebied wellicht ‘altruïstischer’ dan het andere?

Kort samengevat behelst het onderzoek een vergelijking van (pre)contractuele en delictuele informatieplichten, met het oog op een beoordeling van de wijze waarop de rechter heden ten dage in het verbintenissenrecht een brug slaat tussen kennis en verantwoordelijkheid.

1.3 OPZET

Informatieplichten doen zich voor op talloze deelreinen van het privaatrecht, niet alleen in het verbintenissenrecht, maar bijvoorbeeld ook in het goederenrecht, het familievermogensrecht en het burgerlijk procesrecht. De omvang van het onderwerp dwingt dus tot een begrenzing. Ik zoek die begrenzing niet alleen in de externe afbakening van het onderzoek, maar ook in een interne toespitsing ervan.

De externe afbakening houdt in dat ik mij beperk tot het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, en wel meer in het bijzonder tot het gedragsnormerende gedeelte van deze rechtsgebieden. Ik onderzoek

14 Zie HR 19 januari 2007, *LJN* AZ6541, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5, besproken in par. 3.6.16.

15 Zie HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 590 (Lambregts/IHM), r.o. 3.5, besproken in par. 4.1.2.

16 Aldus HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.7, besproken in par. 4.4.7.

17 Zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

18 Zie HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.4.5, besproken in par. 4.8.5.

dus hoe informatieplichten van invloed zijn op de totstandkoming c.q. uitvoering van overeenkomsten en op de vestiging van delictuele aansprakelijkheid. De vraag hoe informatieplichten doorwerken in het schadevergoedingsleerstuk laat ik buiten beschouwing.¹⁹ De voor de praktijk relevante vraag naar de beoordeling van het causaal verband bij schending van een informatieplicht laat ik eveneens onbesproken, omdat deze buiten het kader van de hierboven geformuleerde probleemstelling valt.²⁰

De interne toespitsing houdt in dat mijn aandacht in de eerste plaats uitgaat naar de precontractuele mededelingsplicht bij dwaling en de delictuele waarschuwingsplicht bij gevaarstelling. De reden is dat de spanning tussen zelfredzaamheid en altruïsme, die aan de basis van dit onderzoek ligt, juist bij deze 'normale typen' van de verbintenisrechtelijke informatieplicht sterk tot uitdrukking komt.²¹ Bovendien verschijnt er op het terrein van dwaling en gevaarstelling veel rechtspraak over informatieplichten. Om diezelfde reden nemen ook de leerstukken wanprestatie en non-conformiteit een belangrijke positie in. Andere leerstukken die (zijdelings) door informatieplichten worden beïnvloed, zoals de wilsvertrouwensleer, de uitleg van overeenkomsten, de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen, de risicoaansprakelijkheden en de dienstverlenersaansprakelijkheid, worden slechts behandeld naar gelang van hun betekenis voor de precontractuele en delictuele informatieplichten in brede zin.

Voor het overige ligt de begrenzing van het onderzoek besloten in de probleemstelling, zoals geformuleerd in par. 1.2. Daaruit blijkt dat ik mij uitsluitend richt op *wederzijdse* informatieplichten, die in het teken staan van de onderlinge communicatie tussen justitiabelen. Zuiver eenzijdige plichten tot informatieverstrekking, die niet worden begrensd door de eigen verantwoordelijkheid van de onwetende partij, zoals contractueel bedongen adviesplichten of wettelijk verankerde waarschuwingsplichten, laat ik derhalve buiten beschouwing. Tegen deze achtergrond besteed ik bijvoorbeeld ook geen aandacht aan het contractuele vereiste van een ingebrekestelling, zoals bedoeld in art. 6:82 BW – waarin Vranken een mededelingsplicht leest²² –, en aan de

19 Zie par. 4.2.3 voor een verantwoording van deze keuze (specifiek m.b.t. art. 6:98 BW).

20 Zie daarover bijv. Giesen 1997, p. 49-50, 62 e.v.; en Pijs 2009b, p. 170 e.v. Zie ook HR 24 december 2010, L/JN BO1799, NJ 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje c.s.), r.o. 3.7-3.8, waar de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid i.v.m. een door een financiële dienstverlener geschonden waarschuwingsplicht van de hand wees. Zie ook de bijbehorende NJ-annotatie van T.F.E. Tjong Tjin Tai, sub 3 en voorts de bespreking van dit arrest (afgezien van de causaliteitsproblematiek) in par. 4.8.7.

21 Zie over de betekenis van 'normale typen' voor de classificatie van juridische verschijnselen Meijers 1958, p. 30-31.

22 Vranken 1989, p. 136. Anders Cohen Henriquez 1990, p. 455-456, die (in zijn recensie van het boek van Vranken) betoogt dat de ingebrekestelling 'een heel andere functie heeft' dan bijv. de precontractuele mededelingsplicht bij dwaling.

informatieplicht van de gebruikers van algemene voorwaarden, zoals verankerd in art. 6:234 BW.²³

De rechtsvergelijking, toegespitst op het Franse, Duitse, Engelse en Europese recht,²⁴ wordt in dit onderzoek strategisch ingezet, als referentiepunt of ter onderbouwing van gehuldigde standpunten. Met het oog daarop wordt zij zoveel mogelijk geïntegreerd in de behandeling van het Nederlandse recht. Voor een goed begrip van de materie voorzien par. 2.5 e.v. tevens in korte rechtsvergelijkende introducties per rechtsstelsel. Met het oog op de omvang van deze studie is voor een volledige behandeling van het buitenlandse recht geen plaats.

Dat laatste geldt meer in het algemeen ook voor het Nederlandse recht. Zelfs binnen de zojuist getrokken grenzen laat de omvang van het onderwerp geen uitputtende behandeling toe. Derhalve blijven in dit boek vele uitspraken onbesproken, vele bronnen onvermeld en vele zijpaden onbewandeld. Gestreefd wordt naar een representatieve weergave van het geldende recht, en een reflectie daarop.

1.4 METHODE

Dit onderzoek is positiefrechtelijk van aard. Het behelst een studie van jurisprudentie over informatieplichten in het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Dienovereenkomstig staat het perspectief van de rechter centraal. Het gaat mij om de vraag hoe de rechter zijn oordeel over de wederzijdse informatieplichten van partijen moet inkleden en motiveren.²⁵

Vranken heeft vraagtekens geplaatst bij een dergelijke 'primair op de rechter als rolmodel gerichte rechtswetenschap'.²⁶ Zijn gedachte is dat juridisch onderzoek ook aandacht moet besteden aan metajuridische inzichten, en meer in het bijzonder aan empirische gegevens.²⁷ Toegespitst op het onderwerp van deze studie kan hier met name worden gedacht aan inzichten uit de rechtseconomie en de rechtspsychologie. De rechtseconomie stelt zich op het standpunt dat informatie een 'goed' is, dat een bepaalde economische

23 Vgl. overigens HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 m.nt. JH (Geurtzen/Kampstaal), r.o. 3.4, waaruit blijkt dat de idee van eigen verantwoordelijkheid hier in zoverre nog een rol speelt, dat een beroep op schending van art. 6:234 BW niet mogelijk is indien de wederpartij van de gebruiker met de ingeroepen voorwaarden 'bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn'.

24 Zie par. 2.5.2 voor een verantwoording van deze keuze.

25 Zie par. 5.3.1 voor een verantwoording van deze keuze.

26 Asser/Vranken*** (2005), nr. 139.

27 Asser/Vranken*** (2005), nr. 148 e.v. Overigens stelt Vranken in nr. 147 voorop dat er op zichzelf 'niets mis' is met juridisch-dogmatisch onderzoek, maar hij wil daarmee niet volstaan. Zie ook nr. 47, waar Vranken specifiek het belang van empirische onderbouwing van informatieplichten behandelt.

waarde vertegenwoordigt.²⁸ De achterliggende gedachte is dat informatievergaring iets 'kost', namelijk een onderzoeksinspanning,²⁹ maar ook iets 'oplevert', namelijk de mogelijkheid om een rationele keuze te maken tussen schaarse middelen.³⁰ Tegen deze achtergrond betogen rechtseconomische auteurs dat een plicht tot informatieverstrekking altijd moet worden opgelegd aan de partij die kwalificeert als de 'cheapest information gatherer', derhalve degene die de benodigde informatie tegen de laagste kosten kan vergaren.³¹ De rechtspsychologie biedt op haar beurt aanknopingspunten voor nuancering van dit uitgangspunt, nu zij ervan uitgaat dat de 'homo economicus', de volledig rationeel handelende mens, niet bestaat.³² Meer in het bijzonder betogen rechtspsychologische auteurs dat de beschikbaarheid van informatie niet altijd leidt tot juiste beslissingen en dat, integendeel, 'information overload' vaak een averechts effect heeft.³³ Ben-Shahar en Schneider concluderen tegen deze achtergrond 'that the empirical history of mandated disclosure is a history of failure'.³⁴

Hoewel ik het belang van deze inzichten zeker niet wil marginaliseren, meen ik dat zij, gegeven de rechterlijke invalshoek van deze studie, buiten beschouwing kunnen blijven. Bij de beoordeling van een concreet geschil dient de rechter zich mijns inziens niet te laten leiden door macro-economische inzichten of overwegingen van massapsychologie. Hij dient zich te richten op de individuele rechtsverhouding tussen de betrokken partijen. Daarbij kunnen overwegingen van rechtseconomische of rechtspsychologische aard overigens wel zijdelings van invloed zijn, bijvoorbeeld in die zin dat de koper van een kostbare zaak de verkoper, mede vanuit economisch perspectief, niet behoeft te informeren over de waarde van de zaak,³⁵ of dat de gevaarzettende partij bij het doen van een waarschuwing, mede vanuit psychologisch perspectief, rekening dient te houden met het ervaringsfeit dat potentiële slachtoffers

28 Zie bijv. Mackaay 1982, p. 107; en Fabre-Magnan 1992, p. 72-73. Vgl. ook Kronman 1978, p. 14, die tegen deze achtergrond pleit voor 'a property right in the information'.

29 Zie bijv. Kronman 1978, p. 4; Mackaay 1982, p. 110; en Fabre-Magnan 1992, p. 73. Vgl. ook Hartlief 1999, p. 56-57, 60, die tegen deze achtergrond betoogt dat 'consumentenbescherming haar prijs heeft'.

30 Zie bijv. Mackaay 1982, p. 107, 117 en 119, die dienovereenkomstig betoogt dat informatie 'selection power' genereert.

31 Zie bijv. Kronman 1978, p. 4; Mackaay 1982, p. 145-146; Castermans & Notermans 1985, p. 144; en Vandenberghe 2011, p. 50 e.v., 71.

32 Zie bijv. Van Boom e.a. 2008, p. 26-27 (met verdere verwijzingen); en Vandenberghe 2011, p. 54 e.v.

33 Zie bijv. Giesen 2005, p. 64; 't Hart & Du Perron 2006, p. 113; Pape 2008a, p. 71-72; Pape 2008b, p. 256; Rassin 2008, p. 69, 79; Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2167; en Ben-Shahar & Schneider 2010, p. 24. Vgl. voorts Wilhelmsson 2004, p. 713, die betoogt dat informatieplichten ook 'counterproductive in a distributive welfarist sense' kunnen zijn.

34 Ben-Shahar & Schneider 2010, p. 64.

35 Aldus bijv. HR 19 juni 1959, *NJ* 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert), besproken in par. 3.7.14.

niet steeds de nodige oplettendheid betrachten.³⁶ Zo beschouwd denk ik dat het Nederlandse verbintenissenrecht vanuit rechtseconomisch en rechtspsychologisch perspectief geen slecht figuur slaat.³⁷ Ook daarom acht ik een metajuridische beschouwing binnen het kader van dit onderzoek niet noodzakelijk.

Op een heel algemeen niveau verschaffen de rechtseconomie en de rechtspsychologie mijns inziens wel een belangrijk inzicht voor de beoordeling van informatieplichten, namelijk dat informatieverstrekking altijd een keerzijde heeft, niet alleen in economische zin (vanwege de daaraan verbonden kosten), maar ook in psychologische zin (vanwege het risico van 'information overload'). Dit pleit ervoor om mededelings- en waarschuwingsplichten slechts aan te nemen, indien daarvoor onder de gegeven omstandigheden goede gronden zijn. Deze visie vormt een hoofdlijn van mijn betoog.

1.5 TERMINOLOGIE

1.5.1 Informatieplichten

In par. 1.1 bleek reeds dat ik de term 'informatieplichten' in ruime zin hanteer ter aanduiding van zowel plichten tot *verstrekking* van informatie als plichten tot *vergaring* daarvan. Deze benadering is geen gemeengoed. In de literatuur wordt de term informatieplichten (kennelijk) vooral ter aanduiding van mededelingsplichten gebruikt. De daartegenover staande onderzoeksplichten duiden de meeste auteurs liever afzonderlijk aan.³⁸ Het omgekeerde – het gebruik van de term informatieplichten ter aanduiding van vooral onderzoeksplichten – komt ook voor.³⁹ Voorts lijken veel auteurs bij het spreken van 'informatieplichten' voornamelijk de uit het *contractenrecht* voortvloeiende mededelingsplichten (en eventueel onderzoeksplichten) op het oog te hebben. De delictuele 'waarschuwingsplichten' (en eventueel onderzoeksplichten) worden er doorgaans niet onder begrepen.⁴⁰ In de jurisprudentie lijkt de rechter – begrijpelijkerwijs – te kiezen voor een zo concreet mogelijke terminologie, door voor

36 Aldus bijv. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis), r.o. 3.3, besproken in par. 4.4.6.

37 Vgl. ook par. 4.1.3, over de rechtseconomische achtergrond van de Kelderluikfactoren in het gevaarzettingsleerstuk.

38 Zie bijv. Cohen Henriquez 1990, p. 454; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 24; Hesselink 1999, p. 257-258; en Hardy 2009, p. 71 e.v. Vgl. ook in ander verband Hijma 2010, nr. 35, over de 'informatieplicht' van de gebruiker van algemene voorwaarden (art. 6:233 sub b BW).

39 Zie bijv. Castermans 1992a, p. 18; Rinkes 2007, p. 231; en Van Wechem 2008, p. 19. Vgl. ook HR 19 januari 2007, *LJN* AZ6541, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5.

40 Vgl. bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 30, 111 e.v. *Anders Vranken* 1989, p. 152 e.v., die de term 'informatieplichten' ook op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht hanteert. Zie nader over het terminologische onderscheid tussen de begrippen mededelingsplicht en waarschuwingsplicht par. 2.3.2.

ieder geval die term te kiezen die optimaal weergeeft wat van de betrokken partijen aan informatieverstrekking of -vergaring wordt verlangd. Daarbij passeren de meest uiteenlopende formuleringen de revue, van 'inzage verschaffen' in een document tot 'uitleg geven' over een contractueel beding, en van het 'grondig doorlezen' van een brochure tot het 'inwinnen van deskundig advies'.

Waar mogelijk zal in dit boek eveneens worden gekozen voor een zodanig concreet woordgebruik, maar gezien de vergelijkende opzet van het onderzoek is ook een meer algemene terminologie gewenst. Als overkoepelend begrip voor de behandelde materie komt de term informatieplichten mijns inziens het meest in aanmerking. De term is neutraal in die zin, dat deze geen dwingende associaties oproept met de mededelingsplicht of de onderzoeksplicht, respectievelijk met het contractenrecht of het aansprakelijkheidsrecht. De term is bovendien gangbaar in de literatuur, niet alleen in Nederland,⁴¹ maar ook in de ons omringende rechtsstelsels.⁴² Frankrijk kent 'l'obligation d'information', Duitsland de 'Informationspflicht', en ook in Engeland zijn 'information duties' – daargelaten dat de *common law* een geheel eigen benadering van het leerstuk der informatieplichten kent (par. 2.8.1) – niet onbekend. Sefton-Green kiest in haar rechtsvergelijkende studie van de Europese mededelings- en onderzoeksplichten bij dwaling de term 'duties to inform' beredeneerd als uitgangspunt.⁴³

Taalkundig ligt de hier gekozen ruime interpretatie van het begrip informatieplichten ook zonder meer voor de hand. Het werkwoord 'informer' kan immers overgankelijk worden gebruikt, in de betekenis van (iemand) inlichten verschaffen, maar ook onovergankelijk, in de betekenis van navraag of onderzoek doen.⁴⁴

De 'overgankelijke' informatieplichten – derhalve de plichten tot informatieverstrekking – kunnen nader worden onderscheiden in 'positieve' en 'negatieve' informatieplichten, dat wil zeggen in plichten die strekken tot de bevordering van volledige informatieverstrekking en plichten die strekken tot de verhindering van onjuiste informatieverstrekking.⁴⁵ Vooral in het dwalingsleerstuk dringt dit onderscheid zich op, nu hier behalve de passieve verzwijging van informatie (art. 6:228 lid 1 sub b BW) ook de actieve verschaffing van onjuiste

41 Zie bijv. Vranken 1989, p. 3 e.v.; Cohen Henriquez 1990, p. 456; Hartkamp 1990, p. 657; Van Rossum 1991, p. 5; Barendrecht & Van den Akker 1999; Hesselink 1999, p. 255-273; Vranken 2000, p. 154; en Hardy 2009, p. 71.

42 Vgl. bijv. De Boeck 2000, p. 5, 9-10; Pinna 2003, p. 1 e.v.; Wilhelmsson 2004, p. 719; en Busch 2008, p. 14.

43 Sefton-Green 2005, p. 1-2.

44 Zie in die zin ook Hartkamp 1990, p. 657.

45 Deze terminologie wordt, voor wat betreft het Duitse recht, ook gehanteerd door Busch 2008, p. 15-18 en 121 e.v.

informatie (art. 6:228 lid 1 sub a BW) een vernietigingsgrond oplevert.⁴⁶ De positieve plicht tot informatieverstrekking van art. 6:228 lid 1 sub b BW wordt in dit onderzoek, conform algemeen juridisch spraakgebruik, aangeduid als ‘mededelingsplicht’.⁴⁷ De negatieve informatieplicht van art. 6:228 lid 1 sub a BW wordt in hoofdstuk 3 in positieve termen geherformuleerd als ‘waarheidsplicht’, teneinde een vergelijking met de mededelingsplicht van lid 1 sub b mogelijk te maken (par. 3.6.6).

1.5.2 Kennis en informatie

Het begrip ‘kennis’ hanteer ik in dit onderzoek in ruime zin, ter aanduiding van hetgeen justitiabelen *weten of behoren te weten*. Tenzij van een andere bedoeling blijkt, mag de lezer het begrip kennis dus opvatten als ‘al dan niet geobjectiveerde kennis’. Een nadere analyse van het verschil tussen subjectieve kennis (het weten) en geobjectiveerde kennis (het behoren te weten) volgt in par. 5.2.2 e.v.

Een strikte afbakening van het begrip ‘informatie’ ligt, gezien de brede opzet van dit onderzoek, niet voor de hand. Onder ‘informatie’ begrijp ik behalve *zakelijke* gegevens ook de *persoonlijke* informatie die besloten kan liggen in gedachten, bedoelingen en verwachtingen van partijen.⁴⁸ Juist die persoonlijke informatie kan bij de toepassing van informatieplichten van groot belang zijn. Een bekend voorbeeld zijn de onderzoeksplichten uit hoofde van art. 3:35 BW, die betrekking hebben op de vraag of een afgelegde verklaring conform de bedoelingen van de verklarende partij was (par. 3.2.2). Dienovereenkomstig definieert Pinna het begrip informatie in ruime zin als ‘knowledge concerning persons or facts’.⁴⁹ Zelf zou ik, conform het bovenstaande, het begrip kennis (*knowledge*) liever reserveren voor de ‘state of mind’ die het *resultaat* is van de verwerking van informatie.⁵⁰ Dankzij het ontvangen of vergaren van informatie vergroot men zijn kennis. Het recht kan die kennis puur subjectief benaderen, door uit te gaan van de daadwerkelijke kennis van de persoon in kwestie, maar ook in mindere of meerdere mate objectief, door bijvoorbeeld aan te knopen bij de veronderstelde kennis van een maatman-figuur. Waar

46 Overigens kan het onderscheid tussen onjuiste en onvolledige informatieverstrekking in de praktijk niet altijd scherp worden gemaakt. Zie bijv. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 87A. Vgl. ook De Boeck 2002, p. 85, die m.b.t. dwaling kortweg spreekt van een ‘Recht op juiste en volledige informatie’. Vgl. voorts Busch 2008, p. 124.

47 De eveneens gangbare term ‘spreekplicht’ wordt in dit onderzoek vermeden, niet uit principiële overwegingen maar omwille van een consequent taalgebruik.

48 Vgl. over dit onderscheid Wilms 1980, p. 515.

49 Pinna 2003, p. 9. Vervolgens bakent Pinna het begrip ‘informatie’ echter weer nader af, door het te onderscheiden van ‘advies’ (*advice*). Zie p. 18.

50 Vgl. Valkhoff 1966, p. 9, die de begrippen ‘kennis’ en ‘onkunde’ op één lijn plaatst met de begrippen ‘wetenschap’ en ‘onwetendheid’. Zie voor een inventarisatie van diverse (wettelijke) termen m.b.t. kennis en onwetendheid ook Valkhoff 1966, p. 48.

het begrip 'kennis' zich dus leent voor objectivering, is 'informatie' in mijn visie een zuiver feitelijk begrip.

Binnen het contractenrecht is het niet ongebruikelijk om de betiteling van informatieplichten af te stemmen op het *type* informatie waarop zij betrekking hebben. Zo reserveert Castermans in zijn dissertatie de term onderzoeksplicht voor de verplichting tot het 'vergaren van gegevens door de ene partij zonder dat daarbij de andere partij wordt ingeschakeld'. Kennelijk doelt hij hiermee vooral op onderzoek naar *zakelijke* informatie, zoals het inspecteren van een te koop aangeboden auto of het informeren bij een gemeente naar de bestemming van een te koop staand huis. Het begrip informatieplicht vat Castermans relatief eng op als de gehoudenheid tot het 'inwinnen van informatie bij de wederpartij'. Blijkens het door hem genoemde voorbeeld – de plicht van een verzekeraar om te informeren naar het strafrechtelijk verleden van een verzekerde – heeft hij hier vooral het oog op *persoonlijke* informatie. De 'mededelingsplicht' – het centrale thema van zijn dissertatie – definieert Castermans in ruime zin als de verplichting tot het 'verstrekken van inlichtingen aan de wederpartij'. Ter onderbouwing van deze terminologische driedeling voert hij aan dat bij de twee laatstgenoemde plichten de 'communicatie tussen partijen' centraal staat, terwijl de eerstgenoemde plicht meer eenzijdig van aard is.⁵¹

Inderdaad gaat het bij een onderzoeksplicht omtrent zakelijke informatie meestal niet om *uitwisseling* van informatie door partijen. Zulke zakelijke informatie is immers vaak – niet altijd – verkrijgbaar zonder medewerking van de wederpartij. Daarmee is mijns inziens niet gezegd dat de communicatie tussen partijen niet langer in het geding is. Een onderzoeksplicht als hier bedoeld strekt mede ter bescherming van de wederpartij, die erop mag vertrouwen dat het onderzoek naar de desbetreffende (zakelijke) informatie wordt gedaan.⁵² Daarmee is die onderzoeksplicht voor de communicatie tussen partijen van beslissend belang, nu zij impliceert dat bepaalde zaken in hun onderlinge verhouding onbesproken mogen blijven. Tegen deze achtergrond acht ik een rubricering van informatieplichten naar gelang van de zakelijke of persoonlijke aard van de betrokken informatie voor het onderhavige onderzoek minder bruikbaar. Een algemene indeling in termen van 'mededelingsplichten' en 'onderzoeksplichten' volstaat, met 'informatieplichten' als overkoepelend begrip. Wel is het, gelet op de gekozen vraagstelling (par. 1.2), dienstig om een terminologisch onderscheid te (kunnen) maken tussen de informatieplichten die voortvloeien uit het contractenrecht respectievelijk het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Daartoe zal ik, korthedshalve, spreken over '(pre)contractuele' en 'delictuele' informatieplichten. In de nu volgende paragraaf wordt dat terminologische onderscheid nader uitgewerkt.

51 Castermans 1992a, p. 18.

52 Vgl. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

1.5.3 (Pre)contractuele vs. delictuele informatieplichten

In het contractenrecht pleegt een onderscheid te worden gemaakt tussen 'precontractuele' en 'contractuele' informatieplichten.⁵³ Contractuele informatieplichten, zo is de gedachte, behoren tot de contractueel bepaalde verbintenissen van partijen, zodat een schending ervan ingevolge art. 6:74 BW zonder meer contractbreuk oplevert. Precontractuele informatieplichten vloeien voort uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid, zodat een schending ervan in beginsel slechts kan leiden tot het verval van bepaalde remedies of tot anderszins nadelige consequenties voor de verantwoordelijke partij.⁵⁴ Met name voor het leerstuk der niet-nakoming is het onderscheid derhalve van groot belang (par. 3.10.1). In het onderhavige onderzoek ligt de nadruk op precontractuele informatieplichten, die zich immers, als verschijningsvormen van het ongeschreven privaatrecht, het best lenen voor vergelijking met de delictuele waarschuwingsplichten uit het gevaarzettingsleerstuk. Waar ik het oog heb op het geheel van precontractuele en contractuele informatieplichten, derhalve op alle uit het contractenrecht voortvloeiende informatieplichten, spreek ik korthedshalve van '(pre)contractuele' informatieplichten.

Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht kent een eigen regime van informatieplichten, die vooral voortvloeien uit de wet en de maatschappelijke zorgvuldigheid. Meestal worden deze informatieplichten aangeduid als 'waarschuwingsplichten', waar het de verstrekking van informatie door de laedens betreft, en 'onderzoeksplichten', waar het de vergaring van informatie door de laedens of de gelaedeerde betreft. Om een vergelijking met de zojuist bedoelde (pre)contractuele informatieplichten mogelijk te maken, zal ik de onderhavige waarschuwings- en onderzoeksplichten gezamenlijk aanduiden als 'delictuele' informatieplichten. Het begrip 'waarschuwingsplicht' hanteer ik in brede zin als het delictuele equivalent van de (pre)contractuele mededelingsplicht. Daarbij zij bedacht dat waarschuwingsplichten in de hedendaagse jurisprudentie, anders dan hun taalkundige betekenis doet vermoeden, ook buiten de sfeer van fysiek gevaar worden toegepast, bijvoorbeeld waar het gaat om risico's van financieel-economische aard.⁵⁵ Dat maakt een vergelijking met de (pre)contractuele mededelingsplichten eens te meer interessant. De vraag of er tussen de begrippen mededelingsplicht en waarschuwingsplicht

53 Zie bijv. Fabre-Magnan 1992, p. 3; Ghestin 1993, nr. 595; Hesselink 1999, p. 256; Hardy 2009, p. 71; en Sefton-Green 2005, p. 11-12. Vgl. ook De Boeck 2000, p. 31, die als derde rubriek de 'postcontractuele' informatieplicht onderscheidt.

54 Aldus de zgn. 'functionele' benadering, die het onderscheid tussen precontractuele en contractuele informatieplichten relateert aan hun potentiële *rechtsgevolgen* (zie bijv. Fabre-Magnan 1992, p. 224-227), in tegenstelling tot de 'chronologische' benadering, die het *ontstaansmoment* van de informatieplichten tot uitgangspunt neemt (zie bijv. De Boeck 2000, p. 31-36).

55 Zie bijv. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.10.3, besproken in par. 4.8.5.

een verschil in intensiteit bestaat, in die zin dat waarschuwingsplichten verder reiken dan mededelingsplichten, is een vraag die het terminologische debat overstijgt. Zij komt afzonderlijk aan de orde in par. 2.3.2.

1.6 PLAN EN WIJZE VAN BEHANDELING

De kern van dit onderzoek wordt gevormd door de hoofdstukken 3 en 4, waarin respectievelijk het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht worden behandeld. Deze hoofdstukken zijn leerstuksgewijs opgebouwd, in die zin dat de informatieplichten hier worden ingebed in de gangbare structuur van het verbintenissenrecht. Centraal staan de mededelingsplicht bij dwaling (par. 3.6.1 e.v.) en de waarschuwingsplicht bij gevaarzetting (par. 4.3.1 e.v.).

De hoofdstukken 2 en 5 fungeren respectievelijk als inleiding tot en als nabeschouwing bij de tussenliggende hoofdstukken. Hoofdstuk 2, getiteld 'terreinverkenning', heeft een oriënterende functie. Hier worden preliminaire kwesties behandeld, zoals de geschiedenis van informatieplichten (par. 2.1), hun juridische grondslag (par. 2.2), hun inhoud en strekking (par. 2.3) en het rechtskarakter ervan (par. 2.4). Afgesloten wordt met een rechtsvergelijkende excursie (par. 2.5 e.v.), die dient als opmaat voor de behandeling van het Nederlandse recht in de volgende twee hoofdstukken. Hoofdstuk 5 heeft een concluderende functie. Hier worden drie algemene thema's behandeld, die als een rode draad door het onderzoek lopen, te weten de relatie tussen kennis en verantwoordelijkheid (par. 5.2), de daaruit voortvloeiende plichten tot informatievergarings- en -verstrekking (par. 5.3) en de onderliggende spanning tussen zelfredzaamheid en altruïsme (par. 5.4). Anders dan de leerstuksgewijs georiënteerde hoofdstukken 3 en 4 zijn de hoofdstukken 2 en 5 'synthetisch' van aard, in die zin dat de (pre)contractuele en delictuele informatieplichten hier vanuit een overkoepelend perspectief worden gezien.

Over de wijze van behandeling van de stof zij hier ten slotte nog het volgende opgemerkt. Een kenmerk van de hier behandelde informatieplichten is dat zij zich moeilijk los van de omstandigheden van het geval laten beschouwen. Voor de rechtswetenschapper die deze informatieplichten in kaart wil brengen, creëert dit een dilemma. Een casuïstische benadering brengt immers de grote lijn van zijn betoog in gevaar, terwijl anderzijds een globale benadering de overtuigingskracht ervan aantast. Een middenweg is soms mogelijk, maar biedt dan dikwijls vlees noch vis. Daarom heb ik in de hoofdstukken 3 en 4 – waar dit dilemma zich voordeed – gekozen voor een combinatie van beide benaderingen. Dit betekent dat ik de belangrijkste arresten van de Hoge Raad (en een enkele uitspraak van de feitenrechter) in afzonderlijke paragrafen behandel, met veel aandacht voor de omstandigheden van het geval. Deze paragrafen zijn ingebed in een breder kader, waarin de grote lijn van het betoog wordt geschetst. De keerzijde van deze benadering schuilt in een

toename van de omvang van het betoog. Gelet op het bovenstaande acht ik die toename gerechtvaardigd. Daarbij komt dat de casuïstiek naar mijn mening de grote charme van het hier besproken onderwerp uitmaakt. Ik hoop dat Baris en Riezenkamp, Brom en Schoonenberg, Sjouwerman en Duchateau het betoog verlichten in plaats van bezwaren.

2 | Terreinverkenning

2.1 HISTORISCHE ONTWIKKELING

2.1.1 Algemeen

Informatieplichten zijn als juridisch verschijnsel van oudsher bekend.¹ De gedachte dat men justitiabelen kan 'afrekenen' op hun kennis, en dat zij in verband hiermee gehouden kunnen zijn tot het vergaren of verstrekken van informatie, is waarschijnlijk zo wezenlijk juridisch, dat de ultieme rechtshistorische bron daarvan niet valt aan te wijzen. Cicero (106-43 v.Chr.) verhaalt in zijn klassieke verhandeling 'over de plichten' (*de officiis*) reeds van het dilemma van de koopman van Rhodos. Deze is met een schip vol graan op weg naar het door hongersnood geteisterde eiland Rhodos en vraagt zich af of hij de hongerige bewoners, alvorens zijn graan aan hen te verkopen, moet mededelen dat nog vele andere graanschepen naar het eiland op weg zijn, met alle gevolgen van dien voor de te rekenen graanprijs.² Volgens Cicero heeft de koopman inderdaad een dergelijke mededelingsplicht: het met het oog op eigen gewin verbergen van informatie die voor de wederpartij van cruciaal belang is, kan naar zijn mening niet door de beugel.³ Getuige de vele verwijzingen naar bronnen van vóór zijn tijd was Cicero niet de eerste die hierover schreef, en hij was zeker niet de laatste. Grote denkers als Thomas van Aquino (1225-1274) en Hugo de Groot (1583-1645) lieten zich erover uit,⁴ en tot op de dag van vandaag spelen informatieplichten in rechtspraak en literatuur een belangrijke rol.

Hoewel dus de achterliggende problematiek door de eeuwen heen gelijk is gebleven, zou het een misverstand zijn te menen dat over informatieplichten al het nodige inmiddels is gezegd. Ieder tijdsgewricht kent zijn eigen informatieplichten en steeds opnieuw is de bestudering ervan, in het licht van de actuele maatschappelijke context, gerechtvaardigd en gewenst. Vranken was

1 Zie voor een historische beschrijving bijv. Schermaier in: Sefton-Green 2005, p. 39-64. Vgl. ook De Boeck 2000, p. 10-21; en Raaijmakers 2002, p. 69-70.

2 Cicero, Boek III, par. XII (50-53).

3 Cicero, Boek III, par. XIII (57).

4 Thomas van Aquino, Boek II, deel II, quaestio 77, articulus 3; en Grotius, Boek II, hoofdstuk XII, par. IX. Beide auteurs verwerpen overigens de opvatting van Cicero over de koopman van Rhodos.

de Cicero van de twintigste eeuw. Met zijn bekende boek uit 1989 vestigde hij de aandacht op een ontwikkeling in de toenmalige jurisprudentie, die duidde op een toenemend belang van informatieplichten voor het gehele verbintenissenrecht.⁵ Evenmin als Cicero was hij de eerste die over het onderwerp schreef,⁶ maar het lijkt er wel op dat Vranken voor het eerst bij velen het besef heeft doen groeien dat het geheel der informatieplichten als een zelfstandig *leerstuk* binnen ons verbintenissenrecht kan worden beschouwd.⁷ Velen beschouwden zijn boek dan ook als een *eyeopener*. In zijn recensie van het boek schreef Hartkamp:

‘M.i. zijn de door Vranken geschetste ontwikkelingen niet van minder belang dan de komst van het nieuwe BW. (...) Naar mijn mening mag geen jurist en geen aankomend jurist die wil of moet weten wat er in het verbintenissenrecht omgaat, Vrankens boek ongelezen laten.’⁸

Om een indruk te geven van de bedoelde ontwikkelingen, die vooral in de tweede helft van de twintigste eeuw moeten worden gesitueerd, volgt hieronder een inventarisatie van de belangrijkste arresten van de Hoge Raad, die de opkomst van informatieplichten in het verbintenissenrecht markeren.

2.1.2 Opkomst van informatieplichten in het contractenrecht

De ontwikkeling van informatieplichten tot zelfstandig leerstuk lijkt te zijn begonnen op het terrein van het contractenrecht,⁹ dat zich naar zijn aard goed leent voor het aannemen van informatieplichten (par. 3.1.1). Vooral het dwalingsleerstuk (art. 1358 BW (oud) / 6:228 BW) en de verzwijgingsregeling in het verzekeringsrecht (art. 251 WvK / 7:928 e.v. BW) bevatten van oudsher aanknopingspunten voor het aannemen van informatieplichten. Een klassieke verwijzing naar een informatieplicht in de jurisprudentie van de Hoge Raad is te vinden in het Koperdraad-arrest uit 1925, waarin het ging om de verkoop van een partij koperdraad tijdens de Eerste Wereldoorlog.¹⁰ De koper beriep zich op dwaling omdat de verkoper tegenover hem zou hebben verzwegen dat voor een dergelijke transactie onder de toenmalige oorlogsomstandigheden

5 J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

6 Met name op het terrein van de dwaling was al het nodige over informatieplichten geschreven. Zie vooral het beroemde opstel van Cohen Henriquez 1976. Vgl. ook reeds Meijers 1922, p. 418; en Valkhoff 1966, p. 20 e.v.

7 Vgl. Vranken 1989, p. 206. Zie verder bijv. Cohen Henriquez 1990, p. 454; Gerbrandy 1990, p. 285; en Raaijmakers 2002, p. 59.

8 Hartkamp 1990, p. 663. Zie in gelijke zin Cohen Henriquez 1990, p. 457.

9 Vgl. Vranken 1989, p. 3; Cohen Henriquez 1990, p. 454; Van Rossum 1990a, p. 46; Honée 1997, p. 40; en Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 4.

10 HR 14 november 1924, NJ 1925, 96 (Koperdraad).

toestemming van de Britse regering was vereist. In cassatie erkende de Hoge Raad met zoveel woorden de mogelijkheid dat voor de verkoper 'naar billijkheid, gebruik of wet, bij het aangaan der overeenkomst, spreken plicht was'.¹¹ Het beroep op dwaling faalde nochtans, omdat naar de aard van de overeenkomst de koper bekend had moeten zijn met de handelsbelemmering in kwestie. Kennelijk prevaleerde in dit geval de onderzoeksplicht van de koper boven de potentiële mededelingsplicht van de verkoper.

Was aldus de kiem van het leerstuk der informatieplichten in het contractenrecht reeds gelegd, wortel schieten kon dat leerstuk pas vanaf 1957, het jaar van Baris/Riezenkamp.¹² In dat belangrijke arrest verschafte de Hoge Raad de dogmatische grondslag voor het aannemen van precontractuele informatieplichten, door te overwegen dat contracterende partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen en dat zij in verband hiermee gehouden zijn om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen ter voorkoming van een onjuiste voorstelling van zaken. De nadruk lag voorts nog op de onderzoeksplicht van de onwetende contractspartij (par. 3.1.3), maar in latere jurisprudentie kreeg ook de mededelingsplicht van de wederpartij aandacht. In de 'Kantharos van Stevensweert' uit 1959 verwees de Hoge Raad uitdrukkelijk naar de mededelingsplicht van de koper in gevallen verkopersdwaling.¹³ De meer gangbare mededelingsplicht van de *verkoper* verscheen ten tonele in het arrest Van der Beek/Van Dartel uit 1973,¹⁴ waarin ook de verhouding van die mededelingsplicht tot de onderzoeksplicht van de koper werd behandeld.

In de daarop volgende decennia heeft vooral die verhouding tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht de jurisprudentie op het terrein van het contractenrecht beheerst (par. 3.6.13 e.v.). De ontknoping volgde in 1998 met het principiële geformuleerde arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg,¹⁵ waarin de Hoge Raad een potentiële overlap tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling aanvaardde. Als hoofdregel werd vooropgesteld dat de mededelingsplicht van de verkoper boven de onderzoeksplicht van de koper prevaleert, met als nadere uitwerking dat die regel ook strekt tot bescherming van de onvoorzichtige koper. Meer recente jurisprudentie bevestigt dat de Hoge Raad in het contractenrecht met informatieplichten een structurele bescherming van de onwetende contractspartij nastreeft. Deze bescherming komt vooral hierop neer, dat volgens de Hoge Raad 'niet te spoedig voorrang aan de

11 Die overweging naar aanleiding van het eerste cassatiemiddel had overigens betrekking op bedrog als grondslag voor vernietiging van de overeenkomst.

12 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

13 HR 19 juni 1959, *NJ* 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert), besproken in par. 3.7.14.

14 HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel), besproken in par. 3.6.16.

15 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), besproken in par. 3.7.7.

onderzoeks-/informatieplicht van die partij boven de mededelingsplicht van de andere partij dient te worden gegeven en dat bij een daartoe strekkend oordeel op alle bijzondere omstandigheden van het geval moet worden gelet'.¹⁶

2.1.3 Opkomst van informatieplichten in het aansprakelijkheidsrecht

In het aansprakelijkheidsrecht hebben informatieplichten niet altijd zo duidelijk op de voorgrond gestaan.¹⁷ Toch hebben zij ook op dit terrein nooit een geheel onbekend verschijnsel gevormd. In de geschiedenis van het leerstuk der informatieplichten kan het aansprakelijkheidsrecht zelfs min of meer als voorloper van het contractenrecht worden beschouwd, omdat voor het aannemen van delictuele onderzoeks- en mededelingsplichten in ieder geval sinds 1919, het jaar van het beroemde arrest Lindenbaum/Cohen,¹⁸ een duidelijke jurisprudentiële basis bestond. Op grond van 'de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed' konden, nog voordat de Hoge Raad in Baris/Riezenkamp de precontractuele goede trouw had geïntroduceerd, informatieplichten tussen contracterende partijen worden aangenomen. Illustratief is het Huwelijkskansen-arrest uit 1947, waarin de Hoge Raad het verzwijgen van relevante informatie bij de totstandkoming van een alimentatieovereenkomst als onrechtmatig bestempelde.¹⁹ Ook buiten de (pre)contractuele sfeer biedt het aansprakelijkheidsrecht vele vroege voorbeelden van informatieplichten. In het klassieke arrest Wegdek Ferwerderadeel uit 1942 werd reeds een (impliciete) waarschuwingsplicht van de wegbeheerder omtrent gebreken van de weg aangenomen.²⁰ Een (eveneens impliciete) onderzoeksplicht van de bezitter van een potentieel gevaarlijke zaak was aan de orde in het arrest Acetylenecilinder uit 1933.²¹

Tot halverwege de twintigste eeuw waren *waarschuwingsplichten*, als meest in het oog springende verschijningsvormen van de delictuele informatieplicht, relatief zeldzaam in het aansprakelijkheidsrecht. Veel nadruk lag op de eigen verantwoordelijkheid van de potentiële slachtoffers of, zo men wil, op hun

16 HR 19 januari 2007, *LJN AZ6541*, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), besproken in par. 3.6.16.

17 Vgl. Vranken 1989, p. 152.

18 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen), waarin de Hoge Raad de zogenaamde 'ruime opvatting' omtrent onrechtmatigheid aanvaardde. Zie over de meer 'legistische' periode die daaraan voorafging Van Maanen 1986, p. 121 e.v., die overigens concludeert dat ook reeds in de negentiende eeuw het onrechtmatigheidsbegrip ruimer werd opgevat dan dikwijls uit het terughoudende arrest HR 10 juni 1910, *W* 9038 (Zutphense Juffrouw) wordt afgeleid (p. 152-153).

19 HR 25 april 1947, *NJ* 1947, 270 m.nt. EMM (Huwelijkskansen).

20 Zie HR 9 januari 1942, *NJ* 1942, 295 (Wegdek Ferwerderadeel).

21 Zie HR 6 april 1933, *NJ* 1933, 881 m.nt. EMM (Acetylenecilinder). Zie voor meer (ook oudere) jurisprudentie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 22 e.v.

eigen 'onderzoeksplicht'. Illustratief is het arrest Cohen/Van Saane c.s. uit 1940, waarin aansprakelijkheid voor de gevolgen van een val in een keldergat zonder omhaal werd afgewezen onder verwijzing naar de 'normale gezichtsvermogens en opmerkingsgave' van het slachtoffer.²² In de daarop volgende decennia ontstond gaandeweg meer aandacht voor de feilbaarheid en kwetsbaarheid van het slachtoffer, zodat ook de praktische betekenis van de waarschuwingsplicht toenam.²³ In het bekende arrest Doorgezaagde balkonleuning uit 1955 werd voor het eerst aanvaard dat de dader 'met de mogelijkheid zelfs van een zekere onvoorzichtigheid' van het slachtoffer rekening had moeten houden.²⁴ Het feit dat Van der Dussen, de bewoner wiens balkonhek moest worden verwijderd, had kunnen *waarnemen* dat timmerman Van Baggum alvast één van de balkonleuningen had doorgezaagd, nog voordat Van der Dussen de ontruiming van zijn balkon had voltooid, ontsloeg de timmerman 'geenszins' van diens verplichting om Van der Dussen 'tijdens de manoeuvre (...) nog eens bijzonder op dit gevaar opmerkzaam te maken', aldus het hof in zijn tevergeefs bestreden oordeel.

In het Kelderluik-arrest uit 1965 besliste de Hoge Raad opnieuw, en ditmaal uitdrukkelijk, dat de dader zo nodig moet anticiperen op onvoorzichtigheid van het slachtoffer, maar hij benadrukte in dit verband ook het belang van de omstandigheden van het geval (par. 4.1.3).²⁵ Op deze basis is sindsdien een indrukwekkende reeks jurisprudentie opgebouwd, waarbij opvalt dat de idee van slachtofferbescherming, zeker vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw, steeds meer aandacht heeft gekregen. Anno 1996 constateerden Bolt en Spier in hun gezaghebbende NJV-preadvies een 'uitdijende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht'. Zij zagen 'aanwijzingen dat het aansprakelijkheidsrecht en vooral ook de claim-bereidheid op drift zijn geraakt en dat deze tendens zich (...) zal voortzetten'.²⁶ Drie jaar later vertolkte de Minister van Justitie hetzelfde *fin-de-siècle* gevoel, door in een brief aan de Tweede Kamer op te roepen tot bezinning op de 'uitwassen' van de claimcultuur.²⁷ Een reactie vanuit de rechterlijke macht bleef niet uit. Het nieuwe millennium begon met enkele terughoudende arresten van de Hoge Raad, bijvoorbeeld op het terrein van de ongelukkige samenloop van omstandigheden en de werkgeversaansprakelijkheid,²⁸ waarmee een tegenbeweging leek te zijn inge-

22 HR 18 april 1940, *NJ* 1941, 130 m.nt. EMM (Cohen/Van Saane en Amsterdam IV).

23 Vgl. Vranken 1989, p. 160-161. Zie ook Meijers 1935-1936, p. 580-581, alwaar de kentering reeds waarneembaar is.

24 HR 11 februari 1955, *NJ* 1955, 218 m.nt. LEHR (Doorgezaagde balkonleuning).

25 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

26 Zie Bolt & Spier 1996, p. 404. Overigens signaleerden zij ook een tegenbeweging (reeds op p. 3).

27 Brief van de Minister van Justitie inzake de claimcultuur, *Kamerstukken II* 1998/99, 26630, nr. 1, p. 9.

28 Zie bijv. HR 12 mei 2000, *NJ* 2001, 300 m.nt. JH (Verhuizende zusjes) en HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004, 175 m.nt. GHvV onder 177 (Laudy/Fair Play).

zet. Inmiddels zijn er weer uitdijende ontwikkelingen waarneembaar, getuige bijvoorbeeld het slachtoffervriendelijke Jetblast-arrest, inzake de effectiviteit van een gegeven waarschuwing,²⁹ en de jurisprudentie over zorgplichten van financiële dienstverleners.³⁰

De uitdijng van het aansprakelijkheidsrecht is gedurende de afgelopen decennia dus niet eenparig, maar volgens een golfbeweging verlopen.³¹ Ook de koers van de delictuele informatieplichten was dientengevolge aan schommeling onderhevig. Lag nu eens de nadruk op de waarschuwingsplicht van de dader als altruïstisch instrument, dan weer kreeg de onderzoeksplicht van het slachtoffer de overhand, als symbool van de eigen verantwoordelijkheid van ieder mens als deelnemer aan het maatschappelijk verkeer. Van een structureel beschermingsbeleid ten opzichte van onwetende slachtoffers, vergelijkbaar met het algemene beschermingsregime voor onvoorzichtige contractanten in het dwalingsleerstuk, is in het aansprakelijkheidsrecht tot op heden (ogenschijnlijk) geen sprake. Recente jurisprudentie lijkt veeleer te bevestigen dat aan de gelding van een delictuele waarschuwingsplicht nog altijd tamelijk strenge eisen worden gesteld (par. 4.2.11). In die zin speelt de eigen verantwoordelijkheid in het aansprakelijkheidsrecht tot op de dag van vandaag een prominente rol (par. 4.1.2).

2.1.4 Opkomst van zorgplichten in het verbintenissenrecht

De opkomst van informatieplichten in het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht kan in verband worden gebracht met een meer algemene tendens in het verbintenissenrecht van de afgelopen decennia. Vooral sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw lijkt de jurisprudentie van de Hoge Raad in toenemende mate in het teken te staan van bescherming van de zwakkere, zoals door onder anderen Van Schellen en Hartlief (respectievelijk met instemming en met reserve) is geconstateerd.³² Deze beschermingstendens komt meer expliciet tot uitdrukking in de opkomst van ongeschreven *zorgplichten*, zoals gesignaleerd in par. 1.2. Deze zorgplichten doen zich gelden binnen zowel het contractenrecht als het aansprakelijkheidsrecht, en het lijkt erop dat de rechtspraktijk hun terminologie bij voorkeur gebruikt indien men zich niet wil vastleggen op een contractuele dan wel delictuele grondslag voor (toe-

29 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), besproken in par. 4.3.8.

30 Zie bijv. HR 5 juni 2009, LJN BH2815, RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia), besproken in par. 4.8.5.

31 Aldus ook Bolt & Spier 1996, reeds op p. 3.

32 Zie Van Schellen 1980, p. 3 e.v.; Van Schellen 1983, p. 3 e.v.; en Van Schellen 1988, p. 139 e.v., resp. Hartlief 1999, p. 1 e.v.; en Hartlief 2002, p. 481, 494. Zie voorts over deze beschermingstendens bijv. Langemeijer 1994, p. 90-103; en Hartkamp 2010a, nr. 16.

of afwijzing van) de vordering.³³ Tjong Tjin Tai definieert het begrip zorgplicht in zijn daaraan gewijde dissertatie als 'een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object.'³⁴ Het betreft volgens hem een 'abstracte norm', die aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden uitgewerkt in concrete 'zorgverplichtingen'. Deze zorgverplichtingen kunnen negatief of positief van aard zijn, in die zin dat zij kunnen strekken tot het 'ontzien' respectievelijk het 'bevorderen' van andermans belangen. Gezamenlijk vinden zij hun grondslag in, wat Tjong Tjin Tai noemt, de 'algemene zorgplicht'. Dat is een plicht tot 'rekening houden met andermans belangen', die als 'overkoepelende eenheid (...) de verschillende gebieden van het recht verbindt'.³⁵

De jurisprudentie op het terrein van het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht bevestigt het toegenomen belang van de bedoelde zorgplichten. In de contractuele sfeer heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld op grond van art. 6:228 lid 1 sub a BW een zorgplicht van een ziekenhuis aanvaard met betrekking tot de duidelijkheid van een aan het ziekenhuispersoneel verstrekte folder over een afvloeiingsregeling.³⁶ Op het buitencontractuele terrein van de gevaarstelling heeft de Hoge Raad geoordeeld dat 'bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid' kunnen voortvloeien uit 'een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet'.³⁷ Op die basis zijn in de jurisprudentie bijvoorbeeld zorgplichten van ziekenhuizen, wegbeheerders en terreinbeheerders aanvaard (par. 4.4.5 e.v.). Veel zorgplichten zijn voorts – in verband met hun overkoepelende karakter – aanvaard op het grensvlak van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Van groot belang voor de praktijk is bijvoorbeeld de zorgplicht van werkgevers met betrekking tot de veiligheid van de werksfeer, die als contractuele verbintenis wordt afgeleid uit art. 7:658 lid 1 BW, maar tevens nauw verbonden is met het delictuele leerstuk der gevaarstelling (par. 4.6.2). In een vergelijkbaar grijs gebied bevinden zich de zorgplichten op het terrein van de beroeps- en dienstenaansprakelijkheid. In de bancaire sfeer overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld in algemene zin 'dat de maatschappelijke functie van [een bank] een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte

33 Zie bijv. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), besproken in par. 4.8.5, waarin de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht afleidt uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid (r.o. 4.8.4), gesanctioneerd door art. 6:162 BW inzake de onrechtmatige daad (r.o. 5.5.1).

34 Tjong Tjin Tai 2006, p. 97.

35 Tjong Tjin Tai 2006, p. 97-100, 219.

36 Zie HR 19 september 2003, *NJ* 2005, 234, r.o. 3.5.3, besproken in par. 3.6.8.

37 Aldus HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger), besproken in par. 4.4.4.

van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'.³⁸

Over de principiële betekenis van de geschetste opkomst van zorgplichten in het verbintenissenrecht wordt verschillend gedacht. Volgens Hartkamp ligt daaraan geen nieuwe 'gerechtigheidsgedachte' ten grondslag, maar behelzen de zorgplichten slechts een voortzetting van reeds bestaande beschermingsmechanismen.³⁹ Ook Tjong Tjin Tai lijkt ervan uit te gaan dat zorgplichten van oudsher – zij het ook eertijds in minder expliciete bewoordingen – deel hebben uitgemaakt van het juridische debat.⁴⁰ Andere auteurs beschouwen de opkomst van zorgplichten daarentegen als een nieuw verschijnsel, dat potentieel verstrekkende consequenties heeft. Volgens Van Schilfgaarde getuigen zorgplichten van 'een (relatief) nieuwe rechtsbeschouwing', nu zij berusten op een buitenjuridische, 'maatschappelijk-ethische' grondslag.⁴¹ Eijsbouts ziet in de hedendaagse aandacht voor adequate zorg een verschuiving van de negatieve veroordeling van onzorgvuldig gedrag naar het positieve afdwingen van zorgvuldig gedrag.⁴² Deze verschuiving acht hij ongelukkig, omdat 'iemand geen bepaalde *plicht* hoeft te verzaken zorgvuldig te handelen om toch *onrechtmatig* (onzorgvuldig) te kunnen handelen'.⁴³ Bovendien meent Eijsbouts dat een positieve gedragsnorm, anders dan een negatieve, slechts algemene gelding kan hebben indien daarvoor een 'bijzondere ratio' bestaat.⁴⁴ Een vergelijkbaar geluid wordt vertolkt door Hartlief. Hij is bezorgd over de *generalisering* die volgens hem in de aanvaarding van algemene zorgplichten besloten ligt. Hartlief signaleert 'de tendens in de rechtspraak om alvorens een concreet onrechtmatigheidsoordeel te vellen, eerst een abstracte zorgvuldigheidsnorm te formuleren waaraan het concrete gedrag dan kan worden getoetst'.⁴⁵ Dat leidt volgens Hartlief tot 'een zekere verscherping, een opschuiven in de richting van meer bescherming'.⁴⁶ Met name buiten het terrein der gevaarzetting acht hij een dergelijke *stelselmatige* vorm van bescherming niet zonder meer gerechtvaardigd.⁴⁷

38 HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2.

39 Hartkamp 2010a, nr. 25.

40 Tjong Tjin Tai 2006, p. 97. Vgl. ook zijn historische beschouwingen op p. 77-96.

41 Zie de NJ-annotatie van P. van Schilfgaarde bij HR 11 februari 2011, LJN BO9577, NJ 2011, 305 (Belastingdienst Limburg/N. c.s.), sub 1.

42 Eijsbouts 1993, p. 517. Vgl. over deze verschuiving ook, tegen de achtergrond van de delictuele waarschuwingsplicht, par. 4.3.1.

43 Eijsbouts 1993, p. 519.

44 Eijsbouts 1993, p. 521.

45 Hartlief 2002, p. 491.

46 Hartlief 2002, p. 494.

47 Hartlief 2002, p. 501. Vgl. ook Hartlief 2003a, p. 7; Hartlief 2003b, p. 7; en Hartlief 2003c, p. 936-937.

2.2 JURIDISCHE GRONDSLAG

2.2.1 Algemeen; wettelijk kader

Informatieplichten lopen als een rode draad door het hedendaagse verbintenissenrecht.⁴⁸ Zij beheersen niet alleen de contractuele rechtsverhouding tussen partijen bij een overeenkomst, maar ook de precontractuele relatie tussen onderhandelende partijen en de delictuele relatie tussen willekeurige deelnemers aan het maatschappelijk verkeer. Dienovereenkomstig kunnen zij tot uitdrukking komen in de meest uiteenlopende wettelijke kaders. Bij de totstandkoming van overeenkomsten spelen informatieplichten bijvoorbeeld een rol als onderdeel van de wilsvertrouwensleer (art. 3:35 BW) en binnen het leerstuk van de wilsgebreken (art. 3:44/6:228 BW). Met name het dwalingsleerstuk is in dit verband, gelet op de codificatie van de precontractuele mededelingsplicht in art. 6:228 lid 1 sub b BW, van bijzonder belang. Ook in de uitvoeringsfase van de overeenkomst kunnen informatieplichten een rol spelen, bijvoorbeeld bij de uitleg, aanvulling en beperking van het overeengekomene (art. 6:248 BW). Bovendien kunnen informatieplichten met zoveel woorden in de overeenkomst zijn gestipuleerd (vgl. par. 3.10.1). Buiten de contractuele sfeer spelen informatieplichten vooral een rol als onderdeel van 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' (art. 6:162 lid 2 BW), waarbij zij dikwijls de vorm aannemen van ongeschreven waarschuwings- of onderzoeksplichten. Daarnaast kunnen zij, evenals contractuele informatieplichten, de status van 'geschreven' norm bereiken, namelijk indien zij in de wet zijn vastgelegd (vgl. par. 4.2.9).

Gelet op het voorgaande moet worden aangenomen dat informatieplichten niet exclusief tot een bepaald wettelijk kader kunnen worden herleid.⁴⁹ Zij snijden, in de woorden van Vranken, 'dwars door bestaande leerstukken heen'.⁵⁰ Vranken gaat in dit verband zo ver te stellen dat informatieplichten een 'absorberende werking' uitoefenen op hun juridische omgeving, in die zin dat vrijwel alle verbintenissenrechtelijke leerstukken tegenwoordig in termen van informatieplichten kunnen worden beschreven en geanalyseerd.⁵¹ Wat hiervan zij (par. 5.3.1), vaststaat dat voor elke afzonderlijke informatieplicht een concrete juridische grondslag kan worden aangewezen, hetzij in een toepasselijke wets- of contractsbepaling, hetzij in het ongeschreven recht. Uitgaande van deze pluriforme grondslag volgt hieronder een inventarisatie van de belangrijkste rechtsfiguren die bij de juridische onderbouwing van informatieplichten in het verbintenissenrecht een rol spelen. Gemeenschappelijk kenmerk van deze rechtsfiguren is dat zij verwijzen naar het ongeschreven

48 Vgl. Vranken 1989, p. 206-208.

49 Vgl. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 45-46, die deze situatie kennelijk betreuren.

50 Vranken 1989, p. 203, 206.

51 Vranken 1989, p. 208, 206.

recht. Het gaat enerzijds – in de contractuele sfeer – om de redelijkheid en billijkheid, de goede trouw en de verkeersopvattingen, en anderzijds – in de delictuele sfeer – om de maatschappelijke zorgvuldigheid.

2.2.2 Redelijkheid en billijkheid; goede trouw

Voor wat betreft het contractenrecht is een belangrijke grondslag voor informatieplichten te vinden in de algemene grondnorm van de redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 BW).⁵² Partijen bij een overeenkomst zijn gehouden zich tegenover elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2/6:248 BW), bij de invulling waarvan rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de bij het gegeven geval betrokken belangen (art. 3:12 BW). In het arrest Baris/Riezenkamp uit 1957 heeft de Hoge Raad deze contractuele zorgvuldighedsnorm mede van toepassing verklaard op de precontractuele relatie tussen onderhandelende partijen.⁵³ Dientengevolge is tegenwoordig het gehele contractenrecht doortrokken van de gedachte dat partijen ‘hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’. Het laat zich aanzien dat hieruit onder omstandigheden ook verplichtingen tot informatievergaring of -verstrekking kunnen voortvloeien, zoals met name blijkt op het terrein van de dwaling (par. 3.6).

De wettelijke definitie van de redelijkheid en billijkheid wordt in art. 3:11 BW voorafgegaan door een omschrijving van het verwante begrip ‘goede trouw’. Deze term werd onder het oude BW in brede zin gebruikt ter aanduiding van, kort gezegd, het geheel van eisen die aan de kennis en het handelen van partijen bij een verbintenis werden gesteld. Daaronder vielen zowel de ‘subjectieve’ als de ‘objectieve’ goede trouw, door Van Schilfgaarde in een beroemd opstel aangeduid als respectievelijk ‘de goede trouw van het niet weten’ en de ‘goede trouw van het handelen’.⁵⁴ Laatstbedoelde variant, die een *gedragsnorm* behelst, wordt naar huidig BW tot uitdrukking gebracht met het begrippenpaar ‘redelijkheid en billijkheid’ (art. 3:12 BW). De andere variant, de subjectieve goede trouw, die ziet op de (on)verschoonbaarheid van een gebrek aan *kennis*, wordt thans exclusief betiteld met de term ‘goede trouw’ (art. 3:11 BW).⁵⁵ Aangezien de kennis van justitiabelen doorgaans van invloed is op hun gedrag, kan tussen subjectieve en objectieve goede trouw in de

52 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 391-402.

53 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

54 Van Schilfgaarde 1984, p. 57 e.v.

55 Zie nader over het onderscheid bijv. Hartkamp 1999, nr. 48; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 394.

praktijk geen scherp onderscheid worden gemaakt.⁵⁶ Dienovereenkomstig is voor de invulling van (pre)contractuele informatieplichten – die zich tenslotte bevinden op de scheidslijn van gedragsnormering en kennistoetsing – naast de redelijkheid en billijkheid ook de subjectieve goede trouw van groot belang. Dat blijkt bijvoorbeeld op het terrein van de wilsvertrouwensleer (par. 3.2.1).

Volgens art. 3:11 BW wordt goede trouw geacht te ontbreken, niet alleen indien de betrokken partij de relevante feiten of het recht ‘kende’, maar ook indien zij deze ‘in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen’. Die laatste zinsnede duidt volgens de parlementaire geschiedenis op de potentiële gelding van een *onderzoeksplicht*:

‘Wanneer men aanneemt dat iemand iets behoorde te kennen of behoorde te weten, berust dit in beginsel hierop dat hij, zo hij reden had om te twijfelen, zich door onderzoek van de werkelijke toestand op de hoogte had behoren te stellen. Het zal van de omstandigheden afhangen welk onderzoek – te beginnen met het vragen van nadere inlichtingen aan de wederpartij – van hem kan worden gevegd. Daarbij zal onder meer van belang zijn welke aanleiding tot twijfel bestond. Ook zullen een rol kunnen spelen het gewicht van de handeling waarbij goede trouw wordt vereist, en de druk waaronder die handeling moest worden verricht.’⁵⁷

Uit het citaat blijkt dat de gelding van een onderzoeksplicht in het kader van art. 3:11 BW in het bijzonder afhankelijk is van de vraag of de verantwoordelijke partij, in het licht van de omstandigheden van het geval, reden had tot *twijfel* over de ware stand van zaken. Het hier bedoelde (negatieve) verband tussen twijfel en goede trouw is van oudsher gelegd. Gorphe verwoordde het anno 1928 als volgt:

‘Le doute est exclusif de la croyance sincere: il vicie la bonne foi. (...) Le doute ne doit constituer qu’un état provisoire d’incertitude, qui ne peut subsister sans tomber dans la mauvaise foi: il appelle lui-même sa destruction: il oblige à se renseigner.’⁵⁸

Voor de aanwezigheid van goede trouw is, met andere woorden, het ontbreken van gereede twijfel een minimumvereiste. Normaliter zal deze twijfel moeten worden weggenomen door het doen van nader onderzoek, bij gebreke waarvan de twijfelende partij niet kan kwalificeren als ‘te goeder trouw’ in de zin van art. 3:11 BW. Dat nochtans de goede trouw niet geheel opgaat in de vraag naar de schending van een onderzoeksplicht als hier bedoeld, blijkt uit de tweede

56 Vgl. Van Schilfgaarde 1984, p. 70, die tegen deze achtergrond klaagt over de ‘verwezing’ van de subjectieve goede trouw onder het nieuwe BW, losgekoppeld van haar objectieve variant.

57 MvT Inv., PG Boek 3 (Inv.), p. 1029. Vgl. over deze onderzoeksplicht ook Van Schilfgaarde 1984, p. 59; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 134; en H.J. Sniijders in zijn NJ-annotatie bij HR 20 september 2002, NJ 2004, 171 (Van der Wal/Duinstra), sub 2 (e).

58 Gorphe 1928, p. 129-130. Zie ook p. 125 e.v. (over de aan het slot bedoelde onderzoeksplicht).

volzin van art. 3:11 BW. Die bepaalt dat, zelfs indien onderzoek onder de gegeven omstandigheden *onmogelijk* was, dit niet belet 'dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen'. Per saldo is het de gereede twijfel, en niet de onderzoeksplicht, die de goede trouw markeert.

2.2.3 Verkeersopvattingen

De in art. 6:228 lid 1 sub b BW verankerde mededelingsplicht bij dwaling wordt, als sequeel van de precontractuele redelijkheid en billijkheid in brede zin, veelal herleid tot de *verkeersopvattingen*.⁵⁹ De achterliggende gedachte is kennelijk dat deze verkeersopvattingen in dit verband als een meer specifieke grondslag kunnen worden beschouwd, althans als een meer concrete maatstaf ter invulling van de wettelijke grondslag van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Aangezien het begrip verkeersopvatting evenals de redelijkheid en billijkheid verwijst naar 'hetgeen de maatschappelijke verhoudingen eisen',⁶⁰ lijkt deze terminologische toespitsing goed verdedigbaar. Dat geldt temeer, nu de *onderzoeksplicht* van de dwalende wetssystematisch in het tweede lid van art. 6:228 BW pleegt te worden gepositioneerd (par. 3.6.11), zodat zij reeds op die grond door 'de in het verkeer geldende opvattingen' wordt beheerst. Het ligt dan voor de hand de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW, die immers met de onderzoeksplicht van de dwalende in onverbrekelijk verband staat,⁶¹ terminologisch tot dezelfde grondslag te herleiden.

Tegen deze min of meer onomstreden benadering heeft Memelink in haar proefschrift over de verkeersopvatting bezwaar gemaakt. Zij constateert, op basis van een analyse van de verschillende wetsbepalingen waarin de verkeersopvattingen als criterium worden opgevoerd, dat deze slechts dienen voor het toerekenen van gedrag. Daadwerkelijke *gedragsnormen*, waartoe Memelink ook informatieplichten rekent, moeten volgens haar op andere bronnen van ongeschreven recht worden gebaseerd, zoals de redelijkheid en billijkheid of de maatschappelijke zorgvuldigheid.⁶² Tegen deze achtergrond uit Memelink kritiek op het standaardarrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, waarin de Hoge

59 Aldus bijv. HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.5, alsmede Hijma 1991b, p. 663; Castermans 1992a, p. 66-72; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 53; en Rogmans 2007, nr. 63, aan het slot. Zie voorts de in par. 3.6.1 vermelde literatuur.

60 Aldus Sieburgh 2000, p. 678-679, die in dit verband betoogt dat de verkeersopvattingen voor wat betreft de toerekenbaarheid voor niet-contractueel geregelde verhoudingen vertegenwoordigen wat de redelijkheid en billijkheid vertegenwoordigen in de contractuele sfeer.

61 Vgl. in algemene zin par. 2.3.1 en meer specifiek, toegespitst op het dwalingsleerstuk, par. 3.6.13 e.v.

62 Memelink 2009, p. 139 e.v., 228.

Raad overwoog dat de mededelingsplicht bij dwaling afhankelijk is van 'de in het verkeer geldende opvattingen'.⁶³

'De vraag naar het bestaan van een mededelingsplicht is er één die ziet op de invulling van een gedragsnorm binnen de (pre)contractuele rechtsverhouding (het bestaan van wederzijdse mededelings- en onderzoeksplichten). Die relatie wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Voor de invulling van gedragsnormen leent de verkeersopvatting zich naar mijn mening slecht. Ter nadere concretisering van de verplichtingen over en weer had de Hoge Raad naar mijn mening dan ook beter een beroep kunnen doen op de redelijkheid en billijkheid en – ter invulling daarvan – op de in Nederland levende rechtsovertuigingen en een afweging van de belangen die in een dergelijk geval spelen. De verkeersopvatting wordt in dit geval mijns inziens ten onrechte gehanteerd bij de invulling van de mededelingsplicht van artikel 6:228 lid 1 sub b BW.'⁶⁴

Waar Memelink betoogt dat de mededelingsplicht bij dwaling (uiteindelijk) tot de precontractuele redelijkheid en billijkheid moet worden herleid, heeft zij gelijk. Nochtans valt niet goed in te zien waarom bij de concrete invulling van die algemene grondslag geen gebruik zou mogen worden gemaakt van de in het verkeer geldende opvattingen als praktisch hanteerbaar criterium, dat in de jurisprudentie zijn nut heeft bewezen.⁶⁵ Het is veelzeggend dat ook in Duitsland de gelding van een precontractuele *Aufklärungspflicht* afhankelijk wordt gesteld van de vraag of de onwetende contractspartij 'die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte'.⁶⁶ Juist in vraagstukken van informatievergaring en -verstrekking lijken de verkeersopvattingen treffend te duiden waar het op aankomt: de vraag welk van beide partijen, gelet op hun gerechtvaardigde verwachtingen over en weer, was gehouden zichzelf respectievelijk de ander uit de droom te helpen (par. 3.6.3). Wat Memelink kennelijk beoogt, is de gedragstoetsing die in het aannemen van informatieplichten besloten ligt, scherp te scheiden van de toerekening van het dwalingsrisico op grond van art. 6:228 lid 2 BW. In het eerstbedoelde kader moeten volgens haar de redelijkheid en billijkheid centraal staan, terwijl in het tweede kader de verkeersopvattingen de doorslag moeten geven. Nu de rechtspraktijk het bedoelde onderscheid niet (scherp) pleegt te maken, en de verkeersopvattingen gelet op het bovenstaande mogen worden beschouwd als een terminologische toespitsing van hetgeen voortvloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in het algemeen, lijken de bezwaren van Memelink per saldo niet prohibitief.

63 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.5.

64 Memelink 2009, p. 152.

65 Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 89 e.v.

66 Aldus bijv. BGH 2 maart 1979, *NJW* 1979, 2243. Zie voorts par. 2.7.1.

2.2.4 Redelijkheid en billijkheid vs. maatschappelijke zorgvuldigheid

Uit het voorgaande volgt dat een belangrijk deel van de (pre)contractuele mededelings- en onderzoeksplichten in het contractenrecht tot de redelijkheid en billijkheid – zo men wil: de goede trouw⁶⁷ – kan worden herleid. Hiermee rijst de vraag hoe deze grondslag zich verhoudt tot de maatschappelijke zorgvuldigheid van art. 6:162 lid 2 BW, die in het aansprakelijkheidsrecht fungeert als grondslag voor het aannemen van delictuele waarschuwings- en onderzoeksplichten.⁶⁸ In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat een schending van de goede trouw in de precontractuele sfeer tevens strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW oplevert.⁶⁹ Dat ligt voor de hand, aangezien zowel de goede trouw als de maatschappelijke zorgvuldigheid exponenten zijn van het ongeschreven privaatrecht als zodanig. Zo bezien kan de goede trouw worden beschouwd als de (pre)contractuele verschijningsvorm van het juridische basisprincipe dat men zijn medemens niet onrechtmatig schade mag toebrengen. In de woorden van Gorphe:

‘La bonne foi (...) est l’âme des relations juridiques. Elle est, dans une certaine mesure, la consécration du devoir moral de ne pas tromper autrui, qui n’est lui-même qu’une application de la norme générale qui commande de ne pas faire de mal à son prochain ou de ne léser personne sans droit ou nécessité: *neminem laedere*.⁷⁰

Conform het bovenstaande zijn redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk op één lijn gesteld:

‘Voor wat betreft de rechtsgevolgen zal het (...) weinig verschil maken of van iemand een bepaald gedrag kan worden geëist op grond van redelijkheid en billijkheid of op grond van de betamelijkheid van artikel 6.3.1.1. In beide gevallen gaat het immers om de concrete omstandigheden van het geval, terwijl voor de vraag wat redelijk en billijk, respectievelijk betamelijk is, steeds grote betekenis

67 In het navolgende zullen die termen – conform algemeen gebruik – door elkaar worden gebruikt. Zie over het terminologische verschil par. 2.2.2.

68 Vgl. par. 3.10.5 e.v., waar voortbouwend op de nu volgende algemene beschouwing de meer concrete vraag wordt beantwoord of schending van een precontractuele informatieplicht aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (of anderszins) kan opleveren.

69 Zie bijv. Drion 1967, p. 279; Schoordijk 1984, p. 9, 14; Van Rossum 1989, p. 501; Van Rossum 1991, p. 501; Vranken 1991b, p. 324; Vranken 1994, p. 424; Bakels 1996, p. 43; De Boeck 2000, p. 33; De Mol 2002, p. 287; Sieburgh 2003, p. 662; Van Dunné 2004a, p. 282; Van der Wiel 2004, p. 193; Van Baalen 2006, p. 112; Ruygvoorn 2009, p. 287-288; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 203. Vgl. ook Hof Arnhem 7 november 2006, *LJN AZ6032, NJF* 2007, 118, r.o. 4.18. Zie voor verdere verwijzingen Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 50.

70 Gorphe 1928, p. 45.

zal toekomen aan de (rechts)verhouding waarin partijen tot elkaar staan. Zo zal het voor de beoordeling van een precontractuele verhouding (...) weinig uitmaken of men het gedrag van de onderhandelende partijen toetst aan de eisen van redelijkheid en billijkheid of aan de maatstaf van artikel 6.3.1.1. In beide gevallen zal het gaan om het gedrag dat van partijen in het licht van hun onderhandelingspositie en de verdere omstandigheden van het geval gevegd kan worden.⁷¹

Nieuwenhuis ziet tussen de beide grondslagen niettemin een 'gradueel' verschil, in die zin dat volgens hem bij toepasselijkheid van de precontractuele redelijkheid en billijkheid 'in verhoogde mate rekening [moet] worden gehouden met het belang van de ander'.⁷² Op een conceptueel niveau is deze vaststelling juist, in die zin dat de eisen die de maatschappelijke zorgvuldigheid aan het menselijk gedrag in het algemeen stelt, *a priori* minder streng zijn dan de eisen die de precontractuele goede trouw stelt aan onderhandelingsgedrag in het bijzonder. Zodra echter de maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen, conform hun contextgebonden natuur (par. 4.2.10), worden toegespitst op de (precontractuele) omstandigheden van het gegeven geval, zullen zij qua gestrengheid denkkelijk niet langer onderdoen voor de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁷³ In die zin kan gevoeglijk worden ingestemd met de terminologie van Van Dunné, die de eisen van redelijkheid en billijkheid consequent aanduidt als 'contractuele zorgvuldigheid'.⁷⁴ Bij wijze van synthese kan worden geconcludeerd dat de precontractuele informatieplichten uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid en de delictuele informatieplichten uit hoofde van de maatschappelijke zorgvuldigheid beide tot het ongeschreven privaatrecht kunnen worden herleid, zodat zij inhoudelijk met elkaar op één lijn staan.⁷⁵

Een dogmatische twistvraag die in dit verband resteert, is in hoeverre de door de redelijkheid en billijkheid beheerste relatie tussen onderhandelende partijen, respectievelijk de door de maatschappelijke zorgvuldigheid beheerste relatie tussen willekeurige deelnemers aan het maatschappelijk verkeer, als een *rechtsverhouding* kan worden gekwalificeerd. Toen de Hoge Raad anno 1957 de precontractuele fase aanduidde als 'een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding',⁷⁶ kwam hem dat op ernstige kritiek vanuit de rechtswetenschap te staan.⁷⁷ Inmiddels lijkt die gedachte nauwelijks

71 Eindverslag I, PG Boek 6, p. 71.

72 Nieuwenhuis 2010, p. 60. Zie in gelijke zin bijv. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 78 en 281. Het omgekeerde wordt ook wel betoogd. Zie bijv. De Kluiver 1992, p. 298; en Van Baalen 2006, p. 256.

73 Vgl. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 78; en Hijma & Olthof 2011, nr. 471a (aan het slot).

74 Zie Van Dunné 1980, p. 677, alsmede Van Dunné 2004a, p. 24; en Van Dunné 2004b, p. 33, 146.

75 Zie voor een nadere uitwerking par. 5.4.3 e.v.

76 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

77 Zie bijv. Van der Grinten 1958, p. 107, die met tegenzin concludeert 'dat elke inter-menselijke verhouding een rechtsverhouding (...) is', hetgeen volgens hem 'bijzonder ver gaat'. Vgl. voorts (nog tamelijk recent) Schut 1987, p. 53-54.

nog omstreden.⁷⁸ Daarentegen lijkt de zuiver delictuele relatie tussen de pleger van een onrechtmatige daad en zijn potentiële slachtoffers op het eerste gezicht nog duidelijk als feitelijke verhouding te kwalificeren, in die zin dat de betrokken partijen hier niet bewust voor een juridische relatie hebben gekozen, en enkel achteraf met de consequenties daarvan worden geconfronteerd. Nochtans zou ik dit verschil, in navolging van Nieuwenhuis, als 'gradueel' en niet als 'principeel' willen betitelen. Aangezien het begrip rechtsverhouding in rechtspraak en literatuur geen vastomlijnde betekenis heeft,⁷⁹ zie ik – althans binnen het kader van de vergelijkende opzet van de onderhavige studie – geen bezwaar om ook in de delictuele sfeer te spreken van een door de maatschappelijke zorgvuldigheid beheerste 'rechtsverhouding' tussen de betrokken partijen.⁸⁰

2.3 INHOUD EN STREKKING

2.3.1 Mededelingsplicht vs. onderzoeksplicht

Over de *inhoud* van informatieplichten kan betrekkelijk weinig in algemene zin worden gezegd, behalve dat zij – per definitie (par. 1.5.1) – oproepen tot de vergaring of verstrekking van informatie. Dienovereenkomstig kunnen als hoofdvormen van de informatieplicht worden onderscheiden enerzijds de *onderzoeksplicht*, die oproept tot informatievergaring in het eigen belang, en anderzijds de *mededelingsplicht*, die oproept tot informatieverstrekking in het belang van de wederpartij. Deze beide hoofdvormen vertonen een nauwe samenhang in die zin, dat de mate van onderzoek die van de ene partij kan worden gevergd, logischerwijze wordt beïnvloed door de mededelingen die ter zake van de andere partij mogen worden verlangd. Uitgaande van een situatie van onderlinge communicatie, zoals kenmerkend voor de in dit boek behandelde informatieplichten (par. 1.3), ligt het voor de hand te stellen dat een partij die *recht* heeft op bepaalde informatie, in die zin dat de wederpartij *verplicht* is deze informatie te verstrekken,⁸¹ zelf geen nader onderzoek behoeft te doen ter vergaring daarvan. Mededelingsplicht en onderzoeksplicht vormen

78 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 192. Zie voorts het overzicht van (overwegend instemmende) literatuur in Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 38. Vgl. ook Van Erp 1990, p. 283-284, die de 'rechtsbetrekking' tussen contracterende partijen zelfs als fundament van het moderne contractenrecht beschouwt. Illustratief is voorts, vanuit rechtsvergelijkend perspectief, § 311 II BGB, besproken in par. 2.7.1.

79 Vgl. Schoordijk 1986b, p. 264, die reeds van een rechtsverhouding wil spreken 'indien personen *rechtens* iets met elkaar uitstaande hebben'. Zie daarover kritisch Schut 1987, p. 54, die in dit verband liever van een 'rechtsverhouding-in-wording' spreekt.

80 Vgl. art. 4:102 (1) PETL, dat in dit verband verwijst naar 'the relationship of proximity or special reliance between those involved'. Zie nader par. 4.3.4.

81 Zie over het rechtskarakter van informatieplichten nader par. 2.4.

aldus beschouwd complementaire grootheden die, als keerzijden van dezelfde medaille, elkaar over en weer uitsluiten. Hierover kan ook anders worden gedacht. Met name op het terrein van de dwaling presenteert de heersende leer de mededelingsplicht en de onderzoeksplicht bij voorkeur als zelfstandige grootheden, die elkaar niet noodzakelijkerwijs uitsluiten (par. 3.6.13). Dat nochtans ook in die visie de wederzijdse informatieplichten een logische onderlinge samenhang (behoren te) vertonen, staat mijns inziens buiten kijf.⁸²

De verwevenheid van informatievergaring en -verstrekking manifesteert zich ook in een ander opzicht. De naleving van een mededelingsplichte vergt in de praktijk soms nader onderzoek, in die zin dat de verantwoordelijke partij de te verstrekken informatie eerst zelf zal moeten *vergaren*.⁸³ Een dergelijke 'obligation de s'informer pour informer', bekend uit het Franse recht (par. 2.6.2), wordt bijvoorbeeld in het dwalingsleerstuk door sommige auteurs afgeleid uit art. 6:228 lid 1 sub b BW (par. 3.6.4). Ook in de delictuele sfeer wordt wel overwogen dat de laedens de potentiële slachtoffers had moeten waarschuwen voor een risico waarvan hij zelf vooralsnog niet (volledig) op de hoogte was, in het licht van de gedachte dat hij het bedoelde risico naar maatstaven van maatschappelijke zorgvuldigheid had moeten onderzoeken (par. 4.3.9). De onderzoeksplicht fungeert overigens niet alleen als 'voortrein' van de mededelingsplicht in de hier bedoelde zin, maar onder omstandigheden ook als 'verlengstuk' daarvan. Zo wordt op het terrein van de wilsvertrouwensleer aangenomen dat het doen van een (adequate) mededeling soms gepaard moet gaan met een zeker onderzoek aangaande de vraag hoe deze mededeling door de wederpartij is opgevat (par. 3.2.2). Iets dergelijks kan worden betoogd ten aanzien van de mededelingsplicht bij dwaling (par. 3.6.5) en de waarschuwingsplicht bij gevaarstelling (par. 4.3.7).

Omgekeerd kan de naleving van een onderzoeksplicht onder omstandigheden ook de verstrekking van een mededeling of waarschuwing impliceren. Illustratief is bijvoorbeeld de arbeidsrechtelijke jurisprudentie over onbedoelde ontslagnemingen (par. 3.3.1), eveneens op het terrein van de wilsvertrouwensleer. In dit verband wordt uit art. 3:35 BW afgeleid dat een werkgever, teneinde in gerechtvaardigd vertrouwen te mogen afgaan op een ontslagverklaring van zijn werknemer, zal moeten verifiëren of de werknemer de consequenties van die verklaring ten volle heeft doorzien. Onder omstandigheden betekent dit dat de werkgever zijn werknemer, ter verzekering van diens instemming met het ontslag, uitdrukkelijk op de bedoelde consequenties zal moeten wijzen. De onderzoeksplicht 'ontaardt' dan feitelijk in een mededelingsplicht.

82 Vgl. Nieuwenhuis, die zich enerzijds aanhanger betoont van de gedachte dat mededelingsplicht en onderzoeksplicht fungeren als zelfstandige grootheden (Nieuwenhuis 1998, p. 156), maar anderzijds deze informatieplichten bestempelt als 'onderling communicerende vaten' (Nieuwenhuis 1986a, p. 319).

83 Zie bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 28; en De Boeck 2000, p. 205.

2.3.2 Mededelingsplicht vs. waarschuwingsplicht

De plicht tot *verstrekking* van informatie, de altruïstische verschijningsvorm van de informatieplicht, heeft in zekere zin een nog wat ruimere strekking dan hierboven met de neutrale term ‘mededelingsplicht’ werd gesuggereerd. Met name in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht neemt de plicht tot informatieverstrekking dikwijls de vorm aan van een ‘waarschuwingsplicht’. De meeste auteurs gaan ervan uit dat deze variatie in de terminologie duidt op een verschil in intensiteit.⁸⁴ Giesen noemt als bijzonder kenmerk van waarschuwingen dat zij niet slechts een ‘informational function’ vervullen, maar ook een ‘alerting function’. Doel van waarschuwingen is, aldus Giesen onder verwijzing naar Anglo-Amerikaanse literatuur, ‘to produce a rapid alerting response’.⁸⁵

De gedachte is blijkbaar dat de waarschuwingsplicht in dit verband fungeert als een gekwalificeerde variant van de mededelingsplicht, die méér beoogt dan enkel informeren. In het Dexia-arrest uit 2009 heeft de Hoge Raad deze gedachte bevestigd, door te overwegen dat de waarschuwingsplicht van de aanbieders van effectenlease-producten, voortvloeiend uit hun bijzondere zorgplicht ten opzichte van particuliere beleggers, ‘verder reikt’ dan de mededelingsplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Het feit dat aan de belegger in casu ‘op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico’s, waaronder het restschuld risico, redelijkerwijze te voorkomen’, stond volgens de Hoge Raad wél aan een geslaagd beroep op dwaling wegens schending van de mededelingsplicht, maar niet aan een vordering tot schadevergoeding wegens schending van de waarschuwingsplicht in de weg.⁸⁶ Schild heeft hieruit afgeleid – in veelzeggende bewoordingen – dat ‘mededelingsplichten van Venus’ en ‘waarschuwingsplichten van Mars’ komen.⁸⁷

Een zo hemelsbreed verschil tussen mededelingsplicht en waarschuwingsplicht is mijns inziens niet geïndiceerd. Uiteraard zal een waarschuwing, vanwege de vermanende strekking ervan, in het algemeen indringender (moeten) worden geformuleerd dan een blote mededeling. Vandaar dat op een terminologisch niveau onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds de ‘mededelingsplicht’ in haar meest minimalistische betekenis, strekkend tot

84 Zie bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 36-37; Hesselink 1999, p. 257; De Boeck 2000, p. 76-77; Hardy 2009, p. 71; en de JA-annotatie van W.H. van Boom (JA 2007, 43) bij HR 2 februari 2007, LjN AZ4564, NJ 2007, 92 (Juresta/X c.s.). Zie ook, voor wat betreft het Franse onderscheid tussen ‘fournir une information’ en ‘mettre en garde’, Fabre-Magnan 1992, p. 381-383.

85 Giesen 2005, p. 60-61.

86 HR 5 juni 2009, LjN BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.4.5 en 4.10.3, besproken in par. 4.8.5.

87 Aldus Schild 2009, p. 939-940.

het verstrekken van informatie zonder meer, en anderzijds de ‘waarschuwingsplicht’ in haar meest extreme variant, strekkend tot het effectief *inscherpen* van de te verstrekken informatie.⁸⁸ Dat wil echter niet zeggen dat tussen beide varianten van de plicht tot informatieverstrekking ook in *juridisch* opzicht een principieel verschil bestaat, in die zin dat de waarschuwingsplicht per definitie ‘verder reikt’ dan de mededelingsplicht. De jurisprudentie op het terrein van het (algemene) contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht lijkt veeleer aanknopingspunten te bieden voor een synthese.

Eenzijds geldt óók voor de delictuele waarschuwingsplicht dat zij zich logischerwijze niet behoeft uit te strekken tot risico’s waarmee het slachtoffer reeds genoegzaam bekend was.⁸⁹ Anderzijds geldt óók voor de precontractuele mededelingsplicht dat zij zo nodig – afhankelijk van de mede te delen informatie – zal moeten worden gericht op het bewerkstelligen van een ‘rapid alerting response’ aan de zijde van de geadresseerde.⁹⁰ Dit hangt samen met het feit dat volgens vaste jurisprudentie de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW mede strekt tot bescherming van de *onvoorzichtige* contractant tegen de nadelige gevolgen van dwaling.⁹¹ Op dit laatste aspect is met veel nadruk gewezen door Valk, die tegen deze achtergrond het in het Dexia-arrest gemaakte onderscheid tussen mededelingsplicht en waarschuwingsplicht betitelt als ‘boterzacht’:

‘Een mededelingsplicht strekt ertoe om juist ook aan een onvoorzichtige wederpartij bescherming te bieden en de omvang van de mededelingsplicht behoort daarop te worden afgestemd. Wat is het verschil tussen enerzijds het mededelen van feiten op een wijze die met het oog op een onvoorzichtige wederpartij adequaat is en anderzijds het waarschuwen van diezelfde partij? Wie dat verschil kan maken, wens ik daarmee geluk: hij is een scherpe geest. Dat het verschil in de dagelijkse praktijk van het recht voor een normaal mens of (voor zover dat iemand anders is) een gemiddeld begaafd jurist daadwerkelijk valt te maken, weiger ik te geloven.’⁹²

Al met al moet mijns inziens het onderscheid tussen mededelingsplicht en waarschuwingsplicht worden gerelativeerd. Het gaat primair om een verschil

88 Vgl. Du Perron 2010, p. 63. Zie ook par. 4.3.7 e.v., over de eisen die in het aansprakelijkheidsrecht aan een waarschuwing worden gesteld.

89 Vgl. HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.7, waar de Hoge Raad een waarschuwingsplicht voor gevaren die ook voor niet steeds oplettende slachtoffers ‘aanstonds duidelijk’ waren, uitdrukkelijk van de hand wees. Zie nader par. 4.3.3.

90 Vgl. HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental), r.o. 3.7.3, waar de Hoge Raad oordeelde dat de verkoper van een tweedehands auto zijn twijfel omtrent de juistheid van de kilometerstand ‘met voldoende duidelijkheid’ aan de koper had moeten mededelen, en niet met een voorgedrukte melding had mogen volstaan. Zie nader par. 3.6.5.

91 HR 19 januari 2007, *LJN* AZ6541, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5. Zie nader par. 3.6.16.

92 Valk 2009b, p. 237. Zie in vergelijkbare zin bijv. Van Boom 2009, p. 238.

in terminologie, dat in de meeste gevallen valt terug te voeren op min of meer toevallige verschillen in casuïstiek.⁹³ Voor het overige lijkt de variatie tussen ‘mededelen’ en ‘waarschuwen’ hooguit van graduele, niet van principiële betekenis voor de invulling van de toepasselijke informatieplicht.⁹⁴ Een tweesporenbeleid, zoals door de Hoge Raad verkozen in het Dexia-arrest, lijkt mij in dit verband wenselijk noch geboden. In casu kwam dat beleid erop neer dat de aanbieder van het effectenlease-product uit hoofde van zijn bijzondere zorgplicht had moeten waarschuwen voor een risico dat hij in het kader van zijn precontractuele mededelingsplicht reeds voldoende onder de aandacht van de belegger had gebracht. Het is niet onbegrijpelijk dat in de literatuur kritiek is geleverd op deze ‘schizofrene informatieplicht’.⁹⁵ Het komt de inzichtelijkheid en de coherentie van het leerstuk der informatieplichten ten goede, indien mededelingsplichten en waarschuwingsplichten zo veel mogelijk op gelijke leest worden geschoeid.

2.3.3 Bevordering van goed geïnformeerd gedrag

Over de *inhoud* van informatieplichten werd in par. 2.3.1 opgemerkt dat zij oproepen tot de vergaring of verstrekking van informatie. Daarmee is niet gezegd dat informatievergaring respectievelijk -verstrekking ook het ultieme *doel* is van informatieplichten, of met andere woorden: de strekking ervan. Voor de meeste informatieplichten geldt dat zij niet zozeer beogen dat partijen over bepaalde informatie komen te beschikken, als wel dat partijen voldoende geïnformeerd bepaalde toekomstige beslissingen kunnen nemen.⁹⁶ Informatievergaring of -verstrekking is in dit verband dus geen doel op zich, maar een middel ter bevordering van *goed geïnformeerd gedrag*.

Vooral in het contractenrecht, en met name op het terrein van de dwaling (vgl. par. 3.5.4), komt deze idee van *informed consent* duidelijk tot uitdrukking.⁹⁷ De gedachte is dat het voor een goede wilsvorming in de aanloop naar de contractssluiting noodzakelijk is dat contractanten over voldoende informatie beschikken.⁹⁸ In het verlengde hiervan wordt wel betoogd dat precontractuele informatieplichten strekken tot ongelijkheidscompensatie, in

93 Globaal gesproken gelden ‘mededelingsplichten’ vooral in de (pre)contractuele sfeer en ‘waarschuwingsplichten’ in de buitencontractuele sfeer (met name bij gevaarzetting). Aldus bijv. Smits 2003, nr. 28. Vgl. ook par. 1.5.1.

94 Aldus ook (in de contractuele sfeer) Fabre-Magnan 1992, p. 9 (nr. 12). Vgl. voorts (in de delictuele sfeer) Van Dam 2000, nr. 823; en Van Dam 2006, nr. 807-3.

95 Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2168. Zie par. 4.8.5 voor een nadere uitwerking.

96 Dit houdt verband met het ‘afgeleide’ karakter van zulke informatieplichten. Zie par. 2.4.1.

97 De terminologie is ontleend aan het gezondheidsrecht. Zie par. 4.8.2.

98 Zie bijv. Van Delft-Baas 1987, p. 159; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 13; De Boeck 2002, p. 29, 36-37; Pinna 2003, p. 10-11; Wilhelmsson 2004, p. 719; Busch 2008, p. 4-5, 143, 161; Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 77; Hardy 2009, p. 72; Van Schaick 2009a, p. 14; en Pijls 2010, p. 170.

die zin dat zij eventuele tekorten aan informatie bij de ene partij wegnemen door de andere partij te verplichten die informatie te verstrekken.⁹⁹ Deze benadering lijkt mij in haar algemeenheid minder juist, omdat zij al te eenzijdig aanknoopt bij de mededelingsplicht als verschijningsvorm van de informatieplicht, en de bijbehorende onderzoeksplicht kennelijk ongemoeid laat. Het streven naar wederzijdse autonomie, dat in de idee van *informed consent* tot uitdrukking komt, heeft weliswaar de compensatie van ongelijkheid dikwijls als belangrijk neveneffect, maar is mijns inziens niet in algemene zin en uitsluitend daarop gericht (par. 3.1.2).¹⁰⁰

Ook voor wat betreft het aansprakelijkheidsrecht moet mijns inziens worden aangenomen dat de waarschuwings- en onderzoeksplichten waar het hier om gaat primair strekken tot de bevordering van goed geïnformeerd gedrag. In dit verband komt dat gedrag meer concreet neer op het vermijden van onverantwoorde risico's. Giesen signaleert dat de delictuele waarschuwingsplicht de potentiële slachtoffers in staat stelt 'zelf (...) kansen en risico's in te schatten', op basis waarvan 'ieder voor zich kan beslissen wat hij of zij wil ondernemen of nalaten'.¹⁰¹ Uiteraard spelen ook hier overwegingen van ongelijkheidscompensatie een rol, in die zin dat door middel van een waarschuwing de kennis van potentiële slachtoffers omtrent bestaande risico's kan worden vergroot. Uit het feit dat de potentiële slachtoffers uiteindelijk zélf bepalen of zij die risico's wensen te aanvaarden of niet, blijkt echter dat deze beschermingstendens per saldo ondergeschikt is aan de primaire strekking van informatieplichten tot bevordering van goed geïnformeerd gedrag. In zoverre staat in het aansprakelijkheidsrecht, evenals in het contractenrecht, de eigen verantwoordelijkheid van justitiabelen voorop (par. 4.1.2).

Gelet op het voorgaande moet mijns inziens weerstand worden geboden aan de natuurlijke neiging om informatieplichten (exclusief) te associëren met overwegingen van altruïsme, en er zodoende onwillekeurig een beschermingsstrekking aan toe te kennen. Dat informatieplichten *in concreto* kunnen strekken tot bescherming van onwetende partijen, staat buiten kijf. Hieruit mag echter niet worden afgeleid dat zij ook *in abstracto* een zodanige strekking hebben, omdat aldus wordt gesuggereerd dat de bedoelde bescherming steeds tot uitdrukking moet komen in het aannemen van een mededelingsplicht of waarschuwingsplicht, terwijl *a priori* evengoed aanleiding kan bestaan voor het aannemen van een eigen onderzoeksplicht (vgl. par. 1.2). Veeleer lijken informatieplichten – op het hier bedoelde abstracte niveau – in het teken te

99 Zie bijv. Vranken 1989, p. 202-203; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 13; Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 77; Hardy 2009, p. 72-73; en Pijls 2010, p. 169-170.

100 Vgl. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 14.

101 Giesen 2005, p. 53. Overigens is Giesen zelf niet onverdeeld positief over deze benadering, die volgens hem een '*laissez faire*-model' in stand laat. Zie voorts bijv. Pape 2009, p. 181-182, die in het kader van de productenaansprakelijkheid spreekt over 'Informed Choice Warnings'.

staan van een vlot en soepel verloop van het maatschappelijk verkeer.¹⁰² Het is van praktisch belang dat in de onderlinge communicatie tussen justitiabelen – contracterende partijen, maar ook willekeurige deelnemers aan het maatschappelijk verkeer – bepaalde zaken onbesproken kunnen blijven, in die zin dat men erop mag vertrouwen dat de wederpartij de betreffende informatie zo nodig uit eigen beweging verschaft respectievelijk vergaart. Tegen deze achtergrond betoogt Fleischer dat precontractuele informatieplichten ‘neben ihrer individuellen Schutz- auch eine institutionelle Ordnungsfunktion’ hebben, doordat zij ‘zur Vermeidung informationsbedingter Marktversagensprobleme’ bijdragen.¹⁰³

Aldus beschouwd strekken informatieplichten tot bescherming van álle deelnemers aan het maatschappelijk verkeer, en niet enkel tot bescherming van degene die daardoor toevallig van zijn onwetendheid wordt bevrijd. Het voldoen aan een onderzoeksplicht betekent in deze visie niet alleen dat de onwetende partij haar eigen kennis vergroot, maar tevens dat zij de wederpartij vrijwaart van juridische acties voortvloeiend uit vergissingen, misverstanden en teleurgestelde verwachtingen (vgl. par. 3.1.3). Omgekeerd betekent het voldoen aan een mededelingsplicht of waarschuwingsplicht niet alleen dat de verantwoordelijke partij het belang van de onwetende partij behartigt, maar tevens dat zij zichzelf indekt tegen de juridische consequenties van een ongeoorloofd zwijgen. Over het hier bedoelde *rechtskarakter* van informatieplichten handelt de volgende paragraaf.

2.4 RECHTSKARAKTER

2.4.1 Obliegenheit of rechtsplicht?

Over het rechtskarakter van informatieplichten bestaat in de literatuur, vooral die op het terrein van de dwaling, verschil van mening.¹⁰⁴ De meeste auteurs lijken het erover eens te zijn dat informatieplichten normaliter niet kwalificeren als verbintenissen in de zin van art. 6:1 BW, waarvan de schending wanprestatie oplevert als bedoeld in art. 6:74 BW.¹⁰⁵ Kenmerk van de meeste informatieplichten is immers dat zij een ‘afgeleid’ karakter hebben, in die zin dat zij als

102 Vgl. (toegesplitst op de precontractuele sfeer) De Boeck 2000, p. 519; Fleischer 2001, p. 572; Busch 2008, p. 161; en Hardy 2009, p. 73.

103 Fleischer 2001, p. 572.

104 Zie voor een inventarisatie (speciaal m.b.t. de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW) Castermans 1992a, p. 29-45; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 83.

105 Zie bijv. Schut 1987, p. 54; Castermans 1992a, p. 37-38; en Smits 2003, nr. 28. Anders Van Dunné 2004a, p. 69, 241, die precontractuele informatieplichten kwalificeert als ‘verbintenissen’, waarvan hij de juridische afdwingbaarheid ‘niet uitgesloten’ acht. Vgl. ook Van Dunné 2004b, p. 15-16, waar – in afwijking van de heersende leer – verbintenissen en Obliegenheiten op één lijn worden gesteld.

nevenverplichting voortvloeien uit een (pre)contractuele of delictuele rechtsverhouding tussen partijen, zonder zelf de kern van die rechtsverhouding uit te maken.¹⁰⁶ Men denke aan de mededelingsplicht van de verkoper van een gebrekkige zaak, die de koper niet zozeer het recht verleent om over gebreken te worden ingelicht, als wel hem een grondslag biedt om na ontdekking van verborgen gebreken de koopovereenkomst te vernietigen wegens dwaling. Iets dergelijks geldt voor de delictuele waarschuwingsplicht bij gevaarstelling, die de potentiële slachtoffers niet zozeer het recht verleent om over gevaren te worden geïnformeerd, als wel hun een grondslag biedt om in geval van de verwezenlijking van onbekende gevaren schadevergoeding te vorderen (vgl. par. 4.3.1). Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat de karakteristieke eigenschap van verbintenissen, te weten: dat de daarin besloten liggende rechtsplicht correspondeert met een desbetreffend subjectief vermogensrecht van de wederpartij,¹⁰⁷ bij informatieplichten doorgaans ontbreekt. Slechts indien informatieplichten met zoveel woorden in een contract of in de wet zijn vastgelegd,¹⁰⁸ dan wel indien zij rechtstreeks voortvloeien uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (par. 3.8.7) of de materiële kern vormen van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm,¹⁰⁹ kan men spreken van ‘zelfstandige’ informatieplichten,¹¹⁰ die resulteren in *verbintenissen* tot informatievergaring respectievelijk -verstrekking.

De scheiding der geesten betreft dus niet de vraag of informatieplichten verbintenissen zijn, maar of zij kwalificeren als ‘rechtsplicht’ dan wel als ‘Obliegenheit’. Met rechtsplichten wordt in dit verband bedoeld op het geheel van juridisch afdwingbare verplichtingen, die in verbintenissen of in andere gedragsnormen zijn vervat.¹¹¹ Met Obliegenheiten wordt bedoeld op de juridische verplichtingen die als zodanig niet afdwingbaar zijn, maar waarvan de schending wel tot een voor de verantwoordelijke partij nadelig rechtsgevolg

106 Vgl. Vranken 1989, p. 199; Hartkamp 1990, p. 657; en Pinna 2003, p. 23.

107 Aldus TM, PG Boek 6, p. 38. Zie nader over het begrip verbintenis bijv. Schut 1987, p. 97-98; Smits 2003, nr. 4-11; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 6.

108 Vgl. de voorbeelden, genoemd in par. 3.10.1, 3.11.1 en 4.2.9.

109 Zie bijv. HR 25 november 2005, NJ 2009, 550 m.nt. P.B. Hugenholtz onder 551 (Lycos/Pessers), r.o. 5.2.2, waar de Hoge Raad uit het ongeschreven recht de verplichting van een internetprovider afleidt om, in het geval dat iemand op een door hem gefaciliteerde website anoniem een ernstige beschuldiging heeft geuit, de ‘NAW-gegevens’ van deze persoon te verstrekken aan de benadeelde.

110 Vgl. Vranken 1989, p. 198; en De Boeck 2000, p. 5-6.

111 De verbintenis geldt dus als een species van het genusbegrip rechtsplicht. Vgl. TM, PG Boek 6, p. 37. Zie nader over het begrip rechtsplicht bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 8; en Krans in Brunner e.a. 2011, nr. 10.

kan leiden.¹¹² Het begrip ‘Obliegenheit’ vindt zijn oorsprong in de Duitse literatuur, waar het als volgt wordt omschreven:

‘Obliegenheiten sind Verhaltensanforderungen, zu deren Erfüllung man nicht wie bei Rechtspflichten gezwungen werden kann, deren Beachtung aber im eigenen Interesse liegt, um sonst eintretende Nachteile zu vermeiden.’¹¹³

Kenmerk van Obliegenheiten is dus dat zij primair strekken tot bescherming van het *eigen* belang, in die zin dat de schending ervan niet rechtens verboden is, maar wel op eigen risico geschiedt.¹¹⁴

Als een schoolvoorbeeld van de Obliegenheit wordt vanouds de onderzoeksplicht bij dwaling genoemd.¹¹⁵ Illustratief is het betoog van Drion, die vooropstelt dat de dwalende ter voorkoming van teleurstellingen een zeker onderzoek moet verrichten, om er veelbetekenend aan toe te voegen: ‘moet’, in die zin, dat hij het slechts op eigen risico kan nalaten’.¹¹⁶ Huydecoper betoogt dienovereenkomstig dat het gaat om ‘een zegswijze waarmee (slechts) wordt aangegeven dat de onwetendheid (of het misverstand) waar de betrokkene een beroep op doet, voor zijn rekening moet blijven’.¹¹⁷ Ook de onderzoeksplicht uit hoofde van art. 3:35 BW, op het terrein van de wilsvertrouwensleer, wordt doorgaans als Obliegenheit beschouwd. Zo stelt Valk dat men een ‘beter inzicht’ verkrijgt in de vertrouwenstoetsing, ‘door het vertrouwen van de wederpartij te betrekken op de vraag of zij naar de ware bedoelingen van de ander (nader) onderzoek behoorde te doen’.¹¹⁸ In het verlengde hiervan worden in de literatuur ook de overige gehoudenheden uit hoofde van de precontractuele redelijkheid en billijkheid dikwijls als Obliegenheiten gepresenteerd.¹¹⁹ Dat geldt ook voor de mededelingsplicht bij dwaling, die volgens Hijma fungeert ‘als juridisch hulpmiddel om – in het raam van de goede

112 Zie bijv. Vranken 1989, p. 198; Castermans 1992a, p. 29; Keirse 2003, p. 76; Smits 2003, nr. 12; Van der Wiel 2004, p. 11-12 (die spreekt over ‘lasten’); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 11; en Krans in Brunner e.a. 2011, nr. 11. Vgl. ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 29 april 2011, L/JN BP4340, RvdW 2011, 588 (Bekkers Holding/Staat), sub 3.17.

113 Larenz/Wolf 2004, p. 234.

114 Vgl. Wessels 1986, p. 88, die de Obliegenheit omschrijft als ‘een ‘plicht’ tegenover jezelf, gestoeld op het gegeven dat de vervulling ervan ligt in welbegrepen eigen belang’. Zie overigens ook Larenz/Wolf 2004, p. 235, waar wordt opgemerkt dat Obliegenheiten niet *louter* tot bescherming van het eigen belang strekken.

115 Zie bijv. de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 2 april 1993, NJ 1995, 94 (Cattier/Waanders), sub 4, alsmede Hijma 1991b, p. 663; De Boeck 2000, p. 7 (die spreekt van een ‘last’); Raaijmakers 2002, p. 79; Smits 2003, nr. 12; Nieuwenhuis 2007, p. 70; Brink 2009, p. 147; Hardy 2009, p. 99; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 168.

116 Drion 1972, p. 44.

117 Aldus de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 8 december 2006, L/JN AY7456, NJ 2006, 658 (Wegerif/Quicker), sub 15.

118 Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 40. Zie in gelijke zin bijv. De Boeck 2000, p. 161.

119 Zie bijv. Smits 2003, nr. 12; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 407; en de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 12 oktober 2007, L/JN BA7630, RvdW 2007, 870, sub 18.

trouw – een beslissing over de vernietigbaarheid wegens dwaling te onderbouwen'.¹²⁰ Andere auteurs, zoals Vranken, Castermans en Brunner, verzetten zich tegen deze instrumentele benadering en beschouwen de precontractuele mededelingsplicht als een volwaardige 'rechtsplicht', waarvan onder omstandigheden nakoming kan worden gevorderd (vgl. art. 3:296 BW).¹²¹

2.4.2 Vervolg; afdwingbaarheid

Hoe moet de dogmatische discussie over het rechtskarakter van informatieplichten worden gezien? Vooropgesteld zij dat het onderscheid tussen *Obliegenheit* en rechtsplicht kan worden gerelativeerd.¹²² In zijn 'Algemene begrippen' noemt Meijers als kenmerken van de rechtsplicht 'het tot de verplichte gerichte bevel om iets te doen of na te laten' en 'een minimum van in de rechtspraak en in de executie tot uiting komende rechtsgevolgen, verbonden aan de opvolging of de overtreding, aan het bestaan of aan het tenietgaan van dit bevel'.¹²³ Uitgaande van deze brede definitie kunnen informatieplichten, gelet op het daaraan verbonden rechtsgevolg, gevoeglijk als 'rechtsplichten' worden gekwalificeerd, ongeacht welke opvatting men overigens omtrent hun rechtskarakter aanhangt.¹²⁴ Aldus beschouwd kan het verschil van mening, met voorbijgaan aan de terminologische details, worden gereduceerd tot de kernvraag naar de juridische *afdwingbaarheid* van informatieplichten.

Volgens de klassieke opvatting van precontractuele informatieplichten als *Obliegenheiten* zijn zij per definitie niet afdwingbaar (par. 2.4.1). De gedachte is kennelijk dat informatieplichten in dit verband, als uitvloeisel van de precontractuele goede trouw, hun normerende rol *achteraf* vervullen, bij de rechterlijke invulling van de geldende onderhandelingsnorm, en niet vooraf, bij het afdwingen van de *nakoming* daarvan.¹²⁵ Daarentegen is afdwingbaarheid in de visie van precontractuele informatieplichten als *rechtsplicht* niet onder alle omstandigheden uitgesloten. Zo heeft Castermans in zijn dissertatie over de mededelingsplicht bij dwaling nadrukkelijk betoogd dat deze informatieplicht als

120 Hijma 1991b, p. 663-664. Zie in gelijke zin bijv. Chao-Duivis 1996, p. 262; Smits 1999, p. 70; Smits 2003, nr. 28; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 233. Vgl. ook reeds De Grooth 1948, p. 73-74.

121 Zie Vranken 1989, p. 199-200; Castermans 1992a, p. 45, 190-191; en de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 2 april 1993, NJ 1995, 94 (Cattier/Waanders), sub 4. Vgl. ook Hardy 2009, p. 98-99.

122 Aldus ook Castermans 1992a, p. 45.

123 Meijers 1958, p. 37.

124 Vgl. in die neutrale zin bijv. Cohen Henriquez 1990, p. 454, die de mededelingsplicht bij dwaling aanduidt als 'een fatsoensplicht die uitgegroeid is tot rechtsplicht'.

125 Vgl. Raaijmakers 2002, p. 209, die in dit verband zelfs zover gaat te betogen dat precontractuele informatieplichten 'een *gevolg* zijn van de risicoverdeling zoals die in de rechtsverhouding tussen partijen besloten ligt en niet de *oorzaak* ervan' (curs. toegevoegd).

een 'afdwingbare rechtsplicht' moet worden beschouwd,¹²⁶ kennelijk op grond van de gedachte dat daarachter 'een zedelijke norm schuilgaat', die door justitiabelen 'uiterst serieus' wordt genomen.¹²⁷ Dat laatste moge zo zijn, voor zover bekend is in de praktijk nog nimmer nakoming van een precontractuele mededelingsplicht gevorderd. Tjong Tjin Tai suggereert hiervoor een plausibele verklaring:

'(D)e zorg in de vorm van informatie- of mededelingsplichten is praktisch niet afdwingbaar. Dit is een gevolg van het eenvoudige feit dat de schuldeiser pas een vordering tot nakoming kan instellen als hij weet heeft van de niet-nakoming van de verplichting. Uit de aard der verplichting volgt evenwel dat de schuldeiser meestal juist *niet* weet van de mede te delen informatie: als hij dat immers wel wist, zou de mededeling overbodig zijn.'¹²⁸

Het is, met andere woorden, een praktisch gegeven dat de nakoming van een mededelingsplicht, juist vanwege het daaraan ten grondslag liggende informatietekort, enkel 'spontaan' kan geschieden door de debiteur, en niet op voorhand kan worden afgedwongen door de onwetende partij. Ook in de ons omringende rechtsstelsels wordt deze 'spontanéité de l'exécution' als een kenmerkende eigenschap van de precontractuele mededelingsplicht beschouwd.¹²⁹

Aangenomen moet worden dat in de delictuele sfeer, voor wat betreft de waarschuwingsplicht bij gevaarzetting, hetzelfde geldt. Zolang de schade nog niet is ingetreden, kunnen onwetende potentiële slachtoffers op praktische gronden geen aanspraak maken op een waarschuwing, aangezien zij de noodzaak daarvan op dat moment nog niet kunnen voorzien. Zouden zij dat wel kunnen, dan zouden ze geen *recht* hebben op een waarschuwing, aangezien dan hun eigen verantwoordelijkheid zou prevaleren. Heeft het gevaar zich eenmaal verwezenlijkt, dan hebben de slachtoffers niet langer *belang* bij een waarschuwing, aangezien het kwaad dan reeds is geschied. Per saldo komt de afdwingbaarheid van de waarschuwingsplicht feitelijk op geen enkel moment aan de orde. Weliswaar kan op grond van art. 3:296 BW opheffing van een onrechtmatige toestand worden bevolen, aan welk bevel de laedens onder omstandigheden zal kunnen voldoen door het betrokken gevaar middels een waarschuwing te reduceren tot aanvaardbare proporties, maar de zorgvul-

126 Castermans 1992a, p. 45.

127 Castermans 1992a, p. 38-39.

128 Tjong Tjin Tai 2006, p. 124. Vgl. Castermans 1992a, p. 45, die het hier bedoelde gebrek aan praktische relevantie erkent, maar meent dat het niet in de weg staat aan het 'beginsel' van afdwingbaarheid.

129 Aldus bijv. (voor wat betreft het Franse recht) Fabre-Magnan 1992, p. 375-377. Zie in gelijke zin bijv. (voor wat betreft het Duitse recht) Busch 2008, p. 15; en Staudinger/Olzen (2009), § 241, nr. 429. Vgl. voorts, vanuit rechtsvergelijkend perspectief, Von Bar & Clive 2009, p. 247 (comments bij art. II-3:301(2) DCFR), die het afdwingen van de goede trouw in de onderhandelingsfase 'impracticable' noemen.

digheidsnorm waarvan aldus de nakoming wordt bevolen, is niet een positief geformuleerde waarschuwingsplicht, maar het negatief geformuleerde verbod van onrechtmatige gevaarzetting (par. 4.3.1). Dat komt meer concreet tot uitdrukking in het feit dat de laedens bij de nakoming in beginsel de vrije keuze heeft tussen respectievelijk het verstrekken van een voldoende waarschuwing, het treffen van andere adequate voorzorgsmaatregelen of het achterwege laten van zijn gevaarzettende gedrag.¹³⁰

Uit het voorgaande moet mijns inziens meer in algemene zin worden afgeleid dat de hier behandelde informatieplichten rechtens niet afdwingbaar zijn. Dit vloeit logisch voort uit hun strekking tot bevordering van goed geïnformeerd gedrag (par. 2.3.3). De vraag of men voldoende geïnformeerd is om een adequate beslissing te kunnen nemen, laat zich naar haar aard pas achteraf, met kennis van de gevolgen van die beslissing, beantwoorden. Dientengevolge kan het antwoord op die vraag niet leidend zijn voor het op voorhand afdwingen van een bepaalde mate van informatievergaring of -verstrekking. Illustratief is het in de Duitse doctrine gehanteerde onderscheid tussen de begrippen 'Auskunftspflicht' en 'Aufklärungspflicht'. Met *Auskunftspflichten* wordt in Duitsland bedoeld op de – grotendeels buiten het bestek van het onderhavige onderzoek vallende – contractuele verbintenissen tot informatieverstrekking, zoals die bijvoorbeeld kunnen voortvloeien uit een adviesrelatie. Deze informatieplichten zijn op de toekomst gericht: zij strekken ertoe de onwetende partij te informeren over haar 'künftiges Verhalten'. De in het onderhavige onderzoek centraal staande precontractuele informatieplichten worden in de Duitse doctrine aangeduid als *Aufklärungspflichten*. Deze zijn op het verleden gericht: zij hebben betrekking op de vraag of de onwetende partij haar 'früheres Verhalten' voldoende geïnformeerd heeft kunnen vormgeven. Op basis van dit terminologische onderscheid komt de Duitse doctrine tot de algemeen gedeelde opvatting 'dass Aufklärungspflichten im Gegensatz zur Auskunftspflicht nicht klagbar sind'.¹³¹

Gelet op het voorgaande komt mijns inziens het begrip 'Obliegenheit' – opgevat in de zin van een juridische verplichting waarvan de nakoming niet ex ante afdwingbaar is, maar waarvan de schending wel ex post tot bepaalde rechtsgevolgen kan leiden – het meest in aanmerking ter kwalificatie van het rechtskarakter van de informatieplicht. Met deze kwalificatie is intussen geenszins beoogd het normatieve gehalte van informatieplichten in twijfel te trekken, in die zin dat zij louter instrumenteel zouden zijn aan de rechtsvinding in het concrete geval. Het beginsel van precedentwerking brengt immers mee dat een eenmaal in rechte vastgestelde informatieplicht wel degelijk ook betekenis heeft voor toekomstige gevallen. Zo kan uit het bekende arrest *Offringa/Vinck en Van Rosberg* gevoeglijk de regel worden afgeleid dat de

130 Vgl. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis), r.o. 3.3.

131 Aldus bijv. MüKo/Roth (2003), § 241, nr. 114. Zie in gelijke zin *Bamberger/Grüneberg* (2003), § 241, nr. 77.

verkoper van een huis met structurele scheurvorming rechtens verplicht is de koper over dit gebrek te informeren, op straffe van vernietigbaarheid wegens dwaling.¹³² Het zou van misplaatste terughoudendheid getuigen om in dit verband de (proactieve) normerende betekenis van informatieplichten te ontkennen. In die zin acht ik de visie van Raaijmakers, die stellig betoogt dat het redeneren in termen van precontractuele informatieplichten 'eigenlijk verwarrend en onjuist' is, omdat het hier enkel zou gaan om vormen van 'risicoverdeling' achteraf,¹³³ onnodig onverbiddeijk. Informatieplichten vertegenwoordigen mijns inziens een ware rechtsnorm, zij het dat deze naar haar aard slechts in retrospectief kan worden gesanctioneerd.¹³⁴

2.5 RECHTSVERGELIJKING

2.5.1 Algemeen

De aan het begin van dit hoofdstuk geschetste opkomst van informatieplichten in het contractenrecht is vanuit een rechtsvergelijkend perspectief niet opzienbarend. Onderzoek van Sefton-Green heeft aangetoond dat de betekenis van precontractuele informatieplichten gedurende de twintigste eeuw in heel Europa is gegroeid.¹³⁵ De door haar verzamelde 'case studies' illustreren hoe deze ontwikkeling in veel Europese landen heeft geleid tot problemen van rechtssystematische aard, meer in het bijzonder met betrekking tot de afbakening van de klassieke leerstukken van het contractenrecht. Sefton-Green acht het niet uitgesloten dat informatieplichten op termijn 'are going to swallow the older more traditional concepts, such as mistake and fraud'.¹³⁶ Dat is in overeenstemming met de algemene bevinding van Vranken, dat informatieplichten een 'absorberende werking' uitoefenen op hun dogmatische omgeving.¹³⁷

Het ligt voor de hand dat dit ook zijn weerslag heeft gehad op de *buitencontractuele* aansprakelijkheidsstelsels in Europa. Hoewel een rechtsvergelijkende

132 HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), besproken in par. 3.7.7.

133 Raaijmakers 2002, p. 209-210. Vgl. ook Brink 2009, p. 497, die tegen deze achtergrond liever spreekt van een 'toerekenbare (onjuiste) veronderstelling' dan van een geschonden informatieplicht.

134 Aldus ook de eerder genoemde Duitse doctrine. Vgl. voorts Sefton-Green 2005, die spreekt van een 'post hoc facto protection' (p. 391), maar niettemin concludeert dat de informatieplicht 'pre-emptively' kan werken (p. 396-397).

135 Sefton-Green 2005, p. 395. Aldus ook bijv. Hesselink 2008, p. 13.

136 Sefton-Green 2005, p. 29.

137 Vranken 1989, p. 208. Zie in gelijke zin bijv. De Boeck 2000, p. 531.

studie van delictuele waarschuwingsplichten in Europa ontbreekt,¹³⁸ lijkt het niet gewaagd te veronderstellen dat ook in de ons omringende landen hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht gedurende de afgelopen decennia is toegenomen, in het kader van een meer algemeen waarneembare tendens van slachtofferbescherming. Van Dam betoogt in zijn handboek over *European Tort Law* dat 'courts throughout the systems have been able and prepared to knock down systematic hurdles if there was a social or economic need to do so'.¹³⁹ Het ligt voor de hand dat delictuele waarschuwingsplichten in dit verband, evenals in Nederland (par. 2.1.3), een prominente rol hebben gespeeld.

2.5.2 Plan van behandeling

Gelet op het voorgaande lijkt het nuttig de terreinverkenning van het onderhavige hoofdstuk te beëindigen met een rechtsvergelijkende excursie. Daarbij ligt de nadruk op de aandachtsgebieden die ook in de navolgende hoofdstukken, bij de behandeling van het Nederlandse recht, centraal zullen staan: enerzijds de precontractuele mededelingsplicht in het kader van de wilsgebreken en anderzijds de delictuele waarschuwingsplicht in het kader van gevaarstelling. Met het oog op de omvang van de volgende paragrafen wordt de behandeling beperkt tot een vergelijking op hoofdlijnen. Doel is om de verschillen in *benadering* te schetsen, die de diverse Europese rechtssystemen bij de toepassing van precontractuele en delictuele informatieplichten hanteren. Dat de daarmee bereikte *resultaten* dikwijls sterk overeenkomen,¹⁴⁰ kan hieronder niet nader worden uitgewerkt, omdat zulks een omvangrijke analyse zou vergen van de overvloedige buitenlandse rechtspraak op het onderhavige terrein.

De vergelijking wordt toegespitst op het Franse, Duitse en Engelse recht, teneinde aldus een drietal representatieve invalshoeken te schetsen. Aan het ene uiterste van het spectrum staat Engeland, waar de rechtspraak tot op heden strikt vasthoudt aan het klassieke uitgangspunt dat justitiabelen een eigen verantwoordelijkheid hebben ter zake van de vergaring van informatie (par. 2.8.1). Deze benadering getuigt van een competitieve, zo men wil rechtseconomische visie op het verbintenissenrecht.¹⁴¹ Veelzeggend is de bekende kwalificatie van het Engelse contractenrecht als 'a law for shopkeepers rather than

138 Zie voor een rechtsvergelijkend onderzoek van het gevaarzettingsleerstuk Schamps 1998, die op p. 825-828 (bij de bespreking van het Franse recht) ook de delictuele waarschuwingsplicht behandelt, maar hieruit kennelijk geen algemene rechtsvergelijkende conclusies trekt.

139 Van Dam 2006, nr. 609-1.

140 Aldus bijv. (voor wat betreft het contractenrecht) Sefton-Green 2005, p. 370. Vgl. ook Zimmermann & Whittaker 2000, p. 653, 700. Enigszins *anders* Beale 2008, p. 321, 336.

141 Vgl. Fleischer 2001, p. 994.

peasants'.¹⁴² Maar ook het Engelse aansprakelijkheidsrecht, dat met concepten als 'foreseeability' en 'reasonableness' sterke nadruk legt op overwegingen van gedragsnormering, staat duidelijk in het teken van een dergelijke terughoudendheid.¹⁴³ Aan het andere uiterste van het spectrum staat Frankrijk, waar de rechtspraak openlijk streeft naar een hoog niveau van (consumenten)bescherming, daartoe geïnspireerd door de Franse doctrine, die – dikwijls in bevolgen bewoordingen – de nadruk legt op de sociale functie van het privaatrecht.¹⁴⁴ Dit resulteert in verbintenisrechtelijke constructies die zich veelal kenmerken door hun 'categorische' beschermingskarakter, met name waar het gaat om de verhouding tussen particulieren en professionals. Een middenpositie, vergelijkbaar met die van het Nederlandse recht, wordt ingenomen door het Duitse recht. De eigen verantwoordelijkheid van justitiabelen wordt hier principieel vooropgesteld, maar intussen bereikt de Duitse rechter in concreto vérgaande vormen van bescherming, door diverse varianten van contextgebonden *Aufklärungs-* en *Warnungspflichten* te aanvaarden.

Een en ander wordt hieronder nader uitgewerkt. Na behandeling van respectievelijk het Franse (par. 2.6), Duitse (par. 2.7) en Engelse recht (par. 2.8) volgt nog een korte beschouwing van het Europees privaatrecht (par. 2.9). Daarbij wordt met name aandacht besteed aan de momenteel bestaande initiatieven tot harmonisatie van het Europese contracten- en aansprakelijkheidsrecht, zoals tot uitdrukking komend in de diverse 'principles'. Tot besluit wordt in par. 2.9.5 gezien of er in Europa sprake is van een *communis opinio* omtrent het leerstuk der informatieplichten.

2.6 FRANKRIJK

2.6.1 Inleiding; réticence dolosive

Tot in de jaren vijftig van de twintigste eeuw speelden informatieplichten in het Franse contractenrecht nauwelijks een rol van betekenis.¹⁴⁵ De wettelijke regeling der wilsgebreken (*vices du consentement*) in art. 1109 e.v. van de *Code civil* (Cc) – de befaamde nalatenschap van Napoleon, daterend uit 1804 – bood daarvoor strikt genomen ook geen goede basis. De dwaling (*erreur*) is in art. 1110 Cc enigszins terughoudend omschreven, waarbij met name het vereiste van zelfstandigheid van de zaak (*la substance même de la chose*) blijkens de jurisprudentie een reële drempel voor honorering van het dwalingsberoep

142 Aldus bijv. Kötz & Flessner 2002, p. 58. Vgl. ook Beale 2008, p. 328; en Cartwright 2009, p. 8.

143 Vgl. Van Dam 2006, nr. 609-2.

144 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 389. Vgl. ook Giliker 2005, p. 624; Van Dam 2006, nr. 609-3; en Hardy 2009, p. 182.

145 Zie bijv. Ghestin 1987, p. 172.

opwerpt.¹⁴⁶ In het licht daarvan wordt bijvoorbeeld een waardedwaling of een dwaling omtrent de achter de overeenkomst schuilgaande motieven als zodanig niet erkend.¹⁴⁷ Bovendien verwijst het artikel op generlei wijze naar het 'toedoen' van de wederpartij als oorzaak van de dwaling,¹⁴⁸ hetgeen voor de Franse doctrine aanleiding is geweest te veronderstellen dat het hier gaat om een zuiver wilsgebrek, dat enkel tot aantasting van de overeenkomst kan leiden indien daarvoor goede gronden zijn *afgezien* van de vraag welk van beide partijen naar maatstaven van goede trouw voor de dwaling verantwoordelijk is.¹⁴⁹ Zodra er sprake is van een door de wederpartij *opgewekte* dwaling (*une erreur provoquée*), zoekt men de grondslag voor vernietiging van de overeenkomst bij voorkeur in art. 1116 Cc, betreffende het bedrog (*dol*). In dat kader geniet de bedrogene immers, zo is de gedachte, een ruimere bescherming, nu het vereiste van een dwaling in de zelfstandigheid van de zaak hier niet geldt.¹⁵⁰ Dit is de achtergrond van het feit dat art. 1116 Cc tegenwoordig in de Franse jurisprudentie fungeert als de belangrijkste grondslag voor het aantasten van overeenkomsten wegens schending van een precontractuele informatieplicht.

Het centrale vereiste voor een geslaagd beroep op art. 1116 Cc is dat er sprake is van de toepassing van een kunstgreep (*manoeuvre*). Dit begrip wordt in de jurisprudentie ruim uitgelegd.¹⁵¹ Al vroeg is aanvaard dat een leugen (*un simple mensonge*) – derhalve de actieve verstrekking van onjuiste informatie – als kunstgreep kan kwalificeren, met dien verstande dat de in het handelsverkeer gebruikelijke vormen van aanprijzing en overdrijving in dit verband toelaatbaar worden geacht.¹⁵² In het verlengde hiervan is in de jurisprudentie ook de bedrieglijke verzwijging (*la réticence dolosive*) als kunstgreep aanvaard.¹⁵³ De onvermijdelijkheid van deze ontwikkeling wordt treffend tot uitdrukking gebracht door Ghestin, die signaleert dat het stilzwijgen (*le silence*) 'peut parfois être aussi éloquent qu'un mensonge'.¹⁵⁴ Inmiddels leert vaste jurisprudentie van de *Cour de cassation* dat 'le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été

146 Zie daarover bijv. Ghestin 1993, nr. 500 e.v.; Chabas 1998, nr. 162 e.v.; en Savaux 2008, nr. 196-200.

147 Zie bijv. Ghestin 1993, nr. 500, 509, 511; en Savaux 2008, nr. 203, 204.

148 Vgl. Ghestin 1993, nr. 518.

149 Vgl. Ghestin 1993, nr. 485; en Savaux 2008, nr. 190. Zie ook Fabre-Magnan 1992, p. 282.

150 Zie bijv. Ghestin 1993, nr. 554, 569; Chabas 1998, nr. 187; en Savaux 2008, nr. 211. Dat neemt niet weg dat een door kwade trouw van de wederpartij veroorzaakte dwaling, zo deze voldoet aan de vereisten van art. 1110 Cc, uiteraard ook als zodanig wordt erkend. Vgl. Ghestin 1993, nr. 517-518.

151 Zie bijv. Ghestin 1993, nr. 563; en Savaux 2008, nr. 212.

152 Zie bijv. Ghestin 1993, nr. 564.

153 Zie bijv. Ghestin 1993, nr. 565, 622; Chabas 1998, nr. 193; en Savaux 2008, nr. 213.

154 Ghestin 1993, nr. 570.

connu de lui, l'aurait empêché de contracter'.¹⁵⁵ De literatuur brengt deze rechtspraak in verband met het beginsel van precontractuele goede trouw (*bonne foi*), dat ook in het Franse contractenrecht een cruciale rol vervult.¹⁵⁶ Aangenomen wordt dat *réticence dolosive* zich voordoet, 'chaque fois qu'un contractant, par son silence volontaire, manque à la bonne foi sur laquelle son cocontractant est en droit de compter'.¹⁵⁷ Dit impliceert, zo constateert de doctrine terecht, de gelding van een uit de goede trouw voortvloeiende, precontractuele informatieplicht (*l'obligation précontractuelle de renseignements*).¹⁵⁸

Intussen ziet de Franse rechtspraak zich geconfronteerd met een belangrijk probleem bij de *sanctionering* van de bedoelde informatieplicht in het kader van art. 1116 Cc. Voor een geslaagd beroep op bedrog is van oudsher een *faute intentionnelle* van de wederpartij vereist.¹⁵⁹ De wederpartij moet willens en wetens (*sciemment*) misleidend hebben gehandeld en zijn opzet moet gericht zijn geweest op het aldus veroorzaken van een dwaling (*l'intention de tromper*).¹⁶⁰ Juist in geval van schending van een precontractuele informatieplicht – en met name bij verzwijging van relevante informatie – is een zodanige vorm van 'dubbel opzet' vaak moeilijk te bewijzen.¹⁶¹ Op dit punt is de Franse rechter de onwetende contractspartij in belangrijke mate tegemoetgekomen, door namelijk het bedrog vérgaand te objectiveren, met name waar het gaat om de verzwijging van relevante informatie door een professionele partij.¹⁶² Zo aanvaardde de *Cour de cassation* in een geval van verkoop van een tweedehands auto met een teruggedraaide kilometerteller dat er sprake was van *réticence dolosive*, omdat de verkoper, een professionele garagehouder, 'ne pouvait ignorer que le compteur indiquait un kilométrage bien inférieur à celui que la voiture avait parcouru en réalité'.¹⁶³ Meer recent werd opzet impliciet aanvaard in een geval van schending van een mededelingsplicht door een bank omtrent de risico's van een borgstelling.¹⁶⁴ In een veel geciteerde uitspraak uit 1981, waarin het ging om een professionele vastgoedhandelaar die

155 Aldus bijv. Cass. civ. 3^e, 2 oktober 1974, *Bull. civ.*, III, nr. 330, p. 251, waarin de kopers van een huis de verkopers aanspraken wegens het verzwijgen van de aanstaande vestiging van een varkenshouderij in de omgeving van het huis. De uitspraak is ook te raadplegen via <www.legifrance.gouv.fr>, onder zaaknummer 73-11901.

156 Vgl. Ghestin 1993, nr. 262.

157 Chabas 1998, nr. 193.

158 Zie bijv. Ghestin 1987, p. 175; Fabre-Magnan 1992, p. 285; Ghestin 1993, 571, 622; Chabas 1998, nr. 193; en Savaux 2008, nr. 213.

159 Zie bijv. Fabre-Magnan 1992, p. 210-215; Ghestin 1993, nr. 554, 561; en Chabas 1998, nr. 190.

160 Zie bijv. Fabre-Magnan 1992, p. 211; en Ghestin 1993, nr. 561.

161 Vgl. De Boeck 2000, p. 274.

162 Zie bijv. Ghestin 1993, nr. 571; en Savaux 2008, nr. 213-1.

163 Cass. civ. 1^{re}, 19 januari 1977, *Bull. civ.*, I, nr. 40, p. 30 (ook te raadplegen via <www.legifrance.gouv.fr>, onder zaaknummer 74-12783).

164 Cass. civ. 1^{re}, 13 mei 2003, *Bull. civ.*, I, nr. 114, p. 89 (ook te raadplegen via <www.legifrance.gouv.fr>, onder zaaknummer 01-11511).

had verzwegen dat vergunningvoorschriften de beoogde bebouwing van een door hem verkocht perceel konden verhinderen, oordeelde de *Cour de cassation* zelfs dat de feitenrechter überhaupt geen (afzonderlijk) onderzoek behoefde te doen naar de aanwezigheid van opzet.¹⁶⁵

Tegen deze achtergrond nemen sommige auteurs aan dat in de verhouding tussen een professional en een particulier reeds de enkele schending van een precontractuele informatieplicht *réticence dolosive* kan opleveren.¹⁶⁶ Tevens signaleren zij dat dientengevolge het klassieke onderscheid tussen *erreur* (art. 1110 Cc) en *dol* (art. 1116 Cc) vervaagt, aangezien tot op zekere hoogte ook de door *nalatigheid* veroorzaakte dwaling, als mengvorm van dwaling en bedrog, kan worden aangevochten.¹⁶⁷ De rechtspraak is op dit punt echter verre van eenduidig.¹⁶⁸ Enerzijds is er jurisprudentie waarin het bedrog, conform het bovenstaande, met de schending van een precontractuele informatieplicht op één lijn lijkt te worden gesteld. Illustratief is een uitspraak van de *première chambre civile* van de *Cour de cassation* uit 2001, waarin werd geoordeeld dat de professionele verkoper van een tweedehands auto met een schadeverleden zonder meer kan worden aangesproken wegens *réticence dolosive*, tenzij hij bewijst dat hij zijn informatieplicht ter zake heeft nageleefd.¹⁶⁹ Anderzijds is er jurisprudentie waarin juist strikt wordt vastgehouden aan de klassieke vereisten voor een geslaagd beroep op art. 1116 Cc. Nog in 2005 oordeelde de *chambre commerciale* van de *Cour de cassation* bijvoorbeeld 'que la manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par rétidence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci'.¹⁷⁰

2.6.2 Vervolg; l'obligation précontractuelle de renseignements

Hoewel blijkens het voorgaande de wettelijke basis van de precontractuele informatieplicht in Frankrijk te wensen overlaat, wordt zij inmiddels algemeen erkend als een zelfstandige norm. Illustratief is het daaraan gewijde, diepgra-

165 Cass. civ. 3^e, 3 februari 1981, *D.* 1984, p. 457, m.nt. J. Ghestin (zie vooral zijn annotatie sub IIa). De uitspraak is ook te raadplegen via <www.legifrance.gouv.fr>, onder zaaknummer 79-13774.

166 Zie bijv. Nicholas 1992, p. 103; en Ghestin 1993, nr. 571 (die tegelijkertijd zijn bedenkingen bij deze constructie koestert). Vgl. ook Fabre-Magnan 1992, p. 289.

167 Zie Ghestin 1993, nr. 578. Vgl. ook Ghestin 1993, nr. 628.

168 Zie daarover kritisch Savaux 2008, nr. 213-1.

169 Cass. civ. 1^{re}, 15 mei 2002, *Bull. civ.*, I, nr. 132, p. 1 (ook te raadplegen via <www.legifrance.gouv.fr>, onder zaaknummer 99-21521). De uitspraak is bijzonder vergaand, omdat kennelijk niet alleen het opzet-vereiste wordt geëcarteerd maar bovendien de bewijslast ter zake van de schending van de informatieplicht wordt omgekeerd.

170 Cass. com., 28 juni 2005, *Bull. civ.*, IV, nr. 140, p. 151 (ook te raadplegen via <www.legifrance.gouv.fr>, onder zaaknummer 03-16794).

vende proefschrift van Fabre-Magnan.¹⁷¹ De praktische betekenis van *l'obligation précontractuelle de renseignements* is niet tot het terrein van de wilsgebreken beperkt. Schending ervan leidt, afgezien van een mogelijke vernietigingsactie op de voet van art. 1116 Cc, ook tot schadeplichtigheid van de verantwoordelijke partij wegens 'culpa in contrahendo', op grond van het delictuele aansprakelijkheidsregime van art. 1382 Cc (*faute*).¹⁷² Anders dan in het kader van art. 1116 Cc is in dit verband opzet (hoe dan ook) niet vereist: 'une simple négligence' volstaat.¹⁷³

Ghestin, de grote pleitbezorger van de precontractuele informatieplicht in Frankrijk, heeft in 1987 getracht daarvoor – bij gebrek aan wettelijke basis – een algemeen beoordelingskader te formuleren. Hij kwam tot de volgende formule:

'Finalement, celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait, dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même, ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies.'¹⁷⁴

Opvallend is hoeveel belang Ghestin, in overeenstemming met de Franse jurisprudentie, hecht aan de 'qualification professionnelle' van de verantwoordelijke partij. Volgens Ghestin vloeit daaruit niet alleen een potentiële mededelingsplicht voort, maar ook een 'obligation de se renseigner afin de pouvoir fournir les informations dues'.¹⁷⁵ Een dergelijke 'obligation de s'informer pour informer' ten laste van de professionele contractant wordt in de Franse doctrine vrij algemeen aanvaard.¹⁷⁶ Fabre-Magnan zoekt hierin de verklaring van de in par. 2.6.1 behandelde rechtspraak, waarin *réticence dolosive* werd aangenomen op basis van een vrijwel onweerlegbaar vermoeden van opzet, voortvloeiend uit de professionele deskundigheid van de betrokken verkoper.¹⁷⁷ Een zo vérgaande vorm van objectivering lijkt echter eerder door overwegingen van *risicoverdeling* dan door een werkelijke gedragsnormering te zijn ingegeven. Tegen deze achtergrond hebben sommige Franse auteurs, reeds in de jaren tachtig, gewaarschuwd voor de consequenties van een te

171 Fabre-Magnan 1992, waarin naast precontractuele ook contractuele informatieplichten worden behandeld. Zie ook het 'essai de synthèse' van Ghestin 1993, nr. 626-674, waarin een leerstukoverstijgende analyse van de precontractuele informatieplicht wordt gepresenteerd.

172 Zie bijv. Fabre-Magnan 1992, p. 298-299; Ghestin 1993, nr. 575; en Chabas 1998, nr. 197.

173 Ghestin 1993, nr. 575, 623.

174 Ghestin 1987, p. 182. Zie ook (identiek) Ghestin 1993, nr. 665.

175 Ghestin 1987, p. 177. Zie ook (identiek) Ghestin 1993, nr. 640.

176 Zie hierover uitvoerig Fabre-Magnan 1992, p. 192-197.

177 Fabre-Magnan 1992, p. 289.

ver doorgevoerde mededelingsplicht, door te wijzen op het belang van de daarmee corresponderende eigen onderzoeksplicht van iedere contractant (*le devoir de se renseigner*).¹⁷⁸ De Franse rechter is niet geheel ongevoelig voor dergelijke argumenten, zoals blijkt uit een uitspraak van de *Cour de cassation* uit 2007, waarin een mededelingsplicht omtrent de waarde van de prestatie – ook ten aanzien van professionele partijen – in algemene termen werd verworpen.¹⁷⁹

In het algemeen lijkt de jurisprudentie intussen geneigd het redeneren in termen van wederzijdse informatieplichten te verruilen voor min of meer categorische beschermingsconstructies, die aanknopen bij de objectieve hoedanigheid van de betrokken partijen. Illustratief is het leerstuk van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in de zin van art. 1641 e.v. Cc (*vices cachés*). Art. 1645 Cc verklaart de verkoper aansprakelijk voor schade als gevolg van verborgen gebreken, onder de voorwaarde dat ‘le vendeur connaissait les vices de la chose’. Volgens vaste jurisprudentie geldt in dit verband ten aanzien van de professionele verkoper een onweerlegbaar vermoeden van kennis (*une présomption de connaissance irréfragable*), zodanig dat hij zich níet van aansprakelijkheid kan bevrijden door – conform art. 1646 Cc – te bewijzen dat hij feitelijk onbekend was met het gebrek.¹⁸⁰ De bescherming van particuliere kopers strekt in dit verband zelfs nog verder, nu de Franse rechter uit de wettelijke garantie voor verborgen gebreken (art. 1643 Cc) een aanvullende contractuele ‘veiligheidsplicht’ aan de zijde van de professionele verkoper heeft afgeleid.¹⁸¹ Deze *obligation de sécurité* strekt ertoe de koper te behoeden voor de meest uiteenlopende gevaren die kunnen voortvloeien uit het gebruik van de zaak, en kan de verkoper bijvoorbeeld nopen tot een waarschuwing.¹⁸²

Consumentenbescherming staat, kortom, hoog in het vaandel in Frankrijk, zoals ook blijkt uit de in 1993 ingevoerde *Code de la consommation*. Dit omvangrijke wetboek bevat (onder meer) de implementatie van de diverse Europese richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht, die de aloude *Code civil* tot op heden ongemoeid hebben gelaten. Interessant is met name art. L. 111-1, waarin een ‘*Obligation générale d’information*’ is geformuleerd:

178 Zie bijv. Jourdain 1983, p. 139; en Le Tourneau 1987, p. 102. Vgl. ook Savaux 2008, nr. 213, die betoogt dat een onderlinge afweging (*une pesée comparative*) van mededelingsplicht en onderzoeksplicht moet plaatsvinden.

179 Cass. civ. 3^e, 17 januari 2007, *D.* 2007, p. 1051, m.nt. Mazeaud (ook te raadplegen via <www.legifrance.gouv.fr>, onder zaaknummer 06-10442).

180 Zie bijv. Cass. civ. 1^{re}, 21 november 1972, *Bull. civ.*, I, nr. 257, p. 224 (ook te raadplegen via <www.legifrance.gouv.fr>, onder zaaknummer 70-13898). Zie voorts bijv. Fabre-Magnan 1992, p. 307; Ghestin 1993, nr. 624, 638; Huet 2001, nr. 11377; en Malaurie e.a. 2009, nr. 411, 413.

181 Zie daarover bijv. Chabas 1998, nr. 384, 402; Huet 2001, nr. 11230 e.v.; Viney & Jourdain 2006, nr. 511; en Malaurie e.a. 2009, nr. 396.

182 Zie bijv. Huet 2001, nr. 11267 e.v.

‘Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service.’

Gelet op de hiervoor besproken jurisprudentie, waarvan het artikel een codificatie is,¹⁸³ wekt de categorische formulering geen verbazing. Aangenomen wordt dat schending van de onderhavige informatieplicht, op gelijke voet met dwaling en bedrog (art. 1110/1116 Cc), kan leiden tot vernietigbaarheid van de betrokken overeenkomst.¹⁸⁴ Per saldo beschikt het Franse contractenrecht hiermee over een tamelijk moderne (en verstrekkende) regeling van de precontractuele informatieplicht, zij het dat deze in een bijzonder wetboek is geïsoleerd (met alle coördinatieproblemen van dien¹⁸⁵) en enkel van toepassing is op professionele contractanten. In dit verband verdient opmerking dat het in 2005 ingediende voorontwerp van de Commissie-Catala, strekkend tot een algehele herziening van het Franse verbintenissenrecht,¹⁸⁶ in art. 1110 een algemene codificatie van de precontractuele informatieplicht bevat (ook voor niet-professionele contractanten), die sterke gelijkenis vertoont met de hierboven geciteerde formule van Ghestin.¹⁸⁷ Op het betreffende artikel is negatief gereageerd door een werkgroep van de *Cour de cassation*, die de gekozen benadering ‘imprécise’ vond en vreesde voor ‘l’insécurité juridique’.¹⁸⁸ Hoe dan ook lijkt invoering van het voorontwerp – afgezien van een in 2008 reeds ingevoerde ‘voortrein’ op het gebied van het verjarings- en zekerhedenrecht – vooralsnog niet aan de orde.¹⁸⁹

2.6.3 L’obligation de mise en garde

Art. 1382 Cc formuleert een algemene grondslag voor delictuele aansprakelijkheid, die in Nederland bekend is als de rechtshistorische voorouder van art. 1401 (oud) BW: ‘Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.’ Centrale voorwaarde voor deze schuldaansprakelijkheid is – afgezien van de aanwezig-

183 Zie Picod 2009, p. 12.

184 Zie Picod 2009, p. 12.

185 Vgl. Picod 2009, p. 13, waar blijkt dat de oude rechtspraak op het terrein van bedrog (art. 1116 Cc) – niet zonder moeite – moet worden ‘vertaald’ naar het nieuwe wettelijke kader van art. L. 111-1.

186 Zie daarover bijv. Savaux 2008, nr. 77-1.

187 De eerste alinea van het ontwerp-artikel luidt: ‘Celui des contactants qui connaît ou aurait du connaître une information dont il sait l’importance déterminante pour l’autre a l’obligation de le renseigner.’ De volledige tekst is te raadplegen via <<http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>>.

188 Zie het rapport d.d. 15 juni 2007, te raadplegen via <<http://www.courdecassation.fr>>, sub 24.

189 Vgl. E.H. Hondius, *NTBR* 2009, p. 351.

heid van *dommage* en een *lien de causalité*¹⁹⁰ – dat de aangesproken partij een *faute* heeft begaan. Art. 1383 Cc verduidelijkt dat zulk foutief gedrag kan zijn gelegen in een actieve gedraging van de dader ('par son fait'), alsook in zijn nalatigheid ('par sa négligence ou par son imprudence'). Oorspronkelijk had de Franse wetgever met de eerste kwalificatie het oog op gevallen van *opzettelijke* schadetoebrenging, waarvoor het opschrift van afdeling 3.4.1 Cc de aanduiding 'délits' reserveerde, ter onderscheiding van de onopzettelijke gevallen van schadetoebrenging door nalatigheid, die als 'quasi-délits' werden aangeduid.¹⁹¹ Inmiddels speelt dit onderscheid in de praktijk geen grote rol meer en ligt de nadruk bij de toepassing van art. 1383 Cc op 'un devoir général de conduite prudente et diligente'.¹⁹²

Over de definitie en theoretische grondslag van het fout-begrip zijn in de Franse literatuur uitvoerige debatten gevoerd.¹⁹³ Volgens de heersende leer geschiedt de vaststelling van een *faute* door vergelijking van het gedrag van de dader met dat van een maatman, meestal aangeduid als 'le bon père de famille' of 'l'homme raisonnable'.¹⁹⁴ De uit te voeren toetsing is (dus) in beginsel objectief van aard. Aanpassing met het oog op de subjectieve eigenschappen van de dader is mogelijk, maar daarbij mogen alleen de 'circonstances externes' – dat wil zeggen: de voor buitenstaanders *kenbare* subjectieve eigenschappen van de dader – in aanmerking worden genomen.¹⁹⁵ Vooral de professionele deskundigheid van de dader speelt in dit verband, evenals in het contractenrecht (par. 2.6.2), een grote rol. Viney en Jourdain leiden uit de jurisprudentie een professionele 'devoir de compétence' af, die erin resulteert dat de professional aansprakelijk is voor 'toute erreur qui procède d'une ignorance incompatible avec la compétence que la victime pouvait normalement attendre'.¹⁹⁶

Het laat zich aanzien dat tegen deze achtergrond ook delictuele waarschuwingsplichten aan de zijde van de professional kunnen worden aangenomen. Volgens de Franse doctrine rust in geval van gevaarstelling door de uitoefening van een professionele activiteit op de dader 'le devoir d'informer les tiers des dangers auxquels ils sont exposés par l'exercice de son activité et des choses

190 Zie over deze vereisten bijv. Chabas 1998, nr. 407-423 resp. 560-582; en Brun 2009, nr. 174-226 resp. 227-279.

191 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 1383.

192 Aldus Viney & Jourdain 2006, nr. 473. Zie voorts Brun 2009, nr. 310-311, alwaar wordt opgemerkt dat het opzettelijke karakter van de fout wel gevolgen kan hebben voor de omvang van de schadevergoeding.

193 Zie over het fout-begrip bijv. Chabas 1998, nr. 440-453; Viney & Jourdain 2006, nr. 440-593(1); en Brun 2009, nr. 287-311.

194 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 448-449; Viney & Jourdain 2006, nr. 463; en Brun 2009, nr. 303.

195 Aldus bijv. Chabas 1998, nr. 449, 453. Anders Viney & Jourdain 2006, nr. 472, die het onderscheid tussen interne en externe omstandigheden in dit verband verwerpen.

196 Viney & Jourdain 2006, nr. 481. Vgl. ook Chabas 1998, nr. 402-2; en Schamps 1998, p. 825-828.

qu'il emploie'.¹⁹⁷ Deze 'obligation de mise en garde' wordt beschouwd als het delictuele verlengstuk van de in par. 2.6.2 besproken contractuele 'obligation de sécurité'.¹⁹⁸ Interessant is de constatering van Viney en Jourdain, dat de opkomst van beide verbintenisrechtelijke zorgplichten – op vergelijkbare wijze als in Nederland (par. 2.1.4) – heeft geleid tot een vervaging van het klassieke onderscheid tussen contract en delict:

'En réalité, les tribunaux tendent de plus en plus à admettre que toute personne a le devoir d'informer les tiers des dangers auxquels son activité les expose (sans distinguer selon que cette activité s'exerce ou non dans le cadre d'un contrat) dès lors que ces risques ne sont pas évidents pour les éventuelles victimes.'¹⁹⁹

2.6.4 Responsabilité du fait des choses

In de voorgaande paragraaf is gebleken dat de algemene schuldaansprakelijkheid van art. 1382 Cc ogenschijnlijk alle ruimte biedt voor de ontwikkeling van een genuanceerd stelsel van delictuele waarschuwings- en onderzoeksplichten. Het is echter kenmerkend voor het Franse aansprakelijkheidsrecht, en in overeenstemming met de bevindingen op het terrein van het contractenrecht (par. 2.6.2), dat de Franse rechter in dit verband de voorkeur geeft aan een meer objectieve benadering in termen van *risicoverdeling*. 'La théorie du risque' heeft in Frankrijk een lange geschiedenis. Sinds het einde van de negentiende eeuw heeft zij, omwille van de slachtofferbescherming die in verband met de industriële revolutie wenselijk werd geacht, een hoge vlucht genomen.²⁰⁰ Inmiddels is de situatie zodanig, dat de schuldaansprakelijkheid van art. 1382 Cc in de praktijk nauwelijks nog van betekenis is voor de beoordeling van 'ongevallen' in de klassieke zin.²⁰¹ De reden is dat de Franse rechter een algemene, vrijwel onbegrensde strekking heeft toegekend aan art. 1384 Cc, betreffende de risicoaansprakelijkheid voor zaken (*la responsabilité du fait des choses*).

Art. 1384 Cc was, vanuit een wetssystematisch oogpunt, door de opstellers van de *Code civil* bedoeld als inleiding op de kwalitatieve aansprakelijkheden voor dieren en gebouwen, die erop volgden (art. 1385-1386 Cc). De Franse jurisprudentie heeft echter een zelfstandige betekenis toegekend aan het artikel (althans aan de huidige eerste *alinéa* ervan), door de wettekst als volgt te lezen: 'On est responsable (...) du dommage (...) qui est causé par le fait (...) des choses que l'on a sous sa garde.'²⁰² Aanvankelijk bestond over de betekenis

197 Aldus Schamps 1998, p. 825.

198 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 402-2; en Viney & Jourdain 2006, nr. 479.

199 Viney & Jourdain 2006, nr. 456-1.

200 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 380, 382; en Brun 2009, nr. 152-155.

201 Vgl. Van Dam 2006, nr. 303-1.

202 Zie Chabas 1998, nr. 512.

van deze ‘presomption de responsabilité’ grote onduidelijkheid, met name omtrent de vraag of de aangesproken partij zich van aansprakelijkheid ex art. 1384 Cc kon bevrijden door aan te tonen dat zij niet ‘fautif’ had gehandeld.²⁰³ In het standaardarrest Jand’heur uit 1930, betreffende een verkeersongeval waarbij een jong meisje gewond raakte, beantwoordde de *Cour de cassation* die vraag ontkennend, door te overwegen:

‘que la présomption de responsabilité établie par cet article [art. 1384, alinéa 1er Cc] à l’encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d’un cas fortuit ou de force majeure ou d’une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable; qu’il ne suffit pas de prouver qu’il n’a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue’.²⁰⁴

Blijkens het citaat kan de *gardien de la chose* zich slechts van aansprakelijkheid op grond van art. 1384 Cc bevrijden door aan te tonen dat de schade door toeval (*cas fortuit*), overmacht (*force majeure*) of een externe oorzaak (*une cause étrangère*) is ontstaan. In de rechtspraak worden hoge eisen gesteld aan dit tegenbewijs, zodat art. 1384 Cc feitelijk fungeert als risicoaansprakelijkheid.²⁰⁵ Daarentegen wordt het begrip ‘fait des choses’ bijzonder ruim geïnterpreteerd,²⁰⁶ zodat het toepassingsbereik van de onderhavige risicoaansprakelijkheid enorm is. Met name wordt niet vereist dat de zaak in kwestie gebrekkig was, terwijl ook het feit dat de schade (mede) door menselijk toedoen is ontstaan, als zodanig geen beletsel vormt deze toe te schrijven aan *le fait du chose*.²⁰⁷ Nu goed beschouwd bij vrijwel elk ongeval een zaak betrokken is,²⁰⁸ vormt art. 1384 Cc in de praktijk veruit de belangrijkste grondslag voor de beoordeling van gevaarzettingsituaties.²⁰⁹ De keerzijde hiervan is dat de delictuele waarschuwingplicht in de Franse jurisprudentie – bij gebrek aan een reële behoefte – minder sterk tot uitdrukking is gekomen dan men op basis van het wettelijke stelsel van art. 1382-1383 Cc, en de desbetreffende bespiegelingen in de literatuur, zou verwachten.

203 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 514; Viney & Jourdain 2006, nr. 632; en Brun 2009, nr. 348.

204 Cass. ch. réun., 13 februari 1930, *D.* 1930, I, p. 57, m.nt. G. Ripert (citaat op p. 70). De uitspraak is ook te raadplegen via <www.legifrance.gouv.fr>.

205 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 514, 535; en Viney & Jourdain 2006, nr. 702.

206 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 530; en Brun 2009, nr. 383.

207 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 529; Viney & Jourdain 2006, nr. 657-659; en Brun 2009, nr. 384. Aldus werd ook uitdrukkelijk geoordeeld in het bovengenoemde arrest Jand’heur.

208 Vgl. Chabas 1998, nr. 510.

209 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 702.

2.7 DUITSLAND

2.7.1 Inleiding; Täuschung durch Verschweigen

Het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), dat op 1 januari 1900 in werking trad, was door zijn wetenschappelijk geschoolde ontwerpers opgezet als een wetboek dat streng van structuur, doch liberaal van inhoud was. Geheel in de geest van de negentiende eeuw stond de idee van *Privatautonomie* centraal en bleven ingrepen in de contracts- en individuele handelingsvrijheid tot een minimum beperkt.²¹⁰ De huidige situatie ‘könnte unterschiedlicher kaum ausfallen’, aldus Fleischer in zijn omvangrijke studie over ‘Informationsasymmetrie im Vertragsrecht’.²¹¹ In de tweede helft van de twintigste eeuw zijn in de Duitse rechtspraak, evenals in Nederland (par. 2.1.2 e.v.), steeds vaker informatieplichten aanvaard, niet alleen in de (pre)contractuele sfeer maar ook op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht (par. 2.7.5). Opvallend is daarbij de casuïstische benadering van de Duitse rechter, die de informatieplichten liever tot de concrete omstandigheden van het geval herleidt dan tot een algemeen beginsel van informatieverstrekking. De voor de hand liggende reden is dat het BGB – althans waar het de klassieke wilsgebreken en de onrechtmatige daad betreft – op geen enkele manier verwijst naar precontractuele of delictuele informatieplichten.

Illustratief is de terughoudende regeling van de dwaling (*Irrtum*). Het Duitse equivalent van het Nederlandse dwalingsbegrip is te vinden in § 119 II BGB.²¹² De hier omschreven *Eigenschaftsirrtum* wordt blijkens de wettekst slechts erkend voor zover sprake is van een dwaling omtrent ‘Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden’. De vaststelling van zulke ‘verkehrswesentliche Eigenschaften’ geschiedt primair tegen de achtergrond van de gesloten overeenkomst, maar kan bij gebrek aan contractuele aanwijzingen ook op de ‘Verkehrsanschauung’ worden gebaseerd.²¹³ Zo wordt aangenomen dat bij de verkoop van een zaak de ‘wertbildende Faktoren’ normaliter als *verkehrswesentlich* kwalificeren, maar de marktprijs of de werkelijke waarde van de zaak bijvoorbeeld niet.²¹⁴ Voor een geslaagd beroep op § 119 II is voorts causaal verband in de zin van § 119 I BGB vereist (*Ursächlichkeit*). De hier omschreven causaliteitstoets houdt in dat

210 Zie bijv. Zimmermann 2005, p. 20-21; Markesinis e.a. 2006, p. 45; en Kötz 2009, nr. 22.

211 Fleischer 2001, p. vii. Vgl. ook p. 575-576, waar Fleischer waarschuwt voor een doorgeslagen paternalisme.

212 § 119 I BGB ziet enkel op gevallen van discrepantie tussen wil en verklaring, aangeduid als *Inhaltsirrtum* resp. *Erklärungsirrtum*. Zie daarover bijv. MüKo/Kramer (2001), § 119, nr. 46-91.

213 Zie bijv. Bamberger/Wendtland (2003), § 119, nr. 40; en Palandt/Ellenberger (2010), § 119, nr. 25. Zie voor diverse illustraties bijv. MüKo/Kramer (2001), § 119, nr. 123-140.

214 Zie bijv. Staudinger/Singer (2004), § 119, nr. 80-81; Kötz 2009, nr. 214; en Palandt/Ellenberger (2010), § 119, nr. 27.

de dwalende de door hem afgelegde verklaring ‘bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde’. Met deze geobjectiveerde formulering wordt beoogd de dwalingsactie ‘frei von Eigensinn, subjektiven Launen und tōrichtigen Anschauungen’ te houden.²¹⁵ Voor het overige is de toetsing zuiver neutraal van aard. Voor een geslaagd beroep op § 119 II BGB is met name niet relevant of de dwaling door toedoen van de wederpartij of door eigen onvoorzichtigheid van de dwalende is veroorzaakt.²¹⁶ Het is kennelijk tegen deze achtergrond, dat informatieplichten in het Duitse dwalingsleerstuk – evenals in het Franse (par. 2.6.1) – nauwelijks een (zichtbare) rol spelen.²¹⁷

De belangrijkste grondslag voor het aannemen van precontractuele informatieplichten is gelegen in § 123 BGB, inzake bedrog (*Täuschung*).²¹⁸ De onwetende partij geniet in dit verband een ruimere bescherming dan in het kader van de dwaling, met name omdat de vereisten van ‘verkehrswesentliche Eigenschaften’ en ‘verständiger Würdigung des Falles’ hier niet gelden.²¹⁹ Het artikel vereist een bedrieglijke handeling van de wederpartij (*Täuschungshandlung*), die opzettelijk geschiedde (*arglistig*) en in causaal verband stond met de gesloten overeenkomst (*Ursächlichkeit*). Als bedrieglijke handeling kwalificeert niet alleen de actieve verstrekking van onjuiste informatie, maar ook de passieve verzwijging van informatie (*Täuschung durch Verschweigen*).²²⁰ In dit verband wordt algemeen aangenomen dat onderhandelende partijen in beginsel zélf verantwoordelijk zijn voor hun goed geïnformeerd gedrag.²²¹ Verzwijging levert eerst bedrog op, indien onder de gegeven omstandigheden uit de goede trouw een mededelingsplicht (*Aufklärungspflicht*) voortvloeide

215 Zie bijv. Bamberger/Wendtland (2003), § 119, nr. 45; en Palandt/Ellenberger (2010), § 119, nr. 31.

216 Zie bijv. Palandt/Ellenberger (2010), § 119, nr. 1. Onverschoonbaarheid kan overigens wel leiden tot *aansprakelijkheid* van de dwalende ex § 122. Zie bijv. Kötz 2009, nr. 307, 333. Vgl. ten slotte nog MüKo/Kramer (2001), § 119, nr. 110 e.v., waar (in afwijking van het geldende recht) wordt gepleit voor een risicobenadering van de dwaling in termen van goede trouw.

217 Een andere verklaring kan zijn gelegen in de – nog immer invloedrijke – opvatting van de Duitse wetgever anno 1900 dat gevallen van ‘Motivirrtum’ buiten het kader van § 119 II BGB geen bescherming verdienen. Zie hierover bijv. Kötz 2009, nr. 295, 311. Voorts lijkt in dit verband van belang dat bij *koop* de dwalingsregeling (anders dan het bedrog) volgens de heersende leer opzijgezet wordt door de conformiteitsregeling van § 433 e.v. BGB. Zie bijv. Staudinger/Singer (2004), § 119, nr. 82.

218 De eveneens in § 123 geregelde bedreiging (*Drohung*) blijft hier buiten beschouwing.

219 Zie bijv. MüKo/Kramer (2001), § 123, nr. 1, 12.

220 Zie bijv. MüKo/Kramer (2001), § 123, nr. 14-16; Bamberger/Wendtland (2003), § 123, nr. 11; Staudinger/Singer (2004), § 123, nr. 6; Busch 2008, p. 113; Kötz 2009, nr. 336; en Palandt/Ellenberger (2010), § 123, nr. 5.

221 Zie bijv. BGH 15 april 1997, NJW 1997, 3230; en voorts bijv. Fleischer 2001, p. 575; MüKo/Kramer (2001), § 123, nr. 18; MüKo/Emmerich (2003), § 311, nr. 99; MüKo/Roth (2003), § 241, nr. 123-124; Staudinger/Singer (2004), § 123, nr. 10-11; Markesinis e.a. 2006, p. 305; Bamberger/Grüneberg (2003), § 311, nr. 70; Staudinger/Olzen (2009), § 241, nr. 444; en Palandt/Ellenberger (2010), § 123, nr. 5.

voor de aangesproken wederpartij.²²² Het *Bundesgerichtshof* heeft voor de gelding van een dergelijke mededelingsplicht het volgende criterium geformuleerd, dat evenals zijn Nederlandse equivalent aanknoopt bij de verkeersopvattingen (par. 2.2.3):

‘Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH besteht auch bei Vertragsverhandlungen, in denen die Beteiligten entgegengesetzte Interessen verfolgen, die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck (des anderen) vereiteln können und daher für seinen Entschluß von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte.’²²³

2.7.2 Vervolg; Aufklärungspflicht

Tegen de achtergrond van het voorgaande wordt in de Duitse literatuur aangenomen dat een *Aufklärungspflicht* uit hoofde van § 123 BGB – globaal gesproken – in drie situaties kan ontstaan.²²⁴ Ten eerste: indien de onwetende partij ter zake *vragen* heeft gesteld. Onjuiste of onvolledige beantwoording van zulke vragen levert volgens de heersende leer *eo ipso* bedrog op.²²⁵ Ten tweede: indien de wederpartij bekend is met ‘besonders wichtige Umstände’, die voor de wilsvorming van de ander ‘offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind’. Dergelijke ‘entscheidungserhebliche Umstände’ moeten in beginsel – ook ongevraagd – worden geopenbaard.²²⁶ In het licht van de in par. 2.7.1 geciteerde rechtsoverweging worden hiertoe met name de omstandigheden gerekend, die in de weg staan aan de verwezenlijking van het contractdoel (*Vertragszweck*).²²⁷ Dienovereenkomstig geldt bijvoorbeeld een mededelingsplicht ten aanzien van de gebreken of het ongevalsverleden van een tweedehands auto, met dien verstande dat de aanwezigheid van ‘Bagatellschaden’ in dit verband niet behoeft te worden gemeld.²²⁸ Ten derde kan een mededelingsplicht worden aangenomen, indien tussen partijen een ‘besonderes Vertrauensverhältnis’ bestaat, bijvoorbeeld in verband met de maatschap-

222 Zie bijv. Staudinger/Singer (2004), § 123, nr. 10; Busch 2008, p. 113; Palandt/Ellenberger (2010), § 123, nr. 5; en Kötz 2009, nr. 340.

223 Aldus BGH 2 maart 1979, *NJW* 1979, 2243.

224 Aldus bijv. Markesinis e.a. 2006, p. 307-309; en Palandt/Ellenberger (2010), § 123, nr. 5a-5c.

225 Zie bijv. MüKo/Kramer (2001), § 123, nr. 18; en Palandt/Ellenberger (2010), § 123, nr. 5a. Anders Wagner 2007, p. 93-99, die uitvoerig onderbouwt waarom volgens hem in de contractuele sfeer een ‘Recht zur Lüge’ bestaat, welk recht hij in verband brengt met de opkomst van *Aufklärungspflichten* (p. 85). Zie nader par. 3.6.6.

226 Vgl. Busch 2008, p. 130; en Palandt/Grüneberg (2010), § 241, nr. 77.

227 Zie bijv. Bamberger/Wendtland (2003), § 123, nr. 11; Bamberger/Grüneberg (2003), § 311, nr. 72; MüKo/Emmerich (2003), § 311, nr. 111; Larenz/Wolf 2004, p. 600; Busch 2008, p. 131; en Palandt/Ellenberger (2010), § 123, nr. 5b.

228 Vgl. BGH 3 maart 1982, *NJW* 1982, 1386.

pelijke positie of de professionele deskundigheid van de wederpartij.²²⁹ Een en ander verdient intussen nuancering in die zin, dat *Aufklärungspflichten* volgens de heersende leer ‘nicht schlechthin’ kunnen worden aanvaard.²³⁰ Meer in het bijzonder moet, gelet op het in par. 2.7.1 behandelde uitgangspunt van ‘informationelle Selbstverantwortung’,²³¹ de omvang van de precontractuele mededelingsplicht met inachtneming van de daarmee corresponderende onderzoeksplicht van de onwetende partij worden bepaald (*Nachforschungs-/Untersuchungspflicht*).²³² Aldus is de gelding van de *Aufklärungspflicht* in hoge mate afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval.²³³ Zij is, in de woorden van Fleischer, ‘in jedem Einzelfall begründungsbedürftig’.²³⁴

Voor een geslaagd beroep op § 123 BGB is, afgezien van de hiervoor besproken *Täuschungshandlung*, tevens *opzet* van de bedrieger vereist, hetgeen wordt afgeleid uit de wettelijke formule van ‘arglistige Täuschung’. Het gaat hier om dubbel opzet, in die zin dat de *Täuschungswille* van de bedrieger ‘auf Irrtumserregung und Beeinflussung der Willensentschließung beim anderen Teil’ gericht moet zijn.²³⁵ Aangenomen wordt dat voorwaardelijk opzet (*bedingter Vorsatz*) in dit verband volstaat.²³⁶ Een belangrijke toepassing is te vinden in de regel dat, volgens vaste jurisprudentie, óók sprake is van (voorwaardelijk) opzet indien een contractspartij ‘ins Blaue hinein unrichtigen Behauptungen aufstellt’, zonder de wederpartij ervoor te waarschuwen dat zij de daartoe vereiste kennis ontbeert.²³⁷ Met andere woorden: ‘Wer sich bewußt unwissend hält, handelt arglistig im Sinne der §§ 123, 463, 476 BGB.’²³⁸ Qua resultaat lijkt deze benadering niet ver verwijderd van de toepassing van een ‘obligation de s’informer pour informer’, zoals gehanteerd in het Franse recht (par. 2.6.2), zij het dat de hier bedoelde onderzoeksplicht van de bedrieger in Duitsland vooral betrekking heeft op de verstrekking van onjuiste *inlichtingen*, en in mindere mate op gevallen van ongeoorloofde zwijgzaamheid.²³⁹

229 Zie bijv. Müko/Roth (2003), § 241, nr. 134.

230 Aldus bijv. Müko/Kramer (2004), § 241, nr. 124; en in gelijke zin Larenz/Wolf 2004, p. 599-600.

231 Zie voor deze terminologie bijv. Busch 2008, p. 3, 138; en Eidenmüller e.a. 2008, p. 544-545.

232 Zie bijv. Bamberger/Grüneberg (2003), § 311, nr. 73; en MüKo/Emmerich (2003), § 311, nr. 103. Vgl. ook Fleischer 2001, p. 570, 586 en 993-994, die deze onderzoeksplicht als ‘Obliegenheit zur Selbstinformation’ aanduidt. Aldus ook Busch 2008, p. 137-140.

233 Zie voor een inventarisatie bijv. Bamberger/Grüneberg (2003), § 311, nr. 78-109. Zie kritisch over deze casuïstische benadering Marquesinis e.a. 2006, p. 309.

234 Fleischer 2001, p. 575. Aldus ook Busch 2008, p. 129.

235 Aldus bijv. Bamberger/Wendtland (2003), § 123, nr. 18.

236 Zie bijv. Müko/Kramer (2001), § 123, nr. 8; Bamberger/Wendtland (2003), § 123, nr. 17; Staudinger/Singer (2004), § 123, nr. 28; en Palandt/Ellenberger (2010), § 123, nr. 11.

237 Zie bijv. BGH 8 mei 1980, NJW 1980, 2460.

238 Fleischer 2001, p. 583. Aldus ook Busch 2008, p. 141.

239 Vgl. echter Müko/Roth (2003), § 241, nr. 126; en Staudinger/Olzen (2009), § 241, nr. 439, waar (althans buiten het kader van bedrog) het aannemen van een *Aufklärungspflicht* ook op grond van ‘schuldhafte Unkenntnis’ denkbaar wordt geacht.

Wat hiervan zij, het laat zich aanzien dat in de praktijk het vereiste van opzettelijkheid, ook met inachtneming van de notie van voorwaardelijk opzet, een reële belemmering kan vormen voor het aannemen van bedrog wegens schending van een precontractuele informatieplicht.²⁴⁰ De jurisprudentie heeft echter het ‘gat’ tussen de zuiver neutrale dwalingssituaties van § 119 II BGB en de opzettelijke bedrogsituaties van § 123 BGB opgevuld, door in gevallen van ‘fahrlässige Irreführung’, dat wil zeggen: de onopzettelijke verzwijging van relevante informatie in strijd met een precontractuele *Aufklärungspflicht*, aansprakelijkheid van de wederpartij aan te nemen uit hoofde van ‘culpa in contrahendo’, waarbij behalve schadevergoeding in geld ook *Naturalrestitution* mogelijk is in de vorm van ongedaanmaking van de overeenkomst (*Beseitigung des Vertrages*).²⁴¹ Per saldo kent het Duitse recht aldus een extra vernietigingsactie naast dwaling en bedrog, waarvan de reikwijdte vergelijkbaar is met die van de Nederlandse dwalingsregeling ex art. 6:228 BW.

2.7.3 Schuldrechtsreform; BGB-InfoV

Sinds de *Schuldrechtsreform*, de grootscheepse herziening van het Duitse verbintenissenrecht per 1 januari 2002,²⁴² is het hierboven bedoelde leerstuk van ‘culpa in contrahendo’ van een wettelijke basis voorzien. In § 311 II BGB wordt de precontractuele fase – in ruime zin omschreven als de periode van ‘Anbahnung eines Vertrages’²⁴³ – als een rechtsverhouding (*Schuldverhältnis*) gekwalificeerd. Blijkens § 241 II BGB kan uit deze rechtsverhouding voor de onderhandelende partijen de verplichting voortvloeien ‘zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils’. In dit kader is in de jurisprudentie een groot scala van precontractuele en contractuele zorgplichten (*Schutzpflichten*) en informatieplichten (*Aufklärungspflichten*) ontwikkeld.²⁴⁴ Schending van zulke plichten leidt tot aansprakelijkheid wegens wanprestatie in de zin van § 280 I BGB. De in par. 2.7.2 bedoelde schadevergoeding in natura, in de vorm van ongedaanmaking van de overeenkomst, is mogelijk op grond van § 249 BGB. Hoewel in de hier bedoelde gevallen ook een actie uit onrechtmatige daad denkbaar is – meer in het bijzonder op grond van § 823 I of § 826 BGB (par. 2.7.4) – is de (pre)contractuele weg in termen van bewijslastverdeling

240 Vgl. bijv. BGH 11 mei 2001, NJW 2001, 2326, waarin werd geoordeeld dat de verkoper van een perceel grond geen bedrog had gepleegd door de verzwijging van een gebrek, omdat hij ten tijde van de verkoop ‘keine entsprechende Erinnerung besaß’.

241 Zie bijv. BGH 26 september 1997, NJW 1998, 302; en voorts Kötz 2009, nr. 362; MüKo/Emmerich (2003), § 311, nr. 120; en Palandt/Ellenberger (2010), § 123, nr. 27.

242 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, *Bundesgesetzblatt* 2001 I, 3138.

243 Aldus de tweede gevals categorie van § 311 II BGB, die als het ‘Grundtatbestand’ van de beide andere categorieën wordt beschouwd. Vgl. MüKo/Emmerich (2003), § 311, nr. 68.

244 Zie voor een inventarisatie bijv. MüKo/Roth (2003), § 241, nr. 90-113 (*Schutzpflichten*) en nr. 114-190 (*Aufklärungspflichten*).

voor de benadeelde aantrekkelijker en daarom gebruikelijker. Zo kan de consument die in een winkelruimte letsel- of zaakschade oploopt door nalatigheid van de winkelier – men denke bijvoorbeeld aan een valpartij op een gladde of bevulde vloer²⁴⁵ – schadevergoeding vorderen wegens schending van de precontractuele *Schutzpflicht*, ongeacht of tussen partijen uiteindelijk een overeenkomst tot stand komt. Ingevolge § 280 I BGB is de toerekenbaarheid van de normschending hier, behoudens tegenbewijs door de winkelier, in beginsel gegeven.²⁴⁶ Aldus worden in Duitsland talloze ogenschijnlijk ‘delictuele’ gevalstypen in de sfeer van de precontractuele aansprakelijkheid getrokken.²⁴⁷

De *Schuldrechtsreform* was oorspronkelijk ingegeven door de noodzaak tot implementatie van de Europese richtlijn consumentenkoop.²⁴⁸ De Duitse wetgever is echter een stap verder gegaan en heeft gekozen voor een grondige modernisering van het verbintenissenrecht, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de zojuist besproken regeling van de precontractuele fase.²⁴⁹ Voorts zijn ter gelegenheid van de herziening diverse bijzondere wetten op het terrein van de consumentenbescherming in het BGB geïntegreerd, zodat het van oorsprong zo liberale wetboek thans, aldus Zimmermann, een ander ‘gezicht’ heeft gekregen.²⁵⁰ Opvallend is dat de Duitse wetgever uitgerekend de uit het Europese consumentenacquis voortvloeiende *informatieplichten* in een aparte regeling heeft neergelegd. Deze ‘Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht’ (BGB-InfoV) bevat bijvoorbeeld de Europese informatieplichten inzake overeenkomsten op afstand (§ 1), *time-sharing* (§ 2), *e-commerce* (§ 3), pakketreizen (§ 4 e.v.) en consumentenkrediet (§ 12 e.v.).²⁵¹ Volgens Kötz waren de betreffende informatieplichten in Europees verband zó gedetailleerd geregeld, dat de Duitse wetgever ze wel buiten het BGB moest houden.²⁵² Zimmermann signaleert echter dat dientengevolge afstemmingsproblemen (kunnen) ontstaan in de verhouding tussen de algemene *Aufklärungspflichten* uit het BGB en de Europese informatieplichten uit

245 Zie bijv. BGH 28 januari 1976, NJW 1976, 712 (*Gemüseblatt*).

246 Zie bijv. Kötz 2009, nr. 512.

247 Vgl. over deze, vanuit rechtsvergelijkend perspectief tamelijk unieke situatie, Kötz 2009, nr. 502.

248 Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

249 Vgl. Zimmermann 2005, p. 97.

250 Zimmermann 2005, p. 1, 159-160 (‘the face of the BGB has been changed’). Zimmermann betreft de daarmee samenhangende teloorgang van de fraaie structuur van het wetboek (p. 201).

251 BGB-InfoV, *Bundesgesetzblatt* I 2002, 3002, ook te raadplegen via <www.kanzlei.de/bgbinfov.htm>.

252 Kötz 2009, nr. 39. Vgl. ook Markesinis e.a. 2006, p. 269, die met enige verbazing constateren dat de BGB-InfoV ‘contains a model written notice of the right of cancellation, running to more than a whole page of text and including six footnotes’.

de BGB-InfoV.²⁵³ Iets dergelijks bleek in par. 2.6.2 bij de bespreking van het Franse consumentenrecht.

2.7.4 Verschuldenshaftung

Het delictuele aansprakelijkheidsrecht is in het BGB – alom geroemd vanwege zijn gedegen structuur – nogal fragmentarisch geregeld. Dat heeft te maken met het grillige verloop van het desbetreffende wetgevingsproces.²⁵⁴ Aanvankelijk had de Duitse wetgever een alomvattende ‘Generalklausel’ inzake schuldaansprakelijkheid (*Verschuldenshaftung*) voor ogen,²⁵⁵ daartoe geïnspireerd door het befaamde art. 1382 van de *Code civil*.²⁵⁶ Uiteindelijk bleek men echter bevreesd voor te veel rechterlijk activisme en rechtsonzekerheid, met name op het terrein van de aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade en immateriële personenschade.²⁵⁷ Tegen deze achtergrond is gekozen voor een opmerkelijk ‘Kompromiss zwischen Generalklausel und Einzeltatbeständen’.²⁵⁸ De bedoelde *Einzeltatbeständen* zijn concrete, nauw omschreven aansprakelijkheidsnormen, zoals § 824 inzake ‘Kreditgefährdung’ en § 825 inzake ‘Bestimmung zu sexuellen Handlungen’. De notie van een *Generalklausel* komt tot uitdrukking in drie ‘allgemeine Deliktstatbestände’, die echter weer zodanig zijn toegespitst dat zij, in de woorden van Larenz/Canaris, eerder ‘ein System von drei ‘kleinen’ Generalklauseln’ vormen dan ‘eine große Generalklausel’.²⁵⁹ Het betreft respectievelijk de rechtsinbreuk, geregeld in § 823 I BGB (*Rechtsgutsverletzung*), de wetsschending, geregeld in § 823 II BGB (*Schutzgesetzverletzung*) en de onzedelijke opzettelijke schadetoebrenging, geregeld in § 826 BGB (*sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*).

Laatstgenoemde onrechtmatigheidsrubriek was door de wetgever bedoeld als ‘vangnet’ (*Auffangtatbestand*), speciaal voor de eerder genoemde gevallen van zuivere vermogensschade en immateriële personenschade.²⁶⁰ Door het vereiste van opzettelijkheid (*Schädigungsvorsatz*²⁶¹) heeft § 826 BGB echter niet kunnen uitgroeien tot een algemene grondslag voor delictuele aansprakelijk-

253 Zimmermann 2005, p. 212.

254 Zie daarover bijv. MüKo/Wagner (2004), Vor § 823, nr. 7-15.

255 De risicoaansprakelijkheid (*Gefährdungshaftung*) – die hieronder buiten beschouwing blijft – is in Duitsland grotendeels buiten het BGB geregeld. Een uitzondering vormt § 833 (*Haftung des Tierhalters*).

256 Zie bijv. Larenz/Canaris 1994, p. 354-355; en MüKo/Wagner (2004), Vor § 823, nr. 8.

257 Vgl. MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 2; en Kötz & Wagner 2006, nr. 95.

258 MüKo/Wagner (2004), Vor § 823, nr. 8, 14.

259 Larenz/Canaris 1994, p. 354-355.

260 Zie bijv. Kötz & Wagner 2006, nr. 249; en Palandt/Sprau (2010), § 826, nr. 1.

261 Zie over dit vereiste, dat weliswaar in de jurisprudentie is genuanceerd, maar niettemin een serieuze begrenzing van de aansprakelijkheid ex § 826 vormt, bijv. Larenz/Canaris 1994, p. 454-455; MüKo/Wagner (2004), § 826, nr. 19 e.v.; en Palandt/Sprau (2010), § 826, nr. 10-11.

heid.²⁶² De bepaling speelt tegenwoordig vooral een rol op het terrein van de economische schade, bijvoorbeeld in gevallen van benadeling van schuldeisers of het profiteren van wanprestatie.²⁶³ Informatieplichten zijn daarbij normaliter niet aan de orde. Wel kan de in par. 2.7.1 besproken ‘arglistige Täuschung’ kwalificeren als onrechtmatige daad in de zin van § 826,²⁶⁴ maar gezien het ruimhartige karakter van de precontractuele aansprakelijkheid ter zake bestaat daaraan in de praktijk weinig behoefte (par. 2.7.3). Wagner constateert tegen deze achtergrond dat door de *Schuldrechtsreform* het contractenrecht in verhouding tot het aansprakelijkheidsrecht ‘erheblich aufgewertet’ is.²⁶⁵

Bij gebrek aan een ‘officiële’ *Generalklausel* fungeert § 823 I BGB in de Duitse jurisprudentie als aansprakelijkheidsnorm die daar qua praktische betekenis het dichtst bij in de buurt komt.²⁶⁶ De bepaling verklaart aansprakelijk degene die ‘vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt’. Volgens de heersende leer liggen hierin drie vereisten voor aansprakelijkheid besloten.²⁶⁷ Vereist is allereerst dat er sprake is van een inbreuk op één van de in het artikel genoemde subjectieve rechten (*Tatbestandsmäßigkeit*).²⁶⁸ Belangrijk zijn in dit verband vooral de lichamelijke integriteit (*Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit*) en het eigendomsrecht (*Eigentum*). Onder de restcategorie van ‘sonstige Rechte’ vallen voorts bijvoorbeeld de absolute rechten op het terrein van de bedrijfsuitoefening (*Recht am Gewerbebetrieb*) en de persoonlijkheid in brede zin (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*).²⁶⁹ In de tweede plaats is voor een geslaagd beroep op § 823 I BGB vereist dat de inbreuk op het subjectieve recht onrechtmatig geschiedde (*Rechtswidrigkeit*), hetgeen meer concreet betekent dat moet worden onderzocht of er sprake was van een rechtvaardigingsgrond.²⁷⁰ In dit verband wordt aangenomen dat met de vervulling van het *Tatbestand* de onrechtmatigheid in beginsel gegeven is, zodat

262 Vgl. Van Dam 2000, nr. 405.

263 Zie voor een inventarisatie bijv. MüKo/Wagner (2004), § 826, nr. 43-139. Opmerkelijk is in dit verband dat de oneerlijke mededinging, ooit het belangrijkste toepassingsgebied van § 826, inmiddels in bijzondere wetgeving is geregeld en aldus buiten het bereik van § 826 is gebracht. Vgl. Kötz & Wagner 2006, nr. 261.

264 Vgl. MüKo/Wagner (2004), § 826, nr. 43-44.

265 MüKo/Wagner (2004), Vor § 823, nr. 78.

266 Vgl. Larenz/Canaris 1994, p. 375-376, die § 823 I BGB als ‘die Zentralnorm’ van het aansprakelijkheidsrecht beschouwt. Zie in gelijke zin bijv. MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 50.

267 Deze ‘Dreistufigkeit des Deliktsaufbaus’ wordt meer in het algemeen als kenmerkend voor iedere onrechtmatige daad beschouwd. Zie bijv. Larenz/Canaris 1994, p. 362; en MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 1. Vgl. voor een andere benadering Kötz & Wagner 2006, nr. 111, die onderscheiden tussen *Rechtsgutverletzung*, *Pflichtwidrigkeit* en *Kausalität*.

268 Zie bijv. Palandt/Sprau, § 823, nr. 2-22. Aangenomen wordt (kennelijk) dat met deze inbreuk ook – althans voor wat betreft de vestiging van de aansprakelijkheid – de schade en het causaal verband zijn gegeven.

269 Zie bijv. Palandt/Sprau (2010), § 823, nr. 83-125 en 126-133.

270 Zie bijv. Palandt/Sprau (2010), § 823, nr. 23-39.

de bewijslast inzake de rechtvaardigingsgronden op de dader rust.²⁷¹ Ten derde is vereist dat de rechtsinbreuk aan de dader kan worden toegerekend (*Verschulden*), namelijk wegens opzet (*Vorsatz*) of verwijtbare nalatigheid (*Fahrlässigkeit*).²⁷² Laatstgenoemde toerekeningsgrond, die in de praktijk de belangrijkste is, wordt in § 276 II BGB nader omschreven als schending van 'die im Verkehr erforderliche Sorgfalt'. Het gaat hier (dus) om een overwegend objectieve toets.²⁷³

Over de verhouding tussen de genoemde vereisten van *Tatbestandsmäßigkeit*, *Rechtswidrigkeit* en *Verschulden* zijn in de Duitse literatuur ampele discussies gevoerd. Omstreden is bijvoorbeeld of de aantasting van een subjectief recht *eo ipso* onrechtmatig is (aldus de theorie van het *Erfolgsunrecht*) of dat onrechtmatigheid in de zin van § 823 I BGB een nadere toetsing aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen vereist (aldus de theorie van het *Handlungsunrecht*).²⁷⁴ In het verlengde van deze discussie – die sterke verwantschap vertoont met het Nederlandse debat over de leer Smits (par. 4.2.6) – ligt de vraag of het vereiste van toerekenbaarheid een zelfstandige rol vervult naast het vereiste van onrechtmatigheid. De klassieke opvatting luidt dat dit inderdaad het geval is, omdat bij de vaststelling van de onrechtmatigheid enkel de 'äußere Sorgfalt' wordt beoordeeld, terwijl voor het aannemen van aansprakelijkheid tevens vereist is dat de dader naar maatstaven van 'innere Sorgfalt' is tekortgeschoten.²⁷⁵ Een meer moderne opvatting luidt dat het hier bedoelde onderscheid tussen objectieve en subjectieve zorgvuldigheid niet kan worden gemaakt, zodat doorslaggevend gewicht moet toekomen aan de objectieve *Fahrlässigkeitsmaßstab* van § 276 II BGB.²⁷⁶ Voor 'Verschulden' als afzonderlijk vereiste is in deze visie nog slechts een zeer beperkte rol weggelegd in gevallen van ontoerekeningsvatbaarheid.²⁷⁷

2.7.5 Vervolg; Verkehrspflichten

De Duitse rechtspraak heeft de geschetste dogmatische impasse weten te vermijden door in het kader van § 823 I BGB een complex van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen te ontwikkelen, die goed beschouwd de verbindende schakel vormen tussen de drie vereisten voor aansprakelijkheid wegens rechtsinbreuk. Deze *Verkehrspflichten* vinden hun oorsprong in een tweetal klassieke gevallen van aantasting van de lichamelijke integriteit door nalaten (*Unter-*

271 Vgl. Larenz/Canaris 1994, p. 363.

272 Zie bijv. Palandt/Sprau (2010), § 823, nr. 40-44.

273 Zie bijv. Kötz & Wagner 2006, nr. 113, 168; en Palandt/Sprau (2010), § 823, nr. 43.

274 Zie bijv. Larenz/Canaris 1994, p. 364-367; MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 4-24; en Kötz & Wagner 2006, nr. 102 e.v.

275 Zie bijv. Larenz/Canaris 1994, p. 426; en MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 25-27.

276 Zie bijv. MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 32; en Kötz & Wagner 2006, nr. 127.

277 Vgl. MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 47.

lassen), die zich beide reeds kort na de inwerkingtreding van het BGB voordeden. In de eerste zaak ging het om een verrotte boom die was omgevallen op een passant.²⁷⁸ De tweede zaak betrof een valpartij op een slecht verlichte trap, die door de weersomstandigheden 'eisglatt' was geworden.²⁷⁹ In beide gevallen rees de vraag of de aangesproken partij (respectievelijk de eigenaar van de boom en van de trap) bij gebreke van een actieve schadeveroorzakende gedraging kon worden aangesproken wegens rechtsinbreuk. Het *Reichsgericht* beantwoordde die vraag bevestigend, daartoe overwegende dat onder de gegeven omstandigheden sprake was van de schending van een ongeschreven veiligheidsnorm (*Verkehrssicherungspflicht*).²⁸⁰ Deze lijn werd voortgezet in het 'Milzbrandfall' van 1921, dat een geval van indirecte rechtsinbreuk (*mittelbare Rechtsgutsverletzung*) betrof. De aangesproken partij was een dierenarts die in opdracht van een slager, en in diens bijzijn, de noodslacht had uitgevoerd van een rund met miltvuur. De slager, die een (zichtbare) open wond had, raakte hierdoor besmet en vorderde schadevergoeding van de dierenarts. Het *Reichsgericht* oordeelde dat de dierenarts, gelet op zijn professionele deskundigheid, een *Verkehrspflicht* had geschonden door de slager niet te behoeden voor het besmettingsgevaar.²⁸¹

Tegen deze achtergrond wordt in de literatuur aangenomen dat *Verkehrspflichten* in het kader van § 823 I BGB een 'haftungsbegründende' en een 'haftungsbegrenzende' functie vervullen.²⁸² In de eerste plaats bieden zij een potentiële grondslag voor de kwalificatie van zuiver passieve gedragingen als *Rechtsgutsverletzung*. In de tweede plaats vormen zij een maatstaf voor de afbakening van de aansprakelijkheid voor actieve, maar indirecte en onopzettelijke rechtsinbreuk. Vanuit een pragmatisch perspectief kunnen de *Verkehrspflichten* intussen gewoonweg als ongeschreven zorgvuldigheidsnormen worden betiteld, die ondanks hun dubieuze wettelijke basis in de praktijk fungeren als de belangrijkste grondslag voor delictuele aansprakelijkheid.²⁸³

Bij de toepassing van *Verkehrspflichten* geldt als uitgangspunt, zoals in het gehele Duitse aansprakelijkheidsrecht,²⁸⁴ dat ieder zijn eigen schade draagt. Dienovereenkomstig wordt aangenomen dat niet elke vorm van gevaarzetting onrechtmatig is.²⁸⁵ 'Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre

278 RG 30 oktober 1902, RGZ 52, 373.

279 RG 23 februari 1903, RGZ 54, 53.

280 De oorspronkelijke term *Verkehrssicherungspflicht*, die taalkundig op het treffen van veiligheidsmaatregelen (*Sicherungen*) was toegespitst, is later vervuuld voor de term *Verkehrspflicht*, die ziet op zorgvuldig gedrag in het algemeen. Zie bijv. Larenz/Canaris 1994, p. 401; en Deutsch & Ahrens 2002, nr. 253.

281 RG 19 september 1921, RGZ 102, 372.

282 Zie bijv. Palandt/Sprau (2010), § 823, nr. 45.

283 Zie in die zin bijv. MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 221; en Van Dam 2006, nr. 403-1, aan het slot.

284 Zie bijv. Larenz/Canaris 1994, p. 351; en Kötz & Wagner 2006, nr. 5.

285 Zie bijv. MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 248; Kötz & Wagner 2006, nr. 182-183; en Palandt/Sprau (2010), § 823, nr. 46, 51.

utopisch', zo luidt sinds 1975 de vaste slagzin van het *Bundesgerichtshof*.²⁸⁶ Ter voorkoming van schade behoeven derhalve niet alle denkbare veiligheidsmaatregelen (*Sicherheitsvorkehrungen*) te worden getroffen, maar enkel die maatregelen, 'die ein verständiger und umsichtiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält'.²⁸⁷ In dit verband wordt met name gelet op gezichtspunten die in Nederland als de Kelderluikfactoren plegen te worden aangeduid (vgl. par. 4.3.5). Volgens Larenz/Canaris gaat het om 'der Grad der Gefahr sowie Höhe und Art des (mutmaßlichen) Schadens auf der einen und der zur Vermeidung seines Eintritts erforderliche Aufwand auf der anderen Seite'.²⁸⁸ Voorts wordt belang gehecht aan 'die Möglichkeit des Selbstschutzes des Geschädigten'. Onvoorzichtig gedrag van de benadeelde kan niet alleen bewerkstelligen dat de aansprakelijkheid wegens eigen schuld (*Mitverschulden*) wordt verminderd (§ 254 BGB), maar ook 'daß schon tatbestandlich eine Verkehrspflicht zu verneinen oder ihr Inhalt entsprechend zu reduzieren ist'.²⁸⁹ Het *Bundesgerichtshof* overwoog dienovereenkomstig – in treffende bewoordingen – dat geen sprake is van schending van een *Verkehrspflicht*, indien de gevaarlijke situatie 'vor sich selbst warnt'.²⁹⁰ Tegen deze achtergrond werd bijvoorbeeld in 2010 geoordeeld dat de exploitant van een geldautomaat op een treinstation geen veiligheidsmaatregelen behoeft te treffen ter voorkoming van letsel doordat gebruikers (in dit geval een gehandicapte vrouw) na het opnemen van geld tussen de zich sluitende glasdeuren bekneld konden raken.²⁹¹

Staat aldus de eigen verantwoordelijkheid van de potentiële slachtoffers principieel voorop, in de praktijk heeft de Duitse rechter dat uitgangspunt aanzienlijk genuanceerd door de aanvaarding van talloze contextgebonden *Verkehrspflichten*.²⁹² Veelal roepen deze *Verkehrspflichten* de dader op tot het treffen van fysieke veiligheidsmaatregelen, zoals het 'strooien' van een gladde weg of het schoonhouden van een winkelvloer.²⁹³ Onder omstandigheden

286 Zie BGH 15 april 1975, *VersR* 1975, 812; en recent bijv. BGH 2 maart 2010, *NJW* 2010, 1967 (ook beschikbaar via <www.bundesgerichtshof.de>, onder zaaknummer VI ZR 223/09).

287 BGH 19 december 1989, *NJW* 1990, 1236 (citaat op p. 1237). Zie recent bijv. in gelijke zin het bovengenoemde arrest BGH 2 maart 2010, *NJW* 2010, 1967.

288 Larenz/Canaris 1994, p. 414. Vgl. ook MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 249-250; Brüggemeier 2006, p. 64; en Palandt/Sprau (2010), § 823, nr. 51.

289 Larenz/Canaris 1994, p. 414. Aldus ook MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 251; en Palandt/Sprau (2010), § 823, nr. 51.

290 Aldus BGH 11 december 1984, *NJW* 1985, 1076 (citaat op p. 1077), betreffende een valpartij van een nog in aanbouw zijnde loggia. In casu werd overigens geoordeeld dat van een zodanige situatie geen sprake was.

291 BGH 2 maart 2010, *NJW* 2010, 1967 (ook beschikbaar via <www.bundesgerichtshof.de>, onder zaaknummer VI ZR 223/09).

292 Zie voor een alfabetische inventarisatie bijv. Palandt/Sprau (2010), § 823, nr. 185-259 (variërend van 'Abfälle' tot 'Wohnungseigentum'). Zie voor een systematisch inventarisatie bijv. MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 407-750 (onderscheidend tussen 'Sachgefahren', 'Verhaltensgefahren', 'Produkthaftung', 'Umwelthaftung' en 'Arzthaftung').

293 Zie de jurisprudentie vermeld bij MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 424 e.v. resp. 458.

kan de dader ook aan zijn *Verkehrspflicht* voldoen door het verstrekken van een waarschuwing (*Warnung*), mits het aldus aangeduide gevaar niet te ernstig is en bovendien voldoende inzichtelijk wordt gemaakt.²⁹⁴ Illustratief is een uitspraak van het *Bundesgerichtshof* uit 1968, waarin het ging om een schilder die, tijdens zijn werkzaamheden bij gedaagden thuis, een slok had genomen uit een bierflesje dat achter de toiletpot was opgesteld. Het flesje was door de vrouw des huizes gevuld met natronloog, een giftig schoonmaakmiddel.²⁹⁵ De schilder liep ernstig letsel op en vorderde met succes schadevergoeding wegens schending van een *Verkehrspflicht*. De op het bierflesje geplakte waarschuwing 'Vorsicht, Lebensgefahr! Lauge!' werd in casu niet voldoende geacht.²⁹⁶

Een nadere inventarisatie van de diverse *Verkehrspflichten* moet hier kortheidshalve achterwege blijven. Interessant is wel de vraag hoe de delictuele *Verkehrspflichten* zich verhouden tot de precontractuele *Schutzpflichten* uit hoofde van § 311 II BGB (par. 2.7.3). Historisch beschouwd zijn laatstbedoelde plichten ontwikkeld ter compensatie van de 'immer wieder beklagten Schwächen des (bisherigen) deutschen Deliktsrechts'.²⁹⁷ Tegen deze achtergrond zou men kunnen veronderstellen dat de *Schutzpflichten* een (in potentie) ruimer beschermingsbereik kennen dan de *Verkehrspflichten*. De totstandkomingsgeschiedenis van § 241 II BGB bevestigt deze veronderstelling, aangezien in het oorspronkelijk ontwerp werd gesproken over precontractuele verplichtingen tot '*besonderen Rücksicht*', waarmee volgens de wetgever werd beoogd tot uitdrukking te brengen 'dass die Rücksichtspflichten nicht völlig denen des Deliktsrechts entsprechen, sondern diese in ihren Anforderungen übersteigen können'.²⁹⁸ Uiteindelijk is van de bedoelde precisering afgezien. De heersende leer beschouwt *Schutzpflichten* en *Verkehrspflichten* tegenwoordig als onderling gelijkwaardig.²⁹⁹

Al met al kan worden geconcludeerd dat het Duitse aansprakelijkheidsrecht nog altijd in het teken staat van de spanning tussen de 'haftungsbegründende' en de 'haftungsbegrenzende' functie van de *Verkehrspflicht*. Enerzijds streeft de Duitse rechter, door een grootschalige toepassing van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen in het kader van § 823 I BGB, onmiskenbaar naar een hoog niveau van slachtofferbescherming. Anderzijds lijkt hij zich voortdurend bewust van het feit dat hij aldus in de marge van de wet opereert, die immers – zelfs sinds de *Schuldrechtsreform* van 2002 – op geen enkele manier naar

294 Zie bijv. Deutsch & Ahrens 2002, nr. 257, 272.

295 De zaak vertoont gelijkenis met het Nederlandse arrest HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10.

296 Zie BGH 12 maart 1968, NJW 1968, 1182.

297 Aldus MüKo/Emmerich (2003), § 311, nr. 89.

298 Vgl. Staudinger/Olzen (2009), § 241, nr. 412.

299 Aldus bijv. Bamberger/Grüneberg (2003), § 241, nr. 92.

Verkehrspflichten verwijst.³⁰⁰ In de Duitse literatuur is de vrees voor een ‘große Generalklausel’, resulterend in een ‘konturlose’ aansprakelijkheid voor onzorgvuldig gedrag, nog altijd actueel.³⁰¹ Het is kennelijk tegen deze achtergrond, dat de Duitse rechter de beoogde slachtofferbescherming bij voorkeur op een casuïstisch niveau bewerkstelligt, telkens aanknopend bij de concrete omstandigheden van het geval. In dit opzicht vertoont hij verwantschap met zijn Engelse collega. De *common law* geldt immers bij uitstek als ‘the law of the case’,³⁰² zoals in de navolgende paragrafen zal blijken.

2.8 ENGELAND

2.8.1 Inleiding; no general duty of disclosure

Van oudsher en tot op de dag van vandaag wordt het Engelse contractenrecht beheerst door het klassieke beginsel ‘caveat emptor’ (*buyer beware*).³⁰³ De *common law* toont openlijke weerzin tegen beschermingsconstructies die de verkoper beroven van lucratieve transacties.³⁰⁴ Meer in het algemeen, ook buiten het terrein van de koop, staat de eigen verantwoordelijkheid van contractanten voorop, zoals blijkt uit de principiële verwerping van het beginsel van precontractuele goede trouw (*good faith*). Bekend is de volgende overweging van Lord Ackner in *Walford v Miles*:

‘However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. (...) A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of the negotiating party.’³⁰⁵

In het verlengde hiervan wordt ook het concept van een algemene precontractuele mededelingsplicht (*a general duty of disclosure*) uitdrukkelijk verworpen.³⁰⁶ Zo overwoog Lord Atkin in *Bell v Lever Brothers*:

300 Zie over de omstreden wettelijke grondslag van *Verkehrspflichten* bijv. Larenz/Canaris 1994, p. 403-405; en MüKo/Wagner (2004), § 823, nr. 51 e.v.

301 Aldus bijv. Larenz/Canaris 1994, p. 358. Vgl. ook Kötz & Wagner 2006, nr. 185, die deze vrees echter kennelijk niet delen.

302 Vgl. Cartwright 2009, p. 6.

303 Zie bijv. Nicholas 1987, p. 187-188; Cartwright 2007, p. 155; en Zwalve 2008, p. 565.

304 Vgl. Cartwright 2005, p. 83-84.

305 *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128, p. 138, *per* Lord Ackner. Zie voor een vergelijking van Nederlands en Engels recht op dit punt Bollen 2005, p. 386 e.v.

306 Zie bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 243; Cartwright 2007, p. 70-71, 166-169; McKendrick 2007a, p. 259-260; Beale e.a. 2008, nr. 6-014; en Treitel 2011, nr. 9-127. Zie voor een vergelijking van Nederlands en Engels recht op dit punt Jansen 2008, p. 415 e.v.

'Ordinarily the failure to disclose a material fact which might influence the mind of a prudent contractor does not give the right to avoid the contract. The principle of *caveat emptor* applies outside contracts of sale.'³⁰⁷

De ratio van deze terughoudendheid is blijkens de Engelse doctrine drieledig. In de eerste plaats vertoont de *common law* in het algemeen weerzin tegen het formuleren van *broad principles*.³⁰⁸ Deze weerzin houdt verband met het tamelijk strikte precedentenstelsel, zoals dat in Engeland geldt.³⁰⁹ Een dergelijk stelsel nodigt van nature niet uit tot de vorming van algemene regels, maar tot een voorzichtige *case-by-case*-benadering.³¹⁰ In de tweede plaats (en samenhangend met het voorgaande) leeft in Engeland de gedachte dat een algemeen geldende informatieplicht moeilijk definieerbaar is en tot veel rechtsonzekerheid kan leiden.³¹¹ Men kan dit het *floodgates*-argument noemen: de aanvaarding van een algemeen regime van informatieplichten zet de sluizen open naar een ongelimiteerde bescherming van onvoorzichtige contractanten.³¹² Het derde en meest belangrijke argument voor afwijzing van een algemene precontractuele informatieplicht is volgens de Engelse doctrine gelegen in de aard van het contractenrecht zelf.³¹³ In de *common law* overheerst de gedachte dat contracterende partijen onderhandelen 'at arm's length'. In verband met het beginsel van contractsvrijheid mogen zij primair hun eigen belangen nastreven, 'seeking to make the best bargain they can'.³¹⁴ Informatie is in deze visie een economisch goed, dat niet – althans niet in beginsel – door de onderhandelende partijen moet worden gedeeld.³¹⁵ Hier weerklinkt de reputatie van het Engelse contractenrecht als streng koopmansrecht, zoals in par. 2.5.2 vooropgesteld. Het laat zich aanzien dat een en ander gevolgen heeft voor het Engelse leerstuk der wilsgebreken, dat hieronder nader wordt behandeld.

2.8.2 Mistake & misrepresentation

De dwaling (*mistake*) vormt naar Engels recht een verhoudingsgewijs bescheiden leerstuk.³¹⁶ Hieronder vallen enerzijds de gevallen waarin overeenstemming tussen partijen ontbreekt, bijvoorbeeld wegens een misverstand over

307 *Bell v Lever Brothers* [1932] AC 161, p. 227, per Lord Atkin.

308 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 66-67; en McKendrick 2007a, p. 267.

309 Zie daarover bijv. Zwalve 2008, p. 74 e.v.; en Cartwright 2009, p. 11 e.v.

310 Vgl. Cartwright 2009, p. 16.

311 Zie bijv. Giliker 2005, p. 629; Cartwright 2007, p. 67-69; McKendrick 2007a, p. 268; en Treitel 2011, nr. 9-127.

312 Vgl. McKendrick 2007a, p. 260.

313 Vgl. Cartwright 2007, p. 69, 70-71.

314 Aldus bijv. McKendrick 2007a, p. 260. Zie ook Cartwright 2007, p. 166.

315 Zie bijv. Nicholas 1987, p. 199-201; Atiyah & Smith 2005, p. 245; en McKendrick 2007a, p. 260. Zie over deze rechtseconomische benadering van informatieplichten ook par. 1.4.

316 Zie over de achtergrond daarvan bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 178 e.v.

de inhoud van het contract of over de identiteit van de betrokken personen.³¹⁷ Anderzijds behoort tot het terrein van de *mistake* ook de wederzijdse dwaling (*common mistake*), die echter slechts onder strikte voorwaarden wordt erkend.³¹⁸ Een eenzijdige dwaling (*unilateral mistake*) heeft als zodanig geen consequenties voor de geldigheid van het contract,³¹⁹ tenzij ze door *toedoen* van de wederpartij is veroorzaakt, meer in het bijzonder doordat de wederpartij een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven.³²⁰ Kan een zodanige vorm van *misrepresentation* worden aangetoond, dan toont de *common law* zich relatief ruimhartig in de compensatie daarvan.³²¹ In de eerste plaats is vernietiging van de overeenkomst mogelijk (*rescission*), en wel ongeacht of de onwetende partij voldoende onderzoek heeft gedaan ter voorkoming van vergissingen.³²² Voor toewijzing van de vernietigingsvordering is voorts niet relevant of de *misrepresentation* opzettelijk geschiedde (*fraudulent misrepresentation*), dan wel nalatig (*negligent misrepresentation*) of te goeder trouw (*innocent misrepresentation*),³²³ met dien verstande dat in de laatste twee situaties – derhalve bij gebreke van opzet – de rechter *rescission* kan weigeren, indien hij dit onder de gegeven omstandigheden een te vergaande sanctie acht.³²⁴ Afgezien van de vernietigingsactie kan het slachtoffer van *misrepresentation* tevens schadevergoeding vorderen (*damages*), mits aan de zijde van de wederpartij sprake was van bedrog (*deceit*) of nalatigheid (*negligence*).³²⁵ Section 2(1) van de *Misrepresentation Act 1967* komt de benadeelde in dit verband bewijstechnisch tegemoet, door te bepalen dat *misrepresentation* in beginsel tot aansprakelijkheid leidt, tenzij de wederpartij bewijst ‘that he had reasonable ground to believe and did believe up to the time the contract was made that the facts represented were true’.³²⁶

317 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 149 e.v.; Beale e.a. 2008, nr. 5-066 e.v. resp. 5-088 e.v.; en Treitel 2011, nr. 8-033 e.v.

318 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 156-158; Beale e.a. 2008, nr. 5-017 e.v.; en Treitel 2011, nr. 8-002 e.v.

319 Zie bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 181-182; Cartwright 2007, p. 155; en Treitel 2011, nr. 8-033.

320 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 144, 159.

321 Vgl. Atiyah & Smith 2005, p. 252; en Cartwright 2007, p. 159.

322 Zie bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 257; Beale e.a. 2008, nr. 6-039; en Treitel 2011, nr. 9-024. Vgl. ook *Redgrave v Hurd* (1881) 20 Ch. D. 1, p. 13-14, *per* Jessel MR, geciteerd in par. 3.6.15. Schending van de onderzoeksplicht kan overigens wel leiden tot vermindering van een eventuele schadevergoeding wegens eigen schuld (*contributory negligence*), tenzij de wederpartij opzettelijk misleidend heeft gehandeld. Zie Beale e.a. 2008, nr. 6-040.

323 Zie bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 254, 257; Cartwright 2007, p. 159, 161; en Beale e.a. 2008, nr. 5-014, 6-103.

324 Aldus section 2(2) van de *Misrepresentation Act 1967*, waaruit tevens blijkt dat de benadeelde in dat geval wel zijn eventuele recht op schadevergoeding behoudt. Zie Beale e.a. 2008, nr. 6-096 e.v.

325 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 163.

326 Zie hierover bijv. Beale e.a. 2008, nr. 6-068 e.v.

Het centrale vereiste voor een geslaagd beroep op *misrepresentation* is het bestaan van 'a false statement of fact'.³²⁷ Zuivere meningen (*statements of opinion*) of algemene aanprijzingen (*mere puffs*) vallen daarbuiten.³²⁸ Voor het overige wordt het begrip *statement* ruim opgevat. Volgens vaste jurisprudentie kan *misrepresentation* niet alleen besloten liggen in de verstrekking van een onjuiste inlichting (*misrepresentation by word*), maar ook in (andere vormen van) misleidend gedrag (*misrepresentation by conduct*).³²⁹ Laatstbedoelde situatie doet zich bijvoorbeeld voor in geval van het actief verbergen van de gebreken van een verkochte zaak (*concealment*).³³⁰ Ook impliciet misleidende gedragingen zoals 'a nod or a wink, or a shake of the head, or a smile from the purchaser intended to induce the vendor to believe the existence of a non-existing fact' kunnen *misrepresentation by conduct* opleveren.³³¹ Daarentegen kwalificeert een zuiver stilzwijgen (*mere silence*) niet als zodanig, omdat voor een geslaagd beroep op *misrepresentation* tenminste 'some positive action' van de wederpartij is vereist.³³² Illustratief is de uit 1871 daterende klassieker *Smith v Hughes*, waarin de koper van een partij haver nul op het rekest kreeg toen de haver niet de essentiële eigenschappen bleek te bezitten die hij veronderstelde.³³³ De verkoper, die de dwaling niet actief had veroorzaakt of bevorderd, maar daarvan wel bewust had geprofiteerd, ging vrijuit. Volgens *Chief Justice Cockburn* kon 'the passive acquiescence of the seller in the self-deception of the buyer' niet leiden tot aantasting van de overeenkomst.³³⁴ Zijn collega *Blackburn* oordeelde dienovereenkomstig – in een veel geciteerde *oneliner* – dat, 'whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor'.³³⁵

De uitspraak in *Smith v Hughes* bevestigt dat de *common law* geen algemeen geldende precontractuele mededelingsplicht kent. Slechts bij wijze van *uitzondering* zullen contracterende partijen onder omstandigheden gehouden zijn tot het verschaffen van informatie aan elkaar. Globaal gesproken kunnen in de jurisprudentie drie uitzonderingscategorieën worden onderscheiden. Allereerst wordt aangenomen dat informatieplichten kunnen voortvloeien uit een bijzon-

327 Zie bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 254; en Beale e.a. 2008, nr. 6-006 e.v.

328 Zie bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 254; Cartwright 2007, p. 160; en Treitel 2011, nr. 9-007/008.

329 Zie bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 253; Cartwright 2007, p. 159-160; McKendrick 2007a, p. 261; Beale e.a. 2008, nr. 6-015 e.v.; en Treitel 2011, nr. 9-128.

330 Zie bijv. *Gordon v Selico Co Ltd* [1986] 2 EGLR 71, waarin het ging om het overschilderen van een schimmelaantasting door de verkoper van een pand.

331 Aldus *Walters v Morgan* (1861) 3 DGF&J 718, p. 723-724, *per* Lord Campbell.

332 Aldus Cartwright 2007, p. 160. Zie in gelijke zin bijv. Beale e.a. 2008, nr. 6-014.

333 Het betrof jonge haver (*new oats*) in plaats van de door de koper gewenste oude haver (*old oats*). Zie over de achtergrond van deze feitelijke kwestie Jansen 2008, p. 416-417.

334 *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597, p. 603, *per* Cockburn, CJ.

335 *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597, p. 607, *per* Blackburn, J.

dere vertrouwensrelatie tussen partijen.³³⁶ Het Engelse contractenrecht kent een aparte categorie van ‘contracts *uberrimae fidei*’ (‘contracts of the utmost good faith’), waarvan de verzekeringsovereenkomst het bekendste voorbeeld is. De aard van deze overeenkomst brengt mee dat de verzekeringnemer de hem bekende cruciale feiten omtrent het verzekerde risico aan de verzekeraar zal moeten mededelen.³³⁷ Een vergelijkbare vertrouwensband kan bijvoorbeeld bestaan tussen familieleden en in kredietverhoudingen.³³⁸ In de tweede plaats kunnen informatieplichten voortvloeien uit de wet.³³⁹ Dergelijke *statutory exceptions* op de regel van non-disclosure vinden veelal hun oorsprong in het Europese consumentenacquis,³⁴⁰ zoals dat ook in Frankrijk en Duitsland zijn sporen heeft nagelaten (par. 2.6.2 en 2.7.3). Ten slotte doet de *common law* tegenwoordig voorzichtige pogingen om, ook buiten het kader van vertrouwelijke rechtsverhoudingen en wettelijk gereguleerde contracten, bepaalde precontractuele informatieplichten aan te nemen. Dat gebeurt meestal impliciet, door het ‘oprekken’ van bestaande leerstukken.

Zo biedt het bovenomschreven leerstuk van *misrepresentation by conduct* ruimte voor het creëren van ‘a limited duty of disclosure by the back door’.³⁴¹ Illustratief is het veelbesproken geval van *Spice Girls Ltd v Aprilia World Service BV*, waarin het ging om een *girlband* die een sponsorovereenkomst aanging met een Italiaanse fabrikant van motorfietsen, zonder te vermelden dat één van de bandleden, de populaire ‘Ginger Spice’, inmiddels had besloten de band te verlaten, met alle publicitaire gevolgen van dien. Volgens de *trial judge* hadden de *Spice Girls* zich schuldig gemaakt aan *misrepresentation by conduct*, met name omdat zij vóór het sluiten van de overeenkomst hadden deelgenomen aan een ‘commercial fotoshoot’ op kosten van de fabrikant, terwijl zij toen reeds wisten dat het resultaat daarvan door het opsplitsen van de band waardeloos zou worden.³⁴² De Engelse doctrine constateert terecht dat een dergelijke redenering qua resultaat vergelijkbaar is met de toepassing van een precontractuele mededelingsplicht.³⁴³

Ook de klassieke *misrepresentation by word* kan zodanig extensief worden geïnterpreteerd, dat daaronder bepaalde situaties van verzwijging komen te vallen. Zo neemt de Engelse doctrine aan dat een eenmaal verstrekte inlichting

336 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 167; McKendrick 2007a, p. 263; Beale e.a. 2008, nr. 6-142 e.v.; en Treitel 2011, nr. 9-136 e.v.

337 Zie bijv. *Banque Keyser Ullmann SA v Skandia Insurance Co* [1991] 2 AC 249.

338 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 167.

339 Zie bijv. Nicholas 1987, p. 192-194; Cartwright 2007, p. 167; Beale e.a. 2008, nr. 6-014; en Treitel 2011, nr. 9-149.

340 Vgl. Cartwright 2007, p. 167.

341 Aldus McKendrick 2007a, p. 261. Vgl. ook Atiyah & Smith 2005, p. 253; en Beale e.a. 2008, nr. 6-014 e.v.

342 Zie voor het hoger beroep op in de betreffende zaak, waarin overigens een andere invalshoek werd gekozen, *Spice Girls Ltd v Aprilia World Service BV* [2002] EWCA Civ 15 (beschikbaar via <www.bailii.org>).

343 Vgl. Atiyah & Smith 2005, p. 253; en Beale e.a. 2008, nr. 6-011, 6-015.

die door een wijziging van omstandigheden haar aanvankelijke juistheid verliest, door de verklarende partij moet worden gecorrigeerd.³⁴⁴ Illustratief is de zaak *With v O'Flanagan* uit 1936, betreffende de overname van een dokterspraktijk. Doordat de praktijk kort voor de overname was stilgelegd wegens ziekte van dokter O'Flanagan, klopten de eerder verstrekte omzetcijfers niet meer. Het stilzwijgen over deze wijziging van omstandigheden leverde in casu *misrepresentation* op.³⁴⁵ Ook is er rechtspraak over gevallen van 'partial non-disclosure', waaruit blijkt dat een inlichting die op zichzelf juist maar in een cruciaal opzicht onvolledig is, zodat daaruit per saldo een onjuiste voorstelling van zaken resulteert (*a misleading half truth*), als *misrepresentation* kan worden beschouwd.³⁴⁶ Aldus werd bijvoorbeeld geoordeeld in een zaak betreffende een stomerij die de klant had gewezen op de gelding van een exoneratie voor schade aan de kralen en pailletten van een jurk ('beads and sequins'), zonder te vermelden dat in werkelijkheid een exoneratie voor alle vormen van schade aan kledingstukken werd gehanteerd.³⁴⁷ Ten slotte is in dit verband van belang dat door de onwetende partij gestelde *vragen*, op straffe van een geslaagd beroep op *misrepresentation by word*, immer waarheidsgetrouw moeten worden beantwoord.³⁴⁸ Tot op zekere hoogte wordt hierdoor het gebrek aan een precontractuele mededelingsplicht gecompenseerd, zij het dat in de Engelse doctrine wordt aangenomen dat de wederpartij zich ongestraft aan de beantwoording van 'riskante' vragen kan onttrekken. Er geldt dus een verbod van onjuiste beantwoording, maar geen verplichting tot beantwoording als zodanig.³⁴⁹ Met andere woorden: 'the duty is to tell the truth, not to inform'.³⁵⁰

Een laatste manier waarop in de Engelse jurisprudentie – via een omweg – precontractuele mededelingsplichten worden aanvaard is door de toepassing van *implied terms*.³⁵¹ Dit zijn contractsbepalingen die door de rechter of de wetgever bij wijze van aanvullend recht op een overeenkomst van toepassing worden verklaard. Van groot praktisch belang is section 14(3) van de *Sale of Goods Act 1979*, waarin is bepaald dat de professionele verkoper (behoudens andersluidend beding) garandeert dat de door hem verkochte zaken 'reasonably fit' zijn voor het door de koper beoogde doel. Terecht wordt in de literatuur aangenomen dat deze wettelijk geïmpliceerde conformiteitsclausule (*implied term of fitness*) goeddeels de rol vervult van een precontractuele mede-

344 Zie bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 252; Beale e.a. 2008, nr. 6-018; en Treitel 2011, nr. 9-132.

345 *With v O'Flanagan* [1936] Ch. 575.

346 Zie bijv. Nicholas 1987, p. 189-190; Atiyah & Smith 2005, p. 252; Cartwright 2007, p. 160; Beale e.a. 2008, nr. 6-017; en Treitel 2011, nr. 9-134.

347 *Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co Ltd* [1951] 1 KB 805.

348 Zie bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 243.

349 Vgl. Atiyah & Smith 2005, p. 243, die betogen dat de verkoper, gevraagd naar de aanwezigheid van gebreken, 'is perfectly entitled to say (as some do) that the buyer must make his inquiries elsewhere'.

350 Aldus Giliker 2005, p. 627-629.

351 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 168.

delingsplicht omtrent verborgen gebreken, zij het uitsluitend ten laste van de professionele verkoper.³⁵²

Al met al moet worden geconcludeerd dat de categorische verwerping van de precontractuele mededelingsplicht in het Engelse contractenrecht (*no general duty of disclosure*) in belangrijke mate wordt genuanceerd door vergelijkbare, meer impliciete beschermingsconstructies. In zoverre is het verschil tussen Engeland en het Europese continent op dit vlak ‘more one of technique than result’.³⁵³ Toch moet het belang van die ‘technique’ niet worden onderschat.³⁵⁴ De bedoelde beschermingsconstructies worden in Engeland – vooralsnog³⁵⁵ – uitdrukkelijk beschouwd als uitzonderingen op de regel dat een algemene informatieplicht ontbreekt.³⁵⁶ Aldus biedt de *common law* onwetende partijen slechts een ‘piecemeal and fragmented protection’,³⁵⁷ resulterend in belangrijke, vanuit continentaal perspectief opmerkelijke leemtes. Illustratief is het door Atiyah en Smith besproken geval van verzwijging van ernstige veiligheidsgebreken door de niet-professionele verkoper van een tweedehands auto, waarvoor naar huidig Engels recht geen remedie bestaat.³⁵⁸

2.8.3 Negligence

De *common law* kent geen uniform regime van delictuele aansprakelijkheid. In de loop der eeuwen zijn in de jurisprudentie diverse onrechtmatige daden (*torts*) ontwikkeld, die elk hun eigen juridische karakter hebben. Tegen deze achtergrond wordt wel gezegd dat het Engelse recht ‘a law of torts rather than a law of tort’ kent.³⁵⁹ De belangrijkste van deze *torts* is de *tort of negligence*, die zich in de jurisprudentie van de afgelopen twee eeuwen heeft ontwikkeld tot een algemene grondslag voor delictuele aansprakelijkheid in gevallen van personen- en zaakschade.³⁶⁰ Van oorsprong fungeerde het begrip *negligence*

352 Vgl. Nicholas 1987, p. 188-189; en Atiyah & Smith 2005, p. 251.

353 Aldus bijv. McKendrick 2007a, p. 267. Vgl. ook Bollen 2005, p. 391-392.

354 Vgl. Cartwright 2009, p. 22, die betoogt dat ‘the idea that English law is not really very different, but just uses different ways of achieving the same result (...) is sometimes true; but often not’.

355 Er zijn Engelse auteurs die een kentering voor mogelijk houden. Zie bijv. Cartwright 2005, p. 67; McKendrick 2007a, p. 265; en McKendrick 2007b, p. 687. Zie voor kritiek op het huidige stelsel ook Atiyah & Smith 2005, p. 245-247. Vgl. voorts *Conlon v Simms* [2008] 1 WLR 484 (m.n. p. 514-515 *per* Jonathan Parker LJ), betreffende een geval van ‘dishonest non-disclosure’ door een advocaat bij het aangaan van een ‘partnership’ met een andere advocaat.

356 Zie bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 247; en Cartwright 2007, p. 167, 169.

357 Aldus bijv. Atiyah & Smith 2005, p. 253.

358 Zie Atiyah & Smith 2005, p. 245, 251. Vgl. ook de veelzeggende voorbeelden op p. 243.

359 Aldus bijv. Edelman & Davies 2007, nr. 17.06.

360 Vgl. Edelman & Davies 2007, nr. 17.10, waar wordt opgemerkt dat *negligence* als enige *tort* ‘capable of generalization’ is.

als subjectief toerekeningscriterium voor gevallen van schuldaansprakelijkheid (*fault liability*),³⁶¹ ter onderscheiding van het begrip *intention* (opzet).³⁶² In de loop der tijd is het begrip *negligence* echter steeds objectiever uitgelegd, zodat het kon uitgroeien tot een 'independent basis of liability'.³⁶³ Inmiddels beschouwt de Engelse doctrine *negligence* als een zelfstandige onrechtmatige daad, die alle andere *torts* in praktische relevantie overschaduwet.³⁶⁴

Het begrip *negligence* duidt – in de zojuist bedoelde objectieve betekenis³⁶⁵ – op maatschappelijk onbetamelijk gedrag. 'Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do', aldus Lord Baron Alderson in *Blyth v Birmingham Waterworks*.³⁶⁶ Het gaat, in de woorden van Fleming, om 'conduct that falls below the standard regarded as normal or desirable in a given community'.³⁶⁷ Voor aansprakelijkheid wegens *negligence* gelden blijkens de Engelse doctrine drie vereisten. Er moet sprake zijn van een op de laedens rustende zorgplicht jegens het slachtoffer (*duty of care*), die door de laedens is geschonden (*breach of duty*), met als gevolg dat het slachtoffer rechtens verhaalbare schade heeft geleden (*damages*).³⁶⁸

Het eerste vereiste, 'the duty issue', vormt de normatieve kern van de delictuele aansprakelijkheid. De vraag of in een concreet geval een *duty of care* geldt, wordt beantwoord aan de hand van het zogenaamde *neighbour principle*, geformuleerd door Lord Atkin in de beroemde zaak *Donoghue v Stevenson*.³⁶⁹ Het ging hier om psychisch letsel van een vrouw die de resten van een dode slak had aangetroffen in het zojuist door haar geconsumeerde flesje 'ginger beer'. Aangenomen werd dat in dit verband op de producent van het drankje in relatie tot de vrouw een *duty of care* rustte ter voorkoming van de onderhavige schade. Lord Atkin overwoog in algemene termen:

361 Risicoaansprakelijkheid (*strict liability*) speelt in Engeland een bescheiden rol. Een klassiek voorbeeld is te vinden in *Rylands v Fletcher* (1868) LR 3 HL 330, betreffende schade aan een kolenmijn door het leeglopen van een waterreservoir, waarvan de precedentwaarde echter gering is gebleken. Vgl. Edelman & Davies 2007, nr. 17.267 e.v.

362 Zie over deze ontstaansgeschiedenis bijv. Fleming 1992, p. 101-102.

363 Aldus bijv. Fleming 1992, p. 102.

364 Zie bijv. Edelman & Davies 2007, nr. 17.10, waar *negligence* wordt betiteld als de 'most wide-ranging of all forms of tort liability'. Vgl. ook (iets terughoudender) Clerk & Lindsell 2010, nr. 8-01. Zie voorts Van Dam 2000, nr. 505 (aan het slot); Van Dam 2006, nr. 503-1, 503-3; en Zwalve 2008, p. 442.

365 De klassieke, subjectieve betekenis is verwijtbare onoplettendheid (*blameworthy inadvertence*). Zie bijv. Edelman & Davies 2007, nr. 17.25.

366 *Blyth v Birmingham Waterworks* (1856) 11 Exch 781, p. 784, per Lord Baron Alderson.

367 Aldus Fleming 1992, p. 102.

368 Zie bijv. Edelman & Davies 2007, nr. 17.25; en Clerk & Lindsell 2010, nr. 8-04.

369 Zie daarover bijv. Clerk & Lindsell 2010, nr. 8-12 e.v.

'[I]n English law there must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances. (...) The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.'³⁷⁰

Uit het citaat blijkt dat het Engelse aansprakelijkheidsrecht veel gewicht toekent aan de voorzienbaarheid van de belangenaantasting (*foreseeability*).³⁷¹ In gevallen van fysiek letsel of zaakschade vormt deze voorzienbaarheid doorgaans op zichzelf reeds een voldoende voorwaarde voor het aannemen van een *duty of care*.³⁷² Gaat het daarentegen om psychische schade of zuivere vermogensschade, dan pleegt de rechtspraak, ter nadere afbakening van de geldende zorgplicht, te onderzoeken of er tussen partijen een voldoende nauwe 'relationship of proximity' bestond en voorts of het opleggen van een *duty of care* onder de gegeven omstandigheden 'fair, just and reasonable' was.³⁷³ Per saldo is de gelding van een *duty of care* in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Het tweede vereiste voor aansprakelijkheid (*breach of duty*) ziet op de – deels juridische, deels feitelijke – vraag of de laedens onder de gegeven omstandigheden daadwerkelijk minder zorg heeft betracht dan rechtens van hem kon worden verlangd. Ter beantwoording van deze vraag wordt het schadeveroorzakende gedrag van de laedens getoetst aan de standaard van een maatman, de *reasonable man*.³⁷⁴ Oorspronkelijk werd in dit verband gedacht aan de gemiddelde deelnemer aan het maatschappelijk verkeer, die in de *common law* spreekwoordelijke status heeft bereikt als 'the man on the Clapham omnibus'.³⁷⁵ Tegenwoordig wordt erkend dat het hier veeleer gaat om een juridisch gefingeerde modelburger, wiens 'voorbeeldige' gedrag niet zelden uitstijgt boven het algemeen gebruikelijke niveau van zorgvuldigheid.³⁷⁶ Illustratief is de volgende passage bij Edelman en Davies:

370 *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562, p. 580, *per* Lord Atkin.

371 Zie nader Jansen 2006, p. 55-59.

372 Zie bijv. Edelman & Davies 2007, nr. 17.37; en Winfield & Jolowicz 2010, nr. 5-11.

373 Zie over deze 'three-pronged test' bijv. Edelman & Davies 2007, nr. 17.39 e.v.; Clerk & Lindsell 2010, nr. 8-17 e.v.; en Winfield & Jolowicz 2010, nr. 5-13 e.v.

374 Zie bijv. Fleming 1992, p. 105, 107; Edelman & Davies 2007, nr. 17.46; Clerk & Lindsell 2010, nr. 8-136 e.v.; en Winfield & Jolowicz 2010, nr. 5-75 e.v. Vgl. ook het bovenstaande citaat uit *Blyth v Birmingham Waterworks* (1856) 11 Exch 781, p. 784, *per* Lord Baron Alderson.

375 Deze kwalificatie wordt toegeschreven aan Lord Bowen in een niet-gepubliceerde zaak. Zie bijv. *McQuire v Western Morning News Co Ltd* [1903] 2 KB 100, p. 109, *per* Collins MR.

376 Vgl. Fleming 1992, p. 106-107.

'The reasonable person was intended to represent the average citizen but, since he was the *judicial idea* of the average citizen, there was undoubtedly a tendency to think that the reasonable person has rather high standards of care.'³⁷⁷

2.8.4 Vervolg; the reasonable man

Blijkens het voorgaande geschiedt de vaststelling van een *breach of duty* op basis van een objectieve toets, aanknopend bij 'community standards'.³⁷⁸ In voorkomende gevallen kan deze maatstaf nader worden aangescherpt naar gelang van de bijzondere deskundigheid van de laedens.³⁷⁹ Toch lijkt de Engelse rechter in het algemeen niet geneigd de standaard van de *reasonable man* tot in het oneindige op te schroeven. Illustratief is de zaak *Bolton v Stone*, waarin het ging om letsel van een vrouw die bij het passeren van een cricketveld door een bal was getroffen. Volgens de *House of Lords* had de cricketclub in casu geen *duty of care* geschonden, aangezien 'a reasonable man, taking account of the chances against an accident happening, would not have felt himself called upon either to abandon the use of the ground for cricket or to increase the height of his surrounding fences.'³⁸⁰

De verwijzing naar de kans op ongevallen illustreert dat de Nederlandse Kelderluikfactoren ook hun Anglo-Amerikaanse equivalent kennen,³⁸¹ in dit verband beter bekend als de 'Learned Hand-formula' (vgl. par. 4.1.3). Interessant is dat de Engelse rechter in zijn afweging van 'costs and risks' uitdrukkelijk ook de *maatschappelijke kosten* van een voorzorgsmaatregel pleegt te betrekken, respectievelijk de *maatschappelijke baten* van een gevaarzettende activiteit.³⁸² Een enigszins berucht voorbeeld is te vinden in een zaak die – opnieuw – betrekking had op schade door overvliegende ballen van een cricketveld, waarin Lord Denning zijn afwijzende oordeel aanving met de tendentieuze opening: 'In summertime village cricket is the delight of everyone'.³⁸³ Meer recent koos Lord Hoffmann een vergelijkbare, zij het meer neutrale benadering in *Tomlinson v Congleton*, door in algemene zin te overwegen dat de omvang van de *duty of care* afhangt van 'the social value of the activity which gives rise to the risk and the cost of preventative measures'.³⁸⁴ Het ging hier om een 18-jarige jongen die bij het duiken in het ondiepe water

377 Edelman & Davies 2007, nr. 17.49 (curs. toegevoegd).

378 Zie bijv. Edelman & Davies 2007, nr. 17.46; Clerk & Lindsell 2010, nr. 8-139 e.v.; en Winfield & Jolowicz 2010, nr. 5-75.

379 Zie bijv. Edelman & Davies 2007, nr. 17.55 e.v.; en Winfield & Jolowicz 2010, nr. 5-79.

380 *Bolton v Stone* [1951] AC 850, p. 869, per Lord Radcliffe.

381 Zie bijv. Edelman & Davies 2007, nr. 17.59 e.v.; Clerk & Lindsell 2010, nr. 8-149 e.v.; en Winfield & Jolowicz 2010, nr. 5-83 e.v. Zie voor de bedoelde Kelderluikfactoren par. 4.3.5.

382 Zie bijv. Clerk & Lindsell 2010, nr. 8-159 e.v.

383 *Miller v Jackson* [1977] QB 966, p. 976, per Lord Denning MR.

384 *Tomlinson v Congleton Borough Council* [2004] 1 AC 46, p. 82, per Lord Hoffmann.

van een recreatiemeer zijn nek had gebroken en verlamd was geraakt. De aangesproken partij, eigenaar van het meer, had een zwemverbod uitgevaardigd door middel van borden waarop stond vermeld: 'Dangerous Water. No Swimming'. Het was echter algemeen bekend dat dit verbod op grote schaal werd genegeerd. De eigenaar was voornemens het zwemmen door middel van begroeiing verder te ontmoedigen, maar was daar om financiële redenen nog niet aan toegekomen. De *House of Lords* oordeelde – tegen de achtergrond van de *Occupiers' Liability Act*,³⁸⁵ waarop de vordering formeel was gebaseerd – dat geen sprake was van schending van een *duty of care*. Lord Hoffmann, die aan het begin van zijn *speech* nog wees op de 'terrible tragedy to suffer such dreadful injury in consequence of a relatively minor act of carelessness',³⁸⁶ eindigde in opvallend afstandelijke bewoordingen, met een pleidooi tégen het aannemen van een zorgplicht ten koste van het algemeen belang van een ongedwongen recreatie:

'My Lords, as will be clear from what I have just said, I think that there is an important question of freedom at stake. It is unjust that the harmless recreation of responsible parents and children with buckets and spades on the beaches should be prohibited in order to comply with what is thought to be a legal duty to safeguard irresponsible visitors against dangers which are perfectly obvious. The fact that such people take no notice of warnings cannot create a duty to take other steps to protect them.'³⁸⁷

Het eindoordeel van Lord Hoffmann luidde dat de eigenaar van het meer in casu niet verplicht was 'to take any steps to prevent Mr Tomlinson from diving or warning him against dangers which were perfectly obvious'.³⁸⁸ Aldus illustreert *Tomlinson v Congleton* de terughoudendheid van de Engelse rechter ten aanzien van delictuele zorgplichten in het algemeen en delictuele waarschuwingsplichten in het bijzonder. Vanuit een dogmatisch perspectief kan deze terughoudendheid in verband worden gebracht met de meer algemene weerstand die in Engeland bestaat tegen ongeschreven normen die strekken tot een *actief* handelen.³⁸⁹ Deze weerstand kwam ook reeds tot uitdrukking bij de behandeling van het leerstuk van *misrepresentation by conduct* (par. 2.8.2).

385 De *Occupiers' Liability Act 1957* ziet op de aansprakelijkheid van terreinbeheerders jegens 'visitors' en bevat, tezamen met de bijbehorende *Occupiers' Liability Act 1984* (specifiek m.b.t. 'trespassers'), een regime van 'statutory negligence', waarin de vertrouwde *duty of care* centraal staat. Zie bijv. Edelman & Davies 2007, nr. 17.183 e.v.; en Clerk & Lindsell 2010, nr. 12-02 e.v.

386 *Tomlinson v Congleton Borough Council* [2004] 1 AC 46, p. 72, per Lord Hoffmann.

387 *Tomlinson v Congleton Borough Council* [2004] 1 AC 46, p. 85, per Lord Hoffmann.

388 *Tomlinson v Congleton Borough Council* [2004] 1 AC 46, p. 86, per Lord Hoffmann.

389 Zie bijv. Kortmann 2005, p. 9, 53-55. Vgl. ook (m.b.t. aansprakelijkheid voor *pure omissions*) Edelman & Davies 2007, nr. 17.15, 17.88 e.v.; en Clerk & Lindsell 2010, nr. 8-46 e.v.

2.9 EUROPEES PRIVAATRECHT

2.9.1 Inleiding; Europese richtlijnen

Uit de voorgaande inventarisatie van Frans, Duits en Engels recht kan worden geconcludeerd dat de Europese opvattingen inzake de precontractuele en delictuele informatieplicht nogal uiteenlopen.³⁹⁰ Zou men een karikatuur willen maken van de besproken stelsels, dan zou men kunnen zeggen dat enerzijds de informatieplichten in Engeland en Frankrijk relatief onzichtbaar zijn, respectievelijk omdat de Engelse rechter strikt vasthoudt aan een klassieke idee van gedragsnormering, terwijl de Franse rechter die idee juist voorbijgestreefd lijkt, en dat anderzijds in Duitsland de informatieplichten hoogtij vieren, kennelijk omdat zij voor de Duitse rechter een aantrekkelijk instrument vormen ter bevordering van het gewenste niveau van bescherming mét inachtneming van de nodige overwegingen van gedragsnormering.

Tegen deze achtergrond lijkt het nuttig ten slotte nog aandacht te besteden aan het Europees privaatrecht, dat als de gemene deler van de besproken stelsels kan worden beschouwd. In de afgelopen decennia heeft de 'Europeanisering' van het privaatrecht een hoge vlucht genomen.³⁹¹ Onder het Europees privaatrecht vallen allereerst de diverse Europese richtlijnen op het terrein van de consumentenbescherming, waarvan hierboven reeds in grote lijnen is gebleken hoe zij hun weerslag hebben gehad op het Franse, Duitse en Engelse recht.³⁹² De abundantie van informatieplichten in deze richtlijnen toont aan hoeveel gewicht de Europese wetgever hecht aan informatieverstrekking als instrument van consumentenbescherming.³⁹³ Daarbij valt op dat die bescherming vooral op een gedetailleerd niveau wordt bewerkstelligd, resulterend in tamelijk specifieke, technisch geformuleerde informatieplichten.³⁹⁴ Vanwege hun formalistische karakter – veelal oproepend tot de blote verstrekking van bepaalde gegevens – zou men de hier bedoelde informatieplichten ook wel kunnen aanduiden als 'documentatieplichten'.

Ter illustratie zij hier gewezen op de *richtlijn consumentenrechten* uit 2011,³⁹⁵ die strekt tot vervanging respectievelijk tot wijziging van een viertal

390 Dat geldt althans voor wat betreft de principiële benadering ervan. In par. 2.5.2 werd reeds vooropgesteld dat de praktische resultaten niet zelden overeenkomen.

391 Zie bijv. Asser/Hartkamp 3-I* (2011), nr. 1 e.v.; en Keirse 2010, p. 15 e.v.

392 Zie in het algemeen over de doorwerking van Europese richtlijnen in het (Nederlandse) vermogensrecht bijv. Asser/Hartkamp 3-I* (2011), nr. 152 e.v.; en Keirse 2010, p. 33 e.v.

393 Vgl. Wilhelmsson 2004, p. 728; Hesselink 2008, p. 34 (in kritische zin); Hardy 2009, p. 80 e.v.; en Asser/Hartkamp 3-I* (2011), nr. 164.

394 Vgl. Hardy 2009, p. 90-91; en Asser/Hartkamp 3-I* (2011), nr. 161, 167. Zie ook par. 2.7.3, waar bleek dat de Duitse wetgever zich vanwege deze detaillering genoodzaakt zag een afzonderlijke wettelijke regeling te creëren. Zie voorts voor wat betreft het Nederlandse recht bijv. par. 3.11.5, aan het slot.

395 Richtlijn 2011/83/EU inzake consumentenrechten d.d. 25 oktober 2011 (beschikbaar via: <<http://eur-lex.europa.eu>>).

oudere richtlijnen op het terrein van de consumentenbescherming.³⁹⁶ Vermeldenswaard is art. 5 van de richtlijn, waarin acht precontractuele informatieverplichtingen zijn vastgelegd, die bedoeld zijn te gelden voor alle overeenkomsten tussen consumenten en professionals buiten het terrein van de colportage en de overeenkomsten op afstand.³⁹⁷ Het gaat hier om informatieplichten van het zojuist bedoelde formalistische type.³⁹⁸ De reeks van gegevens die de handelaar, voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst met een consument, moet verschaffen – ‘in a clear and comprehensible manner’ – omvat bijvoorbeeld de voornaamste kenmerken van de door hem verhandelde goederen of diensten (sub a), zijn identiteit, adres en telefoonnummer (sub b), de totale prijs, inclusief belastingen (sub c) en de geldende betaal- en leveringsvoorwaarden (sub d).³⁹⁹

Onder de tekst van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel, daterend uit 2008,⁴⁰⁰ is de vraag gerezen of deze precontractuele informatieplichten, gelet op het in het voorstel gekozen – overigens hoogst omstreden⁴⁰¹ – stelsel van volledige harmonisatie (art. 4),⁴⁰² afbreuk kunnen doen aan de algemene precontractuele informatieplichten op nationaal niveau. Zo vroeg Luzak zich af of de Nederlandse consument zich onder het regime van het richtlijnvoorstel nog wel op dwaling in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW zou kunnen beroepen, nu het richtlijnvoorstel geen precontractuele mededelingsplicht in de hier bedoelde zin bevatte.⁴⁰³ Alom werd aangenomen dat voor zulke verstrekken-de consequenties niet behoefde te worden gevreesd.⁴⁰⁴ Thans bepaalt art. 5 lid 4 van de richtlijn met zoveel woorden dat lidstaten ‘may adopt or maintain additional pre-contractual information requirements’. Op dit punt is derhalve (alsnog) gekozen voor een minimumharmonisatie.⁴⁰⁵

396 Het gaat om de richtlijnen 85/577/EEG inzake colportage en 97/7/EG inzake overeenkomsten op afstand (die door de nieuwe richtlijn worden vervangen) resp. de richtlijnen 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en 1999/44/EG inzake consumentenkoop (die door de richtlijn worden gewijzigd). Zie de considerans van de richtlijn, sub 1-2 en 63-63a.

397 M.b.t. colportage en koop op afstand voorziet art. 6 van de richtlijn in een vergelijkbare reeks informatieplichten. Het recente voorstel voor een *Common European Sales Law* (CESL) bevat vrijwel gelijklopende bepalingen (zie resp. art. 20 en 13 CESL).

398 Zie daarover kritisch bijv. Hesselink 2009, p. 75, die zich zorgen maakt over ‘de administratieve lasten van bedrijven’ en zich afvraagt ‘of consumenten juist op deze informatie zitten te wachten’.

399 Zie over art. 5 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel bijv. Cauffman e.a. 2009, p. 63-65.

400 Richtlijnvoorstel betreffende consumentenrechten, COM(2008) 614 def. (beschikbaar via: <<http://eur-lex.europa.eu>>), waarover bijv. Cauffman e.a. 2009, p. 53 e.v.

401 Zie bijv. Loos 2008b, p. 173-174, 178; Schelhaas 2009, p. 35; en Keirse 2010, p. 48-49.

402 Blijkens art. 4 van de richtlijn is volledige harmonisatie nog steeds het uitgangspunt, ‘unless otherwise provided in this Directive’. Vgl. het hieronder te behandelen art. 5 lid 4.

403 Luzak 2009, p. 125-126.

404 Zie bijv. Luzak 2009, p. 126; Cauffman e.a. 2009, p. 131; en Cauffman 2010, p. 48.

405 Zie bijv. Loos & Luzak 2011, p. 250.

2.9.2 DCFR; pre-contractual information duties

Afgezien van de hierboven besproken richtlijnen – die binnen het bestek van dit onderzoek niet in extenso kunnen worden behandeld – kunnen tot het terrein van het Europees privaatrecht ook de diverse ‘principles’ worden gerekend.⁴⁰⁶ Het gaat hier om verzamelingen van privaatrechtelijke regels, opgesteld door Europese wetenschappers en bedoeld als weergave van de *common core* van het Europese privaatrecht. Een belangrijke exponent van deze harmonisatiepogingen is het uit 2009 daterende *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), een verzameling van ‘Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law’, op verzoek van de Europese Commissie opgesteld als ‘toolbox’ voor toekomstige Europese wetgeving,⁴⁰⁷ maar feitelijk vormgegeven als een (gedeeltelijk) Europees Burgerlijk Wetboek.⁴⁰⁸ De bekende, al wat oudere *Principles of European Contract Law* (PECL) zijn – in gewijzigde vorm – in het DCFR verwerkt. Anno 2011 heeft de Europese Commissie een herziene versie van de contractenrechtelijke bepalingen uit het DCFR gepubliceerd in de vorm van een voorstel voor een *Common European Sales Law* (CESL).⁴⁰⁹ Het betreft een concept-verordening, die als ‘optioneel instrument’ op grensoverschrijdende koopovereenkomsten tussen Europese contractspartners van toepassing kan worden verklaard.⁴¹⁰

Voor het onderhavige onderzoek is met name section II-3.1 van het DCFR relevant, waarin een reeks precontractuele informatieplichten (*pre-contractual information duties*) is opgenomen.⁴¹¹ Blijkens hun inhoud zijn deze informatieplichten op het Europese consumentenacquis afgestemd, al wijken zij daar in sommige opzichten ook van af. De meest algemene informatieplicht is te vinden in art. II-3:101 DCFR. Hier wordt bepaald dat de professionele verkoper of dienstverlener ‘has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances’. De hier

406 Zie daarover bijv. (vanuit het perspectief van het Nederlandse vermogensrecht) Asser/Hartkamp 3-I* (2011), nr. 298 e.v.

407 Zie Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, COM(2004) 651 final, p. 3 (beschikbaar via: <<http://eur-lex.europa.eu>>). Vgl. ook DCFR, Introduction, p. 36.

408 Zie (kritisch) bijv. Eidenmüller e.a. 2008, p. 533; en Smits 2008, p. 109.

409 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM(2011) 635 definitief (beschikbaar via: <<http://eur-lex.europa.eu>>). Zie over (eerdere versies van) het CESL bijv. Schulte-Nölke 2011, p. 1; en De Tavernier & Van der Weide 2011, p. 134.

410 Vgl. art. 3-4 van de concept-verordening. Zie over de CESL-informatieplichten (die in grote lijnen vergelijkbaar zijn met de hieronder te behandelen DCFR-bepalingen) bijv. Cravetto & Pasa 2011, p. 759 e.v. (kritisch); en De Boeck 2011, p. 787 e.v. (positief; specifiek m.b.t. art. 23 CESL over de precontractuele mededelingsplicht tussen handelaren onderling).

411 Zie daarover nader Cauffman e.a. 2009, p. 99-103 en 127-130.

bedoelde precontractuele mededelingsplicht geldt niet alleen ten opzichte van consumenten, maar ook ten opzichte van professionele wederpartijen, zij het dat de bedoelde 'reasonable expectations' in het handelsverkeer slechts worden geacht te zijn geschonden bij een 'gross deviation from good commercial practice'.⁴¹² Achtergrond van art. II-3:101 DCFR is, blijkens de toelichting,⁴¹³ het conformiteitsvereiste uit de Richtlijn consumentenkoop, dat aldus in een precontractuele mededelingsplicht omtrent verborgen gebreken wordt vertaald, en waarvan het beschermingsbereik *en passant* ook tot de professionele wederpartij wordt uitgebreid. De precieze reikwijdte van deze mededelingsplicht blijft, ook na lezing van de bijbehorende voorbeelden in de toelichting,⁴¹⁴ onduidelijk.

Art. II-3:102 DCFR bevat een uitvoerige regeling van de informatieverstrekking in het kader van commerciële reclame-uitingen (*marketing*). De toelichting verwijst – tot tweemaal toe – naar het ietwat buitenissige voorbeeld van de 'antique decoration telephone', die niet op het telefoonnetwerk blijkt te kunnen worden aangesloten. De leverancier moet zijn kopers hierop wijzen, op straffe van aansprakelijkheid.⁴¹⁵ Art. II-3:103 DCFR bevat een gedetailleerd omschreven professionele informatieplicht in geval van 'transactions that place the consumer at a significant informational disadvantage'. Blijkens de toelichting wordt hier niet gedacht aan toevallige vormen van ondeskundigheid aan de zijde van de consument, maar aan situaties van *structurele* ongelijkheid tussen partijen. Met name wordt gewezen op de zogenaamde 'high-value low-frequency transactions', zoals *timesharing*.⁴¹⁶ Art. II-3:104 en 105 DCFR bevatten specifieke regelingen voor overeenkomsten op afstand en *e-commerce*.

De artikelen II-3:106 tot en met 108 DCFR zijn bedoeld ter uitwerking van de daaraan voorafgaande informatieplichten. Art. II-3:106 DCFR bepaalt dat de voorgeschreven informatieverstrekking 'clear and precise, and expressed in plain and intelligible language' moet geschieden (lid 2). Art. II-3:107 en 108 DCFR bevatten aanvullende bepalingen voor de verstrekking van 'information

412 Aldus de toelichting bij het tweede lid van art. II-3:101 DCFR (Von Bar & Clive 2009, p. 201). Overigens bevat dat tweede lid zelf een iets neutraler geformuleerde maatstaf, waarin de kwalificatie 'gross' ontbreekt.

413 Von Bar & Clive 2009, p. 202-203 (comments bij art. II-3:101 DCFR).

414 'Illustration 1' expliciteert (ten overvloede) dat de verkoper van een goed functionerende auto, die in alle opzichten aan de overeenkomst voldoet, géén mededelingsplicht heeft. 'Illustration 2' verklaart (weinig opzienbarend) dat een autohandelaar de hem bekende motorische gebreken van een verkochte auto moet melden. 'Illustration 3' stelt (enigszins verrassend) dat de autohandelaar – kennelijk ongeacht de omstandigheden van het geval – kopers moet attenderen op aanstaande wijzigingen in het modellengamma. 'Illustration 4' formuleert (vanzelfsprekend) een mededelingsplicht voor de vastgoedhandelaar die een pand verkoopt als winkelpand, terwijl hij weet dat het gemeentelijke bestemmingsplan exploitatie als winkelpand niet toestaat. Zie Von Bar & Clive 2009, p. 201-202 (comments bij art. II-3:101 DCFR).

415 Von Bar & Clive 2009, p. 206-208 (comments bij art. II-3:102 DCFR).

416 Von Bar & Clive 2009, p. 213-214 (comments bij art. II-3:103 DCFR).

about price and additional charges' respectievelijk 'information about address and identity of business'. Art. II-3:109 DCFR voorziet in remedies. Opmerkelijk is lid 2, waarin wordt bepaald dat schending van een van de voorgaande informatieplichten ertoe leidt dat 'the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information'. De toelichting verduidelijkt dat 'failure to provide the required pre-contractual information, or to use the correct form, can affect the substance of the obligations assumed under the contract, and may result in the non-performance of contractual obligations'.⁴¹⁷ Aangenomen moet worden dat een dergelijk 'obligatoir effect' van een precontractueel informatieverzuim in de praktijk betrekkelijk uitzonderlijk zal zijn (vgl. par. 3.10.5). Van groter praktisch belang lijkt de schadevergoedingsactie, genoemd in lid 3 van art. II-3:109 lid 3 DCFR.

2.9.3 DCFR; mistake & fraud

Precontractuele informatieplichten komen eveneens tot uitdrukking in section II-7.2 DCFR, waar de wilsgebreken zijn geregeld. De dwaling (*mistake*) wordt in art. II-7:201 DCFR vooropgesteld. De bepaling vertoont – evenals art. 4:103 PECL, dat eraan ten grondslag ligt – duidelijke overeenkomsten met het Nederlandse art. 6:228 BW.⁴¹⁸ Opvallend is dat de dwalingsrubriek van art. II-7:201 lid 1 sub b(i) DCFR, blijkens de toelichting bedoeld voor onjuiste inlichtingen,⁴¹⁹ zodanig ruim is geformuleerd ('caused the mistake') dat daaronder goed beschouwd ook de dwalingsrubriek van lid 1 sub b(ii), betreffende de schending van een precontractuele mededelingsplicht, en die van lid 1 sub b(iii), betreffende de schending van één van de eerder genoemde *precontractual information duties* uit section II-3.1 DCFR, vallen. Bovendien lijkt tussen de rubrieken (ii) en (iii) onderling eveneens overlap te bestaan. Per saldo neemt alleen de vierde dwalingsrubriek, inzake de wederzijdse dwaling (*shared mistake*), een zelfstandige positie in naast de door de wederpartij veroorzaakte dwaling van lid 1 sub b(i). Hijma concludeert terecht dat de potentie van rubriek (i) de status van de rubrieken (ii) en (iii) ondermijnt.⁴²⁰

De dwalingsrubriek van art. II-7:201 lid 1 sub b(ii) DCFR, betreffende de schending van een precontractuele mededelingsplicht, wordt in de toelichting enigszins ontwijkend omschreven als 'mistake known to the other party'.⁴²¹

417 Von Bar & Clive 2009, p. 236 (comments bij art. II-3:109 DCFR).

418 Zie voor een (kritische) vergelijking Hijma 2011, p. 299 e.v. Vgl. ook art. 48 CESL, dat vrijwel identiek is aan art. II-7:201 DCFR.

419 Von Bar & Clive 2009, p. 459 (comments bij art. II-7:201 DCFR). Vgl. art. 4:103(1) sub a(i) PECL, waar nog met zoveel woorden werd gesproken van een 'mistake (...) caused by information given by the other party'.

420 Hijma 2011, p. 301.

421 Von Bar & Clive 2009, p. 460 (comments bij art. II-7:201 DCFR).

De ratio van de onderhavige mededelingsplicht wordt gezocht in de gedachte dat men niet het stilzwijgen mag bewaren ‘with the deliberate intention of deceiving the other party’,⁴²² een gedachte die veeleer op situaties van bedrog lijkt te zijn toegespitst. De in de toelichting gegeven voorbeelden zijn enigszins apodictisch en bieden daardoor weinig houvast bij de concrete invulling van het artikel. Zo verklaart ‘illustration 3’ zonder omhaal van woorden vernietigbaar de koop van een woning met houtrot in één van de kamers. De omstandigheid dat de verkoopster hierover zwijgt ‘because she assumes B will be aware of the risk of it from the fact that there are damp marks on the wall and will have the floor checked’, wordt blijkbaar niet relevant geacht.⁴²³ ‘Illustration 8’ gaat over een aannemer die een fout maakt bij het opstellen van een offerte voor bouwwerkzaamheden, doordat hij vergeet de extra kosten samenhangend met de aanwezigheid van een rotsachtige bodem in zijn berekeningen te betrekken. Hoewel de casus uitdrukkelijk vermeldt dat de opdrachtgever hem hiervoor had gewaarschuwd, door namelijk reeds bij de inschrijving aan te geven ‘that the contractor will probably strike rock at one point on the site’, wordt ook de onderhavige overeenkomst zonder meer vernietigbaar verklaard wegens schending van een mededelingsplicht.⁴²⁴

De grondslag van precontractuele mededelingsplichten als hier bedoeld wordt kennelijk gezocht in het beginsel van ‘good faith and fair dealing’, waarnaar lid 1 sub b(ii) verwijst. In art. I-1:103 DCFR wordt dat beginsel nader gedefinieerd als ‘a standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party’. De opstellers begeven zich aldus op glad ijs, nu Engeland het beginsel van precontractuele goede trouw, en meer in het bijzonder het concept van een precontractuele ‘duty of disclosure’, uitdrukkelijk verwerpt (par. 2.8.1). Dit alternatieve Europese geluid wordt in de toelichting tamelijk laconiek gesmoord:

‘It is true that some Legal systems within the EU as a general rule do allow a party to remain silent about important information, even if aware that it would influence the other’s decision. That may be appropriate in certain cases, for example when the knowledgeable party has only gained the knowledge at considerable expense, or in highly competitive commercial situations (...), but as a blanket rule it is not appropriate. It does not accord with either commercial morality or what contracting parties will normally expect of each other. Unless there is a good reason for allowing the party to remain silent, silence is incompatible with good faith and will entitle the other party to avoid the contract under this Article.’⁴²⁵

422 Von Bar & Clive 2009, p. 460 (comments bij art. II-7:201 DCFR).

423 Von Bar & Clive 2009, p. 460 (comments bij art. II-7:201 DCFR).

424 Von Bar & Clive 2009, p. 463 (comments bij art. II-7:201 DCFR). Vgl. par. 3.11.3, over de informatieplicht van de aannemer ex art. 7:754 BW omtrent onjuistheden in de opdracht.

425 Von Bar & Clive 2009, p. 460 (comments bij art. II-7:201 DCFR).

'Silence is incompatible with good faith'. Schending van de precontractuele goede trouw wordt hier, behoudens goede redenen voor het tegendeel, rechtstreeks afgeleid uit zwijgzaamheid als zodanig. Het is de vraag of deze benadering berust op een *communis opinio* in Europa (par. 2.9.5).⁴²⁶ Interessant is in dit verband de ernstige kritiek die een groep Duitse hoogleraren op het DCFR heeft geleverd. Zij vrezen 'dass der Entwurf einem massiven Abbau der Privatautonomie den Weg ebnet'.⁴²⁷ Meer in het bijzonder tonen zij zich bezorgd over 'die im DCFR angeordnete Informationsflut'.⁴²⁸ Zij verwerpen met klem de gedachte dat iedere vorm van zwijgzaamheid in beginsel schending van de goede trouw oplevert:

'Besonders gefährlich ist der Regelungskomplex aber deswegen, weil er nahe legt, dass die umfassende Aufklärung durch den Vertragspartner der Regelfall und die informationelle Selbstverantwortung die Ausnahme ist – und zwar nicht nur bei b2c-Kontakten, sondern sogar in b2b-Rechtsverhältnissen. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis steht im Widerspruch zur Rechtslage in den europäischen Rechtsordnungen und auch zu grundsätzlichen Postulaten einer freien Privatrechtsordnung.'⁴²⁹

Art. II-7:205 DCFR, inzake bedrog (*fraud*), maakt vergeleken met de dwalingsregeling een veel meer genuanceerde indruk.⁴³⁰ Blijkens het eerste lid kan 'fraudulent misrepresentation' niet alleen besloten liggen in actief misleidend gedrag ('words or conduct'), maar ook in 'fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose'. Lid 3 preciseert dat bij de vaststelling van de onderhavige 'duty of disclosure' acht moet worden geslagen op 'all the circumstances', waaronder (a) de eventuele deskundigheid van de zwijgzame wederpartij, (b) de kosten die met het vergaren van de achtergehouden informatie waren gemoeid, (c) de vraag of de onwetende partij de bedoelde informatie redelijkerwijs op andere wijze kon vergaren en (d) het belang van de informatie voor deze partij.⁴³¹ Ook de toelichting is, vergeleken met die bij de dwalingsregeling, opvallend gematigd van toon:

'The duty to disclose is part of a general notion of good faith and fair dealing and may not always require a party to point out facts of which the other is known to be ignorant. (...) In particular there may not be any obligation to disclose informa-

426 Zie voor wat betreft het Nederlandse perspectief par. 3.1.3.

427 Eidenmüller e.a. 2008, p. 549. Anders Hesslink 2008, p. 66, die deze bezorgdheid op zijn beurt kwalificeert als 'a (massive) exaggeration'.

428 Eidenmüller e.a. 2008, p. 535.

429 Eidenmüller e.a. 2008, p. 544-545. Instemmend Cauffman e.a. 2009, p. 108-109, die de informatieplichten uit het DCFR 'inderdaad nogal ruim omschreven' vinden.

430 Dit signaleren ook Eidenmüller e.a. 2008, p. 536.

431 Vgl. ook art. 23 lid 2 CESL, dat (overigens buiten het kader van bedrog) dezelfde gezichtspunten noemt, alsmede: de aard van de informatie (sub d) en de goede handelspraktijken (sub f).

tion which concerns the other party's performance and which the informed party had to make a great investment in order to acquire.⁴³²

2.9.4 European tort law

De Europese wetgever heeft zich vanouds vooral beziggehouden met het contractuele gedeelte van het privaatrecht, meer in het bijzonder het consumentencontractenrecht.⁴³³ De meeste richtlijnen laten het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht van de Europese lidstaten ongemoeid,⁴³⁴ terwijl ook de academische initiatieven tot harmonisatie aanvankelijk vooral op het contractenrecht gericht zijn geweest, getuige bijvoorbeeld de bekende *Principles of European Contract Law*. Inmiddels mag ook het aansprakelijkheidsrecht zich verheugen in de komst van Europese 'principles'. Het DCFR, dat als opvolger van de PECL wordt gepresenteerd, bevat een afzonderlijk boek over 'non-contractual liability'. Art. VI-1:101 DCFR begint met een 'basic rule', die voor alle vormen van delictuele aansprakelijkheid vereist: (i) het bestaan van schade, (ii) de aanwezigheid van een 'ground of accountability' en (iii) causaal verband tussen de schade en het gedrag van de aangesproken partij (althans tussen de schade en een bron van gevaar waarvoor die partij aansprakelijk kan worden gehouden). De toelichting verduidelijkt dat het hier gaat om een introductiebepaling, waarvan de bestanddelen 'are later filled out with more precise content'.⁴³⁵ Daarmee heeft het artikel strikt genomen geen zelfstandige regulerende betekenis, zoals Hartlief terecht constateert.⁴³⁶

De voor de praktijk belangrijkste 'ground of accountability' is te vinden in art. VI-3:102 DCFR, betreffende de schending van wettelijke plichten en ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Het begrip *negligence* (vgl. par. 2.8.3) wordt hier omschreven als gedrag dat 'does not (...) amount to such care as could be expected from a reasonably careful person in the circumstances of the case'. Wat deze *general duty of care* in concreto vergt, is volgens de toelichting afhankelijk van een afweging van 'costs and benefits of prevention'. Het gaat hier, vertaald naar de Nederlandse terminologie, om een toepassing van de bekende Kelderluikfactoren (par. 4.3.5). 'The type and extent of the imminent damage serve to dictate the type and extent of the measures necessary for its prevention', aldus de toelichting.⁴³⁷ De opstellers achten in dit verband het aannemen van een waarschuwingplicht met name denkbaar indien een waarschuwing in concreto recht doet aan de aard van het gevaar. 'In some cases', aldus de toelichting, 'information to the public or a simple indication

432 Von Bar & Clive 2009, p. 494 (comments bij art. II-7:205 DCFR).

433 Vgl. Keirse 2010, p. 36.

434 Een belangrijke uitzondering is Richtlijn 85/374/EEG inzake productenaansprakelijkheid.

435 Von Bar & Clive 2009, p. 3087 (comments bij art. VI-1:101 DCFR).

436 Hartlief 2007b, p. 51 (althans m.b.t. het vergelijkbare art. 1:101 PETL).

437 Von Bar & Clive 2009, p. 3407 (comments bij art. VI-3:102 DCFR).

of a particular source of danger will be sufficient, in others the source of danger itself must be confronted.⁴³⁸ Deze benadering, die de waarschuwing niet als panacee voor alle typen van gevaar beschouwt, is onder meer bekend uit het Duitse leerstuk der *Verkehrspflichten* (par. 2.7.5).

Behalve waarschuwingsplichten kunnen uit de *general duty of care* van art. VI-3:102 DCFR ook onderzoeksplichten voortvloeien. De toelichting geeft het voorbeeld van een bouwonderneming die bij het aanleggen van een waterleiding onderzoek moet doen naar de locatie van ondergrondse kabels en leidingen, waarbij zo nodig ook de 'site plan specifications' op juistheid moeten worden gecontroleerd.⁴³⁹ Voorts wordt gewezen op 'the duty of all large organisations to arrange their work processes in such a way that third parties are not endangered by problems of internal communication, the hierarchy of authority or decision-making'. Deze verplichting tot 'informatiemanagement' wordt ook in de Nederlandse literatuur erkend.⁴⁴⁰

Een ander, al wat ouder harmonisatieproject op het terrein van het Europese onrechtmatige daadsrecht wordt gevormd door de *Principles of European Tort Law* (PETL) van de *European Group on Tort Law*. Ook deze *principles* beginnen, evenals het DCFR, met een 'basic norm' voor alle vormen van delictuele aansprakelijkheid (art. 1:101 PETL). In titel III volgen de verschillende 'bases of liability', waarvan de schuldaansprakelijkheid van art. 4:101 e.v. PETL de belangrijkste is. Art. 4:101 PETL verklaart justitiabelen uit hoofde van fout (*fault*) aansprakelijk 'for intentional or negligent violation of the required standard of conduct'. Deze 'required standard of conduct' wordt in art. 4:102 lid 1 PETL omschreven als het gedrag van 'the reasonable person in the circumstances'. Bij de invulling hiervan moet rekening worden gehouden met aard en gewicht van de betrokken belangen, de gevaarlijkheid van de betrokken activiteit, de mate van deskundigheid die van de verantwoordelijke persoon mocht worden verwacht, de voorzienbaarheid van de geleden schade, de relatie tussen dader en slachtoffer en ten slotte de beschikbaarheid en kostbaarheid van te nemen voorzorgsmaatregelen. In art. 4:102 lid 2 PETL wordt aangegeven dat de in beginsel objectieve maatstaf van lid 1 kan worden bijgesteld indien 'due to age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances the person cannot be expected to conform to it'. Uit de toelichting blijkt dat deze (minimale) subjectivering van de zorgvuldigheidsnorm het resultaat is van uitvoerige debatten onder de opstellers.⁴⁴¹

Voor het onderhavige onderzoek is met name art. 4:103 PETL interessant, waarin ter uitwerking van de algemene zorgvuldigheidsnorm een 'duty to protect others from damage' wordt geïntroduceerd. Deze zorgplicht geldt,

438 Von Bar & Clive 2009, p. 3407 (comments bij art. VI-3:102 DCFR).

439 Von Bar & Clive 2009, p. 3407 (comments bij art. VI-3:102 DCFR), 'Illustration 9'.

440 Zie bijv. Van Dam 1989, p. 152; Van Dam 2000, nr. 915; en Tjittes 2001, p. 45-48. Vgl. ook WRR 2008, p. 125.

441 Toelichting bij art. 4:101 PETL, p. 68 (Widmer).

aldus het artikel, niet alleen indien de wet zulks bepaalt, maar ook (i) indien de aangesproken partij 'creates or controls a dangerous situation', of (ii) indien tussen de betrokken partijen een 'special relationship' bestaat dan wel (iii) indien 'the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty'. Vooral de laatste categorie is interessant, nu daarmee in wezen een algemene aansprakelijkheid voor zuiver nalaten wordt gecreëerd.⁴⁴² De toelichting erkent dat geen van de Europese rechtsstelsels een dergelijke aansprakelijkheid in algemene termen aanvaardt, maar signaleert tegelijkertijd dat overal in Europa sprake is van 'a certain tendency to widen the field of duties to act and to protect the interests of others'.⁴⁴³ In dit verband wordt, meer in het bijzonder, verwezen naar het in par. 2.7.2 besproken Duitse leerstuk van *culpa in contrahendo*:

'The idea behind it (...) is, that it is a violation of the principle of good faith and therefore a wrongful and faulty conduct for somebody who has sufficient knowledge not to warn nor to inform another person who is obviously relying on a false perception or misrepresentation of the relevant facts or problems.'⁴⁴⁴

Tegen deze achtergrond hebben de opstellers het passend geoordeeld, aldus de toelichting, 'to prepare the ground' voor een algemene zorgplicht ter bescherming van de medemens tegen schade.⁴⁴⁵ Een zodanige zorgplicht kan bijvoorbeeld worden aangenomen in situaties 'where somebody is conscious of a danger of certain gravity and where it is easy for him to take steps in order to prevent others from running such risk'.⁴⁴⁶ In dit verband wordt met name gedacht aan waarschuwingsplichten in situaties van acuut gevaar. Zo wordt het voorbeeld gegeven van een wandelaar die een blinde man moet waarschuwen voor een onbeveiligd gat in de weg, indien hij hem daarop ziet aflopen. Laat hij een dergelijke waarschuwing achterwege, dan is hij krachtens art. 4:103 PETL aansprakelijk.⁴⁴⁷ Datzelfde geldt volgens de toelichting voor een boer die geen zin heeft een verdwaalde toerist de weg te wijzen en die vervolgens toekijkt hoe de toerist de route richting het ravijn neemt.⁴⁴⁸ Deze voorbeelden illustreren dat een algemeen geformuleerde zorgplicht als de onderhavige in potentie zeer verstrekkend is. Het is in die zin begrijpelijk dat art. 4:103 PETL in rechtsvergelijkend opzicht zijn weerga niet kent.

442 Vgl. Hartlief 2007b, p. 53. Zie over zuiver nalaten par. 4.4.3 e.v.

443 Toelichting bij art. 4:103 PETL, p. 86 (Widmer).

444 Toelichting bij art. 4:103 PETL, p. 87 (Widmer).

445 Toelichting bij art. 4:103 PETL, p. 87 (Widmer).

446 Toelichting bij art. 4:103 PETL, p. 88 (Widmer).

447 Toelichting bij art. 4:103 PETL, p. 89 (Widmer).

448 Toelichting bij art. 4:103 PETL, p. 89-90 (Widmer).

2.9.5 Communis opinio?

Idealiter zou het Europees privaatrecht op het terrein van de precontractuele en delictuele informatieplichten fungeren als het *trait-d'union* van de verschillende nationale stelsels. Vooralsnog lijkt daarvan geen sprake. De Europese richtlijnen op het terrein van het consumentenrecht bevatten, zoals bleek in par. 2.9.1, vooral technisch geformuleerde informatieplichten op microniveau. Voor de principiële vragen van informatievergaring en -verstrekking die daarachter schuilgaan heeft de Europese wetgever ogenschijnlijk weinig aandacht. Met name in Duitsland, waar de nationale wetgever zich genoodzaakt zag tot invoering van een afzonderlijke wettelijke regeling voor Europese informatieplichten (par. 2.7.3), klinkt op dit punt kritiek. Zo plaatst Zimmermann nadrukkelijk vraagtekens bij het in Europees verband zo hoog gekoesterde ideaal van wettelijk voorgeschreven informatieverstrekking:

'The information provided by the entrepreneur is designed to place consumers, who are about to embark on these types of transactions, in a position to make a free and responsible choice. This is, in principle, an excellent idea. At the same time, however, it is vaguely reminiscent of some of the utopian ideals of the Age of Enlightenment. In the first place, many people are resistant to any form of forced instruction: they simply do not read lengthy standard business documents presented to them. Secondly, and more importantly, the amount of obligatory information descending upon the consumer does not always lead to an exemplary state of transparency: a consumer faced with an information overload can be equally unable to take a well-informed decision as one who has not been informed at all. The imposition of duties of information on the entrepreneur, in other words, does not always remedy the existing informational deficit of the consumer.'⁴⁴⁹

Een breed gedeelde Europese opvatting over de hier aangerode, principiële kwestie lijkt vooralsnog ver weg. Ook de Europese 'principles' bieden daarvoor denkkelijk (nog) geen adequate basis. Zo erkent Beale, één van de opstellers van het DCFR, dat de DCFR-bepalingen over precontractuele informatieplichten 'do not represent common core, since on these points the laws differ widely'.⁴⁵⁰ De opstellers van het DCFR hebben kennelijk een knoop willen doorhakken, door onomwonden te kiezen voor het dogma van verplicht voorgeschreven informatieverstrekking. Zij motiveren die keuze echter zo dwingend en ongenaakbaar, dat van een werkelijke afweging van ideeën, laat staan van verzoening daarvan, geen sprake lijkt te zijn.⁴⁵¹

Al met al lijkt het Europees privaatrecht vooralsnog geen solide basis te bieden voor een systematische analyse van het leerstuk der informatieplichten.

449 Zimmermann 2005, p. 211-212. Zie, eveneens kritisch over dit gevaar van 'information overload', Markesinis e.a. 2006, p. 269; en Kötz 2009, nr. 39. Zie voorts par. 1.4.

450 Beale 2008, p. 317 (idem p. 331).

451 Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 460 (comments bij art. II-7:201 DCFR), geciteerd in par. 2.9.3.

Integendeel kan het Europees privaatrecht op dit punt nog altijd leren van de nationale rechtsstelsels, die in de loop van de afgelopen decennia ter zake een genuanceerde jurisprudentie en dogmatiek hebben opgebouwd.⁴⁵² In de navolgende hoofdstukken staat daarom het nationale perspectief centraal, met waar nodig aandacht voor de ontwikkelingen elders en in Europees verband.

⁴⁵² Zie in gelijke zin Hijma 2011, p. 305, m.b.t. de dwalingsregeling in het DCFR (waarover par. 2.9.3).

3 | Informatieplichten in het contractenrecht

3.1 INLEIDING

3.1.1 Algemeen

Het contractenrecht vormt in zekere zin de natuurlijke habitat van informatieplichten. Juist in de rechtsverhouding tussen contracterende partijen rijzen van oudsher, en tot op de dag van vandaag, vragen omtrent het vergaren en verstrekken van informatie. In par. 2.1.1 werd reeds het klassieke dilemma van de koopman van Rhodos beschreven. In die casus, ontleend aan Cicero, ging het om de vraag of op de verkoper van een partij graan een mededelingsplicht rust indien hij, anders dan de koper, weet dat dat graan binnen afzienbare tijd sterk in prijs zal dalen. In *De officiis* bespreekt Cicero nog vele andere aan het contractenrecht ontleende informatieplichten, zoals de mededelingsplicht van de verkoper van een gebrekkig huis,¹ en de mededelingsplicht van de koper in geval van verkopersdwaling.²

Dat juist het contractenrecht een vruchtbare voedingsbodem biedt voor de ontwikkeling van informatieplichten, is niet verbazingwekkend. In het contractenrecht gaat het immers, anders dan in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, in beginsel steeds om partijen die voor elkaar hebben gekozen.³ Een zelf verkozen rechtsverhouding biedt bij uitstek aanknopingspunten voor het aannemen van wederzijdse verantwoordelijkheden ter zake van het vergaren en verstrekken van informatie. Reeds bij Hugo de Groot (1583-1645) treffen wij de volgende passage aan:

1 Cicero, Boek III, par. XIII (54-57). Vgl. ook par. XVI (66), waar Cicero een geval bespreekt dat sterke gelijkenis vertoont met het bekende arrest HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel).

2 Cicero, Boek III, par. XXIII (92), waar Cicero de problematiek bespreekt, die ons vooral bekend is uit het arrest HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert), besproken in par. 3.7.14.

3 Een uitzondering – die hier buiten beschouwing kan blijven – doet zich voor in gevallen van ‘contractdwang’, waarover Houben 2005 (zie m.n. p. 2-6). Zie voor een nadere uitwerking van het hier bedoelde element van vrijwilligheid par. 5.4.4.

'Ad praecedaneos actus pertinet, quod is qui cum aliquo contrahit, vitia sibi nota rei de qua agitur significare debet: quod non civilibus tantum legibus constitui solet, sed naturae quoque actus congruit. Nam inter contrahentes propior quaedam est societas, quam quae communis est hominum.'⁴

Hierbij komt – en dat hangt direct met het voorgaande samen – dat het contractenrecht ook qua (wets)systematiek de ideale 'kapstok' biedt voor het aannemen van informatieplichten. De diverse leerstukken van het contractenrecht zijn – zoals in dit hoofdstuk zal blijken – doortrokken van de gedachte dat partijen die vrijwillig met elkaar in zee gaan, ook op een adequate wijze met elkaar zullen moeten communiceren.

3.1.2 Zelfredzaamheid of altruïsme?

De bedoelde adequate wijze van communiceren houdt níet in dat contractspartijen hun kennis steeds zo veel mogelijk met elkaar moeten delen. Een dergelijk uitgangspunt zou onverenigbaar zijn met het beginsel van contractsvrijheid, op grond waarvan elk der partijen naar eigen inzicht, en met het oog op het eigen belang, contracten kan aangaan.⁵ In het contractenrecht staat, integendeel, de *zelfredzaamheid* van partijen voorop. Contracten worden normaliter gesloten door bekwame personen (art. 3:32 BW),⁶ die geacht mogen worden zelfstandig onderzoek te verrichten ter voorkoming van onjuiste veronderstellingen of misplaatste verwachtingen. De in par. 3.1.1 genoemde wederzijdse verantwoordelijkheden van contractspartijen, gerechtvaardigd door hun zelf verkozen rechtsverhouding, uiten zich derhalve in de eerste plaats in een verhoogde zorgplicht ten aanzien van het eigen belang, en niet primair in een plicht tot behartiging van het belang van de wederpartij. Bekende adagia als 'caveat emptor' en 'emptor debet esse curiosus' getuigen hiervan.

Het voorgaande moet niet worden beschouwd als een rechtspolitieke stellingname, maar als een logisch uitgangspunt.⁷ Wederzijds altruïsme als ultieme basis van het contractenrecht, zoals door sommigen bepleit (of ver-

4 Grotius, Boek II, hoofdstuk XII, par. IX: Tot de voorgaande handelingen behoort dat hij die met een ander contracteert, de hem bekende gebreken van de zaak waarover wordt onderhandeld, te kennen moet geven: dit pleegt niet alleen in civiele wetten te zijn vastgelegd, maar komt ook overeen met de aard van de handeling. Want tussen contracterende partijen bestaat een nadere gemeenschap dan gewoonlijk tussen mensen.

5 Zie bijv. Van der Grinten 1958, p. 107; Hartlief 1999, p. 67, 77; Nieuwenhuis 1999a, p. 25-31; Pitlo/Cahen 2002, nr. 238; Hartlief 2003a, p. 6; Smits 2003, nr. 28; Nieuwenhuis 2006, p. 91-100; Van Schaick 2009a, p. 15; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 41.

6 In het kader van art. 3:32 BW spelen informatieplichten geen rol. Vgl. MvA II, PG Boek 3, p. 176.

7 Vgl. Cartwright 2007, p. 70-71.

ondersteld),⁸ is in de praktijk niet goed werkbaar. Op basis van wederzijds altruïsme komen namelijk geen overeenkomsten tot stand. Men zoekt de wederpartij niet op om haar belangen te behartigen, en als men dit al zou willen, zou het in de praktijk onmogelijk blijken. Partijen zouden over elkaar heen buitelen in pogingen tot wederzijdse belangenbehartiging en er zou – afgezien van enkele utopische gevallen van volmaakte conformiteit van de betrokken belangen – geen wilsovereenstemming worden bereikt. Contracteren vergt, zoals gezegd, een adequate wijze van communiceren tussen partijen. Daarbij hoort ook dat bepaalde zaken *onbesproken* kunnen blijven.

Het voorgaande is treffend verwoord door Nieuwenhuis, die contracteren typeert als een ‘égoïsme à deux’.⁹ ‘Ik verkoop mijn huis niet om U van passende woonruimte te voorzien, maar om een zo hoog mogelijke koopprijs in handen te krijgen.’¹⁰ Derhalve: ‘welbegrepen eigen belang is de inzet van het contractspel’ en ‘de spil (...) van het contractsmechanisme’.¹¹ ‘Zonder erkenning van het eigenbelang als het *perpetuum mobile* van het contracteren is begrip van contractenrecht niet mogelijk’.¹² Voor wat betreft het leerstuk der informatieplichten noopt een en ander tot een terughoudende opstelling: ‘Het opbouwen, en vervolgens uitbaten, van een voorsprong in kennis, is de kern van de koophandel.’¹³ Nieuwenhuis’ betoog wordt ten volle ondersteund door het nu te bespreken standaardarrest Baris/Riezenkamp uit 1957.¹⁴

3.1.3 Het standaardarrest: Baris/Riezenkamp

Baris verkocht aan Riezenkamp een ‘project’ tot het fabriceren van rijwielhulpmotoren. Het project omvatte onder meer de voor het fabriceren benodigde onderdelen, materialen en gereedschappen, alsmede tekeningen, octrooiaanvragen en een aantal kant-en-klare rijwielhulpmotoren. Tijdens de onderhandelingen van partijen in etablissement Americain, waarbij Riezenkamp werd vergezeld door twee adviseurs, werd uitvoerig gesproken over de productiekosten per hulpmotor. Desgevraagd schatte Baris deze kosten toen op 135 gulden. Later zou hij, aldus een getuige, hebben verklaard ‘dat hij wilde, dat hij zijn tong had afgebeten, vóór hij die f 135 noemde’. De kosten bleken namelijk

8 Zie bijv. Vranken 2000, p. 149 en 153-155. Vgl. ook Schoordijk 1984, p. 4; Nieskens-Isphording 1991, p. 29-30; Hartlief 1999, p. 18, 46, 75 (kritisch); Hondius 1999, p. 387 en 393; Grosheide 2006, p. 4; en Keirse 2009a, p. 106.

9 Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

10 Nieuwenhuis 1986a, p. 319.

11 Nieuwenhuis 1986a, p. 319. Vgl. ook, meer in het algemeen over de positie van het eigen belang in het verbintenissenrecht, Nieuwenhuis 1988a, p. 79; en (identiek) Nieuwenhuis 2007, p. 13-14.

12 Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

13 Nieuwenhuis 1999a, p. 28-29; en (identiek) Nieuwenhuis 2006, p. 96.

14 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp).

veel hoger. Dat ondervond ook Riezenkamp, die een bedrag van 110.000 gulden voor het project had neergeteld en tot zijn spijt moest constateren dat het produceren van de hulpmotoren voor 135 gulden per stuk beslist onmogelijk was. Navraag bij een Delfts bedrijf leerde zelfs 'dat men aldaar geen kans zag de kostprijs lager te stellen dan f 230 per stuk, ook bij grote kwanta'. Riezenkamp had dus, in elk geval vanuit zijn perspectief, een kat in de zak gekocht.

Door Baris in rechte aangesproken tot betaling van de koopprijs, verweerde Riezenkamp zich (in appel) met een beroep op dwaling. Het hof honoreerde dit beroep, daartoe overwegende dat Riezenkamp bij het uitbrengen van zijn bod had gedwaald en dat deze dwaling 'verschoonbaar' moest worden geacht, nu Riezenkamp was afgegaan op de door Baris genoemde productiekosten. In cassatie ging het met name om laatstgenoemd element van 's hofs argumentatie: de verschoonbaarheid van de dwaling.¹⁵ Volgens Baris had Riezenkamp de dwaling aan zichzelf te wijten, omdat hij in aanwezigheid van deskundige adviseurs volledige inzage in de boeken had gekregen, en derhalve zelf had moeten onderzoeken of een kostprijs van 135 gulden haalbare kaart was.

De Hoge Raad verwierp dit betoog, daartoe overwegende 'dat men in den regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen'. Tegen die achtergrond had het hof volgens de Hoge Raad zonder schending van enige rechtsregel het dwalingsberoep van Riezenkamp kunnen honoreren. Het is dit gedeelte van het arrest dat later furore heeft gemaakt als de algemene prioriteitsregel voor gevallen van dwaling wegens het verstrekken van een onjuiste inlichting (art. 6:228 lid 1 sub a BW), met als pendant de prioriteitsregel uit het arrest Van der Beek/Van Dartel voor gevallen van dwaling wegens schending van een mededelingsplicht (art. 6:228 lid 1 sub b BW).¹⁶ Een nadere behandeling van deze prioriteitsregels volgt hieronder in par. 3.6.15 e.v.

Veel wezenlijker dan de formulering van de bedoelde vuistregel – die ook destijds al weinig opzien zal hebben gebaard (het hof ging er reeds van uit)¹⁷ en die door de Hoge Raad bovendien in tamelijk terughoudende bewoordingen werd geformuleerd ('in den regel') – is hetgeen de Hoge Raad daaraan vooraf liet gaan. In heel algemene zin stelde de Hoge Raad voorop:

'dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw

15 Het vereiste van 'verschoonbaarheid' valt thans, in gemitigeerde vorm, te lezen in art. 6:228 lid 2 BW. Zie par. 3.6.11.

16 Zie HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel), besproken in par. 3.6.16.

17 T.o.v. het oudere arrest HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 m.nt. EMM (Herbrechter/Hof) bracht Baris/Riezenkamp overigens wel een koerswijziging, maar gezien de conclusie van P-G Besier voor het arrest van 1935 en de kritische NJ-annotatie van E.M. Meijers daarbij kan deze koerswijziging weinig verbazing wekken.

beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij; dat dit onder meer medebrengt 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 eerste alinea van het citaat is belangwekkend, omdat de Hoge Raad daarin, zonder omhaal van woorden, de redelijkheid en billijkheid introduceert als norm voor de precontractuele fase.¹⁸ Aldus legt hij niet alleen de basis voor de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen,¹⁹ maar ook, meer in het algemeen, voor de ontwikkeling van precontractuele informatieplichten. De overweging dat onderhandelende partijen op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, impliceert immers dat zulke partijen onder omstandigheden ook gehouden kunnen zijn tot het vergaren of verstrekken van relevante informatie. Sinds het wijzen van het arrest Baris/Riezenkamp zijn dan ook in toenemende mate precontractuele informatieplichten in de rechtspraak aanvaard (par. 2.1.2).

De tweede alinea van het citaat is voor het begrip van de precontractuele informatieplichten minstens zo belangrijk, omdat de Hoge Raad daarin het *uitgangspunt* van de te volgen redenering markeert. Hij overweegt dat redelijkheid en billijkheid 'onder meer' meebrengen dat men ter voorkoming van onjuiste veronderstellingen voldoende *onderzoek* moet doen. Het feit dat de Hoge Raad deze overweging zonder onderbreking laat volgen op de eraan voorafgaande vooropstelling, gevoegd bij het feit dat hij die overweging in het voorliggende geval uiteindelijk niet 'gebruikt' (Riezenkamp had in casu géén nader onderzoek behoeven te doen), doet vermoeden dat het hier niet gaat om zomaar een voorbeeld van wat redelijkheid en billijkheid 'onder meer' meebrengen, maar om een belangrijke vooropstelling van wat zij *met name* meebrengen. De Hoge Raad kiest, met andere woorden, de eigen verantwoordelijkheid van contractspartijen ter zake van het vergaren van informatie uitdrukkelijk tot uitgangspunt.²⁰

Men zou kunnen tegenwerpen dat deze interpretatie van de tweede alinea moeilijk verenigbaar is met de strekking van de eerste alinea. Die tegenwerping

18 Het door de Hoge Raad bedoelde 'objectieve' goede trouw-begrip is in het nieuwe BW teruggekeerd onder de benaming 'redelijkheid en billijkheid' (par. 2.2.2).

19 Vgl. in dit verband HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO), r.o. 3.6, besproken in par. 3.12.1, waar de Hoge Raad herhaalde dat onderhandelende partijen 'verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen'.

20 Dat blijkt ook uit recentere arresten, zoals HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183 m.nt. GJS (Booy/Wisman) en HR 19 september 2003, *NJ* 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), r.o. 3.5.2. Zie voorts in deze zin bijv. Gerbrandy 1990, p. 287; Smits 1999, p. 30; Klik 1998a, p. 296-297; Dammingh 2002, p. 203; Smits 2003, nr. 28; Bollen 2004, p. 416; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 168.

is niet terecht. Het doen van voldoende onderzoek door de onwetende partij is namelijk ook in het belang van de wederpartij, die hierdoor gevrijwaard blijft van juridische acties voortvloeiend uit vergissingen, misverstanden en teleurgestelde verwachtingen. In die zin kan men de in de tweede alinea bedoelde zorgplicht ten aanzien van het eigen belang – enigszins paradoxaal – ook betitelen als een vorm van altruïsme ten opzichte van de wederpartij.²¹ Wat hiervan zij, uitgangspunt dient mijns inziens te zijn dat contractspartijen zélf de voor hun beslissing benodigde informatie vergaren. Bij wijze van *uitzondering* zullen zij onder omstandigheden mogen verwachten dat de wederpartij hen van die informatie zal voorzien. In die zin staat de eigen verantwoordelijkheid van contractspartijen hier principieel voorop. In par. 3.1.2 heb ik reeds betoogd dat een dergelijke ‘strikte’ benadering noodzakelijk is in het licht van de aard van het contractenrecht, waarin het gaat om partijen die elkaar opzoeken teneinde – ieder voor zich – hun eigen belangen na te streven.

3.1.4 Plan van behandeling

Het vervolg van dit hoofdstuk behelst een inventarisatie van de informatieplichten die zich voordoen op het terrein van het contractenrecht. De indeling correspondeert in grote lijnen met de chronologie van het contractenrechtelijke debat. Aan de orde komen achtereenvolgens de totstandkoming van de overeenkomst (par. 3.2-3.4), de geldigheid ervan (par. 3.5-3.7), de daaraan verbonden rechtsgevolgen (par. 3.8) en de uitvoering van het overeengekomene (par. 3.9-3.11). De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen (par. 3.12), die chronologisch wellicht voorop zou moeten staan, volgt aan het slot, als opmaat voor de behandeling van de onrechtmatige daad in hoofdstuk 4. De reden is dat in de literatuur omstreden is, of het hier een (pre)contractuele dan wel delictuele aansprakelijkheid betreft (par. 3.12.2). De behandeling ervan aan het slot van het onderhavige hoofdstuk slaat aldus een brug met de behandeling van de onrechtmatige daad in hoofdstuk 4.

De hoofdmoot van de hieronder te behandelen materie wordt gevormd door de informatieplichten bij *dwaling*, die – letterlijk en figuurlijk – een centrale positie innemen in het onderhavige hoofdstuk (par. 3.6). Gelet op de historische voortrekkersrol die het dwalingsleerstuk in dit verband heeft gespeeld (par. 2.1.2), verbaast het niet dat de informatieplichten bij dwaling nog altijd fungeren als ‘ideaaltypen’ van de precontractuele informatieplicht. Het desbetreffende juridische kader is derhalve ook in algemene zin relevant.

21 Vgl. Nieuwenhuis 1999a, p. 32; Van Schilfgaarde 2001, p. 25-26; en Nieuwenhuis 2006, p. 102. Zie ook, meer in algemene zin, Drion 1972, p. 46. Kritisch over deze visie is Raaijmakers 2002, p. 85.

Dat geldt vooral voor de in par. 3.6.3 te behandelen gezichtspunten voor het aannemen van informatieplichten.

3.2 WILSVERTROUWENSLEER

3.2.1 Algemeen; wettelijk kader

De onderhavige paragraaf ziet op de *totstandkoming* van de overeenkomst, namelijk op de vraag of in het licht van de wilsvertrouwensleer (art. 3:33-3:35 BW) kan worden gezegd dat er sprake is van een aanbod van de ene partij dat door de andere partij is aanvaard.²² Het is algemeen bekend dat informatieplichten in dat verband een belangrijke rol (kunnen) spelen. De wilsvertrouwensleer brengt immers mee dat het in zogenaamde discrepantiegevallen – gevallen waarin een der partijen iets verklaart dat zij niet bedoelde te verklaren – niet alleen aankomt op de wilsverklaring van de ene partij, maar ook op het gerechtvaardigd vertrouwen van de andere partij. In dat licht moet van geval tot geval worden gezien wat partijen over elkaars bedoelingen wisten of behoorden te weten, en wat zij daaromtrent eventueel aan elkander hadden moeten mededelen, teneinde te bepalen of de veronderstelde overeenkomst ook daadwerkelijk tot stand is gekomen.²³

Het wettelijk kader biedt daarbij een helder stappenplan. Art. 3:33 BW vereist voor de totstandkoming van een rechtshandeling, zoals een contractueel aanbod of de aanvaarding daarvan, een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Stemmen wil en verklaring van de aanbiedende of aanvaardende partij met elkaar overeen, dan komt aldus op grond van art. 3:33 BW zonder meer een aanbod of een aanvaarding tot stand, en in het laatste geval ook direct een overeenkomst (art. 6:217 BW).²⁴ Is er daarentegen sprake van een discrepantie van wil en verklaring aan één van beide zijden, dan hangt het van een toetsing aan art. 3:35 BW af, of de desbetreffende rechtshandeling (c.q. de overeenkomst) tot stand komt. Volgens art. 3:35 BW wordt namelijk degene die gerechtvaardigd heeft vertrouwd op een verklaring of gedraging van diens 'niet-willende' wederpartij beschermd in die zin, dat die wederpartij zich in dat geval niet op haar wilsontbreken – derhalve op art. 3:33 BW – kan beroepen.

Hier nu verschijnen informatieplichten ten tonele, en wel met name *onderzoeksplichten* van degene die zich op de bescherming van art. 3:35 BW wenst te beroepen. De eis van gerechtvaardigd vertrouwen laat zich namelijk vertalen in de vraag of de betreffende persoon in de zin van art. 3:11 BW te goeder

22 Zie over de theorieën voor totstandkoming van rechtshandelingen in het algemeen Hijma 1988, p. 15-29; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 122-132.

23 Vgl. MvA II, PG Boek 6, p. 877.

24 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 162.

trouw is afgegaan op de door zijn wederpartij gewekte schijn.²⁵ Dit betekent dat de vertrouwende persoon niet alleen de bescherming van art. 3:35 BW ontbeert indien hij *wist* dat aan de zijde van de wederpartij sprake was van een discrepantie van wil en verklaring, maar ook indien hij dat *behoorde te weten*. Die laatste zinsnede wijst op de gelding van een onderzoeksplicht aan de zijde van de vertrouwende persoon (vgl. par. 2.2.2). Althans, preciezer geformuleerd: de rechter kan zijn oordeel omtrent dat 'behoren te weten' (meer) inzichtelijk maken door naar zo'n onderzoeksplicht te verwijzen, terwijl ook achteraf, als de rechter niet met zoveel woorden van een onderzoeksplicht heeft gerept, het rechterlijk oordeel vaak nader kan worden begrepen door een dergelijke onderzoeksplicht 'in te lezen'.²⁶ Uit het feit dat de rechter geen gerechtvaardigd vertrouwen aanwezig heeft geacht, wordt dan afgeleid dat de persoon in kwestie (kennelijk) nader onderzoek had moeten doen naar de bedoelingen van zijn wederpartij. De onderzoeksplicht van de vertrouwende partij fungeert in dit verband dus niet alleen als hulpmiddel ter onderbouwing van het rechterlijk oordeel omtrent de toepassing van art. 3:35 BW, maar ook als aanknopingspunt bij de interpretatie daarvan.

Algemeen aangenomen wordt dat het *nadeel* aan de zijde van de verklarende partij een cruciaal gezichtspunt vormt voor het aannemen van onderzoeksplichten als hier bedoeld.²⁷ De gedachte is dat een nadelige verklaring onder omstandigheden twijfel zal moeten wekken bij de wederpartij, en dus aanleiding zal moeten vormen tot het doen van nader onderzoek. Ratio van deze onderzoeksplicht is kennelijk het ervaringsfeit dat justitiabelen niet zomaar iets nadeligs plegen te verklaren. De redenering kan ook worden omgedraaid: op een verklaring die strekt ten *voordele* van de verklarende partij zal doorgaans zonder nader onderzoek mogen worden afgegaan.²⁸ Als vuistregel kan worden aanvaard: hoe nadeliger de verklaring, hoe zwaarder de onderzoeksplicht.

Afgezien van het nadeel aan de zijde van de verklarende partij speelt ook de *aard van de rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de hoedanigheid en (kenbare) deskundigheid van de betrokken partijen, een belangrijke rol.²⁹ Dienovereenkomstig geldt bijvoorbeeld in gevallen van onbedoelde ontslagneming een betrekkelijk zware onderzoeksplicht voor de werkgever, mede in verband met de contractuele arbeidsrelatie tussen de betrokken partijen (par. 3.3.1). Illustratief zijn ook de bekende misverstand-gevallen, waar veel

25 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 134; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 41. Zie in het algemeen over de betekenis van art. 3:11 BW voor het leerstuk der informatieplichten par. 2.2.2.

26 Vgl. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 40, aan het slot.

27 Zie bijv. Smits 2002, p. 67; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 135-136; Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 41; en Hijma & Olthof 2011, nr. 38a. Vgl. ook het bewijsvermoeden van art. 3:34 lid 1, tweede volzin BW, waarover par. 3.2.3.

28 Vgl. Rb. Rotterdam (ktr.) 25 juni 2009, L/JN BJ2350, Prg. 2009, 135.

29 Zie bijv. Smits 2002, p. 67; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 134.

gewicht wordt toegekend aan de wederzijds kenbare deskundigheid van de betrokken partijen (par. 3.3.6).

3.2.2 Art. 3:35 BW: informatieplichten over en weer

In de jurisprudentie over de wilsvertrouwensleer staat de zojuist bedoelde *onderzoeksplicht* van de vertrouwende partij centraal. Gezien de systematiek van de artikelen 3:33 en 3:35 BW ligt dat ook voor de hand. Onbedoelde verklaringen zullen slechts tot een geldige rechtshandeling kunnen leiden, indien de wederpartij redelijkerwijs – derhalve op basis van voldoende onderzoek – mocht aannemen dat van een discrepantie van wil en verklaring geen sprake was.

In dit verband zijn echter ook andere informatieplichten denkbaar. Zo zal, gezien het in par. 3.1.2 besproken uitgangspunt van adequate communicatie, ook van de *verklarende* partij in het kader van art. 3:35 BW soms een zeker onderzoek mogen worden geleverd, aangaande de manier waarop haar verklaring door de wederpartij is opgevat. Dat blijkt met name op het terrein van de zogenaamde misverstand-gevallen (par. 3.3.5). Een deskundige aanbieder die in zijn aanbod gebruik maakt van technisch jargon, zal zich bijvoorbeeld onder omstandigheden moeten afvragen of en in welke zin dit jargon door zijn cliëntèle werd begrepen. Doet hij dit niet, dan riskeert hij dat de (ondeskundige) wederpartij ter zake van de betekenis van het aanbod een beroep op de vertrouwensbescherming van art. 3:35 BW toekomt en dat hij de wederpartij dus niet aan het aanbod kan houden, althans niet in de door hem beoogde technische betekenis.³⁰

Verder zijn op het onderhavige terrein ook *mededelingsplichten* – als natuurlijke pendanten van onderzoeksplichten (vgl. par. 2.3.1) – denkbaar. Indien iemand bijvoorbeeld voor de grap een niet-gemeend aanbod doet, ligt het voor de hand om van diegene te vergen dat hij dit op enigerlei wijze aan zijn wederpartij kenbaar maakt,³¹ tenzij overduidelijk is dat het aanbod niet serieus is bedoeld.³² Omgekeerd kan ook op de wederpartij van de verklarende partij een mededelingsplicht rusten, namelijk in die zin dat zij de verklarende partij opmerkzaam maakt op de strekking van de gedane verklaring, zoals door haar gepercipieerd.³³ Zo zal een uitvaartverzekeraar die na het overlijden van zijn verzekerde een derde laat tekenen om ‘op eigen naam en voor eigen rekening’ de uitvaart te doen verzorgen, terwijl die verzekeraar op de hoogte is van de reële kans dat het niet tot een uitkering onder de verzekering zal komen, de

30 Vgl. HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens), besproken in par. 3.3.6.

31 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 148.

32 Vgl. Rb. Zwolle 29 mei 1996, *Prg.* 1997, 4708, besproken in par. 3.3.3.

33 Zie bijv. Vranken 1997, p. 13.

derde moeten informeren over diens juridische positie en de kans dat hij voor de kosten van de uitvaart zal moeten opdraaien.³⁴

Een vergelijkbare mededelingsplicht van de vertrouwende partij geldt bijvoorbeeld in het arbeidsrecht, ter zake van de wijziging van arbeidsvoorwaarden. Volgens de Hoge Raad mag een werkgever slechts vertrouwen op instemming van een werknemer met een wijziging van de arbeidsvoorwaarden, die voor hem een verslechtering inhoudt, 'indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd'.³⁵ Kennelijk speelt in dit verband het *nadeel* dat de werknemer lijdt door verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden een grote rol (vgl. par. 3.2.1). Dat geldt nog sterker bij onbedoelde ontslagneming door de werknemer. Zo zal een werkgever die zijn werknemer een vooraf opgestelde ontslagbrief laat ondertekenen, zijn werknemer onder omstandigheden moeten waarschuwen voor de nadelige consequenties van het ondertekenen daarvan. Doet hij dit niet, dan zal, indien later blijkt dat de ondertekening door de werknemer berustte op een discrepantie van wil en verklaring, de werkgever zich niet op vertrouwensbescherming kunnen beroepen, althans niet onder enkele verwijzing naar die ontslagbrief.³⁶ De betreffende jurisprudentie wordt besproken in par. 3.3.1 e.v.

Per saldo gaat het bij de toepassing van art. 3:35 BW, zoals meer in het algemeen in vraagstukken van precontractuele goede trouw (vgl. par. 3.1.3), om de *gerechtvaardigde verwachtingen* van partijen over en weer.³⁷ Wie in vertrouwen afgaat op andermans verklaring, wordt beschermd indien hij onder de gegeven omstandigheden geen discrepantie van wil en verklaring behoefde te verwachten. Omgekeerd wordt de verklarende partij beschermd,³⁸ indien zij onder de gegeven omstandigheden niet behoefde te verwachten dat haar bedoelingen verkeerd zouden worden opgevat. Deze verwachtingspatronen vormen elkaars spiegelbeeld; zij zijn complementair.³⁹

34 Zie Rb. Arnhem 16 september 2009, *LJN* BJ8847, *NJF* 2009, 459, r.o. 3.9.

35 HR 12 februari 2010, *LJN* BK3570, *RvdW* 2010, 297 (Van Beek c.s./CZ), r.o. 3.6. Overigens eist de Hoge Raad in dit verband niet dat de instemming van de werknemer 'ondubbelzinnig' blijkt (r.o. 3.7).

36 Vgl. bijv. HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457 m.nt. PAS (Hajziani/Van Woerden).

37 Vgl. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 41; en voorts HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens), gezichtspunten b) en c), zoals geciteerd in par. 3.3.6.

38 Deze 'bescherming' behelst meer concreet dat het beroep van de wederpartij op art. 3:35 BW faalt en het beroep van de verklarende partij op art. 3:33 BW slaagt.

39 Zie par. 3.5.4 voor een vergelijkbare tweezijdige benadering in het dwalingsleerstuk. Zie ook par. 3.3.5, over 'misverstand-gevallen'.

3.2.3 Informatieplichten ex art. 3:33/3:34 BW?

De inventarisatie van wederzijdse informatieplichten voortvloeiend uit art. 3:35 BW in de voorgaande paragraaf roept de vraag op of dergelijke informatieplichten ook (reeds) bij de beoordeling van de *wilsverklaring*, in het kader van art. 3:33 en 3:34 BW, een rol kunnen spelen. Art. 3:33 BW, om te beginnen, vormt als zodanig niet een logisch kader voor het aannemen van informatieplichten. Anders dan art. 3:35 BW is dit artikel in essentie *eenzijdig* georiënteerd. Het gaat bij de toepassing van art. 3:33 BW niet om een afweging van wederzijdse verantwoordelijkheden in het licht van de onderlinge communicatie tussen partijen, maar enkel om de feitelijke vraag of aan de zijde van één van beide partijen sprake was van een discrepantie van wil en verklaring. Plichten tot het vergaren en verstrekken van informatie spelen in dat kader normaliter geen rol. Wel is het denkbaar dat een beroep op art. 3:33 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht wegens schending van een informatieplicht (par. 3.8.9), maar het ligt voor de hand dat zulks niet zal (mogen) leiden tot een ‘herkauwen’ van de vertrouwenstoetsing op grond van art. 3:35 BW (par. 3.3.4).

Het door de artikelen 3:33 en 3:35 BW ingesloten art. 3:34 BW speelt vooral een rol bij het *bewijs* van een discrepantie van wil en verklaring,⁴⁰ en wel in die gevallen waarin iemand een onbedoelde verklaring heeft afgelegd in verband met een (tijdelijke of blijvende) *geestelijke stoornis*.⁴¹ Een rechtshandeling van een geestelijk gestoorde wordt blijkens art. 3:34 lid 1 BW geacht op een discrepantie van wil en verklaring te berusten, indien de betreffende stoornis een redelijke waardering der bij de handeling betrokken belangen belette, of indien de verklaring van de geestelijk gestoorde onder invloed van die stoornis is gedaan. Voor wat betreft het bewijs van laatstgenoemd element – invloed van de geestelijke stoornis op de verklaring – formuleert art. 3:34 lid 1 BW een vermoeden, inhoudende dat een *nadelige* rechtshandeling wordt vermoed onder invloed van de geestelijke stoornis te zijn gedaan. Met andere woorden: is er sprake van een verklaring van een geestelijk gestoorde, strekkende tot een voor hem nadelige rechtshandeling, dan wordt behoudens tegenbewijs aangenomen dat die verklaring berust op een discrepantie van wil en verklaring aan de zijde van de geestelijk gestoorde. Het bedoelde wettelijk vermoeden geldt evenwel níet, zo blijkt uit het slot van lid 1, indien het nadeel ten tijde van de rechtshandeling ‘redelijkerwijze niet was te voorzien’.⁴²

40 Zie TM, PG Boek 3, p. 165; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 38.

41 Zie over de reikwijdte van het begrip ‘geestelijke stoornis’ in dit verband bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 142; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 36.

42 Deze tournure is in art. 3:34 lid 1 BW terechtgekomen naar aanleiding van een (min of meer terloopse) opmerking in de Toelichting Meijers bij het Oorspronkelijk Ontwerp. Zie TM, PG Boek 3, p. 165.

Hoewel de bewoordingen van deze voorzienbaarheidstournure wellicht anders doen vermoeden, spelen informatieplichten bij de toepassing ervan geen rol. Zulk een normatieve lading zou ook niet passen bij de bewijsrechtelijke aard van het artikel. Het gaat in dit verband enkel om de vraag of een wettelijk vermoeden van discrepantie kan worden aangenomen, met andere woorden: of op voorhand voldoende aannemelijk is dat de geestelijk gestoorde een onbedoelde verklaring heeft afgelegd. In geval van een onvoorzienbaar nadelige rechtshandeling – een ogenschijnlijk voordelige rechtshandeling die naderhand toch onvoordelig uitpakt – luidt het antwoord op die vraag uiteraard ontkennend. Het is dan, logischerwijze, aan de geestelijk gestoorde zelf om te bewijzen dat hij die rechtshandeling van meet af aan niet heeft willen verrichten. De enkele betekenis van de voorzienbaarheidstournure is dus dat zij verhindert dat het bewijsvermoeden omtrent de nadelige rechtshandeling (ook) wordt toegepast op rechtshandelingen die eerst *naderhand* onvoordelig blijken te zijn.⁴³

Kennelijk tegen deze achtergrond heeft de Hoge Raad in 2002, in navolging van de literatuur,⁴⁴ beslist dat het voorzienbaarheidsbegrip van art. 3:34 lid 1 BW naar *objectieve maatstaven* moet worden uitgelegd. Aanleiding was een geval van (beweerdelijk) onbedoelde ontslagneming door een werknemer die ten tijde van die ontslagneming aan een psychiatrische stoornis leed. De rechtbank had op basis van het bewijsvermoeden van art. 3:34 lid 1 BW een discrepantie van wil en verklaring aangenomen. In cassatie werd dit oordeel door de werkgever aangevochten met de stelling dat hij ten tijde van de ontslagneming in de veronderstelling had verkeerd dat de werknemer al ander werk had gevonden, zodat het aan de ontslagneming verbonden nadeel voor hem niet voorzienbaar was geweest. De Hoge Raad ging hier niet in mee en overwoog dat het in dit verband aankomt op het ‘naar objectieve maatstaven redelijkerwijs niet voorzienbaar nadeel’.⁴⁵

Voor zover de Hoge Raad hiermee heeft bedoeld dat de rechter slechts behoeft te onderzoeken of het nadeel in zijn ogen – achteraf gezien – voorzienbaar was, lijkt mij die benadering minder gelukkig. De door art. 3:34 lid 1 BW geboden objectivering (‘redelijkerwijze’) gaat wat mij betreft niet zo ver dat de voorzienbaarheid geheel wordt losgekoppeld van het perspectief van partijen.⁴⁶ Stel – variërend op het bekende geval van de Kantharos van Stevensweert⁴⁷ – dat een geestelijk gestoorde een zwaar beschadigde, zilveren beker verkoopt aan een museum, voor een op het eerste gezicht normale prijs. Naderhand blijkt dat het een zeldzame beker van Grieks-Romeinse oorsprong

43 Vgl. MvA II, PG Boek 3, p. 170.

44 Zie bijv. Vetter 1992, p. 42.

45 HR 15 november 2002, NJ 2003, 60 (S./MS.), r.o. 3.4.2.

46 Vgl. par. 5.2.2, over kennisgradaties.

47 HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert), besproken in par. 3.7.14.

betrof, die een 'uitzonderlijk hoge artistieke en historische waarde' vertegenwoordigde. De geestelijk gestoorde had derhalve een veelvoud van de betaalde koopprijs kunnen vragen. Hij vordert vernietiging van de koopovereenkomst op grond van (het bewijsvermoeden van) art. 3:34 lid 1 BW. Het museum verweert zich met de stelling dat het onderhavige nadeel – lees: de hoge waarde van de beker – niet voorzienbaar was ten tijde van de koop. In een dergelijk geval moet mijns inziens, gezien de 'eenzijdige' oriëntatie van art. 3:34 BW, het perspectief van de geestelijk gestoorde beslissend zijn.⁴⁸ Het gaat immers om de vraag of het waarschijnlijk is dat aan zijn kant sprake is geweest van een discrepantie van wil en verklaring. Daarvoor is relevant of vanuit zijn optiek enig nadeel viel te voorzien. Stel dat de geestelijk gestoorde in casu een ervaren kunsthandelaar was, die in een vlaag van verstandsverbijstering de koop gesloten heeft. In die situatie ligt het alleszins voor de hand dat hij, bij afwezigheid van zijn geestelijke stoornis, de overeenkomst nooit zou hebben gesloten. Voor hém was het nadeel immers voorzienbaar. Betrof het daarentegen een ondeskundige leek, die ook zonder geestelijke stoornis de artistieke waarde van de beker waarschijnlijk niet zou hebben onderkend, dan is een discrepantie van wil en verklaring niet op voorhand aannemelijk. In die situatie is voor toepassing van het bewijsvermoeden geen aanleiding en zal de geestelijk gestoorde zelf moeten bewijzen dat hij de koop niet heeft willen sluiten. Slaagt hij daarin niet, dan ligt een beroep op (verkopers)dwaling (art. 6:228 BW) meer voor de hand.

Al met al moet mijns inziens de voorzienbaarheidstournure van art. 3:34 lid 1 BW inderdaad 'naar objectieve maatstaven' worden uitgelegd, zolang dat maar gebeurt vanuit het perspectief van de geestelijk gestoorde zelf. In zoverre behoeft het arrest van de Hoge Raad uit 2002 verduidelijking. Intussen is met het voorgaande wel aangetoond dat van werkelijke informatieplichten – als plichten tot vergaring en verstrekking van informatie – in het kader van art. 3:34 BW geen sprake is. Die conclusie wekt geen verbazing, gelet op hetgeen aan het begin van deze paragraaf werd vooropgesteld omtrent informatieplichten uit hoofde van art. 3:33 BW, waarvan art. 3:34 BW een (bewijsrechtelijke) uitwerking vormt.

3.2.4 Tussenconclusie

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat (met name) art. 3:35 BW aanknopingspunten biedt voor de aanvaarding van wederzijdse, onderling samenhangende informatieplichten. Nu eens zal de verklarende partij moeten onderzoeken

48 Vgl. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 38, die betoogt dat het erom gaat 'wat een 'gemiddeld' persoon, wiens geestvermogens niet gestoord zijn, ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling zou hebben voorzien in het geval dat hij *in de schoenen van de gestoorde* zou hebben gestaan' (curs. toegevoegd).

ken hoe haar verklaring door de wederpartij is opgevat, of zal zij moeten mededelen hoe zij deze heeft bedoeld, dan weer zal de wederpartij navraag moeten doen omtrent de betekenis van de verklaring, of zal zij moeten mededelen hoe zij deze heeft begrepen. De keuze tussen beide alternatieven is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het door de verklarende partij te lijden *nadeel* speelt in dit verband een cruciale rol als gezichtspunt voor het aannemen van informatieplichten aan de zijde van de vertrouwende partij (par. 3.2.1). Beslissend is uiteindelijk wat partijen onder de gegeven omstandigheden omtrent elkaars bedoelingen (en de wederzijdse interpretatie daarvan) mochten *verwachten* (par. 3.2.2).

Een volwaardig beeld van de hier bedoelde contextgebonden vertrouwens-toetsing verkrijgt men niet anders dan door raadpleging van de desbetreffende, doorgaans kleurrijke jurisprudentie. De volgende paragraaf is daaraan gewijd. Aan de orde komen achtereenvolgens de gevallen van onbedoelde ontslagneming (par. 3.3.1 e.v.), de gevallen van onbedoelde prijsstelling (par. 3.3.3 e.v.), de misverstand-gevallen (par. 3.3.5 e.v.) en de aanvaarding van algemene voorwaarden (par. 3.3.7 e.v.).

3.3 WILSVERTROUWENSLEER; CASUÏSTIEK

3.3.1 Onbedoelde ontslagneming

In het kader van de jurisprudentie over art. 3:35 BW nemen de gevallen van onbedoelde ontslagneming een prominente plaats in. Gemeenschappelijk kenmerk van deze gevallen is dat er aan de zijde van de verklarende partij (de werknemer die ontslag neemt) vrijwel altijd sprake is van ernstig *nadeel*, namelijk verlies van arbeidsbetrekking en dikwijls ook van perspectieven op een werkloosheidsuitkering.⁴⁹ In par. 3.2.1 bleek reeds dat zulk nadeel een cruciaal gezichtspunt vormt bij het aannemen van informatieplichten. Voor wat betreft de gevallen van onbedoelde ontslagneming heeft de Hoge Raad het hier bedoelde gezichtspunt als volgt verwoord:

‘De volgens vaste rechtspraak geldende strenge maatstaf ter beantwoording van de vraag of een werknemer zijn dienstbetrekking vrijwillig heeft willen beëindigen, dient (...) ertoe de werknemer te behoeden voor de ernstige gevolgen die vrijwillige beëindiging van het dienstverband voor hem kan hebben, kort gezegd het verloren gaan van de mogelijkheid zich op ontslagbescherming te beroepen, en het mogelijk verlies van aanspraken ingevolge de sociale zekerheidswetgeving, met name een werkloosheidsuitkering. In verband met die ernstige gevolgen zal de werkgever

⁴⁹ Zie bijv. Asser/Heerma van Voss 7-V* (2008), nr. 326; en Arbeidsovereenkomst (De Wolff), art. 7:667, aant. 14.1.

niet spoedig mogen aannemen dat een verklaring van de werknemer is gericht op vrijwillige beëindiging van de dienstbetrekking.⁵⁰

Geheel in het algemeen kan men dus stellen dat in gevallen van ontslagneming relatief snel een onderzoeksplicht van de werkgever zal gelden, in verband met het door de werknemer als gevolg van ontslagneming te lijden nadeel.⁵¹ In die zin staat de jurisprudentie hier meer in het teken van altruïsme dan van zelfredzaamheid (vgl. par. 3.1.2). Gezien de aard van de arbeidsverhouding – het betreft hier doorgaans een ‘sterke’ werkgever tegenover een ‘zwakke’ werknemer – en de sociaal-maatschappelijke betekenis van het arbeidscontract – voor velen is arbeid de enige bron van inkomsten – ligt dat ook voor de hand. Meer in het algemeen past deze altruïstische benadering bij de beschermingsgedachte waarvan het gehele arbeidsrecht is doordeesemd.⁵²

De bescherming die in het kader van art. 3:35 BW aan de werknemer wordt toegekend, manifesteert zich in twee vormen.⁵³ Enerzijds geldt volgens vaste rechtspraak de hoofdregel dat de werkgever zijn werknemer slechts dan aan een ontslagneming mag houden, indien die ontslagneming berust op een ‘duidelijke en ondubbelzinnige’ verklaring van de werknemer.⁵⁴ De werkgever kan bijvoorbeeld geen gerechtvaardigd vertrouwen ontlenen aan het enkele feit dat de werknemer een door de werkgever opgestelde ontslagbrief tekent voor ontvangst.⁵⁵ En evenmin is er sprake van gerechtvaardigd vertrouwen indien de werknemer, na een woordenwisseling met de werkgever over weigering van een verlangde snipperdag, uitroept dat hij ‘op staande voet weggaat’ en vervolgens ook inderdaad enige tijd wegblijft.⁵⁶ Dergelijke ‘ontslagnemingen’ worden in de jurisprudentie beschouwd als onvoldoende duidelijk en ondubbelzinnig.⁵⁷ Anderzijds moet de werkgever – ook als de ontslagverklaring op zichzelf niets aan duidelijkheid te wensen overlaat – tot

50 HR 10 juni 2005, *NJ* 2005, 395 (Al Hage Hussein/Zbir c.s.), r.o. 3.4. Zie in gelijke zin reeds HR 28 mei 1982, *NJ* 1983, 2 (Coolwijk/Kroes), r.o. 3.2.

51 Zie in die zin bijv. Vetter 1992, p. 45 e.v. Vgl. ook Pitlo 1949, p. 8.

52 Zie bijv. Bouwens & Duk 2011, p. 313, 325. Vgl. ook Asser/Heerma van Voss 7-V* (2008), nr. 10. Zie voorts par. 4.6.1 e.v., over de werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW.

53 Zie bijv. Asser/Heerma van Voss 7-V* (2008), nr. 326; en Arbeidsovereenkomst (De Wolff), art. 7:667, aant. 14.2-14.3. Vgl. ook Hijma & Olthof 2011, nr. 38a (kleine letter).

54 Die regel geldt overigens – begrijpelijkerwijs – niet voor ontslagverklaringen van de zijde van de *werkgever* (HR 10 juni 2005, *NJ* 2005, 395 (Al Hage Hussein/Zbir c.s.), r.o. 3.4). Hij geldt evenmin buiten het terrein van het ontslagrecht, bijv. voor de verslechtering van arbeidsvoorwaarden (HR 12 februari 2010, *LJN* BK3570, *RvdW* 2010, 297 (Van Beek c.s./CZ), r.o. 3.7).

55 Zie HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 390 (Ritico/Stichting), r.o. 3.3.

56 Zie HR 28 mei 1982, *NJ* 1983, 2 (Coolwijk/Kroes), r.o. 3.2.

57 Zie voor andere gevallen bijv. HR 20 september 1991, *NJ* 1991, 785 (Lam Lion/Hopman); HR 8 april 1994, *JAR* 1994, 95 (Van der Laan/LCS); HR 28 april 1995, *NJ* 1995, 651 (Lensen/Pieters); HR 19 april 1996, *JAR* 1996, 116 (U-A-Sai/Harteveld); HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 611 (Spek/Evelyn); HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 566 m.nt. PAS (Veenendaal/Van Vuuren); en HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 505 (Keijzer/FVC).

op zekere hoogte onderzoek doen naar de achterliggende bedoelingen van de werknemer.⁵⁸ Zo zal hij bij buitenlandse werknemers die de Nederlandse taal niet machtig zijn en een ontslagverklaring ondertekenen, zorgvuldig moeten navragen of zij zich van de reikwijdte van die verklaring bewust zijn.⁵⁹ En evenzo zal hij, indien een werknemer in een opwelling of anderszins onder bijzondere (emotionele) omstandigheden ontslag neemt, soms een 'afkoelingsperiode' of 'bedenktijd' in acht moeten nemen, teneinde te achterhalen of de werknemer – na het voorbijgaan van die opwelling of andere bijzondere omstandigheden – nog steeds ontslag wenst.⁶⁰

Tegen deze achtergrond kan men zeggen dat de onderzoeksplicht van de werkgever in gevallen van onbedoelde ontslagneming een negatief en een positief aspect kent. Het negatieve aspect houdt in dat de werkgever verklaringen van de werknemer omtrent diens ontslagneming niet zomaar voor lief mag nemen; zij moeten 'duidelijk en ondubbelzinnig' zijn. Het positieve aspect houdt in dat de werkgever zulke verklaringen ook actief moet onderzoeken, teneinde te beoordelen of zij overeenstemmen met de wil van de werknemer. Positief en negatief aspect vertonen – vanwege hun relatie met respectievelijk de *wil* tot ontslagneming en de daartoe strekkende *verklaring* (vgl. art. 3:33 BW) – een nauwe samenhang, zodat zij in de praktijk in elkaar kunnen overlappen. De hierboven bedoelde 'negatieve' plicht van de werkgever om geen genoegen te nemen met de ondertekening van een ontslagbrief voor ontvangst, impliceert bijvoorbeeld tevens de 'positieve' plicht om te verifiëren of de werknemer heeft begrepen dat zijn vrijwillige instemming met ontslag werd gevraagd.⁶¹ Het betreft hier naar mijn indruk dan ook niet zozeer een principiële tweedeling in de jurisprudentie, als wel een min of meer toevallig verschil in formulering. In sommige gevallen legt de rechter het perspectief bij de werknemer, en verlangt hij dat diens ontslagneming 'duidelijk en ondubbelzinnig' was, in andere gevallen kiest hij voor het perspectief van de werkgever, en overweegt hij dat die beter onderzoek had moeten doen naar de bedoelingen van de werknemer.

Men hoede zich intussen voor de conclusie dat de beschermingsgedachte in het arbeidsrecht ertoe leidt dat onbedoelde ontslagnemingen (vrijwel) altijd ongedaan kunnen worden gemaakt door de werknemer die zich achteraf 'bedenkt'. De rechtspraak biedt talloze voorbeelden van gevallen waarin de

58 Vgl. HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 505 (Keijzer/FVC), r.o. 3.2-3.3.

59 Zie bijv. HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457 m.nt. PAS (Hajziani/Van Woerden); HR 15 april 1983, *NJ* 1983, 458 m.nt. PAS onder 457 (Hajjout/Ijmah); en HR 28 september 1984, *NJ* 1985, 246 (Ben Dadi/Mayonna).

60 Zie bijv. het in par. 3.3.2 besproken arrest HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267 m.nt. PAS (Westhoff/Spronsen). Vgl. ook par. 3.4.3, over de betekenis van 'posterieure' omstandigheden in het kader van art. 3:61 lid 2 BW.

61 Aldus uitdrukkelijk HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 390 (Ritico/Stichting), r.o. 3.4.

werkgever zich wel degelijk op de vertrouwensbescherming van art. 3:35 BW kan beroepen. Bekend is het nu te bespreken arrest Westhoff/Spronsen.⁶²

3.3.2 Vervolg; Westhoff/Spronsen

In het arrest Westhoff/Spronsen ging het om vrachtwagenchauffeur Westhoff die, naar aanleiding van een op het eerste gezicht nogal onschuldig incident – na het voltooien van een rit naar Monster bleek er voor hem geen vervoer beschikbaar voor de rit terug naar Kruiningen –, in een opwelling ontslag nam bij zijn werkgeefster Spronsen. Hij riep althans tegen een medewerker van Spronsen: 'Ik pak mijn zootje, je bekijkt het maar, en ik kom niet meer terug'. Een duidelijker wilsverklaring lijkt wellicht moeilijk denkbaar, maar toch bleek drie dagen later – Spronsen had de ontslagneming intussen schriftelijk bevestigd – dat Westhoff wel degelijk terug wenste te komen. Hij beriep zich daartoe op een discrepantie van wil en verklaring ten tijde van de ontslagneming. Kantonrechter en rechtbank gingen hier niet in mee, met name omdat Westhoff gedurende de eerste drie dagen na het incident niets van zich had laten horen. De rechtbank overwoog 'dat door het stilzwijgen en wegblijven van Westhoff na een afkoelingsperiode elke eventuele twijfel aan het definitief karakter van de opzegging van de dienstbetrekking werd ingenomen' en wees Westhoffs vordering tot loondoorbetaling af. De Hoge Raad liet dit oordeel, in afwijking van de conclusie van A-G Franx,⁶³ in stand. Hij overwoog, marginaal toetsend (r.o. 3.5):

'De vraag in hoeverre op een werkgeefster een onderzoeksplicht rust ter zake van de werkelijke bedoeling van de mededelingen of gedragingen van haar werknemer, waaruit zij een ontslagneming heeft menen te mogen afleiden, kan slechts worden beantwoord in het licht van de omstandigheden en is derhalve sterk verweven met de feiten. Dat de Rb. in het onderhavige geval niet heeft aangenomen dat Spronsen in enige onderzoeksplicht is tekort geschoten, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is in het licht van de gedingstukken ook niet onbegrijpelijk, mede gelet op de functie van de onderhavige werknemer, die meebrengt dat hij in beginsel geacht kan worden over voldoende vaardigheden te beschikken om de draagwijdte van zijn verklaringen en gedragingen te overzien, alsmede op de omstandigheid dat hier aan de werknemer nog enige tijd is gelaten om op zijn verklaring terug te komen. In het oordeel van de Rb. ligt voorts besloten dat Westhoff heeft moeten begrijpen hoe zijn mededelingen en gedragingen door Spronsen zouden worden opgevat.'

62 HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 m.nt. PAS (Westhoff/Spronsen).

63 In zijn conclusie sub 4 overwoog Franx met zoveel woorden dat Spronsen hier volgens hem een onderzoeksplicht had.

Het oordeel van de Hoge Raad is in de literatuur op kritiek gestuit. Zo heeft de verwijzing van de Hoge Raad naar de functie van de werknemer aan Nieuwenhuis de retorische vraag ontlokt ‘welke functie (...) van zodanig kaliber is dat degene die haar vervult geacht moet worden de draagwijdte van zijn verklaringen en gedragingen *niet* te kunnen overzien’.⁶⁴ Inderdaad lijkt dit niet het meest zwaarwegende gedeelte van ’s Raads overwegingen. Mede in het licht van de procedure in feitelijke instanties lijkt vooral de in casu verleende *bedenktijd* van drie dagen een gewichtig argument te hebben gevormd.⁶⁵ Toch kunnen hieruit moeilijk algemene conclusies worden getrokken, omdat de Hoge Raad zulk terughoudend cassatiejargon gebruikt. In die zin lijkt mij de stelling van Stein dat uit het arrest valt af te leiden ‘dat de onderzoeksplicht slechts een bescheiden rol is toegekend in het contractenrecht’ te algemeen geformuleerd.⁶⁶ Zo men al een regel uit het arrest zou willen afleiden, is dat de regel dat het rechterlijk oordeel over art. 3:35 BW sterk verweven is met de feiten en derhalve slechts voor marginale toetsing in cassatie in aanmerking komt.⁶⁷

Het belang van Westhoff/Spronsen is overigens vooral gelegen in een ander aspect van het arrest, zij het dat dit aspect niet direct verband houdt met het leerstuk der informatieplichten. Ik doel op de overweging van de Hoge Raad dat een beroep van de werkgever op art. 3:35 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn indien ongedaanmaking van de ontslagneming aan de zijde van de werkgever geen enkel *nadeel* zou opleveren (r.o. 3.6). Afgezien van het nadeel van de werknemer – dat in zaken als deze vrijwel altijd aan de orde is (par. 3.3.1) – kan hier dus ook het nadeel aan de zijde van de werkgever een rol spelen, en wel in het kader van de derogerende redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW). Historisch gezien is deze benadering bijzonder, omdat in vroeger tijden nog werd aangenomen dat nadeel aan de zijde van de werkgever een *vereiste* was voor het invoeren van vertrouwensbescherming. De werkgever kon zich dus slechts op vertrouwensbescherming beroepen indien hij in vertrouwen op de ontslagneming iets had gedaan waardoor hij in een ongunstiger positie was terechtgekomen (bijvoorbeeld: het in dienst nemen van een nieuwe kracht).⁶⁸ De vreemde consequentie hiervan was dat de vertrouwensbescherming omtrent een ontslagneming afhing

64 Zijn (eveneens retorische) antwoord luidt: ‘Putjesschepper misschien, een functie die vroeger steevast in het vooruitzicht werd gesteld aan jongelieden met tegenvallende schoolprestaties.’ Zie Nieuwenhuis 1987, p. 101-102.

65 Aldus ook Vranken 1989, p. 34; en Arbeidsovereenkomst (De Wolff), art. 7:667, aant. 14.3.

66 Zie de NJ-annotatie van P.A. Stein bij Westhoff/Spronsen.

67 Vgl. ook HR 15 april 1988, NJ 1988, 951 m.nt. PAS (Ben Amram/Silversteyn); en HR 16 juni 1989, NJ 1989, 655 (Yilmaz/VSS).

68 Zie bijv. HR 29 november 1974, NJ 1975, 211 m.nt. GJS (Hensels/Seegers en Musters); en HR 5 december 1975, NJ 1976, 223 m.nt. GJS (X./Y.). Vgl. ook het klassieke arrest HR 11 december 1959, NJ 1960, 230 m.nt. LEHR (Eelman/Hin). Het nadeelvereiste werd eerst verlaten met het arrest HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 m.nt. PAS (Hajziani/Van Woerden), r.o. 3.6. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 136-137.

van omstandigheden die ten tijde van die ontslagneming nog *toekomstig* waren. De ‘nieuwe’ benadering van de Hoge Raad aan de hand van de derogerende redelijkheid en billijkheid is in die zin dogmatisch zuiverder.⁶⁹

Tegen deze achtergrond lijkt het mij van belang dat men de benadering van de Hoge Raad niet omzeilt door het nadeel van de werkgever en dat van de werknemer op één hoop te gooien. Zowel in de literatuur als in de rechtspraak bestaat die neiging. Zo valt bij Hartkamp en Sieburgh te lezen:

‘Een omstandigheid die in dit verband [de vertrouwenstoetsing van art. 3:35 BW, *KJO*] ook een rol kan spelen is *het door partijen over en weer te lijden nadeel*. Naarmate de handeling voor degene die zich op het opgewekte vertrouwen beroept voordeliger en voor de verklarende (kenbaar) nadeliger is, zal het vertrouwen dat de verklaring werkelijk gewild is minder snel gerechtvaardigd zijn, en zullen er meer redenen bestaan voor degene tot wie de verklaring gericht is om zich van de werkelijke bedoelingen van de wederpartij te vergewissen.⁷⁰

Het aldus gezamenlijk ten tonele voeren van beide vormen van nadeel lijkt mij – in elk geval in het kader van art. 3:35 BW – dogmatisch onzuiver. Het valt immers niet goed in te zien dat een verklaring, zoals het citaat beweert, minder betrouwbaar wordt naarmate deze voor de geadresseerde voordeliger is.⁷¹ Mijns inziens behoeft een werkgever niet reeds aan een ontslagneming te twijfelen op de enkele grond dat zij hem toevallig goed uitkomt.

De rechtspraak lijkt op dit punt ook niet altijd even precies. Zo komt het voor dat de rechter – niet geheel onbegrijpelijk overigens – het beroep van de werkgever op art. 3:35 BW passeert met de overweging dat de werkgever in elk geval geen relevant nadeel lijdt door ongedaanmaking van de ontslagneming, en dat hij dus hoe dan ook geen beroep kan doen op art. 3:35 BW.⁷² Hoewel de Hoge Raad bereid is een dergelijke constructie te sauveren,⁷³ lijkt zij mij weinig inzichtelijk en inhoudelijk minder juist. Weinig inzichtelijk, omdat het rechterlijk oordeel over discrepantiegevallen aldus verwordt van een navolgbare vertrouwenstoetsing tot een arbitraire afweging van wederzijds nadeel. Inhoudelijk minder juist, omdat het ontbreken van nadeel aan de zijde

69 Aldus bijv. Nieuwenhuis 1987, p. 102-103. Vgl. ook par. 3.4.3, over de betekenis van ‘posterieure’ omstandigheden in het kader van art. 3:61 lid 2 BW.

70 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 135 (curs. toegevoegd). Vgl. overigens Hartkamp 1990, p. 658, waar de beide vormen van nadeel wel duidelijk worden onderscheiden.

71 Anders ligt het uiteraard (maar dat is een nogal atypische situatie) indien het nadeel van de verklarende partij rechtstreeks met het voordeel van de wederpartij correspondeert, zoals in gevallen van boedelscheiding. Vgl. HR 24 mei 1985, NJ 1986, 699 m.nt. WMK (Nolan/Aalst).

72 Zie bijv. Rb. Alkmaar 23 augustus 2001, r.o. 4.7-4.12, kenbaar uit HR 15 november 2002, NJ 2003, 60 (S./MS.).

73 Zie HR 15 november 2002, NJ 2003, 60 (S./MS.), r.o. 3.5.2. Vgl. ook de conclusie van A-G Bakels, sub 2.4.

van de werkgever blijktens Westhoff/Spronsen niet *zonder meer* leidt tot onaanvaardbaarheid van het beroep op de vertrouwensbescherming van art. 3:35 BW. Een andere opvatting zou neerkomen op herintroductie van het nadeelver-eiste, dat nu juist, na ampele discussies in de literatuur, op goede gronden door de Hoge Raad is afgeschaft.

3.3.3 Onbedoelde prijsstelling

De meest klassieke gevallen van discrepantie zijn de gevallen waarin een verkoper, om wat voor reden dan ook, een verkeerde prijs bij het gekochte heeft vermeld, en de koper daarop heeft vertrouwd. De bontjas die voor € 99 in plaats van € 999 in de etalage hangt, de offerte die een verschrijving bevat, de prijslijst die verouderd blijkt: steeds gaat het om de vraag of de koper redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat de door de verkoper vermelde prijs juist was, althans conform de bedoelingen van de verkoper. Normaliter zal het antwoord op die vraag bevestigend luiden. Het recht kent geen algemene onderzoeksplicht van kopers om de door verkopers vermelde prijzen te verifiëren.⁷⁴ Indien echter een prijs is vermeld die gezien de eigenschappen van het gekochte onwaarschijnlijk laag is, en zelfs bij de meest argeloze koper twijfel had moeten wekken, ligt het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de koper wel voor de hand. Naarmate het gekochte product duurder of meer gecompliceerd van aard is, groeit ook het gewicht van deze onderzoeksplicht. In de lagere rechtspraak is bijvoorbeeld aanvaard dat van de gemiddelde afnemer van een kostbare lcd-televisie of rentevaste hypotheeklening mag worden verwacht dat deze zich tevoren 'globaal heeft georiënteerd' op de relevante markt.⁷⁵ Deze jurisprudentie kan worden beschouwd als een uitvloeisel van de algemene gedachte dat, naarmate een gedane verklaring voor de verklarende partij nadeliger is, er voor de wederpartij meer aanleiding bestaat tot het doen van onderzoek (par. 3.2.1).

Overigens behoeft in dit verband niet uitsluitend aan koopovereenkomsten in de zin van art. 7:1 BW te worden gedacht. Andere overeenkomsten waarbij een prijsstelling is betrokken, zoals overeenkomsten van geldlening, opdracht of verzekering, kunnen eveneens aanleiding geven tot de hier bedoelde vragen. In het arrest Guliker/AGO ging het bijvoorbeeld om een verzekeringspolis waarop per abuis de post 'brandschade' niet was doorgehaald.⁷⁶ De verzekeringnemer meende dat hij op die grond mocht aannemen ook voor brandschade te zijn verzekerd, maar in rechte werd dit beroep op vertrouwensbescher-

74 Aldus bijv. Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN BC2420*, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.17.

75 Zie Rb. Breda (vzr.) 31 januari 2007, *LJN AZ7368*, *NJF* 2007, 135, r.o. 4.13; Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN BC2420*, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.16; en Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, *LJN BJ5754*, *NJF* 2009, 504, r.o. 5.4.

76 HR 8 juli 1982, *NJ* 1983, 456 m.nt. BW (Guliker/AGO).

ming afgewezen. De totale verzekeringspremie was namelijk lager dan de premie die eiser bij een andere verzekeraar betaalde voor uitsluitend een brandverzekering. Kennelijk had de verzekeringnemer hier, gezien de onwaarschijnlijke prijs van het product (de verzekeringspremie), navraag moeten doen naar de werkelijke bedoelingen van de verzekeraar.⁷⁷ Op vergelijkbare wijze werd in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat de afnemer van een hypotheeklening had moeten onderzoeken of de offerte van zijn kredietverstrekker, waarin een lagere hypotheekrente werd vermeld naarmate de rentevaste periode groeide, correct was.⁷⁸

De gevallen van onbedoelde prijsstelling kenmerken zich in het algemeen door hun charmante eenvoud. De verklaring van de verkoper (de vermelde prijs) is ondubbelzinnig. Het bestaan van een discrepantie kan – voor zover daarover al discussie ontstaat – worden bewezen door te verwijzen naar de officiële (kost)prijs.⁷⁹ De vraag naar het gerechtvaardigd vertrouwen laat zich meestal simpelweg vertalen in de feitelijke, voor bewijslevering in aanmerking komende vraag wat een *gangbare* prijs was voor het gekochte. In voorkomende gevallen kan nog van belang zijn hoe eventuele eerdere transacties tussen partijen zijn verlopen,⁸⁰ en of er bij de prijsstelling melding was gemaakt van enig bijzonder aanbod,⁸¹ maar veel meer complicaties spelen hier doorgaans niet. De *verwijtbaarheid* van de onjuiste prijsvermelding door de verkoper is bijvoorbeeld niet van belang,⁸² omdat die verwijtbaarheid niets kan toe- of afdoen aan het gerechtvaardigd vertrouwen van de koper.⁸³ Zelfs als de verkoper opzettelijk – bijvoorbeeld voor de grap⁸⁴ – een verkeerde prijs zou hebben vermeld, zou de koper daarop niet hebben mogen vertrouwen, indien

77 Aldus ook de NJ-annotatie van B. Wachter bij Guliker/AGO, sub 2.

78 Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, L/JN BJ5754, N/JF 2009, 504, r.o. 5.7.

79 Zie bijv. Rb. Zwolle (ktr.) 16 februari 2010, L/JN BL3717, N/JF 2010, 485, r.o. 7.

80 Vgl. Rb. Rotterdam 27 juli 2005, J/OR 2005, 275, waarin het ging om een jaarlijkse winstdeling krachtens levensverzekering, die (onbedoeld) plotseling zesmaal hoger uitviel dan voorheen: geen gerechtvaardigd vertrouwen van de verzekerde.

81 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, L/JN BC2420, N/JF 2008, 79, r.o. 4.16, sub f; en Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, L/JN BJ5754, N/JF 2009, 504, r.o. 5.5. Uit Hof Arnhem 28 augustus 2007, L/JN BB4391, N/JF 2007, 473, r.o. 4.9 blijkt overigens dat dit gezichtspunt niet doorslaggevend is: gerechtvaardigd vertrouwen van appellant werd hier niet aangewomen, hoewel geïntimeerde van 'een mooi voorstel' had gerept.

82 Hetzelfde geldt in het kader van art. 3:61 lid 2 BW (par. 3.4.5). Vgl. ook (in het kader van art. 6:228 BW) Rb. Utrecht 28 mei 2008, L/JN BD3230, N/JF 2008, 349, r.o. 4.10.

83 Anders Rb. Zwolle (ktr.) 16 februari 2010, L/JN BL3717, N/JF 2010, 485, r.o. 8, waarin gedaagde, die zijn motorfiets via veilingsite eBay te koop had aangeboden en daarbij per abuis geen minimumprijs had bedongen, gebonden werd geacht aan een onwaarschijnlijk laag bod, nu gedaagdes onoplettendheid 'voor zijn rekening en risico' werd gebracht.

84 Zie over rechtshandelingen bij wijze van scherts ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 148.

althans de hoogte van de prijs daartoe in de gegeven omstandigheden onvoldoende aanleiding bood.⁸⁵

Illustratief is het volgende geval, afkomstig uit de lagere rechtspraak.⁸⁶ Tijdens een landbouwbeurs had de verkoper van een dure landbouwmachine voor de grap tegen de echtgenote van een boer gezegd dat hij die machine wel wilde verkopen voor 106.000 gulden, zijnde minder dan de helft van de officiële prijs, zoals vermeld in de vooraf aan de boer toegestuurde brochure. De echtgenote koos voor een doortastende aanpak: zij noteerde het bedrag op de voorzijde van de brochure, riep haar man erbij en liet de verkoper vervolgens tekenen onder het genoteerde bedrag. De vraag of aldus een koopovereenkomst tot stand was gekomen, werd door de rechtbank ontkenkend beantwoord, omdat de boer volgens de rechtbank had moeten onderzoeken of het aanbod serieus bedoeld was. De rechtbank achtte in dit verband van belang dat de boer in de vooraf aan hem toegestuurde brochure de werkelijke, veel hogere prijs had kunnen lezen, dat tussen hem en de verkoper geen bijzondere zakenrelatie bestond, en dat er ook overigens geen omstandigheden aan de orde waren die het onderhavige aanbod aannemelijk maakten (zoals een omvangrijke beurskorting of een beschadiging van de machine). De zaak past bij uitstek in het klassieke plaatje van de gevallen van onbedoelde prijsstelling: partijen van vlees en bloed, een kleinschalige toedracht en relatief geringe belangen die op het spel staan. De volgende zaak, die inhoudelijk evenzeer klassiek kan worden genoemd, toont aan dat er ook grotere belangen gemoeid kunnen zijn met verkeerde prijskaartjes.

3.3.4 Vervolg; Postwanorder/Otto

Op 20 oktober 2006 plaatste postorderbedrijf Otto op haar website een advertentie waarin een Philips lcd-televisie werd aangeboden voor € 99,90. Een onwaarschijnlijk lage prijs, want destijds werden dergelijke toestellen nergens voor minder dan € 697 verkocht.⁸⁷ Drie dagen later, op 23 oktober 2006, werd de fout ontdekt. De zeventien klanten die tot dan toe een bestelling hadden geplaatst, ontvingen een telefonische rectificatie. De op de website vermelde prijs werd aangepast, maar ongelukkigerwijze in de verkeerde richting: het nieuwe aanbod noemde een nog enkele centen aantrekkelijker prijs van € 99. Dankzij brede verkondiging van deze weggeefprijs op diverse internetfora mocht Otto in de daarop volgende dagen meer dan 11.000 nieuwe klanten

85 Wel lijkt het denkbaar dat in zulke gevallen een beroep van de verkoper op art. 3:33 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou worden geoordeeld (vgl. par. 3.3.4).

86 Rb. Zwolle 29 mei 1996, *Prg.* 1997, 4708.

87 Zie Rb. Breda (vzr.) 31 januari 2007, *LJN AZ7368*, *NJF* 2007, 135, r.o. 4.9. Otto beweerde een inkoop prijs van €762,39 voor de toestellen te hebben betaald.

verwelkomen, resulterend in een bestelling van ongeveer 14.000 toestellen. Telefonische rectificatie lag nu minder voor hand, zodat Otto op 26 oktober 2006 in een radioprogramma moest afkondigen dat er een fout was gemaakt. Het duurde nog tot ongeveer 23.20 uur die avond, voordat het onjuiste aanbod van de website was verwijderd. Een en ander had volgens Otto te maken met 'technische problemen', als gevolg waarvan de vermelde prijs – die eigenlijk, aldus Otto in hoger beroep, betrekking had op de bij de televisie behorende wandsteun – gedurende enkele dagen niet kon worden aangepast.

De handelwijze van Otto moge van wanbeleid getuigen, tot gerechtvaardigd vertrouwen van de kopers kan zij niet hebben geleid. Dat was ook het rechterlijk oordeel in de beide instanties waarin het geschil werd uitgevochten, aangespannen door een belangenorganisatie van de kopers. In eerste aanleg overwoog de voorzieningenrechter dat de gemiddeld geïnformeerde koper van een betrekkelijk kostbaar, duurzaam gebruiksartikel als een lcd-televisietoestel geacht mag worden zich 'globaal te hebben georiënteerd' op de betreffende markt. Een dergelijke globale oriëntatie zou hier, aldus de voorzieningenrechter, hebben aangetoond dat het verschil tussen de redelijkerwijs te verwachten minimumprijs en de verklaring van Otto ongeveer 700 procent bedroeg. Nu het aanbod op generlei wijze de indruk wekte een bijzonder aanbod te zijn, terwijl Otto zich op haar site juist veelvuldig bediende van die reclamefiguur, kon de onderhavige prijsstelling volgens de voorzieningenrechter niet redelijkerwijs worden opgevat als weergave van een werkelijk door Otto beoogde prijs.⁸⁸

In hoger beroep volgde bekrachtiging. Het hof nam, evenals de voorzieningenrechter, de 'gemiddeld geïnformeerde consument' tot uitgangspunt en sloot zich aan bij de in eerste aanleg geformuleerde onderzoeksplicht van kopers van de televisie. De stelling van de belangenorganisatie dat een dergelijke onderzoeksplicht onnodig bezwarend zou zijn voor (internet)kopers, werd verworpen. In dit verband verwees het hof naar de verworvenheden van de moderne informatiemaatschappij, die naar zijn oordeel kennelijk een verzwaaarde informatieplicht kunnen rechtvaardigen:

'Een dergelijk onderzoek is (...) niet bezwaarlijk. Integendeel. Een van de voordelen van het internet is nu juist dat de consument betrekkelijk eenvoudig, want vanachter de pc, kan achterhalen welke prijzen voor dezelfde of vergelijkbare lcd-televisies door andere dienstverleners worden gehanteerd. Ook een eenvoudig telefoontje naar de klantenservice van Otto zou hebben volstaan. In dat geval zou de consumenten zijn bevestigd dat de prijs niet juist was.'⁸⁹

88 Rb. Breda (vzr.) 31 januari 2007, *LJN AZ7368*, *NJF* 2007, 135, r.o. 4.9, 4.13 en 4.14.

89 Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN BC2420*, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.17. Vgl. Hartkamp 2010a, nr. 17, die stelt dat dankzij het internet de 'marktpositie' van de consument is bevorderd. Vgl. ook reeds Valkhoff 1966, p. 32, die opmerkt dat justitiabelen door 'de nieuwe technieken en de moderne verkeersverhoudingen (...) eerder kennis kunnen krijgen dan in vroeger tijden'.

In de onderhavige zaak speelde overigens nog als complicatie dat Otto, zoals gebruikelijk bij aankopen via internet,⁹⁰ de bestellingen elektronisch had bevestigd. Consumenten die de televisie voor € 99,90 dan wel € 99 hadden besteld, kregen eerst op hun scherm een bevestiging te zien, en ontvingen vervolgens een e-mailbericht waarin de bewuste (verkeerde) prijs nog eens werd herhaald. Terwijl de voorzieningenrechter in eerste aanleg nog overwoog dat deze herhaalde bevestigingen (respectievelijk via internet en e-mail) 'het vertrouwen van de consument enigermate zullen hebben versterkt',⁹¹ achtte het hof deze in appel 'niet relevant', omdat het vertrouwen van de consument, aldus het hof, moet zijn gebaseerd op omstandigheden aanwezig ten tijde van de *aanvaarding*.⁹² Strikt genomen is dat oordeel juist, maar het roept wel de vraag op hoe een dergelijke afbakening van de vertrouwensbescherming zich verhoudt tot de jurisprudentie over onbedoelde ontslagnemingen, op grond waarvan het gunnen van bedenkijd aan de werknemer ná ontslagneming immers wel degelijk wordt beschouwd als een relevant gezichtspunt voor het aannemen van gerechtvaardigd vertrouwen van de werkgever ten tijde van die ontslagneming.⁹³ Wat hiervan zij, het hof had zijn oordeel mijns inziens ook kunnen onderbouwen door te verwijzen naar het feit van algemene bekendheid dat elektronische bevestigingen als de onderhavige *automatisch* worden gegenereerd, zonder actieve betrokkenheid van de verklarende partij, zodat in beginsel zal hebben te gelden dat zij reeds om die reden niets kunnen toevoegen aan het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij.

Al met al wekt het eindoordeel van beide instanties in de onderhavige zaak – geen gerechtvaardigd vertrouwen van de kopers – weinig verbazing.⁹⁴ Toch is een andere uitkomst denkbaar. Zoals werd signaleerd in par 3.2.3, kan immers een beroep op discrepantie van wil en verklaring onder bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Een dergelijke conclusie heeft het hof in het kader van de onderhavige collectieve actie uiteraard niet willen trekken,⁹⁵ omdat het daartoe alle kopers over één kam had moeten scheren. In de rechtsverhouding tussen Otto en individuele kopers lijkt echter een dergelijk beroep op de derogerende redelijkheid en billijkheid wel denkbaar, gezien het geringe nadeel dat voor Otto gemoeid zou zijn met de eenmalige verkoop van een televisie onder de

90 Vgl. art. 6:227c lid 2 BW, op grond waarvan de internetverkoper doorgaans *verplicht* zal zijn om een dergelijke bevestiging te verzenden. Vgl. ook art. 7:46c lid 2 BW, waarover Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 94i.

91 Rb. Breda (vzr.) 31 januari 2007, *LJN AZ7368*, *NJF* 2007, 135, r.o. 4.12.

92 Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN BC2420*, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.19.

93 Zie bijv. HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267 m.nt. PAS (Westhoff/Spronsen), besproken in par. 3.3.2. Vgl. ook par. 3.4.3, over de betekenis van 'posterieure' omstandigheden in het kader van art. 3:61 lid 2 BW.

94 Zie in gelijke zin (in dezelfde zaak) Geschillencommissie Thuiswinkel 2 april 2007, *TvC* 2007-4, p. 134-135.

95 Zie Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN BC2420*, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.13.

kostprijs. Redelijkheid en billijkheid zouden ook proportioneel kunnen worden toegepast, zodanig dat de koper de televisie weliswaar niet voor het in het aanbod genoemde bedrag, maar toch voor minder dan de officiële prijs zou mogen afnemen.⁹⁶ Een en ander zou echter wat mij betreft niet moeten leiden tot het 'herkauwen' van de vertrouwenstoetsing op grond van art. 3:35 BW. Informatieplichten behoren in het kader van de derogerende redelijkheid en billijkheid nog slechts aan de orde te komen voor zover zij bij de toepassing van art. 3:35 BW buiten beschouwing zijn gebleven, bijvoorbeeld omdat zij betrekking hebben op de periode ná de contractssluiting (vgl. par. 3.8.6). Stel dat de rechter zou oordelen dat Otto in casu de kopers die op het aanbod waren ingegaan, persoonlijk had moeten waarschuwen zodra de fout werd ontdekt, en niet had mogen volstaan met een afkondiging op de radio: een dergelijke redenering zou kunnen worden gebruikt om ten opzichte van een individuele koper onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW van Otto's beroep op art. 3:33 BW aan te nemen (par. 3.8.9). Een precieze uitkomst valt niet te voorspellen, maar duidelijk is wel dat de rechter hier middelen heeft om in concreto tot een billijke oplossing te geraken.

Hiermee is het debat weer aanbeland op het kleinschalige niveau dat voor de gevallen van onbedoelde prijsstelling zo kenmerkend is (par. 3.3.3). Toch maakt de zaak Postwanorder/Otto mijns inziens duidelijk dat die gevallen niet zijn gedoemd tot een onopvallend bestaan in collegezalen en studeerkamers. In de moderne maatschappij kan een klassieke casus als die van het 'verkeerde prijskaartje' uitgroeien tot een actueel probleem van ongekende proporties.

3.3.5 Misverstand-gevallen

Van oudsher worden tot het terrein van de wilsvertrouwensleer de zogenaamde misverstand-gevallen gerekend, ook wel aangeduid als gevallen van 'oneigenlijke dwaling'.⁹⁷ Het gaat hier om gevallen waarin beide partijen de wilsverklaring van één hunner verschillend hebben opgevat. Dit betekent dat bij de verklarende partij weliswaar een wil aanwezig was, maar niet de wil zoals die door de wederpartij verondersteld werd te bestaan. 'Discrepantie' bestaat hier dus vooral tussen de wil van de verklarende partij en de opvatting daarover van de wederpartij. Om een en ander dogmatisch te kunnen onderbrengen bij de wilsvertrouwensleer wordt hier als constructie gehanteerd dat de 'duidingswil' van de verklarende partij heeft ontbroken, zodat in zoverre

96 Vgl. HR 17 februari 2006, *LJN AU9717*, *NJ* 2006, 378 m.nt. M.M. Mendel (Royal c.s./Polygram), r.o. 4.7. Zie ook Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 22-23.

97 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 149-150; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 34.

niet aan de vereisten van art. 3:33 BW is voldaan.⁹⁸ De vraag is dan of de wederpartij redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat die duidingswil wél aanwezig was, met andere woorden: of de wijze waarop de wederpartij de wilsverklaring heeft begrepen, gerechtvaardigd was in de zin van art. 3:35 BW. Deze vraag nu staat op één lijn met de vraag of de verklarende partij heeft mogen vertrouwen dat haar wilsverklaring op de beoogde manier zou worden opgevat. Een positieve beantwoording van de eerste vraag noopt immers, logischerwijze, tot een negatieve beantwoording van de tweede.

Kenmerk van de misverstand-gevallen is dus dat de vertrouwenstoetsing van art. 3:35 BW hier dwingt tot een *tweezijdige* benadering. Nu is die benadering op zichzelf inherent aan de wilsvertrouwensproblematiek in het algemeen (par. 3.2.2), maar bijzonder is hier dat een op voorhand aangewezen perspectief ontbreekt. Normaliter kan men uitgaan van het gebruikelijke rolpatroon van verklarende partij en wederpartij, en komt de vertrouwenstoetsing neer op beantwoording van de vraag of de wederpartij redelijkerwijs mocht afgaan op de door de verklarende partij gedane verklaring. Heeft men die vraag beantwoord, dan staat daarmee vast of al of niet een overeenkomst tot stand is gekomen. In de hier bedoelde misverstand-gevallen wordt de rolverdeling tussen verklarende en vertrouwende partij verdrongen door een overkoepelend perspectief, en gaat het om de vraag welke betekenis partijen, in het licht van hun verklaringen en gedragingen over en weer, aan de gedane verklaring hebben mogen toekennen.⁹⁹ Met de beantwoording van die vraag staat vervolgens niet slechts het *bestaan*, maar ook de *inhoud* van de eventuele overeenkomst vast.

Tegen deze achtergrond kan men zich afvragen of het zinvol is om de misverstand-gevallen, conform de heersende leer, te blijven benaderen als gevallen van discrepantie van wil en verklaring. Die klassieke benadering suggereert immers dat slechts de verklarende partij een 'probleem' heeft (namelijk een discrepantie van duidingswil en verklaring), terwijl hier in wezen meer aan de hand is. Er is in de onderlinge communicatie tussen partijen iets misgegaan, zonder dat op voorhand valt aan te geven bij welk van beide partijen de schoen wringt. Indien partijen in onderling overleg een contractsbepaling hebben opgesteld, en vervolgens onenigheid krijgen over de uitleg daarvan, valt zelfs überhaupt niet te bepalen bij wie de duidingswil ontbreekt, omdat de contractsbepaling als wilsverklaring niet exclusief aan één van beiden kan worden toegeschreven. Het is dan mijns inziens inzichtelijker om aan te nemen dat er in elk geval 'een' overeenkomst tot stand is gekomen, om vervolgens de aandacht te richten op de uitleg daarvan (par. 3.8.1). Dat is in wezen

98 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 149.

99 Zie bijv. Nieuwenhuis 1979, p. 92; en HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens), besproken in par. 3.3.6.

ook wat er in discrepantie-gevallen pleegt te gebeuren.¹⁰⁰ De opstellers van het *Draft Common Frame of Reference* gaan kennelijk van dezelfde gedachte uit, door het misverstand te regelen als onderdeel van het hoofdstuk 'Interpretation' (art. II-8:101(2) DCFR).¹⁰¹

De reden dat de heersende leer aarzelt de misverstand-gevallen over te hevelen naar het terrein van de uitleg, is waarschijnlijk dat men in dogmatisch opzicht ruimte wil behouden voor de conclusie dat noch de uitleg van partij A, noch die van partij B prevaleert. Men wil, met andere woorden, na afweging van de verklaringen en gedragingen van partijen over en weer kunnen concluderen dat in het geheel geen overeenstemming is bereikt, hetgeen (kennelijk) slechts mogelijk wordt geacht op het terrein van de totstandkoming. In mijn ogen is er echter niets op tegen om de uitleg van een overeenkomst onder omstandigheden op nihil te laten eindigen. Men kan dan immers zeggen dat partijen over het *lichaam* van de overeenkomst – dat zal in misverstand-gevallen meestal een schriftelijk contract of een schriftelijke contractsbepaling zijn – overeenstemming hebben bereikt, maar dat een eenduidige *uitleg* daarvan onmogelijk is. Die benadering spreekt mij meer aan dan de enigszins gekunstelde constructie dat partijen het beding in kwestie niet zouden hebben 'gewild'.

Een benadering van misverstand-gevallen in termen van uitleg heeft – afgezien van het feit dat zij beter aansluit bij de belevingswereld van partijen – als voordeel dat zo'n benadering als vanzelfsprekend uitnodigt tot het overkoepelende perspectief dat in gevallen van misverstand geboden is. De klassieke benadering in termen van discrepantie daarentegen verleidt tot eenzijdige redeneringen die hier vermeden zouden moeten worden. Een en ander wordt geïllustreerd door het procesverloop in de bekende zaak Bunde/Erckens.¹⁰²

3.3.6 Vervolg; Bunde/Erckens

Het misverstand in deze zaak betrof de betekenis van de term 'belastingsschade' in de tussen partijen gesloten overeenkomst. De Limburgse Gemeente Bunde had, in het kader van plannen tot wegaanleg en woningbouw, haar oog laten vallen op een aantal percelen weiland en boomgaard toebehorend aan het echtpaar Erckens. Om onteigening te voorkomen werd een koopovereenkomst gesloten. Partijen bereikten overeenstemming over een koopsom van f 175.500, waarin ten behoeve van het echtpaar Erckens een zogenaamde bedrijfsschadevergoeding was begrepen. Met die vergoeding ging het echtpaar Erckens akkoord op voorwaarde dat deze belastingvrij zou worden uitgekeerd. Daartoe werd in de koopakte van 21 juni 1961 bepaald 'dat de belastingsschade vallende

100 Vgl. Van Rossum 2000, p. 461-462; Smits 2002, p. 77; Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 45; en Valk 2009c, p. 399.

101 Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 555.

102 HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens).

op de bedrijfsschadevergoeding, die geacht wordt in het overeengekomen bedrag mede te zijn begrepen, aan partij Erckens door de Gemeente wordt vergoed'. Het gebruik van de term 'belastingsschade' was echter in dit verband verwarrend, aangezien die term in het onteigeningsrecht eng werd geïnterpreteerd, als zijnde het verschil tussen de over de bedrijfsschadevergoeding verschuldigde inkomstenbelasting en de inkomstenbelasting die verkoper ter zake van zijn bedrijfsuitoefening verschuldigd zou zijn geworden indien hij zijn bedrijf niet had gestaakt.¹⁰³ Het echtpaar Erckens had daarentegen (kennelijk) het oog op de belastingsschade in ruime zin, te weten de totale over de bedrijfsschadevergoeding verschuldigde inkomstenbelasting.

Waar dus de gemeente uitging van een *technische* betekenis van de gebezigde term, interpreteerde het echtpaar Erckens deze volgens normaal spraakgebruik. Het materiële verschil tussen beide benaderingen bleek aanzienlijk. In de visie van de gemeente behoeft er na afwikkeling van de koop slechts f 2.151,50 aan belastingsschade te worden vergoed, terwijl het echtpaar Erckens meende recht te hebben op f 50.840,- (bijna eenderde deel van de koopsom). Het hof koos de kant van het echtpaar, daartoe overwegende 'dat het begrip 'belastingsschade' in 1961 zeker bij onderhandelingen en overeenkomsten tot minnelijke verkoop niet een niet voor misverstand vatbare uitdrukking was' en dat, 'nu niet is gesteld dat de Gemeente tijdens de onderhandelingen van pp. aan Erckens c.s. *duidelijk heeft gemaakt* wat zij onder 'belastingsschade' verstond, het er enkel op aankomt of Erckens c.s. door uitlatingen en dergelijke hunnerzijds bij de Gemeente het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt, dat zij het begrip 'belastingsschade' hebben opgevat in de door de Gemeente bedoelde zin.'¹⁰⁴ Dat laatste was hier volgens het hof niet het geval.

De beslissing van het hof om hier een mededelingsplicht van de gemeente omtrent de beoogde betekenis van de term belastingsschade aan te nemen, is op zichzelf goed verdedigbaar. De gemeente ging immers uit van (i) een technische betekenis van die term, (ii) afkomstig uit een niet aan de orde zijnd juridisch kader (namelijk het onteigeningsrecht), (iii) welke betekenis voor het echtpaar nadelige consequenties had, terwijl (iv) er belangrijke aanwijzingen waren dat die betekenis door het echtpaar Erckens niet werd verondersteld. Dat laatste blijkt uit het feit dat één van de betrokken adviseurs, de heer Ummels (die later in rechte als getuige optrad), het verschil in uitleg van de term reeds tijdens de onderhandelingen had gesignaleerd en er derhalve bij de gemeente op had aangedrongen om de tekst van de koopakte te herzien (zodanig dat duidelijk zou zijn dat het ging om belastingsschade in *ruime* zin, hetgeen naar de overtuiging van Ummels 'de bedoeling van Erckens met de

103 Vgl. bijv. HR 31 oktober 1956, *NJ* 1956, 672 (Westra c.s./Provincie Friesland).

104 Aldus r.o. 11 sub c van 's hofs arrest, zoals kenbaar uit HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens) (curs. toegevoegd).

Gemeente was geweest').¹⁰⁵ Het wordt ook bevestigd door een getuigenverklaring van de bij de onderhandelingen betrokken gemeentebtenaar, inhoudende 'dat zij elkaar niet begrepen hebben; dat hij als mogelijk aanneemt, dat Erckens, als deze geweten had, dat hij slechts f 2000 belastingschade vergoed zou krijgen, de gehele transactie niet met de Gemeente aangegaan zou hebben en gezegd zou hebben: 'onteigen dan maar''.¹⁰⁶

Probleem van 's hofs beslissing is dus niet de uitkomst,¹⁰⁷ maar de constructie ervan. Het hof koos namelijk voor een *eenzijdige* benadering, door het perspectief op voorhand – zonder nadere motivering – bij de gemeente te leggen. Die benadering vond – terecht – geen genade in de ogen van de Hoge Raad. Hij overwoog:

'dat immers, indien pp. die een overeenkomst wensen te sluiten, daarin een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen, die zij elk in verschillende zin hebben opgevat, het antwoord op de vraag of al of niet een overeenkomst tot stand is gekomen, in beginsel afhangt van wat beide pp. over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid; dat daarbij onder meer een rol kan spelen:

(a) of de betekenis waarin de ene partij de uitdrukking heeft opgevat meer voor de hand lag dan die waarin de ander haar heeft opgevat;

(b) of, indien deze uitdrukking een vaststaande technische betekenis heeft, de partij die van deze betekenis is uitgegaan, mocht verwachten dat ook de andere partij deze betekenis zou kennen;

(c) of de andere partij zich had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte;

(d) of een der door pp. aan de uitdrukking gehechte betekenissen zou leiden tot een resultaat dat met hetgeen pp. met de overeenkomst beoogden minder goed zou zijn te rijmen'.¹⁰⁸

Wij mogen het hof dankbaar zijn voor zijn schending van het recht, want deze heeft geresulteerd in een standaardarrest waarmee de Hoge Raad de rechtsontwikkeling op het terrein van de wilsvertrouwensleer een belangrijke impuls heeft kunnen geven. In misverstand-gevallen, en meer in het algemeen in kwesties van uitleg, is volgens de Hoge Raad een *tweezijdige benadering* geboden. Het gaat er niet om welke betekenis vanuit het perspectief van één beider

105 Zie r.o. 14, sub 6 van 's hofs arrest. Uit de bijbehorende conclusie van A-G Ten Kate blijkt dat de gemeente de gesuggereerde herziening van de koopakte als onnodig bestempelde.

106 Zie r.o. 11, sub c van 's hofs arrest.

107 Veelzeggend is dat het Hof Arnhem uiteindelijk na verwijzing tot dezelfde uitkomst kwam. Zie Hof Arnhem 9 november 1982, *NJ* 1987, 714. Het tegen dát arrest gerichte cassatieberoep werd verworpen in HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 382 (Meerssen/Erckens).

108 Aldus 's Raads overwegingen omtrent het tweede cassatiemiddel. T.b.v. de overzichtelijkheid heb ik de opsomming onder (a) tot en met (d) uitgesplitst.

partijen voor de hand lag, maar welke betekenis redelijkerwijs volgt uit verklaringen en gedragingen van partijen over en weer.

Uit de door de Hoge Raad in dit verband genoemde gezichtspunten kunnen een aantal vuistregels voor uitleg in misverstand-gevallen worden afgeleid. De gezichtspunten (a) en (d), om te beginnen, vertonen een onderlinge samenhang. Zij duiden op de vuistregel dat normaliter prevaleert die uitleg die, mede in het licht van het resultaat dat partijen met de overeenkomst beoogden, het meest voor de hand lag. Gezichtspunt (b) behelst de vuistregel dat een technische betekenis van een gebruikt begrip slechts prevaleert indien degene die deze betekenis hanteerde mocht verwachten dat zijn wederpartij haar (ook) kende. Aldus vertoont deze vuistregel verwantschap met de bekende contra proferentem-regel (par. 3.8.1). Gezichtspunt (c) maakt duidelijk dat deskundige bijstand aan de zijde van de wederpartij slechts tot een meer 'deskundige uitleg' leidt, indien mocht worden verwacht dat de betreffende deskundige de wederpartij ook op die uitleg zou attenderen.¹⁰⁹ Dat ligt voor de hand. Stel dat het echtpaar Erckens zich had laten bijstaan door een ervaren taxateur van landbouwgronden, die echter over de belastingtechnische aspecten van de onderhavige transactie niets wist. In dat geval had de deskundige bijstand aan de zijde van Erckens c.s. uiteraard geen gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de gemeente kunnen opleveren, omdat de deskundige in kwestie niet *ter zake* kundig was.

3.3.7 Aanvaarding van algemene voorwaarden

In het voorgaande werd de wilsvertrouwensleer toegepast op de 'klassieke' situatie dat contractpartijen in onderling overleg een overeenkomst of een contractueel beding tot stand brengen.¹¹⁰ Bij algemene voorwaarden ligt dat anders. Algemene voorwaarden zijn, aldus art. 6:231 sub a BW, contractuele bedingen die door de gebruiker zijn opgesteld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Het feit dat algemene voorwaarden zijn bedoeld voor contractueel hergebruik, betekent dat zij normaliter geen voorwerp vormen van inhoudelijke onderhandeling tussen partijen.¹¹¹ De 'aanvaarding' van een aanbod tot incorporatie van algemene voorwaarden in de overeenkomst is bijgevolg nogal gratuit van karakter. Inhoudelijke goedkeuring van

109 Vgl. Castermans 1992a, p. 99; en Tjittes 2001, p. 18. Zie meer in het algemeen over het belang van de wederzijdse deskundigheid in dit verband Smits 2002, p. 67. Zie ook par. 5.2.7, over de toerekening van toegevoegde deskundigheid.

110 Dat geldt overigens in mindere mate voor de in par. 3.3.3 e.v. behandelde gevallen van onbedoelde prijsstelling. Nu echter bij koopovereenkomsten de prijs naar heersende opvatting als *kernbeding*, en dus niet als algemene voorwaarde, moet worden beschouwd, vallen die gevallen toch buiten het bestek van de onderhavige paragraaf. Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 467; en Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 235.

111 Vgl. Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 238.

ieder afzonderlijk beding maakt hier plaats voor de formele aanvaarding van een totaalpakket. Dat de wederpartij van de gebruiker hier in feite slechts de keuze heeft tussen de uitersten *take it or leave it*, is niet bezwaarlijk. Integendeel: juist het feit dat een der partijen gedetailleerd vastlegt hoe de onderlinge rechtsverhouding in haar visie moet zijn geregeld, bespaart de betrokkenen veel onderhandelingsstijd en schept duidelijkheid voor de toekomst.¹¹²

Het wettelijk systeem van afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden) sluit aan bij deze maatschappelijke realiteit, door in art. 6:232 BW te bepalen dat de wederpartij ook dan aan algemene voorwaarden is gebonden, indien de gebruiker van die voorwaarden bij het sluiten van de overeenkomst begreep of moest begrijpen dat zij de inhoud daarvan niet kende. Dit betekent dat voor toepasselijkheid van algemene voorwaarden voldoende is dat de voorwaarden door de wederpartij 'als complex' zijn aanvaard.¹¹³ Of dat het geval is, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de normale regels van art. 3:33-3:35 BW.¹¹⁴ Volgens de heersende leer is in dit verband, gezien het bepaalde in art. 3:37 lid 1 BW, ook *stilzwijgende* aanvaarding mogelijk.¹¹⁵ Art. 6:232 BW bewerkstelligt dus dat algemene voorwaarden die overduidelijk niet inhoudelijk zijn gekend door de wederpartij, via de sluis van art. 3:33-3:35 BW tot de contractsinhoud kunnen gaan behoren. Ratio is de rechtszekerheid, die erbij gebaat is dat in het kader van de toch al complexe problematiek der algemene voorwaarden discussies omtrent toepasselijkheid tot een minimum worden beperkt.¹¹⁶ Hierbij zij bedacht dat de bescherming van de wederpartij van de gebruiker van algemene voorwaarden reeds wordt gewaarborgd door art. 6:233 e.v. en 6:248 lid 2 BW.¹¹⁷ Tegen die achtergrond heeft dogmatische scherpelijperij op het punt van de toepasselijkheid (art. 6:232 BW) weinig zin.¹¹⁸

In de literatuur is wel gesuggereerd dat art. 6:232 BW moeilijk verenigbaar is met de beginselen van de wilsvertrouwensleer. Zo meent Jongeneel dat het

112 Vgl. Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 227; en Schelhaas 2011, p. 5.

113 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 262; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 474; Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 238; en Hijma 2010, nr. 20. Vgl. ook, specifiek met betrekking tot de aankondiging van algemene voorwaarden op de website van de gebruiker, MvA, *Kamerstukken I* 2003/04, 28197, nr. C, p. 18.

114 Zie HR 21 september 2007, *LJN* BA9610, *NJ* 2009, 50 m.nt. Jac. Hijma (Ammerlaan/Enthoven), r.o. 4.2. Vgl. ook reeds HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 517 m.nt. CJHB (Holleman/De Klerk). Zie verder bijv. MvT Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1573, alsmede Vranken 1989, p. 78; Hartkamp 1990, p. 660; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 262; Van Wechem 2007, p. 14; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 474; Jongeneel in Wessels e.a. 2010, p. 112; Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 237; Hijma 2010, nr. 19; en Schelhaas 2011, p. 5.

115 Zie bijv. HR 21 november 1986, *NJ* 1987, 946 m.nt. CJHB (Van Leeuwenstijn/Swindak), alsmede Jongeneel in Wessels e.a. 2010, p. 117-118; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 474; Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 237; en Schelhaas 2011, p. 5. Enigszins *anders* Van Wechem 2007, p. 14 e.v., die in dit verband een grote mate van terughoudendheid bepleit.

116 Zie Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 238; en Hijma 2010, nr. 3 en 20.

117 Zie over de bescherming ex art. 6:248 lid 2 BW Hijma 2010, nr. 27 en 49.

118 Zie bijv. Vranken 1989, p. 79, 81. *Anders* Van Wechem 2007, p. 30.

artikel bewerkstelligt dat men 'kan willen wat men niet kent',¹¹⁹ terwijl Van Wechem zelfs betoogt dat het artikel een 'onduidelijke legitimatie' heeft en aan 'heroverweging' door de wetgever toe is.¹²⁰ Het lijkt erop dat dergelijke reacties niet breed worden gedeeld. Zelf zou ik, in navolging van Hijma,¹²¹ art. 6:232 BW veeleer willen beschouwen als een toespitsing van de wilsvertrouwensleer op de situatie van aanvaarding van algemene voorwaarden, inhoudend dat de wilsvertrouwensleer hier niet op het micro- maar op het macro-niveau van de algemene voorwaarden wordt toegepast, zodat geen instemming met elk afzonderlijk beding is vereist, maar aanvaarding van het complex volstaat. Een dergelijke toespitsing is tegen de achtergrond van de hierboven geschetste maatschappelijke realiteit weinig opzienbarend.

Veelzeggend is in dit verband dat het Oorspronkelijk Ontwerp van het BW zelfs voorzag in een veel bredere toepassing van de regel van art. 6:232 BW. Te midden van de algemene bepalingen inzake het overeenkomstenrecht bepaalde art. 6.5.1.3 lid 1 (de wetshistorische voorganger van art. 6:232 BW):

'Degene die door ondertekening of op andere wijze heeft te kennen gegeven de inhoud van een geschrift of een verwijzing naar algemene voorwaarden te aanvaarden, is daaraan ook dan gebonden, als bij het sluiten van de overeenkomst zijn wederpartij begreep of moest begrijpen dat hij de inhoud daarvan niet kende.'¹²²

Kennelijk meenden de opstellers van het Oorspronkelijk Ontwerp geheel in het algemeen dat de ondertekening (of aanvaarding anderszins) van een geschrift als zodanig – dus zonder precieze kennis van de inhoud – kan leiden tot gebondenheid.¹²³ Consequente toepassing van deze gedachte zou bijvoorbeeld, voor wat betreft de gevallen van onbedoelde ontslagneming, dwingen tot de conclusie dat de werknemer die een ontslagbrief ondertekent, zonder meer daaraan is gebonden, zelfs indien voor de werkgever zonneklaar was dat de werknemer zich van de strekking van die brief niet bewust was.¹²⁴ In par. 3.3.1 bleek reeds dat de heersende leer daarover thans anders denkt. Het lijkt mij dan ook juist dat de wetgever ervoor heeft gekozen om art. 6.5.1.3 niet, althans niet in de beoogde vorm, in te voeren. Nochtans illustreert het artikel dat de 'lekengedachte' dat men door ondertekening van een geschrift aan de inhoud daarvan gebonden raakt, op zichzelf zo gek nog niet is, in elk geval voor wat betreft gestandaardiseerde teksten als algemene voorwaarden.

119 Jongeneel in Wessels e.a. 2010, p. 125.

120 Van Wechem 2007, p. 13 e.v. en 58-59.

121 Vgl. Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 238.

122 Zie hierover PG Boek 6, p. 864-870.

123 Vgl. over de hieraan ten grondslag liggende 'leer van de wilsonderwerping', en de kritiek daarop, Hondius 1978, p. 397 e.v.

124 Vgl. de NJ-annotatie van P.A. Stein bij HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 m.nt. PAS (Hajziani/Van Woerden).

Aangenomen dat de maatschappelijke realiteit omtrent aanvaarding van algemene voorwaarden doorslaggevend is geweest bij de invoering van art. 6:232 BW, ligt het voor de hand om die realiteit ook te laten meespelen bij de beantwoording van de vraag in hoeverre er bij toepassing van art. 6:232 BW ruimte bestaat voor het aannemen van informatieplichten, en meer in het bijzonder voor het aannemen van een *mededelingsplicht* van de gebruiker van algemene voorwaarden omtrent de toepasselijkheid daarvan.¹²⁵ In het licht van de hier gewenste rechtszekerheid, en mede tegen de achtergrond van de reeds door art. 6:233 e.v. en 6:248 lid 2 BW gewaarborgde bescherming van de wederpartij, moet het antwoord mijns inziens grotendeels ontkennend luiden.¹²⁶ Door de werking van art. 6:232 BW behelst de vertrouwenstoetsing van art. 3:35 BW hier niet meer dan een oppervlakkige controle of de gebruiker van de voorwaarden op enigerlei wijze aan zijn wederpartij te kennen heeft gegeven dat hij een complex van algemene voorwaarden van toepassing wilde zien.¹²⁷ Aan uitvoeriger communicatie over de toepasselijkheidskwestie heeft het rechtsverkeer mijns inziens geen behoefte.

Gelet op het voorgaande zou ik menen dat een eenmalige – goed leesbare respectievelijk verstaanbare¹²⁸ – aankondiging van de gelding van algemene voorwaarden voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst,¹²⁹ die niet wordt gevolgd door verwerping daarvan, volstaat voor het aannemen van toepasselijkheid.¹³⁰ In sprekende gevallen zal zelfs tot toepasselijkheid kunnen worden geconcludeerd zonder dat de gebruiker hiervan melding heeft gemaakt. Men denke bijvoorbeeld aan bestendige zakenrelaties, die de gebruiker uiteraard niet steeds nopen tot een hernieuwd aanbod van zijn algemene voorwaarden,¹³¹ maar ook bijvoorbeeld aan de gevallen waarin de gelding van algemene voorwaarden – althans in de kringen van partijen – algemeen bekend mag worden verondersteld.¹³² Zo zullen de algemene voorwaarden van de Nederlandse Spoorwegen zonder meer op haar overeenkomsten met reizigers van toepassing zijn, ook indien de gelding daarvan niet met zoveel

125 Zie bijv. Loos 2008a, p. 18, die een voorstander lijkt te zijn van zo'n mededelingsplicht.

126 Aldus ook Vranken 1989, p. 81.

127 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 262; en Schelhaas 2011, p. 5-6.

128 Vgl. Jongeneel in Wessels e.a. 2010, p. 114.

129 *Nagekomen* verwijzingen naar algemene voorwaarden zullen in beginsel niet leiden tot toepasselijkheid. Zie bijv. Rb. Amsterdam 17 mei 2006, *S&S* 2007, 125, r.o. 5.4.3; en Hijma 2010, nr. 21.

130 Vgl. HR 2 december 2011, *LJN* BT6684, *NJ* 2011, 574 (Linthorst/Echoput c.s.), r.o. 3.6.4, waaruit blijkt dat zelfs een eenmalige verwijzing naar algemene voorwaarden in een *offerte*, die niet wordt herhaald in de definitieve opdrachtbevestiging, voldoende kan zijn voor toepasselijkheid (r.o. 3.6.4).

131 Vgl. Claringbould 2008, p. 64-65; en Schelhaas 2011, p. 7 e.v. Vgl. ook Rb. Rotterdam 17 september 2003, *S&S* 2005, 29, r.o. 6.2 (waarnaar Claringbould verwijst).

132 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 24 januari 1994, *S&S* 1996, 40, r.o. 7. Vgl. ook Rb. Arnhem 3 augustus 2011, *LJN* BR4780, *NJF* 2011, 502, r.o. 4.7, in welk geval overigens wel (op de facturen) naar de toepasselijke algemene voorwaarden was verwezen. Zie in gelijke zin Claringbould 2008, p. 65. Anders Schelhaas 2011, p. 7.

woorden bij de kaartverkoop zou zijn vermeld. De hier bepleite terughoudendheid inzake het aannemen van informatieplichten van de gebruikers van algemene voorwaarden vindt bevestiging in het nu te bespreken arrest Petermann/Frans Maas.¹³³

3.3.8 Vervolg; Petermann/Frans Maas

Het Duitse bedrijf Petermann had bij de Rotterdamse expediteur Frans Maas offerte gevraagd voor het verzorgen van expeditiewerkzaamheden met betrekking tot drie zendingen videorecorders vanuit Rotterdam naar klanten van Petermann in Duitsland. In de voorgedrukte voettekst van het briefpapier waarop Frans Maas offereerde, stond vermeld dat op haar expeditiewerkzaamheden de zogenaamde Fenex-voorwaarden van toepassing waren. Die algemene voorwaarden bevatten een arbitraal beding, op grond waarvan het later tussen partijen gerezen geschil werd voorgelegd aan de Fenex-arbitragecommissie. Nadat Petermann de procedure voor die commissie grotendeels had verloren, trachtte zij het arbitrale vonnis in rechte te doen vernietigen op grond van de stelling dat de Fenex-voorwaarden (inclusief het arbitraal beding) niet toepasselijk waren op haar rechtsverhouding met Frans Maas. In dit verband beriep Petermann zich erop dat zij de Nederlandse taal niet machtig was, zodat zij de verwijzing naar die voorwaarden in de voettekst van het briefpapier niet had kunnen begrijpen. Het hof verwierp dit betoog, met een overweging die door de Hoge Raad als volgt werd samengevat en geaccordeerd:

‘Naar het kennelijk en niet onbegrijpelijk oordeel van het Hof had de voorgedrukte tekst aan de voet van het briefpapier, ook al was deze in tegenstelling tot de overige correspondentie niet in het Duits maar in het Nederlands gesteld, Petermann, die als internationaal opererende handelsonderneming ervan op de hoogte is dat dit soort voetteksten verwijzingen naar algemene voorwaarden kunnen bevatten, aanleiding moeten geven om, als zij van de betekenis van die tekst niet zeker was, daarover opheldering te vragen aan Frans Maas alvorens deze een opdracht tot het verrichten van expeditiewerkzaamheden te verstrekken. Dit in aanmerking genomen, geeft het oordeel van het Hof dat Petermann, door geen nadere toelichting op de voorgedrukte tekst aan de voet van het briefpapier van Frans Maas te vragen en haar zonder meer de opdracht tot het verrichten van de expeditiewerkzaamheden te verstrekken, bij Frans Maas het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij instemde met toepasselijkheid van de Fenex-voorwaarden geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.’¹³⁴

Het hof kon dus volgens de Hoge Raad tot toepasselijkheid van de voorwaarden concluderen omdat Petermann zich als internationaal opererende handels-

133 HR 2 februari 2001, NJ 2001, 200 (Petermann/Frans Maas).

134 HR 2 februari 2001, NJ 2001, 200 (Petermann/Frans Maas), r.o. 3.5.

onderneming had moeten realiseren dat de voettekst mogelijk een verwijzing naar algemene voorwaarden bevatte. Tegen die achtergrond rustte hier op Petermann (en niet op Frans Maas) een informatieplicht, inhoudend dat zij, om aan toepasselijkheid van de voorwaarden te ontkomen, navraag had moeten doen naar de betekenis van de voettekst. Frans Maas behoefde niet uit eigen beweging te onderzoeken of Petermann zich van die betekenis bewust was.¹³⁵

Van Wechem heeft kanttekeningen bij het arrest geplaatst. Voor zover daarin, aldus Van Wechem, de rechtsregel moet worden gelezen 'dat de wederpartij (van de gebruiker van algemene voorwaarden) moet informeren naar de betekenis van een verwijzingsclausule in een voor haar vreemde taal, wanneer er voor haar signalen zijn die er op wijzen dat de andere partij naar haar algemene voorwaarden verwijst', verwerpt hij die regel. In plaats daarvan meent Van Wechem dat 'eventuele taalonduidelijkheden in beginsel voor risico van de gebruiker van algemene voorwaarden dienen te komen, tenzij er door hem omstandigheden worden gesteld waaruit blijkt dat de wederpartij bekend was of redelijkerwijs geacht kon worden bekend te zijn geweest met de tekstuele inhoud van de verwijzing'.¹³⁶

Kennelijk voelt Van Wechem in gevallen Babylonische spraakverwarring omtrent de toepasselijkheid van algemene voorwaarden meer voor een op de *gebruiker* rustende informatieplicht. Mijns inziens zou daardoor het toch al met beschermingsconstructies overladen leerstuk van algemene voorwaarden topzwaar worden. Het lijkt mij in elk geval goed verdedigbaar om – en dit is de regel die ik afleid uit het arrest – in gevallen waarin de wederpartij goede grond heeft de toepasselijkheid van algemene voorwaarden te vermoeden, te vergen dat deze eventuele twijfel daaromtrent wegneemt door navraag te doen bij de gebruiker.¹³⁷ Laat de wederpartij dat na, dan is dat uiteraard nog geen reden om haar te onderwerpen aan allerlei onredelijke of onvoldoende kenbare bedingen die daarin zouden kunnen staan, maar wel om althans tot uitgangspunt te nemen dat die algemene voorwaarden tot de contractsinhoud zijn gaan behoren.¹³⁸

135 Aldus ook r.o. 3.6 van Petermann/Frans Maas.

136 Aldus Van Wechem 2007, p. 152, als samenvatting van zijn betoog op p. 107-111.

137 Vgl. bijv. Rb. Rotterdam 27 juni 2007, *LJN* BA9921, *S&S* 2008, 81, r.o. 5.7.

138 Zie in gelijke zin Hijma 2010, nr. 20 aan het slot, alsmede de reacties op Van Wechems proefschrift van Van Hekesen 2008, p. 25-26; Jongeneel 2009, p. 224; en Jongeneel in Wessels e.a. 2010, p. 126.

3.4 ONBEVOEGDE VERTEGENWOORDIGING

3.4.1 Algemeen; wettelijk kader

Bij de behandeling van de wilsvertrouwensleer in de voorgaande paragrafen bleek dat de contractuele gebondenheid aan een onbedoelde wilsverklaring (mede) afhankelijk is van een weging van wederzijdse informatieplichten. Meer concreet werden uit art. 3:35 BW enerzijds een potentiële onderzoeksplicht van de vertrouwende partij en anderzijds een potentiële mededelingsplicht van de verklarende partij afgeleid (par. 3.2.2). De nu te bespreken gevallen van onbevoegde vertegenwoordiging, die in het verlengde liggen van de wilsvertrouwensproblematiek,¹³⁹ vertonen een vergelijkbaar beeld. Het gaat hier om de vraag of men als ‘achterman’ gebonden kan raken aan een door de tussenpersoon zonder (toereikende) volmacht gesloten overeenkomst met de wederpartij.¹⁴⁰ Uitgangspunt is blijkens art. 3:66 lid 1 BW dat er bij afwezigheid of overschrijding van de volmacht geen overeenkomst tot stand komt.¹⁴¹ Art. 3:61 lid 2 BW maakt hierop een uitzondering voor het geval de wederpartij op grond van een verklaring of gedraging van de achterman ‘heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend’.¹⁴² In dat geval kan de achterman, wegens de door hem gewekte *schijn van volmachtverlening*, geen beroep doen op het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid. In par. 3.4.2 e.v. zal blijken dat een en ander de gelding van wederzijdse informatieplichten impliceert. Hieronder volgt allereerst een nadere introductie van het wettelijk kader voor onbevoegde vertegenwoordiging.

Art. 3:61 lid 3 BW behelst een bijzondere uitwerking van het tweede lid, voor gevallen waarin de tussenpersoon een ‘volgens wet of gebruik openbaar gemaakte volmacht’ overschrijdt.¹⁴³ De bedoelde openbaarheid staat niet aan vertrouwensbescherming in de weg, althans voor zover het gaat om beperkingen van de volmacht die ‘zo ongebruikelijk zijn dat de wederpartij ze daarin niet behoefde te verwachten’. Dergelijke ongebruikelijke beperkingen kunnen slechts aan de wederpartij worden tegengeworpen indien deze ze

139 Vgl. TM, PG Boek 3, p. 263. Zie voorts bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 5; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 100.

140 Omwille van een eenvoudige terminologie wordt hieronder de analyse toegespitst op situaties van vertegenwoordiging krachtens *volmacht* bij het sluiten van *overeenkomsten*. Zie voor een bredere bespreking van het vertegenwoordigingsleerstuk bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 1 e.v.

141 Zie bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 37, 75; Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 98; en Van Schaick 2011, nr. 42.

142 Zie daarover bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 37 e.v.; Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 100 e.v.; en Van Schaick 2011, nr. 51.

143 Zie daarover bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 49; en Van Schaick 2011, nr. 53, waar de bepaling wordt getypeerd als ‘een codificatie van een algemene regel voor een bijzonder geval’.

daadwerkelijk 'kende', bijvoorbeeld omdat de achterman er uitdrukkelijk op had gewezen.

Art. 3:76 lid 1 BW breidt de vertrouwensbescherming van art. 3:61 lid 2 BW uit tot de periode na de eventuele beëindiging van de volmacht.¹⁴⁴ Deze beëindiging kan slechts aan de wederpartij worden tegengeworpen in een viertal limitatief opgesomde situaties. De achterliggende gedachte is dat justitiabelen in beginsel mogen verwachten dat een eenmaal verleende volmacht voortduurt. Tegen deze achtergrond wordt in de parlementaire geschiedenis de gelding van een *onderzoeksplicht* omtrent de beëindiging van de volmacht uitdrukkelijk verworpen.¹⁴⁵ Dat de wederpartij in dit verband niettemin een eigen verantwoordelijkheid heeft, blijkt uit de onder a tot en met d geformuleerde uitzonderingen. Blijkens lid 1 sub a wordt de wederpartij niet beschermd, indien zij de beëindiging had kunnen kennen omdat deze was medegedeeld c.q. bekendgemaakt 'op een wijze die krachtens wet of verkeersopvattingen meebrengt dat de volmachtgever het einde van de volmacht aan de wederpartij kan tegenwerpen'. Men denke aan het geval dat de wederpartij haar post niet heeft geopend of een publicatiebord heeft genegeerd.¹⁴⁶ Ook is vertrouwensbescherming niet aan de orde indien het einde van de volmacht voortvloeide uit het overlijden van de volmachtgever, welk overlijden 'van algemene bekendheid' was (sub b). De wetgever denkt hierbij met name aan 'het door pers en radio gepubliceerde overlijden van een alom bekende persoonlijkheid', maar ook aan 'het geval dat radio en televisie er aandacht aan besteden omdat het een gruwelijke wijze van overlijden betreft'.¹⁴⁷ Blijkens lid 1 sub c geldt de vertrouwensbescherming evenmin indien de gewezen volmacht verband hield met een aanstelling of tewerkstelling van de tussenpersoon,¹⁴⁸ die 'op een voor derden kenbare wijze was beëindigd'. Uit de kenbaarheid van de demissie van de tussenpersoon volgt dan (logischerwijze) ook de kenbaarheid van het einde van zijn volmacht. Ten slotte bepaalt lid 1 sub d dat er ook geen sprake is van vertrouwensbescherming, indien de wederpartij van het aanvankelijke bestaan van de volmacht enkel door een verklaring van de *tussenpersoon* op de hoogte was geraakt, derhalve buiten de achterman om. Men herkent hier het zogenaamde toedoen-vereiste (par. 3.4.5).

In aanvulling op de vertrouwensbescherming van art. 3:61 lid 2 BW, resulterend in contractuele gebondenheid van de achterman, verleent art. 3:70 BW

144 Zie daarover bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 60 e.v.; en Van Schaick 2011, nr. 54.

145 Zie MvA II, PG Boek 3, p. 300; en MvA II Inv., PG Boek 3 (Inv.), p. 1193. Vgl. echter Van Schaick 2011, nr. 54, die meent dat onder omstandigheden het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht wel mogelijk zou moeten zijn en die tegen deze achtergrond art. 3:76 lid 1 BW bekritiseert.

146 Vgl. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 61.

147 MvA II, PG Boek 3, p. 301-302.

148 Vgl. par. 3.4.2 over de (schijn van) aanstellingsvolmacht.

de benadeelde wederpartij ook een actie jegens de *tussenpersoon*.¹⁴⁹ Deze moet volgens het artikel, op straffe van aansprakelijkheid, ‘instaan’ voor het bestaan en de omvang van zijn volmacht. Ratio is, aldus de Toelichting Meijers, dat de handel erop moet kunnen rekenen, ‘dat iemand die een kwaliteit opgeeft, deze bezit’.¹⁵⁰ Handelt de tussenpersoon onbevoegd, dan is hij op grond van art. 3:70 BW aansprakelijk voor de geleden schade,¹⁵¹ tenzij de wederpartij ‘weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt’. Een voorbeeld van die situatie volgt aan het slot van het artikel, waar wordt gewezen op het geval dat ‘de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft medegedeeld’.¹⁵² De wederpartij wordt dus niet beschermd indien zij zelf onvoldoende oplettend is geweest of – met andere woorden – indien haar vertrouwen onder de gegeven omstandigheden niet *gerechtvaardigd* was. In zoverre staat de onderhavige vertrouwensbescherming op één lijn met die van art. 3:61 lid 2 BW. Een principiële verschil is echter dat het vertrouwen van de wederpartij hier niet is betrokken op een door de achterman gewekte schijn van volmachtverlening, maar op de vertrouwenwekkende vertegenwoordigingshandeling(en) van de tussenpersoon zelf. Terecht concluderen Bloembergen en Van Schendel hieruit dat de wederpartij in het kader van art. 3:70 BW zonder meer mag afgaan op verklaringen van de tussenpersoon omtrent diens bevoegdheid en dat zij zulke verklaringen – anders dan in het kader van art. 3:61 lid 2 BW (par. 3.4.3) – niet hoeft te verifiëren bij de achterman.¹⁵³

3.4.2 Informatieplichten ex art. 3:61 lid 2 BW

Uit de tekst van art. 3:61 lid 2 BW blijkt dat voor de onderhavige vertrouwensbescherming enerzijds een ‘verklaring of gedraging’ van de achterman is vereist en anderzijds het daarop gebaseerde gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij.¹⁵⁴ Het eerste vereiste pleegt te worden aangeduid als het toedoen-vereiste. Daaraan is duidelijk voldaan als de achterman bijvoorbeeld met zoveel woorden heeft verklaard of gesuggereerd dat de tussenpersoon bevoegd was de betrokken overeenkomst te sluiten. Ook een *stilzwijgende* gedraging

149 Zie daarover bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 92 e.v.; Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 114 e.v.; en Van Schaick 2011, nr. 47.

150 TM, PG Boek 3, p. 283. Aldus ook HR 26 juni 2009, L/JN BH9284, NJ 2010, 664 m.nt. Jac. Hijma (Wiggers/Makelaardij Sneek), r.o. 3.4.2.

151 Deze schade omvat mede het ‘positief contractsbelang’. Zie bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 93a; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 115.

152 Overigens presenteert de wetgever die situatie als nevensgeschikt (‘of’) i.p.v. ondergeschikt aan de eerstgenoemde situatie.

153 Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 114. Zie in gelijke zin Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 94; en Van Schaick 2011, nr. 50.

154 Zie over deze vereisten bijv. Tjong Tjin Tai 2003, p. 291; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 37; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 101.

van de achterman, zoals de aanstelling van de tussenpersoon in een bepaalde functie, kan kwalificeren als een toedoen in de hier bedoelde zin.¹⁵⁵ Illustratief is het arrest Hartman/Bakker uit 1998, waarin het ging om een werknemer van bouwbedrijf Hartman, genaamd Cuiper, die uit hoofde van zijn functie als uitvoerend leidinggevende op een bouwterrein aan transportbedrijf Bakker de opdracht had gegeven een berg grond van dat terrein te verwijderen. Het hof achtte werkgever Hartman aan deze opdracht gebonden, nu het in de visie van het hof een 'eenvoudige transactie' betrof, die paste 'binnen de sfeer' van Cuipers functie.¹⁵⁶ De Hoge Raad begreep dit oordeel aldus, 'dat Bakker heeft aangenomen en in de gegeven omstandigheden ook heeft mogen aannemen dat in de aanstelling door Hartman van Cuiper als uitvoerder besloten ligt dat hem een toereikende volmacht is verleend om die overeenkomsten aan te gaan die naar verkeersopvattingen uit de vervulling van deze functie voortvloeien'. Aldus beschouwd gaf 's hofs oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁵⁷

In het verlengde hiervan wordt aangenomen dat de schijn van volmachtverlening ook besloten kan liggen in een *nalaten* van de achterman.¹⁵⁸ Illustratief is het bekende arrest Felix/Aruba uit 1992, waarin het ging om de vraag of het Land Aruba gebonden was aan een door de Arubaanse luchthavenmeester onbevoegd gedane toezegging jegens ondernemer Felix, welke toezegging naderhand door de bevoegde minister werd ingetrokken. Ter onderbouwing van zijn vordering beriep Felix zich onder meer op de ondoorzichtigheid van de Arubaanse overheidsorganisatie en de onduidelijke verdeling van bevoegdheden binnen die organisatie. Volgens de Hoge Raad had het hof niet aan dit beroep op vertrouwensbescherming voorbij mogen gaan. Meer in het bijzonder had het hof moeten onderzoeken of er in casu sprake was van 'eventuele nalatigheid aan de zijde van de overheid om de derde tijdig op de onbevoegdheid van de functionaris opmerkzaam te maken'.¹⁵⁹ De overweging impliceert dat op de achterman in voorkomende gevallen een *mededelingsplicht* kan rusten omtrent de omvang van de volmacht.¹⁶⁰ Een vergelijkbare mededelingsplicht

155 Zie bijv. Schoordijk 1970, p. 4; Ernes 2000, p. 136 e.v.; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 39-40; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 99. Zie ook MvT Inv., PG Boek 3 (Inv.), p. 1180, waar wordt gesproken over de 'door een aanstelling gewekte schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid'. Vgl. voorts art. 3:61 lid 1 BW inzake stilzwijgende volmachtverlening, waarover TM, PG Boek 3, p. 263.

156 Zie r.o. 9-10 van 's hofs bestreden arrest, te kennen uit: HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 m.nt. PvS (Hartman/Bakker).

157 HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 m.nt. PvS (Hartman/Bakker), r.o. 3.4.2.

158 Aldus uitdrukkelijk HR 1 maart 1968, NJ 1968, 246 m.nt. GJS (Moluksche Kerk/Clijnk); en HR 12 januari 2001, NJ 2001, 157 (Kuijpers/Wijnveen), r.o. 3.4. Zie voorts bijv. de conclusie van A-G Hartkamp voor Kuijpers/Wijnveen, sub 6; Tjong Tjin Tai 2003, p. 291; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 103.

159 HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 m.nt. PvS (Felix/Aruba), r.o. 3.3.

160 Zie over deze mededelingsplicht bijv. Van Schendel 1982, p. 127; Ernes 2000, p. 37-38; Tjong Tjin Tai 2003, p. 294-295; en Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 48.

was bijvoorbeeld aan de orde in het in par. 3.4.4 besproken arrest Kuijpers/Wijnveen, waar het ‘toedoen’ van de achterman (mede) werd afgeleid uit het feit dat van diens zijde niet onmiddellijk was gereageerd op een door de wederpartij verzonden opdrachtbevestiging.¹⁶¹

Het tweede vereiste van art. 3:61 lid 2 BW, dat van het gerechtvaardigd vertrouwen, laat zich vertalen in de vraag of op de wederpartij onder de gegeven omstandigheden een *onderzoeksplicht* rustte omtrent de reikwijdte van de volmacht.¹⁶² Evenals in het kader van de wilsvertrouwensleer (par. 3.2.1) kan deze onderzoeksplicht worden herleid tot de algemene regeling van de goede trouw in art. 3:11 BW.¹⁶³ Zij dient zich met name aan, indien de wederpartij in concreto reden had tot *twijfel* over de bevoegdheid van de tussenpersoon.¹⁶⁴ Illustratief is het arrest Kuyt/MEAS uit 1992, waarin werd geoordeeld dat huurder Kuyt, die met zijn verhuurder MEAS in een langlopend conflict over een huurachterstand was verwickeld, niet zonder meer had mogen vertrouwen op een door de deurwaarder namens MEAS aangeboden betalingsregeling, die Kuyt het recht gaf nog enige maanden in zijn huis te blijven wonen. Dit aanbod was namelijk in tegenspraak met het eerder door MEAS ingenomen standpunt, dat zij volhardde in haar voornemen tot executie door middel van ontruiming, en met de uitkomst van een tussen partijen gewezen vonnis in kort geding, waarbij de door Kuyt ingestelde vordering tot staking van de executie was afgewezen. Volgens het hof had Kuyt de deurwaarder op dit vonnis moeten wijzen, althans zich ervan moeten vergewissen of de deurwaarder over het bewuste aanbod contact had gehad met MEAS. In cassatie stelt de Hoge Raad voorop dat degene die van de deurwaarder een betalingsregeling krijgt aangeboden, ‘in het algemeen erop zal mogen vertrouwen dat de deurwaarder bevoegd is een dergelijke regeling te treffen, doch dat bijzondere omstandigheden kunnen meebrengen dat zodanig vertrouwen niet zonder meer gerechtvaardigd is’.¹⁶⁵ In navolging van A-G Hartkamp verenigt de Hoge Raad zich met ‘s hofs (kennelijke) oordeel, dat in casu sprake was van dergelijke bijzondere omstandigheden, die een uitzondering op de regel rechtvaardigden.¹⁶⁶ Kuyt had dus niet zonder meer mogen afgaan op het weinig voor de hand liggende aanbod van de deurwaarder.

161 HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 157 (Kuijpers BV/Wijnveen), r.o. 3.4.

162 Zie over deze onderzoeksplicht bijv. Van Schendel 1982, p. 125; Ernes 2000, p. 33; Tjong Tjin Tai 2003, p. 291, 295; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 102.

163 Zie bijv. Ernes 2000, p. 33; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 102.

164 Aldus bijv. Van Schendel 1982, p. 126-127; en Ernes 2000, p. 43. Vgl. ook par. 2.2.2 (t.a.v. de tweede volzin van art. 3:11 BW) en voorts TM, PG Boek 3, p. 263.

165 HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 190 m.nt. HJS (Kuyt/MEAS), r.o. 3.3.

166 Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp, sub 4. Zie voorts instemmend de NJ-annotatie van H.J. Snijders, sub 2a.

3.4.3 Vervolg; gezichtspunten

Het samenspel van de vereisten van toedoen en gerechtvaardigd vertrouwen impliceert dus de gelding van wederzijdse informatieplichten omtrent bestaan en omvang van de volmacht.¹⁶⁷ Evenals op het terrein van de wilsvertrouwensleer (par. 3.2.2) moet worden aangenomen dat de *gerechtvaardigde verwachtingen* van partijen hier beslissend zijn.¹⁶⁸ Het gaat, met andere woorden, om de vraag of de wederpartij mocht verwachten dat de achterman haar zou informeren over een eventueel ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid, respectievelijk of de achterman mocht verwachten dat de wederpartij daar zelf voldoende op bedacht zou zijn. De concrete invulling van deze informatieplichten is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁶⁹

In de literatuur wordt in dit verband, tegen de achtergrond van de in par. 3.4.2 bedoelde schijn van aanstellingsvolmacht, gewezen op het belang van de *functie* van de tussenpersoon.¹⁷⁰ Voorts worden als gezichtspunten bijvoorbeeld genoemd de *gebruikelijkheid of normaliteit* van de betrokken vertegenwoordigingshandeling¹⁷¹ en de *traceerbaarheid of inzichtelijkheid* van de daaraan (al of niet) ten grondslag liggende volmacht.¹⁷² Dezelfde gezichtspunten komen meer concreet tot uitdrukking in het eerder genoemde arrest Felix/Aruba, waar de Hoge Raad wijst op (i) de 'positie' van de tussenpersoon binnen de organisatie van de achterman, (ii) de 'gedragingen' van de tussenpersoon en (iii) de vraag of de organisatie van de achterman en de daarbinnen geldende bevoegdheidsverdeling voor de wederpartij 'ondoorzichtig' was.¹⁷³ Bij wijze van vuistregel kan hieruit worden afgeleid dat het ontbreken van een (toereikende) volmacht minder snel aan de wederpartij kan worden tegengeworpen, naarmate de onbevoegdheid van de tussenpersoon, mede gelet op diens functie, minder gebruikelijk en minder eenvoudig traceerbaar was voor de wederpartij.¹⁷⁴

167 Zie voor een (vroeg) signalering van deze informatieplichten reeds Van Schendel 1982, p. 125-127.

168 Vgl. art. 3:61 lid 3 BW, zoals geciteerd in par. 3.4.1. Zie voorts par. 3.5.4 voor een vergelijkbare 'tweezijdige' benadering in het dwalingsleerstuk.

169 Zie bijv. Van Schendel 1982, p. 43; Ernes 2000, p. 42; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 37; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 102, 104.

170 Zie bijv. Vranken 1997, p. 15; Ernes 2000, p. 136; Tjong Tjin Tai 2003, p. 290, 294; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 41; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 104.

171 Zie bijv. Van Schendel 1982, p. 127; Ernes 2000, p. 42, 221; en Tjong Tjin Tai 2003, p. 294. Vgl. ook TM, PG Boek 3, p. 263, waar wordt betoogd dat de wederpartij verklaringen en gedragingen van de achterman 'in de gebruikelijke zin' mag opvatten.

172 Zie bijv. Van Schendel 1982, p. 126; Barendrecht 1996, p. 355; Vranken 1997, p. 15; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 41; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 104.

173 HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 m.nt. PvS (Felix/Aruba), r.o. 3.3.

174 Zie in gelijke zin bijv. Van Schendel 1982, p. 127.

Het onder (ii) bedoelde gezichtspunt impliceert dat niet alleen het toedoen van de achterman, maar ook dat van de *tussenpersoon* een rol speelt.¹⁷⁵ Dat ligt voor de hand, omdat juist de tussenpersoon, met wie de wederpartij in feite onderhandelt, het vertrouwen omtrent zijn eigen bevoegdheid – in positieve of in negatieve zin¹⁷⁶ – zal kunnen beïnvloeden. Van belang is echter dat de vertrouwensbescherming hier niet *uitsluitend* aan gedragingen van de tussenpersoon wordt gekoppeld, omdat anders het toedoen-vereiste van art. 3:61 lid 2 BW in feite zou worden uitgehold. Van oudsher en tot op de dag van vandaag wordt aangenomen dat voor vertrouwensbescherming ten koste van de achterman geen plaats is, indien laatstgenoemde aan het vertrouwen van de wederpartij part noch deel heeft gehad.¹⁷⁷ Heeft de tussenpersoon geheel ‘autonoom’ de schijn van volmachtverlening gewekt, derhalve zonder enig toedoen van de achterman, dan biedt art. 3:70 BW uitkomst, zoals besproken in par. 3.4.1.¹⁷⁸ Aan de *achterman* kan deze door de tussenpersoon gewekte schijn van volmachtverlening niet worden tegengeworpen, tenzij – zo nuanceert Van Schendel terecht – de achterman met het vertrouwenwekkend gedrag van de tussenpersoon bekend was en desalniettemin naliet de wederpartij hierop te attenderen.¹⁷⁹ In par. 3.4.2 bleek reeds dat een dergelijke schending van een mededelingsplicht kan kwalificeren als toedoen van de achterman, zoals vereist voor vertrouwensbescherming op de voet van art. 3:61 lid 2 BW. Hiermee rijst wel de vraag hoe reëel het bedoelde toedoen-vereiste nog is, als zelfs een (primaire) door de tussenpersoon gewekt vertrouwen via een omweg alsnog aan de achterman kan worden toegerekend. Deze vraag wordt nader behandeld in par. 3.4.5.

Tot besluit van deze inventarisatie van gezichtspunten verdient vermelding dat volgens de heersende leer de vertrouwensbescherming van art. 3:61 lid 2 BW mede kan worden gebaseerd op omstandigheden die zich eerst ná de totstandkoming van de litigieuze overeenkomst hebben voorgedaan.¹⁸⁰ Men

175 Zie bijv. Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 104.

176 Vgl. Ernes 2000, p. 93-94, die signaleert dat het gedrag van de tussenpersoon ook ertoe kan leiden ‘dat géén schijn wordt gewekt’.

177 Aldus bijv. reeds HR 6 mei 1926, *NJ* 1926, 721 (Vas Dias/Salters) en meer recent HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 303 (Credit Lyonnais/T), r.o. 3.2. Zie in gelijke zin bijv. Barendrecht 1996, p. 355; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 41; Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 103; en Van Schaick 2011, nr. 51. *Anders* Van Dunné 1999, p. 44, die betoogt dat de achterman gebonden kan raken i.v.m. een (uitsluitend) door de tussenpersoon gewekte schijn.

178 Vgl. HR 26 juni 2009, *LJN* BH9284, *NJ* 2010, 664 m.nt. Jac. Hijma (Wiggers/Makelaardij Sneek), waar deze mogelijkheid (t.a.v. een makelaar) in abstracto werd aanvaard (r.o. 3.4.2), maar in concreto verworpen (r.o. 3.4.3).

179 Van Schendel 1982, p. 127.

180 Aldus HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 157 (Kuijpers BV/Wijnveen), r.o. 3.4, besproken in par. 3.4.4. Zie voorts bijv. Tjong Tjin Tai 2003, p. 295; Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 103, 104; Van Schaick 2011, nr. 51; en de conclusie van A-G Timmerman voor HR 26 september 2008, *LJN* BD7598, *RvdW* 2008, 898 (Multiclina c.s./HDI), sub 3.12.

denke bijvoorbeeld aan het geval dat de achterman geen actie heeft ondernomen naar aanleiding van de ontvangst van een opdrachtbevestiging of een factuur. Strikt genomen zou het zuiverder zijn dergelijke 'posterieure' omstandigheden te reserveren voor de fundering van een beroep op de schijn van *bekrachtiging* in de zin van art. 3:69 jo. 3:35 BW.¹⁸¹ Daar staat tegenover dat op het terrein van de wilsvetrouwensleer algemeen is aanvaard dat bijvoorbeeld het gunnen van een bedenktijd aan een werknemer na diens (vermeende) ontslagneming kan dienen als gezichtspunt voor het aannemen van een gerechtvaardigd vertrouwen van de werkgever ten tijde van de ontslagneming (par. 3.3.1). Tegen deze achtergrond zou ik menen dat ook op het terrein van de onbevoegde vertegenwoordiging geen bezwaar bestaat tegen een dergelijke 'integrale' afweging van posterieure en anterieure omstandigheden, mits de posterieure omstandigheden in het verlengde liggen van een ten tijde van de contractssluiting reeds – door de achterman¹⁸² – gewekte schijn van volmachtverlening, welke schijn zij als het ware met terugwerkende kracht versterken. Posterieure omstandigheden kunnen dus mijns inziens niet dienen als zelfstandige grondslag voor vertrouwensbescherming op grond van art. 3:61 lid 2 BW, maar kunnen in dat kader wel aanvullende werking hebben.¹⁸³ Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken arrest *Kuijpers/Wijnveen* uit 2001, dat voor het leerstuk van de onbevoegde vertegenwoordiging tevens van belang is, omdat daarin een mededelingsplicht van de achterman omtrent het ontbreken van de volmacht werd aanvaard.¹⁸⁴

3.4.4 Vervolg; *Kuijpers/Wijnveen*

Steijvers, de manager van transportbedrijf *Kuijpers BV*, heeft met de firma *Wijnveen* onderhandelingen gevoerd over de bouw en levering door *Wijnveen* van een oplegger voor een vrachtwagencombinatie. Blijkens het handelsregister was *Steijvers* slechts beperkt vertegenwoordigingsbevoegd, namelijk ter zake van kleine transacties.¹⁸⁵ Voor grotere aankopen als de onderhavige was de goedkeuring van directeur *Kuijpers* vereist. Naar aanleiding van de (kennelijk succesvol verlopen) onderhandelingen met *Steijvers* heeft *Wijnveen* aan *Kuijpers BV* op 29 april 1992 een orderbevestiging gestuurd, met het verzoek deze te controleren, ondertekenen en retourneren. Namens *Kuijpers BV* is

181 Vgl. Van Schaick 2011, nr. 43.

182 I.v.m. het toedoen-vereiste van art. 3:61 lid 2 BW kunnen posterieure omstandigheden m.i. niet dienen ter aanvulling van een initieel vertrouwen waaraan de achterman part noch deel heeft gehad (vgl. par. 3.4.5).

183 Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 26 juni 2009, *LJN* BH9284, *NJ* 2010, 664 (*Wiggers/Makelaardij Sneek*), sub 10, die ook in het kader van art. 3:70 BW een dergelijke categorische uitsluiting van posterieure omstandigheden 'te mechanisch' vindt.

184 HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 157 (*Kuijpers BV/Wijnveen*).

185 Zie de specificatie van zijn bevoegdheid in r.o. 3.1 sub (ii).

echter niet op deze orderbevestiging gereageerd. De reden was dat de opdrachtgever van Kuijpers BV, Koudijs, nog geen 'garantie voor vervoer' had afgegeven.¹⁸⁶ Wijnveen, die tot bouw van de oplegger is overgegaan, heeft naderhand tevergeefs betaling van de betreffende factuur verzocht en heeft de oplegger, die reeds in de afgesproken kleuren was gespoten, met verlies doorverkocht aan een ander transportbedrijf. Na ontbinding van de door haar gepretendeerde overeenkomst met Kuijpers BV vordert Wijnveen thans schadevergoeding wegens wanprestatie.

In alle instanties wordt deze vordering toewijsbaar geacht en wordt het beroep van Kuijpers BV op onbevoegde vertegenwoordiging verworpen. Volgens het hof had het op de weg van Kuijpers BV gelegen om, indien zij meende niet aan de bestelling gebonden te zijn, 'Wijnveen hiervan onmiddellijk – voordat de uitvoering van de bestelling ter hand zou worden genomen – op de hoogte te stellen'. Door dit na te laten had zij Wijnveen ten onrechte 'in de waan gelaten dat zij, Kuijpers BV, daadwerkelijk de opdracht had gegeven, althans dat zij zich niet wenste te beroepen op onbevoegdheid van Steijvers', aldus het hof in r.o. 5.3. Ter onderbouwing verwees het hof naar de omstandigheden van het geval, meer in het bijzonder het feit dat de onderhandelingen waren gevoerd op het bedrijf van Kuijpers BV en met instemming van directeur Kuijpers, die zelfs 'enige tijd' bij de onderhandelingen aanwezig was geweest. Tevens woog het hof mee dat de onderhandelingen 'gedetailleerd' waren geweest en dat over prijs en levertijd volledige overeenstemming was bereikt. Tegen deze achtergrond behoefde Wijnveen 'in beginsel geen rekening meer te houden met de mogelijkheid, dat de uiteindelijke opdracht niet door Steijvers namens Kuijpers BV kon worden verleend', aldus het hof (r.o. 5.4).

In navolging van A-G Hartkamp laat de Hoge Raad deze beslissing in stand. 's hofs oordeel dat bij gebreke van een onmiddellijke reactie op de opdrachtbevestiging 'door toedoen van Kuijpers BV de schijn is gewekt dat Steijvers in haar naam de overeenkomst heeft gesloten',¹⁸⁷ geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. 'De schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan immers, afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval, ook door een niet-doen worden gewekt', aldus de Hoge Raad in r.o. 3.4,¹⁸⁸ die eraan toevoegt dat het in dit verband 'niet ter zake doet of een gedeelte van de omstandigheden waarop de schijn van bevoegdheid berust, zich heeft voorgedaan na de totstandkoming van de overeenkomst'. Dergelijke posterieure omstandigheden speelden inderdaad een belangrijke rol in de onderhavige zaak. Afgezien van de orderbevestiging en het ontbreken van een onmiddellijke reactie daarop, had het hof ook meegewogen dat Steijvers in de zomer en het najaar van 1992, derhalve ná totstandkoming van de litigieuze overeenkomst,

186 Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp, sub 2.

187 Aldus de weergave van 's hofs oordeel door de Hoge Raad in r.o. 3.4.

188 Dat het ingevolge art. 3:61 lid 2 BW vereiste toedoen van de achterman ook in een nalaten gelegen kan zijn, bleek reeds in par. 3.4.2.

het bestaan ervan jegens diverse (ex-)werknemers van Wijnveen 'niet ontkende' en dat directeur Kuijpers hem op dit punt niet had gecorrigeerd.¹⁸⁹

De Hoge Raad heeft geen bezwaar tegen een dergelijke 'integrale' vertrouwenstoetsing, waarbij geen expliciete keuze tussen de schijn van volmachtverlening (art. 3:61 lid 2 BW) en de schijn van bekrachtiging (art. 3:69 jo. 3:35 BW) wordt gemaakt (r.o. 3.6):

'Voor zover het onderdeel strekt ten betoge dat het Hof ten onrechte niet heeft onderscheiden tussen omstandigheden die in het bijzonder grond zouden kunnen opleveren voor de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid en omstandigheden die in het bijzonder betrekking hebben op de schijn van bekrachtiging, is het tevergeefs voorgesteld. In vele gevallen kan een dergelijk scherp onderscheid in de praktijk niet worden gemaakt, hetgeen meebrengt dat dezelfde omstandigheden zowel bij de ene als bij de andere kwestie in de afweging kunnen worden betrokken. Het Hof heeft dan ook niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door dit onderscheid in het onderhavige geval niet scherp te maken, noch zijn uitspraak in dit opzicht onvoldoende gemotiveerd.'

Ook A-G Hartkamp meende dat het hof zijn oordeel mocht baseren op de 'verscheidene, onderling samenhangende omstandigheden', zonder daarbij strikt te onderscheiden tussen gebeurtenissen vóór en ná de vermeende contractssluiting (sub 6). Dat lijkt inderdaad een praktische en bevredigende oplossing, omdat de relevante omstandigheden in casu duidelijk in elkaars verlengde lagen (vgl. par. 3.4.3). Zou Wijnveen ten tijde van het versturen van de opdrachtbevestiging nog geen enkele (redelijke) grond hebben gehad voor haar vertrouwen op Steijvers' toezeggingen, dan zouden posterieure omstandigheden als de onderhavige bezwaarlijk kunnen worden aangegrepen ter fundering van een gerechtvaardigd vertrouwen met terugwerkende kracht. De (schijn van) bekrachtiging zou dan een passender grondslag bieden voor bescherming van Wijnveen. In casu waren er echter van meet af aan reële aanwijzingen geweest voor de bevoegdheid van Steijvers. Niet alleen vervulde hij binnen het bedrijf van Kuijpers BV de functie van manager en mocht hij uit dien hoofde, omdat hij 'meer verstand had van de techniek van opleggers',¹⁹⁰ de onderhandelingen voeren, tevens had directeur Kuijpers zelf een gedeelte van de onderhandelingen bijgewoond en niet ingegrepen toen deze hun eindstadium bereikten. Tegen die achtergrond konden de bedoelde posterieure omstandigheden inderdaad zonder enig bezwaar worden 'meegenomen' bij de initiële vertrouwenstoetsing, als argumenten ter vervolmaking van een gerechtvaardigd vertrouwen dat ten tijde van de contractssluiting reeds in de kiem aanwezig was.

189 Zie r.o. 5.5 van 's hofs bestreden arrest.

190 Zie r.o. 5.4 van 's hofs arrest. Vgl. ook onderdeel 3a van het cassatiemiddel, waar overigens terecht wordt opgemerkt dat het mogen voeren van de onderhandelingen als zodanig nog niet de (schijn van) tekeningsbevoegdheid impliceert.

Het arrest past in een reeks jurisprudentie waarin het toedoen-vereiste van art. 3:61 lid 2 BW betrekkelijk soepel is toegepast (par. 3.4.2). In casu volstond zelfs een *nalaten* aan de zijde van Kuijpers voor het aannemen van de door haar gewekte schijn van volmachtverlening.¹⁹¹ Hiermee rijst de vraag of het toedoen-vereiste nog serieus moet worden genomen. In de volgende paragraaf zal worden betoogd dat dit inderdaad het geval is.

3.4.5 Toedoen-vereiste

Al ruim voor de invoering van art. 3:61 lid 2 BW werd het daarin verankerde toedoen-vereiste, zoals eertijds ontleend aan het standaardarrest Vas Dias/Salters,¹⁹² gerelativeerd. Auteurs als Schoordijk, Van Schendel en Van Schilfgaarde stelden zich op het standpunt dat de schijn van volmachtverlening niet noodzakelijk tot een vertrouwenwekkende verklaring of gedraging van de achterman dient te worden herleid, maar ook kan voortvloeien uit omstandigheden die in zijn *risicosfeer* liggen.¹⁹³ De auteurs zagen zich in deze visie bevestigd door de in par. 3.4.2 besproken rechtspraak van de Hoge Raad, waarin het toedoen-vereiste steeds verder werd verruimd. Zij riepen de Hoge Raad op 'met open vizier' te handelen en het vereiste uitdrukkelijk te verlaten.¹⁹⁴ Andere auteurs, zoals Sniijders en Barendrecht, meenden dat de Hoge Raad terecht vasthield aan het toedoen-vereiste, omdat bij gebreke van een door de achterman gewekte schijn van volmachtverlening geen plaats zou zijn voor bescherming van de wederpartij.¹⁹⁵

In 2010 heeft de Hoge Raad positie gekozen in dit debat. In het hieronder te bespreken arrest ING/Bera koos hij uitdrukkelijk voor de bedoelde risicoleer.¹⁹⁶ Volgens de Hoge Raad kan 'voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan een onbevoegd vertegenwoordigde persoon ook plaats

191 Ter nuancering kan worden opgemerkt dat dit nalaten in casu gepaard ging met andere omstandigheden, die wél actief door Kuijpers BV waren veroorzaakt (bijv. de aanstelling van Steijvers).

192 HR 6 mei 1926, *NJ* 1926, 721 (Vas Dias/Salters).

193 Zie Schoordijk 1970, p. 7 e.v.; Van Schendel 1982, p. 34-35, 43-44; Schoordijk 1986a, p. 207-208; en de NJ-annotatie van P. van Schilfgaarde bij HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 287 (Felix/Aruba), sub 2. Zie meer recent bijv. Van Dunné 1999, p. 44; Ernes 2000, p. 78-79, 135; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 38-41; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 104. Zie ook het principiële betoog van A-G Bakels in zijn conclusie voor HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 582 m.nt. PvS (Nacap/Kurstjens), sub 3.1-3.14.

194 Aldus bijv. de conclusie van A-G Bakels voor HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 582 m.nt. PvS (Nacap/Kurstjens), sub 3.9. Vgl. ook de NJ-annotatie van P. van Schilfgaarde bij HR 9 oktober 1998, *NJ* 1999, 581 (Hartman/Bakker), sub 4-5.

195 Zie Sniijders 1992a, p. 23-25 (en in gelijke zin de NJ-annotatie van H.J. Sniijders bij HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 190 (Kuyt/MEAS), sub 2c); en Barendrecht 1996, p. 354-355. Vgl. ook Tjong Tjin Tai 2003, p. 290 e.v.

196 HR 19 februari 2010, *LJN* BK7671, *NJ* 2010, 115 (ING/Bera), r.o. 3.4, overigens mede gewezen door Van Schendel.

zijn indien de derde gerechtvaardigd heeft vertrouwd dat een toereikende volmacht was verleend op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de onbevoegd vertegenwoordigde partij komen en waaruit naar verkeersopvattingen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid'.¹⁹⁷

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad de nieuwe risicoleer presenteert als een aanvulling op iets dat onbenoemd blijft. Het woord 'ook' in de geciteerde overweging verwijst immers naar een nevenschikking die niet wordt geëxpliciteerd. Deze tekstuele omissie is niet onbelangrijk. Indien de Hoge Raad bedoelt dat voor vertrouwensbescherming op grond van art. 3:61 lid 2 BW 'ook' plaats kan zijn bij gebreke van een toedoen in de gevestigde, ruime zin van het woord, derhalve zonder dat de achterman op enigerlei wijze verantwoordelijk is voor de gewekte schijn van volmachtverlening, behelst het arrest een koerswijziging die mijns inziens niet juist is. In vraagstukken van onbevoegde vertegenwoordiging is immers het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij niet betrokken op de schijnbare bevoegdheid van de tussenpersoon als zodanig,¹⁹⁸ maar op de daaraan ogenschijnlijk ten grondslag liggende vertegenwoordigingswil van de achterman.¹⁹⁹ Tegen die achtergrond kan het vertrouwen van de wederpartij alleen gerechtvaardigd zijn, indien het door een doen of nalaten, respectievelijk door een verklaring of verzwijging van de achterman is teweeggebracht. Gerechtvaardigd vertrouwen *veronderstelt* hier dus een toedoen van de achterman, waaraan dat vertrouwen is ontleend.²⁰⁰ Een en ander laat zich gemakkelijk inzien, wanneer men zich realiseert dat door vertegenwoordiging uiteindelijk een overeenkomst tussen de achterman en diens wederpartij tot stand komt, zodanig dat de vertegenwoordiger 'ertussenuit' valt. Past men de wilsvertrouwensleer toe op deze tweezijdige relatie tussen achterman en wederpartij, dan spreekt het vanzelf dat de achterman die op generlei wijze zijn wil tot vertegenwoordiging heeft geuit, ter zake ook geen gerechtvaardigd vertrouwen heeft kunnen wekken bij de wederpartij.²⁰¹

197 Aldus HR 11 maart 2011, L/JN BN9967, RvdW 2011, 357 (Van Zundert/Kort c.s.), r.o. 3.8, waar de maatstaf uit r.o. 3.4 van het arrest ING/Bera in meer algemene bewoordingen wordt herhaald. Zie in gelijke zin ook HR 2 december 2011, L/JN BT7490, RvdW 2011, 1494 (Erven Y./A. en B.), r.o. 3.4.2.

198 Vgl. par. 3.4.1, waar bleek dat dit in het kader van art. 3:70 BW wel het geval is.

199 Vgl. de woorden 'op grond van' in art. 3:61 lid 2 BW.

200 Vgl. par. 3.4.3. Zie in gelijke zin bijv. art. II-6:103 lid 3 DCFR, waar als voorwaarde voor vertrouwensbescherming wordt gesteld dat 'a person causes a third party reasonably and in good Faith to believe that the person has authorised a representative to perform certain acts' (curs. toegevoegd).

201 Vgl. in het kader van art. 3:33-3:35 BW de jurisprudentie over vervalste handtekeningen, die evenmin bindend zijn voor de (vermeende) verklarende partij, tenzij de vervalsing haar kan worden toegerekend. Zie HR 7 februari 1992, NJ 1992, 809 m.nt. HJS (Kamerma/Aro Lease), r.o. 3.3.

Indien de Hoge Raad, zoals meer voor de hand ligt,²⁰² met de introductie van de risicoleer geen koerswijziging heeft beoogd, maar een ‘codificatie’ van zijn eigen rechtspraak over het toedoen-vereiste, erop neerkomend dat voor vertrouwensbescherming ook plaats kan zijn bij gebreke van een actieve gedraging of uitdrukkelijke verklaring van de achterman,²⁰³ is de strekking van het arrest aanvaardbaar maar de formulering ongelukkig. Anders dan de (nevenschikkende) verwijzing naar het risicobeginsel suggereert, is namelijk voor de klassieke vertrouwensbescherming op grond van toedoen geen *verwijt* jegens de achterman vereist.²⁰⁴ De veel getrokken parallel met het onrechtmatige daadsleerstuk, dat in de twintigste eeuw een ontwikkeling van schuld naar risico heeft doorgemaakt, gaat dan ook niet op.²⁰⁵ Belangrijker is dat de ervaringen met het risicobeginsel in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht uitwijzen dat dit beginsel weinig funderend vermogen bezit (par. 4.2.2). Terecht klagen Barendrecht en Tjong Tjin Tai dan ook over de vaagheid die door het verlaten van het toedoen-vereiste ontstaat.²⁰⁶ Illustratief is de eerder besproken problematiek van de posterieure omstandigheden. De nieuwe risicoleer biedt in dit verband weinig houvast en lijkt zelfs te suggereren dat posterieure omstandigheden onbeperkt mogen worden meegewogen in het kader van art. 3:61 lid 2 BW, als omstandigheden die naar verkeersopvattingen ‘voor risico’ van de achterman komen. In par. 3.4.3 bleek reeds dat ik een dergelijke benadering niet gerechtvaardigd acht.

Het voorgaande roept de vraag op, hoe de Hoge Raad de nieuwe risicoleer zal toepassen. Mijns inziens moet de ruime vertrouwensbescherming zoals die thans reeds voortvloeit uit art. 3:61 lid 2 BW, niet verder worden opgerekt. Met name moet worden voorkomen dat behalve het toedoen-vereiste ook het vereiste van gerechtvaardigd vertrouwen door de risicoleer wordt geabsorbeerd (en aldus gerelativeerd). De voor de hand liggende neiging om in termen van ‘risico’ sneller tot toerekening van de schijn van volmachtverlening over te gaan, moet mijns inziens worden onderdrukt. Het nu te bespreken arrest ING/

202 Vgl. Hijma e.a. 2010, nr. 104 (Bloembergen/Van Schendel), waar Van Schendel (één van de betrokken raadsheren) zelf opmerkt dat de Hoge Raad ‘thans met zoveel woorden duidelijk [heeft] gemaakt’ wat voorheen reeds gold. Zie in die zin ook Van Schaick 2011, nr. 51; en de conclusie van A-G Wuisman voor HR 2 december 2011, *LJN* BT7490, *RvdW* 2011, 1494 (Erven Y./A. en B.), sub 2.7.2.

203 Vgl. Van Schendel 1982, p. 43-44, waar wordt betoogd dat de verkeersopvattingen ruimte bieden ‘om ook buiten nadrukkelijk tot de derde gerichte handelingen van de pseudo-principaal tot toerekenbare schijn te besluiten’.

204 Aldus *MvA II Inv.*, PG Boek 3 (Inv.), p. 1181. Zie voorts bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 41; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 101. Zie ook, vanuit rechtsvergelijkend perspectief, Ernes 2000, p. 135. Enigszins *anders* Van Schaick 2011, nr. 51, die betoogt dat voor vertrouwensbescherming ‘in zekere zin aan de achterman een verwijt gemaakt [moet] kunnen worden’.

205 Vgl. Tjong Tjin Tai 2003, p. 293-294. Zie voor de bedoelde parallel bijv. Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 104; en de conclusie van A-G Bakels voor HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 582 m.nt. PvS (Nacap/Kurstjens), sub 3.8.

206 Barendrecht 1996, p. 355; en Tjong Tjin Tai 2003, p. 295.

Bera, waarin de nieuwe risicoleer werd geïntroduceerd, biedt mijns inziens een voorbeeld van een dergelijke doorgeschoten vertrouwensbescherming.²⁰⁷

3.4.6 Vervolg; ING/Bera

Het ging in casu om de vraag of Bera Holding, een Surinaamse vennootschap opgericht door Berner en Ramkalup, gebonden was aan een reeks betalingen die huisbankier ING in opdracht van Ramkalup had verricht.²⁰⁸ Ramkalup was, blijkens de handtekeningenkaarten die ING hanteerde, niet bevoegd tot het verstrekken van de betalingsopdrachten. De enige gemachtigde van Bera's betaalrekeningen was Berner, (inmiddels) enig aandeelhouder van Bera. Ramkalup was bij ING geen onbekende, want Berner had zijn zakenpartner zelf bij ING 'geïntroduceerd' en liet de bankafschriften sturen naar het adres van de in Nederland gevestigde vennootschappen van Ramkalup. Tevens had Berner zich door Ramkalup laten vergezellen bij het ondertekenen van de offerte en de handtekeningenkaarten.²⁰⁹ Het hof achtte deze omstandigheden echter onvoldoende voor bescherming van ING op grond van art. 3:61 lid 2 BW. Uit de tussen partijen bestaande overeenkomst leidde het hof voor ING de verplichting af 'dat zij zich, alvorens een betaalopdracht uit te voeren, vergewist van de bevoegdheid van degene die de opdracht heeft verstrekt'. Tegen die achtergrond oordeelde het hof dat ING 'slechts onder zeer bijzondere omstandigheden' een beroep kon doen op de schijn van volmachtverlening, welke omstandigheden het hof in casu niet waren gebleken.

De Hoge Raad kiest voor vernietiging op principiële gronden en overweegt (overigens in een opmerkelijke combinatie van algemene bewoordingen en partijnamen):

'Bij de beoordeling van de door ING aangevoerde stellingen moet uitgangspunt zijn dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde ook plaats kan zijn ingeval ING gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan M. Ramkalup op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van Bera Holding komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.'²¹⁰

207 HR 19 februari 2010, *LJN* BK7671, *NJ* 2010, 115 (ING/Bera). Vgl. echter ook – meer terughoudend – HR 2 december 2011, *LJN* BT7490, *RvdW* 2011, 1494 (Erven Y./A. en B.), waarin het handelen van een 'huisnotaris' niet naar verkeersopvattingen aan diens opdrachtgevers werd toegerekend (r.o. 3.4.2).

208 Het ging om een totaalbedrag van €210.000, dat in opdracht van Ramkalup was overgemaakt naar zijn eigen vennootschappen, die kennelijk naderhand geen verhaal boden.

209 Vgl. r.o. 4.7.2 van 's hofs bestreden arrest.

210 HR 19 februari 2010, *LJN* BK7671, *NJ* 2010, 115 (ING/Bera), r.o. 3.4. Zie voor een herhaling in meer algemene bewoordingen HR 11 maart 2011, *LJN* BN9967, *RvdW* 2011, 357 (Van Zundert/Kort c.s.), r.o. 3.8, zoals geciteerd in par. 3.4.5.

Nu Ramkalup in casu bij Bera Holding ‘was betrokken’ en de bankafschriften ‘op verzoek van Bera Holding naar het bedrijfsadres van M. Ramkalup werden verzonden’, acht de Hoge Raad ‘s hofs oordeel onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd (r.o. 3.5). In dit verband weegt de Hoge Raad ook mee dat Bera Holding ‘niet tijdig heeft geprotesteerd tegen de gewraakte overschrijvingen’, terwijl zij op grond van de door ING gehanteerde algemene voorwaarden verplicht was de rekeningafschriften terstond na ontvangst op juistheid te controleren. De stelling van Bera Holding dat ING in dit verband rekening moest houden met een zekere vertraging, omdat de rekeningafschriften in eerste instantie naar het Nederlandse bedrijfsadres van Ramkalup werden gestuurd, faalt, omdat Bera Holding zelf opdracht had gegeven voor het doorzenden van de afschriften, waaruit de Hoge Raad afleidt ‘dat deze vertraging voor haar risico komt’ (r.o. 3.5). Advocaat-Generaal Timmerman dacht hier anders over. In zijn visie kwam de vertraagde controle van de afschriften weliswaar voor risico van Bera Holding, maar liet dit onverlet ‘dat ING wist dat Bera Holding (Berner) met vertraging van de overboekingen kennis nam en dus aan het uitblijven van een onmiddellijk protest niet zonder meer het vertrouwen mocht ontnemen dat Ramkalup over een toereikende volmacht beschikte’.²¹¹ Hoewel ook Timmerman de door de Hoge Raad verkondigde risicoleer verdedigde,²¹² kon hij zich in casu goed vinden in het contextgebonden oordeel van het hof, mede gelet op de bancaire zorgplicht.²¹³

Inderdaad rijst de vraag wat er eigenlijk mis was met ‘s hofs oordeel, dat een bank die een betalingsopdracht uitvoert zonder te controleren of deze door de bevoegde rekeninghouder is ondertekend, slechts onder ‘zeer bijzondere omstandigheden’ bescherming verdient.²¹⁴ Vooropgesteld moet worden dat het toedoen-vereiste, dat de Hoge Raad hier zo nadrukkelijk wil aanvullen met de risicoleer, in casu goed beschouwd niet ter discussie stond. Dat Bera Holding de indruk had gewekt dat Ramkalup, als zakenpartner van Berner, bij de bedrijfsvoering van de vennootschap was betrokken, stond wel vast. Daaraan kon de bank echter geen gerechtvaardigd vertrouwen ontnemen, omdat de handtekeningenkaart onomwonden uitwees dat alleen Berner gemachtigd was. Strikt genomen kon derhalve aan de zijde van ING geen sprake zijn van twijfel omtrent de bevoegdheid van Ramkalup, omdat de bank voor die bevoegdheid zelf een dwingende indicator had gecreëerd, te weten de bedoelde handtekeningenkaart. Dat de Hoge Raad niettemin ruimte wil laten voor bescherming van de bank, doet vermoeden dat hij het risicobeginsel niet alleen wil inzetten ter aanvulling van het toedoen-vereiste als zodanig, maar meer

211 Zie zijn conclusie, sub 2.16.

212 Zie zijn conclusie, sub 2.6, 2.8. Zie eerder al in gelijke zin de conclusie van A-G Timmerman voor HR 26 september 2008, *LJN* BD7598, *RvdW* 2008, 898 (Multiclina c.s./HDI), sub 3.12.

213 Zie zijn conclusie voor het arrest, sub 2.10. Zie nader over de bedoelde zorgplicht par. 4.8.3 e.v.

214 Vgl. Van der Goes 2010, p. 74-75, die concludeert dat ING in casu ‘niet gerechtvaardigd mocht vertrouwen op de schijn van volmachtverlening’.

in het algemeen ter verruiming van de vertrouwenstoetsing van art. 3:61 lid 2 BW. De reden voor die verruiming blijft echter onduidelijk, hetgeen – zoals bleek in par. 3.4.5 – kenmerkend is voor risicobenaderingen in het algemeen.

Valk heeft naar aanleiding van het arrest betoogd dat, ook na introductie van de risicoleer, toerekening in termen van toedoen de voorkeur blijft verdienen, ‘omdat de verantwoordelijkheid voor eigen handelen en nalaten nu eenmaal het meest overtuigende argument voor toerekening is en blijft’.²¹⁵ Aan het slot van de voorgaande paragraaf bleek reeds dat dit betoog ondersteuning verdient en zelfs versterking. Mijns inziens bestaat er bij gebreke van enig actief of passief toedoen, derhalve zonder een door de achterman gewekte schijn van volmachtverlening, überhaupt geen grond voor vertrouwensbescherming op de voet van art. 3:61 lid 2 BW. Men kan het ook zo stellen, aanknappend bij de nieuwe risicoleer van de Hoge Raad, dat de omstandigheden die voor risico van de achterman kunnen komen en waaruit naar verkeersopvattingen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid, steeds door een actieve of passieve gedraging van de achterman moeten zijn teweeggebracht. Niet voor niets betitelde Tjong Tjin Tai de risicoleer eerder al als ‘een parafraze van de eis dat het risico door toedoen van de achterman is ontstaan’.²¹⁶ Een en ander maakt eens te meer duidelijk dat met de nieuwe benadering weinig winst te behalen valt.

Toegespijst op het onderhavige onderzoek zou ik menen dat een contextgebonden afweging van informatieplichten over en weer – enerzijds een potentiële mededelingsplicht van de achterman uit hoofde van het toedoenvereiste, anderzijds een potentiële onderzoeksplicht van de wederpartij uit hoofde van het vereiste van gerechtvaardigd vertrouwen (par. 3.4.2) – méér sturend vermogen heeft dan een klakkeloze risicoverdeling aan de hand van de verkeersopvattingen. Het toedoenvereiste biedt hier bovendien een onmisbare waarborg tegen een doorgeschoten vertrouwensbescherming, omdat het dwingt tot beantwoording van de vraag of de achterman – bij gebreke van een actieve vertrouwenwekkende gedraging of een uitdrukkelijke vertrouwenwekkende verklaring – onder de gegeven omstandigheden de wederpartij had moeten *inlichten* over het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Hierboven bleek reeds dat naar mijn mening van een dergelijke mededelingsplicht aan de zijde van Bera in casu geen sprake kon zijn, omdat de onbevoegdheid van Ramkalup voor ING onmiskenbaar was. Tegen die achtergrond meen ik dat de risicobenadering van de Hoge Raad hier, ook qua resultaat, ongelukkig uitviel.

215 Valk 2010b, p. 187-188. Zie in gelijke zin Van Schaick 2011, nr. 51.

216 Tjong Tjin Tai 2003, p. 295.

3.5 WILSGEBREKEN

3.5.1 Algemeen

In de voorgaande paragrafen ging het om informatieplichten die van invloed zijn op de totstandkoming van de overeenkomst als zodanig. Thans wordt het vizier gericht op de *geldigheid* van de overeenkomst, meer in het bijzonder op de vraag of de in beginsel totstandgekomen overeenkomst haar geldigheid kan verliezen wegens het bestaan van een wettelijke vernietigingsgrond.²¹⁷ Voor het leerstuk der informatieplichten zijn met name relevant de vernietigingsgronden die van oudsher worden aangeduid als de *wilsgebreken*.²¹⁸ Deze wilsgebreken – bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) en dwaling (art. 6:228 BW) – doen zich voor indien de tussen partijen bereikte wilsovereenstemming op een onvoldoende basis berust, omdat de wil van een der partijen op gebrekkige wijze is gevormd.²¹⁹ Het laat zich aanzien dat informatietekorten, en de daarmee samenhangende plichten tot vergaring of verstrekking van informatie, in dat verband een belangrijke rol kunnen spelen. Dat geldt met name voor het bedrog (par. 3.5.2) en de dwaling (par. 3.5.4 e.v.), welke wilsgebreken direct verband houden met de wijze waarop de dwalende respectievelijk de bedrogenen door de wederpartij is voorgelicht.

Bedreiging en misbruik van omstandigheden zijn voor het leerstuk der informatieplichten van minder groot belang, omdat het hier vooral gaat om de bescherming van een partij die zich in een dwangpositie of kwetsbare geestestoestand bevindt, en niet zozeer om een beoordeling van haar kennis of informatiepositie. Overigens biedt de regeling van het misbruik van omstandigheden wel aanknopingspunten voor de aanvaarding van informatieplichten aan de zijde van de aangesproken partij,²²⁰ met name waar het gaat om situaties van geestelijk overwicht.²²¹ Illustratief is het arrest Van Elmbt/Feierabend uit 1964, waarin het ging om een weduwe die in een depressieve toestand een voor haar nadelig optierecht had verleend aan een assurantie-tussenpersoon, die grote invloed op haar had.²²² Het huidige art. 3:44 lid 4 BW bepaalt, in navolging van het arrest van de Hoge Raad, dat voor een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden in een dergelijke situatie

217 Zie over het verband tussen de begrippen geldigheid en vernietigbaarheid Hijma 1988, p. 3.

218 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 208 e.v.; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 159 e.v.

219 Tegen deze achtergrond wordt ook wel gesproken van *wilsvormingsgebreken*. Zie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 3.

220 Vgl. Vranken 1989, p. 53 e.v.

221 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 263; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 188; en Vermogensrecht (Stolp), art. 44, lid 4, aant. 19.

222 HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104 m.nt. GJS (Van Elmbt/Feierabend).

is vereist dat de misbruikmakende partij 'weet of moet begrijpen' dat de ander zich in een kwetsbare positie bevindt, waardoor deze tot het verrichten van de betrokken rechtshandeling wordt bewogen, en desondanks de totstandkoming van deze rechtshandeling bevordert, hoewel hetgeen de bedoelde partij 'weet of moet begrijpen' haar daarvan zou moeten weerhouden. Een en ander impliceert de gelding van een op de misbruikmakende partij rustende *onderzoeksplicht*, met name waar het gaat om rechtshandelingen die voor de kwetsbare partij onmiskenbaar nadelig zijn.²²³ In de casus Van Elmbt/Feierabend zou deze onderzoeksplicht meebrengen dat de assurantietussenpersoon bij de weduwe had moeten informeren of zij zich van de nadelige strekking van het optierecht bewust was. Gelet op de nauwe verwantschap van deze onderzoeksplicht met de elders besproken informatieplichten uit hoofde van art. 3:35 BW (par. 3.2.2) en 6:228 BW (par. 3.6), wordt deze onderzoeksplicht, waarover overigens ook betrekkelijk weinig jurisprudentie bestaat, hieronder niet nader behandeld.

Ratio van de regeling der wilsgebreken in het algemeen is de hierboven geschetste gedachte, dat een misvormde wil geen goede basis voor contractuele gebondenheid vormt. Uitgaande van deze gedachte is het niet zozeer de laakbare gedraging van de aangesproken partij, die hier de grondslag voor vernietiging vormt, als wel de gebrekkige wilsvorming aan de andere zijde. Dienovereenkomstig vereist art. 3:44 BW – evenals art. 6:228 lid 1 sub c BW – niet dat het wilsgebrek door de aangesproken wederpartij is *veroorzaakt*. Vernietiging is, met andere woorden, in beginsel ook mogelijk indien de bedreiging, het bedrog, het misbruik van omstandigheden of de dwaling werd teweeggebracht door het gedrag van een derde, respectievelijk door (andere) omstandigheden buiten de invloedssfeer van de wederpartij. Ter nuancering van dit uitgangspunt beschermt art. 3:44 lid 5 BW de wederpartij, die wordt geconfronteerd met een beroep op bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden door toedoen van een derde, indien zij 'geen reden had het bestaan ervan te veronderstellen'.²²⁴ De geciteerde *tournure* impliceert (onder omstandigheden) de gelding van een *onderzoeksplicht* omtrent het eventuele bestaan van een wilsgebrek. Illustratief is de lagere rechtspraak over de aanbieders van mobiele telefonie, die in de praktijk geregeld worden geconfronteerd met (dikwijls jeugdige) klanten die, onder dreiging van een derde, één of meer telefooncontracten afsluiten, waarna zij de bijbehorende mobiele telefoons aan die derde moeten afgeven. Vooral indien de malafide derde bij de contractssluiting (in de winkel) aanwezig is, zal de aanbieder moeten onderzoeken of de

223 Aangenomen wordt dat het bedoelde nadeel niet als consitutief vereiste voor een geslaagd beroep op art. 3:44 lid 4 BW fungeert, maar wel als relevant gezichtspunt. Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 257; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 270; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 186; en Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 4, aant. 13.2, 29. Vgl. ook MvA II Inv., PG Boek 3 (Inv.), p. 1148.

224 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 255; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 190.

klant de betreffende overeenkomsten daadwerkelijk wil sluiten en of hij zich de abonnementskosten kan veroorloven.²²⁵ Ook indien de aanbieder anderszins aanleiding heeft tot twijfel over de beweegredenen van de klant, bijvoorbeeld omdat deze verschillende abonnementen in één keer afsluit dan wel binnen een kort tijdsbestek terugkeert om een volgende overeenkomst aan te gaan, ligt het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht uit hoofde van art. 3:44 lid 5 BW voor de hand.²²⁶

3.5.2 Bedrog

In hoofdstuk 2 bleek dat de opmars van precontractuele informatieplichten in Frankrijk en Duitsland is begonnen op het terrein van het bedrog. In de loop van de twintigste eeuw werd in beide landen aanvaard dat behalve actief misleidend gedrag, zoals het bewust verschaffen van onjuiste informatie, ook de bedrieglijke verzwijging van essentiële informatie – *réticence dolosive* (par. 2.6.1) en *Täuschung durch Verschweigen* (par. 2.7.1) – kon kwalificeren als bedrog. Complicatie van deze benadering was, zo ondervonden zowel de Franse als de Duitse rechtspraak en doctrine, dat voor een geslaagd beroep op bedrog van oudsher opzet als vereiste werd gesteld, terwijl zulk opzet in de praktijk vaak moeilijk te bewijzen viel. De Nederlandse rechter heeft hier de weg van de mindere weerstand gekozen, door – conform de Engelse leer van de *misrepresentation* (par. 2.8.2) – de precontractuele informatieplichten te situeren in het neutralere kader van de dwaling. Het in par. 3.1.3 besproken arrest Baris/Riezenkamp vormde de opmaat voor deze benadering,²²⁷ die terugvoerde tot de visie van Meijers.²²⁸ Het resultaat was een enorme opwaardering van het dwalingsleerstuk (par. 3.5.4).

De geschetste ruime opvatting van de dwaling verklaart waarom het bedrog naar Nederlands recht slechts van geringe betekenis is voor het leerstuk der informatieplichten. Niettemin bevat art. 3:44 lid 3 BW in dit verband wel degelijk relevante aanknopingspunten.²²⁹ De bepaling plaatst immers het ‘verzwijgen van enig feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen’ op één lijn met het doen van een ‘onjuiste mededeling’ of een ‘andere kunstgreep’,

225 Zie bijv. Rb. Dordrecht (ktr.) 17 juni 2010, *LJN* BM8764, *NJF* 2010, 290, r.o. 7; Rb. Rotterdam (ktr.) 11 februari 2011, *LJN* BS1746, r.o. 5.2, 5.7; en Rb. Groningen (ktr.) 14 juni 2011, *LJN* BQ9189, r.o. 4.5.

226 Zie bijv. Rb. Maastricht (ktr.) 6 mei 2009, *LJN* BI3628; Rb. Haarlem (ktr.) 13 oktober 2010, *LJN* BO9354, r.o. 4; Rb. Utrecht (ktr.) 2 februari 2011, *LJN* BP3980, *NJF* 2011, 142, r.o. 10; en Rb. Amsterdam (ktr.) 27 oktober 2011, *LJN* BU2103, r.o. 6.

227 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp).

228 Vgl. Meijers 1922, p. 408.

229 Vgl. Vranken 1989, p. 20.

hetgeen duidt op de gelding van een precontractuele mededelingsplicht.²³⁰ De praktische betekenis daarvan wordt echter onmiddellijk ingeperkt door het vereiste van opzettelijkheid, waarnaar art. 3:44 lid 3 BW met zoveel woorden verwijst en dat volgens de Hoge Raad meebrengt 'dat opzettelijk verzwijgen wel, onopzettelijk vergeten niet als kunstgreep' kwalificeert.²³¹ Het bedoelde vereiste weegt extra zwaar, omdat volgens de heersende leer niet alleen de verzwijging als zodanig, maar ook de daaruit voortvloeiende beïnvloeding van de wederpartij moet zijn beoogd.²³² Weliswaar wordt aangenomen dat voorwaardelijk opzet in dit verband volstaat,²³³ maar nochtans biedt de praktijk relatief weinig voorbeelden van een (succesvol) beroep op bedrieglijke verzwijging, kennelijk vanwege de bewijsproblemen die in dit verband worden ondervonden.²³⁴ Tegen deze achtergrond wordt in par. 3.5.4 e.v. de aandacht gericht op het dwalingsleerstuk, dat in de praktijk veruit de belangrijkste grondslag vormt voor het aannemen van precontractuele informatieplichten over en weer.

3.5.3 Vervolg; verschoonbaarheidsvragen bij bedrog?

Vanuit een theoretisch perspectief rijst hier nog wel de vraag of het Nederlandse bedrogleerstuk, op vergelijkbare wijze als in Frankrijk en Duitsland, een volwaardig alternatief zou kunnen bieden voor de dwalingsregeling, in die zin dat daaruit een vergelijkbaar genuanceerd regime van wederzijdse informatieplichten zou kunnen worden afgeleid. Het gaat hier, met andere woorden, om de vraag of overwegingen van (*on*)*verschoonbaarheid* aan de zijde van de bedrogene een rol kunnen spelen in het kader van art. 3:44 lid 3 BW, bijvoorbeeld in die zin dat een beroep op bedrieglijke verzwijging faalt wegens de schending van een eigen onderzoeksplicht.²³⁵ De traditionele opvatting luidt dat dit niet het geval is, omdat het onredelijk zou zijn de bedrogene tegen te werpen dat hij, in zijn vertrouwen op het opzettelijk misleidend gedrag van

230 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 252; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 179; en Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 68 e.v.

231 Aldus (m.b.t. art. 1364 BW (oud)) HR 2 mei 1969, NJ 1969, 344 m.nt. GJS (Beukinga/Van der Linde), overweging t.a.v. het eerste onderdeel van het cassatiemiddel.

232 Zie over deze eis van 'dubbel opzet' bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 253; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 251; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 178; en Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 68 e.v.

233 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 253; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 252; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 178; en Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 67.2.

234 Vgl. Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 178. De relevante rechtspraak dateert vooral uit de eerste helft van de twintigste eeuw (zie voor een inventarisatie Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 46 e.v.). Zie voor een recent voorbeeld Hof Amsterdam 23 augustus 2011, NJF 2011, 477, r.o. 4.7-4.8.

235 Vgl. par. 3.6.11 over de onderzoeksplicht van de dwalende ex art. 6:228 lid 2 BW.

de wederpartij, al te goedgelovig is geweest.²³⁶ Er is, aldus de veel geciteerde stelling van Scholten, ‘geen reden de bedrieger tegen naïviteit van de bedrogene te beschermen’.²³⁷

Deze visie van de ‘moralisten’, zoals Tjittes ze noemt,²³⁸ kan worden gelineariseerd. Ook bij gebreke van opzettelijk misleidend gedrag geldt immers als logisch uitgangspunt, dat men binnen redelijke grenzen mag aangaan op onjuiste of onvolledige informatieverstrekking door de wederpartij (par. 3.6.13 e.v.). Terecht betoogt Meijers dan ook dat een normaal mens de bedrieger ‘evenzoo aan zijn woord [mag] houden, als hij dit een eerlijk man zou doen’.²³⁹ In deze neutrale, meer genuanceerde visie op bedrog bestaat ruimte voor de gedachte dat de bedrogene, zoals iedere contractant (par. 3.1.2), tot op zekere hoogte een eigen verantwoordelijkheid heeft ter voorkoming van teleurstellingen. Dienovereenkomstig bepaalt art. 3:44 lid 3 BW bijvoorbeeld dat aanprijzingen in algemene bewoordingen – waarvan algemeen bekend mag worden verondersteld dat zij veelal een zekere mate van (goedaardige) misleiding in zich bergen²⁴⁰ –, op zichzelf geen bedrog opleveren, ook al zijn ze onwaar.²⁴¹ Hijma trekt de lijn door en betoogt meer in algemene zin dat overwegingen van (on)verschoonbaarheid een corrigerende rol kunnen vervullen in het kader van art. 3:44 lid 3 BW.²⁴² Daartoe definieert Hijma het overkoepelende begrip kunstgreep, waaronder hij ook de bedrieglijke verzwijging verstaat, als ‘een gedraging die naar haar aard geschikt is om, in de omstandigheden waaronder zij plaatsvindt, bij de ander een onjuiste voorstelling van zaken te scheppen, te bevestigen of te versterken’.²⁴³ Volgens Hijma zal een beroep op bedrog (moeten) falen, indien de gedraging van de aangesproken partij ‘een tot misleiding geëigende natuur’ mist, meer in het bijzonder omdat de bedrogene zelf onvoldoende oplettend, althans te naïef is geweest.²⁴⁴

236 Zie bijv. Van Delft-Baas 1987, p. 186-187; Van Rossum 1990a, p. 46; Tjittes 1994, p. 65; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 254; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 180; en Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 13. Vgl. ook (m.b.t. de eis van causaal verband) HR 2 mei 1969, NJ 1969, 344 m.nt. GJS (Beukinga/Van der Linde), overweging t.a.v. het derde onderdeel van het cassatiemiddel.

237 Aldus de NJ-annotatie van G.J. Scholten bij HR 2 mei 1969, NJ 1969, 344 (Beukinga/Van der Linde), sub 2.

238 Tjittes 1994, p. 65.

239 Aldus de NJ-annotatie van E.M. Meijers bij HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 (Herbrechter/Hof), sub 2.

240 Vgl. het klassieke leerstuk van *dolus bonus*, waarover bijv. De Boeck 2000, p. 281-282.

241 Vgl. par. 3.6.6 over de ‘waarheidsplicht’ in het dwalingsleerstuk (art. 6:228 lid 1 sub a BW), die evenmin de hier bedoelde algemene aanprijzingen omvat.

242 Hijma 1992c, p. 57 e.v. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 254.

243 Hijma 1992c, p. 62.

244 Hijma 1992c, p. 63, waar Hijma het voorbeeld aanhaalt van de concrete (maar ongeloofwaardige) aanprijzing door een marktkoopman dat Balzac nog uit het verkochte pijpje heeft gerookt.

De visie van Hijma illustreert dat een evenwichtiger benadering van het bedrogleerstuk, in termen van informatieplichten over en weer, inderdaad mogelijk is. De jurisprudentie biedt ook voorbeelden van een dergelijke benadering,²⁴⁵ waaruit moet worden afgeleid dat de enkele omstandigheid dat iemand opzettelijk is misleid, hem niet ontslaat van iedere vorm van eigen verantwoordelijkheid.²⁴⁶ Toch lijkt de praktische betekenis van deze verschoonbaarheidscorrectie gering, omdat zoals gezegd het bewijs van opzet in de hier bedoelde zin – als voorportaal van de bedoelde correctie – vaak moeilijk te leveren zal zijn. Het dwalingsleerstuk biedt in dit opzicht gunstiger perspectieven. Tegelijkertijd roept dat leerstuk nieuwe dogmatische vragen op, omdat de dwaling van oudsher als een zuiver wilsgebrek is opgevat en (juist) niet is gekoppeld aan enig ‘toedoen’ van de wederpartij.²⁴⁷ In de nu volgende paragraaf zal blijken dat het dwalingsleerstuk in dit opzicht een belangrijke ontwikkeling heeft doorgemaakt, resulterend in een toegenomen aandacht voor de vraag welk van beide partijen in termen van kennisvergaring of -verstrekking *verantwoordelijk* is voor de dwaling in kwestie.

3.5.4 Dwaling; wilsgebrek of gedragstoetsing?

Onder het oude BW was de dwaling als een zuiver wilsgebrek geconstrueerd.²⁴⁸ Centraal stond in art. 1358 BW (oud) de gebrekkig gevormde *wil* van de dwalende als grondslag voor vernietiging van de overeenkomst (vgl. par. 3.5.1). In de loop van de twintigste eeuw heeft de rechtspraak zich van dit wettelijke uitgangspunt verwijderd, door bij de dwaling steeds meer aandacht te besteden aan het *gedrag van de wederpartij* als oorzaak van de dwaling.²⁴⁹ Het in par. 3.1.3 besproken arrest Baris/Riezenkamp is van deze ontwikkeling het bekendste voorbeeld.²⁵⁰ Voor het eerst overwoog de Hoge Raad hier ‘dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane

245 Zie voor een inventarisatie Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 46 e.v. en 94.3.

246 Zie bijv. HR 12 november 1982, NJ 1983, 82 (Keizer/Van Andel), waar de Hoge Raad het cassatieberoep verwierp onder verwijzing naar de conclusie van A-G Ten Kate, die overwoog dat een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de bedrogene (slechts) is uitgesloten in geval van bedrog ten aanzien van feiten ‘waarvan de wederpartij op zichzelf niet aan de juistheid behoefde te twijfelen’.

247 Vgl. par. 2.6.1 en 2.7.1, waar bleek dat het Franse en Duitse recht juist om die reden het bedrog kozen als grondslag voor de ontwikkeling van wederzijdse informatieplichten.

248 Zie bijv. De Grooth 1948, p. 58; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 221, aan het slot.

249 De literatuur heeft in dit verband ook een belangrijke rol gespeeld. Zie bijv. Meijers 1922, p. 408; Van Oven 1932, p. 59-60; en De Grooth 1948, p. 19, 29, 83-84, die signalen uit de (lagere) rechtspraak oppikten en aldus de reeds aangevangen ontwikkeling verder bevorderden. Vgl. ook Lokin 1973, p. 45-47, die zich vanuit rechtshistorisch perspectief kritisch toont over de bedoelde ontwikkeling.

250 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp).

mededelingen', aldus aanvaardend dat een onjuiste mededeling van de wederpartij als basis kan dienen voor een geslaagd beroep op dwaling. Waarvoorheen vooral de gebrekkige wilsvorming aan de zijde van de dwalende centraal stond, kreeg voortaan ook het 'toedoen' van de wederpartij de aandacht. In de literatuur wordt aangenomen dat de opkomst van informatieplichten in dit verband een belangrijke rol heeft gespeeld.²⁵¹

De geschetste ontwikkeling is in vergelijking met andere rechtsstelsels niet uniek. Sefton-Green concludeert op basis van rechtsvergelijkend onderzoek dat er zich op het terrein van de dwaling in heel Europa een verschuiving heeft voorgedaan 'from contractual validity (...) to contractual fairness',²⁵² tot uitdrukking komend in een toenemende aandacht voor het gedrag van partijen als oorzaak van de dwaling.²⁵³ Ook zij beschouwt de opkomst van informatieplichten in dit verband als doorslaggevend.²⁵⁴ In Engeland, waar ten opzichte van informatieplichten altijd een grote mate van terughoudendheid heeft bestaan, was de 'causale' benadering van dwalingsgevallen, gericht op de vraag of de wederpartij de dwaling heeft *opgewekt*, van oudsher al gebruikelijk (par. 2.8.2). In de Europese *principles* klinkt die benadering inmiddels ook duidelijk door (par. 2.9.3).

In het licht van de bedoelde ontwikkeling zijn sommige auteurs van mening dat het dogmatische karakter van de dwaling in de afgelopen eeuw is veranderd.²⁵⁵ Dat is inderdaad het geval, althans in die zin dat de toepassing van informatieplichten heeft geleid tot een toegenomen aandacht voor de vraag welk van beide partijen in termen van kennisvergaring of -verstrekking *verantwoordelijk* is voor de dwaling in kwestie. Voor zover de bedoelde auteurs willen suggereren dat het dwalingsleerstuk zich onder invloed van informatieplichten heeft ontwikkeld van een eenzijdige wilsvormingstoetsing (aan de zijde van de dwalende) tot een eenzijdige gedragstoetsing (aan de zijde van de wederpartij),²⁵⁶ is er sprake van een misverstand. De opkomst van informatieplichten behelst de aanvaarding van de gedachte dat onderhandelende partijen *over en weer* zijn gehouden tot informatievergaring en -verstrekking. Voor de dwaling heeft dit geleid tot een meer evenwichtige benadering van de tussen partijen bereikte wilsovereenstemming. Van een 'doorslaan' in de richting van de wederpartij is echter geen sprake. Nog altijd behelst een beroep op dwaling

251 Zie bijv. Van Rossum 1991, p. 30-31; Hesselink 1999, p. 258 (noot 17); Van Dunné 2004a, p. 521; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 163.

252 Sefton-Green 2005, p. 16-17.

253 Sefton-Green 2005, p. 380, 384. Zie in gelijke zin bijv. Ghestin 1993, nr. 593; De Boeck 2000, p. 220-221, 246; Wilhelmsson 2004, p. 712; en Hesselink 2008, p. 13.

254 Sefton-Green 2005, p. 384.

255 Zie bijv. Meijers 1922, p. 408; Van Dunné 1968, p. 37, 40, 49; Van Dunné 1997a, p. 401; Van Dunné 2004a, p. 516; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 163. Vgl. ook Chao-Duvis 1996, p. 374 e.v., die de dwaling plaatst in de sleutel van het door haar veronderstelde (althans bepleite) 'veroorzakersprincipe'.

256 Vooral de bovengenoemde publicaties van Van Dunné tenderen in die richting. Vgl. Van Dunné 2004a, p. 520.

in beginsel niet een verwijt aan het adres van de wederpartij.²⁵⁷ Een eventuele verwijzing naar een onjuiste inlichting of een ongeoorloofd zwijgen van de kant van de wederpartij wordt door de dwalende slechts gebruikt ter ondersteuning van zijn beroep op een gebrekkig gevormde wil.²⁵⁸

De opkomst van informatieplichten heeft dus geleid tot een *synthese* van de beide opvattingen over dwaling,²⁵⁹ zoals duidelijk tot uitdrukking komt in het huidige wettelijke kader, art. 6:228 BW (par. 3.5.5). Het gaat hier om méér dan alleen de dogmatische verzoening van een oude opvatting met een nieuwe. Bovenal ziet de bedoelde synthese op een verbreding van het perspectief. Kern van de geschetste ontwikkeling is niet dat het wilsgebrek dwaling met elementen van gedragstoetsing is verrijkt, maar dat het inzicht is doorgebroken dat de beoordeling der dwaling een tweezijdige benadering vergt.²⁶⁰ Dat *beide* partijen 'hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij', zoals de Hoge Raad overwoog in *Baris/Riezenkamp*,²⁶¹ is de werkelijke verrijking die de ontwikkeling van de afgelopen eeuw ons heeft gebracht. Dientengevolge gaat het in dwalingsvraagstukken niet primair om de gebrekkig gevormde wil van de dwalende, en ook niet uitsluitend om het daaraan ten grondslag liggende gedrag van de wederpartij, maar om de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen over en weer.²⁶²

3.5.5 Vervolg; wettelijk kader

De wettelijke dwalingsregeling van art. 6:228 BW berust op het uitgangspunt dat een dwaling slechts onder 'stringente voorwaarden' tot vernietiging van een gesloten overeenkomst kan leiden.²⁶³ In beginsel komt een dwaling voor eigen rekening van de dwalende, tenzij is voldaan aan de vereisten van art. 6:228 BW.²⁶⁴ Art. 6:228 lid 1 BW bestempelt als vernietigbaar een overeenkomst die onder invloed van dwaling is totstandgekomen, op voorwaarde dat tussen dwaling en totstandkoming causaal verband bestaat en de dwaling voldoet aan de criteria van één van de drie dwalingsrubrieken, zoals opgesomd in lid 1.

257 Zie bijv. Pitlo/Cahen 2002, nr. 236; en Hijma 2009a, p. 20. *Anders* Vranken 1989, p. 6; en Smits 1993, p. 501.

258 Vgl. in die zin Valk 1993, p. 29.

259 Zie *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 3.3. Vgl. ook Nieuwenhuis 1979, p. 95-96.

260 Zie bijv. Hijma 1996, p. 35-36.

261 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (*Baris/Riezenkamp*), besproken in par. 3.1.3.

262 Vgl. Nieuwenhuis 1998, p. 157, die het contractenrecht als 'woud van verwachting' omschrijft; en Valk 2009a, p. 140, die overigens benadrukt dat in dit verband niet *uitsluitend* de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen centraal behoren te staan.

263 Aldus TM, PG Boek 6, p. 900.

264 Zie bijv. Vranken 1989, p. 6; Smits 1993, p. 502; Klik 1998a, p. 299-300; Van Rossum 2000, p. 455-456; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 220; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 160. Vgl. ook Van der Grinten 1967, p. 163.

Het begrip 'dwaling' moet in dit verband worden begrepen als de afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken.²⁶⁵ Het vereiste van 'causaal verband' houdt in dat de dwaling betrekking moet hebben op een voor de dwalende relevant aspect, in die zin dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet, althans niet in de onderhavige vorm, zou zijn gesloten.²⁶⁶ Met het oog op de belangen van de wederpartij, en mede in het licht van de rechtszekerheid, wordt hier als nadere eis gesteld dat het bedoelde causaal verband *kenbaar* was voor de wederpartij.²⁶⁷ Heeft de wederpartij niet begrepen, en ook niet redelijkerwijs behoeven te begrijpen, dat de onjuiste voorstelling van zaken voor de dwalende van doorslaggevende betekenis was, dan is voor vernietiging van de overeenkomst op de voet van art. 6:228 BW geen plaats.²⁶⁸ Het artikel brengt dit 'kenbaarheidsvereiste' in lid 1 sub a tot en met c telkens toegespitst op de desbetreffende dwalingsrubriek tot uitdrukking.²⁶⁹ Daarbij blijkt overigens dat in dit verband niet wordt vereist dat de dwaling zelf kenbaar was voor de wederpartij.²⁷⁰

De opsomming van de drie wettelijk erkende dwalingsrubrieken in lid 1 sub a tot en met c is volgens de heersende leer limitatief bedoeld.²⁷¹ Voor een beroep op dwaling is dus, behalve het bestaan van een onjuiste voorstelling van zaken, causaal verband en kenbaarheid daarvan, tevens vereist dat de dwaling kan worden gerubriceerd onder één van de drie rubrieken van lid 1. Het betreft respectievelijk de dwaling wegens een onjuiste inlichting door de wederpartij (lid 1 sub a), de dwaling wegens schending van een mededelingsplicht door de wederpartij (lid 1 sub b) en de wederzijdse dwaling (lid 1 sub c). Om praktische redenen wordt de schending van een mededelingsplicht hieronder het eerst behandeld (par. 3.6.1 e.v.), gevolgd door de onjuiste inlichting (par. 3.6.6 e.v.) en de wederzijdse dwaling (par. 3.6.9 e.v.).

De in par. 3.5.4 geschetste klassieke opvatting van de dwaling als zuiver wilsgebrek komt vooral tot uitdrukking in de dwalingsrubriek van lid 1 sub c. Wederzijdse dwaling kan immers leiden tot vernietigbaarheid van de over-

265 Zie lid 1 van het oorspronkelijk ontwerp, alsmede PG Boek 6, p. 901 (TM) en p. 908 (MvA II). Zie verder bijv. Chao-Duvis 1996, p. 200; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 226; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 218; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 160; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 41.

266 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 226; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 222; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 171; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 51-52.

267 Dit vereiste speelt reeds van oudsher een rol in het dwalingsleerstuk. Zie bijv. Kamphuisen 1954, p. 436; Kamphuisen 1961, p. 35; Drion 1964, p. 428; en Contractenrecht II (Hijma), aant. 1077 e.v.

268 Vgl. Smits 1993, p. 503, die het vereiste in verband brengt met de vertrouwensleer.

269 Zie MvA II, PG Boek 6, p. 910.

270 Zie bijv. MvA II, PG Boek 6, p. 909, alsmede Van Rossum 1991, p. 22-23; Chao-Duvis 1996, p. 280; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 232; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 227; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 70. Zie ook reeds Hofmann/Abas 1977, p. 86, noot 1. Anders Drion 1960, p. 498; en Drion 1976, p. 572.

271 Zie bijv. Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 164, onder verwijzing naar TM, PG Boek 6, p. 900. Anders Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 230, die een uitbreiding denkbaar acht.

eenkomst, ook indien de wederpartij part noch deel heeft gehad aan het ontstaan der dwaling (par. 3.6.9). De andere twee dwalingsrubrieken zijn meer geïnspireerd door de moderne opvatting van de dwaling als sanctionering van het gedrag van de wederpartij,²⁷² nu het hier gaat om falende *informatieverstrekking* van haar kant (onjuiste respectievelijk onvolledige informatie). Dat juist deze ‘moderne’ dwalingsrubrieken de schending van een informatieplicht betreffen, is geen toeval. In par. 3.5.4 bleek immers dat de opkomst van informatieplichten wordt beschouwd als een doorslaggevende factor in het kader van de aldaar beschreven ontwikkeling van het dwalingsleerstuk.

De tegenstelling tussen de eerste twee dwalingsrubrieken en de derde is overigens niet zo scherp als zij lijkt. Enerzijds kan ook bij wederzijdse dwaling sprake zijn van een verwijt aan het adres van de wederpartij, bijvoorbeeld indien deze door schending van een onderzoeksplicht in dwaling is geraakt (par. 3.6.9). Anderzijds klinkt ook bij de eenzijdige dwalingsrubrieken van lid 1 sub a en b wel degelijk de klassieke theorie van het wilsgebrek nog door. Zo doet bij de dwaling door een onjuiste inlichting van de wederpartij (lid 1 sub a) niet ter zake of die inlichting te goeder trouw is verstrekt (par. 3.6.8). Reeds een ‘bloot’ toedoen van de wederpartij, ongeacht de eventuele verwijtbaarheid daarvan, is in dit verband voldoende voor vernietiging, kennelijk vanwege het grote gewicht dat hier (nog altijd) wordt toegekend aan de gebrekkig gevormde wil van de dwalende. Bij dwaling wegens schending van een mededelingsplicht (lid 1 sub b) kan men de klassieke opvatting nog herkennen in het feit dat ook bij gebreke van subjectieve verwijtbaarheid – namelijk ingeval de wederpartij de te verschaffen gegevens niet kende, maar *geacht* mocht worden te kennen – vernietiging wegens schending van een mededelingsplicht mogelijk is (par. 3.6.2).

Is aan de vier vereisten van art. 6:228 lid 1 BW voldaan, dan kan het dwalingsberoep nog falen in verband met de uitzonderingsgronden van art. 6:228 lid 2 BW. Geen vernietiging kan worden gebaseerd op een dwaling die een ‘uitsluitend toekomstige omstandigheid’ betreft,²⁷³ of die in verband met (i) de aard van de overeenkomst, (ii) de in het verkeer geldende opvattingen of (iii) de omstandigheden van het geval ‘voor rekening van de dwalende behoort te blijven’, aldus lid 2.²⁷⁴ Voor het leerstuk der informatieplichten is met name uitzondering (ii) relevant, en meer in het bijzonder de situatie

272 Vgl. Smits 1993, p. 501, die opmerkt dat eenzijdige dwaling steeds kan worden teruggebracht tot ‘verwijtbaar gedrag van de wederpartij’. Uit het navolgende blijkt dat die stelling niet geheel juist is.

273 Daarvoor is een bijzondere voorziening getroffen in art. 6:258 BW (par. 3.8.9). Vgl. TM, PG Boek 6, p. 903. Zie over deze uitzonderingscategorie bijv. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 121 e.v.

274 Conform MvA II, PG Boek 6, p. 911 worden de drie uitzonderingen hier als gelijkwaardig gepresenteerd. *Anders Asser/Hijma 5-I* (2007), nr. 241; en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III** (2010), nr. 241, die de uitzonderingen (i) en (iii) beschouwen als ondergeschikt aan (ii).

dat de dwaling voor rekening van de dwalende blijft omdat hij naar verkeersopvattingen was gehouden tot nader onderzoek. De hier bedoelde *onderzoeksplicht* van de dwalende, samenhangend met het klassieke verschoonbaarheidsvereiste, komt aan de orde in par. 3.6.11 e.v.²⁷⁵

3.6 DWALING; INFORMATIEPLICHTEN

3.6.1 Art. 6:228 lid 1 sub b BW: mededelingsplicht

Zoekt men in art. 6:228 BW naar informatieplichten, dan springt uiteraard de mededelingsplicht van lid 1 sub b – ook wel aangeduid als de ‘spreekplicht’ – het meest in het oog. Blijkens de wettekst geldt die mededelingsplicht ‘indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten’. Gezien deze tekst, en in het licht van de parlementaire geschiedenis,²⁷⁶ worden in de literatuur doorgaans vier vereisten gesteld voor het bestaan van een dergelijke mededelingsplicht.²⁷⁷ Kort gezegd komen deze hierop neer, dat de wederpartij moet beschikken over (i) kennis van de feiten, (ii) kennis van het causaal verband, en (iii) kennis van de mogelijkheid van een dwaling, terwijl daarenboven sprake moet zijn van (iv) verkeersopvattingen die de gelding van een op het concrete geval toegespitste mededelingsplicht meebrengen.

De vereisten (i) tot en met (iii) kunnen worden beschouwd als het ‘voor-traject’ van de overkoepelende toetsing die in het vierde vereiste besloten ligt.²⁷⁸ Dienovereenkomstig hebben die eerste drie vereisten een – in verhouding tot het vierde – relatief oppervlakkig karakter. Dit hangt samen met hun eenzijdigheid: zij richten zich uitsluitend op de kennis van de *wederpartij*, terwijl volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen *over en weer* beslissend zijn (par. 3.5.4). Het ligt daarom voor de hand in het kader van de vereisten (i) tot en met (iii) terughoudend te zijn met het aannemen van wederzijdse informatieplichten, ten-

275 Zie over de uitzonderingen (i) en (iii) bijv. Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 174-175; en, uitvoeriger, Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 166 e.v.

276 MvA II, PG Boek 6, p. 909 spreekt respectievelijk van de eis dat de wederpartij ‘had behoren te begrijpen dat de dwalende bij een juiste voorstelling de overeenkomst niet had gesloten’ (vereiste ii), dat de wederpartij ‘op grond van hetgeen zij had behoren te begrijpen, de dwalende uit de droom had moeten helpen’ (vereiste iv), dat de wederpartij wist van ‘de *mogelijkheid* van een dwaling’ (vereiste iii) en dat de wederpartij ‘zelf van de betreffende omstandigheden op de hoogte was’ (vereiste i).

277 Zie bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631; Hijma 1991b, p. 663; Castermans 1992a, p. 50 e.v. (die de vereisten (ii) en (iii) samenvoegt); Chao-Duvis 1996, p. 269; Lammers 1998, p. 126; Smits 1999, p. 62; Dammingh 2002, p. 212-214; De Mol 2002, p. 260; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 233; Brink 2009, p. 137; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 166; Hijma & Olthof 2011, nr. 477; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 84.

278 Vgl. Hijma 1991b, p. 663, die de eerste drie vereisten betitelt als ‘basisvereisten’.

einde deze te reserveren voor de beantwoording van de 'hoofdvraag', te weten: of de wederpartij naar verkeersopvattingen gehouden was de dwalende uit de droom te helpen.

Sommige auteurs kiezen een andere benadering, door aan te nemen dat de mededelingsplicht reeds bestaat indien aan de vereisten (i) tot en met (iii) is voldaan, en dat de verkeersopvattingen van vereiste (iv) daaraan nog slechts bij wege van uitzondering afbreuk kunnen doen. Cohen Henriquez verwoordt het in zijn klassieke opstel over de mededelingsplicht bij dwaling als volgt:

'De spreekplicht bestaat in beginsel, als er feiten zijn, waarvan de partij die ze kent, weet of moet begrijpen dat zij relevant zijn voor de wederpartij, die ze misschien niet kent.'²⁷⁹

Castermans kiest in zijn dissertatie over de mededelingsplicht dezelfde benadering, en verbindt daaraan de processuele consequentie dat, indien eenmaal vaststaat dat aan de vereisten (i) tot en met (iii) is voldaan, het op de weg van de *wederpartij* van de dwalende ligt om aannemelijk te maken dat krachtens verkeersopvattingen géén mededelingsplicht bestaat.²⁸⁰

Gezien het beginsel dat aan art. 6:228 BW ten grondslag ligt – geen vernietiging wegens dwaling, behoudens goede redenen voor het tegendeel (par. 3.5.5) – houd ik de geschetste benadering voor minder gelukkig. Volgens de heersende leer heeft hier als uitgangspunt te gelden dat de wederpartij *niet zonder meer* is gehouden om mededeling te doen van de haar bekende feiten, die voor de dwalende kennelijk van belang zijn en waaromtrent mogelijk wordt gedwaald.²⁸¹ Dit uitgangspunt is noodzakelijk in het licht van de contractsvrijheid, die meebrengt dat contractspartijen in de eerste plaats hun eigen belangen mogen (en moeten) behartigen (par. 3.1.2). Het is dus zaak, om van geval tot geval goede argumenten te vinden (in de verkeersopvattingen) voor het aannemen van een mededelingsplicht.²⁸² Het ligt voor de hand om die argumenten in beginsel te laten aandragen door de dwalende, die zich immers op de schending van een mededelingsplicht beroept.²⁸³

279 Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 1. Zie in gelijke zin bijv. Castermans 1992a, p. 71; Lammers 1998, p. 126 (die de verkeersopvattingen slechts van belang acht voor de *omvang* van de mededelingsplicht); en Meijer 2009, p. 130.

280 Castermans 1992a, p. 71-72.

281 Zie bijv. MvA II, PG Boek 6, p. 909, alsmede De Grooth 1948, p. 70-71; Kamphuisen 1954, p. 447; Kamphuisen 1961, p. 125 en 127; Van der Grinten 1974, p. 346; Vranken 1989, p. 5, 11; Hijma 1991b, p. 663; Van Rossum 1991, p. 34, 39; Smits 2002, p. 71; Smits 2003, nr. 28; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 166. Zie ook, vanuit rechtsvergelijkend perspectief, Cartwright 2007, p. 70-71; en Jansen 2008, p. 419-420.

282 Vgl. HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman), r.o. 3.4.

283 Vgl. art. 150 Rv. inzake de stelplicht en bewijslast; en voorts Valk 2010a, p. 914, die terecht opmerkt dat het hier eerder een *argumentatielast* dan een bewijslast betreft. Zie par. 5.3.2 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

3.6.2 Vervolg; basisvereisten

In de voorgaande paragraaf bleek dat de eerste drie vereisten voor het aannemen van een mededelingsplicht kunnen worden beschouwd als preliminaire 'basisvereisten'. Betoogd werd dat de bedoelde vereisten een relatief oppervlakkig (want eenzijdig) karakter hebben, en dat het aannemen van wederzijdse informatieplichten bij dat karakter niet goed past. Meer concreet betekent dit mijns inziens dat de kennis van de wederpartij, die bij de eerste drie vereisten centraal staat, slechts in beperkte mate moet worden geobjectiveerd. Ik licht dat hieronder voor elk van de drie vereisten afzonderlijk toe.

Vereiste (i) houdt in dat een mededelingsplicht slechts kan worden aangenomen indien de wederpartij de feiten waarop die mededelingsplicht betrekking heeft, *kende of geacht mocht worden te kennen*. Ratio is de logische gedachte dat men bezwaarlijk gehouden kan zijn mede te delen wat men niet weet.²⁸⁴ In het Engelse en Duitse recht komt die gedachte sprekend tot uitdrukking in het gebruik van de termen 'duty of disclosure' en 'Aufklärungspflicht', waarin de onthulling van reeds beschikbare informatie besloten ligt.²⁸⁵ Hoewel men de bedoelde gedachte in een zuiver instrumentele benadering van de mededelingsplicht zou kunnen loslaten – beschouwt men de mededelingsplicht slechts als argumentatieve constructie en niet als rechtsplicht, dan is die gedachte immers niet doorslaggevend –, is zij hier toch op haar plaats. Een te sterke objectivering zou in dit verband namelijk leiden tot een onnodig uitdijen van de dwalingsrubriek van lid 1 sub b. Stel dat iemand een zaak verkoopt met een vooralsnog onbekend veiligheidsgebrek, dat enkel door nader onderzoek aan het licht kan komen. Is de koper van die zaak een particulier, en de verkoper een professional, dan ligt vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling (na ontdekking van het gebrek) op zichzelf voor de hand. Het is echter in het algemeen niet inzichtelijk om die vernietiging te baseren op schending van een mededelingsplicht door de verkoper (lid 1 sub b), omdat aldus het eigenlijke verwijt aan diens adres onuitgesproken blijft, althans onderbelicht. Zuiverder acht ik het om een dergelijk geval te kwalificeren als een vorm van wederzijdse dwaling (lid 1 sub c), die wegens schending van een onderzoeksplicht voor rekening van de verkoper moet blijven.²⁸⁶ De dwalingsrubriek van lid 1 sub b blijft zo tot haar natuurlijke reikwijdte beperkt, terwijl die van lid 1 sub c aan praktische relevantie wint (par. 3.6.9).

Gezien het voorgaande acht ik het aannemen van een *onderzoeksplicht* van de wederpartij in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW niet wenselijk (par.

284 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 6 september 2005, *NJF* 2006, 67, r.o. 4.6.1, alsmede Hartlief & Reurich 1999, p. 50; De Boeck 2002, p. 85-86; Hijma 2002, p. 74; Van Wechem 2008, p. 19; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 166; en de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 (Gomes/Rental), sub 4-5.

285 Vgl. Sefton-Green 2005, p. 1-2 (m.b.t. het Engelse recht). Zie voorts par. 2.7.2 en 2.8.1.

286 Vgl. bijv. HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.4.

3.6.4). De hier vereiste kennis aan de zijde van de wederpartij kan dan ook – in navolging van Hijma, en in lichte afwijking van de wettekst – het best worden omschreven in termen van ‘weten’ of ‘geacht mogen worden te weten’, waarbij de laatstgenoemde zinsnede de minimale objectivering teweegbrengt die nodig is – maar ook voldoende – ter vermindering van chicaneuze verweren van de wederpartij.²⁸⁷ Hierbij zij bedacht dat het bewijs van subjectieve kennis vaak moeilijk is, zodat het in zoverre *altijd* gaat om de vraag wat de wederpartij rehtens geacht mocht worden te weten (par. 5.2.3). De gekozen formulering sluit bovendien goed aan bij de tweezijdige benadering die de Hoge Raad in geval van dwaling voorschrijft (par. 3.5.4), door centraal te stellen wat mede vanuit het perspectief van de *dwalende* bij de wederpartij aan kennis aanwezig mocht worden geacht.²⁸⁸

Vereiste (ii) ziet op de kennis van het causaal verband aan de zijde van de wederpartij. Van oudsher wordt dit vereiste aangeduid als het ‘kenbaarheidsvereiste’ (par. 3.5.5). Tegen die terminologie bestaat weinig bezwaar, mits duidelijk is dat ook hier slechts een beperkte ruimte bestaat voor objectivering. Het gaat om de kenbaarheid ‘zonder meer’, dat wil zeggen: zonder nader onderzoek. Beslissend is of de wederpartij het causaal verband kende of geacht mocht worden te kennen, met andere woorden: of zij begreep dan wel geacht mocht worden te begrijpen dat de bij de dwalende levende voorstelling van zaken voor de dwalende van beslissend belang was.²⁸⁹ Ging het bijvoorbeeld om eigenschappen van een verkochte zaak die normaliter door kopers als essentieel worden beschouwd, dan is aan het hier bedoelde vereiste duidelijk voldaan.²⁹⁰ Had de koper daarentegen bepaalde ongebruikelijke verwachtingen met betrekking tot de zaak, welke hij niet op voorhand aan de verkoper kenbaar heeft gemaakt, dan zal het dwalingsberoep moeten falen. De verkeersopvattingen brengen hier mijns inziens enkel een op de *dwalende* (koper) rustende informatieplicht mee, in die zin dat hij zijn eventuele ‘bijzondere wensen’ voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij (verkoper) kenbaar maakt.²⁹¹ Een onderzoeksplicht van de *wederpartij* ter zake van zulke ‘persoonlijke’ informatie – vergelijkbaar met het ‘ken uw cliëntbeginsel’ uit het financiële recht²⁹² – ligt mijns inziens minder voor de

287 Zie Hijma 1991b, p. 663, noot 5; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 234. Zie in gelijke zin Barendrecht 1995, p. 361; en Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 171. Zie ook par. 5.2.2, over kennisgradaties.

288 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 663, noot 5.

289 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 227, alsmede (in gelijke zin) Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 235; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 84.2.

290 Vgl. Wilms 1980, p. 515; Fabre-Magnan 1992, p. 189; Tjittes 1994, p. 57; en De Boeck 2000, p. 445.

291 Vgl. Hofmann/Abas 1977, p. 86, alsmede HR 11 april 1986, NJ 1986, 570 (Kelly/Rietvelt), r.o. 4.3, besproken in par. 3.6.7. Vgl. voorts de tweede volzin van art. 7:17 lid 2 BW, waarover Hijma 2008, p. 160-163.

292 Zie daarover bijv. Grundmann-van de Krol 2010, p. 566-571.

hand,²⁹³ ook omdat een dergelijke onderzoeksplicht zou neerkomen op het stellen van de kenbaarheid der dwaling als vereiste. In par. 3.5.5 bleek reeds dat daarvan volgens de heersende leer geen sprake kan zijn.

Vereiste (iii) berust op de vanzelfsprekende gedachte dat de mededelingsplicht uitsluitend geldt ten aanzien van informatie waarover men in redelijkheid kan dwalen. Dezelfde gedachte komt in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld tot uitdrukking in de regel dat voor algemeen bekende risico's normaliter niet hoeft te worden gewaarschuwd (par. 4.3.13). In de contractuele sfeer betekent dit bijvoorbeeld dat de verkoper van een auto zijn koper vanzelfsprekend niet hoeft te wijzen op het feit dat voor het besturen daarvan een rijbewijs is vereist. Uit het onderhavige basisvereiste volgt tevens dat géén mededelingen behoeven te worden verstrekt indien vaststaat dat de dwalende reeds genoegzaam met de betrokken informatie bekend was geraakt, dankzij eerdere mededelingen van de wederpartij of dankzij informatieverstrekking door derden.²⁹⁴ Men kan een en ander beschouwen als de manifestatie van een 'onderzoeksplicht' van de dwalende, maar dat lijkt een wat al te gewichtige formulering. In elk geval is hier – opnieuw – voor een onderzoeksplicht aan de zijde van de *wederpartij* geen plaats. Als lichte toets volstaat of de wederpartij de *mogelijkheid* van een dwaling kende of geacht mocht worden te kennen. Korthedshalve wordt in de literatuur meestal gezegd dat de wederpartij 'rekening moest houden met een dwaling',²⁹⁵ hetgeen op hetzelfde neerkomt. Omwille van een consequente terminologie omschrijf ik de hier vereiste kennis van de wederpartij bij voorkeur in termen van kennen of geacht mogen worden te kennen.

3.6.3 Vervolg; gezichtspunten

In par. 3.6.1 werd betoogd dat de eigenlijke hoofdvraag van art. 6:228 lid 1 sub b BW – was de wederpartij, gelet op de gerechtvaardigde verwachtingen van de dwalende, gehouden tot een mededeling? – besloten ligt in het vierde vereiste voor het bestaan van een mededelingsplicht. Uiteindelijk zal aan de hand van de *verkeersopvattingen* moeten worden beoordeeld of in het concrete geval een mededelingsplicht gold.²⁹⁶ Over deze verkeersopvattingen als

293 Zie in gelijke zin bijv. Hofmann/Abas 1977, p. 88; Wilms 1980, p. 515; Fabre-Magnan 1992, p. 188; Barendrecht 1995, p. 361; De Boeck 2000, p. 444-445; en Busch 2008, p. 133. Zie nader over het onderscheid tussen 'zakelijke' en 'persoonlijke' informatie par. 1.5.2.

294 Zie bijv. HR 14 november 2008, L/JN BF0407, NJ 2008, 588 (Van Daltsen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8.

295 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 663; Smits 1999, p. 62; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 235; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 166; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 84.3.

296 Zie over de dogmatische achtergrond van de verkeersopvattingen als grondslag voor informatieplichten bij dwaling par. 2.2.3, en in het bijzonder de aldaar besproken visie van Memelink.

grondslag voor de wederzijdse informatieplichten bij dwaling valt in algemene zin relatief weinig te zeggen. Hun waarde is immers gelegen in het feit dat zij de rechter de ruimte bieden om van geval tot geval te bepalen hoe de communicatie tussen partijen had moeten verlopen. Toch kunnen in dit verband wel degelijk algemene aanknopingspunten worden geformuleerd. Het door Hartkamp en Sieburgh geschetste beeld van een gemankeerde rechtspraak, die 'tastend haar weg' gaat,²⁹⁷ lijkt in die zin wat te negatief.²⁹⁸

Als uitgangspunt heeft te gelden, zo bleek reeds in par. 3.6.1, dat de wederpartij niet zonder meer is gehouden om mededeling te doen van de haar bekende feiten, die voor de dwalende kennelijk van belang zijn en waaromtrent mogelijk wordt gedwaald. Steeds moeten in de verkeersopvattingen goede argumenten worden gevonden voor het aannemen van een mededelingsplicht. Op het niveau van de concrete casuïstiek biedt de jurisprudentie talloze voorbeelden van zulke argumenten (par. 3.7). In de literatuur zijn deze gegeneraliseerd tot velerlei *gezichtspunten*,²⁹⁹ die zich op hun beurt weer laten indelen in een drietal categorieën.

Allereerst is er een reeks gezichtspunten die betrekking hebben op de *aard van de rechtsverhouding*. Relevant zijn bijvoorbeeld de hoedanigheid of maatschappelijke positie van partijen,³⁰⁰ hun onderlinge verhouding,³⁰¹ de duurzaamheid of betrouwbaarheid daarvan,³⁰² het type contract in kwestie,³⁰³ en de deskundigheid over en weer.³⁰⁴ Vooral dat laatste gezichtspunt, de

297 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232. Vgl. ook Brink 2009, p. 174, die spreekt van 'het niemandsland tussen onderzoeksinspanning en informatieverschaffing'.

298 Vgl. Raaijmakers 2002, p. 82.

299 Zie voor een overzicht van relevante gezichtspunten bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631-632; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54 e.v.; Raaijmakers 2002, p. 71-78; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232 aan het slot; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85. Vgl. voor een empirische benadering, vanuit Amerikaans perspectief, Krawiec & Zeiler 2005, p. 1879-1882.

300 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 664; Van Rossum 1991, p. 36; Tjittes 1994, p. 49-54; De Boeck 2000, p. 241-244; Dammingh 2000, p. 217; Dammingh 2002, p. 236-239; en Raaijmakers 2002, p. 71.

301 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 664; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54; Smits 1999, p. 65; en Raaijmakers 2002, p. 60 (die dit gezichtspunt van bijzonder gewicht acht).

302 Zie bijv. Kamphuisen 1954, p. 447; Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 3; Van Rossum 1991, p. 37; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 58-59; Van Joolingen 2002, p. 210; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232 aan het slot; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85.

303 Zie bijv. Cohen Henriquez 1974, p. 11; Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 5-6; Vranken 1989, p. 15; Hijma 1991b, p. 664; Van Rossum 1991, p. 37; Raaijmakers 2002, p. 77; Smits 2002, p. 71; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232 aan het slot. Vgl. ook art. 6:228 lid 2 BW, alsmede de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), sub 13-14; en de conclusie van A-G Wuisman voor HR 6 juni 2008, LjN BC7717, RvdW 2008, 604, sub 2.10.

304 Zie bijv. Kamphuisen 1954, p. 447; Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 2 en 7; Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Hartkamp 1990, p. 658; Hijma 1991b, p. 664; Van Rossum 1991, p. 35; Castermans 1992a, p. 95-96; De Kluijver 1992, p. 77-78; Tjittes 1994, p. 49-51; Chao-Duivis 1996, p. 273-277; Smits 1999, p. 64-65; Dammingh 2000, p. 217; Brink 2009, p. 150-151; Asser/

deskundigheid van de dwalende en zijn wederpartij, neemt in rechtspraak en literatuur een vooraanstaande positie in. Aangenomen wordt dat op een deskundige eerder een mededelingsplicht rust en dat – omgekeerd – jegens een deskundige minder snel een mededelingsplicht geldt.³⁰⁵ ‘Compétence oblige’, zoals Nieuwenhuis het formuleert.³⁰⁶

Het lijkt verkieslijk om in dit verband uitsluitend de ‘formele’ deskundigheid, die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor partijen *kenbaar* was, mee te wegen. Aangezien immers het gewicht van de deskundigheid als gezichtspunt is gelegen in het vertrouwen dat daaraan in het maatschappelijk verkeer mag worden ontleend, is zuiver ‘interne’ deskundigheid hier in zoverre irrelevant. De heersende leer biedt steun voor deze visie, met dien verstande dat de meeste auteurs haar vooral projecteren op de deskundigheid van de *dwalende*.³⁰⁷ In de literatuur ligt derhalve de nadruk op de gedachte dat interne deskundigheid van de dwalende niet kan afdoen aan een eenmaal aangenomen mededelingsplicht van de wederpartij.³⁰⁸ Gezien de tweezijdige benadering die de Hoge Raad in geval van dwaling voorschrijft (par. 3.5.4), lijkt mij een vergelijkbare benadering geboden bij de beoordeling van de deskundigheid van de *wederpartij*.³⁰⁹ Bij de vaststelling van een mededelingsplicht gaat het mijns inziens om de al of niet deskundige wijze waarop de wederpartij zich aan de dwalende heeft gepresenteerd. Dat betekent enerzijds dat het feit dat de wederpartij in werkelijkheid minder wist dan op grond van haar ogenschijnlijke deskundigheid mocht worden verwacht, als zodanig geen argument tégen het aannemen van een mededelingsplicht vormt (par. 3.6.4). Het betekent anderzijds dat een zuiver interne deskundigheid van de wederpartij als zodanig niet leidt tot een verzwaarde mededelingsplicht, omdat de dwalende niet op die deskundigheid heeft kunnen (althans mogen) vertrouwen. Mocht de rechter gewicht willen toekennen aan het feit dat de wederpartij ‘toevallig’ meer wist dan verwacht, dan verdient het mijns inziens de voorkeur

Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232 aan het slot; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 170; T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 3b; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 86. Enigszins *anders* Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54-58, die menen dat de wederzijdse deskundigheid in dienstverleningsrelaties weinig licht werpt op omvang en reikwijdte van de informatieplicht.

305 Zie bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 2 en 7; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 236; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 170.

306 Nieuwenhuis 1986a, p. 320.

307 Zie bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 2 en 7; Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Vranken 1989, p. 13; Hijma 1991b, p. 664; Castermans 1992a, p. 95-96; Chao-Duivis 1996, p. 274-275; Smits 1999, p. 65; Dammingh 2002, p. 218, 237; Smits 2002, p. 71; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 236.

308 Ter nuancering aanvaardt overigens de heersende leer dat zulke ‘interne’ deskundigheid van de dwalende wel ertoe kan leiden dat de dwaling in verband met de ‘omstandigheden van het geval’ op grond van art. 6:228 lid 2 BW voor rekening van de dwalende blijft. Vgl. Hijma 1991b, p. 666.

309 Aldus kennelijk ook Tjittes 1994, p. 52; en Dammingh 2002, p. 237-238.

om de betreffende mededelingsplicht te koppelen aan de *feitelijke kennis* van deze wederpartij, en niet aan haar zogenaamde deskundigheid (par. 5.3.5).

Een tweede categorie gezichtspunten heeft betrekking op de *aard van de medede te delen informatie*. Voor het aannemen van een mededelingsplicht zijn bijvoorbeeld de bijzonderheid,³¹⁰ complexiteit,³¹¹ importantie³¹² en vertrouwelijkheid³¹³ van de betrokken informatie relevant. Ook de traceerbaarheid van de informatie is van belang, in die zin dat bijvoorbeeld voor zichtbare gebreken van een verkochte zaak minder snel hoeft te worden gewaarschuwd dan voor verborgen gebreken.³¹⁴ Voorts geldt in dit verband de bekende vuistregel dat informatie met betrekking tot de *waarde* van de prestatie in beginsel niet hoeft te worden gedeeld.³¹⁵ Immers, zo stelt Schoordijk, de 'gehele handel bestaat uit een zekere geheimzinnigheid in het prijsbeleid'.³¹⁶ Tegen deze achtergrond rust er bijvoorbeeld geen mededelingsplicht op de winkelier die weet dat zijn klanten bij de concurrent goedkoper uit zijn,³¹⁷ of op de koper die weet dat de gekochte zaak meer waard is dan de door hem bedongen prijs.³¹⁸

Laatstbedoelde vuistregel kan ook in verband worden gebracht met de derde categorie van gezichtspunten, die ziet op de *aard van de betrokken belangen*.³¹⁹ Relevant is bijvoorbeeld of de wederpartij hoge kosten heeft gemaakt

310 Zie bijv. Raaijmakers 2002, p. 66 en 73; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85. Vgl. ook, in ander verband, Hofmann/Abas 1977, p. 86.

311 Zie bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 4; Van Rossum 1991, p. 37; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 59; Smits 1999, p. 65; Raaijmakers 2002, p. 77; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232 aan het slot; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85.

312 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 664; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54; Smits 2003, nr. 28; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 3b.

313 Zie bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 632, sub 9; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85.

314 Zie bijv. HR 2 mei 1980, NJ 1981, 51 m.nt. WMK (Teering/Putman), alsmede Dammingh 2002, p. 217; Raaijmakers 2002, p. 76; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 168; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 3b. Vgl. ook het Anglo-Amerikaanse onderscheid tussen *latent defects* en *patent defects*, waarover bijv. Krawiec & Zeiler 2005, p. 1799, 1880.

315 Zie bijv. Drion 1960, p. 498-500; Kamphuisen 1961, p. 80 en 97-98; Van Dunné 1968, p. 14-15; Cohen Henriquez 1976, p. 631-632, sub 8; Hijma 1991b, p. 663; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 65, 106; Nieuwenhuis 2004, p. 67; Huijgen 2008, nr. 9a; Nieuwenhuis 2009, p. 2263; Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 183; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 3b. Vgl. ook reeds Thomas van Aquino, Boek II, deel II, quaestio 77, articulus 1. Enigszins *anders* Schut 1966, p. 260, die 'bij een extravagant waardeverschil' het dwalingsberoep niet uitgesloten acht.

316 Schoordijk 1979, p. 498.

317 Aldus MvA II, PG Boek 6, p. 909. Vgl. recent Hof Amsterdam 27 januari 2009, NJ 2009, 312, r.o. 3.18.3.

318 Vgl. HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert), besproken in par. 3.7.14, waaruit overigens blijkt dat er wél sprake kan zijn van een mededelingsplicht omtrent bijzondere *eigenschappen* van de zaak, die een uiteenlopen van de bedongen prijs en de werkelijke waarde veroorzaken.

319 Zie hierover in algemene zin Castermans 1992a, p. 4-5.

ter verkrijging van de mede te delen informatie, hetgeen zal pleiten tégen het aannemen van een mededelingsplicht.³²⁰ Als vuistregel wordt wel genoemd dat ten aanzien van toevallig verkregen informatie eerder een mededelingsplicht geldt dan ten aanzien van informatie die de vrucht is van weloverwogen onderzoeksinspanningen.³²¹ Ook indien de wederpartij anderszins een te respecteren belang heeft bij het achterhouden van de betrokken informatie, bijvoorbeeld omdat de dwalende een bijzonder lage prijs heeft bedongen,³²² kan op die grond de gelding van een mededelingsplicht worden verworpen. Vóór het aannemen van een mededelingsplicht kan pleiten dat de *veiligheid* van de dwalende in het geding is.³²³

Meer in het algemeen kunnen hier de aard en omvang van het voor de dwalende dreigende *nadeel*, voor zover voorzienbaar voor de wederpartij, een rol spelen.³²⁴ Bij de hantering van dit gezichtspunt is overigens voorzichtigheid geboden. In de eerste plaats zij bedacht dat de aanwezigheid van nadeel niet *vereist* is voor een geslaagd beroep op dwaling.³²⁵ In de tweede plaats verdient opmerking dat het hier bedoelde gezichtspunt doorgaans niet zonder meer soelaas biedt, nu een voor de dwalende dreigend nadeel evengoed ter onderbouwing van een mededelingsplicht als ter adstructie van een eigen onderzoeksplicht kan worden gebruikt. Het verdient dan ook de voorkeur om het in concreto dreigende nadeel steeds zo veel mogelijk te specificeren, teneinde te beoordelen welk van beide partijen zich dat nadeel onder de gegeven omstandigheden had moeten aantrekken.

Bovenstaande lijst van vuistregels en gezichtspunten is uiteraard niet volledig. In het concrete geval kunnen nog vele andere, meer specifieke omstandigheden een rol spelen. Het verdient echter geen aanbeveling de lijst uit te breiden met meer *algemene criteria*, zoals de ‘onderzoeksplicht van de wederpartij’,³²⁶ de ‘ruilrechtvaardigheid’,³²⁷ de ‘veroorzaking’ der dwaling,³²⁸

320 Vgl. in het kader van bedrog art. II-7:205(3) sub b DCFR.

321 Zie bijv. Castermans en Notermans 1985, p. 145-146; Vranken 1989, p. 11-12; Van Rossum 1991, p. 34; Chao-Duivis 1996, p. 277-278 (die zich kritisch uitlaat over deze vuistregel); Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 66-67; Smits 1999, p. 66-67; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85. Zie ook par. 1.4, over de rechts-economische benadering van informatieplichten.

322 Zie Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 166. Vgl. ook De Boeck 2000, p. 453, die meent dat een ‘manifest lage prijs’ met name voor de professionele koper, maar ook voor de leek een onderzoeksplicht kan doen ontstaan.

323 Zie bijv. Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Hartkamp 1990, p. 658; Van Rossum 1991, p. 37; Castermans 1992a, p. 100-105; Smits 1999, p. 43, 68; Raaijmakers 2002, p. 76, 77; Smits 2002, p. 71; Smits 2003, nr. 28; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 245; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85.

324 Zie bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 59-60; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 3b. Vgl. ook, in het kader van de wilsvertrouwensleer, par. 3.2.1.

325 Aldus uitdrukkelijk HR 19 januari 2001, NJ 2001, 159 (Clemens/Schüring), r.o. 3.4; en HR 4 september 2009, LJN BH7854, NJ 2009, 398 (Van Eendenburg c.s./De Alternatieve), r.o. 3.4.2. Vgl. ook Hijma 1991b, p. 665-666.

326 Genoemd door Smits 1999, p. 68-69; en Dammingh 2000, p. 217.

of de vraag 'in wiens sfeer' de betrokken informatie ligt.³²⁹ Zulke criteria bieden de rechter (en partijen) immers in concreto weinig houvast.³³⁰ Zij behelzen veeleer een herformulering van de centraal staande vraag dan een argument voor de beantwoording ervan. Om vergelijkbare redenen acht ik weinig zinvol de bekende overweging van de Hoge Raad in *Offringa/Vinck en Van Rosberg* dat in dit verband 'ook en vooral' moet worden gelet op het feit dat art. 6:228 BW strekt tot bescherming van *onvoorzichtige* kopers.³³¹ Ervan uitgaande dat in geval van dwaling bij het sluiten van een koopovereenkomst vrijwel altijd sprake is van een tot op zekere hoogte onvoorzichtige koper, en het derhalve juist de *vraag* is of die koper in het kader van art. 6:228 BW wordt beschermd, voegt dit beoordelingsvoorschrift weinig concreets toe (par. 3.6.17). Ook de algemeen geformuleerde vuistregel van Barendrecht en Van den Akker, inhoudend dat de mededelingsplicht bij dwaling slechts betrekking heeft op de overeengekomen prestatie zélf, en niet op de daarmee samenhangende 'externe' omstandigheden,³³² biedt aldus beschouwd weinig soelaas. De bedoelde 'externe' omstandigheden dienen zich immers niet op voorhand afgebakend aan, maar kunnen eerst door een casusgerichte toepassing van de bovengenoemde gezichtspunten worden getraceerd.

3.6.4 Vervolg; onderzoeksplicht uit hoofde van mededelingsplicht?

In par. 3.6.2 werd als basisvereiste voor het aannemen van een mededelingsplicht vooropgesteld dat de wederpartij de feiten waarop die mededelingsplicht betrekking heeft, kende of geacht mocht worden te kennen. Betoogd werd dat deze 'kennis van de feiten' slechts in beperkte mate moet worden geobjectievereerd en dat, meer in het bijzonder, het aannemen van een *onderzoeksplicht* van de wederpartij in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW ongewenst is. Dat betoog verdient hier nadere uitwerking, omdat de meerderheid der auteurs een dergelijke onderzoeksplicht uit hoofde van een mededelingsplicht – een

327 Genoemd door Castermans 1992a, p. 10. Castermans hanteert als 'uitgangspunt' dat 'de positie van onderhandelende partijen gelijk moet zijn' en dat er reden is een mededelingsplicht aan te nemen zodra 'één van beide partijen wat kennis betreft meer in haar mars heeft dan de ander' (p. 10 en 189).

328 Genoemd door Chao-Duivis 1996, p. 352 e.v.

329 Genoemd door Van Rossum 1991, p. 34; Raaijmakers 2002, p. 78; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; en *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 85. Dit gezichtspunt is ontleend aan HR 7 december 1979, *NJ* 1980, 290 m.nt. GJS (Van Hensbergen/Den Haag).

330 Vgl. Raaijmakers 2002, p. 70.

331 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (*Offringa/Vinck en Van Rosberg*), r.o. 3.5.

332 Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54, 71-72, 106 e.v. Vgl. ook Cohen Henriquez 1976, p. 632, sub 10, die betoogt dat de mededelingsplicht beperkt is tot het 'object van de transactie'; en Krawiec & Zeiler 2005, p. 1800-1802, die het Anglo-Amerikaanse onderscheid tussen 'intrinsic' en 'extrinsic information' behandelen.

‘obligation de s’informer pour informer’ (par. 2.6.2) – wél aanvaardt.³³³ Ook de wetgever heeft bij de totstandkoming van art. 6:228 lid 1 sub b BW met zoveel woorden gewezen op de mogelijkheid van een mededelingsplicht ingeval de wederpartij de relevante feiten niet kende, maar ‘zelf met het oog op de belangen van de gegadigde een onderzoek had dienen in te stellen’.³³⁴

De Hoge Raad toont zich in dit verband echter terughoudend.³³⁵ In het arrest Ernst en Latten/Crombag-Spaai³³⁶ moest hij oordelen over de vraag of de kopers van een ‘landelijk gel. ruim woonhuis met schuur en grote achtertuin’ zich op vernietiging wegens dwaling konden beroepen in verband met het feit dat krachtens het gemeentelijke bestemmingsplan een weg door die achtertuin bleek te worden aangelegd. De verkoopster, vastgoedmaatschappij Crombag-Spaai, was ten tijde van de verkoop niet op de hoogte van het bewuste bestemmingsplan.³³⁷ Toen kopers er in het kader van de onderhandelingen naar vroegen (zij hadden blijkbaar wel enig vermoeden³³⁸), antwoordde de directeur van Crombag-Spaai dat ‘bij zijn weten’ het onroerend goed niet in een bestemmingsplan viel. Na ontdekking van het tegendeel beriepen kopers zich op dwaling in verband met een onjuiste, althans onvolledige informatieverstrekking door Crombag-Spaai.³³⁹ Rechtbank, hof en Hoge Raad lieten de koopovereenkomst evenwel in stand, kennelijk op grond van de gedachte dat kopers door de inlichting van de directeur – welke inlichting gezien het opgenomen voorbehoud niet onjuist was – reeds voldoende op het risico van een onwelgevallig bestemmingsplan waren geattendeerd. Een nadere mededelingsplicht, in die zin dat Crombag-Spaai naar aanleiding van de gestelde vraag bij de gemeente zou nagaan of de tuin in een bestemmingsplan

333 Zie bijv. Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Van Delft-Baas 1987, p. 182-183; Van Rossum 1991, p. 158; Castermans 1992a, p. 85-86; Tjittes 1994, p. 51; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 56, 171-175; Smits 1999, p. 62; De Boeck 2000, p. 205, 446; Dammingh 2002, p. 212, noot 26; Pitlo/Cahen 2002, nr. 238; Raaijmakers 2002, p. 69; Clarke 2007, p. 127; Slijper 2009, p. 102; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 231; Hijma & Olthof 2011, nr. 477, sub 1; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 5a.

334 MvA II, PG Boek 6, p. 909. Vgl. ook MvA I, PG Boek 7, Titel 17, p. 23 (m.b.t. art. 7:928 BW, waarover par. 3.11.4).

335 Aldus ook Hijma 1992a, p. 133; Barendrecht 1995, p. 361; Chao-Duivis 1996, p. 271-272; Dammingh 2000, p. 217; en de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 11 juli 2008, L/JN BD2410, NJ 2010, 258 (Gomes/Rental), sub 4-5. Overigens ziet Van Rossum 1991, p. 158 aanwijzingen voor een kentering in HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), besproken in par. 3.7.15.

336 HR 18 april 1986, NJ 1986, 747 m.nt. G (Ernst en Latten/Crombag-Spaai).

337 Zo werd althans bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel in feitelijke instanties aangenomen.

338 Vgl. de NJ-annotatie van W.C.L. van der Grinten, die kwestieus acht of kopers ‘zich werkelijk een onjuiste voorstelling van zaken hebben gemaakt’ en die de zaak beschouwt als een ‘duidelijk voorbeeld van een kansloos beroep op dwaling’.

339 De precieze grondslag van de dwaling bleef onuitsproken, maar kopers hadden kennelijk het oog op schending van een mededelingsplicht door Crombag-Spaai (thans art. 6:228 lid 1 sub b BW), en meer in het bijzonder schending van een onderzoeksplicht uit hoofde van die mededelingsplicht.

viel, om de betreffende informatie vervolgens met kopers te delen, werd door de Hoge Raad uitdrukkelijk van de hand gewezen. De stelling ‘dat “een ter zake kundig onroerend goed-handelaar” zich met het oog op de belangen van de koper ervan op de hoogte behoort te stellen of een door hem te koop aangeboden onroerend goed in een bestemmingsplan ligt en dat de koper er, behoudens bijzondere omstandigheden, van mag uitgaan dat de verkoper dat heeft gedaan’ vindt ‘in haar algemeenheid geen steun (...) in het recht’, aldus de Hoge Raad (r.o. 4.2).

Kennelijk ziet de Hoge Raad in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW niet veel ruimte voor het aannemen van een op de wederpartij rustende onderzoekspllicht. De consequenties van deze ogenschijnlijk ferme opstelling kunnen echter in twee opzichten worden gerelativeerd. Allereerst is, zoals bleek in par. 3.6.3, de *deskundigheid* van partijen een belangrijk gezichtspunt bij het aannemen van een mededelingspllicht. Door nu de omvang van de mededelingspllicht afhankelijk te stellen van de deskundigheid van de wederpartij, kunnen resultaten worden bereikt die sterk vergelijkbaar zijn met de toepassing van een onderzoekspllicht.³⁴⁰ De constructie in termen van deskundigheid is intussen zuiverder, omdat de mededelingspllicht hier wordt gebaseerd op de kennis die de wederpartij in de ogen van de dwalende *geacht mocht worden* te hebben (par. 3.6.2), en niet op de fictieve kennis die zij *zou hebben gehad* indien zij nader onderzoek had verricht.

In de tweede plaats kan de wederpartij in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW op een gebrek aan kennis worden afgerekend door toepassing van een *mededelingspllicht omtrent eigen onwetendheid*.³⁴¹ Onder omstandigheden is de wederpartij gehouden haar eigen twijfel op een bepaald punt aan de dwalende kenbaar te maken, zodat deze desgewenst een nader onderzoek kan instellen. Een dergelijk ‘nescio’ van de wederpartij was reeds aan de orde in het bovengenoemde arrest Ernst en Latten/Crombag-Spaai (‘bij mijn weten niet’). Meer recent speelde het ook een rol in het arrest Gomes/Rental.³⁴² Het ging hier om de bekende problematiek van de koop (in casu: huurkoop) van een tweedehands auto met een verstoorde kilometerteller (par. 3.7.1). Verkoper Rental – die van de onjuistheid van de weergegeven kilometerstand niet op de hoogte was, maar er kennelijk wel rekening mee hield – had de koper op het betreffende risico gewezen door in de overeenkomst als clausele op te nemen ‘km-stand: onlogisch’. In de toepasselijke algemene voorwaarden stond voorts vermeld dat de juistheid van de kilometerstand niet kon worden gegarandeerd, dat de weergegeven kilometerstand ‘naar beste weten’ van de verkoper de juiste was en dat koper ‘de feitelijke kilometerstand’ als de juiste aanvaardde. Het hof verwierp tegen deze achtergrond kopers beroep op dwaling, nu deze voorafgaand aan de koop geen enkel onderzoek naar de

340 Vgl. in ander verband HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509 m.nt. CJHB (Van Dijk/Bedaux en Stok).

341 Zie bijv. Barendrecht 1995, p. 361.

342 HR 11 juli 2008, LJN BD2410, NJ 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental).

werkelijke kilometerstand had gedaan. In cassatie verstaat de Hoge Raad 's hofs oordeel aldus 'dat Rental aan haar mededelingsplicht met betrekking tot de bestaande twijfel omtrent de juistheid van de kilometerstand van de auto heeft voldaan' en dat koper tegen die achtergrond had moeten begrijpen dat 'vraagtekens gezet konden worden' bij de weergegeven kilometerstand, zodat het op de weg van koper had gelegen om 'nader onderzoek daarnaar' te doen (r.o. 3.7.2). Van een onderzoeksplicht aan de zijde van de *verkoper* is volgens de Hoge Raad geen sprake (r.o. 3.7.3):

'Ook een professionele autoverkoper mag in beginsel, mits hij de bestaande twijfel omtrent de juistheid van de kilometerstand met voldoende duidelijkheid aan de koper mededeelt, met een dergelijke mededeling volstaan en aan de koper overlaten of deze daaromtrent nader onderzoek wenst te (laten) doen.'

Wat betreft die eis van 'voldoende duidelijkheid' heeft koper in cassatie overigens succes. De Hoge Raad acht de onderhavige voorgedrukte mededelingen omtrent de kilometerstand in overeenkomst en algemene voorwaarden 'op zichzelf onvoldoende' om de koper mede te delen dat twijfel bestaat omtrent de juistheid van de kilometerstand (r.o. 3.7.4). Over deze kwestie, de *inhoud* van de toepasselijke mededelingsplicht, handelt de volgende paragraaf.

Al met al is het aannemen van een onderzoeksplicht uit hoofde van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW niet alleen onwenselijk vanuit een oogpunt van wetssystematiek en zuiverheid van redenering (par. 3.6.2), maar ook overbodig in het licht van de bovenstaande twee nuanceringen uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Hiermee is niet gezegd dat de onderzoeksplicht van de wederpartij helemaal geen rol behoort te spelen in het kader van art. 6:228 BW. Zij kan mijns inziens aan de orde komen bij de *wederzijdse dwaling* van lid 1 sub c (par. 3.6.9). Het lijkt mij van belang dat aldus de onderzoeksplicht van de wederpartij wordt onderscheiden van de bovenbedoelde mededelingsplicht omtrent informatie die de wederpartij 'geacht mocht worden' te kennen. Het streven moet immers zijn om in rechte te komen tot een zo concreet mogelijke formulering van het 'verwijt' dat de wederpartij in termen van kennisvergaring of -verstrekking wordt gemaakt. Mocht de wederpartij uit hoofde van haar deskundigheid bekend worden verondersteld met de onjuistheid van een bepaalde veronderstelling bij de dwalende of koesterde zij twijfels omtrent de juistheid daarvan, dan kan men zeggen dat de wederpartij haar (veronderstelde) kennis respectievelijk haar twijfels met de dwalende had moeten delen. Wist de wederpartij daarentegen zelf niet beter dan de dwalende, en koesterde zij ook geen twijfels, dan lijkt een zodanige redenering misplaatst. Het verwijt aan het adres van de wederpartij kan dan beter worden geformuleerd in termen van een geschonden onderzoeksplicht, in het kader van de *wederzijdse dwaling* (par. 3.6.9).

3.6.5 Vervolg; inhoud van de mededelingsplicht

Indien eenmaal, na afwikkeling van de hierboven besproken basisvereisten en gezichtspunten, op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW een mededelingsplicht is aangenomen, rijst de vraag of de wederpartij deze onder de gegeven omstandigheden correct heeft nageleefd. Het gaat hier, met andere woorden, om de *inhoud* van de mededelingsplicht, een kwestie die tot op heden in de Nederlandse literatuur en jurisprudentie betrekkelijk weinig aandacht heeft gekregen. Uit het arrest Gomes/Rental uit 2008, dat in de voorgaande paragraaf werd besproken, kan als basisnorm worden afgeleid dat de verstrekte mededeling in elk geval voldoende *duidelijk* moet zijn.³⁴³ Hijma brengt deze regel in verband met de wilsvertrouwensleer (par. 3.2.1), die van de verklarende partij eist dat deze haar wilsverklaring zodanig tot uitdrukking brengt, dat de wederpartij hierin redelijkerwijs de achterliggende bedoeling kan herkennen:

‘Het naleven van een mededelingsplicht is een daad van communicatie. Wanneer een contractant aan de ander bepaalde gegevens moet mededelen, zal hij ervoor moeten zorgen dat zijn uiting een zodanig reliëf heeft, dat de ander daarin de verlangde mededeling herkent (art. 3:37 lid 1 jo. 3:35 BW).’³⁴⁴

Uit deze eis van duidelijkheid kan in de eerste plaats worden afgeleid dat de mededeling voldoende *begrijpelijk* moet zijn voor de dwalende. De mededeling moet zodanig worden ingekleed, dat de dwalende geacht mag worden deze te begrijpen en ernaar te handelen.³⁴⁵ De onderhavige begripelijkheidstoets leent zich voor differentiatie naar gelang van de concrete begripsvermogens van de dwalende (voor zover kenbaar aan de zijde van de wederpartij).³⁴⁶ Dienovereenkomstig wordt in de Duitse literatuur betoogd ‘dass die Aufklärung nach Inhalt wie Form dem Verständnishorizont des Vertragspartners angepasst sein muss’.³⁴⁷ Meer concreet betekent dit bijvoorbeeld dat de mededeling zo nodig moet worden vertaald.³⁴⁸ Ook is denkbaar dat, gelet op de geringe deskundigheid van de dwalende, een nadere toelichting bij de mededeling is vereist. Hijma betoogt in dit verband terecht ‘dat een mededelingswij-

343 HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental), r.o. 3.7.3 (geciteerd in par. 3.6.4). Vgl. ook r.o. 3.7.4, waar de Hoge Raad spreekt over ‘de vereiste duidelijkheid’. Zie voorts bijv. *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 83A.

344 Aldus de *NJ*-annotatie van Jac. Hijma bij het arrest Gomes/Rental, sub 7.

345 Vgl. par. 2.3.3, over de strekking van informatieplichten tot bevordering van ‘informed consent’.

346 Vgl. *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 83A.

347 Aldus Müko/Roth (2003), § 241, nr. 134.

348 Aldus bijv. De Boeck 2000, p. 452.

ze die jegens een (erop ingespeelde) ondernemer helder is, jegens een leek onvoldoende duidelijk kan zijn'.³⁴⁹

Voor de mate van begrijpelijkheid lijkt in beginsel niet relevant in welke fysieke *vorm* de mededeling is gegoten. Mede gelet op het uitgangspunt van vormvrijheid (art. 3:37 lid 1 BW) zal de wederpartij mijns inziens mogen kiezen tussen een (begrijpelijke) mondelinge of een (begrijpelijke) schriftelijke mededeling. Interessant is in dit verband de visie van De Boeck, die betoogt dat schriftelijke mededelingen de voorkeur verdienen, omdat 'schriftelijke informatie meer op de ernst en het belang van de informatie zal duiden dan een louter mondelinge mededeling'. Ter nadere onderbouwing wijst De Boeck op het praktische argument, dat een schriftelijke mededeling achteraf gemakkelijker te bewijzen valt.³⁵⁰ In het eerder genoemde arrest Gomes/Rental lijkt de Hoge Raad juist een zekere reserve ten opzichte van schriftelijke mededelingen aan de dag te leggen, althans in die zin dat hij in casu geen genoegen nam met 'voorgedrukte dan wel in algemene voorwaarden opgenomen vermeldingen' omtrent de juistheid van de kilometerstand.³⁵¹ Hijma preciseert de gedachtegang van de Hoge Raad aldus, dat in een geval als het onderhavige niet zozeer de gedrukte vorm van de mededeling bezwaren oproept, als wel het feit dat zij 'verscholen gaat in het geheel van (de geprinte tekst van) het contract, zodat zij als waarschuwing onvoldoende in het oog springt'.³⁵² Inderdaad voldoet een dergelijke 'verstoken' mededeling – die zich overigens evengoed in het kader van een mondelinge communicatie laat indenken – niet aan de bovengenoemde eis van voldoende duidelijkheid.

Zo bezien kan uit het duidelijkheidsvereiste nog een tweede deelregel worden afgeleid, naast de eerder genoemde regel van begrijpelijkheid. Deze regel luidt dat de mededeling zodanig moet worden ingekleed, dat de dwalende geacht mag worden deze te signaleren en tot zich door te laten doordringen. De mededeling dient, met andere woorden, niet alleen 'duidelijk' te zijn in materiële zin (voldoende begrijpelijk), maar ook 'duidelijk' in formele zin (voldoende *opvallend*). Een onopvallende mededeling zoals in de zaak Gomes/Rental voldoet dus niet aan het duidelijkheidsvereiste, ook al is zij op zichzelf voldoende begrijpelijk. Illustratief is een vonnis van de Rechtbank Zutphen uit 2008, waarin het ging om de verkoop van een woonboerderij op een perceel grond, dat naderhand verontreinigd bleek met asbest, puin en olie. Voorafgaand aan het sluiten van de koopovereenkomst had de verkoper aan de koper een geruststellend bodemonderzoeksrapport verstrekt. Uit een als bijlage bij dit rapport toegevoegd kaartje bleek echter dat dit rapport betrekking had

349 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij het arrest Gomes/Rental, sub 7.

350 De Boeck 2000, p. 452. Zie nader over het bewijs van informatieverstrekking par. 5.3.7.

351 HR 11 juli 2008, L/JN BD2410, NJ 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental), r.o. 3.7.4.

352 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij het arrest Gomes/Rental, sub 8. Vgl. ook Rb. Rotterdam 6 juli 2011, L/JN BR2960, r.o. 5.12, waar de rechtbank (onder verwijzing naar het arrest Gomes/Rental) een 'voorgedrukte standaardmededeling' omtrent de kilometerstand onvoldoende duidelijk achtte (r.o. 5.12).

op de omringende percelen, en niet op het verkochte perceel. Tegen die achtergrond werd non-conformiteit aangenomen, nu de reikwijdte van het rapport 'niet dan na uiterst precieze bestudering' van het kaartje in de bijlage kon worden achterhaald. Volgens de rechtbank had de verkoper, als professioneel handelaar in onroerend goed, zich moeten realiseren dat de koper, een particulier, zich op dit punt zou kunnen vergissen. Teneinde te voldoen aan zijn mededelingsplicht, had de verkoper er 'expliciet op dienen te wijzen' dat het rapport geen betrekking had op het verkochte perceel.³⁵³

In het verlengde hiervan moet mijns inziens worden aangenomen dat *specifieke mededelingen* eerder als voldoende duidelijk kwalificeren dan algemeen geformuleerde – derhalve niet als zodanig opvallende – mededelingen.³⁵⁴ Vergelijkbare overwegingen van specificiteit spelen een rol in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, bij de invulling van de delictuele waarschuwingsplicht (par. 4.3.7). Specificatie komt niet alleen de zojuist bedoelde formele duidelijkheid ten goede (specifieke mededelingen vallen doorgaans beter op dan algemene), maar ook de materiële duidelijkheid (specifieke waarschuwingen worden doorgaans beter begrepen dan algemene). Illustratief is een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch over de verkoop van een woonhuis, dat ernstig bleek te zijn aangetast door boktor. Volgens de verkoper had zijn makelaar de kopers tijdens de bezichtiging van het huis gewezen op de aanwezigheid van 'houtborende insecten'. Het hof vond 'deze algemene aanduiding' niet toereikend ter afwering van een beroep op schending van de precontractuele mededelingsplicht. Volgens het hof had de makelaar zich onder de gegeven omstandigheden ervan moeten 'vergewissen dat het aan [kopers], die bij de bezichtiging van de onroerende zaak niet van deskundige bijstand waren voorzien, duidelijk was dat hij daarmee in elk geval mede boktor bedoelde'.³⁵⁵

De geciteerde overweging raakt aan de hoofdvraag, die bij de invulling van de mededelingsplicht centraal staat: hoe ver dient de wederpartij te gaan in haar streven naar duidelijkheid? Interessant is in dit verband de discussie die in de Franse literatuur is gevoerd over de vraag of de mededelingsplicht een inspannings- dan wel resultaatsverplichting behelst.³⁵⁶ Fabre-Magnan concludeert, mijns inziens terecht, dat het hier gaat om een combinatie van

353 Rb. Zutphen 25 juni 2008, *NJF* 2008, 351, r.o. 5.5. Vgl. ook r.o. 5.10, waar de rechtbank nog een stap verder lijkt te gaan, door te oordelen dat de verkoper informatie heeft verstrekt 'die *onjuist* blijkt te zijn althans die een gemiddelde koper op het verkeerde been zet' (curs. toegevoegd).

354 Vgl. enigszins *anders* HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), besproken in par. 4.8.5, waar de Hoge Raad een algemene mededeling omtrent het restschuldrisico van een effectenleaseproduct wél toereikend achtte ter voldoening aan de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW (r.o. 4.4.5), maar niet ter voldoening aan de waarschuwingsplicht uit hoofde van de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners (r.o. 4.10.3).

355 Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2000, *TvC* 2000, p. 168-174, r.o. 4.4.2.

356 Zie voor een overzicht Fabre-Magnan 1992, p. 394 e.v.

beide figuren, namelijk enerzijds een resultaatsverplichting om informatie te verschaffen en anderzijds een inspanningsverplichting om deze informatie redelijkerwijs te doen doordringen bij de dwalende:

‘En conclusion, il nous semble que l’obligation d’information comprend en réalité deux obligations: d’une part, une obligation de résultat – celle de transmettre une information au créancier – et, d’autre part, une obligation de moyens – celle d’utiliser des modalités adéquates de transmission de l’information de sorte que le destinataire la reçoive et la comprenne. Elle ne comprend en revanche pas l’obligation que le créancier utilise correctement l’information qu’il a reçue et comprise.’³⁵⁷

Van belang is de slotsom van Fabre-Magnan, dat de mededelingsplicht niet gegarandeerd effectief dient te zijn. De wederpartij op wie een mededelingsplicht rust behoeft zich dus niet te *verzekeren* van de goed geïnformeerde toestemming van de dwalende. In die zin gaat de hierboven geciteerde overweging van het Bossche Hof mijns inziens te ver.³⁵⁸ Veelzeggend is dat zelfs in het gevaarzettingsleerstuk, waar het gaat om waarschuwingsplichten ter zake van fysiek gevaar, geen gegarandeerde effectiviteit wordt vereist (par. 4.3.7). Beslissend is daar de *te verwachten effectiviteit* van de gegeven waarschuwing.³⁵⁹ Dezelfde maatstaf, die goed aansluit bij de in par. 3.5.4 besproken tweezijdige benadering van de dwaling, dient zich mijns inziens ook hier aan.³⁶⁰

Het voorgaande neemt niet weg dat op de wederpartij, als uitvloeisel van haar mededelingsplicht, onder omstandigheden ook een zekere *onderzoeksplicht* kan rusten omtrent de vraag hoe haar mededeling door de dwalende is opgevat.³⁶¹ Volgens vaste jurisprudentie strekt immers de mededelingsplicht bij dwaling mede ter bescherming van onvoorzichtige contractanten.³⁶² Evenals in het kader van de wilsvertrouwensleer (par. 3.2.2) zal de wederpartij derhalve in voorkomende gevallen moeten nagaan of haar mededeling goed is ‘overgekomen’. Naar mijn mening heeft echter de hier bedoelde onderzoeksplicht geen algemene gelding. Uitgangspunt blijft dat de wederpartij ter voldoening aan haar mededelingsplicht met een duidelijke mededeling kan volstaan.

357 Fabre-Magnan 1992, p. 409. Zie ook p. 410 e.v., waar Fabre-Magnan de verschillende ‘modalités efficaces de transmission de l’information’ analyseert.

358 In casu kon m.i. zelfs worden verdedigd dat de algemene omschrijving ‘houtborende insecten’ *duidelijker* aangaf welk probleem er speelde dan de specifieke soortnaam ‘boktor’.

359 Vgl. HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), r.o. 3.4.3.

360 Zie par. 5.3.7 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

361 Anders dan de in par. 3.6.4 besproken (en verworpen) ‘onderzoeksplicht uit hoofde van de mededelingsplicht’ is de onderhavige onderzoeksplicht niet een ‘voortrein’ maar een ‘verlengstuk’ van de mededelingsplicht (vgl. par. 2.3.1). Men kan ook zeggen dat het doen van een (duidelijke) mededeling hier een zeker onderzoek *impliceert*. Zie par. 4.3.7 voor een vergelijkbare onderzoeksplicht als uitvloeisel van de delictuele waarschuwingsplicht.

362 HR 19 januari 2007, LJN AZ6541, NJ 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5, geciteerd in par. 3.6.16.

Slechts bij gereede twijfel, bijvoorbeeld in verband met het gebruik van professioneel jargon door een deskundige ten opzichte van een leek,³⁶³ kan er aanleiding zijn voor nader onderzoek naar de effectiviteit van de gedane mededeling. Mijns inziens gaat de hier bedoelde onderzoeksplicht niet zo ver dat de wederpartij zich in absolute zin dient te vergewissen van een goed begrip aan de zijde van de dwalende. Een andere opvatting zou impliceren dat de mogelijkheid van dwaling geheel zou moeten worden uitgesloten. Voor een zo rigoureuze bescherming van de dwalende is in ons contractenrecht geen plaats.

3.6.6 Art. 6:228 lid 1 sub a BW: waarheidsplicht

Art. 6:228 lid 1 sub a BW bevat op het eerste gezicht, vergeleken met het genuanceerde leerstuk van de schending van een mededelingsplicht, een overzichtelijke *bright line rule*.³⁶⁴ Is de dwaling veroorzaakt door een (kenbaar causale) onjuiste inlichting van de wederpartij, dan is vernietiging wegens dwaling mogelijk.³⁶⁵ Weliswaar kan deze dwaling op grond van art. 6:228 lid 2 BW voor rekening van de dwalende blijven, maar gezien de bekende overweging van de Hoge Raad in het arrest Baris/Riezenkamp, dat men in beginsel mag afgaan op de juistheid van gedane mededelingen,³⁶⁶ lijkt die uitzonderingssituatie zich niet snel voor te doen.³⁶⁷ Ogenscheinlijk kan hier dus worden volstaan met een (vrijwel) geheel eenzijdige benadering, gericht op de onjuiste informatieverstrekking van de kant van de wederpartij.

Zo eenvoudig is het echter niet. Evenals in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW gaat het hier om de vraag naar de *wederzijdse* verantwoordelijkheden van partijen ter zake van het vergaren en verstrekken van informatie. Het maatschappelijk verkeer vereist niet dat precontractuele inlichtingen altijd volmaakt, eerlijk en genuanceerd zijn.³⁶⁸ De dwalende behoort, met andere woorden, rekening te houden met een zekere mate van onjuistheid – meer in het bijzonder: overdrijving, onnauwkeurigheid, subjectiviteit enzovoort –

363 Overigens kan men in dat geval ook zeggen dat de mededeling jegens leken niet voldoende duidelijk was, zodat de verantwoordelijke partij reeds daarom niet aan haar mededelingsplicht heeft voldaan.

364 Vgl. Vranken 1989, p. 6, die meent dat deze dwalingsrubriek 'verhoudingsgewijs de minste problemen' oplevert.

365 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 231; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 228.

366 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3. Zie nader over deze 'prioriteitsregel' par. 3.6.15.

367 Vgl. Van Rossum 1989, p. 500, die meent dat de onderzoeksplicht ten aanzien van onjuiste inlichtingen 'restrictief [moet] worden toegepast.'

368 Zie bijv. Bollen 2004, p. 416; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 165; en Verbintenisrecht I (Hijma), art. 228, aant. 143. Vgl. ook het klassieke leerstuk van *dolus bonus*, waarover bijv. De Boeck 2000, p. 281-282.

van verstrekte inlichtingen. Ook ten aanzien van onjuiste inlichtingen zal dus telkens aan de hand van de *verkeersopvattingen*, ingevuld met de in par. 3.6.3 genoemde gezichtspunten, moeten worden beoordeeld of de communicatie tussen partijen naar behoren is verlopen. Globaal gesproken kan daarbij een keuze worden gemaakt tussen twee uitersten. Enerzijds: een informatieplicht van de wederpartij, medebrengende dat zij de dwalende in het concrete geval correct (en niet onjuist³⁶⁹) had moeten inlichten.³⁷⁰ Anderzijds: een informatieplicht van de dwalende zelf, medebrengende dat hij de verstrekte inlichting in het concrete geval niet voor kennisgeving had mogen aannemen, en de juistheid ervan nader had moeten onderzoeken.³⁷¹

De eerstbedoelde informatieplicht van de wederpartij kan, met een procesrechtelijke term,³⁷² worden aangeduid als *waarheidsplicht*.³⁷³ Zij ligt ten dele in het verlengde van de mededelingsplicht van lid 1 sub b: aanvaardt men dat de wederpartij onder omstandigheden is gehouden tot informatieverstrekking aan de dwalende, dan impliceert dit normaliter dat die informatie ook juist zal moeten zijn. In zoverre bestaat tussen lid 1 sub a (onjuiste informatieverstrekking) en lid 1 sub b (onvolledige informatieverstrekking) een vloeiende overgang.³⁷⁴ De hier bedoelde waarheidsplicht functioneert echter ook onafhankelijk van de mededelingsplicht. Bij gebreke van een mededelingsplicht kan immers een (vrijwillig verschaft maar) onjuiste inlichting evengoed grond opleveren voor vernietiging wegens dwaling. Daarbij lijkt overigens van – tot op heden vaak onderschatte – betekenis, van wie het *initiatief* tot de vrijwillige informatieverstrekking is uitgegaan. Voor het Duitse recht is door Wagner verdedigd dat een uit eigen beweging verstrekte onjuiste inlichting eerder grond oplevert voor vernietiging wegens dwaling dan een onjuiste inlichting die is gegeven in antwoord op gestelde *vragen*.³⁷⁵ Zouden in de onderhandelingsfase gestelde vragen steeds volledig en naar waarheid moeten worden beantwoord, zo redeneert Wagner, dan krijgt de dwalende in feite de macht om eigenhandig de reikwijdte van de precontractuele mededelingsplicht te

369 Strikt genomen betreft het hier slechts de ‘negatieve’ plicht om geen onjuiste inlichtingen te verschaffen. Omwille van een vergelijking met de ‘positieve’ mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW wordt hieronder een positieve benadering gekozen (vgl. par. 1.5.1).

370 Vgl. Hesselink 1999, p. 258.

371 Vgl. Smits 1999, p. 34.

372 Vgl. art. 21 Rv, op grond waarvan procespartijen verplicht zijn relevante feiten ‘volledig en naar waarheid’ aan te voeren, welke regel gemeenlijk wordt betiteld als de ‘waarheidsplicht’. Zie bijv. Asser 2004, nr. 6; Snijders e.a. 2011, nr. 30; en Thoe Schwartzenberg 2011, nr. 7.

373 Deze terminologie wordt ook in de Duitse doctrine gehanteerd. Zie bijv. MüKo/Kramer (2001), § 123, nr. 15, over bedrog (*Täuschung*) wegens ‘Verletzung der vorvertraglichen Wahrheitspflicht’.

374 Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 87A, over de grensgevallen van ‘halve’ informatieverstrekking.

375 Zie Wagner 2007, p. 88, die een onjuiste inlichting in elk geval ontoelaatbaar acht indien ‘die Informationsinitiative von der lügenden Partei ausgeht’.

bepalen. Wagner acht dat ongewenst: het feit dat bepaalde informatie niet spontaan behoeft te worden verstrekt, impliceert volgens hem dat deze informatie ook *desgevraagd* niet zonder meer behoeft te worden gedeeld.³⁷⁶ Tegen deze achtergrond bepleit Wagner voor de precontractuele fase een 'Recht zur Lüge'.³⁷⁷

Wat er zij van deze originele opvatting, zij illustreert – vanuit een onorthodox perspectief – de vooropstelling aan het begin van deze paragraaf, dat een onjuiste inlichting niet zonder meer een beroep op dwaling kan rechtvaardigen. Dat is het gevolg van de werking van de tweede informatieplicht, die als keerzijde van de zojuist besproken waarheidsplicht kan worden beschouwd. Het gaat hier om de eigen *onderzoeksplicht* van de dwalende, die ziet op de vraag of naar verkeersopvattingen op de verstrekte inlichting had mogen worden vertrouwd. Wetssystematisch vloeit deze onderzoeksplicht (eerst) voort uit lid 2 van art. 6:228 BW (par. 3.6.11). Omwille van een coherente redenering moet zij echter – op vergelijkbare wijze als bij de schending van een mededelingsplicht – reeds in het kader van lid 1 worden meegewogen. De door de Hoge Raad voorgeschreven tweezijdige benadering van de dwaling (par. 3.5.4) komt anders niet tot haar recht.

Men hoede zich dus voor de conclusie dat de bovengenoemde overweging van de Hoge Raad uit Baris/Riezenkamp de onderzoeksplicht van de dwalende ter zake van onjuiste inlichtingen naar de marge heeft verdreven. Wel is die onderzoeksplicht hier minder zichtbaar, omdat zij ten dele reeds wordt verdisconteerd in het begrip 'onjuiste inlichting' zelf.³⁷⁸ Aangenomen wordt namelijk dat op bepaalde inlichtingen in het algemeen niet – lees: niet zonder nader onderzoek – mag worden afgegaan. In de eerste plaats gaat het om inlichtingen die te globaal zijn om er een gerechtvaardigd vertrouwen aan te ontlenen, zoals algemene aanprijzingen en andere niet nader gespecificeerde mededelingen.³⁷⁹ Hier weerklinkt het gezichtspunt van de *aard van de betrokken informatie*, dat ook in het kader van de mededelingsplicht relevant bleek (par. 3.6.3). In de tweede plaats gaat het om inlichtingen waarvan de (potentiële) onjuist-

376 Wagner 2007, p. 85, 88.

377 Zie Wagner 2007, p. 93-99, waar de *gronden* voor het aannemen van een 'Recht zur Lüge' worden besproken.

378 Vgl. Chao-Duivis 1996, p. 288; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 242.

379 Zie bijv. TM, PG Boek 6, p. 903, alsmede Meijers 1922, p. 418; Vranken 1989, p. 8; Chao-Duivis 1996, p. 286-288; Smits 1999, p. 35; De Mol 2002, p. 258; Raaijmakers 2002, p. 67 en 73; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 165; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 143. Vgl. ook reeds HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 m.nt. EMM (Herbrechter/Hof), alsmede de bijbehorende NJ-annotatie van Meijers, sub 1. Vgl. voorts, in het kader van bedrog, art. 3:44 lid 3, tweede volzin BW.

heid voldoende kenbaar is voor de dwalende,³⁸⁰ zoals geclausuleerde inlichtingen,³⁸¹ innerlijk tegenstrijdige of inherent onduidelijke inlichtingen,³⁸² meningen of schattingen,³⁸³ en inlichtingen van een evident ondeskundige wederpartij.³⁸⁴ Behalve (opnieuw) de aard van de betrokken informatie speelt hier dus ook de *aard van de rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de kenbare deskundigheid van partijen, een rol. Het ligt voor de hand dat een consument eerder mag afgaan op informatie van een professional dan andersom. Hijma leidt hieruit af dat in de rechtsverhouding tussen een consument-verkoper en een professionele koper sneller uitzonderingen kunnen worden aanvaard op het uitgangspunt dat de koper mag afgaan op inlichtingen van de verkoper dan elders.³⁸⁵

Afgezien van de aard van de rechtsverhouding en de aard van de betrokken informatie kan in dit verband denkkelijk ook het derde van de in par. 3.6.3 genoemde gezichtspunten, de *aard van de betrokken belangen*, een rol spelen. Zo zal een onjuiste inlichting omtrent de waarde van de verkochte zaak minder snel grond opleveren voor een geslaagd beroep op dwaling dan, pakweg, een onjuiste inlichting die de veiligheid van de dwalende regardeert. Ook de bedongen prijs zal in dit verband relevant kunnen zijn, aangezien de hoogte van die prijs de betreffende inlichting, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, méér of juist minder geloofwaardig kan maken.³⁸⁶

380 Zie bijv. Vranken 1989, p. 8-9; Chao-Duivis 1996, p. 288-290; Smits 1999, p. 36-38; De Mol 2002, p. 258; Raaijmakers 2002, p. 67 en 73; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 165; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 143. Vgl. ook de conclusie van A-G Keus voor HR 19 februari 2010, *LJN* BK6672, *RvdW* 2010, 338 (Van der Kooij/Muntschar), sub 2.10-2.11.

381 Vgl. HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 747 m.nt. G (Ernst en Latten/Crombag-Spaai), besproken in par. 3.6.4, waarin de verkoper had verklaard dat het onroerend goed 'bij zijn weten' niet in een bestemmingsplan viel.

382 Vgl. HR 19 februari 2010, *LJN* BK6672, *RvdW* 2010, 338 (Van der Kooij/Muntschar), waarin de verkoopbrochure van het pand een vloeroppervlakte vermeldde die qua berekening zowel het gehele pand als enkel de begane grond kon betreffen. Vgl. ook de conclusie van A-G Keus, sub 2.10-2.11, waar wordt betoogd dat op 'niet-eenduidige mededelingen' niet zonder nader onderzoek mag worden afgegaan.

383 Vgl. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 442 m.nt. CJHB & WHH (Hilders/De Galan), waarin het ging om een al te rooskleurige tip van een makelaar omtrent een te koop staand huurpand met een 'eersteklas huurder', voor een jaarhuur die 'niet te economisch' scheen.

384 Vgl. Rb. Amsterdam 7 maart 1973, *NJ* 1974, 93, waarin het ging om de verkoop van een vervalste 'Jan van Goyen' door een (kennelijk ondeskundige en ook niet beter wetende) particulier aan een deskundige veilinghouder.

385 Zie Hijma 2009b, p. 314-315, toegespitst op de conformiteitstoets van art. 7:17 BW. Vgl. ook Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 143, sub g.

386 Vgl. HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 570 (Kelly/Rietvelt), r.o. 4.3, besproken in par. 3.6.7.

3.6.7 Vervolg; kenbaarheidsvereiste

Blijkens art. 6:228 lid 1 sub a BW leidt dwaling wegens een onjuiste mededeling van de wederpartij níet tot vernietigbaarheid van de overeenkomst indien de wederpartij mocht aannemen dat die overeenkomst ook zonder haar onjuiste inlichting zou zijn gesloten. Dit betekent dat een onjuiste inlichting omtrent een ogenschijnlijk irrelevant punt, of een ogenschijnlijk irrelevante inlichting omtrent een op zichzelf relevant punt, geen gevolgen heeft voor de geldigheid van de overeenkomst.³⁸⁷ 'De grens ligt daar, waar de wederpartij niet meer behoefde te beseffen dat de bewuste mededelingen nog op de besluitvorming van de ander van invloed waren', aldus Hijma.³⁸⁸ Men herkent hier het vereiste van de kenbaarheid van het causaal verband (par. 3.5.5). Evenals in het kader van de mededelingsplicht, waar dat vereiste een vergelijkbare rol speelt (par. 3.6.2), gaat het hier om de kenbaarheid 'zonder meer'. Beslissend is of de wederpartij het causaal verband tussen inlichting en totstandkoming kende of geacht mocht worden te kennen. Voor het aannemen van een *onderzoekspflicht* van de wederpartij omtrent de relevantie van een verstrekte inlichting is in dit verband geen plaats. Integendeel: naar verkeersopvattingen ligt het op de weg van de dwalende om zijn eventuele bijzondere verwachtingen, die de causaliteit van een gegeven inlichting kunnen beïnvloeden, aan de wederpartij kenbaar te maken.

Het voorgaande vindt steun in het arrest Kelly/Rietvelt uit 1986.³⁸⁹ Het ging hier om de verkoop van een pand waarbij verkoper Rietvelt vooraf, in een verkoopadvertentie, een onjuiste mededeling had gedaan omtrent het vloeroppervlak van het pand en de constructie van de verwarmingsinstallatie.³⁹⁰ Kelly's beroep op dwaling werd door het hof verworpen omdat voor Rietvelt niet kenbaar was geweest dat de betreffende informatie voor Kelly van beslissend belang was. In cassatie laat de Hoge Raad dit oordeel in stand. Volgens de Hoge Raad heeft het hof zijn oordeel omtrent het ontbreken van kenbaarheid van het causaal verband, behalve op de bedongen *prijs* en op het feit dat Kelly bij de aankoop werd bijgestaan door een *makelaar*, mede gebaseerd op de overweging 'dat het, gezien de aard van de voormelde eigenschappen [het vloeroppervlak en de verwarmingsinstallatie], (...) zonder nadere mededelingen niet voor de hand lag dat zij voor Kelly essentieel zouden zijn' en 'dat Kelly, voordat hij de koopovereenkomst sloot, op generlei wijze aan Rietvelt van het tegendeel heeft doen blijken'. Aldus opgevat geeft 's hofs

387 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 232.

388 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 (L.E. Beheer/Stijnman), sub 4, die tegen deze achtergrond betoogt dat ook onjuiste inlichtingen daterend van vóór de onderhandelingsperiode tot vernietiging ex art. 6:228 lid 1 sub a BW kunnen leiden.

389 HR 11 april 1986, NJ 1986, 570 (Kelly/Rietvelt), r.o. 4.3. Zie in gelijke zin ook HR 6 januari 1989, NJ 1989, 281 (De Vor/Amro), r.o. 3.2.

390 De advertentie vermeldde een oppervlakte van 1.400 m² i.p.v. 1.000 m² en een gasgestookte in plaats van een oliegestookte verwarming.

oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het ook niet onbegrijpelijk, aldus de Hoge Raad (r.o. 4.3). Kennelijk lag het hier op de weg van koper Kelly om Rietvelt te wijzen op het bijzondere belang dat hij (beweerdelijk) hechtte aan de in de advertentie verstrekte informatie omtrent vloeroppervlak en verwarmingsinstallatie.³⁹¹

Anders dan in art. 6:228 lid 1 sub b BW wordt het kenbaarheidsvereiste in lid 1 sub a met zoveel woorden genoemd, in een wettelijke tenzij-formule. Aldus wordt dat vereiste gesitueerd in de eindfase van de redenering, als uitzondering op de regel. In het kader van lid 1 sub b staat de kenbaarheid van het causaal verband juist als basisvereiste voorop (par. 3.6.2). Laatstgenoemde benadering verdient de voorkeur. De verstrekking van een 'niet kenbaar causale' onjuiste inlichting vormt reeds in beginsel – en niet eerst bij wijze van uitzondering – een onvoldoende grondslag voor vernietiging wegens dwaling. Anders gezegd: wie een onjuiste inlichting verschaft omtrent een ogenschijnlijk irrelevant punt (of een ogenschijnlijk irrelevante inlichting omtrent een op zichzelf relevant punt) schendt geen informatieplicht. Zoals er geen mededelingsplicht bestaat omtrent feiten die niet van kenbaar belang zijn voor de dwalende, zo bestaat er omtrent zulke feiten ook geen waarheidsplicht. Voor het processuele debat betekent dit – anders dan de wettekst suggereert – dat de *dwalende* in beginsel zal moeten stellen en bewijzen dat het causale karakter van de verstrekte inlichting voor de wederpartij kenbaar was.³⁹² Deze benadering, die onder het oude recht reeds werd gevolgd,³⁹³ is aantrekkelijker dan de benadering waarin de wederpartij het ontbreken van kenbaarheid moet aantonen. Zwaarwegend is deze processuele last voor de dwalende intussen niet.

3.6.8 Vervolg; onderzoeksplicht uit hoofde van waarheidsplicht?

Zoals in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW de vraag kan rijzen of er voor de wederpartij een onderzoeksplicht uit hoofde van zijn mededelingsplicht bestaat (par. 3.6.4), zo kan in het kader van art. 6:228 lid 1 sub a BW de vraag rijzen of de wederpartij is gehouden om door voldoende onderzoek het ver-

391 Zie voor een vergelijkbare mededelingsplicht van de koper met betrekking tot het door hem aan het vloeroppervlak gehechte belang Rb. Arnhem 23 juli 2008, *LJN* BE0012, *Prg.* 2008, 189, r.o. 4.4. Vgl. ook art. 7:17 lid 6 BW, waaruit blijkt dat bij de koop van een onroerende zaak de vermelding van de oppervlakte wordt vermoed slechts als *aanduiding* te zijn bedoeld, zonder dat de zaak daaraan behoeft te beantwoorden in de zin van art. 7:17 BW. Vgl. echter ook Rb. Dordrecht 26 november 2008, *LJN* BG4919, *Prg.* 2009, 32, r.o. 5.22, waarin zonder meer kenbaarheid van het causaal verband werd aangenomen ter zake van een 'flink' verschil (150 m²) tussen de door koper veronderstelde en de werkelijke oppervlakte van het verkochte perceel.

392 In die richting gaat (kennelijk) ook Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 71 e.v.

393 Zie Contractenrecht II (Hijma), nr. 1081.

strekken van onjuiste inlichtingen te voorkomen. Die vraag klinkt intrigerend, maar blijkt bij nadere beschouwing misplaatst. In het kader van lid 1 sub a spelen overwegingen van verwijtbaarheid aan de zijde van de wederpartij namelijk hoegenaamd geen rol.³⁹⁴ De dwaling toont zich hier – althans in zoverre – in haar oorspronkelijke gedaante van zuiver wilsgebrek (par. 3.5.5). Vernietiging op grond van lid 1 sub a kan dus plaatsvinden ongeacht de vraag of de wederpartij van de onjuistheid van haar inlichting enig verwijt kan worden gemaakt.³⁹⁵ Een ‘onderzoeksplicht uit hoofde van de waarheidsplicht’ is dientengevolge niet alleen dogmatisch onzuiver, maar ook praktisch overbodig.

Berust reeds het stellen van de genoemde vraag op een misvatting, voor een bevestigende beantwoording ervan geldt dat *a fortiori*. Toch heeft de Hoge Raad zich daartoe laten verleiden. Ik doel op het arrest Marks/ASZ, waarin het ging om een onduidelijke brochure die in het kader van een afvloeiingsregeling door ziekenhuis ASZ aan (oud-)werknemer Marks was verstrekt.³⁹⁶ Op basis van die brochure had Marks aangenomen dat na afvloeiing voortzetting van zijn pensioenopbouw mogelijk was. Toen een dergelijke voortzetting onmogelijk bleek, deed hij in rechte beroep op dwaling wegens een door ASZ verstrekte onjuiste inlichting (in de brochure). De rechtbank stelde Marks, in navolging van de kantonrechter, in het ongelijk, omdat de brochure op het desbetreffende punt weliswaar onduidelijk was, maar niet de mededeling bevatte dat voortzetting van pensioenopbouw zonder meer mogelijk was. Marks had derhalve, mede gelet op zijn opleiding en functieniveau (hij werkte als boekhouder bij het ziekenhuis), zelf bij het pensioenfonds navraag moeten doen naar de mogelijkheden van voortzetting, aldus de rechtbank. In cassatie sneuvelt dit oordeel. De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.5.3):

‘Gelet op de belangen die voor Marks – naar voor het ziekenhuis kenbaar was – op het spel stonden, bracht de zorgvuldigheid die het ziekenhuis, als werkgever, onder de hiervoor geschetste omstandigheden in acht behoorde te nemen tegenover Marks, een oudere werknemer met wie een overeenkomst ter beëindiging van een langdurig dienstverband zou worden gesloten, mee dat het geen mededelingen aan Marks deed omtrent een voor hem bestaande mogelijkheid tot toekomstige pensioenopbouw zonder zich van de juistheid van die mededelingen te overtuigen.’

394 Aldus TM, PG Boek 6, p. 901-902. Zie verder bijv. Castermans 1989, p. 138; Van Rossum 1989, p. 500; Hartkamp 1990, p. 657-658; Van Rossum 1991, p. 42; Castermans 1992a, p. 136; Chao-Duivis 1996, p. 254; Van Rossum 2000, p. 456; Smits 2002, p. 71; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 231; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 229; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 165; Hijma & Olthof 2011, nr. 476; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 63, alsmede de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), sub 4-5. Anders Vranken 1989, p. 6.

395 Zie bijv. HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier), r.o. 3.3.2, besproken in par. 3.10.4.

396 HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ).

De Hoge Raad introduceert dus een uit art. 6:228 lid 1 sub a BW voortvloeiende 'zorgplicht' van het ziekenhuis met betrekking tot de juistheid van haar foldermateriaal.³⁹⁷ Gelet op deze zorgplicht had de rechtbank tenminste nader moeten *motiveren* waarom zij de eigen onderzoeksplicht van Marks liet prevaleren boven de waarheidsplicht van ASZ. Indien de rechtbank de bedoelde zorgplicht zou hebben miskend, geeft haar oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat laatste scenario ligt voor de hand, maar het pleit in dit geval niet tegen de rechtbank. Ook de Hoge Raad zou de bedoelde zorgplicht voortaan beter buiten beschouwing kunnen laten. Het beoogde doel – bescherming van ontslagen werknemers als Marks – is sympathiek, maar rechtvaardigt niet de gekozen constructie. Sterker nog: dat doel *noopt* helemaal niet tot die constructie. Het zorgplichtbetoog is hier, in de woorden van Hijma, zuiver 'overkill'.³⁹⁸ De Hoge Raad had kunnen volstaan met de overweging dat naar zijn oordeel de rechtbank een onjuiste althans onbegrijpelijke – want te ver strekkende – invulling had gegeven aan de eigen onderzoeksplicht van Marks (art. 6:228 lid 2 BW).³⁹⁹

3.6.9 Art. 6:228 lid 1 sub c BW: onderzoeksplicht

De *wederzijdse dwaling* van art. 6:228 lid 1 sub c BW heeft op het eerste gezicht een heel ander karakter dan de eenzijdige dwalingsrubrieken van lid 1 sub a en b.⁴⁰⁰ Wederzijdse dwaling doet zich immers voor indien beide partijen van dezelfde onjuiste veronderstelling zijn uitgegaan, zonder dat kan worden gezegd dat een der partijen de dwaling heeft *veroorzaakt*. Nochtans is het gebruikelijk om ook hier te spreken in termen van 'dwalende' en 'wederpartij', waarbij dan met 'dwalende' wordt bedoeld op degene die zich op de (vernietiging wegens) wederzijdse dwaling *beroept*.⁴⁰¹ In dit verband zij bedacht dat ook bij toepassing van art. 6:228 lid 1 sub a en b BW niet is uitgesloten dat beide partijen hebben gedwaald.⁴⁰²

Ook overigens moeten de verschillen tussen eenzijdige en wederzijdse dwaling niet te zwaar worden aangezet.⁴⁰³ Het moge zo zijn dat in geval van wederzijdse dwaling geen der partijen de onjuiste voorstelling van zaken

397 Vgl. de conclusie van A-G Huydecoper voor Marks/ASZ, sub 17, die eveneens aanneemt dat een werkgever in een situatie als de onderhavige ervoor moet 'waken dat de werknemer (...) niet van een onjuiste voorstelling van zaken uitgaat.'

398 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij Marks/ASZ, sub 4-5.

399 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij Marks/ASZ, sub 6. *Anders Van Laarhoven* 2006, p. 11, die de bedoelde 'overkill' juist aantrekkelijk acht.

400 Zie bijv. Smits 1993, p. 499; Vranken 1997, p. 20; en *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 114.

401 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 238.

402 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 233.

403 *Anders Smits* 1993, p. 514, die pleit voor een tamelijk scherp onderscheid tussen eenzijdige en wederzijdse dwaling.

heeft veroorzaakt, dikwijls kan wel degelijk een van beiden verantwoordelijk worden gehouden voor het *voortbestaan* ervan. Informatieplichten kunnen bij de onderbouwing van dat oordeel een nuttige rol vervullen. Meer in het bijzonder gaat het dan om wederzijdse *onderzoeksplichten*, nu het aannemen van mededelingsplichten bij onwetendheid van beide partijen niet voor de hand ligt (par. 3.6.2).⁴⁰⁴ Gezien het uitgangspunt dat aan art. 6:228 BW ten grondslag ligt – geen vernietiging wegens dwaling, behoudens goede redenen voor het tegendeel (par. 3.5.5) – zal in beginsel een onderzoeksplicht van de *dwalende* hebben te gelden. Dit is in overeenstemming met het gegeven dat een wederzijdse dwaling dikwijls voor rekening van de *dwalende* blijft.⁴⁰⁵ Onder bijzondere omstandigheden zal echter ruimte kunnen bestaan voor het aannemen van een op de *wederpartij* rustende onderzoeksplicht, op grond waarvan zij zich het beroep op wederzijdse dwaling zal moeten laten welgevalen. De verkeersopvattingen, ingevuld met de in par. 3.6.3 genoemde gezichtspunten, zullen in dit verband beslissend zijn.

Dat onderzoeksplichten het rechterlijk oordeel over gevallen van wederzijdse dwaling inzichtelijker kunnen maken, kan worden geïllustreerd aan de hand van het arrest Gerards/Vijverberg.⁴⁰⁶ Autohandelaar Gerards verkocht aan Vijverberg een tweedehands auto, die volgens de kilometerteller ruim 45.000 kilometer, maar in werkelijkheid omstreeks 93.000 kilometer had gereden. Koper noch verkoper was hiervan ten tijde van de verkoop op de hoogte. Nadat Vijverberg door raadpleging van het onderhoudsboekje de onjuistheid van de kilometerstand had ontdekt, vorderde hij met succes vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling. De kilometerstand is 'essentieel', aldus het hof, en de autohandelaar 'garandeert stilzwijgend dat de kilometerstand die ten tijde van de verkoop op de teller staat ook in overeenstemming is met de werkelijkheid'. In cassatie kwalificeert de Hoge Raad de zaak als een geval van wederzijdse dwaling (r.o. 3.2), en laat hij 's hofs oordeel dat deze dwaling voor rekening van Gerards moet komen in stand. Zelfs de overeengekomen clause dat de koop geschiedde 'op eigen bate en schade' van Vijverberg biedt Gerards in cassatie geen soelaas (r.o. 3.3).

De door de Hoge Raad gesauveerde constructie van het hof – een impliciete garantie van de juistheid van de kilometerstand – heeft in de literatuur vragen opgeroepen.⁴⁰⁷ Zij lijkt ook moeilijk verenigbaar met het recentere arrest

404 Anders Van Rossum 1990b, p. 133-135, die uit HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), besproken in par. 3.7.15, kennelijk een mededelingsplicht bij wederzijdse dwaling afleidt.

405 Zie bijv. Smits 1999, p. 71; De Mol 2002, p. 275-276; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241.

406 HR 25 juni 1993, NJ 1994, 291 m.nt. CJHB (Gerards/Vijverberg). Zie over de problematiek van de verstoorde kilometerteller ook par. 3.7.3.

407 Vgl. De Mol 2002, p. 276, die deze constructie 'enigszins kunstmatig' acht, alsmede NJ-annotator C.J.H. Brunner, die eveneens de noodzaak ervan betwijfelt. Zie voor meer algemene kritiek op de figuur van de stilzwijgende garantie bijv. Vranken 1991a, p. 914-915; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 339; en Van Rossum 2009, p. 84. Vgl. evenwel ook Rb. 's-Graven-

Gomes/Rental,⁴⁰⁸ besproken in par. 3.6.4. De in Gerards/Vijverberg gekozen risicoverdeling lijkt beter verdedigbaar indien men er een onderzoeksplicht van de verkoper in leest. Bijzonder was in dit geval dat de (potentiële) onjuistheid van de kilometerstand – anders dan (kennelijk) in Gomes/Rental – reeds door raadpleging van het onderhoudsboekje kon worden vastgesteld. De gedachte dringt zich op dat het hier op de weg van Gerards, als professionele autohandelaar, had gelegen om met het oog op de belangen van Vijverberg, als particuliere koper, de kilometerstand aan de hand van dat onderhoudsboekje te verifiëren, alvorens de koopovereenkomst te sluiten. Men herkent hier de aard van de rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie (vooral de traceerbaarheid ervan) en de aard van de betrokken belangen als relevante gezichtspunten (par. 3.6.3). Op vergelijkbare wijze kan bijvoorbeeld een onderzoeksplicht worden gelezen in het arrest Schirmeister/De Heus, waarin een vérgaande verantwoordelijkheid van de autoverkoper ten aanzien van verborgen veiligheidsgebreken werd aangenomen.⁴⁰⁹ Ook het arrest Van Lanschot/Bink, over vernietiging van een particuliere borgtochtovereenkomst wegens wederzijdse dwaling omtrent de betrokken risico's, kan in deze sleutel worden geplaatst.⁴¹⁰

Op het eerste gezicht biedt de tekst van art. 6:228 BW geen aanknopingspunten voor het aannemen van onderzoeksplichten als hier bedoeld. Anders dan lid 1 sub a en b bevat immers lid 1 sub c geen enkele verwijzing naar de verantwoordelijkheid van partijen ter zake van het voorkomen van dwaling. Bedacht zij evenwel dat, indien eenmaal vaststaat dat beide partijen van dezelfde onjuiste veronderstelling zijn uitgegaan, de verkeersopvattingen van lid 2 alsnog de vraag opwerpen voor wiens *rekening* deze dwaling behoort te komen.⁴¹¹ Zou men bij de beantwoording van die vraag volstaan met een zuivere risicoverdeling, zoals in de literatuur wel wordt bepleit,⁴¹² dan wordt het rechterlijk oordeel over gevallen van wederzijdse dwaling onnodig apodictisch. In veel gevallen van wederzijdse dwaling zal immers, conform het bovenstaande, kunnen worden geconcludeerd dat naar verkeersopvattingen één der partijen wegens schending van een onderzoeksplicht verantwoordelijk is voor (het voortbestaan van) de dwaling.⁴¹³ Slechts in de zeldzame gevallen

hage 4 juni 2008, *LJN* BE8794, *Prg.* 2008, 191, waaruit blijkt dat de bedoelde constructie door de feitenrechter nog wel wordt gehanteerd.

408 HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental).

409 HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), besproken in par. 3.7.2.

410 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), besproken in par. 3.7.15.

411 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241. Vgl. ook Cohen Henriquez 1991, p. 83, die benadrukt dat voor een geslaagd beroep op art. 6:228 lid 1 sub c BW méér nodig is dan enkel een wederzijdse onjuiste voorstelling van zaken. Zie verder par. 3.6.11.

412 Zie bijv. Smits 1993, p. 512-514, die bij wederzijdse dwaling het denken in termen van verantwoordelijkheid wil uitbannen en vervuilen voor een zuivere 'risicobenadering' aan de hand van de door hem geïntroduceerde 'gelijk belang-maatstaf'.

413 Vgl. Van Dunné 2004a, p. 561, die meer in algemene zin betoogt dat de wederzijdse dwaling 'gereduceerd moet worden tot een geval van enkelvoudige dwaling'.

van volstrekt 'gelijkwaardige' wederzijdse dwaling, waarin de onjuiste voorstelling van zaken werkelijk aan geen der betrokken partijen kan worden toegerekend,⁴¹⁴ moet op algemene overwegingen van risicoverdeling worden teruggevallen.

Het voordeel van de hier bepleite benadering is dat de onderzoeksplicht van de wederpartij daarmee een natuurlijk onderdak krijgt in art. 6:228 lid 1 sub c BW, náást de waarheidsplicht uit lid 1 sub a, respectievelijk de mededelingsplicht uit lid 1 sub b, en tegenóver de onderzoeksplicht van de dwalende uit lid 2. De geforceerde constructie van een onderzoeksplicht 'uit hoofde van' een mededelingsplicht, zoals bestreden in par. 3.6.4, wordt aldus overbodig. Belangrijker is dat de kans op wildgroei van onderzoeksplichten van de wederpartij in het kader van art. 6:228 lid 1 sub c BW kleiner is dan elders. Een rechtstreekse, 'openlijke' beoordeling van zulke onderzoeksplichten noopt de rechter immers tot het zo concreet mogelijk formuleren van argumenten voor het aannemen daarvan.

3.6.10 Vervolg; kenbaarheidsvereiste

Art. 6:228 lid 1 sub c BW bevat een vergelijkbare tenzij-formule als lid 1 sub a (par. 3.6.7), waarmee het vereiste van kenbaarheid van het causaal verband tot uitdrukking wordt gebracht. Wederzijdse dwaling leidt tot vernietigbaarheid van de gesloten overeenkomst, *tenzij* de wederpartij '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'. De wetgever heeft het kenbaarheidsvereiste hier in de vorm van een fictie gegoten,⁴¹⁵ kennelijk op grond van de gedachte dat een wederpartij die zelf niet bekend is met de werkelijke stand van zaken, bezwaarlijk bekend kan zijn (of geacht kan worden te zijn) met het belang van die stand van zaken voor de dwalende. In de gedachtegang van de wetgever wordt dus eerst gefingeerd dat de wederpartij van de relevante feiten op de hoogte was, om vervolgens te onderzoeken of (desondanks) de relevantie van die feiten haar heeft mogen ontgaan.

Deze getrapte constructie kan worden gemist indien men uitgaat van de in par. 3.6.9 bepleite benadering van de wederzijdse dwaling in termen van wederzijdse onderzoeksplichten. In die benadering spreekt het immers vanzelf dat de gehoudenheid van de wederpartij om in het belang van de dwalende

414 Zie bijv. HR 3 november 1972, *NJ* 1973, 37 m.nt. GJS (Van Smeden/Vereniging voor Christelijk Onderwijs te Zaandam), betreffende een wederzijdse dwaling omtrent de inhoud van een 'Rechtspositiebesluit' dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog niet (volledig) was gepubliceerd en derhalve voor geen van beide partijen kenbaar was.

415 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 239; en *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 116. Zie ook *MvA II*, PG Boek 6, p. 910.

onderzoek te doen naar de juistheid van hun beider voorstelling van zaken slechts betrekking kan hebben op feiten die – kenbaar voor de wederpartij – voor de dwalende *relevant* zijn. Als gevolg van de tweezijdige benadering die de Hoge Raad in geval van dwaling voorschrijft (par. 3.5.4) houdt de hier bedoelde onderzoeksplicht van de wederpartij vanzelf op waar niet-kenbare verwachtingen van de dwalende hun intree doen. Dat geldt temeer nu bij het aannemen van een onderzoeksplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub c BW toch al terughoudendheid moet worden betracht (par. 3.6.9).

Gezien het voorgaande lijkt de wettelijke constructie van het kenbaarheidsvereiste als fictieve *tenzij*-formule onnodig pompeus. Een afzonderlijke toets zal het vereiste denkelijk slechts kunnen vormen in de zeldzame gevallen van volstrekt ‘gelijkwaardige’ wederzijdse dwaling, waarin werkelijk geen van de betrokken partijen in overwegende mate verantwoordelijk kan worden gehouden voor hun beider onwetendheid (par. 3.6.9), terwijl het zelfs in die gevallen dikwijls buiten beschouwing zal kunnen blijven in verband met het feit dat de wederpartij niet van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is *uitgegaan*.⁴¹⁶ In alle overige gevallen, waarin hetzij de dwalende zelf, hetzij de wederpartij verantwoordelijk kan worden gehouden voor het informatietekort in kwestie, kan worden volstaan met een op het concrete geval toegespitste invulling van de wederzijdse onderzoeksplichten. Het bij wege van fictie ‘wegdenken’ van de dwaling aan de zijde van de wederpartij is daarvoor niet nodig.

De hier bepleite rechtstreekse benadering verdient niet alleen in termen van inzichtelijkheid de voorkeur boven de door lid 1 sub c gewezen omweg. Zij sluit ook beter aan bij het preliminaire karakter van het kenbaarheidsvereiste als zodanig (vgl. par. 3.6.1). Het gaat hier om een principieel onmisbaar,⁴¹⁷ maar praktisch verwaarloosbaar vereiste, dat aan het aannemen van de toepasselijke informatieplicht *voorafgaat*. Het vereiste is constitutief van aard: bij gebreke van een kenbaar causaal verband is een onderzoeksplicht van de wederpartij reeds op voorhand uitgesloten. In die zin is de formulering van lid 1 sub c behalve omslachtig ook misleidend. De wettelijke structuur – in beginsel vernietiging, *tenzij* kenbaarheid van het causaal verband ontbreekt – suggereert immers dat stelplicht en bewijslast ter zake van de kenbaarheid van het causaal verband op de wederpartij rusten. Mijns inziens moet gezien het voorgaande juist, althans bij wijze van uitgangspunt, worden aangenomen dat de dwalende zelf aangeeft waarom de wederpartij zich de relevantie van hun beider onwetendheid had moeten realiseren. In par. 3.6.7 werd iets dergelijks bepleit met betrekking tot het kenbaarheidsvereiste ter zake van onjuiste inlichtingen.

416 Vgl. MvA II, PG Boek 6, p. 910, waar wordt opgemerkt: ‘Beweegredenen van de dwalende waar de wederpartij niets mee te maken had, behoren buiten de bepaling te vallen.’

417 Anders Smits 1993, p. 503-504, die meent dat het kenbaarheidsvereiste ten onrechte wordt gesteld bij wederzijdse dwaling.

3.6.11 Art. 6:228 lid 2 BW: onderzoeksplicht van de dwalende

Reeds in het arrest Baris/Riezenkamp van 1957 overwoog de Hoge Raad dat de dwalende gehouden is 'binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft'.⁴¹⁸ Vóór 1957 was deze onderzoeksplicht al bekend als onderdeel van het traditionele 'verschoonbaarheidsvereiste', dat destijds als een constitutief vereiste voor een beroep op dwaling werd beschouwd.⁴¹⁹ De koerswijziging die Baris/Riezenkamp teweegbracht, was dat niet langer verschoonbaarheid als vereiste, maar onverschoonbaarheid als correctief werd gepresenteerd.⁴²⁰ In het huidige BW is die benadering gecontinueerd. Art. 6:228 lid 2 BW bepaalt – bij wege van uitzondering op de hoofdregel van lid 1 – dat géén vernietiging wegens dwaling plaatsvindt indien de dwaling 'in verband met (...) de in het verkeer geldende opvattingen (...) voor rekening van de dwalende behoort te blijven'. Volgens de heersende leer verwijst deze formule naar het verschoonbaarheidsbegrip, en meer in het bijzonder naar de *onderzoeksplicht* van de dwalende.⁴²¹

In twee opzichten is de wettelijke constructie verwarrend. Allereerst suggereert de situering van de onderzoeksplicht van de dwalende in lid 2 ten onrechte dat die onderzoeksplicht slechts in uitzonderingssituaties kan worden aangenomen. In werkelijkheid staat de onderzoeksplicht van de dwalende juist als uitgangspunt voorop (par. 3.1.3). In de tweede plaats suggereert de tweeledige structuur van art. 6:228 BW ten onrechte dat de onderzoeksplicht uit lid 2 op zichzelf staat, en onafhankelijk van de informatieplichten van lid 1 kan worden vastgesteld. In werkelijkheid dwingt de bekende tweezijdige benadering van de Hoge Raad tot een integrale beoordeling van de wederzijdse verantwoordelijkheden van partijen, in het licht van hun gerechtvaardigde verwachtingen over en weer (par. 3.5.4). De vraag of in concreto voor de dwalende een onderzoeksplicht geldt, moet dus telkens worden betrokken op de vraag of op diens wederpartij een informatieplicht rust (en *vice versa*). Het is dan ook geen toeval dat de beide informatieplichten aan de hand van één en dezelfde maatstaf, de verkeersopvattingen, worden ingevuld.

De heersende leer lijkt het wettelijk stelsel met de dogmatische werkelijkheid te willen verzoenen door ervan uit te gaan dat de verkeersopvattingen van lid 2 vooral betekenis hebben voor de *wederzijdse* dwaling van lid 1 sub c,

418 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

419 Zie daarover bijv. Contractenrecht II (Hijma), aant. 1103 e.v.

420 Praktisch gesproken leverde dit weinig nieuws op. Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 241.

421 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242; Brahn/Reehuis 2010, nr. 400; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 242; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 136, 139. De Toelichting Meijers is op dit punt overigens minder duidelijk. Zie TM, PG Boek 6, p. 903-904.

en in mindere mate voor de eenzijdige dwaling van lid 1 sub a en b.⁴²² Hijma verwoordt het aldus, dat bij de eenzijdige dwaling reeds een 'voorschot' is genomen op de risicocorrectie van lid 2, zodat hier 'duidelijke gronden [zullen] moeten bestaan om in het kader van lid 2 het dwalingsrisico alsnog voor rekening van de dwalende te brengen.'⁴²³ Daarentegen ligt in geval van wederzijdse dwaling de discussie volgens Hijma na toepassing van lid 1 'nog volledig open', aangezien hier niet kan worden gezegd dat de wederpartij de dwaling heeft veroorzaakt.⁴²⁴ Wat betreft de toepassingsfrequentie van lid 2 constateert Hijma dus een 'cesuur' tussen lid 1 sub a en b enerzijds en lid 1 sub c anderzijds.⁴²⁵ Zelf zou ik het onderscheid tussen eenzijdige en wederzijdse dwaling niet zo scherp willen maken. Zoals betoogd in par. 3.6.9 kan (ook) de wederzijdse dwaling dikwijls op schending van een informatieplicht (meer in het bijzonder: een onderzoeksplicht) worden teruggevoerd. Zo bezien zou wat mij betreft over de gehele linie van art. 6:228 lid 1 BW, ook bij wederzijdse dwaling, een voorschot moeten worden genomen op de risicocorrectie van lid 2, door telkens in het licht van de verkeersopvattingen te beoordelen op welk van beide partijen in het concrete geval een informatieplicht rust. De betekenis van lid 2 blijft dan realiter beperkt tot de drie andere uitzonderingsgronden aldaar genoemd.

Al met al lijkt het verstandig om aan de tweeledige structuur van art. 6:228 BW geen al te grote dogmatische consequenties te verbinden.⁴²⁶ Die structuur laat zich waarschijnlijk het best verklaren vanuit een *procesrechtelijke* invalshoek, als manifestatie van de processuele rolverdeling tussen partijen. Wie zich beroept op vernietiging wegens dwaling, zal dienen te stellen en bewijzen (althans beargumenteren⁴²⁷) dat de wederpartij wegens schending van een informatieplicht op grond van lid 1 verantwoordelijk is voor de dwaling in kwestie.⁴²⁸ Het is vervolgens aan de wederpartij om bij wijze van verweer aannemelijk te maken dat die dwaling wegens schending van een onderzoeksplicht door de dwalende (of op andere gronden) krachtens lid 2 voor rekening van de dwalende dient te blijven.⁴²⁹ Wanneer de rechter ten slotte de knoop

422 Zie bijv. Hijma 1992b, p. 889; Smits 1999, p. 10; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241; Valk 2010a, p. 915; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 235; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 114. Vgl. ook reeds Cohen Henriquez 1991, p. 85.

423 Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241.

424 Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 114.

425 Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241.

426 Vgl. meer in algemene zin Drion 1976, p. 571, die het artikel 'vrij van dogmatische ballast' acht.

427 Hier lijkt eerder sprake van een argumentatielast dan een bewijslast in de klassieke betekenis van art. 150 Rv. Vgl. Valk 2010a, p. 916.

428 Ik laat de zeldzame gevallen van 'zuivere' wederzijdse dwaling, waarin geen der partijen in termen van kennisvergaring of -verstrekking verantwoordelijkheid draagt, hier buiten beschouwing (par. 3.6.9).

429 Vgl. par. 3.6.18, waar wordt betoogd dat in dit verband de *enkele* verwijzing naar de onderzoeksplicht van de dwalende onvoldoende is.

doorhakt, zal hij de dichotomie van art. 6:228 BW moeten doorbreken. Vanuit een overkoepelend perspectief zal hij moeten beoordelen welk van beide partijen de verantwoordelijkheid draagt voor de dwaling in kwestie, of – zo men wil – welke van de wederzijdse informatieplichten in het concrete geval prevaleert (par. 3.6.13). Dit vloeit voort uit de tweezijdige benadering die de Hoge Raad in geval van dwaling voorschrijft (par. 3.5.4).

3.6.12 Vervolg; onderzoeksplicht bij gerede twijfel

Aangenomen dat de onderzoeksplicht van de dwalende niet meer is dan de negatieve pendant van de informatieplicht van de wederpartij (par. 3.6.11), valt over die onderzoeksplicht als geïsoleerd verschijnsel weinig te zeggen. Wil men toch proberen om haar onder een eigen noemer te brengen, los van de ermee corresponderende informatieplicht van de wederpartij, dan levert Drion daarvoor een interessant aanknopingspunt. In een tweetal beroemd geworden opstellen heeft hij het fenomeen dwaling – negatief – omschreven als een ‘gebrek aan twijfel’ of ‘gebrek aan onzekerheid’.⁴³⁰ ‘(W)ie twijfelt, dwaalt niet; wie behoorde te twijfelen, dwaalt niet verschoonbaar’, zo luidt zijn prikkelende stelling.⁴³¹ De boodschap is duidelijk: wanneer men *twijfelt* tussen een onjuiste en de juiste voorstelling van zaken, is van *afwezigheid* van die juiste voorstelling van zaken, zoals vereist voor een beroep op dwaling (par. 3.5.5), geen sprake. Wie in twijfel verkeert (of behoort te verkeren) zal nader onderzoek moeten verrichten,⁴³² en kan hoogstens een beroep op dwaling doen indien dat onderzoek geen correct resultaat oplevert. De persoon in kwestie komt dan alsnog, in de woorden van Drion, te verkeren in een toestand van ‘achteraf ongerechtvaardigde zekerheid’.⁴³³ Alleen zo’n achteraf ongerechtvaardigde zekerheid, de *schijnzekerheid* van een onjuiste voorstelling van zaken, kan een beroep op dwaling rechtvaardigen.

De visie van Drion heeft de schoonheid en tegelijk de beperking van een alomvattende benadering. De vraag of er voor degene die zich beroept op dwaling aanleiding tot twijfel heeft bestaan, is goed beschouwd een herformulering van de vraag of het beroep op dwaling moet slagen. Drions visie is waardevol omdat zij in abstracto nader vorm geeft aan de onderzoeksplicht van de dwalende. Voor een beoordeling in concreto lijkt haar toegevoegde waarde gering.⁴³⁴ Drion zou waarschijnlijk de eerste zijn om dit te erkennen, getuige zijn milde commentaar op het voormalige ontwerp van art. 6:228 BW:

430 Drion 1960, p. 496; Drion 1972, p. 6.

431 Drion 1972, p. 65.

432 Vgl. hetgeen in par. 2.2.2 werd opgemerkt over het verband tussen twijfel en goede trouw.

433 Drion 1960, p. 496.

434 Zie voor kritiek op Drions visie bijv. Van der Grinten 1972, p. 207; Chao-Duivis 1996, p. 237; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 2a. Vgl. ook par. 3.6.3 aan het slot.

‘(H)et ware een illusie te menen dat de dwalingsregeling van het Ontwerp, of welke andere wettelijke dwalingsregeling ook, ooit de dwalingsproblemen tot oplossing zou kunnen brengen. Dwalingsproblemen, evenals overmachtsproblemen, vinden hun wortel grotendeels in het individuele contract: algemeen geformuleerde wettelijke dwalingsregels zullen niet méér kunnen doen – maar dat mag men er dan ook zeker van verwachten – dan de wetstoepasser steun geven bij een zo zuiver mogelijk formuleren van de *vragen*, die in het concrete dwalingsgeval beantwoord moeten worden.’⁴³⁵

Met deze relativering in het achterhoofd kan worden geconcludeerd dat het bij de onderzoeksplicht van art. 6:228 lid 2 BW gaat om de vraag of voor de dwalende aanleiding bestond tot *twijfel* over de juistheid van een voor hem essentiële voorstelling van zaken.⁴³⁶ Het antwoord op die vraag zal moeten worden gevonden in de verkeersopvattingen, ingevuld met de in par. 3.6.3 genoemde gezichtspunten.

3.6.13 Verhouding wederzijdse informatieplichten

De analyse van het wettelijk kader voor dwaling in de voorgaande paragrafen toont aan dat dit leerstuk vrijwel geheel in de sleutel van wederzijdse informatieplichten kan worden geplaatst. De vraag of op grond van art. 6:228 BW vernietiging wegens dwaling kan plaatsvinden, laat zich vertalen in de vraag of naar verkeersopvattingen de wederpartij een waarheidsplicht (lid 1 sub a), een mededelingsplicht (lid 1 sub b) of een onderzoeksplicht (lid 1 sub c) heeft geschonden.⁴³⁷ In verband met de tweezijdige benadering die de Hoge Raad in geval van dwaling voorschrijft (par. 3.5.4), moet het antwoord op die vraag worden gevonden met inachtneming van de eigen onderzoeksplicht van de dwalende (lid 2), die eveneens door de verkeersopvattingen wordt bepaald. Per saldo gaat het om de vraag welk van beide partijen naar verkeersopvattingen wegens schending van een informatieplicht verantwoordelijk kan worden gehouden voor de dwaling.

Dit ogenschijnlijk vanzelfsprekende regime, dat in de ons omringende landen op vergelijkbare wijze functioneert,⁴³⁸ heeft in de literatuur een dogmatische discussie uitgelokt over de *verhouding* tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling, en meer in het bijzonder over de vraag of er tegelij-

435 Drion 1964, p. 429-430 (curs. toegevoegd).

436 Zie in gelijke zin bijv. Kamphuisen 1961, p. 70; Vranken 1989, p. 10; Hijma 1991b, p. 665; Van Joolingen 2002, p. 210; en Huijgen 2008, nr. 9.

437 Ik laat de zeldzame gevallen van ‘zuivere’ wederzijdse dwaling, waarin geen der partijen in termen van kennisvergaring of -verstrekking verantwoordelijkheid draagt, hier buiten beschouwing (par. 3.6.9).

438 Zie bijv. de rechtsvergelijkende studie van Fleischer 2001, p. 993-994. Vgl. ook Busch 2008, p. 137.

kertijd informatieplichten kunnen rusten op zowel de dwalende als diens wederpartij.⁴³⁹ De doctrine is verdeeld in een 'traditionele' benadering, die deze vraag ontkennend beantwoordt, en een 'moderne' benadering, die haar bevestigend beantwoordt. Laatstbedoelde benadering lijkt inmiddels, gezien de opstelling van de Hoge Raad, de heersende leer te vertegenwoordigen.

De traditionele benadering gaat er, conform het bovenstaande, van uit dat de wederzijdse informatieplichten bij dwaling complementair zijn, zodat zij, als keerzijden van dezelfde medaille, elkaar over en weer uitsluiten.⁴⁴⁰ Hijma verwoordt het aldus, dat er op een 'denkbeeldige lijn' dient te worden gezocht naar 'het punt waar de plicht van de ene partij in een plicht van de andere partij overgaat'.⁴⁴¹ Dit impliceert niet dat voor onderlinge *afweging* van de wederzijdse informatieplichten geen plaats is. Kenmerk van de traditionele benadering is juist dat de wederzijdse informatieplichten als 'onderling communicerende vaten' worden beschouwd.⁴⁴² De bedoelde afweging wordt echter – om redenen van overzichtelijkheid – in een preliminair stadium gesitueerd, voorafgaand aan de vaststelling van de in concreto geldende informatieplicht.⁴⁴³ Heeft die vaststelling eenmaal plaatsgevonden, dan wordt de wisselwerking tussen eigen en andermans verantwoordelijkheid beschouwd als een gepasseerd station. In zoverre bestaat er volgens de traditionele benadering – uiteindelijk – een omslagpunt tussen de wederzijdse informatieplichten.

De thans heersende leer preferereert een visie waarin de informatieplichten van de dwalende en diens wederpartij als zelfstandige grootheden worden behandeld, die niet noodzakelijkerwijs complementair zijn. Dienovereenkomstig bestaat er volgens de heersende leer tussen deze informatieplichten niet in alle gevallen een omslagpunt, maar in potentie overlap.⁴⁴⁴ Met betrekking tot de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW heeft de Hoge Raad zich uitdrukkelijk bij deze visie aangesloten, door – tot tweemaal toe – te overwegen 'dat het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, niet uitsluit dat de andere partij terzake

439 Zie daarover bijv. Castermans 1992a, p. 21-26; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 87.

440 Zie bijv. Nieuwenhuis 1986a, p. 319; Hijma 1991b, p. 663-664; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 30-31; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 163, 169. Vgl. ook Wilms 1980, p. 492, 503; en De Boeck 2002, p. 86. Zie voorts par. 2.3.1.

441 Hijma 1991b, p. 664.

442 Aldus Nieuwenhuis 1986a, p. 319.

443 Zie de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), sub 6, alsmede Dammingh 1998, p. 568; en Dammingh 2002, p. 219-220.

444 Zie bijv. Castermans 1992a, p. 26-29, 125 e.v.; Castermans 1998, p. 90; Dammingh 1998, p. 569; A-G Hartkamp in zijn conclusie voor HR 13 november 1998, NJ 1999, 72 (Vletter c.s./PermX), sub 7; Klik 1998a, p. 299; Lammers 1998, p. 126; Nieuwenhuis 1998, p. 156; Smits 1999, p. 109; Dammingh 2002, p. 228; Brink 2009, p. 131; Slijper 2009, p. 102; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 230. Vgl. ook reeds Meijers 1922, p. 418.

van diezelfde gegevens een mededelingsplicht heeft'.⁴⁴⁵ Om (desondanks) te komen tot een beslissing in het voordeel van één van beide partijen maakt de heersende leer gebruik van zogenaamde prioriteitsregels, op grond waarvan de ene informatieplicht wordt geacht te prevaleren boven de andere.⁴⁴⁶ Deze regels, die erop neerkomen dat de waarheidsplicht van art. 6:228 lid 1 sub a BW en de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW in het algemeen prevaleren boven de onderzoeksplicht van art. 6:228 lid 2 BW, worden in par. 3.6.15 e.v. behandeld. Allereerst volgt hieronder een nadere analyse van de heersende leer.

3.6.14 Vervolg; digitale of analoge benadering?

De in par. 3.6.13 geschetste benadering van de heersende leer, die de wederzijdse informatieplichten bij dwaling als zelfstandige grootheden beschouwt, lijkt op het eerste gezicht omslachtig. Waarom zou men moeite doen voor een dogmatisch geconstrueerde overlap tussen de wederzijdse informatieplichten, om vervolgens één van beide te laten prevaleren? Het antwoord wordt gevonden buiten het kader van de vernietiging wegens dwaling, en wel (vooral) in het schadevergoedingsrecht.⁴⁴⁷ Indien de dwalende, zoals in de praktijk dikwijls gebeurt, *schadevergoeding* vordert, naast of in plaats van vernietiging wegens dwaling,⁴⁴⁸ kan hij bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis worden geconfronteerd met een beroep op eigen schuld (art. 6:101 BW). In dat kader kan het debat over de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten herleven. Anders dan art. 6:228 BW dwingt nu art. 6:101 BW niet tot een alles-of-niets-beslissing in het voordeel van één van beide partijen. Nieuwenhuis karakteriseert dit wetssystematische onderscheid als volgt:

'Het verschil in behandeling vloeit voort uit het bestaan van digitale en analoge patronen van vraag en antwoord in het recht. Sommige vragen verlangen een digitaal antwoord: 1 of 0. Zijn de voorwaarden voor een beroep op dwaling vervuld? Ja of nee? (...) Hier geldt de wet van het uitgesloten midden. Elders gaat het recht zijn analoge gang: als de wijzers van een klok, die op iedere positie van

445 Zie HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Oftringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.5; en HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman), r.o. 3.4.

446 Zie bijv. Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 169; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 140.

447 Zie bijv. Castermans 1992a, p. 27-29; Castermans 1998, p. 90; Klik 1998a, p. 299; Nieuwenhuis 1998, p. 156; Dammingh 1998, p. 569; Krans 1999, p. 183-184; Dammingh 2002, p. 228-230; Keirse 2003, p. 150; Nieuwenhuis 2007, p. 70-71; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 231. Ook wordt wel gewezen op de mogelijkheid van *wijziging* van de overeenkomst ex art. 6:230 BW. Zie bijv. Castermans 1992a, p. 132-134.

448 Vgl. HR 2 april 1993, *NJ* 1995, 94 m.nt. CJHB (Cattier/Waanders), r.o. 3.6.4, besproken in par. 3.10.8.

de wijzerplaat tot staan kunnen worden gebracht. De schade wordt tussen de ‘vergoedingsplichtige’ en de benadeelde verdeeld ‘in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen’ (art. 6:101).’

Waar dus het ‘digitale’ karakter van de dwalingsvraag dwingt tot het tegen elkaar wegstrepen van wederzijdse informatieplichten, laat het ‘analoge’ karakter van art. 6:101 BW een coëxistentie en onderlinge afweging toe, zo luidt de gedachte. Het is kennelijk tegen die achtergrond, dat de heersende leer – ook reeds in het kader van art. 6:228 BW – ruimte wil laten voor een (potentiële) overlap tussen de wederzijdse informatieplichten.

Hoe moet over deze ‘analoge toepassing’ van informatieplichten worden gedacht?⁴⁴⁹ Bezien vanuit de hedendaagse opvattingen over proportionaliteit in het verbintenissenrecht is de heersende leer wellicht aantrekkelijk als een toonbeeld van nuancering en evenredigheid.⁴⁵⁰ Wat mij betreft getuigt zij echter van een al te brede opvatting over de inzetbaarheid van informatieplichten. Natuurlijk kan onvoorzichtigheid aan de zijde van de dwalende leiden tot de slotsom dat een gedeelte van de schade wegens eigen schuld voor zijn rekening moet blijven.⁴⁵¹ Naar mijn mening is het echter niet adequaat om een dergelijke ‘finetuning’ te betitelen als de toepassing van een onderzoeksplicht.⁴⁵² Afgezien van de dwingende connotatie van deze term, die uit de toon lijkt te vallen in situaties waarin de *wederpartij* primair verantwoordelijk is wegens schending van een informatieplicht, heeft de benadering van de heersende leer mijns inziens een ongewenst dogmatisch neveneffect. De aanvaarding van een potentiële overlap tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling impliceert een *ontkoppeling* van deze informatieplichten. De bedoelde overlap kan immers niet worden bereikt zolang men de onderzoeksplicht van de dwalende blijft beschouwen als de negatieve pendant van de informatieplicht van de wederpartij. De heersende leer kwalificeert de wederzijdse informatieplichten dan ook uitdrukkelijk als zelfstandige grootheden (par. 3.6.13). Die visie lijkt moeilijk verenigbaar met de tweezijdige benadering uit het arrest Baris/Riezenkamp, op grond waarvan de verantwoordelijkheden van onderhandelende partijen in het licht van hun gerechtvaardigde verwachtingen over en weer dienen te worden vastgesteld (par. 3.5.4). Daaruit lijkt veeleer te volgen dat de informatieplicht van de wederpartij ophoudt waar de onderzoeksplicht van de dwalende begint, en *vice versa*. Kiest men voor

449 Zie voor het navolgende betoog reeds Jansen 2009b, p. 340-350. Zie par. 5.3.6 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

450 Vgl. Giesen & Tjong Tjin Tai 2008.

451 Aldus uitdrukkelijk HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 657 m.nt. WMK (Holvrieka/Brunink), r.o. 3.7. Vgl. ook HR 18 september 1998, *NJ* 1998, 818 (KPI/Leba), r.o. 3.4.

452 Vgl. Klik 1998b, p. 152. Zie voor meer algemene kritiek op de heersende leer bijv. Hijma 2002, p. 75; en de *NJ*-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman), sub 3.

ontkoppeling, dan kan dat leiden tot de aanvaarding van 'eenzijdige' informatieplichten, die niet worden gesteund door de gerechtvaardigde verwachtingen van de wederpartij. Illustratief is het arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, waarin de Hoge Raad terecht korte metten maakte met een dergelijke eenzijdige benadering van de feitenrechter.⁴⁵³

Aan de heersende leer kan worden toegegeven dat de wederzijdse informatieplichten *a priori* tegelijkertijd bestaan, in die zin dat de dwalende en diens wederpartij gedurende de onderhandelingsfase in beginsel beiden zijn gehouden tot zorg voor elkaars (respectievelijk hun eigen) belangen. Het lijkt desalniettemin verkieslijk dat de rechter, eenmaal gesteld voor de vraag welk van beide partijen in een concreet geval voor de verstrekking of vergaring van bepaalde informatie (eind)verantwoordelijk is, een beslissing in het voordeel van één van beide partijen neemt. De conclusie dat ter zake van dezelfde informatie op *beide* partijen een informatieplicht rust, is als uitkomst van een gerechtelijke procedure, en als precedent voor toekomstige gevallen, niet aantrekkelijk.⁴⁵⁴ Bovendien lijkt die conclusie moeilijk verenigbaar met de systematiek van art. 6:228 BW. Het causaliteitsvereiste bij dwaling, zoals hierboven geïntroduceerd in par. 3.5.5, brengt mee dat voor een geslaagd beroep op schending van een mededelings- of waarheidsplicht is vereist dat de dwalende door toedoen van de *wederpartij*, namelijk als gevolg van een onvolledige of onjuiste informatieverstrekking van haar kant, tot het aangaan van de overeenkomst is bewogen. Aanvaardt men dat de 'schade' van de dwalende – de teleurstellende overeenkomst – mede is veroorzaakt door een gebrek aan eigen onderzoek, als 'omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend' in de zin van art. 6:101 lid 1 BW, dan ondergraaft men met terugwerkende kracht het causale karakter van de geschonden informatieplicht. De gedachte dat *beide* partijen door schending van een informatieplicht een causale bijdrage kunnen hebben geleverd aan de totstandkoming van de overeenkomst, ligt naar mijn smaak minder voor de hand, aangezien in het dwalingsleerstuk de gelding van een informatieplicht aan de zijde van de ene partij juist veronderstelt dat de andere partij op de desbetreffende informatievergarig of -verstrekking mocht *vertrouwen* (par. 3.5.4).

Wat de heersende kennelijk beoogt, is de *a priori* gegeven onderzoeksplicht van de dwalende, nadat die in het kader van art. 6:228 BW door de prevalerende informatieplicht van de wederpartij is 'overruled', in het kader van art. 6:101 BW alsnog mee te wegen ter onderbouwing van een zekere mate van eigen schuld aan de zijde van de dwalende. Dat is op zichzelf aanvaardbaar, mits duidelijk is dat het hier bedoelde verwijt aan het adres van de dwalende van een heel ander kaliber is dan de door de wederpartij geschonden informatieplicht. Gegeven het causale karakter van die informatieplicht, zoals hier-

453 HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), besproken in par. 3.7.7.

454 Vgl. Hijma 1991b, p. 664.

boven geschetst, zal de causale bijdrage van de dwalende in het kader van art. 6:101 BW logischerwijze nog slechts betrekking kunnen hebben op andere omstandigheden dan een gebrek aan eigen onderzoek omtrent de informatie die door de wederpartij had moeten worden verstrekt. Zulke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld, toegespitst op een geval van verzwijging door de verkoper van een gebrekkige zaak, zijn gelegen in het feit dat de zaak op de markt of anderszins buiten een daartoe bestemde winkelruimte is gekocht, of in het feit dat de koper een bijzonder lage prijs heeft bedongen. Het gaat hier om de eigen verantwoordelijkheid van de dwalende koper als zodanig, die in verhouding tot de in concreto geldende informatieplicht van de wederpartij een relatief algemeen en onbepaald karakter heeft. Verheft men haar tot 'onderzoeksplicht', om deze in het kader van art. 6:101 BW te hanteren ter mitigatie van de consequenties van de informatieplicht van de wederpartij, dan stelt men strikt genomen twee verschillende grootheden op één lijn. Illustratief is het arrest Wegerif/Quicker, waarin de Hoge Raad een oordeel sanctioneerde dat naar mijn mening op twee gedachten hinkt.⁴⁵⁵

Al met al verdient mijns inziens de heersende leer vanuit een oogpunt van semantiek, dogmatiek en systematiek niet de voorkeur. Daarbij komt een juridisch-inhoudelijk bezwaar, dat naar mijn indruk ook van praktische betekenis is. De visie van de heersende leer heeft een belangrijke consequentie voor de inhoud van de eerder genoemde prioriteitsregels inzake het prevaleren van mededelingsplicht en waarheidsplicht. Aanvaardt men dat de wederzijdse informatieplichten bij dwaling elkaar (kunnen) overlappen, dan behelzen die regels kennelijk niet langer een *conclusie* – de afwezigheid van een onderzoeksplicht als logisch uitvloeisel van de aanwezigheid van een mededelingsplicht of waarheidsplicht – maar een *norm*. De door de heersende leer bepleite ont koppeling van de wederzijdse informatieplichten verleent, met andere woorden, een bijzondere juridische status aan die prioriteitsregels. Ik acht dat niet gerechtvaardigd, omdat naar mijn mening voor een principiële overwicht van mededelingsplicht en waarheidsplicht boven onderzoeksplicht in abstracto geen goede grond bestaat. Ter onderbouwing volgt hieronder een nadere beschouwing van de bedoelde prioriteitsregels en hun juridische achtergrond.

3.6.15 Vervolg; waarheidsplicht prevaleert

Van de twee in par. 3.6.13 bedoelde prioriteitsregels is de regel dat de waarheidsplicht van art. 6:228 lid 1 sub a BW prevaleert boven de onderzoeksplicht van lid 2 de meest klassieke. Reeds in het arrest Baris/Riezenkamp uit 1957 overwoog de Hoge Raad 'dat men in den regel mag afgaan op de juistheid

455 HR 8 december 2006, L/JN AY7456, NJ 2006, 658 (Wegerif/Quicker), besproken in par. 3.7.12.

van door de wederpartij gedane mededelingen'.⁴⁵⁶ Het betoog van Baris dat de dwaling van Riezenkamp onverschoonbaar was omdat Riezenkamp nader onderzoek had moeten doen naar de haalbaarheid van de door Baris genoemde kostprijs van de rijwielhulpmotoren, werd op die grond verworpen. Kennelijk woog de onjuiste informatieverstrekking van de kant van Baris hier zwaarder dan de eigen verantwoordelijkheid van Riezenkamp, die de Hoge Raad in dit arrest óók benadrukte (par. 3.1.3).

In het arrest Booy/Wisman uit 1966 werd de prioriteitsregel voor onjuiste inlichtingen nader uitgewerkt.⁴⁵⁷ Het ging hier om de verkoop van een mobiele kraan waarover door verkoper Booy was gezegd dat koper Wisman er zeker een kentekenbewijs voor zou kunnen krijgen, aangezien voor dergelijke kranen al eerder een kentekenbewijs was verstrekt. Die mededeling (althans het eerste gedeelte ervan) bleek onjuist: in verband met het gewicht van de onderhavige kraan werd het kentekenbewijs geweigerd. Hof en Hoge Raad honoreerden Wismans beroep op dwaling, waaraan niet in de weg stond dat Wisman geen onderzoek had gedaan naar de juistheid van Booy's mededeling. Na in algemene bewoordingen te hebben vooropgesteld dat op de dwalende een 'gehoudenheid' rust om onderzoek te doen ter voorkoming van een onjuiste voorstelling van zaken, overwoog de Hoge Raad:

'dat in het algemeen die gehoudenheid tegenover de wederpartij niet zo ver gaat, dat hij niet zou mogen afgaan op de juistheid van door deze wederpartij gedane mededelingen, en integendeel veelal de regels van de goede trouw er zich tegen zullen verzetten, dat de wederpartij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat ten onrechte op de juistheid van haar mededelingen is vertrouwd'.

De oude formule 'in den regel' is hier vervangen door 'in het algemeen'.⁴⁵⁸ Voorts vestigt de Hoge Raad de aandacht op het tweezijdige karakter van de prioriteitsregel (vgl. par. 3.5.4), door het perspectief van de wederpartij aan de overweging toe te voegen. Enerzijds zal de dwalende doorgaans mogen afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen. Anderzijds zal een beroep van de *wederpartij* op een onderzoeksplicht van de dwalende omtrent de juistheid van gegevens die zij zélf heeft verstrekt, veelal in strijd met de goede trouw (lees: naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar) zijn. Deze laatste benadering, die duidelijk aan *common sense*

456 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3. Vgl. *anders* nog het oudere (hiermee achterhaalde) arrest HR 29 maart 1935, *NJ* 1935, 1470 m.nt. EMM (Herbrechter/Hof).

457 HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183 m.nt. GJS (Booy/Wisman).

458 Van der Grinten 1967, p. 166, zag hierin, mede gezien het verderop gebezigde 'veelal', een verzwakking van de regel. In retrospectief lijkt daarvan geen sprake te zijn geweest; zie de *NJ*-annotatie van G.J. Scholten bij HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel), sub 2.

appelleert, was in het Engelse recht reeds bekend sinds de klassieker *Redgrave v Hurd* uit 1881:

‘If a man is induced to enter into a contract by a false representation it is not a sufficient answer to him to say, “If you had used due diligence you would have found out that the statement was untrue. You had the means afforded you of discovering its falsity, and did not choose to avail yourself of them.” (...) “You were not entitled to give credit to my statement.”’⁴⁵⁹

In het arrest Marks/ASZ uit 2003 wordt deze benadering vanuit het perspectief van de wederpartij, aan de hand van de derogerende redelijkheid en billijkheid, weer verlaten.⁴⁶⁰ Doordat bovendien de clausulering ‘in het algemeen’ ontbreekt, klinkt het ‘waarheidsplicht prevaleert’ hier ongekend nadrukkelijk (r.o. 3.5.2):

‘Degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, is tegenover de wederpartij gehouden om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, doch deze gehoudenheid gaat niet zover dat hij niet zou mogen afgaan op de juistheid van door deze wederpartij gedane mededelingen.’

In de volgende zin deinst de Hoge Raad al weer terug voor de consequenties van deze vooropstelling, door te overwegen dat de onjuistheid van verstrekte inlichtingen ‘in beginsel’ een beroep op dwaling rechtvaardigt, en dat toepassing van art. 6:228 lid 2 BW anders kan meebrengen. Deze nuancering – hoe voor de hand liggend ook⁴⁶¹ – is niet gering. Als de regel ‘waarheidsplicht prevaleert’ slechts een herformulering behelst van de wettelijke bepaling dat de verstrekking van een onjuiste inlichting kan leiden tot vernietigbaarheid van de gesloten overeenkomst, kan die regel gevoeglijk worden gemist. Men kan dan immers zeggen dat in zoverre de beslissing uit Baris/Riezenkamp in art. 6:228 lid 1 sub a BW is gecodificeerd.⁴⁶² De bewoordingen van het citaat doen echter vermoeden dat de Hoge Raad méér gewicht wil toekennen aan de onderhavige prioriteitsregel. Hiermee rijst de vraag naar de juridische status ervan. Alvorens die vraag te behandelen (par. 3.6.17) wordt hieronder de tweede prioriteitsregel geïntroduceerd.

459 *Redgrave v Hurd* (1881) 20 Ch. D. 1, p. 13-14, per Jessel MR (zie ook p. 22-23, per Baggallay LJ). De casus is vergelijkbaar met Baris/Riezenkamp, met dien verstande dat het hier de overname van een advocatenpraktijk betrof, en de verstrekte inlichting betrekking had op de jaaronzet.

460 HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), r.o. 3.5.2, besproken in par. 3.6.8.

461 Vgl. de jurisprudentie vermeld in Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 143.

462 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 901.

3.6.16 Vervolg; mededelingsplicht prevaleert

Het wekt geen verbazing dat in het kielzog van de prioriteitsregel voor onjuiste inlichtingen ook een prioriteitsregel volgde voor schending van een mededelingsplicht. Aanvaardt men eenmaal als uitgangspunt dat de dwalende mag vertrouwen op het bestaan van omstandigheden overeenkomstig de inlichtingen van de wederpartij, dan is de gevolgtrekking dat in het algemeen ook mag worden vertrouwd op het *niet-bestaan* van omstandigheden die de wederpartij ten onrechte heeft verzwegen, niet ver weg.⁴⁶³ In het arrest Van der Beek/Van Dartel uit 1973 kreeg de Hoge Raad de gelegenheid deze gevolgtrekking te maken.⁴⁶⁴ Het betrof een geschil over de koop van een Haags pand dat, conform het toenmalige gemeentelijke woningmarktbeleid, binnen korte tijd na aankoop zou worden gevorderd voor bewoning. Koopster Van der Beek zag aldus haar plannen voor de vestiging van een pension voor gastarbeiders in dat pand gedwarsboemd en beriep zich op dwaling. Het hof verwierp dat beroep, daartoe overwegende dat het op de weg van Van der Beek had gelegen om zich tijdig te verzekeren van de gemeentelijke instemming met de door haar beoogde bestemming van het pand en dat daaraan niet afdeed 'dat het zeker ook op de weg van Van Dartel lag Van der Beek op de hoogte te stellen' van de door de Gemeente Den Haag bij Van Dartel aangekondigde vordering voor bewoning. Dit enigszins tweeslachtige oordeel vond geen genade in de ogen van de Hoge Raad. In algemene bewoordingen stelde hij voorop:

'dat wanneer een partij voor de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven ten einde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, de goede trouw er zich in het algemeen tegen zal verzetten dat eerstbedoelde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling mede aan zichzelf heeft te wijten'.

Tegen deze achtergrond constateerde de Hoge Raad een motiveringsgebrek, omdat het hof in zijn ogen niet voldoende duidelijk had gemaakt *waarom* de onderzoeksplicht van Van der Beek moest prevaleren boven de mededelingsplicht van Van Dartel. Annotator Van der Grinten dacht daar anders over:

'De verkoper van een object behoeft niet alles wat hij omtrent het object weet aan de gegadigde-koper mede te delen. De koper die zich onvoldoende op de hoogte stelt en achteraf teleurgesteld is, kan in het algemeen de verkoper geen verwijt maken. De koper van een woning in Den Haag weet heel goed, dat hij een vergun-

463 Vgl. Cohen Henriquez 1976, p. 627; Klik 1998b, p. 151; en de NJ-annotatie van G.J. Scholten bij HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel), sub 2. Vgl. ook hetgeen in par. 3.6.6 werd opgemerkt over de vloeiende overgang tussen art. 6:228 lid 1 sub a en b BW.

464 HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel).

ning van de gemeente nodig heeft om het huis te kunnen betrekken en dat de gemeente het huis kan vorderen indien het niet of niet in overeenstemming met de voor bewoning geldende normen wordt bewoond. Het had op de weg van de koper gelegen om te onderzoeken of zij de woning voor huisvesting van gastarbeiders mocht gebruiken.⁴⁶⁵

Wat er zij van deze ‘casuïstische’ kritiek – heden ten dage kan die waarschijnlijk moeilijk nog op waarde worden geschat –, het betoog van Van der Grinten toont wel aan hoe moeilijk het is om de verhouding tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht in algemene regels te vatten. Toch heeft de Hoge Raad de prioriteitsregel uit Van der Beek/Van Dartel nadien in een reeks van arresten herhaald.⁴⁶⁶ Daarbij valt op dat de regel, anders dan de prioriteitsregel inzake de waarheidsplicht, nauwelijks gedaanteveranderingen heeft ondergaan en altijd gekoppeld is gebleven aan het leerstuk van de derogerende redelijkheid en billijkheid.⁴⁶⁷

De regel ‘mededelingsplicht prevaleert’ heeft intussen wel een nieuwe dimensie gekregen, doordat de Hoge Raad in het arrest Van Geest/Nederlof uit 1990, betreffende de koop van een onveilige tweedehands auto, overwoog dat die regel ‘ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens’.⁴⁶⁸ In Offringa/Vinck en Van Rosberg, betreffende de koop van een gebrekkig huis, werd deze beschermingsstrekking herhaald, onder toevoeging van de instructie dat de feitenrechter bij de beoordeling van de wederzijdse informatieplichten ‘ook en vooral daarop’ moet letten.⁴⁶⁹ Kennelijk bestaat er in de ogen van de Hoge Raad niet snel grond voor een *uitzondering* op de onderhavige prioriteitsregel.⁴⁷⁰ Weliswaar werd in het arrest Van Dalßen/Gemeente Kampen geoordeeld dat de verkoper van een monumentaal pand, die wist dat de bovenverdieping ongeschikt was voor het door de koper beoogde gebruik als feestzaal, zich (desondanks) erop mocht

465 Van der Grinten 1974, p. 346.

466 Zie HR 7 december 1984, *NJ* 1985, 771 m.nt. CJHB (Turk/Van den Berg), r.o. 3.2; HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 345 (Willart/Snijders), r.o. 3.5; HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), r.o. 3.2; HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.5; en HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman), r.o. 3.4. Vgl. ook HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalßen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8, waarin de regel wordt uitgebreid tot het terrein van de non-conformiteit.

467 Soms spreekt de Hoge Raad in dit verband nog van ‘goede trouw’, hoewel die term door de invoering van het nieuwe BW eigenlijk is achterhaald. Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman), sub 2.

468 HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), r.o. 3.4 (curs. toegevoegd).

469 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.5, besproken in par. 3.7.7.

470 Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 145, waar wordt geconcludeerd dat de rechtspraak ‘geen duidelijke invullingen’ geeft aan de uitzonderingsmogelijkheid van de onderhavige prioriteitsregel.

beroepen dat de koper 'ook zelf enig verder onderzoek had behoren te doen',⁴⁷¹ maar de reden van deze uitzondering was dat de koper zelf ook bekend was met de bedoelde ongeschiktheid, althans beschikte over concrete aanwijzingen daarvoor. Goed beschouwd was hier dus niet voldaan aan de basisvereisten voor het aannemen van een mededelingsplicht (par. 3.6.2), zodat voor het prevaleren daarvan *a fortiori* geen plaats was (par. 3.7.8).

Dat de Hoge Raad een eenmaal aangenomen mededelingsplicht niet snel wil laten overtroeven door de onderzoeksplicht van de dwalende, blijkt duidelijk uit het arrest Kranendonk en De Vries/A. uit 2007, waar de Hoge Raad met zoveel woorden overweegt 'niet te spoedig' uitzonderingen te willen aanvaarden op de regel van het prevaleren van de mededelingsplicht, daarbij bovendien het specifieke kader van de koopovereenkomst verlatend:

'De mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, onder b, BW strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling. Dit brengt mee dat niet te spoedig voorrang aan de onderzoeks-/informatieplicht van die partij boven de mededelingsplicht van de andere partij dient te worden gegeven en dat bij een daartoe strekkend oordeel op alle bijzondere omstandigheden van het geval moet worden gelet en deze ook zo volledig en zo nauwkeurig mogelijk moeten worden vastgesteld'.⁴⁷²

Het valt op dat de Hoge Raad niet langer verwijst naar zijn eigen regel dat de mededelingsplicht prevaleert, maar simpelweg naar art. 6:228 lid 1 sub b BW. Kennelijk leest hij die regel in het artikel zelf, aldus suggererend dat het een regel betreft die met de wetbepaling op één lijn kan worden gesteld. Dat laatste spreekt echter niet vanzelf. Evenals de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de waarheidsplicht (par. 3.6.15) roept de onderhavige prioriteitsregel dus vragen op omtrent zijn juridische status, waarover de volgende paragraaf handelt.

3.6.17 Vervolg; status prioriteitsregels

In de voorgaande paragrafen is geschetst hoe de prioriteitsregels inzake het prevaleren van waarheidsplicht en mededelingsplicht een vaste plaats in de jurisprudentie van de Hoge Raad hebben verworven. Inmiddels lijken zij het wettelijk kader van art. 6:228 BW tot op zekere hoogte te overschaduwen. Waar dat artikel nog in het teken staat van de tweezijdige benadering uit het arrest Baris/Riezenkamp (par. 3.5.4), tenderen de prioriteitsregels onmiskenbaar in de richting van een eenzijdige bescherming van de dwalende.⁴⁷³ Bij de regel

471 Zie HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), r.o. 3.4.2, besproken in par. 3.7.8.

472 HR 19 januari 2007, *LJN* AZ6541, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5.

473 Vgl. Hartlief 1999, p. 20.

‘mededelingsplicht prevaleert’ is dat het duidelijkst, nu de Hoge Raad die regel zelf met zoveel woorden een beschermingsstrekking heeft toegekend (par. 3.6.16). De regel ‘waarheidsplicht prevaleert’ kan die strekking intussen ook niet worden ontzegd. Beide prioriteitsregels hebben dus de niet geringe pretentie om het evenwichtspunt in dwalingsvraagstukken te verschuiven, door de onderzoeksplicht van de dwalende te reduceren tot een marginaal verschijnsel.⁴⁷⁴ De vraag rijst of zij die pretentie kunnen waarmaken. Wat is, met andere woorden, de juridische status van deze prioriteitsregels?

Werkelijke *rechtsregels*, die in concreto zonder voorbehoud een bepaalde oplossing aanwijzen, zijn het in elk geval niet.⁴⁷⁵ Daarvoor is hun normatieve gehalte te gering. Het enkele feit dat de dwalende ten opzichte van zijn wederpartij – welhaast per definitie – een zwakkere positie inneemt, kan op zichzelf geen reden zijn om hem juridisch in bescherming te nemen ten koste van de wederpartij.⁴⁷⁶ De regel dat de informatieplicht van de wederpartij prevaleert boven de onderzoeksplicht van de dwalende is in abstracto evenzeer – of evenmin – verdedigbaar als de tegenovergestelde regel. Interessant is in dit verband de poging van Nieuwenhuis om een rechtvaardiging te vinden voor het prevaleren van de mededelingsplicht:

‘Op welke afweging berust de rangorde tussen onderzoeksplicht van de koper en mededelingsplicht van de verkoper in geval van dwaling? Waarom niet de omgekeerde regel: indien de koper zijn dwaling aan eigen schuld heeft te wijten, zullen redelijkheid en billijkheid hem beletten zich erop te beroepen dat de verkoper, door hem beter voor te lichten, de dwaling had kunnen voorkomen? Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen (art. 3:12 BW). De thans in Nederland levende overtuiging wordt door de rechtspraak als volgt geduid: het verwijt van lichtvaardigheid ten aanzien van het eigen belang weegt minder zwaar dan het gebrek aan contractuele naastenliefde met betrekking tot het belang van de wederpartij.’⁴⁷⁷

Terecht geeft Nieuwenhuis de veronderstelde ratio met de nodige reserve weer.⁴⁷⁸ Het is zeer de vraag of naar de thans in Nederland levende rechtsovertuiging contractuele naastenliefde principieel hoger moet worden aangeslagen dan de eigen verantwoordelijkheid die contracteren logischerwijze met zich meebrengt (par. 3.1.2). Hoe dan ook lijkt er geen goede grond te bestaan om contractuele naastenliefde *als regel* te laten prevaleren boven eigen verant-

474 Vgl. de in par. 3.6.16 geciteerde passage uit het arrest Kranendonk en De Vries/A.

475 Vgl. de conclusie van A-G Spier voor HR 30 juni 2006, LJN AX9395, RvdW 2006, 683, sub 3.12; alsmede Hijma 1991b, p. 665.

476 Vgl. Hartlief 1999, p. 67.

477 Nieuwenhuis 1998, p. 156.

478 Vgl. ook de hernieuwde twijfel in Nieuwenhuis 2009, p. 2261.

woordelijkheid.⁴⁷⁹ Van geval tot geval zullen goede argumenten moeten worden gevonden voor bescherming van de dwalende.

Hoe kunnen de prioriteitsregels anderszins in het dwalingsleerstuk worden ingebed? De aanhangers van de in par. 3.6.13 bedoelde traditionele opvatting inzake het 'omslagpunt' tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling, hebben een eenvoudig antwoord paraat.⁴⁸⁰ In die opvatting volgt immers reeds uit de vaststelling van een informatieplicht van de wederpartij de ontkenning van een daarmee corresponderende onderzoeksplicht van de dwalende.⁴⁸¹ Hijma verwoordt het in zijn annotatie bij Van Geest/Nederlof als volgt:

'(D)e constatering dat de ene partij (naar verkeersopvattingen) een spreekplicht heeft geschonden, houdt spiegelbeeldig in dat (naar diezelfde verkeersopvattingen) zich geen verzaking van een onderzoeksplicht door de ander voordoet'.⁴⁸²

De prioriteitsregels zijn aldus beschouwd louter regels van dogmatische *logica*, zonder normatieve betekenis. Tegen deze benadering pleit dat zij niet gemakkelijk valt te verenigen met de geclausuleerde constructie van de prioriteitsregels ('in het algemeen').⁴⁸³ Sinds het arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk koos voor een potentiële overlap tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling,⁴⁸⁴ komt daarbij als doorslaggevend bezwaar dat de Hoge Raad een andere dogmatische invalshoek hanteert. Aldus verdwijnt een in beginsel aantrekkelijke benadering van tafel.

De resterende, meest plausibele interpretatie luidt dat de prioriteitsregels door de Hoge Raad zijn bedoeld als globale *instructie* aan de feitenrechter. Het zijn praktische 'vuistregels', 'richtlijnen' of 'uitgangspunten' voor de overwegend feitelijke beoordeling van de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling.⁴⁸⁵ De regel dat de informatieplicht van de

479 *Anders* de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), sub 2.7, alwaar wordt betoogd dat de redelijkheid van de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht 'nauwelijks toelichting' behoeft.

480 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 664; en Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 30.

481 Voorwaarde is wel dat in een *voorstadium* de wederzijdse verantwoordelijkheden van partijen voldoende tegen elkaar zijn afgewogen. Vgl. par. 3.7.7.

482 Hijma 1991b, p. 664.

483 Zie voor een (ogenschijnlijke) uitzondering op de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalmsen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8. Overigens meent Hijma 1991b, p. 664, dat alleen 'interne' feiten, die ten tijde van de contractssluiting (nog) niet wederzijds kenbaar waren, een uitzondering kunnen rechtvaardigen.

484 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.5, besproken in par. 3.7.7.

485 Dit lijkt althans de onuitgesproken veronderstelling van de meeste auteurs. Zie bijv. Hijma 1991b, p. 665; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242-243; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 169; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 142-145. Vgl. ook de conclusie van A-G

wederpartij in het algemeen prevaleert boven de onderzoeksplicht van de dwalende betekent kennelijk zoveel als: negen van de tien keer zal die informatieplicht (moeten) prevaleren boven de onderzoeksplicht van de dwalende. De Hoge Raad geeft hiermee invulling aan een zeker cassatiebeleid, strekkende tot bescherming van de dwalende. Dienovereenkomstig eist hij dat de feitenrechter die een *uitzondering* op de prioriteitsregels aanvaardt, door in concreto de onderzoeksplicht te laten prevaleren boven de informatieplicht van de wederpartij, zijn oordeel extra zorgvuldig motiveert.⁴⁸⁶

3.6.18 Vervolg; evaluatie prioriteitsregels

Aangenomen dat de prioriteitsregels dienen ter bevordering van de toetsing in cassatie, zoals betoogd aan het slot van de voorgaande paragraaf, rijst de vraag naar hun ratio en legitimiteit. Immers: waarom zou de feitenrechter juist het prevaleren van de *onderzoeksplicht* nader moeten onderbouwen? Van de wederzijdse informatieplichten bij dwaling is uitgerekend die onderzoeksplicht in beginsel – en in zoverre zonder nadere motivering – gegeven (par. 3.6.11). Natuurlijk is nadere motivering geboden zodra er een informatieplicht van de wederpartij in beeld komt, maar dat geldt dan ook – en misschien wel *juist* – voor de situatie waarin die informatieplicht van de wederpartij moet prevaleren. Voor bescherming van de dwalende bestaat immers in abstracto geen goede grond (par. 3.6.17). Zo beschouwd lijkt de gedachte dat de prioriteitsregels hun rechtvaardiging vinden in een algemeen beschermingsregime ten opzichte van onwetende contractspartijen niet erg aantrekkelijk.

Intussen kan niet worden ontkend dat het prevaleren van waarheidsplicht en mededelingsplicht *in concreto* dikwijls tot redelijke resultaten leidt. In zoverre bevatten de prioriteitsregels kennelijk een kern van waarheid. De vraag rijst hoe zij anders kunnen worden gerechtvaardigd dan door verwijzing naar een algemeen beschermingsregime ten opzichte van onwetende contractspartijen. Het antwoord schuilt mijns inziens in het in par. 3.6.15 weergegeven citaat uit *Redgrave v Hurd*.⁴⁸⁷ Het gaat hier niet zozeer om de principiële onderwaardering van de onderzoeksplicht van de dwalende ten opzichte van de mededelings- of waarheidsplicht van de wederpartij, maar om de regulering van het processuele debat. Indien de wederpartij wordt aangesproken wegens schending van een informatieplicht, is de enkele verwijzing naar de onderzoeksplicht van de dwalende in termen van juridische retoriek 'not a sufficient

Spier voor HR 30 juni 2006, *LJN* AX9395, *RvdW* 2006, 683, sub 3.12; en de conclusie van A-G Wuisman voor HR 6 juni 2008, *LJN* BC7717, *RvdW* 2008, 604, sub 2.10.

486 Aldus uitdrukkelijk (voor wat betreft de prioriteitsregel inzake de mededelingsplicht) HR 19 januari 2007, *LJN* AZ6541, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5, geciteerd in par. 3.6.16.

487 *Redgrave v Hurd* [1881] LR 20 Ch.D. 1, p. 13-14, *per* Jessel MR.

answer'. Aangenomen dat die onderzoeksplicht *a priori* gegeven is (par. 3.6.14), is het zaak dat de wederpartij, in plaats van met de vinger te wijzen naar de dwalende, de hand in eigen boezem steekt, door aan te geven waarom zij vanuit háár positie mocht aannemen dat de dwalende over voldoende informatie beschikte.⁴⁸⁸ Dat is geen kwestie van bescherming van de dwalende, maar van helder debatteren. Het juridische debat over de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten komt uit de verf indien de dwalende en diens wederpartij ieder voor zich aangeven waarom zij zich naar de eisen van goede trouw hebben gedragen, waarna de rechter weloverwogen in het voordeel van één van beiden beslist. Voor de mate van motivering van die beslissing maakt het mijns inziens niet uit of de mededelings- c.q. waarheidsplicht van de wederpartij, of juist de onderzoeksplicht van de dwalende prevaleert. Het aannemen van een precontractuele informatieplicht vergt immers steeds een degelijke onderbouwing.

Ter illustratie van mijn betoog kan worden gewezen op het bekende arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg.⁴⁸⁹ Vinck en Van Rosberg waren als verkopers van een villa op de hoogte van een 'structureel scheurenprobleem', maar lieten na koper Offringa hierop te wijzen. In rechte aangesproken wegens schending van een mededelingsplicht verweerden Vinck en Van Rosberg zich met de (enkele) stelling dat Offringa nader onderzoek had moeten doen naar de zichtbare scheurvorming. In termen van juridische retoriek was dat geen sterk verweer. Gelet op het structurele karakter van de scheurvorming in kwestie, waarmee Vinck en Van Rosberg bekend waren, lag het op hun weg om uit te leggen waarom zij mochten aannemen dat Offringa over voldoende informatie beschikte om de zichtbare scheuren op waarde te schatten. Zou Offringa bij de bezichtiging bijvoorbeeld zijn vergezeld door een bouwkundige, die de scheuren uitvoerig had geïnspecteerd, dan zou de zwijgzaamheid van de zijde van Vinck en Van Rosberg eerder gerechtvaardigd zijn geweest. Hetzelfde geldt indien Offringa in het kader van de onderhandelingen zou hebben gezegd ter plaatse een nieuwe woning te willen bouwen, of onder verwijzing naar de zichtbare scheuren een extra lage prijs zou hebben bedongen. Zulke verzachtende omstandigheden waren in casu echter gesteld noch gebleken. De klakkeloze verwijzing naar de *a priori* gegeven onderzoeksplicht van Offringa was zo beschouwd 'not a sufficient answer'.

Al met al moet mijns inziens de juridische betekenis van de prioriteitsregels worden gerelativeerd. De gedachte dat zij strekken tot een principiële onderwaardering van de onderzoeksplicht van de dwalende, zoals wel wordt beweerd,⁴⁹⁰ acht ik onwaarschijnlijk en onaantrekkelijk. In mijn visie dienen de prioriteitsregels ter regulering van het processuele debat, in die zin dat

488 Vgl. Nieuwenhuis 2007, p. 72.

489 HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), besproken in par. 3.7.7.

490 Zie in die zin bijv. Van Rossum 1990a, p. 46; en De Mol 2002, p. 259.

een wegens schending van een informatieplicht aangesproken wederpartij zich niet *enkel* onder verwijzing naar de *a priori* gegeven onderzoeksplicht van de dwalende kan verweren. Uitgangspunt blijft dat de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling slechts op basis van de concrete omstandigheden van het geval kan worden beoordeeld. Er bestaat mijns inziens geen goede grond om aan het prevaleren van de onderzoeksplicht zwaardere motiveringseisen te stellen dan aan het prevaleren van de mededelingsplicht.

3.6.19 Tussenconclusie

Dwaling wordt wel omschreven als een spanning tussen waan en werkelijkheid. Zo beschouwd gaat het in geval van dwaling om de vraag wie, in de woorden van Smits,⁴⁹¹ het risico van de werkelijkheid draagt. Probleem is dat die vraag in abstracto niet kan worden beantwoord,⁴⁹² terwijl zij door toespitsing op het concrete geval haar principiële lading verliest. Het is de verdienste van informatieplichten dat zij het dwalingsvraagstuk nader vormgeven, zonder de gewenste flexibiliteit prijs te geven. Het risico van de werkelijkheid rust op de partij die wegens schending van een informatieplicht verantwoordelijk is voor de dwaling in kwestie. Heeft de dwalende zijn *onderzoeksplicht* uit hoofde van art. 6:228 lid 2 BW geschonden, dan blijft de dwaling voor zijn eigen rekening. Heeft de wederpartij een *waarheids-, mededelings- of onderzoeksplicht* uit hoofde van art. 6:228 lid 1 BW geschonden, dan draagt zij het risico van de werkelijkheid. De beoordeling hiervan vergt een tweezijdige benadering, waarbij de wederzijdse verantwoordelijkheden van de betrokken partijen in het licht van hun gerechtvaardigde verwachtingen over en weer dienen te worden vastgesteld (par. 3.5.4). Beslissend zijn de verkeersopvattingen, ingevuld met de in par. 3.6.3 bedoelde gezichtspunten. Deze gezichtspunten, die telkens betrekking hebben op de *aard van de rechtsverhouding*, de *aard van de betrokken informatie* en de *aard van de betrokken belangen*, krijgen kleur in het licht van de casuïstiek waaruit zij zijn afgeleid. Ter nadere uitwerking volgt hieronder een casusgerichte behandeling van een aantal veel voorkomende dwalingstypen.⁴⁹³ Waar nodig wordt ook reeds vooruitgeblikt op de leerstukken van niet-nakoming (par. 3.10.1) en non-conformiteit (par. 3.11.8), die nauw met de dwaling samenhangen (par. 3.10.2).

491 Smits 1993, p. 500.

492 Vgl. Raaijmakers 2002, p. 70.

493 Voor het overige zij hier verwezen naar het systematische rechtspraakoverzicht in *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 89 e.v., 117 e.v., 148 e.v. en 167 e.v.

3.7 DWALING; CASUÏSTIEK

3.7.1 Koop tweedehands auto's

Bij de koop van tweedehands auto's wordt heel wat gedwaald. Meestal ziet de dwaling op een technisch gebrek van de auto, dat de koper ten tijde van de aankoop niet heeft onderkend.⁴⁹⁴ Anders dan bij de koop van onroerende zaken, waarbij meestal een deskundige in de persoon van de makelaar wordt betrokken (par. 3.7.5), is het inwinnen van deskundig advies bij de aankoop van tweedehands auto's niet algemeen gebruikelijk. De kans op teleurstellingen is daardoor groot. Dat er toch relatief weinig over deze materie wordt geprocedeerd, hangt waarschijnlijk samen met de geringe geldelijke omvang van de betrokken belangen.⁴⁹⁵ Desalniettemin verdienen de gevallen van koop van tweedehands auto's hier een prominente plaats, omdat de Hoge Raad op dit terrein een aantal principiële arresten heeft gewezen.⁴⁹⁶ Deze arresten, die zich bevinden op het snijvlak van dwaling en non-conformiteit, zijn vooral vermeldenswaard vanwege hun ogenschijnlijk rechtspolitieke lading. Zij getuigen, aldus Hijma, van een 'duidelijke sympathie voor de teleurgestelde autokoper'.⁴⁹⁷

Hoe valt deze sympathie te verklaren? Speelt hier de spreekwoordelijke reputatie van autoverkopers wellicht een rol? Aannemelijker lijkt het, dat de standaardgevallen van koop van tweedehands auto's worden gekenmerkt door een feitenconstellatie die vooral aanknopingspunten biedt voor bescherming van de teleurgestelde koper. Het gaat hier om de verkoop van een technisch product, dat veelal door gespecialiseerde handelaren wordt aangeboden aan particulieren zonder (specifieke) technische kennis. In geval van een technisch gebrek wijst dus reeds de *aard van de rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de hoedanigheid en deskundigheid van partijen, in de richting van een op de verkoper rustende informatieplicht.⁴⁹⁸ Dat kan een mededelingsplicht zijn, indien de verkoper het gebrek kent of geacht mag worden te kennen (par. 3.6.2), een waarheidsplicht, indien de verkoper door een onjuiste inlichting de afwezigheid van dat gebrek heeft gesuggereerd c.q. gegarandeerd (par.

494 Zie voor een inventarisatie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 95 en 154.

495 Voorts zij bedacht dat een groot deel van de desbetreffende zaken terecht komt bij de 'Geschillencommissie voertuigen' van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC). Zie <www.sgc.nl>.

496 Zie HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 213 m.nt. G (Stavenuiter/Oosterbaan); HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof); en HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus). Vgl. ook Klik & Weijers 1995, p. 79.

497 Hijma 1994, p. 823. Zie in gelijke zin Van Rossum 1994, p. 228. Van de bedoelde sympathie is overigens nog geen sprake in het oudste arrest uit de reeks, Stavenuiter/Oosterbaan.

498 Zie bijv. HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), alsmede Gerbrandy 1990, p. 285; en Van Rossum 1994, p. 228.

3.6.6), of een onderzoeksplicht, indien de verkoper zelf evenmin van dat gebrek op de hoogte is geweest (par. 3.6.9).⁴⁹⁹

Behalve de aard van de rechtsverhouding legt ook de *aard van de betrokken belangen* gewicht in de schaal. Technische gebreken van een tweedehands auto zullen vaak consequenties hebben voor de veiligheid van de koper. Blijkens de rechtspraak is dat een gewichtig argument voor het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht.⁵⁰⁰ Ten slotte speelt ook de *aard van de betrokken informatie*, en meer in het bijzonder de traceerbaarheid van het gebrek, een belangrijke rol. Voor het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de koper acht de Hoge Raad van belang of het gebrek 'op eenvoudige wijze kan worden ontdekt'.⁵⁰¹ In de praktijk zijn technische gebreken van een tweedehands auto vaak slechts traceerbaar door middel van een technische keuring. Behoudens bijzondere omstandigheden acht de Hoge Raad de koper niet gehouden tot het laten uitvoeren van een dergelijke keuring, ook niet indien de koper zelf volstrekt ondeskundig is ter zake van autotechniek.⁵⁰² De gedachte is kennelijk dat bij de koop van tweedehands auto's de *verkoper* zich normaliter in de meest voor de hand liggende positie bevindt om gebreken te onthullen c.q. te onderzoeken, simpelweg omdat hij de auto onder zich heeft.⁵⁰³

Het *globale* beeld van de koop van tweedehands auto's biedt dus inderdaad aanknopingspunten voor een sympathieke bejegening van de teleurgestelde koper. Bezieet men de zaken op een concreter niveau, dan zijn andere uitkomsten denkbaar. De *aard van de rechtsverhouding*, om te beginnen, pleit niet altijd in het voordeel van de koper. Afgezien van de gevallen waarin koper en verkoper in termen van deskundigheid op gelijke voet staan, zoals bij de doorverkoop van tweedehands auto's onder professionele autohandelaren,⁵⁰⁴ kan ook worden gedacht aan de spiegelbeeldige situatie waarin een autohandelaar een tweedehands (inruil-)auto koopt van een particuliere klant.⁵⁰⁵ Onder die omstandigheden ligt het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht omtrent verborgen gebreken veel minder voor de hand (par. 3.7.2).

499 Vgl. Rb. Breda 10 november 2004, *NJF* 2004, 610, r.o. 3.5, alwaar in betrekkelijk algemene bewoordingen een onderzoeksplicht van de professionele verkoper omtrent veiligheidsgebreken van tweedehands auto's wordt aanvaard (overigens in het kader van art. 6:162 BW).

500 Zie HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.3.2, alsmede Hijma 1994, p. 823; en Van Rossum 1994, p. 226-227.

501 Zie HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.3.2.

502 Zie HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), r.o. 3.3.

503 Vóór deze gedachte pleit de rechtseconomische notie dat 'informatie' en 'controle' over de zaak in één hand moeten zijn. Vgl. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 69-70; en De Boeck 2000, p. 207.

504 Zie bijv. Hof Arnhem 16 december 2008, *LJN* BG9188. Vgl. ook het in par. 3.7.2 te bespreken arrest Schirmeister/De Heus, waarin het ging om twee liefhebbers van oude Citroëns.

505 Zie bijv. Geschillencommissie Voertuigen 14 november 2008, *TvC* 2009-6, p. 256-257 m.nt. M.B.M. Loos.

Ook de *aard van de betrokken belangen* kan tot een andere uitkomst leiden. De betaalde koopprijs is bijvoorbeeld relevant, in die zin dat een opvallend lage prijs de koper kan nopen tot nader onderzoek naar eventuele gebreken van de auto. Voorts zijn in dit verband de aard en ernst van het betrokken gebrek belangrijk. Met betrekking tot veiligheidsgebreken heeft de verkoper, zoals bleek, in beginsel een grote verantwoordelijkheid,⁵⁰⁶ maar ter zake van andere gebreken van technische aard zal hij slechts een informatieplicht hebben indien zij voldoende ernstig zijn.⁵⁰⁷ Zuiver esthetische gebreken zonder technische consequenties, zoals krassen en deuken, zullen denkkelijk slechts onder bijzondere omstandigheden grond opleveren voor een informatieplicht aan de zijde van de verkoper. Daarbij speelt, afgezien van de aard van de betrokken belangen, ook de *aard van de betrokken informatie* een rol, en meer in het bijzonder de traceerbaarheid daarvan. Esthetische gebreken zijn immers per definitie zichtbaar voor de koper, hetgeen normaliter zal pleiten tégen het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht. Meer in het algemeen zullen duidelijk waarneembare gebreken, zoals de onmiddellijk zichtbare sporen van een aanrijding of de tijdens een proefrit direct hoorbare consequenties van een motorisch defect, niet snel leiden tot een geslaagd beroep op dwaling of non-conformiteit. Verborgene gebreken, die enkel door grondig onderzoek aan het licht kunnen komen, liggen doorgaans meer in de sfeer van de (professionele) verkoper, zoals hierboven bleek, doch ook in dit verband kunnen uitzonderingen worden aanvaard, bijvoorbeeld indien de koper een professionele autohandelaar is die, bekend met een ernstig schadeverleden van de auto, tot aankoop overgaat zonder een garantie te bedingen en zonder de veiligheid van de auto te onderzoeken.⁵⁰⁸

3.7.2 Vervolg; Schirmeister/De Heus

In de voorgaande paragraaf bleek dat het globale beeld van de koop van tweedehands auto's aanknopingspunten biedt voor bescherming van de teleurgestelde koper. In het arrest Schirmeister/De Heus uit 1994 heeft de Hoge Raad dat globale beeld geconsolideerd door de formulering van een vuistregel,

506 Een uitzondering kan gelden indien de auto als handelswaar wordt gekocht, zodat realiter slechts een commercieel belang van de koper, en niet diens veiligheid in het geding is. Vgl. Hof Arnhem 16 december 2008, *LJN* BG9188, waarin het ging om de professionele doorverkoop van een auto met een (bekend) schadeverleden.

507 Hiermee is niet gezegd dat de verkoper altijd vrijuit gaat indien de gevolgen van het gebrek in kwestie 'niet al te bedenkelijk zijn' (vgl. HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), r.o. 3.5), wél dat de ernst van het gebrek een wegingsfactor van belang is.

508 Zie Hof Arnhem 16 december 2008, *LJN* BG9188, r.o. 10, waarin het hof in dit verband een 'vergaande onderzoeksverplichting' van de koper aanneemt, welke slechts hierdoor wordt begrensd, dat de verkoper de hem bekende veiligheidsgebreken niet bewust mag verzwijgen (r.o. 7).

inhoudend dat in geval van koop van een tweedehands auto voor verkeersdeelname de aanwezigheid van een veiligheidsgebrek dat niet eenvoudig te ontdekken en herstellen valt, in beginsel voor rekening van de verkoper komt.⁵⁰⁹ Van de gezichtspunten die in par. 3.7.1 als kenmerkend voor de koop van tweedehands auto's werden gepresenteerd herkent men hier de aard van het gebrek (veiligheidsgebrek) en de traceerbaarheid ervan (niet eenvoudig te ontdekken). Opvallend is dat een verwijzing naar de *aard van de rechtsverhouding* ontbreekt. De reden zal zijn dat de aard van de rechtsverhouding in casu juist géén aanknopingspunten bood voor bescherming van de koper. Het arrest betrof namelijk een tussen twee particulieren gesloten koopovereenkomst.

De Heus, liefhebber en restaurateur van oude Citroëns, verkocht een 22 jaar oude Citroën DS aan Schirmeister, ook een liefhebber. Hij prees zijn oldtimer aan als 'tadellos' en 'de mooiste die ik ooit heb gezien'. Vele superlatieven van gelijke strekking passeerden de revue, maar de werkelijkheid was minder rooskleurig. Ruim een jaar na aankoop bleek bij een APK-keuring dat de kokerbalken van de auto waren doorgeroest, welk euvel op zodanig 'geraffineerde wijze' was gecamoufleerd dat het bij een eerdere keuring voorafgaand aan de koop niet was ontdekt. Schirmeister kon niet bewijzen dat De Heus het euvel ten tijde van de onderhandelingen had gekend, laat staan dat hij het zélf had gecamoufleerd. Ter onderbouwing van zijn vorderingen beriep Schirmeister zich daarom op wederzijdse dwaling, althans non-conformiteit. Met betrekking tot de eerstgenoemde grondslag oordeelde het hof dat een eventuele wederzijdse dwaling voor rekening van Schirmeister moest blijven, aangezien (i) het om een 22 jaar oude auto ging, (ii) de koop was gesloten tussen twee liefhebbers, en (iii) het gebrek zich pas ruim een jaar na de aankoop had geopenbaard, terwijl Schirmeister in de tussentijd regelmatig van de auto gebruik had gemaakt (r.o. 4.11). Ook het beroep op non-conformiteit werd door het hof verworpen. Gelet op (iv) de aard van de auto, (v) de aard van de transactie en (vi) de aard van de door De Heus gedane uitlatingen (die het hof beschouwde als niet meer dan 'algemene aanprijzingen') had Schirmeister volgens het hof onvoldoende gesteld om te kunnen aannemen dat de oldtimer niet aan de overeenkomst beantwoordde (r.o. 4.13).

In cassatie kiest de Hoge Raad, niettegenstaande het overwegend feitelijke karakter van 's hofs oordeel, voor vernietiging op principiële gronden, zulks in afwijking van de conclusie van A-G Hartkamp, die tot verwerping strekte. De Hoge Raad behandelt allereerst Schirmeisters beroep op non-conformiteit, beginnend met een algemene vooropstelling (r.o. 3.3.2):

'Ingeval een (tweedehands) auto wordt gekocht om daarmee, naar de verkoper bekend is, aan het verkeer deel te nemen, zal als regel moeten worden aangenomen dat de auto niet beantwoordt aan de overeenkomst, indien als gevolg van een eraan klevend gebrek dat niet op eenvoudige wijze kan worden ontdekt en hersteld,

509 HR 15 april 1994, NJ 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.3.2.

zodanig gebruik van de auto gevaar voor de verkeersveiligheid zou opleveren. Niet uitgesloten is dat deze regel uitzondering lijdt, bij voorbeeld wanneer de koper het risico van zodanig gebrek had aanvaard. Hierbij valt, wanneer het gaat om een transactie en een auto als de onderhavige, onder meer te denken aan de situatie dat voor de koper de authentieke staat van de carrosserie belangrijker was dan de verkeerstechnische conditie van de auto. Daarbij dient er echter rekening mee te worden gehouden dat uitlatingen van de verkoper over die conditie, afhankelijk van hun inhoud, aan het aannemen van een dergelijke aanvaarding van het risico van gebreken in de weg kunnen staan.'

Tegen deze achtergrond acht de Hoge Raad 's hofs oordeel onbegrijpelijk. Schirmeister had immers de oldtimer – kenbaar voor de Heus – gekocht voor verkeersdeelname, en had in rechte uitdrukkelijk aangevoerd dat het gecamoufleerde – derhalve niet eenvoudig te ontdekken – gebrek van de kokerbalken een gevaar voor de verkeersveiligheid opleverde. De vuistregel ging dus op. Aangenomen dat Schirmeisters stellingen juist waren, had het hof moeten concluderen tot non-conformiteit (r.o. 3.3) en had het Schirmeisters beroep op wederzijdse dwaling niet mogen passeren op de hierboven onder (i) tot en met (iii) genoemde gronden (r.o. 3.4), aldus de Hoge Raad.

Het is opmerkelijk hoe onverbiddelijk de Hoge Raad zich toont met betrekking tot een overwegend feitelijk oordeel dat geenszins onbegrijpelijk overkomt. Waarschijnlijk heeft de jurisprudentiële voorgeschiedenis een rol gespeeld.⁵¹⁰ Schirmeister/De Heus was het derde in een reeks van arresten over de verkoop van onveilige tweedehands auto's, in een periode van krap tien jaar tijd. Met zijn eerste arrest uit de reeks, Stavenuiter/Oosterbaan,⁵¹¹ had de Hoge Raad een valse start gemaakt. De verkoper van een vijf jaar oude Renault – een 'gevaar op de weg', dermate gebrekkig dat herstel in economische zin onverantwoord was – ging hier vrijuit omdat in cassatie niet was geklaagd over het oordeel van de rechtbank dat de koper de auto vóór aankoop door een deskundige had moeten laten keuren. De literatuur, niet gehinderd door de beperkingen van het cassatiemiddel, toonde zich kritisch over deze uitkomst.⁵¹² Zes jaar later kreeg de Hoge Raad een herkansing in Van Geest/Nederlof.⁵¹³ Ditmaal koos hij onomwonden voor bescherming van de onvoorzichtige koper, door een stevige positionering van de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht (r.o. 3.2) en door uitdrukkelijke verwerping van de stelling dat de ondeskundige koper van een tweedehands auto in de regel is gehouden tot een keuring (r.o. 3.3). Toen de Hoge Raad drie jaar later, in Schirmeister/De Heus, opnieuw werd geconfronteerd met de verkoop van een onveilige tweedehands auto, greep hij de kans om de door hem uitgezette lijn van kopersbescherming verder door te trekken. Het resul-

510 Vgl. Van Dunné 2004a, p. 485.

511 HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 213 m.nt. G (Stavenuiter/Oosterbaan).

512 Zie bijv. Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Vranken 1989, p. 12-13; en Gerbrandy 1990, p. 287.

513 HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof).

taat was de besproken vuistregel, die voor eens en voor altijd duidelijk moest maken dat de verkeersveiligheid normaliter de ondergrens vormt die verkopers van tweedehands auto's in acht moeten nemen.⁵¹⁴

Het aantrekkelijke van de vuistregel uit Schirmeister/De Heus is dat hij duidelijkheid creëert op een voor de praktijk belangrijk terrein. Inhoudelijk verdient de regel naar mijn mening bijstelling. Het probleem is, zoals hierboven bleek, dat de vuistregel geen rekening houdt met de *aard van de rechtsverhouding* tussen koper en verkoper. Dat dit kan leiden tot onevenwichtigheid, blijkt uit het arrest Schirmeister/De Heus zelf. Schirmeister en De Heus waren hobbyisten met een passie voor oldtimers. De Heus kon 'goed sleutelen', maar beschikte voor het overige niet over een bijzondere mate van deskundigheid of professionaliteit. Onder zulke omstandigheden voert het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de verkoper ver, zeker indien die onderzoeksplicht zich uitstrekt tot gebreken die 'op geraffineerde wijze gecamoufleerd' zijn. Veeleer zou ik menen dat zulke gebreken inherent zijn aan een (dure) liefhebberij als de onderhavige, en dat zij in de verhouding tussen twee liefhebbers voor rekening van de koper behoren te komen.⁵¹⁵ Het Hof dacht er kennelijk ook zo over.

Het inhoudelijk tekort van de vuistregel wordt nog duidelijker, wanneer men deze toepast op de verkoop van een onveilige tweedehands auto door een leek aan een deskundige koper. In een zodanig geval van 'consumentenverkoop'⁵¹⁶ valt *a fortiori* niet – althans niet in algemene zin – te verdedigen dat de verborgen veiligheidsgebreken van de auto voor rekening van de verkoper behoren te komen.⁵¹⁷ Al met al zou de vuistregel mijns inziens zodanig moeten worden verfijnd, dat deze komt te luiden dat in geval van verkoop van een tweedehands auto voor verkeersdeelname *door een professionele verkoper aan een leek*, de aanwezigheid van een veiligheidsgebrek dat niet eenvoudig te ontdekken valt,⁵¹⁸ voor rekening van de verkoper komt. De literatuur lijkt steun te bieden voor deze verfijning.⁵¹⁹ Veelzeggend is de wijze waarop Valk het arrest Schirmeister/De Heus verwerkt in zijn commentaar op art. 6:228 BW. Hij beperkt het toepassingsbereik van de vuistregel tot veiligheidsgebreken

514 Vgl. Hijma 1994, p. 823; en Van Rossum 1994, p. 226-227. Zie ook HR 8 juli 2005, NJ 2006, 22 (Kousedghi/Rental Lease), r.o. 3.3, waaruit blijkt dat de vuistregel niet (*a contrario*) impliceert dat een tweedehands auto zónder veiligheidsgebreken aan de overeenkomst beantwoordt.

515 Vgl. in die zin Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 183. Vgl. ook hetgeen in par. 3.7.13 over 'kansovereenkomsten' wordt opgemerkt.

516 De term is van Hijma. Zie Hijma 2009b, die op p. 321 concludeert dat de hoedanigheid van consument-verkoper onder omstandigheden tot een verhoogde bescherming kan leiden.

517 Aldus ook M.B.M. Loos in zijn annotatie bij Geschillencommissie Voertuigen 14 november 2008, TvC 2009-6, p. 256-257.

518 De herstelbaarheid van het gebrek kan als element van de vuistregel gevoeglijk worden gemist, zoals Hijma heeft aangetoond. Zie Hijma 1991b, p. 824.

519 Zie bijv. Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Hartkamp 1990, p. 658; en Van Rossum 1994, p. 228.

die aan de zijde van de verkoper bekend zijn,⁵²⁰ om er vervolgens aan toe te voegen dat ter zake van *verborgen* veiligheidsgebreken slechts een informatieplicht rust op de ‘professionele verkoper die de auto aan een leek verkoopt’.⁵²¹

3.7.3 Vervolg; onjuiste kilometerstand

Hetgeen in par. 3.7.1 over de technische gebreken van een tweedehands auto werd opgemerkt, geldt *mutatis mutandis* ook voor andere eigenschappen waarover kan worden gedwaald. Bijzondere vermelding verdienen de gevallen van dwaling omtrent de kilometerstand van een tweedehands auto. Tweedehands kilometertellers plagen nogal eens een kilometerstand te vermelden die – in neerwaartse richting – afwijkt van het werkelijke aantal gereden kilometers. Voor het aannemen van een *mededelingsplicht* van de verkoper omtrent zulke verstoringen is mijns inziens – afgezien van de zeldzame gevallen waarin vaststaat dat de verkoper ermee bekend was of geacht mocht worden te zijn⁵²² – slechts plaats indien aan de zijde van de verkoper ook zonder nader onderzoek reeds sprake was van *twijfel* omtrent de juistheid van de weergegeven kilometerstand. De verkoper zal die twijfel dan door een mededeling met de koper moeten delen. Een illustratie biedt het arrest Gomes/Rental, waarin het ging om de verkoop van een tweedehands auto onder het beding ‘km-stand: onlogisch’.⁵²³

Een *waarheidsplicht* in de zin van art. 6:228 lid 1 sub a BW zal zich ter zake van verstoorde kilometertellers niet snel voordoen. Sommige auteurs bestempen in dit verband – nogal rigoureuus – de aanduiding van de kilometerteller als ‘inlichting’ van de verkoper, die bij gebleken onjuistheid leidt tot vernietigbaarheid op grond van lid 1 sub a.⁵²⁴ Die benadering lijkt mij minder gelukkig, aangezien de weergegeven kilometerstand niet zozeer een inlichting als wel een feitelijk gegeven is, dat als zodanig niet eens onjuist kán zijn. Zou men de kilometerteller hier als ‘woordvoerder’ van de verkoper opvoeren, dan zou deze zich in geval van verstoring van de kilometerteller onherroepelijk bezondigen aan de verstrekking van een onjuiste inlichting, ongeacht de

520 Strikt genomen lijkt die beperking, gezien de casuïstiek van het onderhavige arrest, niet geboden.

521 T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 5a.

522 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 (Gomes/Rental), sub 4. Overigens lijkt in zulke gevallen ook een beroep op bedrog (art. 3:44 lid 3 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) denkbaar, zeker indien bewezen kan worden dat de verkoper zélf verantwoordelijk is voor het terugdraaien van de teller. Vgl. Hof ‘s-Gravenhage 11 november 2008, *LJN* BH1619, *Prg.* 2009, 80, r.o. 6.

523 HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental), besproken in par. 3.6.4.

524 Zie bijv. De Mol 2002, p. 276.

eventuele voorbehouden die hij op dit punt heeft gemaakt. Anders lijkt het, indien de verkoper de onjuiste kilometerstand één-op-één in zijn aanbod heeft overgenomen, zoals in de praktijk dikwijls gebeurt. Ook in dat geval acht ik echter een beroep op art. 6:228 lid 1 sub a BW niet zonder meer mogelijk, aangezien de hier verstrekte inlichting omtrent de *kilometerstand* als zodanig niet onjuist is. Slechts indien de verkoper onjuiste inlichtingen heeft verstrekt omtrent het *werkelijke* aantal gereden kilometers, terwijl die inlichtingen bovendien voldoende stellig en specifiek waren om een daarop gebaseerd vertrouwen van de koper te rechtvaardigen (par. 3.6.6),⁵²⁵ lijkt een beroep op dwaling wegens schending van een waarheidsplicht denkbaar.

In alle overige gevallen van verstoorde kilometertellers komt mijns inziens de wederzijdse dwaling van art. 6:228 lid 1 sub c BW als meest voor de hand liggende dwalingscategorie in aanmerking. Aangenomen dat hier om bewijs-technische redenen meestal tot uitgangspunt moet worden genomen dat de verkoper evenmin als de koper op de hoogte was van de onjuistheid van de weergegeven kilometerstand, rijst de vraag of de verkoper in dit verband gehouden was tot nader *onderzoek*. In par. 3.6.9 werd die vraag opgeworpen naar aanleiding van het arrest Gerards/Vijverberg.⁵²⁶ Het feit dat de professionele verkoper in die zaak reeds door de enkele raadpleging van het onderhoudsboekje de onjuistheid van de weergegeven kilometerstand had kunnen constateren, werd aldaar als potentiële grond voor een op de verkoper rustende onderzoeksplicht aanvaard. Meer in het algemeen brengt mijns inziens de *aard van de rechtsverhouding* tussen een professionele autoverkoper en een particuliere koper mee dat de verkoper – op straffe van vernietiging van de koopovereenkomst wegens wederzijdse dwaling – binnen redelijke grenzen zal moeten onderzoeken of de weergegeven kilometerstand overeenkomt met het werkelijke aantal gereden kilometers.

3.7.4 Koop onroerende zaken; NVM-akte

De gevallen van dwaling bij de koop van onroerende zaken nemen in de jurisprudentie een vooraanstaande positie in.⁵²⁷ Meestal gaat het om de koop van een woonhuis dat niet aan de verwachtingen van de koper voldoet. De vraag rijst dan of de teleurstelling van de koper kan worden herleid tot een dwaling in de zin van art. 6:228 BW, die te wijten is aan schending van een mededelings-, waarheids- of onderzoeksplicht door de verkoper. Deze vraag

525 In dit verband zal in beginsel tégen de koper pleiten dat het een feit van algemene bekendheid is, dat kilometertellers van tweedehands auto's regelmatig afwijken van de werkelijkheid. Vgl. par. 3.6.6.

526 HR 25 juni 1993, NJ 1994, 291 m.nt. CJHB (Gerards/Vijverberg).

527 Zie voor een inventarisatie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 90-91 en 149-150. Zie hierover ook uitvoerig Van Rossum 1991, p. 75 e.v.

is inhoudelijk verwant aan de conformiteitsvraag van art. 7:17 BW, waarbij immers ook de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper centraal staan (par. 3.11.7). De informatieplichten die hieronder in het kader van de dwaling worden besproken, lenen zich dan ook grotendeels voor overeenkomstige toepassing in het conformiteitsleerstuk. Over de precieze verhouding tussen de beide wettelijke kaders handelen par. 3.10.2 e.v. en par. 3.11.8.

Zowel bij dwaling als bij non-conformiteit geldt dat de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper in de eerste plaats worden beïnvloed door de – vrijwel altijd op schrift gestelde⁵²⁸ – *koopakte*. In de praktijk wordt vaak gebruik gemaakt van de standaard NVM-akte, een modelovereenkomst voor de koop van eengezinswoningen, opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Makelaars, de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis.⁵²⁹ Vooral art. 5 NVM-akte, waarin de staat van de onroerende zaak en het daarmee beoogde gebruik worden omschreven, is voor de invulling van de gerechtvaardigde verwachtingen van belang.

Art. 5.1 vangt aan met een soort algemene exoneratie, inhoudend dat de verkoper niet instaat voor de afwezigheid van gebreken van de woning. De koper aanvaardt de woning ‘in de staat waarin deze zich bij het tot stand komen van deze overeenkomst bevindt’, aldus het artikel, inclusief ‘zichtbare en onzichtbare gebreken’. De volgende (sub)artikelen dienen ter nuancering van dit uitgangspunt. Cruciaal is art. 5.3, waarin wordt bepaald dat de woning de feitelijke eigenschappen zal bezitten die nodig zijn voor een (nader door partijen te omschrijven) ‘normaal gebruik’. Volgens de bij de NVM-akte behorende toelichting wordt aldus een ‘vergaande uitzondering’ gemaakt op de hoofdregel van art. 5.1.⁵³⁰ Dienovereenkomstig betitelen sommige auteurs art. 5.3 als ‘garantie’ van geschiktheid voor normaal gebruik.⁵³¹ In werkelijkheid behelst het artikel niet meer dan de contractuele bevestiging van het wettelijke conformiteitsvereiste, zoals besloten liggend in art. 7:17 BW.⁵³² Die bepaling moet blijken de jurisprudentie van de Hoge Raad juist niet als een

528 Voor de particuliere woningkoop schrijft art. 7:2 lid 1 BW dit zelfs dwingend voor. Zie uitvoerig over het hier bedoelde schriftelijkheidsvereiste Breedveld-de Voogd 2007, p. 27 e.v.

529 De NVM-akte en de bijbehorende toelichting kunnen worden geraadpleegd via [bijv. <www.eigenhuis.nl>](http://www.eigenhuis.nl). Voor de koop van bedrijfspanden en agrarisch onroerend goed bestaan vergelijkbare NVM-akten, die hier buiten beschouwing blijven.

530 Zie NVM-akte, toelichting bij art. 5.1 en 5.3.

531 Zie *bijv.* Van Rossum 2001, p. 843, 845; Dammingh 2000, p. 219, 337; Wanders 2000, p. 337; Dammingh 2002, p. 231-232; Tjittes 2006, p. 100 en 149 (anders nog Tjittes in *WPNR* 6659 (2006), p. 232); en Dammingh 2009, p. 124-125. *Vgl.* ook HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 575 m.nt. WMK (Christiaanse/Van Dijk), waar de Hoge Raad dezelfde terminologie hanteert.

532 Aldus *bijv.* Vlaanderen 2000, p. 515; Van Rossum 2001, p. 844; Vlaanderen 2006, p. 144; Van Rossum 2009, p. 86; en de NJ-annotatie van M.H. Wissink bij HR 23 december 2005, *NJ* 2010, 62 (De Rooij/Van Olphen), sub 1. *Vgl.* ook Breedveld-de Voogd 2007, p. 170, die betoogt dat het begrip ‘normaal gebruik’ in art. 5.3 NVM-akte in beginsel op dezelfde wijze dient te worden uitgelegd als in art. 7:17 BW.

garantie worden opgevat, althans niet in die zin dat met de non-conformiteit van het gekochte ook de toerekenbaarheid in de zin van art. 6:74 BW is gegeven.⁵³³ In die zin is het spreken van een gegarandeerde geschiktheid voor normaal gebruik niet zuiver.⁵³⁴ Dat blijkt ook uit de laatste volzin van art. 5.3, op grond waarvan de verkoper niet instaat voor de afwezigheid van gebreken die het normale gebruik belemmeren, voor zover die gebreken aan de koper *kenbaar* waren ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst. Blijkens de toelichting wordt hiermee gestreefd naar een evenwichtig regime van informatieplichten over en weer:

‘Het begrip “kenbaar” is ruimer dan “bekend”. Ook gebreken die de koper niet kent maar die hij had moeten ontdekken als hij voldoende zorgvuldig te werk was gegaan zijn “kenbaar”. Koper mag er dus niet zomaar vanuit gaan dat alles wel in orde is. Van koper wordt verwacht dat hij nagaat – of laat nagaan – of de zaak aan de door hem te stellen eisen voldoet. Het spreekwoord ‘wat niet weet, wat niet deert’ gaat hier niet op. Koper moet bij twijfel vragen stellen en/of zelf onderzoek (laten) verrichten. Dat betekent niet dat verkoper altijd zijn mond mag houden. Op hem rust een mededelingsplicht. Hij moet koper op de hoogte stellen van gebreken waarvan hij behoort te weten dat ze voor koper van belang zijn en waarvan hij weet of vermoedt dat koper ze niet kent. (...) Ook voor verkoper gaat het spreekwoord ‘wat niet weet, wat niet deert’ niet op. Als ondanks voldoende onderzoek door koper, achteraf blijkt dat ten tijde van de eigendomsoverdracht toch sprake is van een gebrek dat een normaal gebruik in de weg staat, kan verkoper daar in principe op worden aangesproken.’⁵³⁵

Goed beschouwd leidt toepasselijkheid van de NVM-akte dus niet tot een fundamenteel andere benadering van de wederzijdse informatieplichten bij dwaling. Wel kan in de praktijk gewicht toekomen aan art. 5.4 NVM-akte, dat betrekking heeft op de aanwezigheid van gevaarlijke of verontreinigende stoffen in en om de woning. In dit (nader door partijen in te vullen) artikel worden partijen geacht melding te maken van hun eventuele bekendheid met de aanwezigheid van (bodem)verontreiniging (art. 5.4.1), ondergrondse tanks (art. 5.4.2) of asbest (art. 5.4.3), respectievelijk met het bestaan van beschikkingen tot sanering in de zin van art. 55 Wet Bodembescherming. Volgens de toelichting bij het artikel hebben deze (on)bekendheidsverklaringen een ‘signaalfunctie’, in die zin dat zij koper en verkoper stimuleren om aan hun wederzijdse informatieplichten te voldoen. De gedachte is dat partijen meer attent zullen zijn op gevaarlijke of verontreinigende stoffen, wanneer zij worden gedwongen om hun kennis daaromtrent zwart op wit vast te leggen.

533 Vgl. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (Brok/Huberts), r.o. 3.3, besproken in par. 3.10.9. Zie voorts bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 329.

534 *Anders* bijv. Dammingh 2002, p. 233; en Dammingh 2009, p. 124-125, die meent dat art. 5.3 NVM-akte ‘wel degelijk als een *garantie* [moet] worden aangemerkt’.

535 NVM-akte, toelichting bij art. 5.3.

Daarnaast hebben de (on)bekendheidsverklaringen volgens de toelichting een 'bewijsfunctie', in die zin dat zij 'welles-nietes-discussies' over de vraag of partijen op de hoogte waren van de betrokken gebreken kunnen voorkomen.⁵³⁶ Voor het overige lijkt de *juridische* betekenis van de (on)bekendheidsverklaringen gering.⁵³⁷ Zij zijn met name níet bedoeld als garantie voor de koper of als vrijwaring van de verkoper (zie art. 5.13 NVM-akte). Welk van beide partijen het risico van de verontreiniging draagt, dient te worden beoordeeld aan de hand van art. 5.1 en 5.3 NVM-akte.⁵³⁸ De Hoge Raad heeft zulks bevestigd in het arrest Christiaanse/Van Dijk uit 2000, door het oordeel te sanctioneren dat een onbekendheidsverklaring van de verkoper in art. 5.4 'op geen enkele wijze afbreuk doet aan de garantie in art. 5.3'.⁵³⁹

3.7.5 Vervolg; deskundige bijstand

Met de introductie van de NVM-akte in par. 3.7.4 is tevens de aandacht gevestigd op een tweede bijzonderheid van de koop van onroerende zaken, namelijk dat partijen zich doorgaans laten bijstaan door een deskundige in de persoon van de *makelaar*.⁵⁴⁰ Deze betrokkenheid van de makelaar maakt de koop van woningen in theorie tot een relatief welberaden transactie. De praktijk is weerbarstiger, enerzijds omdat niet altijd *beide* partijen zich door een makelaar laten bijstaan, anderzijds omdat makelaars hun deskundigheid *de facto* niet altijd met partijen delen. Beide complicaties kunnen worden ondervangen door de kennis van de makelaar, en diens gedragingen, voor zover verricht in zijn hoedanigheid, toe te rekenen aan de partij die door hem wordt bijgestaan. Een dergelijke toerekening ligt voor de hand, nu partijen er normaliter op zullen mogen vertrouwen dat een makelaar met instemming en medeweten van zijn opdrachtgever handelt.⁵⁴¹ Dienovereenkomstig wordt in de lagere jurisprudentie bijvoorbeeld aanvaard dat onjuiste mededelingen van de makelaar van de verkoper in het kader van art. 6:228 lid 1 sub a BW aan de verkoper kunnen worden toegerekend.⁵⁴² Evenzo wordt aangenomen dat de mededelingsplicht van de verkoper uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub b BW mede wordt beïnvloed door hetgeen de koper omtrent zijn verwachtingen aan de

536 Zie NVM-akte, toelichting bij art. 5.4.1.

537 Vgl. Klik 1997, p. 88; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346c; en Dammingh 2009, p. 126.

538 Zie NVM-akte, toelichting bij art. 5.4.1, aan het slot. Vgl. ook Vlaanderen 2000, p. 518.

539 HR 28 januari 2000, NJ 2000, 575 m.nt. WMK (Christiaanse/Van Dijk), r.o. 3.4.

540 Zie hierover uitgebreid Dammingh 2002, in het bijzonder p. 239 e.v.

541 Zie in gelijke zin Dammingh 2002, p. 245; en Huijgen 2009, p. 6. Vgl. ook Castermans 1992a, p. 78, die in dit verband wijst op het belang van de precieze opdracht van de makelaar, alsmede HR 16 mei 1986, NJ 1986, 638 (Kuppers/WUH), r.o. 3.2, waaruit blijkt dat de Hoge Raad de omstandigheden van het geval beslissend acht. Zie meer in algemene zin over de hier bedoelde toerekening van kennis par. 5.2.7.

542 Zie bijv. Rb. Utrecht 23 mei 2007, NJF 2007, 333, r.o. 4.5 en 4.13.

makelaar van de verkoper kenbaar heeft gemaakt.⁵⁴³ Meer in het algemeen lijkt de feitenrechter geneigd om de kennis van de verkopersmakelaar, en diens verklaringen in de richting van de koper, toe te rekenen aan de verkoper.⁵⁴⁴ Maar ook de koper die zich door een makelaar laat bijstaan, draagt blijkens de jurisprudentie potentieel een verhoogde verantwoordelijkheid.⁵⁴⁵ Illustratief is het in par. 3.6.7 besproken arrest Kelly/Rietvelt. Het hof had in deze zaak geoordeeld dat verkoper Rietvelt niet had behoeven te begrijpen dat bepaalde onjuiste mededelingen van Rietvelt omtrent de eigenschappen van het verkochte pand voor koper Kelly essentieel waren. Volgens de Hoge Raad mocht het hof daarbij meewegen 'dat Kelly bij de aankoop werd bijgestaan door een makelaar'.⁵⁴⁶

Een derde bijzonderheid van de koop van onroerende zaken is gelegen in art. 3:89 BW, dat voor de levering de betrokkenheid van een *notaris* vereist. Anders dan de makelaar is de notaris geen 'partijdeskundige'. Hij wordt geacht zijn deskundigheid op neutrale wijze in te zetten, ten behoeve van koper en verkoper gezamenlijk.⁵⁴⁷ Tegen die achtergrond is wel bepleit om reeds bij de totstandkoming van de *koopakte* inschakeling van een notaris verplicht te stellen.⁵⁴⁸ De gedachte is dat vroegtijdige notariële bijstand de kans op teleurstellingen aan beide zijden verkleint, doordat de notaris partijen kan wijzen op hun wederzijdse informatieplichten.⁵⁴⁹ De wetgever heeft hierin geen heil gezien.⁵⁵⁰ In plaats van de notariële koopakte als preventief beschermingsinstrument voor beide partijen koos hij voor de correctieve werking van een 'bedenktijd' ten behoeve van de consument-koper. Sinds 2003 bepaalt art. 7:2

543 Zie bijv. Hof Amsterdam 8 november 2007, *NJF* 2008, 88, r.o. 3.4.4.

544 Zie bijv. Hof Arnhem 24 juni 1986, *NJ* 1988, 709, r.o. 5; en Rb. Middelburg 14 maart 2007, *LJN* BA3549, *NJF* 2007, 262, r.o. 4.3. Anders Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009, *LJN* BQ6356, *NJF* 2011, 369, r.o. 10.4.2, waar onder verwijzing naar HR 26 juni 2009, *LJN* BH9284, *NJ* 2010, 664 m.nt. Jac. Hijma (Wiggers/Makelaardij Sneek) wordt overwogen dat voor toerekening als hier bedoeld 'slechts in bijzondere omstandigheden' plaats is.

545 Vgl. over de positie van de koper die zich door een *architect* laat bijstaan: Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen 18 juli 1972, te kennen uit: HR 6 april 1973, *NJ* 1973, 459 m.nt. GJS (Merryweather/Hagemeyer); en Hof 's-Hertogenbosch 23 april 1997, r.o. 4.4, te kennen uit: HR 2 april 1999, *NJ* 1999, 585 (Van den Broek c.s./Van Dael).

546 HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 570 (Kelly/Rietvelt), r.o. 4.3.

547 Zie bijv. Breedveld-de Voogd 2007, p. 179 en 182. Overigens dient ingevolge art. 6:162 BW ook de makelaar tot op zekere hoogte met de belangen van *beide* partijen rekening te houden. Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 30 december 2008, *LJN* BH2220, *JA* 2009, 63, r.o. 4.

548 Zie bijv. Kleijn & Van Velten 1985, p. 112-113; Castermans 1992b, p. 273-274; Luijten 1993, p. 130-133; Huijgen 1997, p. 18-19, 20-21; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 134a; Breedveld-de Voogd 2007, p. 171 e.v.; Huijgen 2008, nr. 12; Keirse e.a. 2009, p. 80, 148-149, 226; en Van Velten 2010, p. 250.

549 Zie bijv. Breedveld-de Voogd 2007, p. 180. Vgl. ook HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL (Groninger huwelijksvoorwaarden), r.o. 3.3, besproken in par. 4.8.2, waaruit blijkt dat de notaris onder omstandigheden gehouden is te wijzen 'op specifieke aan de voorgenoemen rechtshandeling verbonden risico's'.

550 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, nr. 3, p. 3-4; en Verslag, *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, nr. 10, p. 17-23.

BW dat de koop van een woning door een consument schriftelijk dient te geschieden (lid 1) en dat de koper de overeenkomst gedurende drie dagen na terhandstelling van de koopakte kan ontbinden (lid 2).⁵⁵¹ De bepaling is in de literatuur bekritiseerd, vooral vanwege haar problematische inbedding in het contractenrecht en de potentieel vérstrekkende consequenties ervan voor andere leerstukken.⁵⁵² Voor wat betreft het leerstuk der informatieplichten werd gevreesd dat de introductie van de wettelijke bedenktijd zou leiden tot een intensivering van kopers onderzoeksplicht.⁵⁵³ Men ging ervan uit dat een beroep op dwaling ná het verstrijken van de bedenktijd zou kunnen afstuiten op de gedachte dat de koper gedurende de bedenktijd nader onderzoek had moeten doen. Castermans verwoordde het als volgt:

‘Wie deze periode onbenut voorbij laat gaan, zal wellicht nog sneller een verwijt kunnen worden gemaakt dat hij zijn eigen zaken niet goed heeft behartigd. Het ligt immers in de rede het ijkpunt van de onderzoeksplicht te verleggen van het moment van de koop naar het einde van de afkoelingsperiode.’⁵⁵⁴

Tot op heden is een dergelijke postcontractuele ‘verzwaring’ van kopers onderzoeksplicht in de jurisprudentie niet aanvaard. Dat ligt ook niet erg voor de hand, gelet op de beschermingsgedachte die aan art. 7:2 lid 2 BW ten grondslag ligt.⁵⁵⁵ In die zin lijkt het zuiverder om de bedenktijd te beschouwen als een autonoom beschermingsinstrument, dat geen afbreuk doet aan de bescherming die voortvloeit uit andere leerstukken van het contractenrecht. Zo beschouwd is de praktische betekenis van art. 7:2 lid 2 BW voor het leerstuk der informatieplichten gering.⁵⁵⁶

Al met al heeft de koop van onroerend goed, vergeleken met bijvoorbeeld de handel in tweedehands auto’s, een relatief bezonnen karakter. Vrijwel altijd wordt deze transactie op schrift gesteld en in geval van particuliere woningkoop is zulks zelfs wettelijk verplicht (art. 7:2 lid 1 BW). De koopakte pleegt met zorg te worden opgesteld, waartoe dikwijls gebruik wordt gemaakt van door brancheorganisaties opgestelde modelakten, die in de praktijk hun nut hebben bewezen (par. 3.7.4). Bijstand door deskundige makelaars is bij aan- en verkoop min of meer gebruikelijk. Betrokkenheid van de notaris is, althans

551 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 133 e.v.

552 Zie bijv. Hartlief & Reurich 1999, p. 50; Hijma 2004, p. 23 e.v., 86; Valk 2004, p. 140-141; Breedveld-de Voogd 2007, p. 207 e.v.; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 134a (met verdere vindplaatsen).

553 Zie bijv. Castermans 1992b, p. 272; Van Rossum 1995, p. 109; Hartlief & Reurich 1999, p. 50; Hijma 2004, p. 25-26; en Keirse e.a. 2009, p. 72. Vgl. ook Verslag, *Kamerstukken II 2000/01*, 23095, p. 18-19.

554 Castermans 1992b, p. 272.

555 Vgl. Valk 1998, p. 14-15; en Hijma 2004, p. 26.

556 Aldus ook Castermans zelf, concluderend na vooropstelling van bovenstaand citaat. Zie Castermans 1992a, p. 272. Zie in gelijke zin Verslag, *Kamerstukken II 2000/01*, 23095, p. 18-19; en Breedveld-de Voogd 2007, p. 272-276.

in het kader van de levering, wettelijk voorgeschreven.⁵⁵⁷ Dat desalniettemin de kans op teleurstellingen reëel is, blijkt uit de nu te bespreken gevalstypen.

3.7.6 Vervolg; (bouw)technische gebreken

Op uiteenlopende manieren kan de koper van een woonhuis in zijn verwachtingen worden teleurgesteld. Het meest karakteristiek zijn de gevallen van dwaling omtrent een (bouw)technisch gebrek van de woning. Gedacht kan worden aan lekkages, scheurvorming of verzakking, maar ook aan de frequente gevallen van aangetast houtwerk als gevolg van houtrot of schimmel ('zwamzaken', zoals Hijma ze noemt⁵⁵⁸). Anders dan bij de koop van onveilige tweedehands auto's (par. 3.7.2) hanteert de Hoge Raad op dit terrein geen bijzondere vuistregel ter bescherming van de veiligheid van de koper. Dat ligt voor de hand, omdat bij de koop van een in technisch opzicht gebrekkig huis normaliter niet lijf en leden van de koper, maar hoogstens diens wooncomfort en financieel belang in gevaar zijn.⁵⁵⁹ Hier geldt derhalve, conform art. 5.1 en 5.3 laatste volzin NVM-akte, als uitgangspunt dat de koper zelf onderzoek zal moeten doen ter voorkoming van teleurstellingen. Van geval tot geval zullen goede argumenten moeten worden gevonden voor het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht (vgl. par. 3.1.2).

Sommige auteurs betogen in dit verband dat concrete kennis van enig gebrek aan de zijde van de verkoper reeds een sterk argument voor het aannemen van een mededelingsplicht vormt. Zo concludeert Dammingh uit het in par. 3.7.7 te bespreken arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg:

'Kortom: een mededelingsplicht wordt (zeer) spoedig aanwezig geacht indien de verkoper het gebrek kende. Alsdan is niet of nauwelijks (meer) van belang of en in welke mate de koper onderzoek heeft gedaan.'⁵⁶⁰

Wie het weet moet het zeggen, zo lijkt de boodschap. Aldus geformuleerd zou ik die benadering niet willen onderschrijven. Wat mij betreft is kennis van de feiten een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor het aannemen van een mededelingsplicht (vgl. par. 3.6.1). Anders gezegd: de verkeersopvattingen brengen niet mee dat beschikbare kennis *per se* met de wederpartij moet worden gedeeld. Zonneklaar is dat bijvoorbeeld in de situatie waarin de bij de verkoper aanwezige kennis ook aan de koper ter beschikking

557 Vgl. Huijgen 2008, nr. 9a, die aangeeft dat de notaris ook in dat stadium 'als een soort van zeef' de meeste dwalingsgevallen zal kunnen onderscheppen.

558 Zie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 91. Zie ook aant. 150.

559 Vgl. par. 3.7.9 over gevaarlijke of verontreinigende stoffen in en om de woning, die uiteraard wél consequenties kunnen hebben voor de veiligheid van de koper.

560 Dammingh 2002, p. 221. Zie in gelijke zin bijv. Van Rossum 1997a, p. 447; Dammingh 2000, p. 217; en Van Rossum 2001, p. 840-841.

stond.⁵⁶¹ Zo wordt algemeen aanvaard dat de verkoper van een oud huis niet snel gehouden is tot een mededeling over de hem bekende *ouderdomsgebreken* van het huis, aangezien de potentiële aanwezigheid van zulke gebreken algemeen bekend mag worden verondersteld en derhalve bij gebrek aan nader onderzoek voor rekening van de koper komt.⁵⁶² Dienovereenkomstig is in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat de koper die houtworm waarneemt in de zichtbare delen van een monumentaal pand, nader onderzoek moet doen, ook indien de zichtbare door houtworm aangetaste delen nog goed hard zijn.⁵⁶³ Hier weerklinkt de *aard van de betrokken informatie* als gezichtspunt, en in het bijzonder de traceerbaarheid c.q. voorspelbaarheid van de gebreken in kwestie (vgl. par. 3.6.3).

Welke gezichtspunten kunnen overigens een rol spelen bij de aankoop van een in (bouw)technisch opzicht gebrekkige woning? De *aard van de betrokken belangen* zal meestal niet dwingend in het voordeel van de koper pleiten. Vooropgesteld dat de veiligheid van de koper hier normaliter niet in het geding is, lijkt het enkele feit dat de koper wordt geconfronteerd met onderhouds- of reparatiekosten in verband met een technisch gebrek onvoldoende voor het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht. Tot op zekere hoogte zijn zulke kosten immers inherent aan het bezit van een woning als zodanig. Slechts indien daadwerkelijk het ‘woonbelang’ van de koper wordt aangetast, doordat sprake is van gebreken die zo ernstig zijn dat normaal gebruik van de woning in de zin van art. 7:17 lid 2 BW en 5.3 NVM-akte onmogelijk is, ligt het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht in het licht van de *aard van de betrokken belangen* voor de hand. Daarbij zal ook de *aard van de rechtsverhouding* moeten worden meegewogen. Het feit dat de koper zich bijvoorbeeld tijdens bezichtiging van de woning heeft laten bijstaan door een makelaar, die op grond van zijn deskundigheid het gebrek in kwestie mocht worden geacht te kennen, kan meebrengen dat de dwaling alsnog wegens schending van een onderzoeksplicht voor rekening van de koper blijft (vgl. par. 3.7.5). Meer in het algemeen is in dit verband de wederzijdse deskundigheid van partijen ter zake van (bouw)technische gebreken van groot belang.

Ius in causa positum is hier dus het devies, zoals duidelijk blijkt uit het nu te bespreken arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, dat de koop van een woning met ernstige scheurvorming betrof.⁵⁶⁴ Het arrest illustreert tevens dat de eigen verantwoordelijkheid van de koper, die hierboven als algemeen uitgangspunt voorop werd gesteld, niet absoluut is. De *aard van de rechtsver-*

561 Vgl. HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8

562 Zie bijv. Rb. Middelburg 22 december 2010, *LJN* BP5008, *NJF* 2011, 137, r.o. 4.9, alsmede Dammingh 2002, p. 218; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 5b.

563 Rb. Arnhem 20 september 2006, *NJF* 2006, 566, r.o. 4.3. Zie ook Hof Arnhem 18 maart 2008, *LJN* BD1170, *NJF* 2008, 257, r.o. 4.9, voor de bekrachtiging van dit vonnis in hoger beroep.

564 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg).

houding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen kunnen meebrengen dat op de verkoper een mededelingsplicht komt te rusten omtrent het (bouw)technische gebrek in kwestie. Volgens de Hoge Raad strekt een dergelijke mededelingsplicht ertoe om 'ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden'. Hoewel een bijzondere vuistregel ter bescherming van de koper, vergelijkbaar met die voor de koop van onveilige tweedehands auto's (par. 3.7.2), op dit terrein ontbreekt, geniet de koper van een in (bouw)technisch opzicht gebrekkige woning dus wél de meer algemene bescherming van de bekende prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht (par. 3.6.16).

3.7.7 Vervolg; Offringa/Vinck en Van Rosberg

Medio 1992 kocht Offringa een op Curaçao gelegen woning van het echtpaar Vinck en Van Rosberg. Voorafgaand aan de koop had Offringa, een leek op bouwkundig gebied, de woning tweemaal bezichtigd. Tevens had hij kennisgenomen van een in opdracht van de verkopers opgesteld taxatierapport, waarin de onderhoudstoestand van de woning werd gekwalificeerd als 'goed'. Desalniettemin bleek naderhand dat de woning 'ernstige scheurvorming' vertoonde, die door een gebrekkige fundering werd veroorzaakt en derhalve 'van structurele aard' was. Met de oplossing van dit probleem bleek ongeveer een kwart van de koopprijs te zijn gemoeid. De verkopers waren er kennelijk van op de hoogte geweest, want omstreeks 1989 had een aannemer hen al gewaarschuwd dat er sprake was van scheurvorming door verzakkingen, en 'dat het veel geld zou kosten om de scheurvorming permanent op te lossen'. Vinck en Van Rosberg hadden hierover tegenover Offringa gezwegen. Offringa had op zijn beurt niet om nadere informatie gevraagd, toen hij tijdens de bezichtiging 'zettingen' en 'scheuren' had geconstateerd. Kennelijk realiseerde hij zich toen niet dat deze duiden op een structureel probleem. In die arge-loosheid stond hij niet alleen. Ook de beëdigd taxateur, opsteller van het taxatierapport, verklaarde in rechte dat hij bij bezichtiging van de woning geen aanwijzingen had gevonden voor een 'structureel scheurenprobleem'. De vaststaande feiten doen vermoeden dat Vinck en Van Rosberg zich hebben beijverd om zulke aanwijzingen te maskeren. Ten tijde van de bezichtiging waren vele grote scheuren bedekt door 'panelling' op de wanden, terwijl een deel van de zichtbare scheuren 'keurig gerepareerd' was. Veelzeggend was ook de toestand van het bij de woning behorende zwembad, dat tijdens de bezichtiging gevuld was en normaal leek te functioneren, terwijl het na aankoop 'al geruime tijd' lek bleek te zijn.

Offringa vorderde in rechte vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling of bedrog, althans schadevergoeding wegens wanprestatie. Na een toewijzend vonnis in eerste aanleg kreeg hij van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba alsnog ongelijk. De belang-

rijkste reden was dat het hof ervan uitging dat Vinck en Van Rosberg voorafgaand aan de koop aan Offringa hadden *medegedeeld* dat er sprake was van scheurvorming. Tegen die achtergrond oordeelde het hof, mede gezien het feit dat het optimistische taxatierapport slechts één pagina besloeg en derhalve 'zeer summier' was, terwijl het bovendien was opgesteld in opdracht van de *verkopers*, dat Offringa was tekortgeschoten in zijn onderzoeksplicht ter zake van de zichtbare scheuren in de woning.

In cassatie krijgt de zaak een andere wending, doordat de Hoge Raad weigert als vaststaand feit te aanvaarden dat Vinck en Van Rosberg een mededeling hadden gedaan omtrent de scheurvorming.⁵⁶⁵ Deze feitelijke heroriëntatie is cruciaal, want waar het hof de mededelingsplicht buiten beeld liet – er wás immers volgens het hof een mededeling gedaan – komt in cassatie hierop alsnog de nadruk te liggen. In r.o. 3.5 zet de Hoge Raad zijn visie op de mededelingsplicht principieel uiteen:

'Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat, wanneer een partij vóór de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven teneinde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent de betreffende punten een onjuiste voorstelling zou maken, de goede trouw zich in het algemeen ertegen zal verzetten dat eerstgenoemde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling aan zichzelf heeft te wijten.

In deze, in vaste rechtspraak van de Hoge Raad aanvaarde regel ligt besloten dat het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, niet uitsluit dat de andere partij terzake van diezelfde gegevens een mededelingsplicht heeft.

Bij het beantwoorden van de vraag of een partij terzake van bepaalde relevante gegevens naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht heeft, dan wel of hij die gegevens voor zich mag houden omdat hij erop mag vertrouwen dat zijn wederpartij, die gehouden is om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, ter nakoming van deze verplichting een onderzoek zal instellen en daardoor met meerbedeelde gegevens bekend zal worden, moet niet alleen worden gelet op alle bijzonderheden van het gegeven geval – die dan ook zo volledig en zo nauwkeurig mogelijk behoren te worden vastgesteld –, maar ook en vooral daarop dat voormelde regel juist ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens (vgl. voor dit laatste: HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251, rov. 3.4 slot).'

De geciteerde overweging vangt aan met de vooropstelling van de bekende prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht, die voorheen

565 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.6 aan het slot, alwaar de Hoge Raad op dit punt een motiveringsgebrek constateert. *Anders* A-G Langemeijer, die in zijn conclusie wel uitgaat van de bedoelde mededeling.

reeds in vaste jurisprudentie lag besloten (par. 3.6.16). Nieuw is de overweging, in de tweede volzin van het citaat, dat die regel een potentiële *overlap* tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht impliceert. Schijnbaar laconiek leidt de Hoge Raad deze overlap af uit de prioriteitsregel zelf. Als de mededelingsplicht boven de onderzoeksplicht *prevaleert*, zo redeneert hij, kunnen de beide plichten blijkbaar tegelijkertijd bestaan. Die redenering moge in taalkundig opzicht voor de hand liggen, inhoudelijk is zij niet dwingend. Uitgaande van de traditionele opvatting inzake het 'omslagpunt' tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling vindt immers de gewenste afweging tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht in een *preliminair* stadium plaats. Komt de mededelingsplicht daarbij als winnaar uit de bus, dan is de onderzoeksplicht in zoverre een gepasseerd station, en *vice versa* (par. 3.6.13).

Met zijn formulering van de derde volzin lijkt de Hoge Raad weer enigszins afbreuk te doen aan de zojuist geconstrueerde overlap.⁵⁶⁶ Mededelingsplicht en onderzoeksplicht worden hier alsnog op de vertrouwde wijze tegenover elkaar geplaatst ('dan wel'), als keerzijden van dezelfde medaille. Meer in het algemeen wordt in de derde volzin de voorafgaande vooropstelling van de mededelingsplicht aanzienlijk genuanceerd, doordat de Hoge Raad benadrukt dat in dit verband de omstandigheden van het geval beslissend zijn. De feitenrechter heeft de – niet geringe – taak om 'alle bijzonderheden van het gegeven geval (...) zo volledig en zo nauwkeurig mogelijk' vast te stellen. Geheel vrij laat de Hoge Raad hem daarin niet, gezien de toevoeging dat de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht 'juist ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens'. Deze beschermingsstrekking was reeds bekend uit het arrest Van Geest/Nederlof, waarnaar de Hoge Raad in het citaat verwijst. Nieuw is de toevoeging dat de feitenrechter bij zijn afweging van mededelingsplicht en onderzoeksplicht 'ook en vooral daarop' moet letten. In par. 3.6.3 werd al betoogd dat de toegevoegde waarde van een dergelijk redeneringsvoorschrift beperkt is, omdat het bij dwaling juist gaat om de vraag *hoever* de bescherming van de dwalende moet strekken. In zekere zin is het bedoelde voorschrift zelfs riskant, omdat het de feitenrechter zou kunnen stimuleren om vrijelijk informatieplichten ter bescherming van de onvoorzichtige koper aan te nemen, zonder daartoe een motivering te zoeken in de omstandigheden van het geval. Dat is blijkens de geciteerde overweging juist niet de bedoeling van de Hoge Raad.

Na deze algemene vooropstelling in r.o. 3.5 volgt de inhoudelijke afdoening van de zaak in r.o. 3.6-3.8. Daarbij schuwt de Hoge Raad de diepten van het dossier niet, zoals blijkt uit de minutieuze wijze waarop hij in r.o. 3.6 's hofs motivering bekritiseert. Om te beginnen had het hof geen aandacht besteed aan Offringa's stelling dat tijdens de bezichtiging het bij de woning behorende

⁵⁶⁶ Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 (L.E. Beheer/Stijnman), sub 3.

zwembad ondanks lekkage gevuld was. Nu in die stelling volgens Offringa een aanwijzing lag besloten 'dat bij de verkopers opzet tot misleiding had voorgezeten', had het hof daarop volgens de Hoge Raad nader moeten ingaan. Het hier gebezigde argument, de aanwezigheid van omstandigheden die het zwijgen van de verkoper 'verdacht' maken, speelt waarschijnlijk in vele gevallen een rol.⁵⁶⁷ Hoewel het in de praktijk vaak zal stuklopen op beperkingen van bewijstechnische aard, lijkt het terecht dat de Hoge Raad er aandacht voor vraagt. Ook de literatuur erkent het gewicht van dit 'clean hands'-argument.⁵⁶⁸ Kleijn besteedt er in zijn annotatie bij het arrest uitdrukkelijk aandacht aan en concludeert dat 'de rechtsvinding bij verborgen gebreken van het gekochte mede afhankelijk [zal] blijven van de mate waarin het niet spreken meer zweemt naar een vorm van misleiding van de koper'.⁵⁶⁹

Een tweede motiveringsgebrek heeft betrekking op de mededeling die Vinck en Van Rosberg volgens het hof aan Offringa hadden gedaan. Hierboven bleek al dat de Hoge Raad die mededeling niet als vaststaand feit aanvaardt. Meer in het bijzonder koestert hij twijfels omtrent de precieze *inhoud* van de door het hof veronderstelde mededeling. Hij overweegt daartoe, in het vervolg van r.o. 3.6:

'Voorts valt, vooral tegen de achtergrond van de gedingstukken, op dat het Hof onder 3 als een van de feiten waarvan het uitgaat, slechts vermeldt dat de verkopers de koper hebben meegedeeld dat "er *scheuren* in de woning zaten", maar onder 4, tweede alinea, zonder meer als vaststaand aanmerkt dat de verkopers de koper hebben meegedeeld "dat er *scheurvorming* in het huis aanwezig is", terwijl het in de derde alinea zelfs veronderstelt dat de verkopers de koper op "*de* scheurvorming in het huis" hebben "*gewezen*". Zonder nadere motivering, welke ontbreekt, blijft onduidelijk of het Hof telkens hetzelfde bedoelt, dan wel zich niet heeft gerealiseerd dat sprake is van drie onderscheiden, steeds ernstiger wordende gevallen, noch dat verschil in intensiteit bestaat tussen iemand iets meedelen en iemand ergens op wijzen.'

Op het eerste gezicht is hier sprake van een woordenspel. Aangenomen dat scheurvorming aan iedere scheur voorafgaat, lijkt tussen een mededeling omtrent 'scheurvorming' en een mededeling omtrent 'scheuren' geen principieel verschil te bestaan. En het moge zo zijn dat 'mededelen' ietwat neutraler klinkt dan 'wijzen op', voor het aannemen van een motiveringsgebrek lijkt een dergelijk nuanceverschil toch onvoldoende (vgl. par. 2.3.2). Waarschijnlijk heeft de Hoge Raad een gewichtiger reden om zich niet te conformeren aan de interpretatie die het hof als feitenrechter aan de beweerde mededeling

567 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, LjN BH1619, Prg. 2009, 80, r.o. 6.

568 Zie bijv. Raaijmakers 2002, p. 73; Asser/Vranken*** (2005), nr. 38; en Hardy 2009, p. 100. Zie par. 5.3.5 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

569 Zie de NJ-annotatie van W.M. Kleijn bij het arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, sub 4.

gaf.⁵⁷⁰ Huizen met scheurvorming komen in de praktijk veelvuldig voor. Wat de onderhavige woning bijzonder maakte, was het structurele karakter van de scheurvorming, te wijten aan een gebrekkige fundering. Dáárover hadden Vinck en Van Rosberg, ondanks hun kennis ter zake, niets gezegd. In zoverre was de beweerde mededeling – al aangenomen dat die was gedaan – niet ter zake dienend, althans niet doorslaggevend.⁵⁷¹ Anders gezegd: gelet op de *aard van de betrokken informatie* (par. 3.6.3) leverde die mededeling in casu onvoldoende grond op voor het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van Offringa.

De aannemelijkheid van de hier bepleite lezing wordt bevestigd door r.o. 3.7, waarin de Hoge Raad toekomt aan de kern van zijn bezwaren tegen 's hofs oordeel:

'Reeds de hiervoor in 3.6 aangestipte feiten in 's hofs motivering maken dat zijn daarop voortbouwende oordelen (...) geen stand kunnen houden. Deze oordelen geven overigens ook als zodanig blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is immers, blijkens het in 3.5 overwogene, onjuist om, zoals het Hof heeft gedaan, ervan uit te gaan dat het oordeel dat de koper is tekortgeschoten in de in de gegeven omstandigheden op hem rustende plicht om te onderzoeken hoe ernstig de scheurvorming in het huis was, of deze een structureel karakter droeg en zo ja wat daarvan de oorzaak was, zonder meer de slotsom wettigt dat op de verkopers terzake geen mededelingsplicht rustte. Het Hof had zich, integendeel, de vraag moeten stellen of de verkopers, die (...) *wisten* dat de scheurvorming in het huis van structurele aard is en wordt veroorzaakt doordien de fundering van het huis te wensen overlaat, alsmede dat de oplossing van het probleem zeer kostbaar is waardoor de waarde van het huis ernstig wordt aangetast, toen zij constateerden dat de koper zo onvoorzichtig was om, hoewel hij scheurvorming en zettingen had gezien en hoewel hem (in de visie van het Hof) ook was "meegedeeld dat er scheurvorming in het huis aanwezig was", geen vragen omtrent scheurvorming te stellen en daarnaar geen verder onderzoek te doen, naar de in het verkeer geldende opvattingen gehouden waren hem van voormelde, hun bekende feiten mededeling te doen. Het antwoord zal afhangen van hetgeen omtrent voormelde, veronderstellenderwijs aangenomen feiten en de andere omstandigheden van het geval zal komen vast te staan en zal derhalve eerst na een nader onderzoek te dier zake kunnen worden gegeven.'

Kennelijk heeft de Hoge Raad vooral moeite met *eenzijdige* oordelen zoals hier bestreden, waarin een onderzoeksplicht van de onvoorzichtige koper wordt aanvaard zonder noemenswaardige aandacht te besteden aan de potentiële mededelingsplicht van de verkoper. Het hof nam op voorhand aan dat Offringa zijn onderzoeksplicht had geschonden en concludeerde reeds dááruit dat op Vinck en Van Rosberg geen mededelingsplicht rustte. De mededelingsplicht

570 Vgl. de conclusie van A-G Langemeijer, sub 2.3, die daarmee wel genoegen neemt.

571 Vgl. Lammers 1998, p. 126, alsmede de conclusie van A-G Spier voor HR 30 juni 2006, LJN AX9395, RvdW 2006, 683, sub 3.17.2.

bleef aldus in feite onbesproken, terwijl de omstandigheden van het geval juist onmiskenbare aanknopingspunten voor het aannemen van een mededelingsplicht bevatten. Vinck en Van Rosberg waren ten tijde van de verkoop op de hoogte van een 'structureel scheurenprobleem', alsook van de hoge kosten die daarmee gemoeid waren. Aldus droegen zij kennis van een uitzonderlijk gebrek van bouwtechnische aard, dat – gelet op de verklaring van de beëdigd taxateur – niet eenvoudig te ontdekken viel. Reeds de *aard van de betrokken informatie* pleitte dus voor het aannemen van een op Vinck en Van Rosberg rustende mededelingsplicht. Gelet op de buitengewone ernst van het scheurenprobleem, dat te wijten was aan een gebrekkige fundering en derhalve tot een kostbare reparatie noopte, gold voor de *aard van de betrokken belangen* hetzelfde. De *aard van de rechtsverhouding*, ten slotte, werd hierdoor gekenmerkt dat Vinck en Van Rosberg hun specifieke kennis ontleenden aan het deskundig advies van een aannemer, terwijl Offringa, als ondeskundige leek, zijn beslissing tot aankoop moest baseren op een 'zeer summier' taxatierapport van de zijde van de verkopers, waarin het scheurenprobleem werd miskend, alsmede op een tweetal bezichtigingen, waarbij mede door toedoen van de verkopers geen representatief beeld van de bouwkundige staat van de woning werd gegeven. Al met al was 's hofs keuze voor een onderzoeksplicht aan de zijde van Offringa, met voorbijgaan aan de mededelingsplicht van Vinck en Van Rosberg, inderdaad al te lichtvaardig.

Wat betekent het voorgaande voor de dogmatische hoofdmoot van het arrest, de aanvaarding van een potentiële *overlap* tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht? Het lijkt aannemelijk dat de keuze van de Hoge Raad voor een dergelijke overlap vooral is ingegeven door de wens om de feitenrechter – in dit geval het Antilliaanse Hof – ervan te weerhouden een onderzoeksplicht van de onvoorzichtige koper te aanvaarden zónder aandacht te besteden aan de potentiële mededelingsplicht van de verkoper.⁵⁷² Dat is uiteraard behartigenswaardig, maar de Hoge Raad kiest voor een dogmatisch paardenmiddel, dat zijn doel – helder gemotiveerde vonnissen – denkkelijk voorbijschiet. De aanvaarding van een potentiële overlap was niet nodig voor vernietiging in de onderhavige zaak. Ook uitgaande van een omslagpunt tussen de wederzijdse informatieplichten leed 's hofs vonnis duidelijk aan een motiveringsgebrek. Eerst ná beoordeling van de potentiële mededelingsplicht van Vinck en Van Rosberg had het hof kunnen concluderen dat de dwaling wegens schending van een onderzoeksplicht voor rekening van Offringa moest blijven. Door zich van begin af aan te concentreren op die onderzoeksplicht, en de mededelingsplicht buiten beschouwing te laten, miskende het hof het complementaire karakter van de beide informatieplichten. De Hoge Raad doet nu hetzelfde, door te kiezen voor *ontkoppeling* van mededelingsplicht en onderzoeksplicht (vgl. par. 3.6.14). Zo beschouwd lijkt de beslissing van de Hoge

572 Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 (L.E. Beheer/Stijnman), sub 3.

Raad, bedoeld om eenzijdige redeneringen te voorkomen, juist potentieel bevorderlijk voor zulke redeneringen. Illustratief is het nu te bespreken arrest Van Dalfsen/Gemeente Kampen uit 2008, waarin het ging om de koper van een monumentaal pand, die concrete aanwijzingen had dat de bovenverdieping daarvan ongeschikt was voor het door hem beoogde gebruik als feestzaal, en die desondanks meende dat de verkoper hem hierop had moeten wijzen, gelet op de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht. Terecht werd die stelling door de Hoge Raad verworpen.⁵⁷³

3.7.8 Vervolg; Van Dalfsen/Gemeente Kampen

Van Dalfsen was exploitant van restaurant De Roggebot te Kampen, waarvoor hij een nieuwe locatie zocht. In het najaar van 2001 is hij in overleg getreden met de Gemeente Kampen over de aankoop van een monumentaal pand, daterend uit circa 1500, dat bij de gemeente in gebruik was als kantoorruimte. Halverwege 2002 heeft Van Dalfsen – vooruitlopend op een eventuele aankoop – bij de gemeente een bouwvergunning aangevraagd voor de beoogde verbouwing van het pand. De bijbehorende bouwtekening vermeldde als opmerking van de door Van Dalfsen ingeschakelde architect: ‘dakconstructie c.q. vloeren controleren op toekomstige belastingen!’. In reactie op de vergunningaanvraag heeft de gemeente laten weten dat deze niet voldeed aan de wettelijke eisen. Meer in het bijzonder heeft zij Van Dalfsen gevraagd om constructieve berekeningen en een ‘kwaliteitsverklaring’ omtrent de verdiepingsvloerconstructie. Ook de Overijsselse welstandscommissie oordeelde – in een brief aan het college van B&W, die aan Van Dalfsen werd doorgezonden – dat de belastbaarheid van de verdiepingsvloer een punt van aandacht was. Eind 2002 heeft Van Dalfsen het pand gekocht. Enkele maanden later rapporteerde zijn aannemer dat de verdiepingsvloerconstructie inderdaad problemen opleverde, meer in het bijzonder omdat de eerste verdiepingsvloer, in de staat waarin deze zich bevond ten tijde van de aankoop, niet sterk genoeg was voor het door Van Dalfsen beoogde gebruik van de bovenverdieping als feestzaal. Tegen deze achtergrond weigerde Van Dalfsen mee te werken aan de eigendomsoverdracht en heeft hij zijn restaurant verplaatst naar Ermelo.

In de onderhavige procedure vorderde de Gemeente Kampen nakoming van de gesloten koopovereenkomst, respectievelijk schadevergoeding wegens wanprestatie.⁵⁷⁴ Ten verweere beriep Van Dalfsen zich op non-conformiteit

573 HR 14 november 2008, L/JN BF0407, NJ 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen).

574 In eerste aanleg werd nakoming gevorderd. In appel koos de gemeente, die het pand intussen met verlies had doorverkocht, voor een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie.

van het verkochte pand wegens schending van een mededelingsplicht.⁵⁷⁵ Meer in het bijzonder betoogde Van Dalftsen dat de gemeente wist van de door hem beoogde bestemming van het pand als restaurant en dat zij hem tegen die achtergrond had moeten informeren over een rapport van de afdeling Bouw- en Woningtoezicht, waarover de gemeente sinds een eerdere renovatie anno 1991 beschikte en waarin een zogenaamde 'sterkteberekening' was opgenomen, die uitwees dat de vloer ongeschikt was voor een restaurantfunctie.⁵⁷⁶ De rechtbank honoreerde dit verweer, maar het hof koos de kant van de gemeente. Volgens het hof bestond onder de gegeven omstandigheden *onzekerheid* over de constructieve geschiktheid van het pand voor de beoogde bestemming, zodat op Van Dalftsen ter zake een 'bijzondere onderzoeksplicht' rustte. Het feit dat de gemeente beschikte over het bewuste rapport met sterkteberekening kon volgens het hof aan deze onderzoeksplicht 'geen afbreuk (...) doen, ook al had de gemeente deze berekening aan Van Dalftsen kenbaar moeten maken'.⁵⁷⁷

In cassatie klaagt Van Dalftsen dat het hof de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht heeft miskend (par. 3.6.16), althans dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom in dit geval een uitzondering op die regel mocht worden gemaakt. De Hoge Raad verenigt zich echter met 's hofs contextgebonden oordeel en verwerpt, in navolging van de conclusie van plaatsvervangend Procureur-Generaal De Vries Lentsch-Kostense,⁵⁷⁸ het cassatieberoep. In r.o. 3.4.2 stelt de Hoge Raad de bedoelde prioriteitsregel voorop, waarvan hij het toepassingsbereik voor de gelegenheid uitbreidt tot het terrein van de non-conformiteit:

'Op zichzelf is juist het aan de klacht ten grondslag liggende uitgangspunt dat in het algemeen aan een koper, ook een onvoorzichtige koper, niet zal kunnen worden tegengeworpen dat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de eigenschappen van het gekochte, wanneer de verkoper dienaangaande naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht had maar heeft nagelaten de koper op de hoogte te stellen van bij de verkoper bekende feitelijke gegevens die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag welke eigenschappen de koper met het oog op de beoogde bestemming van het gekochte mocht verwachten (...).'

Vervolgens zet de Hoge Raad uiteen waarom het hof de prioriteitsregel in casu niet heeft miskend en zijn desbetreffende oordeel ook niet ontoereikend

575 Wettelijk kader was dus art. 7:17 BW. Zie over de samenhang tussen de leerstukken dwaling en niet-nakoming par. 3.10.2 en voorts over informatieplichten ex art. 7:17 BW par. 3.11.8.

576 Hoewel de geplande feestzaal op de bovenverdieping kennelijk de concrete aanleiding was voor het onderhavige geschil (vgl. r.o. 4.2 van 's hofs tussenarrest), werd de conformiteitsdiscussie uiteindelijk breder getrokken, namelijk in termen van de geschiktheid van de vloerconstructie voor een restaurantfunctie als zodanig (vgl. r.o. 4.3 van 's hofs tussenarrest).

577 Zie resp. r.o. 4.6 en 4.4 van 's hofs tussenarrest.

578 Zie haar conclusie, sub 17.

heeft gemotiveerd. De door het hof meegewogen omstandigheden komen er volgens de Hoge Raad op neer (a) dat *zichtbaar* was dat de houten steunbalken van de eerste verdieping sterk doorgebogen waren, (b) dat Van Dalfsen was voorzien van deskundige bijstand in de persoon van zijn architect, die hem bovendien uitdrukkelijk op de belastbaarheidseisen had geattendeerd, (c) dat ook de welstandscommissie had gewaarschuwd voor de onderhavige problematiek en (d) dat de gemeente *zélf* bij Van Dalfsen had aangedrongen op het inleveren van constructieve berekeningen. Tegen deze achtergrond concludeert de Hoge Raad (r.o. 3.4.2):

‘Een en ander komt erop neer dat naar het oordeel van het hof de Gemeente weliswaar de sterkteberekening uit 1991 bij de afdeling Bouw- en Woningtoezicht had moeten opvragen en aan Van Dalfsen had moeten geven, maar dat in het licht van hetgeen de Gemeente overigens aan Van Dalfsen heeft medegedeeld en hetgeen bij Van Dalfsen al bekend was omtrent de beperkte belastbaarheid van de vloer van de eerste verdieping, in het onderhavige geval de Gemeente desondanks zich erop mag beroepen dat Van Dalfsen ook zelf enig verder onderzoek had behoren te doen.’

Evenals in het arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, besproken in de voorgaande paragraaf, construeert de Hoge Raad een *overlap* tussen de wederzijdse informatieplichten.⁵⁷⁹ De gedachte is dat de gemeente Van Dalfsen had moeten attenderen op het bewuste rapport met sterkteberekening,⁵⁸⁰ maar dat Van Dalfsen zich niet op de schending van deze mededelingsplicht kan beroepen, omdat hij ter zake onvoldoende onderzoek heeft gedaan.

De vraag rijst wat de zin is van een dergelijke niet-inroepbare mededelingsplicht. In casu verbond het hof daaraan hoegenaamd geen consequenties, ook niet op het terrein van de eigen schuld (art. 6:101 BW).⁵⁸¹ De gedachte dringt zich op dat de gemeente, ook in de visie van het hof, niet werkelijk was tekortgeschoten in haar informatieverstrekking jegens Van Dalfsen.⁵⁸² In zijn tussenarrest benadrukte het hof dat het hier ging om de koop van een oud pand, dat als kantoor dienst had gedaan en ingrijpend moest worden verbouwd voordat het als restaurant kon fungeren, zodat Van Dalfsen geen reden had aan te nemen dat het pand in onverbouwde toestand reeds voldeed aan de bouwkundige eisen voor het beoogde gebruik (r.o. 4.4). Nu Van Dalfsen door zijn architect uitdrukkelijk was gewezen op de belastbaarheidseisen, was

579 Verschil is dat hier – anders dan normaliter – de *onderzoeksplicht* prevaleert.

580 Overigens had de gemeente in casu onbestreden gesteld dat zij zulks ‘onopzettelijk’ had verzuimd. Zie r.o. 4.4 van ‘s hofs tussenarrest, aan het slot.

581 Vgl. ook par. 3.6.14, waar bleek dat de bedoelde overlap tussen mededelings- en onderzoeksplicht in de literatuur vaak wordt gerechtvaardigd door verwijzing naar het leerstuk van de eigen schuld.

582 Vgl. r.o. 2.9 van ‘s hofs eindarrest, waar het hof overweegt ‘dat het Van Dalfsen en niet de gemeente is geweest die toerekenbaar is tekortgeschoten’.

hij, aldus het hof, 'zich ervan bewust geweest dat hier een probleem lag' (r.o. 4.5). De hieruit voortvloeiende onzekerheid – derhalve de onzekerheid over de vraag hoe ingrijpend en kostbaar de geplande verbouwing zou zijn (dát er moest worden verbouwd stond vast) – was volgens het hof in de koopovereenkomst verdisconteerd, aangezien Van Daltsen tot aankoop was overgegaan na ongeveer een jaar onderhandelen, waarin voor onderzoek 'ruimschoots gelegenheid was geweest' (r.o. 4.6). Zo beschouwd kan 's hofs oordeel dat Van Daltsen zich in casu niet kon beroepen op een door de gemeente geschonden mededelingsplicht evengoed – zo niet beter – worden verwoord door te zeggen dat de gemeente in zoverre jegens Van Daltsen geen mededelingsplicht hād, althans dat zij aan haar initiële mededelingsplicht reeds had voldaan.⁵⁸³ Terecht betoogt Valk dat de vertrouwensbescherming hier een 'subjectieve ondergrens' bereikt:

'Wie niet vertrouwde omdat hij beter wist, wordt niet beschermd. En wie niet vertrouwde maar zijn twijfel in de overeenkomst verdisconteerde, geniet die bescherming evenmin. Dat te formuleren als een geval waarin de onderzoeksplicht van de koper prevaleert boven de mededelingsplicht van de verkoper, is verwarrend, hoe juist de uitkomst in de zaak Van Daltsen/Gemeente Kampen (geen non-conformiteit) op zichzelf ook is.'⁵⁸⁴

Inderdaad verdient het geen aanbeveling de uitkomst van het arrest te interpreteren als een uitzondering op de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht. In casu behoefde de gemeente goed beschouwd helemaal geen *rekening* te houden met een dwaling ter zake van de constructieve geschiktheid van het pand, omdat voor alle betrokkenen – ook zonder kennis van de cijfermatige sterkteberekening uit het rapport – zonneklaar was dat het pand in onverbouwde toestand ongeschikt was voor het beoogde gebruik als restaurant annex feestzaal. In par. 3.6.2 bleek reeds dat in een dergelijke situatie, bij gebreke van kennis omtrent de mogelijkheid van een dwaling, voor het aannemen van een mededelingsplicht geen plaats is. Hof en Hoge Raad bereiken in praktische zin hetzelfde resultaat, door te oordelen dat de onderzoeksplicht hier (bij wege van uitzondering) prevaleerde boven de mededelingsplicht. Mijns inziens verdient de directe route – afwijzing van de mededelingsplicht – omwille van inzichtelijkheid de voorkeur.

583 Vgl. de verwijzing naar 'hetgeen de Gemeente overigens aan Van Daltsen heeft medegedeeld' in de hierboven geciteerde passage uit het arrest van de Hoge Raad (r.o. 3.4.2).

584 Valk 2009a, p. 144.

3.7.9 Vervolg; gevaarlijke of verontreinigende stoffen

Behalve door (bouw)technische gebreken kan de koper van een woning ook in zijn verwachtingen worden teleurgesteld door de aanwezigheid van gevaarlijke of verontreinigende stoffen in de woning of in de bodem daaronder.⁵⁸⁵ Bekend zijn de problemen die worden veroorzaakt door asbest in muren, vloeren en daken, of door de aanwezigheid van ondergrondse olietanks en andere vormen van bodemverontreiniging. De beoordeling van zulke gevallen verschilt niet wezenlijk van de beoordeling van bouwtechnische gebreken zoals bedoeld in par. 3.7.6, met dien verstande dat hier de *veiligheid* van de koper in het geding kan zijn, hetgeen kan pleiten voor een op de verkoper rustende informatieplicht.⁵⁸⁶ De Hoge Raad toont zich in dit verband evenwel terughoudend, zoals blijkt uit het arrest Bloemendaalse tank uit 1996.⁵⁸⁷ De kopers van een vrijstaand huis te Bloemendaal waren, zonder te vragen naar de aanwezigheid van ondergrondse olietanks, akkoord gegaan met een beding in de koopakte op grond waarvan zij het risico droegen van verborgen gebreken. Achteraf werd in de tuin een ernstige vorm van bodemverontreiniging ontdekt, die verband hield met de aanwezigheid van een (niet langer in gebruik zijnde) ondergrondse olietank. Verkopers waren kennelijk wel op de hoogte geweest van de aanwezigheid van die tank, maar niet – zo moest in cassatie worden aangenomen – van de mogelijkheid van daarmee samenhangende bodemverontreiniging. Tegen die achtergrond oordeelde de Hoge Raad dat de verkopers zich met succes op de overeengekomen exoneratie konden beroepen (r.o. 3.3):

‘omdat niet kan worden aangenomen dat ten tijde van het sluiten van de onderhavige koopovereenkomst [medio 1990, *KJOJ*] de maatschappelijke opvattingen meebrachten dat de verkoper van een perceel grond waarop zich een ingegraven huisbrandolietank bevond, ongevraagd, en ongeacht of hij al dan niet bekend was of had behoren te zijn met een mogelijke verontreiniging van bodem en water tengevolge van de aanwezigheid van die tank, van de aanwezigheid van die tank mededeling behoorde te doen met als gevolg dat het bij uitblijven van een zodanige mededeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou worden om een beding als het onderhavige in te roepen’.⁵⁸⁸

In de literatuur wordt aangenomen dat tegenwoordig, gezien de algemene bekendheid van het risico van bodemverontreiniging in verband met de

585 Zie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 90 en 149. Zie voorts bijv. Van Rossum 1991, p. 100 e.v.

586 Zie par. 3.6.3. Vgl. ook Van Rossum 1991, p. 104; Dammingh 2002, p. 215; en voorts par. 4.4.8 e.v. inzake de delictuele aansprakelijkheid voor ‘bijzondere risico’s’.

587 HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 527 m.nt. WMK (Kaars Sijpesteijn c.s./ De Marez Oyens c.s.).

588 Zie nader over de rol van informatieplichten bij de toetsing van exoneraties par. 3.8.8.

aanwezigheid van ondergrondse (olie)tanks, de verkoper die bekend is met zulk een aanwezigheid de koper hierop zal moeten attenderen.⁵⁸⁹ Dat wordt bevestigd door art. 5.4.2 NVM-akte, waarin de verkoper wordt geacht uitdrukkelijk melding te maken van zijn (on)bekendheid met ondergrondse tanks (par. 3.7.4). In zoverre is de geciteerde overweging van de Hoge Raad achterhaald. Relevant blijft mijns inziens de onuitgesproken gedachte die eraan ten grondslag lijkt te liggen. In gevallen als hier bedoeld is het telkens weer verleidelijk om de enkele teleurstelling van de koper, het enkele feit dat sprake is van bodemverontreiniging of asbestvervuiling, aan te grijpen ter onderbouwing van diens bescherming. Illustratief is de stelling van Van Rossum 'dat in beginsel het risico voor de verontreiniging op de verkoper rust omdat naar verkeersopvattingen de verkoper schone grond moet leveren'.⁵⁹⁰ Naar mijn idee voeren zulke stellingen in hun algemeenheid toch te ver. Inderdaad zal het risico ter zake van gevaarlijke of verontreinigende stoffen in de praktijk veelal rusten bij de verkoper, maar – zo leid ik af uit het citaat – daarvoor zullen steeds goede argumenten moeten worden gevonden in de omstandigheden van het geval.

Van de in par. 3.6.3 besproken gezichtspunten is vooral de *aard van de betrokken belangen* hier belangrijk. Vaak zullen de onderhavige gebreken kwalificeren als veiligheidsgebreken, die – op korte termijn of op de lange duur – de gezondheid van de koper in gevaar brengen. Is het gevaar zo ernstig dat zonder saneringsmaatregelen een normaal gebruik van de woning in de zin van art. 7:17 lid 2 BW en 5.3 NVM-akte onmogelijk is, dan ligt mijns inziens het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht voor de hand. Ook de opstellers van de NVM-akte gaan ervan uit dat het risico onder die omstandigheden op de verkoper rust.⁵⁹¹

Dat nochtans de verkoper niet als *regel* een informatieplicht draagt ter zake van verontreinigingen in en om de woning, blijkt uit het arrest Rebel/Resim c.s. uit 2009.⁵⁹² Het ging hier om de verkoop van een met asbest verontreinigd bungalowpark, dat uit de zeventiger jaren dateerde. In de bungalows bleek, afgezien van 'direct zichtbaar asbesthoudend materiaal', ook onzichtbaar asbest aanwezig te zijn, hetgeen koper Resim, een projectontwikkelaar, eerst ná aankoop ontdekte. Volgens het hof leverde de aanwezigheid van zulk onzichtbaar asbest in casu non-conformiteit op, vooral gezien het bezwarende karakter ervan voor Resim (r.o. 5.2). Dat oordeel hield in cassatie geen stand. De Hoge Raad oordeelde dat het hof niet zonder nadere motivering had mogen voorbijgaan aan de stelling van verkoper Rebel dat Resim als professionele koper

589 Zie bijv. Kraan 1997, p. 202; Van Boom & Barendrecht 2000, p. 48; Van Rossum 2001, p. 838-839 (die het jaar 1993 als omslagpunt noemt); en Dammingh 2002, p. 215.

590 Van Rossum 1991, p. 102. Vgl. ook Kraan 1997, p. 201.

591 Zie NVM-akte, toelichting bij art. 5.3 (overigens zonder uitdrukkelijke verwijzing naar de informatieplicht van de verkoper).

592 HR 20 maart 2009, LjN BG8788, RvdW 2009, 448 (Rebel/Resim c.s.), r.o. 4.2.4.

'bij uitstek bekend' mocht worden geacht met het feit dat in oudere bouwprojecten als de onderhavige 'veelvuldig asbesthoudend materiaal werd gebruikt' en dat 'de door Resim geconstateerde aanwezigheid van direct zichtbare asbesthoudende materialen gereede twijfel bij haar had moeten wekken omtrent de afwezigheid van niet direct zichtbare asbesthoudende bouwmaterialen'. Hier weerklinken duidelijk de *aard van de rechtsverhouding* (meer in het bijzonder de over en weer bestaande deskundigheid) en de *aard van de betrokken informatie* (meer in het bijzonder de traceerbaarheid ervan) als relevante gezichtspunten. Kennelijk is de aard van de betrokken belangen, die het hof in casu centraal had gesteld, op dit terrein inderdaad niet zonder meer doorslaggevend.⁵⁹³

3.7.10 Vervolg; immateriële gebreken

In de voorgaande vier (sub)paragrafen ging het vooral om *materiële* gebreken van de verkochte woning. Ook *immateriële* gebreken, zoals een teleurstellend uitzicht of ernstige vormen van geluidsoverlast, kunnen grond opleveren voor een beroep op dwaling. Bij de koop van een woning spelen immers niet alleen de fysieke eigenschappen van het pand een rol, maar ook de (overige) factoren die de woonomgeving en de koopprijs kunnen beïnvloeden.⁵⁹⁴ Is de verkoper bijvoorbeeld bekend met een 'meer dan gebruikelijke of normaal te achten geluidsoverlast' rondom de woning, dan ligt het aannemen van een mededelingsplicht voor de hand.⁵⁹⁵ Anders kan het zijn indien de koper het geluid tijdens bezichtiging van het pand heeft kunnen waarnemen. Alsdan komt er in beginsel op hém een informatieplicht te rusten, in die zin dat hij bij de verkoper (of diens makelaar) informeert naar de aard en ernst van de betreffende geluidsoverlast.⁵⁹⁶ De achterliggende gedachte is dat, indien de koper immateriële gebreken kan waarnemen en er desondanks niet naar informeert alvorens tot aankoop over te gaan, de verkoper niet hoeft te begrijpen dat de afwezigheid van die gebreken voor de koper van beslissend belang is. Hier

593 Vgl. de conclusie van A-G Keus, sub 2.13.

594 Aldus bijv. (ten dele in het kader van non-conformiteit) Rb. Arnhem 18 november 2005, *NJF* 2006, 92, r.o. 4; Hof Amsterdam 8 november 2007, *NJF* 2008, 88, r.o. 3.4.3; en Rb. Amsterdam (vzr.) 25 september 2008, *LJN* BF5087, *Prg.* 2008, 212, r.o. 5.2. Zie ook Dammingh 2002, p. 206; en Huijgen 2008, nr. 9a.

595 Aldus bijv. Rb. Utrecht 23 mei 2007, *NJF* 2007, 333, r.o. 4.4 (betreffende geluidsoverlast in verband met een 'hangjongerenprobleem' op een nabijgelegen speelveldje). Zie in gelijke zin bijv. Hof Amsterdam 8 november 2007, *NJF* 2008, 88, r.o. 3.4.4 (betreffende een 'onaanvaardbare vorm van overlast' in verband met ruziënde burenen); Rb. Amsterdam (vzr.) 25 september 2008, *LJN* BF5087, *Prg.* 2008, 212, r.o. 5.2 (betreffende 'ernstige geluidsoverlast' van studenten uit een naastgelegen studentenhuis); en Rb. Almelo 23 maart 2011, *LJN* BP9005, r.o. 5.6 (betreffende 'geluidsoverlast' en 'een gevoel van onveiligheid' i.v.m. een op 35 meter afstand gevestigde verslaafdenopvang).

596 Zie bijv. Rb. Utrecht 23 mei 2007, *NJF* 2007, 333, r.o. 4.5.

ontbreekt, met andere woorden, de kenbaarheid van het causaal verband (par. 3.6.2).

Van ontbreken van kenbaarheid van het causaal verband kan ook sprake zijn indien de koper anders dan door eigen waarneming, bijvoorbeeld door een waarschuwing van de verkoper, op de hoogte is geraakt van het immateriële gebrek in kwestie. Illustratief is het arrest Swinkels/Best uit 1984, waarin het ging om de koop van een bouwperceel dat naderhand kwam te liggen in de 'geluidstrog' van een nabijgelegen vliegveld, dit tegen de achtergrond van ten tijde van de aankoop reeds bestaande, maar toen nog niet gerealiseerde plannen tot 'baanverdraaiing'.⁵⁹⁷ Volgens het hof lag in een brief van de gemeente, verkoper van het perceel, een 'duidelijke waarschuwing en uitnodiging' aan koper Swinkels besloten om, zo vermeerdering van geluidsoverlast voor hem van wezenlijke betekenis was, zich hieromtrent nader te oriënteren alvorens tot aankoop van het betreffende perceel over te gaan. Gelet op de 'signaalfunctie' van deze brief bestond er volgens het hof voor de gemeente geen aanleiding om ongevraagd nadere mededelingen te doen. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand.

Meer in het algemeen is de kenbaarheid van het causaal verband vaak een belangrijk aandachtspunt bij immateriële gebreken, die immers sterk samenhangen met de persoonlijke voorkeuren van de koper. Illustratief is het in par. 3.6.7 besproken arrest Kelly/Rietvelt,⁵⁹⁸ alwaar de teleurstelling van de koper betrekking had op de vloeroppervlakte van de woning. Volgens de Hoge Raad had het hof zijn oordeel omtrent het ontbreken van kenbaarheid van het causaal verband mede gebaseerd op de overweging dat het zonder nadere mededelingen niet voor de hand lag dat het exacte vloeroppervlak voor koper Kelly essentieel zou zijn en dat Kelly, voordat hij de koopovereenkomst sloot, op generlei wijze aan Rietvelt van het tegendeel had doen blijken. Dat oordeel kon in cassatie de toets der kritiek doorstaan. Kennelijk doet de koper van een woning er verstandig aan om zijn bijzondere verwachtingen met betrekking tot (de afwezigheid van) immateriële gebreken duidelijk aan de verkoper kenbaar te maken (vgl. par. 3.6.2).

3.7.11 Vervolg; juridische gebreken

De teleurstelling van de koper kan, behalve op feitelijke gebreken van materiële of immateriële aard, ook betrekking hebben op *juridische* gebreken, zoals het bestaan van een belastende erfdiensbaarheid of de gelding van een belemmerend bestemmingsplan. Sommige van zulke gebreken, met name die van

⁵⁹⁷ HR 14 september 1984, *NJ* 1985, 85 (Swinkels/Best).

⁵⁹⁸ HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 570 (Kelly/Rietvelt), r.o. 4.3. Zie in gelijke zin ook HR 6 januari 1989, *NJ* 1989, 281 (De Vor/Amro), r.o. 3.2.

privaatrechtelijke origine,⁵⁹⁹ zullen kwalificeren als 'bijzondere lasten en beperkingen' in de zin van art. 7:15 BW. Alsdan geldt daarvoor een wettelijke vrijwaringsplicht van de verkoper, die niet door enige onderzoeksplicht aan de zijde van de koper wordt begrensd (par. 3.11.6).⁶⁰⁰ Buiten het bereik van deze vrijwaringsplicht vallen slechts de lasten en beperkingen die de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard, aldus art. 7:15 lid 1 BW. In een dergelijke aanvaarding voorziet bijvoorbeeld art. 5.2 NVM-akte, waarin partijen verklaren dat de verkoper alle op de woning betrekking hebbende akten aan koper ter hand heeft gesteld en dat de koper na kennisneming hiervan de desbetreffende lasten en beperkingen uitdrukkelijk heeft aanvaard.

Voor het leerstuk der informatieplichten zijn vooral relevant de juridische gebreken die niet onder het bereik van art. 7:15 BW vallen, zoals (bepaalde) gebreken van publiekrechtelijke aard. Een klassiek voorbeeld kan worden gevonden in het arrest Van der Beek/Van Dartel uit 1973, waarin een mededelingsplicht van de verkoper omtrent een van overheidswege aangekondigde woonruimtevoordering betreffende het verkochte pand werd aanvaard.⁶⁰¹ Bijzonder in termen van casuïstiek was voorts het arrest Van Hensbergen/Den Haag uit 1980, omdat hier de *verkoper* de dupe werd van een juridisch gebrek van het verkochte pand. Koper was een gemeente, die in een voorbereidingsbesluit de sloop van het pand had aangekondigd. Toen dat besluit naderhand werd gewijzigd, en de sloop derhalve van de baan was, beriep de verkoper zich op dwaling. Het hof verwierp dat beroep op grond van de overweging dat de verkoper had moeten begrijpen dat het voorbereidingsbesluit voor wijziging vatbaar was. In cassatie volgde vernietiging omdat het hof volgens de Hoge Raad ook aandacht had moeten besteden aan verkopers stelling dat de gemeente hem had moeten *informeren* over haar – beweerdelijk reeds ten tijde van de aankoop bestaande – voornemen om niet tot sloop over te gaan.⁶⁰²

Op het onderhavige terrein bestaat voorts veel rechtspraak over *bestemmingsplannen* die de koper onwelgevallig zijn. In par. 3.6.4 werd het arrest Ernst en Latten/Crombag-Spaai besproken, waarin het ging om de koop van een landelijk gelegen woonhuis waarover de (professionele) verkoper desgevraagd had verklaard dat het 'bij zijn weten' niet in een bestemmingsplan viel. In werkelijkheid was er een weg door de achtertuin gepland. Het beroep van kopers op dwaling werd in alle instanties verworpen onder verwijzing naar hun eigen onderzoeksplicht. In cassatie werd de stelling 'dat "een ter zake

599 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 275. Zie verder par. 3.11.6.

600 Vgl. overigens onder het oude recht HR 2 mei 1980, NJ 1981, 51 m.nt. WMK (Teering/Putman), waarin een onderzoeksplicht van de koper omtrent een erfdiensbaarheid ten behoeve van een (tijdens de bezichtiging waarneembare) waterzuiveringsinstallatie werd aangenomen.

601 HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel), besproken in par. 3.6.16.

602 HR 7 december 1979, NJ 1980, 290 m.nt. GJS (Van Hensbergen/Den Haag).

kundig onroerend goed-handelaar" zich met het oog op de belangen van de koper ervan op de hoogte behoort te stellen of een door hem te koop aangeboden onroerend goed in een bestemmingsplan ligt en dat de koper er, behoudens bijzondere omstandigheden, van mag uitgaan dat de verkoper dat heeft gedaan' uitdrukkelijk door de Hoge Raad verworpen.⁶⁰³ Van een algemene informatieplicht aan de zijde van de verkoper omtrent de inhoud van belemmerende bestemmingsplannen is dus geen sprake.⁶⁰⁴ In zoverre staat ook hier de eigen verantwoordelijkheid van de koper van het onroerend goed voorop.

Het voorgaande wordt bevestigd door het arrest Kleuskens/Janssen uit 1981, met dien verstande dat hieruit tevens blijkt dat de onderzoeksplicht van de koper omtrent de inhoud van het geldende bestemmingsplan niet onbegrensd is. Het ging hier om de aankoop van een perceel grond, waaraan door het toepasselijke bestemmingsplan een 'groenbestemming' was verbonden. De koper verkeerde, op basis van informatie van een drietal gemeenteambtenaren, in de onjuiste veronderstelling dat woningbouw op het perceel was toegestaan. Het hof honoreerde zijn beroep op dwaling, daartoe overwegende dat de goede trouw de koper niet verplichtte 'om zelf ten gemeentehuize het bestemmingsplan met bijbehorende voorschriften te raadplegen'. De Hoge Raad liet dat oordeel, marginaal toetsend, in stand.⁶⁰⁵

Ook overigens is de onderzoeksplicht van de koper omtrent de inhoud van het geldende bestemmingsplan niet absoluut. Illustratief is het arrest Willart/Snijders uit 1987, waarin het ging om de koop van een op gemeentegrond geplaatste 'keet', die naderhand als gevolg van een wijziging van het bestemmingsplan moest worden verwijderd.⁶⁰⁶ Willart, die de keet als woning had gekocht, beriep zich in rechte op dwaling, daartoe stellende dat verkoper Snijders ten tijde van de verkoop op de hoogte was geweest van de op handen zijnde wijziging van het bestemmingsplan en hem daarover had moeten informeren. Het hof ging op deze stelling niet in. Het verwierp Willarts beroep op dwaling met de overweging dat tussen partijen voorafgaand aan het sluiten van de koop was gesproken over een mogelijke ontruiming, zodat het op de weg van Willart had gelegen om zich daarover te oriënteren bij de gemeente. Dat oordeel vond geen genade in de ogen van de Hoge Raad, omdat het hof aldus de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht had miskend (par. 3.6.16).

603 HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 747 m.nt. G (Ernst en Latten/Crombag-Spaai), r.o. 4.2.

604 Zie echter voor een bijzonder geval waarin wel een dergelijke informatieplicht aan de zijde van de verkoper werd aangenomen, mede op grond van diens 'jarenlange ervaring in deze vorm van handel in agrarisch onroerend goed' Rb. Arnhem 12 november 2008, *NJF* 2009, 23, r.o. 4.2.

605 HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 441 m.nt. CJHB (Kleuskens/Janssen). Zie in gelijke zin Rb. Middelburg 14 maart 2007, *LJN* BA3549, *NJF* 2007, 262, r.o. 4.4, betreffende een dwaling omtrent de monumentenstatus van een verkochte woning.

606 HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 345 (Willart/Snijders), r.o. 3.5.

3.7.12 Vervolg; Wegerif/Quicker

Een bijzonder geval van dwaling omtrent een juridisch gebrek was aan de orde in het arrest Wegerif/Quicker uit 2006.⁶⁰⁷ Het ging hier om de mededelingsplicht van de verkoper van een huurpand omtrent een op handen zijnde wijziging van de huurprijs. Quicker verkocht aan Wegerif een beleggingspand, gelegen aan de Haarlemmerstraat 259, 261 en 263 te Leiden, waarin zich een verhuurde winkelruimte en twee verhuurde woningen bevonden. Ten tijde van de verkoop was door de huurders van één van de woningen een procedure tot huurprijsvaststelling ingevolge de Huurprijzenwet woonruimte (HPW) opgestart. Quicker zweeg hierover, door desgevraagd op een door Wegerif verstrekte vragenlijst in te vullen dat er over het verkochte pand geen procedures aanhangig waren. Wegerif, die naderhand werd geconfronteerd met een aanzienlijke verlaging van de huurprijs, vorderde in rechte aanpassing van de overeenkomst wegens dwaling (art. 6:230 BW). Bij de beoordeling van die vordering stelde het hof de eigen verantwoordelijkheid van Wegerif als commerciële koper van een beleggingspand voorop (r.o. 3.2):

‘Een koper als Wegerif die, naar hij stelt, wil beleggen in een verhuurd pand met als doel daaruit over een lange reeks van jaren huurinkomsten te genieten met het oog op zijn pensioenvoorziening, moet er rekening mee houden dat de ten tijde van de koop geldende huren nadien wijziging zullen kunnen ondergaan, hetzij omdat deze hoger zijn dan de ingevolge de Huurprijzenwet woonruimte maximaal toelaatbare huur, hetzij omdat het gehuurde wordt verlaten en niet weer tegen dezelfde huur kan worden verhuurd. (...) Voor zover hij [Wegerif] (...) niet wist dat de feitelijke situatie van nr. 261 en nr. 263 zodanig was dat op verzoek van al dan niet toekomstige huurders een lagere huurprijs zou kunnen worden vastgesteld, is hij tekortgeschoten in de op hem rustende onderzoeksplicht.’

Kennelijk diende Wegerif zelf te onderzoeken of de bestaande huurprijzen boven het wettelijke maximum lagen en of in verband daarmee een procedure tot wijziging kon worden opgestart. Wegerif kreeg desalniettemin (gedeeltelijk) gelijk van het hof, in verband met de omstandigheid dat ten tijde van de onderhavige verkoop een procedure tot wijziging van de huurprijs reeds *aanhangig* was gemaakt (r.o. 3.3):

‘Het voorgaande neemt niet weg dat [Quicker] voorafgaand aan de totstandkoming van de koopovereenkomst aan Wegerif had moeten mededelen dat het in r.o. 3.2 bedoelde risico zich reeds (ten dele) had verwezenlijkt doordat één van de huurders zich tot de huurcommissie had gewend. [Quicker] was hiertoe gehouden omdat het voor de koper van een zich in verhuurde staat bevindend pand van belang is welke huur dat pand opbrengt en een procedure bij de huurcommissie daarop van invloed kan zijn.’

607 HR 8 december 2006, L/JN AY7456, NJ 2006, 658 (Wegerif/Quicker).

In het licht van enerzijds de schending door Quicker van haar mededelingsplicht omtrent de lopende procedure, en anderzijds de schending door Wegerif van zijn onderzoeksplicht omtrent de mogelijkheid tot wijziging van de huurprijs, kwam het hof uiteindelijk tot een *gedeeltelijke* toewijzing van Wegerifs vordering.

In cassatie laat de Hoge Raad dit oordeel in stand. Hij bevestigt allereerst de door het hof vooropgestelde eigen verantwoordelijkheid van Wegerif als commerciële koper van een beleggingspand. In haar algemeenheid is 'onjuist', aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5, de opvatting 'dat de koper van een beleggingspand waarvan verhuurde woonruimten deel uitmaken ervan mag uitgaan dat de voor die woonruimten bedongen huurprijzen niet liggen boven de maximale huurprijsgrens die aan de hand van het toepasselijke waarderingsstelsel kan worden bepaald'. De verkoper van een mede als woonruimte verhuurd beleggingspand hoeft dus niet reeds in beginsel, zonder enig beding dienaangaande, ervoor in te staan 'dat zich geen omstandigheden voordoen die met succes aan een beroep op huurprijsverlaging ten grondslag zouden kunnen worden gelegd'.

Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan de door het hof gemaakte afweging van mededelingsplicht en onderzoeksplicht. Wegerif klaagde hierover in cassatie door te stellen dat, waar Quicker Wegerif had behoren in te lichten over de lopende procedure tot wijziging van de huurprijs, redelijkheid en billijkheid zich in het algemeen verzetten tegen een beroep door Quicker op de bedoelde onderzoeksplicht. De Hoge Raad verwerpt deze klacht, daartoe overwegende dat de beide door het hof aangenomen informatieplichten betrekking hadden op *verschillende* omstandigheden (r.o. 3.8):

'Redelijkheid en billijkheid verzetten zich niet tegen de door het hof aangebrachte splitsing van de omstandigheden waaromtrent Wegerif dwaalde in die ten aanzien waarvan de dwaling voor rekening van Wegerif moet blijven en die ten aanzien waarvan Quicker haar mededelingsplicht heeft geschonden en daarom het beroep van Wegerif op dwaling wel – zij het met minder verstrekkende gevolgen op het punt van het door Wegerif ondervonden nadeel – kunnen dragen.'

Het oordeel van de Hoge Raad staat kennelijk in het teken van de door de heersende leer aanvaarde 'overlap' tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling (par. 3.6.13). Gezien het 'analoge' karakter van art. 6:230 BW – vergelijkbaar met dat van art. 6:101 BW – kon het hof zich vrij voelen om tegelijkertijd een mededelingsplicht van Quicker en een onderzoeksplicht van Wegerif aan te nemen, teneinde het nadeel over beide partijen te verdelen.

Tegen deze genuanceerde uitkomst valt weinig in te brengen. De gehanteerde constructie is daarentegen minder aantrekkelijk (vgl. par. 3.6.14). Hof en Hoge Raad kiezen voor een *ontkoppeling* van mededelingsplicht en onderzoeksplicht, door ervan uit te gaan dat de beide informatieplichten in casu op verschillende typen informatie betrekking hadden. De werkelijkheid was overzichtelijker. Het ging om de vraag welk van beide partijen verantwoorde-

lijk was voor een juridisch gebrek van het verkochte pand, gelegen in een op handen zijnde wijziging van de huurprijs. Dat gebrek vormde het object van zowel de (potentiële) mededelingsplicht van Quicker als de (potentiële) onderzoeksplicht van Wegerif.⁶⁰⁸ Nu Wegerif uitdrukkelijk naar de aanhangigheid van procedures tot wijziging had geïnformeerd, en in zoverre aan zijn onderzoeksplicht ter zake had voldaan, lag het aannemen van een mededelingsplicht van Quicker, die wist van de lopende procedure tot wijziging, zonder meer voor de hand. Niets weerhield het hof ervan om vervolgens een gedeelte van het nadeel op de voet van art. 6:230 BW voor rekening van Wegerif te laten, alleen lag daartoe de verwijzing naar een onderzoeksplicht van Wegerif niet voor de hand. De *a priori* gegeven plicht van Wegerif om de mogelijkheid van huurprijswijzigingen te onderzoeken was immers door de in casu prevalerende mededelingsplicht van Quicker reeds 'overruled'. Aangenomen dat – zoals het hof kennelijk meende – Wegerif erop mocht vertrouwen dat Quicker hem desgevraagd zou inlichten over de aanhangige procedure, behoefde Wegerif logischerwijze niet (langer) zelfstandig onderzoek te doen naar de mogelijkheid van huurprijswijzigingen.

De keuze van het hof om een gedeelte van het nadeel voor rekening van Wegerif te laten had mijns inziens beter kunnen worden onderbouwd door verwijzing naar de algemene notie dat het risico van toekomstige wijzigingen van de huurprijs inherent is aan de koop van een beleggingspand als het onderhavige, zodat dit risico gedeeltelijk voor rekening van de commerciële koper behoort te komen.⁶⁰⁹ De globale bewoordingen waarin het hof de 'onderzoeksplicht' van Wegerif in zijn arrest omschrijft, doen vermoeden dat dit ook daadwerkelijk 's hofs onuitgesproken gedachte is geweest. Met het leerstuk der informatieplichten heeft die gedachte intussen weinig van doen.

3.7.13 Koop kunst en antiek

Van oudsher rijst bij de koop van kunst en antiek de vraag wie verantwoordelijk is indien de artistieke of historische eigenschappen van het gekochte anders blijken dan voorzien.⁶¹⁰ Zowel de koper als de verkoper kunnen op dit vlak worden teleurgesteld. De *koper* zal zich op dwaling beroepen indien de eigenschappen die hij aanwezig veronderstelde ontbreken, zoals bij de koop van een vervalst schilderij. De *verkoper* zal zich op dwaling beroepen indien er

608 *Anders* A-G Huydecoper die, evenals de Hoge Raad, een principieel verschil ontwaart tussen de betrokken informatieplichten. Zie zijn conclusie voor het arrest, sub 23 en 30.

609 Vgl. par. 3.6.14, waar werd betoogd dat bij schending van een mededelingsplicht de causale bijdrage van de dwalende in het kader van art. 6:101 BW logischerwijze nog slechts betrekking kan hebben op andere omstandigheden dan een gebrek aan eigen onderzoek omtrent de informatie die door de wederpartij had moeten worden verstrekt.

610 Zie reeds Cicero, Boek III, par. XXIII (92). Zie verder voor een inventarisatie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 152 en 175.

sprake is van onvermoede artistieke of historische eigenschappen, die hij ten tijde van de contractssluiting niet had onderkend. In beide situaties staat de eigen verantwoordelijkheid van koper en verkoper voorop (vgl. par. 3.1.2), zoals blijkt uit een tweetal arresten van de Hoge Raad uit 1959. In het eerste arrest ging het om de koop van een schilderij dat ten tijde van de contractssluiting werd toegeschreven aan de Hollandse meester Hercules Seghers, welke toeschrijving echter nadien door een deskundige in twijfel werd getrokken.⁶¹¹ De dwalende koper kreeg nul op het rekest, omdat bij gebreke van enige garantie moest worden aangenomen dat de 'zelfstandigheid der zaak' in de zin van art. 1358 lid 1 BW (oud) slechts hierin bestond, dat het schilderij ten tijde van de verkoop door bevoegde kunstkenner aan Hercules Seghers werd toegeschreven, niet dat het daadwerkelijk door hem was vervaardigd. In het tweede arrest trok de verkoper aan het kortste eind, toen deze achteraf ontdekte dat de verkochte 'Kantharos van Stevensweert' een veelvoud van de betaalde prijs waard was.⁶¹² Het bekende arrest wordt in de volgende paragraaf afzonderlijk behandeld.

De nadruk op ieders eigen verantwoordelijkheid, die de jurisprudentie over de koop van kunst en antiek kenmerkt, wordt wel in verband gebracht met het *kanskarakter* van de onderhavige overeenkomsten.⁶¹³ De gedachte is dat onzekerheid omtrent de precieze eigenschappen van het gekochte inherent is aan de koop van kunst en antiek, zodat koper en verkoper moeten worden geacht het daarmee samenhangende risico van teleurstellingen te hebben aanvaard.⁶¹⁴ Toegespitst op het wettelijk kader van art. 6:228 lid 2 BW wordt kennelijk bedoeld dat de aard van de onderhavige 'kansovereenkomsten' meebrengt dat een eventuele dwaling in de regel voor rekening van de dwalende moet blijven. Probleem is dat een duidelijk afgebakende categorie van kansovereenkomsten in ons recht ontbreekt.⁶¹⁵ Een bepaalde mate van onzekerheid lijkt – integendeel – inherent aan vrijwel iedere overeenkomst. Daarbij komt dat het bedoelde kanskarakter niet dwingend tégen de dwalende pleit.⁶¹⁶ In het verzekeringsrecht wordt het bijvoorbeeld aangegrepen ter onderbouwing van een verzwaarde mededelingsplicht aan de zijde van de wederpartij, de verzekeringnemer (par. 3.11.4). Tegen deze achtergrond lijkt

611 HR 3 april 1959, NJ 1959, 179 m.nt. HB (Hercules Seghers).

612 HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert).

613 Zie bijv. Drion 1960, p. 503-504; Cohen Henriquez 1974, p. 8 e.v.; Castermans 1992a, p. 106-107; Van Rossum 1997b, p. 353-355; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 244; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 174-175. Vgl. hierover kritisch Kamphuisen 1961, p. 122.

614 Dat geldt in het bijzonder bij de koop van kunst en antiek op een *veiling*. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 24 november 2009, LJN BK7636, NJF 2010, 75, r.o. 4.8; en Polak 2009, p. 84.

615 Vgl. het desbetreffende (inmiddels vervallen) art. 7A:1811 BW, waarover Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 288. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 87-88, alwaar de betekenis van de kansovereenkomst sterk wordt gerelativeerd.

616 Vgl. Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 5; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 174.

het niet verkieslijk om aan de kwalificatie kansovereenkomst als zodanig beslissende consequenties te verbinden.

Het voorgaande laat onverlet dat het kanskarakter in dit verband kan dienen als *gezichtspunt* ter onderbouwing van het prevaleren van de eigen verantwoordelijkheid van partijen.⁶¹⁷ Kopers en verkopers van kunst en antiek gaan normaliter niet over één nacht ijs.⁶¹⁸ Juist in verband met de wederzijds kenbare kans op teleurstellingen komen de onderhavige overeenkomsten relatief weloverwogen tot stand. Zo bezien brengt reeds de *aard van de rechtsverhouding* mee dat de onzekerheden die inherent zijn aan de koop van kunst en antiek, in beginsel voor rekening van de dwalende behoren te komen. Het bedoelde kanskarakter komt ook tot uitdrukking in de *aard van de betrokken informatie*. De artistieke of historische betekenis van kunstvoorwerpen en antiek is intrinsiek onzeker, want verweven met tijdgebonden inzichten van cultuurhistorische aard. 'Men koopt geen Mondriaan, men koopt een werk dat vandaag aan Mondriaan wordt toegeschreven, maar morgen misschien niet meer', aldus bijvoorbeeld Polak.⁶¹⁹ Partijen die handelen in kunst en antiek mogen worden geacht dit te begrijpen, zodat ook in die zin bescherming van de dwalende hier niet direct voor de hand ligt. De *aard van de betrokken belangen* pleit eveneens voor terughoudendheid. Het gaat hier om de handel in typische luxegoederen, die lucratief maar ook ongunstig kan uitpakken. Aangenomen dat de dwalende in geval van teleurstellingen slechts wordt getroffen in een zuiver vermogensbelang, bestaat er voor bescherming ook in zoverre geen directe aanleiding.

Staat bij de koop van kunst en antiek dus globaal gesproken de zelfredzaamheid van partijen voorop, in concrete gevallen kan de beoordeling uiteraard anders uitpakken. Daarbij zal vooral de *aard van de rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de deskundigheid van de betrokken partijen, van belang zijn.⁶²⁰ In geval van verkoop van een vervalst schilderij door een gerenommeerde kunsthandelaar aan een ondeskundige particulier ligt bijvoorbeeld het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht vaak wel voor de hand.⁶²¹ Dat kan een mededelingsplicht zijn, indien de verkoper van de vervalsing op de hoogte was of – gelet op zijn deskundigheid – geacht mocht worden te zijn (par. 3.6.2), dan wel indien hij tenminste bekend was met

617 Vgl. Van Rossum 1997b, p. 354.

618 Bij de koop van tweedehands auto's (par. 3.7.1 e.v.) en woningen (par. 3.7.4 e.v.) is dat, zoals bekend, nog wel eens anders.

619 Polak 2009, p. 84. Vgl. ook Castermans 1992a, p. 106.

620 Vgl. Castermans 1992a, p. 107; en Van Rossum 1997b, p. 357. Vgl. ook par. 3.7.14, aan het slot.

621 Zie bijv. Kamphuisen 1961, p. 122, alsmede de jurisprudentie, vermeld in *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 152. Vgl. voor het omgekeerde geval (de deskundige koper van een 'ingenieuze reproductie' kon zich jegens de ondeskundige verkoper niet op dwaling beroepen) Rb. Amsterdam 7 maart 1973, *NJ* 1974, 93.

serieuze *twijfels* over de authenticiteit van het schilderij (par. 3.6.4).⁶²² Ook een waarheidsplicht kan zich aandienen, bijvoorbeeld indien de verkoper door een voldoende stellige en specifieke ‘toeschrijving’ bij de koper het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat het schilderij authentiek was (par. 3.6.6).⁶²³ Een onderzoeksplicht kan zich voordoen indien de verkoper niet van de vervalsing op de hoogte was, maar wel gewichtige redenen had om aan de authenticiteit van het schilderij te twijfelen (par. 3.6.9).⁶²⁴ Een en ander zal uiteraard anders liggen, indien de vervalsing ook voor de leek voorzienbaar was, bijvoorbeeld in geval van verkoop van een grote meester voor een kleine prijs. Zowel de *aard van de betrokken informatie* (in het bijzonder de voorspelbaarheid van de vervalsing) als de *aard van de betrokken belangen* (in het bijzonder de geringe omvang van de koopprijs) pleiten dan tégen bescherming van de koper. Hier weerklinkt de terughoudendheid die aan het begin van deze paragraaf werd vooropgesteld. In het nu te bespreken arrest van de Hoge Raad komt die terughoudendheid opnieuw tot uitdrukking.

3.7.14 Vervolg; Kantharos van Stevensweert

Het arrest over de ‘Kantharos van Stevensweert’ uit 1959 kan met recht een klassieker worden genoemd.⁶²⁵ Niet alleen betrof het een bijzonder geval van verkopersdwaling, ook wordt aangenomen dat het arrest één van de vroegste (uitdrukkelijke) verwijzingen naar de precontractuele mededelingsplicht bevat.⁶²⁶ Bovenal dankt het arrest zijn status aan de bijzondere casuïstiek die eraan ten grondslag lag.⁶²⁷ Mevrouw Schoonenberg was door verervingeigenaresse geworden van een zilveren beker, die ooit bij baggerwerkzaamheden in de uiterwaarden van de Maas bij Stevensweert was opgegraven. Zij liet haar broer bij het Nederlands Goud en Zilvermuseum te Utrecht informeren of de beker werkelijk van zilver was gemaakt. Aldus kwam de beker onder ogen van Brom, edelsmid en bestuurslid van het museum, die ‘zich steeds meer voor de beker ging interesseren en deze gaarne in eigendom zou verwerven’. Via een conservator van het museum vroeg hij mevrouw Schoonenberg of zij de beker van de hand wilde doen. Zij ging akkoord met verkoop voor een bedrag van 125 gulden. Nader onderzoek van de zijde van

622 Zie voor laatstbedoelde situatie bijv. Rb. Leeuwarden 2 februari 2011, *LJN* BP3604, r.o. 4.12.

623 Vgl. echter Rb. Zwolle 12 mei 2004, *NJF* 2004, 467, r.o. 3.2, waaruit blijkt dat niet iedere onjuiste mededeling omtrent de veronderstelde maker van het schilderij een beroep art. 6:228 lid 1 sub a BW rechtvaardigt. Aldus ook Polak 2009, p. 84.

624 Men onderscheide de laatstbedoelde situatie van het bovengenoemde geval dat de verkoper daadwerkelijk *bekend* was met in de kunstwereld bestaande twijfels omtrent de authenticiteit. Vgl. par. 3.6.4, aan het slot.

625 HR 19 juni 1959, *NJ* 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert).

626 Zie bijv. Klik 1998a, p. 297. Vgl. ook par. 2.1.2.

627 Zie voor een fraaie beschrijving Nieuwenhuis 2004, p. 66-76.

Brom wees vervolgens uit dat de beker van Grieks-Romeinse oorsprong was en een 'uitzonderlijk hoge artistieke en historische waarde' vertegenwoordigde. Mevrouw Schoonenberg, die hiervan vernam doordat Brom over zijn vondst publiceerde in een vakblad, vorderde in rechte vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling.

Na een toewijzend vonnis van de rechtbank kreeg mevrouw Schoonenberg in appel alsnog ongelijk. In cassatie zag de Hoge Raad zich geplaatst voor de vraag 'of de verkoper, op den enkelen grond dat de zaak een eigenschap blijkt te bezitten waarvan hij ten tijde van den verkoop geen vermoeden kon hebben, vernietiging van de overeenkomst kan vorderen indien aannemelijk is dat hij bij bekendheid met den waren toestand de zaak niet, of niet op dezelfde voorwaarden, zou hebben verkocht'. Die vraag moest volgens de Hoge Raad ontkennend worden beantwoord:

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

Kennelijk staat in dit verband de eigen onderzoeksplicht van de verkoper omtrent eventuele bijzondere artistieke of historische eigenschappen voorop. Als argument ter onderbouwing van deze onderzoeksplicht voert de Hoge Raad aan 'dat de ontdekking van de bijzondere hoedanigheid te danken kan zijn aan den koper, hetgeen in het onderhavige geval wel sterk spreekt'. Men herkent hier het gezichtspunt van de *aard van de betrokken belangen*, en in het bijzonder dat van de gemaakte kosten ter vergaring van de relevante informatie (vgl. par. 3.6.3). Het voorgaande sluit intussen niet uit, zo vervolgt de Hoge Raad, dat 'nevenomstandigheden' tot een beslissing in het voordeel van de verkoper leiden, 'waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan het geval dat de koper den verkoper omtrent de eigenschap der zaak had kunnen inlichten en daartoe, naar de eisen van de goede trouw, gehouden was'. Nu het hof zulke nevenomstandigheden in casu niet had vastgesteld, volgt verwerving van het cassatieberoep.

Uit het arrest spreekt in de eerste plaats terughoudendheid ter zake van de aanvaarding van een beroep op *verkopersdwaling*. Dat is in overeenstemming met de heersende leer, die ervan uitgaat dat op grond van art. 6:228 lid 2 BW een dwaling aan de zijde van de verkoper in de regel voor eigen rekening blijft.⁶²⁸ Castermans beargumenteert dit uitgangspunt – toegespitst op de wederzijdse informatieplichten van partijen – als volgt:

628 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 246; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 243; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 175; Hijma & Olthof 2011, nr. 480 (sub 2b); en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 185.

‘De verkoper die een zaak onder zich heeft, is veelal het beste ertoe in staat de eigenschappen van deze zaak te leren kennen. Dit is een belangrijke factor om een onderzoekspllicht op zijn schouders te leggen en om een uitzondering aan te nemen op de hoofdregel dat de mededelingspllicht van de wederpartij zwaarder weegt dan de onderzoekspllicht van de dwalende.’⁶²⁹

Desalniettemin aanvaardt de Hoge Raad in dit verband uitdrukkelijk – en ten overvloede – de mogelijkheid van een op de koper rustende *mededelingspllicht*, die de vooropstaande onderzoekspllicht kan verdringen. Vanuit een oogpunt van systematiek ligt dat voor de hand. Bedacht zij dat het hier niet gaat om een mededelingspllicht omtrent de *waarde* van de overeengekomen prestatie. Naar verkeersopvatting zijn immers contracterende partijen niet gehouden elkaar te informeren over de vraag of de bedongen prijs marktconform is (par. 3.6.3).⁶³⁰ De door de Hoge Raad bedoelde mededelingspllicht heeft, gelet op zijn voorafgaande overwegingen, betrekking op de bijzondere *eigenschappen* of *hoedanigheden* van de verkochte zaak. Inderdaad zal naar verkeersopvatting de koper van kunst of antiek, indien hij op de hoogte is (of geacht mag worden te zijn) van bepaalde artistieke of historische eigenschappen van het gekochte die aan de zijde van de verkoper onbekend zijn, daarover niet altijd mogen zwijgen.⁶³¹ Toegespitst op de onderhavige zaak behoeft Brom niet aan mevrouw Schoonenberg te melden dat de Kantharos in werkelijkheid een veelvoud van de betaalde prijs waard was, maar had hij mogelijkerwijs – afhankelijk van de bedoelde ‘nevenomstandigheden’ – wel een mededelingspllicht omtrent de Grieks-Romeinse oorsprong van de beker en de uitzonderlijke cultuurhistorische betekenis daarvan.

Hoe reëel was de aanvaarding van een dergelijke mededelingspllicht in casu?⁶³² Brom had in rechte steeds betoogd dat hij ten tijde van de aankoop evenmin als mevrouw Schoonenberg op de hoogte was geweest van de bijzondere eigenschappen van de beker. In zoverre lag het aannemen van een mededelingspllicht omtrent die eigenschappen niet voor de hand (vgl. par. 3.6.2). Dat laat onverlet dat Brom, blijkens zijn bijzondere belangstelling voor de beker, van meet af aan een ‘deskundig voorgevoel’ had omtrent de bijzonderheid daarvan. Dat is niet onbelangrijk, vooral gezien het feit dat Brom met zijn cultuurhistorische vondst werd geconfronteerd doordat mevrouw Schoonenberg hem (althans zijn museum) vroeg om *advies* over de eigenschap-

629 Castermans 1992a, p. 129. Zie in gelijke zin Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 69.

630 Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 183, waaruit blijkt dat – meer in het algemeen – een zuivere waardedwaling doorgaans voor eigen rekening blijft.

631 Vgl. Barendrecht 1992, p. 98, die betoogt dat geen mededelingspllicht bestaat omtrent de waarde van de prestatie, maar wel omtrent ‘informatie die relevant is voor de waardebepaling van de prestatie’.

632 Gemakshalve ga ik hieronder uit van het bestaan van ‘nevenomstandigheden’ die het hof niet met zoveel woorden had vastgesteld, maar die wel in het feitelijke kader van de zaak besloten lijken te liggen.

pen van de beker. Tegen deze achtergrond lijkt verdedigbaar dat Brom, als deskundig adviseur, zijn twijfel omtrent de alledaagsheid van de beker met mevrouw Schoonenberg, als onwetende leek, had moeten delen (vgl. par. 3.6.4). Hier weerklinkt de *aard van de rechtsverhouding* als relevant gezichtspunt. Behalve de door de Hoge Raad gesuggereerde mededelingsplicht kan daaruit ook een *onderzoeksplicht* aan de zijde van Brom worden afgeleid. Aangenomen dat Brom ten tijde van de aankoop inderdaad evenzeer onwetend was als mevrouw Schoonenberg, lijkt verdedigbaar dat de aldus gegeven wederzijdse dwaling naar verkeersopvatting voor rekening van Brom moet komen, omdat hij gezien zijn specifieke deskundigheid en bijzondere positie nader onderzoek had moeten doen naar de kunsthistorische betekenis van de Kantharos.⁶³³ Al met al vervult de aard van de rechtsverhouding in dit verband een niet te onderschatten rol als gezichtspunt ter beoordeling van de wederzijdse informatieplichten.

3.7.15 Borgtocht

Volgens vaste jurisprudentie rust op de professionele kredietverlener die een borgtochtovereenkomst sluit met een particulier (vgl. art. 7:857 BW) een mededelingsplicht omtrent de risico's van de borgstelling.⁶³⁴ Deze regel wordt afgeleid uit het bekende arrest Van Lanschot/Bink uit 1990.⁶³⁵ Het ging hier om mevrouw Bink, die zich anno 1979 tot een bedrag van f 400.000 borg had gesteld voor een lening die haar zoon Bert Bink bij Van Lanschot Bankiers had afgesloten ten behoeve van diens deelname in het bedrijf Adler Staal BV. Ten tijde van het sluiten van de borgtochtovereenkomst gingen zowel mevrouw Bink als Van Lanschot ervan uit dat de toestand van Adler weliswaar zwak was, maar dat het bedrijf met een kapitaalinjectie kans op overleven had. Eind 1980 bleek echter uit het gecorrigeerde financieel verslag van Adler dat de financiële situatie 'zeer slecht' was en een faillissement 'onafwendbaar'. Nog geen drie maanden later werd Adler inderdaad failliet verklaard. In rechte ging het om de vraag of mevrouw Bink de borgtochtovereenkomst kon vernietigen wegens (wederzijdse⁶³⁶) dwaling. Het hof beantwoordde die vraag,

633 Vgl. Castermans 1992a, p. 130, noot 38, die vernietiging wegens wederzijdse dwaling een 'bevredigende oplossing' noemt. Vgl. ook Van Oven 1959, p. 643, die een dergelijke oplossing kennelijk denkbaar acht.

634 Zie voor een inventarisatie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 101 en 160. Zie voorts bijv. Tjittes 1997, p. 382; Smits 1999, p. 41; en Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 403.

635 HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), r.o. 3.4. Zie voor het vervolg HR 19 mei 1995, NJ 1997, 648 m.nt. CJHB (Bink/Van Lanschot), r.o. 3.4, waarin werd geoordeeld dat de bedoelde regel niet zonder meer geldt in de verhouding tussen kredietverlener en hoofdschuldenaar.

636 Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp, sub 5. Zie ook r.o. 3.3 van het arrest.

in navolging van de rechtbank, voorshands bevestigend, maar liet de bank toe tot het bewijs dat zij mevrouw Bink voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst op de bestaande risico's had gewezen. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand, daartoe overwegende (r.o. 3.4):

'Aan 's hofs beslissing om de Bank toe te laten tot het leveren van het bewijs van haar stelling dat zij mevrouw Bink heeft gewezen op de aan het aangaan van de onderhavige borgtocht verbonden risico's en haar met het oog op die risico's heeft afgeraden zich borg te stellen, ligt kennelijk de – juiste – gedachte ten grondslag dat onder omstandigheden als waarop in het onderdeel een beroep wordt gedaan, het gevaar van ondoordachttheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop zodanig is dat het een professionele kredietverlener als de Bank – die in de regel beter in staat zal zijn om het risico dat de borg loopt, te beoordelen dan de particulier die uit hoofde van zijn persoonlijke relatie tot de schuldenaar bereid is borg te staan – alleen dan vrijstaat te betogen dat de dwaling voor rekening van de particuliere borg moet blijven indien hij stelt, en voor zover nodig bewijst dat hij de borg omtrent die risico's heeft voorgelicht.'

Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding* tussen de professionele kredietverlener en de particuliere borg als prominent gezichtspunt voor het aannemen van een mededelingsplicht (par. 3.6.3). Meer in het algemeen, ook buiten het kader van de dwaling, wordt aangenomen dat uit de professionele deskundigheid van financiële dienstverleners een 'bijzondere zorgplicht' jegens particuliere cliënten voortvloeit (par. 4.8.3). Behalve de *aard van de rechtsverhouding* speelt ook de *aard van de betrokken informatie*, en meer in het bijzonder de kenbaarheid van het onderhavige risico, een rol. De Hoge Raad overweegt terecht dat de kredietverlener 'in de regel beter in staat zal zijn om het risico dat de borg loopt, te beoordelen'. De reden daarvan is – afgezien van zijn eerder genoemde deskundigheid – dat de kredietverlener de achterliggende kredietovereenkomst met de hoofdschuldenaar heeft gesloten, waarop het bedoelde risico betrekking heeft. Weliswaar bestaat tussen borg en hoofdschuldenaar vaak, zoals de Hoge Raad signaleert, een 'persoonlijke relatie', maar het ligt voor de hand dat die relatie de risicoperceptie juist vertroebelt, hetgeen temeer reden is voor het aannemen van een mededelingsplicht aan de zijde van de bank, als objectieve derde.⁶³⁷ In dit verband speelt ook de *aard van de betrokken belangen* een rol, welk gezichtspunt de Hoge Raad tot uitdrukking brengt door verwijzing naar 'het gevaar van ondoordachttheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop'. Juist bij particuliere borgtocht lijkt dat gevaar relatief groot, terwijl de geldelijke omvang van het risico in verhouding tot

⁶³⁷ Vgl. Tjittes 1996, p. 57 e.v., die tegen deze achtergrond betoogt dat de bank jegens 'bezuurde verwanten' een 'hoge mate van zorgvuldigheid' in acht dient te nemen om wilsgebreken te voorkomen en die in dit kader pleit voor een op de bank rustende *onderzoeksplicht* omtrent het bestaan van een affectieve relatie tussen borg en hoofdschuldenaar (p. 57).

het privévermogen van de borg hier vaak aanzienlijk zal zijn.⁶³⁸ Al met al bieden de gevallen van particuliere borgtocht inderdaad – gemiddeld genomen – sterke aanknopingspunten voor het aannemen van een mededelingsplicht als hier bedoeld.

In situaties van *professionele* borgtocht ligt dat anders, zoals blijkt uit het arrest Direktbank/Breda uit 1994.⁶³⁹ Het ging in casu om een borgstelling door de Gemeente Breda voor een hypothecaire lening van inwoner Vredevelde. Deze ‘gemeentegarantie’ was op grond van de Woningwet, door tussenkomst van Stichting De Eigen Woning, tot stand gekomen. Bij zijn aanvraag van het betreffende ‘garantiebesluit’ had Vredevelde de gemeente niet ingelicht over een reeds bestaande hypotheeklening op zijn naam, waarvan de bank wel wist. Toen Vredevelde in betalingsproblemen raakte, en de woning met verlies moest worden verkocht, beriep de gemeente zich met succes op vernietiging van de borgtochtvereenkomst wegens dwaling. Volgens het hof had de bank in casu moeten twijfelen aan de betrouwbaarheid van de door Vredevelde verstrekte gegevens, gelet op de inhoud van het garantiebesluit, waarin de bewuste oudere hypotheek niet stond vermeld, terwijl nota bene wel een uitdrukkelijk voorbehoud werd gemaakt omtrent een persoonlijke lening van Vredevelde, waarvan de bank op haar beurt niet wist. Tegen die achtergrond oordeelde het hof dat de bank ‘nader onderzoek had moeten instellen en in dat kader de Gemeente had moeten informeren omtrent haar bevindingen’.⁶⁴⁰ In cassatie overweegt de Hoge Raad dat de aard van de borgtochtvereenkomst meebrengt dat – buiten gevallen van particuliere borgtocht – een dwaling omtrent de financiële positie van de hoofdschuldenaar krachtens art. 6:228 lid 2 BW in beginsel voor rekening van de borg behoort te blijven, tenzij de dwaling ‘is te wijten aan de wederpartij van de borg (...) in die voege dat zij is teweeggebracht door gedragingen van die wederpartij, zoals die bedoeld in art. 6:228 lid 1 onder a en b’ (r.o. 3.5). Nu het hof in casu was uitgegaan van een door de bank geschonden mededelingsplicht,⁶⁴¹ welk oordeel in cassatie niet op materiële gronden was aangevochten (r.o. 3.4), volgt verwerping van het cassatieberoep.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad bij professionele borgtocht, zoals in het arrest Direktbank/Breda, het normale dwalingsregime van art. 6:228 BW toepast. Uitgangspunt is hier dat een dwaling in beginsel voor rekening van de borg komt, tenzij onder de gegeven omstandigheden door de kredietverlener een waarheidsplicht of mededelingsplicht is geschonden. Bij particuliere

638 Vgl. MvT, PG Boek 7 (Inv.), p. 444 (m.b.t. art. 7:857 BW).

639 HR 3 juni 1994, NJ 1997, 287 m.nt. CJHB (Direktbank/Breda).

640 Zie r.o. 4.7.2 van ‘s hofs bestreden arrest.

641 Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp, sub 5, die ‘s hofs oordeel aldus begrijpt, dat op de bank ex art. 6:228 lid 1 sub b BW een ‘onderzoeksplicht en – in het verlengde daarvan – een mededelingsplicht’ rustte. Men kan daarin echter ook een mededelingsplicht omtrent *twijfel* lezen, zoals bedoeld in par. 3.6.4, of een mededelingsplicht omtrent het bij de bank bekende feit van de reeds bestaande hypotheeklening.

borgtocht, zoals in het arrest Van Lanschot/Bink, lijkt de Hoge Raad een andere benadering te kiezen, die meer in het teken staat van bescherming van de particuliere borg.⁶⁴² Volgens Hartkamp en Sieburgh hanteert de Hoge Raad hier, in aanvulling op de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW, een 'algemene waarschuwingsplicht (...) in het kader van de risico-afweging van lid 2'.⁶⁴³ Een vergelijkbare beschermingstendens is bekend uit het Dexia-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat op de aanbieders van effectenlease-producten een waarschuwingsplicht rust jegens particuliere beleggers, die 'verder reikt' dan de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW.⁶⁴⁴ In par. 2.3.2 werd reeds gewezen op de bezwaren van een dergelijk tweesporenbeleid. Toegespitst op de casus van het arrest Van Lanschot/Bink rijst de vraag hoe de bank mevrouw Bink had moeten waarschuwen voor 'de aan het aangaan van de onderhavige borgtocht verbonden risico's' (r.o. 3.4), indien de bank die risico's – zoals in casu moest worden aangenomen – ten tijde van het aangaan van de borgtochtvereenkomst zelf evenmin kende. Het lijkt aannemelijk dat de vereiste informatieverstrekking in een dergelijk geval van wederzijdse dwaling slechts betrekking kan hebben op de risico's die *in het algemeen* aan een borgtocht als de onderhavige zijn verbonden.⁶⁴⁵ Zo beschouwd is echter de toegevoegde waarde van deze waarschuwingsplicht nihil, omdat een dergelijke algemene informatieverstrekking evengoed onder het bereik van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW kan worden gebracht.

Waarschijnlijk bedoelt de Hoge Raad, gelet op de casus van het arrest Van Lanschot/Bink, dat de professionele kredietverlener jegens de particuliere borg is gehouden tot een zeker *onderzoek* naar de (vooralsnog onbekende) risico's van de borgstelling in kwestie. Aldus biedt het arrest een illustratie van de in par. 3.6.9 bepleite toepassing van onderzoeksplichten op het terrein van de wederzijdse dwaling. Van belang is mijns inziens dat de hier bedoelde onderzoeksplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub c BW niet 'klakkeloos' wordt toegepast in alle situaties van particuliere borgstelling.⁶⁴⁶ Dat zou immers betekenen dat de *aard van de rechtsverhouding* als zodanig doorslaggevend wordt voor bescherming van de particuliere borg, ook waar de bank in termen van informatievergaring en -verstrekking goed beschouwd niets te verwijten valt. In zoverre onderschrijf ik de visie van Brunner, die benadrukt

642 Vgl. hierover kritisch de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het arrest Van Lanschot/Bink, sub 1.

643 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 245.

644 Zie HR 5 juni 2009, LjN BH2815, RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.4.5, besproken in par. 4.8.5.

645 Vgl. de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het arrest Van Lanschot/Bink, sub 3; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 170.

646 Vgl. Hartlief 2003a, p. 7, die eveneens bezwaren koestert tegen een dergelijke 'categoriale bescherming' van de particuliere borg. Zie ook par. 4.8.6, voor een vergelijkbaar betoog t.a.v. de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners.

dat het enkele feit dat de particuliere borg het risico van de borgtocht in concreto heeft onderschat, onvoldoende is voor een geslaagd beroep op dwaling.⁶⁴⁷ Voor het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de kredietverlener moeten, met andere woorden, telkens goede argumenten worden gevonden in de concrete omstandigheden van het geval. De in par. 3.6.3 geformuleerde gezichtspunten, zoals hierboven toegespitst op situaties van particuliere borgstelling, vormen hier de leidraad.

3.8 UITLEG, AANVULLING EN BEPERKING

3.8.1 Uitleg

Na een onderzoek van de totstandkoming (par. 3.2 e.v.) en de geldigheid van de overeenkomst (par. 3.5 e.v.) komen thans de *rechtsgevolgen* aan de orde. Het gaat hier primair om de uitleg van het overeengekomene, en in het verlengde daarvan om de aanvulling of beperking uit hoofde van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW).⁶⁴⁸

In par. 3.3.5 bleek reeds dat in geval van 'misverstand' over de betekenis van een contractuele wilsverklaring een *tweezijdige benadering* is geboden, uitgaande van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer. Deze benadering werd ontleend aan de wilsvertrouwensleer van art. 3:33 en 3:35 BW, en meer in het bijzonder aan het arrest Bunde/Erckens uit 1976.⁶⁴⁹ Betoogd werd dat de beoordeling van de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen omtrent de betekenis van een wilsverklaring bij voorkeur als een kwestie van uitleg van het overeengekomene, en niet als een totstandkomingsvraagstuk zou moeten worden beschouwd. Voor de te hanteren maatstaf maakt deze dogmatische keuze intussen geen verschil, nu de Hoge Raad sinds het arrest Ram/Matser uit 1978 in vraagstukken van uitleg dezelfde tweezijdige benadering hanteert.⁶⁵⁰

De geldende maatstaf kreeg definitief zijn beslag in het bekende Haviltex-arrest uit 1981, waarin de Hoge Raad overwoog dat het bij de uitleg van de bepalingen uit een schriftelijk⁶⁵¹ contract niet aankomt op een 'zuiver taalkundige uitleg' van die bepalingen, maar op 'de zin die pp. in de gegeven omstan-

647 Aldus de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het arrest Direktbank/Breda, sub 3. Zie in gelijke zin reeds zijn annotatie bij Van Lanschot/Bink, sub 1 e.v.

648 Zie over aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, en hun verhouding tot het uitlegvraagstuk, par. 3.8.6.

649 HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens), besproken in par. 3.3.6.

650 HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125 m.nt. GJS (Ram/Matser). Zie voorts bijv. Tjittes 2009, p. 7; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 364; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 265.

651 Vgl. HR 4 september 2009, L/JN BI6319, NJ 2009, 397 (Van Regteren/VGK), r.o. 3.4.2, waar de Hoge Raad het toepassingsbereik van de Haviltex-maatstaf uitbreidt tot mondelinge overeenkomsten. Zie in gelijke zin de bijbehorende conclusie van A-G Keus, sub 2.6.

digheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'.⁶⁵² Deze Haviltex-maatstaf is herhaald in het nieuwe standaardarrest DSM/Fox uit 2004, waarin de Hoge Raad benadrukte dat in vraagstukken van uitleg 'van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen'.⁶⁵³ Tevens verduidelijkte de Hoge Raad dat een zuiver taalkundige interpretatie van de bewoordingen van een contract weliswaar nooit doorslaggevend is, maar dat 'de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang' is (r.o. 4.5). De tekst van het contract biedt dus in het algemeen – en meer in het bijzonder bij de uitleg van commerciële contracten, die veelal uitvoerig en zorgvuldig worden geformuleerd⁶⁵⁴ – een logisch vertrekpunt, maar nooit het eindpunt van de redenering.⁶⁵⁵

Het belang van het arrest DSM/Fox is voorts gelegen in de overweging van de Hoge Raad dat, naarmate een overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie van derden te beïnvloeden, een uitleg 'naar objectieve maatstaven' meer voor de hand ligt (r.o. 4.4). De Hoge Raad doelt hiermee op de bekende CAO-norm,⁶⁵⁶ die inhoudt dat bij de uitleg van collectieve arbeidsovereenkomsten en (bepaalde) andere overeenkomsten met derdenwerking 'de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis' zijn (r.o. 4.3). Overigens beschouwt de Hoge Raad de CAO-norm als een logisch uitvloeisel van de contextgebonden Haviltex-maatstaf, nu hij overweegt dat tussen beide 'geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang' bestaat.⁶⁵⁷

652 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).

653 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox), r.o. 4.2. Zie in gelijke zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 364; en Bakker 2011, p. 480. Vgl. echter ook Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 278, die pleit voor een terughoudende toepassing van redelijkheid en billijkheid in het kader van de uitleg (par. 3.8.6).

654 Zie bijv. Schelhaas 2008, p. 159; Tjittes 2009, p. 30; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 371; en Bakker 2011, p. 502. Vgl. ook HR 19 januari 2007, *LJN* AZ3178, *NJ* 2007, 575 m.nt. M.H. Wissink onder 576 (Pont/Meyer), r.o. 3.4.3; en HR 29 juni 2007, *LJN* BA4909, *NJ* 2007, 576 m.nt. M.H. Wissink (Derksen/Homburg), r.o. 4.1.3.

655 Aldus bijv. Tjong Tjin Tai 2008, p. 814; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 267. Vgl. bijv. Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, *LJN* BH1616, *NJF* 2009, 97, r.o. 8, waar o.g.v. de Haviltex-maatstaf de letterlijke afspraak tussen partijen (dat verkopers van een 75 jaar oude woning instonden voor 'de aanwezigheid van ongedierte c.q. schimmels') in zijn tegendeel werd uitgelegd.

656 Zie daarover bijv. Tjittes 2009, p. 15 e.v.; Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 267a; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 372 e.v.

657 Vgl. ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 23 april 2010, *LJN* BL5262, *RvdW* 2010, 579 (Halliburton), sub 3.7, die betoogt dat er 'diverse uitlegstrategieën binnen Haviltex mogelijk zijn'.

Het gaat bij contractsuitleg dus om de vraag welke betekenis partijen onder de geven omstandigheden redelijkerwijs aan het overeengekomene mochten toekennen. Bij deze contextgebonden toetsing is van belang, aldus de Hoge Raad in het Haviltex-arrest, 'tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht'.⁶⁵⁸ Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de hoedanigheid van de contractspartijen,⁶⁵⁹ als gezichtspunt voor uitleg (vgl. par. 3.6.3). Voorts kan worden gewezen op de gezichtspunten uit het arrest Bunde/Erckens, die kort gezegd betrekking hebben op (a) de waarschijnlijkheid van een bepaalde uitleg, (b) de bekendheid van partijen met de technische betekenis van een bepaalde term, (c) de beschikbaarheid van deskundige bijstand aan de zijde van partijen en (d) de verenigbaarheid van een bepaalde uitleg met het door partijen beoogde resultaat.⁶⁶⁰

In het verlengde van de gezichtspunten (b) en (c) wordt vaak de bekende *contra proferentem*-regel gehanteerd, die inhoudt dat een eenzijdig opgesteld beding in geval van onduidelijkheid over de betekenis ervan in beginsel ten nadele van de opsteller wordt uitgelegd.⁶⁶¹ In het arrest Ram/Matser heeft de Hoge Raad deze regel mede in verband gebracht met de *aard van de rechtsverhouding*, door te overwegen dat het 'bij een door een professionele verkoper geredigeerd beding voor de hand ligt onduidelijkheden in beginsel ten gunste van de niet professionele koper uit te leggen'.⁶⁶² Is de wederpartij een consument, dan schrijft art. 6:238 lid 2 BW een dergelijke uitleg (thans) zelfs dwingend voor.⁶⁶³ Buiten het kader van de consumentenovereenkomsten beschouwt de Hoge Raad de *contra proferentem*-regel als 'algemeen gezichtspunt'.⁶⁶⁴ De ratio ervan schuilt niet alleen in de gedachte dat de opsteller van het beding doorgaans over meer (voor de uitleg van het beding relevante) deskundigheid beschikt, maar ook, zoals Meijers signaleert, in het gevaarzet-

658 Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).

659 Vgl. Tjittes 2009, p. 39-48.

660 Zie HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens), besproken in par. 3.3.6.

661 Zie bijv. Hijma 1999, p. 461; Tjittes 2009, p. 40-42; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 268. Zie ook, vanuit rechtsvergelijkend perspectief, art. II-8:103 DCFR, waarover Von Bar & Clive 2009, p. 564-566.

662 HR 1 juli 1978, *NJ* 1978, 125 m.nt. GJS (Ram/Matser). Vgl. voor deze benadering ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 376 (sub e).

663 Blijkens art. 5 van de onderliggende richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten heeft de bepaling een ietwat ruimere strekking dan haar plaatsing in afdeling 6.5.3 BW (over algemene voorwaarden) doet vermoeden. Vgl. Hijma 2010, nr. 13, aan het slot.

664 Zie HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 583 m.nt. MMM (Liszakay II), r.o. 3.3; HR 24 september 1993, *NJ* 1993, 760 (Brackel/UNAT), r.o. 3.8; en HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 m.nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance), r.o. 3.4. Zie ook Hijma 1999, p. 474, die deze benadering toejuicht.

tingsbeginsel, namelijk in de gedachte dat de opsteller ‘als redacteur der overeenkomst het gevaar der dubbelzinnigheid veroorzaakt heeft’.⁶⁶⁵

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat contractsuitleg niet alleen een feitelijke kwestie is (de vaststelling van wat partijen zijn overeengekomen),⁶⁶⁶ maar ten dele ook een normatieve aangelegenheid (de juridische duiding daarvan).⁶⁶⁷ Het dubbele gebruik van de term ‘redelijkerwijs’ in het Haviltex-arrest en de uitdrukkelijke verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid in het arrest DSM/Fox bevestigen dit (par. 3.8.6). Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat bij de uitleg van overeenkomsten ook informatieplichten een rol kunnen spelen.⁶⁶⁸ Hieronder volgt een inventarisatie daarvan.

3.8.2 Onderzoeksplichten bij uitleg

Bij de onderhavige informatieplichten kan men in de eerste plaats denken aan een *onderzoeksplicht* van de wederpartij van degene die zich op een bepaalde uitleg van het contract beroept.⁶⁶⁹ Een dergelijke onderzoeksplicht werd voor het eerst (uitdrukkelijk) door de Hoge Raad aanvaard in het arrest Avery/VRG uit 1991.⁶⁷⁰ Het ging hier om de verkoop van alle aandelen in het bedrijf Avery Etiketten BV, waarbij verkoper VRG had gegarandeerd dat de premiereserves van het VRG-pensioenfonds zouden worden overgeheveld naar het nog op te richten pensioenfonds van koper Avery. Partijen streden over de vraag hoe de overeengekomen ‘actuariële methode’ van berekening moest worden opgevat. Het hof koos voor de door VRG voorgestane uitleg, daartoe overwegende dat Avery, die in het kader van de onderhandelingen werd vertegenwoordigd door twee deskundige topfunctionarissen, ‘tijdens de bespreking niet heeft geïnformeerd naar wat die methode inhield’. Op basis

665 Meijers 1921, p. 154. Zie over de verhouding tussen het deskundigheidsargument en het gevaarzettingsargument de NJ-annotatie van M.M. Mendel bij HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 285 (Trouwborst/Tollenaar & Wegener), sub 1; en Hijma 1999, p. 471-472. Zie nader over het gevaarzettingsbeginsel (in de delictuele sfeer) par. 4.2.2.

666 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 368.

667 Zie bijv. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 270; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 365; en Bakker 2011, p. 479.

668 Zie bijv. Vranken 1989, p. 64 e.v.; Tjittes 1994, p. 140-142; Vranken 1997, p. 18; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 42; Krans 1999, p. 9-10; Smits 1999, p. 13-14; Van Joolingen 2002, p. 211; Van Dunné 2004a, p. 171; Castermans 2008, p. 7; Tjittes 2009, p. 43, 45; Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 267, 278; en Bakker 2011, p. 483. Vgl. ook reeds Kamphuisen 1961, p. 126-127, die betoogt dat ‘ook datgene, wat tijdens de onderhandelingen is gezegd of niet gezegd’ de inhoud van het overeengekomene kan bepalen. Zie voorts vanuit rechtsvergelijkend perspectief Von Bar & Clive 2009, p. 555 (comments bij art. II-8:101 DCFR).

669 Zie bijv. Tjittes 2009, p. 43; en Bakker 2011, p. 483. Zie ook Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 267, die de hier bedoelde onderzoeksplicht met art. 3:11 BW in verband brengt. Vgl. voorts par. 3.2.1, over de onderzoeksplicht ex art. 3:35 BW.

670 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 254 (Avery/VRG).

van een marginale toetsing verenigde de Hoge Raad zich met de hier aangenomen 'plicht tot onderzoek' (r.o. 3.3.).

Globaal gesproken kan een onderzoeksplicht als hier bedoeld worden aangenomen, indien de wederpartij 'rekening had moeten houden met de mogelijkheid van misverstand', aldus A-G Franx anno 1985.⁶⁷¹ Van belang is dus of de wederpartij reden had tot *twijfel* over de betekenis van het beding,⁶⁷² bijvoorbeeld omdat de door haar veronderstelde betekenis onder de gegeven omstandigheden leidde tot een weinig voor de hand liggend resultaat.⁶⁷³ Illustratief is het arrest *Claassen c.s./IKG c.s.* uit 2009, waarin het ging om een zogenaamde cashback-actie van keukenleveranciers.⁶⁷⁴ Deze actie bood aan particuliere keukenkopers de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden de koopsom vijf jaar na aankoop terug te krijgen. Deze terugbetaling zou geschieden door een derde, het Amerikaanse bedrijf AAC. Toen het zover was, bleek dit bedrijf echter niet solvabel. In rechte ging het om de vraag of de kopers de overeenkomst aldus hadden mogen begrijpen, dat zij hun recht op teruggave van de koopsom niet alleen tegen AAC, maar ook tegen de keukenleveranciers zélf konden uitoefenen. Het hof beantwoordde die vraag, mede onder verwijzing naar de bewoordingen van de overeenkomst, ontkenkend. Volgens de Hoge Raad lag in 's hofs oordeel besloten 'dat de gemiddelde oplettende koper zich ervan bewust zal (moeten) zijn dat het in het maatschappelijk verkeer niet gebruikelijk is dat de koopprijs van een keuken na verloop van tijd aan hem wordt terugbetaald'. Het ging hier, met andere woorden, om 'een ongebruikelijk aanbod ten gunste van de kopers', zodat 's hofs oordeel in stand kon blijven (r.o. 3.7). Annotator Vranken verwoordt de gedachtegang aldus, dat 'iedereen met een beetje gezond verstand had moeten beseffen dat het beloofde 'geld terug' misschien wel eens niet waar zou kunnen zijn'.⁶⁷⁵

Een nog wat extremer voorbeeld van zulke gereede twijfel deed zich voor in het arrest *Vodafone/ETC* uit 2007, waarin het ging om ETC, de exploitant van een 'premium rate' betaalnummer, die met behulp van prepaid-telefoniepakketten van Vodafone grote winsten had behaald, door talloze 'korte calls' te genereren naar haar eigen betaalnummer. De Hoge Raad oordeelde dat ETC had moeten begrijpen dat een dergelijk misbruik, dat niet was gericht op communicatie met andere telefoonabonnees maar kennelijk uitsluitend op het

671 Zie zijn conclusie voor HR 13 september 1985, *NJ* 1987, 98 m.nt. CJHB (Albada Jelgersma/Van Geloven). Overigens liet de Hoge Raad zich in casu over deze onderzoeksplicht, waarop in feitelijke instanties geen beroep was gedaan, niet uit.

672 Vgl. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 267, die de ratio van de onderhavige onderzoeksplicht zoekt in 'het *onverwachte*'.

673 Vgl. ook het in par. 3.8.1 onder (d) weergegeven gezichtspunt uit het arrest HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens).

674 HR 10 juli 2009, *LJN* BI3408, *NJ* 2010, 496 m.nt. J.B.M. Vranken (Claassen c.s./IKG c.s.).

675 Zie de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken, sub 7. Overigens toont Vranken zich kritisch over de uitkomst van het arrest (sub 10b) en bepleit hij een *gedeeltelijke* aansprakelijkheid van de keukenleveranciers (sub 11).

behalen van financieel gewin ten koste van Vodafone, contractueel niet toelaatbaar was, hoewel de tekst van de betrokken overeenkomst de handelwijze van ETC niet met zoveel woorden verbood.⁶⁷⁶

Men kan in de twee zojuist besproken arresten een parallel zien met de wilsvertrouwensleer, waar het voorzienbaar nadeel aan de zijde van de verklaarende partij een belangrijk gezichtspunt vormt voor het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de vertrouwende partij (par. 3.2.1), en met het dwalingsleerstuk, waar op vergelijkbare wijze gewicht wordt toegekend aan de aanwezigheid van gerede twijfel (par. 3.6.12). In het arrest NBA/Meerhuysen uit 2007, betreffende de uitleg van een kettingbeding in geval van veilingkoop, kwamen de hier bedoelde gezichtspunten eveneens aan de orde.⁶⁷⁷ De Hoge Raad oordeelde dat een kettingbeding als het onderhavige, dat in de algemene veilingvoorwaarden was opgenomen, in beginsel volgens 'een geobjectiveerde maatstaf' moet worden uitgelegd,⁶⁷⁸ maar dat niettemin onder bijzondere omstandigheden van de veilingkoper kan worden gevergd dat hij zich 'door onderzoek nader op de hoogte stelt van de betekenis die naar de bedoeling van de opstellers ervan aan het beding moet worden toegekend, bij gebreke waarvan hij die bedoeling, ook als die van de bewoordingen van het beding afwijkt, tegen zich moet laten gelden'. Ter nadere uitwerking overwoog de Hoge Raad dat een dergelijke onderzoeksplicht bijvoorbeeld kan worden aangenomen in geval van 'onduidelijkheden in de tekst van het beding en vragen die het beding reeds bij eerste lezing aangaande de achterliggende bedoeling van de opstellers ervan oproept, mede in aanmerking genomen de bezwaardheid van het beding voor de verkrijger van de te veilen zaak' (r.o. 3.5.1). Wat betreft die bezwaardheid was in casu van belang dat het kettingbeding NBA als veilingkoper 'in verregaande mate en zonder tegenprestatie' bond ten opzichte van Meerhuysen als derde-belanghebbende (r.o. 3.5.2), hetgeen voor het hof kennelijk aanleiding was geweest om te oordelen dat NBA, als professionele belegger in onroerend goed, nader onderzoek had moeten doen naar de reikwijdte van dat beding.⁶⁷⁹ Dienovereenkomstig wees de Hoge Raad ook op het belang van 'de kennis, ervaring en deskundigheid van de aspirant-veilingkoper', in welk gezichtspunt men de *aard van de rechtsverhouding* herkent, zoals reeds signaleerd in par. 3.8.1.

676 Althans: dat het hof nader had moeten onderzoeken of ETC dit, mede i.v.m. de aard en strekking van de overeenkomst, had moeten begrijpen. Zie HR 19 oktober 2007, LjN BA7024, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC), r.o. 3.4.

677 HR 2 februari 2007, LjN AZ4410, NJ 2008, 104 m.nt. C.E. du Perron (NBA/Meerhuysen).

678 Vgl. par. 3.8.1, waar bleek dat een dergelijke objectieve maatstaf meer in het algemeen geldt t.a.v. overeenkomsten met derdenwerking.

679 Strikt genomen werd hier dus de onderzoeksplicht van NBA gebaseerd op het door haar zelf te lijden nadeel. Dat nadeel vormde echter de logische keerzijde van het nadeel dat Meerhuysen zou lijden ten gevolge van de door NBA voorgestane, meer terughoudende uitleg van het kettingbeding.

3.8.3 Mededelingsplichten bij uitleg

Afgezien van de zojuist besproken onderzoeksplicht van degene die twijfelt over de betekenis van een contractueel beding, kan er ook sprake zijn van een *mededelingsplicht* aan de zijde van de partij die van die betwijfelde betekenis is uitgegaan.⁶⁸⁰ Het aannemen van een dergelijke mededelingsplicht ligt met name voor de hand in de rechtsverhouding tussen particulieren en professionals, zoals Tjittes signaleert.⁶⁸¹ Men denke bijvoorbeeld aan situaties van professionele dienstverlening, waarin de dienstverlener, vanwege zijn professionele deskundigheid (vgl. par. 4.8.2), veelal beter dan zijn particuliere wederpartij in staat zal zijn de inhoud van de dienstverlening te specificeren. Zo werd in het arrest R./Moonen uit 2010 geoordeeld dat een advocaat aan zijn cliënt had moeten mededelen dat hij, zoals hij later in rechte aanvoerde, in zijn opdracht tot incasso van een factuur geen beslaglegging in het buitenland begrepen achtte. De Hoge Raad onderschreef de hier aangenomen mededelingsplicht omtrent de omvang van de opdracht, onder verwijzing naar de voor advocaten geldende gedragsregels.⁶⁸²

Een vergelijkbare mededelingsplicht omtrent de beoogde betekenis van een voor misverstand vatbaar beding dient zich bijvoorbeeld aan indien het beding door een professionele partij is opgesteld in technisch jargon, zodat het in de rechtsverhouding met een ondeskundige wederpartij voorzienbare onduidelijkheid oproept. Illustratief is het arrest Bunde/Erckens, waarin het ging om de uitleg van de term 'belastingshade', die de Gemeente Bunde had gebruikt in een technisch-juridische betekenis, ontleend aan het onteigeningsrecht, welke betekenis voor het echtpaar Erckens nadelige gevolgen had, die zij kennelijk niet hadden onderkend. Het hof koos voor een uitleg ten nadele van de gemeente, daartoe overwegende dat het hier 'niet een niet voor misverstand vatbare uitdrukking' betrof en dat de gemeente aan Erckens niet 'duidelijk heeft gemaakt' wat zij onder belastingshade verstond.⁶⁸³ In par. 3.3.6 werd reeds betoogd dat dit oordeel, wat er zij van de verdere constructie ervan,⁶⁸⁴ steun verdient.

Het voorgaande betekent niet dat een professionele partij die een voor misverstand vatbaar contractueel beding opstelt, altijd is gehouden tot een mededeling omtrent de beoogde betekenis daarvan, zoals Van Dunné sugge-

680 Vgl. de in par. 3.2.2 besproken mededelingsplichten ex art. 3:35 BW.

681 Tjittes 2009, p. 45.

682 HR 8 januari 2010, *LJN* BK0163, *NJ* 2010, 43 (R./Moonen), r.o. 3.5.2-3.5.3. Zie ook r.o. 4.9 van 's hofs bestreden arrest.

683 Zie r.o. 11 sub c van 's hofs bestreden arrest, zoals kenbaar uit HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens).

684 In cassatie volgde vernietiging, kort gezegd omdat het hof het perspectief eenzijdig bij de gemeente had gelegd (par. 3.3.6).

reert.⁶⁸⁵ Goed beschouwd is immers vrijwel ieder contractueel beding voor meer dan één uitleg vatbaar. Zou de professionele opsteller hier telkens tot opheldering verplicht zijn, dan zou het handelsverkeer ernstig worden belemmerd. In par. 3.8.1 bleek reeds dat een categorische toepassing van de *contra proferentem*-regel – behalve op het terrein van de consumentenovereenkomsten (art. 6:238 lid 2 BW) – niet wordt aanvaard. Dienovereenkomstig moet worden aangenomen dat de wederpartij van de professionele opsteller ook een eigen verantwoordelijkheid heeft om de betekenis van onduidelijke bedingen te achterhalen, met name indien die wederpartij zelf óók kwalificeert als professionele en/of deskundige partij.⁶⁸⁶

Illustratief is het arrest Trouwborst/Tollenaar & Wegener uit 1994.⁶⁸⁷ Het ging hier om de uitleg van een verzekeringspolis voor een bedrijfsschadeverzekering, waarin was bepaald dat eiseres tot cassatie, een caféhoudster, ‘eenmaal per 3 jaar’ haar elektrische installatie moest laten controleren door een elektrotechnisch bureau. Ongeveer anderhalf jaar nadat deze clausule van toepassing was geworden, brak in het café van eiseres brand uit, terwijl zij op dat moment de elektrische installatie nog niet had laten controleren. De verzekeraar weigerde op die grond uitkering. In rechte voerde eiseres aan dat zij de clausule aldus had begrepen, dat zij pas na verloop van drie jaren tot een eerste controle gehouden zou zijn. Hof en Hoge Raad gingen daar niet in mee. Volgens het hof mocht eiseres aan de clausule ‘redelijkerwijs geen andere zin toekennen, dan dat zij – op straffe van verval van het recht op uitkering – zich vanaf het tijdstip dat deze clausule gold, ook naar die garantie diende te gedragen’ (r.o. 4.6). De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. De stelling van het cassatiemiddel, ‘dat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de verzekeraar bij het toepasselijk verklaren van een voor de verzekerde bezwarende garantieclausule op niet voor misverstand vatbare wijze aan de verzekerde of diens tussenpersoon de door de verzekeraar aan die clausule toegekende betekenis duidelijk behoort te maken’, kon volgens de Hoge Raad ‘in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard’. ‘In hoeverre een verzekeraar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden is tot het doen van mededelingen omtrent de door hem aan een voor de verzekerde bezwarende bepaling van de verzekeringsovereenkomst toegekende betekenis, hangt af van de omstandigheden van het geval’, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5.⁶⁸⁸ Annotator Mendel zoekt de ratio van het arrest

685 Zie Van Dunné 2004a, p. 177 (sub f). Overigens erkent Van Dunné verderop alsnog dat deze mededelingsplicht ‘mede afhankelijk’ is van andere omstandigheden, zoals de deskundigheid van de wederpartij.

686 Aldus bijv. Van Joolingen 2002, p. 211; en Tjittes 2009, p. 45.

687 HR 9 september 1994, NJ 1995, 285 m.nt. MMM (Trouwborst/Tollenaar & Wegener).

688 Aldus ook de conclusie van A-G Strikwerda, sub 18.

– conform het bovenstaande – in de professionele status van de verzekerde als caféhoudster.⁶⁸⁹

3.8.4 Basisvereisten en gezichtspunten

Uit de voorgaande inventarisatie van jurisprudentie kan worden afgeleid dat het aannemen van informatieplichten omtrent de uitleg van een voor misverstand vatbaar contractueel beding afhankelijk is van een weging van dezelfde gezichtspunten, die ook in het dwalingsleerstuk een rol spelen (par. 3.6.3). Vooral de *aard van de rechtsverhouding* is op dit terrein van zwaarwegende betekenis. Het gaat hier niet alleen om de deskundigheid en professionele status van partijen, maar ook om de vraag welk van de betrokken partijen het beding in kwestie heeft opgesteld. Als vuistregel kan worden aanvaard dat onduidelijkheden in een eenzijdig opgesteld beding in beginsel voor risico van de opsteller komen (par. 3.8.1). Deze vuistregel wint aan gewicht naarmate de opsteller in termen van professionele status en deskundigheid meer boven zijn wederpartij uitstijgt.⁶⁹⁰ Kwalificeert de wederpartij van de opsteller als consument, dan geldt de vuistregel zelfs onverkort uit kracht van art. 6:238 lid 2 BW. De *aard van de betrokken informatie* kan eveneens een rol spelen, bijvoorbeeld indien het beding is gehanteerd in een specifieke technische betekenis, die voorzienbare onduidelijkheid oproept in de rechtsverhouding met een niet nader geïnformeerde wederpartij. De *aard van de betrokken belangen*, ten slotte, ziet in het bijzonder op het door de wederpartij als gevolg van een bepaalde uitleg te lijden nadeel. Als vuistregel kan worden aanvaard dat het aannemen van een mededelingsplicht omtrent de beoogde betekenis van een contractueel beding eerder voor de hand ligt, naarmate het beding in de desbetreffende betekenis voor de wederpartij nadeliger uitpakt. Op het terrein van de wilsvertrouwensleer wordt op vergelijkbare wijze gewicht toegekend aan het door de wederpartij te lijden nadeel (par. 3.2.1).

Voor het aannemen van een mededelingsplicht omtrent de beoogde betekenis van een contractueel beding is intussen een weging van de zojuist bedoelde gezichtspunten niet zonder meer doorslaggevend. In dit verband moet namelijk ook aan de in par. 3.6.2 besproken *basisvereisten* voor de gelding van een precontractuele mededelingsplicht zijn voldaan. Van belang is met name dat de partij aan wie wordt verweten dat zij de wederpartij niet heeft geïnformeerd over de door haar beoogde betekenis van het beding in kwestie, wist of geacht mocht worden te weten dat daarover een misverstand kon bestaan aan de zijde van de wederpartij én dat het betreffende misverstand de besluitvorming

689 Zie de NJ-annotatie van M.M. Mendel, sub 1, die uit het arrest concludeert dat t.a.v. een professionele verzekerde sneller zal worden geoordeeld 'dat hij van het nalaten opheldering te vragen het risico draagt'.

690 Aldus ook Hijma 1999, p. 466.

van de wederpartij in relevante mate kon beïnvloeden. Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken arrest Hoog Catharijne uit 1995.⁶⁹¹ Bijzonderheid van dit arrest was overigens dat het hier ging om de uitleg van een als contractuele garantie vormgegeven informatieplicht. Derhalve stonden hier niet zozeer de zojuist geïnventariseerde, ongeschreven informatieplichten uit hoofde van uitleg centraal, als wel de uitleg van een in het contract zélf vervatte informatieplicht.⁶⁹² Het praktische belang van het arrest is vooral gelegen in zijn betekenis voor het zogenaamde *due diligence* onderzoek bij bedrijfsovernames.

3.8.5 Vervolg; Hoog Catharijne

Eiseressen tot cassatie, het pensioenfonds ABP c.s., hebben voor een bedrag van 425 miljoen gulden het Utrechtse winkelcentrum Hoog Catharijne overgenomen van exploitant Hoog Catharijne BV, de vennootschap van verweerders in cassatie, FGH en Breevast. De gemeente Utrecht verleende haar goedkeuring aan deze overname, op voorwaarde dat alle rechten en verplichtingen van Hoog Catharijne BV jegens de gemeente zouden overgaan op ABP c.s. Het ging met name om de verplichtingen uit hoofde van een geldlening à 25 miljoen gulden, die de gemeente aan Hoog Catharijne BV had verstrekt. In de zogenaamde akte van inbreng, waarmee eind 1982 de overname van het winkelcentrum werd bezegeld, hebben FGH en Breevast enkele garanties vastgelegd, onder meer met betrekking tot de juistheid van de balansgegevens. Meer in het bijzonder werd toegezegd dat 'Hoog Catharijne alle informatie heeft verstrekt die van belang was (...) terzake van de beoordeling van de waarde van de ingebrachte onderneming'. Na de overname bleek dat Hoog Catharijne BV, afgezien van de bovengenoemde 'grote' geldlening van 25 miljoen gulden, ook een tweetal 'kleine' geldleningen van respectievelijk 5 en 2,6 miljoen gulden bij de gemeente had uitstaan. Deze leningen, die betrekking hadden op canonverplichtingen, stonden niet op de overnamebalans vermeld.⁶⁹³ ABP c.s., die inmiddels jegens de gemeente tot nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de kleine leningen waren veroordeeld, hebben in de onderhavige vrijwaringsprocedure FGH en Breevast (ieder voor de helft) aansprakelijk gesteld voor het verschuldigde bedrag. Ter onderbouwing voerden ABP c.s. aan dat FGH en Breevast op grond van de door hen verstrekte garantie melding

⁶⁹¹ HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (Hoog Catharijne).

⁶⁹² Het verschil is dat de eerstbedoelde (ongeschreven) informatieplichten 'Obliegenheiten' zijn, terwijl de laatstbedoelde (geschreven) informatieplicht een contractuele verbintenis behelst (vgl. par. 2.4.1). In casu was de litigieuze garantieverbintenis echter zodanig 'open' omschreven, dat het bedoelde verschil nauwelijks een rol speelde.

⁶⁹³ De leningen zouden t.z.t. bij de vaststelling van de definitieve erfpachtcanon worden verrekend en derhalve niet op de overnamebalans worden vermeld. Zie r.o. 4.3.1 van 's hofs bestreden arrest, waarmee de Hoge Raad zich in r.o. 3.4 verenigt.

hadden moeten maken van de bewuste leningen. In rechte stond dus de uitleg van die garantie centraal.

De rechtbank koos de kant van ABP c.s. Daartoe stelde zij voorop 'dat de informatieplicht van de verkoper in beginsel zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht van de koper' en dat dit slechts anders is, 'wanneer de koper reden had te twijfelen aan de juistheid en volledigheid van de door de [ver]koper aangebrachte informatie'. In casu hadden ABP c.s. een werkgroep van deskundigen aangesteld, die een uitvoerig onderzoek hadden uitgevoerd. De daarbij gebruikte stukken waren gebundeld in het zogenaamde 'groene boek', dat ter verificatie naar FGH en Breevast was gezonden. Hoewel de bewuste kleine leningen niet in dit groene boek stonden vermeld, hadden FGH en Breevast hierover geen mededeling gedaan. Tegen deze achtergrond achtte de rechtbank de vordering van ABP c.s. toewijsbaar.

Het hof legde de nadruk op de eigen onderzoeksplicht van ABP c.s. en wees de vordering af. Daartoe stelde het hof voorop dat het hier een transactie betrof van 'zeer grote geldelijke omvang' en 'een bijzonder gecompliceerd karakter'. Voorts achtte het hof van belang dat tegenover de deskundigenwerkgroep van ABP c.s., bestaande uit een register-accountant, een advocaat en een belastingadviseur, 'niet een gelijksoortige groep als gesprekspartner' stond aan de zijde van Hoog Catharijne BV (r.o. 4.5). Tegen deze achtergrond oordeelde het hof dat, indien ABP c.s. het verloop van de toekomstige canonverplichtingen (en de daarmee verband houdende kleine leningen) hadden willen kennen, zij een daaraan gewijd rapport van de gemeente, dat ABP c.s. geacht mochten worden te kennen,⁶⁹⁴ zelfstandig hadden moeten raadplegen, althans Hoog Catharijne BV daarnaar hadden moeten vragen (r.o. 4.7.1). Van bewuste verzwijging van de kleine leningen door Hoog Catharijne BV was volgens het hof geen sprake, nu zij wist noch behoorde te weten 'welk gewicht ABP c.s. hechtte aan meer gedetailleerde kennis van de toekomstige canonverplichtingen', terwijl ook niet duidelijk was 'op welke wijze ABP c.s. zijnerzijds tot de waardebepaling van het onroerend goed is gekomen' (r.o. 4.8.1). Om dezelfde reden behoeften FGH en Breevast ook geen actie te ondernemen, toen bleek dat de bewuste kleine leningen niet in het groene boek stonden vermeld (r.o. 4.9). Kennelijk mochten zij er, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, van uitgaan dat ABP c.s. aan het bestaan van deze leningen, die nog geen 2 procent van de totale koopsom beliepen, geen doorslaggevend gewicht hechtten. De kern van 's hofs gedachtegang komt erop neer, aldus r.o. 4.9.1:

⁶⁹⁴ Het bedoelde rapport was opgesteld n.a.v. een voordracht aan de Utrechtse gemeenteraad betreffende het erfpachtsysteem. Deze voordracht, die was opgenomen in het groene boek van ABP c.s., verwees naar een eerdere raadsvoordracht, waarin uitvoerig melding werd gemaakt van de bewuste kleine leningen. Zie r.o. 4.6.1 van 's hofs bestreden arrest en voorts r.o. 3.5.2 van het arrest van de Hoge Raad.

‘dat, gezien de rechtsverhouding waarin partijen in de loop van de onderhandelingen jegens elkaar zijn komen te staan, het eerder op de weg van ABP c.s. lag zich nader te oriënteren omtrent en te verdiepen in de toekomstige canonverplichtingen dan dat het op de weg van HC BV als verkoper lag te onderzoeken of het ABP c.s. dienaangaande wel volledig was geïnformeerd en, na onderzoek, nadere informatie aan het ABP c.s. te verschaffen. Daarbij neemt het Hof in het bijzonder in aanmerking dat het hier ging om een transactie van uitzonderlijk grote omvang met velerlei aspecten en complicaties en dat het ABP c.s. zich liet bijstaan door een werkgroep van hoogwaardige deskundigen die het Groene Boek had samengesteld, waarvan HC BV mocht aannemen dat de deskundigen de inhoud nauwkeurig hadden bestudeerd.’⁶⁹⁵

De Hoge Raad verenigt zich, in navolging van A-G Hartkamp,⁶⁹⁶ met dit contextgebonden oordeel. Volgens de Hoge Raad komt aan het begrip ‘instaan voor’, zoals gebezigd in contractuele garanties als de onderhavige, ‘niet steeds eenzelfde, door ‘vast juridisch spraakgebruik’ bepaalde betekenis toe in die zin dat degeen die instaat, daarmee in beginsel aansprakelijkheid aanvaardt voor (de schadelijke gevolgen van) het uitblijven van gebeurtenissen, handelingen of feiten, voor het intreden of uitblijven waarvan hij instaat’. Het komt bij de uitleg van een dergelijke garantie aan op ‘de zin die partijen bij de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip en de bepaling waarin het is gehanteerd, mochten toekennen, en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’ (r.o. 3.5.2), aldus de Hoge Raad onder verwijzing naar de in par. 3.8.1 besproken Haviltex-maatstaf. In casu berustte ‘s hofs beperkende uitleg van de garantie, zo constateert de Hoge Raad, met name op (i) de deskundigheid aan de zijde van ABP c.s., (ii) de omstandigheid dat FGH en Breevast niet wisten dat ABP c.s. de kleine leningen over het hoofd hadden gezien en (iii) de omstandigheid dat zij evenmin wisten welk belang ABP c.s. hechtten aan een meer gedetailleerde kennis van de toekomstige canonverplichtingen. Aldus beschouwd gaf ‘s hofs oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 3.5.2).

De laatste twee door de Hoge Raad onderscheiden elementen wijzen erop, dat in casu niet was voldaan aan de *basisvereisten* voor het aannemen van een mededelingsplicht aan de zijde van FGH en Breevast (par. 3.6.2), te weten kennis omtrent de mogelijkheid van een misverstand (element ii) en kennis omtrent het belang daarvan (element iii).⁶⁹⁷ In het eerste element dat door de Hoge Raad wordt genoemd, herkent men de *aard van de rechtsverhouding* als gezichtspunt voor het afwijzen van een mededelingsplicht als de onderhavi-

⁶⁹⁵ Zie in gelijke zin ook r.o. 4.11 van ‘s hofs bestreden arrest.

⁶⁹⁶ Zie zijn conclusie, sub 9.

⁶⁹⁷ De hier bedoelde vereisten werden in par. 3.6.2 (toegesplitst op het dwalingskader) omschreven als kennis omtrent de mogelijkheid van een dwaling en kennis omtrent het causaal verband.

ge.⁶⁹⁸ De crux van het arrest lijkt dat het in casu ging om een grootschalige bedrijfsovername door een deskundige en kapitaalkrachtige partij. In het ondernemingsrecht is algemeen aanvaard dat een dergelijke bedrijfsovername gepaard moet gaan met een zorgvuldig *due diligence* onderzoek. Brink leidt, in zijn dissertatie over dit thema, uit het arrest af 'dat goed kijken en doorvragen absoluut vereist is wanneer er een *due diligence* onderzoek wordt uitgevoerd'.⁶⁹⁹ De simpele gedachte van de rechtbank, dat de informatieplicht van de verkoper prevaleert boven die van de koper, moge wellicht (als uitgangspunt) passend zijn in geval van kleinschalige en overzichtelijke bedrijfsovernames, zoals aan de orde in het klassieke arrest Baris/Riezenkamp,⁷⁰⁰ in geval van een gecompliceerde bedrijfsovername als de onderhavige, waar de kopende partij zelf deskundigen inschakelt, die toegang krijgen tot de boeken van de onderneming om alle *ins en outs* van de overname te onderzoeken, zal de verkopende partij denkkelijk slechts onder bijzondere omstandigheden mededeling behoeven te doen van kwesties die buiten het betreffende *due diligence* onderzoek zijn gehouden. Bij gebrek aan aanwijzingen voor het tegendeel is immers niet duidelijk dat zulke kwesties voor de besluitvorming van de koper van beslissend belang zijn. Met andere woorden: de complexiteit van de contractuele materie brengt hier mee dat de koper zijn bijzondere wensen of verwachtingen omtrent de bedrijfsovername in beginsel zélf kenbaar zal moeten maken, door hierover bij de verkoper navraag te doen (vgl. par. 3.6.2).

3.8.6 Aanvulling en beperking

Volgens art. 6:248 lid 1 BW heeft een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke voortvloeien uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid. Lid 2 bepaalt dat een ingevolge de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Aangenomen dat reeds de *uitleg* van het overeengekomene naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te geschieden (par. 3.8.1), rijst de vraag wat hier de toegevoegde waarde is van redelijkheid en billijkheid in hun aanvullende en beperkende vorm. Verschillende auteurs, zoals Van Dunné en Schoordijk, hebben zich op het standpunt gesteld dat deze toegevoegde waarde nihil is.⁷⁰¹ Uitleg, aanvulling en beperking vormen in hun visie een integraal proces, dat neerkomt op het vaststellen van

698 Strikt genomen zou dat gezichtspunt hier m.i. buiten beschouwing kunnen blijven, nu de mededelingsplicht reeds afstuitte op de bedoelde basisvereisten. Vgl. par. 3.8.4.

699 Brink 2009, p. 143. Zie nader p. 257 e.v. over de juridische aspecten van *due diligence*.

700 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

701 Zie bijv. Van Dunné 1971, p. 9, 206 e.v.; en Schoordijk 1979, p. 23 e.v.

de rechtsgevolgen van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De heersende leer verzet zich tegen deze ‘normatieve uitleg’⁷⁰² en stelt, conform het wettelijk systeem,⁷⁰³ de door partijen bereikte wilsovereenstemming voorop, om daarvan uitgaande te beoordelen of redelijkheid en billijkheid nopen tot een aanvulling of beperking.⁷⁰⁴ Doel van deze stapsgewijze benadering is te komen tot een inzichtelijke motivering.⁷⁰⁵ Snijders stelt treffend dat er gevallen zijn, waarin ‘alles onder uitleg brengen contraproductief wordt’.⁷⁰⁶ Een interpretatie die ‘de gehele te interpreteren rechtsverhouding tenietdoet’, wordt in zijn visie ‘snel een gekunstelde figuur’.⁷⁰⁷

Gelet op het voorgaande verdient mijns inziens het door de heersende leer gemaakte onderscheid tussen uitleg, aanvulling en beperking inderdaad navolging. Dat geldt temeer, omdat de *werking* van redelijkheid en billijkheid in de drie respectieve stadia van de vaststelling van de rechtsgevolgen van de overeenkomst verschilt.⁷⁰⁸ Zo is voor het buiten toepassing laten van een contractuele afspraak op grond van art. 6:248 lid 2 BW niet voldoende, dat de rechter zulks onder de gegeven omstandigheden ‘redelijk en billijk’ acht. Vereist is volgens het artikel, dat toepassing van de contractuele afspraak onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. De rechter dient zich hier dus (veel) terughoudender op te stellen dan bij het aanvullen van contractuele leemtes op grond van art. 6:248 lid 1 BW.⁷⁰⁹ De beperkende werking mag, in de woorden van Valk, niet leiden tot ‘denaturering’ van de gesloten overeenkomst,⁷¹⁰ omdat de partijafpraak het ‘hart’ van de contractuele rechtsverhouding is.⁷¹¹ Dienovereenkomstig

702 Deze term, gemunt door Van Dunné 1971, is overigens minder gelukkig, omdat (zoals bleek in par. 3.8.1, aan het slot) ook een uitleg volgens de heersende leer tot op zekere hoogte ‘normatief’ van aard is. Vgl. Nieuwenhuis 1979, p. 20-21.

703 Vgl. Eindverslag I, PG Boek 6, p. 74, waar de regeringscommissaris de normatieve uitleg verwerpt, overigens met de kanttekening dat het hier primair ‘een kwestie van rechtstheorie’ betreft.

704 Zie bijv. Valk 2002, p. 6; Snijders 2007, p. 7; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 365; Drion 2010, p. 279; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 261. Zie ook HR 12 januari 2001, NJ 2001, 199 (Steinbusch/Van Alphen), r.o. 3.8; en HR 21 januari 2011, LjN BO5203, NJ 2011, 176 m.nt. M.M. Mendel (Achmea/ABN AMRO), r.o. 3.7. Vgl. echter ter relativering de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 13 november 2009, LjN BJ8724, RvdW 2009, 1348, die nadrukkelijk betoogt dat het onderscheid tussen de normatieve uitleg en de heersende leer ‘lood om oud ijzer’ is (sub 13, 15).

705 Vgl. Schut 1987, p. 80, die betoogt dat de normatieve uitleg ‘onduidelijk en slordig motiveren’ in de hand werkt; en Drion 2010, p. 279, die vreest dat uitleg in deze benadering ‘het juridische equivalent van het ‘hocus pocus pilatus pas’ wordt’.

706 Snijders 2007, p. 7.

707 Snijders 2007, p. 10. Zie in gelijke zin Valk 2009c, p. 391-392.

708 Zie bijv. Schut 1987, p. 80. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 402.

709 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 413; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 278. Vgl. ook MvA II, PG Boek 6, p. 68 (m.b.t. art. 6:2 lid 2 BW).

710 Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 278.

711 Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 261.

vermeldt de Toelichting Meijers bij art. 6:258 BW (althans de voorloper daarvan) dat redelijkheid en billijkheid 'in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord' verlangen en 'slechts bij hoge uitzondering' afwijking daarvan toelaten.⁷¹²

Op het terrein van de uitleg van het overeengekomene is mijns inziens een vergelijkbare terughoudendheid geboden, waar het de toepassing van redelijkheid en billijkheid betreft. Van belang is, zoals Valk benadrukt, dat de (feiten)rechter hier niet aan de daadwerkelijke bedoeling van partijen voorbijgaat met als argument dat 'ook zo wel duidelijk is wat redelijkheid en billijkheid met zich brengen'.⁷¹³ De 'autonome normen' die besloten liggen in de partijafpraak hebben in zoverre het primaat boven de 'heteronome normen' van redelijkheid en billijkheid.⁷¹⁴ Tegen deze achtergrond betoogt Valk dat dergelijke heteronome normen, waaronder hij ook de in par. 3.8.2 e.v. besproken informatieplichten begrijpt, in de uitlegfase slechts een 'aanvullende rol' mogen vervullen, als 'tweede viool'.⁷¹⁵ Tanja-van den Broek betoogt in gelijke zin dat redelijkheid en billijkheid bij de uitleg slechts mogen fungeren als gezichtspunt, en 'geen solo-partij' mogen spelen.⁷¹⁶

De hier bepleite terughoudendheid mag mijns inziens niet worden afgedaan als 'voorlopig', in die zin dat na uitleg, bij de toepassing van art. 6:248 lid 1 en 2 BW, het perspectief van partijen alsnog zou mogen worden verruimd voor een allesoverheersend perspectief van redelijkheid en billijkheid. Aanvulling en beperking zullen, integendeel, altijd in het *verlengde* moeten liggen van de oorspronkelijke partijafpraak.⁷¹⁷ In zoverre betreft het hier inderdaad een integraal proces. De toegevoegde waarde van redelijkheid en billijkheid in hun aanvullende en beperkende vorm, derhalve ná verdiscontering van diezelfde redelijkheid en billijkheid in het kader van de uitleg, is mijns inziens vooral gelegen in een verruiming van het blikveld. In het kader van art. 6:248 lid 1 en 2 BW kunnen immers, anders dan (normaliter) bij uitleg,⁷¹⁸ ook omstandigheden worden meegewogen die zich eerst ná de totstandkoming van de

712 TM, PG Boek 6, p. 969. Deze passage is door de Hoge Raad aangehaald en 'toegepast' in HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (Brijlant Schreuders/ABP), r.o. 4.3.2.

713 Valk 2009c, p. 397. Aldus ook Tanja-van den Broek 2002, p. 432-433. Vgl. voorts HR 12 januari 2001, NJ 2001, 199 (Steinbusch/Van Alphen), r.o. 3.8, waarin een dergelijk oordeel van de feitenrechter werd vernietigd.

714 Zie Valk 2002, p. 6; Valk 2009c, p. 396, 400.

715 Zie Valk 2009c, p. 402; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 278.

716 Tanja-van den Broek 2002, p. 432-433. Zie voor een vergelijkbare benadering art. II-8:102(1)(g) DCFR.

717 Vgl. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 261.

718 Vgl. Asser/Hartkamp 6-III* (2010), nr. 363, waar overigens ter nuancering wordt opgemerkt dat de wijze van *uitvoering* van het overeengekomene uiteraard wel aanwijzingen kan bevatten omtrent de wijze waarop partijen hun afspraak hebben opgevat. Vgl. HR 27 november 1992, NJ 1993, 273 m.nt. PAS (Volvo/Braam), r.o. 3.3 en voorts art. II-8:102(1)(b) DCFR.

betrokken overeenkomst hebben voorgedaan.⁷¹⁹ Men denke aan gevallen van rechtsverwerking of onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW).⁷²⁰ Een helder onderscheid tussen uitleg enerzijds en aanvulling en beperking anderzijds voorkomt dat posterieure omstandigheden als hier bedoeld met terugwerkende kracht worden ‘ingelesen’ in het contract, resulterend in een uitleg die – om in muzikale termen te blijven spreken – ‘losgezongen’ raakt van de oorspronkelijke partijbedoeling.⁷²¹

Het voorgaande heeft ook consequenties voor de uit art. 6:248 lid 1 en 2 BW af te leiden *informatieplichten*. Deze kunnen het tussen partijen gesloten contract zo nodig aanvullen of beperken, in het bijzonder waar het de zojuist bedoelde posterieure omstandigheden betreft, maar zij mogen mijns inziens de kern van de contractuele rechtsverhouding niet aantasten. In de volgende paragrafen wordt dat nader uitgewerkt.

3.8.7 Informatieplichten ex art. 6:248 lid 1 BW

Blijkens art. 6:248 lid 1 BW kunnen uit redelijkheid en billijkheid, in het licht van de ‘aard van de overeenkomst’,⁷²² aanvullende verplichtingen voor contractspartijen voortvloeien.⁷²³ Het laat zich aanzien dat hieronder ook informatieplichten kunnen vallen. Vooral bij *duurovereenkomsten* ligt het voor de hand dat partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden zijn tot een zekere mate van informatievergaring en -verstrekking gedurende de uitvoering van het contract. Zo werd in het arrest *Brusse c.s./Assuradeuren* uit 1959 geoordeeld dat een verzwijging van relevante omstandigheden door verzekeren bij de totstandkoming van een schaderegeling met hun verzekeraar wanprestatie opleverde. ‘s hofs oordeel, dat ‘een redelijke en behoorlijke uitvoering der verzekeringsovereenkomst medebracht en de bij die uitvoering in acht te nemen goede trouw eiste, dat verzekeren assuradeuren volledig op de hoogte hielden van alle in het kader van het overleg voor de schaderegeling van belang zijnde omstandigheden’, werd door de Hoge Raad in stand gelaten.⁷²⁴ Afgezien van dit specifieke geval van verzekeringsfraude laten

719 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 366 en 421.

720 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 425 e.v. resp. 441 e.v.

721 Vgl. par. 3.4.3, over de betekenis van ‘posterieure’ omstandigheden in het kader van art. 3:61 lid 2 BW.

722 De ‘aard van de overeenkomst’ fungeert in art. 6:248 lid 1 BW niet als zelfstandige bron van verbintenissen, maar wel als referentiekader voor de beoordeling van wat wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid meebrengen. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 386; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 275.

723 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 318; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 404 e.v.; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 283.

724 HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46 (*Brusse c.s./Assuradeuren*), p. 89 (overwegingen m.b.t. onderdeel a van het cassatiemiddel). Overigens liet de Hoge Raad uitdrukkelijk in het midden of ‘s hofs oordeel in zijn algemeenheid juist was.

informatieplichten uit hoofde van art. 6:248 lid 1 BW zich ook goed indenken in – eveneens duurrelaties betreffende – situaties van professionele dienstverlening,⁷²⁵ gelet op de in die situaties geldende *zorgplicht* van professionele dienstverleners (par. 4.8.2). Illustratief is het arrest Gesnoteg/MeesPierson uit 1995, waarin de Hoge Raad aannam dat een bank die een bankgarantie verstrekt, en constateert dat deze niet voldoet aan de geldende voorwaarden, 'daarvan onverwijld aan degene die de garantie inroept, mededeling dient te doen en daarbij dient aan te geven op welke punten niet aan de voorwaarden is voldaan'.⁷²⁶ Overigens kunnen dergelijke informatieplichten veelal ook reeds bij wege van *uitleg* van de (duur)overeenkomst tussen de dienstverlener en zijn cliënt worden aangenomen.⁷²⁷ Waar het bijvoorbeeld gaat om een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW, biedt de open norm van art. 7:401 BW – inzake de 'zorg van een goed opdrachtnemer' – een voor de hand liggende grondslag.⁷²⁸

Voor het overige zullen de hier besproken informatieplichten uit hoofde van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, overeenkomstig hetgeen in par. 3.8.6 werd opgemerkt, vooral betrekking hebben op feiten en omstandigheden die ná de contractssluiting zijn gesitueerd.⁷²⁹ Men denke aan de verplichting tot het verstrekken van een gebruiksaanwijzing of een productwaarschuwing ten behoeve van een goed en veilig gebruik van de verkochte zaak.⁷³⁰ Illustratief is het arrest Merryweather/Hagemeyer, waarin het ging om de vraag of de professionele verkoper van dakbedekkingsmateriaal, dat door onoordeelkundig gebruik van de particuliere koper na aankoop onbruikbaar was geworden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een gebruiksaanwijzing had moeten verstrekken ter voorkoming van de geleden schade, die verband hield met het feit dat de onderhavige dakbedekking een bijzondere opslag en behandeling vergde. De rechtbank nam inderdaad een dergelijke informatieplicht aan, maar het hof wees deze van de hand, met name omdat de koper in casu werd bijgestaan door een architect, die de bestelling had geplaatst en volgens het hof geacht mocht worden de eigenschappen van het materiaal te kennen. De Hoge Raad liet deze beslissing in stand, daartoe overwegende dat het van de omstandigheden van het geval

725 Zie bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 43-44; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 108.

726 HR 9 juni 1995, NJ 1995, 639 m.nt. PvS (Gesnoteg/MeesPierson), r.o. 3.5.

727 Vgl. de NJ-annotatie van P. van Schilfgaarde bij het zojuist genoemde arrest Gesnoteg/MeesPierson, sub 5, die meende dat de Hoge Raad die constructie in casu had gevolgd. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 366, waar meer in algemene zin het onderscheid tussen uitleg en aanvulling wordt gerelativeerd.

728 Vgl. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 43.

729 Dat geldt logischerwijze ook voor de zojuist bedoelde informatiele nevenverplichtingen uit hoofde van duurovereenkomsten.

730 Zie daarover bijv. Van Delft-Baas 1987, p. 207 e.v.; Dommering-van Rongen 1991, p. 163 e.v.; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 26 (ad c), 319. Vgl. ook par. 4.5.6 e.v., over productenaansprakelijkheid.

afhangt, 'of op de verkoper de bijkomende verplichting rust om de koper in te lichten omtrent het gebruik van het verkochte goed'.⁷³¹ De lagere rechtspraak biedt voorbeelden van gevallen, waarin een dergelijke 'postcontractuele' informatieplicht uit hoofde van redelijkheid en billijkheid werd aanvaard. Zo is anno 2005 geoordeeld dat de professionele verkoper van een 'scootmobiel' verplicht was zijn klanten na aankoop te wijzen op het bestaan van een wettelijke verzekeringsplicht voor scootmobiele, omdat over de desbetreffende wetgeving (destijds) onduidelijkheid bestond.⁷³²

Een nadere inventarisatie van informatieplichten uit hoofde van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid blijft hier kortheidshalve achterwege.⁷³³ Wel zij gewezen op het *rechtskarakter* van deze informatieplichten, die ingevolge art. 6:248 lid 1 BW kwalificeren als contractuele verbintenissen, waarvan de schending wanprestatie oplevert in de zin van art. 6:74 BW.⁷³⁴ In zoverre verschillen zij van de hieronder te bespreken informatieplichten uit hoofde van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, die als 'Obliegenheiten' kwalificeren (vgl. par. 2.4.1). Ter nuancering van dit onderscheid moet overigens worden opgemerkt dat aanvulling en beperking in de praktijk vaak in elkaar overlopen.⁷³⁵ Zo had koper Merryweather in de zojuist besproken zaak, waarin verkoper Hagemeyer betaling van het dakbedekkingsmateriaal vorderde, zich verweerd met de stelling dat Hagemeyer 'te goeder trouw geen nakoming kan vorderen nu door haar nalaten om Merryweather behoorlijk van een gebruiksaanwijzing met betrekking tot het gekochte goed te voorzien aan hem, Merryweather, schade is toegebracht'. De Hoge Raad las in dit verweer, zoals hierboven bleek, een beroep op een 'bijkomende verplichting' uit hoofde van redelijkheid en billijkheid tot het verstrekken van een gebruiksaanwijzing.

3.8.8 Informatieplichten ex art. 6:248 lid 2 BW

Blijkens art. 6:248 lid 2 BW is een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing, voor zover dit onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁷³⁶ Het laat zich aanzien dat ook de schending van een informatieplicht kan meebrengen dat de verantwoordelijke partij niet te goeder

731 HR 6 april 1973, *NJ* 1973, 459 m.nt. GJS (Merryweather/Hagemeyer).

732 Zie Rb. Zutphen 5 oktober 2005, *NJF* 2006, 37, r.o. 5.7, waar de rechtbank deze verplichting met zoveel woorden op 'de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid' baseert.

733 Zie voor een inventarisatie bijv. Hesselink 1999, p. 255 e.v.; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 6:2, aant. 15.

734 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 407; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 283.

735 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 407.

736 Vgl. ook art. 6:2 lid 2 BW, besproken in par. 3.8.9.

trouw aanspraak kan maken op (onverkorte⁷³⁷) nakoming.⁷³⁸ Een belangrijke toepassing schuilt in de toetsing van *exoneratiebedingen*.⁷³⁹ Volgens vaste rechtspraak is een beroep op een contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, indien de tekortkoming voortvloeit uit een ernstige fout, meer in het bijzonder indien zij te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of diens leidinggevend personeel.⁷⁴⁰ Deze rechtspraak kan worden herleid tot het klassieke arrest Saladin/HBU uit 1967, waarin werd overwogen dat de toelaatbaarheid van een exoneratie onder meer afhangt van 'de zwaarte van de schuld' aan de zijde van de exonerant.⁷⁴¹

Onder omstandigheden kan de 'schuld' van de exonerant gelegen zijn in diens schending van een precontractuele informatieplicht.⁷⁴² Zo betoogden de kopers van een Bloemendaalse villa dat het zwijgen van de verkoper over de aanwezigheid van een ondergrondse olietank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de weg stond aan diens beroep op een exoneratie ter zake van de daardoor veroorzaakte bodemverontreiniging. De Hoge Raad verwierp dit beroep op een precontractuele mededelingsplicht, omdat in casu moest worden aangenomen dat de verkoper ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst wist noch behoorde te weten van het risico van bodemverontreiniging ten gevolge van de aanwezigheid van een ondergrondse olietank.⁷⁴³

Een voorbeeld van een succesvol beroep op een precontractuele informatieplicht in het kader de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid biedt het arrest Van der Laan/Top uit 1976, betreffende de verkoop van een partij hennen die aan de ziekte pseudo-vogelpest bleken te lijden, als gevolg waarvan de kippen van de koper eveneens met die ziekte werden besmet. In rechtte ging het om de vraag of verkoper Top, die naar eigen zeggen niet wist van de ziekte, zich te goeder trouw kon beroepen op de overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking tot het bedrag van de koopsom. Het hof meende van wel, omdat koper Van der Laan zich er bij het ophalen van de hennen niet

737 Vgl. HR 17 februari 2006, *LJN AU9717*, *NJ* 2006, 378 m.nt. M.M. Mendel (Royal c.s./Poligram), r.o. 4.7, waarin een 'proportionele toepassing' van art. 6:248 lid 2 BW werd aanvaard. Zie ook Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 22-23.

738 Zie over informatieplichten uit hoofde van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ook Vranken 1989, p. 142 e.v.

739 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 364 e.v.; Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 284a; en De Jong in Brunner e.a. 2011, nr. 186.

740 Zie bijv. HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 (Gemeente Stein/Driessen), r.o. 3.6.1. Vgl. ook HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389 m.nt. CJHB (Matatag/De Schelde), r.o. 3.2, waaruit blijkt dat een exoneratie voor ernstige fouten van niet-leidinggevend personeel onder omstandigheden (met name in de commerciële sfeer) wel toelaatbaar is.

741 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU).

742 Vgl. (overigens zonder expliciete toespitsing op informatieplichten) Duyvensz 2002, p. 196.

743 HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 527 m.nt. WMK (Kaars Sijpesteijn c.s./ De Marez Oyens c.s.), r.o. 3.3, besproken in par. 3.7.9.

van had vergewist of de voor het vervoer vereiste 'gezondheidsverklaring' was verkregen (quod non). Tegen die achtergrond oordeelde het hof dat Van der Laan 'bewust het risico aanvaardde van besmetting'. De Hoge Raad vernietigde dit oordeel, daartoe overwegende dat 'het feit dat de verkoper of een persoon in zijn dienst een ernstig verwijt treft dat hij van het bestaan van de gebreken in de te leveren zaken onkundig was gebleven, in verband met de eisen van de goede trouw onder omstandigheden (...) kan meebrengen dat de verkoper zich niet op de contractuele uitsluiting of beperking van zijn aansprakelijkheid voor de voorzienbare schadelijke gevolgen van deze gebreken kan beroepen'. In casu had het hof moeten onderzoeken of de besmetting viel te wijten aan 'ernstig verwijtbare onbekendheid' aan de zijde van Top, derhalve of hij ter zake van de besmetting een *onderzoeksplicht* had geschonden.⁷⁴⁴

Een vergelijkbare benadering werd gekozen in het arrest Van Dijk/Bedaux en Stok uit 1982, waarin het ging om de verkoop van een woonhuis door een ingenieur-architect aan een leek. Toen naderhand bleek dat de fundering was aangetast vanwege een door de verkoper onder het huis geïnstalleerde ontwateringspomp (die behalve water ook zand wegzoog), beriep de verkoper zich op een exoneratie. Het hof honoreerde dit verweer, ervan uitgaande dat de verkoper evenmin als de koper op de hoogte was geweest van het onderhavige gebrek. Volgens de Hoge Raad had het hof echter moeten onderzoeken, of de verkoper 'als ingenieur en architect een ernstig verwijt trof dat hij het ontzandingsgevolg van het gebruik van de ontwateringspomp niet voorzien had'. In dat geval zou namelijk de verkoper zich niet op de overeengekomen exoneratie kunnen beroepen, indien hij de koper 'zelfs niet op de hoogte [had] gesteld van het bestaan van de ontwateringspomp'.⁷⁴⁵ Kennelijk rustte er in casu op de verkoper, als meest deskundige partij, een *onderzoeksplicht* omtrent de mogelijkheid van funderingsschade ten gevolge van de aanwezigheid van de ontwateringspomp, althans (tenminste⁷⁴⁶) een *mededelingsplicht* omtrent de aanwezigheid van die pomp.

Het voorgaande illustreert dat de precontractuele informatieplichten, zoals bekend uit de wilsvertrouwensleer en het dwalingsleerstuk, ook gelden op het terrein van art. 6:248 lid 2 BW. Dat wekt geen verbazing, omdat deze informatieplichten tot de precontractuele redelijkheid en billijkheid kunnen worden herleid (par. 2.2.2). Uit de twee geciteerde arresten blijkt echter dat de Hoge Raad in het kader van art. 6:248 lid 2 BW een extra drempel opwerpt, doordat hij de schending van een informatieplicht slechts als beletsel voor een beroep op een exoneratie beschouwt, indien de schuldenaar in termen van

744 HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 m.nt. GJS (Van der Laan/Top).

745 HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 509 m.nt. CJHB (Van Dijk/Bedaux en Stok), r.o. 3.4.

746 Annotator C.J.H. Brunner veronderstelt (m.i. terecht) dat de verkoper in casu, als meest deskundige partij, niet alleen had moeten wijzen op de aanwezigheid van de pomp, maar ook op de potentiële consequenties daarvan.

informatievergaring of -verstrekking een 'ernstig verwijt' treft. Dat is in overeenstemming met de terughoudendheid die in par. 3.8.6 reeds werd bepleit, tegen de achtergrond van het wettelijke criterium van onaanvaardbaarheid. Het uitzonderingskarakter van art. 6:248 lid 2 BW brengt mee dat de beperkende werking pas in beeld komt bij *ernstige* vormen van informatieverzuim, meer in het bijzonder in geval van opzettelijke of grof nalatige schending van een precontractuele informatieplicht.

Afgezien van het voorgaande is de toegevoegde waarde van art. 6:248 lid 2 BW voor het leerstuk der informatieplichten vooral gelegen in de mogelijkheid om (ook) omstandigheden mee te wegen, die zich eerst ná de contractssluiting hebben voorgedaan (vgl. par. 3.8.6). Dat gebeurde bijvoorbeeld in het arrest Kroymans/Sun Alliance uit 1996.⁷⁴⁷ Het ging in casu om een brandverzekeraar die zich beriep op een vervalbeding in de polisvoorwaarden, dat inhield dat de verzekerde zijn aanspraak op uitkering verloor, indien hij niet binnen zes maanden na de weigering tot uitkering een geding aanhangig had gemaakt. Volgens verzekerde Kroymans was een beroep op dat beding in casu naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat verzekeraar Sun Alliance hem ten tijde van haar weigering niet op de consequenties ervan had gewezen. Sun Alliance wierp tegen dat Kroymans destijds werd bijgestaan door een advocaat. De Hoge Raad sloot zich aan bij het standpunt van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf, dat een beroep op een vervalbeding als het onderhavige niet kan worden aanvaard 'indien de verzekeraar bij de weigering van betaling niet op niet mis te verstane wijze heeft meegedeeld dat hij een beroep op het vervallen van de aanspraak van de begunstigde zal doen indien de vordering niet binnen de genoemde termijn voor de bevoegde rechter aanhangig is gemaakt' (r.o. 3.13). In dit licht achtte de Hoge Raad het beroep van Sun Alliance op het vervalbeding, ondanks de bijstand van een advocaat aan de zijde van Kroymans, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (r.o. 3.14).⁷⁴⁸

In casu gold dus voor de verzekeraar een uit art. 6:248 lid 2 BW voortvloeiende *mededelingsplicht* omtrent de consequenties van het vervalbeding, niet met het oog op een geldige totstandkoming van dat beding, dus ter voorkoming van een wilsgebrek aan de zijde van de verzekeringnemer, maar ter bescherming van de belangen van de verzekerde in het kader van de *uitvoering* van de verzekeringsovereenkomst. Op vergelijkbare wijze is in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat een brandstofleverancier die haar klanten voorzag van 'tankpassen', waarmee bij tankstations van de leverancier brandstoffen konden worden getankt en afgerekend, de klanten had moeten waarschuwen toen anno 2002 bekend werd dat deze passen fraudegevoelig

747 HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 m.nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance).

748 Vgl. de NJ-annotatie van M.M. Mendel, sub 4, die de uitspraak beschouwt als een toepassing van de regel uit HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 285 m.nt. MMM (Trouwborst/Tollenaar & Wegener), r.o. 3.5, besproken in par. 3.8.3.

waren, vanwege het risico van 'skimmen'. Tegen deze achtergrond kon de brandstofleverancier in casu naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen aanspraak maken op betaling van een vijftal facturen, die betrekking hadden op de frauduleuze afname van dieselolie door derden.⁷⁴⁹

3.8.9 Vervolg; beperkende werking in breder verband

De beperkende werking van redelijkheid en billijkheid kent een bredere betekenis dan hierboven, door de toespitsing op art. 6:248 lid 2 BW, werd gesuggereerd. In de eerste plaats bevat de wet bijzondere uitwerkingen van het artikel, die ten dele ook in het teken staan van de problematiek van informatievergarig en -verstrekking. Een voorbeeld is de regeling van de *klachtplicht* in art. 6:89 en 7:23 BW, die inhoudt dat een schuldeiser die wist of behoorde te weten van een gebrek in de nakoming, maar desondanks de schuldenaar hierover niet tijdig heeft geïnformeerd, geen beroep kan doen op wanprestatie. De gedachte is dat hij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zijn recht op nakoming heeft verspeeld, door schending van een mededelingsplicht omtrent de gebrekkigheid van de prestatie (de klachtplicht), althans een onderzoeksplicht ten behoeve van de naleving van die mededelingsplicht.⁷⁵⁰ Een nadere uitwerking volgt in par. 3.11.11, toegespitst op de klachtplicht bij koop (art. 7:23 BW).

Een andere specialis van art. 6:248 lid 2 BW is de regeling van de *onvoorziene omstandigheden* in art. 6:258 BW.⁷⁵¹ Het gaat hier om de vraag of partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mogen verwachten, indien er zich ná de contractssluiting onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, die niet door partijen in de overeenkomst waren verdisconteerd.⁷⁵² Bij de beantwoording van die vraag spelen informatieplichten normaliter geen rol, omdat het 'onvoorziene' karakter van de betreffende omstandigheden juist impliceert dat partijen hiermee ten tijde van de contractssluiting geen rekening hebben gehouden, zodat redelijkerwijs van hen ook geen mededeling of onderzoek ter zake kon worden verlangd. Dienovereenkomstig heeft de wetgever opgemerkt dat het begrip 'onvoorziene' in art. 6:258 BW niet ziet op de (on)voorzienbaarheid van

749 Rb. Rotterdam 8 november 2006, L/JN AZ2985, NJF 2007, 79, r.o. 5.6-5.7.

750 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 408. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 407, over het verband met art. 6:248 lid 2 BW.

751 Vgl. MvA II, PG Boek 6, p. 973, waar het verband met art. 6:248 lid 2 BW uitdrukkelijk wordt genoemd. Zie ook Reurich 2003, p. 48, die zich echter op p. 52 e.v. kritisch toont over de kwalificatie van art. 6:258 BW als specialis van art. 6:248 lid 2 BW.

752 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 436 e.v.; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 286 e.v. Vgl. ook par. 3.8.6, waar reeds bleek dat in het kader van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid 'posterieure' omstandigheden als hier bedoeld kunnen worden meegewogen.

de wijziging der omstandigheden ten tijde van de contractssluiting, maar op de vraag of partijen een contractuele voorziening ter zake hebben getroffen.⁷⁵³ Overigens kan bij de beantwoording van die vraag, derhalve bij de *uitleg* van het overeengekomene, de bedoelde (on)voorzienbaarheid wel een rol spelen.⁷⁵⁴ Degene die bij het aangaan van een contract zwijgt over de consequenties van een voor partijen voorzienbare wijziging der omstandigheden, zal immers bij zijn wederpartij doorgaans het gerechtvaardigd vertrouwen wekken dat die wijziging stilzwijgend in het contract is verdisconteerd (vgl. art. 3:35 BW). Zo beschouwd zullen algemeen voorzienbare wijzigingen, zoals de gebruikelijke veranderingen in de economische conjunctuur, in de regel geen beroep op art. 6:258 BW rechtvaardigen. Aldus ook Valk, die terecht een uitzondering aanvaardt voor het geval een der partijen onder de gegeven omstandigheden aanleiding had te vermoeden dat de andere partij zich van de voorzienbare wijziging niet bewust was.⁷⁵⁵

Afgezien van de zojuist bedoelde bijzondere uitwerkingen moet hier worden gewezen op de generalis van art. 6:2 lid 2 BW, waarvan art. 6:248 lid 2 BW op zijn beurt een bijzondere uitwerking vormt. Art. 6:2 lid 2 BW bepaalt geheel in algemene zin dat een verbintenisrechtelijke regel 'niet van toepassing' is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het laat zich aanzien dat ook de schending van een informatieplicht tot die conclusie kan leiden. Het leerstuk van de *rechtsverwerking* kan bijvoorbeeld in die sleutel worden geplaatst, wanneer men het opvat als strijd met de goede trouw vanwege het 'ongebruikt laten verstrijken van de tijd'.⁷⁵⁶ Ook de bekende prioriteitsregels inzake het prevaleren van waarheidsplicht en mededelingsplicht vloeien (van origine) voort uit de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (par. 3.6.15 e.v.). Op een meer specifiek niveau zijn talloze toepassingen van art. 6:2 lid 2 BW als grondslag van informatieplichten denkbaar. Zo werd in par. 3.3.4, naar aanleiding van de zaak Postwanorder/Otto, betoogd dat een beroep op een discrepantie van wil en verklaring in de zin van art. 3:33 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn wegens de schending van een informatieplicht door de verklarende partij (en ongeacht het gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de wederpartij), bijvoorbeeld omdat de verklarende partij haar discrepantie van wil en verklaring niet onverwijd na de 'ontdekking' ervan heeft hersteld. Overigens verdient het aanbeveling om, overeenkomstig hetgeen in par. 3.8.6 werd betoogd, de hier bedoelde toetsing te reserveren voor de weging van 'posterieure' omstandigheden, die

753 Zie PG Boek 6, p. 968 (TM) en 973 (MvA II).

754 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 441; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 288. Vgl. ook art. III-1:110(3) DCFR, sub b en c.

755 Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 288.

756 Vgl. Vranken 1989, p. 145. Zie ook Valk 1993, p. 128-130, over spreekplichten i.v.m. rechtsverwerking.

zich eerst ná de contractssluiting hebben voorgedaan. Anders resulteert de toepassing van art. 6:2 lid 2 BW denkkelijk in een vruchteloos ‘herkauwen’ van de vertrouwenstoetsing van art. 3:35 BW (vgl. par. 3.3.4).

Voor de praktijk is voorts van belang dat uit de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid een mededelingsplicht kan voortvloeien omtrent het invoeren van een *opschortingsbevoegdheid* in de zin van art. 6:52 of 6:262 BW.⁷⁵⁷ In het arrest Spector/Fotoshop uit 2006 overwoog de Hoge Raad ter zake:

‘Uit de redelijkheid en billijkheid kan onder omstandigheden voortvloeien dat een schuldenaar pas van een hem toekomend opschortingsrecht gebruik mag maken nadat hij zijn wederpartij heeft meegedeeld dat en op welke grond de opschorting plaatsvindt. Daarbij is in het bijzonder van belang hetgeen de wederpartij ten tijde van de opschorting wist of uit de toen bestaande omstandigheden had behoren te begrijpen, en wat degene die opschort, toen met betrekking tot die wetenschap of dit begrijpen mocht aannemen (...).’⁷⁵⁸

Van Schaick heeft, mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief, kritiek geuit op de onderhavige mededelingsplicht, die volgens hem ‘te veel van het goede’ is, mede gezien het feit dat de opschortingsgerechtigde, als schuldeiser van zijn wederpartij, veelal ook reeds een klachtplicht ingevolge art. 6:89 of 7:23 BW heeft.⁷⁵⁹ In zijn meer recente arrest Van Mierlo/OGP heeft de Hoge Raad de onderhavige mededelingsplicht niettemin gehandhaafd, zij het onder toevoeging van het caveat dat ‘in zijn algemeenheid’ niet de eis kan worden gesteld dat het invoeren van een opschortingsbevoegdheid aan de wederpartij kenbaar wordt gemaakt.⁷⁶⁰ De mededelingsplicht geldt dus slechts onder bijzondere omstandigheden, zoals de Hoge Raad reeds had benadrukt in het arrest Gelling/Jessurun uit 1991.⁷⁶¹ Deze (hernieuwde) terughoudendheid verdient inderdaad aanbeveling, gelet op het uitzonderingskarakter van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Onaanvaardbaar zal een beroep op een opschortingsbevoegdheid, enkel vanwege het feit dat daarover geen mededeling is gedaan aan de wederpartij, die zelf de voorwaarden voor het ontstaan van die bevoegdheid in het leven riep, inderdaad niet snel zijn.

757 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 274; De Jong in Brunner e.a. 2011, nr. 154; en Stolp 2011, p. 157. Vgl. ook Bakker 2011, p. 507, die deze mededelingsplicht mede met de *aanvullende* werking van redelijkheid en billijkheid in verband brengt.

758 Aldus HR 17 februari 2006, LJN AU5663, NJ 2006, 158 (Spector/Fotoshop), r.o. 3.13, onder verwijzing naar het (minder expliciet geformuleerde) arrest HR 4 januari 1991, NJ 1991, 723 (Gelling/Jessurun), r.o. 3.2.

759 Zie Van Schaick 2009b, p. 136, die overigens erkent dat mededelingsplicht en klachtplicht in dit verband niet geheel vergelijkbaar zijn. Zie nader over de klachtplicht ex art. 7:23 BW par. 3.11.11.

760 HR 17 september 2010, LJN BM6088, RvdW 2010, 1051 (Van Mierlo/OGP), r.o. 3.3.3.

761 HR 4 januari 1991, NJ 1991, 723 (Gelling/Jessurun), r.o. 3.2. In dit arrest werd voor het eerst de mogelijkheid van een mededelingsplicht als de onderhavige aanvaard.

3.9 NAKOMING

3.9.1 Algemeen

Tot zover ging het in dit hoofdstuk om de informatieplichten die betrekking hebben op de totstandkoming (par. 3.2 e.v.), de geldigheid (par. 3.5 e.v.) en de rechtsgevolgen van de overeenkomst (par. 3.8). In zekere zin was dat een preliminaire exercitie. Immers, eerst bij de *uitvoering* van de overeenkomst kan definitief worden vastgesteld of één der partijen zich op de bedongen prestaties heeft verkeken in verband met een informatietekort. De nu te behandelen uitvoeringsfase staat intussen niet op zichzelf. Voorwerp van uitvoering is immers de tot stand gekomen overeenkomst. Het merendeel van de hieronder te behandelen informatieplichten ligt dan ook rechtstreeks in het verlengde van de precontractuele informatieplichten, die in de voorgaande paragrafen aan de orde kwamen. Dat geldt vooral voor de mededelings- en onderzoeksplichten uit hoofde van niet-nakoming en non-conformiteit, die nauw verwant zijn aan de informatieplichten bij dwaling (par. 3.10.3).

Meestal zullen informatieplichten in de uitvoeringsfase aan de orde komen als één der partijen (beweerdelijk) *tekortschiet* in de nakoming van een contractuele verbintenis. De vraag of zulk tekortschieten is te wijten aan de schending van een informatieplicht kan, meer in het bijzonder, tot uitdrukking komen bij de wettelijke vereisten van niet-nakoming c.q. tekortkoming (art. 6:52, 6:74 of 6:265 BW) en toerekenbaarheid (art. 6:74 jo. 6:75 BW). In par. 3.10 wordt dat nader uitgewerkt. De betekenis van informatieplichten voor de uitvoeringsfase van de overeenkomst is echter niet beperkt tot de vaststelling van een contractuele tekortkoming en/of wanprestatie. Ook in het kader van de nakoming als zodanig kunnen plichten tot vergaring en verstrekking van informatie een rol spelen. Over dat (relatief bescheiden) thema handelt de onderhavige paragraaf.

3.9.2 Wettelijk kader

De nakoming van overeenkomsten is geregeld in afdeling 6.3.1 BW. Hier vindt men vooral praktische regels van aanvullend recht, die onderhandelende partijen bevrijden van de last om telkens gedetailleerde afspraken te maken over bijvoorbeeld plaats en tijdstip van nakoming (art. 6:27 e.v. BW). De kennis van partijen en hun gerechtvaardigde verwachtingen spelen bij de toepassing van deze wettelijke regels normaliter geen rol. Een uitzondering vormt art. 6:34 BW, dat voorziet in bescherming van de schuldenaar tegen onbevoegdheid van de ontvanger van de geleverde prestatie. Het artikel biedt, als uitwerking

van art. 3:11 BW inzake de goede trouw,⁷⁶² aanknopingspunten voor het aannemen van wederzijdse informatieplichten van schuldeiser en schuldenaar omtrent de inningsbevoegdheid van de ontvanger.

Als vanzelfsprekende hoofdregel geldt dat nakoming – in dit verband vaak aangeduid als ‘betaling’, ook waar het niet de voldoening van een geldschuld betreft⁷⁶³ – dient plaats te vinden aan het adres van de (werkelijke) schuldeiser. Heeft de schuldenaar echter ‘op redelijke gronden’ aangenomen dat aan een ander moest worden betaald – hetzij omdat hij die ander voor de schuldeiser hield, hetzij omdat hij meende dat die ander *in plaats van* de schuldeiser tot ontvangst bevoegd was⁷⁶⁴ –, dan geldt de betaling krachtens art. 6:34 lid 1 BW als bevrijdend. Het komt er dus op neer dat de schuldenaar die te goeder trouw afgaat op de schijn van schuldeiserschap van de onbevoegde ontvanger wordt beschermd ten koste van de (werkelijke) schuldeiser.⁷⁶⁵ Daartoe is niet vereist dat de schuldeiser zelf door enig ‘toedoen’ aan de vergissing van de schuldenaar heeft bijgedragen.⁷⁶⁶ De achterliggende gedachte is dat van de schuldenaar, gelet op de dwangpositie waarin hij zich bevindt, billijkheids halve geen diepgravend onderzoek naar de inningsbevoegdheid van de ontvanger kan worden gevegd, terwijl een dergelijk onderzoek ook onwenselijk zou zijn met het oog op het belang van een vlot lopend betalingsverkeer.⁷⁶⁷ Zo beschouwd strekt art. 6:34 BW in algemene zin ook ter bescherming van *schuldeisers*, die (als collectief) niet gebaat zijn bij een tijdrovend onderzoek naar hun inningsbevoegdheid.⁷⁶⁸

Het voorgaande laat onverlet dat de schuldenaar die goede reden heeft tot *twijfel* omtrent de inningsbevoegdheid van de ontvanger, in het licht van

762 Zie bijv. Vranken 1997, p. 18-19; Hartkamp 1999, nr. 48; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221; Scheltema 2008, nr. 20, sub b; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 5. Vgl. ook de verwijzing naar de goede trouw in art. 1422 BW (oud), waarover De Jong 1941, p. 29-40.

763 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 190.

764 Meende de schuldenaar dat de ander náást de schuldeiser tot ontvangst bevoegd was (bijv. krachtens volmacht), dan kan niet worden gezegd dat hij aannam dat aan die ander ‘moest worden betaald’, zoals voorgeschreven door art. 6:34 BW. Zie voor die situatie art. 3:61 lid 2 BW, waarover par. 3.4.1 e.v.

765 Gemakshalve wordt de formule ‘schijn van schuldeiserschap’ hier in ruime zin gehanteerd, ter aanduiding van de schijn ‘dat de ontvanger der betaling als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem moest worden betaald’ (vgl. art. 6:34 lid 1 BW).

766 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221; Scheltema 2008, nr. 20, sub a; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 4. Vgl. par. 3.4.5 over het toedoen-vereiste ex art. 3:61 lid 2 BW.

767 Aldus TM, PG Boek 6, p. 163. Zie verder bijv. Krans in Brunner e.a. 2011, nr. 91; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 220; Scheltema 2008, nr. 20; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 2.

768 Zie bijv. Scheltema 2008, nr. 20. Vgl. ook reeds De Jong 1941, p. 2 (m.b.t. art. 1422 BW).

art. 3:11 BW gehouden zal zijn tot nader onderzoek.⁷⁶⁹ Art. 6:37 BW faciliteert zulk onderzoek, door aan de schuldenaar die 'op redelijke gronden twijfelt aan wie de betaling moet geschieden' een opschortingsbevoegdheid toe te kennen. Aldus kan de schuldeiser tijdelijk ontkomen aan zijn zojuist bedoelde dwangpositie. Nochtans ligt het, gelet op het reeds genoemde belang van een vlot lopend betalingsverkeer, niet voor de hand om in dit verband een uitputtend onderzoek van de schuldenaar te vergen. Welke mate van onderzoek is geboden, zal afhangen van de aard van het betrokken geval.⁷⁷⁰ In navolging van De Jong worden hier meestal vier gevals categorieën onderscheiden,⁷⁷¹ die in de volgende paragraaf nader worden behandeld.

3.9.3 Informatieplichten ex art. 6:34 BW

De eerste categorie betreft de gevallen van betaling aan een gewezen schuldeiser, nadat de vordering, bijvoorbeeld als gevolg van cessie, op een ander is overgegaan. Onder het oude BW, dat voor een rechtsgeldige cessie geen mededeling aan de schuldenaar vereiste,⁷⁷² waren zulke gevallen geenszins denkbeeldig. Aangenomen werd dat de schuldenaar bij gebreke van betekening op grond van art. 668 lid 2 BW (oud) bevrijdend kon blijven betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser, de cedent.⁷⁷³ Met de invoering van het constitutionele mededelingsvereiste in art. 3:94 lid 1 BW leek deze problematiek aanvankelijk achterhaald. De 'stille cessie' zonder mededeling, ingevoerd in 2004 als alternatief voor de 'openbare' variant, deed oude tijden herleven. Het desbetreffende art. 3:94 lid 3 BW bepaalt nu dat een stille cessie – hoewel reeds voltooid door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte – eerst aan de schuldenaar kan worden tegengeworpen na mededeling ervan. Het resultaat is sterk vergelijkbaar met de situatie onder het oude recht. Zolang geen mededeling heeft plaatsgevonden kan de schuldenaar bevrijdend blijven betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser, de cedent.⁷⁷⁴ In zoverre kan men zeggen dat op de nieuwe schuldeiser (de cessionaris) een *mededelingsplicht* rust jegens de schuldenaar. Aangenomen wordt dat deze mededelingsplicht zelfs geldt indien de schuldenaar reeds uit anderen hoofde van de cessie

769 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221; Scheltema 2008, nr. 20, sub b; Krans in Brunner e.a. 2011, nr. 92; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 5. Vgl. ook reeds De Jong 1941, p. 36-37; en TM, PG Boek 6, p. 163.

770 Vgl. Krans in Brunner e.a. 2011, nr. 92.

771 Zie De Jong 1941, p. 41 e.v.

772 Zie bijv. Asser/Mijnssen/De Haan 3-I (2006), nr. 277.

773 Betekening ex art. 668 lid 2 BW (oud) had dus geen goederenrechtelijk maar wel verbintenissenrechtelijk effect. Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 223.

774 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28878, nr. 3, p. 4.

op de hoogte is geraakt.⁷⁷⁵ Kennelijk wordt art. 3:94 lid 3 BW hier beschouwd als specialis van art. 6:34 BW, in die zin dat de schuldenaar bij gebreke van een mededeling hoe dan ook wordt geacht te goeder trouw te zijn. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid in het betalingsverkeer valt voor die benadering veel te zeggen.⁷⁷⁶

Het laat zich aanzien dat goede trouw ná mededeling van de cessie in het algemeen ontbreekt. Deze vaststelling is naar huidig recht ook van belang voor de gevallen van 'openbare cessie' in de zin van art. 3:94 lid 1 BW, die gepaard zijn gegaan met een wettelijk voorgeschreven mededeling aan de schuldenaar. In de literatuur wordt aangenomen dat een betaling aan de cedent ná mededeling van de cessie slechts bevrijdend kan zijn, indien de schuldenaar door toedoen van de cessionaris, bijvoorbeeld wegens een onjuiste inlichting van zijn kant, op het verkeerde been is gezet.⁷⁷⁷ Meer in het algemeen blijkt daaruit dat het toedoen van de schuldeiser, ofschoon niet *vereist* voor bescherming van de schuldenaar op grond van art. 6:34 BW, in dit verband wel degelijk een rol kan spelen.⁷⁷⁸

De tweede categorie van gevallen ziet op de betaling aan een vermeende verkrijger van de vordering, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar veronderstelde dat de vordering was gecedeerd. Was deze veronderstelling gebaseerd op een mededeling van de schuldeiser zelf (de vermeende cedent), dan zal de schuldenaar zich normaliter op de bescherming van art. 6:34 BW kunnen beroepen. Een mededeling van de vermeende cessionaris zal daarentegen niet snel kwalificeren als 'redelijke grond' in de zin van het artikel, aangezien op de schuldenaar die met een dergelijke mededeling wordt geconfronteerd in beginsel de plicht rust om bij de schuldeiser (de vermeende cedent) te verifiëren of de beweerde cessie inderdaad heeft plaatsgevonden.⁷⁷⁹ Een bijzondere uitwerking van deze *onderzoeksplicht* aan de zijde van de schuldenaar is te vinden in art. 4:187 BW, betreffende de betaling aan een vermeende erfgenaam. Volgens lid 2 geldt een dergelijke betaling als bevrijdend indien de schuldenaar daarbij afging op de in een notariële verklaring van erfrecht vermelde feiten. Een dergelijke verklaring levert derhalve een 'redelijke grond' op in de zin van art. 6:34 BW.⁷⁸⁰ Die hoofdregel lijdt echter uitzondering, aldus art. 4:187 lid 3 BW, indien op grond van 'bijzondere omstandigheden' een nader onderzoek van de schuldeiser kon worden gevergd. De parlementai-

775 Zie bijv. Nota, *Kamerstukken II* 2003/04, 28878, nr. 5, p. 10-11, alsmede Rongen & Verhagen 2003, p. 689-690; Asser/Mijnssen/De Haan 3-I (2006), nr. 281e; Scheltema 2008, nr. 20, sub d; en *Verbintenissenrecht I* (Koot), art. 34, aant. 8.2.

776 Vgl. Rongen & Verhagen 2003, p. 689.

777 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 223; Scheltema 2008, nr. 20, sub d; en *Verbintenissenrecht I* (Koot), art. 34, aant. 8.1.

778 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221.

779 Zie voor een en ander bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221; Scheltema 2008, nr. 20, sub d; en *Verbintenissenrecht I* (Koot), art. 34, aant. 9.

780 Vgl. *MvA II*, PG Boek 4, p. 911.

re geschiedenis noemt hier als voorbeeld het geval waarin de schuldenaar ondanks 'geringe grond om te twijfelen' overgaat tot betaling terwijl de schuld nog niet opeisbaar is.⁷⁸¹ De gedachte is dat de schuldenaar voorafgaand aan de vervaldag zijn eventuele twijfels zonder bezwaar kan wegnemen door het doen van nader onderzoek. Meer in het algemeen zal die gedachte bij de toepassing van art. 6:34 BW een rol kunnen spelen.⁷⁸²

De derde categorie van gevallen ziet op persoonsverwisselingen en dergelijke, waarbij de schuldenaar door een dwaling omtrent de identiteit van zijn schuldeiser aan een onbevoegde betaalt. In beginsel rust op de schuldenaar een zekere *onderzoeksplicht* ter voorkoming van zulke dwalingen. Niettemin is denkbaar dat de schuldeiser, indien hij een dergelijke dwaling aan de zijde van de schuldenaar kan voorzien, is gehouden tot een *waarschuwing*.⁷⁸³ Zo zal de schuldenaar die, onbekend met de persoon van zijn schuldeiser, een verschuldigde geldsom op het afgesproken adres uitbetaalt aan een ter plaatse aanwezige klusjesman die hij voor zijn schuldeiser aanziet, ter onderbouwing van zijn beroep op art. 6:34 BW kunnen aanvoeren dat het op de weg van de schuldeiser lag hem voor deze vergissing te behoeden. Hetzelfde resultaat kan overigens worden bereikt door, rechtstreeks aanknopen bij art. 6:34 BW, te betogen dat de schuldenaar 'op redelijke gronden' heeft aangenomen dat degene die hij aantrof op het afgesproken adres zijn schuldeiser was.⁷⁸⁴

De laatste categorie van gevallen ziet op de betaling aan een schuldeiser wiens recht aantastbaar is, bijvoorbeeld in verband met een wilsgebrek.⁷⁸⁵ Wordt bijvoorbeeld een cessie na betaling aan de cessionaris vernietigd wegens dwaling, dan geldt de ontvanger der betaling – achteraf gezien – als onbevoegd (vgl. art. 3:53 BW). Voor zulke gevallen behelst art. 6:34 lid 2 BW een bijzondere regeling. Indien door vernietiging het recht van de vermeende schuldeiser met terugwerkende kracht aan een ander toekomt, geldt de reeds gedane betaling in beginsel als bevrijdend, tenzij hetgeen de schuldenaar omtrent het rechtsverlies kon voorzien, hem van de betaling had behoren te weerhouden. Vergeleken met art. 6:34 lid 1 BW is hier de bewijslast omgedraaid, in die zin dat de (werkelijke) schuldeiser dient aan te tonen waarom de schuldenaar géén redelijke grond voor betaling had.⁷⁸⁶ Blijkens de parlementaire geschiedenis is daartoe niet voldoende dat de schuldeiser aantoonst dat de schuldenaar op de hoogte was of behoorde te zijn van de aantastbaarheid.⁷⁸⁷ Bijkomende omstandigheden zijn vereist, waarbij de wetgever met name heeft gedacht aan de situatie waarin de schuldenaar, gelet op zijn kennis omtrent de aantast-

781 MvA II, PG Boek 4, p. 912.

782 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 164; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221.

783 Vgl. Scheltema 2008, nr. 20, sub d; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 11.

784 Of een dergelijk betoog slaagt, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.

785 Zie hierover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 224; Scheltema 2008, nr. 20, sub d; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 12.

786 Vgl. Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 15.

787 MvA II, PG Boek 6, p. 166.

baarheid van het betrokken recht en de overige omstandigheden van het geval, de (werkelijke) schuldeiser had behoren te *waarschuwen*.⁷⁸⁸ Grote praktische betekenis lijkt deze waarschuwingsplicht intussen niet te hebben.⁷⁸⁹ Derhalve zal bij toepasselijkheid van art. 6:34 lid 2 BW meestal de schuldeiser aan het kortste eind trekken.

Al met al kunnen uit art. 6:34 BW wederzijdse informatieplichten van schuldeiser en schuldenaar omtrent de bevoegdheid van de ontvanger der betaling worden afgeleid. Een (zeldzame) illustratie van de toepassing daarvan in de praktijk biedt het nu te bespreken arrest Van Tholen/Nationale-Nederlanden uit 1994.⁷⁹⁰

3.9.4 Vervolg; Van Tholen/Nationale-Nederlanden

Het ging in casu om een levensverzekering die mevrouw Van Tholen voor zichzelf had afgesloten. De vorderingsrechten uit deze verzekering vielen in de huwelijksgoederengemeenschap met haar echtgenoot, welke gemeenschap in 1986 door diens overlijden was ontbonden. Medio 1992, toen de verzekeraar tot uitkering wilde overgaan, was de gemeenschap nog altijd niet verdeeld, zodat de vraag rees of er bevrijdend kon worden betaald aan mevrouw Van Tholen als deelgenoot-crediteur. De rechtbank beantwoordde die vraag in het licht van art. 3:170 BW ontkennend, daarbij afwijkend van vaste rechtspraak die de Hoge Raad onder het oude recht had ontwikkeld.⁷⁹¹ In cassatie verenigt de Hoge Raad zich met die nieuwe koers. De klacht dat daarmee onvoldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de *bona fide* schuldenaar (in casu de verzekeraar) wordt verworpen onder verwijzing naar art. 6:34 BW, en het genuanceerde regime van wederzijdse informatieplichten dat de Hoge Raad daarin besloten gelegd acht (r.o. 3.3.3):

‘Aangenomen moet (...) worden dat een beding in een overeenkomst waarbij een bepaalde persoon is aangewezen als degene aan wie de ingevolge deze overeenkomst te verrichten betalingen moeten worden gedaan, een ‘redelijke grond’ in de zin van deze wetsbepaling [art. 6:34 BW, *KJO*] oplevert, waarop de schuldenaar zonder tot enig nader onderzoek te zijn gehouden mag afgaan, en dat hij, zulks doende, bevrijdend heeft betaald, ook als deze persoon achteraf blijkt toen deelgenoot in een ontbonden huwelijksgemeenschap te zijn geweest. Dit is slechts anders wanneer de schuldenaar ten tijde van die betaling wist of op grond van een tijdige mededeling van de andere deelgenoot of diens erfgenamen had behoren te begrijpen dat degene die door het beding is aangewezen, jegens die anderen niet tot het ontvangen van de betaling bevoegd was.’

788 Zie PG Boek 6, p. 164 (TM) en 166 (MvA II).

789 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 224.

790 HR 18 maart 1994, NJ 1995, 410 m.nt. WMK (Van Tholen/Nationale-Nederlanden).

791 Vgl. HR 3 februari 1967, NJ 1967, 441 (De Nederlanden van 1845/Janssen).

Kennelijk kan een verzekeraar in een geval als het onderhavige in beginsel bevrijdend betalen aan degene die in de verzekeringsovereenkomst als begunstigde is aangewezen en behoeft hij niet uit eigen beweging te onderzoeken of die persoon (inmiddels) kwalificeert als deelgenoot-crediteur. Slechts indien de verzekeraar weet of behoort te begrijpen dat het recht op uitkering in een onverdeelde gemeenschap valt, ontbeert hij de bescherming van art. 6:34 BW.⁷⁹² Het 'behoren te begrijpen' wordt door de Hoge Raad gekoppeld aan een *mededeling* van de andere deelgenoot c.q. diens erfgenamen omtrent het bestaan van de gemeenschapsvordering. Men kan zich afvragen of het juist is om aldus de onderzoeksplicht van de schuldenaar (de verzekeraar) ondergeschikt te maken aan een 'voorafgaande' informatieplicht van de schuldeiser(s) (de andere deelgenoot c.q. diens erfgenamen). Ook bij gebreke van een mededeling als hier bedoeld is immers denkbaar dat de schuldenaar 'had behoren te begrijpen' dat het recht op uitkering in een onverdeelde gemeenschap viel.⁷⁹³ Wat hiervan zij, uit het arrest spreekt in elk geval een onmiskenbare terughoudendheid ter zake van de aanvaarding van onderzoeksplichten uit hoofde van art. 6:34 BW, en een dienovereenkomstige ruimhartigheid ter zake van de honorering van een beroep op het artikel.⁷⁹⁴ Dat is in overeenstemming met hetgeen in par. 3.9.2 werd vooropgesteld.

3.10 NIET-NAKOMING

3.10.1 Algemeen; wettelijk kader

Bij de beantwoording van de vraag of een contractspartij in de nakoming van haar contractuele verbintenissen tekortschiet, kunnen informatieplichten op twee manieren een rol spelen. Op *directe* wijze beïnvloeden informatieplichten de vaststelling van niet-nakoming, indien zij tot de contractuele verbintenissen van partijen behoren. Dat is het geval bij overeenkomsten die de vergaring of verstrekking van informatie tot voorwerp hebben (vgl. par. 2.4.1). Nakoming van het overeengekomene impliceert hier de voldoening aan een informatieplicht. Sprekende voorbeelden zijn de 'adviesplicht' van een makelaar en de 'onderzoeksplicht' van een accountant.⁷⁹⁵ De *Principles of European Law on Service Contracts* (PEL SC), die ook (gedeeltelijk) in het *Draft Common Frame of Reference* zijn verwerkt, bevatten een speciale afdeling over de hier bedoelde

792 Laatstbedoelde situatie deed zich in casu kennelijk voor, althans in die zin dat de verzekeraar, in afwachting van de uitkomst van de onderhavige proefprocedure, nog niet tot uitkering was overgegaan.

793 Vgl. de door W.M. Kleijn in zijn NJ-annotatie, sub 5, geschetste casusposities.

794 Vgl. de NJ-annotatie van W.M. Kleijn, sub 5, aan het slot.

795 Zie daarover bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 34 en 131-149; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 63.

'contracts relating to the exchange of information'.⁷⁹⁶ Daarin is bijvoorbeeld bepaald dat op de professionele informatieverstrekker een onderzoeksplicht kan rusten (art. 6:103 PEL SC / art. IV.C-7:103 DCFR) en dat de door hem verstrekte informatie in kwalitatief en kwantitatief opzicht aan de overeenkomst moet voldoen (art. 6:105 PEL SC / art. IV.C-7:105 DCFR).

De hier bedoelde zuiver contractuele informatieplichten, die zich manifesteren bij de uitvoering van de overeenkomst, moeten worden onderscheiden van de precontractuele informatieplichten, die in de onderhandelingsfase zijn gesitueerd.⁷⁹⁷ Laatstbedoelde informatieplichten – die in dit hoofdstuk centraal staan – kunnen op *indirecte* wijze de vaststelling van niet-nakoming beïnvloeden.⁷⁹⁸ Schending ervan levert als zodanig geen contractbreuk op, maar kan wel bijdragen tot het oordeel dat de verantwoordelijke partij tekortschiet in de nakoming van haar contractuele verbintenissen (par. 3.10.2 e.v.). Zo zal de verkoper van een tweedehands auto uit hoofde van non-conformiteit (art. 7:17 BW) aansprakelijk kunnen zijn, indien hij nalaat de koper te waarschuwen voor een verborgen veiligheidsgebrek.⁷⁹⁹ Ratio van deze aansprakelijkheid is niet dat de verkoper op grond van de koopovereenkomst tot een waarschuwing was gehouden – de betreffende waarschuwingsplicht ging immers aan de totstandkoming van de koopovereenkomst vooraf – maar dat zijn zwijgzaamheid de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper uit hoofde van de koopovereenkomst heeft beïnvloed.⁸⁰⁰

Voor beide typen informatieplichten geldt dat zij geen algemene wettelijke regeling kennen. De niet-nakoming van overeenkomsten is als zodanig evenmin geregeld in de wet.⁸⁰¹ De wettelijke remedies in geval van contractbreuk – nakoming (art. 3:296 BW), opschorting (art. 6:52 e.v. en 6:262-263 BW), schadevergoeding (art. 6:74 e.v. BW) en ontbinding (art. 6:265 BW) – stellen telkens het vereiste van niet-nakoming c.q. tekortkoming,⁸⁰² zonder in algemene zin te omschrijven onder welke voorwaarden de schuldenaar in de nakoming van het overeengekomene tekortschiet. Dat ligt voor de hand. De vaststelling van contractuele verbintenissen dient immers op basis van de betrokken overeen-

796 Zie Chapter 6 PEL SC ('information'), met bijbehorende toelichting op p. 687 e.v. Zie ook art. IV.C-7:101 e.v. DCFR.

797 Vgl. over dit terminologische onderscheid par. 1.5.3.

798 Vgl. over de vraag of aansprakelijkheid wegens schending van precontractuele informatieplichten rechtstreeks op art. 6:74 BW kan worden gebaseerd par. 3.10.7.

799 Vgl. par. 3.7.2, waar deze waarschuwingsplicht tegen de achtergrond van het dwalingsleerstuk maar vooruitlopend op het conformiteitsleerstuk werd behandeld. Zie voorts over informatieplichten ex art. 7:17 lid 2 BW par. 3.11.8.

800 Vgl. Smits 2003, nr. 28.

801 Vgl. Krans 1999, p. 29.

802 Zie over het wetssystematische onderscheid tussen de begrippen 'niet-nakoming' en 'tekortkoming' bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 422; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 317; De Jong in Brunner e.a. 2011, nr. 131; en Hijma & Olthof 2011, nr. 366. Vgl. ook TM, PG Boek 6, p. 258.

komst zelf te geschieden.⁸⁰³ In zoverre kan hier worden volstaan met een verwijzing naar par. 3.9, inzake uitleg, aanvulling en beperking van het overeengekomene.

In drie opzichten is evenwel een nadere uitwerking geboden. Allereerst moet aandacht worden besteed aan de dogmatische inpassing van informatieplichten in het kader der niet-nakoming, en aan de verhouding met andere leerstukken. Meer in het bijzonder rijst hier de veelbesproken vraag hoe de informatieplichten die bij de vaststelling van niet-nakoming een rol spelen, zich verhouden tot de informatieplichten bij dwaling. Die vraag komt aan de orde in par. 3.10.2 e.v. In het verlengde daarvan ligt de vraag of de contractspartij die door schending van een precontractuele informatieplicht is benadeeld, recht heeft op schadevergoeding wegens wanprestatie c.q. onrechtmatige daad. Die vraag wordt behandeld in par. 3.10.5 e.v. In de tweede plaats moet aandacht worden besteed aan de rol van informatieplichten in het kader van de toerekening van de niet-nakoming op grond van art. 6:75 BW. Daarover handelt par. 3.10.9. Ten slotte is ook een meer specifieke, contextgebonden uitwerking van de informatieplichten uit hoofde van niet-nakoming geboden. In de Boeken 7 en 7A BW zijn immers voor een aantal bijzondere overeenkomsten de contractuele verbintenissen van partijen nader ingevuld. In dat kader komen ook diverse informatieplichten aan bod. In par. 3.11 worden deze informatieplichten behandeld, naar gelang van hun betekenis voor het leerstuk der informatieplichten als zodanig. De nadruk ligt daarbij op de koopovereenkomst, en speciaal op het conformiteitsvereiste van art. 7:17 BW (par. 3.11.7 e.v.).

3.10.2 Niet-nakoming vs. dwaling

In de literatuur bestaat van oudsher verdeeldheid over de vraag of en in hoeverre de informatieplichten uit het dwalingsleerstuk (art. 6:228 BW) doorwerken op het terrein der niet-nakoming (art. 6:74 c.q. 7:17 BW).⁸⁰⁴ De meerderheid der auteurs lijkt uit te gaan van een onbeperkte doorwerking, door te stellen dat de bij dwaling en niet-nakoming geldende informatieplichten *identiek* zijn.⁸⁰⁵ Deze laconieke visie is aantrekkelijk, maar niet vanzelfspre-

⁸⁰³ Zie TM, PG Boek 6, p. 258. Vgl. ook Bakels 1993, p. 175; en Haas 2009, p. 59.

⁸⁰⁴ Hetgeen hieronder in algemene zin over de verhouding tussen dwaling en niet-nakoming wordt opgemerkt, geldt meer in het bijzonder ook voor de verhouding tussen dwaling en non-conformiteit (par. 3.11.8).

⁸⁰⁵ Zie bijv. Vranken 1991a, p. 912; Castermans 1992a, p. 172; Tjittes 1994, p. 176-177; Dammingh 1998, p. 568; Nieuwenhuis 1998, p. 156; Dammingh 2002, p. 226-227; Smits 2003, nr. 28; Van Dunné 2004a, p. 284; Valk 2009b, p. 237; en Bakels 2011, nr. 33. Zie in gelijke zin de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 (Paalman/Lampenier), sub 13. Vgl. ook (iets terughoudender) Van Delft-Baas 1987, p. 200; Van Rossum 1994, p. 226-227; Klik & Wijers 1995, p. 81; Smits 1999, p. 32; Van Rossum 2000, p. 464; Klik 2008, p. 34-35; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 231.

kend. Op het eerste gezicht bestaat er immers tussen dwaling en niet-nakoming een significant verschil.⁸⁰⁶ Waar de teleurgestelde contractspartij met een beroep op art. 6:228 BW (enkel) de geldigheid van de overeenkomst betwist onder verwijzing naar een wilsgebrek, stelt zij met een beroep op art. 6:74 BW een contractuele tekortkoming van de wederpartij aan de kaak. De eerste vordering heeft betrekking op de totstandkomingsfase en behelst in beginsel geen verwijt aan het adres van de wederpartij. De tweede vordering ziet op de uitvoeringsfase en impliceert de juridische afkeuring van het gedrag van de wederpartij. De praktische consequenties zijn duidelijk zichtbaar indien de teleurgestelde contractspartij – al of niet in combinatie met een vernietigingsactie – *schadevergoeding* vordert. Een geslaagd beroep op dwaling in de zin van art. 6:228 BW leidt slechts onder bijzondere voorwaarden tot aansprakelijkheid, en alsdan hoogstens tot vergoeding van het negatief contractsbelang (par. 3.10.6). Een geslaagd beroep op contractbreuk in de zin van art. 6:74 BW geeft zonder meer recht op schadevergoeding,⁸⁰⁷ en wel ter hoogte van het positief contractsbelang.⁸⁰⁸

De door de heersende leer bepleite gelijkstelling ligt in zoverre voor de hand, dat het onderscheid tussen dwaling en niet-nakoming bij nader inzien minder scherp is dan geschetst.⁸⁰⁹ Informatieplichten fungeren als dogmatisch bindmiddel tussen de beide leerstukken.⁸¹⁰ In par. 3.5.4 bleek reeds dat het dwalingsleerstuk sinds de opkomst van informatieplichten niet langer als volstrekt 'neutraal' terrein kan worden beschouwd. De honorering van een beroep op dwaling berust dientengevolge dikwijls op een vergelijkbaar soort gedragstoetsing als de vaststelling van een contractuele tekortkoming. Ook qua rechtsgevolgen kunnen de verschillen tussen de beide leerstukken worden genuanceerd. De voor dwaling zo karakteristieke vernietigingsactie moet blijkens art. 6:230 BW (desgevorderd) wijken voor een wijziging van het overeengekomene, indien daardoor het nadeel aan de zijde van de dwalende op afdoende wijze kan worden opgeheven. Is het geleden nadeel in verhouding tot de omvang van de transactie gering, dan zal de dwalende waarschijnlijk reeds uit eigen beweging kiezen voor een wijziging (vgl. art. 6:230 lid 2 BW) of voor schadevergoeding op grond van art. 6:228 jo. 6:162 BW (par. 3.10.5 e.v.). Dat de dwalende in dat geval geen recht heeft op vergoeding van het positief contractsbelang, zal in de praktijk geen grote bezwaren opleveren. De meeste

806 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 666-667; Bakels 1993, p. 78, 85-86; Hammerstein & Vranken 2003, nr. 39; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 340; Van Baalen 2009, p. 304; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 219.

807 Toerekenbaarheid wordt in dit verband, behoudens tegenbewijs door de wederpartij (de schuldenaar), verondersteld. Zie par. 3.10.9, aan het slot.

808 Zie over het onderscheid tussen positief en negatief contractsbelang bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 26.

809 Zie bijv. Gerbrandy 1990, p. 288; Van Rossum 1994, p. 226-227; Smits 1999, p. 26; Van Laarhoven 2006, p. 11; en Valk 2010a, p. 950.

810 Vgl. Vranken 1989, p. 208.

schadeposten kunnen immers, afhankelijk van de wijze waarop zij worden gepresenteerd, evengoed met een totstandkomingsgebrek als met een uitvoeringsgebrek in verband worden gebracht. Zo kan de als gevolg van dwaling gederfde winst – vaak genoemd als schoolvoorbeeld van positief contractsbelang – in de vorm van negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komen, indien de dwalende aannemelijk maakt dat hij door totstandkoming van de betrokken overeenkomst winst heeft gederfd die hij in het kader van een vergelijkbare overeenkomst met een derde had kunnen behalen.⁸¹¹ Ook in Europees verband wordt algemeen aanvaard dat de hier bedoelde ‘*lost opportunities*’ onder het negatief contractsbelang vallen.⁸¹² Zo beschouwd kan gevoeglijk worden ingestemd met de bekende uitspraak van Gerbrandy, dat de grens tussen dwaling en niet-nakoming in dit verband ‘zo dun als een spinneweb’ is.⁸¹³

Het zou desalniettemin van simplisme getuigen om uit het voorgaande te concluderen dat de leerstukken dwaling en niet-nakoming zich lenen voor inhoudelijke gelijkschakeling.⁸¹⁴ Met inachtneming van de bovenstaande nuanceringen resteert immers een principiële verschil, dat voor het onderwerp van deze studie cruciaal is. Dwaling is een zuiver informatievraagstuk.⁸¹⁵ De gedragstoetsing die in het kader van art. 6:228 BW plaatsvindt, is uitsluitend gericht op de beantwoording van de vraag of de dwalende bij de totstandkoming van de overeenkomst over voldoende informatie beschikte om een onjuiste voorstelling van zaken te voorkomen. Het leerstuk der niet-nakoming kent een bredere insteek.⁸¹⁶ Het gaat hier om de vraag waartoe partijen zich contractueel hebben verbonden, in het licht van hun gerechtvaardigde verwachtingen over en weer. Bij de beoordeling van die gerechtvaardigde verwachtingen kan uiteraard het precontractuele informatievraagstuk, zoals beheerst door art. 6:228 BW, opnieuw een belangrijke – en dikwijls beslissende – rol spelen. Maar het gaat hier uiteindelijk om méér dan alleen een goed geïnformeerde wilsvorming. Dit betekent dat bij de vaststelling van een contractbreuk mede gewicht kan toekomen aan omstandigheden die met de precontractuele versterking of vergaring van informatie niets van doen hebben.

811 Zie bijv. Tjittes 1994, p. 177; Ruygvoorn 2009, p. 54, 319; Hartlief in Spier e.a. 2009, nr. 203; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 641 aan het slot; en Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 107. Vgl. ook De Kluijver 1992, p. 310-315; en Van Dunné 2004a, p. 285, 554-555, die tegen deze achtergrond menen dat het onderscheid tussen positief en negatief contractsbelang geen betekenis meer heeft.

812 Zie bijv. Hesselink 1996, p. 906; Kötz 2009, nr. 359; Von Bar & Clive 2009, p. 530 (comments bij art. II-7:214 DCFR); en voorts de toelichting bij art. 2.1.15 PICC, sub 2.

813 Gerbrandy 1990, p. 288.

814 Aldus ook Van Rossum 1994, p. 226, 227; en Van Laarhoven 2006, p. 11-12.

815 Vgl. Smits 1999, p. 11.

816 Vgl. (toegesplitst op het conformiteitsvereiste van art. 7:17 BW) Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346a; Klik 2008, p. 35; en Meijer 2009, p. 130.

3.10.3 Vervolg; verschillende informatieplichten?

Wat betekent het voorgaande voor de verhouding tussen de informatieplichten bij dwaling en niet-nakoming? Sommige auteurs benadrukken – conform de vooropstelling in par. 3.10.2 – dat een beroep op niet-nakoming verstrekkender is dan een beroep op dwaling, zodat een precontractueel informatieverzuim eerder een beroep op dwaling dan een beroep op niet-nakoming rechtvaardigt.⁸¹⁷ De gedachte is kennelijk dat de informatieplichten uit hoofde van art. 6:228 BW in potentie ‘strenger’ zijn – in die zin dat zij meer bescherming (kunnen) bieden aan de teleurgestelde contractspartij – dan de informatieplichten uit hoofde van art. 6:74 BW. Hijma verwoordt het, toegespitst op de mededelingsplicht ex art. 6:228 lid 1 sub b BW, als volgt:

‘Het aannemen van een mededelingsplicht is in het licht van het wanprestatieleerstuk (...) belastender dan bij de dwaling. Gezien het feit dat het hier om Obliegenheiten gaat, die hun juridische status aan het eraan verbonden rechtseffect ontlenen en die dus niet los van dat effect kunnen worden vastgesteld, zal – ook al is in de praktijk wellicht herhaaldelijk een samenvaal te zien – in het kader van de wanprestatie *in essentie* voorzichtiger met het aannemen van een spreekplicht dienen te worden geopereerd dan bij het dwalingsleerstuk.’⁸¹⁸

Dezelfde visie wordt ook wel herleid tot de processuele autonomie van partijen. Voor het aannemen van informatieplichten ter bescherming van de teleurgestelde contractspartij bestaat minder aanleiding, zo is de gedachte, indien die partij zelf kiest voor instandhouding van de overeenkomst in plaats van vernietiging wegens dwaling. Aldus bijvoorbeeld Smits in zijn bekende monografie over de verhouding tussen dwaling en niet-nakoming:

‘Doet de koper [in geval van dwaling wegens schending van een mededelingsplicht door de verkoper; *K/O*] een beroep op ontbinding en/of schadevergoeding, dan kan de verkoper eerder een gebrek aan eigen onderzoek tegenwerpen aan de koper. In dat geval stelt de koper immers om hem moverende redenen geen totstandkomingsgebrek aan de orde: kennelijk acht hij zijn gebrek aan informatie niet van dien aard dat de overeenkomst moet worden vernietigd.’⁸¹⁹

De in deze citaten doorklinkende gedachte dat de precontractuele informatieplichten tussen art. 6:228 en 6:74 BW als het ware van kleur verschieten, spreekt mij niet aan. In beide wettelijke kaders gaat het om een afweging tussen eigen

817 Zie bijv. (toegespitst op onjuiste inlichtingen als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub a BW) Drion 1960, p. 490-491; Hijma 1994, p. 825-826; Bollen 2004, p. 417-418, 426-427; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 340, alsmede (toegespitst op de mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub b BW) Hijma 1991b, p. 666-667; Van Rossum 1994, p. 226, 227; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 342.

818 Hijma 1991b, p. 666-667.

819 Smits 1999, p. 31-32 (vgl. ook p. 19-20, 80-81).

en andermans verantwoordelijkheid ter zake van de precontractuele vergaring en verstrekking van informatie, en in beide wettelijke kaders geschiedt die afweging aan de hand van de precontractuele goede trouw. Zo beschouwd ligt het niet voor de hand te veronderstellen dat die goede trouw, als exponent van het ongeschreven recht als zodanig (vgl. par. 2.2.4), verschillende eisen stelt aan het precontractuele informatiegedrag van partijen naar gelang van het type rechtsvordering dat achteraf wordt ingesteld.⁸²⁰ Tegen diezelfde achtergrond heb ik moeite met de vaste lijn van de bekende effectenlease-jurisprudentie, zoals bevestigd door de Hoge Raad in het Dexia-arrest uit 2009,⁸²¹ die erop neerkomt dat de precontractuele waarschuwingsplicht van beleggingsinstellingen uit hoofde van wanprestatie c.q. onrechtmatige daad vérdér strekt dan hun mededelingsplicht ter zake van dwaling (par. 4.8.5). Deze benadering, die in wezen het spiegelbeeld vormt van de zojuist besproken zienswijze waarin de informatieplichten bij *dwaling* als verderstrekkend worden beschouwd, komt de inzichtelijkheid van het systeem der informatieplichten niet ten goede. De gedachte dat de precontractuele goede trouw, afhankelijk van het dogmatische kader waarin men zich bevindt, enerzijds wel, anderzijds niet van justitiabelen vergt dat zij bepaalde informatie vergaren c.q. verstrekken, is vanuit een oogpunt van gedragsnormering niet aantrekkelijk.⁸²²

Al met al verdient mijns inziens de heersende leer, die uitgaat van een gelijkschakeling van de precontractuele informatieplichten bij dwaling en niet-nakoming, de voorkeur. Dat laat onverlet – en in zoverre hebben de hierboven geciteerde auteurs gelijk – dat hun *uitwerking* op de beide leerstukken verschillend is. Een precontractueel informatieverzuim als bedoeld in art. 6:228 lid 1 BW rechtvaardigt zonder meer een beroep op dwaling, maar leidt niet automatisch tot wanprestatie, terwijl omgekeerd het ontbreken van een dergelijk verzuim niet per definitie correcte nakoming impliceert. Een en ander is mijns inziens het gevolg van de *strekking* van precontractuele informatieplichten (vgl. par. 2.3.3). Reeds in de jaren zestig van de vorige eeuw betoogde Drion dat de verschoonbaarheidsnormen bij dwaling, evenals andere gedragsnormen, worden gekenmerkt door ‘relativiteit’.⁸²³ Blijkens de door hem gegeven voorbeelden had Drion vooral het oog op wat in het kader van art. 6:163 BW de ‘persoonlijke relativiteit’ wordt genoemd.⁸²⁴ Zijn gedachte was dat een con-

820 Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 2 april 1993, *NJ* 1995, 94 m.nt. CJHB (Cattier/Waanders), sub 9.

821 HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.4.5 en 4.10.3.

822 Vgl. Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2168, die in dit verband spreken van een ‘schizofrene informatieplicht’.

823 Zie Drion 1967, p. 279; en Drion 1974, p. 48-58. Vgl. ook Valk 1993, p. 47, die betoogt dat voor *iedere* norm geldt ‘dat zij strekt tot bescherming van bepaalde belangen’, alsmede Van der Wiel 2004, p. 12, die meent dat ‘Obliegenheiten’ – waarvoor hij overigens de term ‘lasten’ preferereert – per definitie functioneren in een bepaalde rechtsverhouding en derhalve ‘relatief’ werken.

824 Zie bijv. Lindenbergh 2007, p. 10. Vgl. ook HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), r.o. 3.4.1.

tractspartij met boter op het hoofd geen beroep kan doen op een informatieplicht van de wederpartij, omdat een dergelijke contractspartij moet worden geacht zich aan het beschermingsbereik van de informatieplicht te hebben onttrokken.⁸²⁵

Deze relativiteitsgedachte kan worden uitgebreid, door aan te nemen dat meer in het algemeen een beroep op een precontractuele informatieplicht slechts mogelijk is, indien en voor zover het geschonden belang onder het beschermingsbereik van de betrokken informatieplicht valt.⁸²⁶ Aldus geformuleerd kan deze relativiteitsgedachte ook dienen ter verklaring van het hier besproken accentverschil tussen dwaling en niet-nakoming. Precontractuele informatieplichten strekken naar hun aard tot bevordering van een zuivere wilsvorming in de aanloop naar het sluiten van het contract. Dienovereenkomstig beschermen zij primair tegen ongewilde overeenkomsten, niet zonder meer tegen contractbreuk. Dat blijkt vooral bij de schending van een *waarheidsplicht* als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub a BW. Het feit dat de dwalende door een onjuiste inlichting van de wederpartij tot het aangaan van een overeenkomst is bewogen, moge voldoende zijn voor vernietiging van die overeenkomst wegens dwaling, het betekent nog niet dat de bedoelde inlichting ook tot de *contractsinhoud* is gaan behoren.⁸²⁷ Illustratief is het nu te bespreken arrest Paalman/Lampenier uit 2002.⁸²⁸

3.10.4 Vervolg; Paalman/Lampenier

Ondernemer Paalman sloot met Lampenier BV, een landelijke keten van verlichtingswinkels, een franchiseovereenkomst betreffende de exploitatie van een Lampeniervestiging te Apeldoorn. Voorafgaand aan het sluiten van deze overeenkomst was hem door Lampenier een 'vestigingsplaatsonderzoek' verschaft, dat in opdracht van Lampenier door een professioneel onderzoeksbureau was opgesteld. De omzet van de Apeldoornse vestiging bleef van meet af aan sterk achter bij de in het onderzoeksrapport vermelde prognose. Partijen hebben hierop in onderling overleg de franchiseovereenkomst voortijdig beëindigd. Vervolgens vorderde Paalman in rechte schadevergoeding ter zake

825 Zie bijv. Drion 1974, p. 49, alwaar Drion aldus de bekende vuistregel inzake het prevaleren van de waarheidsplicht (par. 3.6.15) verklaart.

826 Deze formulering omvat – in de terminologie van art. 6:163 BW – ook de 'zakelijke' en de 'ontstaansrelativiteit'. Vgl. Lindenberg 2007, p. 10.

827 Zie bijv. Bollen 2004, p. 420. Rechtsvergelijking bevestigt deze stelling. Zie bijv. Fabre-Magnan 1992, p. 507 e.v., die betoogt dat een precontractuele inlichting slechts onder bijzondere omstandigheden 'force obligatoire' heeft; en Storme 2003, p. 234-235, die in dit verband een onderscheid bepleit tussen 'Willenserklärungen' en 'Wissenserklärungen'. Vgl. voorts Von Bar & Clive 2009, p. 236, 487 en 583 (comments bij art. II-3:109(2), II-7:204 en II-9:102 DCFR).

828 HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier).

van zijn omzetzijning, daartoe stellende dat Lampenier toerekenbaar was tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de franchiseovereenkomst, althans jegens hem (Paalman) onrechtmatig had gehandeld, door in het kader van de onderhandelingen een onjuiste voorstelling van zaken te geven omtrent de te verwachten omzet van de Apeldoornse vestiging. Na een toewijzend vonnis van de rechtbank wees het hof Paalmans vordering af, kort gezegd omdat het hof van oordeel was dat de beweerde fouten in het onderzoeksrapport niet aan Lampenier konden worden toegerekend.

In cassatie klaagt Paalman tevergeefs over dit oordeel. In r.o. 3.3.2 stelt de Hoge Raad voorop dat, indien Paalman door fouten in het rapport in dwaling zou zijn gebracht, in beginsel vernietiging van de franchiseovereenkomst op grond van art. 6:228 lid 1 sub a BW mogelijk zou zijn, 'ongeacht of de fouten zijn toe te rekenen aan de franchisegever zelf dan wel aan een of meer derden'.⁸²⁹ Deze overweging is in overeenstemming met de heersende leer op het terrein der dwaling, inhoudend dat overwegingen van verwijtbaarheid ter zake van de schending van een waarheidsplicht irrelevant zijn (par. 3.6.8). Paalman vorderde in casu echter geen vernietiging wegens dwaling, maar schadevergoeding wegens onjuiste informatieverstrekking. De Hoge Raad vat het daartoe strekkende cassatiemiddel als volgt samen (r.o. 3.3.1):

'Het middel berust op de opvatting dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, voortvloeit dat op de franchisegever, in de onderhandelingsfase die aan het sluiten van een franchiseovereenkomst voorafgaat, de plicht rust er voor zorg te dragen dat door hem aan de franchisenemer te verschaffen prognoses omtrent de te verwachten omzetten of resultaten van de door de franchisenemer te stichten onderneming berusten op een deugdelijk onderzoek. Het middel verbindt hieraan klaarblijkelijk de gevolgtrekking dat indien de door de franchisegever aan de franchisenemer verschaft prognose berust op een niet deugdelijk onderzoek, en de franchisenemer daardoor onder invloed van een verkeerde voorstelling van zaken de overeenkomst aangaat, de franchisegever aansprakelijk is voor de schade die de franchisenemer hierdoor lijdt.'

Paalman baseert zijn schadeclaim dus op een precontractuele *zorgplicht* van Lampenier, inhoudend dat zij voldoende deugdelijke omzetprognoses had moeten verschaffen. Deze zorgplicht roept associaties op met de zorgplicht uit het – ruim anderhalf jaar later gewezen – arrest Marks/ASZ,⁸³⁰ waarin werd geoordeeld dat op een ziekenhuis de verplichting rustte om in haar foldermateriaal geen onjuiste informatie te verschaffen over een afvloeiingsregeling voor (oud-)werknemers. In de onderhavige context – de verstrekking van een omzetprognose in het kader van de onderhandelingen over een franchise-

829 De ondeugdelijkheid van het rapport, die door het hof in het midden was gelaten, moest in cassatie tot uitgangspunt worden genomen.

830 HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), (kritisch) besproken in par. 3.6.8.

overeenkomst – weigert de Hoge Raad een dergelijke zorgplicht aan de zijde van Lampenier te aanvaarden. Hij overweegt in r.o. 3.3.3:

‘De opvatting waarvan het middel, zoals hiervoor onder 3.3.1 is vermeld, uitgaat kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. Uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, vloeit niet de algemene regel voort dat op de franchisegever een verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten omtrent de te verwachten omzet of omtrent de winstverwachting. (...) Nu het bestaan van een verbintenis tot het verschaffen van inlichtingen als hiervoor bedoeld niet kan worden aangenomen, kan ook van een tekortkoming in de nakoming ervan geen sprake zijn en derhalve evenmin van een daarop berustende verplichting tot het vergoeden van schade.’

Ter nadere uitwerking voegt de Hoge Raad in r.o. 3.4 toe:

‘Uit de enkele omstandigheid dat een partij bij onderhandelingen die aan het sluiten van een franchiseovereenkomst voorafgaan, de ander een rapport over de te verwachten omzet en de te verwachten winst heeft verschaft, kan niet worden afgeleid dat een daartoe strekkende verbintenis op eerstgenoemde rustte.’

De geciteerde overwegingen lijken niet erg *to the point*. Natuurlijk impliceert het feit dat de wederpartij bepaalde informatie verschaft niet een mededelingsplicht. Het ging hier echter om de vraag of de (al dan niet vrijwillige) verschaffing van *onjuiste* informatie kan leiden tot aansprakelijkheid.⁸³¹ De Hoge Raad erkent dat ook, maar geeft er blijkens het vervolg van r.o. 3.4 de voorkeur aan om deze vraag te behandelen in het kader van art. 6:162 BW:

‘Wel zal de franchisegever die een rapport, zoals hiervoor bedoeld, aan zijn wederpartij verschaft, onder omstandigheden onrechtmatig handelen, indien hij weet dat dit rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt. Op deze grond zou kunnen worden aangenomen dat de franchisegever verplicht is de door zijn wederpartij geleden schade te vergoeden. (...) De vraag of Lampenier op grond van onrechtmatige daad jegens Paalman aansprakelijk is, is in cassatie echter niet aan de orde.’

Zo valt het doek voor Paalman, omdat hij in cassatie over een eventuele onrechtmatige daad van Lampenier niets had aangevoerd. Het cassatiemiddel strekte (kennelijk) ten betoge dat de beweerde strijd met de precontractuele goede trouw rechtstreeks, als wanprestatie in de zin van art. 6:74 BW, tot aansprakelijkheid van Lampenier kon leiden (vgl. par. 3.10.7). Die benadering wordt door de Hoge Raad verworpen. Annotator Vranken toont zich kritisch:

831 Vgl. Bollen 2004, p. 422, die meent de Hoge Raad de zaak beter dienovereenkomstig had kunnen behandelen. Zie over het onderscheid tussen vrijwillig en desgevraagd verschaft onjuiste inlichtingen par. 3.6.6.

‘Er is (...) een overeenkomst tot stand gekomen die Paalman niet oplevert wat hij er, mede op grond van het rapport, naar eigen zeggen van mocht verwachten. Waarom kan die stelling niet beoordeeld worden? (...) Ik begrijp bovenstaande uitspraak niet.’⁸³²

Hoe moet het arrest worden begrepen? Het lijkt erop dat de Hoge Raad bovenal wil voorkomen dat iedere precontractuele inlichting over de band van art. 6:228 lid 1 sub a BW tot contractsinhoud promoveert.⁸³³ Daarvoor behoeft echter niet te worden gevreesd, reeds omdat ook in het dwalingsleerstuk niet elke onjuiste inlichting schending van een waarheidsplicht oplevert (par. 3.6.6). Bovendien – en dat is belangrijker – biedt het leerstuk der niet-nakoming alle ruimte om een eventueel in het kader der dwaling aangenomen waarheidsplicht buiten de inhoud van de gesloten overeenkomst te houden. De sleutel ligt in de *relativiteit* van de geschonden waarheidsplicht (vgl. par. 3.10.3). Illustratief is wat Van Laarhoven opmerkt over het arrest:

‘Ik meen dat het goed verdedigbaar is dat men ten aanzien van dergelijke, in de praktijk gangbare rapporten, niet een normstellend karakter verbindt ten aanzien van de vraag wat een franchisenemer mag *verwachten aan omzet en winst*, maar dat dergelijke rapporten eerst en vooral een norm stellen ten aanzien van wat een franchisenemer mag verwachten *om een goed geïnformeerde beslissing te kunnen nemen* over het al dan niet aangaan van een franchiseovereenkomst.’⁸³⁴

Dit is mijns inziens de kern van het arrest. De waarheidsplicht van Lampenier uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub a BW strekte tot bevordering van *informed consent* aan de zijde van Paalman. Schending ervan, veroorzaakt door de onjuistheid van de verstrekte omzetprognose, leverde dienovereenkomstig grond op voor vernietiging van de franchiseovereenkomst wegens dwaling. Nu Paalman echter opteerde voor schadevergoeding wegens wanprestatie, bracht de relativiteit van de geschonden waarheidsplicht mee dat hij in dat kader enkel recht had op vergoeding van het *negatief* contractsbelang, gelegen in de schade die hij had geleden doordat hij wegens een onjuiste inlichting een overeenkomst was aangegaan die hij op basis van toereikende informatie niet zou hebben gesloten. Voor vergoeding van de omzet die hij (ijdel) hoopte

832 NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 (Paalman/Lampenier), sub 14 en 16.

833 Vgl. Bollen 2004, p. 422.

834 Van Laarhoven 2006, p. 12. Verderop bepleit Van Laarhoven overigens alsnog aansprakelijkheid van de franchisegever indien deze in strijd handelt met zijn ‘zorgplicht om te voorkomen dat de franchisenemer een verkeerde beslissing neemt’.

te kunnen behalen in het kader van die 'ongewilde' overeenkomst was logischerwijze geen plaats.⁸³⁵

3.10.5 Aansprakelijkheid wegens schending informatieplicht?

De dogmatische exercitie in de voorgaande paragrafen dient als basis voor de nu volgende behandeling van een praktisch thema: de aansprakelijkheid wegens schending van precontractuele informatieplichten. In par. 3.10.1 bleek reeds dat de schending van een 'contractuele' informatieplicht rechtstreeks tot aansprakelijkheid op de voet van art. 6:74 BW kan leiden, terwijl 'precontractuele' informatieplichten op indirecte wijze kunnen bijdragen aan de vaststelling van een contractbreuk. In de praktijk rijst dikwijls de vraag of de schending van een precontractuele informatieplicht ook *als zodanig* grond kan opleveren voor een vordering tot schadevergoeding van de daardoor benadeelde partij.

Men denke bijvoorbeeld aan het geval waarin de koper van een tweedehands auto de koopovereenkomst vernietigt wegens dwaling omtrent een door de verkoper verzwegen, onherstelbaar veiligheidsgebrek, en daarbij vergoeding vordert van de kosten van de keuring die dit gebrek aan het licht bracht. Een dergelijke vordering kan niet rechtstreeks op art. 6:228 lid 1 sub b BW worden gebaseerd. Art. 6:230 BW, inzake de wijziging van het overeengekomene, biedt slechts soelaas indien het door de koper geleden nadeel op afdoende wijze kan worden opgeheven door een verlaging van de koopprijs, waarin de kosten van de keuring zijn verdisconteerd.⁸³⁶ Daarvan zal geen sprake zijn indien de auto onherstelbaar gebrekkig is. Schadevergoeding wegens contractbreuk op grond van art. 6:74 BW lijkt evenmin aan de orde, reeds omdat de desbetreffende overeenkomst als gevolg van de vernietiging moet worden geacht niet te hebben bestaan (art. 3:53 BW). Bovendien levert volgens de heersende leer een precontractueel informatieverzuim als zodanig geen contractuele tekortkoming op (par. 3.10.3). De opvatting van De Mol, dat de precontractuele informatieplichten na totstandkoming van de overeenkomst door de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) tot de contractsinhoud gaan behoren,⁸³⁷ kan mijns inziens in haar algemeenheid niet worden

835 Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan art. IV.E-4:102(2) jo. II-7:214(2) DCFR, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat een precontractueel informatieverzuim van de franchisegever hoogstens leidt tot aansprakelijkheid ter zake van het negatief contractsbelang. Terughoudender is par. 129 van de toelichting bij de Unidroit Model Franchise Disclosure Law (te raadplegen via: <www.unidroit.org>), alwaar deze kwestie aan het nationale recht wordt overgelaten. Vgl. overigens hetgeen halverwege par. 3.10.2 werd opgemerkt ter nuancering van het onderscheid tussen positief en negatief contractsbelang.

836 Zie Castermans 1992a, p. 133-134, die een dergelijke verdiscontering denkbaar acht. Vgl. ook MvA II, PG Boek 6, p. 915.

837 De Mol 2002, p. 286.

aanvaard (vgl. par. 3.8.7). Zo rijst de vraag of een precontractueel informatieverzuim *als zodanig* – buiten de inhoud van het overeengekomene om – grond kan opleveren voor schadeplichtigheid.

3.10.6 Vervolg; art. 6:162 BW

In de literatuur is van oudsher omstreden of op basis van de precontractuele goede trouw c.q. redelijkheid en billijkheid aansprakelijkheid kan worden aanvaard.⁸³⁸ Vandaar dat de heersende leer het antwoord op de zojuist bedoelde vraag veiligheidshalve zoekt in de sfeer van de onrechtmatige daad.⁸³⁹ De gedachte is dat het 'slachtoffer' van de schending van een precontractuele informatieplicht ter onderbouwing van zijn vordering tot schadevergoeding zal moeten aantonen dat aan de vereisten van art. 6:162 BW is voldaan. Vereist is dus dat de precontractuele fout van de wederpartij tevens kwalificeert als toerekenbare onrechtmatige daad, zodat de dientengevolge geleden schade wegens 'culpa in contrahendo' voor vergoeding in aanmerking komt.⁸⁴⁰

Wat betreft het eerste vereiste voor delictuele aansprakelijkheid, de onrechtmatigheid, wordt algemeen aangenomen dat een schending van de precontractuele goede trouw tevens strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW oplevert.⁸⁴¹ Dat is terecht, nu zowel die goede trouw als de maatschappelijke zorgvuldigheid exponenten zijn van het ongeschreven privaatrecht als zodanig. Weliswaar valt te betogen dat de eisen die de maatschappelijke zorgvuldigheid aan het menselijk gedrag in het algemeen stelt, minder streng zijn dan de eisen die de precontractuele goede trouw stelt aan onderhandelingsgedrag in het bijzonder,⁸⁴² maar eenmaal toegespitst op de precontractuele context van de hier bedoelde gevallen zullen de maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen qua gestrengheid denkkelijk niet onderdoen voor de precontractuele eisen van goede trouw (par. 2.2.4). Zo beschouwd kan gevoelig worden aangenomen dat met de schending van een precontractuele informatieplicht tevens de onrechtmatigheid is gegeven.

838 Vgl. Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 43 e.v. Zie ook par. 3.10.7 en 3.12.2.

839 Zie bijv. Castermans 1989, p. 136-137; Van Rossum 1989, p. 497; Chao-Duivis 1990, p. 255; Van Rossum 1991, p. 50-51; Castermans 1992a, p. 135; C.J.H. Brunner, NJ-annotatie bij HR 2 april 1993, NJ 1995, 94 (Cattier/Waanders), sub 3; Smits 2003, nr. 28; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 249; Brink 2009, p. 164; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 640; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 176; Valk 2010a, p. 911; Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.1; en Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel), aant. 74. Zie ook MvA II, PG Boek 6, p. 915; en HR 9 juni 1995, NJ 1995, 534 (Visser/Ridderkerk), r.o. 3.4.

840 Zie uitgebreid over 'culpa in contrahendo' als grondslag voor precontractuele informatieplichten De Boeck 2000, p. 176-219.

841 Zie de literatuur, vermeld in par. 2.2.4. Vgl. ook Hof Arnhem 7 november 2006, LJV AZ6032, NJF 2007, 118, r.o. 4.18.

842 Vgl. Nieuwenhuis 2010, p. 60.

Het vereiste van toerekenbaarheid (art. 6:162 lid 3 BW) levert ogenschijnlijk meer problemen op. Volgens de heersende leer is de toerekenbaarheid van een precontractueel informatieverzuim afhankelijk van de aard van de geschonden informatieplicht.⁸⁴³ Schending van een *mededelingsplicht* (art. 6:228 lid 1 sub b BW) wordt algemeen beschouwd als een sterke of zelfs dwingende aanwijzing voor aansprakelijkheid.⁸⁴⁴ Dat laatste is juist, nu de toerekenbaarheid in dit verband is verdisconteerd in de basisvereisten voor het aannemen van een mededelingsplicht (par. 3.6.2). Meer in het bijzonder impliceert het feit dat de wederpartij heeft gezwegen over feiten die zij kende of geacht mocht worden te kennen, terwijl zij begreep of geacht mocht worden te begrijpen dat die feiten voor de benadeelde van beslissend belang waren en dat deze er mogelijk over zou dwalen, toerekenbaarheid, zo niet krachtens schuld (indien de wederpartij daadwerkelijk beschikte over de betreffende kennis), dan toch krachtens verkeersopvattingen (indien de wederpartij geacht mocht worden over die kennis te beschikken).

Schending van een *waarheidsplicht* (art. 6:228 lid 1 sub a BW) impliceert níet zonder meer toerekenbaarheid in de zin van art. 6:162 lid 3 BW.⁸⁴⁵ Dat de dwalende in gerechtvaardigd vertrouwen is afgegaan op een onjuiste inlichting van de wederpartij, is als zodanig een kleurloze vaststelling, vrij van enig verwijt aan het adres van de wederpartij. Een precontractuele 'zorgplicht' ter verificatie van verstrekte inlichtingen, zoals aangenomen in het arrest Marks/ASZ uit 2003,⁸⁴⁶ geldt zeker niet in algemene zin (vgl. par. 3.6.8).⁸⁴⁷ Evenmin kan naar mijn mening worden aangenomen dat de verstrekking van een onjuiste inlichting naar verkeersopvattingen immer voor rekening van de wederpartij behoort te komen. De toerekenbaarheid vormt in dit verband dus een zelfstandige toets, zoals ook blijkt uit art. II-7:204 DCFR inzake 'Liability for loss caused by reliance on incorrect information'.⁸⁴⁸ Volgens lid 1 heeft de partij die in goed vertrouwen op een onjuiste inlichting van de wederpartij een overeenkomst is aangegaan recht op schadevergoeding, indien de weder-

843 Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.1-18.4. *Anders* Chao-Duivis 1990, p. 243; en Chao Duivis 1996, p. 378 e.v., die zonder meer uitgaat van het principe 'de veroorzaker betaalt'.

844 Zie bijv. Castermans 1989, p. 138; Castermans 1992a, p. 136-138; Dammingh 2002, p. 224; De Mol 2002, p. 289 (welke auteurs de schending van een mededelingsplicht zonder meer voldoende achten voor aansprakelijkheid), alsmede (iets terughoudender) Van Rossum 1989, p. 501; Van Rossum 1991, p. 52; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 249; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 640; Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.3; en Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel), aant. 74. *Anders* De Grooth 1948, p. 73-74, die de onderhavige gelijkenschakeling verwierpt.

845 Zie bijv. De Mol 2002, p. 289; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 249; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 640; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 165 en 176; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.2.

846 HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ).

847 *Anders* art. 28 CESL, dat voorziet in een algemene 'duty to ensure that information supplied is correct'.

848 Zie Von Bar & Clive 2009, p. 487-488. Vgl. ook art. 4:106 PECL.

partij (i) wist of behoorde te weten dat de inlichting onjuist was ('believed the information to be incorrect or had no reasonable grounds for believing it to be correct'), en (ii) wist of behoorde te weten dat de inlichting voor de dwalende van beslissend belang was ('knew or could reasonably be expected to have known that the recipient would rely on the information in deciding whether or not to conclude the contract on the agreed terms').

In geval van schending van een waarheidsplicht veronderstelt toerekenbaarheid dus kennis van de onjuistheid van de verstrekte inlichting en kennis van de relevantie ervan.⁸⁴⁹ Nu laatstbedoeld element, de kenbaarheid van het causaal verband, reeds besloten ligt in de schending van een waarheidsplicht als zodanig (par. 3.6.7), resteert per saldo alleen de *kennis van de onjuistheid* als bijkomend vereiste voor aansprakelijkheid. In de literatuur is gesuggereerd om dit vereiste met de nodige soepelheid te hanteren.⁸⁵⁰ Zo heeft Van Rossum gepleit voor omkering van de bewijslast, zodanig dat de wederpartij aansprakelijk is, 'tenzij deze kan aantonen dat zij redelijke gronden had aan te nemen dat haar verklaring juist was'.⁸⁵¹ Deze benadering ligt in zoverre voor de hand, dat meer in het algemeen bij de toepassing van art. 6:162 BW wordt aangenomen dat mét het bewijs der onrechtmatigheid voorshands ook de toerekenbaarheid is gegeven.⁸⁵² Bovendien heeft deze benadering als voordeel dat zij voorkomt dat de wederpartij bewijsrechtelijk wordt beschermd tegen de consequenties van een door haarzelf verstrekte onjuiste inlichting, ten koste van de dwalende die daarop gerechtvaardigd heeft vertrouwd. Gelet op het wettelijk stelsel van art. 6:162 BW jo. 150 Rv geef ik echter, conform de heersende leer op het terrein van de onrechtmatige daad, de voorkeur aan de hanteling van een *feitelijk vermoeden* van toerekenbaarheid.⁸⁵³ Deze constructie verschilt in zoverre van een omkering van de bewijslast, dat het bewijsrisico hier, conform de hoofdregel van art. 150 Rv, blijft rusten bij de dwalende. Dientengevolge kan de wederpartij bij het leveren van tegenbewijs volstaan met het 'ontzenuwen' van het vermoeden van toerekenbaarheid.⁸⁵⁴ Zij behoeft niet te bewijzen dat zij wist noch behoorde te weten van de onjuistheid, maar kan ermee volstaan aannemelijk te maken – in zoverre conform het pleidooi van Van Rossum – dat zij redelijke gronden had om aan te nemen dat haar inlichting juist was. Slaagt de wederpartij erin om aldus voldoende twijfel te

849 Aldus reeds Castermans 1989, p. 137; en Castermans 1992a, p. 136.

850 Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.2; en Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel), aant. 74.

851 Van Rossum 1989, p. 500; en Van Rossum 1991, p. 51. Zie instemmend Van Velten 1992, p. 240. Zie kritisch Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 249; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 640.

852 Zie bijv. Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 74; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 107; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 57.

853 Zie daarover bijv. Asser 2004, nr. 32 e.v.; Snijders e.a. 2011, nr. 214; en Thoe Schwartzenberg 2011, nr. 20, 22.

854 Vgl. Snijders e.a. 2011, nr. 199, 214.

zaaien, dan moet de vordering van de dwalende bij gebrek aan bewijs worden afgewezen.

Het hier bepleite feitelijk vermoeden van toerekenbaarheid impliceert overigens niet dat ook de *onrechtmatigheid* in geval van de verstrekking van een onjuiste inlichting voorshands kan worden aangenomen. In par. 3.6.6 bleek reeds dat de gelding van een precontractuele waarheidsplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub a BW afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het ligt mijns inziens voor de hand dat de dwalende zulke omstandigheden, overeenkomstig de hoofdregel van art. 150 Rv., zal moeten stellen en (zo nodig) bewijzen. Slaagt hij daarin, dan staat – conform het bovenstaande – de toerekenbaarheid van het precontractuele informatieverzuim voorshands, bij wege van feitelijk vermoeden, vast.

Wat betreft de gevallen van *wederzijdse dwaling* (art. 6:228 lid 1 sub c BW) wordt meestal aangenomen dat aansprakelijkheid hier in beginsel niet aan de orde is.⁸⁵⁵ De gedachte is blijkbaar dat bezwaarlijk kan worden gesproken van toerekenbaar onrechtmatig handelen, indien geen der partijen de dwaling heeft veroorzaakt. Uitgaande van de in par. 3.6.9 verdedigde opvatting dat ook in gevallen van wederzijdse dwaling dikwijls een der partijen verantwoordelijk kan worden gehouden voor (het voortbestaan van) de dwaling, namelijk wegens schending van een *onderzoeksplicht*, kan die gedachte worden genuanceerd. Meer in het bijzonder zou ik menen dat een partij die in strijd met de precontractuele goede trouw nalaat een wederzijdse onwetendheid door het doen van nader onderzoek op te heffen, toerekenbaar onrechtmatig handelt jegens haar wederpartij, de dwalende. Onrechtmatig, omdat de precontractuele goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid in dit verband op één lijn kunnen worden geplaatst. Toerekenbaar, omdat de gelding van een onderzoeksplicht verschoonbaarheid per definitie uitsluit. Een en ander betekent (uiteeraard) niet dat aansprakelijkheid in geval van wederzijdse dwaling licht kan worden aanvaard. Het aannemen van een onderzoeksplicht als hier bedoeld vergt, integendeel, een zorgvuldige onderbouwing aan de hand van de omstandigheden van het geval (par. 3.6.9). Wel meen ik te kunnen concluderen dat aansprakelijkheid in gevallen van wederzijdse dwaling minder uitzonderlijk is dan dikwijls wordt verondersteld.

Al met al levert mijns inziens de schending van een precontractuele mededelingsplicht (art. 6:228 lid 1 sub b BW) of onderzoeksplicht (art. 6:228 lid 1 sub c BW) per definitie een toerekenbare onrechtmatige daad op, terwijl de schending van een precontractuele waarheidsplicht (art. 6:228 lid 1 sub a BW) voorshands, bij wege van feitelijk vermoeden, als delictuele fout kan worden

855 Zie bijv. Castermans 1989, p. 137; Van Rossum 1989, p. 497; Van Rossum 1991, p. 51; Castermans 1992a, p. 135; De Mol 2002, p. 289; Asser/Hijma nr. 249; Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.4; en Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel), aant. 74. Anders Chao-Duivis 1990, p. 260, die meent dat de eventuele schade 'naar billijkheid' moet worden verdeeld.

gekwaliceerd. Zo bezien is bij een schadeclaim op grond van art. 6:162 BW wegens schending van een precontractuele informatieplicht de praktische betekenis van de vereisten onrechtmatigheid en toerekenbaarheid gering, althans in die zin dat mét het bewijs van de schending van een precontractuele informatieplicht ook het (al of niet voorlopige) bewijs van een delictuele fout is geleverd.

Toegevoegde waarde hebben hier vooral de overige vereisten voor delictuele aansprakelijkheid: schade, causaal verband en relativiteit. Nu de eerste twee daarvan geen wezenlijk andere rol spelen dan in andere vraagstukken van aansprakelijkheid, lijkt het *relativiteitsvereiste* (art. 6:163 BW) per saldo de meest principiële begrenzing te vormen van de aansprakelijkheid wegens schending van een precontractuele informatieplicht. Meer in het bijzonder vormt dit vereiste de verklaring van de heersende leer, die ervan uitgaat dat de schending van een precontractuele informatieplicht slechts kan leiden tot vergoeding van het *negatief contractsbelang*.⁸⁵⁶ Aangenomen dat precontractuele informatieplichten naar hun aard strekken tot bevordering van een zuivere wilsvorming in de aanloop naar het contract (par. 3.10.3), ligt het voor de hand dat een schending ervan nooit méér kan rechtvaardigen dan de vergoeding van de schade die is ontstaan door de totstandkoming van een overeenkomst die op basis van voldoende c.q. juiste informatie niet gesloten zou zijn. De opvatting van Castermans, die onder verwijzing naar het leerstuk van afgebroken onderhandelingen betoogt dat vergoeding van het positief contractsbelang mogelijk moet zijn,⁸⁵⁷ deel ik niet.⁸⁵⁸ Integendeel zou ik menen dat de relativiteit van de precontractuele informatieplichten, derhalve hun strekking tot bevordering van ‘informed consent’ in de onderhandelingsfase, meebrengt dat een precontractueel informatieverzuim nimmer aansprakelijkheid ter hoogte van het positief contractsbelang kan opleveren, ook niet waar het gaat om afgebroken onderhandelingen (par. 3.12.2).

3.10.7 Vervolg; art. 6:74 BW

Tot zover stond hierboven, conform de heersende leer, art. 6:162 BW centraal als grondslag voor de aansprakelijkheid wegens schending van een precontractuele informatieplicht. Van tijd tot tijd rijst in rechtspraak en literatuur de vraag of deze ‘*by-pass*’ via de onrechtmatige daad – de formulering is van

856 Zie bijv. Chao-Duivis 1990, p. 255; Barendrecht 1995, p. 360; Hesselink 1999, p. 257; Van Rossum 2000, p. 463; Van Baalen 2006, p. 254; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 249; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 641; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 19.1. Vgl. ook art. 4:117 PECL en art. II-7:214(2) DCFR, waarover Von Bar & Clive 2009, p. 529-530 en 532.

857 Zie Castermans 1989, p. 141-143; en Castermans 1992a, p. 141-143. Aldus ook De Mol 2002, p. 290.

858 Zie eveneens kritisch Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 641.

Wessels⁸⁵⁹ – kan worden omzeild door de aansprakelijkheid rechtstreeks te baseren op art. 6:74 BW. De gedachte is dat precontractuele informatieplichten zouden kunnen kwalificeren als ‘verbintenissen’ in de zin van art. 6:1 jo. 6:2 BW,⁸⁶⁰ zodat de schending ervan zonder meer wanprestatie zou opleveren. In het arrest *Cattier/Waanders* uit 1993, dat in de navolgende paragraaf wordt besproken, lijkt de Hoge Raad die constructie te hebben aanvaard.⁸⁶¹ Niettemin blijft naar mijn mening de door de heersende leer verkozen weg van de onrechtmatige daad de voorkeur genieten.⁸⁶² In de meeste gevallen van schending van een precontractuele informatieplicht roept immers de toepassing van art. 6:74 BW – en het gebruik van de in dat kader ingeburgerde term ‘wanprestatie’ – ongewenste associaties op met de aanwezigheid van een *contractbreuk*, waarvan in dit verband doorgaans juist geen sprake zal zijn (vgl. par. 3.10.1). Alleen indien de contractuele terminologie zich als het ware opdringt, omdat partijen elkaar onder de gegeven omstandigheden zo dicht waren genaderd dat hun precontractuele verhouding zich nauwelijks van een contractuele liet onderscheiden, kan mijns inziens de constructie van precontractuele informatieplichten als verbintenissen verhelderend zijn. Een dergelijke situatie was inderdaad aan de orde in het arrest *Cattier/Waanders* (par. 3.10.8).

Hoe dan ook meen ik dat de keuze voor de contractuele of delictuele terminologie – voor art. 6:74 of 6:162 BW als grondslag voor aansprakelijkheid – *materieel* geen consequenties zou moeten hebben. In par. 3.10.6 bleek reeds dat de precontractuele goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid in dit verband op één lijn kunnen worden geplaatst. Wat betreft de toerekening der normschending bestaat er op het eerste gezicht een processueel verschil, omdat in het kader van art. 6:74 BW de toerekenbaarheid – behoudens tegenbewijs van overmacht door de wederpartij (art. 6:75 BW) – wordt verondersteld (par. 3.10.9), terwijl in het kader van art. 6:162 BW de bewijslast op de benadeelde partij rust.⁸⁶³ Dit verschil wordt echter tot minimale proporties gereduceerd, wanneer men ervan uitgaat dat, zoals werd betoogd in par. 3.10.6, mét het bewijs van de schending van een precontractuele informatieplicht tevens het (al of niet voorlopige) bewijs van toerekenbaarheid in de zin van art. 6:162 lid 3 BW is gegeven. De vaststelling van schade en causaal verband zal in het

859 Wessels 1995, p. 476.

860 Vgl. HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel), p. 1145, waar de Hoge Raad de mogelijkheid aanvaardde van een uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verbintenis. Zie in gelijke zin *MvA II Inv.*, PG Boek 6 (Inv.), p. 1438.

861 HR 2 april 1993, *NJ* 1995, 94 m.nt. CJHB (*Cattier/Waanders*). Zie nader over de ‘bestaanszekerheid’ van deze constructie par. 3.10.8.

862 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 205 jo. 642, alwaar de precontractuele goede trouw kennelijk vooral geschikt wordt geacht als grondslag voor aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen (nr. 205), terwijl voor overige gevallen van ‘onbehoorlijk gedrag’ in de precontractuele fase in beginsel wordt verwezen naar het leerstuk van de onrechtmatige daad (nr. 642).

863 Zie bijv. *TM*, PG Boek 6, p. 618; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 107.

kader van art. 6:74 en 6:162 BW identiek zijn, gelet op de algemene regeling die daarvoor is gegeven in afdeling 6.1.10 BW. Wat betreft het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW zou ik menen dat dit inherent is aan het verschijnsel van informatieplichten als zodanig (par. 3.10.3), zodat vergoeding van het positief contractbelang wegens schending van een precontractuele informatieplicht óók in het kader van art. 6:74 BW mijns inziens niet tot de mogelijkheden behoort (vgl. par. 3.10.6).⁸⁶⁴ Zo beschouwd is de keuze tussen de contractuele en de delictuele weg in dit verband lood om oud ijzer.⁸⁶⁵ Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken arrest *Cattier/Waanders*.⁸⁶⁶

3.10.8 Vervolg; *Cattier/Waanders*

Waanders kocht van Cattier een Twentse boerderij, met de bedoeling de door Cattier aldaar geëxploiteerde varkenshouderij voort te zetten. Krachtens de 'Interimwet beperking varkens- en pluimveehouderijen' mocht op het perceel slechts een beperkt aantal 'varkenseenheden' worden geëxploiteerd, afhankelijk van het aantal geëxploiteerde varkenseenheden op een bepaalde peildatum. De vaststelling daarvan was blijkbaar geen sinecure, want na het sluiten van de koopovereenkomst had Waanders de grootste moeite om bij de bevoegde instanties te weten te komen hoeveel varkens hij mocht houden op zijn boerderij. Toen hij uit inlichtingen van het ministerie van landbouw meende te mogen afleiden dat het aantal varkenseenheden 200 bedroeg, in plaats van de 400 die Cattier hem – aldus Waanders – aanvankelijk had voorgespiegeld, trad Waanders met Cattier in onderhandeling over een 'nadere overeenkomst' tot aanpassing van de koopprijs. Cattier ging hierop akkoord met een verlaging van de koopprijs van f 325.000 tot f 290.000. Enkele maanden later werd duidelijk dat het toegestane aantal varkenseenheden in werkelijkheid slechts 100 bedroeg, derhalve nog minder dan ten tijde van het sluiten van de nadere overeenkomst verondersteld. Volgens Waanders wist Cattier hiervan en had hij het hem moeten melden. Waanders koos nu voor de gerechtelijke weg en sprak Cattier aan tot schadevergoeding wegens wanprestatie, althans onrechtmatige daad.

Het hof wees Waanders' vordering toe, daartoe overwegende dat Cattier tijdens de onderhandelingen over de nadere overeenkomst, gelet op de hem toen bekende informatie, in redelijkheid niet ervan had mogen uitgaan dat het door Waanders veronderstelde aantal varkenseenheden op juiste gegevens berustte (r.o. 6.1.6), dat het voor Cattier duidelijk moest zijn geweest dat het

864 Dat is uiteraard anders indien het precontractuele informatieverzuim (tevens) resulteert in een contractbreuk (vgl. par. 3.10.1).

865 Aldus ook Smits 2003, nr. 28.

866 HR 2 april 1993, NJ 1995, 94 m.nt. CJHB (*Cattier/Waanders*).

veronderstelde aantal voor Waanders van essentieel belang was (r.o. 6.1.7), en dat onder die omstandigheden de goede trouw hem gebood om Waanders in kennis te stellen van de onjuistheid van zijn veronderstelling (r.o. 6.1.7). Het hof leidde deze mededelingsplicht af uit de 'nieuwe verplichtingen' die de nadere overeenkomst – door het hof overigens aangeduid als een overeenkomst van 'schuldvernieuwing' – voor partijen meebracht, 'zowel in haar gevolg als in de fase van haar totstandkoming' (r.o. 6.2.1).

In cassatie klaagt Cattier dat het niet-nakomen van een mededelingsplicht als door het hof aanvaard slechts grond kan opleveren voor vernietiging wegens dwaling of bedrog, niet voor een vordering tot schadevergoeding. De Hoge Raad verwerpt deze klacht (r.o. 3.5.1):

'Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. Niet-nakoming van een zodanige, op de eisen van redelijkheid en billijkheid (goede trouw) berustende mededelingsplicht kan ook een verplichting tot schadevergoeding in het leven roepen.'

Voorts klaagt Cattier 'dat schadevergoeding wegens het niet nakomen van een mededelingsplicht als door het Hof aangenomen slechts voor toewijzing vatbaar is, indien zodanige niet-nakoming in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt'. Ook deze klacht faalt (r.o. 3.6.4):

'Dit betoog kan (...) niet als juist worden aanvaard. Een schadevergoedingsplicht kan evenzeer intreden, indien het niet nakomen van de mededelingsplicht, zoals het Hof in het onderhavige geval heeft aangenomen, strijdig is met de goede trouw.'

Kennelijk behoefde Waanders in casu niet de gebaande paden van de onrechtmatige daad te bewandelen. A-G Hartkamp concludeerde in gelijke zin:

'Uit hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt kan een mededelingsplicht voortvloeien; schending daarvan (...) is dan onrechtmatig en verplicht tot schadevergoeding. Maar dit rechtsgevolg kan ook intreden bij een door de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) beheerste rechtsbetrekking. Dit laatste doet zich hier voor; het hof heeft immers aangenomen (zie r.o. 6.1.7) dat de mededelingsplicht in casu op de goede trouw berust. Dan kan er sprake zijn van een verbintenis, waarvan de niet-nakoming verplicht tot schadevergoeding op grond van de algemene regels inzake het niet nakomen van verbintenissen.'⁸⁶⁷

Met deze algemeen geformuleerde overwegingen lijken Hoge Raad en Hartkamp de mogelijkheid te erkennen van een uit de precontractuele goede trouw voortvloeiende *verbintenis* tot informatieverstrekking, die rechtstreeks tot

867 Conclusie van A-G Hartkamp, sub 10. Vgl. ook sub 9.

aansprakelijkheid op grond van art. 6:74 BW leidt.⁸⁶⁸ Sommige auteurs hebben deze constructie bekritiseerd.⁸⁶⁹ Het is echter onzeker of zij werkelijk tot het geldende recht behoort, althans in algemene zin en tot op de dag van vandaag. Een eerste grond voor twijfel is gelegen in de bijzondere casuïstiek van het arrest. 's hofs hierboven weergegeven oordeel laat evengoed een lezing toe waarin de mededelingsplicht van Cattier in de aanloop naar de nadere overeenkomst voortvloeide uit de toen reeds tot stand gekomen koopovereenkomst. Alsdan zou het hier 'gewoon' gaan om een contractbreuk ter zake van die eerste overeenkomst, als gevolg van aanvulling van het overeengekomene op grond van art. 6:248 lid 1 BW.⁸⁷⁰

Een tweede grond voor twijfel is gelegen in de meer recente jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin het college als vanouds lijkt aan te knopen bij de onrechtmatige daad als (exclusieve) grondslag voor aansprakelijkheid. Reeds in 1995, iets meer dan twee jaar na het wijzen van Cattier/Waanders, overwoog de Hoge Raad – overigens in het kader van art. 1489 BW (oud), dat echter op dit punt niet principieel van het huidige recht verschilde – dat van een grond voor schadevergoeding wegens dwaling 'slechts sprake is indien de dwaling is veroorzaakt door gedragingen van de wederpartij die jegens de dwalende onrechtmatig zijn.'⁸⁷¹ Bijna zeven jaar later hanteerde hij in het arrest Paalman/Lampenier,⁸⁷² dat een geval van schending van een waarheidsplicht betrof, kennelijk hetzelfde uitgangspunt (par. 3.10.4). Al met al lijkt de *shortcut* van art. 6:74 BW hier vooralsnog geen garantie voor succes.

Zelf ben ik, zoals bleek in de voorgaande paragraaf, geneigd de constructie van precontractuele informatieplichten als verbintenissen in de zin van art. 6:1 BW niet principieel te verwerpen, maar te reserveren voor bijzondere gevallen waarin de contractuele terminologie zich als het ware opdringt. De onderhavige zaak lijkt mij daarvan een goed voorbeeld. Doordat partijen na de totstandkoming van de koopovereenkomst in onderling overleg besloten hun onderhandelingen over de koopprijs te heropenen, ontstond een soort duurrelatie *sui generis*, met zowel contractuele als precontractuele trekken. Koopovereenkomst en nadere overeenkomst vloeiden als het ware ineen, zodat de tussenliggende onderhandelingsperiode vrijwel volledig in de contractuele sfeer werd getrokken. Het spreken in termen van 'onrechtmatigheid' en 'strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' klonk daardoor onnodig afstandelijk. Dat neemt niet weg dat de *uitkomst* van toepassing van art. 6:162 BW hier mijns inziens identiek zou (moeten) zijn.

868 Vgl. Wessels 1995, p. 476; De Boeck 2000, p. 385-386; Van Rossum 2000, p. 458; De Mol 2002, p. 288; Smits 2003, nr. 28; Van Baalen 2006, p. 250; en de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij Cattier/Waanders, sub 1 en 3.

869 Zie bijv. de bijbehorende NJ-annotatie van C.J.H. Brunner, sub 3.

870 Aldus bijv. Wessels 1995, p. 476; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 204. Vgl. ook par. 3.8.7.

871 HR 9 juni 1995, NJ 1995, 534 (Visser/Ridderkerk), r.o. 3.4.

872 HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier), besproken in par. 3.10.4.

Noch uit hoofde van wanprestatie, noch uit hoofde van onrechtmatige daad had Waanders in casu recht op vergoeding van de winst die hij had kunnen boeken door de exploitatie van 200 varkenseenheden. Het relativiteitsvereiste stond aan een dergelijke vergoeding van het positief contractsbelang in de weg. De door Cattier geschonden mededelingsplicht strekte immers enkel ter voorkoming van de totstandkoming van de nadere overeenkomst op basis van een onjuiste voorstelling van zaken (vgl. par. 3.10.6).

3.10.9 Toerekening (art. 6:75 BW)

De toerekeningsvraag kwam hierboven al zijdelings aan de orde in verband met de aansprakelijkheid wegens schending van een precontractuele informatieplicht (par. 3.10.6). Afgezien daarvan kunnen informatieplichten ook een rol spelen bij de toerekening van de niet-nakoming als zodanig, zonder dat zij zelf het voorwerp van toerekening vormen. Voor schadevergoeding wegens wanprestatie is blijkens art. 6:74 jo. 6:75 BW vereist dat de geleden schade voortvloeit uit een tekortkoming die aan de schuldenaar kan worden toegerekend, hetzij omdat deze aan zijn schuld is te wijten, hetzij omdat deze krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.⁸⁷³ Schiet de schuldenaar door onwetendheid of onachtzaamheid in de nakoming van zijn contractuele verbintenissen tekort, dan kan een beroep op overmacht afstuiten op de overweging dat de schuldenaar ter voorkoming van contractbreuk nader onderzoek had moeten doen. In de lagere rechtspraak is bijvoorbeeld aanvaard dat de huurder van een bedrijfsruimte, die deze aan een derde onderverhuurt, jegens de elektriciteitsnetbeheerder is gehouden 'te controleren of er geen ongeoorloofde handelingen worden verricht met de meter door anderen die met zijn toestemming gebruik maken van de ruimte waarvoor de energie wordt geleverd'. Schending van deze onderzoeksplicht leidt ertoe dat eventuele fraude van de kant van de onderverhuurder – bijvoorbeeld de exploitatie van een illegale hennepkwekerij, zoals in casu aan de orde – krachtens art. 6:75 BW voor rekening van de huurder komt.⁸⁷⁴

Behalve onderzoeksplichten laten zich in het kader van art. 6:75 BW ook mededelings- of waarschuwingsplichten indenken. Zo zal de schuldenaar voor wie een verhindering van de nakoming voorzienbaar is, de onwetende schuld-eiser hierop onder omstandigheden moeten wijzen. Men denke bijvoorbeeld aan een Brabantse hotelier die tijdens de carnavalsperiode een hotelkamer verhuurt aan een buitenlandse zakenman, zonder hem te waarschuwen voor

⁸⁷³ Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 332 e.v.

⁸⁷⁴ Rb. Arnhem 7 november 2007, *LJN* BB7911, *NJF* 2008, 7, r.o. 4.5. In de buitencontractuele sfeer geldt deze onderzoeksplicht overigens niet. Vgl. Hof 's-Gravenhage 25 oktober 2011, *LJN* BU3325, *NJF* 2011, 499, r.o. 10.

de (geluids)overlast die met de carnavalsfestiviteiten gepaard gaat. Hoewel een dergelijke vorm van overlast – afkomstig van derden – de hotelier als zodanig niet kan worden toegerekend, zal het verzuim hiervan melding te maken jegens een onwetende hotelgast niettemin resulteren in een wanprestatie.⁸⁷⁵ Omgekeerd is denkbaar dat een beroep op overmacht in de zin van art. 6:75 BW juist slaagt, omdat de *schuldeiser* onder de gegeven omstandigheden – in verband met diens bijzondere kennis of deskundigheid – de schuldenaar had moeten waarschuwen voor een dreigende contractbreuk. Men denke bijvoorbeeld aan de opslag van kostbare zaken die een speciale behandeling vergen, waarmee de schuldeiser (de eigenaar van de zaken) wel bekend mocht worden verondersteld, maar de schuldenaar (het opslagbedrijf) niet.

Conform het bovenstaande wordt in de literatuur aangenomen dat bij de beoordeling van de toerekenbaarheid op grond van art. 6:75 BW wederzijdse informatieplichten een rol kunnen spelen.⁸⁷⁶ Het ligt voor de hand deze informatieplichten, evenals in het dwalingsleerstuk (par. 3.6.3), te herleiden tot de *verkeersopvattingen*, waarnaar art. 6:75 BW met zoveel woorden verwijst.⁸⁷⁷ Volgens de parlementaire geschiedenis komen verhinderingen die de schuldenaar bij het aangaan van de verbintenis 'heeft voorzien of had behoren te voorzien', in het algemeen naar verkeersopvatting voor rekening van de schuldenaar.⁸⁷⁸ Ratio is de gedachte dat zulke voorzienbare verhinderingen mogen worden geacht te zijn verdisconteerd in het contract.⁸⁷⁹ Toegespitst op het leerstuk der informatieplichten – en in het verlengde van de bovengenoemde voorbeelden – kan deze gedachte aldus worden verwoord, dat de schuldenaar die gevrijwaard wenst te blijven van de gevolgen van een voorzienbare verandering, ter zake voldoende onderzoek zal moeten doen, respectievelijk zijn schuldeiser op voorzienbare verhinderingen zal moeten wijzen, meer in het bijzonder door ter zake een contractueel voorbehoud te maken.⁸⁸⁰

Bij de beoordeling van de voorzienbaarheid van de verandering speelt logischerwijze de *aard van de betrokken rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de hoedanigheid en deskundigheid van de betrokken partijen, een belangrijke rol.⁸⁸¹ In het arrest Oerlemans/Driessen uit 2001, betreffende de verkoop van een kunstmatige meststof die door toedoen van de producent – buiten medeweten van de professionele verkoper – was verontreinigd met een herbi-

875 Vgl. ook Hijma 1988, p. 89 e.v., die het (ingevolge art. 3:40 BW thans niet langer actuele) voorbeeld bespreekt van veevervoer in strijd met een wettelijk verbod, waarmee (alleen) de schuldenaar bekend is of behoort te zijn. Hijma betoogt dat hier de 'spreekplicht' van de schuldenaar diens overmachtsberoep verloren doet gaan (p. 91).

876 Zie bijv. Castermans 1992a, p. 176-181; en Krans 1999, p. 15.

877 Zie meer in het algemeen over de hier bedoelde grondslag par. 2.2.3.

878 TM, PG Boek 6, p. 265. Aldus ook bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 354; en De Jong in Brunner e.a. 2011, nr. 173, 177.

879 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 354.

880 Vgl. Hijma 1988, p. 91.

881 Zie bijv. De Jong in Brunner e.a. 2011, nr. 177. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 354; en Hijma 2009b, p. 316-318.

cide, heeft de Hoge Raad in dit verband een belangrijke vuistregel geformuleerd. Deze houdt in dat een tekortkoming bestaande in een gebrek van een industrieel vervaardigd product 'in beginsel voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen'.⁸⁸² Op de verkoper rust dus een risicoaansprakelijkheid voor verborgen gebreken van een industrieel vervaardigd product, waarop de Hoge Raad slechts onder 'bijzondere omstandigheden' een uitzondering wil maken. In de literatuur wordt de ratio van deze vuistregel onder meer gezocht in de omstandigheid dat de verkoper veelal beter dan de koper in staat is de door hem verkochte producten op gebrekkigheid te controleren.⁸⁸³ Dienovereenkomstig moet mijns inziens worden aangenomen dat de verkoper die het gebrek hoe dan ook niet had kunnen ontdekken, omdat het gebrek in objectieve zin onbekend was, niet aansprakelijk is.⁸⁸⁴ Deze verfijning is met name van belang in situaties waarin ook de producent vrijuit zou gaan, in verband met een beroep op het ontwikkelingsrisicoverweer van art. 6:185 lid 1 sub e BW.⁸⁸⁵ Ook in een ander opzicht verdient mijns inziens de vuistregel verfijning, namelijk in die zin dat deze slechts zou moeten gelden voor professionele verkopers, van wie mag worden verwacht dat zij het betrokken gebrek door voldoende onderzoek ook daadwerkelijk hadden kunnen ontdekken. Dienovereenkomstig betoogt Hijma, mijns inziens terecht, dat toepassing van de onderhavige vuistregel op een 'consument-verkoper' minder voor de hand ligt.⁸⁸⁶ In par. 3.7.2 werd een vergelijkbare verfijning bepleit van de vuistregel uit het arrest Schirmeister/De Heus, betreffende de verkoop van een tweedehands auto met een verborgen veiligheidsgebrek.⁸⁸⁷

Afgezien van de zojuist besproken vuistregel uit het arrest Oerlemans/Driessen bestaan er ook *wettelijke* vormen van contractuele risicoaansprakelijkheid. Blijkens art. 6:76 en 6:77 BW is de schuldenaar aansprakelijk voor fouten respectievelijk voor gebreken van de door hem bij de uitvoering van het contract ingezette hulppersonen of hulpzaken.⁸⁸⁸ Het tweede artikel is terughoudender geformuleerd dan het eerste, nu het een uitzondering maakt voor het geval aansprakelijkheid voor de gebreken van een gebruikte hulpszaak onder de gegeven omstandigheden 'onredelijk zou zijn'. Een bekende illustratie is te vinden in het Vliegtuigvleugel-arrest, waarin het ging om de beschadiging

882 HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (Oerlemans/Driessen), r.o. 3.6.

883 Aldus bijv. Hartlief 2001, p. 986, onder (i).

884 Vgl. par. 5.2.2, over objectieve bekendheid als kennisgradatie.

885 Ter vermindering van misverstand zij vermeld dat de onderhavige kwestie zich blijkens art. 7:24 lid 2 BW (vrijwel) alleen voordoet in geval van kleinschalige zaakschade in de privé-sfeer (sub c). Zie over art. 6:185 lid 1 sub e BW ook par. 4.5.6. Zie voorts in dit verband Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 455, waar verkopersaansprakelijkheid terecht wél voor mogelijk wordt gehouden ingeval het gebrek tussen productie en verkoop alsnog is ontdekt.

886 Hijma 2009b, p. 317. Vgl. ook de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (Oerlemans/Driessen), sub 5; en voorts Hartlief 2001, p. 987, onder (c).

887 Zie HR 15 april 1994, NJ 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.3.2.

888 Zie nader bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 346 e.v.

van een kostbare vliegtuigvleugel door het gebruik van een gebrekkige hijskraan, resulterend in een schadeclaim die de bedongen contra-prestatie vele malen overtrof.⁸⁸⁹ Een andere – omstreden – uitzondering op de risicoaansprakelijkheid van art. 6:77 BW is te vinden in de parlementaire geschiedenis, waar de wetgever suggereert dat de gebruiker van medische apparatuur níet aansprakelijk is voor een ‘ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek’.⁸⁹⁰ In rechtspraak en literatuur wordt deze opvatting – die door de wetgever zelf al met enige terughoudendheid werd gepresenteerd⁸⁹¹ – als achterhaald beschouwd.⁸⁹² Wel wordt in de literatuur een uitzondering op art. 6:76 en 6:77 BW denkbaar geacht, indien onder de gegeven omstandigheden de schuldeiser beter dan de schuldenaar kon beoordelen of de gekozen hulppersoon of –zaak voor de beoogde uitvoering van het overeengekomene geschikt was. Aangenomen wordt dat onder zulke omstandigheden op de schuldeiser een *waarschuwingsplicht* kan rusten omtrent de voorzienbare ongeschiktheid van de gekozen hulppersoon of –zaak.⁸⁹³ Dat is in overeenstemming met hetgeen hierboven werd vooropgesteld.

Tot besluit van deze paragraaf verdient – ter relativering van het voorgaande – opmerking dat de informatieplichten uit hoofde van art. 6:75 BW in de praktijk een betrekkelijk geringe rol spelen. De reden is dat bij de beoordeling der niet-nakoming – derhalve bij de beantwoording van de vraag of de prestatie van de schuldenaar voldoet aan hetgeen de schuldeiser daarvan onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten – vaak in belangrijke mate reeds een voorschot wordt genomen op de hierboven geschetste afweging van informatieplichten over en weer. De hieruit voortvloeiende overlap tussen tekortkoming en toerekening – die zich op vergelijkbare wijze manifesteert in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (par. 4.2.17) – komt in het bijzonder tot uitdrukking op het terrein van de koop, waar het conformiteitsvereiste van art. 7:17 BW een brede, contextgebonden toetsing behelst (par. 3.11.7), die – eenmaal uitgedrukt in het nadeel van de verkoper – weinig ruimte laat voor een geslaagd beroep op overmacht. Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat het bestaan van non-conformiteit in de praktijk reeds een belangrijke indicatie voor toerekenbaarheid vormt.⁸⁹⁴ Dat geldt overigens ook in bewijsrechtelijke zin, omdat blijkens de formulering van art.

889 HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 m.nt. GJS (Vliegtuigvleugel).

890 Zie MvA II, PG Boek 6, p. 271.

891 Zie MvA II, PG Boek 6, p. 272, waar de wetgever uitdrukkelijk ruimte laat voor heroverweging van zijn opvatting.

892 Zie bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 456; Wijne 2011, p. 12 e.v.; en Verbintenissenrecht I (Broekema-Engelen), art. 77, aant. 15. Zie voorts bijv. Rb. Breda 3 januari 2011, L/N BO9631, NJF 2011, 225, r.o. 3.7 e.v.

893 Zie bijv. Krans 1999, p. 15; Verbintenissenrecht I (Broekema-Engelen), art. 76, aant. 20; en Verbintenissenrecht I (Broekema-Engelen), art. 77, aant. 17.

894 Zie bijv. Hartlief 2001, p. 985, noot 7; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 436; en de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (Oerlemans/Driessen), sub 9.

6:74 BW de bewijslast omtrent het ontbreken van toerekenbaarheid – derhalve omtrent de aanwezigheid van overmacht in de zin van art. 6:75 BW – op de schuldenaar rust.⁸⁹⁵ Nochtans beschouwt de Hoge Raad de toerekenbaarheid, óók in gevallen van non-conformiteit, als een zelfstandig vereiste voor aansprakelijkheid.⁸⁹⁶ In zoverre heeft Krans gelijk, waar hij stelt dat de onderzoeken en mededelingsplichten uit hoofde van art. 6:75 BW ‘relatief onderbelicht’ zijn.⁸⁹⁷

3.11 BIJZONDERE OVEREENKOMSTEN

3.11.1 Algemeen

In de Boeken 7 en 7A BW zijn voor een aantal bijzondere overeenkomsten de contractuele verbintenissen van partijen nader ingevuld. Daarbij passeren diverse informatieplichten de revue, al of niet door uitdrukkelijke vermelding in de wet. Sommige zijn in de uitvoeringsfase gesitueerd, zoals de mededelingsplicht van de huurder omtrent gebreken van het gehuurde (art. 7:222 BW), de informatieplicht van de opdrachtnemer omtrent de voortgang van de werkzaamheden (art. 7:403 BW) en de mededelingsplicht van de werkgever bij overgang van onderneming (art. 7:665a BW).⁸⁹⁸ Andere hebben een precontractueel karakter, zoals de informatieplichten van koper en verkoper uit hoofde van art. 7:17 BW (par. 3.11.8), de informatieplichten van de aanbieders van ‘timeshares’ (art. 7:50b BW) en consumentenkrediet (art. 7:60 BW) en de mededelingsplicht van de verzekeringnemer uit hoofde van art. 7:928 BW (par. 3.11.4). Bijzondere vermelding verdient art. 7:658 BW, inzake de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving. Hieruit kunnen waarschuwingsplichten en andere contextgebonden zorgvuldigheidsnormen worden afgeleid, die een nauwe samenhang vertonen met de veiligheidsnormen uit het gevaarzettingsleerstuk. Gelet op deze samenhang wordt art. 7:658 BW, niettegenstaande zijn contractuele context, in hoofdstuk 4 behandeld (par. 4.6.1 e.v.). Hetzelfde geldt voor de informatieplicht van de arts uit hoofde van art. 7:448 BW omtrent de risico’s van een medische behandeling, die, als onderdeel van de medische beroepsaansprakelijkheid, aan de orde komt in par. 4.8.2.

Gemeenschappelijk kenmerk van de ‘bijzondere’ informatieplichten uit de Boeken 7 en 7A BW is dat zij merendeels strekken tot bescherming van de

⁸⁹⁵ Zie bijv. TM, PG Boek 6, p. 618; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 432; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 370; en HR 20 april 2007, L/JN AZ6092, RvdW 2007, 421 (Zweedsestraat c.s./Torenstad), r.o. 3.6. Vgl. ook (impliciet) TM, PG Boek 6, p. 264.

⁸⁹⁶ Zie HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (Brok/Huberts), r.o. 3.3. Vgl. ook de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (Oerlemans/Driessen), sub 2.

⁸⁹⁷ Krans 1999, p. 15.

⁸⁹⁸ Het is uiteraard niet toevallig dat deze ‘contractuele’ informatieplichten – betrekking hebbend op de uitvoeringsfase – zich vooral bij duurovereenkomsten voordoen.

zwakkere contractspartij.⁸⁹⁹ Dat maakt deze informatieplichten, gezien vanuit een meer algemeen perspectief, tot interessant vergelijkingsmateriaal. Hieronder worden zij nader behandeld, naar gelang van hun betekenis voor het leerstuk der informatieplichten als zodanig. Daarbij ligt de nadruk op de precontractuele informatieplichten, die zich het meest lenen voor vergelijking met de informatieplichten uit het dwalingsleerstuk.

3.11.2 Opdracht, lastgeving en bruikleen

Een voor de praktijk belangrijke bijzondere overeenkomst is de overeenkomst van *opdracht*, geregeld in art. 7:400 e.v. BW. Blijkens art. 7:401 BW is de opdrachtnemer verplicht bij de uitvoering van zijn werkzaamheden 'de zorg van een goed opdrachtnemer' in acht te nemen. Uit deze zorgplicht kunnen onder omstandigheden ook informatieplichten voortvloeien.⁹⁰⁰ Een voorbeeld is te vinden in art. 7:403 lid 1 BW, dat bepaalt dat de opdrachtnemer zijn wederpartij op de hoogte moet houden van de werkzaamheden en hem onverwijld in kennis moet stellen van de voltooiing van de opdracht.⁹⁰¹ De Toelichting Meijers vermeldt dat het hier een contractuele informatieplicht betreft, die 'tijdens de vervulling van de opdracht' is gesitueerd.⁹⁰² Niettemin wordt in de literatuur aangenomen dat uit de zorgplicht van de opdrachtnemer onder omstandigheden ook *precontractuele* informatieplichten kunnen voortvloeien, met name indien de opdrachtnemer in kwestie kwalificeert als professioneel en deskundig dienstverlener. De gedachte is dat art. 7:401 BW hier als het ware zijn schaduw vooruit werpt, zodat de (deskundige) opdrachtnemer ook voorafgaand aan de totstandkoming van de opdracht zijn (ondeskundige) wederpartij tot op zekere hoogte zal moeten helpen bij het maken van de juiste keuzes.⁹⁰³ In par. 4.8.1 e.v. wordt de onderhavige zorgplicht nader behandeld, tegen de achtergrond van de aansprakelijkheid van dienstverleners.⁹⁰⁴

Een bijzonder soort opdracht is geregeld in art. 7:414 e.v. BW, inzake *lastgeving*. Speciale aandacht verdient art. 7:418 BW, waarin is bepaald dat de lasthebber die direct of indirect belang heeft bij de totstandkoming van de

899 Vgl. Hartlief 2003b, p. 43; Wessels in Wessels & Verheij 2010, nr. 6; en Hijma & Olthof 2011, nr. 460.

900 Zie bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 99, 104 en 108. Vgl. ook Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 29.

901 Zie daarover bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 108; en Ernes in Wessels & Verheij 2010, nr. 193.

902 TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 326.

903 Aldus Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 74. Zie ook nr. 83, waar meer in het algemeen wordt betoogd dat de scheiding tussen precontractuele en contractuele fase hier 'niet strikt te maken' valt.

904 Vanwege de gemengde grondslag van de hier bedoelde aansprakelijkheid – deels (pre)contractueel, deels buitencontractueel (vgl. par. 4.8.3) – is gekozen voor een behandeling in hoofdstuk 4.

betrokken rechtshandeling, op straffe van verlies van zijn loon (lid 2) verplicht is 'de lastgever daarvan in kennis te stellen' (lid 1). Deze mededelingsplicht van de belanghebbende lasthebber strekt ter voorkoming van een eventuele belangenverstrengeling aan diens zijde, waardoor hij de belangen van de lastgever mogelijk niet optimaal zou kunnen behartigen.⁹⁰⁵ Conform de wettekst heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de onderhavige mededelingsplicht geldt 'onafhankelijk van de vraag of het eigen belang van de lasthebber daadwerkelijk in strijd is met de belangen van de lastgever'.⁹⁰⁶ Volgens de Hoge Raad is het dus aan de lastgever om, na mededeling door de lasthebber van diens bij de rechtshandeling betrokken belang, te beoordelen of er zich naar zijn mening een ongewenste belangenverstrengeling voordoet. Concreet betekent dit dat de lasthebber óók mededeling van zijn belang moet doen, indien voor hem niet te verwachten valt dat de lastgever daardoor zal worden benadeeld.⁹⁰⁷ Ter voorkoming van chicaneuze verweren van lasthebbers met een dubbele agenda is een dergelijke benadering inderdaad aantrekkelijk.⁹⁰⁸ Slechts indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen beider belangen geheel is uitgesloten, vervalt ingevolge art. 7:418 lid 1 BW de onderhavige mededelingsplicht.⁹⁰⁹

Een vergelijkbare mededelingsplicht bij de uitvoering van de overeenkomst is te vinden in art. 7A:1790 BW, betreffende de overeenkomst van *bruikleen*. Hier is bepaald dat de uitlener aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van gebreken van de uitgeleende zaak, 'zoo hij die gebreken gekend, en daarvan aan den gebruiker geene kennis gegeven heeft'.⁹¹⁰ De bepaling wordt in de literatuur opgevat als een aansprakelijkheidsleniging, in die zin dat de uitlener niet aansprakelijk is voor *verborgen* gebreken van de uitgeleende zaak.⁹¹¹ Dienovereenkomstig oordeelde de Hoge Raad in het arrest Bos/Althuisius, betreffende een ongeval met een door Althuisius aan Bos uitgeleende ladder, die gebrekkig bleek te zijn zonder dat eigenaar Althuisius dit wist, dat de aansprakelijkheid van art. 7A:1790 BW zich niet uitstrekt tot gebreken die de uitlener 'had behoren te kennen' of waarmee hij onder de gegeven omstandigheden 'rekening had dienen te houden' (r.o. 3.6). Belangrijk was in dit verband het oordeel van de Hoge Raad dat art. 7A:1790 BW in gevallen als het onderhavige 'bij uitsluiting van toepassing is', zodat een verderstrekken-

905 Zie MvA, *Kamerstukken II* 1991/92, 17779, nr. 8, p. 6. Vgl. ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 231.

906 HR 6 april 2007, *LJN* AZ5440, *NJ* 2008, 493 m.nt. Jac. Hijma (Savills/B&S), r.o. 3.3.

907 Aldus uitdrukkelijk r.o. 3.8 van het arrest Savills/B&S.

908 Aldus ook (instemmend) de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij het arrest Savills/B&S, sub 4.

909 Overigens acht Jac. Hijma ook een uitzondering o.g.v. redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) denkbaar. Zie zijn NJ-annotatie bij het arrest Savills/B&S, sub 5.

910 De bepaling stamt nog uit het oude BW. Zie over haar beoogde opvolger, art. 7.6.10 (ontwerp) BW, Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 91. Vgl. ook Wessels in Wessels & Verheij 2010, nr. 10, die opmerkt dat het voornemen bestaat om zowel de oude als de nieuwe regeling in te trekken.

911 Zie bijv. Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 91.

de aansprakelijkheid op delictuele grondslag – bijvoorbeeld krachtens art. 6:162 of 6:173 e.v. BW – is uitgesloten (r.o. 3.3).⁹¹² Ratio van deze terughoudendheid is de gedachte dat de ‘vriendendienst’ die veelal in de (kostenloze) uitleen van een zaak besloten ligt, geen vérgaande aansprakelijkheid rechtvaardigt.⁹¹³ Tegen die achtergrond behoeft de uitlener in dit verband slechts mededeling te doen van gebreken die hij *kent*, en rust er op hem geen *onderzoeksplicht* omtrent verborgen gebreken.

Overigens aanvaardde de Hoge Raad in het arrest *Bos/Althuisius* wel de mogelijkheid ‘dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de uitlener van een gebrekkige zaak, indien deze naar haar aard door dit gebrek een bijzonder gevaar voor personen oplevert, zich op de in art. 1790 geregelde beperking van zijn aansprakelijkheid beroept’.⁹¹⁴ Het lijkt aannemelijk dat langs deze weg toch een zekere mate van objectivering van de kennis van de uitlener kan worden bewerkstelligd, met name waar het gaat om gebreken die de uitlener onmogelijk kunnen zijn ontgaan.⁹¹⁵ Verder wijst Brunner terecht op een potentiële aansprakelijkheid van de uitlener voor verborgen gebreken – via de omweg van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid – in geval van bruikleen van een zaak ‘op verzoek en in het belang van de uitlener en zonder enig eigen belang van de inlener’.⁹¹⁶

3.11.3 Aanneming van werk

Art. 7:754 BW verplicht de aannemer bij het aangaan of uitvoeren van een overeenkomst van aanneming van werk zijn opdrachtgever ‘te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen’.⁹¹⁷ In de tweede volzin wordt deze waarschuwingsplicht mede betrokken op ‘gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever’, alsmede op ‘fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften’. De sanctie op schending van de waarschuwingsplicht is te vinden in art. 7:760 leden 2 en 3 BW.⁹¹⁸ Waar normaliter de opdrachtgever logischer-

912 HR 22 november 1996, *NJ* 1998, 567 m.nt. CJHB (*Bos/Althuisius*). Zie kritisch Nieuwenhuis 1997b, p. 42.

913 Zie bijv. de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het arrest *Bos/Althuisius*, sub 3; Nieuwenhuis 1997b, p. 41 (onder verwijzing naar het Romeinse recht); Van Schaick 1997, p. 314-315; en Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 91.

914 HR 22 november 1996, *NJ* 1998, 567 m.nt. CJHB (*Bos/Althuisius*), r.o. 3.6. Aldus ook de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, sub 9.

915 Vgl. Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 91, aan het slot.

916 Zie de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het arrest *Bos/Althuisius*, sub 4.

917 Zie daarover bijv. Chao-Duivis in Wessels & Verheij 2010, nr. 338.

918 Zie daarover bijv. Chao-Duivis in Wessels & Verheij 2010, nr. 337.

wijze het risico draagt van onjuistheden in de opdracht, respectievelijk van gebreken of ongeschiktheid van de door hem ter beschikking gestelde zaken, is de *aannemer* hiervoor aansprakelijk, indien hij, aldus lid 2, 'zijn in artikel 754 bedoelde waarschuwingsplicht heeft geschonden of anderszins met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten'.

Art. 7:754 BW, dat in 2006 is ingevoerd, vormt de codificatie van hetgeen voorheen reeds uit rechtspraak van de Hoge Raad voortvloeide.⁹¹⁹ Ratio van de onderhavige waarschuwingsplicht is dat de aannemer bij uitstek degene is die geacht mag worden te beschikken over de kennis en deskundigheid, die voor een goede beoordeling van de opdracht zijn vereist.⁹²⁰ Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding* als gezichtspunt voor het aannemen van een informatieplicht (vgl. par. 3.6.3). De Hoge Raad hanteert dat gezichtspunt hier overigens tamelijk categorisch, in die zin dat volgens vaste jurisprudentie óók een deskundige opdrachtgever – bijvoorbeeld een hoofdaannemer, die het werk aan een onderaannemer heeft uitbesteed – voor fouten in de opdracht moet worden gewaarschuwd. Dat is althans het uitgangspunt: volgens de Hoge Raad ontslaat de enkele omstandigheid dat de opdrachtgever voldoende deskundig is om fouten in het ontwerp te ontdekken, de aannemer niet van zijn waarschuwingsplicht.⁹²¹

In de literatuur zijn vraagtekens geplaatst bij deze benadering,⁹²² die inderdaad afwijkt van de gangbare, wederzijdse toepassing van het deskundighedsargument (vgl. par. 3.6.3). Het voordeel van de benadering van de Hoge Raad is echter dat de primaire verantwoordelijkheid voor de beoordeling van het ontwerp komt te rusten bij één persoon, en wel de meest voor de hand liggende, namelijk degene die zich contractueel heeft verbonden tot de uitvoering daarvan. Aldus wordt 'dubbel werk' van opdrachtgever en aannemer vermeden. De deskundige opdrachtgever is intussen niet van iedere vorm van eigen verantwoordelijkheid ontheven, nu in de visie van de Hoge Raad zijn deskundigheid aanleiding kan vormen tot vermindering van de aansprakelijk-

919 Vgl. HR 25 november 1994, NJ 1995, 154 (Stokkers/Vegt), r.o. 3.4. Zie ook de conclusie van A-G Huydecoper voor het arrest HR 8 september 2006, L/JN AX9511, NJ 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink), sub 9.

920 Zie bijv. de conclusie van A-G Koopmans voor HR 25 november 1994, NJ 1995, 154 (Stokkers/Vegt), sub 5; en de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 8 september 2006, L/JN AX9511, NJ 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink), sub 10.

921 Aldus HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba), r.o. 3.4; en HR 8 september 2006, L/JN AX9511, NJ 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink), r.o. 3.3. Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Hartkamp voor het arrest KPI/Leba, sub 9; en de conclusie van A-G Huydecoper voor het arrest Körkemeyer/Ottink, sub 13.

922 Zie bijv. Tijssens 2009, p. 709-710, die onder verwijzing naar Duitse rechtspraak pleit voor een benadering waarin de omvang van de waarschuwingsplicht afhangt van de mate van deskundigheid van de opdrachtgever. Vgl. ook Drion & Van Wechem 2007, p. 731.

heid wegens *eigen schuld* (art. 6:101 BW).⁹²³ Men bedenke voorts dat de deskundigheid van de opdrachtgever in combinatie met andere omstandigheden wel degelijk aan het aannemen van de in art. 7:754 BW bedoelde waarschuwingsplicht in de weg kan staan. Dat zal met name het geval kunnen zijn wanneer beide partijen bekend waren (of geacht mochten worden te zijn) met de fout in de opdracht.⁹²⁴

Illustratief is het arrest NSC/Pongers uit 2004, waarin het ging om de ontmanteling van een industrieterrein door aannemer Pongers in opdracht van eigenaar NSC. Partijen kozen in onderling overleg voor een werkwijze die – gelet op de aanwezigheid van asbest op het terrein, waarmee beide partijen bekend waren – niet verantwoord was. Volgens hof en Hoge Raad kwamen de schadelijke gevolgen hiervan voor rekening van NSC, omdat zij (a) ten aanzien van de aanwezigheid van asbest over ‘dezelfde wetenschap’ beschikte als Pongers, (b) bovendien werd bijgestaan door een deskundige, (c) geen nader onderzoek had ingesteld naar de asbestvervuiling en (d) voor de onderhavige wijze van ontmanteling had gekozen, terwijl ook voor haar inzichtelijk moest zijn geweest dat daaraan risico’s verbonden waren.⁹²⁵ A-G Verkade betoogde dienovereenkomstig dat een opdrachtgever als NSC geen beroep toekomt op art. 7:754 BW, indien deze, zoals in casu, ‘de desbetreffende, hem bekende risico’s bewust heeft ingecalculeerd’.⁹²⁶ Men herkent hier de ook elders aanvaarde gedachte, dat voor risico’s die reeds bekend zijn bij de belanghebbende, in het algemeen niet hoeft te worden gewaarschuwd.⁹²⁷

Voor de volledigheid zij hier gesignaleerd dat de waarschuwingsplicht van art. 7:754 BW geen betrekking heeft op (de onvoorziene kosten van) *meerwerk*. Daarvoor is een specifieke – en voor de praktijk zeer belangrijke – regeling getroffen in art. 7:755 BW, dat bepaalt dat de aannemer slechts de kosten van meerwerk in rekening kan brengen, indien hij de opdrachtgever ‘tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging’.⁹²⁸ Op de aannemer die zich genoodzaakt ziet tot een prijsverhoging in verband met door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk rust dus een *waarschuwingsplicht*, tenzij, zo vervolgt het artikel, de opdrachtgever de noodzaak van die prijsverhoging ‘uit zichzelf had moeten begrijpen’. Aangenomen wordt dat in dit verband

923 Zie HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba), r.o. 3.4; en voorts bijv. Chao-Duivis in Wessels & Verheij 2010, nr. 338, alsmede de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 8 september 2006, L/JN AX9511, NJ 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink), sub 13.

924 Vgl. de conclusie van A-G Verkade voor HR 8 oktober 2004, NJ 2005, 52 (NSC/Pongers), sub 3.4; en de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 8 september 2006, L/JN AX9511, NJ 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink), sub 11.

925 HR 8 oktober 2004, NJ 2005, 52 (NSC/Pongers), r.o. 3.3.2.

926 Zie zijn conclusie voor het arrest, sub 3.6.

927 Zie par. 3.6.2, waar bleek dat voor het aannemen van een mededelingsplicht ex art. 6:228 lid 1 sub b BW is vereist dat de wederpartij rekening moest houden met een dwaling. In de delictuele sfeer geldt iets dergelijks (par. 4.3.3 en 4.3.13).

928 Zie daarover bijv. Chao-Duivis in Wessels & Verheij 2010, nr. 347.

de deskundigheid van de opdrachtgever een belangrijke rol speelt, zodat bijvoorbeeld een professionele opdrachtgever niet snel behoeft te worden gewaarschuwd voor (normale) prijsverhogingen wegens meerwerk.⁹²⁹

3.11.4 Verzekering

Het verzekeringsrecht vormt een van de meest klassieke toepassingsgebieden van de precontractuele informatieplicht.⁹³⁰ Van oudsher geldt hier – mede in het licht van het kanskarakter van de verzekeringsovereenkomst⁹³¹ – de verzwijgingsregeling, die inhoudt dat op de verzekeringnemer voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst een *mededelingsplicht* rust jegens de verzekeraar. Onder het oude regime van art. 251 WvK leidde schending van deze mededelingsplicht tot vernietigbaarheid van de gesloten verzekeringsovereenkomst. De huidige regeling van art. 7:928 e.v. BW voorziet in een meer genuanceerd arsenaal van sancties,⁹³² variërend van vermindering van het recht op uitkering (art. 7:930 BW) tot opzegging van de overeenkomst (art. 7:929 BW). Laatstgenoemde bevoegdheid komt aan de verzekeraar slechts toe in geval van opzettelijke misleiding van de kant van de verzekeringnemer, of indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken in het geheel geen verzekeringsovereenkomst zou hebben gesloten (lid 2). De verzwijgingsregeling vindt haar grondslag in de precontractuele redelijkheid en billijkheid.⁹³³ Zij kan worden beschouwd als een specialis van de dwaling en derogert, aldus art. 7:931 BW, aan de algemene vernietigingsgronden van art. 3:44 lid 3 en 6:228 BW.⁹³⁴

Art. 7:928 lid 1 BW bepaalt dat de verzekeringnemer verplicht is voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst aan de verzekeraar ‘alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen.’ De bepaling verwijst naar twee vereisten voor de gelding van de onderhavige mededelingsplicht, die ook in het kader van art. 251 WvK reeds een prominente rol vervulden, te weten het *kennisvereiste* en het *kenbaar-*

929 Men denke bijv. aan situaties van onderaanneming. Zie Chao-Duivis in Wessels & Verheij 2010, nr. 347.

930 Zie bijv. Vranken 1989, p. 3, 17 e.v. Vgl. ook par. 2.1.2.

931 Vgl. Cohen Henriquez 1976, p. 632. Zie nader over de kwalificatie ‘kanscontract’ par. 3.7.13.

932 Zie bijv. Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 170; Wery & Mendel 2010, p. 16; en Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 449. Vgl. ook MvT, PG Boek 7, Titel 17, p. 14.

933 Zie bijv. Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 145; en Wery & Mendel 2010, p. 17.

934 Zie bijv. NMvA I, PG Boek 7, Titel 17, p. 25; en Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 146.

heidsvereiste.⁹³⁵ Het eerste vereiste ziet op de kennis van de mede te delen informatie en het tweede vereiste ziet op de kenbaarheid van de relevantie daarvan. De vereisten staan op één lijn met de eerste twee basisvereisten voor de gelding van een precontractuele mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub b BW (par. 3.6.2). Wat betreft de mate van objectivering van de hier vereiste kennis is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt 'dat bij de beoordeling van de vraag welke feiten een verzekeringnemer behoort te kennen of wat hij behoort te begrijpen, moet worden uitgegaan van een behoorlijk en zorgvuldig verzekeringnemer en dat daarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen'. Naarmate bepaalde feiten 'verder buiten zijn gezichtskring liggen', kan minder snel worden aangenomen dat de verzekeringnemer deze feiten behoort te kennen, aldus de wetgever, die in dit verband niet uitsluit dat 'van de verzekeringnemer kan worden gevergd zich te dien aanzien te laten voorlichten'. Voor de aanvaarding van een dergelijke *onderzoeksplicht* uit hoofde van de mededelingsplicht aan de zijde van de verzekeringnemer acht de wetgever 'mede van belang (...) om wat voor soort verzekering het gaat'.⁹³⁶

De leden 2 en 3 van art. 7:928 BW geven een bijzondere uitwerking van de vereisten van kennis en kenbaarheid voor het geval een *derde* – bijvoorbeeld een minderjarig kind van de verzekeringnemer – als begunstigde van de verzekering fungeert. De kennis van deze derde wordt in dat geval aan de verzekeringnemer toegerekend (lid 2), met dien verstande dat hiervoor bij personenverzekeringen is vereist dat de derde minimaal zestien jaar oud is (lid 3).⁹³⁷ De wetgever verduidelijkt dat het hier aan de *verzekeringnemer* is overgelaten om ervoor te zorgen dat hij de betreffende gegevens aan de verzekeraar kan mededelen en dat het voor de hand ligt dat hij daartoe 'navraag doet bij de derde'.⁹³⁸

Het kenbaarheidsvereiste – equivalent van het vereiste van kenbaarheid van het causaal verband uit het dwalingsleerstuk (par. 3.5.5) – kent voor de praktijk een belangrijke uitwerking in lid 6 van art. 7:928 BW. Hier is bepaald dat ingeval de verzekering is gesloten op basis van een door de verzekeraar opgestelde *vragenlijst*, de verzekeraar géén beroep kan doen op verzwijging van feiten waarnaar hij niet had gevraagd, tenzij de verzekeringnemer deze feiten opzettelijk verzweg.⁹³⁹ De verzekeringnemer behoeft dus bij het

935 Zie daarover bijv. Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 151-152; Wery & Mendel 2010, p. 20-22; en Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 447.

936 Aldus MvA I, PG Boek 7, Titel 17, p. 23. Vgl. par. 3.6.4, waar een dergelijke onderzoeksplicht uit hoofde van de mededelingsplicht in het dwalingsleerstuk werd verworpen.

937 Zie bijv. PG Boek 7, Titel 17, p. 14 (MvT) en p. 24-25 (MvA I). Zie meer in het algemeen over toerekening van kennis par. 5.2.7.

938 NMvA I, PG Boek 7, Titel 17, p. 26.

939 Zie bijv. Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 152; Wery & Mendel 2010, p. 21; en Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 447.

gebruik van een vragenlijst niet ongevraagd mededeling te doen van de hem bekende feiten, die voor de verzekeraar mogelijk van belang zijn, tenzij het belang van deze feiten volgt uit hetgeen bij de verzekeringnemer bekend mag worden verondersteld omtrent het acceptatiebeleid van de verzekeringsbranche in het algemeen of van de betrokken verzekeraar in het bijzonder.⁹⁴⁰ Wat betreft een eventueel strafrechtelijk verleden van de verzekerde – een feit dat, in verband met de problematiek van het morele risico,⁹⁴¹ voor verzekeraars vrijwel altijd van belang is – bepaalt art. 7:928 lid 5 BW dat dit alleen gemeld moet worden in antwoord op een uitdrukkelijke en niet voor misverstand vatbare vraag van de verzekeraar, en uitsluitend voor zover de strafbare feiten in kwestie binnen de acht jaren voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst hebben plaatsgevonden. De ratio van deze regeling schuilt in de wens tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de verzekeringnemer.⁹⁴²

Art. 7:928 lid 4 behelst een tweetal beperkingen van de mededelingsplicht, die in de literatuur – conform de heersende leer onder het regime van art. 251 WvK – in positieve zin plegen te worden aangeduid als het *verschoonbaarheidsvereiste* en het *relevantievereiste*.⁹⁴³ Het relevantievereiste houdt in dat een verzwijging van irrelevante feiten, namelijk feiten die ‘niet tot een voor de verzekeringnemer ongunstiger beslissing zouden hebben geleid’, niet kwalificeert als schending van de mededelingsplicht. In het dwalingsleerstuk volgt hetzelfde uit de eis van causaal verband (par. 3.5.5). Het verschoonbaarheidsvereiste, dat eveneens bekend is uit het dwalingsleerstuk (par. 3.6.11), houdt in dat de mededelingsplicht van de verzekeringnemer zich niet uitstrekt tot feiten die de verzekeraar ‘reeds kent of behoort te kennen’.⁹⁴⁴ Men denke bijvoorbeeld aan feiten van algemene bekendheid, feiten die in de betreffende verzekeringsbranche bekend mogen worden verondersteld of feiten die de verzekeraar onder de gegeven omstandigheden had moeten onderzoeken.⁹⁴⁵ Gelet op het voorgaande rust er op de verzekeraar in dit verband een zekere *onderzoeksplicht*, vergelijkbaar met de onderzoeksplicht van de dwalende uit hoofde van art. 6:228 lid 2 BW. Dienovereenkomstig wordt in de literatuur bijvoorbeeld aangenomen dat de verzekeraar in geval van onduidelijke beantwoording van een door hem gestelde vraag is gehouden tot nader onderzoek, behoudens in geval van opzettelijke misleiding door de verzekeringnemer.⁹⁴⁶

940 Aldus MvT, PG Boek 7, Titel 17, p. 14.

941 Vgl. Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 448.

942 Zie NvW 1, toelichting, PG Boek 7, Titel 17, p. 20-21.

943 Zie daarover bijv. Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 154, 160; Wery & Mendel 2010, p. 18-19, 22-23; en Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 447.

944 Vgl. MvT, PG Boek 7, Titel 17, p. 15, waar wordt betoogd dat deze beperking ‘voor zichzelf spreekt’.

945 Aldus Wery & Mendel 2010, p. 22-23.

946 Aldus Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 447.

Een nadere verfijning is te vinden in art. 7:928 lid 4 BW, waar is bepaald dat de verzekeringnemer zich er niet op kan beroepen dat de verzekeraar bepaalde feiten kende of behoorde te kennen, 'indien op een daarop gerichte vraag een onjuist of onvolledig antwoord is gegeven'. Men herkent hier de prioriteitsregels inzake het prevaleren van mededelingsplicht en waarheidsplicht, afkomstig uit het dwalingsleerstuk (par. 3.6.15 e.v.). De wetgever hanteert in art. 7:928 lid 4 BW overigens een wat beperktere invalshoek, door de toespitsing op een 'onjuist of onvolledig' antwoord. Dit laat de mogelijkheid open, aldus de wetgever, 'dat de verzekeringnemer die weet dat bepaalde feiten bij de verzekeraar bekend zijn op een daarop gerichte vraag *geen* antwoord geeft'.⁹⁴⁷ Met andere woorden: de verzekeraar die een verzekeringsovereenkomst sluit met miskenning van feiten die de verzekeringnemer desgevraagd heeft verzwegen, omdat ze bij de verzekeraar reeds bekend waren, voldoet niet aan het vereiste van verschoonbaarheid. De verzekeringnemer gaat in dat geval vrijuit. In het dwalingsleerstuk kan een vergelijkbaar resultaat – behalve door toepassing van art. 6:228 lid 2 BW (par. 3.6.11) – worden bereikt door toepassing van het derde basisvereiste voor de gelding van een mededelingsplicht (par. 3.6.2), namelijk door te oordelen dat de verzekerde onder de gegeven omstandigheden geen rekening behoefde te houden met een dwaling aan de zijde van de verzekeraar.

3.11.5 Koop

De koop is in de praktijk één van de meest gesloten overeenkomsten, hetgeen de prominente regeling aan het begin van Boek 7 BW verklaart. De hoofdverbintenissen van de verkoper zijn vastgelegd in art. 7:9 BW.⁹⁴⁸ Blijkens lid 1 is de verkoper verplicht tot eigendomsoverdracht en aflevering van de verkochte zaak. De eerstgenoemde verbintenis is nader uitgewerkt in art. 7:15 BW, dat de verkoper verplicht de zaak in eigendom over te dragen vrij van bijzondere lasten en beperkingen. De tweede verbintenis is nader uitgewerkt in art. 7:17 BW, waar het bekende conformiteitsvereiste is vastgelegd.⁹⁴⁹ Uit beide artikelen kunnen precontractuele informatieplichten worden afgeleid, die nauw

947 Aldus NvW 1, toelichting, PG Boek 7, Titel 17, p. 20 (curs. toegevoegd).

948 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 268 e.v. De hoofdverbintenis van de *koper* – betaling van de koopprijs (art. 7:26 e.v. BW) – behoeft hier geen nadere behandeling. Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 563 e.v.

949 Het conformiteitsvereiste wordt overigens ook wel als zelfstandige hoofdverbintenis van de verkoper beschouwd. Zie in die zin bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 331; en Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 24.

verwant zijn aan de informatieplichten uit het dwalingsleerstuk.⁹⁵⁰ Art. 7:15 en 7:17 BW worden hieronder afzonderlijk behandeld in par. 3.11.6 e.v.

Uit de koopovereenkomst kunnen ook 'contractuele' of 'postcontractuele' informatieplichten worden afgeleid. In par. 3.8.7 werd reeds de aandacht gevestigd op de contractuele verplichting van de verkoper tot verstrekking van een gebruiksaanwijzing of productwaarschuwing, welke verplichting overigens niet met zoveel woorden in titel 7.1 BW is vastgelegd, maar wel kan worden gebaseerd op art. 6:248 lid 1 BW. Vermeldenswaard is voorts art. 7:23 BW, waarin de postcontractuele klachtplicht van de koper omtrent gebreken van het gekochte is vervat. Een nadere behandeling daarvan volgt in par. 3.11.11.

Voor de volledigheid zij hier nog gewezen op een specifieke informatieplicht aan verkoperszijde, die van Europese herkomst is. Ik doel op art. 7:46c BW, inzake gegevensverstrekking bij koop op afstand.⁹⁵¹ Lid 1 heeft betrekking op de precontractuele fase en bepaalt dat de verkoper tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten op duidelijke en begrijpelijke wijze gegevens dient te verstrekken over onder meer zijn eigen identiteit (sub a), de belangrijkste kenmerken van de zaak (sub b), de prijs (sub c) en de eventuele toepasselijkheid van een bedenktijd in de zin van art. 7:46d BW (sub f). Lid 2 bestrijkt de uitvoeringsfase en bepaalt dat de verkoper tijdig bij de nakoming van de koop op afstand op duidelijke en begrijpelijke wijze gegevens dient te verstrekken over onder meer de wijze waarop de koper gebruik kan maken van zijn recht op bedenktijd (sub b) en de locatie waar hij terecht kan met eventuele klachten (sub c). De hier gecodificeerde informatieplicht is van het formalistische type, dat in par. 2.9.1 werd aangeduid als 'documentatieplicht'. Als zodanig heeft deze informatieplicht weinig gemeen met de open, contextgebonden informatieplichten die in het onderhavige onderzoek centraal staan. In de nu volgende paragrafen wordt de aandacht dáárop gericht.

3.11.6 Vervolg; vrijwaring tegen rechtsgebreken (art. 7:15 BW)

Art. 7:15 lid 1 BW bepaalt dat de verkoper verplicht is de zaak in eigendom over te dragen 'vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen'. Het artikel strekt aldus tot bescherming van de koper tegen *rechtsgebreken*,⁹⁵² zoals het bestaan van een erfdienstbaarheid, hypotheekrecht of kettingbeding. Op de

950 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, nr. 3, p. 4 (m.b.t. de bedenktijd bij woningkoop ex art. 7:2 BW), waar de wetgever de informatieplichten van de verkoper ex art. 7:15 en 7:17 BW op één lijn stelt met de informatieplichten ex art. 3:44 lid 3 en 6:228 lid 1 sub b BW. Zie nader over de bedoelde verwantschap par. 3.11.8.

951 Blijkens art. 7:46a sub a-b BW gaat het hier om een vorm van consumentenkoop, waarbij tot en met het sluiten van de koop uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand. Zie over de bedoelde informatieplicht bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 94h.

952 Vgl. TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 113.

verkoper rust in dit verband een vrijwaringsplicht. Zoals de wettekst bevestigt, vallen daaronder alleen 'bijzondere' lasten en beperkingen, niet die welke drukken op alle zaken van dezelfde soort, zoals belastingen en retributies.⁹⁵³ Bedacht zij dat zulke algemeen geldende lasten en beperkingen ook bezwaarlijk als rechtsgebreken in de zojuist bedoelde zin kunnen worden gekwalificeerd. Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat lasten en beperkingen van publiekrechtelijke origine – die veelal algemeen van aard zijn – niet zonder meer onder het bereik van art. 7:15 BW vallen.⁹⁵⁴ Afgezien daarvan behoeft de verkoper ook niet in te staan voor de afwezigheid van lasten en beperkingen 'welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard', aldus art. 7:15 lid 1 BW.

De bepaling impliceert de gelding van een op de verkoper rustende *mededelingsplicht*,⁹⁵⁵ inhoudend dat deze eventuele bijzondere lasten en beperkingen onder de aandacht van de koper dient te brengen, teneinde hem in staat te stellen deze al of niet te aanvaarden. Strikt genomen eist de wet dat aanvaarding door de koper 'uitdrukkelijk' geschiedt, hetgeen lijkt te betekenen dat de onderhavige mededelingsplicht zover gaat, dat de verkoper zich daadwerkelijk dient te verzekeren van de (uitdrukkelijke) instemming van de koper. Terecht kiest de literatuur in dit verband een meer genuanceerde benadering, waarin ruimte bestaat voor de gedachte dat een koper die zonder protest een koopovereenkomst aangaat, hoewel hij op het bestaan van bijzondere lasten of beperkingen is gewezen, geen beroep toekomt op de bescherming van art. 7:15 BW.⁹⁵⁶ Het uitdrukkelijkheidsvereiste heeft in deze benadering niet zozeer betrekking op de aanvaarding door de koper, als wel op de mededeling door de verkoper. Het gaat erom dat de aanvaarding door de koper een reëel karakter draagt, in die zin dat zij berust op daadwerkelijke kennis van de betrokken last of beperking, zoals voortvloeiend uit een niet mis te verstane mededeling van de verkoper.⁹⁵⁷

Conform het voorgaande wordt in de parlementaire geschiedenis de gelding van een *onderzoeksplicht* aan de zijde van de koper omtrent het bestaan van bijzondere lasten of beperkingen in de zin van art. 7:15 BW verworpen. Volgens

953 Aldus TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 113. Zie voorts bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 274; Huijgen 2008, nr. 18; Wessels 2010, nr. 32; en Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 26.

954 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 275, met verdere vindplaatsen. Overigens sluit de Hoge Raad toepassing op publiekrechtelijke lasten niet uit. Zie HR 27 februari 2004, NJ 2004, 635 m.nt. WMK (Bos/Smeenk c.s.), r.o. 3.3.

955 Aldus MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 116. Zie voorts bijv. Dammingh 2002, p. 207; Breedveld-de Voogd 2007, p. 178; Huijgen 2008, nr. 18; en Wessels 2010, nr. 32. Vgl. ook (impliciet) Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 278.

956 Zie in die zin bijv. Dammingh 2002, p. 209; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 278; en Wessels 2010, nr. 32. Anders W.M. Kleijn, die het uitdrukkelijkheidsvereiste in zijn NJ-annotatie bij HR 27 februari 2004, NJ 2004, 635 m.nt. WMK (Bos/Smeenk c.s.), sub 3, strikter opvat.

957 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 278, waar de mogelijkheid van impliciete aanvaarding t.a.v. niet-medegedeelde lasten wordt uitgesloten. Zie hieronder voor een enigszins andere benadering.

de wetgever is de vrijwaringsplicht van de verkoper 'zo fundamenteel, dat het niet wenselijk geacht wordt een uitzondering te maken voor de lasten die de koper had kunnen kennen, met name door onderzoek te doen in de openbare registers, welk onderzoek zo dikwijls mogelijk is'.⁹⁵⁸ Dit laat mijns inziens onverlet dat, zoals hierboven bleek, de verkoper die de koper op duidelijke wijze over bijzondere lasten of beperkingen heeft geïnformeerd, in het kader van art. 7:15 BW vrijuit zal (moeten) gaan, ook indien de koper die lasten of beperkingen niet met zoveel woorden heeft aanvaard. Weliswaar zal de verkoper een uitdrukkelijke aanvaarding door de koper zoveel mogelijk moeten faciliteren, door zijn informatieverstrekking af te stemmen op de kenbare deskundigheid en begripsvermogens van de koper, en door zo nodig te verifiëren of de mededeling omtrent bijzondere lasten of beperkingen bij de koper is 'overgekomen',⁹⁵⁹ maar de vrijwaringsplicht gaat mijns inziens niet zover dat de verkoper die zich dergelijke inspanningen heeft getroost, en in goed vertrouwen heeft aangenomen dat de koper geen doorslaggevende bezwaren koesterde tegen de lasten of beperkingen in kwestie, zich daarenboven nog dient te verzekeren van de uitdrukkelijke instemming door de koper met iedere afzonderlijke last of beperking.⁹⁶⁰ Evenals in het kader van het dwalingsleerstuk zou ik de onderhavige mededelingsplicht dus willen typeren als een *inspanningsverplichting*, die geen gegarandeerde effectiviteit beoogt (par. 3.6.5).

Voor een goed begrip van het voorgaande zij overigens bedacht dat de toetsing aan art. 7:15 BW niet *altijd* resulteert in de toepassing van een mededelingsplicht als hier bedoeld. Het artikel vereist immers als zodanig niet een mededeling door de verkoper omtrent lasten of beperkingen, maar slechts een overdracht vrij van lasten en beperkingen welke de koper niet uitdrukkelijk heeft aanvaard. Veelal zal de verkoper een dergelijke aanvaarding (slechts) kunnen bewerkstelligen door de koper op lasten of beperkingen te wijzen, maar denkbaar is ook dat een beroep op art. 7:15 BW faalt, omdat de koper uit eigen wetenschap reeds bekend was met de lasten of beperkingen in kwestie, en deze desalniettemin aanvaardde. Men denke bijvoorbeeld aan lasten of beperkingen die de koper kende uit hoofde van een eerdere (vergelijkbare of samenhangende) transactie, of die in kringen van de (deskundige)

958 TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 113. Zie in gelijke zin bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 278; en Hof Arnhem 21 oktober 2008, L/JN BH1293, N/JF 2009, 93, r.o. 4.6. Enigszins *anders* Huijgen 2008, nr. 18c.

959 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 279, waar tegen deze achtergrond wordt betoogd dat jegens leken een waarschuwing in algemene termen voor bijzondere lasten en beperkingen niet altijd volstaat. Zie ook par. 3.6.5.

960 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 279, waar wordt betoogd dat 'in principe niet [is] vereist dat iedere last afzonderlijk wordt geaccepteerd'. Zie in gelijke zin bijv. Huijgen 2008, nr. 18b.

koper algemeen bekend waren.⁹⁶¹ In lijn met het voorgaande zou ik menen dat de aanvaarding van zulke bekende lasten en beperkingen niet uitdrukkelijk behoeft te geschieden, derhalve besloten kan liggen in het onderhandelingsgedrag van de koper, zolang maar duidelijk is dat de aanvaarding berust op daadwerkelijke kennis aan diens zijde, en niet het fictieve resultaat is van de toepassing van een onderzoekspllicht.

3.11.7 Vervolg; conformiteitsvereiste (art. 7:17 BW)

Art. 7:17 lid 1 BW bepaalt dat de afgeleverde zaak 'aan de overeenkomst [moet] beantwoorden'. Het betreft hier het conformiteitsvereiste, dat in aanvulling op art. 7:15 BW voorziet in een vrijwaring tegen *materiële gebreken* van het gekochte.⁹⁶² In de eerste volzin van art. 7:17 lid 2 BW is omschreven wanneer er sprake is van non-conformiteit, namelijk indien de zaak 'niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten'. Beslissend is dus het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper, dat in het licht van de omstandigheden van het geval moet worden vastgesteld.⁹⁶³ De wettekst verwijst in dit verband naar de 'aard van de zaak' en de 'mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan'. De parlementaire geschiedenis vermeldt voorts als gezichtspunten onder meer de 'hoogte van de prijs', 'het soort winkel waarin de zaak is verkocht' en de 'omstandigheden waaronder de koop plaatsvond'.⁹⁶⁴

De tweede volzin van art. 7:17 lid 2 BW geeft een nadere uitwerking aan de conformiteitsregel uit de eerste volzin, door te bepalen dat de koper mag verwachten dat de zaak 'de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien'.⁹⁶⁵ Deze uitwerking ter zake van normaal en bijzonder gebruik dient ter concretisering van het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper, maar behelst geen limitatieve invulling

961 Vgl. Wessels 2010, nr. 32, die meent dat aan het uitdrukkelijkheidsvereiste is voldaan indien de koper 'niet een vreemde in Jeruzalem is (deskundig is of vaker dergelijke transacties heeft verricht)'.

962 Vgl. TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 113, 118.

963 Aldus NvW 1, PG Boek 7 (Inv.), p. 121. Zie voorts bijv. HR 21 mei 2010, L/JN BL8295, NJ 2010, 275 (KTDC/Impro), r.o. 4.1.2; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 335.

964 Zie NvW 1, PG Boek 7 (Inv.), p. 121. Bij het laatstgenoemde gezichtspunt denkt de wetgever bijv. aan gevallen van uitverkoop.

965 Zie over de geschiktheid voor bijzonder gebruik bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 347 e.v., waar uit het vereiste van een contractuele voorziening wordt afgeleid dat op de koper in dit verband een *mededelingsplicht* rust (nr. 348). Vgl. ook par. 3.6.2.

daarvan.⁹⁶⁶ Ook zónder ongeschiktheid voor normaal of bijzonder gebruik kan er dus sprake kan zijn van non-conformiteit, bijvoorbeeld indien de koper op grond van mededelingen van de verkoper mocht verwachten dat een bepaalde (niet aan het gebruik gerelateerde) eigenschap aanwezig was.⁹⁶⁷

Aangenomen wordt dat de objectieve formulering van de eerste volzin van lid 2 – verwijzend naar hetgeen de koper ‘mocht verwachten’ – de potentiële gelding van een *onderzoeksplicht* aan de zijde van de koper impliceert.⁹⁶⁸ In de tweede volzin van lid 2 komt deze onderzoeksplicht meer expliciet tot uitdrukking, nu de geschiktheid voor normaal gebruik hier wordt betrokken op eigenschappen waarvan de koper de aanwezigheid ‘niet behoefde te betwijfelen’.⁹⁶⁹ De wetgever ziet voor de onderhavige onderzoeksplicht met name een rol weggelegd bij de koop van gebruikte zaken.⁹⁷⁰ Inderdaad ligt het, gezien de verwijzing naar de ‘aard van de zaak’ in de eerste volzin van lid 2, voor de hand van de koper van een tweedehands zaak te vergen dat hij tot op zekere hoogte bedacht is op (en zo nodig onderzoek doet naar) verborgen gebreken, althans zijn verwachtingen dienovereenkomstig bijstelt.⁹⁷¹ In dit verband zal logischerwijze de waarneembaarheid c.q. traceerbaarheid van die gebreken een belangrijke rol spelen.⁹⁷² Illustratief is het arrest Rebel/Resim c.s. uit 2009, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de aanwezigheid van zichtbaar asbesthoudend materiaal in de huisjes van een bungalowpark voor de (professionele) koper aanleiding had moeten zijn tot het doen van nader onderzoek naar de mogelijke aanwezigheid van onzichtbaar asbest.⁹⁷³ Voor het overige is de onderhavige onderzoeksplicht in belangrijke mate afhankelijk van de hoedanigheid van partijen, aldus de wetgever, die in dit verband als vuistregel formuleert dat ‘op een professionele koper een zwaardere onder-

966 Vgl. MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 125, waar de gevallen van ongeschiktheid voor gebruik worden betiteld als ‘species’ van het geval dat de zaak niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten.

967 Zie bijv. HR 23 november 2007, L/JN BB3733, NJ 2008, 552 m.nt. H.J. Snijders onder 553 (Ploum/Smeets), r.o. 5.2. Vgl. ook Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 343.

968 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 337; Brink 2009, p. 176; en Valk 2010a, p. 956. Vgl. ook Wessels 1995, p. 475; Dammingh 2002, p. 204; Huijgen 2008, nr. 22b; Wessels 2010, nr. 33; en Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 30, welke auteurs de bedoelde onderzoeksplicht baseren op de tweede volzin van art. 7:17 lid 2 BW.

969 Zie MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 125, sub 2; en MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 5 en 18, waar de wetgever met zoveel woorden verklaart dat deze zinsnede een onderzoeksplicht voor de koper behelst. Zie daarover voorts bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346.

970 MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 125, sub 2.

971 Vgl. ook Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 30, die – omgekeerd – betoogt dat de koper van een *nieuwe* zaak deze normaliter niet op gebreken hoeft te controleren.

972 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346, waar wordt betoogd dat de geschiktheid voor normaal gebruik in de regel niet hoeft te worden onderzocht, tenzij er op dit punt ‘reden tot twijfel’ bestaat, zoals een ‘zichtbaar slechte staat’.

973 HR 20 maart 2009, L/JN BG8788, *RvdW* 2009, 448 (Rebel/Resim c.s.), r.o. 4.2.4, besproken in par. 3.7.9.

zoeksplicht [zal] rusten dan op een particuliere koper, met name indien eerstbedoelde koper de zaak van een particuliere verkoper heeft gekocht'.⁹⁷⁴ In het verlengde hiervan moet worden aangenomen dat in geval van *consumentenkoop* in de zin van art. 7:5 BW – de koop van een roerende zaak door een particulier van een professional – de onderzoeksplicht van de koper gering is.⁹⁷⁵

Een en ander kan worden herleid tot de gezichtspunten die ook in het dwalingsleerstuk een rol spelen (par. 3.6.3), namelijk de *aard van de rechtsverhouding*, in het bijzonder de hoedanigheid en deskundigheid van partijen, en de *aard van de betrokken informatie*, in het bijzonder de waarneembaarheid of traceerbaarheid van het gebrek in kwestie. Voor een nadere bespreking van de betreffende casuïstiek zij hier verwezen naar par. 3.7, waar – tegen de achtergrond van het dwalingsleerstuk – ook diverse gevallen van non-conformiteit zijn behandeld. Bijzondere vermelding verdient de jurisprudentie over (non-)conformiteit van tweedehands auto's, besproken in par. 3.7.1 e.v., waaruit blijkt dat veiligheidsgebreken niet snel wegens schending van een onderzoeksplicht voor rekening van de koper worden gebracht. Hiermee zij geïllustreerd dat ook de *aard van de betrokken belangen* in dit verband een rol speelt (vgl. par. 3.6.3).

Waar het bij de toepassing van de onderzoeksplicht van de koper vooral op aankomt, is de vraag hoe zij zich verhoudt tot de verantwoordelijkheid van de verkoper. Gelet op de verwijzing in de eerste volzin van art. 7:17 lid 2 BW naar 'de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan', wordt aangenomen dat de koper normaliter géén onderzoek behoeft te doen naar de juistheid van door de verkoper verstrekte inlichtingen over de eigenschappen van de zaak, althans indien die inlichtingen zodanig specifiek, serieus en (ook overigens) vertrouwenwekkend waren, dat de koper daarop in redelijkheid mocht afgaan.⁹⁷⁶ Men herkent hier de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de waarheidsplicht uit het dwalingsleerstuk (par. 3.6.15), die in het conformiteitsleerstuk van overeenkomstige toepassing wordt geacht.⁹⁷⁷

In het verlengde hiervan wordt aangenomen dat de onderzoeksplicht van de koper eveneens vervalt, indien de verkoper hem (niet onjuist maar) *onvoldig* heeft voorgelicht, door de verzwijging van feiten die hij naar verkeersopvat-

974 MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 125, sub 2. De wetgever verwijst in dit verband naar HR 15 november 1985, NJ 1986, 213 m.nt. G (Stavenuiter/Oosterbaan), besproken in par. 3.7.2. Zie voorts bijv. in gelijke zin Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 337.

975 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 5, waar wordt opgemerkt dat bij consumentenkoop 'op de koper niet snel een onderzoeksplicht rust'. Zie ook (nog wat stelliger) Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346, onder verwijzing naar art. 2 lid 3 Richtlijn consumentenkoop (waarover par. 3.11.9).

976 Aldus bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 340. In het dwalingsleerstuk geldt in het kader van art. 6:228 lid 1 sub a BW een vergelijkbare benadering (par. 3.6.6).

977 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 337; Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 30; en voorts de conclusie van A-G Wuisman voor HR 25 mei 2007, LjN BA2012, RvdW 2007, 505, sub 3.4.

tingen had moeten mededelen.⁹⁷⁸ Ook de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht (par. 3.6.16) is dus op het onderhavige terrein van kracht. In het arrest Van Dalfsen/Gemeente Kampen uit 2008, betreffende de beweerde non-conformiteit van een monumentaal bedrijfspand, dat niet geschikt bleek voor het beoogde gebruik als restaurant annex feestzaal, heeft de Hoge Raad dit met zoveel woorden bevestigd, door te overwegen 'dat in het algemeen aan een koper, ook een onvoorzichtige koper, niet zal kunnen worden tegengeworpen dat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de eigenschappen van het gekochte, wanneer de verkoper dienaangaande naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht had maar heeft nagelaten de koper op de hoogte te stellen van bij de verkoper bekende feitelijke gegevens die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag welke eigenschappen de koper met het oog op de beoogde bestemming van het gekochte mocht verwachten'.⁹⁷⁹

3.11.8 Vervolg; informatieplichten ex art. 7:17 lid 2 BW

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de precontractuele informatieplichten uit het dwalingsleerstuk – met name de waarheidsplicht en de mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub a en b BW – doorwerken in het conformiteitsleerstuk, als complement van de onderzoeksplicht die ingevolge art. 7:17 lid 2 BW op de koper rust. De bedoelde doorwerking manifesteert zich aldus, dat een onjuiste of onvolledige informatieverstrekking door de verkoper in de precontractuele fase van invloed kan zijn op hetgeen de koper omtrent de eigenschappen van het gekochte mocht verwachten. Bij de invulling van het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper is, met andere woorden, niet alleen relevant wat de verkoper omtrent de eigenschappen van het gekochte aan de koper heeft medegedeeld (het gezichtspunt waarnaar de eerste volzin van art. 7:17 lid 2 BW met zoveel woorden verwijst), maar ook – in voorkomende gevallen – wat hij ter zake heeft verzwegen.

Deze visie is niet onomstreden. Met name het tweede element – de aanvaarding van een (impliciete) *mededelingsplicht* aan de zijde van de verkoper in het kader van de conformiteitstoetsing – wordt door sommige auteurs bekritiseerd.⁹⁸⁰ Zij benadrukken dat het bij de toepassing van art. 7:17 BW gaat om

978 Zie bijv. Dammingh 2000, p. 217; Dammingh 2002, p. 226; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 342; Huijgen 2008, nr. 22b; en Meijer 2009, p. 130.

979 HR 14 november 2008, L/JN BF0407, NJ 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), r.o. 3.4.2. In casu prevaleerde overigens de eigen verantwoordelijkheid van de koper, omdat deze onder de gegeven omstandigheden niet had mogen aannemen dat het pand voor het beoogde gebruik geschikt was (par. 3.7.8).

980 Zie bijv. Bongard & Van Wechem 1995, p. 115; Van Wechem 2008, p. 19; en Van Wechem 2009a, p. 222-223. Vgl. ook (iets terughoudender) Valk 2009a, p. 137-138; Meijer 2009, p. 130-131; en Valk 2010a, p. 956.

uitleg van het overeengekomene, namelijk de vaststelling van de eigenschappen die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. In hun visie horen mededelingsplichten in dat kader niet thuis, omdat de koper geen (gerechtvaardigde) verwachtingen zou kunnen koesteren omtrent eigenschappen die de verkoper heeft verzwegen. Van Wechem verwoordt het als volgt:

‘Betoogd kan (...) worden dat artikel 7:17 BW (...) geen ruimte biedt voor mededelingsplichten van de verkoper. Het gaat immers om de *eigenschappen* van de zaak. De zaak heeft deze of niet. Daar doen de *niet-gedane* mededelingen van de verkoper niet aan af.’⁹⁸¹

Ook Valk betwijfelt of ‘hetgeen zich in het hoofd van de verkoper afspeelt (zijn wetenschap omtrent een gebrek en zijn keuze om daarover te zwijgen) de verwachtingen van de koper [kan] beïnvloeden’.⁹⁸² Ik meen dat de zaken hier onnodig op de spits worden gedreven.⁹⁸³ Op zichzelf acht ik het, zoals bleek in par. 3.8.6, juist om terughoudendheid te betrachten bij de toepassing van precontractuele informatieplichten in het kader van de uitleg van overeenkomsten, teneinde te voorkomen dat die uitleg zich te ver verwijderd van de subjectieve partijbedoeling. Met inachtneming daarvan zie ik echter niet in waarom bijvoorbeeld het verzwijgen van een veiligheidsgebrek door de verkoper van een tweedehands auto niet het gerechtvaardigd vertrouwen bij de koper zou kunnen wekken dat hij een veilige auto koopt.⁹⁸⁴ In par. 3.8.3 bleek reeds dat meer in het algemeen bij de uitleg van overeenkomsten op vergelijkbare wijze (impliciete) mededelingsplichten kunnen worden aanvaard. Toegespitst op art. 7:17 BW zou ik menen dat het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper in het licht van de algehele communicatie tussen partijen moet worden beoordeeld, waaronder behalve uitdrukkelijke inlichtingen van de verkoper ook de door hem gewekte, onuitgesproken suggesties kunnen vallen.⁹⁸⁵

Voorts zijn er ook auteurs die zich niet verzetten tegen de toepassing van precontractuele informatieplichten in het conformiteitsleerstuk als zodanig, maar wel tegen een klakkeloze *gelijkschakeling* van informatieplichten uit hoofde van art. 6:228 en 7:17 BW. Zo betoogt Van Rossum dat de uitdrukkelijke verwijzing naar de onderzoeksplicht van de koper in het kader van art. 7:17 lid 2 BW (par. 3.11.7) meebrengt dat die onderzoeksplicht hier ‘een grotere rol speelt

981 Van Wechem 2008, p. 19.

982 Valk 2009a, p. 137. Zie echter ook p. 144, waar Valk na ampele overweging concludeert dat de mededelingsplicht binnen het conformiteitsleerstuk ‘geen Fremdkörper’ is.

983 Zie par. 5.3.4 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

984 Overigens zullen de bedoelde auteurs dit ook aanvaarden, maar niet als bewijs van de gelding van een mededelingsplicht aan de zijde van de koper ex art. 7:17 BW. Vgl. Valk 2010a, p. 956, die betoogt dat in een dergelijke situatie de non-conformiteit reeds volgt uit de aantasting van het normaal gebruik.

985 Zie in gelijke zin Brink 2009, p. 177.

dan in geval van dwaling'.⁹⁸⁶ Van gelijke strekking is het betoog van Hijma, die benadrukt dat in het kader van non-conformiteit meer en zwaardere sancties gelden, zodat men 'in het kader van art. 7:17 sterker de belangen van (ook) de verkoper voor ogen moet houden'.⁹⁸⁷ In par. 3.10.3 bleek reeds dat ik deze visie niet deel. Het antwoord op de vraag welk van beide partijen verantwoordelijk is voor de precontractuele vergaring of verstrekking van informatie omtrent de eigenschappen van het gekochte, moet mijns inziens in beide wettelijke kaders gelijk luiden, als eenvormig uitvloeisel van de precontractuele goede trouw. Dat art. 7:17 BW de onderzoeksplicht van de koper meer vooropstelt dan art. 6:228 BW,⁹⁸⁸ doordat het artikel uitgaat van de eigenschappen die de koper 'mocht verwachten', in plaats van de mededelingen die de verkoper daarover had moeten doen, is mijns inziens een kwestie van wetgevingstechniek,⁹⁸⁹ waaraan geen materiële consequenties mogen worden verbonden met betrekking tot de zwaarte van de toepasselijke informatieplichten. Ten aanzien van het verschil in sancties heb ik in par. 3.10.2 reeds betoogd dat dit in de praktijk kan worden gerelativeerd. Al met al lijkt mij een 'tweesparenbeleid' met betrekking tot de precontractuele informatieplichten uit hoofde van art. 6:228 en 7:17 BW niet gewenst.

Overigens hebben de zojuist bedoelde auteurs in zoverre gelijk, dat voor een inhoudelijke gelijkschakeling van dwaling en non-conformiteit op *leerstukniveau* geen plaats is (vgl. par. 3.10.2). Waar immers de precontractuele informatieplichten in het kader van art. 6:228 BW geheel centraal staan, vervullen zij in het kader van art. 7:17 BW slechts een enuntiatieve functie. Het antwoord op de vraag welke eigenschappen de koper op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten, laat zich immers zeker niet in alle gevallen (uitsluitend) beantwoorden door een beoordeling van hetgeen de verkoper ter zake aan de koper heeft medegedeeld c.q. had moeten mededelen. Dienovereenkomstig betoogt Hijma dat 'het *gehele* (gerechtvaardigde) verwachtingspatroon van de koper' beslissend is.⁹⁹⁰ Men denke bijvoorbeeld aan de koop van een zaak die kort na het sluiten van de koopovereenkomst een gebrek begint te vertonen, resulterend in ongeschiktheid voor normaal gebruik. Hoewel men de verkoper hier – behoudens gevallen van opzettelijke camouflage – bezwaarlijk kan

986 Zie Van Rossum 1994, p. 226; en meer recent (onder verwijzing naar art. 7:17 lid 5 BW) Van Rossum 2011, p. 1620. Zie in gelijke zin bijv. Bongard & Van Wechem 1995, p. 116; Van Wechem 2008, p. 21; Van Wechem 2009a, p. 222; en Van Wechem 2009b, p. 45, 48.

987 Zie Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 340, 342. Zie in gelijke zin reeds Hijma 1991b, p. 666-667.

988 Vgl. overigens par. 3.1.3, waar werd betoogd dat de onderzoeksplicht óók in dwalingsvraagstukken principieel voorop staat.

989 Onwillekeurig is die wetgevingstechniek overigens niet, omdat art. 7:17 BW ziet op de uitleg van de overeenkomst in het licht van de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper, terwijl art. 6:228 lid 1 sub b BW ziet op de aantasting van de overeenkomst i.v.m. het onderhandelingsgedrag van de wederpartij.

990 Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346a. Hijma signaleert in dit verband terecht dat de mededelingsplicht de discussie pas gaat beheersen, indien de verkoper een (vergeefs) beroep doet op schending van een onderzoeksplicht door de koper (vgl. par. 3.11.7).

tegenwerpen dat hij de koper ten tijde van de contractssluiting onjuist of onvolledig heeft geïnformeerd, is een beroep op non-conformiteit geenszins uitgesloten.⁹⁹¹ Het conformiteitsleerstuk kent dus een bredere insteek dan de dwaling,⁹⁹² maar dat neemt niet weg dat mijns inziens de precontractuele informatieplichten in de beide wettelijke kaders op gelijke leest moeten worden geschoeid.

3.11.9 Vervolg; uitsluitingsgronden (art. 7:17 lid 5 BW)

Blijkens het voorgaande gaat het bij de toepassing van art. 7:17 BW om een contextgebonden afweging van wederzijdse verantwoordelijkheden van koper én verkoper. In par. 3.11.7 werd reeds vooropgesteld dat op de koper in dit verband een onderzoeksplicht rust, inhoudend dat hij gereede twijfel omtrent de eigenschappen van het gekochte dient weg te nemen door het doen van onderzoek. Art. 7:17 lid 5 BW werkt deze idee van eigen verantwoordelijkheid nader uit, door een tweetal specifieke situaties te omschrijven waarin de koper 'zich er niet op [kan] beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt', kennelijk in verband met het feit dat de afwijking van het gekochte in zijn risicosfeer valt. De bepaling is bedoeld ter implementatie van art. 2 lid 3 Richtlijn consumentenkoop,⁹⁹³ maar de wetgever heeft ervoor gekozen het toepassingsbereik uit te breiden tot de koop in algemene zin.⁹⁹⁴

Allereerst zij hier de aandacht gevestigd op de tweede volzin van art. 7:17 lid 5 BW, die de minste vragen oproept. Het gaat hier om de situatie dat de non-conformiteit te wijten is aan 'gebreken of ongeschiktheid van grondstoffen afkomstig van de koper'.⁹⁹⁵ Inderdaad ligt het in die situatie, waarin de oorzaak van de non-conformiteit bij de koper rust, voor de hand dat hij geen beroep kan doen op art. 7:17 BW. Zou de koper ten aanzien van de gebrekkigheid of ongeschiktheid van de grondstoffen te goeder trouw zijn geweest, dan zou men kunnen volhouden dat hij wel 'mocht verwachten' dat de zaak aan de overeenkomst beantwoordde (vgl. art. 7:17 lid 2, eerste volzin BW), maar hoe dan ook zou zijn beroep op non-conformiteit dan denkkelijk moeten falen wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁹⁹⁶ Door de levering van eigen

991 Vgl. Valk 2010a, p. 956, die betoogt dat met de aantasting van normaal gebruik de non-conformiteit gegeven is, ongeacht de eventuele schending van een mededelingsplicht. Zie nader over de hier bedoelde gevallen van naderhand gebleken non-conformiteit Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 232 e.v.

992 Zie in gelijke zin bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346a; Klik 2008, p. 35; en Meijer 2009, p. 130.

993 Richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

994 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 6, 18.

995 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 356.

996 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355, waar art. 7:17 lid 5 BW als een toepassing van de derogerende redelijkheid en billijkheid wordt gepresenteerd.

grondstoffen aanvaardt de koper immers het risico van non-conformiteit wegens de gebrekkigheid of ongeschiktheid daarvan. De wet maakt een uitzondering op deze risicoverdeling, voor het geval de verkoper de koper ‘voor deze gebreken of ongeschiktheid had moeten waarschuwen’. De bedoelde *waarschuwingplicht* van de verkoper komt in de richtlijn niet voor, maar de wetgever heeft het ‘redelijk’ geacht haar toe te voegen, gelet op de samenhang van de hier geregelde situatie met gevallen van aanneming van werk.⁹⁹⁷ In par. 3.11.3 bleek reeds dat in dat kader op grond van art. 7:760 lid 2 BW een ondeugdelijke uitvoering van de opdracht ten gevolge van gebreken of ongeschiktheid van zaken, afkomstig van de opdrachtgever, voor diens eigen rekening komt, tenzij de aannemer zijn in art. 7:754 BW bedoelde waarschuwingplicht heeft geschonden. In het onderhavige artikel heeft de wetgever bij die regeling aansluiting gezocht. Voor een nadere uitwerking zij hier verwezen naar par. 3.11.3.

Minder gemakkelijk te doorgronden is de eerste volzin van art. 7:17 lid 5 BW. Hier is bepaald dat de koper zich er evenmin op kan beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hem dit ‘ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn’.⁹⁹⁸ Strikt genomen lijkt deze uitzondering voor gevallen van *wetenschap* aan de zijde van de koper omtrent het ontbreken van bepaalde eigenschappen overbodig, omdat – zoals de wetgever erkent – ‘in die situatie niet gezegd [kan] worden dat de koper die gemiste eigenschappen mocht verwachten’.⁹⁹⁹ Zo beschouwd is hier van non-conformiteit helemaal geen sprake.¹⁰⁰⁰ In de woorden van Valk zou men kunnen zeggen dat de bescherming van de koper hier een ‘subjectieve ondergrens’ bereikt.¹⁰⁰¹

De wetgever heeft het niettemin ‘raadzaam’ geacht het voorgaande te expliciteren in art. 7:17 lid 5 BW,¹⁰⁰² kennelijk om een zo volledig mogelijke implementatie van de richtlijn te realiseren. Die implementatie is echter ongelukkig uitgevallen, zoals Hijma heeft gesignaleerd.¹⁰⁰³ De formulering van de eerste volzin wijkt namelijk af van art. 2 lid 3 van de richtlijn, dat slechts een uitzondering maakt voor gevallen waarin de koper ‘bekend was of redelijkerwijs niet onbekend kon zijn’ met het ontbreken van een bepaalde eigenschap.¹⁰⁰⁴ Laatstgenoemde – dubbel ontkenkende – formule is subjectiever

997 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 18.

998 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355-355a.

999 MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 6, 18.

1000 Anders Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355, waar wordt betoogd dat een ‘toevallige en intern gebleven wetenschap’ het doek voor art. 7:17 BW niet doet vallen. Vgl. ook Hijma 2005, p. 100-101.

1001 Vgl. Valk 2009a, p. 144.

1002 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 6, 18.

1003 Zie Hijma 2005, p. 100-101; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355a.

1004 In de (authentieke) Engelse versie luidt deze zinsnede ‘was aware, or could not reasonably be unaware’.

gekleurd dan het 'redelijkerwijs bekend kon zijn' van art. 7:17 lid 5, eerste volzin BW. De parlementaire geschiedenis doet vermoeden dat de wetgever wel degelijk de subjectieve benadering van de richtlijn voor ogen heeft gehad, nu hij met zoveel woorden heeft verklaard dat de bepaling 'geen onderzoeksplicht' voor de koper behelst en dat de uitbreiding voor gevallen waarin de koper redelijkerwijs bekend kon zijn met de gebrekkigheid van het gekochte, slechts beoogt te voorkomen 'dat de koper zich er op beroept dat hem het gebrek onbekend was terwijl het gebrek hem vrijwel onmogelijk kon zijn ontgaan'.¹⁰⁰⁵

Gelet op het voorgaande verdient het mijns inziens aanbeveling de eerste volzin van art. 7:17 lid 5 BW aldus te verstaan, dat de onderhavige uitsluitingsgrond slechts opgaat indien de koper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst *wist of geacht mocht worden te weten* dat een bepaalde, door hem gewenste eigenschap ontbrak.¹⁰⁰⁶ In par. 3.6.2 werd een vergelijkbare formulering gekozen ter invulling van de basisvereisten voor het aannemen van een mededelingsplicht op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW.¹⁰⁰⁷ In de hier bepleite interpretatie lijkt overigens de praktische betekenis van art. 7:17 lid 5, eerste volzin BW gering.¹⁰⁰⁸ Men denke met name aan situaties waarin, zoals Hijma betoogt, de koper een bepaalde eigenschap van het gekochte 'de facto niet verwacht omdat hij – op basis van een aan de verkoper niet gebleken deskundigheid of feitenkennis – *wet* dat die eigenschap in casu ontbreekt',¹⁰⁰⁹ en overigens aan situaties waarin, zoals Brink het uitdrukt, 'niet met zoveel woorden bewezen kan worden dat de koper iets wist, maar het er toch wel erg dik op ligt dat dit wel het geval is'.¹⁰¹⁰ In alle overige gevallen waarin de gebrekkigheid van het gekochte voor rekening van de koper moet komen, bijvoorbeeld omdat hij ter zake *twijfel* koesterde of behoorde te koesteren, is mijns inziens art. 7:17 lid 2 BW het aangewezen beoordelingskader. Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken arrest KTDC/Impro uit 2010.¹⁰¹¹

1005 MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 18. Enigszins *anders* Huijgen 2008, nr. 22b, die meent dat art. 7:17 lid 5, eerste volzin BW wel degelijk een 'lichte' onderzoeksplicht behelst.

1006 Zie in gelijke zin Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355a.

1007 Zie ook par. 3.6.4, waar werd betoogd dat uit deze formulering geen onderzoeksplicht voortvloeit.

1008 Vgl. de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 21 mei 2010, *LJN* BL8295, *NJ* 2010, 275 (KTDC/Impro), besproken in par. 3.11.10, waar zij betoogt dat voor art. 7:17 lid 5 BW 'slechts een zeer bescheiden rol is weggelegd voor bijzondere gevallen' (sub 4.11).

1009 Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355 (curs. toegevoegd).

1010 Brink 2009, p. 178.

1011 HR 21 mei 2010, *LJN* BL8295, *NJ* 2010, 275 (KTDC/Impro).

3.11.10 Vervolg; KTDC/Impro

Eiseres tot cassatie KTDC is distributeur van de in Korea geproduceerde 'Fuel Saver', een product dat is bedoeld om het brandstofverbruik van auto's te verminderen. In de periode maart tot en met mei 1994 heeft KTDC een aantal partijen Fuel Savers verkocht en geleverd aan verweerster Impro, op grond van een tweetal in dezelfde periode gesloten distributieovereenkomsten. Uit deze distributieovereenkomsten vloeide voor Impro enerzijds het exclusieve recht voort om de Fuel Savers binnen Europa te distribueren en anderzijds de verplichting om maandelijks een bepaald aantal Fuel Savers van KTDC af te nemen. Eind maart, na het sluiten van de eerste distributieovereenkomst en de eerste twee koopovereenkomsten, heeft Impro de Fuel Saver laten testen door onderzoeksbureau TNO. De testresultaten, die aanvankelijk mondeling aan Impro ter beschikking zijn gesteld en begin mei, na twee herhaalde tests, ook in een onderzoeksrapport zijn gepresenteerd, wezen uit dat 'niet geconcludeerd [kan] worden dat het produkt daadwerkelijk brandstofbesparend werkt'. Ondanks deze ongunstige uitkomst besloot Impro nadien een tweede distributieovereenkomst en een derde koopovereenkomst met KTDC aan te gaan. Nadat in de daarop volgende maanden twee andere onderzoeksbureaus eveneens hadden geconcludeerd dat de Fuel Saver geen meetbaar brandstofbesparend effect had, heeft Impro de afname van Fuel Savers gestaakt.

In de onderhavige procedure vordert Impro ontbinding van de koop- en distributieovereenkomsten en schadevergoeding wegens non-conformiteit. KTDC, stellende dat de geleverde Fuel Savers aan de overeenkomst beantwoordden, vordert in reconventie schadevergoeding wegens niet-nakoming van de contractuele afnameverplichting uit de distributieovereenkomsten. In eerste aanleg wijst de rechtbank de vordering van Impro gedeeltelijk toe, namelijk voor zover deze betrekking heeft op de afname van Fuel Savers voorafgaand aan het sluiten van de tweede distributieovereenkomst. Voor wat betreft de nadien gelegen periode wordt de vordering van Impro afgewezen en wordt Impro bovendien (in reconventie) veroordeeld tot schadevergoeding jegens KTDC, omdat Impro volgens de rechtbank inmiddels kwalificeerde als een 'onvoorzichtig koper', nu zij ondanks haar bekendheid met de verontrustende testresultaten een tweede distributieovereenkomst met KTDC was aangegaan.

In hoger beroep kiest het hof een andere benadering, die voor koper Impro gunstiger uitpakt. Het hof overweegt, in navolging van de rechtbank, dat Impro ten tijde van het sluiten van de tweede distributieovereenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn met het ontbreken van een brandstofbesparende werking van de Fuel Saver. Hieruit volgt echter volgens het hof níet dat vanaf dat moment geen sprake meer was van non-conformiteit. Het hof oordeelt dat Impro, ook na het bekend worden van de verontrustende testresultaten, 'op grond van de mededelingen/informatie van KTDC wel mocht verwachten dat de Fuel Saver een brandstofbesparende werking had' en voorts

dat 'ter zake op haar geen onderzoeksverplichting rustte' (r.o. 17). Tegen deze achtergrond concludeert het hof dat KTDC 'in de nakoming van haar verplichting tot het leveren van Fuel Savers met brandstofbesparende werking toerekenbaar is tekortgeschoten' (r.o. 22). De bedoelde wetenschap van Impro leidt er slechts toe 'dat het beroep op die non-conformiteit door Impro, althans op de gevolgen die Impro daaraan verbindt (ontbinding en schadevergoeding), naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn', aldus het hof onder verwijzing naar art. 7:17 lid 5, eerste volzin BW (r.o. 17, aan het slot). Per saldo moet Impro, als 'onvoorzichtig koper', genoegen nemen met de door haar op grond van de tweede distributieovereenkomst afgenomen, gebrekkige Fuel Savers, maar is zij voor het overige niet aansprakelijk jegens KTDC wegens schending van haar contractuele afnameverplichting.

In cassatie klaagt KTDC dat het hof art. 7:17 BW onjuist heeft toegepast, door (kort gezegd) non-conformiteit aan te nemen ondanks bekendheid van Impro met het ontbreken van een brandstofbesparende werking van de Fuel Saver. De Hoge Raad honoreert deze rechtsklacht (r.o. 4.1.2):

'Deze klacht slaagt. Of de Fuel Savers, ofschoon zij geen brandstofbesparing realiseren, aan de overeenkomst beantwoorden, dient, zoals het onderdeel terecht aanvoert, te worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval (...). Het hof heeft bij de beantwoording van de vraag of Impro bij het aangaan van de tweede distributieovereenkomst (en de derde koopovereenkomst) mocht verwachten dat de Fuel Saver een brandstofbesparende werking had, slechts van betekenis geacht hetgeen waarvan KTDC zelf met betrekking tot die eigenschap uitging en hetgeen KTDC daarover aan Impro heeft meegedeeld, maar niet tevens de omstandigheid dat Impro, toen zij met KTDC de tweede distributieovereenkomst aanging, met de afwezigheid van het brandstofbesparend effect bekend was dan wel redelijkerwijs bekend had kunnen zijn. Nu deze omstandigheid mede bepalend is voor het antwoord op de vraag welke eigenschappen Impro op grond van de overeenkomst mocht verwachten, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.'

De Hoge Raad benadrukt het brede, contextgebonden karakter van de conformiteitstoetsing. Het gaat om de vraag of het gekochte, in het licht van 'alle relevante omstandigheden van het geval', voldeed aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper (par. 3.11.7). Tegen deze achtergrond had het hof bij de beantwoording van de conformiteitsvraag in casu niet buiten beschouwing mogen laten dat Impro ten tijde van het sluiten de tweede distributieovereenkomst bekend was dan wel redelijkerwijs bekend had kunnen zijn met de afwezigheid van het brandstofbesparend effect. Vergelijkbare kritiek op 's hofs arrest werd vertolkt door A-G Rank-Berenschot, die in haar conclusie bepleitte 'de wetenschap van de koper te situeren binnen het vraagstuk van de vaststelling van non-conformiteit en niet binnen het vraagstuk van de eventuele ontzegging van een beroep van de koper op (eenmaal vastgestelde) non-conformiteit' (sub 4.8). Wetenschap aan de zijde van de koper, aldus Rank-

Berenschot, ‘past onmiddellijk het gerechtvaardigd verwachtingspatroon aan – doet de zaak conform zijn – zodat aan een beroep op non-conformiteit niet meer wordt toegekomen’ (sub 4.10). Slechts in het uitzonderlijke geval van ‘toevallige en intern gebleven wetenschap’ ziet zij ruimte voor toepassing van art. 7:17 lid 5, eerste volzin BW.¹⁰¹²

Terecht oordeelde de Hoge Raad dat een dergelijke situatie zich in casu niet voordeed. In het onderhavige geval leek aan de zijde van Impro veeleer sprake te zijn van gerede *twijfel* omtrent de brandstofbesparende werking van de Fuel Saver, welke *twijfel* bovendien aan KTDC kenbaar was gemaakt. Onder die omstandigheden ligt het mijns inziens meer voor de hand om, zoals de Hoge Raad voorschrijft, de bekendheid van Impro met de ongunstige testresultaten, die de grond vormde van de bedoelde *twijfel*, te betrekken in het conformiteitsoordeel op de voet van art. 7:17 lid 2 BW, als omstandigheid die het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van Impro mede heeft beïnvloed. Na verwijzing zal moeten blijken of, gelet op de eigen wetenschap van Impro, alsnog conformiteit van de na het sluiten van de tweede distributieovereenkomst geleverde Fuel Savers moet worden aangenomen. Een bevestigend antwoord, in lijn met het vonnis van de rechtbank, ligt mijns inziens voor de hand. Men bedenke dat Impro de Fuel Savers kocht als *handelswaar* en dat de gebrekkige werking ervan (althans het ontbreken van een bewezen brandstofbesparend effect) nog niet impliceert dat de Fuel Savers ongeschikt waren voor het beoogde commerciële gebruik (vgl. art. 7:17 lid 2, tweede volzin BW). Dit verklaart wellicht waarom Impro, ondanks de verontrustende testresultaten, een tweede distributieovereenkomst aanging.

3.11.11 Vervolg; klachtplicht (art. 7:23 BW)

Aangenomen dat er sprake is van non-conformiteit in de zin van art. 7:17 BW, rijst de vraag naar de rechtsgevolgen daarvan.¹⁰¹³ Art. 7:23 BW bepaalt in dit verband dat de koper geen beroep toekomt op non-conformiteit, indien hij de verkoper daarvan niet ‘binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven’.¹⁰¹⁴ De hier bedoelde *klachtplicht* van de koper – ook wel aangeduid als waarschuwingsplicht, mededelingsplicht of protestplicht – heeft een postcontractueel karakter, in die zin dat zij ná totstandkoming en uitvoering van de koopovereenkomst is gesitueerd.¹⁰¹⁵ De klachtplicht strekt er volgens de wetgever

1012 Zie haar conclusie, sub 4.10, onder verwijzing naar Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355.

1013 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 372 e.v.

1014 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 541 e.v.

1015 Vgl. HR 13 juli 2007, LJN BA3520, NJ 2007, 408 (WRA/Oldenhoeck), r.o. 4.1.2, waaruit overigens blijkt dat de in art. 7:23 BW besloten liggende onderzoeksplicht en mededelingsplicht onder omstandigheden ook op de periode vóór aflevering kunnen worden betrok-

toe, 'de verkoper voor late en moeilijk meer betwistbare klachten te behoeven'.¹⁰¹⁶ Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan het meer algemene art. 6:89 BW, waarvan art. 7:23 BW een uitwerking vormt.¹⁰¹⁷ Blijkens de wettekst treedt de klachtplicht – dat wil zeggen de gehoudenheid om binnen bekwame tijd te klagen – in werking zodra de koper de tekortkoming heeft 'ontdekt' of 'redelijkerwijs had behoren te ontdekken'.

Laatstgenoemde zinsnede duidt op de gelding van een *onderzoeksplicht* aan de zijde van de koper omtrent eventuele gebreken van het gekochte.¹⁰¹⁸ De Toelichting Meijers wijst erop dat sommige gebreken reeds bij aflevering van de zaak behoren te worden ontdekt, door middel van 'een oppervlakkig onderzoek gelijk men van de koper bij de aflevering mag verlangen', terwijl andere gebreken eerst 'door het gebruik van de zaak blijken'.¹⁰¹⁹ Over zulke gebreken moet de koper klagen 'binnen zo korte tijd als in de gegeven omstandigheden in verband met zijn onderzoeksplicht van hem kan worden gevergd'.¹⁰²⁰ In het standaardarrest Pouw/Visser uit 2007 heeft de Hoge Raad in dit verband, ter nadere invulling van de bedoelde onderzoeksplicht, gewezen op het belang van 'de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt en de deskundigheid van de koper'.¹⁰²¹ In het arrest Ploum/Smeets uit 2011 werden bovendien 'de aard van de gekochte zaak', 'de inhoud van de koopovereenkomst', en 'de ingewikkeldheid van het onderzoek' meegewogen.¹⁰²² Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding*, meer in het bijzonder de deskundigheid van partijen, en de *aard van de betrokken informatie*, meer in het bijzonder de traceerbaarheid van het gebrek,¹⁰²³ als gezichtspunten voor de invulling van de onderhavige onderzoeksplicht (vgl. par. 3.6.3). Ook de *aard van de betrokken belangen* speelt een rol, nu er volgens de Hoge Raad niet spoedig voldoende reden zal zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten, indien de belangen van

ken, bijv. i.v.m. een voorafgaande inspectie van de zaak. Zie nader Van Kogelenberg 2007, p. 1008-1009.

1016 MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 152.

1017 Zie MvA I, PG Boek 7 (Inv.), p. 157; en voorts bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 543. Zie over art. 6:89 BW bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 408. Vgl. ook par. 3.8.9, waar beide artikelen als uitwerking van art. 6:2 lid 2 BW werden gepresenteerd.

1018 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 544a; Van Kogelenberg 2007, p. 1009-1010; en Tjittes 2007, p. 18.

1019 TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 146.

1020 MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 152.

1021 HR 29 juni 2007, LjN AZ7617, NJ 2008, 606 m.nt. Jac. Hijma (Pouw/Visser), r.o. 3.3.3. Zie in gelijke zin (m.b.t. art. 6:89 BW) HR 8 oktober 2010, LjN BM9615, NJ 2010, 545 (Tan c.s./Forward en Chipshol), r.o. 3.4.

1022 HR 25 maart 2011, LjN BP8991, RvdW 2011, 419 (Ploum/Smeets), r.o. 3.3.2.

1023 Vgl. ook r.o. 3.3.2 van het arrest Ploum/Smeets, waar de Hoge Raad bij wijze van vuistregel overweegt: 'Als de koper op eenvoudige wijze kan (laten) vaststellen of een vermoed gebrek ook werkelijk bestaat, zal dat onderzoek niet lang mogen duren.'

de verkoper daardoor niet zijn geschaad.¹⁰²⁴ In dit verband heeft de Hoge Raad voorts gewezen op het belang van ‘de ernst van de tekortkoming’ aan de zijde van de verkoper, die kan meebrengen ‘dat een nalatigheid van de koper hem niet kan worden tegengeworpen’.¹⁰²⁵ Meer in het algemeen moet mijns inziens bij de onderhavige belangenafweging acht worden geslagen op de ernst van de sanctie, die art. 7:23 BW behelst, te weten een algeheel rechtsverlies aan koperszijde, zelfs waar het een vordering uit hoofde van dwaling of onrechtmatige daad betreft,¹⁰²⁶ en dat óndanks de gegeven non-conformiteit van het gekochte. Terecht betoogt A-G Wuisman dat deze vérstrekkende consequentie repercussies moet hebben voor de invulling van de onderzoeksplicht van de koper uit hoofde van art. 7:23 BW.¹⁰²⁷

In het eerder genoemde arrest Pouw/Visser heeft de Hoge Raad, in navolging van de parlementaire geschiedenis,¹⁰²⁸ een belangrijke uitwerking gegeven aan de onderhavige onderzoeksplicht, door te overwegen dat een ondeskundige koper gerechtigd is een *externe deskundige* in te schakelen, zonder gehouden te zijn de verkoper hierover (direct) te informeren. Volgens de Hoge Raad volgt echter uit de strekking van art. 7:23 lid 1 BW dat, wanneer mag worden verwacht of blijkt dat met het deskundigenonderzoek langere tijd is gemoeid, de koper zijn wederpartij ‘onverwijld kennis dient te geven van dat onderzoek en de verwachte duur ervan’.¹⁰²⁹ Hijma spreekt in dit verband van een *communicatieplicht*, die in zijn visie als ‘afgeleide kennisgevingsplicht’ aan de eigenlijke klachtplicht voorafgaat.¹⁰³⁰ Uit het meer recente arrest Ploum/Smeets blijkt dat deze communicatieplicht ook een rol kan spelen in ándere gevallen waarin het onderzoek – anders dan vanwege het inschakelen van een externe deskundige – voorzienbare vertraging oploopt.¹⁰³¹ In casu ging het om de koop van een tankstation, waarover koper Smeets – met het oog op een eventuele bodemverontreiniging – informatie had ingewonnen

1024 Aldus HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991, *RvdW* 2011, 419 (Ploum/Smeets), r.o. 3.3.2. Vgl. ook HR 8 oktober 2010, *LJN* BM9615, *NJ* 2010, 545 (Tan c.s./Forward en Chipshol), r.o. 3.4, waar de Hoge Raad (in het kader van art. 6:89 BW) belang hechtte aan ‘het nadeel als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen de afwijking is geprotesteerd’. Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Wissink voor HR 2 september 2011, *LJN* BQ3876, *RvdW* 2011, 1041 (VDE c.s./Fuchs c.s.), sub 2.50.3.

1025 Aldus HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991, *RvdW* 2011, 419 (Ploum/Smeets), r.o. 3.3.2.

1026 Zie HR 21 april 2006, *LJN* AW2582, *NJ* 2006, 272 (Inno/Sluis), r.o. 4.3; en HR 23 november 2007, *LJN* BB3733, *NJ* 2008, 552 m.nt. H.J. Sniijders onder 553 (Ploum/Smeets), r.o. 4.8.2.

1027 Zie diens conclusie voor HR 29 juni 2007, *LJN* AZ7617, *NJ* 2008, 606 m.nt. Jac. Hijma (Pouw/Visser), sub 3.2. Vgl. ook Bollen en Hartlief 2009, p. 2809 e.v., die meer in het algemeen kritiek uiten op de ‘botte bijl’ van de klachtplicht en pleiten voor een proportionele benadering.

1028 Vgl. *MvA* I, PG Boek 7 (Inv.), p. 157-158.

1029 HR 29 juni 2007, *LJN* AZ7617, *NJ* 2008, 606 m.nt. Jac. Hijma (Pouw/Visser), r.o. 3.3.3.

1030 Zie de *NJ*-annotatie van Jac. Hijma bij het arrest Pouw/Visser, sub 5. Tegen deze achtergrond verklaart Hijma dat de mededeling omtrent onderzoek volgens de Hoge Raad niet ‘binnen bekwame tijd’ (vgl. art. 7:23 lid 1 BW), maar ‘onverwijld’ dient te geschieden.

1031 HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991, *RvdW* 2011, 419 (Ploum/Smeets).

bij BP, de voormalige huurder van het tankstation. Het betrof hier dus een eigen onderzoek van de koper, door middel van navraag bij een *derde*.¹⁰³² De Hoge Raad verenigde zich met 's hofs oordeel dat, nu Smeets bij BP had 'aangedrongen op beantwoording van haar vraag' en 'toen dit antwoord kwam dadelijk met Ploum contact heeft opgenomen', genoegzaam aan haar verplichtingen uit hoofde van art. 7:23 BW had voldaan (r.o. 3.3.3).

In het arrest Ploum/Smeets formuleerde de Hoge Raad voorts nog een aansprekende vuistregel voor de invulling van de onderzoeksplicht uit hoofde van art. 7:23 BW, namelijk dat die onderzoeksplicht minder ver strekt, naarmate de koper 'op grond van de inhoud van de koopovereenkomst en de verdere omstandigheden van het geval sterker erop mag vertrouwen dat de zaak beantwoordt aan de overeenkomst'.¹⁰³³ Inderdaad is dat waar het hier op aankomt: het gerechtvaardigd vertrouwen van de koper omtrent de conformiteit van het gekochte. Ter uitwerking overwoog de Hoge Raad dat de koper 'in het algemeen mag afgaan op de juistheid van de hem in dit verband door de verkoper gedane mededelingen'. Men herkent hier de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de *waarheidsplicht*, afkomstig uit het dwalingsleerstuk (par. 3.6.15). Aangenomen moet worden dat een verkoper die zijn waarheidsplicht schendt, door het doen van geruststellende verklaringen omtrent de aan- of afwezigheid van bepaalde eigenschappen van het gekochte, waarop de koper onder de gegeven omstandigheden mocht afgaan (vgl. par. 3.6.6), niet alleen een geslaagd beroep van de koper op dwaling of non-conformiteit riskeert, maar tevens zijn eigen rechten uit hoofde van art. 7:23 BW gedeeltelijk verspeelt, in die zin dat hij de koper naderhand niet kan tegenwerpen dat deze de gebreken van het gekochte eerder had moeten ontdekken.¹⁰³⁴

De tweede volzin van art. 7:23 lid 1 BW bevestigt dat de onderzoeksplicht van de koper in de zojuist bedoelde situatie, namelijk indien aan de zaak een eigenschap ontbreekt 'die deze volgens de koper bezat', is uitgeschakeld. De klachtplicht neemt in dat geval eerst een aanvang na de daadwerkelijke 'ontdekking' van het gebrek, en niet reeds zodra de koper het gebrek redelijkerwijs had behoren te ontdekken. Hetzelfde geldt, zo vervolgt de tweede volzin, indien de non-conformiteit betrekking heeft op feiten die de verkoper 'kende of behoorde te kennen doch die hij niet heeft meegedeeld'. Men herkent hier de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de *mededelingsplicht* (par. 3.6.16), die evenals de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de waarheidsplicht

1032 Vgl. de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, sub 14, die deze situatie op één lijn wil plaatsen met een extern deskundigenonderzoek, zoals aan de orde in het arrest Pouw/Visser. De Hoge Raad overweegt ter zake dat, indien de koper voor het verrichten van onderzoek 'afhankelijk is van de medewerking van derden', daarmee 'rekening [moet] worden gehouden' (r.o. 3.3.2 van het arrest Ploum/Smeets).

1033 HR 25 maart 2011, LJN BP8991, *RvdW* 2011, 419 (Ploum/Smeets), r.o. 3.3.2.

1034 Wel blijft denkbaar dat hij de koper tegenwerpt dat deze, na de (daadwerkelijke) ontdekking van gebreken, daarover niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd.

doorwerkt op het terrein van art. 7:23 BW.¹⁰³⁵ Met andere woorden: de verkoper die in de precontractuele fase zwijgt over gebreken van het gekochte, terwijl hij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid was gehouden tot mededeling daarvan, kan zich naderhand niet tegen een beroep op non-conformiteit verweren met de stelling dat de koper de door hemzelf (de verkoper) verzwegen gebreken eerder had moeten ontdekken.

Voor de volledigheid zij ten slotte vermeld dat hetgeen hierboven is opgemerkt over de onderzoeksplicht van de koper, niet geldt voor de *consumentkoper*. Blijkens de derde volzin van art. 7:23 lid 1 BW is hij (in alle gevallen) pas na de daadwerkelijke ‘ontdekking’ van het gebrek gehouden hierover binnen bekwame tijd bij de verkoper te klagen. In dit verband wordt een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden in elk geval als ‘tijdig’ gekwalificeerd.¹⁰³⁶

3.12 AFGEBROKEN ONDERHANDELINGEN

3.12.1 Algemeen

In de voorgaande paragrafen werd de onderhandelingsfase gezien vanuit het perspectief van een tussen partijen gesloten overeenkomst. Aan de orde kwamen achtereenvolgens de totstandkoming van de overeenkomst (par. 3.2 e.v.), de geldigheid ervan (par. 3.5 e.v.), de daaraan verbonden rechtsgevolgen (par. 3.8) en de uitvoering van het overeengekomene (par. 3.9 e.v.). De ‘precontractuele’ fase – opgevat in de letterlijke betekenis, als de periode voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst¹⁰³⁷ – bleek van groot belang voor de beoordeling van hetgeen contractspartijen in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mogen verwachten, in de aanloop naar én bij de uitvoering van het contract. Als *Leitmotiv* fungeerde de regel uit het arrest Baris/Riezenkamp, dat partijen, ‘door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’.¹⁰³⁸ Die regel is óók van toepassing – en krijgt zelfs een bijzondere lading – indien partijen géén overeenstemming bereiken en de onderhandelingen afbreken. In dat geval rijst de vraag of zij, rekening houdend met elkaars gerechtvaardigde belangen, gehouden zijn tot voortzetting van

1035 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 546-547.

1036 Zie over deze regeling (van Europese origine) bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 545b.

1037 Met de aanduiding ‘precontractuele fase’ wordt gemeenlijk bedoeld op de onderhandelingsfase als zodanig, ongeacht de al of niet daarop volgende totstandkoming van een overeenkomst. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 189.

1038 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

de onderhandelingen, op straffe van aansprakelijkheid voor gemaakte kosten of gedeerde winst.

Logisch uitgangspunt is in dit verband het beginsel van *contractsvrijheid* (par. 3.1.2), dat meebrengt dat partijen, zolang zij nog geen overeenstemming hebben bereikt, zich in principe straffeloos kunnen terugtrekken uit het onderhandelingsproces.¹⁰³⁹ In het arrest Plas/Valburg uit 1982 heeft de Hoge Raad op dit uitgangspunt een belangrijke uitzondering gemaakt, door te overwegen dat de onderhandelingen in een zodanig stadium kunnen komen, 'dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren'. Bovendien overwoog de Hoge Raad dat het 'stadium' van de onderhandelingen kan meebrengen dat de afbrekende partij, ook indien geen sprake is van een dergelijk vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst, de door haar contractspartner gemaakte kosten dient te vergoeden.¹⁰⁴⁰ Tegen deze achtergrond werd (tot voor kort) aangenomen dat het onderhandelingsproces in drie fasen kan worden verdeeld: een eerste fase waarin het partijen vrijstaat de onderhandelingen af te breken, een tweede fase waarin het afbreken van de onderhandelingen met een kostenvergoeding gepaard moet gaan en een derde fase waarin het afbreken van de onderhandelingen niet langer geoorloofd is.¹⁰⁴¹ Vooral deze derde fase, resulterend in een potentiële aansprakelijkheid ter hoogte van het 'positief contractbelang',¹⁰⁴² was in de literatuur omstreden, vanwege haar gespannen verhouding met het beginsel van contractsvrijheid.¹⁰⁴³ Bovendien wees rechtsvergelijking uit dat Nederland met deze figuur van 'precontractuele gebondenheid' vrijwel alleen stond.¹⁰⁴⁴

Het arrest CBB/JPO uit 2005 doet vermoeden dat de Hoge Raad gevoelig is geweest voor deze kritiek, en afstand heeft genomen van het categorische drie fasen-model.¹⁰⁴⁵ Als 'maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen' stelt hij thans voorop 'dat ieder

1039 Zie bijv. Hartlief 2005, p. 1027, 1033; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 193; en Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 41. Zie ook MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1440 (m.b.t. art. 6.5.2.8a (ontwerp) BW).

1040 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.nt. CJHB (Plas/Valburg), r.o. 3.4-3.5.

1041 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 160; Ruygvoorn 2009, p. 55 e.v.; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 80, welke auteurs doen doorklinken dat de indeling inmiddels, gelet op het hieronder te bespreken arrest HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), niet langer als categorisch mag worden beschouwd.

1042 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 197. Vgl. ook par. 3.10.2, waar bleek dat het onderscheid tussen positief en negatief contractbelang kan worden gerelativeerd.

1043 Zie bijv. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 80a.

1044 Zie bijv. Hesselink 1996, p. 907-908; Vranken 1997, p. 17; en Hartlief 2005, p. 1028.

1045 Zie in die zin bijv. Hartlief 2005, p. 1032-1033; Ruygvoorn 2009, p. 55; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 80a. Overigens wees eerdere rechtspraak ook al in die richting.

van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.¹⁰⁴⁶ De Hoge Raad benadrukt het uitzonderingskarakter van de onderhavige aansprakelijkheid, door toespitsing op gevallen waarin het afbreken van de onderhandelingen *onaanvaardbaar* is. In r.o. 3.7 bevestigt hij dat het hier een ‘strengere en tot terughoudendheid nopenende’ maatstaf betreft. Van die terughoudendheid getuigt ook de overweging, dat bij de invulling van de onderhavige maatstaf rekening dient te worden gehouden met de ‘gerechtvaardigde belangen’ van de afbrekende partij en met eventuele ‘onvoorziene omstandigheden’ die zich in de loop van het onderhandelingsproces hebben voorgedaan (r.o. 3.6).¹⁰⁴⁷ In het verlengde hiervan benadrukt de Hoge Raad dat in geval van langdurige onderhandelingen beslissend is hoe ‘ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen’ over het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij moet worden geoordeeld, tegen de achtergrond van ‘het gehele verloop van de onderhandelingen’ (r.o. 3.6). De Hoge Raad bevestigt hiermee, zoals ook in de literatuur werd aangenomen, dat de onderhandelingsfase niet noodzakelijk een ‘lineair verloop’ kent, waarbij elk van de bovenbedoelde fasen achtereenvolgens wordt doorlopen, maar veeleer een dynamisch karakter heeft, dat meebrengt dat het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst gedurende de loop van het onderhandelingsproces kan fluctueren.¹⁰⁴⁸

3.12.2 Contractuele of delictuele aansprakelijkheid?

In de literatuur bestaat van oudsher discussie over de dogmatische grondslag van de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen, en meer in het bijzonder over de vraag of het hier een contractuele dan wel delictuele aansprakelijkheid betreft.¹⁰⁴⁹ De rechtspraak biedt in dit verband geen eenduidige aanknopingspunten en ook de wetgever heeft het antwoord op de bedoelde vraag uitdrukkelijk in het midden gelaten.¹⁰⁵⁰

1046 HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), r.o. 3.6. Een vergelijkbare maatstaf is te vinden in HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 m.nt. CJHB (VSH/Shell), r.o. 3.1, waar de Hoge Raad aansluiting zocht bij art. 6.5.2.8a (ontwerp) BW.

1047 Zie in gelijke zin reeds HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 m.nt. HJS (De Ruijterij/MBO), r.o. 3.6.

1048 Zie bijv. Hartlief 2005, p. 1033; en Ruygvoorn 2009, p. 156.

1049 Zie bijv. Ruygvoorn 2009, p. 284 e.v.; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 201 e.v. Zie voorts uitvoerig Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 43 e.v.

1050 Zie MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1439 (m.b.t. art. 6.5.2.8a (ontwerp) BW).

Mijns inziens verdient het de voorkeur om in de (zeldzame) situaties die voorheen als de 'derde fase' van het onderhandelingsproces werden aangeduid – derhalve de situaties waarin partijen een zodanige mate van overeenstemming hebben bereikt, dat zij zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer kunnen terugtrekken uit het onderhandelingsproces – uit te gaan van het bestaan van een *rompovereenkomst*, waaruit een contractuele verbintenis tot dooronderhandelen kan worden afgeleid.¹⁰⁵¹ Daarvoor is wel vereist dat deze verbintenis voldoende bepaalbaar is in de zin van art. 6:227 BW – derhalve dat duidelijk is waarover partijen nog moeten onderhandelen, respectievelijk waarover zij reeds definitieve overeenstemming hebben bereikt – én dat *uitleg* van de bedoelde rompovereenkomst, overeenkomstig de zin die partijen daaraan over en weer redelijkerwijs mochten toekennen,¹⁰⁵² inderdaad een dergelijke verbintenis tot dooronderhandelen met zich meebrengt. De vraag of in het verlengde daarvan op grond van art. 6:74 BW aansprakelijkheid ter hoogte van het positief contractsbelang kan worden aangenomen, moet mijns inziens eveneens door uitleg van de bedoelde rompovereenkomst worden beantwoord, derhalve uitgaande van de door partijen ten tijde van het afbreken van de onderhandelingen reeds bereikte wilsovereenstemming. Gelet op het in par. 3.12.1 gesignaleerde dynamische karakter van het onderhandelingsproces, meebrengend dat een voorlopige en partiële overeenstemming in de regel niet het vertrouwen rechtvaardigt dat partijen ook definitief en in alle opzichten tot een akkoord zullen komen, laat een dergelijke aansprakelijkheid zich mijns inziens slechts in zeer uitzonderlijke situaties indenken.¹⁰⁵³

Voor het overige zou ik menen dat de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen bij voorkeur op buitencontractuele leest dient te worden geschoeid. Afgezien van de gevallen waarin de afbrekende partij in het kader van de onderhandelingen ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de wederpartij – in welke gevallen art. 6:212 BW zich aandient – biedt mijns inziens het leerstuk van de *onrechtmatige daad* de meest geschikte grondslag. De precontractuele zorgvuldigheidsnorm uit het arrest Baris/Riezenkamp,¹⁰⁵⁴ uitgewerkt in een lange reeks jurisprudentie op het gebied van dwaling, wanprestatie en precontractuele aansprakelijkheid, kan in dit verband dienen

1051 Zie over de figuur van de rompovereenkomst bijv. Ruygvoorn 2005, p. 11 e.v.; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 79.

1052 Vgl. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex), besproken in par. 3.8.1.

1053 Vgl. HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 m.nt. CJHB (VSH/Shell), r.o. 3.2, waar de Hoge Raad overwoog dat voor vergoeding van 'schade ter zake van het feit dat tussen pp. een zekere overeenkomst niet is tot stand is gekomen' slechts ruimte bestaat 'indien aannemelijk is dat bij voortzetting van de onderhandelingen een dergelijke overeenkomst tot stand gekomen zou zijn.' Zie voor enkele zeldzame illustraties bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 198.

1054 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

ter nadere invulling van hetgeen tussen onderhandelende partijen ‘volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ (art. 6:162 lid 2 BW).¹⁰⁵⁵

Toegespitst op het onderwerp van deze studie is van belang dat de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad wegens het afbreken van onderhandelingen onder meer haar grond kan vinden in een door de afbrekende partij geschonden *informatieplicht*, zoals in de volgende paragraaf zal worden uitgewerkt. Het gaat hier om situaties waarin de wederpartij schade heeft geleden doordat zij, ten gevolge van een onjuiste of onvolledige informatieverstrekking in de onderhandelingsfase, is betrokken – of langer dan nodig is betrokken gebleven – in een vruchteloos onderhandelingsproces. Het verwijt dat hier de afbrekende partij wordt gemaakt schuilt dienovereenkomstig niet in het feit dat zij de onderhandelingen heeft *afgebroken*, maar in de wijze waarop zij de onderhandelingen heeft *gevoerd*, namelijk zonder de wederpartij afdoende te informeren over haar onderhandelingspositie. Dit betekent dat de hier geldende informatieplichten op hun beurt niet strekken tot bevordering van de totstandkoming van een overeenkomst tussen de betrokken partijen, maar enkel tot bevordering van goed geïnformeerd onderhandelingsgedrag.¹⁰⁵⁶ Voor aansprakelijkheid ter hoogte van het positief contractsbelang is daarom in geval van schending van de hier bedoelde informatieplichten logischerwijze geen plaats.¹⁰⁵⁷ Slechts in geval van het bestaan van een rompovereenkomst in de bovenbedoelde zin kan daarvan mijns inziens sprake zijn, maar alsdan gaat het in mijn visie om een (zeldzame) vorm van contractuele aansprakelijkheid.

De volgende paragraaf behelst een inventarisatie van precontractuele informatieplichten als grondslag voor de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen. Voor de volledigheid zij hier vermeld dat informatieplichten – omgekeerd – ook kunnen dienen ter *rechtvaardiging* van het afbreken van onderhandelingen, derhalve als grond voor afwijzing van aansprakelijkheid. Die situatie doet zich voor indien de afbrekende partij de onderhandelingen beëindigt vanwege een door de wederpartij geschonden informatieplicht.¹⁰⁵⁸ Alsdan rijst niet zozeer de vraag of de onderhandelingen mogen worden afgebroken – dat zal veelal het geval zijn, aangenomen dat het informatieverzuim een (kenbaar) relevante kwestie betrof –, als wel de vraag of de afbrekende partij, als ‘slachtoffer’ van de geschonden informatieplicht, aanspraak kan maken op schadevergoeding. Die vraag is reeds behandeld in par. 3.10.5 e.v.,

1055 Vgl. voor een verrassend alternatief Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 80a, die analoge toepassing van de Kelderluikfactoren uit het gevaarzettingsleerstuk bepleit.

1056 Vgl. par. 2.3.3, waar bleek dat deze strekking tot bevordering van ‘informed consent’ meer in het algemeen kenmerkend is voor de in dit onderzoek behandelde informatieplichten.

1057 Vgl. par. 3.10.6, waar hetzelfde werd betoogd t.a.v. de aansprakelijkheid wegens schending van precontractuele informatieplichten in het algemeen.

1058 Zie daarover bijv. De Kluiver 1992, p. 77 e.v. Zie voor een illustratie in de lagere rechtspraak bijv. Hof ‘s-Hertogenbosch 29 november 2005, *NJF* 2006, 249.

over de aansprakelijkheid wegens schending van precontractuele informatieplichten. Ook in dat kader werd gekozen voor de onrechtmatige daad als primaire grondslag.¹⁰⁵⁹

3.12.3 Informatieplichten bij afgebroken onderhandelingen

In het eerder genoemde arrest CBB/JPO overwoog de Hoge Raad dat het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar kan zijn in verband met 'het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst'.¹⁰⁶⁰ Het laat zich aanzien dat dit vertrouwen in belangrijke mate wordt beïnvloed door de onderlinge *communicatie* van partijen gedurende het onderhandelingsproces.¹⁰⁶¹ Tegen deze achtergrond is het denkbaar dat de afbrekende partij in haar communicatie met de wederpartij een te rooskleurig beeld heeft geschetst (of laten voortbestaan) van de onderhandelingspositie van de wederpartij, resulterend in een gerechtvaardigd vertrouwen van laatstgenoemde in het totstandkomen van de beoogde overeenkomst. Kennelijk met het oog op die situatie overwoog de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO dat rekening moet worden gehouden met 'de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen'.¹⁰⁶² In de literatuur wordt aangenomen dat een dergelijk 'toedoen' van de afbrekende partij niet alleen besloten kan liggen in uitdrukkelijke mededelingen en actieve gedragingen, maar ook in stilzwijgen en andere vormen van passief onderhandelingsgedrag.¹⁰⁶³ Dienovereenkomstig betoogde Vranken reeds in 1989 dat de toelaatbaarheid van het afbreken van de onderhandelingen 'afhangt van wat partijen elkaar over en weer hebben gezegd of hadden behoren te vertellen dan wel wat partijen verondersteld konden worden te weten of zelf hadden behoren te onderzoeken'.¹⁰⁶⁴ Een en ander impliceert de gelding van wederzijdse informatieplichten, die de aansprakelijkheid van de afbrekende partij (en haar eventuele gehoudenheid tot dooronderhandelen) nader vormgeven.¹⁰⁶⁵

1059 Zie par. 3.10.7, waar overigens werd betoogd dat in uitzonderlijke gevallen ook art. 6:74 BW zich aandient.

1060 HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), r.o. 3.6. Overigens wees de Hoge Raad in dit verband ook op de 'andere omstandigheden van het geval'.

1061 Vgl. De Kluiver 1992, p. 76, die informatieuitwisseling als het 'meest wezenlijke aspect van onderhandelingsgedrag' beschouwt.

1062 HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), r.o. 3.6.

1063 Zie bijv. Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 69. Zie ook par. 3.4.2, voor een vergelijkbare ruime interpretatie van het toedoen-vereiste ex art. 3:61 lid 2 BW.

1064 Vranken 1989, p. 98.

1065 Zie voor een investarisatie bijv. Vranken 1989, p. 97 e.v.; en Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 138.

Om welk soort informatieplichten gaat het hier concreet? In de literatuur wordt bijvoorbeeld aangenomen dat het onzorgvuldig is de onderhandelingspartner onnodige kosten te laten maken, in de wetenschap dat deze in werkelijkheid geen kans (meer) maakt op de verwerving van het contract.¹⁰⁶⁶ De achterliggende gedachte is dat op de afbrekende partij in dit verband een *mededelingsplicht* rust. Telders schetste anno 1937 de kleurrijke casus van een handelaar in Packard-automobielen, die een klant aanbiedt hem naar een voetbalwedstrijd in Amsterdam te rijden, om te 'ervaren hoe de wagen rijdt', van welk aanbod de klant gebruikmaakt, hoewel hij daags tevoren al een Studebaker heeft gekocht. Volgens Telders heeft de handelaar recht op schadevergoeding 'voor den vruchtelozen rit naar Amsterdam'. Ter onderbouwing stelt hij het volgende beslismodel voor:

'Wij moeten ons dus m.i. houden aan het criterium: aansprakelijkheid wanneer kan worden aangetoond 1° dat de wederpartij in de hoop op het tot stand komen eener overeenkomst extra-moeite heeft gedaan en/of extra-kosten heeft gemaakt; 2° dat men dit wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen en 3° dat men niettemin niet heeft gewaarschuwd, toen eigen wensch om met die wederpartij overeen te komen niet meer bestond (of *nimmer* ernstig had bestaan).'¹⁰⁶⁷

Men herkent hier de *aard van de betrokken belangen* als gezichtspunt (vgl. par. 3.6.3), namelijk het voorzienbaar nadeel aan de zijde van de wederpartij, dat in de praktijk vaak – zoals ook in het voorbeeld van Telders – gepaard zal gaan met een navenante bevoordeling van de afbrekende partij. Daarnaast lijkt vooral de *aard van de betrokken informatie* van belang, nu de onderhavige mededelingsplicht betrekking heeft op een zuiver subjectieve, innerlijke keuze van de afbrekende partij, namelijk de keuze om niet langer met de betrokken wederpartij in zee te willen. Het ligt voor de hand van de afbrekende partij te verlangen dat zij deze keuze onverwijld aan de wederpartij mededeelt, althans indien voorzienbaar is dat laatstgenoemde anders nodeloze kosten zal maken.

De vraag rijst of in het verlengde van de zojuist bedoelde situatie, waarin een afgeschreven onderhandelingspartner onnodig 'aan het lijntje' wordt gehouden,¹⁰⁶⁸ ook een mededelingsplicht kan worden aanvaard in andere gevallen, waarin de afbrekende partij weet of zich behoort te realiseren dat de kansen op het totstandkomen van de beoogde overeenkomst gering zijn. Vranken betoogt in dit verband 'dat wanneer een partij tijdens de onderhandelingen ziet aankomen dat er wellicht omstandigheden rijzen die de totstandkoming van een overeenkomst kunnen verhinderen, op haar een mededelings-

1066 Zie bijv. Vranken 1989, p. 98; Ruygvoorn 2005, p. 38; Ruygvoorn 2009, p. 140; en Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 129 (met diverse verwijzingen).

1067 Telders 1937, p. 461-462 (citaat op p. 462).

1068 Zie in die bewoordingen ook Vranken 1989, p. 98.

plicht rust jegens de andere partij'.¹⁰⁶⁹ Naar mijn mening voert een dergelijke regel in zijn algemeenheid te ver. Zouden partijen verplicht zijn alle voorzienbare verhinderingen terstond aan elkaar mede te delen, dan zou dat denkkelijk niet alleen hun eigen onderhandelingspositie aantasten, maar ook een vlot verloop van de onderhandelingen bemoeilijken.

Mijns inziens moet hier met name worden gelet op de *aard van de betrokken informatie* (vgl. par. 3.6.3), in die zin dat alleen doorslaggevende hinderingen, die duidelijk en onvermijdelijk in de weg staan aan de totstandkoming van een overeenkomst met de betrokken wederpartij, dienen te worden vermeld. Dienovereenkomstig wordt in de literatuur bijvoorbeeld aangenomen dat de onderhandelingspartner moet worden ingelicht indien een andere gegadigde een beter bod heeft gedaan, teneinde de eerste gegadigde de gelegenheid te bieden op dat bod te reageren.¹⁰⁷⁰ Op vergelijkbare wijze wordt aangenomen dat de afbrekende partij duidelijkheid moet verschaffen over concrete breekpunten, die zij als doorslaggevend beschouwt.¹⁰⁷¹ Illustratief is een vonnis van de Rechtbank Dordrecht uit 2008, waarin het ging om afgebroken onderhandelingen over de aankoop en exploitatie van een winkelruimte in een nog te renoveren flatgebouw. Kopers hadden geen specifieke eisen gesteld omtrent het moment waarop de renovatiewerkzaamheden konden aanvangen, maar braken niettemin de onderhandelingen af, toen bleek dat dit lang op zich liet wachten. De rechtbank veroordeelde kopers tot dooronderhandelen, daartoe overwegende dat bij 'langdurige onderhandelingen' als de onderhavige van een partij die twijfelt over het sluiten van de beoogde overeenkomst mag worden verwacht dat zij 'duidelijk is over de breekpunten en de termijn waarbinnen deze dienen te worden opgelost'.¹⁰⁷²

Behalve de aard van de betrokken informatie moet mijns inziens ook de *aard van de betrokken belangen* worden meegewogen. Meer in het bijzonder kunnen de 'gerechtvaardigde belangen' van de afbrekende partij – het gezichtspunt waarnaar de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO met zoveel woorden verwijst – meebrengen dat op de afbrekende partij géén mededelingsplicht rust omtrent een voorzienbare verhindering van de totstandkoming van de overeenkomst. Men denke bijvoorbeeld aan *prijsgerelateerde* breekpunten, die naar verkeersopvatting niet op voorhand met de wederpartij behoeven te worden gedeeld (par. 3.6.3). Ook de *aard van de betrokken rechtsverhouding* kan denkkelijk een rol spelen, bijvoorbeeld indien de wederpartij een deskundige en ervaren onderhandelingspartner is, van wie mag worden verwacht dat zij haar eigen onderhandelingspositie genoegzaam kan inschatten. In het algemeen

1069 Vranken 1989, p. 100. Zie in gelijke zin bijv. (onder verwijzing naar Vranken) De Boeck 2000, p. 170.

1070 Zie bijv. Vranken 1989, p. 104; De Kluijver 1992, p. 304; en Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 91, 138.

1071 Zie bijv. Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 138.

1072 Rb. Dordrecht (vzr.) 18 september 2008, L/JN BF1260, r.o. 4.13.

ligt het voor de hand van een dergelijke partij te vergen dat zij rekening houdt met voorzienbare verhinderingen, en zo nodig ter zake navraag doet bij haar onderhandelingspartner, bijvoorbeeld waar het gaat om breekpunten die in de betreffende branche of bij het betreffende type transactie gangbaar zijn.

Overigens komt het in de praktijk niet vaak tot een dergelijke afweging van wederzijdse informatieplichten. De meeste feitenrechters baseren zich in dit verband, conform het voorschrift van de Hoge Raad, op 'het gehele verloop van de onderhandelingen',¹⁰⁷³ zonder met zoveel woorden te wijzen op een informatieverzuim, dat de aansprakelijkheid van de afbrekende partij (al of niet) rechtvaardigt. Tegen een dergelijke, meer diffuse benadering zie ik weinig bezwaar, omdat hier inderdaad, zoals bleek aan het begin van deze paragraaf, het totaalbeeld van de precontractuele communicatie beslissend is. Het voert mijns inziens te ver om van de feitenrechter te verlangen dat hij zijn oordeel over de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen telkens uitdrukt in termen van een concreet informatieverzuim aan de zijde van de afbrekende partij c.q. haar wederpartij, nog daargelaten dat een dergelijke benadering uiteraard niet in alle gevallen soelaas biedt. Dit neemt niet weg dat in sommige gevallen een redenering in termen van wederzijdse informatieplichten verhelderend kan zijn voor een goed begrip van de onderhavige aansprakelijkheid.

3.12.4 Afronding

De aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen vormt de ultieme bevestiging van het principe dat aan het begin van dit hoofdstuk voorop werd gesteld, namelijk dat contracterende partijen rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Tegelijkertijd vormt deze aansprakelijkheid de uitzondering die de regel bevestigt, dat partijen in beginsel vrij zijn om naar eigen inzicht, en met het oog op het eigen belang, onderhandelingen aan te gaan en af te breken (vgl. par. 3.1.2). Het feit dat hierboven de onrechtmatige daad als grondslag voor de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen werd gekozen (par. 3.12.2), illustreert dat deze spanning tussen altruïsme en zelfredzaamheid zich ook in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht kan voordoen. In het volgende hoofdstuk wordt dat nader onderzocht, waarbij zoveel mogelijk het stramien van het onderhavige hoofdstuk wordt aangehouden. De nadruk ligt op de waarschuwingsplicht bij gevaarzetting, als het delictuele equivalent van de mededelingsplicht bij dwaling.

¹⁰⁷³ Zie HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), r.o. 3.6.

4 | Informatieplichten in het aansprakelijkheidsrecht

4.1 INLEIDING

4.1.1 Algemeen

In het contractenrecht vormen informatieplichten, zoals bleek in par. 3.1.1, een min of meer vanzelfsprekend verschijnsel. Waar twee partijen elkaar opzoeken om gezamenlijk een transactie aan te gaan, in de hoop daar beiden voordeel uit te trekken, dringt de gedachte zich op dat van die partijen kan worden gevergd dat zij zich voldoende inspannen ter voorkoming van teleurstellingen, bij zichzelf of bij de wederpartij. In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, waar het gaat om partijen die in beginsel niets met elkaar te maken hebben, behalve in die zin dat de een de ander (beweerdelijk) schade heeft toegebracht, ligt die gedachte op het eerste gezicht veel minder voor de hand.¹

Toch is het verschil tussen de beide rechtsgebieden bij nader inzien minder groot. Zoals contracteren een inherente kans op teleurstellingen in zich bergt, zo is meer in het algemeen het leven in de maatschappij niet zonder risico. Van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer kan worden gevergd dat zij zichzelf en anderen tot op zekere hoogte tegen die risico's in bescherming nemen. Het moge zo zijn dat de relatie tussen dader en slachtoffer in het aansprakelijkheidsrecht normaliter niet op een vrijwillige keuze berust, dat neemt niet weg dat ook in die verhouding een adequate wijze van communiceren geboden is. Deze gedachte is in essentie van oudsher aanvaard. Illustratief is de volgende, veel geciteerde passage uit de Digesten:

*'Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in private idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit.'*²

1 Vgl. Vranken 1989, p. 152. Zie par. 5.4.4 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

2 D. 9, 2, 31: 'Als een bomensnoeier door het naar beneden werpen van een tak, of iemand die op een bouwsteiger bezig was, een passerende slaaf heeft gedood, is hij alleen dan aansprakelijk als de tak op de openbare weg is gevallen en hij niet 'van onderen' heeft geroepen, zodat het ongeval dat die slaaf trof, voorkomen had kunnen worden. Maar

Hier klinken reeds de basiselementen van het leerstuk der informatieplichten, zoals dat tot op de dag van vandaag in het aansprakelijkheidsrecht functioneert. De *waarschuwingsplicht* van de dader wordt vooropgesteld: wie een onverantwoord risico in het leven roept zonder zijn medemens daarvoor te waarschuwen ('*nec ille proclamavit*'), is aansprakelijk voor de geleden schade. Ter rechtvaardiging van deze aansprakelijkheid wordt gewezen op de *onderzoekspflicht* van de dader: hij draagt schuld, omdat hij de risico's niet heeft voorzien, die een zorgvuldig man had kunnen voorzien ('*cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*'). Bij de uitwerking van de geschonden waarschuwingsplicht komt ook de *onderzoekspflicht van het slachtoffer* tot uitdrukking: de waarschuwingsplicht strekt ertoe het slachtoffer in staat te stellen de dreigende schade te vermijden ('*ut casus eius evitari possit*'), hetgeen kennelijk betekent dat geen aansprakelijkheid bestaat indien de schade louter aan diens eigen onoplettendheid te wijten is.

In een klassieke casus als de onderhavige doet het 'inlezen' van informatieplichten wellicht geforceerd aan. Dat heeft te maken met de vanzelfsprekendheid van het betrokken risico. Om te begrijpen dat men passanten behoort te waarschuwen voor het gevaar van een vallende tak, behoeft de bomen snoeier geen onderzoek te doen naar de Wet van Newton (daargelaten dat die ten tijde van het opstellen van de casus nog niet bestond). Ook de gedachte dat het slachtoffer zijn eigen schade zou moeten dragen indien hij tijdig was gewaarschuwd, spreekt in een geval als het onderhavige zozeer vanzelf, dat in dit verband de verwijzing naar een 'waarschuwingsplicht' van de dader en een 'onderzoekspflicht' van het slachtoffer enigszins overdreven klinkt. De zeggingskracht van informatieplichten is optimaal waar het 'verborgen' risico's betreft, die niet op voorhand voor alle betrokkenen kenbaar zijn. Dit verklaart waarom de twintigste eeuw – met haar voortschrijdende ontwikkeling van wetenschap en techniek, resulterend in wat tegenwoordig wel de 'kenniseconomie' of 'informatiemaatschappij' wordt genoemd³ – heeft geleid tot een doorbraak van informatieplichten in het aansprakelijkheidsrecht (vgl. par. 2.1.3). Van Dam signaleert deze tendens en trekt de lijnen verder door. Hij meent niets minder dan een 'kwalitatieve aansprakelijkheid voor informatie' aan de horizon te zien glore:

'Waar dieren het risico van de agrarische samenleving vormden, motorrijtuigen dat van de gemotoriseerde samenleving, en gebrekkige producten en milieuverontreiniging dat van de geïndustrialiseerde samenleving, vormen gebrekkige informatie of gebrek aan informatie de risico's van de informatiemaatschappij. Naast de (...)

Mucius heeft gezegd dat er, zelfs als dit ongeval zich had voorgedaan op particulier terrein, op grond van schuld geprocedeerd zou kunnen worden. Er is 'schuld', meent hij, als men iets niet heeft voorzien, terwijl het door een zorgvuldig man wel voorzien had kunnen worden, of als er pas gewaarschuwd is op een moment dat het gevaar niet meer vermeden kon worden.' (vert. Spruit e.a. 1994, p. 731-732).

3 Vgl. De Boeck 2000, p. 1.

kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken en personen, zou er ook over een kwalitatieve aansprakelijkheid voor informatie kunnen [worden] gesproken.⁴

Voorlopig is het nog niet zo ver. Wel is duidelijk dat informatieplichten, in het bijzonder waarschuwingsplichten, in de afgelopen decennia een steeds grotere rol zijn gaan spelen in het aansprakelijkheidsrecht. De vraag rijst welke gevolgen deze ontwikkeling heeft voor de rechtsverhouding tussen dader en slachtoffer. Staat in het aansprakelijkheidsrecht, evenals in het contractenrecht (par. 3.1.2), nog altijd de zelfredzaamheid van partijen voorop? Of is het punt bereikt waarop potentiële slachtoffers in beginsel, behoudens goede redenen voor het tegendeel, dienen te worden gewaarschuwd voor de risico's die hen bedreigen?

4.1.2 Zelfredzaamheid of altruïsme?

Van oudsher wordt aangenomen dat het aansprakelijkheidsrecht berust op het beginsel dat ieder zijn eigen schade draagt.⁵ De gedachte is dat het aannemen van aansprakelijkheid telkens een bijzondere rechtvaardiging vergt, te vinden in het objectieve recht. Bij gebreke van een juridische grondslag voor aansprakelijkheid – zoals art. 6:162 BW of één van de overige wettelijke bepalingen inzake delictuele aansprakelijkheid – staat de benadeelde in juridisch opzicht met lege handen. Schade die rechtens niet aan enige aansprakelijke persoon kan worden toegerekend, komt als 'toeval' voor eigen rekening. *Casum sentit dominus*, zeiden de Romeinen reeds.

In de afgelopen decennia hebben steeds meer auteurs de betekenis van het beginsel 'ieder draagt zijn eigen schade' in twijfel getrokken. Zo beschouwt Nieuwenhuis het beginsel als een tautologisch gegeven zonder juridische betekenis:

'Het 'beginsel' dat ieder zijn eigen schade draagt, is niet meer dan een tautologie, een natuurlijk uitgangspunt. De schade ligt waar ze valt. Wie struikelt en zijn been breekt, draagt zelf zijn leed. Het is de kunst de financiële consequenties vervolgens af te wentelen op een ander, en zo van de eigen schade andermans schade te maken.'⁶

4 Van Dam 2000, nr. 1103.

5 Zie reeds D. 50, 17, 151, alsmede bijv. Slagter 1952, p. 158; Klaassen 1991, p. 7; Hartlief 1997, p. 11; Schut 1997, p. 2; Asser/Hartkamp 4-III (t/m de tiende druk van 1998), nr. 12; Sieburgh 2000, p. 12-14, 23; Faure & Hartlief 2002, p. 8; WRR 2008, p. 59; Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 1, 4; Lindenberg 2009, nr. 5; Spier e.a. 2009, nr. 2, 14 (Van Maanen) en 9 (Spier); Jansen 2009a, nr. 5; en Brahn/Reehuis 2010, nr. 600. Vgl. ook art. VI-1:101(2) DCFR en voorts de toelichting bij art. 1:101 PETL, p. 19 (Koziol).

6 Nieuwenhuis 1997a, p. 8-9. Zie in gelijke zin bijv. Van Dam 2000, nr. 2; Jansen 2009a, nr. 5; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 19.

Andere auteurs gaan een stap verder en menen dat het beginsel, als gevolg van de stormachtige ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht gedurende de afgelopen decennia, in zijn tegendeel is verkeerd. Naar huidig recht zou geleden schade in beginsel moeten worden vergoed, tenzij er goede redenen zijn voor het tegendeel. 'Alterum non laedere' (berokken de ander geen schade) zou daarmee tot *uitgangspunt* van het aansprakelijkheidsrecht zijn verheven.⁷ Weer andere auteurs kiezen, onder de gezaghebbende leiding van Hartkamp en Sieburgh,⁸ een tussenpositie. Zij betogen dat het aannemen van aansprakelijkheid een *afweging* vergt van de adagia 'ieder draagt zijn eigen schade' en 'berokken de ander geen schade'. Het vooropstellen van één van beide achten zij ondoelmatig, nu het in het aansprakelijkheidsrecht gaat (althans zou moeten gaan) om het treffen van een juiste balans.⁹

Hoe moet over deze pogingen tot verwerping c.q. relativering van het adagium 'ieder draagt zijn eigen schade' worden gedacht? Om met de opvatting van Hartkamp en Sieburgh te beginnen: niemand zal betwisten dat het in het aansprakelijkheidsrecht gaat om een afweging van eigen en andermans verantwoordelijkheid. Tussen vrijheid en verantwoordelijkheid bestaat zeggend een 'eeuwig conflict'.¹⁰ Dat wil echter niet zeggen dat ons recht een helder uitgangspunt in vraagstukken van aansprakelijkheid ontbeert.¹¹ Wie schade lijdt door toedoen van een ander, staat in een procedure tot vergoeding van die schade niet op voorhand even sterk als zijn wederpartij. De benadeelde begint met 1-0 achterstand: niet alleen op processueel niveau (art. 150 Rv), maar ook in materiële zin heeft hij iets uit te leggen. Geen van de wettelijke aansprakelijkheidsbepalingen vertrekt van het neutrale standpunt dat geleden schade in beginsel evengoed aan de dader als aan de benadeelde kan worden toegerekend. Uitgangspunt is daarentegen dat voor het aannemen van aansprakelijkheid een deugdelijke *grondslag* is vereist, hetgeen tevens de bestaansreden van de betreffende bepalingen vormt. Zo beschouwd is iedere aansprakelijkheidsbepaling de uitzondering die de regel bevestigt: geleden schade blijft in beginsel voor eigen rekening.¹²

Bij de totstandkoming van art. 6:162 BW heeft de wetgever het bedoelde uitgangspunt uitdrukkelijk vooropgesteld en uitvoerig onderbouwd:

7 Zie bijv. Drion 1988, p. 336-337; Nieskens-Isphording 1991, p. 54-55; Stutterheim 1991, p. 2-3; Langelaar 1997, p. 1587; en Dommering-van Rongen 1998, p. 154, alsmede (iets terughoudender) Verburgh 1980, p. 173; en Spier 1999, p. 1. Vgl. ook Chao-Duivis 2005, p. 13 e.v., die het 'veroorzakingsprincipe' als leidend beginsel van het aansprakelijkheidsrecht beschouwt.

8 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 18.

9 Zie bijv. Sieburgh 2000, p. 1-2, 5, 33, 35; Sieburgh 2001, p. 594; Keirse 2003, p. 14; en Drion 2005, p. 201-202. Vgl. ook Van Dam 1989, p. 2-3; en Van Dam 2000, nr. 1-2.

10 Aldus bijv. Slagter 1952, p. 1. Zie in gelijke zin bijv. Schut 1974, p. 57, alsmede (vanuit rechtsvergelijkend perspectief) Larenz/Canaris 1994, p. 350; en Van Dam 2006, nr. 715.

11 Zie in gelijke zin bijv. Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 4.

12 Vgl. Asser/Hartkamp 4-III (t/m de tiende druk van 1998), nr. 13 en 17.

‘Dat ieder die schade bij een ander veroorzaakt, tot vergoeding daarvan gehouden zou moeten zijn, is niet vol te houden, ook niet als men hierbij onder veroorzaakt ‘adequaat veroorzaakt’ verstaat. Voortdurend brengt in de samenleving de een aan de ander voorzienbare schade toe, zowel in de zin van *lucrum cessans* als van *damnum emergens*, zonder dat iemand verdedigt dat aan die ander deswege een aanspraak op schadevergoeding zou moeten toekomen. (...) De overheid die door de aanleg van wegen het gemotoriseerd verkeer mogelijk maakt en de fabrikant die motorrijtuigen in de handel brengt die zeer snel kunnen rijden, weten met zekerheid dat mede ten gevolge van hun activiteiten letsel en zaakbeschadiging zullen ontstaan. Toch wordt nergens ter wereld om die reden de overheid of de fabrikant aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van verkeersongevallen’.¹³

Ook de Hoge Raad hanteert tot op de dag van vandaag het bedoelde uitgangspunt. Dat blijkt bijvoorbeeld op het terrein der gevaarstelling, alwaar op grond van vaste jurisprudentie wordt aangenomen dat het toebrengen van schade door het scheppen van gevaar slechts onder bijzondere omstandigheden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan leiden.¹⁴ Meer in het algemeen is de Hoge Raad van oordeel dat geleden schade in beginsel voor eigen rekening blijft, zoals blijkt uit de volgende overweging in het arrest *Lambregts/IHM* uit 1994:

‘De enkele omstandigheid dat een handeling heeft plaatsgevonden als gevolg waarvan iemand schade lijdt, brengt (...) nog niet mee dat een op onrechtmatige daad gegronde aanspraak op vergoeding daarvan bestaat.’¹⁵

Al met al hoeft niet te worden gevreesd, zoals Hartkamp en Sieburgh suggereren, dat het eeuwige conflict tussen vrijheid en verantwoordelijkheid tot grondbeginsel van ons aansprakelijkheidsrecht is verheven. De opvatting dat geleden schade naar huidige maatstaven in beginsel moet worden vergoed, vindt *a fortiori* geen steun in het geldende recht. Wel is duidelijk dat de rechtsontwikkeling van de afgelopen decennia een ‘uitdijende reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht’ heeft teweeggebracht.¹⁶ Is daarmee het aloude adagium dat ieder zijn eigen schade draagt gereduceerd tot een zuiver tautologisch uitgangspunt, zoals *Nieuwenhuis c.s.* beweren? Die gevolgtrekking gaat mij te ver. Het – inderdaad onvermijdelijke – feitelijke gegeven dat ‘schade ligt waar ze valt’, heeft mijns inziens ook een normatieve betekenis, in die zin dat geleden schade bij gebreke van een deugdelijke grondslag voor aansprakelijk-

13 TM, PG Boek 6, p. 605-606.

14 Zie met name HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 730 (RZG/Koetje), r.o. 3.3; en voorts de rechtspraak, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 87.6.2.

15 HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 590 (*Lambregts/IHM*), r.o. 3.5. Zie in gelijke zin recent bijv. Rb. Roermond 23 november 2011, *LJN* BU5452, r.o. 4.6.

16 Vgl. Bolt & Spier 1996, p. 365 e.v.

heid *behoort* te (blijven) liggen waar zij valt.¹⁷ Verhelderend is de volgende passage bij Larenz/Canaris:

‘Den Ausgangspunkt bildet (...) der Grundsatz casum sentit dominus, wonach die Folgen eines zufälligen Ereignisses von demjenigen zu tragen sind, den sie treffen. Diese Maxime ist entgegen einem verbreiteten Mißverständnis keineswegs eine bloße Notlösung, sondern weist im Gegenteil einen elementaren Gerechtigkeitsgehalt auf, weil in ihr die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck kommt, daß jedermann sein ‘allgemeines Lebensrisiko’ selbst zu tragen hat und es nicht einfach auf andere Privatrechtssubjekte abwälzen kann.’¹⁸

Dat geleden schade in beginsel voor eigen rekening blijft, is dus niet voor niets. De gedachte is dat het lijden van schade tot op zekere hoogte behoort tot het ‘algemene levensrisico’, dat ieder mens als deelnemer aan het maatschappelijk verkeer zélf behoort te dragen. Het moge zo zijn dat door veranderende maatschappelijke opvattingen de *omvang* van dat algemene levensrisico in toenemende mate is beperkt, daaruit mag niet worden afgeleid dat het adagium ‘casum sentit dominus’ van zijn juridische betekenis is beroofd.¹⁹

Voor het leerstuk der informatieplichten is het voorgaande van bijzonder belang. Het betekent dat waarschuwingsplichten, hoewel in de praktijk veelvuldig gehanteerd, in systematische zin een *uitzonderingspositie* innemen in het aansprakelijkheidsrecht. Voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens schending van een waarschuwingsplicht moeten, met andere woorden, goede argumenten worden gevonden in de omstandigheden van het geval, op grond waarvan mag worden geconcludeerd dat de geleden schade in casu uitstijgt boven het ‘algemene levensrisico’ dat justitiabelen zelf behoren te dragen. In zoverre staat in het aansprakelijkheidsrecht, evenals in het contractenrecht, de zelfredzaamheid van partijen – zo men wil: hun eigen onderzoeksplicht – principieel voorop. Valk verwoordt een en ander als volgt:

‘Ieder onzer is doorlopend in allerlei gevaar. De aard en grootte van de ons bedreigende gevaren wisselt; dat we elk uur aan ze blootstaan blijft. Een rechtsstelsel dat van de verschillende rechtssubjecten verlangt dat zij elkaar – op straffe van aansprakelijkheid – voor ieder gevaar waarschuwen, laat zich eenvoudig niet denken. Vrijwel iedere menselijke activiteit – want het is vooral het menselijk handelen dat gevaren meebrengt – zou er onmogelijk door worden. In het algemeen wordt ons het zwijgen over de gevaren die onze medeburgers bedreigen dan ook niet als een onrechtmatige daad toegerekend.’²⁰

17 Aldus ook Hartlief 1997, p. 24; en Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 1.

18 Larenz/Canaris 1994, p. 351.

19 Vgl. Asser/Hartkamp 4-III (t/m de tiende druk van 1998), nr. 13 en 15.

20 Valk 1993, p. 127.

Het betoog van Valk wordt ten volle ondersteund door het nu te bespreken Kelderluik-arrest.²¹

4.1.3 Het standaardarrest: Kelderluik

Op 23 februari 1961 bezocht Maastrichtenaar Mathieu Duchateau het Amsterdamse café 'De Munt' aan de Singel 522. Toen hij, in de woorden van A-G van Oosten, 'hoog nodig zijn gevoeg moest doen', begaf Duchateau zich naar de toiletten achterin de zaak. Dat zou geen reden zijn geweest voor een standaardarrest van de Hoge Raad, als er niet een geopend kelderluik in de weg had gelegen. Het was Sjouwerman, een werknemer van Coca-Cola, die deze juridische buitenkans creëerde. Met zijn gevaarzettend handelen jegens één caféganger bewerkstelligde hij in civielrechtelijke zin een veilige haven voor vele slachtoffers van nadien: de introductie van een algemeen beoordelingskader voor onzorgvuldig gedrag.

De toedracht was als volgt. Vlak voor de valpartij was Sjouwerman in de kelder afgedaald om te zien of daar lege colaflessen stonden. Ter voorbereiding had hij de ter plaatse aanwezige vloermat opgerold, een aantal stoelen verschoven en het kelderluik, dat vlak voor de toiletdeuren was gesitueerd, geopend. Drie kratten met lege flessen, die hij in de kelder aantrof, had hij opgestapeld op de vloer voor het keldergat. Vervolgens begaf Sjouwerman zich naar de bar van het café, om ook daar lege flessen te verzamelen. Toen Duchateau, die naar eigen zeggen 'stipt over het middenpad zijn weg vervolgde', de deur van het herentoilet bereikte, viel hij in het nog immer geopende kelderluik. Ernstig beenletsel, resulterend in een maandenlang revalidatieproces, was het gevolg. Duchateau vorderde schadevergoeding van Coca-Cola, daartoe stellende dat haar werknemer Sjouwerman onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig had gehandeld door 'het verzuimen en achterwege laten van de noodzakelijke beveiligingsmaatregelen'.

De rechtbank, die tijdens een descente vaststelde dat de deur van het herentoilet door de aanwezigheid van de opgestapelde kratjes slechts half kon worden geopend, wees de vordering af, daartoe overwegende 'dat alleen de uiterste onoplettendheid en zorgeloosheid bij Duchateau er oorzaak van heeft kunnen zijn dat hij in het keldergat is gestapt, aangezien de aanwezigheid van de kistjes zelve een met normale voorzichtigheid reagerende persoon zou hebben genoopt te kijken waar hij zijn voet neerzette'. Ook het hof benadrukte allereerst de eigen verantwoordelijkheid van Duchateau. Het geopende kelderluik was 'duidelijk (...) zichtbaar', zodat Duchateau kennelijk 'niet op de omgeving van het herentoilet heeft gelet, toen hij daarbij was gekomen'. Anderzijds hechtte het hof ook belang aan een getuigenverklaring van de eigenaar van het café, inhoudende dat deze het keldergat altijd barricadeerde

21 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik).

met stoelen, indien hij het moest openen. Nu Sjouwerman dat volgens het hof 'ook gemakkelijk' had kunnen doen, en hij er bovendien 'rekening mede had behoren te houden, dat bezoekers aan de toegang tot het toilet wellicht niet hun volledige aandacht zouden besteden', achtte het hof Coca-Cola voor vijftig procent aansprakelijk voor de geleden schade.

In cassatie klaagt Coca-Cola dat Duchateau zélf tegenover de politie had verklaard – althans volgens de (door Duchateau betwiste) stellingen van Coca-Cola in feitelijke instanties – dat hij het geopende kelderluik voorafgaand aan zijn valpartij had waargenomen. Tegen die achtergrond acht Coca-Cola 's hofs oordeel onbegrijpelijk en onjuist, 'omdat niemand een dergelijk roekeloos en onvoorzichtig gedrag behoeft te voorzien'. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. In principiële bewoordingen stelt hij voorop:

'dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoever aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt; dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen'.

Tegen deze achtergrond verenigt de Hoge Raad zich met 's hofs onrechtmatigheidsoordeel. Sjouwerman heeft 'voor bezoekers die aan hun omgeving niet hun volledige aandacht zouden besteden, een ernstig gevaar (...) geschapen, hetwelk hij (...) met eenvoudige middelen had kunnen voorkomen'. Onder die omstandigheden mocht het hof Sjouwerman verwijten 'dat hij met de mogelijkheid van zodanige onoplettendheid geen rekening heeft gehouden en heeft nagelaten met het oog daarop maatregelen, als door het Hof aangegeven, te treffen', aldus de Hoge Raad.

Het belang van het arrest schuilt niet zozeer in deze concrete uitkomst. Dat het openen van een luik in de vloer doorgaans gepaard moet gaan met een duidelijke waarschuwing of een andere maatregel ter voorkoming van ongevallen, behoeft nauwelijks betoog. Het geopende kelderluik is een klassieke bron van gevaar voor nietsvermoedende passanten, zoals een reeks van jurisprudentie illustreert.²² De principiële betekenis van het arrest schuilt vooral

22 Zie voor eerdere 'Kelderluik-arresten' (waarin de Hoge Raad zich overigens nog terughoudend toont) HR 2 maart 1906, W 8347 (Smith/E. Pluribus Unum); en HR 18 april 1940, NJ 1941, 130 m.nt. EMM (Cohen/Van Saane en Amsterdam IV). Zie voor recentere gevallen (waarin wel onrechtmatigheid werd aangenomen) bijv. Rb. Amsterdam 15 december 1999, VR 2000, 96; Rb. Amsterdam 10 juni 2003, VR 2003, 174; en Rb. 's-Hertogenbosch 6 augustus

in de wijze waarop de Hoge Raad de toepasselijke zorgvuldigheidnorm vormgeeft. Hij benadrukt allereerst het contextgebonden karakter van de veiligheidsnormen bij gevaarstelling, door te overwegen dat de omstandigheden van het geval beslissend zijn. Vervolgens wijst hij op het bijzondere belang van een viertal specifieke omstandigheden, die in de jurisprudentie en literatuur over gevaarstelling naam hebben gemaakt als de 'Kelderluikfactoren' (par. 4.3.5). Of degene die een gevaar in het leven roept veiligheidsmaatregelen moet treffen, is afhankelijk van (i) de waarschijnlijkheid van onoplettendheid van de potentiële slachtoffers, (ii) de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, (iii) de ernst van de mogelijke gevolgen daarvan en (iv) de bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.

Hoewel deze Kelderluikfactoren, gezien hun formulering en jurisprudentiële achtergrond, primair zijn bedoeld voor 'ongevallen' in de klassieke zin, is hun juridische betekenis daartoe mijns inziens niet beperkt.²³ Zij verwijzen naar de basale risicoafwegingen die ieder mens in het dagelijks leven wordt geacht te maken,²⁴ zodat zij in beginsel toepasbaar zijn in het *gehele* aansprakelijkheidsrecht, althans waar het gaat om de toepassing van informatieplichten en andere zorgplichten van delictuele aard. Dat wordt bevestigd door vergelijking met buitenlandse aansprakelijkheidsstelsels, die dikwijls vergelijkbare gezichtspunten hanteren bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsmaatstaf (par. 2.7.5 en 2.8.3). Intussen moet men zich in dit verband niet blind staren op de Kelderluikfactoren, die immers niet uitpuddend of autonoom zijn bedoeld.²⁵ Het gaat uiteindelijk om de vraag of, in het licht van de algehele *context*, de laedens was gehouden zich de belangen van de gelaedeerde aan te trekken door het doen van een waarschuwing of door het anderszins betrachten van zorg (par. 4.2.10).

Tegen deze achtergrond acht ik de door sommige auteurs verdedigde opvatting, dat het Kelderluik-arrest getuigt van een rechtseconomische visie

2008, L/JN BI0701, NJF 2009, 253. Zie voorts nog Rb. Rotterdam 21 april 1995, A&V 1996, p. 47-50 m.nt. G.H. Lankhorst (waarin geen onrechtmatigheid werd aangenomen, omdat het slachtoffer een herhaalde, indringende waarschuwing had genegeerd); en Rb. Amsterdam 27 december 2006, L/JN AZ6722, NJF 2007, 241 (waarin nadere maatregelen achterwege mochten blijven wegens de professionele setting van het ongeval). Zie nader over de Kelderluik-jurisprudentie Van Maanen 2008, p. 42 e.v.

23 Aldus ook Hartlief 2002, p. 484; en Verheij 2005, nr. 30, alsmede (meer impliciet) Valk 1993, p. 51, 62-63; Hartlief 2004a, p. 872; Van Rossum 2005, p. 74-76; en Jansen 2009a, nr. 21. Vgl. voorts HR 11 november 2005, NJ 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), waarin de Hoge Raad de Kelderluikfactoren toepast in het kader van art. 7:658 BW (par. 4.6.4).

24 Zie bijv. Verheij 2005, nr. 16; Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 33; en Van Maanen 2008, p. 43. Vgl. ook Larenz/Canaris 1994, p. 414, die de hier bedoelde gezichtspunten (althans het Duitse equivalent daarvan) 'im Rahmen des vorrechtlichen, 'alltäglichen' Umgangs mit Risiken' plaatst. Anders Brüggemeier 2006, p. 64, die over de (hieronder te bespreken) 'Learned Hand-formula' opmerkt dat deze vooral aansluit bij het risicomanagement van ondernemingen.

25 Zie par. 4.3.5 voor een nadere uitwerking.

op de onrechtmatige daad,²⁶ minder gelukkig. De gedachte is dat de Hoge Raad met zijn arrest aansluiting heeft willen zoeken bij de zogenaamde 'Learned Hand-formula', ontleend aan een beroemde, rechtseconomisch getinte uitspraak van de Amerikaanse rechter Hand uit 1947. Naar aanleiding van de vraag of de eigenaar van een binnenschip, dat op drift raakte en vervolgens zonk, had moeten zorgen voor de permanente aanwezigheid van een schipper aan boord, overwoog Learned Hand:

'Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner's duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether B less than PL.'²⁷

In Amerika is de algebraïsche formule van Learned Hand onthaald als de ideale rekensom voor efficiënte zorg. 'If the cost of safety measures (...) exceeds the benefit in accident avoidance to be gained by incurring that cost, society would be better off, in economic terms, to forgo accident prevention', aldus bijvoorbeeld Posner in een klassiek opstel over de rechtseconomische aspecten van *negligence*.²⁸ In Nederland klinken tegen de achtergrond van het Kelderluik-arrest vergelijkbare geluiden. 'Door de kosten van zorg af te wegen tegen de schade die ermee kan worden voorkomen, kan het optimale zorgniveau worden bepaald', aldus bijvoorbeeld Visscher naar aanleiding van het arrest.²⁹ De charmante eenvoud van zulke formules is bedrieglijk.³⁰ Nog afgezien van de vraag hoe factoren als de 'kans op ongevallen', de 'ernst van de mogelijke gevolgen' en de 'bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen' in rechte op waarde kunnen worden geschat,³¹ is een zó eenzijdige focus op de *kosten* van risico en voorzorg in juridisch opzicht onverantwoord. Financiële argumenten zijn in dit verband zeker relevant, maar niet doorslaggevend (par. 4.3.6).

Voor het leerstuk der informatieplichten is het voorgaande van bijzonder belang. Het betekent dat de Kelderluikfactoren als zodanig niet beslissend behoren te zijn voor de aanvaarding van een delictuele waarschuwingsplicht,

26 Vgl. bijv. Kerkmeester 1993, p. 770-771; Visscher 2005, p. 65 e.v.; en Van Maanen 2008, p. 45.

27 United States v. Carroll Towing Co. 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), p. 173, *per* L. Hand.

28 Posner 1972, p. 32-33.

29 Visscher 2005, p. 65. Vgl. ook Van Boom 2003a, p. 23, die meent dat 'de waarde van een levensjaar ook in het aansprakelijkheidsrecht een zinvol hulpmiddel [kan] zijn om baten van voorzorg mee uit te drukken'.

30 Aldus ook Valk 1993, p. 51-52; Brüggemeier 2006, p. 68-70; en Nieuwenhuis 2007, p. 14-16. Zie voorts de toelichting bij art. 4:102 PETL, p. 79 (Widmer).

31 Vgl. Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 33, aan het slot.

althans niet wanneer men die Kelderluikfactoren zuiver rechtseconomisch opvat. In de meeste gevallen van gevaarzetting 'kost' een waarschuwing weinig of niets: van alle vormen van voorzorg is de waarschuwing normaliter – althans in financieel opzicht – de minst bezwaarlijke variant.³² Aangenomen dat nagenoeg ieder risico, hoe gering of uitzonderlijk ook, door het doen van een waarschuwing (nader) kan worden ingeperkt, zou in de hier bedoelde gevallen de rechtseconomische benadering vrijwel steeds een waarschuwingsplicht indiceren, reeds op grond van de voorzienbaarheid van het risico en de financiële onbezwaarlijkheid van de te geven waarschuwing. Dat is niet in lijn met het geldende recht.³³ Omgekeerd mag – anders dan auteurs als Posner suggereren – uit het enkele feit dat het doen van een waarschuwing onder bijzondere omstandigheden méér zou kosten dan de financiële omvang van het betrokken risico rechtvaardigt,³⁴ niet zonder meer worden afgeleid dat die waarschuwing rechtens achterwege mag blijven. De aanbieder van een riskant beleggingsproduct zal onervaren beleggers onder omstandigheden – al is hun belegde vermogen nog zo klein – moeten waarschuwen voor de betrokken risico's, ook indien hij daardoor zijn product in feite uit de markt prijst.³⁵

Al met al is de principiële betekenis van het Kelderluik-arrest voor het leerstuk der informatieplichten mijns inziens vooral gelegen in de eerste alinea van de hierboven geciteerde rechtsoverweging. De aanvaarding van een delictuele informatieplicht is afhankelijk van de *context* van de verweten gedraging. Of en in hoeverre de laedens rekening moet houden met onvoorzichtigheid aan de zijde van de gelaedeerde, en in verband daarmee een waarschuwing moet doen of andere voorzorgsmaatregelen moet treffen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bij gebreke van zulke omstandigheden blijft de schade voor eigen rekening van de gelaedeerde. Zo beschouwd kiest de Hoge Raad hier, evenals in het contractenrecht, de eigen verantwoordelijkheid van justitiabelen ter zake van het vergaren van informatie uitdrukkelijk tot uitgangspunt. In par. 4.1.2 bleek reeds dat deze 'strikte' benadering is geboden door de grondgedachte dat iedere deelnemer aan het maatschappelijk verkeer zijn 'algemene levensrisico' zelf te dragen heeft.

32 Zie bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 62; Van Boom 2003a, p. 33; Giesen 2005, p. 48; en Behiç 2008, p. 130. Zie (ter nuancering) ook Pape 2009, p. 181-182, die in het kader van de productenaansprakelijkheid wijst op de kosten van het ontwerp van een waarschuwingsetiket en op de potentiële gevolgen voor de afzet van het betreffende product. Vgl. ook de in par. 2.8.4 besproken Engelse jurisprudentie, waarin gewicht wordt toegekend aan de *maatschappelijke kosten* van een waarschuwing.

33 Zie bijv. HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepende tak), besproken in par. 4.4.2.

34 Vgl. Giesen 2005, p. 49-50, die signaleert dat de kosten van een (effectieve) waarschuwing in de praktijk veel hoger kunnen zijn dan men op het eerste gezicht zou denken.

35 Zie bijv. HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), besproken in par. 4.8.5.

4.1.4 Plan van behandeling

Het vervolg van dit hoofdstuk behelst een inventarisatie van de informatieplichten die voortvloeien uit het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Waar in hoofdstuk 3 de informatieplichten bij *dwaling* het leeuwendeel van de materie vormden, ligt in het onderhavige hoofdstuk de nadruk op de informatieplichten bij *gevaarzetting*. De behandeling daarvan in par. 4.3 e.v. wordt voorafgegaan door een algemene analyse van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), als meest prominente grondslag voor delictuele aansprakelijkheid (par. 4.2). De risicoaansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 e.v. BW komen aan de orde in par. 4.5, gevolgd door de werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW in par. 4.6. De daarop volgende paragraaf staat in het teken van afdeling 6.3.3A e.v. BW, inzake oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame (par. 4.7). De aansprakelijkheid van dienstverleners – die tot op zekere hoogte als ‘contractueel’ kan worden getypeerd en derhalve (gedeeltelijk) in Boek 7 BW is geregeld (vgl. par. 3.11.2) – wordt behandeld in par. 4.8, waarbij met name de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners wordt belicht (par. 4.8.3 e.v.).

4.2 ONRECHTMATIGE DAAD

4.2.1 Algemeen

De onrechtmatige daad vormt van oudsher een van de belangrijkste grondslagen voor het aannemen van delictuele informatieplichten (par. 2.1.3). Dat is vooral te danken aan het ‘algemeen fonds’ van de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen uit art. 6:162 lid 2 BW. Deze contextgebonden normen vertalen het abstracte vraagstuk van delictuele aansprakelijkheid in de concrete vraag of de laedens, mede gelet op zijn kennis omtrent de kans op schade (par. 4.2.11), onder de gegeven omstandigheden was gehouden tot zorg voor de belangen van de gelaedeerde. Of het nu gaat om het openen van een kelderluik in de vloer³⁶ of het aanbrengen van een bussluis in het wegdek,³⁷ om het neerzetten van een emmertje natronloog op straat³⁸ of het in het verkeer brengen van asbestcementplaten,³⁹ om het deponeren van een taxusstruik op een afvalhoop⁴⁰ of het storten van rottende uien langs de weg,⁴¹ telkens

36 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

37 Vgl. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis), besproken in par. 4.4.6.

38 Vgl. HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10.

39 Vgl. HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

40 Vgl. HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), besproken in par. 4.4.10.

41 Vgl. HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), besproken in par. 4.3.11.

rijst de vraag of de laedens het betrokken risico kende dan wel behoorde te kennen, of hij in dit verband nader onderzoek had moeten doen en of hij tegen die achtergrond gelaedeerden had moeten waarschuwen, dan wel andere maatregelen had moeten treffen ter voorkoming van de schade. Hiermee is niet gezegd dat het *gehele* leerstuk van de onrechtmatige daad in de sleutel van informatieplichten kan worden geplaatst. Het wettelijk kader van art. 6:162 e.v. BW bestrijkt immers meer dan alleen de vergaring en verstrekking van informatie in de delictuele sfeer. Een nadere analyse van dat wettelijk kader volgt in par. 4.2.3 e.v. Hieronder wordt allereerst aandacht besteed aan de theoretische *grondslag* van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Schuld en risico zijn de begrippen die daarbij centraal staan.

4.2.2 Schuld of risico?

Over het onderscheid tussen schuld en risico als potentiële grondslagen voor delictuele aansprakelijkheid is vooral in de twintigste eeuw uitvoerig gediscussieerd. Op het hoogtepunt van de industriële revolutie, tegen het einde van de negentiende eeuw, drong het besef door dat het aloude *culpa*-begrip, opgevat in de klassieke betekenis van persoonlijke verwijtbaarheid,⁴² niet langer kon fungeren als exclusieve grondslag voor delictuele aansprakelijkheid. De mechanisatie van de maatschappij had, behalve ongekende rijkdom, ook ongekende risico's teweeggebracht, die zelfs met inachtneming van redelijke voorzorg niet altijd konden worden vermeden. Scholten schetst in zijn dissertatie uit 1899 een intrigerend tijdsbeeld:

Waar vroeger het enkele feit der samenleving voor de individuen een geringe risico voor schade meebracht, en zij alleen dan nadeel ondervonden, als de een *onrechtmatig* in de belangen van den ander ingreep, is dit nu anders geworden, is ieder elken dag en voortdurend aan een reeks van gevaren voor zijn persoon of vermogen blootgesteld. Waar toen een diligence hoogstens een enkele maal iemand overreed, komt nu jaarlijks een vrij groot aantal mensen bij spoorwegongelukken om. Waar het ons haast niet denkbaar is, dat een diligence schade veroorzaakt aan het vermogen van een ander, of een buitengewoon onbekwame of moedwillige koetsier mocht ergens de ruiten inrijden, is de vermogensvermindering, die dagelijks velen door toedoen der spoorwegen lijden, aanzienlijk. Dan brandt een denbosch af door een vonk uit den locomotief, dan stort een huis in door het dreunen der voorbijrijdende treinen, of worden dieren schrikachtig en voorgoed onbruikbaar, dan weer bederft de neerslaande rook geheele landerijen.⁴³

42 Over de mate van objectivering van het schuldconcept gedurende de negentiende eeuw bestaat overigens verschil van mening. Vgl. Schut 1969, p. 270; Van Maanen 1986, p. 192-194; en Klaassen 1991, p. 8.

43 Scholten 1899, p. 12-13.

Deze voorbeelden doen ons gevoelen, aldus Scholten, ‘dat de billijkheid een aansprakelijkheid eischt voor schade, die verder gaat dan die uit schuld alleen’.⁴⁴ In de twintigste eeuw is naarstig gezocht naar een grondslag voor zulk een aansprakelijkheid.⁴⁵ De rechtspraak koos een pragmatische oplossing, door het schuldbegrip geleidelijk te verruimen. Steeds vaker werd bij gebreke van persoonlijke verwijtbaarheid de aansprakelijkheid gebaseerd op schuldconstructies, zoals een gefingeerde schuld, een vermoeden van schuld of een geobjectiveerde schuld.⁴⁶ De literatuur ging een stap verder, door te erkennen dat geleden schade onder omstandigheden ook *buiten* schuld voor rekening van de dader kon worden gebracht. Ter rechtvaardiging van het hier bedoelde *risicobeginsel* – dat in abstracto weinig funderend vermogen bezit⁴⁷ – werd doorgaans verwezen naar meer concrete overwegingen van risicoverdeling, zoals de omstandigheid dat de schade het gevolg was van een door de dader in het leven geroepen gevaar voor personen of zaken (het *gevaarzettingsbeginsel*), de omstandigheid dat de schade was ontstaan bij de uitoefening van een winstgevende activiteit door de dader (het *profijtbeginsel*) of de omstandigheid dat de dader, bijvoorbeeld in verband met (de mogelijkheid van) een verzekering, beter dan het slachtoffer in staat was de schade te dragen (het *draagkrachtbeginsel*).⁴⁸ De meerderheid der auteurs erkende intussen dat geen van deze beginselen de ultieme rechtvaardiging kon bieden voor alle gevallen van aansprakelijkheid zonder schuld. De heersende leer stelde zich dan ook op het voorzichtige standpunt dat aansprakelijkheid hier uiteindelijk tot de *billijkheid* moest worden herleid,⁴⁹ de grondslag die kennelijk ook Scholten in zijn dissertatie reeds voor ogen had.⁵⁰

Inmiddels mag de discussie ‘schuld of risico’ min of meer als afgerond worden beschouwd. Het nieuwe BW van 1992 stelt de schuld nog altijd principieel voorop als primaire grondslag voor toerekening van een onrechtmatige daad aan de dader, maar biedt ook ruimte om de schade krachtens de in het verkeer geldende opvattingen ‘voor zijn rekening’ te brengen (art. 6:162 lid 3

44 Scholten 1899, p. 20.

45 Zie voor een overzicht van de belangrijkste opvattingen bijv. Schut 1963, p. 29 e.v.; Klaassen 1991, p. 9 e.v.; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 27-30.

46 Zie bijv. Schut 1969, p. 270-271; Schut 1997, p. 26; en Sieburgh 2000, p. 119-120 en 126 e.v. Vgl. ook de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, Algemeen, aant. 6.3, die overigens mede in het teken staat van een verruimd onrechtmatigheidsbegrip.

47 Vgl. Slagter 1952, p. 55; Schut 1969, p. 272; Nieuwenhuis 1997a, p. 8; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 27.

48 Zie bijv. Slagter 1952, p. 61-62; Schut 1963, p. 31-37; Klaassen 1991, p. 10-11; Schut 1997, p. 27-28; Van Dunné 2004b, p. 154-155, 173-232 en 461-485; Verheij 2005, nr. 7; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 9; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 27.

49 Zie bijv. Spier in Spier e.a. 2009, nr. 9; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 30. Kritisch over deze ‘nietszeggende’ grondslag is Schut (Schut 1997, p. 32), die zelf in zijn proefschrift de ‘rechtelijke verantwoordelijkheid’ als alternatief heeft aangedragen (Schut 1963, p. 38 e.v.).

50 Zie Scholten 1899, p. 20 (hierboven geciteerd) en bijv. p. 153.

BW).⁵¹ Ook overigens is de invloed van het risicobeginsel in vergelijking met het oude recht gegroeid, doordat in afdeling 6.3.2 e.v. BW diverse (nieuwe) kwalitatieve aansprakelijkheden zijn geïntroduceerd, die tot op zekere hoogte derogeren aan de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid (par. 4.5.1). Nochtans is van een ‘overwoekering’ van het schuldbeginsel door het risicobeginsel, zoals door sommigen aanvankelijk gevreesd,⁵² naar huidig recht geen sprake. In de jurisprudentie wordt bij toepassing van art. 6:162 BW de schuldvraag, ondanks de mogelijkheid van toerekening krachtens de in het verkeer geldende opvattingen, nog altijd consequent vooropgesteld.⁵³ De Europese opstellers van het DCFR betitelen tegen deze achtergrond de verwijzing naar de verkeersopvattingen in art. 6:162 lid 3 BW zelfs als ‘a provision seemingly devoid of any practical significance’.⁵⁴ Ook de kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 e.v. BW zijn sinds hun introductie in 1992 zeker geen ‘eigen leven’ gaan leiden.⁵⁵ Het lijkt er veeleer op dat deze limitatief opgesomde, nauw omliggende risicoaansprakelijkheden in termen van praktische relevantie hun meerdere moeten erkennen in de open schuldnorm van art. 6:162 BW. Bovendien wordt in de literatuur aangenomen dat óók die risicoaansprakelijkheden nog wezenlijk door het schuldbeginsel worden beïnvloed (par. 4.5.1). Tegen deze achtergrond kan gevoeglijk worden ingestemd met Schut, die schuld en risico betitelt als begrippen die ‘in elkaar overlopen als twee kleuren waterverf’.⁵⁶ Hetzelfde concludeert Van Dam op basis van rechtsvergelijkende gegevens:

‘The dichotomy between negligence and strict liability is outdated. Legislators and courts look for the right balance by mixing negligence and strict elements, sometimes fine-tuning this mix by (partially) shifting the burden of proof from the claimant to the defendant. (...) The old steeled frameworks of 19th and 20th century tort law (*fault and risk, faute et risque, Verschulden und Gefährdung*) are no longer

51 Vgl. Handelingen II, PG Boek 6, p. 644, alwaar wordt opgemerkt dat de wettelijke regeling der onrechtmatige daad ‘het schuldelement niet zal loslaten’; en TM, PG Boek 6, p. 606, alwaar wordt opgemerkt dat de handhaving van het schuldbeginsel niet wegneemt dat ook bij gebreke van verwijtbaarheid ‘in vele gevallen’ een aanspraak op schadevergoeding wordt toegekend.

52 Vgl. Schut 1996, p. 283.

53 Zie bijv. Jansen 2009a, nr. 25, alsook de rechtspraak, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 7 e.v. Vgl. voor het oude recht reeds Van Maanen, Spier & Sterk 1990, p. 143, alwaar op basis van uitvoerig jurisprudentieonderzoek wordt geconcludeerd dat ‘geen algemene verschuiving in de richting van risico [valt] te constateren’.

54 Von Bar & Clive 2009, p. 3099 (notes bij art. VI-1:101 DCFR).

55 Vgl. Hartkamp 2010a, nr. 22 en 23 (sub 4); en Van Maanen 2011a, p. 232.

56 Schut 1969, p. 273. Zie in gelijke zin bijv. Van Dam 2000, nr. 1004; Hartlief 2011, p. 285; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 28. Vgl. ook Nieuwenhuis 1989, p. 194 (en identiek Nieuwenhuis 2007, p. 130), die het onderscheid tussen schuld en risico geheel verwerpt.

opponents but need to cooperate in order to achieve the appropriate results for the 21st century.⁵⁷

Al met al heeft de ontwikkeling van ons aansprakelijkheidsrecht in de afgelopen eeuw geleid tot een *synthese* van schuld en risico.⁵⁸ Informatieplichten vormen in zekere zin het *trait-d'union* tussen de beide beginselen. Waar persoonlijke verwijtbaarheid als grondslag voor aansprakelijkheid tekortschiet, kan door het aannemen van onderzoeksplichten en waarschuwingsplichten aan de zijde van de laedens het schuldbegrip worden opgerekend of, zo men wil, geobjectiveerd. Aldus kunnen billijke oplossingen worden bereikt, zonder dat de beoordeling onttaardt in een klakkeloze risicoverdeling. Het redeneren in termen van informatieplichten voorkomt dus een 'doorschieten' in de richting van zuivere risicoaansprakelijkheid en bewerkstelligt dat het aansprakelijkheidsrecht primair gericht blijft op de veroordeling van falend gedrag.⁵⁹ Mede gezien het in par. 4.1.2 besproken uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt, mag worden geconcludeerd dat het aansprakelijkheidsrecht nog altijd wordt beheerst door het *schuldbeginsel*, waar nodig aangevuld met elementen van risicoverdeling.⁶⁰ De nu volgende analyse van het wettelijk kader voor onrechtmatige daad moge dat verduidelijken.

4.2.3 Wettelijk kader

Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vergt, zoals elke juridische constructie, het bestaan van een relatie tussen norm en feit.⁶¹ Drie feitelijkheden staan in dit verband centraal: de dader, zijn schadeveroorzakende gedraging en de daaruit voortvloeiende belangenaantasting bij de benadeelde.⁶² De relatie die art. 6:162 BW aanbrengt tussen norm en feit is dienovereenkomstig driërlei. Het artikel vereist allereerst een relatie tussen norm en gedraging: er moet sprake zijn van een *onrechtmatige daad*, gelegen in de inbreuk op een recht, de schending van een wettelijke plicht of het doen of nalaten in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (lid 2). Deze normschending moet aan de dader *toerekenbaar* zijn, wegens schuld of wegens een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (lid 3). Aldus wordt tevens een relatie gelegd tussen de geschonden norm en de dader. Ten slotte vereist het artikel ook een relatie tussen norm en belangen-

57 Van Dam 2006, nr. 1005.

58 Deze ontwikkeling is enigszins vergelijkbaar met de in par. 3.5.4 beschreven synthese van de twee opvattingen over dwaling in het contractenrecht (wilsgebrek vs. gedragstoetsing).

59 Vgl. Nieuwenhuis 1989, p. 195 en (identiek) Nieuwenhuis 2007, p. 131.

60 Vgl. Schut 1969, p. 272, die betoogt 'dat in elk schuldbegrip een stuk risico zit'.

61 Vgl. Asser/Vranken** (1995), nr. 108.

62 Vgl. Brüggemeier 1999, p. 43, die de drie-eenheid van dader, benadeelde en hun onderlinge verhouding als de traditionele 'Anatomie eines Delikts' betitelt.

aantasting, in die zin dat voor aansprakelijkheid is vereist dat de geschonden norm strekte tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Het gaat hier om het *relativiteitsvereiste*, dat behalve in het woord 'jegens' van lid 1 ook afzonderlijk tot uitdrukking komt in art. 6:163 BW.⁶³

Informatieplichten uit hoofde van art. 6:162 BW manifesteren zich vooral waar het artikel de zojuist bedoelde relatie tussen norm en feit legt. Zij vormen in dit verband de brug tussen de feitelijke kennis van partijen en hun rechtelijke verantwoordelijkheid (vgl. par. 1.1). Buiten het normatieve kader van onrechtmatigheid, toerekenbaarheid en relativiteit ligt het aannemen van informatieplichten mijns inziens minder voor de hand. De twee resterende vereisten voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW – schade en causaal verband (lid 1) – zien op de overwegend feitelijke relatie tussen de schadeveroorzakende gedraging en de belangenaantasting. Natuurlijk is ook die relatie normatief gekleurd, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de verwijzing naar de 'aard van de aansprakelijkheid' in art. 6:98 BW,⁶⁴ maar voor het aannemen van informatieplichten biedt het schadevergoedingsrecht mijns inziens minder goede aanknopingspunten. De traditionele aandacht voor de 'voorzienbaarheid' van de schade als gezichtspunt ter vaststelling van causaal verband in de zin van art. 6:98 BW maakt het voorgaande niet anders.⁶⁵ Aangenomen wordt immers dat dit begrip hier overwegend objectief moet worden ingevuld en dat de subjectieve verwachtingen van partijen omtrent de omvang van de schade daarbij hoogstens zijdelings van belang kunnen zijn.⁶⁶ Beslissend is uiteindelijk of de schade in de ogen van de *rechter* – of een door hem in het leven geroepen 'maatman'⁶⁷ – kan worden beschouwd als het 'redelijkerwijze te verwachten gevolg' van de gedraging.⁶⁸ Tegen deze achtergrond vind ik de gedachte van Tjittes, dat in dit verband een mededelingsplicht zou kunnen rusten op de partij die een uitzonderlijke, normaliter als 'onvoorzienbaar' te kwalificeren schadepost voorziet (op straffe van verlies van een eventuele aanspraak op vergoeding daarvan),⁶⁹ minder voor de hand liggend. Mijns inziens behoort veeleer de objectieve waarschijnlijkheid van de schade in dit verband centraal te staan dan de vraag of partijen in het licht van hun onderlinge communicatie

63 Vgl. Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 163, aant. 1.1.

64 Vgl. Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 29.

65 Zie over het verband tussen causaliteit en voorzienbaarheid uitvoerig Köster 1963, p. 8 e.v.

66 Zie in die zin bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 71-72; en Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 31.2, met verwijzing naar HR 18 december 1987, NJ 1988, 439 m.nt. G (Amro/Bromet), r.o. 3.7.

67 Vgl. art. 3:201 sub a PETL, dat verwijst naar 'the foreseeability of the damage to a reasonable person'.

68 Zo luidde de aloude formulering van de 'adequatieleer', die voor de invulling van art. 6:98 BW nog altijd relevant wordt geacht. Zie bijv. HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 m.nt. GJS (Gasbuis), alsmede Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 56 en 69.

69 Zie Tjittes 2008, p. 1, die zich overigens toespitst op de werking van art. 6:98 BW in *contractuele* verhoudingen.

de geleden schade hebben (moeten) voorzien.⁷⁰ Voorkomen moet worden dat de causaliteitsvraag onttaardt in dezelfde afweging van zorgplichten die ook de vestiging der aansprakelijkheid beheerst.

4.2.4 Art. 6:162 lid 2 BW: rechtsinbreuk

Met inachtneming van het voorgaande kan de rol van informatieplichten binnen het wettelijk kader van art. 6:162 BW nader worden afgebakend. Het onrechtmatigheidsvereiste van lid 2 wordt zeker niet in alle gevallen beïnvloed door overwegingen omtrent kennis, informatievergaring en informatieverstrekking. Er bestaan 'objectieve' normen van delictuele aard, waarvan de toerekenbare schending zonder meer aansprakelijkheid oplevert, ongeacht de vraag of de dader wist of behoorde te weten van enige kans op schade, en ongeacht de vraag of hij het slachtoffer daarvoor op afdoende wijze heeft gewaarschuwd. Deze normen vinden hun onderdak in de eerste twee onrechtmatigheidsrubrieken van art. 6:162 lid 2 BW, inzake inbreuk op een subjectief recht en schending van een wettelijke plicht (waarover par. 4.2.9).

Inbreuk op een subjectief recht levert volgens de parlementaire geschiedenis,⁷¹ bevestigd door vaste rechtspraak en literatuur,⁷² *eo ipso* een onrechtmatige daad op. De achterliggende gedachte is dat de rechtsorde door het aanwijzen van subjectieve rechten bepaalde fundamentele belangen erkent, die als zodanig voor bescherming in aanmerking komen. Scholten formuleerde het in 1911 kernachtig als volgt:

'Onrecht is hier niet de overtreding van eenig speciaal gebod, maar elke niet te rechtvaardigen aanranding van het individu in deze zijnen machtskring.'⁷³

Deze benadering, die de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende gedrag zoekt in de beschermwaardigheid van het getroffen belang, is vanuit rechtsvergelijkend oogpunt niet uniek. Zij kan worden herleid tot § 823 I van het Duitse BGB, waarin eveneens de belangen aantasting het primaire aanknopingspunt vormt voor het aannemen van onrechtmatigheid (par. 2.7.4). Met art. 6:162 BW heeft de Nederlandse wetgever kennelijk een compromis beoogd tussen deze Duitse belangenleer en de gedragstoetsing die bekend is uit het

70 Vgl. Brunner 1981, p. 213, die in dit verband de waarschijnlijkheid 'naar ervaringsregels' aandraagt als (objectief) criterium.

71 Zie TM, PG Boek 6, p. 614.

72 Zie bijv. Sieburgh 1997, p. 629; Sieburgh 2000, p. 58 e.v.; Jansen 2000, p. 298; Jansen 2009a, nr. 13; Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 32; Brahn/Reehuis 2010, nr. 608; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 47. Zie voorts de literatuur en jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 3.

73 Scholten 1911, p. 138. Zie in gelijke zin thans bijv. Valk 1992, p. 54-55; Sieburgh 1997, p. 630-631; Sieburgh 2000, p. 61-62; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 32-33.

Franse *faute*-regime (vgl. par. 2.6.3).⁷⁴ De rechtsinbreuk wordt immers in lid 2 gepresenteerd als zelfstandige onrechtmatigheidsrubriek, náást het handelen in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.

De keuze tussen beide benaderingen – rechtsinbreuk of onzorgvuldigheid – is in de praktijk geen lood om oud ijzer. De bijzondere bescherming die art. 6:162 BW aan de rechthebbende op een subjectief recht toekent, komt concreet tot uitdrukking in de door het artikel geboden verdeling van de *bewijslast*.⁷⁵ Wie het slachtoffer is geworden van de inbreuk op een subjectief recht, kan ter onderbouwing van zijn beroep op onrechtmatigheid in beginsel volstaan met het stellen (en zo nodig bewijzen) van de betreffende rechtsinbreuk. Het is vervolgens aan de aangesproken partij om, met een beroep op een rechtvaardigingsgrond in de zin van art. 6:162 lid 2 BW, aan te tonen dat zijn gedraging desalniettemin geoorloofd was. Rechtsinbreuk is dus *prima facie* onrechtmatig: behoudens tegenbewijs is hier, mét de belangenaantasting, de onrechtmatigheid gegeven. Zo beschouwd is de positie van het slachtoffer van een rechtsinbreuk aanmerkelijk sterker dan die van het gemiddelde slachtoffer van een onrechtmatige daad.⁷⁶

In het voorgaande ligt besloten dat de inbreuk op een subjectief recht onder omstandigheden *geoorloofd* kan zijn, namelijk in verband met de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. De aanvankelijke kwalificatie van het inbreukmakende gedrag als *eo ipso* onrechtmatig wordt dan in tweede instantie bijgesteld.⁷⁷ Sommige auteurs tonen zich kritisch over een dergelijk 'heen-en-terugredeneren'.⁷⁸ Mijns inziens vindt het zijn rechtvaardiging in de hoogwaardigheid van de betrokken belangen, de subjectieve rechten waar het hier om gaat.⁷⁹ 'Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben' (art. 5:1 BW). 'Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam' (art. 11 Gw). Een rechtsorde die zulke absolute rechten erkent, aanvaardt ook dat een inbreuk daarop in beginsel 'onrechtmatig' is, tenzij de inbreukmakende partij aannemelijk weet te maken dat onder de gegeven omstandigheden een uitzon-

74 Vgl. Nieuwenhuis 2008, p. 3-4.

75 Zie bijv. Hartlief & Van Maanen 1995, p. 41-42; Schut 1997, p. 50; Sieburgh 1997, p. 631; Sieburgh 2000, p. 62; Jansen 2001, p. 299; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 32 en 40.

76 Vgl. Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 4 en 63 e.v., alwaar blijkt dat de rechthebbende op een subjectief recht ook *buiten* de gevallen van rechtsinbreuk een aanvullende bescherming geniet.

77 Vgl. Valk 1992, p. 54-55, die het onrechtmatigheidsoordeel over inbreukmakend gedrag tegen deze achtergrond betitelt als een 'voorlopig rechtsoordeel'.

78 Aldus Hijma 1991a, p. 340. Vgl. voorts bijv. Van Dam 2000, nr. 838.

79 Zie voor een uitvoerig overzicht van de hier bedoelde subjectieve rechten Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 7-43.

dering moet worden aanvaard.⁸⁰ Dat is geen onnodige omhaal van woorden, maar het resultaat van een evenwichtige verdeling van de bewijslast.⁸¹

4.2.5 Vervolg; informatieplichten bij rechtsinbreuk?

Het wettelijke uitgangspunt dat de inbreuk op een subjectief recht *eo ipso* onrechtmatig is, impliceert dat de 'informatie context' van de rechtsinbreuk – de vraag of de dader wist c.q. behoorde te weten van enige kans op schade en of hij die kennis eventueel met het slachtoffer had moeten delen, mede in het licht van diens eigen verantwoordelijkheid – in beginsel niet ter zake doet. De rechtsinbreuk is naar haar aard een *objectieve* onrechtmatighedsrubriek, niet gerelateerd aan de subjectieve gesteldheid van partijen of aan het concrete verloop van hun onderlinge communicatie. Voor de toepassing van informatieplichten is hier zo beschouwd geen plaats.

In twee opzichten moet nochtans het voorgaande worden genuanceerd. Allereerst zij bedacht dat met de vaststelling van de onrechtmatigheid nog niet de aansprakelijkheidsvraag is beantwoord. Voor het aannemen van aansprakelijkheid is tevens *toerekenbaarheid* van de normschending vereist (art. 6:162 lid 3 BW) en juist in dat kader kan de subjectieve gesteldheid van partijen een cruciale rol spelen (par. 4.2.16). De vuilnisman die behalve het gereedstaande grofvuil ook een splinternieuwe fiets afvoert naar de vuilnisbelt, pleegt inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van die fiets. Of deze onrechtmatige daad hem ook kan worden toegerekend, zal afhangen van de vraag of de vuilnisman erop mocht vertrouwen dat de fiets ter plaatse als grofvuil was neergezet en of hij dienaangaande nader onderzoek had moeten doen, een en ander mede tegen de achtergrond van de eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar, die de vuilnisman voor zijn vergissing had kunnen behoeden. Voor zover aldus de eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar niet reeds in het kader der toerekenbaarheid is verdisconteerd, kan zij bovendien nog aan de orde komen bij de toepassing van het *relativiteitsvereiste* als bedoeld in art. 6:163 BW. De redenering luidt dan dat de aansprakelijkheid vervalt omdat de benadeelde zich door zijn eigen onvoorzichtige gedrag aan het beschermingsbereik van de geschonden norm heeft onttrokken.⁸² Zo beschouwd is de constatering dat de rechtsinbreuk een objectief karakter heeft,

80 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 614.

81 Vgl. Jansen 2001, p. 299, die meent dat een redenering als de onderhavige niet 'gekunsteld' is maar 'juist beeldend [uitdrukt] waar het op aankomt'.

82 Vgl. Lankhorst 1992, p. 103-106; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 163, aant. 26.

slechts van geringe praktische betekenis: de vaststelling der *aansprakelijkheid* wordt uiteindelijk (mede) door subjectieve elementen beïnvloed.⁸³

In de tweede plaats moet worden bedacht dat in geval van rechtsinbreuk ook het onrechtmatigheidsoordeel zélf tot op zekere hoogte aan subjectivering onderhevig kan zijn. Ik doel op de invloed van ongeschreven *rechtvaardigingsgronden*,⁸⁴ die juist in dit verband een cruciale rol kunnen vervullen. De arts die een ontstoken blindedarm verwijdert, pleegt inbreuk op de lichamelijke integriteit, maar handelt desondanks rechtmatig, omdat hij normaliter zal opereren – of geacht mag worden te opereren – met toestemming van zijn patiënt.⁸⁵ Voor aanvaarding van deze rechtvaardigingsgrond is vereist dat de (veronderstelde) toestemming berust op een voldoende geïnformeerde keuze van de patiënt (*informed consent*). De arts heeft in dit verband (dus) een informatieplicht omtrent de risico's van de behandeling (art. 7:448 BW), behalve voor zover die risico's van algemene bekendheid mogen worden geacht (par. 4.8.2). In zoverre heeft de patiënt hier dus ook een eigen verantwoordelijkheid.⁸⁶ Een vergelijkbare benadering kan worden gekozen in de zojuist besproken casus van de door de vuilnisman afgevoerde fiets. De eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar kan hier, behalve in het kader der toerekenbaarheid en relativiteit, ook (reeds) aan de orde komen bij de beantwoording van de vraag of aan de zijde van de eigenaar sprake is van stilzwijgende toestemming⁸⁷ of risicoaanvaarding.⁸⁸ De kenmerkende zwart/wit-beoordeling van de rechtsinbreuk maakt dan plaats voor een open afweging van verantwoordelijkheden over en weer.

4.2.6 Vervolg; leer Smits

Aangenomen dat, zoals bleek in de voorgaande paragraaf, het objectieve karakter van de rechtsinbreuk in belangrijke mate wordt gerelativeerd door

83 Praktische betekenis heeft de bedoelde constatering slechts in zoverre, dat inbreukmakend of onwetmatig gedrag, ook bij gebreke van toerekenbaarheid en zelfs bij gebreke van schade, ex art. 6:162 jo. 3:296 BW kan worden *verboden*, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Zie par. 4.2.17.

84 Zie voor een uitvoerig overzicht Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 119-256.

85 Vgl. Stolker 1988, p. 39; en Giesen 1997, p. 35. Zie over toestemming als rechtvaardigingsgrond bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 94; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 189 e.v., waarvan in het bijzonder aant. 196 (over toestemming bij rechtsinbreuk).

86 Vgl. Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 10.2.1.

87 Zie over stilzwijgende toestemming als rechtvaardigingsgrond Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 198-199.

88 Zie over risicoaanvaarding als rechtvaardigingsgrond Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 205 e.v., alwaar ook blijkt dat ondanks de verwerping van risico-aanvaarding als afzonderlijke rechtsfiguur in HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 m.nt. CJHB (Natrappen), r.o. 3.4, deze rechtvaardigingsgrond in de praktijk nog altijd een belangrijke rol speelt.

de subjectiverende invloed van aanpalende leerstukken (rechtvaardigingsgronden, toerekenbaarheid en relativiteit), rijst de vraag of de rechtsinbreuk ook *als zodanig* aan subjectivering onderhevig kan zijn. In de literatuur, waar vanouds een zekere onvrede heeft bestaan over de vermeende ‘starheid’ van de onderhavige onrechtmatigheidsrubriek,⁸⁹ is die vraag meer dan eens bevestigend beantwoord. Reeds in 1911 betoogde Scholten dat voor een geslaagd beroep op rechtsinbreuk is vereist dat de aantasting van het subjectieve recht *opzettelijk* geschiedde.⁹⁰ Tot op de dag van vandaag vindt deze (achterhaalde⁹¹) opvatting weerklink in de literatuur.⁹² Belangrijker is de bekende leer Smits, die sinds zijn introductie halverwege de vorige eeuw niet meer weg te denken is uit het onrechtmatige daadsrecht.⁹³ Smits betoogde dat een rechtsinbreuk eerst onrechtmatig kan worden geacht, indien zij (tevens) in strijd is met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Dat betekende volgens Smits niet dat het feit van de rechtsinbreuk als zodanig irrelevant was. Smits meende namelijk ‘dat het rechtsoordeel vastgelegd in een erkend subjectief recht ons van dienst kan zijn, een *factor* kan vormen, bij de beslissing of in een gegeven geval onmaatschappelijk is gehandeld.’⁹⁴ Nog altijd vindt deze opvatting – hoewel in strijd met een bewuste keuze van de wetgever – steun bij een gezaghebbende groep auteurs.⁹⁵

De populariteit van de leer Smits is niet verbazingwekkend. Zij adresseert een belangrijk en reëel probleem: klakkeloze toepassing van het inbreukcriterium leidt tot onaanvaardbare resultaten. Dat *iedere* aantasting van een subjectief recht als zodanig onrechtmatig is, ongeacht de toedracht en de verdere omstandigheden van het geval, kan niet goed worden volgehouden.⁹⁶ Dat zou bijvoorbeeld dwingen tot de gevolgtrekking dat het veroorzaken van letsel of zaakschade automatisch kwalificeert als een onrechtmatige daad.⁹⁷ Terecht heeft (ook) de rechtspraktijk deze consequentie, die onverenigbaar is met het

89 Vgl. bijv. Hijma 1991a, p. 341-342, die de rechtsinbreuk (evenals de wetsschending) betitelt als een ‘onnodig grofmazig’ onrechtmatigheidscriterium, dat ‘als zodanig (te) weinig nuancerings’ toelaat.

90 Zie Scholten 1911, p. 139, alwaar Scholten overweegt dat ‘een gewilde aantasting altijd, een niet gewilde alleen dan onrechtmatig is als zij gevolg is van een gedrag dat anders is dan maatschappelijk betaamt’.

91 Vgl. Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 55. Zie ook reeds Rutten 1953, p. 444; en Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 83.

92 Zie bijv. Schut 1997, p. 53; Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 36; en Brahn/Reehuis 2010, nr. 603. Vgl. ook (vanuit rechtshistorisch perspectief) Van Maanen 1986, p. 185-186, 187.

93 Vgl. Nieuwenhuis 2008, p. 17, die de leer Smits een van de ‘never ending stories’ van juridisch Nederland noemt.

94 Smits 1940, p. 375 (curs. toegevoegd). Zie in gelijke zin Smits 1940, p. 389 en 402.

95 Zie bijv. Van Maanen 1986, p. 227-228; Van Dam 1989, nr. 56 e.v.; Hijma 1991a, p. 341-342; Roelvink 1994, p. 331; Hartlief & Van Maanen 1995, p. 64; Schut 1997, p. 52-53; Van Dam 2000, nr. 832 e.v.; Van Dunné 2004b, p. 240-243; en Verheij 2005, nr. 15.

96 Aldus ook TM, PG Boek 6, p. 614.

97 Vgl. de annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (Zwiepende tak), sub 2.

in par. 4.1.2 genoemde uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt, nooit aanvaard. Reeds in 1910 besliste de Hoge Raad dat de weigering van de 'Zutphense Juffrouw' om op verzoek van haar onderbuurman de hoofdkraan te sluiten, in verband met het feit dat beneden een lekkage was ontstaan die de aldaar opgeslagen voorraad leer bedreigde, als zodanig niet kwalificeerde als een inbreuk op het subjectieve recht van haar onderbuurman.⁹⁸ In het bekende arrest Breda/Nijs uit 1981 toonde de Hoge Raad zich opnieuw terughoudend, door te oordelen dat het enkele feit dat een gemeente gas, water en elektriciteit leverde aan de bewoners van een gekraakt pand, en daartoe tegen de wil van de eigenaar gebruik maakte van de leidingen van dat pand, géén rechtsinbreuk opleverde.⁹⁹ Illustratief is ook het Taxus-arrest uit 1994, waarin het ging om het overlijden van paarden door het eten van een giftige taxusstruik. In cassatie betoogde Hulsbosch, de eigenaar van de paarden, dat zijn buurvrouw Verkoulen, die de betreffende struik onder het bereik van de paarden op haar afvalhoop had gedeponereerd, niet alleen aansprakelijk was wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm, maar ook wegens inbreuk op zijn eigendomsrecht, omdat de taxusstruik door de afrastering tussen hun beider percelen zou hebben heen gestoken. De Hoge Raad verwierp dit betoog, daartoe overwegende dat 'een inbreuk op het eigendomsrecht van Hulsbosch, die uitsluitend bestaat in het boven diens grond hebben van een gedeelte van een losliggende struik, nog niet een aansprakelijkheid [vestigt] voor een vergiftiging als hier heeft plaatsgevonden, in het bijzonder niet indien degeen die de struik aldus heeft neergelegd, niet wist of behoefde te weten dat die struik vergiftig was.'¹⁰⁰ Het aannemen van een onrechtmatige rechtsinbreuk vergt dus méér dan alleen de aantasting van een subjectief recht, zoveel is duidelijk.

Is nu de door Smits en zijn navolgers bepleite *oplossing* van het gesignaleerde probleem de juiste? Mijns inziens luidt het antwoord ontkennend. Wie het onrechtmatigheidsoordeel in gevallen van rechtsinbreuk principieel relateert aan de vraag of het inbreukmakende gedrag onzorgvuldig was, miskent niet alleen de systematiek van art. 6:162 lid 2 BW, maar bewerkstelligt ook – en dat is belangrijker – een onnatuurlijke rolverdeling tussen partijen in het processuele debat.¹⁰¹ Indien iemand bij een vechtpartij een messteek heeft opgelopen, ligt het niet voor de hand om van hem te vergen dat hij ter onderbouwing van zijn vordering tot schadevergoeding aantoont dat de dader in het licht van de algehele context van de vechtpartij 'onzorgvuldig' heeft gehandeld. Het slachtoffer wordt dan opgezadeld met de stelplicht en bewijs-

98 HR 10 juni 1910, W 9038 (Zutphense Juffrouw), alwaar de Hoge Raad overwoog 'dat deze bloot passieve houding voorzeker niet uitmaakt een door haar ondernomen inbreuk op rechten van Nijhof'.

99 HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 m.nt. CJHB (Breda/Nijs), r.o. 2.

100 HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), r.o. 3.3.

101 Zie in gelijke zin Jansen 2001, p. 299. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 97 (aan het slot).

last van een contextgebonden onrechtmatigheid, terwijl het veeleer voor de hand ligt om, gelet op het fundamentele gewicht van de lichamelijke integriteit als privaatrechtelijk belang, voorshands uit te gaan van een onrechtmatige rechtsinbreuk en vervolgens de wederpartij in de gelegenheid te stellen aannemelijk te maken dat haar gedrag, bijvoorbeeld wegens noodweer of noodweereces (art. 40 Sr.),¹⁰² gerechtvaardigd was (vgl. par. 4.2.4). Het heeft er alle schijn van dat ook de aanhangers van de leer Smits er zo over denken. Zo laat Van Dam zijn pleidooi tégen de rechtsinbreuk als zelfstandige onrechtmatigheidsrubriek volgen door de relativiserende stelling dat het in dit verband ‘voor de hand [ligt] dat de rechter de onrechtmatigheid behoudens tegenbewijs door de veroorzaker aanneemt, in elk geval indien er sprake is van het direct veroorzaken van personen- of zaakschade’.¹⁰³ Per saldo bereikt Van Dam hiermee – via een dogmatische omweg – het eindresultaat dat ook de wetgever bij de invoering van art. 6:162 BW voor ogen stond.

4.2.7 Vervolg; een alternatief

Het lijkt (dus) alleszins mogelijk om de aanhangers van de leer Smits tegemoet te komen zónder te tornen aan het wettelijk uitgangspunt dat de inbreuk op een subjectief recht *eo ipso* onrechtmatig is.¹⁰⁴ De sleutel ligt in de *afbakening* van het begrip rechtsinbreuk, zoals Sieburgh in haar dissertatie overtuigend heeft aangetoond. Sieburgh betoogt, in navolging van de Toelichting-Meijers,¹⁰⁵ dat onder een rechtens relevante inbreuk (slechts) moet worden verstaan de situatie waarin de verweten gedraging zélf, dus ongeacht haar gevolgen, een aantasting van het subjectieve recht vormt.¹⁰⁶ Zij baseert deze stelling op het algemene uitgangspunt dat onrechtmatigheid de schadeveroorzakende *gedraging* kwalificeert, en niet de schadelijke gevolgen ervan.¹⁰⁷ Als voorbeeld van een ‘echte’ rechtsinbreuk, waarbij inbreukmakend gedrag en rechtsaantasting samenvallen, noemt Sieburgh de situatie van een ten onrechte gelegd beslag:

‘Met het leggen van beslag is de inbreuk op het recht van de beslagene gegeven. De gedraging zelf is de inbreuk. Dat het beslag is gelegd op redelijke gronden en

102 Zie voor de civielrechtelijke aspecten van noodweer(exces) Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 167-170 resp. art. 162, lid 3, aant. 64.

103 Van Dam 2000, nr. 839.

104 Zie voor het navolgende betoog reeds Jansen 2007, p. 226.

105 Zie TM, PG Boek 6, p. 614, alwaar wordt opgemerkt dat de onrechtmatigheid met de aantasting van het subjectieve recht gegeven is indien ‘de gedraging zelf de inbreuk oplevert’. Vgl. ook Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 84, waarnaar Sieburgh eveneens verwijst.

106 Zie Sieburgh 1997, p. 632-633; en Sieburgh 2000, p. 64-65.

107 Zie Sieburgh 1997, p. 630; en Sieburgh 2000, p. 62-63. Vgl. voor dit uitgangspunt TM, PG Boek 6, p. 612-613.

met verlot van de rechter levert een rechtvaardigingsgrond op. Mocht deze achteraf wegvallen dan is de onrechtmatigheid van het gedrag gegeven. De onrechtmatigheidsvraag wordt positief beantwoord, zonder dat daaraan een zorgvuldigheidstoetsing voorafgaat.¹⁰⁸

Deze benadering is aantrekkelijk omdat daarmee, in de geest van de wetgever, een evenwichtige verdeling van de bewijslast wordt bewerkstelligd (vgl. par. 4.2.4). Tegelijkertijd heeft het in mijn ogen iets geforceerds om in dit verband beslissende consequenties te verbinden aan een strikt onderscheid tussen gedraging en gevolgen. In een gejuridiseerde feitenconstellatie als die van de beslaglegging lijkt dat nog wel plausibel, maar zodra het gaat om fysieke handelingen van partijen van vlees en bloed rijzen er problemen. Zo moet in de benadering van Sieburgh kennelijk worden aangenomen dat het steken met een mes wél, maar het afschieten van een kogel níet kwalificeert als rechtsinbreuk, omdat in het eerste geval de schadeveroorzakende gedraging samenvalt met de aantasting van een subjectief recht, terwijl in het tweede geval die aantasting *voortvloeit* uit de gedraging (het overhalen van de trekker). Zulke redeneringen – die in wezen nogal willekeurig zijn, omdat zij staan of vallen met de wijze waarop men het schadeveroorzakende gedrag omschrijft¹⁰⁹ – bieden de rechtspraak niet veel houvast. Daarbij komt mijns inziens een principieel bezwaar. Aangenomen dat bij rechtsinbreuk niet zozeer de laakbaarheid van de gedraging, als wel de beschermwaardigheid van het getroffen *belang* centraal staat (par. 4.2.4), is het ongerijmd om in dit verband uitgerekend de belangenaantasting buiten beschouwing te laten. 'Waar nu de inbreuk op eens anders recht juist zijn onrechtmatigheidskarakter ontleent aan de *gevolgen* der handeling', aldus reeds Scholten in 1911,¹¹⁰ moeten die gevolgen mijns inziens ook worden meegenomen bij de vaststelling van de rechtsinbreuk.¹¹¹

Gezien het voorgaande lijkt het mij zuiverder om bij de afbakening van het begrip rechtsinbreuk aansluiting te zoeken bij de *noodzakelijkheid* van de belangenaantasting als gevolg van de verweten gedraging. Bij het vaststellen van een onrechtmatige rechtsinbreuk gaat het naar mijn mening niet zozeer

108 Aldus Sieburgh 1997, p. 634. Zie ook Sieburgh 2000, p. 64-66, alwaar zij voorts het bouwen op andermans grond en de onrechtmatige huiszoeking als voorbeelden van 'echte' inbreuk noemt.

109 Vgl. Tjong Tjin Tai 2005, p. 365, die pleit voor aanknoping bij het normale spraakgebruik ('doodschieten' i.p.v. 'afvuren van een kogel').

110 Zie Scholten 1911, p. 139. Vgl. ook Van Maanen 1986, p. 180, die opmerkt dat 'het inbreuk-kriterium verwijst naar de *gevolgen* van gedrag', alsmede Hartlief & Van Maanen 1995, p. 43, die betogen dat de inbreukmakende gedraging 'vanwege de gevolgen die ze meebrengt' als onrechtmatig wordt aangemerkt. Enigszins *anders* TM, PG Boek 6, p. 614, noot 5, waar wordt volgehouden dat bij rechtsinbreuk de normschending centraal staat.

111 Overigens ontkomt ook Sieburgh daar niet aan, met dien verstande dat zij de schadelijke gevolgen van het inbreukmakende gedrag slechts wil onderkennen voor zover deze met dat gedrag *samenvallen* (zie boven).

om de vraag of de verweten gedraging zelf de aantasting van het subjectieve recht *is*, maar of zij een dergelijke aantasting noodzakelijkerwijs *veroorzaakt*. Betreft het een gedraging die naar ervaringsregelen onvermijdelijk leidt tot de aantasting van eens anders subjectief recht, dan kan die gedraging als rechtsinbreuk worden beschouwd, zodat zij *prima facie* als onrechtmatig kwalificeert. Gaat het daarentegen om een gedraging waarvan de gevolgen in het algemeen onzeker zijn, zodat een inschatting van die gevolgen ten tijde van het verrichten daarvan voor de laedens veeleer een kwestie was van weging van goede en kwade kansen, dan is de maatschappelijke zorgvuldigheid de aangewezen onrechtmatigheidsrubriek.¹¹² Juist in dát kader kan immers die weging van goede en kwade kansen, mede tegen de achtergrond van de persoon van de dader, plaatsvinden. De hier bepleite benadering van de rechtsinbreuk is vergelijkbaar met de bekende theorie van de 'rechtstreekse inbreuk', zoals verdedigd door Rutten.¹¹³ Zij vormt tevens een (versoepelde) variant van de opvatting van Sieburgh, in die zin dat zowel intrinsiek inbreukmakend gedrag als noodzakelijk *inbreukveroorzakend* gedrag eronder kan worden begrepen.

Vat men het begrip rechtsinbreuk conform het bovenstaande op als de 'noodzakelijke' of 'onvermijdelijke' inbreuk op een subjectief recht, dan kan zonder bezwaar worden vastgehouden aan het wettelijke uitgangspunt dat rechtsinbreuk, behoudens tegenbewijs, *eo ipso* onrechtmatig is. Aldus blijft het objectieve karakter van deze onrechtmatigheidsrubriek gewaarborgd en is duidelijk dat voor het aannemen van informatieplichten, afgezien van de in par. 4.2.5 besproken nuanceringen, geen plaats is. Dat intussen de rechtsinbreuk wel degelijk mogelijkheden tot nuancering biedt, en dus geenszins voldoet aan het profiel van de 'starre' onrechtmatigheidsrubriek, dat van oudsher aan haar kleef, blijkt uit het nu te bespreken arrest Unocal c.s./Conoco c.s. uit 2005.¹¹⁴

4.2.8 Vervolg; Unocal c.s./Conoco c.s.

De Amerikaanse oliemaatschappijen Unocal en Conoco hielden zich in de jaren tachtig van de vorige eeuw bezig met het krachtens vergunning winnen van delfstoffen in verschillende 'blokken' van het Nederlandse continentaal plat. Het blok waarin eiseres Unocal werkzaam was, grensde aan het blok van

112 Vgl. bijv. Rb. Utrecht 23 februari 2011, *LJN* BP7551, *NJF* 2011, 241, waarin het ging om een 'toevalstreffer' met een geweer, waarvan de kogel afketste tegen een lantaarnpaal, door een slaapkamerraam drong en aldaar een slapende vrouw trof. In r.o. 2.10 kwalificeert de rechtbank het handelen van de schutter als onzorgvuldig.

113 Zie Rutten 1953, p. 442-443, die als 'stelregel' formuleert: 'Volgens het criterium 'inbreuk op eens anders recht' mag in het algemeen een daad slechts dan als onrechtmatig worden gequalificeerd, wanneer die inbreuk daardoor rechtstreeks wordt teweeg gebracht.'

114 HR 14 oktober 2005, *NJ* 2007, 270 (Unocal c.s./Conoco c.s.).

verweerster Conoco. In 1985 is Conoco begonnen met de exploitatie van een aardoliestructuur die zich uitstrekte tot onder het blok van Unocal. In de jaren 1984 en 1985 hebben partijen gegevens uitgewisseld met betrekking tot hun werkzaamheden in de beide blokken. Na 1985 vond een dergelijke uitwisseling niet meer plaats. Unocal heeft in de onderhavige procedure (onder meer) een verklaring voor recht gevorderd dat Conoco door exploitatie van de bedoelde aardoliestructuur onrechtmatig jegens haar handelde. Ter onderbouwing van deze vordering voerde Unocal aan dat Conoco inbreuk maakte op haar exclusieve subjectieve recht op winning van de in haar vergunningsgebied aanwezige delfstoffen, althans dat Conoco maatschappelijk onbetamelijk handelde door Unocal niet in te lichten over de 'overloop' van de aardoliestructuur tussen de beide blokken. Conoco verweerde zich hiertegen (onder meer) met de stelling dat zij, zo zij al olie aan het blok van Unocal had onttrokken (hetgeen zij betwistte), daartoe gerechtigd was. Voorts voerde Conoco aan dat zij nooit had geweten, en ten tijde van de procedure nog steeds niet wist, of de door haar geëxploiteerde aardoliestructuur daadwerkelijk 'overliep' naar het blok van Unocal.

De rechtbank wees de vordering van Unocal zonder omwegen af, omdat zij uit de toepasselijke Mijnwet continentaal plat afleidde 'dat een vergunninghouder gerechtigd is aardolie te winnen via boringen welke uitsluitend in zijn eigen blok hebben plaats gevonden, ook al betreft dit olie die toestroomt uit een ander blok'. 'Dit is ook logisch', aldus de rechtbank, 'omdat in vele gevallen niet valt na te gaan waar de gewonnen olie precies vandaan komt'. Hiermee toonde de rechtbank zich een voorstander van de zogenaamde 'rule of capture', een uit het Anglo-Amerikaanse recht afkomstige regel die kortweg inhoudt dat degene die als eerste een natuurlijke hulpbron bemachtigt, daarvan de rechtmatige eigenaar wordt.¹¹⁵

In hoger beroep koos het hof voor een meer genuanceerde benadering. Enerzijds stelde het hof voorop dat uit de onderhavige winningsvergunningen 'het exclusieve recht' voortvloede om in het betreffende vergunningsgebied aardolie te winnen, met uitsluiting van ieder ander. Anderzijds erkende het hof ook de grenzen van dit exclusieve recht, door te overwegen dat de onttrekking van aardolie vanuit een aangrenzend vergunningsgebied slechts een onrechtmatige rechtsinbreuk oplevert, voor zover het gaat om een 'economisch winbare hoeveelheid'. Afgezien van dit inbreukcriterium formuleerde het hof voorts een zorgvuldigheidsnorm, inhoudend dat de vergunninghouder die redelijkerwijs moet aannemen dat er sprake is van de onttrekking van een economisch winbare hoeveelheid aardolie, zijn benadeelde concurrent daarover informeert. Een en ander werd door het hof samengevat in de navolgende

115 Zie over de 'rule of capture' uitvoerig de conclusie van A-G Spier voor HR 14 oktober 2005, NJ 2007, 270 (Unocal c.s./Conoco c.s.), sub 8, alwaar Spier betoogt dat deze regel 'geen grote werfkracht heeft' (sub 8.6).

'regel', waarin zowel de sporen van de zorgvuldigheidsnorm als van het inbreukcriterium waarneembaar zijn:

'De regel houdt in dat een vergunninghouder die aardolie onttrekt uit een veld dat overloopt in een aangrenzend vergunningsgebied, waarvoor een ander houder is van een winvergunning, onrechtmatig inbreuk maakt op het subjectieve recht van die ander op exclusieve winning van aardolie uit dat aangrenzend gebied, indien hij redelijkerwijs moet aannemen dat door hem olie aan het vergunningsgebied van die ander is of wordt onttrokken in zodanige hoeveelheid dat het om een, vanuit het oogpunt van de andere vergunninghouder gezien, economisch winbare hoeveelheid gaat en hij de ander niet informeert en geen overleg met die ander opent over het sluiten van een eenmakingsovereenkomst.'¹¹⁶

De uitkomst van 's hofs tussenarrest, dat in cassatie centraal stond, was dat enerzijds van onzorgvuldigheid aan de zijde van Conoco niet was gebleken, omdat tot in de jaren negentig geen onderzoeksgegevens beschikbaar waren waaruit de bedoelde overloop ondubbelzinnig bleek, zodat Conoco hierover ook geen mededeling had hoeven doen, maar dat anderzijds wel sprake was van een potentiële rechtsinbreuk, omdat vaststond dat Conoco 500.000 vaten olie aan het vergunningsgebied van Unocal had onttrokken.¹¹⁷ Ter beantwoording van de vraag of het hier om een 'economisch winbare hoeveelheid' ging, gelastte het hof een deskundigenbericht en, daarop vooruitlopend, een comparatie van partijen.

In cassatie klaagt Conoco, kort gezegd, dat het hof zich had moeten concentreren op de zorgvuldigheidstoetsing, en geen (zelfstandige) betekenis had mogen toekennen aan de rechtsinbreuk. De door het hof geformuleerde 'regel' acht Conoco onjuist, voor zover daarin besloten ligt 'dat Conoco inbreuk heeft gemaakt op een subjectief recht van Unocal en dat die inbreuk jegens Unocal een onrechtmatige daad oplevert zonder dat daarvoor (tevens) is vereist dat Conoco jegens Unocal in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betamelijk is'. In r.o. 8.4.2 verwerpt de Hoge Raad dit pleidooi voor de leer Smits:

'Het hof heeft geoordeeld dat de onttrekking van olie door Conoco c.s. uit blok Q1 een inbreuk vormt op het subjectieve recht van Unocal c.s. om exclusief vanuit blok Q1 olie te winnen, mits die door Conoco c.s. onttrokken olie voor Unocal c.s. op enigerlei wijze economisch winbaar is, en daaraan de gevolgtrekking verbonden dat Conoco c.s. dusdoende onrechtmatig handelen tegenover Unocal c.s. Dit oordeel is juist. Een inbreuk op een exclusief recht is immers een onrechtmatige daad,

116 Hof 's-Gravenhage 18 december 2003, r.o. 1.2, te kennen uit HR 14 oktober 2005, NJ 2007, 270 (Unocal c.s./Conoco c.s.).

117 Zie resp. r.o. 6 en 7.2 van 's hofs arrest.

behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond (vgl. HR 12 maart 2004, C02/264, *RvdW* 2004, 46, rov. 3.16).¹¹⁸

Hiermee valt ook het doek voor de voortbouwende klacht van Conoco, inhoudend dat van een onrechtmatige inbreuk op het subjectieve recht van Unocal eerst sprake zou kunnen zijn indien voor Conoco *voorzienbaar* was geweest dat zij een voor Unocal economisch winbare hoeveelheid aardolie aan het vergunningsgebied van Unocal onttrok. A-G Spier toonde zich in zijn conclusie al afkerig van een dergelijke subjectivering van de rechtsinbreuk, die er volgens hem toe zou leiden 'dat het met een bijl inhakken op een persoon die men ten onrechte al dood waant geen inbreuk (op het recht op leven) is'. 'Erg aantrekkelijk kan ik die gedachte niet vinden', aldus Spier met gevoel voor understatement.¹¹⁹ In r.o. 8.5 bestempelt ook de Hoge Raad de hier bedoelde opvatting als 'onjuist'.

Ook overigens sluit de Hoge Raad zich aan bij de door het hof aangenomen (potentiële) rechtsinbreuk. Conoco's beroep op de 'rule of capture', in cassatie herhaald, wordt met zoveel woorden verworpen. In navolging van het hof erkent de Hoge Raad het subjectieve recht van Unocal om, met uitsluiting van ieder ander, de economisch winbare hoeveelheden aardolie in haar vergunningsgebied te exploiteren (r.o. 8.2.2):

'De Rule of Capture in de door Conoco c.s. voorgestane zin is niet als geldende regel van Nederlands recht toepasselijk op de uit hoofde van de Mijnwet continentaal plat verleende winningsvergunning. Het hof heeft met juistheid overwogen dat de winningsvergunning de vergunninghouder het exclusieve recht geeft om in zijn vergunningsgebied olie te winnen en dat het onttrekken van olie uit een ander vergunningsgebied, waarvoor een ander houder is van een winningsvergunning, een inbreuk vormt op het subjectieve recht van die ander, mits de onttrokken olie voor de andere vergunninghouder op enigerlei wijze economisch winbaar was.'¹²⁰

Het principale cassatieberoep van Unocal stond in het teken van de beweerde onzorgvuldigheid van Conoco, gelegen in het nalaten Unocal te informeren over de overloop van de door haar geëxploiteerde aardoliestructuur naar het vergunningsgebied van Unocal. Volgens het hof was van schending van een dergelijke informatieplicht, bij gebreke van voorzienbaarheid, geen sprake.

118 De verwijzing (uit het origineel) ziet op HR 12 maart 2004, *NJ* 2009, 549 m.nt. P.B. Hugenholtz onder 551 (*XS4ALL c.s./Ab.Fab*), r.o. 3.16, alwaar de Hoge Raad hetzelfde overwoog t.a.v. de inbreuk op het subjectieve recht van een internetprovider, welke was gelegen in het tegen diens wil gebruik maken van de computercapaciteit, de transmissiecapaciteit en het klantenbestand van de provider door de verzending van 'spam'.

119 Zie de conclusie van A-G Spier, sub 9.15.

120 Ter onderbouwing verwijst de Hoge Raad naar de wetsgeschiedenis van de Mijnwet continentaal plat, zoals uitvoerig besproken door A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest, sub 8.44 e.v.

In cassatie klaagt Unocal over deze subjectieve benadering.¹²¹ 'In het algemeen pleegt men immers reeds een onrechtmatige daad (...) ingeval de kans dat men door het plegen van die daad inbreuk maakt op een subjectief recht van een ander dan wel zich gedraagt in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt zo groot is, dat men zich van die daad had behoren te onthouden', aldus Unocal. De Hoge Raad verwerpt deze objectieve benadering van de maatschappelijke betamelijkheid en sluit zich aan bij het contextgebonden zorgvuldigheidsoordeel van het hof. Beslissend is of en, zo ja, vanaf welk moment Conoco redelijkerwijs had moeten aannemen dat zij een economisch winbare hoeveelheid olie aan het gebied van Unocal onttrok (r.o. 10.4):

'Voor zover de onderdelen klagen dat het hof het aanvangstijdstip van de in het kader van de bedoelde zorgvuldigheidsnorm onderzochte informatie- en overlegplicht ten onrechte ervan heeft laten afhangen of Conoco c.s. redelijkerwijs moesten aannemen dat zij een economisch winbare hoeveelheid olie aan blok Q1 onttrokken of zouden onttrekken, falen zij, omdat de door het hof toegepaste maatstaf juist is. 's hofs oordeel dat niet is komen vast te staan dat Conoco c.s. op enig moment vóór 1992 redelijkerwijs hadden moeten aannemen dat zij een economisch winbare hoeveelheid olie onttrokken of zouden onttrekken aan blok Q1 en dat de bedoelde informatie- en overlegplicht in de gegeven omstandigheden niet op Conoco c.s. rustte, is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd.'

Uiteindelijk volgt verwerping van de beide cassatieberoepen, zodat de door het hof geformuleerde 'regel' overeind blijft. Vanuit dogmatisch oogpunt schuilt het belang van het arrest vooral in de principiële afwijzing van de leer Smits (r.o. 8.4.2) en in de uitdrukkelijke verwerping van Conoco's pleidooi voor subjectivering van de rechtsinbreuk (r.o. 8.5). Voor de praktijk is intussen belangwekkend dat het arrest illustreert hoezeer óók bij rechtsinbreuk ruimte bestaat voor afstemming van het onrechtmatigheidsoordeel op de omstandigheden van het geval. De wijze waarop hof en Hoge Raad in casu een potentiële rechtsinbreuk aanvaarden, getuigt geenszins van de 'botte bijl' waarmee de onderhavige onrechtmatigheidsrubriek doorgaans wordt geassocieerd. Uit beide uitspraken spreekt de genuanceerde gedachte dat oliemaatschappijen die werkzaam zijn in aangrenzende vergunningsgebieden van het continentaal plat, tot op zekere hoogte de onttrekking van olie uit elkaars gebieden moeten dulden. Hun 'exclusieve recht' op winning van de in hun vergunningsgebied aanwezige olie ziet enkel op de voorraden die economisch winbaar zijn, omdat logischerwijze alleen aan die voorraden een vermogensrechtelijk belang kan worden ontleend.¹²² Van rechtsinbreuk is derhalve eerst sprake indien het ene bedrijf een economisch winbare hoeveelheid olie onttrekt aan het vergun-

121 Waar Conoco als 'dader' belang had bij een subjectieve (dus soepele) toepassing van het inbreukcriterium, streefde Unocal als 'slachtoffer' juist een objectieve (dus strenge) toepassing van de zorgvuldigheidsnorm na.

122 Vgl. r.o. 1.3 sub a van 's hofs arrest.

ningsgebied van het andere bedrijf, en zodoende winst maakt ten koste van dat andere bedrijf.

Zoals het hof terecht benadrukt,¹²³ gaat het hier om een zuiver objectieve toets. Wat kwalificeert als 'economisch winbare hoeveelheid' kan worden *berekend*; het is niet afhankelijk van de kennis van partijen en het concrete verloop van hun communicatie. Zodra de onttrekking het niveau van het economisch winbare bereikt, is er naar objectieve maatstaven sprake van een 'noodzakelijke inbreuk' op het exclusieve recht van de vergunninghouder (vgl. par. 4.2.7). Een dergelijke onttrekking is, ongeacht de voorzienbaarheid ervan, in beginsel onrechtmatig. Per saldo bevestigt het arrest, niettegenstaande zijn genuanceerde inhoud, het objectieve karakter van de rechtsinbreuk, zoals in par. 4.2.5 vooropgesteld.

4.2.9 Art. 6:162 lid 2 BW: wetsschending

Evenals de inbreuk op een subjectief recht kwalificeert de schending van een wettelijke plicht volgens de wetsgeschiedenis,¹²⁴ bevestigd door vaste jurisprudentie van de Hoge Raad,¹²⁵ *eo ipso* als onrechtmatige daad. Dit betekent dat ook hier de 'informatie context' van het onrechtmatige gedrag – afgezien van de in par. 4.2.5 besproken nuancerings – niet ter zake doet. In zijn bekende jurisprudentie over het verhaal van bodemsaneringskosten door de overheid heeft de Hoge Raad deze regel in verband gebracht met het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW, door te overwegen dat in geval van wetsschending 'niet afzonderlijk behoeft te worden vastgesteld dat de dader bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde die de geschonden norm beoogt te beschermen.'¹²⁶

Anders dan bij de rechtsinbreuk volgt uit het objectieve karakter van de wetsschending niet noodzakelijkerwijs dat informatieplichten hier buiten de orde zijn. Er bestaan immers tal van *geschreven* informatieplichten, die met zoveel woorden in de wet zijn vastgelegd. Men denke bijvoorbeeld aan de waarschuwingsplichten van tabaksfabrikanten ('roken is dodelijk') en financiële dienstverleners ('in het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst').¹²⁷ Zulke informatieplichten vallen buiten het bestek van dit

123 Zie r.o. 1.3 sub c van 's hofs arrest.

124 Zie TM, PG Boek 6, p. 615.

125 Zie de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 67.

126 HR 30 september 1994, NJ 1996, 199 m.nt. CJHB (Van den Brink/Staat), r.o. 4.3.2. Vgl. ook HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 m.nt. CJHB (Staat/Shell), r.o. 3.8.4, waaruit blijkt dat voor het aannemen van onzorgvuldigheid juist wél kenbaarheid van de belangenaantasting is vereist (par. 4.2.11).

127 Zie art. 2 Tabakswet jo. art. 1 Aanduidingenbesluit Tabaksproducten resp. art. 4:19 lid 4 Wet op het financieel toezicht jo. art. 51a lid 3 sub d Besluit gedragtoezicht financiële ondernemingen Wft.

onderzoek, omdat zij zijn losgekoppeld van het subjectieve perspectief van de betrokken partijen (vgl. par. 1.3). Het gaat hier niet om de vraag wat partijen in het concrete geval aan kennisvergaring of -verstrekking mochten verwachten, maar om een door de wetgever in abstracto voorgeschreven wijze van informatie-uitwisseling. Dit betekent bijvoorbeeld dat de tabaksfabrikant of financiële dienstverlener die zijn wettelijke waarschuwingsplicht schendt óók onrechtmatig handelt, indien vaststaat dat de consument in kwestie reeds afdoende bekend was met de betrokken informatie (vgl. par. 4.3.13). Het gaat hier, met andere woorden, om zuiver objectieve informatieplichten, berustend op een incidentele keuze van de wetgever. Zo beschouwd zijn deze informatieplichten voor het leerstuk der informatieplichten minder relevant.

Het voorgaande laat onverlet dat de wetgever bij de codificatie van een informatieplicht uiteraard kan kiezen voor een zekere mate van subjectivering, resulterend in een wettelijke informatieplicht met een 'open' karakter.¹²⁸ Zo bepaalt de wettelijke regeling inzake oneerlijke handelspraktijken in art. 6:193d lid 2 BW dat de handelaar geen 'essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen' mag weglaten of verbergen. Het vierde lid voegt daaraan toe dat in dit verband rekening moet worden gehouden met de 'feitelijke context', waaronder de vraag of de handelaar in kwestie maatregelen heeft genomen om de informatie 'langs andere wegen' ter beschikking van de consument te stellen. De wetgever creëert aldus een open norm voor informatieverstrekking, die materieel niet veel verschilt van hetgeen de maatschappelijke zorgvuldigheid in gevallen als hier bedoeld zou kunnen meebrengen (vgl. par. 4.7.3). Hiermee verschuift de aandacht als vanzelf naar de belangrijkste grondslag voor het aannemen van delictuele informatieplichten: het ongeschreven recht van art. 6:162 lid 2 BW.

4.2.10 Art. 6:162 lid 2 BW: onzorgvuldigheid

De derde onrechtmatigheidsrubriek van art. 6:162 lid 2 BW, strijd met 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt', is in de praktijk veruit de belangrijkste. Dat is te danken aan de flexibiliteit van de ongeschreven normen waar het hier om gaat. Deze maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen, wier gelding sinds het arrest *Lindenbaum/Cohen* uit 1919 algemeen is aanvaard,¹²⁹ bieden de mogelijkheid voor afstemming van het onrechtmatigheidsoordeel op de omstandigheden van het geval. Ieder zorgvul-

128 Vgl. *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 71.

129 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*), nader besproken in par. 2.1.3.

digheidsoordeel is naar zijn aard een *contextgebonden* oordeel, dat op de maat van de betrokken partijen en hun onderlinge rechtsverhouding is gesneden.¹³⁰

De casuïstische (feiten)rechtspraak op het terrein van de zorgvuldigheidsnormen heeft op het eerste gezicht een enigszins onbestemd karakter, in die zin dat daaraan geen alomvattend 'zorgvuldigheids criterium' ten grondslag lijkt te liggen.¹³¹ Toch biedt de rechtspraak van de Hoge Raad, in het bijzonder die op het terrein der gevaarzetting,¹³² wel degelijk aanknopingspunten voor de formulering van een dergelijk criterium. In het bekende Bushalte-arrest uit 1987 ging het om de vraag of mevrouw Bey, door bij een bushalte zonder omkijken een stap achteruit te doen en aldus de achter haar staande mevrouw Guyt ten val te brengen, maatschappelijk onzorgvuldig had gehandeld. Volgens de Hoge Raad had het hof de juiste maatstaf toegepast, door te oordelen dat van onzorgvuldigheid eerst sprake zou zijn, indien mevrouw Bey met haar gedrag 'meer risico nam dan redelijkerwijze verantwoord was'.¹³³ Tegen deze achtergrond wordt in de literatuur aangenomen dat de maatschappelijke zorgvuldigheid eist dat men een ander niet blootstelt aan een groter risico dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord is en waarop een normaal mens bedacht moet zijn.¹³⁴ In meer toegespitste bewoordingen wordt ook wel gezegd dat het gaat om een beoordeling van de *gerechtvaardigde verwachtingen* over en weer.¹³⁵ Hartkamp en Sieburgh brengen dit criterium op aansprekende wijze in verband met het in par. 4.1.2 besproken uitgangspunt, dat ieder zijn eigen schade dient te dragen:

'De mens maakt deel uit van de samenleving en bij de benutting van zijn vrijheid om te handelen rust op hem een zekere verantwoordelijkheid met betrekking tot

130 Zie over het belang van de context in dit verband bijv. Van Dunné 2004b, p. 145; Hartlief 2002, p. 490; Hartlief 2004a, p. 868-869; Jac. Hijma, NJ-annotatie bij HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 (Verhuizende zusjes), sub 5; Van der Wiel 2007a, p. 180; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 48. Vgl. ook HR 7 april 2006, L/JN AU6934, NJ 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3, alwaar de Hoge Raad wijst op het belang van de 'aard van de gedraging'. Zie verder de bespreking van het Kelderluik-arrest in par. 4.1.3.

131 Zie bijv. Van Boom 2003a, p. 4-5.

132 In par. 4.1.3 werd reeds betoogd dat het gevaarzettingsleerstuk goede aanknopingspunten biedt voor een samenhangende beschouwing van het zorgvuldigheidsvraagstuk als geheel.

133 HR 11 december 1987, NJ 1988, 393 m.nt. G (Bushalte), r.o. 3.2. De vordering van mevrouw Guyt (althans haar ziektenkostenverzekeraar) werd afgewezen.

134 Zie bijv. Asser/Hartkamp 4-III (t/m de elfde druk van 2002), nr. 45; Hartlief 2002, p. 486; Tjong Tjin Tai 2005, p. 366; Jansen 2009a, nr. 21; en Brahn/Reehuis 2010, nr. 606, alsmede de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), sub 11. Vgl. ook de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 87.1.2.

135 Zie bijv. Hartlief 2004a, p. 870-871; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 56; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 86.1.3. Vgl. ook de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 (Verhuizende zusjes), sub 5. Vgl. voorts het in par. 4.3.8 besproken arrest HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), r.o. 3.4.3, waarin de Hoge Raad voor de beoordeling van de toereikendheid van een gegeven waarshuwing de gerechtvaardigde verwachting van effectiviteit beslissend acht.

de belangen van zijn medemensen. Dit gaat niet zover dat hij zijn eigen belangen moet verwaarlozen en dat hij bij al zijn gedragingen ten aanzien van eens anders persoon of goed de uiterst denkbare prudentie in acht moet nemen. Hij moet zijn eigen belangen en die van een ander tegen elkaar afwegen en zich daarbij laten leiden door hetgeen mensen onderling in de maatschappij in redelijkheid van elkaar kunnen *verwachten*.¹³⁶

De hier gepresenteerde maatstaf voor het aannemen van delictuele zorgvuldigheidsnormen in het algemeen leent zich ook voor de aanvaarding van delictuele informatieplichten in het bijzonder. Of in een concreet geval van schadeveroorzaking de laedens kan worden aangesproken wegens schending van een waarschuwingsplicht, zal afhangen van de vraag of, gelet op de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer, de laedens was gehouden zich de belangen van de gelaedeerde aan te trekken door het doen van een waarschuwing (par. 4.3.2). Omgekeerd zal ook de aanvaarding van een delictuele onderzoeksplicht aan de zijde van de gelaedeerde afhangen van hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (par. 4.3.12).

Ter vermijding van misverstand zij bedacht dat het hier, althans bezien vanuit de positie van het slachtoffer, niet gaat om de positieve verwachting van een bepaalde mate van zorg. De nietsvermoedende cafébezoeker die op weg naar het toilet in een kelderluik valt, zal niet op voorhand hebben gerekend op een waarschuwing (vgl. par. 2.4.2). Nochtans kan achteraf worden geoordeeld dat hij had *mogen* vertrouwen op een waarschuwing,¹³⁷ nu de reden van zijn onbezorgdheid was gelegen in het feit dat op voorhand voor hem geen kenbaar gevaar te duchten viel.¹³⁸ Het enigszins fictieve karakter van deze constructie kan worden omzeild door te redeneren dat in elk geval de *dader* ten tijde van zijn schadeveroorzakende gedraging niet had mogen vertrouwen op een volmaakte mate van oplettendheid aan de zijde van het slachtoffer.

Meer in het algemeen lijkt dat persoonlijke perspectief van de dader bij de toepassing van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen van bijzonder belang.¹³⁹ De conclusie dat iemand meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, veronderstelt immers dat het betreffende risico bij hem bekend was of behoorde te zijn. De kwalificatie van onzorgvuldigheid noopt, met andere woorden, tot onderzoek naar de kennis van de laedens ten tijde

136 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 56 (curs. toegevoegd).

137 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

138 Vgl. C.J.H. Brunner, die in zijn *NJ*-annotatie bij HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567 (Prikpatiëntje), sub 2, opmerkt dat het achterwege laten van gebruikelijke voorzorgsmaatregelen in beginsel onzorgvuldig is, 'mede doordat op de aanwezigheid daarvan veelal zal worden vertrouwd'.

139 Vgl. Jansen 2007, p. 228.

van zijn schadeveroorzakende gedraging. In de nu volgende paragraaf wordt het hier bedoelde 'kennisvereiste' nader uitgewerkt.

4.2.11 Vervolg; kennisvereiste

In kwesties van maatschappelijke zorgvuldigheid speelt de kennis van de laedens een cruciale rol.¹⁴⁰ Voor de kwalificatie van een schadeveroorzakende gedraging als 'onzorgvuldig' is vereist dat degene die deze gedraging verrichtte, heeft geweten of had behoren te weten dat hij daarmee de belangen van anderen in gevaar bracht. Dit blijkt vooral duidelijk op het terrein der gevaarstelling. Volgens vaste jurisprudentie reikt de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid 'niet zo ver dat men (...) ook voorzorgsmaatregelen zou moeten nemen, indien men niet weet en ook geen redenen heeft om aan te nemen dat er enig gevaar dreigt'.¹⁴¹ Tegen deze achtergrond is bijvoorbeeld de botanische leek die door het deponeren van een giftige taxusstruik op een afvalhoop het overlijden van paarden veroorzaakt, niet aansprakelijk voor de geleden schade indien moet worden aangenomen dat hij de giftigheid van die struik kende noch behoorde te kennen.¹⁴² En evenzo handelt niet onrechtmatig de agrariër die door het storten van uien op een dijk de schimmelziekte 'koprot' veroorzaakt bij de zaaiuien op een nabijgelegen veld, indien vaststaat dat hij wist noch behoorde te weten van het risico van de verspreiding van koprot.¹⁴³ Steeds hangt het onrechtmatigheidsoordeel, althans in kwesties van maatschappelijke zorgvuldigheid, af van de vraag of de laedens in het concrete geval 'beter' wist of had moeten weten.¹⁴⁴

Het stellen van het hier bedoelde kennisvereiste is noodzakelijk met het oog op de *legitimatie* van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.¹⁴⁵ Kenmerk van deze normen is dat zij niet op voorhand door de wetgever worden afgekondigd, maar achteraf door de rechter worden opgelegd, variërend van geval tot geval. Dat (desalniettemin) van justitiabelen mag worden gevergd dat zij hun gedrag erop afstemmen, volgt uit de maatschappelijke vanzelfsprekendheid van deze normen. De zorgvuldigheidsnormen behoren, in de woorden van Nieuwenhuis, tot het 'publieke domein':

140 Zie bijv. Vranken 1989, p. 162-163; Van Dam 1989, p. 133; Vranken 1990, p. 213; Bolt & Spier 1996, p. 163-164; Van Dam 2000, nr. 903; Tjong Tjin Tai 2005, p. 367-368; Visscher 2005, p. 94 e.v.; Jansen 2006, p. 1 e.v.; Tjong Tjin Tai 2006, p. 148; en Vloemans 2010, p. 7-8. Zie voorts uitvoerig de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.2 e.v.

141 Aldus HR 23 juni 1989, *VR* 1991, 154 m.nt. H.A. Bouman (Surfplank), r.o. 3.3.

142 Zie HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), r.o. 3.4.3, besproken in par. 4.4.10.

143 Zie HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3, besproken in par. 4.3.11.

144 Zie ook de (overige) jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.6.2.

145 Aldus ook (in het kader van art. 7:658 BW) Lindenbergh 2009, nr. 26.2.

‘Ongeschreven recht bestaat en het kan worden *gekend*, niet alleen door de rechter, maar ook door de overige leden van de samenleving. Er zijn regels die, hoewel niet gepubliceerd, niettemin behoren tot het publieke domein, dat wil zeggen toegankelijk zijn voor iedereen die over een redelijk inzicht beschikt. (...) Hun ruime bekendheid danken zij aan de omstandigheid dat zij zo verklaarbaar zijn. (...) Het betreft plichten die daarom ook zonder voorafgaande publicatie kunnen worden opgelegd omdat iedereen op zijn vingers kan natellen dat ze bestaan. Hier dient echter ook de grens te worden getrokken.’¹⁴⁶

Terecht benadrukt Nieuwenhuis dat het ‘publieke domein’ niet alleen de kern, maar ook de *buitengrens* van het ongeschreven recht vormt. Iemand die iets doet waaraan volgens zijn (geobjectiveerde) kennis geen enkel risico is verbonden, handelt niet onzorgvuldig. Zou in dit verband geen rekening worden gehouden met hetgeen de laedens wist of behoorde te weten, dan zou de maatschappelijke zorgvuldigheid zo hoog worden opgeschroefd, dat justitiablen er realiter niet meer aan zouden kunnen voldoen.¹⁴⁷ Dat zou niet alleen principieel onjuist, maar ook maatschappelijk ongewenst zijn, omdat het zou kunnen leiden tot geforceerd gedrag van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer. In een poging elk denkbaar risico te vermijden, zouden zij zich onnatuurlijk kunnen gaan gedragen, met alle negatieve maatschappelijke gevolgen van dien.¹⁴⁸

Uit het ongeschreven karakter van maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen volgt dus de noodzaak hun strekking te beperken tot ‘bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn’.¹⁴⁹ Het kennisvereiste heeft dienovereenkomstig betrekking op de voorzienbaarheid van de *belangenaantasting*. Dit betekent dat niet alleen het in abstracto bestaande *risico*, maar ook de in concreto dreigende *verwezenlijking* daarvan bij de laedens

146 Nieuwenhuis 1988a, p. 76-77; en (identiek) Nieuwenhuis 2007, p. 9-10, die in dit verband verwijst naar Cicero’s *De officiis*. Vgl. ook Nieuwenhuis 1997a, p. 11.

147 Aldus wnd. A-G Bloembergen in zijn conclusie voor HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), sub 3.1; en in gelijke zin de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.2. Vgl. ook Van Dam 2000, nr. 903, die het rekening houden met onbekende risico’s omschrijft als ‘een slag in de lucht’; alsmede Hartlief 2009, p. 58 en Vloemans 2010, p. 7, welke auteurs benadrukken dat bij gebreke van voorzienbaarheid geen gedragsbeïnvloeding kan uitgaan van ongeschreven normen.

148 Vgl. voor dit streven naar ‘normalisering’ van gedrag bijv. Hartlief 2002, p. 488-489; en Hartlief 2004b, p. 112, alsmede de NJ-annotatie van W.C.L. van der Grinten bij HR 11 december 1987, *NJ* 1988, 393 (Bushalte), sub 1.

149 Aldus HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 (Staat/Shell), r.o. 3.8.4. Zie in gelijke zin reeds HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 536 m.nt. G (Verstekeling). Zie over de hier blijvende relatie van het kennisvereiste met het relativiteitsvereiste Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 163, aant. 51.

bekend moet zijn geweest.¹⁵⁰ Voor onzorgvuldigheid wegens het deponeren van een giftige taxusstruik op een afvalhoop in de nabijheid van paarden is bijvoorbeeld niet alleen vereist dat de dader de giftigheid van taxus als zodanigkende of behoorde te kennen, maar ook dat hij wist of behoorde te weten dat de in casu gedeponeerde struik een taxusstruik was en dat er zich in de directe omgeving daarvan paarden bevonden, die daardoor in gevaar konden worden gebracht.¹⁵¹ Evenzo is voor onzorgvuldigheid wegens het produceren van asbestementplaten die bij 'verspaning' door eindafnemers een ernstig risico voor de volksgezondheid opleveren, niet alleen vereist dat de producent bekend was of behoorde te zijn met het gevaar van asbest als zodanig, maar ook dat hij wist of behoorde te weten van het hier aan de orde zijnde gevaarlijke gebruik van de platen, gelegen in het verspanen ervan.¹⁵² Kennis van potentiële risico's dient dus steeds gepaard te gaan met kennis van de *actuele dreiging* daarvan. Dit betekent niet dat voor het aannemen van onzorgvuldigheid telkens is vereist dat de laedens de door hem veroorzaakte belangenaantasting daadwerkelijk heeft voorzien.¹⁵³ In twee opzichten kan van zijn feitelijke kennis ter zake worden geabstraheerd. In de nu volgende paragraaf wordt dat nader uitgewerkt.

4.2.12 Vervolg; objectivering & generalisering

Bij de toepassing van het kennisvereiste beschikt de rechter over twee instrumenten, die het mogelijk maken onzorgvuldigheid aan te nemen ondanks het feit dat de laedens de door hem veroorzaakte belangenaantasting niet daadwerkelijk heeft voorzien. In de eerste plaats is de kennis van de laedens aan *objectivering* onderhevig: beslissend is hetgeen de laedens wist óf behoorde te weten.¹⁵⁴ Schiet de subjectieve kennis van de laedens tekort, dan kan worden getoetst aan de geobjectiveerde kennis van een gemiddelde, vergelijkbare persoon. Het kennisniveau van deze 'maatman' vormt vervolgens de norm waaraan ook de laedens had moeten voldoen. Een bekend voorbeeld van (vérgaande) objectivering is te vinden in het Natronloog-arrest uit 1982, waarin

150 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3; en de conclusie van A-G Wuisman voor HR 25 juni 2010, *LJN* BM1672, *RodW* 2010, 815, sub 2.17. Vgl. ook par. 4.3.9, waar wordt betoogd dat het tweede element (kennis omtrent de kans op verwezenlijking van het risico) door toepassing van een *onderzoekspllicht* kan worden geobjectiveerd.

151 Vgl. HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), r.o. 3.4.3, besproken in par. 4.4.10.

152 Vgl. HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

153 Vgl. Franken 2010, p. 200.

154 Zie over objectivering bijv. Van Dam 2000, nr. 909; Jansen 2006, p. 14-18; en de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.4. Zie par. 5.2.4 e.v. voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

de Hoge Raad oordeelde dat iemand die een onbekende vloeistof, afkomstig uit een schoonmaakhok, aan de vuilnisophaaldienst meegeeft, behoudens gegronde redenen voor het tegendeel ervan moet uitgaan dat deze stof gevaar voor personen of zaken kan opleveren.¹⁵⁵ Het contextgebonden karakter van zulke objectiverende redeneringen – hetwelk in het casuïstisch geformuleerde Natronloog-arrest bijzonder sterk tot uitdrukking komt – brengt mee dat bij de vaststelling van het geobjectiveerde kennisniveau rekening kan worden gehouden met de eventuele bijzondere capaciteiten van de laedens, bijvoorbeeld in verband met zijn maatschappelijke positie of professionele deskundigheid.¹⁵⁶ De objectivering is dus aan *differentiatie* onderhevig,¹⁵⁷ zij het dat deze differentiatie enkel kan leiden tot een bijstelling van het geobjectiveerde kennisniveau naar *boven*.¹⁵⁸ Versoepeling van de toepasselijke zorgvuldighedsnorm wegens onverschoonbare naïviteit is dus niet aan de orde, zoals ook blijkt uit de nevensgeschikte formule ‘kennen óf behoren te kennen’.

De tweede manier waarop de laedens in dit verband kan worden ‘afgekend’ op hem onbekende risico’s is door middel van *generalisering*.¹⁵⁹ Hiermee wordt bedoeld dat de onzorgvuldigheid, bij gebreke van specifieke kennis omtrent de in concreto veroorzaakte belangen aantasting, wordt gekoppeld aan hetgeen de laedens *in algemene zin* wist of behoorde te weten omtrent de aan zijn gedrag verbonden risico’s. De gedachte is dat onbekendheid met het specifieke risico in kwestie niet uitsluit dat de laedens reeds met het oog op enig *ander* risico, dat hem wél bekend was of behoorde te zijn, zijn schadeveroorzakende gedrag achterwege had moeten laten. Had de laedens door afstemming van zijn gedrag op de hem bekende risico’s ook het concrete, onbekende risico kunnen vermijden, dan doet zijn specifieke onwetendheid in casu niet langer ter zake, zo luidt de redenering. Generaliserende constructies als hier bedoeld komen in de jurisprudentie op grote schaal voor, vooral waar het gaat om de aansprakelijkheid voor onvoorziene gevolgen van een op zichzelf bekend gevaar.¹⁶⁰ Zo oordeelde de Hoge Raad in de bekende asbestzaak Cijssouw / De Schelde dat bekendheid met het risico van ‘asbestose’ als gevolg van blootstelling aan asbest in beginsel ook aansprakelijkheid rechtvaardigt voor de gevolgen van ‘mesothelioom’, een andere asbestziekte die pas later

155 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), r.o. 4. Zie de bespreking van dit arrest in par. 4.4.10, waar wordt betoogd dat de onderhavige objectivering neerkomt op de toepassing van een delictuele *onderzoeksplicht*.

156 Vgl. Vranken 1990, p. 197.

157 Zie over differentiatie bijv. Van Dam 2000, nr. 912; en Jansen 2006, p. 16.

158 Zie bijv. Meijers 1958, p. 302; Schut 1963, p. 59; Schut 1966, p. 251; Valkhoff 1966, p. 30; Schut 1979, p. 405; Sieburgh 2000, p. 93-94; Jansen 2006, p. 62; en Tjong Tjin Tai 2006, p. 148.

159 Zie over generalisering bijv. Van Dam 2000, nr. 904; Jansen 2006, p. 19-20; en de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.5 e.v. Zie ook par. 5.2.6, waar generalisering als een bijzondere vorm van objectivering wordt gepresenteerd.

160 Vgl. Jansen 2006, p. 20. Ook in het bovengenoemde Natronloog-arrest was sprake van generalisering (zie r.o. 5).

als zodanig werd ontdekt.¹⁶¹ Illustratief is voorts het Legionella-arrest, waarin het ging om aansprakelijkheid voor de grootschalige legionellabesmetting tijdens de Westfriese Flora van 1999. In de procedure kwam vast te staan dat de aangesproken whirlpoolhandelaar had verzuimd om bepaalde 'normale en weinig kostbare veiligheidsmaatregelen' te treffen met betrekking tot de waterkwaliteit in zijn whirlpool. De buitengewoon ernstige gevolgen van dit verzuim, die samenhangen met het verschijnsel 'aërosolvorming', konden echter bezwaarlijk als kenbaar voor hem worden beschouwd. Toch werd hier aansprakelijkheid aangenomen, omdat de whirlpoolhandelaar ten minste *in algemene zin* op de hoogte had moeten zijn van het feit dat door zijn nalatigheid een ernstig gevaar voor de volksgezondheid kon ontstaan.¹⁶²

Objectivering en generalisering hebben gemeen dat zij ertoe strekken de laedens verantwoordelijk te stellen voor risico's die hij niet heeft voorzien, maar waarop hij naar het oordeel van de rechter zijn gedrag wel had moeten afstemmen. Het laat zich aanzien dat zulke constructies, indien tot het uiterste doorgevoerd, kunnen leiden tot ondermijning van het kennisvereiste, dat hierboven zo fundamenteel is gebleken. Vrijwel elke belangenaantasting kan immers met wijsheid achteraf als 'voorzienbaar' worden bestempeld en in vrijwel elk geval van schadeveroorzaking kan achteraf worden betoogd dat de laedens met het oog op enig (ander) risico zijn gedrag had moeten aanpassen.¹⁶³ Aldus blijft echter van het kennisvereiste als 'constituerend element' van de zorgvuldigheidsnorm weinig over.¹⁶⁴ Het is dus zaak om objectivering en generalisering met beleid te hanteren. Daarbij moet mijns inziens de idee van gedragsnormering leidend zijn. Het gaat erom dat de laedens wordt afgerekend op risico's die hij redelijkerwijs heeft kunnen vermijden, uitgaande van de gemiddelde kennis van een vergelijkbaar persoon. Dit betekent dat objectivering beperkt dient te blijven tot risico's die daadwerkelijk 'voorzienbaar' waren ten tijde van de schadeveroorzakende gedraging. Zij mag niet ontwaarden in een klakkeloze risicoverdeling achteraf, zonder aandacht voor kennis en kunde van de laedens.¹⁶⁵ Generalisering dient, op haar beurt, beperkt te blijven tot voorzienbare *categorieën* van belangenaantasting, waarmee ik bedoel dat de laedens slechts aansprakelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van een onvoorzienbaar risico, indien dat risico kan worden beschouwd als een variant van een ander risico, dat wél voorzienbaar voor hem

161 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS (Cijsouw I), r.o. 3.6.

162 Dat lijkt althans de strekking van het arrest. Zie HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 m.nt. JBMV (Legionella), r.o. 3.6.4, waar de Hoge Raad met een marginale toetsing 's hofs feitelijke oordeel ter zake sauveert.

163 Dit (psychologisch verklaarbare) verschijnsel, dat de perceptie van een risico wordt gekleurd door de verwezenlijking ervan, wordt ook wel aangeduid als de *hindsight bias*. Zie par. 4.3.6.

164 De term is van Vranken 1990, p. 213.

165 Zie Jansen 2006, p. 63-64.

was.¹⁶⁶ Generalisering is, met andere woorden, slechts toelaatbaar indien de betrokken risico's gezien hun aard en ernst zozeer van gelijke orde zijn, dat kennis van de laedens omtrent het ene, voorzienbare risico voldoende was voor een (onbewuste) afstemming van zijn gedrag op het andere, onvoorzienbare risico. Recente rechtspraak van de Hoge Raad biedt steun voor deze visie.¹⁶⁷

Het voorgaande moet niet worden beschouwd als een pleidooi voor rechterlijke terughoudendheid, maar voor zorgvuldigheid. Objectivering en generalisering kunnen zonder reserve worden toegepast, zolang men zich bewust is van het kennisvereiste dat erachter schuilgaat, en waaraan deze constructies hun betekenis ontleen. Een vérgaande mate van objectivering zoals aan de orde in het Natronloog-arrest acht ik in de betreffende context gerechtvaardigd, omdat ook zonder nader onderzoek voor de leek begrijpelijk is dat onbekende vloeistoffen uit een schoonmaakhok een potentiële bron van gevaar vormen (par. 4.4.10). De generaliserende aanpak in Cijsouw/De Schelde acht ik eveneens gerechtvaardigd, nu in casu vaststond dat de ziekte mesotheliom was veroorzaakt door een mate van blootstelling aan asbest die reeds met het oog op het kenbare risico van asbestose had moeten worden vermeden.¹⁶⁸ Daarentegen gaat mij de klakkeloze generalisering uit het Legionella-arrest te ver. De hier aangesproken whirlpoolhandelaar was bekend met de gevaren van een slechte waterkwaliteit, maar verkeerde – zoals zo velen destijds – in de veronderstelling dat die gevaren zich slechts konden verwezenlijken indien er in zijn whirlpool werd *gebaad*. In casu waren evenwel, als gevolg van het relatief onbekende fenomeen 'aërosolvorming', *omstanders* het slachtoffer geworden van die slechte waterkwaliteit. Het gevaar dat zich had verwezenlijkt was, kortom, van een andere orde dan het door de laedens voorziene, en niet reëel geachte, gevaar. Generalisering was hier in die zin, althans vanuit een oogpunt van gedragsnormering, misplaatst. Het onrechtmatigheidsoordeel lijkt veeleer te zijn ingegeven door overwegingen van *risicoverdeling*.¹⁶⁹ Hiermee rijst de vraag welke rol zulke overwegingen spelen bij de toepassing van het kennisvereiste. In de navolgende paragrafen wordt dat nader onderzocht, speciaal tegen de achtergrond van de problematiek van de 'nieuwe risico's'.

166 Zie Jansen 2006, p. 66-68, met verwijzing naar Engelse rechtspraak. In gelijke zin Tjong Tjin Tai 2005, p. 366. Vgl. ook Vloemans 2010, p. 11, die iets dergelijks bepleit in het kader van art. 6:98 BW.

167 Zie HR 17 februari 2006, *LJN AU6927*, *NJ* 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren/Heesbeen), r.o. 4.5; HR 31 maart 2006, *LJN AU6092*, *NJ* 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Nefalit/Erven Karamus), r.o. 3.8; en HR 9 juli 2010, *LJN BL3262*, *RvdW* 2010, 898 (Enschedeese vuurwerkramp), r.o. 4.7.

168 Vgl. HR 17 februari 2006, *LJN AU6927*, *NJ* 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren/Heesbeen), waarin zulks – i.v.m. de (beweerdelijk) geringe intensiteit van de blootstelling aan asbest – niet vaststond, zodat de Hoge Raad generalisering niet toelaatbaar achtte (r.o. 4.7).

169 Aldus ook (instemmend) Van Dunné 2004b, p. viii.

4.2.13 Vervolg; nieuwe risico's

Risico's vervullen in het aansprakelijkheidsrecht een merkwaardige dubbelrol. Enerzijds zijn het de onzekerheden waarmee ieder mens te maken heeft, en waarop tot op zekere hoogte moet worden geanticipeerd. Anderzijds zijn het de gegevens waarmee de gelaedeerde in concreto is geconfronteerd, en waarvan hij de schadelijke gevolgen wenst te verhalen op de dader.¹⁷⁰ De rechter staat voor de paradoxale opgave om de potentiële waarschijnlijkheid te beoordelen van risico's die zich in werkelijkheid reeds hebben verwezenlijkt.¹⁷¹ Deze beoordeling is daarom zo ingewikkeld, omdat daarbij moet worden 'teruggeredeneerd' in de tijd.¹⁷² Het kennisvereiste, zoals in par. 4.2.11 geïntroduceerd, wordt immers gekenmerkt door een *tijdsdimensie*: beslissend is hetgeen de laedens ten tijde van zijn schadeveroorzakende gedraging wist of behoorde te weten omtrent het door hem gecreëerde risico.¹⁷³ 'Gedrag van toen' mag niet met 'normen van nu' worden beoordeeld.¹⁷⁴ Het verbod van terugwerkende kracht geldt, met andere woorden, ook voor *ongeschreven* normen.¹⁷⁵

De onderhavige problematiek doet zich speciaal gevoelen waar het de zogenaamde 'nieuwe risico's' betreft.¹⁷⁶ Deze doen zich voor indien door technologische of maatschappelijke ontwikkeling een nieuwe bron van gevaar opkomt, respectievelijk een reeds bestaande bron van gevaar als zodanig wordt ontdekt. Aangezien de betreffende kennis normaliter niet ineens, maar geleidelijk ontstaat, is meestal sprake van een overgangperiode, waarin het bestaan en de reikwijdte van de betreffende risico's nog niet volledig (kunnen) worden onderkend. Illustratief is de ontstaansgeschiedenis van het asbestrisico. Werd asbest halverwege de twintigste eeuw nog beschouwd als een ideaal bouwen isolatiemateriaal, na verloop van tijd rees in de wetenschap, en later ook in de betreffende bedrijfstakken, twijfel op dit punt, uiteindelijk resulterend in de ontdekking van asbestziekten als asbestose en (later) mesothelioom.¹⁷⁷ De vraag vanaf welk moment de asbestverwerkende industrie hierop had

170 Het is dit onderscheid tussen onzekere risico's op macroniveau en gegeven risico's op microniveau dat ten grondslag ligt aan de 'risicospreiding' die verzekering mogelijk maakt. Vgl. Hartlief 2009, p. 73-74.

171 Vgl. Van Boom 2001, p. 3.

172 Vgl. HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), r.o. 3.3, besproken in par. 4.2.15.

173 Zie over de hier bedoelde tijdsdimensie Jansen 2006, p. 20-22. Vgl. ook Schut 1963, p. 59; Vranken 1990, p. 197; en Vranken 1994, p. 421-422.

174 Aldus Van Boom & Barendrecht 2000, p. 46.

175 Zie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 86.3.

176 Zie daarover bijv. Van Boom 2001, p. 3 e.v.; Faure & Hartlief 2002, p. 2 e.v.; Keirse 2007, p. 1 e.v.; Van Orsouw 2007, p. 23 e.v.; en WRR 2008, p. 96-99.

177 Vgl. Van Boom 2001, p. 4-5, die overigens vooral een *mentaliteitsverandering* t.a.v. het asbestrisico signaleert, in die zin dat de al langer in de medische wetenschap bekende gezondheidsrisico's pas later door overheid en bedrijfsleven serieus werden genomen.

moeten anticiperen, kan achteraf vrijwel niet categorisch worden beantwoord.¹⁷⁸ In een andere context, ter zake van het verhaal van bodemsaneringskosten door de overheid, heeft de Hoge Raad zich eens gewaagd aan een *hard and fast rule*, door uit te spreken dat het in beginsel vanaf 1 januari 1975 voor ondernemingen voldoende duidelijk had moeten zijn dat de overheid zich het belang van bodemsanering zou gaan aantrekken.¹⁷⁹ Daarbij speelde een belangrijke rol dat de totstandkoming van het betreffende saneringsbelang tamelijk precies uit de parlementaire geschiedenis kon worden afgeleid.¹⁸⁰ In het algemeen lijkt echter het formuleren van zulke 'keerpunten in kennis' niet reëel. Veeleer gaat het hier om een beoordeling van de *tijdgeest* ten tijde van de schadeveroorzakende gedraging,¹⁸¹ die naar zijn aard meestal geen scherp en eenduidig beeld oplevert.

De geschetste problematiek van de nieuwe risico's is als zodanig niet nieuw. In par. 4.2.2 werd beschreven hoe in de twintigste eeuw is gezocht naar juridische mogelijkheden om de toenmalige nieuwe risico's, samenhangend met de industrialisatie van de maatschappij, het hoofd te bieden. Geconcludeerd werd dat deze zoektocht heeft geleid tot de introductie van elementen van risicoverdeling in het aansprakelijkheidsrecht, zij het (vooralsnog) zonder afschaffing van het schuldbeginnsel als primaire grondslag voor aansprakelijkheid. De huidige postindustriële maatschappij confronteert ons andermaal met nieuwe risico's. In vergelijking met de klassieke risico's van weleer zijn de hedendaagse nieuwe risico's minder 'tastbaar' van aard, zodat het (nog) moeilijker is daarop te anticiperen. Nieuwenhuis heeft hierop gewezen:

'De nieuwe risico's waarmee we worden geconfronteerd (radio-activiteit, genetische modificatie van planten en dieren, gaten in de ozon-laag) hebben gemeen dat zij niet vatbaar zijn voor rechtstreekse, zintuiglijke waarneming. Kennis van deze risico's is 'ervaringloos weten'. Het gevaar verbonden aan een val in een keldergat kan ik mij helder voor de geest halen. Gaten in de ozonlaag kan ik met het blote oog niet zien, en wetenschap omtrent hun gevaren heb ik van horen zeggen.'¹⁸²

De vraag rijst of deze ontwikkeling noopt tot een ultieme herbezinning op de grondslagen van ons aansprakelijkheidsrecht. Is met de opkomst van *onzichtbare* nieuwe risico's wellicht het moment aangebroken om het klassieke schuldbeginnsel ten enenmale te verruilen voor (enigerlei variant van) het risicobeginnsel? Verschillende auteurs lijken tot een positieve beantwoording van die vraag geneigd. In uiteenlopende bewoordingen betogen zij dat objectief

178 Vgl. HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

179 Zie HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 643 m.nt. CJHB onder 644 (Van Wijngaarden/Staat), r.o. 3.8. Zie nader over de hier bedoelde jurisprudentie Jansen 2006, p. 34-37.

180 Vgl. Van Boom & Barendrecht 2000, p. 48-50.

181 Vgl. Vranken 1990, p. 212.

182 Nieuwenhuis 1997a, p. 8. Vgl. ook Vloemans 2010, p. 3.

gevaarverhogend gedrag in beginsel moet (kunnen) leiden tot aansprakelijkheid.¹⁸³ De gedachte is blijkbaar dat het kennisvereiste onder omstandigheden kan worden geëcarteerd op grond van overwegingen van risicoverdeling. Ter onderbouwing wordt vaak verwezen naar een moderne variant van het risicobeginsel, die gedurende de afgelopen jaren steeds meer aandacht heeft gekregen in de literatuur. Ik doel op het 'voorzorgsbeginsel', dat in de volgende paragraaf nader wordt besproken.

4.2.14 Vervolg; voorzorgsbeginsel?

Het voorzorgsbeginsel is een uit het milieurecht afkomstig beginsel, dat erop neerkomt dat bij dreiging van ernstige (milieu)schade het ontbreken van wetenschappelijke zekerheid omtrent de oorzaak daarvan niet mag worden aangegrepen als reden voor het uitstellen van voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van die schade.¹⁸⁴ Het beginsel is ontwikkeld als beleidsprincipe,¹⁸⁵ en eist als zodanig van bestuurders een proactieve omgang met risico's waarvan het bestaan vooralsnog onzeker is.¹⁸⁶ *Better safe than sorry*, is de achterliggende gedachte.¹⁸⁷ Anno 2000 is het beginsel door de Europese Commissie omarmd als 'essentieel onderdeel van haar beleid' inzake risicobeheer.¹⁸⁸ Sindsdien zijn in Nederland diverse verkennende rapporten over het beginsel verschenen,¹⁸⁹ evenals juridische artikelen waarin de civielrechtelijke betekenis van het beginsel voor (vooral) de problematiek van de nieuwe risico's in kaart is gebracht.¹⁹⁰

In 2008 kreeg het debat een nieuwe impuls, met het verschijnen van een lijvig rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR),

183 Zie in die zin bijv. Van Dunné 1990, p. 627-628; Van Dunné 1997b, p. 245; Braams 2002, p. 174; Braams 2003, p. 149; Olaerts 2003, p. 120; Van Dunné 2004b, p. viii en 174; Cousy 2008, p. 52; Franken 2008, p. 2058; en Spier 2008, p. 2522. Vgl. ook (iets terughoudender) Van Boom 2001, p. 12.

184 Aldus de klassieke formulering van het voorzorgsbeginsel in principle 15 van de Rio Declaration on Environment and Development (1992), beschikbaar via <www.unep.org>. Voor nadere achtergrondinformatie zij hier verwezen naar Onrechtmatige daad VIII.6 (Bauw), aant. 16.

185 Vgl. Olaerts 2003, p. 116.

186 Vgl. WRR 2008, p. 124-127.

187 Vgl. bijv. Braams 2003, p. 147; en Cousy 2008, p. 58.

188 Mededeling van de Commissie over het voorzorgsbeginsel d.d. 2 februari 2000, COM/2000/1 def., p. 2. Vgl. ook art. 191 lid 2 VWEU, betreffende het Europese milieubeleid.

189 Zie bijv. SER 2002, p. 83, 87; Gezondheidsraad 2003, p. 43 e.v.; en Gezondheidsraad 2008, p. 37 e.v. Zie voorts WRR 2008 (hierna te behandelen).

190 Zie bijv. (neutraal) Wiggers-Rust 2004, p. 35 e.v.; Van der Wiel 2007b, p. 53-54; Hartlief 2009, p. 96-97; alsmede (negatief) Bergkamp & Hanekamp 2003, p. 123 e.v.; Olaerts 2003, p. 114 e.v.; Pieterman e.a. 2006, p. 2 e.v.; De Jong 2011, p. 2839-2840; en voorts (positief) Braams 2002, p. 171 e.v.; Braams 2003, p. 147 e.v.; Cousy 2008, p. 52 e.v.; Franken 2008, p. 2056 e.v.; Spier 2008, p. 2521 e.v.; Vloemans 2010, p. 3 e.v.; en Franken 2010, p. 185 e.v.

waarin toepassing van het voorzorgsbeginsel als 'algemeen uitgangspunt voor het fysieke veiligheidsbeleid' wordt bepleit.¹⁹¹ Opmerkelijk is dat het beginsel in dit rapport niet langer uitsluitend als beleidsprincipe wordt gepresenteerd, maar ook als juridisch uitgangspunt. Van bedrijven en andere professionele organisaties wordt 'een adequate organisatie en informatiehuishouding' gevergd, 'waarin actief gezocht wordt naar *potentiële* risico's en waarin informatie daarover op tijd degenen bereikt die afwegingen kunnen maken en zo nodig – proactief – maatregelen kunnen nemen.'¹⁹² Tegen deze achtergrond pleit de WRR zelfs voor codificatie van het voorzorgsbeginsel in art. 3:12 BW, specifiek met het oog op de verantwoordelijkheid van rechtspersonen die een 'maatschappelijke positie' bekleden.¹⁹³ De desbetreffende aanbeveling is door de regering niet overgenomen,¹⁹⁴ maar zij illustreert wel het grote gezag dat het voorzorgsbeginsel inmiddels in brede kring heeft verworven.¹⁹⁵

Wat heeft het voorzorgsbeginsel te betekenen voor het civiele aansprakelijkheidsrecht? De pleitbezorgers benadrukken dat toepassing van het beginsel zou moeten leiden tot de erkenning van een geheel nieuwe categorie van 'onzekere' of 'potentiële' risico's.¹⁹⁶ De gedachte is dat het klassieke onderscheid tussen bekende en onbekende risico's niet langer volstaat, nu reeds het *vermoeden* van een risico onder omstandigheden tot actie zou moeten nopen. Veelal wordt deze gedachte geïllustreerd door verwijzing naar een buitenjuridische bron: de voormalige Amerikaanse Minister van Defensie Donald Rumsfeld, die tijdens een persconferentie in 2002 onderscheid maakte tussen *known knowns* (het bekende), *known unknowns* (het onzekere) en *unknown unknowns* (het onbekende).¹⁹⁷ Het vernieuwende van het voorzorgsbeginsel zou zijn gelegen in de erkenning van die tweede categorie als potentiële grondslag voor aansprakelijkheid. Voortaan zou ook op 'kenbaar-onbekende' risico's moeten worden geanticipeerd.

Tegen deze visie kunnen allereerst bezwaren van terminologische aard worden aangevoerd. De aanhangers van het voorzorgsbeginsel streven kennelijk een soort kwadratuur van het risicobegrip na, zoals blijkt uit de opmerking van Cousy 'dat het betreffende risico de kans is dat er een risico zou kunnen zijn'.¹⁹⁸ De aantrekkelijkheid van deze taalvondst springt niet in het oog.

191 WRR 2008, p. 18 en 163.

192 WRR 2008, p. 125. Aldus ook reeds Van Dam 1989, p. 152; en Van Dam 2000, nr. 915.

193 WRR 2008, p. 170-171.

194 Brief van de Minister van VROM d.d. 2 april 2009, *Kamerstukken II 2008/09*, 28089, nr. 23, p. 12.

195 Vgl. ook EHRM 27 januari 2009, *RvdW 2009*, 990 (Tatar c.s./Roemenië), r.o. 69, sub II.B.h, waar uitdrukkelijk naar het voorzorgsbeginsel wordt verwezen.

196 Zie in die zin bijv. Van der Wiel 2007b, p. 49-50; Franken 2008, p. 2057; Cousy 2008, p. 52; en Vloemans 2010, p. 3. Vgl. ook WRR 2008, p. 104.

197 Zie bijv. Van der Wiel 2007b, p. 49-50; Spier 2008, p. 2523; en Cousy 2008, p. 53 (de tussen haakjes geplaatste vertalingen zijn ontleend aan Van der Wiel).

198 Cousy 2008, p. 54.

In par. 4.2.13 werd reeds vooropgesteld dat risico's per definitie onzeker zijn.¹⁹⁹ Sinds het Kelderluik-arrest wordt algemeen aangenomen dat de schending van een zorgvuldigheidsnorm afhankelijk is van (onder meer) 'de hoogroetheid van de kans' dat door verwezenlijking van een risico schade ontstaat.²⁰⁰ Zo beschouwd draait het in het zorgvuldigheidssleerstuk om niets anders dan onzekerheid en voorzorg. Het kennisvereiste brengt echter mee dat de bedoelde kansberekening, die in de toepassing van het zorgvuldigheidscriterium besloten ligt, eerst aan de orde kan komen indien vaststaat dat de laedens tenminste wist of behoorde te weten van enig risico. In die zin is het onzuiver om bij de toepassing van het kennisvereiste de normale classificatie van risico's in termen van bekendheid te doorkruisen met een indeling in termen van waarschijnlijkheid (respectievelijk onzekerheid), die eerst in een later stadium, namelijk bij de invulling van de geldende zorgvuldigheidsnorm, centraal zou moeten staan.

Achter de tautologie van het begrip 'potentiële risico's' gaat mijns inziens ook een inhoudelijk misverstand schuil. De aanhangers van het voorzorgsbeginsel lijken te veronderstellen dat in de klassieke benadering de laedens slechts aansprakelijk is indien hij weet of behoort te weten van een objectief bepaalbaar, wetenschappelijk bewezen risico. Dat is echter niet het geval. Het gaat erom of hij kennis draagt van een risico dat naar *maatschappelijke* opvattingen redelijkerwijs onverantwoord is. De gerechtvaardigde verwachtingen van justitiabelen, die in dit verband beslissend zijn (par. 4.2.10), worden hooguit ten dele gekleurd door inzichten uit de wetenschap. Maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen kunnen dus niet met wetenschappelijke risicoanalyses op één lijn worden gesteld. Dienovereenkomstig betekent het feit dat een risico in de wetenschap onomstotelijk is bewezen geenszins dat justitiabelen daarop onder alle omstandigheden bedacht moeten zijn.²⁰¹ Omgekeerd sluit het feit dat in de wetenschap vooralsnog onzekerheid bestaat omtrent aard en reikwijdte van een risico geenszins uit dat daarop naar maatstaven van zorgvuldigheid reeds moet worden geanticipeerd.²⁰² Dat is voorwaar geen bewijs van de gelding van het voorzorgsbeginsel – want er zijn oneindig veel onzekere risico's waarop naar maatstaven van zorgvuldigheid níet hoeft te worden geanticipeerd –, maar van het natuurlijke 'engagement' van zorgvuldigheidsnormen met ontwikkelingen in de maatschappij.²⁰³ Wetenschappelijk omstreden risico's kunnen in de maatschappij zodanig dreigende vormen aannemen,

199 Vgl. echter Cousy 2008, p. 53; en De Vries 2010, p. 158, die deze tegenwerping niet overtuigend achten.

200 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

201 Vgl. HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), besproken in par. 4.4.10.

202 Vgl. de conclusie van A-G Verkade bij HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), sub 5.44, geciteerd in par. 4.2.15. Zie in gelijke zin ook Braams 2002, p. 177; Braams 2003, p. 147; en Spier 2008, p. 2523, die tegen deze achtergrond (enigszins misleidend) betogen dat het voorzorgsbeginsel reeds geldt.

203 Zie daarover Castermans 2009, p. 53-55.

dat het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van justitiabelen een proactieve omgang met die risico's vereist, nog voordat het wetenschappelijke bewijs geleverd is.²⁰⁴ Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken arrest Eternit/Horsting uit 2005,²⁰⁵ waarin het ging om een 'nieuw risico' dat inmiddels een klassieke status heeft verworven: asbest.

4.2.15 Vervolg; Eternit/Horsting

In 2002 wordt bij Horsting, verweerster in cassatie, mesotheliom ontdekt. Zij stelt dat deze ziekte is veroorzaakt door blootstelling aan asbeststof tijdens de bouw van een machineloods op het terrein van haar ouders in 1971, waarbij door Eternit geleverde asbestcementplaten zijn verspaand. Horsting is naar eigen zeggen met het vrijgekomen asbeststof geconfronteerd toen zij de kleding uitklopte van haar broers, die bij de bouw van de machineloods hadden geassisteerd, en het erf aanveegde waarop de platen waren verspaand. Horsting vordert in kort geding schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW,²⁰⁶ daartoe stellende dat Eternit als producent anno 1971 de gebruikers van de door haar geleverde asbestcementplaten had moeten waarschuwen voor de aan het verspanen verbonden gezondheidsrisico's, die Eternit destijds bekend waren.

In beide feitelijke instanties wordt de vordering van Horsting toegewezen.²⁰⁷ Het hof bestempelt, in navolging van de voorzieningenrechter, het onderhavige verspanen van asbestcementplaten anno 1971 als een 'redelijkerwijs te verwachten gebruik' van de platen (r.o. 7). Ook het daaruit voortvloeiende risico van mesotheliom was volgens het hof destijds bij Eternit genoegzaam bekend. Reeds uit de Memorie van Toelichting bij de Silicosewet uit 1949 kon 'het gevaar van verspreiding van asbesthoudend stof bij het vervaardigen en het verzagen van asbestelementplaten' worden afgeleid. Voorts wijst het hof in dit verband op een uit 1970 daterend verslag van een bijeenkomst van het Koninklijk Instituut van Ingenieurs, waarbij de toenmalige directeur van

204 Zie bijv. Dommering-van Rongen 1991, p. 165; en Franken 2010, p. 200. Overigens is voor toewijzing van een vordering tot *schadevergoeding* wél een voldoende mate van wetenschappelijke zekerheid vereist, met het oog op de vaststelling van causaal verband. Vgl. Franken 2008, p. 2058, die tegen deze achtergrond betoogt dat het voorzorgsbeginsel wel verbodsvorderingen maar geen schadeclaims kan funderen.

205 HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting).

206 Het betrof een geval van productenaansprakelijkheid (par. 4.5.6), maar aangezien de schadeveroorzakende gedraging in de jaren zeventig plaatsvond, kon de huidige regeling van art. 6:185 e.v. BW daarop niet worden toegepast. Vgl. de conclusie van A-G Verkade, sub 4.4.

207 Zie Rb. Almelo (vzr.) 22 mei 2003, TMA 2003, p. 164 e.v.; en Hof Arnhem 13 april 2004, NJ 2004, 612.

Eternit, ir. Bijleveld, aanwezig was.²⁰⁸ Blijkens het verslag heeft Bijleveld aan dr. J. Stumphius, één van de sprekers en auteur van het in 1969 verschenen proefschrift 'Asbest in een bedrijfsbevolking', vragen gesteld over de risico's van asbest, waarop hem met zoveel woorden, en onder verwijzing naar concrete voorbeelden uit het buitenland, te kennen was gegeven dat blootstelling aan asbeststof mesothelioom kan veroorzaken. Tegen deze achtergrond oordeelt het hof 'dat het bewuste gevaar aan Eternit, een internationaal opererend bedrijf, in 1970-1971 bekend was althans bekend had behoren te zijn' (r.o. 4.7). De slotsom luidt dat Eternit met het oog op het redelijkerwijs te verwachten gebruik van de door haar geleverde asbestcementplaten, en gelet op haar kennis omtrent de aan dit gebruik verbonden ernstige gevaren, 'de voor de hand liggende en weinig kostbare maatregel van een waarschuwing had moeten nemen'. Van het feit dat zij dit niet heeft gedaan valt haar, aldus het hof, 'een ernstig verwijt' te maken' (r.o. 4.8).

In cassatie houdt 's hofs feitelijk gekleurde oordeel omtrent de bekendheid van het asbestrisico anno 1971 stand.²⁰⁹ Onder verwijzing naar zijn eerdere arrest Hertel/Van der Lugt, dat een geval van blootstelling aan asbest op de werkvloer betrof,²¹⁰ overweegt de Hoge Raad (r.o. 3.3):

'De rechtmatigheid van het handelen van Eternit moet worden beoordeeld in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan Eternit verweten gedragingen of nalatigheden. Daarbij verdient opmerking dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe Eternit behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm had te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van Eternit konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's.'

Tegen deze achtergrond acht de Hoge Raad de door het hof in navolging van de voorzieningenrechter aangenomen waarschuwingsplicht van Eternit niet rechtens onjuist of onbegrijpelijk, met name gelet op 's hofs verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij de Silicosewet uit 1949 en de vaststelling van het hof (i) dat Eternit een internationaal opererend bedrijf was, (ii) dat in de periode 1970-1971 in elk geval onder deskundigen bekend was dat vrijkomend

208 Zie voor een precieze beschrijving van de status en herkomst van het verslag, die in 's hofs arrest niet erg duidelijk tot uitdrukking komen, de conclusie van A-G Verkade, sub 5.6.2.

209 Slechts voor wat betreft 's hofs verwerping van Eternits beroep op verjaring volgt vernietiging. Zie voor het vervolg na verwijzing Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2008, NJ 2009, 104, waarin het verjaringsberoep alsnog sneeft.

210 Zie HR 17 december 2004, NJ 2006, 147 m.nt. C.J.H. Brunner (Hertel/Van der Lugt c.s.), waarvan r.o. 3.7 sub c vrijwel gelijkkluidend was.

asbest mesotheliom zou kunnen veroorzaken en (iii) dat de directeur van Eternit deze wetenschap al vóór 1971 feitelijk moest hebben gehad.

Annotator Giesen noemt het arrest een 'stevige klap' voor de asbestindustrie.²¹¹ Hij trekt verregaande conclusies, bijvoorbeeld door te suggereren dat de Hoge Raad de Kelderluikfactoren terzijde schuift en zelfs het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid niet langer leidend acht.²¹² Blijkbaar roept de 'verhoogde zorgvuldigheidsnorm' waarvan de Hoge Raad gewaagt,²¹³ navenant hooggespannen verwachtingen op. In werkelijkheid is er, gezien vanuit een principiële optiek, weinig bijzonders aan de hand. De Hoge Raad stelt in r.o. 3.3 traditioneel het kennisvereiste voorop. Hij benadrukt, conform de klassieke idee van gedragsnormering, de tijdsdimensie van dit vereiste (par. 4.2.13), door te overwegen dat de rechtmatigheid van het handelen van Eternit moet worden beoordeeld 'in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan Eternit verweten gedragingen of nalatigheden'. Dienovereenkomstig trad de 'verhoogde zorgvuldigheidsnorm' volgens de Hoge Raad eerst in werking 'vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe Eternit behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden'. Ook de *inhoud* van de 'verhoogde zorgvuldigheidsnorm' doet alleszins vertrouwd aan: het is afhankelijk van 'de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten', mede in verband met 'de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's', welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van Eternit konden worden verwacht.²¹⁴ Zo beschouwd lijkt de 'verhoogde zorgvuldigheidsnorm' vooral van symbolische betekenis.²¹⁵ Van een wezenlijke verscherping van het klassieke zorgvuldigheidscriterium is hoegenaamd geen sprake.

De strenge benadering waarvan het arrest getuigt vindt mijns inziens haar verklaring en rechtvaardiging niet in een verscherpt aansprakelijkheidsregime, maar in de onmiskenbare nalatigheid van Eternit zelf. Haar trof inderdaad, zoals het hof overwoog, een 'ernstig verwijt'. Mag in het algemeen van bedrijven reeds een zeker informatiemanagement worden verwacht,²¹⁶ voor Eternit gold dat aan het begin van de jaren zeventig in het bijzonder. Aangenomen dat destijds onder deskundigen in binnen- en buitenland een groeiende be-

211 I. Giesen, NJ-annotatie bij HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 (Eternit/Horsting), sub 11.

212 Idem, resp. sub 7 en 9.

213 Deze formulering lijkt overigens, wat er zij van de juridische betekenis, taalkundig minder geslaagd. Vgl. T. Hartlief in zijn NJ-annotatie bij HR 11 maart 2005, NJ 2010, 309 (ABN AMRO/N.), sub 4.

214 Deze overweging verwijst kennelijk naar de (eerste drie) Kelderluikfactoren. Vgl. par. 4.3.5.

215 Vgl. de NJ-annotatie van Giesen, sub 7, die meent dat 'onduidelijk' is wat de verhoogde zorgvuldigheidsnorm precies inhoudt.

216 Aldus bijv. Van Dam 1989, p. 152; Van Dam 2000, nr. 915; Tjittes 2001, p. 45-48; en Barendrecht e.a. 2002, p. 157. Vgl. ook WRR 2008, p. 125.

zorgdheid bestond over de veiligheid van het product asbest, kon Eternit als internationaal opererende producent haar handen niet langer in onschuld wassen. De ‘maatschappelijke kring’ waartoe Eternit behoorde (vgl. r.o. 3.3), was niet de eerste de beste. Haar directeur nam als ingenieur persoonlijk deel aan het wetenschappelijke debat over de veiligheid van zijn product, en zat zodoende dicht bij het vuur. Het moge zo zijn dat in de wetenschap vooralsnog onzekerheid bestond over de precieze reikwijdte van het asbestrisico,²¹⁷ hetgeen met name voor *asbestverwerkende* bedrijven van die tijd nog een bevrijdende omstandigheid kon opleveren,²¹⁸ voor Eternit als *producent* van asbest kon deze marginale onzekerheid niet langer rechtvaardigen dat zij op de oude voet doorging met het vervaardigen van een product waarvan de veiligheid minst genomen in het geding was. Een acute productiestop was weliswaar nog niet geboden zolang het wetenschappelijke debat hierover voortduurde, maar een waarschuwing van eindgebruikers voor de mogelijke gevaren van verspaning was intussen ruimschoots geïndiceerd.²¹⁹ A-G Verkade dacht er kennelijk ook zo over:

‘Dat het hof een waarschuwingsplicht – ook naar de normen van 1970/1971 – heeft aangenomen lag (...) in de rede. Wie bekend is met (misschien) nog onvoldoende bewezen, maar niettemin serieus gesignaleerde, ernstige gezondheidsrisico’s bij een bepaalde wijze van (voor de hand liggend) gebruik, dient de betrokken (eind-)gebruikers te attenderen op maatregelen die die risico’s wegnemen of althans minimaliseren’.²²⁰

Al met al getuigt het arrest mijns inziens van een behartigenswaardige, genuanceerde visie op de problematiek van de nieuwe risico’s. Enerzijds is voor een bijzondere behandeling van deze nieuwe risico’s – derogerend aan het kennisvereiste (par. 4.2.11) – geen plaats, omdat de laedens niet met terugwerkende kracht mag worden afgerekend op risico’s waarop hij zijn gedrag redelijkerwijs niet heeft *kunnen* afstemmen. Eerst vanaf het moment waarop binnen de

217 Vgl. het cassatiemiddel van Eternit, sub 3.2.1, waar (tevergeefs) wordt gewezen op de aanvankelijke wetenschappelijke onzekerheid omtrent de gezondheidsrisico’s van verschillende soorten asbest en omtrent het verband tussen de wijze van asbestblootstelling en het concrete gezondheidsrisico.

218 Vgl. HR 17 februari 2006, *LJN AU6927*, *NJ* 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren/Heesbeen), r.o. 4.7, waarin werd geoordeeld dat een verwarmingsinstallatiebedrijf (mogelijk) niet aansprakelijk was voor de door haar werknemer opgelopen asbestziekte mesotheliom, gelet op de ten tijde van het dienstverband bestaande onzekerheid omtrent het verband tussen ‘duur en intensiteit’ van de asbestblootstelling en het concrete gezondheidsrisico. Zie in gelijke zin de annotatie van A.J. Van bij Rb. Zwolle (ktr.) 27 januari 2010, *LJN BL0950*, *JA* 2010, 49, sub 9.

219 Aldus ook (in een vergelijkbaar geval van ‘thuisbesmetting’) Hof Arnhem 11 mei 2010, *LJN BM5180*, *NJF* 2010, 270, r.o. 4.16. Vgl. voorts par. 3.6.4, waar bleek dat in de precontractuele sfeer een vergelijkbare ‘mededelingsplicht omtrent onzekerheid’ kan gelden.

220 Zie de conclusie van A-G Verkade bij HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 (Eternit/Horsting), sub 5.44.

maatschappelijke kring waartoe de laedens behoort, bekend is of geacht mag worden te zijn dat er sprake is van een maatschappelijk onverantwoord risico, kan van de laedens proactief handelen ter voorkoming van schade worden gevergd. Anderzijds blijkt uit het arrest dat voor een bijzondere behandeling van nieuwe risico's, op grond van het voorzorgsbeginsel of anderszins, ook geen *noodzaak* bestaat, omdat naar maatstaven van zorgvuldigheid reeds een proactieve omgang kan worden gevergd met risico's waarvan het bestaan vooralsnog onzeker is. Bij twijfel over de realiteit van een nieuw risico zal, zoals Van der Wiel terecht opmerkt, beslissend zijn of de heersende mate van onzekerheid van dien aard is dat het *redelijkerwijs onverantwoord* is daar niet naar te handelen.²²¹ Dat is de vertrouwde, contextgebonden maatstaf die in alle vraagstukken van zorgvuldigheid centraal staat (par. 4.2.10). Per saldo komt het (ook) hier aan op een beoordeling van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer.

4.2.16 Art. 6:162 lid 3: toerekenbaarheid

In par. 4.2.3 bleek reeds dat delictuele informatieplichten, behalve in het kader van de onrechtmatigheid, ook bij de beoordeling van de *toerekenbaarheid* een rol kunnen spelen. Het gaat hier met name om *onderzoeksplichten* aan de zijde van de laedens, die bewerkstelligen dat ook een in onwetendheid gepleegde onrechtmatige daad krachtens art. 6:162 lid 3 BW aan de laedens kan worden toegerekend.²²² Een klassieke illustratie wordt gevormd door de jurisprudentie over inbreuk op auteursrechten door uitvoerende musici. Reeds in 1920 oordeelde de Hoge Raad dat van degene die bij de uitvoering van een muziekstuk zijn medewerking verleent, onder omstandigheden 'gevorderd kan worden, dat hij onderzoekt of door de openbare uitvoering van dat stuk wellicht het auteursrecht van een derde wordt geschonden'.²²³ Onder het oude BW waren dergelijke onderzoeksplichten gesitueerd in het kader van het schuld-begrip,²²⁴ dat in de loop van de twintigste eeuw een steeds objectievere lading kreeg.²²⁵ Naar huidig recht kunnen de verkeersopvattingen van art. 6:162 lid 3 BW als grondslag dienen,²²⁶ al lijken de meeste feitenrechtters nog steeds

221 Van der Wiel 2007b, p. 58.

222 Zie voor een inventarisatie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 26 e.v.

223 Aldus HR 4 juni 1920, *NJ* 1920, 720 (accompagnateur), op p. 721. In casu achtte de Hoge Raad een dergelijke onderzoeksplicht overigens niet zonder meer gegeven, nu het ging om 'een accompagnateur, wiens taak vergeleken met die van den zanger, dien hij op de piano begeleidt, van zeer ondergeschikten aard kan zijn'.

224 Vgl. HR 18 juni 1920, *NJ* 1920, 797 (eveneens betreffende een muziekuivoering).

225 Vgl. Sieburgh 2000, p. 116 e.v.

226 In dit verband zij bedacht dat ook de precontractuele informatieplichten ex art. 6:228 BW veelal op de verkeersopvattingen worden gebaseerd (par. 2.2.3).

geneigd de hier bedoelde onderzoeksplichten te behandelen in het kader van de schuldvraag.²²⁷

Uit art. 6:162 lid 3 BW kunnen verder ook *waarschuwingsplichten* van de gelaedeerde worden afgeleid, in die zin dat een onrechtmatige daad verschoonbaar kan zijn, indien de laedens niet of onvoldoende door de gelaedeerde is geattendeerd op feiten of omstandigheden die voor het inzicht in de onrechtmatigheid van zijn gedraging van belang waren.²²⁸ Een zodanige waarschuwingplicht kan bijvoorbeeld worden gelezen in het arrest Staat/Van der Veen, waarin het ging om de aanvaring van een onverlichte boei door een binnenvaartschip. Volgens de Hoge Raad was de schipper jegens de Staat niet aansprakelijk voor de schade aan de boei, omdat 'de scheepvaart op de aanwezigheid en de verlichting van boeien mag vertrouwen, tenzij men er van op de hoogte is of behoort te zijn dat een boei niet aanwezig is of een licht niet brandt'. Kennelijk had de Staat de onwetende schipper in casu moeten waarschuwen voor de onverlichte toestand van de boei.²²⁹

Toegevoegde waarde hebben de hier bedoelde informatieplichten met name op het terrein van de rechtsinbreuk en de wetsschending. In par. 4.2.5 bleek reeds dat zij hier kunnen dienen ter nuancering van het objectieve karakter van deze beide onrechtmatigheidsrubrieken. Gegeven het wettelijke uitgangspunt dat rechtsinbreuk en wetsschending *eo ipso* onrechtmatig zijn, ongeacht de 'informatie context' van het onrechtmatige gedrag, kan de vraag of de dader wist c.q. behoorde te weten van enige kans op schade en of hij die kennis eventueel met het slachtoffer had moeten delen, respectievelijk de vraag of het slachtoffer in dit verband een eigen verantwoordelijkheid droeg, bij uitstek in het kader van de toerekening tot uitdrukking komen.²³⁰ Bij de schending van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, die naar hun aard reeds verweven zijn met de omstandigheden van het geval (par. 4.2.10), bestaat aan een dergelijke subjectivering achteraf doorgaans minder behoefte. Het meewegen van de informatie context behelst hier veelal een herhalingsoefening.²³¹

227 Vgl. Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 26 e.v.

228 Zie voor een inventarisatie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 22 e.v. (zie m.n. aant. 24).

229 HR 23 september 1977, NJ 1978, 100 m.nt. GJS (Staat/Van der Veen). Overigens ging deze waarschuwingplicht van de Staat niet zo ver, dat de schipper slechts aansprakelijk zou zijn indien hij zich daadwerkelijk *bewust* was geweest van het ontbreken van verlichting (zoals het hof in zijn met succes bestreden arrest had geoordeeld).

230 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 618.

231 Vgl. Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 90, die opmerken dat, uitgaande van 'ad hoc' geformuleerde zorgvuldigheidsnormen, 'van een aanvullend schuldvereiste nauwelijks sprake meer kan zijn'.

4.2.17 Vervolg; onrechtmatigheid vs. toerekenbaarheid

Gelet op het voorgaande wordt in de literatuur het wetssystematische onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid gerelativeerd.²³² Vooral de aanhangers van de leer Smits zien weinig ruimte voor deze tweedeling, aangezien in hun visie de contextgebonden zorgvuldigheid als alomvattend criterium voor onrechtmatigheid fungeert (par. 4.2.6). Hierboven bleek dat ik de rechtsinbreuk en de wetsschending als zelfstandige onrechtmatigheidsrubrieken beschouw, hetgeen impliceert dat ik in dit verband ook de toegevoegde waarde van het toerekenbaarheidsvereiste erken. Meer in het algemeen, ook in vraagstukken van zorgvuldigheid, zou ik willen pleiten voor een heldere afbakening van normschending en toerekening.²³³ Jurisprudentiële 'shortcuts', zoals het rechtstreeks baseren van aansprakelijkheid op de in het verkeer geldende opvattingen van art. 6:162 lid 3 BW,²³⁴ moeten mijns inziens worden vermeden. Instructief is de volgende passage bij Hofmann/Drion/Wiersma:

'Ook bij de ongeschreven normen heeft men te doen met een voor meer dan één geval geldende regel. Ook hier kan er plaats zijn voor overtreding van de norm zonder schuld, o.a. bij ontoerekeningsvatbaarheid, aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond of dwaling t.a.v. de feiten.'²³⁵

Deze erkenning van 'onzorgvuldigheid zonder schuld' is niet alleen van dogmatisch belang. Op grond van art. 6:162 jo. 3:296 BW kan immers een onrechtmatige daad als zodanig worden verboden, ongeacht de toerekenbaarheid.²³⁶ Voor de beoordeling van een verbodsvordering is dus de afbakening van het onrechtmatigheidsbegrip cruciaal.

Intussen rijst wel de vraag hoe het bedoelde onderscheid moet worden gemaakt, met name op het terrein van de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. De heersende leer gaat ervan uit dat onrechtmatigheid de daad kwalificeert en toerekenbaarheid het verband tussen daad en dader.²³⁷ Daaruit wordt afgeleid dat bij de vaststelling van onrechtmatigheid slechts objectieve omstandigheden mogen worden meegewogen, betrekking hebbende op de daad zelf, en dat subjectieve omstandigheden, betreffende de persoon van de dader, (eerst) in het kader van de toerekening aan de orde mogen komen. Dienovereenkomstig omschrijft Schut onrechtmatigheid als 'een moeten-vermijden,

232 Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 704; Verheij 2005, nr. 17.3; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 67.

233 Zie voor het navolgende betoog reeds Jansen 2007, p. 226-227.

234 Zie bijv. Rb. Maastricht 11 februari 2004, *NJF* 2004, 310, r.o. 3.4.

235 Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 90.

236 Zie TM, PG Boek 6, p. 613. Vgl. ook Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 103.

237 Zie bijv. Verheij 2005, nr. 12.1; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 105; en Sieburgh 2000, p. 81.

ongeacht de persoon van de dader' en toerekenbaarheid als 'een kunnen-vermijden, mede gelet op de persoon van de dader'.²³⁸ Ook Sieburgh pleit in haar proefschrift nadrukkelijk voor een dergelijke objectieve onrechtmatigheidstoetsing:

'Een gedraging is onrechtmatig als zij in strijd is met een norm die voor iedereen geldt. Kenmerken van de concrete dader komen in het kader van de toerekening aan de orde.'²³⁹

Het is de vraag of een zo strikte scheiding tussen daad en dader in de praktijk haalbaar is.²⁴⁰ Wenselijk is zij in elk geval niet. Zoals aan het slot van par. 4.2.10 werd opgemerkt, moet de invulling van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen juist ook met inachtneming van het (subjectieve) perspectief van de dader geschieden. De vraag of hij onder de gegeven omstandigheden meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, kan niet bevredigend worden beantwoord zonder aandacht te besteden aan de 'kenmerken van de concrete dader'. De vrees van Sieburgh dat aldus een zorgvuldigheidsnorm wordt aanvaard die niet 'voor iedereen geldt', is ongegrond. Door contextgebonden toetsing wordt immers gestreefd naar een maatstaf die voor iedere vergelijkbare persoon onder vergelijkbare omstandigheden heeft te gelden. Viney en Jourdain verwoorden dit fraai door te stellen dat 'le propre de l'homme raisonnable consiste précisément à ajuster son comportement aux circonstances auxquelles il se trouve confronté à chaque instant'.²⁴¹

Ongeschreven zorgvuldigheidsnormen zijn dus van nature aan subjectivering onderhevig.²⁴² Derhalve moet het strikte onderscheid tussen daad en dader, evenals de daarmee samenhangende strikt objectieve invulling van het onrechtmatigheidsbegrip, worden verworpen. Dat is intussen geen reden voor het verlaten van het klassieke onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid. Het moge zo zijn dat tussen lid 2 en lid 3 van art. 6:162 BW in vraagstukken van zorgvuldigheid geen waterscheiding bestaat, de overgang van de onrechtmatigheidstoetsing naar de toerekening markeert in dit verband wel degelijk een belangrijke wisseling van het *perspectief*. Bij de vraag naar de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm staat de verweten gedraging voorop. Subjectieve eigenschappen van de dader spelen hier slechts een ondersteunende rol, ter beantwoording van de 'hoofdvraag' of de dader onder de gegeven omstandigheden onzorgvuldig heeft gehandeld. Illustratief

238 Schut 1997, p. 37.

239 Sieburgh 2000, p. 81. De uitwerking van haar betoog volgt op p. 81-95, met een heldere samenvatting op p. 94-95.

240 Mij is – althans op het terrein van de zorgvuldigheidsnormen – geen jurisprudentie bekend waarin zij wordt gerealiseerd.

241 Viney & Jourdain 2006, nr. 464.

242 Vgl. Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 103; en Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 37. Zie ook par. 4.2.11 e.v. (over het kennisvereiste) en par. 4.4.3 e.v. (over zuiver nalaten).

is de bekende jurisprudentie over het profiteren van een wanprestatie, waarin kennis van de laedens als noodzakelijke, maar niet als voldoende voorwaarde voor onrechtmatigheid wordt beschouwd.²⁴³ Bij de *toerekening* van het onzorgvuldige gedrag komt de persoon van de dader in het volle licht te staan. Hier hebben diens subjectieve eigenschappen en intenties een zelfstandige – en in potentie doorslaggevende – betekenis. Weliswaar behoeven zij daarbij vaak geen afzonderlijke behandeling meer, omdat de toerekenbaarheid reeds besloten ligt in het contextgebonden zorgvuldigheidsoordeel, maar dat doet aan het belang van de geschetste perspectiefwisseling niet af. Zónder erkenning daarvan zou immers de enkele kwade intentie of laakbare geestesgesteldheid reeds voldoende kunnen zijn voor het aannemen van aansprakelijkheid. Terecht wordt een zodanige zuiver subjectieve aansprakelijkheid in de literatuur verworpen.²⁴⁴

4.2.18 Tussenconclusie

Hierboven is gebleken dat delictuele informatieplichten zich met name voordoen op het terrein van de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Het gaat daarbij telkens om de vraag of de laedens meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, door de gelaedeerde niet tegen diens eigen onwetendheid of onoplettendheid in bescherming te nemen (par. 4.2.10). Voor het aannemen van onzorgvuldigheid wegens schending van een informatieplicht is tenminste vereist dat de laedens wist of behoorde te weten van de betrokken risico's (par. 4.2.11 e.v.). Dat geldt ongeacht of die risico's nieuw of klassiek, onzeker of waarschijnlijk, wetenschappelijk omstreden of onomstotelijk bewezen waren (par. 4.2.13 e.v.). Is aan het hier bedoelde kennisvereiste voldaan, dan dient een contextgebonden toetsing aan de normen van maatschappelijke zorgvuldigheid vervolgens uit te wijzen, welke veiligheidsmaatregelen in concreto redelijkerwijze van de laedens konden worden verlangd. De gerechtvaardigde verwachtingen van laedens en gelaedeerde zijn in dat verband beslissend (par. 4.2.10).

Tegen deze achtergrond worden in de navolgende paragrafen de delictuele informatieplichten uit hoofde van de maatschappelijke zorgvuldigheid geanalyseerd. De *waarschuwingsplicht* van de laedens komt, als meest prominente variant, allereerst aan bod (par. 4.3.1 e.v.). De nauw daarmee samenhangende *onderzoekspflicht* van de laedens volgt in par. 4.3.9 e.v. De eigen *onderzoekspflicht van de gelaedeerde* komt, als complement van waarschuwingsplicht en onderzoekspflicht van de laedens, aan bod in par. 4.3.12 e.v. Over de *verhouding* tussen de waarschuwingsplicht van de laedens enerzijds en de onderzoekspflicht van de gelaedeerde anderzijds handelen par. 4.3.15 e.v.

243 Zie de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel), aant. 122.

244 Zie bijv. Sieburgh 2000, p. 156; en Nieuwenhuis 2003, p. 67.

De analyse wordt toegespitst op het zorgvuldigheidsvraagstuk. Dit betekent dat het onrechtmatigheidsvereiste als grondslag voor delictuele informatieplichten centraal staat (art. 6:162 lid 2 BW). Aan de vereisten van toerekenbaarheid (art. 6:162 lid 3 BW) en relativiteit (art. 6:163 BW) wordt hieronder geen afzonderlijke aandacht meer besteed,²⁴⁵ aangezien zij – alhans waar het de toepassing van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen betreft – een nauwe samenhang met de onrechtmatigheid vertonen.²⁴⁶

4.3 ONRECHTMATIGE DAAD; INFORMATIEPLICHTEN

4.3.1 Waarschuwingplicht van de laedens

Volgens de hedendaagse opvattingen spreekt het min of meer vanzelf dat uit de maatschappelijke zorgvuldigheid van art. 6:162 lid 2 BW onder omstandigheden waarschuwingplichten kunnen worden afgeleid. Vooral op het terrein der gevaarstelling neemt de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm dikwijls de vorm aan van een waarschuwingplicht: een actieve zorgplicht van de laedens, strekkend tot bescherming van de onwetende gelaedeerde tegen diens eigen onoplettendheid.²⁴⁷ Vanuit een historisch perspectief is dat niet vanzelfsprekend. Van oudsher wordt namelijk de waarschuwingplicht veeleer gebruikt ter *negatieve* afbakening van het onrechtmatigheidsoordeel. Illustratief is het betoog van Meijers anno 1935, dat 'het niet-opvolgen van gegeven waarschuwingen of algemeene veiligheidsvoorschriften door den benadeelde' een 'ongeschreven rechtvaardigingsgrond' kan opleveren, in verband met de gedachte 'dat men mag handelen met een grooter gevaar voor de onrechtmatig of roekeloos handelende persoon, dan onder normale omstandigheden toegelaten is'.²⁴⁸ De in par. 4.1.1 geciteerde passage uit de Digesten getuigt van dezelfde klassieke benadering: de bomensnoeier is aansprakelijk voor het laten vallen van een tak, *tenzij* hij passanten op afdoende wijze waarschuwt. Het waarschuwen doet de onrechtmatigheid vervallen. Van een positieve 'waarschuwingplicht', die de onrechtmatigheid *fundeert*, is (nog) geen sprake. Sinds de tweede helft van de twintigste eeuw is in de jurisprudentie een nieuwe, meer onomwonden benadering waarneembaar (vgl. par. 2.1.3). Hoewel de waarschuwing nog altijd wel als rechtvaardigingsgrond wordt gehanteerd,²⁴⁹ wordt het onrechtmatigheidsoordeel tegenwoordig, alhans in vraagstukken

245 Zie over de betekenis van deze vereisten voor de delictuele informatieplichten par. 4.2.3, 4.2.5 en 4.2.16.

246 Over de samenhang van onrechtmatigheid en toerekening handelt par. 4.2.17. Zie over de samenhang van onrechtmatigheid en relativiteit HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 m.nt. CJHB (Staat/Shell), r.o. 3.8.4.

247 Zie voor diverse voorbeelden Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.5.

248 Meijers 1935-1936, p. 580.

249 Zie de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 229.

van maatschappelijke zorgvuldigheid,²⁵⁰ steeds vaker *rechtstreeks* gekoppeld aan de vraag of een waarschuwing is verstrekt. De waarschuwingsplicht fungeert aldus zélf als de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm.

Tegen een dergelijke 'directe werking' van waarschuwingsplichten in het kader van de maatschappelijke zorgvuldigheid bestaat weinig bezwaar, zolang de klassieke functie van de waarschuwing als rechtvaardigingsgrond niet geheel uit het oog wordt verloren.²⁵¹ Voor de meeste delictuele waarschuwingsplichten geldt dat zij een afgeleid karakter hebben, in die zin dat zij hun gelding ontlenen aan het risicovolle gedrag van de laedens dat eraan vooraf is gegaan (par. 2.4.1). Een bomensnoeier hoeft niet 'van anderen' te roepen omdat passanten het recht hebben te weten wanneer hij zijn takken neergooit. De ratio van deze waarschuwingsplicht is dat passanten gevrijwaard dienen te blijven van onverantwoorde risico's, waarop zij hun gedrag redelijkerwijs niet kunnen afstemmen. Dienovereenkomstig is hier onrechtmatig niet zozeer het nalaten van een waarschuwing voor vallende takken, als wel het afzagen van een tak boven het hoofd van nietsvermoedende passanten. De hedendaagse focus op de vraag of voor eenmaal gecreëerde risico's is gewaarschuwd, mag er dus niet toe leiden dat de aandacht geheel verschuift van de primaire schadeveroorzakende gedraging naar het 'risicomanagement' dat daarop (al dan niet) is gevolgd.²⁵² Het gaat hier tenslotte om de vraag wat de laedens in termen van risicoschepping heeft *gedaan*, niet om hetgeen hij in termen van informatieverstrekking heeft *nagelaten*. In de (lagere) rechtspraak lijkt dit uitgangspunt soms te worden miskend.²⁵³

Het voorgaande is niet alleen van principiële betekenis, maar heeft ook praktische consequenties op het processuele vlak. Wanneer men de delictuele waarschuwingsplicht presenteert als de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm zelve, volgt uit de hoofdregel van art. 150 Rv dat de gelaedeerde de bewijslast draagt van de schending daarvan en van het bestaan van causaal verband

250 Het laat zich aanzien dat in gevallen van rechtsinbreuk en wetsschending, waarin de onrechtmatigheid in beginsel gegeven is, de waarschuwing als rechtvaardigingsgrond ook heden ten dage nog een praktische meerwaarde biedt. Vgl. (voor wat betreft de rechtsinbreuk) par. 4.2.5.

251 Vgl. Eijsbouts 1993, p. 515 e.v., die meer in het algemeen de ontwikkeling van positief geformuleerde zorgvuldigheidsnormen bekritiseert. Zie voor een nadere bespreking van zijn betoog par. 2.1.4.

252 Zie par. 5.3.1 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

253 Zie bijv. Hof Arnhem 26 mei 2009, *LJN* BJ0833, *NJF* 2009, 357, r.o. 4.7, waarin het hof eerst een waarschuwingsplicht van de exploitant van een pompstation aanvaardt (omtrent het gevaar van losliggende pompplanken), vervolgens constateert dat causaal verband tussen de schending daarvan en de geleden schade ontbreekt (het slachtoffer zou toch wel zijn gestruikeld) en ten slotte de vordering afwijst zonder nog (kenbare) aandacht te besteden aan de mogelijkheid van andere voorzorgsmaatregelen. Vgl. ook par. 4.3.13, met verwijzing naar Hof Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* BN0792.

tussen schending en schade.²⁵⁴ Bij betwisting door de laedens zal de gelaedeerde dus in beginsel moeten bewijzen dat hij *niet* gewaarschuwd is en dat, ware dat wél gebeurd, de schade zou zijn *uitgebleven*. In de meeste gevallen van schadeveroorzaking door onzorgvuldig gedrag is dat geen logische verdeling van de bewijslast. Zo ligt het bij letsel door gevaarstelling veeleer voor de hand om, conform de klassieke benadering, de gelaedeerde te belasten met het bewijs van het gevaarzettend handelen en de laedens vervolgens (zo nodig) toe te laten tot het bewijs van een afdoende waarschuwing.²⁵⁵ Evenzo ligt het voor de hand om hier in beginsel causaliteit aan te nemen, indien de gelaedeerde heeft bewezen of voorshands voldoende aannemelijk is dat tussen het ontstane letsel en de gevaarstelling als zodanig oorzakelijk verband bestaat. De vraag of een eventuele waarschuwing als voorzorgsmaatregel effect zou hebben gesorteerd, behoort vervolgens tot de bewijslast van de laedens, die immers de noodzaak tot waarschuwen in het leven heeft geroepen.²⁵⁶ Met in achtneming van deze processuele kanttekening wordt in de nu volgende paragrafen de delictuele waarschuwingsplicht, conform hedendaags gebruik, als autonome zorgvuldigheidsnorm gepresenteerd.

4.3.2 Vervolg; vereisten

Anders dan de precontractuele mededelingsplicht bij dwaling (art. 6:228 lid 1 sub b BW) is de delictuele waarschuwingsplicht uit hoofde van de maatschappelijke zorgvuldigheid niet met zoveel woorden in de wet vastgelegd. De aanvaarding van waarschuwingsplichten in het kader van art. 6:162 BW verloopt dientengevolge niet volgens een vast patroon. Nu de achterliggende problematiek van informatievergaring en -verstrekking in essentie dezelfde is als bij dwaling,²⁵⁷ ligt het voor de hand hier tot op zekere hoogte aansluiting te zoeken bij het rijke leerstuk dat daaromtrent in het contractenrecht is opgebouwd. Daarvoor bestaat temeer aanleiding, nu met name de jurisprudentie

254 Aldus bijv. (voor wat betreft de uit de bijzondere zorgplicht van een bank voortvloeiende waarschuwingsplicht) HR 11 juli 2008, *LJN* BC8967, *RvdW* 2008, 749 (Eiser c.s./Fortis), r.o. 4.3.

255 *Anders* Rb. Haarlem 7 april 2010, *LJN* BM0511, *JA* 2010, 69, waarin eiseres, die met haar hoofddoek bekneld was geraakt in het mechaniek van een 'kart', m.i. ten onrechte werd belast met het bewijs van de stelling dat de exploitant van de kartbaan niet had gewaarschuwd voor het onderhavige risico.

256 Vgl. (buiten het terrein der gevaarstelling) HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 5.5.3, waar de Hoge Raad oordeelt dat bij schending van een waarschuwingsplicht door een financiële dienstverlener het causaal verband in de zin van art. 6:162 BW in beginsel is gegeven.

257 Men kan de 'dwaling', opgevat in haar neutrale betekenis van een onjuiste voorstelling van zaken, beschouwen als een algemeen privaatrechtelijk fenomeen, dat in reikwijdte de grenzen van art. 6:228 BW verre te buiten gaat. Vgl. Drion 1972, die bijv. ook dwaling bij onrechtmatige daad bespreekt.

op het terrein der gevaarzetting reeds de voor deze aansluiting benodigde ingrediënten bevat. In par. 4.2.10 werd uit die jurisprudentie afgeleid dat de *gerechtvaardigde verwachtingen* van partijen kunnen dienen als maatstaf voor het aannemen van delictuele informatieplichten over en weer. Deze maatstaf vertoont een significante gelijkenis met de tweezijdige benadering die in het contractenrecht wordt gehanteerd ter invulling van de precontractuele informatieplichten bij dwaling (par. 3.5.4). Het laat zich aanzien dat op die basis een zekere onderlinge afstemming van (pre)contractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingplichten mogelijk is, gegeven het feit dat de beide informatieplichten voortvloeien uit het ongeschreven recht (respectievelijk uit de precontractuele goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid).²⁵⁸

De precontractuele mededelingsplicht bij dwaling is, zo bleek in par. 3.6.1, onderworpen aan een drietal 'basisvereisten', die alle betrekking hebben op de kennis van de wederpartij van de dwalende. Voor een geslaagd beroep op art. 6:228 lid 1 sub b BW is vereist dat de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of geacht mocht worden te zijn met respectievelijk (i) de feiten waaromtrent werd gedwaald, (ii) het causaal verband tussen die dwaling en de gesloten overeenkomst en (iii) de mogelijkheid van een dwaling. In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt op vergelijkbare wijze gewicht toegekend aan de kennis van de aangesproken partij, zoals bleek in par. 4.2.11. Het delictuele kennisvereiste kan tegen de achtergrond van het dwalingsleerstuk nader worden gespecificeerd, speciaal voor gevallen van onzorgvuldigheid wegens schending van een waarschuwingplicht. Voor het aannemen van een delictuele waarschuwingplicht is dan vereist dat de laedens (i) wist of behoorde te weten van het *risico* waarvoor hij diende te waarschuwen, (ii) wist of behoorde te weten van de (potentiële) *schade* door verwezenlijking daarvan en (iii) rekening moest houden met *onoplettendheid* aan de zijde van de gelaedeerde. Deze driedeling is in lijn met de (eerste drie) Kelderluikfactoren, die in de jurisprudentie over gevaarzetting thans reeds fungeren als vaste maatstaf voor het aannemen van waarschuwingplichten omtrent gevaar (par. 4.3.5). Buiten het gevaarzettingsleerstuk kan mijns inziens gevoeglijk van dezelfde basisvereisten worden uitgegaan,²⁵⁹ nu zij verwijzen naar de premissen die logischerwijze aan *iedere* plicht tot informatieverstrekking ten grondslag liggen: kennis omtrent de mede te delen informatie en kennis omtrent de relevantie daarvan (par. 5.3.3).

In het dwalingsleerstuk fungeren de basisvereisten voor het aannemen van een mededelingsplicht als 'voortraject' van de contextgebonden afweging die

258 Zie par. 5.4.3 e.v. voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief). Zie over de verhouding tussen precontractuele goede trouw en maatschappelijke zorgvuldigheid par. 2.2.4.

259 Vgl. par. 4.1.3, waar meer in algemene zin werd betoogd dat het gevaarzettingsleerstuk goede aanknopingspunten biedt voor een samenhangende beschouwing van het zorgvuldigheidsvraagstuk als geheel.

bij de toetsing aan de verkeersopvattingen – als exponent van de precontractuele redelijkheid en billijkheid²⁶⁰ – centraal staat (par. 3.6.1). In het aansprakelijkheidsrecht kan van een vergelijkbaar model worden uitgegaan. De hier vereiste kennis van de laedens vormt een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor onrechtmatigheid (par. 4.2.11). Dienovereenkomstig impliceert het feit dat de laedens bekend was of behoorde te zijn met het betrokken risico, de dreigende schade en de potentiële onoplettendheid van het slachtoffer, als zodanig niet dat hij daarvoor had moeten waarschuwen.²⁶¹ Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of de laedens, door een waarschuwing achterwege te laten, meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was (par. 4.2.10). Bijgevolg moet aan de drie basisvereisten een vierde vereiste worden toegevoegd, dat op één lijn kan worden gesteld met de verkeersopvattingen uit het dwalingsleerstuk. Gezien het wettelijk kader van de onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 2 BW) ligt het voor de hand hier de *maatschappelijke zorgvuldigheid* als criterium te hanteren.²⁶² Per saldo gaat het dan om de vraag of de laedens, gegeven zijn kennis omtrent (i) het betrokken risico, (ii) de dreigende schade en (iii) de potentiële onoplettendheid van het slachtoffer, (iv) naar maatstaven van zorgvuldigheid was gehouden tot een waarschuwing.

4.3.3 Vervolg; basisvereisten

De drie basisvereisten voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht, zoals in de voorgaande paragraaf geïntroduceerd, hebben in hun totaliteit betrekking op de voorzienbaarheid van de belangenaantasting. Onder die noemer zijn zij reeds besproken in par. 4.2.11, bij de behandeling van het kennisvereiste. Aldaar werd opgemerkt dat de laedens niet slechts het potentiële risico, maar ook de dreigende verwezenlijking daarvan moet hebben voorzien. Dat laatste element komt hier meer expliciet tot uitdrukking in de vereisten (ii) en (iii). Uitgaande van de kenbaarheid van het betrokken risico kan het nalaten van een waarschuwing eerst kwalificeren als onzorgvuldig, indien vaststaat dat de laedens ook de dreigende schade heeft voorzien en bovendien begreep of behoorde te begrijpen dat het slachtoffer daarop (mogelijk) onvoldoende bedacht zou zijn.²⁶³ Voor risico's die wel kenbaar maar niet reëel zijn, hetzij omdat er geen voorzienbare schade uit voortvloeit, hetzij

260 Zie nader over de verhouding tussen redelijkheid en billijkheid enerzijds en verkeersopvattingen anderzijds par. 2.2.3.

261 Vgl. par. 3.6.1, alwaar werd betoogd dat uit het feit dat aan de drie basisvereisten is voldaan, niet reeds – ook niet in beginsel – een mededelingsplicht bij dwaling mag worden afgeleid.

262 Keuze voor de verkeersopvattingen zou hier kunnen leiden tot een ongewenste vertroebeling van het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid, aangezien art. 6:162 lid 3 BW de 'in het verkeer geldende opvattingen' als maatstaf voor *toerekening* presenteert. Zie nader par. 4.2.17.

263 Vgl. (instemmend) Giesen 2004, p. 38.

omdat mag worden verwacht dat potentiële slachtoffers er zélf reeds voldoende op zullen anticiperen, behoeft niet te worden gewaarschuwd, omdat het nalaten van een waarschuwing hier niet redelijkerwijs onverantwoord is (par. 4.2.10).²⁶⁴

Vergeleken met het eerste basisvereiste, betreffende de kenbaarheid van het risico, is de praktische betekenis van de twee andere basisvereisten, betreffende de kenbaarheid van de dreigende verwezenlijking daarvan, relatief gering. Vereiste (ii), om te beginnen, is in de praktijk aan een hoge mate van *generalisering* onderhevig (par. 4.2.12). Voor het aannemen van onzorgvuldigheid volstaat in de regel aan de zijde van de laedens een zeer globale vorm van kennis omtrent de potentiële schade.²⁶⁵ Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest over psychiatrische kliniek ‘t Ruige Veld’, waarin het ging om aansprakelijkheid van de kliniek voor brandstichting door een ontsnapte patiënte, dat reeds het feit dat aan het weglomen van de patiënte een verhoogd gevaar voor ‘enigerlei schade aan derden’ was verbonden, voor de kliniek een reden had moeten zijn om nadere maatregelen ter voorkoming van het weglomen te treffen. Kenbaarheid van de in concreto geleden schade en van de precieze toedracht ervan werd niet noodzakelijk geacht.²⁶⁶

Vereiste (iii), betreffende de kenbaarheid van de onoplettendheid van potentiële slachtoffers, is in de praktijk eveneens van geringe betekenis, omdat in dit verband een hoge mate van *objectivering* (par. 4.2.12) bewerkstelligt dat vele vormen van onoplettendheid achteraf als ‘voorzienbaar’ kunnen worden bestempeld.²⁶⁷ Dit blijkt vooral op het terrein der gevaarzetting, waar de laedens volgens vaste jurisprudentie in aanmerking dient te nemen dat niet alle slachtoffers ‘steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten’.²⁶⁸ Deze verplichting tot anticipatie op onvoorzichtigheid, die in het verleden overigens niet altijd vanzelfsprekend is geweest (par. 2.1.3), volgt goed beschouwd uit de aard van de verweten gedraging. Gevaarzetting behelst immers (normaliter) niet een rechtstreekse belangenaantasting, maar enkel het in het leven roepen van een situatie ‘welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is’.²⁶⁹ Het spreekt min of meer vanzelf dat bij de invulling van de desbetref-

264 Aldus ook Schut 1974, p. 25.

265 Zie Jansen 2006, p. 20. Vgl. ook de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.3, 2.8.

266 HR 12 mei 1995, *NJ* 1996, 118 m.nt. JdB (‘t Ruige Veld), r.o. 3.7.

267 Overigens is in dit verband ook *generalisering* mogelijk. Vgl. HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2, besproken in par. 4.6.4.

268 Aldus HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis), r.o. 3.3. Zie voorts de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.8.2 e.v.

269 Aldus HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik). Vgl. ook Tjong Tjin Tai 2006, p. 154.

fende zorgvuldigheidsnorm een zekere mate van onvoorzichtigheid van de kant van het slachtoffer wordt ingecalculeerd.²⁷⁰

Hiermee is niet gezegd dat vereiste (iii) in feite illusoir is. Zodra namelijk aan de zijde van het slachtoffer sprake is van een mate van onvoorzichtigheid die uitstijgt boven hetgeen de laedens redelijkerwijs moest verwachten, kan van onrechtmatigheid geen sprake (meer) zijn, omdat dan niet kan worden gezegd dat de laedens meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was.²⁷¹ Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest Gekantelde vrachtwagen dat de beheerder van een onverharde, smalle verbindingsweg niet behoefde te waarschuwen voor het risico dat een brede en zware vrachtwagen op die weg zou wegzakken en kantelen, indien 'ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk had moeten zijn dat deze weg voor het gebruik daarvan door een zware vrachtwagencombinatie – hoogstwaarschijnlijk – ongeschikt was.'²⁷² Hartlief betoogt naar aanleiding van het arrest dat de laedens 'zijn zorg moet afstemmen op wat, gegeven wat hij weet en dus kan verwachten, 'normaal' is in de zin van een reëel scenario, niet dat hij gehouden is zijn zorg af te stemmen op de mogelijkheid dat een enkele 'gek' de getroffen maatregelen niet op juiste waarde weet te schatten.'²⁷³ Toegespitst op de delictuele waarschuwingsplicht is deze visie bij uitstek behartigenswaardig; met oeverloze 'common sense warnings' is niemand gebaat (par. 4.3.13).

In par. 3.6.2 werd, ten aanzien van de mededelingsplicht bij dwaling, gepleit voor een terughoudende mate van objectivering van de drie basisvereisten, in verband met hun preliminaire karakter. In het aansprakelijkheidsrecht kan iets dergelijks worden betoogd. Hoewel bij de vaststelling van de kennis van de laedens in het algemeen ruimte bestaat voor objectivering (par. 4.2.12), mag die objectivering hier mijns inziens niet resulteren in de toepassing van een *onderzoekspflicht*.²⁷⁴ De basisvereisten voor het aannemen van een waarschuwingsplicht betreffen immers het voortraject van de onrechtmatigheidstoetsing. Een contextgebonden beoordeling van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer moet uiteindelijk uitwijzen of de laedens naar maatstaven van zorgvuldigheid was gehouden tot een waarschuwing. Wordt reeds in het voortraject een 'onderzoekspflicht' uit hoofde van de waarschuwingsplicht' aanvaard, dan dreigt een soort exponentiële objectivering, die de menselijke

270 Vgl. Van Dam 2000, nr. 822. Zie over de hier bedoelde 'anticipatieplicht' ook Behiç 2008, p. 143 e.v.

271 Zie in die zin bijv. Hartlief 2004a, p. 871; Verheij 2005, nr. 16; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.8.5.

272 HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.7, besproken in par. 4.4.7.

273 Hartlief 2004a, p. 871. Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Spier voor het arrest 'Gekantelde vrachtwagen', sub 3.11 en 3.22.

274 Zie meer in het algemeen over de onderzoekspflicht als verschijningsvorm van objectivering par. 5.2.6.

maat overstijgt. De verplichting tot waarschuwen wordt dan afgeleid uit de verplichting tot het doen van onderzoek. Wil men recht doen aan de idee van gedragsnormering, zoals in par. 4.2.12 werd bepleit, dan kunnen zulke redeneringen – die overigens ook niet uitblinken in inzichtelijkheid – beter worden vermeden.²⁷⁵ Dat wil niet zeggen dat naar maatstaven van zorgvuldigheid op de laedens nooit een onderzoeksplicht kan rusten. Een dergelijke onderzoeksplicht kan echter naar mijn mening slechts worden aanvaard, indien vaststaat dat de laedens tenminste de *dreiging* van een belangenaantasting door verwezenlijking van een vooralsnog onbekend, nader te onderzoeken risico heeft (moeten) voorzien (par. 4.3.9).

4.3.4 Vervolg; gezichtspunten

In het dwalingsleerstuk wordt de precontractuele mededelingsplicht, na afwikkeling van de drie basisvereisten, ingevuld door een contextgebonden toetsing aan de verkeersopvattingen. In par. 3.6.3 bleek dat de gezichtspunten die bij deze toetsing centraal staan, in drie categorieën kunnen worden ingedeeld. Zij hebben telkens betrekking op (i) de aard van de rechtsverhouding, (ii) de aard van de mede te delen informatie en (iii) de aard van de betrokken belangen. Bij de invulling van de delictuele waarschuwingsplicht aan de hand van de maatschappelijke zorgvuldigheid kan mijns inziens van dezelfde drie categorieën van gezichtspunten worden uitgegaan. Illustratief is art. 4:102(1) PETL,²⁷⁶ waar de ‘required standard of conduct’ in algemene zin als volgt wordt omschreven:

‘The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.’

Uit de verwijzing naar de deskundigheid van de laedens (‘the expertise to be expected’) en zijn relatie met het slachtoffer (‘the relationship of proximity or special reliance between those involved’) blijkt het belang van het eerste gezichtspunt, de aard van de rechtsverhouding. Het tweede gezichtspunt, de aard van de informatie waarvoor moet worden gewaarschuwd, ligt besloten in de verwijzing naar de ernst van het gevaar (‘the dangerousness of the activity’) en de voorzienbaarheid van de schade (‘the foreseeability of the

²⁷⁵ Vgl. Tjong Tjin Tai 2007, p. 2545, die – m.b.t. gevallen van ‘zuiver nalaten’ (par. 4.4.3) – opmerkt dat de laedens geen uitvoering kan geven aan een waarschuwingsplicht indien hij niet daadwerkelijk weet dat er iets is om voor te waarschuwen.

²⁷⁶ Zie daarover nader par. 2.9.4.

damage').²⁷⁷ Het derde gezichtspunt, de aard van de betrokken belangen, wordt met zoveel woorden vooropgesteld ('the nature and value of the protected interest involved') en komt ook tot uitdrukking aan het slot, bij de bezwaarlijkheid van de te treffen voorzorgsmaatregelen ('the availability and the costs of precautionary or alternative methods').

Het belang van de drie (categorieën van) gezichtspunten vindt bevestiging in de jurisprudentie. De *aard van de rechtsverhouding*, om te beginnen, lijkt op het eerste gezicht wellicht een minder passend criterium voor de beoordeling van de primair 'feitelijke' relatie tussen dader en slachtoffer van een onrechtmatige daad,²⁷⁸ maar blijkt bij nader inzien ook in de delictuele sfeer vaak bijzonder relevant. Zonneklaar is dat bijvoorbeeld indien de zorgplicht van de laedens (mede) wordt beheerst door een contractuele rechtsverhouding, zoals op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten (par. 4.6.2) en de bancaire aansprakelijkheid voor riskante financiële transacties (par. 4.8.3). Maar ook bij afwezigheid van een dergelijke (pre)contractueel getinte relatie worden de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen, die in dit verband immers beslissend zijn (par. 4.2.10), vanzelfsprekend door hun onderlinge verhouding beïnvloed. Reeds in 1929 betoogde Van Brakel: 'men kan de vraag wat maatschappelijk behoorlijk is, toch slechts beantwoorden als men ook rekening houdt met de omstandigheden, waarin de dader verkeerde en de bijzonderheden van zijn verhouding tot den benadeelde'.²⁷⁹

Dienovereenkomstig heeft bij letsel door sport en spel volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel te gelden, omdat deelnemers aan sport en spel 'in redelijkheid tot op zekere hoogte gevaarlijke, slecht gecoördineerde, verkeerd getimede of onvoldoende doordachte handelingen of gedragingen waartoe die activiteit uitlokt of die daarin besloten liggen, van elkaar moeten verwachten'.²⁸⁰ Evenzo zijn er aanwijzingen dat de Hoge Raad in geval van kleinschalige ongelukken in de privésfeer terughoudend is met het aannemen van aansprakelijkheid, kennelijk in verband met de bijzondere rechtsverhouding die tussen familieleden, vrienden en intimi kan bestaan.²⁸¹ Voorts is er jurisprudentie waaruit blijkt dat de hoedanigheid van de potentiële slachtoffers relevant kan zijn voor de

277 Vgl. de toelichting bij art. 4:102 PETL, p. 78 (Widmer).

278 Vgl. par. 2.2.4, aan het slot, waar werd betoogd dat ook in de delictuele sfeer kan worden gesproken van een (door de maatschappelijke zorgvuldigheid beheerste) *rechtsverhouding* tussen de betrokken partijen.

279 Van Brakel 1929, p. 10.

280 Aldus HR 28 maart 2003, NJ 2003, 718 m.nt. CJHB onder 719 (Witmarsumer Merke), r.o. 3.7. Zie voorts de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 93.2.

281 Zie bijv. HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 m.nt. JH (Verhuizende zusjes). Vgl. ook de bijbehorende NJ-annotatie van Jac. Hijma, sub 5. Zie voorts de jurisprudentie en literatuur, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 95.4.

invulling van de geldende zorgvuldigheidsnorm.²⁸² Indien de laedens bijvoorbeeld rekening moest houden met de aanwezigheid van extra kwetsbare slachtoffers, zoals bij gevaarzetting ten opzichte van jonge kinderen,²⁸³ kan er aanleiding zijn voor een verscherpt aansprakelijkheidsregime.

Sinds enkele jaren lijkt de Hoge Raad het belang van de delictuele rechtsverhouding uitdrukkelijk te onderkennen, nu hij in zijn arrest Bildtpollen/Miedema de Kelderluikfactoren heeft uitgebreid met de ‘aard van de gedraging’ als vijfde gezichtspunt.²⁸⁴ De formulering is waarschijnlijk ontleend aan Van Dam, die eerder al op dit gezichtspunt had gewezen ter verklaring van de terughoudende rechtspraak op het gebied van bijvoorbeeld de ongelukkige samenloop van omstandigheden en sport en spel.²⁸⁵ In de literatuur is positief gereageerd op de omarming van het nieuwe gezichtspunt door de Hoge Raad.²⁸⁶ Inderdaad schuilt er een meerwaarde in, zij het dat de formulering naar mijn smaak onvoldoende geprofileerd is.²⁸⁷ De pleitbezorgers hebben kennelijk – en op zichzelf terecht – voor ogen dat de schadeveroorzakende gedraging in zijn (sportieve, particuliere of anderszins bijzondere) *context* moet worden beschouwd. Die context kan echter bezwaarlijk als gezichtspunt dienen, omdat deze het overkoepelende beoordelingskader in vraagstukken van zorgvuldigheid vormt (par. 4.2.10). In het Kelderluik-arrest overwoog de Hoge Raad dat ‘alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval’ kan worden beoordeeld of een schadeveroorzakende gedraging in strijd is met een veiligheidsnorm.²⁸⁸ Dat nu in dit verband de ‘aard’ van die gedraging moet worden meegewogen is nauwelijks een relevante verbijzondering, eerder een open deur. Het specifieke aspect waarop kennelijk wordt gedoeld, is de aard van de *rechtsverhouding* tussen laedens en gelaedeerde, waaraan de gedraging haar bijzondere kleur ontleent. Dat is het gezichtspunt dat hierboven werd vooropgesteld.

Het tweede gezichtspunt ziet op de *aard van de betrokken informatie*, dat wil zeggen – vertaald naar de delictuele context – de aard van het risico waarvoor de potentiële slachtoffers dienden te worden gewaarschuwd. In het licht van de Kelderluikfactoren zal in dit verband niet alleen de *omvang* van dat risico relevant zijn, derhalve de waarschijnlijkheid van de verwezenlijking ervan en de ernst van de te verwachten gevolgen, maar ook de *kenbaarheid* van dat risico voor de betrokken partijen. Als vuistregel kan worden aanvaard

282 Zie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.7.

283 Zie bijv. HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 m.nt. CJHB (Laadschop). Zie voorts de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 95.2.

284 Zie HR 7 april 2006, LJN AU6934, NJ 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3, besproken in par. 4.3.11.

285 Zie Van Dam 2000, nr. 811, aangehaald door P-G Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest Bildtpollen/Miedema, sub 19. Zie in gelijke zin reeds Van Dam 1989, p. 210.

286 Zie bijv. Hartlief 2007a, p. 116; en Van der Wiel 2007a, p. 180.

287 Vgl. Hartlief 2007a, p. 116, die de formulering eveneens ‘minder treffend’ acht.

288 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

dat de waarschuwingsplicht zich eerder aandient, naarmate de kans op verwezenlijking van het betrokken risico c.q. de ernst van de dreigende schade toeneemt, terwijl omgekeerd het aannemen van een waarschuwingsplicht minder voor de hand ligt, naarmate het risico (ook) voor de potentiële slachtoffers eenvoudiger traceerbaar was (vgl. par. 4.3.12 e.v.). Een en ander is in overeenstemming met het dwalingsleerstuk, waar behalve het belang van de te verstrekken informatie ook de traceerbaarheid ervan relevant wordt geacht voor de invulling van de precontractuele mededelingsplicht (par. 3.6.3).

Het derde gezichtspunt, de *aard van de betrokken belangen*, bleek in de hierboven geciteerde omschrijving van de 'required standard of conduct' uit art. 4:102 PETL van bijzonder belang. De gerechtvaardigde belangen van het slachtoffer, waarmee die omschrijving begint,²⁸⁹ en de gerechtvaardigde belangen van de dader, waarmee zij eindigt, markeren als het ware de onder- en de bovengrens van de zorgvuldigheidsnorm. Dat wordt bevestigd door de jurisprudentie op het terrein der gevaarzetting. De Kelderluikfactoren, die hier sinds 1965 gemeengoed zijn,²⁹⁰ strekken immers tot het uitvoeren van de hier bedoelde belangenafweging. De eerste drie Kelderluikfactoren, betreffende de waarschijnlijkheid van onoplettendheid, de kans op ongevallen en de ernst van de voorzienbare schade, zien primair op de belangen van het *slachtoffer*. Als zodanig zijn zij van *positieve* betekenis voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Naarmate de kans op ernstige schade groeit, ligt ook het aannemen van onzorgvuldigheid meer voor de hand. De vierde Kelderluikfactor, betreffende de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen, heeft primair betrekking op de belangen van de *dader*. Deze Kelderluikfactor is dienovereenkomstig van *negatieve* betekenis voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Naarmate het treffen van voorzorgsmaatregelen bezwaarlijker is, ligt het aannemen van onzorgvuldigheid wegens het achterwege laten van die maatregelen minder voor de hand. In de navolgende paragraaf worden de eerste drie Kelderluikfactoren nader uitgewerkt. Een behandeling van de vierde Kelderluikfactor volgt in par. 4.3.6.

4.3.5 Vervolg; Kelderluikfactoren

De Kelderluikfactoren zijn ontwikkeld als gezichtspunten voor het onrechtmatigheidsoordeel in gevaarzettingssituaties.²⁹¹ Het zijn omstandigheden waarop volgens de Hoge Raad 'dient te worden gelet' bij de beantwoording

289 Blijkens de toelichting bij art. 4:102 PETL, p. 76-77, kunnen in dit verband overigens in voorkomende gevallen ook (reeds) de belangen van de *dader* worden meegewogen.

290 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

291 Zie HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3, alwaar overigens werd betoogd dat de Kelderluikfactoren zich lenen voor (overeenkomstige) toepassing over de volle breedte van het zorgvuldigheidleerstuk.

van de vraag of van de laedens kan worden gevergd dat hij met het oog op de onoplettendheid van potentiële slachtoffers bepaalde voorzorgsmaatregelen neemt. Dienovereenkomstig zijn de Kelderluikfactoren noodzakelijke noch voldoende voorwaarden voor onrechtmatigheid. Zij zijn ondergeschikt aan de algehele *context* van het gevaarzettende gedrag, die voor de invulling van de geldende zorgvuldigheidsnorm beslissend is (par. 4.2.10).²⁹² Er bestaat ook geen vaste rangorde tussen de Kelderluikfactoren onderling. Zij fungeren als communicerende vaten,²⁹³ in die zin dat bijvoorbeeld de bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen een minder grote rol speelt naarmate de ernst van de voorzienbare gevolgen toeneemt.²⁹⁴ Illustratief is de volgende passage bij Larenz/Canaris, waar het Duitse equivalent van de Kelderluikfactoren wordt behandeld (vgl. par. 2.7.5):

‘Da diese Parameter und erst recht ihre Abwägungen gegeneinander so gut wie niemals einer exakten Quantifizierung zugänglich sind (...), erlauben sie nicht die Bildung fester Tatbestände, sondern lediglich ‘komparativer’ Sätze nach Art eines ‘beweglichen’ Systems; man kann also nicht viel mehr sagen als: je größer die Gefahr, je schlimmer der drohende Schaden und je geringer der Vermeidungsaufwand ist, desto eher besteht eine Gefahrabwendungspflicht.’²⁹⁵

Tegen deze achtergrond moet, zoals Spier terecht betoogt, worden gewaakt voor een ‘mechanische toepassing’ van de Kelderluikfactoren.²⁹⁶ Zij zijn niet meer – maar ook niet minder – dan een nuttig aanknopingspunt voor de onderbouwing van het oordeel dat de laedens onder de gegeven omstandigheden meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was (par. 4.2.10).

Van de vier Kelderluikfactoren hebben de eerste twee, betreffende de waarschijnlijkheid van onoplettendheid van de potentiële slachtoffers en de kans op daaruit voortvloeiende ongevallen, in de praktijk een relatief prominent karakter. Gezamenlijk zien deze factoren op de omvang van het betrokken risico, of – in termen van gevaarstelling – op de *kans op ongevallen*. Het gaat hier niet om een natuurwetenschappelijke kansberekening (vgl. par. 4.2.14). De invulling van ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ geschiedt door te onderzoeken hoe in de maatschappelijke kring waartoe de laedens behoorde, over de realiteit van het betrokken risico

292 Vgl. Hartlief 2004a, p. 868.

293 Aldus bijv. Van Dam 1989, p. 111; Bolt & Spier 1996, p. 176; en Van der Wiel 2007a, p. 178.

294 Vgl. de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. C.J.H. Brunner (Jetblast), sub 12.

295 Larenz/Canaris 1994, p. 414.

296 Zie de conclusie van A-G Spier voor HR 9 juli 2010, *LJN* BL3262, *RvdW* 2010, 898 (Enschedeese vuurwerkramp), sub 9.10.2.

werd gedacht.²⁹⁷ In zoverre lijkt de klacht van Van Boom, dat de feitenrechter bij de invulling van de kans op ongevallen te gevoelsmatig te werk gaat en onvoldoende aandacht besteedt aan kwantitatieve gegevens,²⁹⁸ misplaatst.²⁹⁹ Juist doordat de rechter zich in dit verband bedient van ervaringsregels en intuïtieve inzichten, wordt gewaarborgd dat de menselijke maat de leidraad blijft in vraagstukken van zorgvuldigheid (vgl. par. 4.2.11).

Bij de toepassing van de eerste twee Kelderluikfactoren geldt als uitgangspunt dat de enkele *mogelijkheid* van een ongeval, als verwezenlijking van aan bepaald gedrag inherent gevaar, onvoldoende is voor het aannemen van onrechtmatigheid.³⁰⁰ Dit betekent dat in het maatschappelijk verkeer een zekere mate van risicoschepping geoorloofd wordt geacht. Dat is in overeenstemming met de hoofdregel dat schadeveroorzakend gedrag eerst onzorgvuldig is, indien men daarmee meer risico neemt dan redelijkerwijs verantwoord is (par. 4.2.10). In zoverre fungeert de 'kans op ongevallen' als een soort minimumvoorwaarde voor onzorgvuldigheid. Zelfs indien de dreigende schade ernstig is (de derde Kelderluikfactor) en het treffen van voorzorgsmaatregelen onbezwaarlijk (de vierde Kelderluikfactor), zal van onzorgvuldigheid geen sprake kunnen zijn, zolang de kans op ongevallen niet uitstijgt boven hetgeen in het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs verantwoord wordt geacht. Dienovereenkomstig besliste de Hoge Raad in zijn bekende arrest *Zwiepende tak* dat het gedrag van Werink, die tijdens een boswandeling tegen een tak had geschopt, welke vervolgens terugzweepte in het oog van Hudepohl, niet onrechtmatig was, omdat 'zodanig gevaarscheppend gedrag slechts onrechtmatig is indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.'³⁰¹

Tegen de achtergrond van deze jurisprudentie heeft Tjong Tjin Tai betoogd dat het gevaarzettingsleerstuk door een 'risicodrempel' wordt beheerst. In zijn visie verloopt de invulling van de zorgvuldigheidsnorm in twee stappen: eerst moet worden vastgesteld dat er een reële kans op ongevallen bestond en vervolgens – lees: alleen dan – kan men toekomen aan een beoordeling van de te treffen voorzorgsmaatregelen. Dienovereenkomstig acht Tjong Tjin Tai uitgesloten 'dat er een verplichting kan zijn om eenvoudige veiligheidsmaatregelen te nemen, hoewel de kans op ongevallen gering is.'³⁰² Deze visie

297 Vgl. HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), r.o. 3.3, besproken in par. 4.2.15.

298 Van Boom 2003a, p. 9 e.v. Zie in gelijke zin Giard & Van Boom 2006, p. 367.

299 Aldus ook Tjong Tjin Tai 2005, p. 369; en A-G Spier in zijn conclusie voor HR 3 oktober 2008, *LJN* BD7478, *NJ* 2008, 530 (Rederij Bakker/Schilder), sub 3.2.1.

300 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.1.3.

301 HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. CJHB (*Zwiepende tak*), r.o. 3.4, besproken in par. 4.4.2.

302 Tjong Tjin Tai 2005, p. 367. Zie ook zijn samenvatting op p. 374. Zie in gelijke zin Giesen 2004, p. 38, die de hier bedoelde risicodrempel als 'ingangsvoorwaarde' aanduidt.

lijkt mij, hoezeer ook voor veel gevallen van gevaarstelling correct, in haar algemeenheid toch onjuist.³⁰³ De 'kans op ongevallen' is natuurlijk een factor van belang, maar het betreft hier niet een noodzakelijke voorwaarde voor onzorgvuldigheid. Dat geldt overigens voor geen van de vier Kelderluikfactoren, die, zoals hierboven bleek, telkens in onderling verband en in het licht van de algehele context van het schadeveroorzakende gedrag moeten worden bezien. Aldus kan bijvoorbeeld de *aard van de rechtsverhouding* tussen partijen (par. 4.3.4) meebrengen dat, ondanks het bestaan van een niet meer dan geringe kans op ongevallen, de weinig bezwaarlijke maatregel van een waarschuwing moet worden getroffen.³⁰⁴ Illustratief is een uitspraak van het Hof Arnhem, waarin het ging om de rechtsverhouding tussen een garagebedrijf en twee bejaarde klanten, die gewond raakten toen tijdens het oppompen van hun autobanden door een monteur – geheel onverwacht – een ontploffing plaatsvond. Het feit dat de kans op een ongeval als het onderhavige 'verwaarloosbaar' was, ontsloeg de garage in casu niet van haar plicht om, conform de aanbevelingen van haar eigen brancheorganisatie, veiligheidsmaatregelen te treffen.³⁰⁵

De derde Kelderluikfactor, betreffende de *ernst van de mogelijke gevolgen* van een ongeval, ligt rechtstreeks in het verlengde van de eerste twee. Naarmate de kans op ernstige of omvangrijke schade groter is, zal het schadeveroorzakende gedrag eerder kwalificeren als onzorgvuldig. In dit verband wordt een kans op personenschade begrijpelijkerwijs als ernstiger beschouwd dan een kans op zaakschade of – *a fortiori* – een kans op zuivere vermogensschade.³⁰⁶ Dit betekent dat vooral in geval van voorzienbaar letsel tamelijk strenge zorgvuldigheidsnormen gelden.³⁰⁷ Nochtans kan de ernst van de mogelijke gevolgen, evenmin als de andere drie Kelderluikfactoren, als zodanig beslissend zijn voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn bekende arrest over de zusjes Monique en Wendy Jansen, die bij het verhuizen van een kast een ongelukkige draaimanoeuvre maakten, resulterend in ernstig armletsel van Wendy, dat de handelwijze van Monique 'een ongeval als het onderhavige niet onder alle omstandigheden zodanig waarschijnlijk [maakte], dat Monique zich naar de eisen van de haar jegens Wendy betamende zorgvuldigheid daarvan had behoren te onthouden'.³⁰⁸

303 Aldus ook A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest HR 9 juni 2006, *LJN* AV4315, *RvdW* 2006, 597, sub 5.2-5.3; Novakovski 2006, p. 106-107; en Van der Wiel 2007a, p. 178.

304 Vgl. de conclusie van A-G Spier voor HR 28 oktober 2011, *LJN* BQ2324, *RvdW* 2011, 1313 (Beganovic/ROC), sub 7.12, die betoogt dat met name in een 'afhankelijkheidsrelatie' zelfs bij 'niet al te grote kansen op potentieel ernstig letsel' aansprakelijkheid kan worden aangenomen.

305 Hof Arnhem 7 juli 2009, *LJN* BK4834, *NJF* 2010, 24, r.o. 4.8.

306 Zie bijv. Bolt & Spier 1996, p. 176; Van Dam 2000, nr. 804; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 47. Aldus ook uitdrukkelijk art. 2:102 PETL.

307 Vgl. Van Dam 1989, p. 111, die zelfs een 'duidelijke tendens' in de jurisprudentie ontwaart om de zorgvuldigheidsnorm te laten *samenvallen* met het toebrengen van letsel.

308 HR 12 mei 2000, *NJ* 2001, 300 m.nt. JH (Verhuizende zusjes), r.o. 4.3.

Kennelijk stonden in dit geval de eerste twee Kelderluikfactoren, betreffende de kans op ongevallen, aan het aannemen van onzorgvuldigheid in de weg, hoewel de derde Kelderluikfactor juist vóór het aannemen onzorgvuldigheid leek te pleiten.³⁰⁹ Annotator Hijma, die de terughoudende beslissing van de Hoge Raad toejuicht, zoekt de ratio mede in de 'bijzondere context' van de onderhavige verhuizing door ongeoefende gezusters. 'Het komt mij voor dat in een dergelijke context tussen de betrokkenen 'verlaagde' zorgvuldighedsnormen gelden, zodat bij het aansprakelijkheidsoordeel terughoudendheid past', aldus Hijma.³¹⁰ Hier weerklinkt andermaal de *aard van de rechtsverhouding* als cruciaal gezichtspunt voor onzorgvuldigheid (par. 4.3.4).

4.3.6 Vervolg; bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen

Met de vierde Kelderluikfactor, de bezwaarlijkheid van de te treffen voorzorgsmaatregelen, verschuift het perspectief (mede) naar de belangen van de *dader* (par. 4.3.4). In hoeverre kon, gegeven de kans op ongevallen en de ernst van de mogelijke gevolgen, van hem worden gevergd dat hij het slachtoffer tegen diens onoplettendheid in bescherming nam? In dit verband speelt allereerst de feitelijke *mogelijkheid* van voorzorgsmaatregelen een rol.³¹¹ Tot het (absoluut of praktisch) onmogelijke zal de laedens naar maatstaven van zorgvuldigheid niet gehouden zijn, zij het dat onmogelijkheid van voorzorg wel kan meebrengen dat de laedens zijn redelijkerwijs onverantwoorde gedrag *achterwege* moet laten.³¹² Zo oordeelde de Hoge Raad dat een gemeente die door het aanbrengen van een 'bussluit' in het wegdek een potentieel gevaar voor onoplettende weggebruikers creëert, 'door deugdelijke beveiligingsmaatregelen, zoals waarschuwingen, ervoor zorg behoort te dragen dat de veiligheid van personen en zaken voldoende gewaarborgd blijft' en dat, indien deze veiligheid niet voldoende kan worden gewaarborgd, de gemeente van een zodanige inrichting van de weg dient 'af te zien'.³¹³

Behalve de feitelijke mogelijkheid kan ook de maatschappelijke *gebruikelijkheid* van voorzorgsmaatregelen een rol spelen,³¹⁴ in die zin dat op de aan-

309 Vgl. r.o. 4.3 aan het slot, waar de Hoge Raad overweegt dat aan zijn oordeel niet kan afdoen 'dat het ongeval bij Wendy tot ernstig letsel heeft geleid'. Die overweging lijkt overigens in zoverre niet helemaal exact, dat blijktens het Kelderluik-arrest de *mogelijke* gevolgen en niet de *feitelijke* gevolgen beslissend zijn.

310 Jac. Hijma, NJ-annotatie bij het arrest Verhuizende zusjes, sub 5.

311 Vgl. art. 4:102(1) PETL, alwaar de 'availability' van voorzorgsmaatregelen wordt vooropgesteld.

312 Zie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.3.1. Vgl. voorts art. 3:11, tweede volzin BW, dat van een vergelijkbare gedachte getuigt (besproken in par. 2.2.2, aan het slot).

313 HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluit), r.o. 3.3.

314 Zie HR 7 april 2006, LJN AU6934, NJ 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3, besproken in par. 4.3.11.

wezigheid van gebruikelijke voorzorgsmaatregelen veelal mag worden vertrouwd.³¹⁵ De strenge uitkomst van het Legionella-arrest, hierboven besproken in par. 4.2.12, was bijvoorbeeld mede ingegeven door de gedachte dat de aangesproken whirlpoolhandelaar had verzuimd ‘ten minste de normale en weinig kostbare veiligheidsmaatregelen’ te treffen met betrekking tot de waterkwaliteit in zijn whirlpools.³¹⁶

Hiermee is tevens de aandacht gevestigd op het gezichtspunt dat bij de vaststelling van de vereiste voorzorg praktisch het belangrijkste is: de *bezwaarlijkheid* van te treffen voorzorgsmaatregelen. Het gaat hier om het gewicht van de opoffering die de laedens zich moet getroosten, teneinde de belangen van het slachtoffer te behartigen. Eenvoudige en goedkope veiligheidsmaatregelen zullen naar maatstaven van zorgvuldigheid eerder van de laedens kunnen worden gevergd dan veiligheidsmaatregelen die financieel, maatschappelijk, praktisch of anderszins bezwaarlijker zijn.³¹⁷ Tegen deze achtergrond is bijvoorbeeld geoordeeld dat het plaatsen van ‘onrusthekken’ rondom de ontwaakbedden in een ziekenhuis redelijkerwijs kan worden gevergd teneinde te voorkomen dat patiënten na narcose uit hun bed vallen,³¹⁸ terwijl het plaatsen van hekken langs treinperrons, ter voorkoming van het risico dat treinreizigers in de ‘interface’ tussen perronwand en trein belanden, als te bezwaarlijk werd gekwalificeerd.³¹⁹

De casuïstische rechtspraak op dit terrein bevestigt dat de bezwaarlijkheid van de te treffen voorzorgsmaatregelen niet geïsoleerd mag worden beschouwd, zoals ook de andere drie Kelderluikfactoren nooit op zichzelf de doorslag mogen geven (par. 4.3.5). Bij de toepassing van de vierde Kelderluikfactor is met name van belang, dat tussen het dreigende risico en de vereiste mate van voorzorg een *balans* wordt getroffen, in die zin dat de te treffen voorzorgsmaatregelen in een redelijke verhouding staan tot de in concreto dreigende belangenaantasting.³²⁰ Dienovereenkomstig wordt bijvoorbeeld aangenomen dat de *financiële* bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen, hoewel als zodanig zeker relevant,³²¹ nooit beslissend kan zijn voor het on-

315 Aldus de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567 (Prikpatiëntje), sub 2.

316 HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 m.nt. JBMV (Legionella), r.o. 3.6.4.

317 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.3.2 e.v.

318 Zie HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 m.nt. CJHB (De Heel/Korver).

319 Zie HR 5 juni 2009, *LJN* BH9290, *RvdW* 2009, 695 (Eiser/ProRail), waarin de Hoge Raad het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO verwierp. Vgl. de conclusie van A-G Spier, sub 3.8, die het plaatsen van hekken in casu ‘geen reële optie’ achtte.

320 Vgl. Van Dam 2000, nr. 801.

321 Aldus reeds HR 9 januari 1942, *NJ* 1942, 295 (Wegdek Ferwerderadeel), p. 412. Vgl. ook (in het kader van art. 6:174 BW) NvW, PG Boek 6 (Inv.), p. 1394; en HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.5. Zie voorts uitdrukkelijk art. 4:102 lid 1 PETL, alsmede bijv. Novakovski 2006, p. 111; en Teuben 2006, p. 177. *Anders*

rechtmatigheidsoordeel.³²² Van Dam betoogt terecht dat kostenoverwegingen pas doorslaggevend zijn 'als de financiële belasting in geen verhouding staat tot het dreigende risico en dit risico bovendien zo duidelijk is, dat het maatschappelijk verkeer zich daarop kan instellen.'³²³ Uit het citaat blijkt, afgezien van een verwijzing naar de kans op ongevallen, ook het belang van de in par. 4.3.4 behandelde algemene gezichtspunten, met name de *aard van de betrokken informatie*, en meer in het bijzonder de *traceerbaarheid* daarvan.

Ook in een ander opzicht is het van belang om de (on)bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen niet klakkeloos tot leidraad te nemen bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Hier dreigt bij uitstek het gevaar van de *hindsight bias*.³²⁴ Als het ongeval zich eenmaal heeft verwezenlijkt, dienen zich tal van voorzorgsmaatregelen aan, waarmee de in casu geleden schade ogenschijnlijk eenvoudig had kunnen worden vermeden. Annotator Brunner heeft, in zijn annotatie bij het in par. 4.3.5 genoemde arrest Zwiepense tak, gewaarschuwd voor het risico om zulke *mogelijke* voorzorgsmaatregelen in retrospectief als rechtens *vereist* te kwalificeren:

'Is letsel of zaakschade ontstaan, dan is achteraf meestal wel aan te wijzen hoe die schade had kunnen worden voorkomen door extra voorzorgsmaatregelen te nemen. De verleiding is dan groot om te zeggen, dat het nalaten van die voorzorgsmaatregelen onzorgvuldig was. Dat is te gemakkelijk, zoals deze zaak goed illustreert.'³²⁵

De door Brunner gesignaleerde verleiding is extra groot indien, zoals in de praktijk vaak gebeurt, de laedens achteraf, door schade (en schande) wijs geworden, alsnog bepaalde voorzorgsmaatregelen treft. De feitenrechter lijkt soms geneigd daaruit af te leiden dat de betreffende maatregelen – die kennelijk niet onoverkomelijk bezwaarlijk waren voor de laedens – reeds van begin af aan hadden moeten worden getroffen.³²⁶ Aan die neiging moet krachtig weerstand worden geboden, want zij leidt tot de merkwaardige situatie dat de laedens het achteraf treffen van nadere voorzorgsmaatregelen in zijn eigen belang beter achterwege kan laten. Terecht betoogde Meijers reeds: 'Wat na de handeling geschiedt, kan natuurlijk geen invloed op haar al of niet recht-

Spier in Spier e.a. 2009, nr. 110, die betoogt dat financiële armslag 'geen rol' speelt in het kader van art. 6:162 BW.

322 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.3.3. Zie meer in het algemeen over de relevantie van rechtseconomische overwegingen in het kader van de zorgvuldigheidstoetsing par. 4.1.3.

323 Van Dam 2000, nr. 817.

324 Zie daarover bijv. Van Boom 2003a, p. 14-16; Giesen 2005, p. 71; Giard & Van Boom 2006, p. 362-363; en Van Orsouw 2007, p. 25-27.

325 C.J.H. Brunner, NJ-annotatie bij HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (Zwiepense tak), sub 3.

326 Vgl. bijv. Hof Arnhem 9 juni 2009, L/JN BJ4354, JA 2009, 138, r.o. 5.10.

matigheid hebben.³²⁷ Dat geldt voor voorzorgsmaatregelen in het bijzonder. Eenmaal getroffen voorzorgsmaatregelen leveren als zodanig een illustratie van hetgeen de laedens had *kunnen* ondernemen ter voorkoming van de geleden schade. Of hij dit ook had *moeten* doen, zal naar maatstaven van maatschappelijke zorgvuldigheid, met inachtneming van de omstandigheden ten tijde van de schadeveroorzaking, moeten worden beoordeeld.³²⁸

Voor de delictuele waarschuwingsplicht is het voorgaande van bijzonder belang. Heeft iemand schade geleden door toedoen van een ander, dan kan achteraf vrijwel altijd worden betoogd dat die schade door een waarschuwing had kunnen worden vermeden. Kostbaar of onoverkomelijk bezwaarlijk is een waarschuwing bijna nooit (par. 4.1.3). Klakkeloze toepassing van de vierde Kelderluikfactor zou aldus kunnen leiden tot de consequentie dat voor ieder potentieel risico moet worden gewaarschuwd. Uit het voorgaande blijkt dat het geldende recht deze consequentie (terecht) niet aanvaardt. Steeds moet, in het licht van de algehele context van de schadeveroorzakende gedraging, worden onderzocht of de laedens door het achterwege laten van een waarschuwing meer risico nam dan *redelijkerwijs verantwoord* was (par. 4.2.10). In de volgende paragraaf wordt de inhoud van deze contextgebonden waarschuwingsplicht nader uitgewerkt.

4.3.7 Vervolg; inhoud van de waarschuwingsplicht

Het past bij de emancipatie van de waarschuwingsplicht – ooit ontwikkeld als rechtvaardigingsgrond voor gevaarzettend gedrag, thans uitgegroeid tot een veiligheidsnorm van zelfstandige betekenis (par. 4.3.1) – dat in rechtspraak en literatuur ook de *inhoud* van die waarschuwingsplicht in toenemende mate is uitgewerkt. Werd anno 1906 nog aangenomen dat de vraag hoe men potentiële slachtoffers dient te waarschuwen voor gevaar ‘in hare algemeenheid niet voor beantwoording vatbaar is’,³²⁹ negentig jaar later was het besef doorgedrongen dat een waarschuwing tenminste voldoende *concreet* diende te zijn.³³⁰ Dit werd afgeleid uit het arrest Annema/Staat uit 1996, waarin de Hoge Raad als cassatieklacht honoreerde dat de in casu gegeven waarschuwing onvoldoende informatie bevatte over ‘het specifieke gevaar zoals zich dit heeft verwezenlijkt’. Het ging om een vordering tegen de wegbeheerder in verband

327 Meijers 1958, p. 308. Vgl. ook art. 6:186 lid 2 BW (waarover par. 4.5.7), alsmede Van Boom 2003a, p. 15-16; en Van Orsouw 2007, p. 28.

328 De (feiten)rechter mag een beroep op naderhand getroffen veiligheidsmaatregelen dus niet zonder meer als irrelevant passeren. Vgl. HR 11 november 2005, NJ 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2, besproken in par. 4.6.4.

329 Aldus de marginale toetsing van ‘s hofs feitelijke oordeel omtrent de toereikendheid van een mondelinge waarschuwing voor een keldergat in HR 2 maart 1906, W 8347 (Smith/E. Pluribus Unum).

330 Vgl. Giesen 2005, p. 32.

met een verkeersongeluk als gevolg van losliggend split. Volgens de Hoge Raad viel niet in te zien dat een weggebruiker die, zoals in casu, met borden voor het gevaar van 'opspattende stenen' was gewaarschuwd, terstond diende te beseffen dat hij daarmee ook voor 'slipgevaar' werd gewaarschuwd.³³¹

Du Perron heeft, in zijn annotatie bij het arrest Annema/Staat, de gedachtegang van de Hoge Raad nader uitgewerkt, door te stellen dat bij de beoordeling van een gegeven waarschuwing doorslaggevende betekenis toekomt aan de vraag 'of valt te verwachten dat die waarschuwing zal leiden tot handelen of nalaten waardoor het betrokken gevaar wordt vermeden'.³³² In het hieronder te behandelen Jetblast-arrest uit 2005 heeft de Hoge Raad deze opvatting tot de zijne gemaakt.³³³ Beslissend is, met andere woorden, de *te verwachten effectiviteit* van de gegeven waarschuwing.

In de praktijk zal die effectiviteit in belangrijke mate afhangen van de vraag in hoeverre de waarschuwing door de gewaarschuwde persoon werd (althans geacht mocht worden te worden) *begrepen*.³³⁴ Dit betekent, meer in het bijzonder, dat bij het geven van een waarschuwing bijvoorbeeld rekening moet worden gehouden met de hoedanigheid van de gewaarschuwde persoon en met diens (kenbare) deskundigheid.³³⁵ In het verlengde hiervan zal de waarschuwing soms, met het oog op buitenlandse slachtoffers, moeten worden vertaald.³³⁶ Men herkent hier het gezichtspunt van de *aard van rechtsverhouding*, zoals hierboven besproken in par. 4.3.4. Ook de *aard van de betrokken informatie* is relevant, in die zin dat de waarschuwing concreter zal moeten zijn, naarmate het gevaar in kwestie meer specifiek of ongebruikelijk van aard is.³³⁷ In het verlengde hiervan kan worden geëist dat een waarschuwing die

331 HR 6 september 1996, *NJ* 1998, 415 m.nt. CJHB (Annema/Staat), r.o. 3.4.1.

332 Du Perron 1996, p. 176. Vgl. ook Van Dam 2000, nr. 823, die van belang acht, 'in hoeverre van een waarschuwing daadwerkelijk effect is te verwachten'.

333 HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), r.o. 3.4.3. Vgl. ook de conclusie van P-G Hartkamp, sub 20, alwaar de visie van Du Perron, mede tegen de achtergrond van het Kelderluik-arrest, uitdrukkelijk werd onderschreven.

334 Zie bijv. Dommering-van Rongen 1991, p. 169; Van Dam 2000, nr. 823; Giesen 2005, p. 61-65; 't Hart & Du Perron 2006, p. 104; Van Dam 2006, nr. 807-3; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.5.2. Vgl. ook (in de contractuele sfeer) par. 3.6.5, en het aldaar gemaakte onderscheid tussen 'materiële' en 'formele' duidelijkheid.

335 Vgl. Van Wassenaer van Catwijck & Jongeneel 1995, p. 41; Hartlief 2004a, p. 870; en 't Hart & Du Perron 2006, p. 58.

336 Zie bijv. Hekster 2004, p. 131; en Bauw 2008, nr. 17. Vgl. ook Rb. Amsterdam 15 december 1999, *VR* 2000, 96, r.o. 9, alsmede de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), sub 19-20. Zie ook Dommering-van Rongen 1991, p. 169, die opmerkt dat i.p.v. een vertaling ook pictogrammen kunnen worden gebruikt.

337 Aldus bijv. (in het kader van de productenaansprakelijkheid) Dommering-van Rongen 1991, p. 168. Vgl. ook HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Busluis), besproken in par. 4.4.6; HR 6 september 1996, *NJ* 1998, 415 m.nt. CJHB (Annema/Staat); en HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast). In zoverre is dus het vereiste van concretisering uit Annema/Staat opgegaan in de effectiviteitsnorm uit het Jetblast-arrest. Vgl. Giesen 2005, p. 34.

op relatief complexe of omvangrijke materie betrekking heeft, nader wordt toegelicht (bijvoorbeeld door middel van pictogrammen of tekstuele dan wel mondelinge uitleg),³³⁸ respectievelijk wordt samengevat.³³⁹ Ook de *aard van de betrokken belangen* is in dit verband relevant, in die zin dat de gegeven waarschuwing vanzelfsprekend indringender zal moeten zijn, naarmate het betrokken gevaar ernstiger is.³⁴⁰ Brunner zegt beeldend 'dat bij groot gevaar grote waarschuwborden passen'.³⁴¹ Met name waar het gaat om acuut levensgevaar zal dus een onopvallende, vage of neutrale waarschuwing niet volstaan, aangezien men normaliter niet mag verwachten dat een dergelijke waarschuwing het gewenste effect zal sorteren. Per saldo zijn hier, zoals meer in het algemeen in het zorgvuldigheidssleerstuk (par. 4.2.10), de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer beslissend.³⁴²

Giesen heeft in zijn Utrechtse oratie over de delictuele waarschuwingsplicht kritiek geuit op het Jetblast-arrest. Volgens Giesen, die zich in dit verband baseert op inzichten uit de cognitieve psychologie, pakt de door de Hoge Raad gehanteerde 'effectiviteitsnorm' niet goed uit. Hij vreest dat deze ertoe leidt dat iedereen probeert 'steeds weer dé ultieme waarschuwing te gebruiken', met als gevolg dat er teveel gewenning aan dit soort waarschuwingen zal ontstaan. Bovendien valt volgens Giesen aan de 'te zware norm' van de Hoge Raad niet te voldoen, omdat de waarschuwende persoon op grond van die norm hoe dan ook aansprakelijk zal zijn indien er, ondanks een gegeven waarschuwing, schade is ingetreden. Dan is immers die gegeven waarschuwing (blijkbaar) onvoldoende effectief geweest, zo redeneert Giesen.³⁴³ Deze kritiek lijkt niet terecht, aangezien de Hoge Raad in het Jetblast-arrest uitdrukkelijk spreekt van de te *verwachten* effectiviteit van de waarschuwing. In dit verband is dus wel degelijk een zekere mate van objectivering mogelijk en geboden, in die zin dat men de waarschuwing niet steeds op de meest roekeloze persoon behoeft af te stemmen.³⁴⁴ Was de gegeven waarschuwing in concreto zodanig vormgegeven, dat ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige slacht-

338 Vgl. de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 (Bussluis), sub 1; en de conclusie van P-G Hartkamp voor HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), sub 19-20. Zie ook Giesen 2005, p. 78, die overigens signaleert dat psychologisch onderzoek de effectiviteit van pictogrammen in twijfel trekt (vgl. par. 1.4).

339 Aldus, voor wat betreft de omvangrijke, wettelijk voorgeschreven waarschuwingen van financiële dienstverleners, 't Hart & Du Perron 2006, p. 127-131 (zie ook p. 116-118).

340 Aldus bijv. (m.b.t. de productenaansprakelijkheid) Schut 1974, p. 25; en Dommering-van Rongen 1991, p. 168. Vgl. ook Giesen 2005, p. 62-63, die onder verwijzing naar psychologisch onderzoek pleit voor afstemming van bijv. kleurstelling, vormgeving en woordkeuze van de waarschuwing op de urgentie van het gevaar.

341 Aldus de annotatie van C.J.H. Brunner bij het in par. 4.4.6 besproken arrest HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 (Bussluis), sub 1.

342 Aldus ook Hartlief 2004a, p. 870.

343 Giesen 2005, p. 68-69, 82-86 en 88-90. Zie ook zijn samenvatting in *AV&S* 2006, p. 3-8.

344 Aldus bijv. Hartlief 2004a, p. 871; Tjong Tjin Tai 2005, p. 372; Pape 2006, p. 380; Behiç 2008, p. 131-132; en Franken 2009, p. 199. Giesen 2005, p. 35 erkent dit zelf overigens ook.

offers 'aanstonds duidelijk had moeten zijn' welk gevaar er dreigde en welke reactie daarop was vereist, dan is van onrechtmatigheid geen sprake.³⁴⁵ De suggestie dat de Hoge Raad de waarschuwingsplicht in het Jetblast-arrest als een soort resultaatsverbintenis hanteert,³⁴⁶ lijkt in die zin onjuist.

De hierboven bepleite *objectivering* van de waarschuwingsplicht – of (preciezer gezegd) objectivering van de kennis van de te waarschuwen persoon – volgt mijns inziens rechtstreeks uit de strekking van de delictuele waarschuwingsplicht. Deze strekt naar haar aard niet tot een gegarandeerde verhindering van schade, maar tot bescherming van slachtoffers tegen hun eigen onoplettend en onvoorzichtig gedrag.³⁴⁷ Met een contractueel getinte term zou men kunnen zeggen dat de waarschuwingsplicht primair 'informed consent' aan de zijde van het slachtoffer beoogt (par. 2.3.3). Vrijwaring van schade is daarvan hooguit het (gewenste) gevolg. Een en ander betekent, zo concludeert Franken terecht, dat een waarschuwing óók toereikend kan zijn, als deze niet is opgevolgd.³⁴⁸ Iets dergelijks werd in par. 3.6.5 betoogd ten aanzien van de precontractuele mededelingsplicht op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Houdt men deze kanttekening in het achterhoofd, dan is voor de – op zichzelf begrijpelijke – bezorgdheid van Giesen c.s. over de gevolgen van een 'effectieve waarschuwingsplicht' geen grond.

Behalve aan objectivering is de kennis van de te waarschuwen persoon, en daarmee de reikwijdte van de delictuele waarschuwingsplicht, ook aan *generalisering* onderhevig (vgl. par. 4.2.12). De hierboven vooropgestelde vuistregel dat een waarschuwing voldoende concreet dient te zijn, gaat althans naar mijn mening niet zo ver, dat de gelaedeerde steeds voor de in concreto dreigende schade moet worden gewaarschuwd.³⁴⁹ Voor de gerechtvaardigde verwachting dat een waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor het betrokken gevaar wordt vermeden, zal immers in het algemeen volstaan dat de betrokken *categorie* van gevaar voldoende concreet wordt aangeduid. Dienovereenkomstig betoogt Tjong Tjin Tai dat voldoende is dat de potentiële slachtoffers dankzij de gegeven waarschuwing 'een indruk krijgen wat voor *soort* gevaar zij kunnen verwachten en waarom'.³⁵⁰ Is er in concreto sprake van twee verschillende risico's die met elkaar samenhangen – zoals in de zaak Annema/Staat, waarin naast het risico van opspattende stenen ook slipgevaar bestond –, dan zal bij de beantwoording van de vraag of een

345 Vgl. HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.7.

346 Vgl. bijv. (afgezien van Giesen) 't Hart & Du Perron 2006, die op p. 58 spreken van de 'plicht om effectief te waarschuwen' en op p. 114 betogen dat een waarschuwing eerst toereikend is als de gewaarschuwde persoon 'zijn gedrag aanpast', hetgeen zij op p. 114-115 bekritisseren. Op p. 51 tonen zij zich overigens genuanceerder.

347 Aldus ook Tjong Tjin Tai 2005, p. 372.

348 Franken 2009, p. 199.

349 Aldus ook Franken 2009, p. 199, onder verwijzing naar Rb. Amsterdam 17 december 2008, LJN BG7225, NJ 2009, 311, r.o. 5.63.

350 Tjong Tjin Tai 2005, p. 372.

waarschuwing voor het ene risico (tevens) volstaat als voorzorgsmaatregel met het oog op het andere risico beslissend zijn of de beide risico's gezien hun aard en ernst zozeer van gelijke orde zijn, dat de kennis van de gelaedeerde omtrent het ene risico, waarvoor met zoveel woorden is gewaarschuwd, voldoende was voor een (onbewuste) afstemming van zijn gedrag op het andere, daarmee samenhangende risico, waarvoor níet uitdrukkelijk was gewaarschuwd.³⁵¹

Al met al is de delictuele waarschuwingsplicht zeker niet absoluut, in die zin dat zij slechts zou kunnen worden nagekomen door de mogelijkheid van schade geheel uit te sluiten. Wel zij eraan herinnerd dat uit het Kelderluik-arrest tot op zekere hoogte een verplichting tot anticipatie op onvoorzichtig gedrag van de potentiële slachtoffers voortvloeit (par. 4.3.3). Dit betekent enerzijds dat met een waarschuwing niet altijd zal kunnen worden volstaan, en dat naast of in plaats van die waarschuwing soms *fysieke maatregelen* ter voorkoming van de dreigende schade moeten worden getroffen.³⁵² Het betekent anderzijds dat een waarschuwing, indien geïndiceerd, tot op zekere hoogte moet worden afgestemd op het voorzienbaar roekeloze gedrag van de potentiële slachtoffers. In zoverre rust op de laedens, als uitvloeisel van zijn waarschuwingsplicht, ook een zekere *onderzoeksplicht* aangaande de te verwachten effectiviteit van de waarschuwing.³⁵³ Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken Jetblast-arrest uit 2005.³⁵⁴

4.3.8 Vervolg; Jetblast

Op 6 mei 2000 bevond verzoekster tot cassatie, mevrouw M. Hartmann, zich op Maho Beach, op het eiland Sint Maarten. Zij stond op de openbare weg, bij een hek dat de afscheiding vormde tussen die weg en de start- en landingsbaan van het vliegveld 'Princess Juliana'. De betreffende locatie is een geliefde plek voor vliegtuigspotters. Staand bij het hek kunnen zij zich vergapen aan de grote toestellen die op korte afstand met een donderend lawaai af- en aanvliegen.³⁵⁵ Deze spectaculaire attractie is echter niet zonder risico. Aan het genoemde hek was tenminste één bord bevestigd met de tekst: 'Warning!

351 Vgl. par. 4.2.12, waar m.b.t. generalisering van de kennis van de laedens hetzelfde criterium werd gesuggereerd. Zie in gelijke zin ook Du Perron 1996, p. 176.

352 Vgl. de jurisprudentie, vermeld in Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 88.4.4.

353 Anders dan de in par. 4.3.3 verworpen 'onderzoeksplicht uit hoofde van de waarschuwingsplicht' is de onderhavige onderzoeksplicht niet een 'voortrein' maar een 'verlengstuk' van de waarschuwingsplicht (vgl. par. 2.3.1). Men kan ook zeggen dat het doen van een (effectieve) waarschuwing hier een zeker onderzoek *implicert*. Zie par. 3.6.5 voor een vergelijkbare onderzoeksplicht als uitvloeisel van de precontractuele mededelingsplicht.

354 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast).

355 Vgl. <<http://www.sint-maarten.net/St-Maarten-Beaches/MahoBay.html>>, met de wervende tekst: 'Don't forget to bring your camera, because nowhere else a Boeing 747 will be passing as close over your head as on Maho Beach.'

Low flying and departing aircraft blast can cause physical injury'. Op de bewuste dag in mei werd mevrouw Hartmann op ruwe wijze met de betekenis van deze waarschuwing geconfronteerd. Toen een Boeing 747 van luchtvaartmaatschappij Air France op slechts vijftig meter afstand opsteeg, deed zich een zogeheten 'jetblast' voor. Door deze krachtige 'straalstroom' werd Hartmann de lucht in geblazen, om vervolgens neer te vallen op de rotsen van Maho Beach. Zij liep hierdoor letsel op en geraakte in een shock.

In de onderhavige procedure heeft mevrouw Hartmann een verklaring voor recht verzocht dat de exploitant van het vliegveld, PJIAE, aansprakelijk was voor de door haar als gevolg van het ongeval geleden materiële en immateriële schade. Daartoe voerde Hartmann aan dat PJIAE onrechtmatig, namelijk in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, had gehandeld door na te laten maatregelen te treffen die Hartmann zouden hebben beschermd tegen de door het vliegtuig van Air France veroorzaakte jetblast. Ten verwere betoogde PJIAE (onder meer) dat door het plaatsen van een waarschuwingsbord een voldoende mate van voorzorg was betracht. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba ging hierin mee, door te overwegen dat Hartmann gezien de tekst van het gehanteerde waarschuwingsbord 'op de hoogte kon zijn' van het gevaar waaraan zij mogelijk zou worden blootgesteld. Tegen deze achtergrond kwam het hof, in navolging van het Gerecht in Eerste Aanleg, tot een afwijzing van de verzochte verklaring voor recht.

De Hoge Raad kiest voor cassatie op principiële gronden. In r.o. 3.4.1 vestigt hij allereerst de aandacht op het contextgebonden karakter van de zorgvuldigheidsnormen bij gevaarstelling (par. 4.2.10), door een vrijwel letterlijke verwijzing naar het Kelderluik-arrest.³⁵⁶ In r.o. 3.4.3 sluit hij zich, voor wat betreft de toereikendheid van een gegeven waarschuwing, uitdrukkelijk aan bij de in par. 4.3.7 besproken visie van Du Perron:

'Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.'

De toereikendheid van een gegeven waarschuwing is dus volgens de Hoge Raad afhankelijk van de *te verwachten effectiviteit* ervan. Voor zover het hof, uitgaande van de vaststelling dat Hartmann dankzij het waarschuwingsbord 'op de hoogte kon zijn' van het jetblast-gevaar, deze maatstaf had miskend, getuigt zijn oordeel van een onjuiste rechtsopvatting. Mocht het hof wél van de bedoelde maatstaf zijn uitgegaan, dan is er sprake van een motiveringsgebrek. In dit verband acht de Hoge Raad met name van belang dat Hartmann onbestreden had gesteld dat het waarschuwingsbord op grote schaal door

356 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

vliegtuigspotters werd genegeerd. De onderhavige waarschuwing wás, kortom, niet effectief en PJIAE had dat op voorhand kunnen voorzien.

Annotator Brunner toont zich kritisch over het arrest, dat volgens hem getuigt van onvoldoende aandacht voor de eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer:

‘Het recht moet mensen beschermen die het slachtoffer worden van door anderen geschapen gevaren die zij niet kenden. Maar of het recht ook hen moet beschermen die zich bewust begeven in gevaren die door een ander zijn geschapen, maar waartegen zij afdoende gewaarschuwd zijn, waag ik te betwijfelen. Roekeloosheid van het slachtoffer komt m.i. niet voor rekening van degene die het gevaar heeft geschapen.’³⁵⁷

Brunners waarschuwing voor delictueel paternalisme is op zichzelf terecht.³⁵⁸ Tegen bewuste roekeloosheid is geen enkele waarschuwing opgewassen en het is daarom zinloos en ongewenst om de inhoud van de waarschuwingsplicht daarop af te stemmen (vgl. par. 4.3.13). In casu was echter een dergelijke mate van roekeloosheid aan de zijde van mevrouw Hartmann niet vastgesteld.³⁵⁹ Wel stond vast dat het door PJIAE geplaatste waarschuwingsbord, met zijn tamelijk cryptische omschrijving van het jetblast-risico, onvoldoende effect had op vliegtuigspotters in het algemeen, hetgeen als zodanig veeleer een argument was om aan te nemen dat PJIAE rekening moest houden met deze voorzienbare onvoorzichtigheid van de potentiële slachtoffers (vgl. par. 4.3.3), door een indringender waarschuwing te doen uitgaan. Dat was kennelijk ook de (uiteindelijke) visie van het hof, dat na verwijzing oordeelde dat, gezien de grote mate van waarschijnlijkheid dat niet op het door PJIAE geplaatste waarschuwingsbord zou worden gelet, mede in verband met het feit dat de waarschuwing op dat bord ‘niet bijzonder indringend’ en ook ‘onvoldoende duidelijk’ was, alsmede gelet op het feit dat de gevolgen van een eventueel ongeluk ernstig konden zijn, het betreffende waarschuwingsbord ontoereikend was. De verzochte verklaring voor recht werd alsnog uitgesproken. Het beroep op eigen schuld van mevrouw Hartmann werd verworpen.³⁶⁰

4.3.9 Onderzoeksplicht van de laedens

Aan het slot van par. 4.3.3 werd reeds betoogd dat uit de maatschappelijke zorgvuldigheid onder omstandigheden ook een *onderzoeksplicht* van de laedens kan voortvloeien, naast de waarschuwingsplicht die in de voorgaande paragra-

357 Aldus de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het Jetblast-arrest, sub 2.

358 Vgl. over contractueel paternalisme Nieuwenhuis 2009.

359 Dit constateert ook Brunner in zijn NJ-annotatie, sub 2.

360 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 18 maart 2005, NJ 2005, 302.

fen is behandeld.³⁶¹ Betoogd werd dat deze onderzoeksplicht, evenals de waarschuwingsplicht, is onderworpen aan het kennisvereiste, zoals behandeld in par. 4.2.11. Dit betekent dat naar maatstaven van zorgvuldigheid eerst een onderzoeksplicht kan worden aangenomen, indien vaststaat dat de laedens tenminste wist of behoorde te weten van de *mogelijkheid* dat door verwezenlijking van het betrokken risico schade zou ontstaan. Meer concreet dient een dergelijke onderzoeksplicht zich aan, indien het gaat om risico's waarvan de potentiële dreiging als zodanig wel bekend is, maar de actuele kans op verwezenlijking nader moet worden onderzocht.³⁶² Een treffende illustratie wordt gevormd door de jurisprudentie op het terrein van de kabelschades.³⁶³ Volgens deze jurisprudentie rust op 'grondroerders', gelet op het algemeen bekende feit dat er zich in de bodem kabels en leidingen bevinden, de verplichting om, voorafgaand aan het uitvoeren van graafwerkzaamheden, onderzoek te doen naar de aanwezigheid van kabels en leidingen, en naar de exacte ligging daarvan.³⁶⁴ In een andere context overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld dat op de bestuurder van een laadschop, die weet dat er zich kinderen bevinden in de directe omgeving van zijn voertuig, maar deze kinderen door zijn beperkte waarnemingsmogelijkheden vanuit het voertuig niet kan zien, de verplichting rust om bij het achteruit rijden maatregelen te treffen ter voorkoming van een aanrijding, bijvoorbeeld door het te hulp roepen van een collega.³⁶⁵

Van gelijke orde zijn de onderzoeksplichten die in het gevaarzettingsleerstuk van oudsher worden aanvaard waar het gaat om de bijzondere risico's die voortvloeien uit gevaarlijke stoffen en gebrekkige zaken (vgl. par. 4.4.9). Illustratief is een klassiek arrest uit 1933, betreffende een arbeidsongeval door de ontploffing van een acetylenecilinder bij het uitvoeren van laswerkzaamheden. De verhuurder van deze cilinder was jegens de werknemer uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk, nu hij de cilinder had afgeleverd aan de werkgever 'zonder zich vooraf te vergewissen, dat de cylinder van eene behoorlijke vulmassa was voorzien'.³⁶⁶ Een vergelijkbare onderzoeksplicht kan worden gelezen in het bekende Natronloog-arrest, waarin werd geoordeeld

361 Zie ook par. 4.2.16, waar de onderzoeksplicht uit hoofde van het toerekenbaarheidsvereiste (art. 6:162 lid 3 BW) werd behandeld. Zie voor een inventarisatie van de desbetreffende jurisprudentie *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 26 e.v.

362 Vgl. par. 4.2.11, waar werd overwogen dat het kennisvereiste op beide elementen betrekking heeft. Toepassing van een onderzoeksplicht als hier bedoeld leidt dus tot objectivering van het tweede element (kennis omtrent de kans op verwezenlijking van het betrokken risico).

363 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 30.3.

364 Deze onderzoeksplicht, die voorheen in vaste jurisprudentie uit art. 6:162 BW werd afgeleid, is inmiddels gecodificeerd in art. 2 Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (Wion). Zie ook art. 7 e.v.

365 HR 25 september 1981, NJ 1982, 254 m.nt. CJHB (Laadschop). Zie in gelijke zin HR 13 april 1962, NJ 1964, 394 (Moes/Van der Leest), waarin werd geoordeeld dat de machinist van een 'dragline' niet de giek mocht laten vallen, zonder zich ervan te vergewissen dat zijn collega (het latere slachtoffer) zich op veilige afstand bevond.

366 HR 6 april 1933, NJ 1933, 881 m.nt. EMM (Acetylenecilinder).

dat men een emmertje met een onbekende vloeistof, afkomstig uit een schoonmaakhok, niet zonder nadere voorzorgsmaatregelen bij het vuilnis mag neerzetten.³⁶⁷ In de recente Melchemie-zaak had het hof eveneens een onderzoeksplicht omtrent een 'bijzonder gevaar' aanvaard. Het ging hier om een brand als gevolg van de ondeugdelijke opslag door CMI van een voorraad calciumhypochloriet, toebehorend aan Melchemie. Nu Melchemie in algemene zin bekend was met de 'bijzondere gevaren van ernstige aard' die waren verboden aan deze oxiderende stof, had zij volgens het hof, na kennisneming van een zorgwekkend rapport over de bedrijfsvoering bij CMI, 'zelf poolshoogte dienen te nemen bij CMI om de veiligheidssituatie in ogenschouw te kunnen nemen en te beoordelen of de aangetroffen situatie uit veiligheidsoogpunt gevolgen moest hebben voor de voorraad die CMI voor haar in opslag had'.³⁶⁸ In cassatie werd dit oordeel overigens vernietigd wegens een motiveringsgebrek.³⁶⁹

Gemeenschappelijk kenmerk van de hier besproken gevallen is dat het gaat om de verwezenlijking van risico's die in abstracto wel bekend zijn, maar waarvan de actuele dreiging in concreto nader moet worden onderzocht. De betreffende risico's zijn dus niet geheel 'onvoorzienbaar' voor de laedens, maar voorsnog onvoldoende 'zichtbaar'. Het verwijt dat hier de laedens wordt gemaakt, is derhalve – de bestuurder van de laadschop indachtig – dat hij zich geen beter 'zicht' heeft verschaft op de realiteit van de voorzienbare risico's. Verder dient de delictuele onderzoeksplicht mijns inziens niet te gaan. Met name lijkt het mij onjuist – goed beschouwd zelfs onmogelijk – om van de laedens te vergen dat hij onderzoek doet naar de reikwijdte van risico's die voor hem niet-kenbaar zijn.³⁷⁰ Een dergelijke 'onderzoeksplicht in het luchtledige', die met name door aanhangers van het voorzorgsbeginsel (par. 4.2.14) wel wordt verdedigd,³⁷¹ schreeft de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm op tot bovenmenselijke proporties. Uit het hieronder te bespreken arrest Bildtpollen/Miedema blijkt dat de Hoge Raad – terecht – zo ver niet wil gaan.³⁷²

De reikwijdte van de delictuele onderzoeksplicht kan nader worden verduidelijkt aan de hand van het door Franken gemaakte onderscheid tussen 'generieke' en 'individuele' causaliteit.³⁷³ Indien onbekend is of een bepaalde handelwijze überhaupt tot schade kán leiden, bijvoorbeeld bij dreiging van vol-

367 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), r.o. 4, besproken in par. 4.4.10.

368 Hof Arnhem 21 april 2009, *LJN* BI4766, *S&S* 2009, 129, r.o. 4.15 en 4.21.

369 Zie HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), r.o. 4.3, besproken in par. 4.4.12.

370 Aldus ook Wiggers-Rust 2004, p. 40.

371 Zie bijv. Van Boom 2001, p. 9, die met zoveel woorden pleit voor 'onderzoek naar het niet-kenbare'. Vgl. ook Braams 2002, p. 177.

372 HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), besproken in par. 4.3.11.

Zie ook HR 6 oktober 1995, *NJ* 1996, 106 (Baas/Hanford Feeds c.s.), besproken in par. 4.4.11.

373 Zie Franken 2010, p. 186-187.

strekt 'nieuwe risico's', die nog nergens in de wetenschap zijn onderkend (vgl. par. 4.2.13), kan men zeggen dat kennis omtrent de *generieke causaliteit* ontbreekt. In dat geval behoort de laedens – behoudens in geval van een bij wet voorziene risicoaansprakelijkheid³⁷⁴ – vrijuit te gaan, omdat de hier bedoelde schade bij uitstek behoort tot het 'algemene levensrisico' van ieder individu (par. 4.1.2). Bestaat daarentegen enkel onwetendheid omtrent de vraag of een als zodanig bekend risico zich in concreto zal *verwezenlijken*, dan staat de kennis van de *individuele causaliteit* ter discussie. In dat geval kan door toepassing van een delictuele onderzoeksplicht onrechtmatigheid worden aangegomen.

4.3.10 Vervolg; basisvereiste en gezichtspunten

In de voorgaande paragraaf bleek dat voor het aannemen van een delictuele onderzoeksplicht tenminste *kennis van het betrokken risico* – of kennis van de 'generieke causaliteit' – is vereist. Het gaat hier om een basisvereiste, dat op één lijn staat met het eerste van de drie in par. 4.3.2 besproken basisvereisten voor de aanvaarding van een delictuele waarschuwingsplicht. Vereist is dat de laedens wist of behoorde te weten van de *mogelijkheid* dat door verwezenlijking van het betrokken risico schade zou ontstaan.³⁷⁵ Is eenmaal aan dit basisvereiste voldaan, dan zal het – evenals op het terrein van de delictuele waarschuwingsplicht – afhangen van een nadere toetsing aan de maatschappelijke zorgvuldigheid of een onderzoeksplicht daadwerkelijk kan worden aanvaard. In die zin is de delictuele onderzoeksplicht een zorgvuldigheidsnorm als alle andere. Beslissend is de vraag of de laedens meer risico heeft genomen dan onder de gegeven omstandigheden *redelijkerwijs verantwoord* was, door geen onderzoek in te stellen naar de realiteit van de betrokken risico's (vgl. par. 4.2.10). Bij de invulling van deze maatstaf kan gebruik worden gemaakt van de gezichtspunten die in par. 4.3.4, bij de bespreking van de delictuele waarschuwingsplicht, zijn behandeld.

De *aard van de rechtsverhouding*, om te beginnen, speelt bijvoorbeeld op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid uit hoofde van art. 7:658 BW een belangrijke rol (par. 4.6.1). Zo werd in het arrest Janssen/Nefabas, betreffende een werknemer die een asbestziekte had opgelopen op de werkvloer, geoordeeld dat op de werkgever 'een verplichting [rust] om te onderzoeken welke

³⁷⁴ Vgl. echter par. 4.5.9, waar wordt betoogd dat ook de risicoaansprakelijkheden voor zaken zijn onderworpen aan het vereiste van bekendheid van de generieke causaliteit.

³⁷⁵ De andere twee basisvereisten zijn in dit verband niet aan de orde, omdat de kennis omtrent de kans op *verwezenlijking* van het betrokken risico juist door toepassing van een onderzoeksplicht wordt geobjectiveerd (vgl. par. 4.2.11).

gevaaren door hem te verwerken of te produceren stoffen voor zijn werknemers kunnen opleveren'.³⁷⁶

De aard van de betrokken informatie, het tweede gezichtspunt, ziet bijvoorbeeld op de vraag of de te onderzoeken materie gemakkelijk toegankelijk was voor de laedens. Zo speelde in de eerder genoemde Melchemie-zaak een rol dat Melchemie de loodsen van CMI in de jaren voor de brand herhaaldelijk had bezocht, waaruit het hof concludeerde dat ook nu van Melchemie mocht worden verlangd dat zij zich na kennisneming van het rapport 'op de hoogte stelde van de veiligheidssituatie in de loodsen van CMI'.³⁷⁷ Een vergelijkbare redenering lijkt ten grondslag te liggen aan de delictuele onderzoeksplicht van de producent die een nieuw of vernieuwd product op de markt brengt. Volgens vaste jurisprudentie moet hij zich ervan 'vergewissen' welk effect een dergelijk product zal hebben in voor de hand liggende toepassingen ervan en dient hij 'erop toe te zien' dat de eindafnemers hierover worden ingelicht.³⁷⁸ De achterliggende gedachte is kennelijk dat de producent bij uitstek in staat is de betreffende informatie te traceren en over te dragen aan de belanghebbenden. Ook buiten de sfeer van gevaarzetting speelt de traceerbaarheid van de te onderzoeken informatie dikwijls een rol. Zo werd anno 2011 geoordeeld dat de Fortisbank nader onderzoek had moeten doen naar de zogenaamde Ponzi-zwendel van één van haar cliënten, een fraudeur die zonder vergunning had opgetreden als vermogensbeheerder en aldus talloze particuliere beleggers had gedupeerd. De rechtbank achtte van belang dat het betalingsverkeer over de bankrekeningen van de fraudeur 'in hoge mate ongebruikelijk was' en ten dele telefonisch of per handgeschreven formulier had plaatsgevonden. Mede gelet op de 'tamelijk intensieve betrokkenheid' van de medewerkers van de Fortisbank bij de activiteiten van de fraudeur mocht derhalve worden verwacht dat de bank ter zake nader onderzoek deed.³⁷⁹

De aard van de betrokken belangen kan meer concreet worden vertaald in de bekende Kelderluik-factoren (vgl. par. 4.3.4). Het gaat hier, kort gezegd, om een afweging van de ernst van de betrokken risico's tegen de bezwaarlijkheid van het te verrichten onderzoek (par. 4.3.6). Met name indien de gezondheid of lichamelijke integriteit van de potentiële slachtoffers in het geding is, zal dat een gewichtig argument zijn voor het aannemen van een delictuele

376 HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas), r.o. 3.4.

377 Hof Arnhem 21 april 2009, LJN BI4766, S&S 2009, 129, r.o. 4.23. In cassatie volgt op dit punt overigens vernietiging wegens een motiveringsgebrek. Zie HR 29 april 2011, LJN BP0567, NJ 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), r.o. 4.3, besproken in par. 4.4.12.

378 Aldus bijv. HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 159 m.nt. ARB (Koolhaas/Rockwool), r.o. 3.5, besproken in par. 4.5.8.

379 Rb. Rotterdam 13 juli 2011, LJN BR1592, NJF 2011, 317, r.o. 4.16, 4.17 en 4.19. Vgl. ook HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 m.nt. M.R. Mok (Fortis/Stichting Volendam), waarop de rechtbank zich baseerde. Zie daarover nader par. 4.8.3.

onderzoeksplicht.³⁸⁰ Tegen die achtergrond spreekt het bijvoorbeeld vanzelf dat degene die met een luchtdrukpistool speelt, zich ervan moet vergewissen of het wapen geladen is, ook als de eigenaar hem verzekert van niet.³⁸¹ In dit licht laat zich ook de strenge uitkomst van de bekende Maassluis-arresten begrijpen, waarin (onder meer) werd geoordeeld dat de Gemeente Maassluis jegens haar inwoners uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk was voor de uitgifte van verontreinigde bouwgrond, hoewel de daaraan verbonden gevaren voor de volksgezondheid ten tijde van de uitgifte nog niet algemeen bekend waren. De Hoge Raad verenigde zich met 's hofs oordeel dat 'alarmerende berichten' over de risico's van verontreinigd havenslib destijds reeds aanleiding voor de gemeente hadden moeten vormen tot nader onderzoek, ook al hadden de betreffende berichten vooralsnog slechts betrekking op de schadelijke gevolgen voor land- en tuinbouw.³⁸² Overigens zal daarbij ook de bijzondere, publiekrechtelijk getinte relatie tussen de gemeente en haar inwoners – derhalve de *aard van de rechtsverhouding* – een rol hebben gespeeld.

Al met al heeft de delictuele onderzoeksplicht, zoals alle ongeschreven zorgvuldigheden (par. 4.2.10), in hoge mate een contextgebonden karakter. Van belang is dat de kennis omtrent het betrokken risico, hierboven gepresenteerd als basisvereiste, geen *voldoende* voorwaarde vormt voor het aannemen van een delictuele onderzoeksplicht. Zou het anders zijn, dan zou reeds de *mogelijkheid* van schade door verwezenlijking van een objectief bekend risico de conclusie rechtvaardigen dat de laedens dit risico had moeten onderzoeken, op straffe van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dit zou leiden tot de extreme consequentie dat naar maatstaven van zorgvuldigheid alle objectief bekende risico's op hun merites moeten worden onderzocht, ongeacht de omstandigheden van het geval. In die benadering zou bijvoorbeeld mevrouw Bey, toen zij bij de bushalte afscheid nam van haar dochter, geen stap hebben mogen verzetten zonder eerst te bezien, of er zich achter haar rug wellicht personen bevonden die daardoor ten val konden komen (zoals mevrouw Guyt).³⁸³ In het nu te bespreken arrest Bildtpollen/Miedema kiest de Hoge Raad – terecht – een terughoudender benadering, door behalve het bedoelde kennisvereiste ook het belang van de omstandigheden van het geval te benadrukken.³⁸⁴

380 Vgl. (opnieuw) HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas). Zie voorts de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 30.

381 Vgl. Rb. Alkmaar 24 december 2008, *LJN* BH0783, *JA* 2009, 62, r.o. 4.2.

382 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286 m.nt. CJHB onder 289 (Maassluis/bewoners), r.o. 4.2.

383 Vgl. HR 11 december 1987, *NJ* 1988, 393 m.nt. G (Bushalte), besproken in par. 4.2.10.

384 HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema).

4.3.11 Vervolg; Bildtpollen/Miedema

In het voorjaar van 1993 heeft Der Bildtpollen Aanwas BV, beheerder van de Opdijk te Oude Bildtzijl (Friesland), uien gestort langs de dijk, als voer voor schapen. Niet ver daarvandaan had akkerbouwer Miedema een partij zaauiuen opgeslagen in een loods. Tijdens de opslag bleken Miedema's uien te zijn aangetast door de schimmelziekte 'koprot'. Miedema heeft Bildtpollen hiervoor aansprakelijk gesteld op grond van art. 6:162 BW, daartoe stellende dat de besmetting was veroorzaakt door het rotten van de uienrestanten van Bildtpollen. Volgens Miedema heeft Bildtpollen onzorgvuldig gehandeld door de uienrestanten langs de dijk te laten liggen, wetende dat deze een bron van koprot veroorzakende schimmel zijn, in verband met het risico van de verspreiding van schimmelsporen door de lucht.

In eerste aanleg werd de vordering afgewezen, maar in appel vond Miedema het Hof Leeuwarden aan zijn zijde. Over de onrechtmatigheidsvraag oordeelde het hof kort en krachtig:

'Het hof is van oordeel, dat het doen storten van uien op een dijk als waarvan hier sprake is zonder zorg te dragen voor verwijdering van de restanten, waardoor deze gaan weggrotten, in beginsel kan worden aangemerkt als onzorgvuldig handelen jegens uientelers op belendende percelen. Een dergelijk handelen vergroot immers de kans dat plantenziekten worden verspreid (...) en het is de verantwoordelijkheid van de stortende partij dat zij zich tevoren deugdelijk laat voorlichten over mogelijke gevaren verbonden aan het achterblijven van uienrestanten. Aan een en ander doen niet af de mogelijke omstandigheden dat het voeren van uien aan schapen bij dijkbeheerders gebruikelijk is, dat het risico van ziektes door hen niet wordt onderkend en dat bij Bildtpollen geen andere soortgelijke gevallen van aansprakelijkheidsstelling van (wol-)veehouders bekend zijn.'³⁸⁵

Het hof baseerde zijn onrechtmatigheidsoordeel dus op een delictuele *onderzoekspflicht* van Bildtpollen omtrent de 'mogelijke gevaren' van het storten van uien langs de dijk, kennelijk op grond van de gedachte dat deze handelwijze de kans op verspreiding van plantenziekten in het algemeen had vergroot. Door toepassing van de 'omkeringsregel' nam het hof voorts causaal verband aan tussen de onderhavige normschending en de geleden schade.³⁸⁶ Het verweer van Bildtpollen, dat de besmetting evengoed afkomstig kon zijn van een nabijgelegen afvalhoop, werd aldus gepasseerd en de vordering van Miedema lag voor toewijzing gereed.

In cassatie stelt de Hoge Raad, tezamen met P-G Hartkamp, paal en perk aan deze benadering. In drie opzichten gaf 's hofs onrechtmatigheidsoordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 3.3). Ten eerste had het hof miskend

³⁸⁵ Zie 's hofs tussenarrest d.d. 31 oktober 2001, r.o. 5.2.

³⁸⁶ Zie r.o. 5.3 van 's hofs tussenarrest d.d. 31 oktober 2001 en r.o. 10 van 's hofs tussenarrest d.d. 15 september 2003.

dat bij de beoordeling van gevaarzettingsituaties niet alleen de kans op schade – in casu: de kans op verspreiding van plantenziekten – moet worden meegewogen, maar ook de overige omstandigheden van het geval (vgl. par. 4.2.10). Meer in het bijzonder had het hof in casu aandacht moeten besteden aan de Kelderluikfactoren,³⁸⁷ die de Hoge Raad bij deze gelegenheid van een geactualiseerde formulering voorziet.³⁸⁸ Van belang was in dit verband dat Bildtpollen in feitelijke instanties had aangevoerd, onder verwijzing naar voorbeelden uit de praktijk, dat haar handelwijze ‘zeer gebruikelijk’ was.³⁸⁹ Ten tweede – en in het verlengde hiervan – wordt als onjuist bestempeld het oordeel van het hof ‘dat het enkele vergroten van de kans op verspreiding van plantenziekten voldoende is voor het aannemen van onrechtmatigheid’. Dit oordeel is immers onverenigbaar met de vaste regel dat gevaarzettend gedrag eerst onrechtmatig is ‘indien de mate van waarschijnlijkheid van schade als gevolg van dat gedrag zo groot is dat de betrokkene zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden’.³⁹⁰ Ten slotte moet ook de door het hof aangenomen onderzoeksplicht het ontgelden:

‘Het onderdeel klaagt tot slot over de overweging van het hof dat het de verantwoordelijkheid van de stortende partij is dat zij zich tevoren deugdelijk laat voorlichten over mogelijke gevaren, verbonden aan het achterblijven van uienresten. De in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid reikt niet zo ver dat op Bildtpollen ook zonder dat zij het risico van verspreiding van koprot kende of behoorde te kennen – het hof heeft hieromtrent niets vastgesteld – de door het hof vermelde verantwoordelijkheid rust (vgl. HR 22 april 1994, nr. 15338, *NJ* 1994, 624). Ook deze klacht is dus terecht voorgesteld.’³⁹¹

De overweging bevestigt het in par. 4.3.9 vooropgestelde uitgangspunt dat voor het aannemen van een delictuele onderzoeksplicht tenminste is vereist dat de laedens wist of behoorde te weten van het betrokken risico. Ter onderbouwing verwijst de Hoge Raad naar het bekende *Taxus*-arrest, waarin werd geoordeeld dat een botanische leek geen verplichting heeft om een plant of struik waarvan hij de giftigheid kent noch behoort te kennen, onder zijn controle te houden of deze te onderzoeken op eventuele giftigheid.³⁹² In de onderhavige zaak ging het niet om een botanische leek, maar om een professio-

387 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

388 Volgens de Hoge Raad moet worden gelet op ‘de kans op schade, (...) de aard van de gedraging, de aard en ernst van de eventuele schade en de bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen’ (r.o. 3.3). Zie over de toevoeging van ‘de aard van de gedraging’ par. 4.3.4.

389 Vgl. de conclusie van P-G Hartkamp, sub 19.

390 Aldus r.o. 3.3, onder verwijzing naar HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepense tak), besproken in par. 4.4.2. Zie in gelijke zin de conclusie van P-G Hartkamp, sub 17.

391 HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema), r.o. 3.3.

392 HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (*Taxus*), r.o. 3.4.3, besproken in par. 4.4.10.

nele dijkbeheerder, zodat een andere uitkomst denkbaar was geweest. Het hof had echter, zoals de Hoge Raad signaleert, niets vastgesteld omtrent de kennis of professionele deskundigheid van Bildtpollen. Zelf had Bildtpollen in rechte uitdrukkelijk ontkend dat zij het risico van de verspreiding van koprot kende of behoorde te kennen, onder verwijzing naar de agrarische vakliteratuur, waarin dit risico tot dan toe niet was gesignaleerd.³⁹³ Indien het hof hierover anders dacht, bijvoorbeeld omdat volgens het hof de maatschappelijke kring waartoe Bildtpollen behoorde, meebracht dat zij nader onderzoek had moeten doen naar het 'nieuwe risico' van verspreiding van koprot door de aanwezigheid van uienrestanten,³⁹⁴ had het hof deze visie nader moeten onderbouwen door verwijzing naar de omstandigheden van het geval.

4.3.12 Onderzoeksplicht van de gelaedeerde

In het dwalingsleerstuk, dat hierboven tot uitgangspunt is genomen bij de analyse van de informatieplichten uit hoofde van art. 6:162 BW, komt de idee van 'informationelle Selbstverantwortung'³⁹⁵ tot uitdrukking in de eigen onderzoeksplicht van de dwalende, die de keerzijde vormt van de mededelingsplicht van de wederpartij (par. 3.6.11). In het aansprakelijkheidsrecht kan iets dergelijks worden betoogd. In par. 4.2.10 werd reeds vooropgesteld dat de *gerechtvaardigde verwachtingen* van laedens en gelaedeerde in vraagstukken van zorgvuldigheid beslissend zijn. Tegen deze achtergrond werd in par. 4.3.2 als (derde) basisvereiste voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht geponereerd dat de laedens 'rekening moest houden met onoplettendheid aan de zijde van de gelaedeerde'. Hieruit volgt dat géén waarschuwingsplicht heeft te gelden, indien de laedens erop heeft mogen vertrouwen dat de gelaedeerde reeds bekend was met het betrokken risico en zijn gedrag daarop ook zónder waarschuwing reeds voldoende kon afstemmen. Van Dam verwoordt het, in zijn rechtsvergelijkende handboek over *European tort law*, als volgt:

'No duty to warn nor to inform exists when someone is justified in believing that the potential victim knows about the risk, is aware of it, and is able to behave accordingly.'³⁹⁶

393 Vgl. de conclusie van P-G Hartkamp, sub 18.

394 Vgl. HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), r.o. 3.3, besproken in par. 4.2.15.

395 Zie voor deze (uit het Duitse contractenrecht afkomstige) terminologie bijv. Busch 2008, p. 3, 137; en Eidenmüller e.a. 2008, p. 544-545.

396 Van Dam 2006, nr. 807-3. Zie in gelijke zin bijv. Wilms 1980, p. 516.

Aangenomen dat dus de delictuele waarschuwingsplicht zich níet uitstrekt tot gevaren die bij de gelaedeerde genoegzaam *bekend* mogen worden verondersteld, rijst de vraag in hoeverre de hier bedoelde kennis van de gelaedeerde mag worden geobjectiveerd, meer in het bijzonder door toepassing van een *onderzoeksplicht*. Zeker niet altijd ligt het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht aan de zijde van de gelaedeerde voor de hand. Men denke bijvoorbeeld aan de casus van het Natronloog-arrest.³⁹⁷ Hier woog het gevaarzettend handelen van de schoonmaker – die een emmertje natronloog in een afgesloten zak bij het vuilnis had gezet – zo zwaar, dat de gedachte aan een onderzoeksplicht van de vuilnisman – die de vuilniszak had kunnen controleren op de aanwezigheid van gevaarlijke stoffen – misplaatst overkomt. In andersoortige situaties ligt een dergelijke redenering juist wel voor de hand. Zo blijven alledaagse valpartijen op gladde of bevuilde vloeren veelal voor rekening van het slachtoffer, op grond van de begrijpelijke overweging dat deelnemers aan het maatschappelijk verkeer in het algemeen bedacht dienen te zijn op normale vormen van gladheid of bevuiling van vloeren.³⁹⁸ In het kader van de wegbeheersaansprakelijkheid heeft de Hoge Raad op vergelijkbare wijze geoordeeld dat de wegbeheerder géén waarschuwingsplicht heeft, indien een gevaar op de weg ‘ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk had moeten zijn’.³⁹⁹ Men kan in zulke uitspraken de (impliciete) erkenning van een delictuele onderzoeksplicht aan de zijde van het slachtoffer lezen.

De onmisbaarheid van de hier bedoelde onderzoeksplicht – althans op een conceptueel niveau – laat zich eenvoudig inzien, wanneer men zich realiseert dat zónder erkenning van deze onderzoeksplicht de waarschuwing haar functie als rechtvaardigingsgrond voor gevaarzettend handelen verliest (vgl. par. 4.3.1). Wie aanvaardt dat de laedens zich door het doen van een waarschuwing van aansprakelijkheid kan bevrijden, veronderstelt vanzelfsprekend dat benadeelden zich binnen redelijke grenzen moeten inspannen om de betekenis van deze waarschuwing te doorgronden. Een benadeelde die door onverschoonbare onoplettendheid de gegeven waarschuwing niet heeft waargenomen of begrepen, zal geen baat (mogen) hebben bij een beroep op onbekendheid met het betrokken gevaar. Zijn kennis moet worden geobjectiveerd, onder het motto: ‘een gewaarschuwd mens telt voor twee’. In zoverre is de onderzoeksplicht van het slachtoffer niets meer dan het logisch complement van de delictuele waarschuwingsplicht.⁴⁰⁰

397 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10.

398 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 95.3.1. Zie ook par. 4.4.1.

399 HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.7, besproken in par. 4.3.3.

400 Vgl. over deze logische samenhang tussen informatievergaring en -verstrekking par. 2.3.1.

4.3.13 Vervolg; algemeen bekende risico's

Over de reikwijdte van de zojuist besproken onderzoeksplicht van de gelaedeerde valt in algemene zin betrekkelijk weinig te zeggen, nu deze – als negatieve pendant van de waarschuwingsplicht van de laedens (par. 4.3.12) – is verweven met de omstandigheden van het geval. Ter nadere uitwerking kan wel de 'ondergrens' van deze onderzoeksplicht worden gemarkeerd. Er is namelijk één bijzondere categorie van risico's waarmee de gelaedeerde, ongeacht de omstandigheden van het geval, ook zónder nader onderzoek geacht mag worden bekend te zijn. Ik doel op de *algemeen bekende risico's*: risico's die zó voor de hand liggend zijn, dat zij tot de geobjectiveerde kennis van alle deelnemers aan het maatschappelijk verkeer mogen worden gerekend. Zij kunnen in verband worden gebracht met de processuele 'feiten van algemene bekendheid' (art. 149 lid 2 Rv),⁴⁰¹ met dien verstande dat het hier gaat om risico's die *zonder meer* – dat wil zeggen: ook zónder raadpleging van voor iedereen toegankelijke bronnen, derhalve op basis van alledaagse ervaringsregels – algemeen bekend mogen worden verondersteld.⁴⁰² In de jurisprudentie zijn bijvoorbeeld de gevaren die uitgaan van een scherp mes,⁴⁰³ een hete vloeistof,⁴⁰⁴ een natte vloer⁴⁰⁵ en (sinds 1963) tabak⁴⁰⁶ als zodanig aangemerkt. Ook het feit dat 'beleggen in effecten een risico van vermogensverlies met zich brengt'⁴⁰⁷ is aangeduid als een algemeen bekend risico, evenals de omstandigheid 'dat het regelmatig voorkomt dat bij garages autosleutels uit de brievenbus worden gehengeld'⁴⁰⁸ en voorts het gevaar van 'ernstige infectieziekten in tropische landen door het drinken van water dat zich niet in gesloten flessen bevindt'.⁴⁰⁹

Het belang van de onderscheiding van de onderhavige categorie van algemeen bekende risico's is dat voor zulke risico's logischerwijze niet behoeft

401 Zie daarover bijv. Snijders e.a. 2011, nr. 206, waar feiten van algemene bekendheid worden omschreven als 'feiten die ieder normaal ontwikkeld mens kent of uit voor ieder toegankelijke bronnen kan kennen'.

402 Vgl. Van Dam 2000, nr. 903; en voorts de conclusie van wnd. A-G Bloembergen voor HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), sub 1.3.

403 HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175 m.nt. GHvV onder 177 (Laudy/Fair Play), r.o. 3.6.

404 Rb. Haarlem (ktr.) 26 november 2008, LJN BG6281, JA 2009, 46, r.o. 6.

405 Hof Arnhem 23 februari 2010, LJN BL6032, NJF 2010, 144, r.o. 4.10. Vgl. ook HR 2 maart 2007, LJN AZ5834, NJ 2007, 143 (Perez/Casa Grande en Ohem), r.o. 3.5.

406 Rb. Amsterdam 17 december 2008, LJN BG7225, NJ 2009, 311, r.o. 5.61-5.62. In zoverre is een waarschuwing voor de gezondheidsrisico's van tabak thans *civielrechtelijk* niet langer vereist. Vgl. echter de in par. 4.2.9 genoemde *publiekrechtelijke* regelgeving op dit terrein. Zie nader over de geschiedenis van het tabakrisico Keirse 2007, p. 9-14.

407 Aldus bijv. Hof Amsterdam 18 augustus 2009, LJN BJ5445, JOR 2009, 297 m.nt. F.M.A. 't Hart onder 298, r.o. 4.10; Hof Amsterdam 6 oktober 2009, LJN BJ9715, JOR 2009, 298 m.nt. F.M.A. 't Hart, r.o. 4.11; Rb. Utrecht 9 februari 2011, LJN BP5089, r.o. 4.4; en Hof Amsterdam 5 juli 2011, LJN BR2966, NJF 2011, 333, r.o. 4.15.

408 HR 12 maart 2004, NJ 2004, 272 (Sleutelbus), r.o. 3.4.2.

409 HR 26 november 2010, LJN BN9977, NJ 2010, 635 (Jones/Fugro), r.o. 3.4.4.

te worden gewaarschuwd.⁴¹⁰ Ratio is dat de laedens mag verwachten dat de potentiële slachtoffers hiervan reeds op de hoogte zijn, zodat hij in zoverre geen rekening behoeft te houden met onoplettendheid (vgl. par. 4.3.2). Onder verwijzing naar de Duitse rechtspraak zou men kunnen zeggen dat een waarschuwingsplicht hier is uitgesloten, omdat het betrokken risico 'vor sich selbst warnt' (par. 2.7.5). Illustratief is het arrest Lagraauw/Van Schie uit 2008, waarin het ging om werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW voor het (tengevolge van de wind) dichtklappen van de laaddeur van een vrachtwagen. De Hoge Raad begreep het bestreden oordeel van het hof aldus, dat de werkgever in casu geen maatregelen behoefde te nemen of instructies behoefde te geven om het onderhavige risico te beperken, omdat dit specifieke risico 'ook voor terzake niet gewaarschuwde mensen voldoende bekend is'.⁴¹¹ Op die grond bleef 's hofs afwijzing van de vordering van de werknemer in stand.

Om twee redenen is de onderhavige stellingname van bijzonder belang. In de eerste plaats is het voor de laedens onevenredig belastend om te moeten waarschuwen voor de talloze algemeen bekende risico's die ons in het dagelijks leven omringen. In de tweede plaats leidt het stelselmatig waarschuwen voor zulke risico's bij het grote publiek onvermijdelijk tot een zekere onverschilligheid, zodat de beoogde veiligheid van het maatschappelijk verkeer daardoor juist wordt ondermijnd in plaats van bevorderd.⁴¹² Giesen heeft in zijn Utrechtse oratie terecht aandacht gevraagd voor dit gevaar van 'gewenning' aan de waarschuwing, mede tegen de achtergrond van bevindingen uit de cognitieve psychologie.⁴¹³

Het voorgaande betekent niet dat de laedens bij verwezenlijking van een algemeen bekend risico zonder meer vrijuit gaat. Juist het feit dat ook hij daarmee (per definitie) bekend was, kan immers meebrengen dat hij gehouden was de gelaedeerde hiertegen tot op zekere hoogte in bescherming te nemen, door het treffen van adequate veiligheidsmaatregelen.⁴¹⁴ Het derde basisver-

410 Aldus bijv. Schut 1974, p. 25; Wilms 1980, p. 516; Dommering-van Rongen 1991, p. 166; Giesen 2005, p. 42; Van Dam 2006, nr. 807-3; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 188; Quist 2010, p. 25; en Bouwens & Duk 2011, p. 233. Zie ook de conclusie van A-G Spier voor HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 260 (Oost/Brands), sub 4.10; en de JOR-annotatie van F.M.A. 't Hart bij Hof Amsterdam 6 oktober 2009, *LJN* BJ9715, *JOR* 2009, 298, sub 8 e.v. Vgl. ten slotte nog (in de contractuele sfeer) De Boeck 2000, p. 434.

411 HR 8 februari 2008, *LJN* BB7423, *NJ* 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie), r.o. 3.4.

412 Zie voor een en ander bijv. de conclusie van A-G Spier voor HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 260 (Oost/Brands), sub 5.6; en de JOR-annotatie van F.M.A. 't Hart bij Hof Amsterdam 6 oktober 2009, *LJN* BJ9715, *JOR* 2009, 298, sub 11-12.

413 Zie Giesen 2005, p. 83 e.v. Aldus ook Pape 2008a, p. 74-75, die als oplossing suggereert de inhoud of vormgeving van waarschuwingen regelmatig aan te passen. Vgl. ook par. 1.4, over het gevaar van 'information overload'.

414 Zie bijv. (in het kader van art. 7:658 BW) Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2011, *LJN* BQ1285, *JA* 2011, 95, r.o. 4.3.4, waar het hof oordeelt dat de algemene bekendheid van het betrokken risico (de val van een keukentrapje) 'een argument vormt ten gunste van het aannemen van een zorgplicht'. Vgl. ook Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187, 188; Bouwens & Duk 2011,

eiste van par. 4.3.2 bewerkstelligt echter dat een *waarschuwing* voor zulke risico's niet is vereist, omdat de laedens erop mag vertrouwen dat de potentiële slachtoffers reeds beschikken over de betreffende informatie. Tot zinloze zorg is de laedens, met andere woorden, niet gehouden. Of, omgekeerd: met vergeefse 'common sense warnings'⁴¹⁵ mag de laedens zich niet onttrekken aan zijn eventuele verantwoordelijkheid om andere, met name *fysieke* veiligheidsmaatregelen te treffen, dan wel zijn gevaarzettend gedrag geheel achterwege te laten (vgl. par. 4.3.1). In de lagere rechtspraak op het terrein van de gevaarzetting wordt dit wel eens miskend, waar feitenrechters – in het voetspoor van partijen – soms geneigd zijn de waarschuwing als 'ultieme' voorzorgsmaatregel te beschouwen.⁴¹⁶

Het principiële uitgangspunt dat voor algemeen bekende risico's niet behoeft te worden gewaarschuwd, verdient in één belangrijk opzicht nuancering. Deze nuancering schuilt in de *invulling* van het begrip algemeen bekende risico's. Vele risico's zijn in abstracto 'algemeen bekend', maar kunnen desondanks in concreto niet door alle potentiële gelaedeerden zonder meer worden voorzien. Dat ieder weldenkend mens bekend is met de gevaren van een openstaand kelderluik, wil bijvoorbeeld niet zeggen dat de caféhouder die in een donkere gang onverhoeds een kelderluik opent, zijn bezoekers niet behoeft te waarschuwen.⁴¹⁷ Onder deze omstandigheden is immers het concrete risico van dít openstaande kelderluik voor de argeloze cafébezoekers niet voorzienbaar.⁴¹⁸ Terecht betogen Van Boom c.s. dan ook dat de vaststelling van algemeen bekende risico's – of, preciezer geformuleerd: de beoordeling van de onrechtmatigheid in verband met het in het leven roepen van algemeen bekende risico's – dient te geschieden met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval.⁴¹⁹ Een treffende illustratie biedt het nu te bespreken arrest Eurosportief/Wesselink.⁴²⁰

p. 233; en HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink), r.o. 3.4.2, besproken in par. 4.3.14.

415 Vgl. voor deze terminologie de JOR-annotatie van F.M.A. 't Hart bij Hof Amsterdam 6 oktober 2009, *LJN* BJ9715, *JOR* 2009, 298, sub 16.

416 Vgl. bijv. Hof Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* BN0792, waarin het ging om een werknemer van een betonfabriek die op de werkplek werd gebeld en daardoor van een 'triltafel' viel. In beide feitelijke instanties spitst het debat zich toe op de vraag of de werkgever het telefoneren op de werkplek had moeten verbieden c.q. daarvoor had moeten waarschuwen, terwijl de vraag of de werkplek als zodanig voldeed aan de eisen van art. 7:658 lid 1 BW ogenschijnlijk buiten beschouwing blijft. Zie voor vergelijkbare kritiek par. 4.3.1, met verwijzing naar Hof Arnhem 26 mei 2009, *LJN* BJ0833, *NJF* 2009, 357.

417 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

418 Vgl. ook (in de contractuele sfeer) par. 3.7.9, waar bleek dat de algemene bekendheid van het gevaar van bodemverontreiniging door ondergrondse olietanks meebrengt dat de verkoper van een woning die bekend is met de aanwezigheid van zo'n olietank, de koper hierop zal moeten attenderen.

419 Van Boom e.a. 2010, p. 42, die de nadruk leggen op 'het relatieve en contextgebonden karakter' van feiten van algemene bekendheid.

420 HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink).

4.3.14 Vervolg; Eurosportief/Wesselink

Kuipers, echtgenote van verweerder in cassatie Wesselink, nam deel aan een skeelercursus voor beginners, georganiseerd door Eurosportief. De lessen werden gegeven door instructeur Heesink, op een geasfalteerde skeelerbaan. Voorafgaand aan de eerste les is door Heesink aan de cursisten verteld dat zij een valhelm konden pakken 'als ze daar behoefte aan hadden'. Het gebruik van pols-, elleboog- en kniebeschermers was daarentegen verplicht. Tijdens de derde les is Kuipers, die geen valhelm droeg, door een onbekende oorzaak op haar achterhoofd gevallen. Zij heeft hierdoor ernstig hersenletsel opgelopen, waaraan zij een dag later is overleden. Weduwnaar Wesselink vordert schadevergoeding van Eurosportief,⁴²¹ daartoe stellende dat Eurosportief onrechtmatig heeft gehandeld door niet van haar beginnende cursisten te verlangen dat deze een valhelm droegen. De rechtbank wees deze vordering af, met als motivering dat het 'op de verantwoordelijkheid van de deelnemer zelf aankomt', of hij tijdens de lessen gebruik maakt van een valhelm. Hof en Hoge Raad dachten daar anders over.

In appel nam het hof een uit art. 6:162 BW voortvloeiende waarschuwingsplicht van Eurosportief aan. Volgens het hof levert de skeelersport, juist voor de onderhavige categorie van onervaren cursisten, een verhoogd gevaar voor vallen en daaruit voortvloeiend (hoofd)letsel op (r.o. 4.5-4.6). Tegen deze achtergrond mag van de organisator van een skeelercursus worden verwacht, aldus het hof, 'dat de cursisten voorafgaande aan de cursus indringend worden gewaarschuwd voor die gevaren, aldus dat iedere cursist een afgewogen beslissing kan nemen om tijdens de lessen (en daarbuiten) beschermingsmiddelen te dragen' (r.o. 4.6). Het in casu door Heesink gedane aanbod om desgewenst een valhelm te gebruiken, had volgens het hof 'een louter vrijblijvend karakter' en kon daarom niet worden aangemerkt als 'een dringend advies aan de cursisten' (r.o. 4.7). Tegen deze achtergrond was Eurosportief tekortgeschoten in de op haar rustende 'zorgvuldigheidsverplichting om de cursisten minstgenomen dringend te adviseren een valhelm te dragen'. Als 'aspect' van dit vereiste van dringend advies had volgens het hof te gelden 'dat van de leraar in het kader van zijn voorbeeldfunctie jegens de cursisten kon worden gevergd dat hijzelf tijdens de lessen een helm zou hebben gedragen' (r.o. 4.8). Dat het in casu ging om 'de beoefening van een sport die het risico van vallen met zich brengt', maakt het voorgaande in de visie van het hof niet anders (r.o. 4.9).⁴²²

In cassatie klaagt Eurosportief onder meer dat het hof ten onrechte is voorbijgegaan aan haar betoog dat zij, door zorg te dragen voor een veilige

421 Het ging hier (dus) uitsluitend om overlidenschade in de zin van art. 6:108 BW. Vgl. C.J.H. Brunner, die aan het slot van zijn NJ-annotatie zich erover verbaast dat partijen in casu 'met grote inzet' hebben gestreden over een 'betrekkelijk geringe materiële schade'.

422 Zie voor dit alles 's hofs tussenarrest d.d. 18 oktober 2003.

skeelerbaan en voldoende beschermingsmateriaal, reeds aan haar zorgplicht had voldaan. Deze klacht mist volgens de Hoge Raad feitelijke grondslag. Het hof had immers de getroffen maatregelen in casu *onvoldoende* geacht, zoals volgens de Hoge Raad besloten lag in 's hofs oordeel dat Eurosportief de cursisten minst genomen dringend had moeten adviseren een valhelm te dragen (r.o. 3.4.1).

Voorts betoogt Eurosportief dat het hof gewicht had moeten toekennen aan de omstandigheid dat Kuipers zich door deelname aan de skeelerkursus vrijwillig had blootgesteld aan het daaraan inherente risico van vallen, met eventueel hoofdletsel tot gevolg, 'welk risico van algemene bekendheid is en dus ook voor Kuipers kenbaar en te verwachten was'. De Hoge Raad verwerpt dit betoog (r.o. 3.4.2):

'Dat Kuipers zich vrijwillig heeft blootgesteld aan het risico van een val (op het hoofd) bevrijdde Eurosportief (...) niet noodzakelijkerwijs van haar aansprakelijkheid ter zake van het niet treffen van de met het oog op dat risico bij een skeelerkursus voor beginners geboden veiligheidsmaatregelen'.

De overweging bevestigt dat ook in geval van verwezenlijking van algemeen bekende risico's de laedens aansprakelijk kan zijn wegens een gebrek aan adequate voorzorg, zoals hierboven reeds bleek in par. 4.3.13.

Ten slotte doet Eurosportief in cassatie een beroep op, wat men zou kunnen aanduiden als, de eigen onderzoeksplicht van Kuipers (vgl. par. 4.3.12). Volgens Eurosportief was met het verstrekken en verplicht laten dragen van pols-, elleboog- en kniebeschermers 'reeds voldoende aan Kuipers blijkt (...) gegeven van het risico van een val', zodat Kuipers, mede gezien het aanbod om gebruik te maken van een valhelm, 'heeft moeten begrijpen dat er ook sprake was van een (weliswaar veel kleiner, maar niet uit te sluiten) risico van hoofdletsel'. De Hoge Raad verwerpt dit betoog (r.o. 3.4.6):

'(D)eze klacht stuit af op het niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk gevende oordeel van het hof dat voor het antwoord op de vraag of Eurosportief, organisator en leider van de skeelerkursus, dringend had moeten adviseren een valhelm te dragen, niet beslissend is dat Kuipers, beginnend cursist, zelf bedacht had moeten zijn op het risico van een val op het hoofd.'

De Hoge Raad laat dus de waarschuwplicht van Eurosportief, die cursisten 'dringend had moeten adviseren een valhelm te dragen', prevaleren boven de eigen onderzoeksplicht van Kuipers, die 'zelf bedacht had moeten zijn op het risico van een val op het hoofd'. Hoewel de gekozen formulering vraagtekens oproept (par. 4.3.15), valt voor het bereikte resultaat, gelet op de in par. 4.3.4 besproken gezichtspunten, veel te zeggen. Om te beginnen pleitte de *aard van de rechtsverhouding* tussen Eurosportief als professionele organisator van skeelerkursussen en Kuipers als onervaren cursiste als zodanig reeds voor het aannemen van een ruime waarschuwplicht van Eurosportief omtrent de

aan de cursus verbonden risico's. Niet onbelangrijk lijkt in dit verband dat Eurosportief behalve 'dader' ook contractuele wederpartij was, die zich had verbonden Kuipers in te wijden in de skeelersport.⁴²³ Ook de *aard van de betrokken belangen* pleitte duidelijk in het voordeel van Kuipers, nu er sprake was van dreigend levensgevaar, waarvoor Eurosportief zonder enig bezwaar – namelijk zonder extra kosten en ook zonder ernstige consequenties voor haar bedrijfsvoering en concurrentiepositie – had kunnen waarschuwen. Veelzeggend is dat Eurosportief naar aanleiding van het ongeval het gebruik van valhelmen alsnog verplicht heeft gesteld.⁴²⁴

De crux van de zaak is naar mijn indruk gelegen in de *aard van de betrokken informatie*. Het risico van ernstig hoofdletsel dat zich in casu had verwezenlijkt, kan worden beschouwd als een gekwalificeerde variant van het algemeen bekende risico dat deelnemers aan een skeelercursus ten val kunnen komen. Zo bezien had Kuipers allicht kunnen *beredeneren* dat zij hoofdletsel kon oplopen door deelname aan de skeelercursus, maar het ligt voor de hand dat zij – onervaren deelnemer als zij was – de betrokken risico's in eerste instantie vooral met schaafwonden en botbreuken heeft geassocieerd, juist omdat Eurosportief enkel het gebruik van pols-, elleboog- en kniebeschermers verplicht had voorgeschreven. Van de vrijblijvend aangeboden valhelmen ging in dit verband eerder een geruststellende dan een alarmerende werking uit, nu daarbij werd vermeld dat deze enkel waren bestemd voor wie 'daar behoefte aan hadden', terwijl een valhelm in werkelijkheid voor *alle* onervaren cursisten van (levens)belang bleek. Tegen deze achtergrond kan men zeggen dat het algemeen bekende risico van een valpartij in casu bijzonder ernstige proporties had aangenomen, die voor onervaren cursisten niet zonder meer voorzienbaar waren. In zoverre wás het betrokken risico – de reële dreiging van dodelijk letsel – voor onervaren cursisten niet genoegzaam bekend, zodat Eurosportief daarvoor, als professionele organisator van de cursus, had moeten waarschuwen. Een en ander is in overeenstemming met de observatie aan het slot van de voorgaande paragraaf, dat risico's in abstracto algemeen bekend maar niettemin in concreto onvoldoende voorzienbaar kunnen zijn.

4.3.15 Verhouding wederzijdse informatieplichten

Vanuit een dogmatisch perspectief roept het zojuist besproken arrest Eurosportief/Wesselink de vraag op naar de *verhouding* tussen de wederzijdse

423 Deze contractuele context komt in de procedure alleen tot uitdrukking in het (vergeefse) beroep van Eurosportief op een overeengekomen exoneratiebeding (zie r.o. 3.5.2). Voor het overige staat het beoordelingskader van art. 6:162 BW centraal.

424 Zie r.o. 3.1, sub v. Overigens impliceert dit als zodanig niet dat Eurosportief daartoe ook op voorhand reeds verplicht was (aldus bijv. terecht NJ-annotator C.J.H. Brunner). Vgl. over het hier dreigende gevaar van de *hindsight bias* par. 4.3.6.

informatieplichten uit hoofde van art. 6:162 BW, meer in het bijzonder tussen de waarschuwingsplicht van de laedens en de eigen onderzoeksplicht van de gelaedeerde. Bij de bespreking van het dwalingsleerstuk in hoofdstuk 3 werd, voor wat betreft de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten uit hoofde van art. 6:228 BW, gepleit voor het aannemen van een omslagpunt, in die zin dat de plicht tot informatieverstrekking van de ene partij ophoudt waar de plicht tot informatievergaring van de andere partij begint.⁴²⁵ Achtergrond was de tweezijdige benadering die voor de invulling van precontractuele informatieplichten doorslaggevend is (par. 3.5.4). Nu in het aansprakelijkheidsrecht op vergelijkbare wijze gewicht wordt toegekend aan de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer (par. 4.2.10), ligt het mijns inziens voor de hand ook hier uit te gaan van een dergelijk omslagpunt.⁴²⁶ Dienovereenkomstig werd hierboven reeds betoogd dat de delictuele waarschuwingsplicht zich niet behoort uit te strekken tot gevaren die bij de gelaedeerde genoegzaam bekend mogen worden verondersteld (par. 4.3.12).

In het zojuist besproken arrest Eurosportief/Wesselink lijkt de Hoge Raad een andere benadering te kiezen.⁴²⁷ In r.o. 3.4.6 overweegt hij immers 'dat voor het antwoord op de vraag of Eurosportief, organisator en leider van de skeelercursus, dringend had moeten adviseren een valhelm te dragen, niet beslissend is dat Kuipers, beginnend cursist, zelf bedacht had moeten zijn op het risico van een val op het hoofd'. Kennelijk kan in de visie van de Hoge Raad de delictuele waarschuwingsplicht ook betrekking hebben op risico's waarop de benadeelde 'zelf bedacht had moeten zijn'. Aldus construeert het college een potentiële overlap tussen de waarschuwingsplicht van de laedens en de onderzoeksplicht van de gelaedeerde, vergelijkbaar met de overlap die in het dwalingsleerstuk tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht wordt aanvaard (par. 3.6.13).

Gelet op hetgeen hierboven werd opgemerkt over 'common sense warnings' (par. 4.3.13), vind ik die benadering minder gelukkig. Uiteraard dient de laedens bij het al of niet verstrekken van een waarschuwing rekening te houden met een zekere mate van onoplettendheid van de potentiële slachtoffers, maar deze verplichting tot anticipatie op onvoorzichtig gedrag is niet oneindig (par. 4.3.3). Van Dam betoogt terecht dat een waarschuwingsplicht geldt 'indien moet worden aangenomen dat de ander geen weet heeft van

425 Zie par. 3.6.13 e.v., waar overigens bleek dat de heersende leer tegenwoordig een andere benadering prefereert, waarin tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht in potentie overlap bestaat.

426 Vgl. par. 2.3.1, waar meer in algemene zin werd gepleit voor een dergelijke complementaire benadering van wederzijdse informatieplichten. Zie par. 5.3.6 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

427 HR 25 november 2005, NJ 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink). Vgl. echter ook HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.8, waarin de Hoge Raad van een 'omslagpunt' lijkt uit te gaan (par. 4.4.7).

een voor hem relevant risico *of zich dat risico onvoldoende realiseert*.⁴²⁸ De geursiveerde toevoeging is van belang, omdat zij bewerkstelligt dat in een geval als Eurosportief/Wesselink, waarin het slachtoffer strikt genomen op de hoogte kon zijn van het betrokken risico, maar zich daarvan begrijpelijkerwijze – en voorzienbaar voor de laedens – niet voldoende *bewust* is geweest, niettemin schending van een waarschuwingsplicht kan worden aangenomen. Aldus strekt de waarschuwingsplicht – terecht – ook tot bescherming van slachtoffers die beter hadden kunnen weten. De Hoge Raad gaat echter naar mijn smaak te ver, waar hij oordeelt dat de waarschuwingsplicht mede strekt tot bescherming van slachtoffers die beter hadden *moeten* weten. Een zodanige opvatting bombardeert de waarschuwingsplicht tot ‘idiotensicher’. Daarmee is mijns inziens niemand gebaat, ook de potentiële slachtoffers niet.

4.3.16 Vervolg; waarschuwingsplicht prevaleert

Het voorgaande heeft tevens consequenties voor het leerstuk van de *eigen schuld* (art. 6:101 BW). In par. 3.6.14 werd reeds betoogd dat in geval van dwaling wegens schending van een precontractuele informatieplicht geen plaats zou moeten zijn voor een beroep op eigen schuld wegens schending van een onderzoeksplicht, omdat de gelding van een informatieplicht aan de zijde van de wederpartij impliceert dat de dwalende had mogen *vertrouwen* op een adequate informatieverstrekking. In de delictuele sfeer zou ik willen pleiten voor een vergelijkbare ‘digitale’ benadering van de wederzijdse informatieplichten. Aangenomen dat de laedens op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk is wegens schending van een delictuele waarschuwingsplicht, ligt het mijns inziens niet voor de hand in het kader van art. 6:101 BW alsnog te oordelen dat de gelaedeerde de schade wegens schending van een onderzoeksplicht (mede) aan zichzelf heeft te wijten. De geldende waarschuwingsplicht berust immers op de gedachte dat de laedens in dit verband *rekening moest houden* met onoplettendheid van het slachtoffer (vgl. par. 4.3.3). Neemt men in het kader van art. 6:101 BW een onderzoeksplicht van de gelaedeerde aan, dan ondergraaft men met terugwerkende kracht het op art. 6:162 BW gebaseerde oordeel dat de laedens meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, door de gelaedeerde niet te waarschuwen. Evenals in de contractuele sfeer zou ik dus willen betogen dat de eigen schuld van het slachtoffer in geval van schending van een delictuele waarschuwingsplicht slechts betrekking kan hebben op andere omstandigheden dan een gebrek aan eigen onderzoek omtrent de informatie die door de wederpartij had moeten worden verstrekt.⁴²⁹ Het niet of onvoldoende onderzoeken van risico’s waarvoor men

428 Van Dam 2000, nr. 823 (curs. toegevoegd).

429 Vgl. par. 3.6.14. Zie par. 5.3.6 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

naar maatstaven van zorgvuldigheid had moeten worden gewaarschuwd levert, met andere woorden, in mijn visie geen eigen schuld op.

Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het in par. 4.3.14 besproken arrest Eurosportief/Wesselink.⁴³⁰ In feitelijke instanties betwistte Eurosportief niet alleen dat zij onrechtmatig had gehandeld door een waarschuwing voor het risico van hoofdletsel achterwege te laten, maar deed zij tevens een beroep op eigen schuld van Kuipers. Daartoe voerde Eurosportief aan wat zij ook aan haar primaire verweer ten grondslag had gelegd, namelijk dat Kuipers bekend mocht worden verondersteld met het risico van een valpartij, dat Kuipers (derhalve) zelf verantwoordelijk was voor het dragen van een valhelm en dat zij vrijwillig had deelgenomen aan de skeelerkursus.⁴³¹ Het hof oordeelde, zoals bleek in par. 4.3.14, dat op Eurosportief de verplichting rustte Kuipers 'dringend te adviseren een valhelm te dragen'. Tegen deze achtergrond nam het hof volledige aansprakelijkheid van Eurosportief aan, zonder nog (expliciet) aandacht te besteden aan het vraagstuk van de eigen schuld. De Hoge Raad sanctioneert deze benadering, 'omdat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk in de stellingen van Eurosportief (...) niet een, tegenover de schuld van Eurosportief die gelegen is in het nalaten van een dringend advies een valhelm te dragen, voldoende toegelicht beroep op eigen schuld heeft gelezen' (r.o. 3.6).

De overweging roept associaties op met de bekende prioriteitsregels uit het dwalingsleerstuk, op grond waarvan een precontractuele mededelings- of waarheidsplicht in beginsel prevaleert boven de eigen onderzoeksplicht van de dwalende. In par. 3.6.18 werden deze regels in verband gebracht met de regulering van het processuele debat. Indien de wederpartij wordt aangesproken wegens schending van een precontractuele informatieplicht, is de enkele verwijzing naar de onderzoeksplicht van de dwalende in termen van juridische retoriek 'not a sufficient answer', zo werd betoogd tegen de achtergrond van de Engelse klassieker *Redgrave v Hurd*.⁴³² Een vergelijkbare gedachte kan worden toegepast op het arrest Eurosportief/Wesselink. Ervan uitgaande dat Eurosportief onervaren cursisten als Kuipers dringend had moeten adviseren een valhelm te dragen, is de enkele stelling dat Kuipers bekend mocht worden verondersteld met het risico van een valpartij, geen sterk verweer. In de aanvaarding van de onderhavige waarschuwingsplicht ligt immers besloten dat Kuipers zich, vanwege haar gebrek aan ervaring, juist niet behoefde te realiseren dat het algemeen bekende risico van een valpartij in casu ook het risico van een dodelijke val op het hoofd omvatte (par. 4.3.14). In zoverre was mét de aanvaarding van de onderhavige waarschuwingsplicht ook de eigen schuld van Kuipers een gepasseerd station. De processuele rolverdeling tussen partijen bracht mee dat Eurosportief in het kader van art. 6:101 BW

430 HR 25 november 2005, NJ 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink).

431 Zie onderdeel III.2.1 van het cassatiemiddel van Eurosportief.

432 *Redgrave v Hurd* [1881] LR 20 Ch.D. 1, besproken in par. 3.6.15.

diende aan te geven waarom Kuipers *overigens*, dat wil zeggen áfgezien van haar veronachtzaming van het risico van hoofdletsel (waarvoor Eurosportief haar immers had moeten waarschuwen), de schade mede aan zichzelf te wijten had.⁴³³

Een en ander betekent – analoog aan hetgeen in par. 3.6.14 werd betoogd betreffende de contractuele sfeer – dat in geval van schending van een delictuele waarschuwingsplicht de eigen schuld van het slachtoffer moet worden gezocht op een ander niveau, bijvoorbeeld in de sfeer van de risicoaanvaarding. In die zin kan men zeggen dat de waarschuwingsplicht van de laedens – evenals de mededelingsplicht in de precontractuele fase – prevaleert boven de eigen onderzoekspflicht van het slachtoffer.

4.3.17 Tussenconclusie

Hierboven is gebleken dat uit de maatschappelijke zorgvuldigheid van art. 6:162 lid 2 BW wederzijdse informatieplichten van laedens en gelaedeerde kunnen voortvloeien. Voor het aannemen van een *waarschuwingsplicht* aan de zijde van de laedens is, zo bleek in par. 4.3.2 e.v., tenminste vereist dat de laedens wist of behoorde te weten van (i) het betrokken risico, (ii) de dreigende schade en (iii) de potentiële onoplettendheid van het slachtoffer. Uitgaande van deze drie basisvereisten moet vervolgens, in het licht van de omstandigheden van het geval, worden beoordeeld of de laedens (iv) naar maatstaven van zorgvuldigheid was gehouden tot een waarschuwing (par. 4.3.4). Beslissend is daarbij of de laedens meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, door de gelaedeerde niet te waarschuwen (par. 4.2.10). De aard van de rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen kunnen in dit verband dienen als gezichtspunten (par. 4.3.4). Laatstgenoemd gezichtspunt komt meer concreet tot uitdrukking in de bekende Kelderluikfactoren, die in situaties van gevaarstelling het vaste beoordelingskader vormen (par. 4.3.5 e.v.). Voor de *inhoud* van de delictuele waarschuwingsplicht geldt de zogenaamde Jetblast-norm, die meebrengt dat een waarschuwing zodanig moet worden vormgegeven, dat daarvan redelijkerwijs het beoogde resultaat – vermindering van de betrokken risico's door de potentiële slachtoffers – mag worden verwacht (par. 4.3.7).

De delictuele *onderzoekspflicht* van de laedens is, op vergelijkbare wijze als de waarschuwingsplicht, onderworpen aan een kennisvereiste. Voor het aannemen van onzorgvuldigheid wegens schending van een onderzoekspflicht is, zo bleek in par. 4.3.9, tenminste vereist dat de laedens wist of behoorde

433 De stelling van Eurosportief dat Kuipers zich in casu *vrijwillig* had blootgesteld aan het normale, aan skeeleren inherente risico van een valpartij (sub III.2.1 van het cassatiemiddel) ging wellicht in die richting, maar blijkbaar achtten hof en Hoge Raad deze stelling onvoldoende onderbouwd.

te weten van de theoretische *mogelijkheid* dat het betrokken risico zich zou verwezenlijken (de 'generieke causaliteit'). Of hij de actuele dreiging daadwerkelijk had moeten onderzoeken, hangt vervolgens af van een nadere toetsing aan de maatstaven van maatschappelijke zorgvuldigheid. Beslissend is, ook hier, of de laedens meer risico heeft genomen dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord was (par. 4.2.10). De aard van de rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen kunnen in dit verband, opnieuw, een rol spelen als gezichtspunten. Toepassing van deze gezichtspunten mag overigens niet leiden tot de aanvaarding van een onderzoeksplicht met betrekking tot objectief onbekende risico's, omdat zulks een miskenning van het genoemde kennisvereiste zou opleveren (par. 4.3.11).

De waarschuwingsplicht en de onderzoeksplicht van de laedens vinden hun complement in de eigen *onderzoeksplicht van de gelaedeerde* (par. 4.3.12 e.v.). In het licht van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer (par. 4.2.10) moet worden beoordeeld of onder de gegeven omstandigheden een informatieplicht van de laedens, dan wel een onderzoeksplicht van de gelaedeerde heeft te gelden. Wat betreft de delictuele waarschuwingsplicht heb ik in par. 4.3.13 betoogd dat deze zich níet behoort uit te strekken tot risico's waarmee de gelaedeerde reeds genoegzaam bekend mocht worden verondersteld, zoals algemeen bekende risico's. In het verlengde hiervan heb ik in par. 4.3.15 e.v. gepleit voor het aannemen van een 'omslagpunt' tussen de wederzijdse informatieplichten. Overigens lijkt de Hoge Raad, getuige het in par. 4.3.14 besproken arrest Eurosportief/Wesseling, uit te gaan van een andere benadering, waarin tussen de waarschuwingsplicht van de laedens en de onderzoeksplicht van de gelaedeerde een potentiële 'overlap' bestaat.

Al met al is de aanvaarding van delictuele informatieplichten uit hoofde van de maatschappelijke zorgvuldigheid in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ter illustratie volgt hieronder een inventarisatie van de betreffende jurisprudentie. Deze inventarisatie wordt toegespitst op gevallen van *gevaarzetting*. In par. 4.1.3 bleek reeds dat het gevaarzettingsleerstuk goede aanknopingspunten biedt voor een samenhangende beschouwing van het zorgvuldigheidsvraagstuk als geheel, met name omdat de Hoge Raad op dit terrein een algemeen beoordelingskader voor onzorgvuldig gedrag heeft ontwikkeld, in de vorm van de Kelderluikfactoren. Tegen die achtergrond worden hieronder vier categorieën van gevaarzetting behandeld, die tezamen een representatief beeld geven van de delictuele informatieplichten in hun totaliteit.

Allereerst komen de klassieke gevallen van 'fysieke gevaarzetting' aan de orde, waarin de gelding van delictuele informatieplichten wordt afgeleid uit het gevaarzettend handelen van de laedens zelf (par. 4.4.1 e.v.). Hiertegenover staan de gevallen van 'zuiver nalaten', waarin juist de passiviteit van de laedens – het achterwege laten van veiligheidsmaatregelen ten aanzien van gevaren die hij niet zelf heeft veroorzaakt – centraal staat (par. 4.4.3 e.v.). In

het verlengde daarvan liggen de gevallen van schending van een 'bijzondere zorgplicht', waarin de laedens wordt verweten dat hij, ondanks een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats van het ongeval, geen maatregelen heeft getroffen ter voorkoming van de verwezenlijking van een (al of niet door hem zelf veroorzaakt) gevaar (par. 4.4.5 e.v.). De laatste hieronder te bespreken categorie heeft betrekking op de gevallen waarin schade ontstaat door de verwezenlijking van 'bijzondere risico's' in verband met het gebruik van gevaarlijke stoffen of gebrekkige zaken (par. 4.4.8 e.v.). Ook hier is het niet zozeer het gevaarlijk handelen van de laedens dat centraal staat, maar veeleer de gevaarlijkheid of gebrekkigheid van een door hem gebruikte stof of zaak.

4.4 ONRECHTMATIGE DAAD; CASUÏSTIEK

4.4.1 Fysieke gevaarzetting

Het meest klassieke toepassingsgebied van de delictuele waarschuwingplicht wordt gevormd door de gevallen van 'fysieke gevaarzetting'. Het gaat hier om gevallen waarin de laedens uit eigen beweging een fysiek gevaar voor personen of zaken creëert. Men denke aan het openzetten van een kelderluik of het doorzagen van een balkonleuning.⁴³⁴ Deze gevallen onderscheiden zich van de hieronder te bespreken gevallen van 'zuiver nalaten' (par. 4.4.3 e.v.), doordat de laedens hier wordt aangesproken wegens de verwezenlijking van een gevaar dat hij zélf in het leven heeft geroepen. Het verwijt dat hier de laedens wordt gemaakt, is derhalve niet zozeer dat hij een waarschuwingplicht heeft geschonden, als wel dat hij een *gevaar* heeft gecreëerd zonder daarvoor te waarschuwen of anderszins voorzorgsmaatregelen te treffen (vgl. par. 4.3.1). Hierin is ook het onderscheid gelegen met de in par. 4.4.5 e.v. besproken gevallen, waarin de schending van een 'bijzondere zorgplicht' centraal staat, los van de vraag of de laedens het betrokken gevaar zelf heeft veroorzaakt. Het onderscheid met de in par. 4.4.8 e.v. te behandelen 'bijzondere risico's' is gelegen in het feit dat bij fysieke gevaarzetting de handeling van de laedens *als zodanig* gevaar oplevert, zonder dat dit is terug te voeren op de bijzonder gevaarlijke eigenschappen van een door de laedens gebruikte stof of zaak. Een goed functionerend kelderluik levert bijvoorbeeld geen gevaar op, zolang de laedens dat luik niet (op een onbewaakt moment) *opent*. Juist de fysieke gedraging van de laedens kwalificeert hier het gevaar.

Op het eerste gezicht lijkt de aanvaarding van een delictuele waarschuwingplicht in gevallen van fysieke gevaarzetting zonder meer voor de hand te liggen. De gedachte dringt zich op dat degene die uit eigen beweging,

434 Vgl. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3; en HR 11 februari 1955, *NJ* 1955, 218 m.nt. LEHR (Doorgezaagde balkonleuning), besproken in par. 2.1.3.

welbewust en zonder noodzaak een fysiek gevaar voor anderen creëert, vanzelfsprekend tot het treffen van voorzorgsmaatregelen is gehouden, juist omdat hier het gevaarzettende *initiatief* geheel van hem uitgaat.⁴³⁵ Men kan deze gedachte beschouwen als uitvloeisel van de *aard van de betrokken informatie* (vgl. par. 4.3.4), in die zin dat de kennis, benodigd voor het tijdig treffen van adequate voorzorgsmaatregelen in de hier bedoelde gevallen logischerwijze bij de laedens berust. Als gevaarzettende partij is hij bij uitstek in staat te anticiperen op het door hem zelf gecreëerde risico. Deze redenering is echter niet altijd doorslaggevend, aangezien ook het *slachtoffer* bekend kan zijn met de bedoelde informatie, derhalve met de dreiging van het gevaar en de noodzaak tot het treffen van voorzorgsmaatregelen. Alsdan ligt het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht juist minder voor de hand (vgl. par. 4.3.13).

Illustratief is de rechtspraak over valpartijen op pas gedweilde vloeren, waarin het vaak draait om de vraag of de laedens – de beheerder van de gedweilde vloer c.q. het schoonmaakbedrijf – had moeten waarschuwen voor het door hem gecreëerde fysieke gevaar ('caution: wet floor'). De tendens van deze rechtspraak lijkt te zijn dat voor *normale* vormen van gladheid, voortvloeiend uit reguliere schoonmaakwerkzaamheden en eenvoudig waarneembaar voor de potentiële slachtoffers, niet behoeft te worden gewaarschuwd.⁴³⁶ *Bijzondere* vormen van gladheid, die 'niet aanstonds te zien' zijn (vanwege de aard van de vloer of het gebruikte schoonmaakmiddel) en waarop de potentiële slachtoffers ook niet goed kunnen anticiperen omdat het dweilen niet op 'vaste tijden en/of dagen' plaatsvindt, kunnen daarentegen wel onrechtmatigheid opleveren.⁴³⁷ Onder die omstandigheden pleit de *aard van de betrokken informatie* voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht, aangezien de kennis omtrent het betrokken risico hier beter toegankelijk is voor de schoonmakende partij dan voor de potentiële slachtoffers.

Behalve de aard van de betrokken informatie zijn ook de overige in par. 4.3.4 genoemde gezichtspunten relevant. De *aard van de betrokken rechtsverhouding* speelt bijvoorbeeld een rol, indien een werkgever op de werkvloer een fysiek gevaar voor zijn werknemers creëert. Blijkens art. 7:658 lid 1 BW heeft de werkgever in dit verband een vergaande zorgplicht, uit hoofde van zijn contractuele (arbeids)relatie met de potentiële slachtoffers (par. 4.6.1). Dienovereenkomstig overwoog de Hoge Raad in het arrest Bayar/Wijnen uit 2005 dat de werkgever die een gevaarlijke machine toepast, dient te onderzoeken 'of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger wer-

435 Vgl. bijv. de uitspraak van het hof die leidde tot HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepende tak), besproken in par. 4.4.2.

436 Vgl. de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 95.3.1.

437 Aldus bijv. Hof Amsterdam 26 januari 2010, *LJN* BO7591, *NJF* 2010, 155, r.o. 3.5.1. Het gebruik van een emmer met de aanduiding 'caution: wet floor' achtte het hof i.c. onvoldoende, o.m. vanwege het gebrek aan contrast tussen de kleur van deze emmer en de opdruk (r.o. 3.6.2). Vgl. voorts de (overige) jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 95.3.2.

king van de machine mogelijk is, en, zo dat niet het geval is, of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd'.⁴³⁸ In dit verband staat dus het streven naar *fysieke* veiligheidsmaatregelen voorop. Slechts indien zulke maatregelen onmogelijk zijn, kan de werkgever met een waarschuwing volstaan, mits hij daartoe een 'voldoende effectieve wijze' kiest.

De *aard van de betrokken belangen* zal in gevallen van fysieke gevaarzetting veelal in het voordeel van de potentiële slachtoffers pleiten. Meer in het bijzonder brengen de Kelderluikfactoren (par. 4.3.5) mee, dat ter beperking van fysiek gevaar voor personen of zaken doorgaans vergaande maatregelen moeten worden getroffen. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest Turnongeval, betreffende een turnster die bij een gevaarlijke oefening uit de ringen viel, dat, nu hier sprake was van een 'risico van zeer ernstig letsel', het treffen van 'bijzondere maatregelen ter voorkoming of beperking van de gevolgen' geboden was. Het feit dat die maatregelen 'wellicht niet in alle gevallen voldoende' waren om de gevolgen te voorkomen of aanzienlijk te beperken, deed daaraan volgens de Hoge Raad niet af.⁴³⁹ Van belang is voorts in dit verband dat degene die een fysiek gevaar voor personen of zaken creëert, rekening moet houden met *onoplettendheid* van de potentiële slachtoffers (vgl. par. 4.3.3). Illustratief is het klassieke arrest over de 'doorgezaagde balkonleuning', waarin werd geoordeeld dat de bewoner die zojuist had waargenomen hoe een timmerman zijn balkonleuning doorzaagde, niettemin voor het betreffende risico moest worden gewaarschuwd, omdat de timmerman rekening diende te houden 'met de mogelijkheid zelfs van een zekere onvoorzichtigheid'.⁴⁴⁰

Nochtans pleit de *aard van de betrokken belangen* niet in alle gevallen van fysieke gevaarzetting voor het slachtoffer. Met name indien de kans op ongevallen door verwezenlijking van het betrokken gevaar zeer gering is, behoeft daarvoor normaliter niet te worden gewaarschuwd (vgl. par. 4.3.5). Om die reden was bijvoorbeeld de fysieke gevaarzetting van mevrouw Bey, die bij een bushalte een stap naar achteren deed, resulterend in het vallen van mevrouw Guyt, niet onrechtmatig.⁴⁴¹ Ook de *aard van de betrokken rechtsverhouding* speelde daarbij allicht een rol. Van der Grinten concludeert uit het arrest instemmend dat voetgangers zich als 'gewone mensen' mogen gedragen.⁴⁴² Meer in het algemeen zal het creëren van een gering fysiek gevaar in een informele setting doorgaans geen onrechtmatigheid opleveren. Illustratief is het volgende arrest, waarin werd geoordeeld dat boswandelaars elkaar in

438 HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2, besproken in par. 4.6.4.

439 HR 6 oktober 1995, *NJ* 1998, 190 m.nt. CJHB (Turnongeval), r.o. 3.4.

440 HR 11 februari 1955, *NJ* 1955, 218 m.nt. LEHR (Doorgezaagde balkonleuning), besproken in par. 2.1.3.

441 HR 11 december 1987, *NJ* 1988, 393 m.nt. G (Bushalte), besproken in par. 4.2.10.

442 Aldus de *NJ*-annotatie van W.C.L. van der Grinten bij het Bushalte-arrest, sub 1.

beginsel niet behoeven te waarschuwen voor het fysieke gevaar van een 'zwiepende tak'.⁴⁴³

4.4.2 Vervolg; Zwiepende tak

Tijdens een boswandeling geeft de 17-jarige Werink, in aanwezigheid van Hudepohl en twee andere jongens, een schop tegen een tak. Deze ogenschijnlijk onschuldige toedracht heeft vérgaande consequenties, doordat de tak terugzwiept en het rechteroog van Hudepohl raakt, resulterend in blindheid aan dat oog. In de onderhavige procedure stelt Hudepohl Werink uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk. Hij verwijt Werink 'zonder enige noodzaak en zonder te waarschuwen tegen een tak te hebben geschopt terwijl hij zich ervan bewust moet zijn geweest dat deze kon zwiepen en daardoor schade kon veroorzaken'.⁴⁴⁴

De rechtbank wil van een dergelijke waarschuwingsplicht onder boswandelaars niet weten. Zij wijst de vordering af, daartoe overwegende (r.o. 7):

'Het – ook onachtzaam, zonder om te kijken – tijdens een boswandeling met vrienden tegen een tak schoppen behoort tot datgene dat de deelnemers van een zodanige wandeling redelijkerwijs van elkaar kunnen verwachten en kan niet worden geduid als een zodanig abnormaal gevaarlijke gedraging dat daarin de voor onrechtmatigheid vereiste maatschappelijke onzorgvuldigheid ligt besloten, en evenmin is de mate van waarschijnlijkheid van het als gevolg daarvan ontstaan van (oog)letsel groot genoeg om daardoor het niet-nalaten van het handelen als onzorgvuldig aan te merken.'

Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding* – de informele relatie tussen een groep vrienden die met elkaar een boswandeling maken – en de *aard van de betrokken belangen* – de geringe kans op ongevallen door het schoppen tegen een tak – als gezichtspunten voor het aannemen c.q. afwijzen van een delictuele waarschuwingsplicht.

Het hof kiest voor een minder genuanceerde benadering. Uitgangspunt moet zijn, aldus het hof in r.o. 3, 'dat Werink zonder noodzaak een schop tegen een tak heeft gegeven en Hudepohl zodoende letsel heeft toegebracht'. In deze nodeloze gevaarzetting ziet het hof een onrechtmatige daad (r.o. 5):

'Het schoppen tegen een tak tijdens een boswandeling is, ook al zou dat een niet ongebruikelijk verschijnsel zijn, slechts aanvaardbaar voor zover daardoor geen gevaar voor verwonding van mede-wandelaars ontstaat. Hudepohl behoefde op

443 HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepende tak).

444 Aldus de samenvatting van A-G de Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor het arrest, sub 2.

een dergelijk gevaar niet verdacht te zijn (...). Werink had zich ervan moeten vergewissen dat hij zonder gevaar voor Hudepohl tegen een tak kon schoppen.’

Kennelijk rechtvaardigt in de visie van het hof reeds het gevaarzettende *initiatief* van Werink de gelding van een delictuele waarschuwingsplicht.⁴⁴⁵ Deze visie, die met de *aard van de betrokken informatie* in verband kan worden gebracht (par. 4.4.1), houdt in cassatie geen stand.

In r.o. 3.4 stelt de Hoge Raad voorop ‘dat niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag inherent gevaar, dat gedrag onrechtmatig doet zijn’. Deze overweging is in overeenstemming met de vaste regel dat gevaarzettend gedrag eerst onrechtmatig is, indien daardoor een groter risico wordt gecreëerd dan onder de gegeven omstandigheden *redelijkerwijs verantwoord* is (par. 4.2.10). Van een zodanig onverantwoord risico was volgens de Hoge Raad in casu niet gebleken. Met name had het hof geen onderzoek gedaan naar de ‘waarschijnlijkheid van een ongeval als het onderhavige’, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.6, die hiermee verwijst naar de eerste twee Kelderluikfactoren (par. 4.3.5). Meer in het bijzonder had het hof niets vastgesteld omtrent ‘de positie, soort en afmetingen van de tak, alsmede de wijze waarop Werink tegen de tak had geschopt, in verband met de plaats waar Hudepohl zich toen ten opzichte van Werink bevond’. Tegen deze achtergrond acht de Hoge Raad de feitelijke basis van ‘s hofs onrechtmatigheidsoordeel – die goed beschouwd niet meer behelsde dan dat Werink tegen een tak had geschopt en dat Hudepohl daardoor in zijn rechteroog was getroffen – onvoldoende. Het college doet de zaak zelf af, door de vordering van Hudepohl ‘niet voor toewijzing vatbaar’ te verklaren (r.o. 3.6). Het vonnis van de rechtbank wordt bekrachtigd.⁴⁴⁶

Annotator Brunner toont zijn instemming met dit resultaat (sub 3):

‘Wie met anderen door struikgewas loopt (...) weet dat hij een tak tegen zich aan kan krijgen. De kans dat daarbij ernstig oogletsel ontstaat is waarschijnlijk miniem. Een algemene regel dat degene die voorop loopt telkens als hij een tak wegduwt of -schopt zich eerst moet vergewissen of een ander achter hem loopt en dan moet waarschuwen, (...) bestaat niet. Daarvoor zou moeten vaststaan (...) dat de kans dat Hudepohl ernstig letsel zou oplopen, zo groot was dat Werink reeds daarom niet tegen de tak had mogen schoppen.’

Terecht signaleert Brunner dat iedere boswandelaar het potentiële gevaar van ‘zwiepende takken’ als zodanig kent. Hiermee is niet gezegd dat nimmer voor zwiepende takken behoefte te worden gewaarschuwd. Risico’s die in abstracto ‘voorzienbaar’ zijn, kunnen immers in concreto voor de potentiële slachtoffers

445 Vgl. de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, sub 10, die meent dat het hof ‘kennelijk zwaar [heeft] laten wegen dat de handeling zonder enige noodzaak werd verricht’.

446 *Anders* de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, die meende dat ‘s hofs oordeel, als verweven met waarderingen van feitelijke aard (conclusie, sub 7), in stand kon blijven.

onvoldoende 'zichtbaar' zijn (vgl. par. 4.3.13). Het zal echter afhangen van de omstandigheden van het geval, en meer in het bijzonder van de kans op ongevallen, of voor zulke risico's moet worden gewaarschuwd. In zijn hierboven geciteerde overweging wijst de Hoge Raad met name op het belang van de kenmerken van de tak, de wijze van schoppen ertegen en de afstand tussen Werink en Hudepohl. Nu het hof daaromtrent niets bijzonders had vastgesteld, moest worden aangenomen dat de kans op ongevallen als het onderhavige (in abstracto) inderdaad 'miniem' was, zoals Brunner terecht betoogt. Daarvan uitgaande was het terecht dat een waarschuwingsplicht hier van de hand werd gewezen. Zouden boswandelaars elkaar telkens moeten waarschuwen voor ieder denkbaar risico van zwiepende takken, dan zouden zij spoedig door de bomen het bos niet meer zien.

4.4.3 Zuiver nalaten

Gevaarlijke situaties zijn veelal te wijten aan enigerlei vorm van 'nalatigheid'. Dat bleek in de hierboven besproken gevallen van fysieke gevaarstelling, waar telkens een tekort aan waarschuwingen of (andere) veiligheidsmaatregelen centraal stond. Strikt genomen is de onrechtmatigheid hier echter niet gelegen in het achterwege laten van adequate voorzorg, maar in de veroorzaking van een gevaar zonder afdoende beveiliging (vgl. par. 4.3.1). De Franse literatuur brengt dit treffend tot uitdrukking door te spreken van 'l'abstention dans l'action'.⁴⁴⁷ Het gaat hier dus gewoonweg om aansprakelijkheid voor actief gevaarzettend handelen. Dat ligt anders in de gevallen van 'zuiver nalaten', waarin de laedens wordt aangesproken wegens de verwezenlijking van risico's die hij niet zelf in het leven heeft geroepen. De gedachte is dan dat de laedens (niet voor het ontstaan maar) voor het *voortbestaan* van deze risico's verantwoordelijk is, nu hij de gelaedeerde daarvoor onvoldoende heeft gewaarschuwd c.q. onvoldoende (andere) veiligheidsmaatregelen heeft getroffen. De enkele nalatigheid, zonder voorafgaand gevaarzettend handelen, wordt hier aangegrepen als grondslag voor onzorgvuldigheid.

Het moge duidelijk zijn dat aansprakelijkheid in geval van zuiver nalaten⁴⁴⁸ op zichzelf niet erg voor de hand ligt. Het aannemen van een rechtsplicht tot handelen ten aanzien van risico's die men niet zelf heeft gecreëerd voert immers ver. Ieder mens verkeert voortdurend in de situatie dat hij schade 'laat' ontstaan en het behoeft geen betoog dat dit niet steeds tot aansprakelijk-

⁴⁴⁷ Zie bijv. Chabas 1998, nr. 465.

⁴⁴⁸ Ter vermijding van misverstand zij opgemerkt dat de term 'nalaten' hier in beginsel neutraal moet worden opgevat, als het achterwege laten van *mogelijke* voorzorgsmaatregelen. De normatieve betekenis van 'verzuimen', derhalve het achterwege laten van *rechtens vereiste* voorzorgsmaatregelen, verkrijgt de term pas na kwalificatie van het passieve gedrag van de laedens als onrechtmatige daad. Vgl. Schut 1963, p. 61-62, die tegen deze achtergrond de voorkeur geeft aan de neutrale (maar minder courante) term 'laten'.

heid kan leiden.⁴⁴⁹ Het is kennelijk tegen deze achtergrond, dat de Hoge Raad in het hieronder te bespreken arrest Struikelende broodbezorger heeft geoordeeld dat zuiver nalaten slechts onrechtmatig is, indien de ernst van het betrokken risico 'tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen'.⁴⁵⁰ Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten *concrete kennis* van het betrokken risico aan de zijde van de laedens is vereist.⁴⁵¹ Deze subjectivering van het kennisvereiste⁴⁵² is kennelijk ingegeven door het ontbreken van een handeling als objectief aanknopingspunt voor onrechtmatigheid. Tjong Tjin Tai verwoordt het als volgt:

'Bij aansprakelijkheid voor nalaten is het nalaten omschreven doordat het gaat om aansprakelijkheid voor een (onrechtmatige) *daad*. Van een daad is evenwel sprake als er een zeker oogmerk tot een handeling is (...). Het moet dus gaan om een *daad die een nalaten inhoudt*. Opdat er sprake is van een daad, is er een bewustzijn nodig dat er aanleiding is om te handelen, een bewustzijn van een plicht tot handelen. Die aanleiding moet gevonden zijn in de directe waarneming. (...) Hieruit volgt tevens dat wie de aanleiding niet daadwerkelijk heeft waargenomen, niet aansprakelijk is, geen *daad* heeft gepleegd.'⁴⁵³

Bij gebreke van een 'daad' verschuift dus het onrechtmatigheidsperspectief hier naar de dader. Dat is op zichzelf begrijpelijk, maar het valt niet onmiddellijk in te zien waarom diens kennis in dit verband zuiver subjectief moet worden opgevat. Waarom zou de dader niet aansprakelijk kunnen zijn wegens zuiver nalaten ten aanzien van een risico dat hij onder de gegeven omstandigheden *behoorde* te kennen? Is de hier bedoelde objectivering niet karakteristiek voor de zorgvuldigheidstoetsing in het algemeen (vgl. par. 4.2.12)? Tjong Tjin

449 *Anders* art. 4:103 PETL, dat een min of meer algemene zorgplicht ter zake van zuiver nalaten aanvaardt, indien 'the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty'. In par. 2.9.4 bleek reeds dat deze bepaling niet op een Europese 'communis opinio' berust.

450 HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger), besproken in par. 4.4.4. Aldus ook HR 2 februari 2001, *NJ* 2002, 379 m.nt. HJS (S./Vonk Beheer), r.o. 3.4, betreffende de beroepsaansprakelijkheid van een belastingadviseur. Zie voorts de jurisprudentie op het terrein van de gevaarzetting, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 89.2.

451 Zie bijv. Van Dam 1995, p. 98; Van Dam 2000, nr. 1606; Kortmann 2006, p. 385; Tjong Tjin Tai 2006, p. 161-162; Jansen 2007, p. 224; Tjong Tjin Tai 2007, p. 2544-2545; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 53. Zie ook de conclusie van A-G Timmerman voor HR 12 september 2008, *LJN* BD7596, *RvdW* 2008, 840 (Van Dusseldorp qq/Coutts), sub 3.2; en de conclusie van A-G Keus voor HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), sub 2.9, 3.10.

452 Zie nader Jansen 2006, p. 47, waar wordt signaleerd dat de hier vereiste kennis niet alleen subjectief maar ook specifiek is, zodat behalve objectivering ook generalisering lijkt te zijn uitgesloten (vgl. par. 4.2.12).

453 Tjong Tjin Tai 2006, p. 161.

Tai meent dat objectivering in geval van zuiver nalaten is uitgesloten, omdat anders het onmogelijke van de laedens zou worden geveerd:

‘Het gaat bij zuiver nalaten erom of het individu had moeten handelen, en een vereiste daarvoor is dat hij *kon* handelen. (...) Van iemand die een activiteit onderneemt, mogen we verwachten dat hij in staat is die activiteit zorgvuldig uit te voeren, of anders daarvan afziet. Daar is een objectieve toets van zijn kennis en vaardigheden op zijn plaats. (...) Bij een zuiver nalaten daarentegen is de oorzaak van de schade buiten het individu om gelegen en gaat het er alleen om of hij kon helpen om de schade te voorkomen doch dat ten onrechte heeft nagelaten. Als hij evenwel niet daadwerkelijk de vaardigheden of de kennis bezat die voor het voorkomen nodig waren, kon hij daadwerkelijk niets doen en staat zijn nalaten niet in causaal verband met het ontstaan van de schade. (...) Er is geen plicht om voortdurend in staat te zijn te helpen.’⁴⁵⁴

Inderdaad pleit deze gedachtegang voor terughoudendheid in geval van zuiver nalaten. Een absoluut beletsel voor iedere vorm van objectivering zie ik daarin niet. Veelzeggend is dat het Franse recht de mogelijkheid van objectivering op dit terrein uitdrukkelijk aanvaardt.⁴⁵⁵ In dit verband zij ook bedacht dat subjectieve kennis in de door de Hoge Raad bedoelde zin, de daadwerkelijke *bewustheid* van het concrete gevaar, in de praktijk moeilijk te bewijzen is.⁴⁵⁶ In het dwalingsleerstuk speelt een vergelijkbaar probleem, dat daar wordt ondervangen door aan te nemen dat de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW mede betrekking heeft op feiten die men *geacht mag worden te kennen* (par. 3.6.2). De achterliggende gedachte is dat aldus chicaneuze verweren van de wederpartij worden vermeden.⁴⁵⁷ Op het terrein van de aansprakelijkheid voor zuiver nalaten zou ik willen pleiten voor een vergelijkbare, minimale vorm van objectivering.⁴⁵⁸ Deze biedt uitkomst in gevallen waarin, zoals Barendrecht en Van den Akker signaleren, het betrokken risico ‘moeilijk aan de aandacht ontsnapt kan zijn’, zonder dat daadwerkelijke bewustheid kan worden bewezen.⁴⁵⁹

Voor de hier bepleite objectivering bestaat temeer aanleiding, nu volgens de heersende leer concrete kennis van het betrokken risico als zodanig niet *voldoende* is voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten.

454 Tjong Tjin Tai 2007, p. 2545. Zie in gelijke zin de hieronder in par. 4.4.4 geciteerde overweging van A-G Berger in zijn conclusie voor HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger).

455 Zie bijv. Chabas 1998, nr. 465, waar als zorgvuldigheidsnorm voor zuiver nalaten wordt voorgesteld ‘ce qu’aurait fait une personne avisée placée dans les mêmes circonstances’. Vgl. ook Tjong Tjin Tai 2007, p. 2544-2545, die deze Franse visie onderkent maar verwerpt.

456 Zie nader over het bewijs van kennis par. 5.2.3.

457 Vgl. Hijma 1991b, p. 663, noot 5.

458 Aldus reeds Jansen 2007, p. 224-225.

459 Barendrecht & Van den Akker 1991, p. 115. Vgl. ook de NJ-annotatie van H.J. Snijders bij HR 2 februari 2001, NJ 2002, 379 (S./Vonk Beheer), sub 4d-4e.

Zo zal tevens sprake moeten zijn van de dreiging van *ernstig letsel*.⁴⁶⁰ Dit betekent bijvoorbeeld dat zuiver nalaten in concernverhoudingen, resulterend in vermogensschade van schuldeisers of aandeelhouders van een vennootschap, normaliter niet (op deze voet) tot aansprakelijkheid zal leiden.⁴⁶¹ Men herkent hier de *aard van de betrokken belangen* als gezichtspunt voor onrechtmatigheid (par. 4.3.4). Meer in het bijzonder spelen op dit terrein ook de bekende Kelderluikfactoren een rol (par. 4.3.5). Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat voor aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten tevens is vereist dat de laedens daadwerkelijk de *mogelijkheid* had om in te grijpen en dat tussen de bezwaarlijkheid van eventuele voorzorgsmaatregelen enerzijds en de ernst van het betrokken risico anderzijds een *redelijke verhouding* bestond.⁴⁶² Voorts wordt als vereiste gesteld dat de laedens zich ervan bewust was dat het potentiële slachtoffer onder de gegeven omstandigheden niet zélf voor zijn belangen kon opkomen, derhalve *hulpbehoevend* was.⁴⁶³ Hier weerklinkt het bovengenoemde basisvereiste, te weten dat de ernst van het betrokken risico tot het bewustzijn van de laedens is doorgedrongen. In het nu te bespreken arrest Struikelende broodbezorger heeft de Hoge Raad een en ander nader uitgewerkt.⁴⁶⁴

4.4.4 Vervolg; Struikelende broodbezorger

Op 27 maart 1970 kwam broodbezorger De Coninck met zijn bakkersmand ten val toen hij, aangekomen bij het erf van de familie Heddema, struikelde over een laag boven de grond gespannen touwtje. De kinderen Heddema, de kleuters Trudy en Maurice, hadden met dat touwtje gespeeld en waren ten tijde van de valpartij nog steeds ter plaatse, maar hadden nagelaten de broodbezorger te waarschuwen. Laatstgenoemde liep ernstig letsel op, resulterend in arbeidsongeschiktheid. Hij stelde de ouders Heddema aansprakelijk voor het onrechtmatig handelen van hun kinderen, dat volgens De Coninck was gelegen in de schending van een *waarschuwingsplicht*. In beide feitelijke instanties werd deze vordering toegewezen. Pas in cassatie keert het tij.

460 Zie bijv. Van Dam 1995, p. 98 (sub a); Van Dam 2000, nr. 1606 (sub a); en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 53 (2^e vereiste).

461 Aldus bijv. Van Andel 2006, p. 50. Vgl. ook de conclusie van A-G Timmerman voor HR 12 september 2008, LjN BD7596, RvdW 2008, 840 (Van Dusseldorp qq/Coutts), sub 3.3. Overigens lijkt aansprakelijkheid wel denkbaar in geval van schending van een *bijzondere zorgplicht*. Zie bijv. Kortmann 2006, p. 387; Bartman & Dorrestein 2009, p. 279; en Huizink 2010, p. 16 e.v. Zie verder par. 4.4.5.

462 Zie bijv. Van Dam 1995, p. 98 (sub b-c); Van Dam 2000, nr. 1606 (sub b-c); en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 53 (3^e en 4^e vereiste).

463 Zie bijv. Van Dam 1995, p. 98-99 (sub d); Van Dam 2000, nr. 1606 (sub d); en de annotatie van G.J. Scholten bij het arrest Struikelende broodbezorger (HR 22 november 1974, NJ 1975, 149), aan het slot.

464 HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger).

Feitelijk uitgangspunt was in deze zaak – bij gebrek aan beter bewijs – dat Trudy en Maurice het bewuste touwtje, waarmee zij op hun erf hadden gespeeld, niet zelf hadden gespannen. De raadsman van de ouders Heddema beweerde in dit verband dat de kleuters ‘nog geen knopen konden leggen’.⁴⁶⁵ De rechtbank zag hierin geen beletsel voor aansprakelijkheid van de ouders. Door namelijk het touwtje ‘te laten hangen’, zonder ervoor te waarschuwen, hadden de kinderen volgens de rechtbank reeds onrechtmatig gehandeld, welke onrechtmatige daad in casu aan de ouders kon worden toegerekend.⁴⁶⁶ Het hof dacht er ook zo over, maar verfijnde de redenering door uitdrukkelijk in het midden te laten ‘of en in hoeverre willekeurige derden bij het ontdekken van deze acute gevaarssituatie rechtens verplicht zouden zijn deze op te heffen of daarvoor te waarschuwen’. Volgens het hof moest een dergelijke ‘rechtsplicht’ in ieder geval worden aangenomen wanneer, zoals in casu, ‘deze gevaarssituatie wordt waargenomen op het eigen erf, aangezien men hiervoor een in het maatschappelijk verkeer aanvaarde en daardoor rechtens relevante verantwoordelijkheid draagt’. Ter verduidelijking voegde het hof nog toe dat de jeugdige leeftijd van de kinderen ‘wel hun schuld aan maar niet de onrechtmatigheid van hun nalaten kan opheffen’.

In cassatie klagten de ouders Heddema met succes over deze objectivering van ‘s hofs onrechtmatigheidsoordeel. Volgens de ouders heeft het hof miskend dat van een rechtsplicht tot het treffen van veiligheidsmaatregelen ten aanzien van een gevaar dat men niet zelf heeft gecreëerd slechts sprake kan zijn ‘indien degeen, die het nemen van deze veiligheidsmaatregelen nalaat, het aan de gevaarssituatie verbonden gevaar als zodanig heeft onderkend of heeft moeten onderkennen’. Volgens de ouders betekent dit ‘dat bij deze vorm van onrechtmatig nalaten de schuld (...) de onrechtmatigheid determineert’. Advocaat-Generaal Berger denkt er precies zo over. Hij overweegt:

‘Aan de hier door het Hof ook voor de kinderen Heddema aangenomen zorgvuldigheidnorm (de door het Hof genoemde rechtsplicht) konden die kinderen onmogelijk voldoen, omdat zij de voorwaarde tot gelding van die norm niet konden vervullen nl. het waarnemen op eigen erf van een acute gevaarsituatie. (...) Men kan het ook zo formuleren: aan de kinderen Heddema kan niet worden verweten, dat zij hebben nagelaten de gevaarsituatie op eigen erf op te heffen of er voor te waarschuwen, omdat zij die gevaarsituatie niet als zodanig hebben kunnen onderkennen. Verval van de schuld neemt i.c. mede de grondslag van de onrechtmatigheid weg en daarmee die van de aansprakelijkheid van de ouders.’⁴⁶⁷

Ook de Hoge Raad meent dat het hof onvoldoende aandacht heeft gehad voor de kennis van de kinderen omtrent het onderhavige gevaar. Hij gaat zelfs een

465 Aldus annotator G.J. Scholten, onder verwijzing naar de (niet-gepubliceerde) pleitnota.

466 Wettelijk kader was art. 1403 lid 2 (oud) BW, de voorloper van het huidige art. 6:169 BW.

467 Aldus de conclusie van A-G Berger voor het arrest Struikelende broodbezorger. Zie in gelijke zin de hierboven in par. 4.4.3 geciteerde passage bij Tjong Tjin Tai 2007, p. 2545.

stap verder dan de opsteller van het cassatiemiddel en A-G Berger, door namelijk in dit verband te kiezen voor een zuiver subjectieve toets. In principiële bewoordingen overweegt de Hoge Raad:

‘dat (...) van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarssituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen, in het algemeen ook voor volwassenen alleen sprake kan zijn, wanneer de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet’.

Nu uit 's hofs arrest niet bleek dat het onderhavige gevaar tot het *bewustzijn* van de kinderen was doorgedrongen, terwijl volgens de Hoge Raad voor hen ook geen bijzondere zorgplicht gold ten opzichte van het eigen erf,⁴⁶⁸ getuigde 's hofs onrechtmatigheidsoordeel van een onjuiste rechtsopvatting.

Annotator G.J. Scholten toont zijn instemming met de door de Hoge Raad gekozen subjectieve onrechtmatigheidstoets. Iedere waarnemer ziet ‘zo ontzettend veel onrechtmatige situaties’, aldus Scholten, ‘dat het onevenwichtig zou zijn hem rechtens te verplichten daaraan iets te doen’. In par. 4.4.3 werd reeds betoogd dat dit argument, dat in de discussies over zuiver nalaten telkens terugkeert, geen dwingend beletsel vormt voor objectivering. Frappant is dat de ouders Heddema in hun cassatiemiddel hadden aangevoerd dat voor onrechtmatigheid wegens zuiver nalaten is vereist dat de dader het betrokken gevaar ‘heeft onderkend of heeft moeten onderkennen’. Vergelijkbaar is de visie van A-G Berger, die meende dat het erom ging of de kinderen het gevaar hadden ‘kunnen onderkennen’. Beide benaderingen laten, anders dan die van de Hoge Raad, ruimte voor objectivering, met name in gevallen waarin het bewijs van daadwerkelijke bewustheid onmogelijk blijkt. Met de afkeuring van 's hofs zuiver objectieve toetsing kan men gevoeglijk instemmen in een geval waarin het ging om het zuiver nalaten van twee spelende kleuters. De geheel subjectieve benadering die de Hoge Raad daartegenover stelt, schiet echter naar mijn mening haar doel voorbij.

4.4.5 Bijzondere zorgplichten

Kern van het zojuist besproken arrest Struikelende broodbezorger is dat degene die een gevaar waarneemt dat hij niet zelf heeft gecreëerd, slechts gehouden is tot het treffen van veiligheidsmaatregelen, indien de ernst van dat gevaar tot zijn bewustzijn is doorgedrongen. Uit de in par. 4.4.4 geciteerde rechtsover-

468 Zie nader over de hier bedoelde bijzondere zorgplichten par. 4.4.5 e.v.

weging blijkt dat de Hoge Raad in dit verband een *uitzondering* maakt voor waarnemers op wie 'bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid' rusten. Ten aanzien van zulke zorgplichtige waarnemers is dus wél de hierboven bepleite objectivering mogelijk.

Gemeenschappelijk kenmerk van de hier bedoelde bijzondere zorgplichten is dat zij van de laedens verlangen dat deze de belangen van potentiële slachtoffers tot op zekere hoogte *actief* behartigt. In verband met de beschermingsstrekking van deze zorgplichten dient de laedens daarbij rekening te houden met een zekere mate van onoplettendheid en onvoorzichtigheid van de potentiële slachtoffers.⁴⁶⁹ De invulling van de bijzondere zorgplichten dient volgens vaste jurisprudentie te geschieden met inachtneming van de omstandigheden van het geval.⁴⁷⁰ Zoals alle ongeschreven zorgvuldigheidsnormen zijn zij dus *contextgebonden* van aard (vgl. par. 4.2.10). Van belang is in dit verband dat toepassing van een bijzondere zorgplicht er niet toe mag leiden dat in feite een risico-aansprakelijkheid wordt gecreëerd voor personen of instanties op wie de zorgplicht rust. Illustratief is het arrest Prikpatiëntje, waarin werd geoordeeld dat niet 'iedere mogelijkheid van flauwvallen van patiënten' een ziekenhuis verplicht tot het nemen van voorzorgsmaatregelen, 'ongeacht kosten of andere bezwaren verbonden aan zulke maatregelen'.⁴⁷¹ Meer in het algemeen wordt van personen of instanties met een bijzondere zorgplicht niet steeds het uiterste gevergd, zoals blijkt uit het in par. 4.4.7 te bespreken arrest Gekantelde vrachtwagen.⁴⁷²

Afgezien van het voorgaande kunnen over de hier behandelde zorgplichten, gelet op hun samenhang met de omstandigheden van het geval, weinig algemene uitspraken worden gedaan. Wel kan een globale typering worden gegeven van het soort situaties waarin deze zorgplichten een rol spelen. In het arrest Struikelende broodbezorger noemt de Hoge Raad immers een tweetal concrete aanknopingspunten voor de aanvaarding ervan. Bijzondere zorgplichten kunnen volgens de Hoge Raad met name voortvloeien uit 'een speciale

469 Aldus bijv. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluit), r.o. 3.3; HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.6. Vgl. ook HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 m.nt. G (Veenbroei), besproken in par. 4.4.6; en HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), besproken in par. 4.3.8.

470 Aldus bijv. HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332 m.nt. CJHB (Waterschap Bargerbeek/Juurlink), r.o. 2; HR 12 mei 1995, *NJ* 1996, 118 m.nt. JdB ('t Ruige Veld), r.o. 3.6.2; HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2; en HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.6.

471 HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567 m.nt. CJHB (Prikpatiëntje), r.o. 3. Van belang was daarbij dat het onderhavige 'plotselinge' flauwvallen van het patiëntje zich volgens het hof 'slechts bij hoge uitzondering' voordeed.

472 HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen).

relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet'.⁴⁷³

Het eerste aanknopingspunt, de speciale relatie met het *slachtoffer*, kan in verband worden gebracht met de *aard van de rechtsverhouding* als gezichtspunt voor onrechtmatigheid (par. 4.3.4). Annotator Scholten noemt als voorbeeld de situatie dat men een slecht ziend persoon helpt met oversteken, zonder hem te wijzen op een obstakel.⁴⁷⁴ In het verlengde hiervan ligt de bijzondere zorgplicht van een psychiatrische inrichting, die volgens de Hoge Raad gehouden is 'zo veel als redelijkerwijs mogelijk erop toe te zien dat [patiënten] derden (of zichzelf) geen schade toebrengen'.⁴⁷⁵ Voorts kan bijvoorbeeld worden gewezen op de bijzondere zorgplichten van beroepsbeoefenaren en (andere) dienstverleners (par. 4.8.1), die eveneens samenhangen met de bijzondere rechtsverhouding tussen laedens en gelaedeerde. In de bancaire sfeer – derhalve buiten het terrein van de gevaarstelling – overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld 'dat de maatschappelijke functie van [een bank] een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'.⁴⁷⁶

Het tweede aanknopingspunt, een speciale relatie met de *plaats* waar het gevaar zich voordoet, was bijvoorbeeld aan de orde in het klassieke arrest over de Zutphense juffrouw.⁴⁷⁷ Doordat zij als enige toegang had tot de hoofdkraan waarmee de watertoevoer van de gesprongen leiding kon worden afgesloten, teneinde schade aan een voorraad leer van haar onderbuurman te voorkomen, nam de juffrouw – in de woorden van Huydecoper⁴⁷⁸ – een 'sleutelpositie' in, resulterend in een bijzondere zorgplicht als hier bedoeld.⁴⁷⁹ Ook de in art. 7:658 lid 1 BW verankerde zorgplicht van werkgevers met betrekking tot de veiligheid van de werksfeer kan tot de plaats van de gevaar-

473 Zie HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger), besproken in par. 4.4.4. Vgl. ook Van Dam 1995, p. 48 en 71 e.v., die eveneens ruimte ziet voor bijzondere zorgplichten in geval van een speciale relatie tussen de waarnemer en degene die het gevaar heeft *gecreëerd*.

474 Zie de NJ-annotatie van G.J. Scholten bij het arrest Struikelende broodbezorger.

475 HR 12 mei 1995, *NJ* 1996, 118 m.nt. JdB ('t Ruijge Veld). Zie nader over de bijzondere zorgplichten van ziekenhuizen, psychiatrische inrichtingen en scholen Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 90.5.

476 HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2, waarover nader par. 4.8.3.

477 HR 10 juni 1910, *W* 9038 (Zutphense juffrouw).

478 Zie de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 550 m.nt. P.B. Hugenholtz onder 551 (Lycos/Pessers), sub 45.

479 Vgl. de conclusie van A-G Huydecoper, sub 46, waar voor wat betreft de toepasselijkheid van bijzondere zorgplichten drie gevalstypen worden onderscheiden (het eerste ziet op de bedoelde 'sleutelpositie'). Overigens ging de Zutphense juffrouw destijds nog vrijuit, omdat haar nalaten geen strijd met de wet of inbreuk op een recht opleverde (par. 2.1.3).

zetting worden herleid, namelijk de werkvloer. Voorts kan in dit verband bijvoorbeeld worden gedacht aan de bijzondere zorgplichten van wegbeheerders en terreinbeheerders, die eveneens samenhangen met de plaats waar het gevaar zich voordoet (par. 4.4.6).

Overigens kunnen de ‘plaatsgebonden’ zorgplichten vaak tevens met de *aard van de rechtsverhouding* in verband worden gebracht. Dat geldt bijvoorbeeld voor de eerder genoemde zorgplicht van de werkgever uit hoofde van art. 7:658 lid 1 BW, die behalve aan de plaats van de werkvloer ook aan de contractuele (arbeids)relatie tussen de betrokken partijen is gekoppeld. Op vergelijkbare wijze kunnen de zorgplichten van wegbeheerders en terreinbeheerders in verband worden gebracht met een bijzondere rechtsverhouding tussen de betrokken partijen. Betoogd kan immers worden dat van beheerders van wegen en terreinen – evenals van beroepsbeoefenaren en dienstverleners – een zekere mate van deskundigheid en oplettendheid mag worden verwacht, omdat zij ten opzichte van het publiek, dat van de door hen beheerde wegen en terreinen gebruikmaakt, een ‘maatschappelijke functie’ vervullen. Tjong Tjin Tai stelt in dit verband dat wegbeheerders met een vorm van ‘systeemzorg’ zijn belast. De openbare weg kwalificeert in zijn visie als ‘een object, een systeem, dat onderdeel uitmaakt van het publiek domein, waardoor het publiek ook mag vertrouwen dat dit geen bijzondere gevaren oplevert’.⁴⁸⁰ Een en ander wordt bevestigd door de hieronder te bespreken jurisprudentie.

4.4.6 Vervolg; wegbeheerders en terreinbeheerders

Reeds in 1942 oordeelde de Hoge Raad dat op de beheerder van een weg ‘de verplichting rust er voor te waken, dat de toestand van het wegdek de veiligheid van personen en goederen, wier vervoer met de normale omzichtigheid langs zoo’n weg plaats vindt, niet in gevaar brengt’.⁴⁸¹ Uit deze bijzondere zorgplicht – die overigens ook van invloed is op de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW (par. 4.5.3) – is in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld een verplichting tot regelmatige inspectie van het wegdek afgeleid.⁴⁸² Voorts is in dit verband bijvoorbeeld aanvaard dat een gemeente in haar hoedanigheid van wegbeheerder op de hoogte behoort te zijn van het ‘strooibeleid’ bij glad weer van haar buurgemeenten.⁴⁸³ Men zou in dergelijke jurisprudentie de gelding van een delictuele *onderzoeksplicht* aan de zijde van de wegbeheerder kunnen lezen (vgl. par. 4.3.9). Ratio is kennelijk, zoals aan het slot van de

480 Tjong Tjin Tai 2006, p. 158.

481 HR 9 januari 1942, *NJ* 1942, 295 (Wegdek Ferwerderadeel). Zie meer recent in gelijke zin bijv. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis), r.o. 3.3.

482 Zie de jurisprudentie, vermeld in *Onrechtmatige daad I* (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 90.4, waaruit overigens blijkt dat de wegbeheerder (uiteraard) niet tot een voortdurende inspectie is gehouden. Zie voorts bijv. *Bauw* 2008, nr. 17.

483 Hof Arnhem 11 november 2003, *VR* 2004, 55, r.o. 2.11 (eindarrest).

voorgaande paragraaf reeds werd betoogd, de *aard van de rechtsverhouding* tussen wegbeheerders en weggebruikers, die niet alleen wordt gekenmerkt door deskundigheid aan de zijde van de wegbeheerder, maar (veelal) ook door diens officiële status als openbaar lichaam.

Behalve de aard van de rechtsverhouding speelt ook de *aard van de betrokken informatie* een rol, in die zin dat de beheerders van gevaarlijke wegen en/of terreinen doorgaans bij uitstek in staat zijn de ernst van het betrokken gevaar te beoordelen en de potentiële slachtoffers daarvoor tijdig te waarschuwen. Illustratief is het Veenbroei-arrest, waarin het ging om een vijfjarige jongen die bij het betreden van een buitendijks gebied brandwonden opliep als gevolg van 'veenbroei'. De Staat, beheerder van het betreffende gebied, had niet voor dit gevaar gewaarschuwd en evenmin het betreden van het gebied verboden. Volgens de Hoge Raad had het hof in casu terecht onrechtmatigheid aan de zijde van de Staat aangenomen. Daartoe werd de volgende 'regel' geformuleerd:

'Degene die de zorg voor een terrein heeft, handelt in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, wanneer hij, terwijl hij moet verwachten dat het publiek dit terrein zal betreden en weet dat zich op dit terrein een voor het publiek niet steeds waarneembaar gevaar als het onderhavige voordoet, dat aan het publiek niet bekend is, niettemin nalaat maatregelen te nemen zoals een ter plaatse kenbaar verbod het terrein te betreden of waarschuwing voor dit gevaar.'⁴⁸⁴

Uit de overweging blijkt dat de bijzondere zorgplicht van terreinbeheerders ook betrekking kan hebben op gevaren waarop de terreinbeheerder geen invloed heeft gehad, zoals natuurverschijnselen. Het verwijt dat hier de terreinbeheerder wordt gemaakt, is dan ook niet dat hij het gevaar in kwestie heeft *veroorzaakt*,⁴⁸⁵ maar dat hij, wetende van het bestaan ervan, het publiek daarvoor niet voldoende heeft *gewaarschuwd* of anderszins in bescherming heeft genomen. Daarvoor is wel vereist, zoals de Hoge Raad overweegt, dat de terreinbeheerder ter plaatse publiek moest verwachten en voorts dat hij wist dat dit publiek zelf onbekend was met het betrokken gevaar. Dit laatste vereiste is belangrijk, omdat het bewerkstelligt dat de terreinbeheerder niet is gehouden tot zinloze 'common sense warnings' (vgl. par. 4.3.13).

Het ligt voor de hand dat de uitkomst van het Veenbroei-arrest mede is ingegeven door de ernst van het betrokken gevaar, waarvan in dit geval een vijfjarige jongen het slachtoffer was geworden. Hier weerklinkt de *aard van de betrokken belangen* als gezichtspunt. Datzelfde gezichtspunt komt ook tot

484 HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 m.nt. G (Veenbroei), r.o. 3.2.

485 Zou de terreinbeheerder het gevaar zelf (mede) hebben veroorzaakt, dan is dat uiteraard een sterk argument voor onrechtmatigheid (vgl. Van Dam 1995, p. 54), maar in de meeste gevallen van schending van een bijzondere zorgplicht gaat het juist om *nalatigheid* van de beheerder (vgl. par. 4.4.1).

uitdrukking in de eerder genoemde jurisprudentie over wegbeheerders, die de weg zodanig moeten inrichten en onderhouden, dat deze de 'veiligheid van personen en zaken' niet in gevaar brengt. Illustratief is het Bussluit-arrest, waarin het ging om een taxi die, in strijd met een inrijverbod, de busbaan was opgereden en aldaar in een 'bussluit' was beland. De gemeente, die deze bussluit had aangelegd, was wegens schending van haar bijzondere zorgplicht voor de geleden schade aansprakelijk. In r.o. 3.3 voorziet de Hoge Raad die zorgplicht van een stevig fundament:

'Vooropgesteld moet worden dat in het algemeen op de gemeente die moet zorgen dat een openbare weg in goede staat verkeert, de plicht rust ervoor te zorgen dat de toestand van de weg de veiligheid van personen en zaken niet in gevaar brengt. Hieruit vloeit voort dat, wanneer de gemeente ter fysieke ondersteuning van verkeersmaatregelen een weg zodanig inricht dat deze zonder beveiligingsmaatregelen gevaar oplevert voor personen of zaken, zij door deugdelijke beveiligingsmaatregelen, zoals waarschuwingen, ervoor zorg behoort te dragen dat de veiligheid van personen en zaken voldoende gewaarborgd blijft, waarbij de gemeente mede in aanmerking heeft te nemen dat niet alle verkeersdeelnemers steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten. Indien deze veiligheid niet voldoende kan worden gewaarborgd, dient de gemeente van een zodanige inrichting van de weg af te zien.'⁴⁸⁶

Het belang van de verkeersveiligheid brengt dus mee dat de wegbeheerder die kiest voor een potentieel gevaarlijke weginrichting weggebruikers dient te waarschuwen of anderszins in bescherming te nemen, waarbij hij rekening moet houden met hun potentiële onvoorzichtigheid en onoplettendheid. In casu had de gemeente een inrijverbod op de busbaan afgekondigd en borden geplaatst met de aanduiding 'bussluit', voorzien van een bijbehorend pictogram. Desalniettemin waren tientallen auto's in de bussluit gereden.⁴⁸⁷ Tegen deze achtergrond achtte het Hof Amsterdam de getroffen veiligheidsmaatregelen onvoldoende, waarbij het met name van belang achtte dat 'het verschijnsel bussluit ten tijde van het ongeval geen algemene bekendheid genoot'.⁴⁸⁸ De Hoge Raad, die deze vaststelling in cassatie tot uitgangspunt neemt,⁴⁸⁹ laat 's hofs desbetreffende oordeel in stand (r.o. 3.3). Wel volgt vernietiging ter zake van het beroep van de gemeente op eigen schuld van de taxichauffeur (r.o. 3.4).

Korthals Altes heeft zich kritisch uitgelaten over het Bussluit-arrest. Hij acht het opmerkelijk dat de Hoge Raad in zijn geciteerde omschrijving van

486 HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluit), r.o. 3.3.

487 Zie r.o. 4.4 van 's hofs arrest.

488 Zie r.o. 4.6 van 's hofs arrest.

489 Zie r.o. 3.1 sub 2 van het arrest van de Hoge Raad. Zie instemmend de bijbehorende NJ-annotatie van C.J.H. Brunner, die meent 'dat het verschijnsel ook thans nog niet algemeen bekend is'.

de bijzondere zorgplicht van de wegbeheerder niet langer verwijst naar de 'normale omzichtigheid' van verkeersdeelnemers, die in het oudere arrest Wegdek Ferwerderadeel nog centraal stond. Volgens Korthals Altes getuigt het Bussluit-arrest van een ongerechtvaardigde 'compassie met een wetsovertreder'.⁴⁹⁰ Dat men verschillend over deze zaak kan oordelen, blijkt uit het arrest na verwijzing, waarin het Hof Den Haag alsnog 100 procent eigen schuld aan de zijde van de taxichauffeur aannam, kennelijk om de extreme consequenties van de door de Hoge Raad aanvaarde zorgplicht te vermijden.⁴⁹¹ Inmiddels heeft de Hoge Raad op het terrein van de wegbeheerdersaansprakelijkheid een nieuwe principiële uitspraak gedaan, waarin wél doorslaggevend gewicht werd toegekend aan de eigen verantwoordelijkheid van de weggebruiker. Ik doel op het arrest Gekantelde vrachtwagen, dat in de volgende paragraaf wordt behandeld.⁴⁹²

4.4.7 Vervolg; Gekantelde vrachtwagen

Op een oktoberavond rijdt een zwaarbeladen vrachtwagencombinatie vanaf de geasfalteerde Reeweg in Reimersdaal de Dankerseweg op. De Dankerseweg is een landelijke verbindingsweg, die openstaat voor alle verkeer, maar slechts verhard is met steenslag en grind. Op sommige plaatsen bedraagt de breedte van de weg niet meer dan twee tot tweeënhalve meter. De vrachtwagencombinatie is 2,45 meter breed, volgeladen met mest en weegt in totaal meer dan 43 ton. Op zulk zwaar transport blijkt de Dankerseweg niet berekend. Op een smal gedeelte zakt de combinatie door het wegdek, kantelt en belandt aldus in de naastgelegen sloot. Royal, de verzekeraar van de vrachtwagencombinatie, vordert schadevergoeding van het Waterschap Zeeuwse Eilanden, beheerder van de Dankerseweg, daartoe stellende dat het waterschap maatregelen had moeten treffen ter voorkoming van ongevallen als het onderhavige.

Het hof wees deze vordering (gedeeltelijk) toe, daartoe overwegende dat er in casu sprake was van 'een voor zwaar vrachtverkeer onveilige verkeerssituatie', waarvoor het waterschap als wegbeheerder 'in elk geval [had] moeten waarschuwen, bijvoorbeeld door adequate bebording' (r.o. 6). Anderzijds oordeelde het hof dat ook de bestuurder van de vrachtwagencombinatie onvoldoende voorzichtig was geweest, nu hij – als beroepschauffeur – bij het inrijden van de Dankerseweg moest hebben gezien dat deze onverhard en bijzonder smal was (r.o. 8-9). Tegen deze achtergrond werd de aansprakelijkheid van het waterschap met 50 procent verminderd wegens eigen schuld.

In cassatie klaagt het waterschap dat het hof heeft miskend 'dat een beroepschauffeur, die met een vrachtwagen van 2,45 m. breed en ruim 43 ton

490 Korthals Altes 2006, p. 188 e.v.

491 Zie Hof 's-Gravenhage 15 september 1994, VR 1995, 9.

492 HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen).

zwaar vanaf een geasfalteerde weg een weg inrijdt die in een landelijk gebied ligt, die zeer smal is en aan beide kanten grenst aan een smalle berm en sloot en die slechts verhard is met grind en steenslag, op eigen risico een dergelijke weg inrijdt, zodat het Waterschap geen maatregelen hoeft te nemen althans niet hoeft te waarschuwen'.⁴⁹³

Deze klacht slaagt. In navolging van het hof neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat de Dankerseweg voor zwaar vrachtverkeer onveilig was. Volledigheidshalve voegt hij hieraan toe 'dat het Waterschap – naar in het in zoverre niet bestreden oordeel van het hof besloten ligt – als wegbeheerder met deze voor het vrachtverkeer onveilige verkeerssituatie bekend was althans behoorde te zijn' (r.o. 3.5). Vervolgens vestigt de Hoge Raad de aandacht op het contextgebonden karakter van de bijzondere zorgplicht van het waterschap. Onder verwijzing naar het Kelderluik-arrest overweegt hij dat 'alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval' kan worden beoordeeld of het waterschap meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was, door weggebruikers niet te waarschuwen voor het onderhavige gevaar (r.o. 3.6).⁴⁹⁴ In het verlengde hiervan oordeelt de Hoge Raad dat 'het enkele feit dat de weg niet geschikt was voor zwaar vrachtverkeer' als zodanig nog geen waarschuwingsplicht voor het Waterschap opleverde. 'Of die verplichting bestaat, hangt immers af van de omstandigheden van het geval', aldus de Hoge Raad in r.o. 3.8. De kern van het arrest volgt in r.o. 3.7:

'Gelet op de hiervoor in 3.6 vermelde maatstaven kan aan het Waterschap als wegbeheerder alleen dan worden verweten dat het onzorgvuldig is geweest en is het Waterschap alleen dan aansprakelijk voor de gevolgen van het ongeval wanneer het in de gegeven omstandigheden rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de bestuurder van een zware vrachtwagencombinatie als de onderhavige gebruik zou maken van de weg en dat deze bestuurder niet erop verdacht zou (kunnen) zijn dat de weg voor dat gebruik niet geschikt is en dus niet veilig is. Hieruit volgt dat de bedoelde aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen wanneer deze omstandigheden meebrengen dat het ook voor de niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurder aanstonds duidelijk had moeten zijn dat deze weg voor het gebruik daarvan door een zware vrachtwagencombinatie – hoogstwaarschijnlijk – ongeschikt was.'

Met abnormale vormen van onvoorzichtigheid behoefde het waterschap dus geen rekening te houden (vgl. par. 4.3.3). Met name indien voor iedere bestuurder 'aanstonds duidelijk had moeten zijn' dat de Dankerseweg niet geschikt was voor zwaar vrachtverkeer, gold voor het waterschap geen waarschuwingsplicht.

⁴⁹³ Cassatiemiddel, sub 6.

⁴⁹⁴ De Hoge Raad herhaalt in dit verband ook de bekende Kelderluik-factoren. Zie HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik), besproken in par. 4.1.3.

Tegen deze achtergrond volgt vernietiging. 'Niet uitgesloten is', aldus de Hoge Raad in r.o. 3.8, dat het gedrag van de chauffeur 'valt buiten de in het algemeen te vergen voorzichtigheid van een bestuurder van een zware vrachtwagen, zodat het Waterschap daarmee geen rekening behoefde te houden en daarom geen waarschuwingsplicht had'.⁴⁹⁵ Interessant is dat de Hoge Raad hier, anders dan in het arrest Eurosportief/Wesselink,⁴⁹⁶ lijkt uit te gaan van een 'omslagpunt' tussen de wederzijdse informatieplichten uit hoofde van art. 6:162 BW. De gedachte is kennelijk dat de waarschuwingsplicht *vervalt*, indien voor de chauffeur 'aanstonds duidelijk had moeten zijn' dat de Dankerseweg niet geschikt was voor zwaar vrachtverkeer. In par. 4.3.15 werd reeds betoogd dat een dergelijke 'digitale' benadering in dit verband de voorkeur verdient.

Na verwijzing oordeelde het Hof Amsterdam dat het waterschap inderdaad geen rekening behoefde te houden met het onderhavige rijgedrag van de chauffeur.⁴⁹⁷ Zowel 'de breedte van de weg' als 'het duidelijke karakter van de weg als verbindings-land-weggetje tussen doorgaande routes' hadden de chauffeur ervan moeten weerhouden de Dankerseweg in te rijden met zijn zware combinatie (r.o. 3.6). Zo al niet 'vanaf de eerste meter duidelijk was' dat de weg ongeschikt was voor het onderhavige gebruik, 'had dat zeker (en 'aanstonds') na de versmalling van de weg (...) tot hem door moeten dringen', aldus het hof (r.o. 3.8), dat overigens hiermee het door de Hoge Raad gebezigde begrippenpaar 'aanstonds duidelijk' wel enigszins oprekt.⁴⁹⁸

Al met al getuigt het arrest Gekantelde vrachtwagen van een behartigenswaardige visie op de delictuele waarschuwingsplicht in het algemeen en de wegbeheerdersaansprakelijkheid in het bijzonder. Zouden wegbeheerders gehouden zijn te waarschuwen voor gevaren die, ook voor niet steeds oplettende en voorzichtige bestuurders, 'aanstonds duidelijk' zijn, dan zouden onze openbare wegen spoedig overwoekerd worden door waarschuwingsborden.⁴⁹⁹ Het behoeft geen betoog dat de beoogde verkeersveiligheid daarmee niet zou zijn gebaat.⁵⁰⁰ Het arrest bevestigt dat van personen of instanties op wie een bijzondere zorgplicht rust, niet steeds het uiterste kan worden gevergd (par. 4.4.5). Ook bij de gelding van een bijzondere zorgplicht komt dus (nog) fundamenteel gewicht toe aan de eigen verantwoordelijkheid van de potentiële slachtoffers.

495 Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Spier voor het arrest, sub 3.18.

496 HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink), besproken in par. 4.3.14.

497 Hof Amsterdam 3 januari 2008, *NJ* 2008, 303, r.o. 3.4 e.v.

498 Men bedenke dat er voor de chauffeur, eenmaal aangekomen bij de versmalling, waarschijnlijk geen weg meer terug was.

499 Overigens vreest Hartlief dat dit sowieso zal gebeuren, omdat wegbeheerders 'niet afhankelijk willen zijn van antwoorden van rechters op de vraag 'wat voor een onvoorzichtige verkeersdeelnemer al dan niet aanstonds duidelijk is'. Zie Hartlief 2004c, p. 465.

500 Vgl. par. 4.3.13 over algemeen bekende risico's. Zie meer in het algemeen over het gevaar van 'information overload' par. 1.4.

4.4.8 Bijzondere risico's

De *Principles of European Tort Law* (PETL), besproken in par. 2.9.4, bevatten in art. 5:101 een interessante bepaling, die voorziet in een algemene risicoaansprakelijkheid voor 'abnormally dangerous activities'. Blijkens het tweede lid gaat het hier om activiteiten die 'a foreseeable and highly significant risk of damage' creëren. De toelichting noemt als voorbeelden onder meer het afsteken van groot vuurwerk of het opblazen van een gebouw.⁵⁰¹ Ook in het Nederlandse gevaarzettingsleerstuk kan een dergelijke categorie van 'bijzondere risico's' worden onderscheiden. Men denke met name aan de jurisprudentie over gevaarlijke stoffen en gebrekkige zaken.⁵⁰² De term 'bijzondere risico's' dient hier ter onderscheiding van de algemene risico's die aan iedere stof of zaak verbonden kunnen zijn. Zo is aan een fiets het algemene risico verbonden dat men daarmee betrokken raakt bij een verkeersongeval. Ontstaat daarentegen een ongeval als gevolg van een specifiek *gebrek* van de fiets, zoals defecte remmen, dan kan men spreken van de verwezenlijking van een bijzonder risico. Het verschil is dat in het laatstbedoelde geval de fiets zélf de bron van gevaar vormt, terwijl in het eerstbedoelde geval de *berijder* (of een andere verkeersdeelnemer) het gevaar veroorzaakt (vgl. par. 4.4.1).

De onderhavige categorie van bijzondere risico's wordt voor een belangrijk deel bestreken door de kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW, die in par. 4.5 worden behandeld.⁵⁰³ Ook buiten het kader van deze risicoaansprakelijkheden nemen de bijzondere risico's echter een bijzondere plaats in. Globaal gesproken getuigt de jurisprudentie over gevaarlijke stoffen en gebrekkige zaken, ook waar het de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW betreft, van een zekere gestrengheid.⁵⁰⁴ Men denke bijvoorbeeld aan de bekende asbestjurisprudentie,⁵⁰⁵ die vooral aan de producenten van asbest tamelijk hoge zorgvuldigheidseisen stelt, zelfs met terugwerkende kracht over de periode waarin de risico's van asbest voor de volksgezondheid nog niet geheel waren uitgekristalliseerd.⁵⁰⁶ Tegen de achtergrond van de Kelderluikfactoren (par. 4.3.5) wekt deze gestrengheid geen verbazing, aangezien de kans op ongevallen en de ernst van de te verwachten gevolgen hier logischerwijze veel

501 Toelichting bij art. 5:101 PETL, p. 106, 109 (Koch).

502 Zie voor een inventarisatie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 91. Het gaat hier overigens eerder om een globale typering dan om een strikt afgebakende categorie van gevallen.

503 Daaraan is ook de terminologie ontleend. Vgl. MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1385, voor het juist genoemde voorbeeld van de defecte fiets. Vgl. ook MO, PG Boek 6, p. 748, p. 749, waar het voorbeeld wordt gegeven van een bierflesje, dat geen 'bijzonder gevaar' vertoont indien het van twintig meter hoogte naar beneden valt, maar wel indien het ten gevolge van een zwakke plek in het glas explodeert.

504 Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 1304; en Jansen 2006, p. 38 e.v.

505 Zie voor een inventarisatie Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 2, aant. 91.3.1.

506 Vgl. HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

gewicht in de schaal leggen, zodat de bezwaarlijkheid van te treffen voorzorgsmaatregelen bij de verwezenlijking van bijzondere risico's als de onderhavige niet snel aan het aannemen van onzorgvuldigheid in de weg zal staan. Met andere woorden: de *aard van de betrokken belangen* brengt op dit terrein een relatief strenge zorgvuldigheidsmaatstaf mee, onder het aloude motto 'verhoogd gevaar, verhoogde zorg'.⁵⁰⁷

4.4.9 Vervolg; kennis omtrent het risico

Gelet op het voorgaande zal de contextgebonden zorgvuldigheidstoetsing op het terrein van de bijzondere risico's doorgaans geen grote hindernis opleveren voor het aannemen van onrechtmatigheid wegens schending van een delictuele informatieplicht. Veeleer zal hier de nadruk liggen op de toetsing aan het *kennisvereiste*, die daaraan voorafgaat (par. 4.2.11). Zowel voor de aanvaarding van een waarschuwingsplicht (par. 4.3.3) als voor de aanvaarding van een onderzoeksplicht (par. 4.3.10) is vereist dat de laedens wist of behoorde te weten van het betrokken risico. Cruciaal is dus of de bijzondere gevaarlijkheid van de stof of zaak in kwestie genoegzaam *bekend* was of behoorde te zijn.

In par. 4.2.11 bleek reeds dat de hier vereiste kennis in twee elementen kan worden verdeeld. Vereist is enerzijds kennis van de laedens omtrent het bijzondere risico als zodanig en anderzijds kennis omtrent de kans op verwezenlijking daarvan. Laatstgenoemd element ziet met name op de voorzienbaarheid van eventuele *onoplettendheid* aan de zijde van de potentiële slachtoffers. In dit verband kiest de rechter doorgaans, zoals meer in het algemeen in vraagstukken van gevaarstelling (par. 4.3.3), voor een zekere mate van objectivering. Zo wordt op het terrein van de productenaansprakelijkheid aangenomen dat de producent van een gebrekkig product er rekening mee moet houden dat consumenten bij het gebruik van dat product niet steeds die mate van zorgvuldigheid betrachten, die ter voorkoming van schade in verband met de potentiële gebrekkigheid geboden is.⁵⁰⁸ Deze verplichting tot anticipatie op onvoorzichtig gedrag is intussen niet onbeperkt. Uit het arrest Eternit/Horsting, over de aansprakelijkheid van een asbestproducent voor de schadelijke gevolgen van het 'verspanen' van asbestcementplaten anno 1971, blijkt dat de te treffen voorzorgsmaatregelen moeten worden afgestemd op het 'redelijkerwijs te verwachten gebruik' van het product.⁵⁰⁹ Géén waarschuwingsplicht geldt overigens, indien er sprake is van risico's die *inherent* zijn

507 Vgl. de bespreking van het 'gevaarzettingsbeginsel' in par. 4.2.2.

508 Zie bijv. HR 2 februari 1973, NJ 1973, 315 m.nt. HB (Lekkende kruik I).

509 HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

aan zulk normaal gebruik, voor zover deze risico's bij gebruikers algemeen bekend zijn.⁵¹⁰

Aangenomen dat de 'voorzienbaarheid van onvoorzichtigheid' in de onderhavige gevallen doorgaans geen grote problemen oplevert, is het vooral de kennis omtrent het eigenlijke risico, die hier ter discussie staat. In par. 4.3.9 bleek reeds dat (ook) deze kennis in hoge mate kan worden geobjectiveerd, meer in het bijzonder door toepassing van een delictuele *onderzoeksplicht* aan de zijde van de laedens. Daarvoor is wel vereist, zo werd betoogd, dat de laedens tenminste de theoretische *mogelijkheid* van verwezenlijking van het betrokken risico – in par. 4.3.9 aangeduid als de 'generieke causaliteit' – heeft (moeten) voorzien. Een voorbeeld van een zodanige onderzoeksplicht ter zake van een 'bijzonder gevaar' is te vinden in de hieronder te bespreken Melchemie-zaak, waarin het hof oordeelde dat Melchemie, als eigenaar van de oxiderende stof calciumhypochloriet, poolhoogte diende te nemen bij opslagbedrijf CMI, teneinde te beoordelen of de aan haar toebehorende stof daar voldoende veilig was opgeslagen.⁵¹¹ De Hoge Raad constateerde op dit punt overigens een motiveringsgebrek, kort gezegd omdat het hof onvoldoende duidelijk had gemaakt, hoe groot het acute (brand)gevaar was en welke concrete maatregelen Melchemie had moeten nemen ter voorkoming van de verwezenlijking daarvan.⁵¹²

Voor zover objectivering in de hier besproken gevallen geen uitkomst biedt, kan ook door *generalisering* een vérgaande aansprakelijkheid ter zake van bijzondere risico's worden bewerkstelligd. Illustratief is het in par. 4.2.12 besproken Legionella-arrest, waarin kennis van het algemene risico van een slechte waterkwaliteit voldoende werd geacht voor aansprakelijkheid ter zake van het bijzondere risico van 'aërosolvorming'.⁵¹³ Een vergelijkbare generaliserende benadering komt tot uitdrukking in het bekende Natronloog-arrest.⁵¹⁴ Het ging hier om letsel als gevolg van het feit dat het in een vuilniszak verpakte natronloog, wegens een onvolmaakte werking van het kraakmechaniek van een vuilniswagen, in het oog van de dienstdoende vuilnisman spoot. Tegen de achtergrond van dit specifieke feitencomplex oordeelde het hof dat geen aansprakelijkheid kon worden aangenomen van degene die de betreffende vuilniszak bij het huisvuil had gedeponerd, omdat voor de gemiddelde 'buitenstaander' niet voorzienbaar was dat de vuilnisman op de onderhavige wijze in aanraking zou komen met de inhoud van de vuilniszak.⁵¹⁵ De Hoge Raad casseerde, daartoe overwegende dat het er voor aansprakelijkheid jegens

510 Aldus bijv. (voor wat betreft de gezondheidsrisico's van tabak) Rb. Amsterdam 17 december 2008, *LJN* BG7225, *NJ* 2009, 311. Vgl. par. 4.3.13.

511 Hof Arnhem 21 april 2009, *LJN* BI4766, *S&S* 2009, 129, r.o. 4.21, besproken in par. 4.3.9.

512 HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.), r.o. 4.3, besproken in par. 4.4.12.

513 Zie HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 m.nt. JBMV (Legionella), r.o. 3.6.4.

514 HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10.

515 Zie r.o. 8 van 's hofs arrest.

degene die door blootstelling aan een gevaarlijke stof letsel oploopt, 'in beginsel niet toe doet, of de wijze waarop het letsel door aanraking met de stof in het gegeven geval precies is veroorzaakt, voorzienbaar was' (r.o. 5).

Al met al toont de rechter zich op het onderhavige terrein, zoals gezegd, relatief streng. Nochtans bestaat er naar Nederlands recht geen *absolute* aansprakelijkheid voor bijzondere risico's, vergelijkbaar met de in par. 4.4.8 genoemde risicoaansprakelijkheid van art. 5:101 PETL. Dat is de conclusie die moet worden getrokken uit een vergelijking van de arresten Natronloog en Taxus, waaraan de volgende paragraaf is gewijd.⁵¹⁶

4.4.10 Vervolg; Natronloog vs. Taxus

In het bekende Natronloog-arrest uit 1982, dat hierboven al aan de orde kwam, koos de Hoge Raad voor een vérgaande objectivering van de kennis van de laedens omtrent het betrokken risico, dat in casu was gelegen in de bijtende eigenschappen van de chemische stof natronloog. Opvallend is de uiterst casuïstische wijze waarop de Hoge Raad de geschonden zorgvuldigheidsnorm formuleert:

'Het is in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer wordt vereist met het oog op de veiligheid van al degenen die tussen het moment van het buiten klaarzetten van vuilniszakken en dat van de afvoering ervan door de vuilnisophaaldienst met de inhoud van de zakken in aanraking zouden kunnen komen, om een emmertje met onbekende vloeistof in een kartonnen doos met daaromheen niet anders dan een dichtgebonden plastic vuilniszak voor afvoering door een vuilnisophaaldienst neer te zetten, tenzij men òfwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, òfwel de betreffende vuilniszak onder controle houdt en degeen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof.'⁵¹⁷

Het oordeel van de Hoge Raad komt erop neer dat iemand die een onbekende vloeistof, afkomstig uit een schoonmaakhok, aan de vuilnisophaaldienst meegeeft, behoudens gegronde redenen voor het tegendeel ervan moet uitgaan dat deze stof gevaar voor personen of zaken kan opleveren. Hij dient dienovereenkomstig te handelen, door de vuilniszak 'onder controle' te houden en de vuilnismen te *waarschuw*en.

516 Zie ook reeds HR 22 juni 1979, NJ 1979, 535 m.nt. GJS (Van der Lee/Broere), waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk overwoog dat bij 'schade veroorzaakt door bijzonder gevaar opleverende zaken' onrechtmatigheid en schuld moeten worden vastgesteld, wil aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen.

517 HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), r.o. 4.

Wat er zij van de praktische zin van deze waarschuwingsplicht,⁵¹⁸ duidelijk is in elk geval dat de Hoge Raad ver wil gaan in de bescherming van potentiële slachtoffers tegen bijzondere risico's als het onderhavige. Over de precieze betekenis van het Natronloog-arrest zijn in de literatuur uiteenlopende opvattingen verkondigd.⁵¹⁹ Mijns inziens laat het arrest zich het best begrijpen (en verdedigen), wanneer men er een delictuele *onderzoeksplicht* van de laedens in leest (vgl. par. 4.3.9). De rechtvaardiging van deze onderzoeksplicht kan worden gevonden in het feit dat het emmertje met onbekende vloeistof in casu afkomstig was uit een *schoonmaakhok*. Nu het een feit van algemene bekendheid mag heten dat vloeistoffen uit een schoonmaakhok gevaarlijk kunnen zijn, was het emmertje in zoverre 'verdacht' en mocht het derhalve niet zonder nader onderzoek, of (andere) afdoende veiligheidsmaatregelen ter zake, aan de straat worden gezet.⁵²⁰

Ondanks de op het concrete geval toegespitste formulering van het Natronloog-arrest heeft Brunner daaruit de algemene regel afgeleid 'dat het onzorgvuldig is derden bloot te stellen aan het risico, dat stoffen of goederen die men in zijn bezit heeft en waarvan men de gevaarlijke eigenschappen niet kent, schade veroorzaken'.⁵²¹ In het Taxus-arrest uit 1994 heeft de Hoge Raad het bestaan van een dergelijke regel, die in feite zou resulteren in een algemene risicoansprakelijkheid voor gevaarlijke zaken,⁵²² uitdrukkelijk ontkend. Het ging in casu, anders dan in het Natronloog-arrest, om zaakschade (het overlijden van twee paarden) door de blootstelling aan een *natuurlijke* stof (het giftige 'taxine' uit een taxusstruik). De laedens (mevrouw Verkoulen, die de struik op haar afvalhoop onder het bereik van de paarden had gedeponereerd) ging vrijuit, omdat niet vast was komen te staan dat zij het betrokken risico (de giftigheid van taxus voor paarden) kende of behoorde te kennen.⁵²³ In het cassatiemiddel werd tevergeefs navolging van de door Brunner voorgestelde Natronloog-regel bepleit. De Hoge Raad overwoog:

518 Vgl. Van Maanen, Spier & Sterk 1990, p. 126, die zich afvragen hoe de vuilnismen in casu gebaat zou zijn bij een waarschuwing met als inhoud 'hier is een vuilniszak, met daarin een emmertje met een onbekende substantie'. A-G Franx meent dat de vuilnismen daarmee zijn voordeel had kunnen doen 'hetzij door te weigeren de desbetreffende zak mee te nemen hetzij door de zak extra voorzichtig op te tillen en in de vuilnisauto te deponeren' (conclusie, sub 8).

519 Zie voor een inventarisatie Jansen 2006, p. 42-45.

520 Aldus ook reeds Jansen 2006, p. 39. Zie in gelijke zin bijv. Bolt & Spier 1996, p. 165-166; en Tjong Tjin Tai 2005, p. 368.

521 Zie de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het Natronloog-arrest, sub 1. Zie in gelijke zin Van Dam 2000, nr. 1304, die uit het Natronloog-arrest een algemene 'observatieplicht' m.b.t. gevaarlijke stoffen afleidt.

522 Vgl. de conclusie van wnd. A-G Bloembergen voor HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), sub 3.4.

523 Overigens was zelfs niet komen vast te staan of Verkoulen wist dat het een taxusstruik betrof (r.o. 3.1).

‘Een aansprakelijkheidsregel als daarin [in het cassatiemiddel; *KJO*] verdedigd kan in ieder geval niet worden aanvaard, indien het gaat om planten of struiken, waarvan de giftigheid niet van algemene bekendheid is. De in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid reikt niet zó ver dat degeen die een plant of struik waarvan hij de giftigheid niet kent of behoeft te kennen, onder zich heeft, verplicht zou zijn om deze plant of struik op zodanige wijze onder zijn controle te houden dat zij geen gevaar kan opleveren, tenzij hem na onderzoek is gebleken dat de plant of struik ongevaarlijk is.’⁵²⁴

In zijn annotatie bij het *Taxus*-arrest toont Brunner zich kritisch over deze uitkomst:

‘Naar mijn oordeel zijn in deze zaak de eisen van de maatschappelijke zorgvuldigheid te laag gesteld. Het recht moet bewerkstelligen dat objectief gevaarlijk gedrag wordt tegengegaan. Dat zou de rechter hebben bevorderd als hij aan eigenaren van tuinen de eis zou hebben gesteld dat zij zich er van vergewissen dat de bomen en struiken in hun tuin niet giftig zijn en – als zij dat wel zijn, zoals bij *taxus* en gouden regen – dat zij geen gevaar opleveren voor kinderen en dieren.’⁵²⁵

Het lijkt erop dat Brunners pleidooi – opnieuw – geen navolging heeft gevonden, nu de Hoge Raad in het arrest *Bildtpollen/Miedema*, dat eveneens betrekking had op een bijzonder risico van natuurlijke aard (het besmettingsrisico van rottende uien), zijn beslissing uit het *Taxus*-arrest heeft herhaald.⁵²⁶

Het pregnante verschil tussen de arresten *Natronloog* en *Taxus* wordt in de literatuur wel verklaard met de gedachte, dat ‘natuurlijke’ of ‘klassieke’ risico’s minder snel tot aansprakelijkheid leiden dan ‘kunstmatige’ of ‘industriële’ risico’s, samenhangend met de moderne samenleving.⁵²⁷ Het is de vraag of dit onderscheid reëel is. Het gevaarlijke asbest, tegenwoordig bekend als industrieel vervaardigde stof, is bijvoorbeeld van oorsprong een natuurproduct, dat reeds door de Romeinen werd beschreven.⁵²⁸ Het valt niet goed in te zien waarom zulks zou moeten leiden tot een versoepeling van de toepasselijke zorgplicht. Wel lijkt het denkbaar dat aan het privé-gebruik van een natuurlijke stof door een ondeskundige particulier, zoals aan de orde in het *Taxus*-arrest, in het algemeen minder hoge eisen mogen worden gesteld dan

524 HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (*Taxus*), r.o. 3.4.3.

525 Aldus de *NJ*-annotatie van C.J.H. Brunner bij het *Taxus*-arrest, sub 4. Zie in gelijke zin bijv. Van Dunné 2004b, p. 187-188.

526 HR 7 april 2006, *LJN* AU6934, *NJ* 2006, 244 (*Bildtpollen/Miedema*), r.o. 3.3, besproken in par. 4.3.11.

527 Zie in die zin bijv. Van Dam 1994, p. 256; Bolt & Spier 1996, p. 167; Van Dam 2000, nr. 1304; en Tjong Tjin Tai 2005, p. 370. Vgl. ook de conclusie van wvd. A-G Bloembergen voor het *Taxus*-arrest, sub 2 en 3.3.

528 Vgl. Van Orsouw 2007, p. 30-31, die in dit verband de verrassende vraag opwerpt of gebruikers van asbest eertijds waren gehouden de risico’s te onderzoeken door raadpleging van oude Romeinse geschriften.

aan het professionele gebruik van een kunstmatige stof door een onderneming of organisatie, zoals aan de orde in het Natronloog-arrest.⁵²⁹ Dat geldt temeer indien in het laatste geval de kunstmatige stof ernstige personenschade teweegbrengt, terwijl in het eerste geval de natuurlijke stof slechts zaakschade veroorzaakt. Hier weerklinken de *aard van de rechtsverhouding* en de *aard van de betrokken belangen* als gezichtspunten voor onrechtmatigheid (vgl. par. 4.3.4).

Per saldo zijn het de omstandigheden van het geval, en niet (enkel) de aard van het bijzondere risico in kwestie, die de uitkomst bepalen. Illustratief zijn de nu volgende twee arresten, waarin het ging om aansprakelijkheid in verband met de verhandeling van vergiftigd veevoer respectievelijk de opslag van een brandgevaarlijke stof. In beide gevallen werd in cassatie, op grond van een nauwgezette analyse van de feitelijke context, een delictuele onderzoeksplicht omtrent de bijzondere risico's in kwestie (voorshands) van de hand gewezen.

4.4.11 Vervolg; Baas/Hanford Feeds c.s.

Baas, directeur van een handelsonderneming, had een partij rijstevoermeel verworven, die volgens het aanbod 'gecontamineerd met zinkconcentraat' was.⁵³⁰ Het ging dus om een schadepartij, die Baas had laten verwerken in een grondstof voor veevoer. Nadien is gebleken dat de partij niet alleen (onschuldig) zink, maar ook (giftig) lood bevatte. Een grootschalige loodvergiftiging bij koeien was het gevolg. In de onderhavige procedure hebben diverse veevoederbedrijven – afnemers van het vergiftigde veevoer – Baas aansprakelijk gesteld uit onrechtmatige daad. Diens verweer luidde, kort gezegd, dat hij zich niet bewust was geweest van de mogelijke gevaarlijkheid van de aanwezigheid van zinkconcentraat in veevoer. Het hof achtte dat onwaarschijnlijk, aangezien Baas zelf in een eerder stadium aan de aanbieders had laten weten geen bod te zullen uitbrengen 'in verband met de giftige zinkconcentraat'. Bovendien had hij volgens een getuige de woorden 'rijstevoer/zinkconcentraat' op de transportbon laten veranderen in 'rijstevoer', zulks 'om praatjes voor te blijven'. Tegen deze achtergrond overwoog het hof (r.o. 25):

'Mogelijk heeft Baas niet precies geweten wat zinkconcentraat inhield en heeft hij het woord giftig toegevoegd om de prijs te drukken, maar dat neemt niet weg dat kennelijk toen al bij hem de gedachte dat er gif in kon zitten is opgekomen en dat had voor hem een reden moeten zijn om bij de verdere afwikkeling van de zaak ernstig rekening te houden met de mogelijkheid dat het zinkconcentraat inderdaad giftig was en daarom had hij de partij niet in een grondstof voor veevoer mogen

529 De aangesproken partij was hier een vereniging (het plaatselijke dorps huis). Vgl. Bolt & Spier 1996, p. 169-170.

530 HR 6 oktober 1995, NJ 1996, 106 (Baas/Hanford Feeds c.s.).

verwerken zonder door grondig onderzoek vastgesteld te hebben dat dat niet het geval was. (...) Baas heeft (...) volgens zijn eigen verklaring wel enig onderzoek gedaan naar de betekenis van zink in veevoeder, maar dit onderzoek is zeer oppervlakkig geweest. Aangezien hij volgens zijn eigen verklaring niet wist wat zinkconcentraat betekende, had hij niet met een dergelijk oppervlakkig onderzoek mogen volstaan en is het hem persoonlijk te verwijten dat de giftige schadepartij in de veevoederbranche is terecht gekomen.’

Het hof nam dus een delictuele *onderzoeksplicht* van Baas aan omtrent de mogelijke giftigheid van zinkconcentraat. A-G Mok kon zich hier geheel in vinden en ging in zijn conclusie zelfs nog een stap verder (sub 3.4.7):

‘(I)emand die een door vermenging ontstane schadepartij verwerkt als grondstof voor veevoer, zonder de aard van de vermengde stof te kennen, dient m.i. aansprakelijk te worden geacht als de vermengde stof giftig blijkt te zijn. In eten, al is het voor vee, moet men geen onbekende stoffen verwerken.’

Van een dergelijke risicoaansprakelijkheid van de leverancier van (vee)voer wil de Hoge Raad niet weten. Hij constateert een motiveringsgebrek. Steen des aanstoots was ‘s hofs hierboven geciteerde vaststelling dat Baas ‘volgens zijn eigen verklaring niet wist wat zinkconcentraat betekende’. Volgens de Hoge Raad is niet duidelijk:

‘(...) of het Hof met die vaststelling heeft bedoeld tot uitdrukking te brengen dat Baas in het *onzekere* verkeerde over de betekenis van zinkconcentraat, dan wel dat Baas een bepaalde, zij het ook onjuist gebleken *voorstelling* daarvan had. Daarbij verdient aantekening dat in de laatste veronderstelling het achterwege laten van nader onderzoek niet onder alle omstandigheden als verwijtbaar kan worden aangemerkt.’⁵³¹

De Hoge Raad acht dus het achterwege laten van onderzoek in een situatie van *onzekerheid* over de betrokken risico’s (potentieel) ernstiger dan bij een onjuiste voorstelling daaromtrent. De laedens die abuis is, gaat, met andere woorden, eerder vrijuit dan de laedens die in dubio verkeert.⁵³² Dat is in overeenstemming met het in par. 4.3.9 besproken uitgangspunt, dat voor het aannemen van een delictuele onderzoeksplicht aan de zijde van de laedens tenminste (adequate) *kennis van het betrokken risico* is vereist. De laedens die – ten onrechte, maar verschoonbaar – meent dat onder de gegeven omstandigheden geen enkel potentieel gevaar te duchten valt, gaat vrijuit. De laedens die *twijfelt* over de dreiging van een gevaar, handelt mogelijk onrechtmatig, omdat hij die twijfel – afhankelijk van de verdere omstandigheden van het

531 Aldus r.o. 3.6 (curs. toegevoegd).

532 Vgl. Wiggers-Rust 2004, p. 37, die hierin ook de verklaring van het strenge Natronloog-arrest ziet.

geval – zal moeten wegnemen door het doen van nader onderzoek. Hier geldt derhalve het adagium van Drion: wie twijfelt, dwaalt niet.⁵³³

In casu had Baas verklaard dat hij de term ‘zinkconcentraat’ – in technische zin duidend op de aanwezigheid van (overwegend) zink en één of meer andere stoffen – had opgevat als ‘geconcentreerd zink’. Baas had daarom naar eigen zeggen ‘nooit aan andere stoffen dan zink gedacht’.⁵³⁴ Over de geloofwaardigheid van die stelling viel, gelet op de hierboven geschetste feitenconstellatie, te twisten, maar hoe dan ook had het hof zijn oordeel daaromtrent nader moeten toelichten. Vooralsnog lieten de overwegingen van het hof de conclusie toe dat Baas stellig had gemeend dat aan de verhandeling van het veevoer geen enkel potentieel gevaar was verbonden. Hiervan uitgaande was het ongerijmd om te oordelen dat Baas het onderhavige risico van een loodbesmetting, dat dus (mogelijkerwijs) in zijn eigen visie helemaal niet ‘denkbaar’ was geweest, nader had moeten onderzoeken. Het nu te bespreken arrest Melchemie/Delbanco c.s. uit 2011 bevestigt het belang van de kennis van de laedens als basisvereiste voor het aannemen van een delictuele onderzoekspllicht.⁵³⁵

4.4.12 Vervolg; Melchemie/Delbanco c.s.

Melchemie had CMI ingeschakeld voor de opslag van de gevaarlijke stof calciumhypochloriet in een loods. Doordat CMI zich niet hield aan de toepasselijke vergunningvoorschriften is in deze loods brand ontstaan, als gevolg waarvan een aan Delbanco toebehorende partij paardenhaar, die in de naastgelegen loods lag opgeslagen, verloren is gegaan. Delbanco en haar verzekeraars stellen Melchemie op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk voor de geleden schade. Volgens Delbanco c.s. heeft Melchemie in strijd met haar zorgplicht gehandeld door, na kennisneming van een zorgwekkend intern rapport over de veiligheidssituatie bij CMI, na te laten de gevaarlijke stoffen elders in bewaring te geven of andere voorzorgsmaatregelen te treffen, doch in plaats daarvan de aan CMI toevertrouwde hoeveelheid stoffen juist te vergroten. Het hof verenigde zich met deze stelling en wees de gevorderde verklaring voor recht, in afwijking van de rechtbank, toe. Volgens het hof mocht van Melchemie worden verlangd dat zij zich na kennisneming van het rapport ‘op de hoogte stelde van de veiligheidssituatie in de loodsen van CMI’ en had Melchemie, door dit na te laten en zich onvoldoende in te spannen om het

533 Vgl. Drion 1972, p. 65, besproken in par. 3.6.12.

534 Zie de conclusie van A-G Mok, sub 3.4.4.

535 HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.).

voortduren van de brandgevaarlijke situatie tegen te gaan, onrechtmatig gehandeld.⁵³⁶

In cassatie klaagt Melchemie met succes over de hier aangenomen delictuele onderzoekspllicht. Volgens Melchemie gaat de verantwoordelijkheid van de eigenaar van een gevaarlijke stof, die deze stof in de macht van een bedrijfsmatig bewaarder heeft gebracht, niet zo ver dat hij (reeds) gehouden is om maatregelen te nemen, indien hem bekend is dat door de bewaarder voorschriften zijn overtreden, die, naar de eigenaar weet of behoort te begrijpen, ertoe strekken de kans te beperken dat een bijzonder gevaar van ernstige aard zich verwezenlijkt. Met name bestaat een dergelijke zorgplicht niet, aldus het cassatiemiddel, indien niet vaststaat dat de eigenaar op de hoogte was, althans behoorde te zijn van (de inhoud van) de in concreto overtreden voorschriften, en evenmin vaststaat dat het gevaar, zoals dat zich in feite heeft verwezenlijkt, juist door de aan de eigenaar bekend geworden overtreding is ontstaan.⁵³⁷ Ook in feitelijke instanties had Melchemie reeds betoogd dat zij de brand 'hoe dan ook niet had kunnen voorkomen', omdat zij wist noch behoorde te weten van de specifieke oorzaak daarvan, te weten een chemische reactie van het aan haar toebehorende calciumhypochloriet met andere in de loods opgeslagen chemicaliën.⁵³⁸

De Hoge Raad geeft gehoor aan deze roep om aandacht voor de concrete omstandigheden van het geval. In r.o. 4.1 stelt hij voorop dat op de bewaargever van een stof als de onderhavige, die een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert, uit hoofde van art. 6:162 BW een 'zorgplicht' rust, 'welke erop is gericht zoveel mogelijk te voorkomen dat het aan de in bewaring gegeven stof inherente gevaar van ernstige aard voor personen of zaken zich verwezenlijkt'.⁵³⁹ De invulling van deze zorgplicht is afhankelijk van 'alle relevante omstandigheden van het geval'. In dit verband wijst de Hoge Raad op het belang van de Kelderluikfactoren (par. 4.3.5) en meer in het bijzonder op de invloed van 'de bij de bewaargever als beroeps- of bedrijfsmatig gebruiker aanwezig te achten kennis'.⁵⁴⁰ Relevant is met name zijn kennis omtrent de geldende veiligheidsvoorschriften, de specifieke overtredingen daarvan en de daaruit voortvloeiende kans op verwezenlijking van het aan de stof verbonden gevaar. In het verlengde hiervan wijst de Hoge Raad ook op het belang van de kennis van de bewaargever omtrent de aanwezigheid van andere opgeslagen stoffen en de gevaren die kunnen ontstaan als zulke stoffen met zijn eigen stof in aanraking komen. Voorts acht de Hoge Raad

536 Hof Arnhem 21 april 2009, *LJN* BI4766, *S&S* 2009, 129, r.o. 4.23.

537 Aldus de weergave van het cassatiemiddel in de conclusie van A-G Keus, sub 3.2.

538 Vgl. Hof Arnhem 21 april 2009, *LJN* BI4766, *S&S* 2009, 129, r.o. 4.26.

539 Tevens bespreekt de Hoge Raad de risicoaansprakelijkheid van de professionele bewaarder ex art. 6:175 BW. Vgl. ook de conclusie van A-G Keus, sub 2.15.

540 Vgl. par. 4.4.9, waar reeds bleek dat de hier bedoelde kennis in gevallen als de onderhavige van groot belang is. Zie voorts uitvoerig de conclusie van A-G Keus, sub 2.2 e.v. Zie meer in algemene zin over het kennisvereiste par. 4.2.11.

relevant wat de eigenaar wist of behoorde te weten omtrent de mogelijke opslagmethoden, de redelijkerwijs te treffen voorzorgsmaatregelen, de mate van urgentie van zulke maatregelen en ten slotte het tijdsbestek waarbinnen deze maatregelen konden worden gerealiseerd.

In r.o. 4.2 volgt een uitvoerige weergave van 's hofs bestreden arrest. Het uitgangspunt van het hof, 'dat op Melchemie, enkel door de opslag van haar chemische stoffen uit te besteden aan CMI, niet de verplichting kwam te rusten om te controleren of CMI zich hield aan de voorschriften die toentertijd golden voor opslag van die stoffen',⁵⁴¹ acht de Hoge Raad 'juist'. Ook A-G Keus ging ervan uit dat de eigenaar van een gevaarlijke stof, die een professionele derde inschakelt voor de opslag daarvan, geen bijzondere zorgplicht heeft, zolang 'hij erop mag vertrouwen dat de door hem ingeschakelde derde de stof deugdelijk opslaat'.⁵⁴² In de visie van het hof bestond voor een dergelijk vertrouwen in casu onvoldoende grond, gelet op het eerder genoemde zorgwekkende rapport over de veiligheidssituatie bij CMI. De Hoge Raad acht dit oordeel echter, in navolging van A-G Keus, onvoldoende gemotiveerd.

In r.o. 3.4 zet de Hoge Raad nauwkeurig uiteen, waarom in zijn visie sprake is van een motiveringsgebrek. Problematisch was vooral de sterk generaliserende benadering van het hof.⁵⁴³ Het hof heeft, aldus de Hoge Raad, doorslaggevend geacht dat Melchemie 'in algemene zin' bekend was met de voor de opslag van gevaarlijke stoffen als de onderhavige geldende veiligheidsvoorschriften, zulks in samenhang met de omstandigheid dat Melchemie wist dat de opslag bij CMI op een aantal punten met die voorschriften in strijd was. Aldus heeft het hof echter niet alle relevante omstandigheden in zijn beoordeling betrokken. Met name heeft het hof ten onrechte geen aandacht besteed aan de kans op verwezenlijking van het onderhavige brandgevaar als gevolg van de bij Melchemie bekende overtredingen van de toepasselijke veiligheidsvoorschriften, en aan de 'mate van urgentie' van de daardoor geboden voorzorgsmaatregelen, terwijl het hof zich ook niet heeft gebogen over de vraag 'welke concrete maatregelen van Melchemie op dit punt redelijkerwijs konden worden verlangd'.

Uit het vervolg van r.o. 3.4 blijkt waarom een en ander in casu van belang was. De bij Melchemie bekende overtredingen van de toepasselijke vergunningvoorschriften betroffen met name de wijze van *stapeling* van de opgeslagen stoffen door CMI. Bij een eerdere gelegenheid had Melchemie al eens ingegrepen bij CMI, toen door de wijze van stapeling van het calciumhypochloriet schade was ontstaan aan de verpakking. In casu had het hof echter niet vastgesteld dat de brand viel terug te voeren op dergelijke problemen met de verpakking, respectievelijk op andere bij Melchemie (op grond van het rapport)

541 Aldus de weergave van dat uitgangspunt door de Hoge Raad in r.o. 4.2. Zie ook r.o. 4.13 van het bestreden arrest (Hof Arnhem 21 april 2009, L/JN BI4766, S&S 2009, 129).

542 Zie zijn conclusie, sub 3.4.

543 Vgl. ook de conclusie van A-G Keus, sub 3.19.

bekende oorzaken. Goed beschouwd had het hof slechts vastgesteld dat Melchemie bekend was met 'enigerlei' overtreding van de vergunningvoorschriften, zonder in te gaan op het causale verband tussen die overtreding en de geleden schade. Veelzeggend was dat de milieudienst DCMR, die van overheidswege toezicht hield op de veiligheidssituatie bij CMI, aan CMI enkele maanden de tijd had gegeven om de benodigde veiligheidsmaatregelen te treffen. Zonder nadere toelichting viel derhalve niet in te zien, zo overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.4, dat (en hoe) Melchemie in de tussentijd actie had moeten ondernemen.⁵⁴⁴

In par. 4.2.12 bleek reeds dat een 'klakkeloos' generaliserende benadering als die van het hof, waarbij de laedens wordt afgerekend op een specifiek risico dat hij in feite, gelet op zijn algemene kennis omtrent de betrokken risico's, niet had kunnen voorzien en derhalve ook niet had kunnen vermijden, ontoelaatbaar is. Of Melchemie de onderhavige brand daadwerkelijk niet had kunnen voorkomen, staat na verwijzing nog te bezien.

4.5 RISICOAANSPRAKELIJKHEID

4.5.1 Algemeen

Hierboven bleek dat een persoon, ook zonder dat hij zelf een fysiek gevaar voor personen of zaken heeft gecreëerd (par. 4.4.1 e.v.), aansprakelijk kan zijn uit hoofde van onrechtmatige gevaarzetting, namelijk in verband met de schending van een bijzondere zorgplicht (par. 4.4.5 e.v.) of in verband met het creëren van bijzondere risico's (par. 4.4.8 e.v.).⁵⁴⁵ In afdeling 6.3.2 BW heeft de wetgever deze lijn doorgetrokken. De 'kwalitatieve' aansprakelijkheden die hier zijn geregeld, berusten op de gedachte dat men, ook bij gebreke van een eigen toerekenbare onrechtmatige daad, aansprakelijk kan zijn voor schade van derden, namelijk vanwege een bijzondere relatie met de *persoon* die de schade heeft veroorzaakt (art. 6:169-172 BW) of vanwege een bijzondere relatie met een gevaarlijke *zaak* (art. 6:173-182 BW) waaruit de schade is voortgevloeid.⁵⁴⁶ Evenals de bijzondere zorgplichten uit het gevaarzettingsleerstuk kunnen deze kwalitatieve aansprakelijkheden dus met een 'speciale relatie' in verband worden gebracht (vgl. par. 4.4.5),⁵⁴⁷ terwijl bij de kwalitatieve

544 Vgl. de conclusie van A-G Keus, die wijst op het belang van 'het publieke dat voorshands prevaleert' (sub 3.15).

545 Zie voorts par. 4.4.3 e.v., waar bleek dat zelfs 'zuiver nalaten' onrechtmatigheid kan opleveren.

546 Vgl. Nieuwenhuis 2010, p. 108-109; en Onrechtmatige daad I (Oldenhuis), Inleiding, aant. 1.

547 Vgl. ook Van Dam 1995, p. 48 en 71 e.v., die (in het kader van art. 6:162 BW) betoogt dat niet alleen een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats van de gevaarzetting, maar ook een speciale relatie met de *dader* (zoals aan de orde bij de risicoaansprakelijkheden voor personen) kan resulteren in de gelding van een bijzondere zorgplicht.

aansprakelijkheden voor zaken tevens de aan deze zaken verbonden ‘bijzondere risico’s’ een rol spelen, op vergelijkbare wijze als in het gevaarzettingsleerstuk (vgl. par. 4.4.8).

Gelet op het voorgaande kunnen de kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW worden beschouwd als een logisch verlengstuk van de veiligheidsnormen bij gevaarstelling.⁵⁴⁸ Principieel verschil is wel dat de hier gecodificeerde aansprakelijkheden *risicoaansprakelijkheden* zijn (vgl. art. 6:183 BW), die tot op zekere hoogte derogeren aan de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid.⁵⁴⁹ Op het eerste gezicht lijkt daarom de ‘informatie context’ van de schadeveroorzaking voor de vaststelling van deze risicoaansprakelijkheden niet relevant.⁵⁵⁰ De bezitter van een bijtgrage hond die onschuldige bezoekers aanvalt, kan zich bijvoorbeeld niet aan aansprakelijkheid ex art. 6:179 BW onttrekken met de stelling dat hij de bezoekers had gewaarschuwd (‘cave canem’).⁵⁵¹ Evenmin gaat de bezitter van een giftige ratelslang vrijuit indien komt vast te staan dat hij als ‘zoölogische leek’ wist noch behoorde te weten van de giftigheid.⁵⁵² Met andere woorden: grondgedachte van deze risicoaansprakelijkheden is niet – zoals op het terrein van de schuld aansprakelijkheid – dat de laedens wist of behoorde te weten van het betrokken risico en dat hij de potentiële slachtoffers daarvoor had moeten waarschuwen of anderszins daartegen in bescherming had moeten nemen, maar dat de *hoedanigheid* of *kwaliteit* van de laedens, gelegen in diens bijzondere relatie tot de persoon of zaak in kwestie, zijn aansprakelijkheid rechtvaardigt.

Intussen moet ter nuancering worden opgemerkt dat de risicoaansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW niet geheel zijn losgekoppeld van het schuldbeginnel, waarvan zij – zoals gezegd – het verlengstuk vormen. In par. 4.2.2 kwam reeds tot uitdrukking dat in het nieuwe BW is gestreefd naar een *verzoening* van schuld en risico als grondslagen van delictuele aansprakelijkheid. Dienovereenkomstig gaat de heersende leer ervan uit dat óók de risicoaansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW nog wezenlijk door het schuldbeginnel worden beïnvloed.⁵⁵³ De wettekst bevestigt dit. De kwalitatieve aansprakelijkheden

548 Vgl. Tjong Tjin Tai 2006, p. 158, die betoogt dat de risicoaansprakelijkheden ‘historisch zowel als dogmatisch zijn (...) afgeleid van een zorgplicht’.

549 Zie bijv. Klaassen 1991, p. 25-26; en Hartkamp 2010a, nr. 19. Zie voor de dogmatische discussie over de vraag of (ook) het onrechtmatigheidsvereiste wordt ‘uitgeschakeld’ bijv. Klaassen 1991, p. 201 e.v.

550 Vgl. MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1380, waar de wetgever opmerkt dat ‘het verweer van onbekendheid’ in dit verband niet wordt aanvaard.

551 Wel lijkt onder omstandigheden verdedigbaar dat een gegeven waarschuwing de *omvang* van de risicoaansprakelijkheid doet verminderen wegens eigen schuld (art. 6:101 BW).

552 Vgl. HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), besproken in par. 4.4.10, waarin een ‘botanische leek’ ex art. 6:162 BW vrijuit ging, omdat zij wist noch behoorde te weten van de giftigheid van de door haar bezeten taxusstruik.

553 Zie bijv. Nieuwenhuis 1989, p. 196; Klaassen 1991, p. 221-222; Hartlief 1996, p. 222-223; Klaassen 1996, p. 139; Van Dam 2000, nr. 1203; Sieburgh 2000, p. 187-194; Sieburgh 2001, p. 591; Novakovski 2006, p. 111; Hartlief 2007b, p. 51-52; Nieuwenhuis 2007, p. 133, 140;

voor personen, om te beginnen, veronderstellen telkens een 'fout', dat wil zeggen een toerekenbare onrechtmatige daad van degene voor wiens gedragingen men kwalitatief aansprakelijk wordt gesteld.⁵⁵⁴ De kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken bevatten een vergelijkbare terugkoppeling naar afdeling 6.3.1 BW, gelegen in de tenzij-formules van art. 6:173, 6:174 en 6:179 BW en de uitzonderingsbepaling van art. 6:178 sub f BW. De bedoelde tenzij-formules strekken ertoe, aldus de wetgever, de risicoaansprakelijkheden 'te enten op de regeling betreffende onrechtmatige daad'.⁵⁵⁵

In de lagere rechtspraak is uit de tenzij-formule van art. 6:179 BW bijvoorbeeld afgeleid dat voor risicoaansprakelijkheid ter zake van 'besmettingsschade' wegens het uitbreken van een ziek dier tenminste is vereist dat de bezitter van het dier 'wist of moest weten' van de ziekte en van het besmettingsgevaar. Achterliggende gedachte was dat zónder deze kennis *schuldaansprakelijkheid* op grond van art. 6:162 BW zou hebben ontbroken, indien de bezitter het dier ten tijde van de besmetting in zijn macht zou hebben gehad.⁵⁵⁶ De tenzij-formules van art. 6:173 en 6:174 BW, betreffende gebrekkige roerende zaken en gebrekkige opstallen, behelzen zeker niet een dergelijk kennisvereiste, aangezien de wetgever met deze risicoaansprakelijkheden juist tot uitdrukking heeft willen brengen dat 'het verweer van onbekendheid met het betreffende gebrek c.q. het daardoor veroorzaakte gevaar niet wordt aanvaard'.⁵⁵⁷ Daar staat tegenover dat bij deze risicoaansprakelijkheden een belangrijke nuanceering uitgaat van het criterium van *gebrekigheid*, dat in de wettekst 'open' wordt omschreven door verwijzing naar 'de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen'. Volgens de wetgever spelen bij de invulling van dit criterium 'gedragsnormen als veiligheidsvoorschriften en in het algemeen aan een bezitter of gebruiker van die zaak te stellen zorgvuldigheidsnormen een belangrijke rol'.⁵⁵⁸ Ook hier manifesteert zich derhalve de doorwerking van het gevaarzettingsleerstuk en van het daaraan ten grondslag liggende schuldbeginself op het terrein van de risicoaansprakelijkheid.

Tegen deze achtergrond wordt hieronder de invloed van de informatie context op het terrein van de risicoaansprakelijkheid – de vraag of de aangesproken partij wist c.q. behoorde te weten van enige kans op schade en of zij

Bauw 2008, nr. 1; Engelhard & Van Maanen 2008, nr. 44; Jansen 2009a, nr. 5; Hartlief 2011, p. 285; en Lindenbergh 2011, p. 211.

554 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 607, sub 5. Overigens vormt art. 6:169 lid 1 BW een uitzondering, in die zin dat deze aansprakelijkheid is gebaseerd op een *hypothetische* fout van de handelende persoon.

555 Aldus MvA II, PG Boek 6, p. 748 (m.b.t. de tenzij-formules van art. 6:173 en 6:174 BW). Zie kritisch Nieuwenhuis 1983, p. 583, die meent dat een risicoaansprakelijkheid 'geënt' op de onrechtmatige daad 'geen rijpe vruchten [kan] dragen'.

556 Zie Hof Arnhem 19 december 2006, LjN AZ9745, NJF 2007, 107, r.o. 4.4.

557 Aldus MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1380. Zie ook MvA II, PG Boek 6, p. 748 (m.b.t. art. 6:173 BW) en TM, PG Boek 6, p. 755-756 (m.b.t. art. 6:174 BW). Zie voorts bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 225.

558 Aldus MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1380 (m.b.t. art. 6:173 BW).

die kennis eventueel met de benadeelde had moeten delen, mede in het licht van diens eigen verantwoordelijkheid – nader onderzocht. Het onderzoek wordt toegespitst op de risicoaansprakelijkheden voor *zaken*, aangezien deze – zoals hieronder zal blijken – de meest relevante aanknopingspunten bieden voor het meewegen van de informationele context. Meer in het bijzonder komen hieronder art. 6:173 BW, betreffende gebrekkige roerende zaken (par. 4.5.2), art. 6:174 BW, betreffende gebrekkige opstallen (par. 4.5.3 e.v.) en art. 6:185 BW, betreffende gebrekkige producten (par. 4.5.6 e.v.) aan de orde.

4.5.2 Aansprakelijkheid voor roerende zaken

Art. 6:173 lid 1 BW bepaalt dat de bezitter van een roerende zaak aansprakelijk is voor eventuele schade ten gevolge van een gebrek, indien van de zaak 'bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert'.⁵⁵⁹ Als vereisten voor de onderhavige risicoaansprakelijkheid gelden dus, kort gezegd, (i) het bezit van een gebrekkige roerende zaak, (ii) de daaruit voortvloeiende verwezenlijking van een bijzonder gevaar voor personen of zaken⁵⁶⁰ en (iii) de bekendheid van dit gevaar.⁵⁶¹

Het eerste vereiste, de *gebrekigheid*, verwijst volgens de literatuur naar de veiligheidseisen die aan de zaak moeten worden gesteld, gegeven de bestemming of het te verwachten gebruik ervan.⁵⁶² Beslissend is, met andere woorden, het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de potentiële slachtoffers omtrent de veiligheid van de zaak.⁵⁶³ Aangenomen wordt dat in dit verband de uit het gevaarzettingsleerstuk afkomstige *Kelderluikfactoren* (par. 4.3.5) een rol kunnen spelen.⁵⁶⁴ In de voorgaande paragraaf bleek reeds dat de wetgever een dergelijke reflexwerking van de 'in het algemeen aan een bezitter of gebruiker van die zaak te stellen zorgvuldigheidsnormen' uitdrukkelijk heeft aanvaard.⁵⁶⁵

Het voorgaande impliceert dat op de bezitter van een gebrekkige roerende zaak onder omstandigheden een *waarschuwingsplicht* kan rusten. Achterliggende gedachte is dat de bezitter door het doen van een waarschuwing de gerecht-

559 Hierop volgt de in par. 4.5.1 geïntroduceerde tenzij-formule, waarover nader bijv. Bauw 2008, nr. 11; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 102; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 223 e.v.

560 Zie voor de betekenis van de term 'bijzonder' in dit verband par. 4.4.8.

561 Zie over deze vereisten bijv. Bauw 2008, nr. 10.

562 Aldus bijv. Bauw 2008, nr. 10.

563 Aldus bijv. Spier in Spier e.a. 2009, nr. 98. Vgl. ook Klaassen 1991, p. 95, die meent dat beslissend is 'of de zaak zodanig afwijkt van de normale gesteldheid van een dergelijke zaak dat hierdoor een grotere kans op schade voor personen of zaken ontstaat dan in het algemeen verbonden is aan dat soort zaken'.

564 Zie bijv. Spier in Spier e.a. 2009, nr. 98.

565 Zie MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1380, geciteerd in par. 4.5.1.

vaardigde verwachtingen van het publiek omtrent de veiligheid van zijn zaak kan beïnvloeden.⁵⁶⁶ Bij *verborgen* veiligheidsgebreken zijn zulke waarschuwingen (logischerwijze) niet aan de orde en ook indien de gebreken zeer ernstig zijn ligt de hier bedoelde redenering niet voor de hand. Waar het echter gaat om zaken die slechts een gering gevaar opleveren, waarop het publiek bovendien – mits voldoende geïnformeerd – eenvoudig kan anticiperen, lijkt (onder omstandigheden) verdedigbaar dat de bezitter door middel van een adequate waarschuwing de gebrekkigheid van zijn zaak kan ‘herstellen’. Men denke aan de situatie dat iemand een ladder uitleent, met uitdrukkelijke vermelding van het feit dat één van de veiligheidsrubbers ontbreekt.⁵⁶⁷ Het laat zich aanzien dat de gebruiker hierop zijn veiligheidsverwachtingen zal moeten aanpassen.⁵⁶⁸ Op vergelijkbare wijze is in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat een gladde marmoleum mat in een winkelcentrum niet gebrekkig was in de zin van art. 6:173 BW, omdat daarbij een (opvallend en groot) waarschuwingsbord was geplaatst.⁵⁶⁹

De invloed van de informationele context op de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken komt ook – expliciet – tot uitdrukking in het hierboven gesignaleerde *bekendheidsvereiste* van art. 6:173 lid 1 BW. Ter vermijding van misverstand moet worden opgemerkt dat dit vereiste niet ziet op de gebrekkigheid van de roerende zaak,⁵⁷⁰ maar op de bijzondere gevaarlijkheid *in geval van* gebrekkigheid.⁵⁷¹ Met andere woorden: bekend moet zijn dat de roerende zaak door eventuele gebrekkigheid een bijzonder gevaar voor personen of zaken *kan* opleveren.⁵⁷² Het bekendheidsvereiste ziet dus op wat in par. 4.3.9 werd aangeduid als de ‘generieke causaliteit’. Juist in deze abstrahering is het risicokarakter van de onderhavige aansprakelijkheid gelegen.⁵⁷³

Wanneer men het gebrekkigheids criterium – conform de kennelijke bedoeling van de wetgever – koppelt aan de voorkoming van ‘een bijzonder gevaar voor personen of zaken’, resulterend in de toespitsing van art. 6:173 BW op *veiligheidsgebreken*, lijkt de toegevoegde waarde van het bekendheidsvereiste

566 Vgl. Sterk 1994, p. 185-186 en voorts (m.b.t. art. 6:174 BW) TM, PG Boek 6, p. 755. Vgl. ook par. 4.5.3, over waarschuwingsplichten ex art. 6:174 BW.

567 Vgl. Hof Arnhem 8 september 2009, L/JN BK2508, NJF 2009, 453, waar overigens in appel alleen nog art. 6:162 BW als grondslag van de vordering centraal stond.

568 Vgl. art. 7A:1790 BW, waarover par. 3.11.2. Zie ook Van Wassenaer van Catwijck & Jongeneel 1995, p. 118, die in de hier bedoelde situatie uitgaan van ‘risicoaanvaarding’. Overigens maken zij (terecht) een uitzondering voor het geval de zaak zo gevaarlijk is ‘dat het uitlenen daarvan reeds op zichzelf een onrechtmatige daad opleverde’.

569 Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, AV&S 2004, nr. 25, p. 128-132 m.nt. T.A. Hekster.

570 Vgl. MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1380.

571 Zie TM, PG Boek 6, p. 743. Zie voorts bijv. Klaassen 1991, p. 97; Bauw 2008, nr. 10; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 100.

572 Vgl. Onrechtmatige daad I (Oldenhuis), art. 173, aant. 36.

573 Dat wordt (indirect) bevestigd door de tenzij-formule van art. 6:173 lid 1 BW. Vgl. MvA II, PG Boek 6, p. 748.

gering. Van roerende zaken met een veiligheidsgebrek is immers per definitie bekend – zo zou men kunnen redeneren – dat zij een bijzonder gevaar voor personen of zaken opleveren. Tegen deze achtergrond heeft Nieuwenhuis het bekendheidsvereiste van art. 6:173 BW aangeduid als een ‘tamelijk tandeloze beperking’.⁵⁷⁴ Ook andere auteurs gaan ervan uit dat de praktische betekenis gering is.⁵⁷⁵ Mijns inziens mag het bekendheidsvereiste niet zonder meer als overbodig worden afgedaan. Met name waar het gaat om de verwezenlijking van nieuwe risico’s (vgl. par. 4.2.13), voortvloeiend uit een veiligheidsgebrek van een roerende zaak dat voorheen nog niet als zodanig werd onderkend, moet mijns inziens aansprakelijkheid op grond van art. 6:173 BW worden afgewezen.⁵⁷⁶ Illustratief is een vonnis van de Haagse Rechtbank over een glijpartij in een voor oud papier bestemde zeecontainer, waarvan de vloer door lekkage nat was geworden. Slachtoffer Van Vliet had in casu geen succes met zijn op art. 6:173 BW gebaseerde vordering, omdat volgens de rechtbank ‘in kringen van bezitters van zeecontainers die voor inzamelingen worden gebruikt, niet bekend was, althans redelijkerwijs niet bekend kon zijn, dat een lekkage via de bovenzijde kon leiden tot een ongeval als aan Van Vliet is overkomen’.⁵⁷⁷ Wat er zij van de daadwerkelijke (on)bekendheid van dit specifieke risico,⁵⁷⁸ de redenering toont wel de principiële én praktische betekenis aan van het bekendheidsvereiste.⁵⁷⁹

De contextgebonden invulling van het gebrekkigheids criterium, zoals hierboven geschetst, brengt mee dat de hier bepleite uitsluiting van risicoaansprakelijkheid voor ‘nieuwe’ veiligheidsgebreken óók kan worden gerealiseerd door te oordelen dat de betreffende zaak onder de gegeven omstandigheden niet *gebrekkig* was, althans niet gemeten naar de veiligheidsmaatstaven die golden ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar. Hetzelfde resultaat kan tevens worden bereikt door toepassing van de tenzij-formule van art. 6:173 lid 1 BW. De gedachte is dan dat de bezitter die *welbewust* het ‘nieuwe’ gebrek ongemoeid zou hebben gelaten, omdat hij meende (en vooralsnog mocht

574 Nieuwenhuis 1986b, p. 100.

575 Zie bijv. Sterk 1994, p. 189; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 219.

576 Dat is kennelijk ook de strekking van de heersende opvatting in de literatuur, dat schade door verwezenlijking van ‘ontwikkelingsrisico’s’ niet onder het bereik van art. 6:173 BW valt. Zie bijv. Bauw 2008, nr. 10; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 100; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 219.

577 Rb. ’s-Gravenhage 14 november 2001, NJ 2002, 276, r.o. 17. Zie ook Onrechtmatige daad I (Oldenhuis), art. 173, aant. 36, waar wordt vermeld dat het vonnis is bevestigd door Hof ’s-Gravenhage 7 oktober 2004 (niet-gepubliceerd).

578 De eigenaar van de zeecontainer had i.c. onbestreden gesteld dat zich in tien jaar tijd nooit een vergelijkbaar incident had voorgedaan, waaruit de rechtbank afleidde dat, bij gebrek aan nadere onderbouwing door het slachtoffer, ‘niet voor de hand’ lag dat aan het bekendheidsvereiste was voldaan (r.o. 16-17).

579 Vgl. ook Spier e.a. 2009, nr. 100, waar Spier het voorbeeld geeft van een mobiele telefoon die wordt uitgeleend aan iemand die daardoor kanker krijgt, i.v.m. een bijzondere gevoeligheid voor de straling van mobiele telefoons die pas naderhand door de medische wetenschap wordt ontdekt.

menen) dat daaruit geen gevaar voor personen of zaken voortvloeide, (zelfs) op grond van art. 6:162 BW vrijuit zou gaan. In zoverre kan het bekendheidsvereiste van art. 6:173 lid 1 BW, althans de wettelijke *explicitering* daarvan, inderdaad worden gemist, mits voldoende aandacht blijft bestaan voor de achterliggende gedachte, te weten dat geen risicoaansprakelijkheid heeft te gelden indien het betrokken gevaar 'naar objectieve maatstaven niet kenbaar' moet worden geacht.⁵⁸⁰

Beziet men het voorgaande in grote lijnen, dan zou men kunnen concluderen dat tussen de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW en de risicoaansprakelijkheid van art. 6:173 BW in materiële zin weinig verschil bestaat. Toch is die conclusie niet gerechtvaardigd. Met inachtneming van de bovenstaande nuanceringen resteert immers een belangrijk verschil in benadering van de aansprakelijkheidsvraag.⁵⁸¹ Waar in het kader van art. 6:162 BW het *gedrag* van de laedens wordt onderworpen aan een zorgvuldigheidstoetsing, staat in het kader van art. 6:173 BW de veiligheid van de door hem bezeten roerende *zaak* centraal. Hoezeer er ook verband kan bestaan tussen de veiligheidseisen die aan een zaak worden gesteld en die welke gelden voor het gedrag van de persoon die deze zaak bezit,⁵⁸² voor een gelijkschakeling is in dit verband geen plaats. Kern van art. 6:173 BW is dat het risico van verborgen gebreken op de bezitter van de roerende zaak rust.⁵⁸³ Hij is aansprakelijk voor de geleden schade, 'als ware het gebrek hem bekend'.⁵⁸⁴ Men heeft weinig fantasie nodig om te bedenken dat een verborgen gebrek zich óók kan voordoen zonder dat de bezitter zelf onzorgvuldig heeft gehandeld. Men denke aan de gevallen waarin het gebrek door een derde is veroorzaakt of (anderszins) voortvloeit uit omstandigheden waarop de laedens geen invloed heeft kunnen uitoefenen en waarmee hij ook niet bekend was of behoorde te zijn.⁵⁸⁵ Juist in zulke gevallen bewijst art. 6:173 BW zijn meerwaarde, omdat het artikel (wel bekendheid van de potentiële gevaarlijkheid maar) geen bekendheid van het concrete gebrek vereist.

580 Aldus (in het kader van art. 6:174 BW) HR 17 december 2010, LjN BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.6, besproken in par. 4.5.4. Vgl. ook TM, PG Boek 6, p. 743.

581 Zie in gelijke zin Spier in Spier e.a. 2009, nr. 98.

582 Aldus bijv. Nieuwenhuis 1989, p. 196 (en identiek Nieuwenhuis 2007, p. 133); Hartlief 1996, p. 218; Klaassen 1996, p. 141; Hartlief 1997, p. 27; en Sieburgh 2000, p. 190.

583 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 743; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 225.

584 Aldus de oorspronkelijke formulering van de tenzij-formule van art. 6:173 BW, kenbaar uit MvA II, PG Boek 6, p. 742. Vgl. Hartlief 1996, p. 220, die aan deze oorspronkelijke formulering de voorkeur geeft boven de huidige wettekst.

585 Zie bijv. Spier en Sterk 1990, p. 263-264, die het voorbeeld geven van een butagaskachel die, ondanks zorgvuldige installatie door een betrouwbare installateur, ontploft; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 98, die het voorbeeld geeft van een bijl die door een onbekende derde onklaar is gemaakt, waardoor tijdens het houthakken de kop losschiet.

4.5.3 Aansprakelijkheid voor opstallen

In het verlengde van art. 6:173 formuleert art. 6:174 BW een risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige *onroerende* zaken, meer in het bijzonder voor opstallen. Blijkens de leden 4 en 6 wordt daarmee bedoeld op gebouwen, (bouw)werken en wegen.⁵⁸⁶ 'De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk', aldus de kernachtige hoofdregel van het artikel.⁵⁸⁷ Als vereisten voor de onderhavige risicoaansprakelijkheid gelden dus (i) het bezit van een gebrekkige opstal en (ii) de daaruit voortvloeiende verwezenlijking van een gevaar voor personen of zaken.⁵⁸⁸

Evenals in het kader van art. 6:173 BW ziet het vereiste van gebrekkigheid hier, zoals de wettekst bevestigt, op de *veiligheidseisen* die onder de gegeven omstandigheden aan de betrokken opstal mogen worden gesteld.⁵⁸⁹ Het gaat volgens de Hoge Raad om 'de – naar objectieve maatstaven te beantwoorden – vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is'.⁵⁹⁰ Bij de beantwoording van die vraag kunnen – opnieuw – de *Kelderluikfactoren* (par. 4.3.5) een rol spelen.⁵⁹¹ Meer in het bijzonder verwijst de Hoge Raad in dit verband naar 'de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar' en 'de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen'.⁵⁹² In de literatuur wordt – conform de inzichten uit het gevaarzettingsleerstuk (vgl. par. 4.2.10) – aangenomen dat de te treffen veiligheidsmaatregelen moeten worden afgestemd op een *normaal* gebruik van de opstal.⁵⁹³ De bezitter behoeft dus niet te antici-

586 Zie nader over het begrip 'opstal' bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 233-234.

587 Hierop volgt de in par. 4.5.1 geïntroduceerde tenzij-formule, waarover nader bijv. Bauw 2008, nr. 18; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 111; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 237.

588 Zie bijv. Bauw 2008, nr. 17, die het gevaar en de verwezenlijking daarvan overigens als twee afzonderlijke vereisten beschouwt.

589 Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 1203; Bauw 2008, nr. 17; en *Onrechtmatige daad I* (Oldenhuis), art. 174, aant. 73.

590 Aldus HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.4 (zie ook r.o. 4.4.3), besproken in par. 4.5.4.

591 Zie bijv. Sterk 1994, p. 194-195; Novakovski 2006, p. 109; Van Dam e.a. 2007, p. 18-19; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 110; Kruijswijk Jansen & Van den Broek 2011, p. 114; en voorts de conclusie van A-G Spier voor HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), sub 6.38.2.

592 HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.3.

593 Zie bijv. Van Dam e.a. 2007, p. 21-22; en Bauw 2008, nr. 17.

peren op volstrekt roekeloos gedrag van de potentiële slachtoffers.⁵⁹⁴ Dienovereenkomstig heeft de wetgever bij de invoering van art. 6:174 BW opgemerkt dat het artikel geen 'garantienorm' behelst.⁵⁹⁵

Uit het voorgaande blijkt dat de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen een *contextgebonden* karakter heeft. Beslissend is het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de gebruikers van de opstal.⁵⁹⁶ Volgens de Toelichting Meijers zijn in dit verband 'verschillende omstandigheden' relevant en kan bijvoorbeeld 'van de al dan niet aanwezigheid van waarschuwborden afhangen of de toestand waarin een gebouw of werk zich bevindt, gebrekkig is in de zin van het onderhavige artikel'.⁵⁹⁷ Op de bezitter van een opstal kan dus een *waarschuwingplicht* rusten.⁵⁹⁸ Omgekeerd speelt ook de eigen verantwoordelijkheid van de gebruiker een rol, in die zin dat deze tot op zekere hoogte zal moeten anticiperen op 'normale' gebreken, waarvan de (potentiële) aanwezigheid algemeen bekend mag worden verondersteld (vgl. par. 4.3.13).

Een en ander blijkt duidelijk op het terrein van de wegbeheerdersaansprakelijkheid (vgl. par. 4.4.6). Bij de invoering van art. 6:174 BW heeft de wetgever, kennelijk uit vrees voor een te vergaande (overheids)aansprakelijkheid ter zake, opgemerkt dat weggebruikers 'er rekening mee zullen moeten houden dat wegen niet steeds in perfecte staat verkeren' en dat 'het enkele feit dat geen waarschuwbord is geplaatst, waar dit op zich zelf wellicht wenselijk was, de weg nog niet stempelt tot een weg die 'niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen'.⁵⁹⁹ Tegen deze achtergrond wordt aangenomen dat de wegbeheerder op grond van art. 6:174 BW weliswaar gehouden is om – afgezien van zijn verplichting tot onderhoud van het wegdek⁶⁰⁰ – weggebruikers te waarschuwen voor bijzondere gevaren op de weg, maar dat deze waarschuwingplicht zich in ieder geval niet uitstrekt tot gevaren die bij de weggebruikers genoegzaam bekend mogen worden

594 Zie bijv. Rb. Zutphen 14 juli 2010, *LJN* BN1045, *VR* 2011, 73, waarin de op art. 6:174 BW gebaseerde vordering van een fotograaf die door de vloer van een slooppand was gezakt, werd afgewezen, omdat hij 'zich bewust in een gevaarlijke situatie [had] begeven' (r.o. 5.10). Vgl. ook par. 4.3.3.

595 Zie *MvA II Inv.*, PG Boek 6 (Inv.), p. 1380, waar de wetgever zich afzet tegen de door Nieuwenhuis verdedigde opvatting dat art. 6:173 en 6:174 BW een 'garantienorm' behelzen (Nieuwenhuis 1983, p. 584). Aldus ook HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.3.

596 Aldus bijv. Sterk 1994, p. 194; Verheij 2005, nr. 36; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 110.

597 TM, PG Boek 6, p. 755.

598 Zie bijv. Sterk 1994, p. 194; Van Dam 2000, nr. 1203; Verheij 2005, nr. 36; Van Dam e.a. 2007, p. 22-25; Bauw 2008, nr. 17; en *Onrechtmatige daad I* (Oldenhuis), art. 174, aant. 106.

599 *NvW*, PG Boek 6 (Inv.), p. 1394. De wetgever wijst hier overigens ook op het belang van de 'financiële armslag' van de wegbeheerder (vgl. par. 4.3.6).

600 Vgl. Bauw 2008, nr. 17, die opmerkt dat het plaatsen van waarschuwborden de bezitter niet van zijn (verdere) veiligheidsverplichtingen ontslaat, zoals het plegen van voldoende onderhoud.

verondersteld.⁶⁰¹ Illustratief is het arrest Rook/Staat uit 2002, waarin risicoaansprakelijkheid van de Staat voor de schade van een automobilist, die ten gevolge van ijzel in een slip was geraakt, werd afgewezen tegen de achtergrond van het feit dat ter plaatse was gestrooid en via de radio voor gladheid was gewaarschuwd. De omstandigheid dat het onderhavige wegdek, gemaakt van 'zeer open asfalt beton' (ZOAB), bijzonder vatbaar was voor gladheid door ijzel, leidde niet tot het aannemen van gebrekkigheid, omdat volgens de Hoge Raad de automobilist zelf op de weersomstandigheden had moeten letten:

'Onder een gebrekkige toestand kan tevens worden verstaan een gevaarlijke toestand die onveranderd wordt gelaten.⁶⁰² Hiervan is sprake als de Staat als wegbeheerder is tekortgeschoten in de op hem rustende zorgverplichting, waaronder het bestrijden van gladheid en het vervullen van zijn waarschuwingsplicht. (...) Voor de beoordeling van de waarschuwingsplicht van de Staat is van belang dat het hier gaat om kortdurend gevaar dat veroorzaakt wordt door plotseling optredende (weers-)omstandigheden welke ook gevaar kunnen opleveren op andere wegbedekkingen. De staat mocht van een weggebruiker verwachten dat deze zich via de media op de hoogte zou stellen van de heersende weersomstandigheden en de gevolgen daarvan. De Staat was niet gehouden borden te plaatsen met het opschrift 'ZOAB' al dan niet in combinatie met het verkeersbord dat voor slipgevaar waarschuwt.⁶⁰³

Al met al heeft de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW een betrekkelijk 'open' karakter. Met name heeft de wetgever in dit verband, anders dan in het kader van art. 6:173 BW, niet de eis van een 'bijzonder' gevaar gesteld,⁶⁰⁴ terwijl ook een verwijzing naar het in par. 4.5.2 besproken bekendheidsvereiste ontbreekt. Een en ander is door de wetgever verklaard met de – weinig geprononceerde – opmerking dat de toespitsing op opstallen in dit verband reeds een voldoende 'beletsel voor een oneigenlijke oprekking van de aansprakelijkheid' vormt.⁶⁰⁵ Die opmerking is min of meer gelogenstraft door het nu te bespreken arrest Dijkdoorbraak Wilnis, waarin de Hoge Raad zich genoodzaakt zag de onderhavige risicoaansprakelijkheid nader te beperken in het licht van

601 Vgl. in die terughoudende zin bijv. Van Dam e.a. 2007, p. 26; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 110; en Onrechtmatige daad I (Oldenhuis), art. 174, aant. 101.4.

602 De Hoge Raad doelt kennelijk op het onderscheid met de gevallen waarin een waarschuwingsplicht ex art. 6:174 BW wordt afgeleid uit het gevaarzettend *handelen* van de wegbeheerder. Vgl. bijv. Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2010, *LJN* BO2456, *NJF* 2010, 486, r.o. 4.5, waarin werd geoordeeld dat een gemeente had moeten waarschuwen voor een door haar gewijzigde verkeerssituatie (de aanwijzing van een verkeerstunnel als legale graffitiplaats). [Noot niet in origineel; *KJO*]

603 HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 465 (Rook/Staat), r.o. 3.2.

604 Zie voor de betekenis van de term 'bijzonder' in dit verband par. 4.4.8.

605 Aldus *MvA II Inv.*, PG Boek 6 (Inv.), p. 1385. Vgl. Bauw 2008, nr. 17; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 236, welke auteurs ook geen nadere verklaring van de redactionele verschillen tussen art. 6:173 en 6:174 BW (kunnen) geven.

‘de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar’.⁶⁰⁶

4.5.4 Vervolg; Dijkdoorbraak Wilnis

In de nacht van 25 op 26 augustus 2003 is in Wilnis de veendijk langs de Ringvaart doorgebroken (althans verschoven), resulterend in een overstroming van de achterliggende woonwijk. Gemeente De Ronde Venen, tot wier grondgebied Wilnis behoort, heeft ter zake van de geleden schade⁶⁰⁷ verhaal gezocht op het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht, de beheerder van de dijk. Grondslag van deze vordering was art. 6:174 BW. Volgens de gemeente kwalificeerde de doorgebroken dijk als een gebrekkige opstal in de zin van dat artikel. Het hoogheemraadschap verweerde zich met de stelling dat deskundigenonderzoek had uitgewezen dat de doorbraak was veroorzaakt door een combinatie van ‘langdurige droogte’ en ‘een (extreem) lage grondwaterstand’, welke omstandigheden volgens het hoogheemraadschap voorafgaand aan de doorbraak niet als ‘risicofactoren’ of ‘faalmechanismen’ werden beschouwd. Pas naderhand was het (paradoxe) inzicht gerezen dat een dijk ook door een *tekort* aan water kan doorbreken.

De rechtbank honoreerde dit verweer en wees de vordering af. Na te hebben vooropgesteld dat de dijkdoorbraak in beginsel het vermoeden rechtvaardigde dat de dijk gebrekkig was in de zin van art. 6:173 BW, zette de rechtbank zich vervolgens aan een onderzoek naar de veiligheidseisen die, in het licht van ‘de stand van de kennis en techniek ten tijde van de kaderverschuiving’, aan de dijk mochten worden gesteld. Uiteindelijk concludeerde de rechtbank ‘dat langdurige droogte tot 26 augustus 2003 niet werd gezien als bedreiging voor de stabiliteit en veiligheid van waterkeringen’, zodat van gebrekkigheid naar de toenmalige maatstaven geen sprake was.⁶⁰⁸

Het hof koos een tegengestelde benadering, door de nadruk te leggen op het risicokarakter van art. 6:174 BW. Bij de beoordeling van de gebrekkigheid komt het, aldus het hof, ‘niet aan op de (toenmalige) kennis over faalmechanismen en de (toenmalige) maatstaven voor belastingsituaties’. Het gaat om de gebrekkigheid van de dijk als zodanig, die het hof in casu afleidde uit deskundigenonderzoek. De omstandigheid dat extreme droogte voorafgaand aan de dijkdoorbraak niet als risicofactor werd onderkend, deed volgens het hof aan

606 HR 17 december 2010, LJN BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.5. Vgl. ook Onrechtmatige daad I (Oldenhuis), art. 174, aant. 96, waar Oldenhuis deze ontwikkeling al voorspelde.

607 Aard en omvang van deze schade worden in de procedure niet nader gespecificeerd. Vgl. de conclusie van A-G Spier, sub 3.1.

608 Zie Rb. Amsterdam 29 november 2006, LJN AZ3402, r.o. 4.4 en 4.6.

de gebrekkigheid niet af, 'omdat onbekendheid van het gevaar op grond van de wet voor risico van het hoogheemraadschap komt'.⁶⁰⁹

In cassatie sluit de Hoge Raad zich aan bij de visie van de rechtbank, in een principieel en uitvoerig gemotiveerd arrest.⁶¹⁰ In r.o. 4.4.3 stelt de Hoge Raad voorop dat de invulling van het gebrekkigheids criterium van art. 6:174 BW dient te geschieden aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij hij meer concreet wijst op het belang van de Kelderluikfactoren (zoals geciteerd in de voorgaande paragraaf). Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis waarschuwt de Hoge Raad dat art. 6:174 BW geen 'garantienorm' behelst.⁶¹¹ Tegen deze achtergrond formuleert hij in r.o. 4.4.4 de volgende, contextgebonden maatstaf:

'Bij het antwoord op de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, komt het (...) aan op de – naar objectieve maatstaven te beantwoorden – vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn.'

In r.o. 4.4.5 volgt een meer concrete uitwerking, waarbij diverse op het onderhavige geval toegesneden gezichtspunten de revue passeren. Van belang is dat de Hoge Raad in dit verband ook 'de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar van kadeverschuiving' noemt, 'mede gelet op de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek en de daadwerkelijke (technische) mogelijkheid van het nemen van afdoende veiligheidsmaatregelen'. Deze kenbaarheid wordt nadrukkelijk als gezichtspunt gepresenteerd, en niet als vereiste voor aansprakelijkheid. Dat wordt bevestigd aan het slot van r.o. 4.4.5, waar de Hoge Raad overweegt dat de genoemde factoren 'in uiteenlopende richting' kunnen wijzen en dat 'de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade zwaarwegende factoren zijn die kunnen meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt'.

Nu het hof de bedoelde kenbaarheid van het onderhavige gevaar uitdrukkelijk buiten beschouwing had gelaten – en overigens ook geen aandacht had besteed aan de beleidsvrijheid en financiële armslag van het hoogheemraadschap, omstandigheden die de Hoge Raad eveneens van belang acht (r.o. 4.4.5) – volgt vernietiging. Dat wil niet zeggen dat het hoogheemraadschap opgelucht adem kan halen. Halverwege r.o. 4.4.5 overweegt de Hoge Raad,

609 Zie Hof Amsterdam 9 juni 2009, *LJN* BI7389, *NJF* 2009, 351, r.o. 2.5.2 en 2.5.5.

610 Hieronder worden alleen de overwegingen betreffende de gebrekkigheid behandeld (r.o. 4.4.1 e.v.). Zie over de kwalificatie van de dijk als opstal r.o. 4.3.1 e.v. en over de toepassing van de tenzij-formule r.o. 4.5.1 e.v.

611 Vgl. *MvA II Inv.*, PG Boek 6 (Inv.), p. 1380.

in navolging van de rechtbank, dat 'het enkele feit van de kaderverschuiving' in het algemeen voldoende zal zijn voor het aannemen van een *vermoeden* van gebrekkigheid. Het hoogheemraadschap dient dus te bewijzen waarom de dijk, gelet op de stand van wetenschap en techniek voorafgaand aan de doorbraak, wél voldeed aan de te stellen eisen. Daarbij kan de eerder genoemde waarborgfunctie van de dijk meebrengen, aldus de Hoge Raad aan het slot van r.o. 4.4.5, 'dat aan de onderbouwing van stellingen met betrekking tot de niet-kenbaarheid van het gevaar van een kaderverschuiving strenge eisen worden gesteld'.

Erg scheutig is de Hoge Raad dus niet met het nieuwe verweer, zodat de gedachte zou kunnen postvatten dat het hof er per saldo niet ver naast zat, met zijn verwijzing naar het risicokarakter van art. 6:174 BW.⁶¹² Toch wil de Hoge Raad zich daarmee niet verenigen. 's hofs oordeel dat onbekendheid met het gevaar krachtens art. 6:174 BW voor risico van de bezitter komt, is 'in het algemeen niet juist (...) voor een geval waarin, zoals het Hoogheemraadschap te dezer zake heeft gesteld, het specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek niet bekend – en dus naar objectieve maatstaven niet kenbaar – was', aldus de Hoge Raad aan het slot van r.o. 4.4.6. Hierin schuilt mijns inziens de crux van de zaak. Indien niemand het gebrek destijds had *kunnen* kennen, kan niet worden gezegd dat de dijk naar de toenmalige maatstaven gebrekkig was. Het verwachtingspatroon van de gebruikers voorzag daar immers (nog) niet in. A-G Spier redeneerde in zijn conclusie langs dezelfde lijn.⁶¹³

Hiermee rijst de vraag waarom de Hoge Raad de bedoelde kenbaarheid slechts als *gezichtspunt* presenteert, en dit gezichtspunt zelfs uitdrukkelijk ondergeschikt maakt aan andere 'zwaarwegende factoren' (r.o. 4.4.5). Wellicht vreesde de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak te buiten te gaan, indien hij in aanvulling op het bekendheidsvereiste van art. 6:173 BW een vergelijkbaar vereiste zou introduceren in het kader van art. 6:174 BW, waar de wetgever dit nu juist expliciet had afgewezen (par. 4.5.3). Die vrees is niet terecht, omdat het bekendheidsvereiste van art. 6:173 BW, zoals bleek in par. 4.5.2, als een obiter dictum van de wetgever moet worden beschouwd. Waar het gaat om een zaak die een gevaar oplevert dat, tot aan de verwezenlijking ervan, 'naar objectieve maatstaven niet kenbaar' was, kan onmogelijk worden volgehouden dat die zaak destijds niet voldeed aan de eisen die men daaraan 'onder de gegeven omstandigheden' mocht stellen.⁶¹⁴ Bovendien staat in dat geval de tenzij-formule aan aansprakelijkheid in de weg, omdat een bezitter die had *geweten* van het betreffende 'gebrek' – dat toen dus nog niet als zodanig werd beschouwd –, naar maatstaven van zorgvuldigheid geen actie had behoeven

612 Vgl. Lindenbergh 2011, p. 213, die zich afvraagt 'hoe het verwijzingshof nu met dit geval moet of mag omgaan'.

613 Zie de conclusie van A-G Spier voor het arrest, sub 6.38.2.

614 Vgl. Lindenbergh 2011, p. 213, die het arrest tegen deze achtergrond bekritiseert.

te ondernemen.⁶¹⁵ De onderhavige casus illustreert dit: zou voorafgaand aan de doorbraak zijn ontdekt dat de dijk was uitgedroogd, dan zou – uitgaande van de juistheid van de stellingen van het hoogheemraadschap – niemand daarvan wakker hebben gelegen.

4.5.5 Vervolg; art. 6:174 vs. 6:162 BW

Als het waar is dat het hoogheemraadschap in de Wilnis-zaak vrijuit zou gaan, indien zij voorafgaand aan de dijkdoorbraak wist noch behoorde te weten dat uitdroging een risicofactor voor dijken was,⁶¹⁶ rijst de vraag wat in dit verband de meerwaarde is van art. 6:174 boven art. 6:162 BW. Hartlief heeft naar aanleiding van het arrest Dijkdoorbraak Wilnis betoogd dat de risicoaansprakelijkheid voor opstallen en de schuldaansprakelijkheid ‘eigenlijk één pot nat’ zijn.⁶¹⁷ Ook in de lagere rechtspraak klinkt deze opvatting door. In een recente zaak, waarin de gemeente Dordrecht op grond van art. 6:174 BW werd aangesproken door bewoners die (funderings)schade aan hun huizen stelden te hebben geleden door de gebrekkig toestand van de Dordtse riolering, overwoog het Hof Den Haag, na een citaat uit het arrest Dijkdoorbraak Wilnis:

‘Dit betekent dat de vraag of de riolering in de Gemeente voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen in de zin van art. 6:174 lid 1 BW (...) in wezen dezelfde is als de vraag of de Gemeente onrechtmatig jegens de Bewoners heeft gehandeld. (...) Dit is in overeenstemming met de opvatting in de literatuur dat indien de gebrekkigheid van de opstal wordt beoordeeld aan de hand van hetgeen aan onderhoud en maatregelen van de bezitter verwacht kan worden (...), de kwalitatieve aansprakelijkheid niet verder reikt dan die uit onrechtmatige daad.’⁶¹⁸

De bedoelde ‘opvatting in de literatuur’ is afkomstig van Hartkamp en Sieburgh.⁶¹⁹ Het is echter de vraag of uit het Wilnis-arrest inderdaad mag worden afgeleid dat, telkens wanneer het gaat om een beoordeling van ‘hetgeen aan onderhoud en maatregelen van de bezitter verwacht kan worden’, art. 6:162 en 6:174 BW inwisselbaar zijn. In de praktijk kunnen immers de

615 *Anders* r.o. 4.5.2 van het arrest, waar de Hoge Raad zich zonder nadere toelichting verenigt met ‘s hofs oordeel dat het hoogheemraadschap onvoldoende had gesteld ter onderbouwing van haar beroep op de tenzij-formule.

616 Vgl. Hartlief 2011, p. 285, die aansprakelijkheid bij gebreke van de hier bedoelde kennis niet ‘reëel’ acht.

617 Hartlief 2011, p. 285.

618 Hof ‘s-Gravenhage 15 maart 2011, *LJN* BP7513, *JA* 2011, 84 m.nt. H.J.S.M. Langbroek, r.o. 2.5.

619 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 236, waar ‘s hofs overweging (letterlijk) bij aansluit. Vgl. ook Hartlief 1996, p. 223-224; en Kruijswijk Jansen & Van den Broek 2011, p. 115.

gevaaren van een opstal al snel met een gebrek aan onderhoud of overige (voorzorgs)maatregelen in verband worden gebracht.⁶²⁰ Strikte toepassing van de bedoelde opvatting zou ertoe leiden dat bijvoorbeeld een bezoeker van een monumentaal winkelpand die door de verrotte vloer zakt, ter onderbouwing van zijn schadeclaim tegen de winkelier moet aantonen dat er sprake was van onzorgvuldig onderhoud. De gedachte achter art. 6:174 BW is nu juist dat het slachtoffer hier niet de bewijslast draagt van een dergelijke contextgebonden onzorgvuldigheid,⁶²¹ maar dat hij ermee kan volstaan te stellen (en zo nodig bewijzen) dat de opstal niet de veiligheid bood die daarvan onder de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht.

Tussen art. 6:162 en 6:174 BW bestaat dus – evenals op het terrein van art. 6:173 BW (par. 4.5.2) – een cruciaal verschil in benadering.⁶²² Beide bepalingen zien op een contextgebonden veiligheidstoetsing, maar in het kader van art. 6:162 BW wordt het *gedrag* van de laedens aan een veiligheidsnorm onderworpen, terwijl in het kader van art. 6:174 BW de veiligheid van zijn *opstal* centraal staat. Deze ‘zakelijke’ benadering leidt onvermijdelijk – althans zo zou het moeten zijn – tot een verhoogde mate van objectivering, en derhalve tot een striktere benadering. In het maatschappelijk verkeer worden nu eenmaal (doorgaans) hogere eisen gesteld aan de veiligheid van opstallen dan aan de zorgvuldigheid van hun bezitters. Dat blijkt met name waar het gaat om *verborgen* veiligheidsgebreken. Deze kunnen, ook zonder dat zij zijn terug te voeren op (aantoonbare) nalatigheid van de bezitter, de conclusie rechtvaardigen dat de betreffende opstal niet de veiligheid bood die men daarvan onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten. Tegen deze achtergrond moet wellicht worden verklaard dat de Hoge Raad in het Wilnis-arrest zoveel nadruk legt op de ‘waarborgfunctie’ van een dijk.

Al met al zie ik geen reden om uit het arrest te concluderen dat tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid geen verschil (meer) bestaat.⁶²³ Wel kan men zeggen dat de Hoge Raad de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW – terecht – meer in lijn heeft gebracht met de schuldaansprakelijkheid van art. 6:162 BW, door te oordelen dat bij gebreke van objectieve kennis omtrent de *mogelijkheid* van verwezenlijking van het betrokken gevaar geen risicoaansprakelijkheid kan worden aangenomen.⁶²⁴ In par. 4.5.2 bleek dat art. 6:173 BW

620 Vgl. Bauw 2008, nr. 17, die in het kader van art. 6:174 BW (zonder de pretentie van volledigheid) onderscheid maakt tussen ontwerpgebreken, constructiegebreken en onderhoudsgebreken.

621 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 753.

622 Aldus ook Van Maanen 2011b, p. 35-36, 49.

623 Aldus ook Den Hollander 2011, p. 92-93.

624 Strikt genomen gaat de Hoge Raad niet zo ver, aangezien hij de kenbaarheid van het gevaar – ten onrechte (par. 4.5.4) – slechts als *gezichtspunt* presenteert.

een vergelijkbaar kennisvereiste stelt.⁶²⁵ Ook art. 6:175 BW, betreffende de risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, vereist met zoveel woorden dat van de stof 'bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft, dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert'.⁶²⁶ Zelfs de relatief strenge productenaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v. BW kent een uitsluitingsgrond voor gevallen waarin de hier bedoelde kennis omtrent de 'generieke causaliteit' ontbreekt.⁶²⁷ In de navolgende paragraaf wordt dat nader uitgewerkt.

4.5.6 Productenaansprakelijkheid

Art. 6:185 lid 1 BW bepaalt dat de producent aansprakelijk is voor 'de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn produkt'. Het gaat hier om een risicoaansprakelijkheid, zij het dat deze wordt gemitigeerd door de onder a tot en met f genoemde uitsluitingsgronden, waarin het schuldbeginsel doorklinkt.⁶²⁸ De belangrijkste van deze uitsluitingsgronden is het *ontwikkelingsrisicoverweer*, omschreven in art. 6:185 lid 1 sub e BW.⁶²⁹ De producent gaat vrijuit, indien het 'op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het produkt in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken'. Het Europese Hof van Justitie toont zich streng in de interpretatie van dit verweer. Volgens het Hof moet worden getoetst aan 'de objectieve stand van de wetenschappelijke en technische kennis zonder meer, daaronder begrepen het meest geavanceerde niveau'.⁶³⁰ De stand van wetenschap en techniek laat zich dus niet 'regionaliseren', zoals Dommering-van Rongen het treffend uitdrukt.⁶³¹ Daar staat tegenover dat de bedoelde kennis, aldus het Hof, ten tijde van het in het verkeer brengen

625 Enigszins *anders* Kruijswijk Jansen & Van den Broek 2011, p. 116, die betogen dat het kennisvereiste van art. 6:173 BW (evenals dat van art. 6:175 BW) 'gesubjectiveerd' en daardoor minder strikt is. Overigens pleiten zij ook in het kader van art. 6:174 BW voor enige subjectivering (p. 117-118).

626 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, nr. 3, p. 42, waar overigens wordt gesignaleerd dat deze 'eis van bekendheid' geen zelfstandige betekenis heeft indien een gevaarlijke stof als zodanig is vermeld op de in art. 6:175 lid 6 BW bedoelde lijst. Zie verder over dit vereiste bijv. Bauw 2008, nr. 24.

627 Zie over het begrip 'generieke causaliteit' par. 4.3.9.

628 Zie in die zin bijv. Dommering-van Rongen 2000, p. 36; en *Onrechtmatige daad I* (Stolker), art. 185, aant. 2.

629 Zie daarover bijv. Bauw 2008, nr. 54; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 266; en *Onrechtmatige daad I* (Stolker), art. 185, aant. 8.

630 HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 26 (zie ook r.o. 29).

631 Dommering-van Rongen 1991, p. 238 (overigens nog vóór de uitspraak in *Commissie/Verenigd Koninkrijk*).

van het product wel 'toegankelijk' moet zijn geweest voor de producent.⁶³² Per saldo gaat het om de vraag of de producent *kon* weten van het gebrek in zijn product, in die zin dat het ergens ter wereld – in een voor hem toegankelijke bron – als zodanig was onderkend.⁶³³ Aan het slot van de voorgaande paragraaf bleek reeds dat de overige risicoaansprakelijkheden voor zaken een vergelijkbare eis van bekendheid van de 'generieke causaliteit' stellen, als drempelvoorwaarde voor aansprakelijkheid.

De doorwerking van het schuldbeginsel manifesteert zich ook in het gebrekkigheids criterium, het centrale vereiste voor aansprakelijkheid van de producent. Volgens art. 6:186 BW is een product gebrekkig, indien het 'niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen'. Ter invulling van deze contextgebonden maatstaf wordt in de literatuur⁶³⁴ veelal verwezen naar het Halcion-arrest uit 1989, waarin het ging om de aansprakelijkheid van een geneesmiddelenproducent voor de (beweerde) ernstige bijwerkingen van een door hem op de markt gebracht slaapmiddel.⁶³⁵ Het hof nam in casu (veronderstellenderwijs⁶³⁶) gebrekkigheid aan door te anticiperen op art. 6:186 BW, althans op de Europese richtlijn productenaansprakelijkheid die daaraan ten grondslag lag.⁶³⁷ In cassatie klaagde Upjohn, de aangesproken producent, dat het hof de algemene zorgvuldigheidsmaatstaf van art. 6:162 BW had moeten toepassen en dat in dat kader gebrekkigheid van het geneesmiddel eerst aan de orde zou zijn 'indien aard en ernst van mogelijke schadelijke bijwerkingen en de grootte van de kans daarop zodanig zijn dat deze door de ernst van de ziekte of kwaal die het middel bedoelt te genezen of bestrijden niet worden gerechtvaardigd, mede gelet op alle verdere omstandigheden, zoals de effectiviteit van het middel in het algemeen, de wijze van produktinformatie en de effectiviteit en (potentiële) schadelijkheid van substitueerbare middelen'. De Hoge Raad citeert deze passage en verwerpt de betreffende cassatieklacht, daartoe overwegende dat het hof 'deze norm in feite heeft toegepast'. Voorts acht de Hoge Raad het 'juist' dat het hof zich in dit verband liet inspireren door het gebrekkigheids criterium uit de Europese richtlijn (r.o. 4.4.2). Kennelijk kunnen in de visie van de Hoge Raad de door het cassatiemiddel genoemde gezichtspunten, waarin men de *Kelderluikfactoren* herkent (par. 4.3.5), ook in het kader van

632 HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 28 (zie ook r.o. 29).

633 Met 'onderkennen' wordt hier (dus) bedoeld op het onderkennen van de *mogelijkheid* dat het gebrek zich zou voordoen. Vgl. par. 5.2.2, over kennisgradaties.

634 Zie bijv. Dommering-van Rongen 1991, p. 158 e.v.; Dommering-van Rongen 2000, p. 45 e.v.; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 138. Vgl. ook Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 8 e.v.

635 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 m.nt. CJHB (Halcion).

636 De daadwerkelijke gebrekkigheid moest nader worden onderzocht, omdat nog niet vaststond dat de beweerde bijwerkingen zich daadwerkelijk hadden voorgedaan.

637 Richtlijn 85/374/EEG inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken.

art. 6:186 BW een rol spelen. Hierboven bleek reeds dat het gebrekkigheids criterium van art. 6:173 (par. 4.5.2) en 6:174 BW (par. 4.5.3) op vergelijkbare wijze onderhevig is aan de reflexwerking van het gevaarzettingsleerstuk.

4.5.7 Vervolg; gezichtspunten

In aanvulling op de zojuist bedoelde Kelderluikfactoren noemt art. 6:186 lid 1 BW zelf ook een drietal gezichtspunten, die bij de beoordeling van de gebrekkigheid een rol kunnen spelen. Van belang is allereerst de *presentatie* van het product (sub a), waarbij men met name moet denken aan de verpakking, de gebruiksaanwijzing en eventuele instructies omtrent het gebruik. Al in 1974 wees Schut erop dat de gebrekkigheid van een product niet alleen kan zijn gelegen in het ontwerp of in de uitvoering daarvan, maar ook in 'instructiefouten'.⁶³⁸ Deze doen zich voor, aldus Schut, indien het product 'wordt afgeleverd zonder voldoende aanwijzingen omtrent het gebruik, waardoor onnodige gevaren in het leven worden geroepen'.⁶³⁹ Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat een producent, indien zijn product bij normaal gebruik gevaar voor personen of zaken oplevert, adequate *instructies* dient te verstrekken ter voorkoming van de verwezenlijking van dit gevaar.⁶⁴⁰ Dergelijke productwaarschuwingen dienen bij voorkeur niet (alleen) in de gebruiksaanwijzing, maar (ook) op het product zelf te worden aangebracht.⁶⁴¹ Overigens wordt in de literatuur benadrukt dat het streven naar een veilig product voorop staat. Productwaarschuwingen mogen dus niet als verkapte exoneraties worden gehanteerd, indien het product eenvoudigweg door fysieke maatregelen had kunnen worden beveiligd.⁶⁴²

Als tweede gezichtspunt noemt art. 6:186 lid 1 BW het *redelijkerwijze te verwachten gebruik* van het product (sub b). Aangenomen wordt dat de produ-

638 Schut 1974, p. 19. Inmiddels is deze driedeling in *ontwerpgebreken*, *productiegebreken* en *instructiegebreken* algemeen aanvaard. Zie bijv. Dommering-van Rongen 1991, p. 143; Van Wassenaer van Catwijck 1991, p. 35; Dommering-van Rongen 2000, p. 50; Verheij 2005, nr. 39; Bauw 2008, nr. 53; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 263; en Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 2.

639 Schut 1974, p. 19.

640 Zie in die zin bijv. Snijders 1987, p. 153; Dommering-van Rongen 1991, p. 163; Dommering-van Rongen 2000, p. 55; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 263; en Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 5.2. Zie ook MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, nr. 3, p. 9; en voorts r.o. 4.4.4 van het zojuist besproken Halcion-arrest, waarin een dergelijke redenering van het hof werd gesanctioneerd. Vgl. voorts par. 3.8.7, over 'postcontractuele' productinformatieplichten ex art. 6:248 lid 1 BW.

641 Zie bijv. Dommering-van Rongen 1991, p. 169; Van Wassenaer van Catwijck 1991, p. 44-45; en Dommering-van Rongen 2000, p. 57. Zie over de eisen die aan productwaarschuwingen mogen worden gesteld ook Schut 1974, p. 25.

642 Zie bijv. Snijders 1987, p. 164; Dommering-van Rongen 1991, p. 162-164; Van Wassenaer van Catwijck 1991, p. 44; en Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 5.1.

cent het ontwerp, de productie en de presentatie van zijn product dient af te stemmen op de veiligheidsverwachtingen van de 'normale' gebruiker.⁶⁴³ Deze maatstaf, die naar zijn Amerikaanse herkomst ook wel wordt aangeduid als de 'consumer expectation test',⁶⁴⁴ is objectief van aard. Het gaat, in de woorden van de wetgever, om de vraag 'of een gemiddelde gebruiker behorende tot de groep waarvan de producent had kunnen begrijpen dat zij het produkt zouden toepassen, het produkt in beginsel op een juiste wijze zou hebben gebruikt, rekening houdend met de bestemming waarvoor het produkt is gemaakt.'⁶⁴⁵ Tegen deze achtergrond wordt – conform de inzichten uit het gevaarzettingsleerstuk (par. 4.3.13) – aangenomen dat voor algemeen bekende risico's, zoals de gevaren van alcohol of tabak,⁶⁴⁶ geen productwaarschuwing behoeft te worden verstrekt.⁶⁴⁷ Tegelijkertijd dient de producent – zoals ook in het gevaarzettingsleerstuk geldt (par. 4.3.3) – er rekening mee te houden dat de gebruikers van zijn product niet altijd volkomen voorzichtig zullen zijn. Illustratief is het bekende arrest Lekkende kruik uit 1973, waarin het ging om ernstig letsel van een baby in verband met het lekken van een warmwaterkruik, die door de dienstdoende kraamverzorgster kennelijk niet optimaal was afgesloten (althans niet op lekdichtheid gecontroleerd). Volgens de Hoge Raad had het hof in casu de vordering tegen de producent van de kruik niet zonder meer mogen afwijzen op grond van de overweging dat 'van algemene bekendheid is, dat kruiken soms lekken'. Rekening moest immers worden gehouden met 'het gehele publiek, waarvoor die producten zijn bestemd en waarvan een gedeelte het nemen van die [geëigende] voorzorgsmaatregelen zal nalaten', zo overwoog de Hoge Raad.⁶⁴⁸ Gelet op het bovenstaande moet deze passage waarschijnlijk – iets terughoudender dan de formulering suggereert – aldus worden begrepen, dat de producent dient te anticiperen op *voorzienbare* vormen van onvoorzichtigheid.

Het derde gezichtspunt dat art. 6:186 lid 1 BW noemt, is het *tijdstip* waarop het product in het verkeer werd gebracht (sub c). Ter uitwerking bepaalt lid 2 dat een product niet als gebrekkig mag worden beschouwd op de enkele grond

643 Zie in die zin MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, nr. 3, p. 9; en voorts bijv. Schut 1974, p. 24, 234; Dommering-van Rongen 1991, p. 177; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 138; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 263.

644 Vgl. Dommering-van Rongen 1991, p. 147-148; en Bauw 2008, nr. 53.

645 MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19636, nr. 6, p. 22.

646 Vgl. echter par. 4.2.9, over *wettelijk* voorgeschreven productwaarschuwingsplichten.

647 Zie bijv. Schut 1974, p. 25; Dommering-van Rongen 1991, p. 166; Dommering-van Rongen 2000, p. 55; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 264. Enigszins *anders* Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 10, waar wordt betoogd dat 'omstreden' is of de kenbaarheid van het gevaar voor de gebruiker van invloed is op de gebrekkigheid.

648 HR 2 februari 1973, *NJ* 1973, 315 m.nt. HB (Lekkende kruik I). Zie voor het vervolg na verwijzing Hof Amsterdam 1 maart 1974, *NJ* 1974, 486 (vordering toegewezen). Vgl. ook HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 m.nt. CJHB (Lekkende kruik II), betreffende de aansprakelijkheid van de (werkgeefster van) de kraamverzorgster.

dat nadien een beter product in het verkeer is gebracht.⁶⁴⁹ Met een Engelse term wordt hier wel gesproken van het *state of the art*-verweer.⁶⁵⁰ De gedachte is dat de aan een product te stellen veiligheidseisen niet met terugwerkende kracht mogen worden opgeschroefd, maar moeten worden beoordeeld naar het moment waarop het product in het verkeer werd gebracht. Ter illustratie wordt vaak gewezen op de autoindustrie: de gestage introductie van nieuwe veiligheidsvoorzieningen, zoals autogordels, airbags of het antiblokkeersysteem (ABS), mag uiteraard niet leiden tot de conclusie dat oudere modellen, die de betreffende voorzieningen ontberen, achteraf gezien gebrekkig zijn. Hier ligt – opnieuw – een parallel met het gevaarzettingsleerstuk, waar eveneens wordt aangenomen dat de beschikbaarheid van aanvullende veiligheidsmaatregelen in retrospectief geen (doorslaggevend) argument mag vormen voor het aannemen van onrechtmatigheid (par. 4.3.6). Juist op het terrein van de productenaansprakelijkheid dreigt het gevaar van de *hindsight bias*, omdat men intuïtief geneigd zal zijn een product dat schade aan personen of zaken veroorzaakt, reeds om die reden als gebrekkig te kwalificeren. Een dergelijke redenering – onveilige producten zijn gebrekkig – is echter niet toegestaan, omdat in het kader van art. 6:186 BW de gerechtvaardigde *verwachtingen* omtrent de veiligheid van het product beslissend zijn. In het gevaarzettingsleerstuk is het niet anders (par. 4.2.10).

Behalve op grond van art. 6:185 e.v. BW kan de producent van een gebrekkig product ook – zoals onder het oude recht – aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad. Toegevoegde waarde heeft deze schuldaansprakelijkheid vooral in gevallen waarin geen sprake is van personenschade of zaakschade van particulieren in de zin van art. 6:190 lid 1 BW, of waarin de verjaringstermijn van art. 6:191 BW is verstreken.⁶⁵¹ Blijkens het nu te bespreken arrest Koolhaas c.s./Rockwool uit 1999 hanteert de Hoge Raad voor de productenaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW een benadering die in essentie niet veel verschilt van de hierboven besproken risicoaansprakelijkheid.⁶⁵² Het arrest verdient afzonderlijke bespreking, omdat de Hoge Raad daarin een *onderzoekplicht* van de fabrikant omtrent de effecten van een nieuw of vernieuwd product heeft aanvaard, alsmede (in het verlengde daarvan) een *waarschuwingsplicht* jegens eindafnemers. Het arrest is daarmee ook relevant voor het begrip van de onderhavige risicoaansprakelijkheid, en voor de erkenning van de invloed van het schuldbeginsel in dat verband.

649 Vgl. ook art. 6:185 lid 1 sub b BW, betreffende gebreken die eerst zijn ontstaan nadat het product in het verkeer is gebracht.

650 Zie daarover bijv. Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 186, aant. 7. Verschil met het in par. 4.5.6 besproken ontwikkelingsrisicoverweer (dat vaak met dezelfde Engelse term wordt aangeduid) is dat het hier gaat om productrisico's die voorheen wel werden onderkend, maar *aanvaardbaar* werden geacht. Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19636, nr. 3, p. 10; en Dommering-van Rongen 1991, p. 180-181.

651 Zie bijv. Onrechtmatige daad I (Stolker), Inleiding, aant. 31.

652 HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 159 m.nt. ARB (Koolhaas/Rockwool).

4.5.8 Vervolg; Koolhaas c.s./Rockwool

Rockwool is producent van steenwol, een product dat wordt gebruikt ter verbetering van potgrond. Koolhaas c.s., telers van yucca's, zijn eindafnemers van deze steenwol, althans van potgrond waarin deze steenwol is verwerkt.⁶⁵³ Zij vorderen vergoeding van de schade die zij stellen te hebben geleden doordat Rockwool onaangekondigd de nieuwe productvariant 'zeswol' in plaats van het vertrouwde 'tweewol' in de door hen afgenomen potgrond heeft verwerkt. Volgens Koolhaas c.s. heeft Rockwool aldus onrechtmatig gehandeld.⁶⁵⁴ Meer in het bijzonder betogen zij dat Rockwool het nieuwe, voor de teelt van yucca's ongeschikte product zeswol niet zonder deugdelijk onderzoek en zonder waarschuwing van eindgebruikers in het verkeer had mogen brengen.

In navolging van de rechtbank wijst het hof de vordering van Koolhaas c.s. af. De kern van 's hofs gedachtegang is dat Rockwool, als producent van een 'halffabrikaat' (steenwol), niet kan worden verweten dat het door Koolhaas c.s. afgenomen 'eindproduct' (potgrond) voor bepaalde toepassingen ongeschikt is. Voor aansprakelijkheid van Rockwool zou minimaal vereist zijn, aldus het hof, dat zij wist of behoorde te weten hoe het eindproduct door Koolhaas c.s. zou worden toegepast en wat daarbij de betekenis zou zijn van de eigenschappen van het halffabrikaat:

'Voor de vraag hoever eventuele onderzoeks- en informatieverplichtingen van Rockwool gingen is enerzijds van belang welke de feitelijke eigenschappen van die zeswol waren, zulks meer in het bijzonder met betrekking tot de beoogde toepassing ervan in potgrond voor yucca's, en anderzijds wat aan Rockwool bekend was of kon zijn ten aanzien van het voorgenomen of te verwachten gebruik van potgrond met zeswoltoevoeging voor het kweken van yucca's.'⁶⁵⁵

De Hoge Raad kiest voor een strengere maatstaf en vernietigt op die grond het bestreden arrest. Volgens de Hoge Raad is 'het in het verkeer brengen van een product dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd was, schade veroorzaakt, onrechtmatig jegens gebruikers van het product' (r.o. 3.4). De Hoge Raad verwijst voor deze maatstaf naar het eerdere arrest Du Pont/Hermans, waarin het ging om producentenaansprakelijkheid ter zake van een ondeugdelijk onkruidbestrijdingsmiddel in de rozenkwekerij,⁶⁵⁶ welk arrest

653 Koolhaas c.s. betrokken de potgrond van de fabrikanten Ego en Koole, die op hun beurt de daarin verwerkte steenwol (als 'halffabrikaat') afnamen van Rockwool.

654 Tussen partijen bestond geen contractuele relatie, terwijl art. 6:185 e.v. BW nog niet van toepassing was, zodat art. 6:162 BW resteerde als grondslag van de vordering. Zie de NJ-annotatie van A.R. Bloembergen, sub 2.

655 Aldus het eerste tussenarrest van het Hof 's-Hertogenbosch d.d. 18 oktober 1994, r.o. 8 (in de door de Hoge Raad toegevoegde nummering).

656 HR 6 december 1996, NJ 1997, 219 (Du Pont/Hermans), r.o. 3.5.

op zijn beurt weer aanhaakte bij het in par. 4.5.6 besproken Halcion-arrest, betreffende de bijwerkingen van een medicijn.⁶⁵⁷

Hartkamp en Sieburgh tonen zich kritisch over de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf, omdat deze (nog) verder lijkt te reiken dan het gebrekigheids criterium van art. 6:186 BW. Meer in het bijzonder signaleren zij dat 'schade veroorzaken bij normaal gebruik' ook aansprakelijkheid impliceert voor algemeen bekende gevaren, zoals de gezondheidsrisico's van tabak.⁶⁵⁸ Hieraan kan worden toegevoegd dat de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf geen rekening houdt met het ontwikkelingsrisicooverweer, dat (zelfs) op het terrein van de risicoaansprakelijkheid als absolute ondergrens fungeert (par. 4.5.6). Per saldo lijkt het geboden, de onderhavige maatstaf op te vatten als een vooropstelling van wat 'in beginsel' of 'in de regel' heeft te gelden.

Uit het vervolg van het arrest blijkt dat de Hoge Raad inderdaad oog heeft voor een dergelijke nuancering. In r.o. 3.5 behandelt hij de vraag of de *verwijtbhaarheid* aan de zijde van de producent een rol speelt, indien zijn product bij normaal gebruik schade veroorzaakt. Dat is inderdaad het geval, met dien verstande dat in dit verband relatief hoge eisen aan de producent worden gesteld. De Hoge Raad overweegt, onder verwijzing naar het cassatiemiddel:

'Het onderdeel neemt onder 4.2 terecht tot uitgangspunt dat een fabrikant in het algemeen die maatregelen zal moeten nemen die van hem, als zorgvuldig fabrikant, kunnen worden gevergd teneinde te voorkomen dat het door hem in het verkeer gebrachte product schade veroorzaakt, en dat in dit opzicht geen wezenlijk verschil bestaat tussen de fabrikant van een eindproduct en de fabrikant van een halffabrikaat. Evenzeer met juistheid betoogt subonderdeel 4.2 dat een fabrikant zich zelf ervan moet vergewissen welk effect een nieuw of vernieuwd product (eindproduct of niet) zal hebben in de voor de hand liggende toepassingen ervan.'

De Hoge Raad aanvaardt dus een bijzondere zorgplicht van de producent,⁶⁵⁹ die meer concreet tot uitdrukking komt in een *onderzoeksplicht* naar de effecten van een productwijziging. De onvoorziene gevaren van een nieuw of vernieuwd product komen, met andere woorden, in beginsel voor rekening van de producent, tenzij deze alle maatregelen heeft getroffen die van een 'zorgvuldig fabrikant' konden worden gevergd. In het verlengde van de zojuist bedoelde onderzoeksplicht formuleert de Hoge Raad, aan het slot van r.o. 3.5, ook een *waarschuwingsplicht* omtrent de effecten van een nieuw of vernieuwd product. De betreffende overweging is toegespitst op producenten van een halffabrikaat, zoals Rockwool, voor wie de bedoelde waarschuwingsplicht (jegens afnemers van een eindproduct dat zij als zodanig niet hebben gefabriceerd) inderdaad het meest ingrijpend lijkt:

657 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 m.nt. CJHB (Halcion), r.o. 4.4.2.

658 Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 259.

659 Hiervoor werd reeds gepleit door Snijders 1987, p. 153. Vgl. in algemene zin over bijzondere zorgplichten als de onderhavige par. 4.4.5.

‘Indien (...) de fabrikant van een halffabrikaat dit met een gewijzigde samenstelling op de markt brengt zonder het grondig te hebben getest en het resultaat van de test openbaar te hebben gemaakt of een aangepaste toepassing van het product (hier: een aangepaste kweekmethode) te hebben aanbevolen, mag hij niet ermee volstaan de directe afnemer die het gewijzigde halffabrikaat in het eindproduct verwerkt, ervan op de hoogte te stellen dat de samenstelling is gewijzigd. Hij behoort dan ten minste erop toe te zien dat de afnemers van het eindproduct worden ingelicht.’

Het arrest illustreert dat de schuldaansprakelijkheid van de producent voor gebreken in zijn product, evenals de risicoaansprakelijkheid op grond van art. 6:185 e.v. BW, streng doch niet absoluut is. Uiteindelijk moet in het licht van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld of het product de veiligheid bood die normale gebruikers daarvan mochten verwachten. De producent dient v er te gaan in het onderzoeken van de risico’s van een nieuw of vernieuwd product en in het waarschuwen van het publiek daarvoor. Hij behoeft echter niet te garanderen dat zijn product volkomen veilig is in alle denkbare toepassingen ervan. Dat is een belangrijke vaststelling, omdat zonder dit voorbehoud productinnovatie, als motor van technologische en economische vooruitgang, onnodig zou worden afgeremd.⁶⁶⁰

4.5.9 Risico en informationele context

Hierboven is gebleken dat de informationele context in tweeërlei opzicht van invloed is op de risicoaansprakelijkheid voor zaken. In de eerste plaats zijn de risicoaansprakelijkheden voor roerende zaken (art. 6:173 BW), opstallen (art. 6:174 BW) en producten (art. 6:185 BW) onderworpen aan een *kennisvereiste*, inhoudend dat bij gebreke van objectieve kennis omtrent de mogelijkheid van verwezenlijking van het aan de zaak verbonden gevaar geen aansprakelijkheid kan worden aangenomen (par. 4.5.5). Art. 6:173 lid 1 BW stelt dit vereiste van bekendheid van de ‘generieke causaliteit’ met zoveel woorden (par. 4.5.2). Het ontwikkelingsrisicoverweer van art. 6:185 lid 1 sub e BW berust op dezelfde gedachte (par. 4.5.6). Art. 6:174 BW bevat geen uitdrukkelijke vermelding van het onderhavige kennisvereiste, maar de ‘open’ norm van gebrekkigheid, verwijzend naar de gerechtvaardigde verwachtingen van gebruikers, impliceert dat een opstal onmogelijk kan kwalificeren als gebrekkig indien het betrokken gevaar, tot aan de verwezenlijking ervan, objectief onbekend was, terwijl ook de tenzij-formule bewerkstelligt dat de bezitter vrijuit gaat, indien niemand het betrokken gevaar destijds had onderkend (par. 4.5.4). In het arrest Dijkdoorbraak Wilnis uit 2010 heeft de Hoge Raad met zoveel woorden bevestigd dat

⁶⁶⁰ Dat is (tevens) het gebruikelijke argument ter onderbouwing van het ontwikkelingsrisicoverweer. Zie bijv. Onrechtmatige daad I (Stolker), art. 185, aant. 8.1.

‘de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar’ moet worden meegewogen in het kader van art. 6:174 BW.⁶⁶¹

Het belang van de informationele context komt in de tweede plaats tot uitdrukking in de gelding van *informatieplichten* aan de zijde van de bezitter c.q. de producent van de zaak. Wetssystematisch vloeien deze informatieplichten voort uit het gebrekkigheids criterium van de artikelen 6:173, 6:174 en 6:186 BW. Bij de toepassing van dat criterium, dat veelal met de Kelderluikfactoren in verband wordt gebracht, gaat het om de vraag of de roerende zaak, de opstal of het product in kwestie de veiligheid bood die daarvan onder de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht. Door het doen van waarschuwingen of het geven van instructies kan de bezitter c.q. de producent dit verwachtingspatroon van de gebruiker beïnvloeden (par. 4.5.2, 4.5.3, 4.5.7). Tot op zekere hoogte zal hij ook moeten onderzoeken welke gevaren er aan zijn zaak kleven in voor de hand liggende toepassingen ervan, zoals met name blijkt op het terrein van de productenaansprakelijkheid (par. 4.5.8). Anderzijds heeft de gebruiker ook een eigen verantwoordelijkheid, in die zin dat hij zal moeten anticiperen op algemeen bekende risico’s. Vanuit het perspectief van de bezitter c.q. de producent betekent dit dat hij bij het doen van waarschuwingen mag uitgaan van een normaal gebruik van zijn zaak (par. 4.5.3, 4.5.7).⁶⁶² De bekende opmerking van de wetgever, dat art. 6:174 BW geen ‘garantienorm’ behelst (par. 4.5.3), geldt in die zin ook voor de andere onderzochte risicoaansprakelijkheden.

Intussen is het niet zo, dat de informationele context op het onderhavige terrein precies zo doorwerkt als in het eerder besproken gevaarzettingsleerstuk. Tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid bestaan duidelijke parallellen (par. 4.5.1), maar voor een gelijkschakeling is geen plaats (par. 4.5.2, 4.5.5). De contextgebonden veiligheidstoetsing die in het gebrekkigheids criterium besloten ligt, ziet niet op het gedrag van de aangesproken partij, maar op de veiligheid van zijn zaak. De meerwaarde van deze ‘zakelijke’ benadering blijkt met name waar het gaat om *verborgen* veiligheidsgebreken. Kern van de artikelen 6:173, 6:174 en 6:185 BW is dat zulke gebreken voor risico van de bezitter c.q. de producent komen, en dat zijn onbekendheid daarmee niet ter zake doet. Al met al speelt de informationele context in dit verband een relatief abstracte rol, als objectief beoordelingskader voor de invulling van de veiligheidseisen die in de maatschappij aan zaken mogen worden gesteld.

661 HR 17 december 2010, L/JN BN6236, RvdW 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), r.o. 4.4.5, besproken in par. 4.5.4.

662 Op het terrein van de risicoaansprakelijkheid voor roerende zaken (art. 6:173 BW) komt deze gedachte ogenschijnlijk minder sterk tot uitdrukking in rechtspraak en literatuur. Vgl. echter Hof ‘s-Hertogenbosch 22 april 2003, AV&S 2004, nr. 25, besproken in par. 4.5.2.

4.6 WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID

4.6.1 Algemeen; wettelijk kader

In par. 4.5.1 werden de risicoaansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 e.v. BW in verband gebracht met de bijzondere zorgplichten uit het gevaarzettingsleerstuk, voortvloeiend uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats van de gevaarzetting. Dezelfde parallel dringt zich op op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten (art. 7:658 BW), die qua gestrengheid nauwelijks voor de risicoaansprakelijkheden onderdoet. Deze gestrengheid vindt haar verklaring enerzijds in de contractuele (arbeids)relatie tussen de betrokken partijen en anderzijds in de bijzondere verantwoordelijkheid van de werkgever voor de door hem geëxploiteerde werkomgeving. De gedachte is dat gevaren die zich voordoen op de werkvloer, in het kader van een ondergeschiktheidsrelatie tussen werkgever en werknemer, niet licht kunnen worden gerekend tot het algemene levensrisico van de werknemer (vgl. par. 4.1.2). Het is hier logischerwijze de *werkgever* die de primaire verantwoordelijkheid draagt voor een veilig verloop van de werkzaamheden, waarover hij in juridische zin zeggenschap heeft en waarvan hij in economische zin profijt trekt.⁶⁶³

In titel 7.10 BW, betreffende de arbeidsovereenkomst, heeft de wetgever een en ander vertaald in een wettelijke *zorgplicht* van de werkgever met betrekking tot de veiligheid van de werkomgeving. Art. 7:658 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever verplicht is de werkomgeving zodanig in te richten en te onderhouden, en voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken, als 'redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt'. De *bewijslast* ter zake van de schending van deze zorgplicht is, in lijn met het bovenstaande, omgekeerd.⁶⁶⁴ Indien de werknemer erin slaagt te bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden,⁶⁶⁵ kan ingevolge art. 7:658 lid 2 BW in beginsel werkgeversaansprakelijkheid worden aangenomen. De werkgever kan daaraan dan nog slechts ontkomen door aan te tonen dat hij zijn in lid 1 bedoelde zorgplicht heeft nageleefd, dan wel dat de betreffende schade 'in belangrijke mate het gevolg is van opzet

663 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 22, die nog toevoegt dat de strenge zorgplicht van art. 7:658 BW tevens verband houdt met de aard van de betrokken (letsel)schade. Vgl. meer specifiek over de relatie met de plaats van de arbeid HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.5.4.

664 Zie over deze bewijslastverdeling bijv. Lindenbergh 2009, nr. 9, 29; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 190.

665 Zie over eventuele complicaties bij het hier bedoelde bewijs van schade en causaal verband bijv. Lindenbergh 2009, nr. 16 e.v.

of bewuste roekeloosheid van de de werknemer'.⁶⁶⁶ Blijft de toedracht van de arbeidsgerelateerde schade onduidelijk, dan draagt de werkgever daarvan het bewijsrisico.⁶⁶⁷ Art. 7:658 BW wordt daarom wel getypeerd als een schuld-aansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast.⁶⁶⁸

De in art. 7:658 lid 2 BW bedoelde uitsluiting van aansprakelijkheid in geval van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer doet zich in de praktijk zelden voor, omdat de Hoge Raad aan het desbetreffende bewijs bijzonder strenge eisen stelt.⁶⁶⁹ Illustratief is het arrest Pollemans/Hoondert uit 1996, waarin het ging om een werknemer die, ondanks herhaalde waarschuwingen, een kwetsbaar golfplaten dak had betreden, waar hij vervolgens doorheen zakte.⁶⁷⁰ De rechtbank wees de vordering van de werknemer af, nu deze 'willens en wetens naast de aanwezige beveiliging [was] gaan lopen'. De Hoge Raad achtte dat oordeel onvoldoende gemotiveerd. Voor het aannemen van bewuste roekeloosheid in de hier bedoelde zin is vereist, aldus de Hoge Raad, dat de werknemer 'zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging, te weten het naast de aanwezige beveiliging lopen, van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust zou zijn geweest' (r.o. 3.4).⁶⁷¹ Bovendien is vereist – zo leidde het college af uit de woorden 'in belangrijke mate' van art. 7:658 lid 2 BW – dat de bedoelde gedraging van de werknemer in zodanige mate tot het ongeval heeft bijgedragen, dat de eventuele tekortkoming van de werkgever 'daarbij als oorzaak in het niet valt' (r.o. 3.6). Annotator Stein concludeert dat de Hoge Raad het begrip bewuste roekeloosheid zo eng opvat, 'dat men zich er nauwelijks enige betekenis van kan voorstellen'.⁶⁷² Praktisch gesproken betekent dit dat een werkgever die er niet in slaagt aan te tonen dat hij zijn zorgplicht heeft nageleefd, vrijwel altijd voor de gehele schade van de werknemer aansprakelijk is, omdat de uitsluiting van aansprakelijkheid voor opzet of bewuste roekeloosheid tevens het eigen schuld-verweer van art. 6:101 BW absorbeert.⁶⁷³ Per saldo ligt in vraagstukken van werkgeversaansprakelijkheid de nadruk op de zorgplicht van de werkgever, en niet op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer. Dat is in overeenstemming met hetgeen hierboven werd vooropgesteld.

666 Vgl. HR 24 juni 2011, *LJN* BP9897, *NJ* 2011, 281 (Dombrowski/VOF Hulsing-Huppermans), r.o. 3.4, waaruit blijkt dat het hier om twee alternatieve verweren gaat.

667 Vgl. Lindenbergh 2009, nr. 23 en 29.

668 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 23.

669 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 31, 33; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 191; en Bouwens & Duk 2011, p. 235-236.

670 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert), r.o. 3.4.

671 Zie meer recent in gelijke zin HR 1 februari 2008, *LJN* BB6175, *NJ* 2009, 330 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maasman/Akzo), r.o. 5.2.2.

672 Zie de NJ-annotatie van P.A. Stein bij het arrest Pollemans/Hoondert.

673 Zie bijv. Hartlief 1997, p. 43; en Lindenbergh 2009, nr. 30.

4.6.2 Zorgplicht voor veiligheid van de werkomgeving

De in art. 7:658 lid 1 BW verankerde zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving wordt primair bepaald door de desbetreffende wet- en regelgeving, zoals de Arbeidsomstandighedenwet.⁶⁷⁴ Voor het overige wordt de zorgplicht ingevuld aan de hand van het redelijkheidscriterium van art. 7:658 lid 1 BW, waarbij de omstandigheden van het geval beslissend zijn.⁶⁷⁵ Meer concreet komt hier gewicht toe aan de bekende *Kelderluikfactoren*,⁶⁷⁶ zoals besproken in par. 4.3.5. Hoewel de onderhavige zorgplicht strikt genomen contractueel van aard is, geschiedt de invulling ervan dus op quasi-delictuele wijze, naar analogie met het gevaarzettingsleerstuk.⁶⁷⁷ De contractuele achtergrond komt wel tot uitdrukking in de bijzondere beschermingsstrekking die in art. 7:658 lid 1 BW pleegt te worden gelezen,⁶⁷⁸ en die kennelijk verband houdt met de contractuele arbeidsrelatie tussen de betrokken partijen.⁶⁷⁹ Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding* als gezichtspunt voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm (vgl. par. 4.3.4).

In het Maatzorg-arrest uit 2008, een principieel geformuleerd standaard-arrest over de verhouding tussen de werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:658 BW) en de verplichting van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW),⁶⁸⁰ heeft de Hoge Raad overwogen dat de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW een 'ruime strekking' heeft en dat 'niet snel [kan] worden aangenomen dat de werkgever daaraan heeft voldaan en bijgevolg niet aansprakelijk is voor door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade'.⁶⁸¹ Van de werkgever wordt, met andere woorden, een 'hoog veiligheidsniveau'

674 Aldus bijv. HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.5.2. Zie voorts bijv. Lindenbergh 2009, nr. 25; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187.

675 Aldus bijv. HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.1 (geciteerd in par. 4.6.4). Zie voorts bijv. Lindenbergh 2009, nr. 26.1; en Bouwens & Duk 2011, p. 229.

676 Aldus bijv. HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2. Zie voorts bijv. Lindenbergh 2009, nr. 26.2 e.v.; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 186; en Quist 2010, p. 18-41.

677 Vgl. Lindenbergh 2009, nr. 10 (die in art. 7:658 BW zelfs 'een normschending van delictuele aard' leest); en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 186.

678 Aldus bijv. HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw I), r.o. 3.10 (m.b.t. art. 1638x (oud) BW). Zie voorts bijv. Lindenbergh 2009, nr. 22; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 186. Vgl. ook Quist 2010, p. 46, die meent dat de Kelderluikfactoren in het kader van art. 7:658 BW strenger worden toegepast dan in het kader van art. 6:162 BW.

679 Vgl. hetgeen in par. 4.6.1 werd vooropgesteld over de invloed van de contractuele arbeidsrelatie. Vgl. ook par. 3.3.1, over een vergelijkbare beschermingsgedachte in het kader van de wilsvertrouwensleer.

680 Zie over art. 7:611 BW bijv. Lindenbergh 2009, nr. 38 e.v.

681 HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.5.3.

geëist.⁶⁸² Het strenge karakter van de zorgplicht blijkt met name uit de hoge eisen die aan de *kennis* van de werkgever worden gesteld.⁶⁸³ Niet alleen klassieke arbeidsongevallen, zoals het in machines bekneld raken van ledematen,⁶⁸⁴ maar ook uitzonderlijke incidenten, zoals het openspringen van een stoomketel als gevolg van een chemische reactie,⁶⁸⁵ worden zonder moeite als voorzienbaar voor de werkgever gekwalificeerd.⁶⁸⁶ Op het terrein van de beroepsziekten is de situatie vergelijkbaar. Zo is in een reeks jurisprudentie werkgeversaansprakelijkheid voor de gevolgen van blootstelling aan asbest aangenomen, ook in gevallen waarin die blootstelling plaatsvond in een periode waarin asbest nog in brede kring als ongevaarlijk werd beschouwd.⁶⁸⁷

De kennis van de werkgever wordt dus in hoge mate geobjectiveerd (vgl. par. 4.2.12), hetgeen meer concreet tot uitdrukking komt in de gelding van een *onderzoeksplicht* met betrekking tot de veiligheid van de werksfeer.⁶⁸⁸ Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest Janssen/Nefabas uit 1990, betreffende een geval van blootstelling aan asbest op de werkvloer, dat op de werkgever de verplichting rust 'om te onderzoeken welke gevaren door hem te verwerken of te produceren stoffen voor zijn werknemers kunnen opleveren' en dat hij, in geval van gezondheidsschade van werknemers door een dergelijke stof, dient aan te geven 'in hoeverre hij zich tijdig omtrent het aan die stof verbonden gevaar en de met het oog daarop te treffen voorzieningen heeft laten voorlichten, bijv. door deskundigen'. Daarbij kan mede van belang zijn 'of informatie omtrent het betreffende gevaar buiten Nederland beschikbaar was, in het bijzonder wanneer die stof daar eerder dan in Nederland bedrijfsmatig gebruikt of geproduceerd werd', aldus de Hoge Raad.⁶⁸⁹

Het vérgaande karakter van de onderhavige onderzoeksplicht blijkt mede uit het feit dat de werkgever in dit verband niet zonder meer mag vertrouwen op 'geruststellende' omgevingsfactoren, zoals het positieve oordeel van een

682 Aldus HR 11 april 2008, *LJN BC9225*, *NJ* 2008, 465 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Tarioui/Vendrig c.s.), r.o. 3.5.

683 Zie bijv. Jansen 2006, p. 23-30; en Lindenbergh 2009, nr. 26.2. Vgl. ook par. 4.2.11.

684 Zie bijv. HR 14 april 1978, *NJ* 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst); en HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), besproken in par. 4.6.4.

685 Zie HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 m.nt. PAS (Stoomketel).

686 Dat de voorzienbaarheid hier een rol speelt, blijkt (impliciet) uit het criterium 'redelijkerwijs' van art. 7:658 lid 1 BW en voorts bijv. (expliciet) uit HR 14 april 1978, *NJ* 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst). Zie ook Lindenbergh 2009, nr. 26.2.

687 Zie bijv. HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas); en HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw II). Vgl. ook par. 4.2.13 e.v.

688 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 26.2; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187; en Bouwens & Duk 2011, p. 231-232. Vgl. ook par. 4.3.9.

689 HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas), r.o. 3.4. Zie in gelijke zin (m.b.t. de gevaren van een machine) HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 m.nt. PAS (Stoomketel), r.o. 3.1.

keuringsinstantie,⁶⁹⁰ het feit dat een bepaalde productiewijze in de betreffende bedrijfstak algemeen gebruikelijk is⁶⁹¹ of het feit dat het gebruik van een gevaarlijke stof van overheidswege is voorgeschreven, respectievelijk dat aanbevelingen van de arbeidsinspectie ter zake ontbreken.⁶⁹² De werkgever mag zich, kortom, niet verschuilen achter de onwetendheid of onachtzaamheid van anderen.⁶⁹³

4.6.3 Vervolg; anticipatie op onvoorzichtigheid

De 'ruime strekking' van de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW komt, behalve in een sterke objectivering van de kennis van de werkgever (par. 4.6.2), ook tot uitdrukking in het feit dat de werkgever rekening moet houden met een aanzienlijke mate van *onvoorzichtigheid* van zijn werknemers. Deze verplichting tot anticipatie op onoplettendheid is ook bekend uit het gevaarzettingsleerstuk (par. 4.3.3), maar lijkt op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid – gemiddeld genomen – verder te strekken.⁶⁹⁴ Dat is terecht, gelet op de door de Hoge Raad in vaste jurisprudentie aanvaarde 'ervaringsregel dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt'.⁶⁹⁵ Met andere woorden: de eerste Kelderluikfactor, de waarschijnlijkheid van onoplettendheid van de potentiële slachtoffers, weegt juist bij arbeidsongevallen bijzonder zwaar, omdat de sleur van de dagelijkse werkzaamheden onvermijdelijk ten koste gaat van de vereiste oplettendheid.

De bedoelde 'ervaringsregel' heeft als belangrijke consequentie dat de Hoge Raad bij de concrete invulling van de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW de voorkeur geeft aan *fysieke veiligheidsmaatregelen* boven waarschuwingen.⁶⁹⁶ De gedachte is dat men beter kan voorkomen dat de werknemer gevaar loopt, dan hem vergeefs te stimuleren zelf op te letten. Illustratief is het hieronder te bespreken arrest Bayar/Wijnen uit 2005, waarin het ging om een werknemer die, ondanks een waarschuwingssticker, zijn hand in een draaiende machine had gestoken, met ernstig letsel tot gevolg. Volgens de Hoge Raad mag in een dergelijk geval van de werkgever worden verwacht 'dat hij onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger

690 Vgl. HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 m.nt. PAS (Stoomketel), r.o. 3.4.

691 Vgl. HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas), r.o. 3.4.

692 Vgl. HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw II), r.o. 3.3.2.

693 Aldus ook Lindenbergh 2009, nr. 26.2.

694 Vgl. Vranken 1994, p. 425, die betoogt dat de werkgeversaansprakelijkheid op dit punt een 'voortrekkersrol' heeft vervuld.

695 Aldus bijv. HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 663 (PTT Post/Baas), r.o. 3.5.2. Zie voorts bijv. Lindenbergh 2009, nr. 23 (met een uitvoerig jurisprudentieoverzicht); Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187-188; en Bouwens & Duk 2011, p. 229.

696 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 26.4a; en Bouwens & Duk 2011, p. 232.

werking van de machine mogelijk is, en, zo dat niet het geval is, of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd'.⁶⁹⁷ In casu had de werkgever de machine moeten afdichten met een veiligheidsstrip, zoals naderhand ook was gebeurd.

Indien fysieke veiligheidsmaatregelen onder de gegeven omstandigheden (redelijkerwijs⁶⁹⁸) onmogelijk zijn, zodat de werkgever zijn toevlucht moet nemen tot een *waarschuwing* voor het betrokken gevaar, zal volgens de Hoge Raad die waarschuwing zodanig moeten worden vormgegeven, dat 'te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden'.⁶⁹⁹ Het gaat hier om de uit het gevaarzettingsleerstuk afkomstige Jetblast-norm, waarin de te verwachten effectiviteit van de waarschuwing centraal staat.⁷⁰⁰ Een belangrijk verschil met het gevaarzettingsleerstuk is echter dat de werkgever hier, vanwege de beschermingsstrekking van art. 7:658 BW, niet met het (adequaat) waarschuwen van zijn werknemers zal mogen volstaan, maar dat hij ook dient te controleren of de waarschuwing wordt nageleefd.⁷⁰¹ De werkgever dient, in de woorden van de Hoge Raad, 'het op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht te houden op behoorlijke naleving van de door hem gegeven instructies'.⁷⁰²

Dit alles geldt intussen niet onverkort. Art. 7:658 BW behelst immers geen risico-, maar een schuldaansprakelijkheid (par. 4.6.1). Lid 1 vereist niet van de werkgever dat hij arbeidsongevallen en beroepsziekten te allen tijde voorkomt, maar (slechts) dat hij die veiligheidsmaatregelen treft, die onder de gegeven omstandigheden 'redelijkerwijs nodig' zijn. Vaste jurisprudentie van de Hoge Raad leert dan ook, dat art. 7:658 BW geen 'absolute waarborg' beoogt te bieden voor de veiligheid van de werksfeer.⁷⁰³ Dit betekent dat de werknemer – ondanks alles – tot op zekere hoogte ook een *eigen verantwoordelijkheid* heeft. Deze eigen verantwoordelijkheid kan bijvoorbeeld tot uitdrukking komen indien de werknemer in kwestie over bijzondere deskundigheid of ervaring

697 HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2.

698 Zie voor deze (in het licht van art. 7:658 lid 1 BW terecht) nuancering Bouwens & Duk 2011, p. 232.

699 Aldus HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen), r.o. 3.3.2.

700 Zie HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), besproken in par. 4.3.8, naar welk arrest de Hoge Raad in Bayar/Wijnen uitdrukkelijk verwijst.

701 Zie bijv. Lindenberg 2009, nr. 26.3 en 26.4a; en Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187.

702 Aldus HR 11 april 2008, *LJN* BC9225, *NJ* 2008, 465 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Tarioui/Vendrig c.s.), r.o. 3.5.

703 Aldus bijv. HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.5.3. Zie voorts bijv. Lindenberg 2009, nr. 26.3 (met een uitvoerig jurisprudentieoverzicht); Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187; en Bouwens & Duk 2011, p. 229.

beschikt.⁷⁰⁴ Voorts kan de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer een rol spelen indien er sprake is van algemeen bekende risico's (vgl. par. 4.3.13), en meer in het bijzonder indien deze risico's zich voordoen in een 'alledaagse' context, waarmee de werknemer ook buiten de werksfeer vertrouwd is.⁷⁰⁵ Spier verduidelijkt dat de zorgplicht van de werkgever vooral ziet op 'de eigenlijke werkomstandigheden'. Waar de werknemer schade lijdt in verband met 'gebeurtenissen die weliswaar in werkverband plaatsvinden, maar die zich in wezen niet onderscheiden van situaties waarin men, ook buiten het werk, in het dagelijks leven terecht kan komen', zal eerder de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer prevaleren, aldus Spier.⁷⁰⁶ Langemeijer betoogt op vergelijkbare wijze dat de zorgplicht van de werkgever zich niet uitstrekt tot 'situaties die naar hun aard niet onveilig zijn'.⁷⁰⁷ Tegen deze achtergrond is in de jurisprudentie bijvoorbeeld geoordeeld dat een werkgever niet hoeft te waarschuwen voor de gevaren van een scherp broodmes⁷⁰⁸ of voor het risico dat de laaddeur van een vrachtwagen door de wind dichtklapt.⁷⁰⁹ Ook werd aansprakelijkheid van de hand gewezen jegens een schoonmaakster die haar evenwicht verloor bij het verwijderen van een koffievlek,⁷¹⁰ een Arubaanse uitzendkracht die na een regenbui uitgleed op de natte tegelvloer van het hotel waar zij werkzaam was,⁷¹¹ een verstandelijk gehandicapte medewerkster van het Leger des Heils, die van een podium viel omdat zij – ondanks een uitdrukkelijke waarschuwing door haar collega's onmiddellijk voorafgaand aan de valpartij – geen gebruik had gemaakt van het aanwezige trapje,⁷¹² een chauffeur die na een tankbeurt uitgleed op de treeplank van zijn vrachtwagen,⁷¹³ en een medewerker van een offshore-

704 Vgl. HR 16 mei 2003, NJ 2004, 176 m.nt. GHvV onder 177 (Dusarduy/Du Puy), waarin het ging om een ervaren dakdekker die door een gat in het dak viel (zie daarover nader Jansen 2006, p. 29-30). Vgl. echter ook HR 13 juli 2007, LjN BA7355, NJ 2008, 464 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Van Veghel/Hendriks), r.o. 3.4.1, waar de Hoge Raad overweegt dat de bovengenoemde ervaringsregel van onoplettendheid óók geldt voor 'in het werk ervaren en met de desbetreffende werkomstandigheden bekende werknemers'.

705 Zie bijv. Lindenbergh 2009, nr. 27.4; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187-188; en Bouwens & Duk 2011, p. 233.

706 Spier in Spier e.a. 2009, nr. 187.

707 Zie de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 20 januari 2006, LjN AT6013, NJ 2008, 461 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Zürich/Visser), sub 2.12.

708 HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175 (Laudy/Fair Play), r.o. 3.6.

709 HR 8 februari 2008, LjN BB7423, NJ 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie), r.o. 3.4.

710 HR 12 september 2003, NJ 2004, 177 m.nt. GHvV (Peters/Hofkens).

711 HR 2 maart 2007, LjN AZ5834, NJ 2007, 143 (Perez/Casa Grande en Ohem). Vgl. echter ook HR 11 april 2008, LjN BC9225, NJ 2008, 465 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Tarioui/Vendrig c.s.), waarin wél aansprakelijkheid werd aangenomen jegens een werknemer van een chemische wasserij, die was uitgeleden in een plas water, terwijl hij *wist* van het lek dat de plas veroorzaakte (omdat hij de opdracht had gekregen dit te herstellen).

712 HR 25 mei 2007, LjN BA3017, NJ 2008, 463 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Van den Heuvel/Leger des Heils).

713 HR 20 februari 2009, LjN BF0003, NJ 2009, 335 m.nt. T. Hartlief (Van Riemsdijk/Autop).

bedrijf die op een booreiland in de tropen uit een onverzegelde fles met verontreinigd water dronk.⁷¹⁴

Kenmerk van de hier bedoelde gevallen is dat de band tussen het betrokken gevaar en de verrichte werkzaamheden betrekkelijk los is, soms bijna toevallig, zodat de in par. 4.6.1 vooropgestelde verantwoordelijkheid van de werkgever voor de veiligheid van de werksfeer minder sterk spreekt, althans niet per definitie prevaleert boven de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer. Dat ligt anders in de meer karakteristieke gevallen van werkgeversaansprakelijkheid, waarin sprake is van zuiver werkgerelateerde risico's, zoals de risico's voortvloeiend uit het gebruik van een gevaarlijke machine of een giftige stof.⁷¹⁵ Dán geldt onverkort het hierboven geschetste regime van een zeer strenge zorgplicht, die strekt tot bescherming van werknemers tegen hun eigen (zelfs vérgaande) onoplettendheid, en die van de werkgever verlangt dat hij in beginsel fysieke veiligheidsmaatregelen treft, respectievelijk dat hij, indien zulke maatregelen onmogelijk zijn, de werknemers op adequate wijze instrueert en erop toeziet dat zijn instructies worden nageleefd. In het nu te bespreken arrest Bayar/Wijnen uit 2005 ging het om een dergelijk 'klassiek' arbeidsongeval, resulterend in een strenge toetsing.⁷¹⁶

4.6.4 Vervolg; Bayar/Wijnen

Werknemer Bayar heeft in het kader van zijn werkzaamheden voor vleesgroot-handel Wijnen drie vingertoppen verloren. Terwijl hij aan het werk was bij een zogenaamde Multivac-machine, waarmee vleesproducten in folie werden verpakt, constateerde hij dat de folie aan de zijkant opkrulde, als gevolg waarvan een deel van de vleesproducten niet goed zou worden verpakt. Bayar heeft getracht deze storing te verhelpen door met zijn hand in een richel achter de ingang van de folie in de machine te grijpen. Dientengevolge zijn zijn vingers onder de vacuümpers van de machine beland, resulterend in de amputatie van drie vingertoppen. Bayar had geen instructies gekregen die hem het onderhavige ingrijpen in de machine verboden.⁷¹⁷ Wel was de machine voorzien van beschermingskappen, een nood(stop)knop en een

714 HR 26 november 2010, *LJN* BN9977, *NJ* 2010, 635 (Jones/Fugro).

715 Vgl. Jansen 2006, p. 27; Lindenbergh 2009, nr. 27.1-27.2; Spier in Spier e.a. 2009, nr. 186; en Bouwens & Duk 2011, p. 232. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2011, *LJN* BR1513, *JA* 2011, 163, r.o. 4.3.5, waar werd overwogen dat het gebruik van een machine die naar haar aard het risico van ernstige ongevallen meebrengt, wijst in de richting van een vergaande zorgplicht.

716 HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Bayar/Wijnen).

717 Dit gold althans in cassatie als uitgangspunt, omdat de rechtbank uitdrukkelijk in het midden had gelaten of de bedoelde instructies waren verstrekt, zoals Wijnen had beweerd (zie r.o. 4.11 van het bestreden vonnis). Volgens de Hoge Raad had de rechtbank hierop nader moeten ingaan (zie r.o. 3.4.3 van het arrest).

waarschuwingsticker met de tekst 'GEVAAR, AMPUTATIE-GEVAAR. Veiligheidskappen niet verwijderen. Niet onder de veiligheidskappen komen tenzij de hoofdschakelaar uit is'. Op deze sticker stond tevens een afbeelding van een hand onder een verticale staaf (de vacuümpers).⁷¹⁸ Na het ongeval heeft Wijnen door de fabrikant van de machine een extra beveiligingsstrip laten aanbrengen op de bewuste richel, zodat die volledig was afgedicht.

In de onderhavige procedure heeft Bayar zijn werkgever op grond van art. 7:658 BW aangesproken tot schadevergoeding. Wijnen verweerde zich met de stelling dat zij niet had (kunnen) voorzien dat Bayar zijn hand zou steken in de kleine opening achter de richel, waarin normaal gesproken geen mensenhand zou passen, en dat zij in elk geval voldoende maatregelen had getroffen ter bescherming van haar werknemers tegen het gevaar van de machine. In beide feitelijke instanties werd dit verweer gehonoreerd. De rechtbank benadrukte, in navolging van de kantonrechter, dat art. 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid behelst (r.o. 4.8) en geen absolute waarborg biedt voor bescherming tegen gevaren op de werkvloer (r.o. 4.6). Op basis van getuigenverklaringen en door Wijnen overgelegde foto's oordeelde de rechtbank 'dat de inrichting van de machine zodanig was dat niet voorzienbaar was dat iemand zijn hand in de betreffende richel zou kunnen duwen'. In dit verband werd verwezen naar de 'vele beschermkappen', de 'duidelijk aanwezige nood(stop)knop' en de bedoelde waarschuwingsticker, waarvan volgens de rechtbank reeds de afbeelding zodanig was, 'dat de bedoeling ervan voor eenieder duidelijk moet zijn geweest'. Dat na het ongeval een extra beveiligingsstrip was aangebracht, betekende volgens de rechtbank niet, dat het betreffende ongeval voorzienbaar was geweest. De voorzienbaarheid van het eventuele amputatiegevaar achtte de rechtbank in dit verband 'niet relevant' (r.o. 4.10).

In cassatie gooit de Hoge Raad het roer om, nauw aansluitend bij de conclusie van Procureur-Generaal Hartkamp. Vooropgesteld wordt dat het in casu gaat om 'een machine die bij de bediening daarvan ernstige gevaren kan opleveren voor de betrokken werknemer, zoals het gevaar van amputatie' (r.o. 3.3.1). Hierop volgt een algemene schets van de ingevolge art. 7:658 BW geldende maatstaf:

'Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever op de voet van art. 7:658 BW aansprakelijk is voor een, ondanks de getroffen maatregelen, aan zijn werknemer overkomen ongeval geldt als uitgangspunt dat, zoals de rechtbank ook heeft overwogen, dat artikel niet beoogt een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming tegen gevaar. De werkgever dient ingevolge dit artikel die maatregelen te nemen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Wat van de werkgever in redelijkheid mag worden verwacht, hangt af van de omstandigheden van het geval.'

718 Zie voor deze beschrijving van de waarschuwingsticker de conclusie van P-G Hartkamp, noot 5.

Tot zover kan de benadering van de rechtbank worden gevolgd. In r.o. 3.3.2 overweegt de Hoge Raad echter dat ten aanzien van een gevaarlijke machine als de onderhavige geldt 'dat het waarschuwen voor gevaren bij de bediening door middel van mondelinge of schriftelijke instructies en het aanbrengen van waarschuwingsstickers niet steeds voldoende zal zijn', gegeven het 'ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met een machine de gebruikers ervan licht ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is'. Tegen deze achtergrond hebben *fysieke* veiligheidsmaatregelen zo mogelijk de voorkeur.⁷¹⁹ Ter nadere invulling verwijst de Hoge Raad naar de Kelderluikfactoren.

Verderop in r.o. 3.3.2 benadrukt de Hoge Raad nogmaals het subsidiaire karakter van de waarschuwingsplicht in het kader van art. 7:658 BW. Deze komt eerst aan de orde 'indien het – bij gebreke van maatregelen die het gevaar kunnen wegnemen – slechts mogelijk is voor het gevaar te waarschuwen'. Voor wat betreft de *inhoud* van de waarschuwingsplicht verwijst de Hoge Raad, zoals hierboven bleek (par. 4.6.3), naar het Jetblast-arrest uit 2004.⁷²⁰ In casu kon over de te verwachten effectiviteit van de waarschuwingssticker worden getwijfeld, nu de tekst daarvan slechts verwees naar het amputatiegevaar bij verwijdering van de beschermkappen, terwijl de bewuste richel juist niet van een beschermkap was voorzien.⁷²¹ Bovendien was van de zijde van Bayar aangevoerd dat hij de bedoelde tekst 'niet, dan wel onvoldoende kon lezen', kennelijk vanwege zijn gebrekkige beheersing van de Nederlandse taal.⁷²² De Hoge Raad gaat hier niet nader op in en laat de desbetreffende cassatieklacht onbehandeld (r.o. 3.4.5).

Het vervolg van r.o. 3.3.2 is gewijd aan de relevantie van (i) de ná het ongeval getroffen veiligheidsmaatregelen en (ii) de voorzienbaarheid van het onvoorzichtige gedrag van de werknemer. Ten aanzien van het eerste element verwijst de Hoge Raad naar het arrest Messaoudi/Hoechst uit 1978, waarin het eveneens ging om het beknelde raken van ledematen van een werknemer in een machine. In dat arrest werd een motiveringsgebrek geconstateerd, omdat de rechtbank onvoldoende aandacht had besteed aan de stelling van de werknemer, dat alleen al uit het feit dat na het ongeval een ijzeren beschermingsstrip was aangebracht, bleek dat de werkgeefster haar zorgplicht had geschonden.⁷²³ Bij de behandeling van het gevaarzettingsleerstuk werd reeds betoogd dat een dergelijk beroep op naderhand getroffen veiligheidsmaatregelen niet zonder meer doorslaggevend kan zijn. Het anticiperen op risico's die zich al eens hebben voorgedaan is immers, dankzij de *benefit of hindsight*, per definitie gemakkelijker dan het vermijden van vooralsnog denkbeeldige risico's. Wél

719 De betreffende overweging van de Hoge Raad werd reeds geciteerd in par. 4.6.3.

720 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), r.o. 3.4.3, besproken in par. 4.3.8.

721 Vgl. de conclusie van P-G Hartkamp, sub 14.

722 Zie onderdeel 5 van het cassatiemiddel.

723 Zie HR 14 april 1978, NJ 1979, 245 (Messaoudi/Hoechst).

kunnen naderhand getroffen veiligheidsmaatregelen een illustratie vormen van wat de laedens had *kunnen* ondernemen ter voorkoming van de geleden schade, zo werd betoogd in par. 4.3.6. Tegen deze achtergrond had de rechtbank het beroep van Bayar op de aangebrachte veiligheidsstrip niet zonder meer als irrelevant mogen passeren. De Hoge Raad denkt er ook zo over:

‘Wanneer blijkt dat effectievere maatregelen ter voorkoming van een ongeval zoals dit zich heeft voorgedaan, mogelijk waren, dan moet worden onderzocht waarom niettemin het aanbrengen van deze voorziening destijds niet van de werkgever kon worden gevegd, waarbij naast de hiervoor genoemde factoren van belang is in hoeverre het treffen van een dergelijke veiligheidsmaatregel reeds voordat een ongeval zich had voorgedaan voor de werkgever of voor de deskundigen waarover hij in zijn bedrijf beschikt voor de hand lag (...).’

Of het aanbrengen van een extra beveiligingsstrip inderdaad op voorhand reeds ‘voor de hand lag’, was mede afhankelijk van de voorzienbaarheid van Bayar’s gevaarlijke handelwijze, het tweede element dat in r.o. 3.3.2 wordt behandeld. Rode draad in het bestreden vonnis van de rechtbank was dat het voor Wijnen niet voorzienbaar was, dat Bayar zijn hand in de machine zou (kunnen) steken. De Hoge Raad nuanceert deze visie, gelet op het in par. 4.6.3 besproken ervaringsfeit van onoplettendheid:

‘Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever heeft gedaan wat redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht, kan (...) van belang zijn of de werkgever de specifieke gedragingen die tot het ongeval hebben geleid, met inachtneming van het hiervoor bedoelde ervaringsfeit, redelijkerwijs heeft moeten voorzien, maar van doorslaggevende betekenis is zulks niet, omdat onoplettendheid bij het bedienen van een gevaarlijke machine veelal op verschillende wijzen tot een ongeval kan leiden en voor aansprakelijkheid van de werkgever niet is vereist dat deze juist die gedraging heeft (kunnen) voorzien die tot het ongeval heeft geleid.’

Kennelijk ziet de Hoge Raad in dit verband ruimte voor *generalisering* (par. 4.2.12). Vereist is niet dat de werkgever de concrete handelwijze van de werknemer, waardoor de schade is veroorzaakt, precies heeft (kunnen) voorzien, maar dat hij rekening diende te houden met enigerlei vorm van onoplettendheid, resulterend in de *mogelijkheid* van verwezenlijking van het betrokken gevaar. Zou in casu de opening achter de richel inderdaad te klein zijn geweest voor een mensenhand, dan zou de hier bedoelde voorzienbaarheid hebben ontbroken. Die vaststelling is echter zonder praktische betekenis, omdat in dat geval ook het onderhavige ongeval zich niet had kunnen voordoen.

De slotsom luidt dat de rechtbank ‘in verschillende opzichten blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel haar oordeel ontoereikend heeft gemotiveerd’ (r.o. 3.4.1). Indien de rechtbank alleen of in overwegende mate betekenis heeft gehecht aan de onvoorzienbaarheid van de gevaarlijke gedraging van Bayar, zou dat ‘niet juist’ zijn, aldus de Hoge Raad, onder

verwijzing naar het zojuist besproken generaliseringsargument.⁷²⁴ Meer in het algemeen wekt het bestreden vonnis de indruk, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.4.2, dat de rechtbank zich 'nagenoeg geheel [heeft] geconcentreerd op de vraag of de gedraging van Bayar die tot het ongeval heeft geleid voor Wijnen voorzienbaar was'. Onduidelijk is daardoor of de rechtbank 'inderdaad alle omstandigheden van het geval' heeft meegewogen, waarbij de Hoge Raad meer in het bijzonder wijst op het belang van de 'ernst van het te duchten (amputatie)gevaar'. De rechtbank had die omstandigheid buiten beschouwing gelaten, op grond van de gedachte dat de ernst van het betrokken gevaar niet van invloed kan zijn op de voorzienbaarheid van de onvoorzichtige handelwijze van het slachtoffer. Dat is op zichzelf juist, maar in deze eenzijdige focus op de eigen verantwoordelijkheid van de *werknemer* lag juist de zwakte van het bestreden vonnis.

Al met al bevestigt het arrest dat ten aanzien van 'klassieke' arbeidsongevallen, samenhangend met het verrichten van intrinsiek gevaarlijke activiteiten op de werkvloer, een relatief strenge zorgplicht geldt. Dat is in overeenstemming met de gedachte die in par. 4.6.1 werd vooropgesteld, te weten dat de werkgever in zulke gevallen logischerwijze de eerstverantwoordelijke partij is. Toegespitst op het onderwerp van deze studie betekent dit dat de werkgever hier uit hoofde van art. 7:658 BW is gehouden tot voldoende onderzoek naar de arbeidsgerelateerde gevaren in kwestie en tot een redelijke mate van anticipatie op onvoorzichtig gedrag van zijn werknemers, bij voorkeur door het treffen van fysieke veiligheidsmaatregelen. Indien arbeidsgerelateerde gevaren onder de gegeven (werk)omstandigheden onvermijdelijk zijn, zal de werkgever zijn toevlucht mogen nemen tot een waarschuwing van werknemers, mits hij dit op adequate wijze doet en erop toeziet dat de door hem gegeven veiligheidsinstructies worden nageleefd. Een en ander wordt gerechtvaardigd door het feit dat de werkgever de gevaarlijke werkomgeving in economische zin 'exploiteert' (par. 4.6.1).

4.7 ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN EN MISLEIDENDE RECLAME

4.7.1 Algemeen

In 2008 is titel 6.3 BW, betreffende onrechtmatige daad, uitgebreid met een nieuwe afdeling 6.3.3A inzake oneerlijke handelspraktijken. Deze afdeling is ingevoerd ter implementatie van een Europese richtlijn,⁷²⁵ die tot doel heeft

724 Vgl. par. 4.3.3, waar bleek dat het onderhavige vereiste van 'voorzienbaarheid van onoplettendheid' in de praktijk zelden van doorslaggevende betekenis is.

725 Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.

de desbetreffende wetgeving in Europa (volledig⁷²⁶) te harmoniseren en een 'hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming' te bewerkstelligen.⁷²⁷ Kern van de richtlijn is dat oneerlijke handelspraktijken ten opzichte van consumenten verboden zijn (art. 5) en dat de lidstaten dienen te voorzien in een adequate handhaving van dit verbod (art. 11). De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen de oneerlijke handelspraktijk – niettegenstaande de (pre)contractuele context ervan – te kwalificeren als onrechtmatige daad, die de benadeelde consument recht geeft op schadevergoeding.⁷²⁸ In aanvulling op deze privaatrechtelijke sanctie is tevens voorzien in publiekrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit.⁷²⁹

De regeling van de oneerlijke handelspraktijken in afdeling 6.3.3A vertoont een nauwe samenhang met de al langer bestaande afdeling 6.3.4 inzake misleidende en vergelijkende reclame,⁷³⁰ die eveneens een Europese achtergrond heeft.⁷³¹ Beide afdelingen beogen, kort gezegd, te voorkomen dat handelaren onjuiste of onvolledige informatie verstrekken aan het publiek. Sinds de invoering van afdeling 6.3.3A is het beschermingsbereik van afdeling 6.3.4 beperkt tot personen die in de uitoefening van hun *bedrijf* worden benadeeld door misleidende of vergelijkende reclame (art. 6:194 lid 1 BW). Dit betekent dat consumenten zich niet langer kunnen beroepen op deze (voorheen ook voor hen geldende) artikelen.⁷³² Volgens de wetgever levert dat geen verminderd beschermingsniveau op, aangezien misleidende reclame in de zin van afdeling 6.3.4 tevens kwalificeert als oneerlijke handelspraktijk in de zin van afdeling 6.3.3A.⁷³³ Per saldo zien beide afdelingen op de toelaatbaarheid van commerciële communicatie,⁷³⁴ waarbij afdeling 6.3.3A de positie van de mis-

726 Uit art. 4 van de richtlijn blijkt dat een volledige harmonisatie is beoogd. Zie ook MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 3-4.

727 Aldus de considerans, sub 2 en 11. Zie ook MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 1.

728 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 4-5. Zie voor kritiek op deze benadering Van Boom 2008, p. 7, die meent dat schadevergoeding hier 'niet altijd de meest voor de hand liggende remedie is'. Anders Verkade 2009, nr. 6, die de gekozen benadering 'goed pleitbaar' acht.

729 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 5 e.v. Zie ook Van Boom 2008, p. 11 e.v., die veel belang hecht aan deze publiekrechtelijke handhaving.

730 Zie over deze samenhang Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 8, p. 5-6.

731 Zie Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame (waarop bij de invoering van het nieuwe BW reeds werd geanticipeerd) en meer recent de herziene Richtlijn 97/55/EG inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame.

732 Zie bijv. Van Boom 2008, p. 4; en Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 164e. Vgl. ook Geerts & Vollebregt 2009, p. 5 e.v., die overigens menen dat art. 6:194a BW wél mede in 'B2C-verhoudingen' geldt.

733 Vgl. Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 8, p. 6. Zie in gelijke zin bijv. Geerts & Vollebregt 2009, p. 34-36; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 308.

734 Vgl. art. 6:193 lid 1 sub d BW, waar onder 'handelspraktijk' (mede) wordt verstaan iedere vorm van 'commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing'.

leide consument beschermt en afdeling 6.3.4 die van de benadeelde (concurrent-)handelaar.

Ook de *wijze* van bescherming is in beide afdelingen vergelijkbaar. Deze komt erop neer dat ‘slachtoffers’ van een oneerlijke handelspraktijk of van misleidende dan wel vergelijkende reclame kunnen profiteren van een dubbele omkering van de bewijslast.⁷³⁵ Blijkens de artikelen 6:193j en 6:195 BW wordt in dit verband niet alleen de onrechtmatigheid – derhalve het oneerlijk of misleidend karakter van de verweten gedraging – verondersteld, maar ook de toerekenbaarheid. Dit betekent meer concreet dat de handelaar die wordt aangesproken wegens een beweerd oneerlijke handelspraktijk of een beweerd vorm van misleidende of vergelijkende reclame, slechts aan aansprakelijkheid kan ontkomen door te bewijzen dat de door hem verstrekte informatie juist en volledig was (derhalve niet oneerlijk of misleidend), dan wel dat de onjuistheid of onvolledigheid onder de gegeven omstandigheden niet aan zijn schuld te wijten was, noch op andere gronden voor zijn rekening komt.

In de literatuur is de vraag opgeworpen of deze omkering van de bewijslast reflexwerking kan hebben in de contractuele sfeer, meer in het bijzonder indien een consument zich beroept op een *wilsgebrek* in verband met een oneerlijke handelspraktijk van de wederpartij. Van Boom acht een dergelijke ‘kruisbestuiving’ inderdaad denkbaar.⁷³⁶ Bij de totstandkoming van afdeling 6.3.3A heeft de wetgever zich op dit punt aanvankelijk beperkt tot de neutrale opmerking, dat tussen de regeling van de oneerlijke handelspraktijken en die van de wilsgebreken ‘overlap’ bestaat, in die zin ‘dat een oneerlijke handelspraktijk ertoe kan leiden dat een consument een overeenkomst heeft gesloten die ook onder invloed van een wilsgebrek tot stand is gekomen’.⁷³⁷ Bij de mondelinge behandeling ging de minister een stap verder, door desgevraagd te verklaren ‘dat bij misleidende informatie omkering van de bewijslast, dus ook de betere positie van de consument, zonder meer van toepassing is, ook als er een beroep wordt gedaan op wilsgebreken ten einde de overeenkomst te vernietigen’.⁷³⁸

De ultieme consequentie van deze visie zou kunnen zijn dat bij overeenkomsten tussen consumenten en handelaren het bewijs van dwaling wegens schending van een precontractuele waarheidsplicht of mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub a en b BW niet langer door de consument behoeft te worden geleverd (vgl. par. 3.5.5), maar dat de handelaar in dit verband de juistheid c.q. volledigheid van de door hem verstrekte informatie dient te bewijzen. Die consequentie lijkt niet aannemelijk, nu de richtlijn Oneerlijke handelspraktijken met zoveel woorden ‘het verbintenissenrecht en, in het

735 Zie bijv. Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 164a en 166; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 313 en 320.

736 Van Boom 2008, p. 8-9.

737 Aldus Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 8, p. 17. Zie ook p. 18, waar wordt opgemerkt dat de omschrijving van de misleidende handelspraktijk in art. 6:193c en 193d BW nauw aansluit bij de dwalingsregeling.

738 *Handelingen II* 2007/08, 14, p. 938.

bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet' laat (art. 3 lid 2).⁷³⁹ Bovendien lijkt de bedoelde consequentie ook ongewenst, omdat de aanvaarding van informatieplichten altijd een deugdelijke *argumentatie* behoeft. Worden consumenten 'groepsgewijs' als potentiële slachtoffers van een geschonden informatieplicht beschouwd, doordat behoudens tegenbewijs wordt aangenomen dat er sprake is van een wilsgbrek in verband met (vermeende) oneerlijke handelspraktijken van de betrokken handelaren, dan wordt goed beschouwd de *aard van de rechtsverhouding* als zodanig – los van de concrete omstandigheden van het geval – als doorslaggevend argument voor de bescherming van consumenten gehanteerd. Een dergelijke categorische consumentenbescherming gaat mij – althans in het dwalingskader – te ver, gelet op het uitgangspunt dat contracteren een eigen verantwoordelijkheid meebrengt ter voorkoming van teleurstellingen (par. 3.1.2).

4.7.2 Wettelijk kader

De hoofdregel van afdeling 6.3.3A is te vinden in art. 6:193b lid 1 BW, waar het verrichten van een oneerlijke handelspraktijk wordt bestempeld als 'onrechtmatig'. Blijkens art. 6:193a lid 1 sub d BW moet onder 'handelspraktijk' in dit verband worden verstaan iedere gedraging van een handelaar, welke rechtstreeks verband houdt met 'de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten'. Oneerlijk is een dergelijke gedraging, aldus art. 6:193b lid 2 BW, indien deze (a) 'in strijd met de vereisten van professionele toewijding' is en (b) dientengevolge 'het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen' aantast, in die zin dat dit vermogen 'merkbaar is beperkt of kan worden beperkt'.⁷⁴⁰ Element (a) verwijst naar art. 6:193a lid 1 sub f BW, waar professionele toewijding wordt omschreven als het 'normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht'. Element (b) wordt uitgewerkt in art. 6:193b lid 2 BW zelf, waar wordt vereist dat de beperking van het vermogen tot geïnformeerde besluitvorming zodanig is, dat ten gevolge van de oneerlijke handelspraktijk 'de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen'. Art. 6:193b lid 4 BW expliciteert in dit verband dat de 'gangbare en rechtmatige reclamepraktijk', met de bijbehorende vormen van aanprijzing en overdrijving, 'op zich niet oneerlijk' is.

739 Vgl. Van Boom 2008, p. 9, die de geciteerde opmerking van de minister niet goed kan 'plaatsen', hoewel hij de bedoelde kruisbestuiving wel wenselijk acht.

740 Zie over dit laatste element Verkade 2009, nr. 32, die meent dat het gaat om een 'verzwaring van het loutere causaliteitsvereiste'.

In art. 6:193b lid 3 BW wordt het criterium van 'oneerlijkheid' geconcretiseerd door verwijzing naar twee specifieke verschijningsvormen van de oneerlijke handelspraktijk, die in de volgende artikelen nader worden uitgewerkt. Het gaat om de 'misleidende' handelspraktijk (art. 6:193c e.v. BW) en de 'agressieve' handelspraktijk (art. 6:193i e.v. BW). Laatstgenoemde variant, die verwant is met het wilsgebrek bedreiging (art. 3:44 lid 2 BW),⁷⁴¹ is voor het onderhavige onderwerp minder relevant. Informatieplichten spelen met name een rol op het terrein van de *misleidende handelspraktijk*. Blijkens art. 6:193c lid 1 BW is een handelspraktijk misleidend 'indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden'. Het artikel vervolgt met een opsomming van verschillende aspecten, waarop de misleiding betrekking kan hebben, zoals de 'voornaamste kenmerken van het product' (lid 1 sub b) of de prijs (lid 1 sub d). Aan het slot van lid 1 wordt herhaald dat – zoals reeds bleek in art. 6:193b lid 2 BW – tussen de misleiding en de besluitvorming van de consument in objectieve zin causaal verband moet bestaan, zodanig dat 'de gemiddelde consument' daardoor van gedachten zou zijn veranderd.

Niet alleen *onjuiste* maar ook *onvolledige* informatieverstrekking kan een misleidende handelspraktijk opleveren, zo blijkt in art. 6:193d lid 1 BW over de 'misleidende omissie'. Een misleidende omissie doet zich voor, aldus lid 2, indien 'essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen'. Het begrip 'weglaten' wordt in dit verband ruim opgevat, nu blijkens lid 3 ook informatie die 'op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt wordt' kan resulteren in een misleidende omissie. De beoordeling van het misleidend karakter moet volgens lid 4 plaatsvinden met inachtneming van 'de feitelijke context', waarbij mede dient te worden gelet op 'de beperkingen van het communicatiemedium' en 'de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen'. Volgens de wetgever gaat het hier om 'een belangrijke nuancering'. Ter illustratie wordt gewezen op het voorbeeld van een handelaar die in een sms-boodschap niet alle vereiste informatie kan geven, maar deze wel via zijn website beschikbaar stelt. Uiteindelijk bepalen de 'verschillende factoren tezamen' of er sprake is van een misleidende omissie, aldus de wetgever.⁷⁴²

Gelet op het voorgaande is het voor de vaststelling van een misleidende omissie van cruciaal belang, welke informatie onder de gegeven omstandigheden als 'essentieel' in de zin van art. 6:193d lid 2 BW moet worden beschouwd. Art. 6:193e BW geeft hiervoor een nadere regeling, toegespitst op

741 Aldus Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II 2006/07*, 30928, nr. 8, p. 18.

742 Zie MvT, *Kamerstukken II 2006/07*, 30928, nr. 3, p. 16. Vgl. ook Verkade 2009, nr. 38, die lid 4 als 'de scharnierende bepaling' van art. 6:193d BW beschouwt.

gevallen waarin de handelaar een 'uitnodiging tot aankoop' doet.⁷⁴³ In zulke gevallen zal de handelaar tenminste openheid van zaken moeten geven over de 'voornaamste kenmerken' van het product (sub a), zijn identiteit en adresgegevens (sub b), de prijs van het product (sub c), de leverings- en betalingsvoorwaarden (sub d) en de eventuele gelding van een annuleringsrecht (sub e). Terecht signaleert de wetgever dat deze informatieplichten 'niet absoluut' zijn,⁷⁴⁴ zoals blijkt uit de clausuleringen in de wettekst. Over de 'voornaamste kenmerken' van het product (sub a) dient bijvoorbeeld slechts informatie te worden verschaft 'in de mate waarin dit gezien het medium en het product passend is'. De leverings- en betalingsvoorwaarden (sub d) behoeven slechts vermelding, 'indien deze afwijken van de vereisten van professionele toewijding'. Tegen deze achtergrond concludeert Verkade dat de lijst 'eigenlijk weinig om het lijf' heeft.⁷⁴⁵

Al met al hebben de onderhavige normen een zeer 'open' karakter en is de uitkomst moeilijk voorspelbaar.⁷⁴⁶ Voor de praktijk is van belang dat art. 6:193g BW een aantal concrete handelspraktijken omschrijft, die 'onder alle omstandigheden misleidend' zijn. Op deze 'zwarte lijst' staan vooral *actieve* vormen van misleidend marktgedrag.⁷⁴⁷ Zo wordt het ijdel gebruik van (niet-bestaande) gedragscodes of (niet-erkende c.q. niet-verworven) keurmerken bestempeld als misleidend (sub a-d), evenals het voorwenden van een irreële prijs (sub e), het doen van onjuiste beweringen betreffende een gevaar waaraan de consument zonder gebruik van het product zou zijn blootgesteld (sub l) of het omschrijven van een product als 'gratis' terwijl het in werkelijkheid geld kost (sub t). Interessant is de rubriek sub r, waar als misleidend wordt bestempeld het 'feitelijk onjuiste informatie verstrekken over marktomstandigheden of de mogelijkheid het product te bemachtigen met de bedoeling de consument het product te doen aanschaffen tegen voorwaarden die minder gunstig zijn dan de normale marktvoorwaarden'. Het is niet uitgesloten dat dergelijke verkooppraatjes voor veel handelaren dagelijkse praktijk zijn. Aangenomen moet worden dat de in het maatschappelijk verkeer gebruikelijke algemene aanprijzingen ('nergens goedkoper', 'buitenkans') in dit verband toelaatbaar zijn, zoals wordt bevestigd door het eerder genoemde art. 6:193b lid 4 BW.

743 In art. 6:193a lid 1 sub g wordt dit begrip gedefinieerd als een 'commerciële boodschap die de kenmerken en de prijs van het product op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermeldt en de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen'.

744 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 16.

745 Verkade 2009, nr. 45.

746 Hierop is in de literatuur kritiek geuit. Vgl. Van Boom 2008, p. 5; Verkade 2009, nr. 26; en Pavillon 2011, p. 333-334, 350. Zie ook Pavillon 2011, p. 513 e.v., die pleit voor harmonisatie van oneerlijkheidsnormen op Europees niveau.

747 De meeste omschrijvingen gebruiken de term 'beweren'. Sommige omschrijvingen laten ruimte voor passieve vormen van misleiding, door te spreken van 'de indruk wekken' (bijv. sub i, m, v en w). Concrete voorbeelden van misleidende omissies in de zin van art. 6:193d BW bevat de lijst echter niet.

Vergeleken met de regeling van de oneerlijke handelspraktijken in afdeling 6.3.3A BW is die van de misleidende reclame in afdeling 6.3.4 BW betrekkelijk compact.⁷⁴⁸ Art. 6:194 BW bepaalt dat een handelaar die omtrent door hem aangeboden goederen of diensten een misleidende mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, *onrechtmatig* handelt jegens zijn concurrenten. Wat in dit verband onder 'misleiding' moet worden verstaan, wordt niet geëxpliciteerd. Wel worden verschillende aspecten opgesomd, waarop de misleiding betrekking kan hebben, zoals de 'hoedanigheid, eigenschappen of gebruiksmogelijkheden' van de aangeboden goederen of diensten (sub a) en de 'prijs of de wijze van berekenen daarvan' (sub d). Aangenomen moet worden dat het misleidend karakter van een mededeling niet alleen in *onjuistheid*, maar ook in *onvolledigheid* gelegen kan zijn.⁷⁴⁹ In het World Online-arrest uit 2009, waarin het ging om prospectusaansprakelijkheid in verband met een mislukte beursgang, overwoog de Hoge Raad in dit verband dat de enkele onjuistheid of onvolledigheid geen voldoende voorwaarde voor onrechtmatigheid vormt. Bij de beantwoording van de vraag of het prospectus misleidend was in de zin van art. 6:194 BW, moest volgens de Hoge Raad worden uitgegaan van 'de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt'.⁷⁵⁰ Hierboven bleek reeds dat dezelfde maatstaf van de 'gemiddelde consument' ook in het leerstuk van de oneerlijke handelspraktijken leidend is. In de nu volgende paragraaf wordt deze maatstaf nader uitgewerkt.

4.7.3 Maatstaf: de gemiddelde consument

De maatstaf van de 'gemiddelde consument' is afkomstig uit het arrest Gut Springenheide van het Europese Hof van Justitie, waarin het ging om een eierhandelaar die op een informatieblaadje de kwaliteiten van het door hem gebruikte veevoer had aanbevolen.⁷⁵¹ Het Hof overwoog dat de rechter bij de vaststelling van het misleidend karakter van een dergelijke commerciële uitspraak moet uitgaan van 'de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument' (r.o. 37).⁷⁵² De

748 De *vergelijkende* reclame (art. 6:194a BW) wordt hier niet behandeld.

749 Vgl. art. 6:195 lid 1 BW, waar de 'bewijslast ter zake van de juistheid of volledigheid' wordt omgekeerd. Zie voorts bijv. Van Delft-Baas 1987, p. 168; Verkade 1992, nr. 31 en 47; Geerts & Vollebregt 2009, p. 69-70; en HR 27 november 2009, L/JN BH2162, RvdW 2009, 1403 (VEB c.s./World Online c.s.), r.o. 4.10.4. Overigens betoogt Verkade 1992, nr 45, dat uit art. 6:194 BW geen 'positieve informatieplichten' kunnen worden afgeleid.

750 HR 27 november 2009, L/JN BH2162, RvdW 2009, 1403 (VEB c.s./World Online c.s.), r.o. 4.10.3-4.10.4.

751 HvJ EG 16 juli 1998, NJ 2000, 374 m.nt. DWFV onder 375 (Gut Springenheide).

752 Juridisch kader was een EG-verordening betreffende de eierhandel, maar de geciteerde overweging had een algemene strekking. Vgl. de annotatie van D.W.F. Verkade onder NJ 2000, 375, sub 1.

Hoge Raad hanteert in zijn jurisprudentie over oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame dezelfde maatstaf.⁷⁵³ Aangenomen wordt dat deze – bezien vanuit het perspectief van de consument – relatief streng is.⁷⁵⁴ Volgens de wetgever wordt hiermee voorkomen ‘dat de handelaar rekening moet houden met iedere consument ongeacht zijn vaardigheden of capaciteiten’. Handelspraktijken die slechts voor ‘naïeve’ consumenten misleidend zijn, leveren geen aansprakelijkheid op.⁷⁵⁵ Verkade betoogt tegen deze achtergrond dat productaanduidingen en reclame-uitingen niet ‘idiotensicher’ behoeven te zijn.⁷⁵⁶ Dienovereenkomstig is in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat consumenten niet mogen verwachten dat de rente op een spaarrekening ‘tot in lengte van dagen ongewijzigd’ blijft, maar dat zij – integendeel – behoren te begrijpen ‘dat de hoogte daarvan ook afhankelijk zou kunnen zijn van zich wijzigende marktomstandigheden’.⁷⁵⁷

Het voorgaande impliceert dat op de consument een zekere *onderzoeksplicht* rust.⁷⁵⁸ Volgens Vranken behelst deze onderzoeksplicht dat de consument ‘niet oppervlakkig en kritiekloos slikt wat hem wordt voorgeschoteld, maar integendeel goed uitkijkt bij wat hij doet en (zich) vragen stelt’.⁷⁵⁹ De consument mag dus niet berusten in zijn eigen onwetendheid. De veronderstelling is dat hij ‘weet dat hij niet alles weet, en weet dat hij niet alles voor zoete koek moet aannemen’.⁷⁶⁰ In zijn effectenlease-jurisprudentie heeft de Hoge Raad de onderhavige onderzoeksplicht tot uitdrukking gebracht, door te overwegen ‘dat van een omzichtige en oplettende consument mag worden verwacht dat hij zich vooraf redelijke inspanningen getroost om de betekenis van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verplichtingen en risico’s te doorgronden, en dat hij de in de brochures opgenomen aanprijzingen, loftuitingen en voorbeelden met prudentie beschouwt.’ Meer concreet oordeelde de Hoge Raad (toegespitst op de onderhavige problematiek) dat van de gemiddelde consument ‘in ieder geval verwacht mag worden dat hij weet dat effecten niet alleen in waarde kunnen stijgen, maar ook in waarde kunnen dalen’. Voor een andere

753 Zie bijv. HR 30 mei 2008, *LJN* BD2820, *NJ* 2010, 622 m.nt. J.B.M. Vranken (De Boer c.s./TMF), r.o. 4.2; HR 5 juni 2009, *LJN* BH2822, *RvdW* 2009, 685 (GeSp/Aegon), r.o. 4.3.5; en HR 27 november 2009, *LJN* BH2162, *RvdW* 2009, 1403 (VEB c.s./World Online c.s.), r.o. 4.10.3.

754 Zie bijv. Verkade 2009, nr. 29; Pavillon 2011, p. 359-360; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 310. Vgl. ook Duivenvoorde 2010, p. 533, die zich (tegen de achtergrond van inzichten uit de gedragswetenschappen) afvraagt of deze strenge benadering ‘voldoende ruimte laat om de consument te beschermen’.

755 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 14.

756 Zie de NJ-annotatie van D.W.F. Verkade bij HvJ EG 16 juli 1998, *NJ* 2000, 374 (onder *NJ* 2000, 275), sub 3.

757 Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *LJN* BQ6506, r.o. 4.9.

758 Zie bijv. Van Boom 2008, p. 9.

759 Zie de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 30 mei 2008, *LJN* BD2820, *NJ* 2010, 622 (De Boer c.s./TMF), sub 2.

760 Aldus de NJ-annotatie van D.W.F. Verkade bij HvJ EG 16 juli 1998, *NJ* 2000, 374 (onder *NJ* 2000, 275), sub 3; en (in gelijke zin) Verkade 2009, nr. 29.

maatstaf, uitgaande van een ‘minder dan gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’, was in casu geen plaats, aldus de Hoge Raad.⁷⁶¹

De maatstaf van de gemiddelde consument is dus overwegend *objectief* van aard. Van Boom ziet hierin een belangrijk verschil met de dwalingsregeling van art. 6:228 BW, die volgens hem onder omstandigheden ook bescherming van de ‘ondergemiddelde’ consument toelaat.⁷⁶² In dit verband zij gesignaleerd dat art. 6:193a lid 2 BW op het terrein van de oneerlijke handelspraktijken wel degelijk een zekere subjectivering mogelijk maakt,⁷⁶³ namelijk in gevallen waarin de handelaar zich richt op een ‘specifieke groep’ dan wel redelijkerwijs kan voorzien dat de leden van een specifieke groep ‘wegens hun geestelijke of lichamelijke beperking, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar [zijn] voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product’. In die gevallen kwalificeert het ‘gemiddelde lid’ van de betreffende specifieke groep (mede) als gemiddelde consument in de zin van art. 6:193b e.v. BW. De wetgever noemt ‘kinderen, oudere mensen of gehandicapten’ als voorbeelden van specifieke groepen waarvan het gemiddelde lid bijzonder vatbaar kan zijn voor bepaalde handelspraktijken of producten.⁷⁶⁴

Evenals de dwalingsregeling biedt de regeling der oneerlijke handelspraktijken dus ruimte voor bescherming van ‘ondergemiddelde’ consumenten. Wel is de benadering hier *grosso modo* grootschaliger dan bij dwaling, omdat oneerlijke handelspraktijken in de regel ‘massacommunicatie’ betreffen. De oneerlijkheid schuilt hier niet zozeer in het persoonlijke contact met de individuele consument, maar veeleer in de wijze waarop het gehele publiek door middel van advertenties, brochures en andere commerciële publicaties is geïnformeerd. Dat heeft ook te maken met het *tijdvak* waarop de beoordeling ziet. In het dwalingsleerstuk staat de (aanloop naar) de contractsluiting centraal, terwijl het bij oneerlijke handelspraktijken primair gaat om de daaraan voorafgaande fase van (vooralnog niet-geïndividualiseerde) werving en reclame.⁷⁶⁵ Zo beschouwd leidt het gemiddelde ‘casustype’ van de oneerlijke handelspraktijk – evenals dat van de misleidende reclame – logischerwijze tot een zekere mate van abstractie, en dientengevolge tot objectivering.⁷⁶⁶

761 HR 5 juni 2009, LjN BH2822, RvdW 2009, 685 (GeSp/Aegon), r.o. 4.3.5. Zie nader over de onderhavige effectenlease-jurisprudentie par. 4.8.5.

762 Zie Van Boom 2008, p. 8-9. Vgl. ook Verkade 2009, nr. 72; Pavillon 2011, p. 378; en laatstelijk M.Y. Schaub, NTBR 2011, 78, p. 568.

763 Vgl. Verkade 2009, nr. 30; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 310.

764 Zie MvT, Kamerstukken II 2006/07, 30928, nr. 3, p. 14.

765 Vgl. Busch 2008, p. 174, die (vanuit het Duitse perspectief) onderscheid maakt tussen de ‘Verhandlungsphase’ en de daaraan voorafgaande ‘Werbephase’.

766 Vgl. Busch 2008, p. 154-155, die uit een vergelijking van Duits contractenrecht en mededingingsrecht afleidt dat de rechtspraak in contractuele vraagstukken ‘eine individualiserende Betrachtung’ kiest, terwijl zij bij de beoordeling van oneerlijke handelspraktijken ‘einen generalisierenden Maßstab’ hanteert.

Het voorgaande wordt versterkt doordat over oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame vaak middels *groepsacties* wordt geprocedeerd. Zo overwoog de Hoge Raad in het World Online-arrest, dat een collectieve actie in de zin van art. 3:305a e.v. BW betrof, dat voor de kwalificatie van een commerciële mededeling als misleidend (en derhalve als onrechtmatig) niet is vereist dat de individuele belegger daadwerkelijk heeft kennisgenomen van of daadwerkelijk is beïnvloed door de mededeling, maar slechts 'dat de onjuistheid of onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de 'maatman-belegger' te kunnen misleiden'. Het gaat er dus om of de mededeling 'op zichzelf genomen een misleidend karakter heeft'. De vraag in hoeverre de individuele belegger bij zijn beleggingsbeslissing door de misleidende mededeling is beïnvloed, komt pas aan de orde bij de vaststelling van de *omvang* van de aansprakelijkheid, aldus de Hoge Raad.⁷⁶⁷ In die zin is het subjectieve perspectief van de individuele consument hier wellicht (om redenen van proceseconomie) geïsoleerd, maar niet (op principiële gronden) uitgesloten. Per saldo lijkt de geldende maatstaf niet fundamenteel anders dan in het dwalingsleerstuk.⁷⁶⁸

4.8 DIENSTVERLENERSAANSPRAKELIJKHEID

4.8.1 Algemeen

De aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren en (andere) dienstverleners, hier kortweg aangeduid als dienstverlenersaansprakelijkheid,⁷⁶⁹ doet zich veelal voor in de contractuele of precontractuele sfeer, als uitvloeisel van een tussen partijen gesloten of nog te sluiten overeenkomst.⁷⁷⁰ Men denke bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid van een advocaat jegens zijn cliënt in verband met het te laat instellen van hoger beroep,⁷⁷¹ of de aansprakelijkheid van een arts jegens zijn patiënt in verband met een gebrekkige voorlichting voorafgaand aan een medische behandeling.⁷⁷² Dienstverlenersaansprakelijkheid kan zich

767 Zie HR 27 november 2009, LjN BH2162, RvdW 2009, 1403 (VEB c.s./World Online c.s.), r.o. 4.10.4.

768 Vgl. laatstelijk M.Y. Schaub, NTBR 2011, 78, die uit een vergelijking van dwaling en oneerlijke handelspraktijken afleidt dat beide leerstukken 'wat betreft gedragsnorm en beschermingsniveau dicht bij elkaar liggen' en dat het dwalingsleerstuk slechts in 'een enkel theoretisch geval' meer bescherming zou kunnen bieden dan de regeling van de oneerlijke handelspraktijken (p. 574).

769 In de hedendaagse literatuur wordt de beroepsaansprakelijkheid op één lijn geplaatst met de aansprakelijkheid van (andere) dienstverleners. Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 1515; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 64.

770 De (pre)contractuele dienstverlenersaansprakelijkheid kwam reeds aan de orde in par. 3.8.7, 3.10.1 en 3.11.2.

771 Vgl. HR 11 december 2009, LjN BK0859, NJ 2010, 3 (Velic/Lemmen), r.o. 3.4.

772 Vgl. HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 m.nt. JBMV (N./P.), r.o. 3.5.2 e.v.

ook voordoen buiten de (pre)contractuele context, namelijk indien *derden* schade lijden door een beroepsfout.⁷⁷³ Men denke bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid van een accountant jegens gedupeerde schuldeisers van een gefailleerde onderneming in verband met een gebrekkige controle van de boekhouding,⁷⁷⁴ of de aansprakelijkheid van een notaris jegens gedupeerde schuldeisers van een gefailleerde bank in verband met het passeren van hypotheekaktes zonder voldoende onderpand.⁷⁷⁵

In al deze en dergelijke situaties kan de (contractuele, precontractuele of buitencontractuele) aansprakelijkheid van de dienstverlener in verband worden gebracht met het *vertrouwen* dat in het maatschappelijk verkeer aan zijn dienstverlening wordt gehecht.⁷⁷⁶ Dit vertrouwen vloeit voort uit zijn professionele deskundigheid, althans de veronderstelling daarvan.⁷⁷⁷ Artsen, advocaten, accountants, banken en notarissen nemen in de maatschappij een bijzondere vertrouwenspositie in, omdat zij (geacht worden te) beschikken over beroepsmatige kennis en kunde, die bij het grote publiek doorgaans ontbreekt. Tegen deze achtergrond wordt wel gezegd dat de bedoelde beroepsgroepen een maatschappelijke functie vervullen.⁷⁷⁸ Tjong Tjin Tai spreekt treffend van 'instituties'.⁷⁷⁹ De Hoge Raad verwijst in dit verband bijvoorbeeld naar 'de maatschappelijke functie van banken' en 'de functie van een notaris in het rechtsverkeer'.⁷⁸⁰

Het rechtsgevolg van de bedoelde vertrouwenspositie is dat op professionele dienstverleners een *zorgplicht* rust. Volgens vaste jurisprudentie dienen zij zich te gedragen met inachtneming van de zorgvuldigheid die van een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend' vakgenoot mag worden verwacht.⁷⁸¹ In de literatuur wordt deze maatstaf veelal in verband gebracht met art. 7:401

773 Zie bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 204; en Onrechtmatige daad VI.1 (Huijgen), aant. 4.

774 Vgl. HR 13 oktober 2006, LJV AW2080, NJ 2008, 528 m.nt. C.C. van Dam onder 529 (Vie d'Or), r.o. 5.3 e.v.

775 Vgl. HR 23 december 1994, NJ 1996, 627 m.nt. WMK (Tilburgse Hypotheekbank), r.o. 3.5.3.

776 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 3; Tjong Tjin Tai 2006, p. 174; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 20, 66; en Pijls 2010, p. 167, 170-171.

777 Vgl. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, die beroepsbeoefenaren consequent – namelijk per definitie (p. 3) – aanduidt als 'deskundigen'. Zie voorts bijv. Van Dam 2000, nr. 1513; Tjong Tjin Tai 2006, p. 172-173; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 20.

778 Zie bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 66.

779 Tjong Tjin Tai 2006, p. 174-175.

780 Zie resp. HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2; en HR 23 december 1994, NJ 1996, 627 m.nt. WMK (Tilburgse Hypotheekbank), r.o. 3.5.3.

781 Aldus bijv. (t.a.v. een medisch specialist) HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), r.o. 3.7. Zie voorts bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 25; Giesen 1997, p. 13; Van Dam 2000, nr. 913, 1513; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 200; Pijls 2010, p. 169; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 67; en Onrechtmatige daad VI.1 (Huijgen), aant. 7 (met verdere verwijzingen).

BW, betreffende de 'zorg van een goed opdrachtnemer'.⁷⁸² Dezelfde norm is voor medische beroepsbeoefenaren (in enigszins toegespitste bewoordingen) verankerd in art. 7:453 BW, dat spreekt van de 'zorg van een goed hulpverlener', tegen de achtergrond van 'de voor hulpverleners geldende professionele standaard'.⁷⁸³ Beide bepalingen veronderstellen strikt genomen het bestaan van een overeenkomst tussen de betrokken partijen, waarvan gelet op het voorgaande (nog) niet altijd sprake zal zijn. De gedachte is echter dat de contractuele zorgplicht van dienstverleners een soort reflexwerking heeft buiten de contractuele sfeer. Niet alleen werpt zij haar schaduw vooruit over het aan de overeenkomst voorafgaande onderhandelingsproces, ook 'overstijgt' de zorgplicht in zekere zin de (pre)contractuele relatie tussen de betrokken partijen, daar zij mede kan strekken tot bescherming van bepaalde derden.⁷⁸⁴

De *maatstaf* ter invulling van de zorgplicht blijft intussen gelijk, ongeacht de contractuele, precontractuele of buitencontractuele context.⁷⁸⁵ Beslissend is telkens wat onder de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend dienstverlener mocht worden verwacht. Aangenomen wordt dat het hier een relatief strenge maatstaf betreft, die van dienstverleners méér verlangt dan 'normale' zorg.⁷⁸⁶ Meer concreet betekent dit dat de binnen een beroepsgroep bestaande *gewoonten* als zodanig niet doorslaggevend zijn.⁷⁸⁷ Geheel onbegrensd is de zorgplicht intussen niet. De invulling moet geschieden met inachtneming van de omstandigheden van het geval,⁷⁸⁸ waarbij ook gewicht toekomt aan de eigen verantwoordelijkheid van de potentiële benadeelden.⁷⁸⁹ Dienovereenkomstig overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld dat de zorgplicht van een notaris 'haar grens [vindt] daar waar de notaris goede grond heeft te vertrouwen dat de betreffende belanghebbende zichzelf reeds op de hoogte had gesteld of dat deze tevoren reeds voldoende

782 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 6; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 93; en Pijls 2010, p. 169.

783 Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 406, waar de bepaling wordt bestempeld als een 'wettetechnisch gezien overbodige verdubbeling' van art. 7:401 BW.

784 De beeldspraken zijn ontleend aan Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 74; resp. Tjong Tjin Tai 2006, p. 188.

785 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 24; Giesen 1997, p. 13; Boks 2002, p. 30-31; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 74; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 67; en Onrechtmatige daad VI.1 (Huijgen), aant. 7. Enigszins *anders* Tjong Tjin Tai 2006, p. 176.

786 Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 1513; Tjong Tjin Tai 2006, p. 171; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 194; en Pijls 2010, p. 171.

787 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 25; Van Dam 2000, nr. 913, 1513; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 94; en Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 8.4. Vgl. ook (in de medische sfeer) Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, L/JN BH5919, NJF 2009, 130, r.o. 4.5.10.

788 Vgl. TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 323. Zie voorts bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 6, 25-26; Van Dam 2000, nr. 1513; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 97; en Pijls 2010, p. 169.

789 Zie bijv. Van Dam 2000, nr. 1513-1514; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 100, 125.

inzicht had in hetgeen voor die [met een notariële akte beoogde] gevolgen vereist was'.⁷⁹⁰ Michiels van Kessenich betoogt meer in algemene zin dat de dienstverlener geen rekening behoeft te houden met een gebrek aan kennis en inzicht dat, gezien de leeftijd en maatschappelijke positie van de cliënt, niet als 'normaal' is te beschouwen.⁷⁹¹ Een en ander is in overeenstemming met de beginselen van het gevaarzettingsleerstuk (vgl. par. 4.3.3 en 4.3.13).

4.8.2 Informatieplichten van dienstverleners

Het laat zich aanzien dat uit de zojuist besproken zorgplicht van dienstverleners, samenhangend met hun professionele deskundigheid, onder omstandigheden ook informatieplichten kunnen voortvloeien.⁷⁹² Deze informatieplichten vinden hun rechtvaardiging in de *aard van de rechtsverhouding* tussen de dienstverlener en zijn publiek (vgl. par. 4.3.4), welke rechtsverhouding wordt gekenmerkt door de in par. 4.8.1 bedoelde vertrouwensfunctie van professionele dienstverleners. Men kan zeggen dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend dienstverlener mag worden verwacht dat hij, met het oog op de gerechtvaardigde belangen van degenen die op zijn dienstverlening vertrouwen, alle informatie vergaart c.q. verstrekt die beantwoordt aan zijn maatschappelijke functie als professioneel dienstverlener.

Vanuit een historisch-dogmatisch perspectief moeten de hier bedoelde informatieplichten in het kader van de *wilsvertrouwensleer* worden gelokaliseerd. De gedachte is dat de dienstverlener, uit hoofde van zijn professionele deskundigheid, gehouden is zich te vergewissen van de goed geïnformeerde toestemming van zijn cliënt. Dit betekent meer concreet dat hij cliënten dient te waarschuwen voor de aan zijn dienstverlening verbonden risico's en dat hij bij twijfel dient te onderzoeken of zij zich daarvan voldoende bewust zijn.⁷⁹³ De onderhavige waarschuwings- en onderzoeksplichten van de dienstverlener staan wetssystematisch op één lijn met de in par. 3.2.1 e.v. behandelde informatieplichten uit hoofde van art. 3:35 BW. Evenals in dat kader wordt aangenomen dat de dienstverlener normaliter niet behoeft te *beletten* dat de cliënt een voor hem nadelige overeenkomst sluit.⁷⁹⁴ Uit hoofde van zijn professionele deskun-

790 HR 27 maart 1992, NJ 1993, 188 m.nt. EAAL (Meijer/S.), r.o. 3.3.

791 Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 32.

792 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 29-35; Giesen 1997, p. 8; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 20; Pijls 2010, p. 169-170; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 67.

793 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 29 e.v.; Giesen 1997, p. 14; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 108; en Onrechtmatige daad VI.1 (Huijgen), aant. 8-9.

794 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 30, 35; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 106.

digheid is hij – behoudens uitzonderingen in de medische en de financiële sfeer⁷⁹⁵ – slechts gehouden te voorkomen dat de cliënt in *onwetendheid* zijn toestemming geeft. De bevordering van goed geïnformeerd gedrag staat hier dus voorop (vgl. par. 2.3.3). Dienovereenkomstig overwoog de Hoge Raad in het Dexia-arrest uit 2009 dat op de aanbieder van een riskant financieel product (in casu effectenlease) in beginsel niet de verplichting rust om particuliere cliënten te *weigeren*, omdat een dergelijke weigeringsplicht onverenigbaar zou zijn met het beginsel van contractsvrijheid.⁷⁹⁶

Voor al in de medische sfeer komt de idee van ‘informed consent’ traditioneel sterk tot uitdrukking.⁷⁹⁷ Een medische behandeling kwalificeert in beginsel als een onrechtmatige inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt (par. 4.2.5). Vandaar dat de wetgever hiervoor normaal gesproken ‘toestemming van de patiënt’ vereist (art. 7:450 BW).⁷⁹⁸ Teneinde deze toestemming mogelijk (althans reëel) te maken, bepaalt art. 7:448 BW dat de patiënt op duidelijke wijze over de behandeling moet worden geïnformeerd, meer in het bijzonder over ‘de te verwachten gevolgen en risico’s’ daarvan (lid 2 sub b). De Hoge Raad destilleert uit de combinatie van art. 7:448 en 7:450 BW een ‘op de arts rustende verplichting de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de risico’s verbonden aan de voorgestelde behandeling’, welke ertoe strekt ‘de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven’.⁷⁹⁹ Voor de invulling van deze informatieplicht verwijst de literatuur naar gezichtspunten die associaties oproepen met de bekende *Kelderluikfactoren* uit het gevaarzettingsleerstuk (vgl. par. 4.3.5). Het gaat om de aard en frequentie van de betrokken risico’s, de medische noodzaak van de behandeling en de vraag of er alternatieve behandelwijzen voorhanden zijn.⁸⁰⁰ In lijn met het gevaarzettingsleerstuk (par. 4.3.13) wordt aangenomen dat de informatieplicht van de arts zich in beginsel niet uitstrekt tot algemeen bekende risico’s,⁸⁰¹ zoals het normale

795 Zie bijv. Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 44 e.v.; en ‘t Hart & Du Perron 2006, p. 60. Vgl. ook par. 4.8.4, over de weigeringsplicht in het kader van de optiehandel.

796 HR 5 juni 2009, LjN BH2815, RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.12.2, besproken in par. 4.8.5.

797 Zie daarover bijv. Stolker 1988, p. 39 e.v.; Leenen e.a. 2007, p. 189 e.v.; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 418 e.v.; Stolker in Wessels & Verheij 2010, nr. 275; en Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 10.

798 Aangenomen wordt dat toestemming achterwege kan blijven in acute noodsituaties. Zie bijv. Stolker in Wessels & Verheij 2010, nr. 279; en Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 10.3.1. Zie voorts de uitwerkingen in art. 7:450 lid 2-3 en 7:466 BW.

799 Aldus bijv. HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 m.nt. JBMV (N./P.), r.o. 3.5.3.

800 Zie bijv. Stolker 1988, p. 51; Stolker in Wessels & Verheij 2010, nr. 275; en Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 10.2.1 (aan het slot).

801 Zie bijv. Stolker 1988, p. 59 (die echter niet te snel wil aannemen dat medische feiten van algemene bekendheid zijn); Giesen 1997, p. 14-15; Leenen e.a. 2007, p. 193; en Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers), aant. 10.2.4.

infectiegevaar dat aan iedere operatie is verbonden.⁸⁰² Beslissend is welke informatie ‘een redelijk mens’ nodig heeft om zijn toestemming voor de behandeling te geven.⁸⁰³

Ook in de notariële sfeer is sprake van informatieplichten die strekken tot de bevordering van goed geïnformeerd gedrag. Uit art. 43 lid 1 Wet op het notarisambt wordt afgeleid dat de notaris bij het verlijden van een notariële akte niet alleen een *algemene informatieplicht* heeft, inhoudend dat hij partijen wijst op de rechtsgevolgen van ondertekening en onderzoekt of hetgeen in de akte wordt opgenomen overeenstemt met hun werkelijke bedoeling, maar ook een *bijzondere waarschuwingsplicht*, inhoudend dat hij partijen zo nodig waarschuwt voor specifieke, aan de rechtshandeling verbonden risico's.⁸⁰⁴ De eerstbedoelde informatieplicht is algemeen van aard en staat in het teken van de rechtszekerheid.⁸⁰⁵ De gedachte is dat de notaris als openbaar ambtenaar is gehouden tot een zekere mate van ‘wilscontrole’, om te zorgen dat aan de rechtshandeling geen juridisch gebrek kleeft.⁸⁰⁶ Dienovereenkomstig oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat op de notaris die een akte verlijdt, waarbij namens een partij wordt opgetreden door een vertegenwoordiger, de verplichting rust – op straffe van aansprakelijkheid – zich ‘zo volledig en nauwkeurig mogelijk’ te vergewissen van diens bevoegdheid.⁸⁰⁷ De tweede informatieplicht, de bijzondere waarschuwingsplicht, is incidenteel van aard en staat in het teken van de individuele rechtsbescherming.⁸⁰⁸ De gedachte is dat de notaris ‘beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht’. Op die grond oordeelde de Hoge Raad in het arrest Groninger huwelijksvoorwaarden dat de notaris niet zonder te waarschuwen had mogen meewerken aan de omzetting van huwelijksvoorwaarden in een algehele gemeenschap van goederen, met het kennelijke doel de vrouw in kwestie te laten opdraaien voor de financiële malaise van haar man.⁸⁰⁹ Men spreekt in dit verband, onder verwijzing naar het Duitse recht, over de *Belehrungspflicht* van de notaris.⁸¹⁰

Beide notariële informatieplichten – de algemene informatieplicht en de bijzondere waarschuwingsplicht – liggen in elkaars verlengde. Desalniettemin

802 Zie Rb. Arnhem 25 juni 1992, *TvG* 1993, 12, p. 50-55, r.o. 4.13. Over een *verhoogd* risico van infecties moet de patiënt wél worden geïnformeerd. Zie bijv. Hof Arnhem 27 juli 1999, *NJ* 2000, 96, r.o. 2.16.

803 Aldus Leenen e.a. 2007, p. 193. Vgl. ook Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 32; en Giesen 1997, p. 36.

804 Zie bijv. Boks 2002, p. 1 e.v.; Van Es 2007, p. 16; en Breedveld-de Voogd 2010, p. 76.

805 Zie bijv. Boks 2002, p. 37; en Breedveld-de Voogd 2010, p. 74.

806 Zie bijv. Boks 2002, p. 53; en Breedveld-de Voogd 2010, p. 75.

807 HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 m.nt. EAAL onder 474 (Credit Lyonnais), r.o. 3.3.

808 Zie bijv. Boks 2002, p. 85-86, 88; Van Es 2007, p. 21; en Breedveld-de Voogd 2010, p. 76.

809 Zie HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL (Groninger huwelijksvoorwaarden), r.o. 3.3.

810 Vgl. de NJ-annotatie van E.A.A. Luijten bij het arrest Groninger huwelijksvoorwaarden, sub 1. Zie voorts bijv. Boks 2002, p. 80-82.

wordt in de literatuur gepleit voor een duidelijk onderscheid.⁸¹¹ De gedachte is dat de algemene informatieplicht neutraler van aard is dan de bijzondere waarschuwingsplicht.⁸¹² Uit hoofde van zijn 'wilscontroleerende' functie zou de notaris slechts gehouden zijn tot het vergaren en verstrekken van objectieve informatie, ter voorkoming van juridische gebreken, terwijl hij uit hoofde van zijn 'rechtsbeschermende' functie tevens gehouden zou zijn de cliënt zo nodig op andere gedachten te brengen, ter voorkoming van misbruik of onevenredige benadeling.⁸¹³ Breedveld-de Voogd betoogt in dit verband dat de notariële waarschuwingsplicht 'voorbij de grenzen van de wilsgebreken' gaat, in die zin dat een notaris bijvoorbeeld óók dient in te grijpen indien hij constateert dat er sprake is van een dwaling die wegens schending van een onderzoeksplicht op grond van art. 6:228 lid 2 BW voor rekening van de dwalende zou moeten blijven (vgl. par. 3.6.11).⁸¹⁴

De situatie in het notariaat is in zekere zin illustratief voor de dienstverlenersaansprakelijkheid in het algemeen. Stonden de informatieplichten van dienstverleners aanvankelijk vooral in het teken van hun 'wilscontroleerende' functie, met nadruk op klassieke leerstukken als dwaling en wilsvertrouwensleer, inmiddels zijn zij dat (pre)contractuele kader min of meer ontstegen (par. 4.8.1). Als sequeel van de algemene 'zorgplicht' van professionele dienstverleners hebben zij zich ontwikkeld tot autonome verplichtingen tot informatievergaring en -verstrekking, die in contractuele, precontractuele én buitencontractuele verhoudingen kunnen dienen als grondslag voor aansprakelijkheid. Dienovereenkomstig wordt tegenwoordig het informatieverzuim van de dienstverlener als een zelfstandige vorm van beroepsaansprakelijkheid beschouwd, naast de klassieke beroepsfouten in eigenlijke zin.⁸¹⁵ Een uitputtende behandeling van de desbetreffende jurisprudentie en literatuur is binnen het bestek van dit onderzoek niet mogelijk. Hieronder wordt de aandacht gericht op de informatieplichten van *financiële dienstverleners*.⁸¹⁶ Deze bieden met het oog op de onderzochte problematiek interessante aanknopingspunten, omdat juist op het terrein van de financiële dienstverlening de spanning tussen zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid (momenteel) sterk speelt, terwijl hier bovendien systematische afstemmingsvragen rijzen omtrent de verhouding tussen contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht, welke vragen in het onderhavige onderzoek centraal staan (par. 1.2).

811 Zie vooral Boks 2002, p. 35. Zie voorts bijv. Van Es 2007, p. 16; en Breedveld-de Voogd 2010, p. 76.

812 Vgl. Van Es 2007, p. 25.

813 Vgl. Boks 2002, p. 54-55.

814 Breedveld-de Voogd 2010, p. 85.

815 Zie bijv. Giesen 1997, p. 8; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 67. Vgl. ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 20.

816 Zie voor het navolgende reeds Jansen 2010, p. 623 e.v.

4.8.3 Financiële dienstverleners

Volgens vaste jurisprudentie rust op financiële dienstverleners, zoals banken en beleggingsinstellingen, een *bijzondere zorgplicht*, strekkend tot bescherming van financiële consumenten tegen onverantwoorde financiële risico's. Evenals bij andere dienstverleners vloeit deze zorgplicht voort uit hun maatschappelijke positie, samenhangend met de professionele deskundigheid van financiële dienstverleners (vgl. par. 4.8.1). In de bancaire sfeer overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld 'dat de maatschappelijke functie van [een bank] een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'.⁸¹⁷ De reikwijdte van deze zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁸¹⁸ In dit verband kan mede gewicht toekomen aan de publiekrechtelijke regelgeving op het terrein van de financiële dienstverlening.⁸¹⁹ Met name de in 2007 ingevoerde Wet op het financieel toezicht (Wft) bevat, tezamen met de bijbehorende uitvoeringsregelgeving, belangrijke aanknopingspunten.⁸²⁰

Uit de geciteerde omschrijving blijkt het brede karakter van de onderhavige zorgplicht. Het betreft een norm van ongeschreven privaatrecht, die niet alleen de contractuele relatie van de financiële dienstverlener met zijn cliënten beheerst, maar ook de precontractuele relatie met potentiële cliënten en de delictuele relatie met bepaalde derden. In de jurisprudentie is uit de bijzondere zorgplicht bijvoorbeeld een precontractuele mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW omtrent de risico's van een borgstelling afgeleid,⁸²¹ een precontractuele waarschuwingsplicht uit hoofde van de redelijkheid en billijkheid met betrekking tot het restschuldrisico bij effectenlease,⁸²² een (aanvullende) contractuele verplichting uit hoofde van art. 7:401 BW tot het bewaken van de 'margin' bij optietransacties in opdracht van de cliënt,⁸²³ en voorts een delictuele zorgvuldigheidsnorm op grond van art. 6:162 lid 2

817 HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2.

818 Aldus bijv. HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.), r.o. 3.6.2; en HR 24 december 2010, *LJN* BO1799, *NJ* 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje c.s.), r.o. 3.4, besproken in par. 4.8.7. Zie voorts bijv. Cherednychenko 2010, p. 70; Jansen 2010, p. 624; en Pijls 2010, p. 169.

819 Zie bijv. Cherednychenko 2010, p. 74; Jansen 2010, p. 625; en Pijls 2010, p. 181. Vgl. echter ook HR HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.11.5, waaruit blijkt dat de civielrechtelijke zorgplicht véerder kan reiken dan de publiekrechtelijke regelgeving.

820 Zie voor een korte inventarisatie bijv. Jansen 2010, p. 625-627; en Pijls 2010, p. 183-188. Zie uitgebreider bijv. Grundmann-van de Krol 2010.

821 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), besproken in par. 3.7.15.

822 HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), besproken in par. 4.8.5.

823 HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Van Zuylen/Rabobank), besproken in par. 4.8.4.

BW tot het doen van onderzoek naar de vraag of cliënten zonder wettelijk voorgeschreven vergunning jegens derden optreden als beleggingsadviseur.⁸²⁴ De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners fungeert dus op de meest uiteenlopende deelgebieden van het verbintenissenrecht, en kan niet (exclusief) tot een bepaald wettelijk kader worden herleid.⁸²⁵

Op het terrein van de optiehandel en de effectenlease heeft de Hoge Raad de bijzondere zorgplicht nader uitgewerkt, door te overwegen dat hier de bank of beleggingsinstelling 'als professionele en op dit terrein bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht [is] gehouden, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn', op grond van 'hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengen'.⁸²⁶ Behalve de professionele deskundigheid van financiële dienstverleners in het algemeen speelt hier dus meer in het bijzonder ook de omvang van de betrokken risico's een rol, alsmede de aard van de (pre)contractuele rechtsverhouding tussen de aanbieders van optietransacties en effectenleaseproducten enerzijds en hun particuliere cliënten anderzijds. Dienovereenkomstig acht de Hoge Raad bij de beoordeling van de omstandigheden van het geval in dit verband van bijzonder belang (i) de 'deskundigheid en relevante ervaringen' van de cliënt, (ii) 'diens inkomens- en vermogenspositie' en (iii) de 'ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's'.⁸²⁷ Men herkent hier achtereenvolgens de *aard van de rechtsverhouding*, de *aard van de betrokken belangen* en de *aard van de betrokken informatie* als gezichtspunten voor het aannemen van een informatieplicht (vgl. par. 4.3.4).

Op het terrein van de optiehandel en de effectenlease heeft de Hoge Raad voorts een belangrijke indicatie gegeven van de *reikwijdte* van de bijzondere zorgplicht, door te overwegen dat deze 'naar zijn aard tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht'. De Hoge Raad leidt uit deze strekking af dat bij de toepassing van art. 6:101 BW 'fouten van de cliënt die uit die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht voortvloeien, in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de Bank waardoor deze in die zorgplicht is tekortgeschoten'.⁸²⁸ Kennelijk ziet de Hoge Raad in de optiehandel en bij effectenlease

824 HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289 m.nt. M.R. Mok (Fortis/Stichting Volendam).

825 Aldus ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 24 december 2010, *LJN* BO1799, *NJ* 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje c.s.), sub 3.10.

826 Aldus HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 m.nt. C.J. van Zeeben (Van de Klundert/Rabobank), r.o. 3.6. Zie in gelijke zin de weergave van 's hofs (in zoverre onderschreven) oordeel in HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.8.4.

827 Zie HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Van Zuylen/Rabobank), r.o. 3.6.3; en HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.8.4.

828 Aldus bijv. HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 m.nt. C.J. van Zeeben (Rabobank/Everaars), r.o. 3.3; en in gelijke zin HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.16.2.

structureel minder ruimte voor het aannemen van eigen schuld, in die zin dat bij schending door een financiële dienstverlener van zijn bijzondere zorgplicht de financiële consument in beginsel minimaal de helft van zijn geleden schade vergoed krijgt.⁸²⁹ De lagere rechtspraak bevestigt dit beeld van een jurisprudentiële ‘50 procent-regel’.⁸³⁰

4.8.4 Vervolg; optiehandel

De risico's van beleggen in het algemeen komen bijzonder sterk tot uitdrukking bij de handel in opties, rechten tot aan- of verkoop van aandelen tegen een vooraf bepaalde prijs binnen een vaststaande periode. Vooral het ‘schrijven’ van opties, dat wil zeggen het aangaan van de verplichting om de onderliggende aandelen tegen een vaststaande prijs te kopen of verkopen, is bijzonder riskant, omdat het onvoorspelbare verloop van de aandelenkoers kan meebrengen dat de ‘schrijver’ na het uitoefenen van de optie aandelen moet leveren die door een koersstijging veel duurder zijn geworden, respectievelijk aandelen moet afnemen die door een koersdaling nog maar een fractie van de bedongen prijs waard zijn. Om dit – in theorie onbegrensde – risico op te vangen, moeten beleggers in opties een financiële buffer aanhouden, die van dag tot dag op basis van de actuele aandelenkoers wordt berekend. Art. 86 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo) stelt de dienstdoende beleggingsinstelling verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van deze ‘marginverplichting’. Zij moet bewaken dat haar cliënten ‘voortdurend over voldoende saldi beschikken’ om aan hun actuele verplichtingen te voldoen (lid 1) en moet zo nodig, indien de beschikbare margin tekortschiet en de cliënt niet in staat blijkt aanvullende zekerheden te stellen, overgaan tot sluiting van de betreffende optieposities (lid 2).

Op het terrein van de optiehandel is dus, bij wijze van uitzondering op het in par. 4.8.2 besproken beginsel van contractsvrijheid, sprake van een wettelijke *weigeringsplicht* in geval van schending van de marginverplichting. De ratio is kennelijk dat in dit verband de integriteit van de optiehandel op het spel staat.⁸³¹ Het laat zich aanzien dat er van deze handel weinig terecht komt, indien niet op enigerlei wijze is gewaarborgd dat beleggers de door hen aangegane verplichtingen ook daadwerkelijk kunnen nakomen. Veelzeggend is dat de marginverplichting vóór de invoering van de betreffende

829 Aldus bijv. Van Boom 2003b, p. 563. Terughoudender is C.E. du Perron in zijn NJ-annotatie bij HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (Van Zuylen/Rabobank), maar ook hij concludeert dat ‘slechts in uitzonderlijke gevallen’ meer dan 50 procent eigen schuld kan worden aangegomen.

830 Zie voor een inventarisatie Nederlof-Wouters van den Oudenweijer & Van der Woude 2009, p. 222-224.

831 Vgl. Cherednychenko 2010, p. 71, die in dit ‘publieke belang’ een rechtvaardiging ziet voor de onderhavige weigeringsplicht.

publiekrechtelijke regelgeving al was opgenomen in de eigen 'spelregels' van de beurs.⁸³² Dat wil niet zeggen dat beleggers daaraan geen civielrechtelijke aanspraken kunnen ontleen. Volgens vaste jurisprudentie strekt de weigeringsplicht, als uitvloeisel van de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners, niet alleen tot bescherming van het algemene belang van een integere optiehandel, maar ook tot bescherming van de particuliere vermogensbelangen van beleggers.⁸³³ Meer concreet betekent dit dat een belegger die schade lijdt door (zijn eigen) overschrijding van de margin, de financiële dienstverlener in kwestie aansprakelijk kan stellen wegens schending van diens bijzondere zorgplicht. Dit geldt zelfs voor eigenzinnige beleggers, die welbewust, in de hoop op koerswinst, de margin hebben overschreden.

Illustratief is het arrest Van Zuylen/Rabobank uit 2003. Ondernemer Kouwenberg, de inmiddels overleden echtgenoot van eiseres Van Zuylen, had sinds zijn pensionering grote bedragen belegd in opties en daarbij stelselmatig zijn marginverplichting overschreden. 's hofs oordeel dat van schending van de bancaire zorgplicht geen sprake kon zijn, omdat Kouwenberg voortdurend was geweest op de risico's en zelfs was gewaarschuwd dat zijn gehele vermogen gevaar liep, doch 'moeilijk te overtuigen en vrij eigengereid' was, werd op principiële gronden vernietigd. Na vooropstelling van de bancaire zorgplicht en herhaling van de regel dat deze strekt tot bescherming van beleggers tegen hun eigen onvoorzichtigheid (par. 4.8.3), overwoog de Hoge Raad onomwonden dat 'een bank in beginsel in strijd met die zorgplicht handelt indien zij haar cliënt volgt in diens uitdrukkelijke wens dat, niettegenstaande hij niet voldoet aan de gebruikelijke margeverplichting, uitvoering wordt gegeven aan (een) door hem verstrekte opdracht(en) tot het verkopen (schrijven) van putopties in de hoop dat de beurs wel weer zal aantrekken en zijn verlies beperkt zal blijven'. Eventuele deskundigheid van de cliënt kan in dit verband weliswaar 'van invloed zijn' op de omvang van de zorgplicht, maar 'de enkele bekendheid met de optiehandel in het algemeen en de daaraan verbonden risico's in het bijzonder' is daartoe onvoldoende, aldus de Hoge Raad.⁸³⁴

Gezien de stellige formulering van het arrest wordt in de literatuur aangenomen dat de ruimte voor het maken van een *uitzondering* op de bijzondere zorgplicht inzake het bewaken van de margin zeer beperkt is.⁸³⁵ Het lijkt erop dat de Hoge Raad een min of meer categorisch beschermingsregime heeft willen creëren, erop neerkomend dat een door de beleggingsinstelling gedoog-

832 Zie bijv. art. 31m van het Reglement voor de Handel van de European Options Exchange (EOE), zoals aan de orde in HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 m.nt. C.J. van Zeben (Rabobank/Everaars). Vgl. ook Van der Wiel 2010, p. 154, die meent dat deze '(zelf)reguleringsachtergrond' een grote rol speelt.

833 Zie bijv. HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 m.nt. C.J. van Zeben (Van de Klundert/Rabobank), r.o. 3.6. Zie voorts bijv. Du Perron 2003, p. 192.

834 HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Van Zuylen/Rabobank), r.o. 3.6.4.

835 Zie bijv. Hartlief 2003c, p. 935.

de schending van de marginverplichting praktisch automatisch kwalificeert als schending van de bijzondere zorgplicht, zodat de eigen verantwoordelijkheid van de belegger in dit verband enkel bij de toepassing van art. 6:101 BW tot uitdrukking kan komen, waarbij fouten van de belegger voorts 'in beginsel minder zwaar' wegen dan de door de beleggingsinstelling geschonden zorgplicht (par. 4.8.3).

Ter rechtvaardiging van deze 'paternalistische' benadering wordt in de literatuur veelal gewezen op overwegingen van gedragsnormering.⁸³⁶ De gedachte is dat particuliere beleggers van nature geneigd zijn tot riskant beleggingsgedrag en dat zij derhalve het best kunnen worden beschermd door het aannemen van een categorische weigeringsplicht. Van der Wiel brengt deze gedachte in verband met het gevaarzettingsleerstuk, door verwijzing naar het in par. 4.3.8 besproken Jetblast-arrest.⁸³⁷ De harde eis transacties te weigeren vindt volgens hem 'steun in de gedachte dat voorzorgsmaatregelen effectief dienen te zijn'.⁸³⁸ Hier kan tegenin worden gebracht dat zelfs in het gevaarzettingsleerstuk, waar de idee van slachtofferbescherming traditioneel stevig is verankerd, niet van de laedens wordt gevergd dat deze rekening houdt met volstrekt roekeloos gedrag van de potentiële slachtoffers (par. 4.3.3).⁸³⁹ Bedacht zij dat situaties als aan de orde in het arrest Van Zuylen/Rabobank allicht niet tot een procedure zouden hebben geleid, indien de overschrijding van de margin toevallig positief zou hebben uitgepakt.⁸⁴⁰ Eigenzinnige beleggers als Kouwenberg aanvaardden de risico's van de optiehandel, zo lijkt het, niet zozeer uit onbedachtzaamheid, maar vooral uit winstbejag. Dat plaatst de stelselmatige bescherming van zulke beleggers in een ander daglicht.

4.8.5 Vervolg; effectenlease (Dexia)

Winstbejag van beleggers speelde zeker ook een rol in de bekende effectenlease-affaire, zij het dat de wijze waarop de banken in dit verband dat winstbejag bij hun cliënten hadden gestimuleerd en uitgebuit, vrij algemeen (en naar mijn mening terecht) is veroordeeld. Vanaf het begin van de jaren negentig werden in uitgekende reclamecampagnes uiteenlopende varianten van

836 Zie bijv. Hartlief 2003c, p. 936; Van Boom 2003b, p. 561; en Du Perron 2003, p. 196.

837 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast).

838 Van der Wiel 2010, p. 154. Vgl. Hartlief 2004a, p. 872, die eveneens toepassing van de Jetblast-norm op het terrein van de bancaire aansprakelijkheid bepleit.

839 Vgl. Pijls 2010, p. 173, die terecht opmerkt dat het niet alleen de optiehandel is waar particulieren nogal eens tekortschieten in voldoende zorg voor hun eigen (vermogens)belangen.

840 Vgl. HR 4 december 2009, L/N BJ7320, NJ 2010, 67 m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers), r.o. 3.7, waarin werd geoordeeld dat de bancaire zorgplicht inzake het bewaken van de margin niet strekte tot bescherming van de betrokken belegger, die per saldo een positief beleggingsresultaat had behaald.

complexe effectenlease-producten aangeboden aan een veelal onbemiddeld en ondeskundig publiek. Gemeenschappelijk kenmerk van deze effectenlease-producten was dat het ging om beleggen met geleend geld. Daardoor konden beginnende beleggers met een relatief kleine inleg een relatief grote aandelenportefeuille verwerven, als gevolg waarvan zij echter ook relatief grote risico's liepen. Problematisch was vooral het zogenaamde *restschuldrisico*, dat inhield dat beleggers – afhankelijk van het beursklimaat – na aflossing van het geleende bedrag met een 'restschuld' konden blijven zitten. Uit het beschikbare foldermateriaal kon dit restschuldrisico weliswaar worden afgeleid, maar de banken hadden er niet met zoveel woorden voor gewaarschuwd.⁸⁴¹ Aldus werden vele nietsvermoedende beleggers na de neergang van de beurzen gedupeerd.

In het Dexia-arrest uit 2009 heeft de Hoge Raad deze marketingstrategie van de banken, deels ook in algemene bewoordingen, veroordeeld.⁸⁴² Volgens de Hoge Raad rustte op de aanbieders van effectenlease-producten, gelet op hun maatschappelijke functie en deskundigheid, in hun verhouding met particuliere beleggers een bijzondere zorgplicht, voortvloeiend uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid (r.o. 4.8.3). Ten aanzien van het onderhavige 'risicovolle en complexe aflossingsproduct',⁸⁴³ dat in casu aan een 'breed publiek' was aangeboden, bracht deze bijzondere zorgplicht mee dat aanbieder Dexia, voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst met belegger De Treek, gehouden was 'zich adequaat de belangen van De Treek aan te trekken door indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld' (r.o. 4.10.3). Voorts diende Dexia onderzoek te doen naar de inkomens- en vermogenspositie van De Treek, teneinde te beoordelen of hij 'over voldoende bestedingsruimte beschikte om naar redelijke verwachting aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te voldoen' (r.o. 4.11.4). Op basis van zulk onderzoek had Dexia De Treek zo nodig zelfs moeten adviseren om 'van de overeenkomst af te zien' (r.o. 4.11.4), welke verplichting slechts hierdoor werd begrensd, dat Dexia niet tegen de uitdrukkelijke wil van De Treek behoefde te weigeren een overeenkomst met hem aan te gaan (r.o. 4.12.2). In casu gaf 's hofs oordeel dat Dexia ten opzichte van De Treek was tekortgeschoten in de nakoming van haar bijzondere zorgplicht, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 4.10.1 e.v. en 4.11.1 e.v.).

Kort gezegd behelst de bijzondere zorgplicht op het terrein van de effectenlease dus enerzijds een *waarschuwingsplicht* omtrent het restschuldrisico en

841 De betreffende brochures zijn beschikbaar via <www.platformaandelenlease.nl>.

842 Zie HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 5.1-5.7, waar de Hoge Raad een 'Algemene beschouwing' formuleert. Zie ook HR 29 april 2011, *LJN* BP4012, *RvdW* 2011, 563 (Van der Heijden/Dexia), r.o. 4.3.5, waar de Hoge Raad zijn oordeel in verkorte vorm herhaalt.

843 Een 'aflossingsproduct' verplicht de belegger tot een periodieke aflossing van zijn lening gedurende de looptijd van het contract, hetgeen de kans op een restschuld verkleint maar niet elimineert (vgl. r.o. 4.3.2).

anderzijds een *onderzoeks- en adviseringsplicht* omtrent de inkomens- en vermogenspositie van beleggers (r.o. 5.2.1).⁸⁴⁴ Volgens de Hoge Raad strekt de waarschuwingsplicht ertoe de belegger 'te informeren over en te waarschuwen tegen het lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's of van risico's die hij redelijkerwijze niet kan dragen' (r.o. 5.2.1). Evenals de onderzoeks- en adviseringsplicht staat deze waarschuwingsplicht dus (mede) in het teken van het bewaken van de bestedingsruimte van de belegger, een doelstelling die op het terrein van de optiehandel heeft geleid tot de ontwikkeling van een min of meer categorische verplichting tot het sluiten van optieposities bij gebrek aan voldoende margin (par. 4.8.4). Op het terrein van de effectenlease wil de Hoge Raad, 'behoudens bijzondere omstandigheden' (r.o. 5.2.1), zo ver niet gaan, omdat een precontractuele weigeringsplicht hier 'geen recht [zou] doen aan het beginsel van de contractsvrijheid' (r.o. 4.12.2). Wel aanvaardt hij, evenals op het terrein van de optiehandel, een bijzondere eigen schuld-regel ter bescherming van particuliere beleggers, inhoudend dat 'fouten van de afnemer die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de aanbieder waardoor deze in de zorgplicht is tekortgeschoten' (r.o. 5.6.2).

De uitkomst van het arrest, die in grote lijnen overeenstemt met hetgeen de meeste feitenrechtters op het terrein van de effectenlease reeds hadden beslist,⁸⁴⁵ is overwegend positief ontvangen. Wel wijzen verschillende auteurs op een systematische inconsistentie, gelegen in het feit dat ondanks de schending door Dexia van haar precontractuele waarschuwingsplicht omtrent het restschuldrisico het beroep van De Treek op dwaling wegens schending van een mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW werd verworpen.⁸⁴⁶ De Hoge Raad beargumenteert deze verworping, in navolging van het hof, door te overwegen dat door Dexia aan De Treek 'op essentiële punten voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's, waaronder het restschuldrisico, redelijkerwijze te voorkomen' (r.o. 4.4.5). Daarmee rijst echter de vraag waarom Dexia De Treek niettemin had moeten *waarschuwen* voor dit restschuldrisico, dat blijkbaar genoegzaam bekend was. Het antwoord van de Hoge Raad luidt dat de bijzondere zorgplicht in zoverre 'verder reikt' dan de algemene mededelingsplicht bij dwaling (r.o. 4.4.5).⁸⁴⁷ Dat lijkt echter meer een *petitio principii* dan een werkelijke argumentatie. Voor zover de Hoge Raad doelt op de strekking van de bijzondere zorgplicht tot bescherming van

844 Aldus ook de verkorte weergave van het arrest in HR 29 april 2011, LJN BP4012, RvdW 2011, 563 (Van der Heijden/Dexia), r.o. 4.3.5.

845 Vgl. Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 84-87; en Van Boom & Lindenberg 2010, p. 193.

846 Zie bijv. Van Baalen 2009, p. 301-303; Van Boom 2009, p. 238-239; Pijls 2009a, p. 256-257; Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2168; en Valk 2009b, p. 237. Zie daarentegen *instemmend* bijv. Schild 2009, p. 939-940; Hartkamp 2010b, p. 386; en Du Perron 2010, p. 63.

847 Zie ook r.o. 4.10.3, alsmede de conclusie van plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, sub 4.7 en 10.11, die met dezelfde formulering volstaat.

beleggers tegen 'het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht' (par. 4.8.3), kan deze argumentatie in elk geval niet overtuigen, aangezien óók de mededelingsplicht bij dwaling volgens vaste jurisprudentie 'strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling'.⁸⁴⁸ Wissink zoekt de verklaring – op een (wets)technisch niveau – in het causaliteitsvereiste van art. 6:228 BW (par. 3.5.5), waaruit hij afleidt dat de mededelingsplicht bij dwaling geen betrekking kan hebben op informatie die bij de dwalende reeds bekend was.⁸⁴⁹ Dat verklaart echter nog niet waarom voor de waarschuwingsplicht iets anders zou moeten gelden (vgl. par. 2.3.2). Onduidelijk blijft, met andere woorden, waarom Dexia naar maatstaven van precontractuele redelijkheid en billijkheid wél voldoende duidelijke inlichtingen had verschaft omtrent het restschuldrisico, maar naar diezelfde maatstaven van precontractuele redelijkheid en billijkheid níet voldoende voor dat restschuldrisico had gewaarschuwd.

De meest waarschijnlijke verklaring is dat de Hoge Raad zich 'pour besoin de la cause' heeft willen beperken tot de bijzondere zorgplicht als grondslag voor aansprakelijkheid, kennelijk omdat deze grondslag hem in combinatie met art. 6:101 BW de gewenste mogelijkheden tot nuancering bood.⁸⁵⁰ Tegen deze achtergrond concluderen sommige auteurs, met name in de sfeer van het effectenrecht, dat de dwaling in dit verband als remedie min of meer heeft afgedaan. Illustratief is het volgende betoog van Pijls:

'Ik verwacht dat in de toekomst bij het oplossen van beleggingschillen (...) in toenemende mate naar het instrument van de zorgplicht zal worden gegrepen. Een klassieke remedie als dwaling zal qua belang inboeten. De reden hiervoor is dat het dwalingleerstuk van oorsprong bedoeld is om wilsgebreken in de precontractuele fase bij de aankoop van eenvoudige roerende zaken (via een vernietigings-sanctie) te redresseren. Dat maakt dit leerstuk naar zijn aard minder geschikt om complexe beleggingsgeschillen (voortkomend uit de aankoop van steeds complexer wordende beleggingsproducten) – waarbij niet zelden beide partijen een gebrek aan zorgvuldigheid kan worden verweten – te beslechten. Voor dergelijke geschillen moet het privaatrecht voorzien in een flexibel instrument dat in staat is om in casusposities van telkens uiteenlopende aard wederzijdse schendingen van informatie- [en] onderzoeksplichten te sanctioneren. De zorgplicht lijkt aan deze eis te kunnen [voldoen]. In de eerste plaats omdat de zorgplicht vanwege haar open en flexibele karakter het mogelijk maakt om in ieder concreet geval een passende oplossing toegespitst op de specifieke omstandigheden van het geval te formuleren. Men zit niet vast aan het keurslijf van (de afweging van) wederzijdse onderzoeken en mededelingsplichten uit het dwalingsleerstuk. In de tweede plaats omdat de

848 HR 19 januari 2007, *LJN* AZ6541, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5, geciteerd in par. 3.6.16. Vgl. ook par. 3.6.5, over de inhoud van de mededelingsplicht.

849 Zie de conclusie van A-G Wissink voor HR 24 december 2010, *LJN* BO1799, *NJ* 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje c.s.), sub 3.38.2.

850 Zie bijv. Van Boom 2009, p. 238-239; Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2168; Valk 2009b, p. 237; en Van Boom & Lindenberg 2010, p. 193.

zorgplicht een geschikt instrument is om in geval van tekortschieten in zorg door zowel de financiële onderneming (jegens de belegger) als de belegger (voor zijn eigen vermogensbelangen), de schade over beide partijen te verdelen.⁸⁵¹

De vraag rijst of hier geen vertekend beeld wordt geschetst van ‘een klassieke remedie als dwaling’. De laconieke verwijzing naar ‘de aankoop van eenvoudige roerende zaken’ voorspelt weinig goeds. Een vergelijkbare vertekening doet zich voor in het Dexia-arrest. De Hoge Raad presenteert hier de bijzondere zorgplicht van de aanbieders van effectenlease-producten zo nadrukkelijk, dat hij het ‘klassieke’ dwalingsleerstuk en zijn eigen verfijnde jurisprudentie daaromtrent tekort doet. Dat de dwaling geen ‘passende oplossing’ zou bieden voor ‘complexe beleggingsgeschillen’ staat nog te bezien. De achterliggende gedachte is kennelijk dat vernietiging van de betrokken effectenlease-overeenkomsten moet worden voorkomen, maar onduidelijk is waarom. Van Baalen signaleert terecht een ‘potentieel wilsgebrek bij uitstek’.⁸⁵² Een deel van de effectenlease-geschillen is reeds efficiënt afgewikkeld door vernietiging op de voet van art. 1:89 BW,⁸⁵³ zodat de angst voor het ‘keurslijf’ van de vernietigingssanctie koudwatervrees lijkt. Bovendien biedt ook het dwalingsleerstuk volwaardige mogelijkheden om de schade – zo nodig ambtshalve – over de betrokken partijen te verdelen.⁸⁵⁴

Belangrijker dan deze (wets)systematische overwegingen is een principiële tegenwerping. De gedachte dat de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners ruimte biedt voor de gewenste nuancering is mijns inziens misleidend. In werkelijkheid heeft de toepassing van deze algemeen geformuleerde zorgplicht juist een *consoliderend* effect.⁸⁵⁵ Zij behelst een onmiskenbaar preadvies aan de (feiten)rechter, namelijk dat de eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument hier in beginsel minder zwaar weegt (vgl. par. 4.8.3). Niet voor niets wordt in de literatuur gezegd dat de gelding van een bijzondere zorgplicht meebrengt dat de aangesprokene reeds op voorhand met 1-0 achterstaat.⁸⁵⁶ Een zo categorische wijze van bescherming, zelfs waar het (zeer) eigengereide beleggers betreft, is mijns inziens niet in overeenstemming met

851 Pijls 2010, p. 188-189.

852 Van Baalen 2009, p. 302.

853 In deze gevallen ontbrak de krachtens art. 1:88 lid 1 sub d BW (inzake koop op afbetaling) vereiste echtelijke toestemming. Vgl. HR 28 maart 2008, *LJN BC2837*, *NJ* 2009, 578 m.nt. Jac. Hijma (Dexia/Van Tuijl c.s.).

854 Zie bijv. Van Boom 2009, p. 239; Valk 2009b, p. 237; Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2168; Van Boom & Lindenberg 2010, p. 195, welke auteurs wijzen op art. 3:41-42, 6:230, 6:248 lid 2 en 6:278 BW. Vgl. ook de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 28 maart 2008, *LJN BC2837*, *NJ* 2009, 578 (Dexia/Van Tuijl c.s.), sub 13.

855 Vgl. Pijls 2010, p. 175 e.v., die signaleert dat de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners steeds verder is veralgemeniseerd. Aldus ook Hartlief 2003c, p. 936-937.

856 Vgl. Huizink 2010, p. 5, die zelfs (zonder toelichting op de puntentelling) een uitslag van ‘twee-nul’ noteert.

de open, contextgebonden benadering uit het zorgvuldigheidsleerstuk (par. 4.2.10). In de volgende paragraaf werk ik dat nader uit.

4.8.6 Vervolg; zorgplicht vs. eigen verantwoordelijkheid

Uit de behandeling van de jurisprudentie op het terrein van de optiehandel en de effectenlease kan worden geconcludeerd dat de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners tot op zekere hoogte paternalistische trekken vertoont.⁸⁵⁷ Zonneklaar is dat vooral op het terrein van de optiehandel (par. 4.8.4), waar volgens de opvattingen in de literatuur de kennis en deskundigheid van de particuliere belegger feitelijk niet meer 'meetellen' bij de invulling van de bancaire verplichting tot het bewaken van de margin.⁸⁵⁸ In het Dexia-arrest toont de Hoge Raad zich wat dit betreft terughoudender, door uitdrukkelijk te overwegen dat de aanbieders van effectenlease-producten op grond van hun bijzondere zorgplicht in beginsel geen cliënten behoeven te weigeren (par. 4.8.5).⁸⁵⁹ Niettemin wordt ook hier de eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument duidelijk ondergeschikt gemaakt aan de bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener. Het is niet gering om van een ondernemer te vergen dat hij zijn cliënten zo nodig adviseert 'van de overeenkomst af te zien'.

Ook de waarschuwingsplicht omtrent het restschuldrisico levert, hoewel in theorie bedoeld ter bevordering van de individuele autonomie,⁸⁶⁰ in de praktijk een vergaande beperking op van de eigen verantwoordelijkheid van beleggers. Met name wanneer men, zoals 't Hart en Du Perron, uitgaat van een 'plicht om effectief te waarschuwen', tegen de achtergrond van het in par. 4.3.8 besproken Jetblast-arrest,⁸⁶¹ wordt gelet op de onverbeterlijke lichtvaardigheid van veel beleggers de scheidslijn tussen waarschuwingsplicht en weigeringsplicht in feite flinterdun.⁸⁶² Illustratief is een recent arrest van het Hof Amsterdam, waarin het effectenleaseproduct van de firma Defam centraal stond. In de betreffende brochure stond vermeld:

'Na beëindiging van de lease zal de verkoopopbrengst van de aandelen worden aangewend om het krediet in te lossen. Het restant zal dan aan u worden overgemaakt. Een eventueel tekort zal door u dienen te worden aangezuiverd.'

857 Vgl. Nieuwenhuis 2009, p. 2256-2257.

858 Aldus bijv. Giesen 2004, p. 38.

859 Vgl. Breedveld-de Voogd 2010, p. 73, die meent dat de Hoge Raad 'ten opzichte van de optiehandelarresten een aangepaste koers is gaan varen.'

860 Vgl. Nieuwenhuis 2009, p. 2257.

861 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast).

862 Zie 't Hart & Du Perron 2006, p. 58. Vgl. ook Van der Wiel 2010, p. 154; en Hartlief 2004a, p. 872.

Het hof las hierin 'geen uitdrukkelijke waarschuwing in niet mis te verstane bewoordingen' voor het risico van een restschuld.⁸⁶³ Wel nam het hof 40 procent eigen schuld van de belegger aan, omdat uit de brochure 'voldoende duidelijk kenbaar' was 'dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de aandelen op het tijdstip van verkoop daarvan' (r.o. 3.20). De indruk lijkt gerechtvaardigd dat het aanbieden van een effectenleaseproduct als zodanig reeds kwalificeert als schending van de bijzondere zorgplicht, en dat de eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument hier enkel *achteraf* kan worden verdisconteerd, in het kader van de eigen schuld (art. 6:101 BW). In par. 4.8.4 werd een vergelijkbare conclusie getrokken op het terrein van de optiehandel.

De paternalistische bescherming van de financiële consument is niet door alle auteurs kritiekloos aanvaard. Nieuwenhuis toont zich in zijn Leidse afscheidsrede een fel tegenstander. Banken zijn 'geen alwetende vaders die ter verantwoording moeten worden geroepen als zij tekortschieten in hun plicht om hun onervaren kinderen (de cliënten) tegen zichzelf te beschermen', aldus Nieuwenhuis.⁸⁶⁴ Ook Hartlief meent dat de bijzondere zorgplicht te ver doorschiet, indien de financiële dienstverlener beleggers 'op vergaande wijze *tegen zichzelf* moet beschermen (...) op terreinen waar risico's *onvermijdelijk* zijn'.⁸⁶⁵ Dienovereenkomstig betogen Knigge en Bakker dat de bancaire zorgplicht haar grens zou moeten vinden 'daar waar de bank goede grond heeft erop te vertrouwen dat de klant (...) reeds voldoende inzicht had in de risico's waaraan zij zich blootstelde'.⁸⁶⁶

Beziet men deze kritiek tegen de achtergrond van het gevaarzettingsleerstuk, dan is het niet zozeer de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners die vanuit een algemeen civielrechtelijk perspectief verbazing wekt (vgl. par. 4.4.5), en evenmin de gedachte dat die zorgplicht strekt tot bescherming van beleggers tegen hun eigen onvoorzichtigheid (vgl. par. 4.3.3), maar vooral de *categorische wijze* waarop de Hoge Raad die bijzondere zorgplicht op het terrein van de optiehandel en de effectenlease heeft toegepast. In het Dexia-arrest overweegt de Hoge Raad met zoveel woorden, en in strijd met zijn eerdere vooropstelling in r.o. 4.8.4, dat de waarschuwingsplicht omtrent het restschuldrisico en de onderzoeks- en adviseringsplicht omtrent de inkomens- en vermogenspositie van beleggers 'niet afhankelijk [zijn] van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer' (r.o. 5.2.1).⁸⁶⁷ Met het oog op een 'praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen omtrent andere effectenlease-overeenkomsten'

863 Hof Amsterdam 12 april 2011, *LJN* BQ2973, r.o. 3.10.

864 Nieuwenhuis 2009, p. 2257.

865 Hartlief 2003c, p. 937.

866 Knigge & Bakker 2011, p. 54.

867 HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia). De overweging is herhaald in HR 29 april 2011, *LJN* BP4012, *RvdW* 2011, 563 (Van der Heijden/Dexia), r.o. 4.3.5.

(r.o. 4.1) is dat natuurlijk een aantrekkelijk uitgangspunt,⁸⁶⁸ maar vanuit een algemeen civielrechtelijk perspectief is een dergelijke absolute zorgplicht, losgekoppeld van zijn concrete context, problematisch (vgl. par. 4.2.10).

Een soortgelijk bezwaar geldt de '50 procent-regel' die de Hoge Raad in het kader van art. 6:101 BW heeft afgeleid uit de zorgplicht van financiële dienstverleners (par. 4.8.3). In het algemene aansprakelijkheidsrecht is een vergelijkbare regel slechts bekend op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid, waar deze wordt gerechtvaardigd door de bijzonder kwetsbare positie van ongemotoriseerde verkeersdeelnemers.⁸⁶⁹ Het valt niet goed in te zien waarom uitgerekend teleurgestelde beleggers een vergelijkbaar categorisch beschermingsregime verdienen.⁸⁷⁰ Op het terrein van de gevaarstelling, waar het nota bene gaat om letsel- en zaakschade in plaats van zuivere vermogensschade, ontbreekt een vergelijkbare regel ten enenmale. Weliswaar wordt de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW bij de schending van veiligheidsnormen en bijzondere zorgplichten vaak ruimhartig toegepast,⁸⁷¹ maar niets belet de feitenrechter in dit verband om de geleden schade, in het licht van de omstandigheden van het geval, grotendeels of zelfs volledig voor rekening van het slachtoffer te laten.

Al met al lijkt het mij van belang dat de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners van geval tot geval wordt ingevuld, rekening houdend met de algehele *context* van de rechtsverhouding tussen de financiële dienstverlener en zijn cliënt.⁸⁷² Daarbij is één omstandigheid mijns inziens van bijzondere, en tot op heden vaak onderschatte betekenis. De 'lichtvaardigheid' van beleggers die hier zo categorisch door de Hoge Raad wordt beschermd, staat niet – althans zeker niet in alle gevallen – op één lijn met de alledaagse onvoorzichtigheid die bijvoorbeeld in het gevaarzettingsleerstuk tot fatale gevolgen leidt. Waar die onvoorzichtigheid hoogstens voortvloeit uit onwetendheid, gemakzucht of onverschilligheid, berust de lichtvaardigheid van beleggers in veel gevallen op een berekenende vorm van *winstbejag* (vgl. par. 4.8.4). Van Boom acht zulke verwijzingen naar het 'onderbuik-gevoel dat die gretige beleggers op hun blaren moeten zitten' blijkbaar minder relevant,⁸⁷³ maar naar mijn mening is de omstandigheid dat sommige beleggers welbewust en uit volle overtuiging risico's nemen die redelijkerwijs onverantwoord maar ook potentieel zeer lucratief zijn, bij uitstek een valide argument ter afbakening van de bijzondere zorgplicht. Zelfs Du Perron, die naar eigen zeggen geen bezwaar

868 Vgl. Schonewille 2011, p. 14, die 'de algemene uitwerking van de bijzondere zorgplicht' van groot belang acht voor collectieve acties in de zin van art. 3:305a BW.

869 Zie bijv. HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 m.nt. CJHB onder 702 (Marloes de Vos).

870 Aldus ook Nieuwenhuis 2009, p. 2260-2263.

871 Zie Schadevergoeding (Boonekamp), art. 101, aant. 17.4. Vgl. ook Tjong Tjin Tai 2006, p. 9-10.

872 Zie in gelijke zin bijv. Van Praag 2011, p. 103, die pleit voor een 'persoonsgerichte invulling' van de bancaire zorgplicht, meer in het bijzonder m.b.t. bejaarde beleggers, die volgens hem een bijzondere bescherming behoeven.

873 Vgl. Van Boom 2003b, p. 560.

heeft tegen bevoogding van beleggers, omdat mensen nu eenmaal 'doorgaans niet geheel rationeel handelen',⁸⁷⁴ komt uiteindelijk tot de slotsom:

'Wie weloverwogen een beleggingsrisico neemt, moet de gevolgen daarvan zelf dragen. (...) De autonomie van de cliënt staat bij de zorgplicht voorop.'⁸⁷⁵

Het lijkt erop dat de Hoge Raad oog heeft voor het hier bedoelde gezichtspunt, getuige het nu te bespreken arrest Fortis/Bourgonje c.s. uit 2010.⁸⁷⁶

4.8.7 Vervolg; Fortis/Bourgonje c.s.

Het ging in dit arrest om Bourgonje, een zeer vermogende belegger, die met (de rechtsvoorganger van) Fortis een overeenkomst van vermogensbeheer had afgesloten. Bourgonje beschikte onder meer over een groot pakket aandelen in het ICT-bedrijf Predictive, welke aandelen hij te zijner tijd in het door de bank beheerde vermogen wilde onderbrengen. Nog voordat het zover was, is (medio 2000) de koers van de aandelen sterk gedaald. Bourgonje vordert schadevergoeding van de bank, daartoe stellende dat de op haar als vermogensbeheerder rustende zorgplicht meebracht dat zij hem indringend had moeten adviseren de aandelen na afloop van de zogenaamde 'lock-up-periode' zo snel mogelijk te verkopen, teneinde het in casu geleden beleggingsverlies te voorkomen.

Bijzonderheid was dat Bourgonje nauwe banden met Predictive had en dat hij uit dien hoofde in de richting van Fortis voortdurend uiting had gegeven aan zijn vertrouwen in de aandelen, ook toen hem duidelijk was geworden dat de koers daarvan een aanzienlijke daling bleef vertonen. Bourgonje had zelfs 'herhaaldelijk verklaard dat hij als insider kennis droeg van ontwikkelingen binnen het bedrijf die de koersdalingen zouden ombuigen'.⁸⁷⁷ Het hof zag hierin echter geen beletsel voor (gedeeltelijke) toewijzing van de vordering.⁸⁷⁸

In cassatie klaagt Fortis met succes over de onbegrijpelijkheid van dit oordeel. De Hoge Raad stelt in r.o. 3.4 voorop dat op financiële dienstverleners als Fortis een bijzondere zorgplicht rust, die kan resulteren in de gelding van een waarschuwingsplicht omtrent financiële risico's (vgl. par. 4.8.3). Deze

874 Du Perron 2003, p. 196.

875 Du Perron 2003, p. 197.

876 HR 24 december 2010, *LJN* BO1799, *NJ* 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje c.s.).

877 Aldus de weergave van 's hofs arrest door de Hoge Raad in r.o. 3.2.3 sub (c).

878 Het hof koos voor proportionele aansprakelijkheid van Fortis voor 50 procent van de geleden schade. Zie over deze causaliteitsproblematiek r.o. 3.7-3.8 van het arrest. Vgl. ook reeds HR 31 maart 2006, *LJN* AU6092, *NJ* 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Nefalit/Erven Karamus), r.o. 3.13.

zorgplicht strekt volgens de Hoge Raad mede tot bescherming van eigenzinnige beleggers als Bourgonje (vgl. par. 4.8.4). Het college benadrukt echter ook het contextgebonden karakter van de onderhavige zorgplicht, door te overwegen dat bij de invulling daarvan moet worden gelet op 'de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt':

'Op Fortis, als op het punt van vermogensbeheer bij uitstek professionele en deskundige partij, rustte naar de aard van de tussen partijen gesloten beheerovereenkomst een bijzondere, op de eisen van redelijkheid en billijkheid gebaseerde, zorgplicht. Deze kon meebrengen dat Fortis als vermogensbeheerder was gehouden haar cliënt Bourgonje uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te waarschuwen voor de door deze met betrekking tot de samenstelling van zijn portefeuille genomen risico's. De omstandigheden dat de cliënt eigenzinnig is en persoonlijk betrokken is bij, en zich verbonden voelt met, de onderneming waarin een naar objectieve maatstaven onwenselijk groot gedeelte van zijn vermogen is belegd, maken dit op zichzelf niet anders. Deze zorgplicht strekt immers nu juist mede ertoe de cliënt te beschermen tegen de gevaren die zijn verbonden aan eigenzinnigheid, gevoelens van emotionele verbondenheid met de desbetreffende onderneming, en gebrek aan inzicht. Bij de beantwoording van de vragen of deze waarschuwingsplicht in een concreet geval daadwerkelijk bestaat, en hoever zij strekt, dienen echter alle terzake doende omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Tot die omstandigheden behoren niet alleen de zojuist genoemde, maar ook de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt.'

Tegen deze achtergrond constateert de Hoge Raad een motiveringsgebrek. Aangenomen dat, zoals door Fortis was betoogd, Bourgonje een ervaren ondernemer en belegger in de ICT-sector was, die beter dan Fortis zelf op de hoogte was van de voor de waarde van de betrokken aandelen relevante omstandigheid, en dat hij over 'insiderkennis' beschikte met betrekking tot de onderneming Predictive, was 's hofs oordeel dat hij desondanks door Fortis moest worden gewaarschuwd, onvoldoende gemotiveerd. 'Deze omstandigheden, indien juist, zijn van belang voor de beoordeling van het bestaan en de omvang van de door het hof aangenomen waarschuwingsplicht', aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5. A-G Wissink zat in zijn conclusie op dezelfde lijn (sub 3.33).

Annotator Pijls concludeert instemmend dat van een ervaren belegger als Bourgonje mag worden verwacht 'dat hij doorziet dat hij door het aanhouden van een groot aandelen pakket aanzienlijke beleggingsrisico's loopt'.⁸⁷⁹ Gelet op de beweerde 'insiderkennis' van Bourgonje betrof het hier inderdaad een nogal sterk sprekende casus, waarin de rolverdeling tussen de financiële dienstverlener en de cliënt min of meer was omgedraaid. Zelf zie ik, los van deze concrete casus, een bredere betekenis weggelegd voor de eigen verant-

879 A.C.W. Pijls, *JOR* 2011, 54, sub 5.

woordelijkheid van de financiële consument (par. 4.8.6). Ik zou menen dat meer in het algemeen het natuurlijke *winstbejag* van beleggers, ook voor zover dat niet gepaard gaat met een bijzondere mate van 'insiderkennis', een rol moet kunnen spelen bij de invulling en afbakening van de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners, al was het maar om chicaneuze verweren te vermijden van beleggers die zich na tegenvallende financiële resultaten 'achteraf als meer onwetend voordoen dan zij zijn'.⁸⁸⁰

Het voorgaande is niet bedoeld als een pleidooi tegen beleggersbescherming. Mijn betoog richt zich tegen een *categorische* bescherming van beleggers, die zich onttrekt aan de systematiek van het gemene privaatrecht. Reeds in 1995 betoogde Vranken ten aanzien van gespecialiseerde disciplines als het bank- en effectenrecht dat het van belang is 'dat de navelstreng van deze disciplines met hun 'moeders' niet wordt doorgeknipt'.⁸⁸¹ Tegen die achtergrond moet mijns inziens de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners, op vergelijkbare wijze als de zorgvuldigheidsnormen uit het onrechtmatige daadsleerstuk (par. 4.2.10), 'in haar context' worden beschouwd, met inachtneming van de concrete eigenschappen van de betrokken partijen. Het bijzondere karakter van deze zorgplicht moet derhalve niet worden gezocht in een bijzondere, stelselmatige vorm van beleggersbescherming,⁸⁸² maar veeleer in de verwevenheid van deze zorgplicht met de bijzondere omstandigheden van het geval.⁸⁸³ Voorkomen moet worden dat de bijzondere zorgplicht zich ontwikkelt tot een 'buitenissige' zorgplicht die, bij gebrek aan aandacht voor de eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument, niet langer verenigbaar is met de systematiek van het gemene privaatrecht.

4.8.8 Afronding

De zorgplicht van financiële dienstverleners vormt een krachtige illustratie van de gedachte dat gelaedeerden tot op zekere hoogte tegen hun eigen onoplettendheid moeten worden beschermd, een gedachte die als een rode draad door het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht loopt. Tegelijkertijd herinnert deze *vérgaande* zorgplicht aan het uitgangspunt dat in par. 4.1.2 werd vooropgesteld, namelijk dat ieder in beginsel zijn eigen schade draagt, resulterend in een verantwoordelijkheid van elke deelnemer aan het maatschappelijk verkeer om bedacht te zijn op voorzienbare risico's (par. 4.3.12). Dezelfde idee van eigen verantwoordelijkheid kwam tot uitdrukking in hoofd-

880 Hiervoor vrezes Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 91.

881 Asser/Vranken** (1995), nr. 192.

882 Vgl. in die zin bijv. Cherednychenko 2010, p. 66; Van der Wiel 2010, p. 151; en de NJ-annotatie van T.F.E. Tjong Tjin Tai bij het arrest Fortis/Bourgonje c.s., sub 2.

883 Vgl. par. 4.8.2, waar bleek dat de notariële waarschuwingsplicht tegen deze achtergrond als 'incidenteel' kan worden aangeduid (zie bijv. Boks 2002, p. 88; en Van Es 2007, p. 77).

stuk 3, bij de behandeling van het contractenrecht (par. 3.1.2). Hiermee rijst de vraag hoe de beide rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden en hoe de onderhavige spanning tussen altruïsme en zelfredzaamheid vanuit een breder perspectief moet worden gezien. Daaraan is het volgende hoofdstuk gewijd.

5 | Een overkoepelend perspectief

5.1 INLEIDING

In het onderhavige hoofdstuk worden de bevindingen uit de voorgaande twee hoofdstukken gecombineerd, in een overkoepelende beschouwing van (pre)contractuele en delictuele informatieplichten. De analyse wordt toegespitst op de 'ideaaltypische' informatieplichten die ook in de voorgaande hoofdstukken centraal stonden, te weten de mededelingsplicht bij dwaling en de waarschuwingsplicht bij gevaarzetting. Het perspectief is vergelijkbaar met dat van het tweede hoofdstuk, met dien verstande dat daar vooral preliminaire kwesties aan de orde kwamen. Het onderhavige hoofdstuk heeft juist een afrondend karakter. De materiële kern van het onderzoek ligt besloten in de hoofdstukken 3 en 4.

Allereerst wordt hieronder aandacht besteed aan een thema dat als een rode draad door de voorgaande hoofdstukken liep, te weten de *kennis* van justitiabelen als grondslag van hun juridische verantwoordelijkheid. De toepassing van informatieplichten impliceert dat justitiabelen tot op zekere hoogte worden 'afgerekend' op hetgeen zij wisten of behoorden te weten. In dit verband rijst de vraag hoe deze kennis in rechte moet worden vastgesteld. Aan deze problematiek is par. 5.2 gewijd. Aansluitend wordt in par. 5.3 de aandacht gericht op het eigenlijke onderwerp van deze studie, de informatieplichten. Onderzocht wordt welke rol zij spelen in het verbintenissenrecht en hoe zij de rechter houvast kunnen bieden bij het nemen van zijn beslissing. In par. 5.3.3 e.v. wordt een model ontwikkeld voor de aanvaarding van precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten, uitgaande van de basisvereisten en gezichtspunten uit het dwalingsleerstuk. In par. 5.4 komt een andere rode draad uit het onderzoek aan de orde, te weten de spanning tussen zelfredzaamheid en altruïsme, die zich bij de aanvaarding van informatieplichten manifesteert. In par. 5.4.3 e.v. wordt bezien of er in dit opzicht verschil bestaat (of zou moeten bestaan) tussen het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, in die zin dat het ene rechtsgebied wellicht 'altruïstischer' zou (moeten) zijn dan het andere. Een slotbeschouwing volgt in par. 5.5.

Het onderhavige hoofdstuk heeft dus de vorm van een drieluik. Waar het middenpaneel (par. 5.3) de informatieplichten frontaal in beeld brengt, als juridisch construct, vertoont het linker zijpaneel (par. 5.2) een aanblik van hun normatieve achtergrond, gelegen in de achterliggende beoordeling van de

kennis van justitiabelen, terwijl het rechter zijpaneel (par. 5.4) de ‘binnenkant’ van de informatieplichten verbeeldt, dat wil zeggen de inhoudelijke afweging van wederzijdse verantwoordelijkheden die erin besloten ligt.

5.2 KENNIS EN VERANTWOORDELIJKHEID

5.2.1 Algemeen

In par. 1.1 werd betoogd dat informatieplichten een belangrijke verbindende schakel vormen tussen kennis en verantwoordelijkheid. De gedachte was dat de rechter, door de toepassing van mededelings-, waarschuwings- en onderzoeksplichten, zijn oordeel over het doen en laten van partijen koppelt aan hetgeen zij wisten of behoorden te weten. De voorgaande hoofdstukken bevestigen dit. In het dwalingsleerstuk gelden voor het aannemen van een precontractuele mededelingsplicht drie basisvereisten, die betrekking hebben op hetgeen de wederpartij wist of geacht mocht worden te weten omtrent de dwaling (par. 3.6.2). In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt op vergelijkbare wijze gewicht toegekend aan de kennis van de laedens (par. 4.2.11). Tegen deze achtergrond heb ik in par. 4.3.2 gepleit voor analoge toepassing van de basisvereisten uit het dwalingsleerstuk op de delictuele waarschuwingsplicht in gevaarzettingsituaties. Meer in het algemeen illustreert het onderzoek dat het belang van de kennis van justitiabelen als een rode draad door het verbintenissenrecht loopt. Zelfs de buitencontractuele risicoaansprakelijkheid bleek in par. 4.5.9 tot op zekere hoogte afhankelijk van de ‘informatie context’.

Met het oog op de praktijk is uiteraard van belang hoe de bedoelde kennis in rechte moet worden vastgesteld. Met name rijst hier de vraag naar het bewijs van kennis (par. 5.2.3) en naar de mate van objectivering die in dit verband is toegestaan (par. 5.2.4 e.v.). Voor een goed begrip van deze materie volgen hieronder allereerst enkele opmerkingen van terminologische aard.

5.2.2 Kennisgradaties

Uit het onderhavige onderzoek meen ik, globaal gesproken, drie gradaties van kennis te kunnen afleiden. De eerste gradatie ziet op hetgeen justitiabelen *weten of geacht mogen worden te weten*. Deze kennisgradatie is subjectief van aard, nu zij aanknoopt bij de daadwerkelijke wetenschap van de betrokken partijen. Tegelijkertijd biedt zij een waarborg tegen chicaneuze verweren van een partij die zich als onwetend voordoet, terwijl de relevante informatie haar

in werkelijkheid moeilijk kan zijn ontgaan.¹ Van een dergelijke partij kan immers worden gezegd dat zij onder de gegeven omstandigheden ‘geacht mocht worden’ met de informatie bekend te zijn. De onderhavige kennisgradatie is bijvoorbeeld, zoals hierboven bleek, aan de orde in het dwalingsleerstuk, waar zij fungeert als basisvereiste voor de gelding van een precontractuele mededelingsplicht (par. 3.6.2). In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt ook wel gewerkt met een (nog) subjectievere vorm van kennis, te weten de *daadwerkelijke bewustheid* van een concreet feit. Dit type kennis is met name vereist in vraagstukken van aansprakelijkheid wegens ‘zuiver nalaten’ ten aanzien van een gevaar dat de aangesproken partij heeft waargenomen, maar niet zelf heeft gecreëerd. Volgens de Hoge Raad is het achterwege laten van voorzorgsmaatregelen in een dergelijke situatie slechts onrechtmatig, indien de ernst van het betrokken gevaar ‘tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen’.² In par. 4.4.3 heb ik kritiek geuit op deze zuiver subjectieve maatstaf, onder verwijzing naar de uitzonderingspositie die deze inneemt ten opzichte van andere leerstukken. Vanuit een processueel perspectief heb ik toegevoegd dat bij het *bewijs* van subjectieve kennis hoe dan ook niet altijd kan worden ontkomen aan een zekere mate van (bewijsrechtelijke) objectivering. In par. 5.2.3 werk ik dat nader uit.

De tweede gradatie van kennis is objectiever van aard en ziet op hetgeen justitiabelen *behoren te weten*. Het gaat hier bijvoorbeeld om de geobjectiverde kennis die aan deskundigen en andere ingewijde partijen wordt toegedicht. Onder omstandigheden kunnen in dit verband ook onderzoeksplichten worden aangenomen. Illustratief is de wettelijke definitie van de goede trouw in art. 3:11 BW, die met zoveel woorden verwijst naar feiten die men ‘behoorde te kennen’, en in het verlengde daarvan naar de mogelijkheid van ‘onderzoek’ (par. 2.2.2). Voor het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht is in het algemeen vereist dat er sprake is van gerede *twijfel* omtrent een bepaalde stand van zaken, zoals de tekst van art. 3:11 BW bevestigt. In zoverre vertoont de onderhavige kennisgradatie nog de sporen van een subjectieve benadering (vgl. par. 5.2.6).

Dat laatste geldt niet voor de derde kennisgradatie, die ziet op hetgeen *objectief bekend* is.³ Het gaat hier om de vraag of de relevante informatie überhaupt door iemand is ontdekt of onderkend, derhalve of zij in generieke zin beschikbaar is, los van de vraag of de verantwoordelijke partij daarover

1 Vgl. Hijma 1991b, p. 663, noot 5; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 234.

2 Zie HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger), besproken in par. 4.4.4.

3 Men verwarre de hier bedoelde objectief bekende informatie niet met de in par. 5.2.3 besproken algemeen bekende feiten, die in *subjectieve* zin bij (alle) justitiabelen bekend mogen worden verondersteld.

daadwerkelijk beschikte dan wel behoorde te beschikken.⁴ Deze zuiver objectieve kennisgradatie is in essentie feitelijk van aard, nu het objectief bekende in de regel empirisch kan worden vastgesteld. Het normatieve karakter schuilt in de toerekening van het objectief bekende aan de verantwoordelijke partij. Een dergelijke vérgaande vorm van objectivering is bijvoorbeeld aan de orde op het terrein van de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken (art. 6:173 BW), opstallen (art. 6:174 BW) en producten (art. 6:185 BW). Het risicokarakter van deze aansprakelijkheden brengt mee dat de verantwoordelijke partij ook voor *verborgen* gebreken aansprakelijk is, tenzij deze gebreken tot aan het moment van de ontdekking ervan in objectieve zin onbekend waren, in die zin dat zelfs de mogelijkheid van het bestaan ervan door niemand was onderkend. In par. 4.5.9 werd in dit verband gesproken over kennis van de ‘generieke causaliteit’.

Conform het voorgaande kan dus een onderscheid worden gemaakt tussen subjectieve kennis, geobjectiverde kennis en zuiver objectieve kennis. Buiten de hier geschetste orde vallen kwalificaties in termen van ‘kenbaarheid’ of ‘voorzienbaarheid’. Zulke kwalificaties zien immers – strikt genomen – slechts op de feitelijke *mogelijkheid* van kennisvergaring.⁵ Daarmee strekken zij in potentie nog verder dan de zojuist bedoelde zuiver objectieve kennis. Men denke bijvoorbeeld aan het in par. 4.5.4 besproken arrest over de dijkdoorbraak te Wilnis.⁶ Hoewel de mogelijkheid van gebrekkigheid van een dijk door droogte in casu door niemand op voorhand was onderkend, valt te betogen dat die mogelijkheid in theorie wel te ‘kennen’ of te ‘voorzien’ viel. Dat geldt echter voor alle eventualiteiten. Men overschrijdt hier dus de grenzen van het objectief bekende en hecht goed beschouwd geen waarde meer aan de kennis van justitiabelen, zelfs niet in haar meest objectieve variant. Tegen deze achtergrond verdient het mijns inziens de voorkeur om een normatief oordeel niet te verhullen in feitelijke termen van kenbaarheid of voorzienbaarheid. Tegelijkertijd realiseer ik mij dat een meer onbevangen gebruik van deze termen, dat wil zeggen ook in normatieve zin, gangbaar is en voor de hand ligt.⁷ Terecht betoogt Valkhoff dat in ‘de omgang (...) ook bij kunnen weten somtijds een verwijt van, misschien lichtelijke, onbehoorlijkheid’ ligt.⁸

4 Vgl. echter (in het kader van de productenaansprakelijkheid) HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 28, besproken in par. 4.5.6, waaruit blijkt dat de informatie wel *toegankelijk* moet zijn voor de verantwoordelijke partij.

5 Aldus ook Valkhoff 1966, p. 38.

6 HR 17 december 2010, LJN BN6236, RvdW 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis).

7 Ook in het onderhavige onderzoek heb ik de bedoelde termen wel in die betekenis gebruikt.

8 Valkhoff 1966, p. 38. Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 12 oktober 2007, LJN BA7630, RvdW 2007, 870, sub 7.

5.2.3 Bewijs van kennis

De praktische betekenis van het hiervoor geschetste onderscheid tussen subjectieve, geobjectiveerde en zuiver objectieve kennis ligt vooral op het vlak van de bewijslevering. Het laat zich aanzien dat subjectieve kennis doorgaans moeilijk te bewijzen valt, nu het hier een intern-psychologisch verschijnsel betreft, dat zich uitsluitend in de hoofden van de betrokken partijen afspeelt. Men kan zelfs stellen dat subjectieve kennis naar haar aard niet te bewijzen is.⁹ Tegen deze achtergrond wordt algemeen aanvaard dat in rechte genoeg kan – of zelfs moet – worden genomen met een *presumptie* van subjectieve kennis. Van Schilfgaarde betoogt in dit verband:

‘Weten betekent in het recht *altijd*: redelijkerwijs geacht worden te weten.¹⁰

Schut betoogt dienovereenkomstig dat het erom gaat wat justitiabelen ‘rechtens’ hebben geweten, afgaande op de ‘buitenkant’ van hun gedragingen en andere uiterlijk waarneembare omstandigheden.¹¹ Ook Valkhoff benadrukt dat het bij het bewijs van kennis niet aankomt op ‘bewijs van wiskundige zekerheid van wetenschap’.¹² Meer in het algemeen geldt voor de bewijslevering, dat zij niet is gericht op absolute zekerheid. Het gaat, in de woorden van Asser, slechts om ‘overtuiging van de rechter’.¹³

Zo beschouwd kan men zeggen dat de hierboven onderscheiden categorie van subjectieve kennis, het weten of geacht mogen worden te weten, is onderworpen aan een bewijsrechtelijk voorbehoud, namelijk dat zij in rechte slechts uit objectieve feiten en omstandigheden kan worden afgeleid. Dit voorbehoud geldt mijns inziens ook voor de uiterst subjectieve kennis die in gevallen van ‘zuiver nalaten’ centraal staat, te weten de daadwerkelijke bewustheid van concrete feiten.¹⁴ Illustratief is een arrest van de Hoge Raad uit 2007, waarin het ging om de vraag of er aan de zijde van het slachtoffer van een verkeersongeval sprake was van aan opzet grenzende roekeloosheid vanwege diens ‘bewustheid van het gevaar’. De Hoge Raad overwoog in dit verband dat ‘voor het bewijs van die bewustheid kan worden volstaan met het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit die bewustheid bij een voetganger of fietser vanaf de leeftijd van 14 jaar mag worden afgeleid’.¹⁵ Annotator Hartlief concludeert

9 Vgl. Schut 1979, p. 397-398.

10 Van Schilfgaarde 1984, p. 68.

11 Schut 1979, p. 396, 397-398.

12 Valkhoff 1966, p. 16.

13 Asser 2004, nr. 2. Vgl. ook De Bock 2011, p. 191 e.v., 341 e.v.; en Snijders 2011, nr. 199.

14 In zoverre kunnen mijn in par. 4.4.3 geuite bezwaren tegen deze uiterst subjectieve maatstaf worden gerelativeerd.

15 HR 30 maart 2007, *LJN AZ7863*, *NJ* 2008, 64 m.nt. T. Hartlief (P./Noordhollandsche), r.o. 4.2.

terecht dat de Hoge Raad aldus ruimte laat voor een zekere mate van ‘bewijsrechtelijke objectivering’.¹⁶

Aangenomen dat bij het bewijs van subjectieve kennis altijd een zekere mate van objectivering plaatsvindt, rijst de vraag wat in dit verband de zin is van het in par. 5.2.2 gemaakte onderscheid tussen subjectieve, geobjectiverde en zuiver objectieve kennis. Inderdaad kan dat onderscheid worden gerelativeerd, in die zin dat het hier goed beschouwd een drietal in elkaars verlengde liggende kennisgradaties betreft, die een opklimmende mate van objectivering vertonen. Terecht betoogt Van Schilfgaarde dat in de kwalificatie van ‘geacht worden te weten’ een ‘niet exact aan te geven overgang [zit] naar een norm, die met de term ‘behoren te weten’ tot uitdrukking wordt gebracht’.¹⁷ Toch meen ik dat waar mogelijk een helder onderscheid moet worden gemaakt tussen de drie kennisgradaties.¹⁸ Het belang van dit onderscheid schuilt vooral in de verdeling van de *bewijslast*. Aangezien in rechte slechts feiten behoeven te worden bewezen, en geen normatieve kwalificaties,¹⁹ heeft de bewijslast uitsluitend betrekking op gepresumeerde kennis, en niet op geobjectiverde kennis. Ten aanzien van geobjectiverde kennis geldt veeleer een argumentatielast,²⁰ inhoudend dat procespartijen, en in hun voetspoor de rechter, dienen uit te leggen – zo nodig onder aanvoering van relevante feiten²¹ – waarom één van hen bepaalde informatie al of niet behoorde te kennen. Concreet betekent dit dat de eerste en de derde kennisgradatie (derhalve het ‘weten of geacht mogen worden te weten’, respectievelijk het in objectieve zin ‘bekend’ zijn) zich lenen voor bewijs, terwijl de tweede kennisgradatie (derhalve het ‘behoren te weten’) in rechte moet worden beargumenteerd.

Gelet op het voorgaande lijkt het mij van belang dat niet door middel van objectivering gepresumeerde kennis wordt aangenomen, omdat aldus een normatief oordeel in een feitelijke vaststelling wordt verpakt, hetgeen onduidelijkheid kan veroorzaken. Zeker mag objectivering worden gebruikt om bewijsproblemen op te lossen – dat lijkt mij zelfs de belangrijkste bestaansgrond van dit verschijnsel –, maar ik acht het wel van belang dat de rechter in dat geval deugdelijk motiveert *waarom* de verantwoordelijke partij bepaalde feiten ‘behoorde te kennen’, in plaats van te constateren dat zij ‘geacht werd’ deze feiten te kennen. Een dergelijke gepresumeerde kennis zou ik slechts willen

16 Zie zijn NJ-annotatie bij het arrest P./Noordhollandsche, sub 6.

17 Van Schilfgaarde 1984, p. 68.

18 Ik ben het dus niet eens met de stelling van Van Schilfgaarde (eveneens op p. 68) dat in geval van gerede twijfel, die door een ‘eenvoudig te verrichten onderzoek’ kan worden weggenomen, evengoed van daadwerkelijk ‘weten’ kan worden gesproken.

19 Zie bijv. Asser 2004, nr. 3, 6; Snijders e.a. 2011, nr. 206; en Thoe Schwartzenberg 2011, nr. 2. Vgl. over het adagium ‘juridica non sunt probanda’ HR 17 februari 2006, LJN AU9717, NJ 2006, 378 m.nt. M.M. Mendel (Royal c.s./Polygram), r.o. 4.2.

20 Aldus ook (m.b.t. art. 6:228 lid 1 sub b BW) Valk 2010a, p. 914.

21 Voor zover in het kader van de bedoelde argumentatie feitelijke vragen rijzen, kunnen die uiteraard wél voorwerp van bewijs zijn. Vgl. (m.b.t. art. 6:98 BW) Akkermans 2002, p. 18.

aannemen waar deze daadwerkelijk, op grond van afdoende bewijs of bij gebrek aan betwisting door de wederpartij, in rechte is komen vast te staan, dan wel waar het gaat om *algemeen bekende feiten*. Hiermee doel ik op feiten die zonder nader onderzoek, derhalve op basis van alledaagse ervaringsregels, bij (alle) justitiabelen bekend mogen worden verondersteld.²² Deze processuele kwalificatie heeft overigens ook materiële consequenties.²³ Zo werd in par. 4.3.13 betoogd dat de delictuele waarschuwingsplicht géén betrekking heeft op algemeen bekende risico's, omdat zulke risico's ook bij de potentiële slachtoffers bekend mogen worden verondersteld. Hetzelfde geldt voor de precontractuele mededelingsplicht, nu deze slechts van toepassing is ingeval de wederpartij rekening moest houden met een dwaling (par. 3.6.2).

5.2.4 Objectivering

In de voorgaande paragraaf bleek dat objectivering een methode is om bewijsproblemen die bij de vaststelling van subjectieve kennis kunnen rijzen, het hoofd te bieden. Objectivering behelst dat de verantwoordelijke partij niet wordt afgerekend op de kennis die zij in bewijsrechtelijke zin 'geacht werd' te hebben, maar op de kennis die zij in normatieve zin 'behoorde te hebben'. De mate van objectivering bepaalt in hoeverre de in rechte aangenomen kennis zich verwijderd van de daadwerkelijke (althans gepresumeerde) kennis van de verantwoordelijke partij. Hoe sterker de objectivering, hoe meer de in rechte aangenomen kennis onttaardt in fictie. Vandaar dat ik hierboven, en ook elders in dit onderzoek (par. 3.6.1 en 4.2.12), heb gepleit voor een deugdelijke *motivering* van het objectiveringsoordeel.²⁴

Mijns inziens moeten bij deze motivering de concrete omstandigheden van het geval in acht worden genomen. De gedachte dat geobjectiverde kennis in abstracto is gegeven, als absoluut en onveranderlijk gegeven, moet mijns inziens worden verworpen. Zo beschouwd ben ik geen voorstander van de term die Schut voor objectivering gebruikt, namelijk het 'abstraheren', door hem omschreven als 'de casus losmaken (los-trekken) van zekere feitelijke omstandigheden'.²⁵ Inderdaad komt objectivering erop neer dat bepaalde (subjectieve) omstandigheden buiten beschouwing worden gelaten, maar de selectie van die omstandigheden – de objectieve filtering – vindt altijd plaats in een concrete context, uitgaande van de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen. Dienovereenkomstig betoogt Schut, conform de heersende leer

22 Vgl. art. 149 lid 2 Rv, op grond waarvan feiten van algemene bekendheid geen bewijs behoeven. Overigens lijkt die bepaling een ietwat ruimer gebied te bestrijken, namelijk ook feiten die *kenbaar* zijn uit openbare bronnen. Zie Snijders e.a. 2011, nr. 206 (vgl. ook par. 4.3.13).

23 Vgl. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 156-157; en Van Boom e.a. 2010, p. 38.

24 Zie voor een dergelijk pleidooi reeds (m.b.t. het gevaarzettingsleerstuk) Jansen 2006, p. 65.

25 Schut 1966, p. 250.

in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (par. 4.2.12), dat 'speciale kennis of bijzondere deskundigheid' moet worden meegewogen, evenals 'extern-persoonlijke omstandigheden als leeftijd, beroep en gezondheid van de dader'.²⁶ Ook Glastra van Loon verwerpt de gedachte dat objectiviteit iets is 'dat voor iedereen, overal en altijd op dezelfde manier vaststaat, dat voor allen altijd hetzelfde is'. Volgens hem zal objectiviteit 'niet buiten maar alleen tussen subjecten gevonden kunnen worden'. Tegen deze achtergrond spreekt hij treffend van 'intersubjectiviteit'.²⁷

Dat objectivering een contextgebonden verschijnsel is, wil niet zeggen dat de rechter bij zijn motivering kan volstaan met een klakkeloze verwijzing naar de omstandigheden van het geval. Het gaat er juist om, hoe hij deze omstandigheden heeft geïdentificeerd en welke argumenten daaraan ten grondslag liggen. Meer in het bijzonder lijkt het mij van belang dat de rechter waar mogelijk inzicht geeft in het zojuist bedoelde selectieproces van subjectieve en objectieve omstandigheden. *Impliciete* vormen van objectivering, zoals aan de orde in het bekende Natronloog-arrest, waarin de Hoge Raad simpelweg een onrechtmatigheidsoordeel koppelde aan een weergave van de casus, vind ik in dit opzicht minder gelukkig.²⁸ Voorkomen moet worden dat de rechter, op de glijdende schaal van subjectieve naar objectieve kennis (par. 5.2.2), stilzwijgend bekend veronderstelt wat geen redelijk mens had kunnen voorzien. Explicitering en explicatie zijn hier dus geboden. Voor een weloverwogen oordeel is een goed begrip van de figuur van objectivering noodzakelijk. De volgende paragraaf is daarop gericht.

5.2.5 Persoonsgerelateerde en kennisgerelateerde objectivering

Op basis van het onderhavige onderzoek meen ik, globaal gesproken, twee typen van objectivering te kunnen onderscheiden. Deze tweedeling correspondeert met het feit dat kennis altijd enerzijds een subject heeft (degene die iets weet of behoort te weten) en anderzijds een object (datgene wat hij weet of behoort te weten). Objectivering doet zich op beide fronten voor en komt er kort gezegd op neer, dat de geobjectiveerde kennis wordt betrokken op iemand anders dan de verantwoordelijke partij zelf, of op iets anders dan de specifieke feitenkennis waarover zij al of niet beschikt. Dienovereenkomstig kan worden gesproken van persoonsgerelateerde en kennisgerelateerde objectivering.²⁹

26 Schut 1966, p. 251.

27 Glastra van Loon 1973, p. 126, 130-131.

28 HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10. Overigens bleek aldaar dat ik de *uitkomst* van dit arrest (mits beter gemotiveerd) verdedigbaar acht.

29 Bezwaar van deze terminologie is dat objectivering *altijd* is gerelateerd aan een persoon én diens kennis. Zuiverder zou het zijn te spreken van 'subjectieve' en 'objectieve' objectivering, maar dat leidt tot een ongelukkige terminologische kwadratuur.

Het eerste type, de persoonsgerelateerde objectivering, behelst een *perspectiefwisseling*. In een zuiver subjectieve benadering ligt het perspectief logischerwijze bij de verantwoordelijke partij zelf. Het gaat hier om de vraag wat zij wist of geacht mocht worden te weten. Kenmerk van objectivering is nu dat veelal voor een ánder perspectief wordt gekozen, bijvoorbeeld door te onderzoeken wat de wederpartij of een willekeurige derde mocht verwachten omtrent de kennis van de verantwoordelijke partij. Schut betoogt in dit verband dat objectivering vanuit een drietal 'gezichtshoeken' kan worden toegepast, namelijk vanuit het perspectief van de handelende persoon zelf, diens medemens of de gemeenschap.³⁰ Het laat zich aanzien dat aldus, naarmate het perspectief verbreedt, de mate van objectivering toeneemt. Uiteindelijk kan dit ertoe leiden dat de geobjectiveerde kennis verschuift van de tweede gradatie naar de derde gradatie, derhalve van hetgeen de verantwoordelijke partij 'behoorde te weten' naar hetgeen in objectieve zin 'bekend' was (par. 5.2.2). Met het oog op de zojuist bedoelde eis van motivering lijkt het mij van belang dat de rechter dit expliciteert, en uitlegt waarom hij aan het subjectieve perspectief van de verantwoordelijke partij voorbijgaat. Daarbij kan hij gebruik maken van de constructie van een *maatman*,³¹ een wijze van rechtsvinding die bij uitstek past bij het onderhavige type van objectivering. Door de geobjectiveerde kennis van de verantwoordelijke partij te relateren aan de kennis van een gemiddelde, vergelijkbare persoon, wordt recht gedaan aan de gerechtvaardigde verwachtingen van anderen omtrent de kennis van de verantwoordelijke partij, zonder dat de concrete omstandigheden van het geval uit het oog worden verloren. De maatman wordt immers, als objectief vergelijkingstype, ín de positie van de verantwoordelijke partij geplaatst. Deze 'personificatie' van de geldende norm verhindert dat de rechter bij zijn objectivering de menselijke maat uit het oog verliest.³²

Het tweede type objectivering, de kennisgerelateerde objectivering, behelst geen perspectiefwisseling maar een *accentoverschuiving*.³³ In een zuiver subjectieve benadering gaat het erom of de verantwoordelijke partij daadwerkelijk beschikte over de in concreto benodigde informatie. Objectivering kan meebrengen dat de rechter in dit verband genoeg neemt met een meer algemene of onzekere vorm van feitenkennis. Illustratief is het arrest Eternit/Horsting uit 2005, waarin werd geoordeeld dat een asbestproducent anno 1971 de gebruikers van de door hem geproduceerde asbestcementplaten had moeten waarschuwen voor het gezondheidsrisico dat zich bij het 'verspanen' van zulke

30 Schut 1979, p. 396. Vgl. ook Lindenberg 2011, p. 212, die m.b.t. de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW een onderscheid maakt tussen het perspectief van 'de bezitter in kwestie', een 'kring van bezitters' en 'de stand van de wetenschap'. Daarnaast onderscheidt hij de objectieve bekendheid, die in par. 5.2.2 als derde kennisgradatie werd gepresenteerd.

31 Zie bijv. Pinna 2003, p. 161 (in de contractuele sfeer); en Jansen 2006, p. 15-16 (in de delictuele sfeer).

32 Aldus bijv. Nieuwenhuis 2007, p. 68, 135.

33 Men kan ook zeggen dat hier een *inhoudelijke* perspectiefwisseling plaatsvindt.

platen voordeel.³⁴ Weliswaar was de precieze reikwijdte van dat risico destijds nog omstreden, maar dat ontsloeg de producent niet van zijn verplichting om gebruikers reeds te wijzen op de reële *mogelijkheid* dat asbest gevaarlijk was. De geobjectiveerde kennis werd aldus betrokken op serieuze vermoedens in plaats van op harde feiten. Op vergelijkbare wijze wordt in het dwalingsleerstuk soms een mededelingsplicht omtrent bestaande twijfel aangenomen, zoals in het arrest Gomes/Rental, betreffende de verkoop van een tweedehands auto met een verstoorde kilometerteller.³⁵

5.2.6 Vervolg; onderzoeksplichten en generalisering

De kennisgerelateerde objectivering, die in de voorgaande paragraaf als een accentverschuiving werd gekarakteriseerd, kan ook resulteren in de toepassing van een *onderzoeksplicht*, namelijk indien de geobjectiveerde kennis wordt betrokken op (vermoede) informatie die de verantwoordelijke partij vooralsnog niet kent, maar dient te achterhalen. Een dergelijke onderzoeksplicht zou men bijvoorbeeld kunnen lezen in het hierboven besproken arrest Eternit/Horsting. In het algemeen lijkt het mij van belang dat de rechter, indien hij kiest voor objectivering door toepassing van een onderzoeksplicht, zulks expliciteert en motiveert waarom hij de verantwoordelijke partij tot nader onderzoek gehouden acht. Voor wat betreft de delictuele onderzoeksplicht heb ik in par. 4.3.9 kennis van de 'generieke causaliteit' als basisvereiste gesteld. De gedachte was dat voor het aannemen van een onderzoeksplicht tenminste is vereist dat de laedens wist of behoorde te weten van de theoretische *mogelijkheid* van schade door de verwezenlijking van een bepaald risico. Het gaat dan, meer concreet, om risico's waarvan de potentiële dreiging als zodanig wel bekend is, maar de actuele kans op verwezenlijking nader moet worden onderzocht. Of de laedens, gezien zijn kennis omtrent het betrokken risico, inderdaad is gehouden tot nader onderzoek, zal afhangen van een beoordeling van de in par. 4.3.10 besproken gezichtspunten. Waar het mij in het kader van deze overkoepelende beschouwing om gaat, is de vaststelling dat een onderzoeksplicht ten aanzien van objectief onbekende informatie, waarvan de laedens het bestaan zelfs niet had kunnen vermoeden, moet worden uitgesloten. In het verlengde hiervan zou ik menen dat ook een objectivering ten aanzien van zulke informatie, resulterend in de *stilzwijgende* aanvaarding van een onderzoeksplicht ter zake, moet worden vermeden.

Overigens bleek in par. 4.2.12 dat buitencontractuele aansprakelijkheid voor objectief onbekende risico's wél mogelijk is, voor zover de laedens zijn

34 HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

35 HR 11 juli 2008, LJN BD2410, NJ 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental), besproken in par. 3.6.4 (vgl. ook par. 3.7.3).

schadeveroorzakende gedrag reeds achterwege had moeten laten met het oog op andere risico's, waarmee hij wel bekend was of behoorde te zijn. In een dergelijke situatie is ruimte voor *generalisering*, wat inhoudt dat het onrechtmatigheidsoordeel, bij gebreke van specifieke kennis omtrent de in concreto veroorzaakte belangen aantasting, wordt gekoppeld aan hetgeen de laedens in algemene zin wist of behoorde te weten omtrent de aan zijn gedrag verbonden risico's. Het betreft hier een bijzondere variant van de kennisgerelateerde objectivering. Er vindt immers ten aanzien van het voorwerp van de geobjectiverde kennis een accentverschuiving plaats, van specifieke feiten naar algemene noties. In de praktijk kan aldus de aansprakelijkheid vérgaand worden opgerekt, omdat in veel gevallen van schadeveroorzaking achteraf kan worden betoogd dat de laedens met het oog op 'enig' (ander) risico zijn gedrag had moeten aanpassen. Tegen deze achtergrond heb ik in par. 4.2.12 gewaarschuwd voor 'klakkeloze' vormen van generalisering, die ertoe leiden dat de laedens wordt afgerekend op een risico dat hij redelijkerwijs niet had kunnen vermijden. Meer in het bijzonder heb ik betoogd dat generalisering beperkt dient te blijven tot voorzienbare *categorieën* van belangen aantasting, waarmee ik bedoel dat de laedens slechts aansprakelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van een onvoorzienbaar risico, indien dat risico kan worden beschouwd als een variant van een ander risico, dat wél voorzienbaar voor hem was.

Al met al zou ik menen dat tussen de twee typen van objectivering, derhalve de persoonsgerelateerde en de kennisgerelateerde variant, een principieel verschil in benadering bestaat, hoezeer zij ook in concrete gevallen verweven en verwant kunnen zijn. Waar de kennisgerelateerde objectivering aanknoopt bij de subjectieve kennis van de verantwoordelijke partij, door deze als het ware extensief te interpreteren, is de persoonsgerelateerde objectivering juist (tot op zekere hoogte) losgekoppeld van dat subjectieve perspectief, en primair gericht op het achterhalen van de kennis die anderen bij de verantwoordelijke partij aanwezig mochten veronderstellen. Ratio van het 'behoren te weten' is hier niet de gedachte dat de geobjectiverde kennis in het verlengde ligt van hetgeen de verantwoordelijke partij 'overigens' al wist of vermoedde, maar dat de buitenwereld in goed vertrouwen die geobjectiverde kennis aan de verantwoordelijke partij mocht toedichten. Zo beschouwd kan de persoonsgerelateerde objectivering worden gekarakteriseerd als een vorm van *toerekening van kennis*. In veel gevallen geschiedt een dergelijke toerekening impliciet en is zij vanzelfsprekend, bijvoorbeeld waar het gaat om de geobjectiverde kennis waarover een ter zake deskundige partij behoort te beschikken (par. 5.3.5). Complicaties kunnen echter ontstaan, indien de toe te rekenen kennis bij derden berust, zoals ondergeschikten, externe adviseurs of andere relaties van de verantwoordelijke partij. In dat geval rijst de vraag of het publiek erop mocht vertrouwen dat de bedoelde derden hun kennis met de verantwoordelij-

ke partij zouden delen. Over deze problematiek, die hier overigens niet in extenso kan worden behandeld,³⁶ handelt de volgende paragraaf.

5.2.7 Vervolg; toerekening van kennis

Toerekening van kennis doet zich in de praktijk vaak voor ten aanzien van *organisaties*, zoals overheidsinstanties en bedrijven. Dat ligt voor de hand, omdat de kennis van organisaties veelal berust bij de natuurlijke personen die daarvan deel uitmaken. Tjittes signaleert terecht dat dit niet altijd het geval is. Indien het bijvoorbeeld gaat om 'een combinatie van in de organisatie opgeslagen kennis uit het verleden en verspreide kennis bij een aantal personen binnen de organisatie' acht Tjittes het zinvoller om – bij wijze van fictie – te spreken van 'organisatiewetenschap'.³⁷ In andere gevallen komt het aan op een toerekening van de kennis van individuele functionarissen die binnen de organisatie werkzaam zijn.

Voor de onderhavige vorm van toerekening van kennis, als bijzondere variant van het in par. 5.2.5 bedoelde persoonsgerelateerde objectiveringstype, geldt de zogenaamde *vereenzelvigingsmaatstaf* uit het bekende arrest over kleuterschool Babbel.³⁸ Het gaat erom, of de kennis van de functionaris 'in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden' als kennis van de organisatie.³⁹ Volgens Tjittes moet dit met inachtneming van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld, in welk verband hij een aantal gezichtspunten bespreekt.⁴⁰ Globaal gesproken ziet Tjittes voor de toerekening van kennis van functionarissen aan organisaties slechts plaats, indien het gaat om 'functionele kennis', derhalve kennis die de functionaris in het kader van de uitoefening van zijn functie heeft verworven, en de functionaris kwalificeert als 'Wissensvertreter' van de organisatie, derhalve als iemand die tot taak heeft de verworven kennis door te geleiden binnen de organisatie.⁴¹ Het arrest P&F/Peper en De Hart uit 2005 bevestigt dat toerekening van kennis van functionarissen aan organisaties niet iets vanzelfsprekends is.⁴² Het ging in casu om de beweerdelijke totstandkoming van een overeenkomst over de koop van

36 Vgl. de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 11 november 2005, NJ 2007, 231 (Ontvanger/Voorsluijs), sub 9, die wijst op het belang van een 'grondige studie' van toerekening van kennis.

37 Tjittes 2001, p. 44-45. Overigens gaat het ook hier om toerekening van kennis, zij het dat die kennis niet bij individualiseerbare functionarissen binnen de organisatie berust.

38 Zie HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Babbel), r.o. 1, waarin het overigens ging om de toerekening van *gedrag* i.p.v. kennis. De maatstaf uit het Babbel-arrest is recent bevestigd in HR 25 juni 2010, LJN BL5420, NJ 2010, 371 (Gelderland/Vitesse c.s.), r.o. 4.1.1.

39 Zie bijv. Klaassen 1999, p. 92; Tjittes 2001, p. 31-32; en De Valk, 2009, p. 64-65.

40 Tjittes 2001, p. 39-44. Zie in gelijke zin De Valk 2009, p. 66.

41 Aldus Tjittes 2001, p. 40, onder verwijzing naar het Duitse recht.

42 Anders De Valk 2009, p. 67, die betoogt dat in het algemeen 'een ruime toerekening van gedrag en kennis' aan rechtspersonen voor de hand ligt.

kantoormeubilair tussen P&F Project Furniture BV enerzijds en de handelspartners Peper en De Hart anderzijds, waarover laatstgenoemden hadden onderhandeld met De Vries, een handelsagent van P&F. Peper en De Hart ontkenden partij te zijn bij de gesloten koopovereenkomst, omdat zij naar eigen zeggen hadden gecontracteerd in hun hoedanigheid van bestuurders van een door hen gedreven coöperatie. In dit verband rees de vraag of de wetenschap van De Vries, dat Peper en De Hart hun onderneming inderdaad dreven in de vorm van een coöperatie, aan P&F moest worden toegerekend. Volgens de Hoge Raad kwam het 'erop aan of deze wetenschap in het maatschappelijk verkeer als wetenschap van P&F heeft te gelden, waarbij met inachtneming van de omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of Peper en De Hart het ervoor mochten houden dat P&F daarmee van de rechtsvorm van hun onderneming op de hoogte was'. Een eventueel 'gebrek in de interne communicatie' tussen P&F en haar handelsagent kwam volgens de Hoge Raad niet 'zonder meer' voor rekening en risico van P&F.⁴³

Het arrest *Ontvanger/Voorsluijs* uit 2005 bevestigt dat de Hoge Raad bij de toerekening van kennis terughoudendheid betracht.⁴⁴ Meer in het bijzonder blijkt uit dit arrest dat de bovenbedoelde vereenzelvigingsmaatstaf niet mag worden toegepast, indien het gaat om de toerekening van 'externe' kennis, dat wil zeggen kennis die zich bevindt bij externe partijen, buiten de organisatie van de verantwoordelijke partij.⁴⁵ Het ging in casu om een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad van de Ontvanger tegen Voorsluijs, die zijn aandelen in een vennootschap had overgedragen aan partijen die geen zorg droegen voor de afdracht van vennootschapsbelasting. Hierbij rees de vraag of in dit verband aan Voorsluijs moest worden toegerekend dat zijn belastingadviseur wist althans behoorde te weten van het onderhavige risico van 'leeghalen' van de vennootschap, een fiscale constructie die in de jaren tachtig van de vorige eeuw niet ongebruikelijk was. De Hoge Raad stelde dienaangaande voorop 'dat toerekening van kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel die iemand ten aanzien van de behoorlijke afwikkeling van een transactie heeft aan een ander die deze kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel zelf niet had, weliswaar niet onder alle omstandigheden is uitgesloten, maar dat daarbij wel terughoudendheid moet worden betracht'. Dit klemmt temeer in vraagstukken van aansprakelijkheid, aldus de Hoge Raad, 'gezien het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen' (r.o. 3.5). De door het cassatie-

43 HR 11 maart 2005, *NJ* 2005, 576 (P&F/Peper en De Hart), r.o. 3.4.2.

44 HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken (*Ontvanger/Voorsluijs*). De naam van verweerder in cassatie (*Voorsluijs*) is ontleend aan *RvdW* 2005, 123.

45 Deze terminologie is ontleend aan Tjittes 2001, p. 11 e.v. (over toerekening van 'externe' kennis) en p. 30 e.v. (over toerekening van 'interne' kennis).

middel voorgestelde toepassing van de bovenbedoelde vereenzelvigingsmaatstaf werd uitdrukkelijk verworpen (r.o. 3.6):

‘Een dergelijke maatstaf biedt een oplossing voor het probleem dat een juridische constructie als een rechtspersoon slechts door natuurlijke personen aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen. Toerekening van onrechtmatige gedragingen aan de rechtspersoon wordt dan mede gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen. Deze maatstaf leent zich niet voor overeenkomstige toepassing bij de thans te beantwoorden vraag of de (eventuele) kennis omtrent de verdere afwikkeling van de onderhavige op zichzelf niet ongeoorloofde transactie en de fiscale gevolgen daarvan, welke kennis wel bij de adviseur maar niet bij de opdrachtgever aanwezig was, aan de opdrachtgever kan worden toegerekend met het gevolg dat ook het handelen van de opdrachtgever zelf als onrechtmatig moet worden beschouwd. Met betrekking tot de – dikwijls niet naar buiten blijkende – verhouding tussen een adviseur en diens opdrachtgever is de hiervoor bedoelde vereenzelving niet aan de orde, omdat de opdrachtgever ook zelfstandig kan en veelal zal optreden.’

De Hoge Raad predikt dus terughoudendheid,⁴⁶ maar laat het formuleren van een algemeen geldende maatstaf voor de toerekening van ‘externe’ kennis achterwege. Voor wat betreft het contractenrecht is een dergelijke maatstaf te vinden in art. 1:305 PECL en art. II-1:105 DCFR, inzake ‘imputed knowledge’. Deze bepalingen komen er kort gezegd op neer dat alle (veronderstelde) kennis van de bij de totstandkoming of uitvoering van een overeenkomst betrokken personen aan de contractspartijen wordt toegerekend.⁴⁷ Terecht betoogt Vranken dat een zó algemene toerekeningsmaatstaf niet kan worden aanvaard.⁴⁸ De vraag rijst hoe de toerekening van kennis anderszins kan worden gerechtvaardigd, en ingebed in het stelsel van ons verbintenissenrecht.

In dit verband wordt wel gewezen op de norm van art. 3:66 lid 2 BW voor vertegenwoordigingssituaties. Het gaat hier om de *leer van het grootste aandeel*, inhoudend dat bij de beoordeling van een discrepantie tussen wil en verklaring c.q. bij het vaststellen van een wilsgebrek zowel de kennis van de vertegenwoordiger als die van de vertegenwoordigde in aanmerking komen, ‘al naar

46 Vgl. de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij het arrest Ontvanger/Voorsluijs, sub 11. Zie voor pleidooien van gelijke strekking de conclusie van A-G Spier voor HR 9 juli 2010, LjN BL3262, RvdW 2010, 898 (Enschedeese vuurwerkramp), sub 13.203-13.204; en de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 28 oktober 2011, LjN BQ5986, RvdW 2011, 1314 (Ponzischeme), sub 25.

47 Art. II-1:105 DCFR, dat vrijwel gelijk is aan art. 1:305 PECL, luidt: ‘If a person who with a party’s assent was involved in making a contract or other juridical act or in exercising a right or performing an obligation under it: (a) knew or foresaw a fact, or is treated as having knowledge or foresight of a fact; or (b) acted intentionally or with any other relevant state of mind, this knowledge, foresight or state of mind is imputed to the party.’

48 Zie de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 11 november 2005, NJ 2007, 231 (Ontvanger/Voorsluijs), sub 8 (m.b.t. art. 1:305 PECL).

gelang het aandeel dat ieder van hen heeft gehad in de totstandkoming van de rechtshandeling en in de bepaling van haar inhoud'.⁴⁹ Castermans heeft gepleit voor overeenkomstige toepassing van dit artikel op overige vraagstukken van toerekening van kennis, althans in de precontractuele sfeer.⁵⁰ Mijns inziens is hier enige voorzichtigheid geboden, omdat de onderhavige maatstaf bij uitstek is toegespitst op situaties van vertegenwoordiging, waarin de relevante gedraging (het sluiten van een overeenkomst) wordt verricht door een ander dan de verantwoordelijke partij (namelijk door de vertegenwoordiger, namens de vertegenwoordigde). Buiten dat kader ligt de gedachte dat een derde een groter of juist een kleiner aandeel heeft gehad in de gedraging van de verantwoordelijke partij, resulterend in het al of niet toerekenen van diens kennis aan laatstgenoemde, niet zonder meer voor de hand. Illustratief is de zojuist besproken casus van het arrest *Ontvanger/Voorsluijs*.

Het voorgaande neemt niet weg dat de leer van het grootste aandeel als maatstaf kan dienen in situaties die met gevallen van vertegenwoordiging een relevante gelijkenis vertonen.⁵¹ Men denke bijvoorbeeld aan de situatie dat iemand met het oog op de aankoop van een woning een deskundige inschakelt, om hem te vergezellen bij de bezichtiging en hem te adviseren over eventuele bouwkundige gebreken. Naar gelang van het aandeel van deze deskundige in de totstandkoming van de overeenkomst, althans in het daaraan voorafgaande onderhandelingsproces, laat het zich indenken dat diens kennis aan de koper moet worden toegerekend. Dienovereenkomstig overwoog de Hoge Raad in het arrest *Bunde/Erckens*, betreffende een geval van discrepantie tussen wil en verklaring vanwege een misverstand over de betekenis van een in de overeenkomst gebruikte term, dat voor de uitleg van die term relevant was of de partij bij wie het misverstand bestond, 'zich had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte'.⁵² Voor een dergelijke gerechtvaardigde verwachting dat de deskundige zijn kennis met de verantwoordelijke partij zou delen, is inderdaad de mate van betrokkenheid van de deskundige bij het (onder)handelen van de verantwoordelijke partij – met andere woorden: diens aandeel daarin – van belang.

Afgezien daarvan kunnen mijns inziens ook andere omstandigheden een rol spelen, als gezichtspunten voor de toerekening van toegevoegde deskundigheid. In de literatuur wordt bijvoorbeeld gewezen op de invloed van de *hoedanigheid* van partijen.⁵³ Tjittes pleit in dit verband voor 'toerekening van kennis van een externe deskundige aan een onderneming als regel', terwijl

49 Zie daarover bijv. Tjittes 2001, p. 13-17; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 80 e.v.; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 112.

50 Zie Castermans 1992a, p. 78, 98-100.

51 Vgl. Tjittes 2001, p. 28-29 (sub ii).

52 HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens), besproken in par. 3.3.6.

53 Zie bijv. Klaassen 1999, p. 98; en Tjittes 2001, p. 21.

hij ten aanzien van particulieren meer terughoudendheid bepleit.⁵⁴ Zelf zou ik het hoedanigheidsargument hier liever, zoals ook elders in het contractenrecht (par. 3.6.3), hanteren als *gezichtspunt*. Het bovengenoemde arrest P&F/Peper en De Hart illustreert dat zelfs de kennis van een interne handelsagent niet onder alle omstandigheden, en in zoverre niet als *regel*, aan een onderneming mag worden toegerekend.

Vanuit een breder perspectief zou ik menen dat het *vertrouwensbeginsel* uiteindelijk de doorslag moet geven, als overkoepelende maatstaf voor de toerekening van kennis.⁵⁵ Aan het slot van de voorgaande paragraaf bleek reeds dat dit beginsel ten grondslag ligt aan het persoonsgerelateerde type van objectivering, dat zich hier manifesteert. In mijn visie gaat het erom of de wederpartij onder de gegeven omstandigheden mocht aannemen dat iemand anders – een interne functionaris, een externe deskundige of een andere betrokken derde – zijn kennis met de verantwoordelijke partij zou delen. Voor een dergelijk vertrouwen zijn uiteraard goede gronden vereist. Omgekeerd betekent dit dat de wederpartij die redenen had om aan de kennis van de verantwoordelijke partij te twijfelen, omdat het onder de gegeven omstandigheden juist niet voor de hand lag dat interne of externe adviseurs de verantwoordelijke partij (genoegzaam) zouden voorlichten, zich níet op toerekening van kennis kan beroepen. Objectivering van het persoonsgerelateerde type, uitgaande van de kennis die bij de verantwoordelijke partij in goed vertrouwen aanwezig mocht worden verondersteld, is dan immers logischerwijze uitgesloten. Wel is denkbaar dat een beroep op kennisgerelateerde objectivering hier nog soelaas biedt, derhalve een beroep op de kennis waarover de verantwoordelijke partij ‘overigens’ reeds beschikte (par. 5.2.5). Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat op de verantwoordelijke partij, in verband met de bij haar gerezen twijfel omtrent een bepaalde stand van zaken, een onderzoeksplicht rustte. In dat geval kan geobjectiveerde kennis worden aangenomen zonder toerekening van kennis van derden.

5.3 INFORMATIEPLICHTEN

5.3.1 Rol en betekenis

De kennis van justitiabelen, die hierboven centraal stond, ligt aan de basis van hun juridische verantwoordelijkheid. Wat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid of maatschappelijke zorgvuldigheid van justitiabelen mag worden

54 Zie Tjittes 2001, p. 25-27.

55 Ook andere auteurs verwijzen in dit verband naar het vertrouwensbeginsel, zij het niet steeds als ultieme grondslag voor toerekening van kennis. Zie bijv. Castermans 1992a, p. 99; Klaassen 1999, p. 96; Tjittes 2001, p. 21; en Dammingh 2002, p. 245. Vgl. ook de hierboven geciteerde overweging uit HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens).

verwacht, is in belangrijke mate afhankelijk van hetgeen zij onder de gegeven omstandigheden wisten of behoorden te weten. Ook de gelding van een precontractuele mededelingsplicht of delictuele waarschuwingsplicht wordt mede bepaald door de kennis van de verantwoordelijke partij, zoals hieronder in par. 5.3.3 zal worden uitgewerkt. Informatieplichten vormen aldus een verbindende schakel tussen kennis en verantwoordelijkheid (par. 1.1).

Hierboven werd meermaals benadrukt dat de beoordeling van de kennis van justitiabelen een deugdelijke motivering vergt. Bij die motivering spelen informatieplichten een belangrijke rol. Zij stellen de rechter in staat zijn oordeel over de wederzijdse verantwoordelijkheden van partijen te koppelen aan hun kennis, zonder te verzanden in puur casuïstische beschouwingen. Hun contextgebonden aard maakt maatwerk mogelijk, terwijl anderzijds hun normatieve karakter een waarborg tegen willekeur vormt. Informatieplichten houden dus – idealiter – het juiste midden tussen norm en feit.⁵⁶ Men denke bijvoorbeeld aan het dwalingsleerstuk, dat zónder de mededelingsplicht en de waarheidsplicht van art. 6:228 lid 1 sub a en b BW ongetwijfeld een stuk minder inzichtelijk en hanteerbaar zou zijn (par. 3.6.19). Rechtsvergelijking bevestigt dit. In Frankrijk (par. 2.6.1) en Duitsland (par. 2.7.1), waar de precontractuele informatieplichten buiten het dwalingsleerstuk, in het kader van het bedrog zijn gesitueerd, leidt het dwalingsleerstuk een kwijnend bestaan, terwijl het bedrog juist (zogezegd) floreert. In Nederland doet zich precies de omgekeerde situatie voor, zoals bleek in par. 3.5.2. Informatieplichten kunnen dus een geweldige impuls geven aan de leerstukken waarop zij worden toegepast.

De kracht van informatieplichten schuilt enerzijds in hun flexibiliteit en anderzijds in hun hanteerbaarheid. Met flexibiliteit bedoel ik dat zij zich, zoals gezegd, voegen naar de concrete casus. Als zodanig vormen zij een voorbeeld van het door Vranken gesignaleerde verschijnsel van ‘contextualisme’, het ineenvloeiën van normen en feiten.⁵⁷ Met hanteerbaarheid bedoel ik dat informatieplichten breed inzetbaar zijn, in vele leerstukken van het verbintenissenrecht. Dit houdt verband met hun ondogmatische karakter. Informatieplichten zijn dialectisch van aard: zij vertalen technische vraagstukken in een concreet communicatievoorschrift voor de betrokken partijen. Redeneren met behulp van informatieplichten ‘praat’ daardoor makkelijk.

Beide krachten van informatieplichten kennen hun keerzijde. *Flexibiliteit*, om te beginnen, bergt het risico van onvoorspelbaarheid in zich. Als informatieplichten geheel op de omstandigheden van ieder afzonderlijk geval worden afgestemd, ontberen zij normerende werking voor andere gevallen. Aldus bieden informatieplichten nog slechts ‘Einzelfallgerechtigkeit’.⁵⁸ Barendrecht

56 Zie meer in het algemeen over de wisselwerking tussen norm en feit Asser/Vranken** (1995), nr. 108.

57 Asser/Vranken*** (2005), nr. 96.

58 Zie over de tegenstelling tussen ‘Normgerechtigkeit’ en ‘Einzelfallgerechtigkeit’ bijv. Lange-meijer 1994, p. 133 (kritisch); en Wiarda/Koopmans 1999, p. 73-74.

heeft in zijn dissertatie van 1992 nadrukkelijk voor dit risico gewaarschuwd, dat volgens hem aan alle vage, contextgebonden normen inherent is. Hij pleit voor de ontwikkeling van 'modellen van rechtvaardigheid', dat wil zeggen scherpe (vuist)regels, die als voorlopig uitgangspunt kunnen dienen bij de beoordeling van concrete geschillen.⁵⁹ Op het terrein van de precontractuele goede trouw heeft Tjittes deze handschoen opgepakt. In navolging van zijn promotor Brunner, die betoogde dat het zakenleven 'zijn eigen regels en zijn eigen moraal' kent,⁶⁰ heeft Tjittes een categorisch beschermingsmodel ontwikkeld, uitgaande van de hoedanigheid van contractspartijen. Tjittes pleit voor een driedeling van contractspartijen in particulieren, ondernemers en overheden, als 'globale en gestandaardiseerde hoedanigheidscategorieën'.⁶¹ De achterliggende gedachte is dat particulieren ten opzichte van professionals moeten worden beschermd, maar dat professionele partijen onderling geen vergaande bescherming behoeven.

Vranken heeft deze benadering van de 'Groningse school' bekritiseerd, bij gebrek aan empirische onderbouwing.⁶² Zelf zou ik menen dat de noden van het zakenleven in hun algemeenheid geen geldig argument kunnen vormen voor de afwijzing van een contextgebonden rechtsbescherming. Ook tussen professionele partijen kan onder omstandigheden immers behoefte bestaan aan het corrigeren van informatieasymmetrie.⁶³ De hoedanigheid van contractspartijen vormt zeker een gewichtig gezichtspunt voor de invulling van de toepasselijke informatieplicht (par. 3.6.3), en in zoverre zál de bescherming van professionele partijen vaak minder ver strekken dan die van particulieren, maar als *regel* zou ik dat toch niet willen aanvaarden. Terecht betoogde Snijders, in zijn recensie van het proefschrift van Barendrecht, 'dat streven naar grotere scherpte gemakkelijk leidt tot normen die de praktijk als willekeurig ervaart'.⁶⁴ Tegen die achtergrond meen ik dat bij de toepassing van informatieplichten de concrete context nooit uit het oog mag worden verloren. Voor 'Einzelfallgerechtigheit' hoeft niet te worden gevreesd, zolang de rechter het juiste midden bewaart tussen norm en feit, door een maatstaf te kiezen die enerzijds recht doet aan de omstandigheden van het geval en anderzijds

59 Zie Barendrecht 1992, p. 12-13. Zie ook p. 92-99, waar Barendrecht het 'vage' karakter van de mededelingsplicht bij dwaling bekritiseert. Ter vermijding van misverstand zij bedacht dat deze kritiek ziet op de vaagheid van (open) *normen*. Het daarop gebaseerde *oordeel* behoeft geenszins vaag te zijn, zal vaak juist aan scherpte winnen door toespitsing op de casus.

60 Zie Brunner 1992, p. 95, die zich overigens toespitst op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

61 Zie Tjittes 1994, p. 248-250. Zie in gelijke zin bijv. Hardy 2009, p. 321-322.

62 Zie Vranken 1997, p. 28 e.v.; en Asser/Vranken*** (2005), nr. 48, waar wordt verwezen naar empirische gegevens die suggereren dat het zakenleven wel degelijk behoefte heeft aan een contextgebonden rechtsbescherming. Zie voorts in kritische zin bijv. Raaijmakers 2002, p. 62-63; en Hesselink 2009, p. 97-99.

63 Aldus ook Hesselink 2009, p. 92-93, 99.

64 Snijders 1992b, p. 1152.

normatief gehalte heeft, in die zin dat deze zich leent voor toepassing in vergelijkbare gevallen.

De andere kracht van informatieplichten, hun *hanteerbaarheid*, heeft eveneens een keerzijde. Deze schuilt in wat Vranken treffend de 'absorberende werking' van informatieplichten heeft genoemd.⁶⁵ Informatieplichten snijden, in zijn woorden, 'dwars door bestaande leerstukken heen'.⁶⁶ Vranken gaat zover te concluderen dat vrijwel alle leerstukken van het verbintenissenrecht kunnen worden 'beschreven en geanalyseerd in termen van mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten'.⁶⁷ Ik onderschrijf die constatering, maar niet de onbezorgde toon ervan.⁶⁸ Uit de voorgaande hoofdstukken leid ik af dat informatieplichten het processuele debat niet altijd verhelder en dat, integendeel, aan hun absorberende werking soms weerstand moet worden geboden. Illustratief is de in het arrest Marks/ASZ aanvaarde 'zorgplicht' van een ziekenhuis met betrekking tot de juistheid van haar foldermateriaal,⁶⁹ welke zorgplicht door de Hoge Raad in het kader van art. 6:228 lid 1 sub a BW is gepositioneerd, maar aldaar goed beschouwd alleen maar overbodige vragen oproept (par. 3.6.8). Ook in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht krijgen informatieplichten soms zozeer de overhand, dat zij het zicht op de materie benemen. Zo bleek in par. 4.3.1 dat in vraagstukken van gevaarzetting de aandacht gemakkelijk verschuift van hetgeen de laedens in termen van risicoschepping heeft gedaan, naar hetgeen hij in termen van informatieverstrekking heeft nagelaten. Het gevaar van die benadering is dat aldus de mogelijkheid van andere voorzorgsmaatregelen dan een waarschuwing buiten beeld raakt (par. 4.3.13).

Een intrigerend voorbeeld van de absorberende werking van informatieplichten, als negatieve keerzijde van hun brede inzetbaarheid, wordt besproken door Stolker in zijn dissertatie over medische beroepsaansprakelijkheid. Hij werpt daar de vraag op of een arts patiënten dient te waarschuwen voor het feit dat hij met een bepaalde ingreep zelf (nog) onvoldoende ervaring heeft. Stolker verwijst naar Duitse rechtspraak uit de jaren tachtig van de vorige eeuw, waarin deze vraag aanvankelijk bevestigend maar uiteindelijk ontkenkend werd beantwoord.⁷⁰ Het achterliggende dilemma is dat een gebrek aan ervaring enerzijds als risicofactor voor de patiënt kwalificeert, terwijl anderzijds het opbouwen van medische ervaring juist onmogelijk zou worden, indien artsen op dit punt tot informatieverstrekking gehouden zouden zijn. De heersende leer, ook in Nederland, stelt zich derhalve op het standpunt dat de patiënt niet hoeft te worden gewaarschuwd voor een gebrek aan ervaring,

65 Vranken 1989, p. 3, 208.

66 Vranken 1989, p. 203, 206.

67 Vranken 1989, p. 197, 206.

68 Vgl. Vranken 2000, p. 154, waar Vranken een benadering in termen van informatieplichten zelfs 'realistischer' noemt dan de klassieke, leerstukgebonden benadering.

69 HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), r.o. 3.5.3.

70 Stolker 1988, p. 54-55.

maar dat de onervaren arts zo nodig wel een ervaren collega moet inschakelen, en dat hij in geval van een beroepsfout (uiteraard) hoe dan ook aansprakelijk is.⁷¹ De kwestie illustreert, vanuit een breder perspectief, dat informatieverstrekking niet altijd het ideale voorzorgsmiddel is ter beheersing van risico's en dat – integendeel – bepaalde risico's beter verborgen en onbesproken kunnen blijven.

Al met al zou ik menen dat de primaire betekenis van informatieplichten beperkt is – en moet blijven – tot de rechtsvinding in het concrete geval. Informatieplichten bieden de feitenrechter een bruikbaar instrument bij de onderbouwing van zijn oordeel, en in het verlengde daarvan bieden zij de Hoge Raad een handvat voor de toetsing van een dergelijk oordeel in cassatie.⁷² Zodra informatieplichten echter het zicht op de materie vertroebelen in plaats van verscherpen, of vragen oproepen die in de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen niet aan de orde zijn, is hun betekenis mijns inziens uitgewerkt. Ik beschouw informatieplichten als normen van het type dat Nieuwenhuis aanduidt als 'discussieregels', normen die aangeven 'met behulp van welke argumenten het debat gevoerd moet worden'.⁷³ Dat wil niet zeggen dat informatieplichten, in het verlengde van hun processuele functie, geen normatieve betekenis hebben. Zoals betoogd in par. 2.4.2, vertegenwoordigen informatieplichten mijns inziens een ware rechtsnorm. Zij vormen echter niet de ultieme *belichaming* van die norm en in zoverre geen 'doel op zich'. Idealiter zijn informatieplichten (niet meer, maar ook niet minder dan) een nuttige tussenstap in de rechterlijke motivering, op weg naar een contextgebonden oordeel over het voorliggende geschil. Informatieplichten, kortom, als brug tussen kennis en verantwoordelijkheid (par. 1.1).

5.3.2 Toepassing; uitgangspunt

Bij de concrete toepassing van informatieplichten rijst allereerst de vraag naar het door de rechter te hanteren *uitgangspunt*. Dient beschikbare informatie in beginsel met belanghebbenden te worden gedeeld, of bestaat er voor het aannemen van een dergelijke plicht tot informatieverstrekking slechts onder bijzondere omstandigheden grond? Ten aanzien van de waarschuwingplicht bij gevaarzetting luidt het antwoord duidelijk in laatstbedoelde zin.⁷⁴ Gevaar-

71 Zie bijv. Stolker 1988, p. 31, 55; Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 38, 43-44; en Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 107. Zie nader over de medische beroepsaansprakelijkheid par. 4.8.2.

72 Vgl. Asser/Vranken** (1995), nr. 234.

73 Nieuwenhuis 2007, p. 54. Vgl. ook Vranken 1989, p. 202, die spreekt van 'procedurevoorschriften', maar niet met deze (in zijn ogen te enge) functieomschrijving wil volstaan.

74 Enigszins *anders* Van Dam 2000, nr. 823, die betoogt: 'Indien moet worden aangenomen dat de ander geen weet heeft van een voor hem relevant risico of zich dat risico onvoldoende realiseert, dient hij daartegen in beginsel te worden gewaarschuwd'.

zetting is immers eerst onrechtmatig indien daarmee meer risico wordt genomen dan redelijkerwijs verantwoord is (par. 4.2.10). Voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht moeten dus telkens deugdelijke argumenten worden gevonden in de omstandigheden van het geval (par. 4.3.2).

In het dwalingsleerstuk is minder duidelijk, welk uitgangspunt ten grondslag ligt aan de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Castermans neemt in zijn dissertatie het gelijkheidsbeginsel tot uitgangspunt, inhoudend dat een partij die 'meer in haar mars heeft dan de ander', in beginsel is gehouden 'de balans te herstellen door de ander deelgenoot te maken van haar kennis'.⁷⁵ Hij verbindt hieraan als processuele consequentie dat de precontractuele verzwijging van relevante informatie in beginsel kwalificeert als schending van een mededelingsplicht.⁷⁶ In par. 3.6.1 bleek reeds dat ik deze visie niet deel. Meer in het algemeen zou ik menen dat een overwicht in kennis, het beschikken over informatie die andere justitiabelen (mogelijk) niet hebben, een partij niet op voorhand 'verdacht' maakt. Ronduit onaantrekkelijk lijkt mij de gedachte dat een dergelijk overwicht in beginsel zou moeten worden gecompenseerd door middel van informatieverstrekking, nog los van de vraag of justitiabelen gebaat zouden zijn bij de daaruit voortvloeiende 'information overload' (vgl. par. 1.4).

Tegen deze achtergrond heb ik in deze studie tot uitgangspunt genomen dat justitiabelen, zowel in het contractenrecht (par. 3.1.2) als in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (par. 4.1.2), in beginsel zélf verantwoordelijk zijn voor hun goed geïnformeerd gedrag. Dit betekent dat in mijn visie precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten 'in jedem Einzelfall begründungsbedürftig' zijn.⁷⁷ Meer concreet rust mijns inziens op de onwetende partij, die zich op de schending van een dergelijke informatieplicht beroept, een *argumentatielast*,⁷⁸ inhoudend dat zij de argumenten dient aan te dragen, die de gelding daarvan onder de gegeven omstandigheden rechtvaardigen.⁷⁹ Met het oog op de bedoelde argumentatie worden hieronder de voorwaarden voor gelding van een precontractuele mededelingsplicht of delictuele waarschuwingsplicht besproken, aanknopend bij de basisvereisten en gezichtspunten uit het dwalingsleerstuk.

75 Zie Castermans 1992a, p. 10, die overigens op p. 189 toevoegt dat het hier 'slechts om een uitgangspunt gaat'. Zie in gelijke zin bijv. Van Schaick 2009a, p. 14; en Barendrecht 1992, p. 97-98. Vgl. ook art. II-3:103 DCFR over precontractuele informatieplichten i.v.m. 'informational disadvantage' (par. 2.9.2).

76 Castermans 1992a, p. 71-72. Zie in gelijke zin bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 1.

77 Deze formule is in de Duitse literatuur over de precontractuele *Aufklärungspflicht* gangbaar (par. 2.7.2).

78 Vgl. Valk 2010a, p. 914 (m.b.t. de mededelingsplicht bij dwaling). Zie ook par. 3.6.1.

79 Voor zover in dat kader feitelijke vragen rijzen, rust op de onwetende partij in zoverre ook een *bewijslast*. Vgl. (m.b.t. art. 6:98 BW) Akkermans 2002, p. 18.

5.3.3 Model; feitelijke toets

In par. 3.6.1 bleek dat voor een geslaagd beroep op dwaling wegens schending van een precontractuele mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW is vereist dat de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of geacht mocht worden te zijn met respectievelijk (i) de feiten waaromtrent werd gedwaald, (ii) het causaal verband tussen die dwaling en de gesloten overeenkomst en (iii) de mogelijkheid van een dwaling. Afgezien van deze drie *basisvereisten* werd aangenomen dat in dit verband een overkoepelende, contextgebonden toetsing aan (iv) de *verkeersopvattingen* is vereist. Ter uitwerking van dit vierde vereiste zijn in par. 3.6.3 diverse gezichtspunten behandeld, die in par. 3.7.1 e.v. aan de hand van concrete casuïstiek zijn geïllustreerd. Voor de beantwoording van de vraag of de wederpartij naar verkeersopvattingen is gehouden tot het mededelen van de haar bekende informatie, bleken telkens de *aard van de rechtsverhouding*, de *aard van de betrokken informatie* en de *aard van de betrokken belangen* relevant. In par. 4.3.2 heb ik dit stelsel van basisvereisten en gezichtspunten 'vertaald' naar het gevaarzettingsleerstuk en toegepast op de delictuele waarschuwingsplicht. Dezelfde drie categorieën van gezichtspunten bleken hier een rol te spelen (par. 4.3.4), waarbij de laatste categorie, betrekking hebbend op de aard van de betrokken belangen, meer specifiek kon worden gerelateerd aan de bekende Kelderluikfactoren (par. 4.3.5 e.v.). Een en ander is in par. 4.4.1 e.v. geïllustreerd aan de hand van concrete casuïstiek.

De basisvereisten en gezichtspunten uit het dwalingsleerstuk wijzen mijns inziens in de richting van een algemeen model voor de aanvaarding van precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten.⁸⁰ Het gaat hier om een descriptief model, dat beschrijft welke voorwaarden rechters plegen te stellen aan de gelding van een plicht tot informatieverstrekking. Het model is dus bedoeld als een (schematische) *weergave* van bestaande rechtspraak, niet als alternatief daarvoor.

Het model bestaat uit een feitelijke en een normatieve toets. De feitelijke toets ziet op de *kennis* van de verantwoordelijke partij. Vereist is dat deze weet of geacht mag worden te weten van (a) de mede te delen informatie en (b) de relevantie daarvan voor de onwetende partij. Het eerste element (sub a) bewerkstelligt dat justitiabelen slechts gehouden zijn tot verstrekking van informatie waarover zij (geacht mogen worden te) beschikken. Ik beschouw dit als een eis van logica. De met name in het dwalingsleerstuk wel verdedigde constructie van een '*obligation de s'informer pour informer*', een onderzoeksplicht ten behoeve van de mededelingsplicht (par. 3.6.4), leidt mijns inziens licht tot geforceerde (want fictieve) en onduidelijke (want impliciete) oordelen.

80 Het model is (indirect) ook van belang voor de vaststelling van *onderzoeksplichten*. Vgl. par. 5.3.6, waar de onderzoeksplicht als logische keerzijde van de mededelings- of waarschuwingsplicht wordt getypeerd.

Tegen deze achtergrond heb ik in deze studie bepleit om de precontractuele mededelingsplicht (par. 3.6.2) en de delictuele waarschuwingsplicht (par. 4.3.3) te koppelen aan de *subjectieve* feitenkennis van de verantwoordelijke partij, derhalve aan hetgeen zij wist of geacht mocht worden te weten. Het gaat hier om kennis van de eerste gradatie, zoals bedoeld in par. 5.2.2. Objectivering is in dit verband niet aan de orde, met dien verstande dat het *bewijs* van subjectieve kennis moet worden geleverd aan de hand van objectieve feiten en omstandigheden, die deze kennis aannemelijk maken (par. 5.2.3). In het verlengde hiervan bewerkstelligt de verwijzing naar hetgeen de verantwoordelijke partij 'geacht mocht worden te weten' een lichte mate van (bewijsrechtelijke) objectivering, die het mogelijk maakt om de verantwoordelijke partij in rechte af te rekenen op de verzwijging van informatie die haar onmogelijk kan zijn ontgaan. In dat geval kan men immers, zonder de subjectieve werkelijkheid geweld aan te doen, zeggen dat deze partij in feitelijke zin 'moest' weten van de betrokken informatie.

Het tweede element van de feitelijke toets (sub b) ziet eveneens op subjectieve feitenkennis. Het gaat hier om de vraag of de verantwoordelijke partij wist dan wel geacht mocht worden te weten dat de verzwegen informatie voor de onwetende partij van belang was. Hieronder valt in de eerste plaats het vereiste van kenbaarheid van het causaal verband uit het dwalingsleerstuk (par. 3.6.2), dat in de delictuele sfeer kan worden vertaald in de kenbaarheid van de mogelijkheid van een belangen aantasting (par. 4.3.2). Ook het derde basisvereiste uit het dwalingsleerstuk, inhoudend dat de wederpartij slechts informatie dient te verstrekken indien zij rekening moet houden met een dwaling, ziet op de kenbare relevantie van de betrokken informatie. Men kan immers zeggen dat bij gebreke van een kenbare mogelijkheid van dwaling, het belang van informatieverstrekking voor de wederpartij niet duidelijk is. Op vergelijkbare wijze wordt in het gevaarzettingsleerstuk aangenomen dat de laedens slechts onrechtmatig handelt door het creëren van gevaar, indien en voor zover hij rekening moet houden met onoplettendheid van de potentiële slachtoffers. In par. 4.3.13 heb ik hieruit afgeleid dat voor algemeen bekende risico's in de regel niet hoeft te worden gewaarschuwd. In het onderhavige model laat zich dat aldus verklaren, dat de relevantie van 'common sense warnings' voor de laedens meestal niet kenbaar is.

5.3.4 Model; normatieve toets

Voor het aannemen van een mededelings- of waarschuwingsplicht is als zodanig niet voldoende dat de verantwoordelijke partij beschikt over kennis van de mede te delen informatie, en kennis van de relevantie daarvan. De zojuist besproken feitelijke toets moet daarom worden aangevuld met een normatieve toets, die ziet op de *gerechtvaardigde verwachtingen* van partijen met betrekking tot hun wederzijdse informatievergaring en -verstrekking. In het

dwalingsleerstuk zijn het de verkeersopvattingen, die deze toets uitmaken (par. 3.6.3). Uit het standaardarrest Baris/Riezenkamp blijkt dat in dit verband een tweezijdige benadering is geboden,⁸¹ uitgaande van de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen over en weer (par. 3.5.4). In het gevaarzettingsleerstuk wordt, bij de invulling van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW), op vergelijkbare wijze gewicht toegekend aan de gerechtvaardigde verwachtingen van laedens en gelaedeerde, in die zin dat in het licht dáárvan wordt beoordeeld of de laedens meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was (par. 4.2.10). Per saldo zou ik menen dat aan iedere precontractuele of delictuele plicht tot informatieverstrekking de gedachte ten grondslag ligt, dat de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht verwachten over de betrokken informatie te worden ingelicht.⁸²

Uiteraard gaat het hier niet om de positieve verwachting van een concrete vorm van informatieverstrekking, omdat de onwetende partij daarop feitelijk niet kón rekenen, althans niet op voorhand. Desalniettemin kan de rechter achteraf oordelen dat zij daarop onder de gegeven omstandigheden mócht rekenen. Deze normatieve constructie kan vanuit het perspectief van partijen aldus worden gerechtvaardigd, dat de onwetende partij mocht vertrouwen op de 'status quo', in die zin dat zij zonder tegenbericht van de wederpartij geen onheil behoefde te verwachten (vgl. par. 4.2.10). De gedachte dat een onwetende partij geen gerechtvaardigde verwachtingen kan koesteren omtrent informatieverstrekking door de wederpartij – een gedachte die bijvoorbeeld doorklinkt in de kritiek van sommige auteurs op de toepassing van mededelingsplichten in het conformiteitsleerstuk (par. 3.11.8) – zou ik tegen deze achtergrond willen verwerpen.

De concrete invulling van de normatieve toets, derhalve de beoordeling van hetgeen partijen over en weer in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mogen verwachten, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uit de bespreking van de casuïstiek op het terrein van dwaling en non-conformiteit (par. 3.7.1 e.v.) respectievelijk gevaarzetting (par. 4.4.1 e.v.) leid ik af dat in dit verband telkens de aard van de betrokken rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen een rol spelen.⁸³ Deze gezichtspunten worden in de volgende paragraaf nader behandeld.

81 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

82 Vgl. Drion 1973, p. 54-55, die meer in algemene zin betoogt dat rechtsregels fungeren als 'verkeersregels van de samenleving', die het mogelijk maken 'dat mensen kunnen handelen en samenleven op basis van wat zij van anderen (...) aan gedragingen mogen verwachten'.

83 Vgl. Busch 2008, p. 130, die op basis van een analyse van Duits contracten- en mededingingsrecht komt tot een vergelijkbare driedeling. Hij onderscheidt 'der Gegenstand der

5.3.5 Vervolg; gezichtspunten

De aard van de betrokken rechtsverhouding, het eerste gezichtspunt dat bij de invulling van de zojuist besproken normatieve toets een rol kan spelen, ziet met name op hetgeen partijen van elkaar mochten verwachten in het licht van hun deskundigheid en/of professionele hoedanigheid. Vooral in het contractenrecht speelt dit gezichtspunt een prominente rol (par. 3.6.3). Ook in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht komt gewicht toe aan de door de maatschappelijke zorgvuldigheid beheerste 'rechtsverhouding' tussen laedens en gelaedeerde,⁸⁴ en in het verlengde daarvan aan hun wederzijdse deskundigheid en/of hoedanigheid (par. 4.3.4). *Compétence oblige*, is telkens de gedachte.⁸⁵ Nu de ratio daarvan schuilt in een gerechtvaardigde verwachting van competentie, zou ik menen dat dit gezichtspunt overwegend objectief moet worden ingevuld, uitgaande van de 'formele' hoedanigheid waarin partijen zich hebben gepresenteerd, respectievelijk de 'uiterlijke' deskundigheid die zij hebben tentoongespreid (par. 3.6.3). Mocht de rechter gewicht willen toekennen aan het feit dat een partij 'toevallig' meer wist dan haar hoedanigheid of uiterlijke deskundigheid deed vermoeden, dan verdient het mijns inziens de voorkeur om een dergelijke kennis – onverholen – in subjectieve termen te beoordelen.⁸⁶ Daarbij kan gebruik worden gemaakt van het 'clean hands'-argument,⁸⁷ inhoudend dat een partij die, hoewel in objectieve zin beschermenswaardig, feitelijk tegen beter weten in heeft gehandeld, geen beroep kan doen op een door de wederpartij geschonden informatieplicht.⁸⁸

Het tweede gezichtspunt, de aard van de betrokken informatie, ziet met name op de traceerbaarheid van de relevante gegevens. Bij wijze van vuistregel kan worden aanvaard dat informatie minder snel behoeft te worden gedeeld, naarmate zij voor de onwetende partij eenvoudiger te ontdekken valt. In zoverre houdt dit gezichtspunt verband met het hierboven besproken relevantievereiste (par. 5.3.3), aangezien voor de verantwoordelijke partij niet altijd zonder meer valt in te zien dat de onwetende partij belang heeft bij de ver-

Informationspflicht', 'die Person des Informationsberechtigten' en 'die Person des Informationspflichtigen' als gezichtspunten. Men herkent hierin resp. de aard van de betrokken informatie ('Gegenstand') en de aard van de betrokken rechtsverhouding ('Person'). Uit het vervolg van zijn analyse (p. 132 e.v.) blijkt dat Busch ook de aard van de betrokken belangen meeweegt.

84 Zie over de kwalificatie van deze relatie als rechtsverhouding par. 2.2.4 (aan het slot).

85 Aldus Nieuwenhuis 1986a, p. 320.

86 Vgl. Valk 2009a, p. 144, die (in de contractuele sfeer) betoogt dat vertrouwensbescherming eindigt waar een 'subjectieve ondergrens' wordt bereikt.

87 Zie daarover bijv. Raaijmakers 2002, p. 73; Asser/Vranken*** (2005), nr. 38; en Hardy 2009, p. 100. Vgl. ook de NJ-annotatie van W.M. Kleijn bij HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), sub 4. Zie voorts de bespreking van dit arrest in par. 3.7.7.

88 Vgl. HR 14 november 2008, LjN BF0407, NJ 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8.

strekking van eenvoudig traceerbare gegevens. In het contractenrecht kan dit gezichtspunt overigens ook in tegengestelde richting wijzen, in die zin dat een contractspartij die beschikt over moeilijk traceerbare informatie, soms uit rechtseconomische overwegingen juist gerechtigd is deze informatie voor zich te houden, vanwege de door haar betrachtte onderzoeksinspanningen. Als vuistregel geldt hier dat ten aanzien van informatie die de kostbare vrucht is van weloverwogen onderzoek minder snel een precontractuele mededelingsplicht geldt dan ten aanzien van toevallig verkregen informatie (par. 3.6.3). Analoge toepassing van deze vuistregel in het gevaarzettingsleerstuk ligt niet voor de hand, aangezien de 'marktwaarde' van kennis geen excuus kan zijn om anderen bloot te stellen aan fysieke risico's.

De zojuist besproken vuistregel met betrekking tot kostbaar verworven informatie kan ook in verband worden gebracht met het derde gezichtspunt, de *aard van de betrokken belangen*. Dit gezichtspunt legt vooral veel gewicht in de schaal, indien de veiligheid van onwetende partijen in het geding is (par. 3.6.3). Tegen deze achtergrond heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld in de contractuele sfeer als vuistregel geformuleerd dat bij de koop van een tweedehands auto voor verkeersdeelname de aanwezigheid van een veiligheidsgebrek dat niet eenvoudig te ontdekken en herstellen valt, in beginsel voor rekening van de verkoper komt.⁸⁹ Het ligt voor de hand dat het onderhavige gezichtspunt in het gevaarzettingsleerstuk een prominente rol vervult. Meer in het bijzonder komt de betekenis van de aard van de betrokken belangen hier tot uitdrukking in de bekende Kelderluikfactoren,⁹⁰ die strekken tot een afweging van de belangen van dader en slachtoffer, in het licht van enerzijds de omvang van het betrokken risico (par. 4.3.5) en anderzijds de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen (par. 4.3.6). Bij de bespreking van het Kelderluik-arrest in par. 4.1.3 werd betoogd dat uit het relatief onbezwaarlijke karakter van een waarschuwing niet mag worden afgeleid dat delictuele waarschuwingsplichten licht kunnen worden aanvaard. Van geval tot geval moet worden bezien of de laedens, door het achterwege laten van een waarschuwing, meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was (par. 4.2.10). In dit verband speelt ook de eigen verantwoordelijkheid van potentiële slachtoffers een rol (par. 4.3.3), in die zin dat bijvoorbeeld voor gevaren die 'aanstonds duidelijk' zijn, normaliter niet hoeft te worden gewaarschuwd.⁹¹ Men herkent hier opnieuw het in par. 5.3.3 besproken relevantievereiste, inhoudend dat geen informatie hoeft te worden verstrekt indien op voorhand voor de verantwoordelijke partij niet kenbaar was dat de onwetende partij daarbij belang had.

89 HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.3.2, besproken in par. 3.7.2.

90 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik).

91 Zie HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen), r.o. 3.7, besproken in par. 4.4.7.

5.3.6 Afbakening; verhouding wederzijdse informatieplichten

Kort samengevat komt het zojuist besproken model van basisvereisten en gezichtspunten hierop neer, dat voor de aanvaarding van een plicht tot informatieverstrekking is vereist dat de verantwoordelijke partij *wist of geacht mocht worden te weten* van de mede te delen informatie en de relevantie daarvan (par. 5.3.3), en voorts dat de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden *redelijkerwijs mocht verwachten* daarover te worden ingelicht (par. 5.3.4), gelet op de aard van de betrokken rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen (par. 5.3.5).

In dit model ligt besloten, zoals bleek aan het slot van de voorgaande paragraaf, dat de aanvaarding van precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten steeds met inachtneming van de eigen verantwoordelijkheid van de onwetende partij dient te geschieden. Meer in het bijzonder kan op de onwetende partij in dit verband een *onderzoeksplicht* rusten, met name wanneer zij aanleiding had tot twijfel over de ware stand van zaken. In het dwalingsleerstuk komt van oudsher veel gewicht toe aan de gedachte dat contractanten gehouden zijn om 'binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen' ter voorkoming van teleurstellingen (par. 3.6.11). In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht ligt de gedachte dat slachtoffers zich moeten indekken tegen risico's waaraan zij ongewild door anderen zijn blootgesteld, op het eerste gezicht minder voor de hand (par. 4.1.1), maar niettemin speelt ook hier de idee van eigen verantwoordelijkheid een belangrijke rol (par. 4.3.12), met name waar het gaat om de verwezenlijking van algemeen bekende risico's (par. 4.3.13).

Hiermee rijst de vraag hoe de zojuist besproken mededelings- en waarschuwingsplichten moeten worden afgebakend ten opzichte van de eigen onderzoeksplicht van de onwetende partij. In par. 5.3.4 is die vraag impliciet reeds beantwoord. Uitgaande van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer ligt het voor de hand de wederzijdse informatieplichten als complementaire grootheden te beschouwen, in die zin dat de eigen verantwoordelijkheid van de ene partij begint waar de verantwoordelijkheid van de andere partij eindigt, en *vice versa*. De hierboven uitgesproken gedachte dat een mededelings- of waarschuwingsplicht heeft te gelden, indien de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten over de betrokken informatie te worden ingelicht, heeft als logische keerzijde dat de wederpartij niet tot informatieverstrekking is gehouden, indien zij onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten dat de onwetende partij zelf de benodigde informatie zou vergaren. Zo beschouwd bestaat tussen de 'altruïstische' plicht tot informatieverstrekking en de 'egoïstische' plicht tot informatievergaring (per definitie) een *omslagpunt*. Men kan dit, in het voetspoor van Drion, beschouwen als een uitvloeisel van de relativiteit van informatieplichten, in die zin dat mede-

delings- en waarschuwingsplichten logischerwijze niet strekken tot bescherming van partijen die zelf in termen van informatievergaring zijn tekortgeschoten.⁹²

Tegen deze achtergrond heb ik in de voorgaande hoofdstukken gepleit voor een ‘digitale’ benadering van de wederzijdse informatieplichten bij dwaling (par. 3.6.14) en bij gevaarzetting (par. 4.3.15). Deze visie is niet onomstreden. Met name op het terrein van de dwaling presenteert de heersende leer de wederzijdse informatieplichten bij voorkeur als zelfstandige grootheden, die elkaar in potentie overlappen (par. 3.6.13). Deze ‘analoge’ benadering ligt in zoverre voor de hand, dat een (eenmaal aangenomen) mededelingsplicht of waarschuwingsplicht, zoals bleek in par. 5.3.3, naar haar aard betrekking heeft op de verstrekking van reeds bekende informatie. Niet voor niets worden precontractuele mededelingsplichten in Duitsland en Engeland aangeduid als *Aufklärungspflichten* respectievelijk *duties of disclosure*, termen die de onthulling van reeds beschikbare informatie impliceren.⁹³ De onderzoeksplicht van de onwetende partij is daarentegen in potentie onbegrensd en niet op voorhand gespecificeerd. In die zin kan men zeggen dat het hier om twee verschillende grootheden gaat, die elkaar in abstracto overlappen. Niettemin zou ik de wederzijdse informatieplichten *in concreto*, waar de rechter zich ziet gesteld voor de vraag welk van beide partijen voor de verstrekking of vergaring van bepaalde informatie (eind)verantwoordelijk is, als complementair willen beschouwen. De conclusie dat ter zake van dezelfde informatie op *beide* partijen een informatieplicht rust, acht ik als uitkomst van een gerechtelijke procedure, en als precedent voor toekomstige gevallen, niet aantrekkelijk.

Het voorgaande houdt verband met mijn ‘processuele’ visie op de functie van informatieplichten, zoals uiteengezet in par. 5.3.1. Rechterlijke uitspraken waarin wordt gekozen voor een analoge benadering van de wederzijdse informatieplichten, derhalve voor een overlap tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht, blinken in mijn visie niet altijd uit in duidelijkheid, omdat zij hinken op twee gedachten. Het is veelzeggend dat de heersende leer een ‘prioriteitsregel’ nodig heeft om te concluderen dat de mededelingsplicht prevaleert boven de onderzoeksplicht (par. 3.6.16). In de hier bepleite visie spreekt het vanzelf dat de onderzoeksplicht ná aanvaarding van een contextgebonden mededelingsplicht een gepasseerd station is (par. 3.6.13). Voor wat betreft het Duitse contractenrecht heeft Busch betoogd dat de wederzijdse verantwoordelijkheden van onderhandelende partijen fungeren als ‘Eckpunkte für die Argumentation’, doordat zij ‘eine differenzierte und vor allem transparente und nachvollziehbare Auseinandersetzung mit der Frage nach der Informationslastverteilung im Vorfeld eines vertragsschlusses’ mogelijk maken.⁹⁴ Deze dialectische kwaliteit van informatieplichten – hun onderlinge

92 Zie Drion 1972, p. 50, wiens betoog nader werd besproken in par. 3.10.3 (aan het slot).

93 Vgl. Sefton-Green 2005, p. 1-2. Zie voorts par. 2.7.2 en 2.8.1.

94 Busch 2008, p. 151 (vgl. ook p. 118-119). Overigens zij vermeld dat Busch’ betoog, dat van meer algemene strekking is, als zodanig geen steun biedt voor de hier bepleite opvatting.

verhouding als logische tegenpolen – gaat mijns inziens verloren als men de wederzijdse informatieplichten van elkaar loskoppelt, door hen als zelfstandige grootheden te beschouwen.

Al met al komt naar mijn mening een digitale benadering, uitgaande van een omslagpunt tussen de wederzijdse informatieplichten, de inzichtelijkheid van het rechterlijk oordeel ten goede. Tegelijkertijd realiseer ik mij dat een analoge benadering in de praktijk aantrekkelijk kan zijn, met name in vraagstukken van aansprakelijkheid, indien de feitenrechter een gedeelte van de schade wegens eigen schuld voor rekening van de onwetende partij wil laten. Hoewel ik meen dat een dergelijke uitkomst ook – en zelfs bij voorkeur (par. 3.6.14 en 4.3.16) – zónder toepassing van een onderzoeksplicht aan de zijde van de onwetende partij kan worden bereikt, wil ik de speelruimte van de feitenrechter in dit verband niet onnodig beperken. Waar het mij vooral om gaat, is dat de overlap tussen de wederzijdse informatieplichten niet wordt opgevat als een ‘gebiedsuitbreiding’ van de mededelings- of waarschuwingsplicht. De voor de hand liggende gedachte dat, bij gebreke van een omslagpunt, de voorgeschreven informatieverstrekking vérder reikt, immers ook de eigen onderzoeksplicht van de onwetende partij tot op zekere hoogte overlapt, spreekt mij niet aan, althans niet voor zover aldus de voorgeschreven informatieverstrekking wordt uitgebreid tot buiten de grenzen van wat onwetende partijen redelijkerwijs mogen verwachten (par. 5.3.4). Illustratief is het in par. 4.3.14 besproken arrest Eurosportief/Wesselink, waarin de Hoge Raad oordeelde dat voor het aannemen van een waarschuwingsplicht aan de zijde van de organisator van een skeelercursus omtrent de risico’s van een valpartij niet beslissend was of het slachtoffer in kwestie ‘zelf bedacht had moeten zijn op het risico van een val op het hoofd’.⁹⁵ In casu leidde deze benadering tot een verdedigbaar resultaat (par. 4.3.16), maar in het algemeen zou ik niet willen propageren dat de delictuele waarschuwingsplicht zich mede uitstrekt tot risico’s waarop de potentiële slachtoffers zelf reeds bedacht moeten zijn. Met nutteloze ‘common sense warnings’ is mijns inziens niemand gebaat (par. 4.3.13). Hiermee verschuift de aandacht naar de vraag hoe informatieplichten in concreto moeten worden nageleefd, het onderwerp waaraan de volgende paragraaf is gewijd.

5.3.7 Uitvoering; naleving en bewijs

Op het eerste gezicht ligt het niet voor de hand hier aandacht te besteden aan de ‘uitvoeringsfase’ van informatieplichten, dat wil zeggen aan de vraag hoe zij moeten worden nageleefd. De in dit onderzoek behandelde informatieplichten kwalificeren immers, zoals betoogd in par. 2.4.2, als *Obliegenheiten*, waarvan

⁹⁵ HR 25 november 2005, NJ 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink), r.o. 3.4.6.

de onwetende partij – bij gebrek aan kennis – nooit nakoming zal kunnen vorderen. Dat neemt niet weg dat in concrete gevallen wel degelijk de vraag kan rijzen, of de verantwoordelijke partij genoegzaam aan haar verplichting tot informatieverstrekking heeft voldaan. Het gaat dan om situaties waarin de verantwoordelijke partij de gelding van een mededelings- of waarschuwingsplicht als zodanig niet (langer) betwist, maar aanvoert dat zij de onwetende partij genoegzaam heeft geïnformeerd. Alsdan rijst de vraag hoe ver de toepasselijke informatieplicht onder de gegeven omstandigheden reikte.

In het contractenrecht geldt bij de naleving van een precontractuele mededelingsplicht de regel uit het arrest *Gomes/Rental*, inhoudend dat de voorgeschreven informatieverstrekking voldoende *duidelijk* moet zijn.⁹⁶ In par. 3.6.5 werd hieruit afgeleid dat de te verstrekken mededeling zodanig moet worden ingekleed, dat de dwalende geacht mag worden (i) de mededeling te begrijpen en ernaar te handelen en (ii) de mededeling te signaleren en tot zich door te laten dringen. De mededelingsplicht heeft dus een ruime strekking, maar beoogt geen gegarandeerde effectiviteit, zoals in par. 3.6.5 onder verwijzing naar de Franse doctrine werd betoogd. De wederpartij op wie een mededelingsplicht rust, behoeft zich, met andere woorden, niet in absolute zin te *verzeker*en van de goed geïnformeerde toestemming van de dwalende.

Iets dergelijks geldt ook in het gevaarzettingsleerstuk, waar blijkens het *Jetblast*-arrest de toereikendheid van een waarschuwing als voorzorgsmaatregel ter bescherming van potentiële slachtoffers tegen een bepaald gevaar afhangt van de vraag 'of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden'.⁹⁷ In par. 4.3.7 werd betoogd dat deze norm, die aanknoopt bij de *te verwachten effectiviteit* van de waarschuwing, ruimte biedt voor objectivering, in die zin dat een waarschuwing niet op de meest roekeloze slachtoffers behoeft te worden afgestemd. Dit neemt niet weg dat de delictuele waarschuwingsplicht onder omstandigheden bijzonder ver kan gaan, zoals op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen met gevaarlijke machines, waar geldt dat de werkgever bij het verstrekken van instructies erop dient toe te zien dat deze ook daadwerkelijk door zijn werknemers worden nageleefd (par. 4.6.3). Nochtans geldt in het algemeen dat de delictuele waarschuwingsplicht, evenals de precontractuele mededelingsplicht, geen gegarandeerde effectiviteit beoogt (par. 4.3.7).

Gelet op het voorgaande zou ik menen dat de precontractuele mededelingsplicht en de delictuele waarschuwingsplicht inhoudelijk op één lijn kunnen worden gesteld. De maatstaf uit het *Jetblast*-arrest, die goed aansluit bij het in par. 5.3.4 gehanteerde criterium van gerechtvaardigde verwachtingen over en weer, leent zich mijns inziens voor overeenkomstige toepassing in het

96 HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (*Gomes/Rental*), r.o. 3.7.3, besproken in par. 3.6.4.

97 HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (*Jetblast*), r.o. 3.4.3, besproken in par. 4.3.8.

contractenrecht (par. 3.6.5). Omgekeerd kan het delictuele aansprakelijkheidsrecht mijns inziens inspiratie putten uit het 'contractuele' arrest Gomes/Rental, omdat de hierin neergelegde eis van voldoende duidelijkheid logischerwijze een belangrijk gezichtspunt zal vormen bij de beoordeling van de te verwachten effectiviteit van de mededeling of waarschuwing in kwestie. In het verlengde hiervan zou ik menen dat ook de bovengenoemde gezichtspunten van begrijpelijkheid en opvallendheid – in par. 3.6.5 omschreven als 'materiële' en 'formele' duidelijkheid – kunnen dienen ter nadere uitwerking van de overkoepelende maatstaf uit het Jetblast-arrest.

Een praktische vraag die in dit verband resteert, is door wie de correcte naleving van een mededelings- of waarschuwingsplicht moet worden *bewezen*. Indien de verantwoordelijke partij, aangesproken wegens schending van een informatieplicht, zich verweert met de stelling dat zij deze correct heeft nageleefd, rust ingevolge art. 150 Rv de bewijslast ter zake van het beweerde informatieverzuim in beginsel op de onwetende partij.⁹⁸ Beroept deze zich op onvolledige of ontoereikende informatieverstrekking, dan kan dit bewijs waarschijnlijk worden geleverd aan de hand van de informatie die de wederpartij wél heeft verstrekt. Stelt de onwetende partij zich op het (gemotiveerde) standpunt dat zij in het geheel niet is geïnformeerd, dan lijkt het mij denkbaar dat de feitenrechter de bewijslast – in geval van betwisting door de wederpartij – omkeert, dan wel dat hij de wederpartij belast met een verzwaarde stelplicht ten aanzien van de door haar beweerde informatieverstrekking.⁹⁹ In situaties van gevaarzetting zie ik hiervoor temeer aanleiding, omdat de waarschuwing in dit verband strikt genomen – in elk geval vanuit een historisch perspectief – als rechtvaardigingsgrond voor gevaarzettend gedrag moet worden beschouwd, en derhalve als een bevrijdend verweer van de dader, op wie dienovereenkomstig de bewijslast van de beweerde waarschuwing rust (par. 4.3.1).

Wordt de wederpartij inderdaad met het bewijs van informatieverstrekking belast, dan rijst de vraag hoe dit bewijs moet worden geleverd.¹⁰⁰ Sommige auteurs adviseren, vooral met het oog op bedrijven en (overheids)instanties, de ontwikkeling van een standaardprocedure voor informatieverstrekking, bijvoorbeeld in de vorm van een geautomatiseerd proces.¹⁰¹ Giesen signaleert

98 Aldus ook Valk 2010a, p. 915-916, onder verwijzing naar HR 8 oktober 1999, NJ 1999, 781 (Bouman/Rabobank), r.o. 3.3.

99 Vgl. Giesen 1997, p. 22. Zie ook art. 26 CESL, waarin de bewijslast omtrent naleving van precontractuele informatieplichten in de verhouding tussen handelaren en consumenten wordt omgekeerd. Zie in algemene zin over de constructie van een omgekeerde bewijslast respectievelijk een verzwaarde stelplicht bijv. Snijders e.a. 2011, nr. 213 en 214a.

100 Zie over deze bewijsproblematiek bijv. Giesen 1997, p. 21 e.v.; en Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 177 e.v.

101 Zie bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 181, die menen dat het bestaan van een standaardprocedure voor informatieverstrekking een 'aanknopingspunt' voor bewijs van kennis oplevert. Zie ook Stolker 1988, p. 72-73, die betoogt dat het feit dat informatie 'altijd' wordt verstrekt een vermoeden kan opleveren.

echter terecht dat het feit dat bepaalde informatie normaliter wordt verstrekt, 'feitelijk niets' zegt over de vraag of dat in concreto ook is gebeurd. Hij suggereert zelfs dat de kans op een vergissing des te groter is, indien informatieverstrekking een 'routinehandeling' is.¹⁰² Lagere rechtspraak bevestigt dat de feitenrechter in dit verband geen genoegen neemt met de overlegging van modelbrieven, en de bewering dat zulke brieven 'in een geautomatiseerd proces' plegen te worden gegenereerd.¹⁰³ Ook het bijhouden van informatieverstrekking in een dossier zal tegen deze achtergrond niet altijd soelaas bieden, al lijkt het denkbaar dat een aantekening in het dossier omtrent de verstrekking van informatie wel een begin van bewijs oplevert.¹⁰⁴ Voor het overige is men hier aangewezen op de overlegging van geschriften, zoals een aan de onwetende partij verzonden brief of uitgereikte brochure, en (in geval van mondelinge informatieverstrekking) het horen van getuigen. De enige manier om informatieverstrekking sluitend te bewijzen, is door de onwetende partij een schriftelijke ontvangstverklaring te laten tekenen.¹⁰⁵ Uit het arrest Ammerlaan/Enthoven, over de terhandstelling van algemene voorwaarden op grond van art. 6:234 lid 1 sub a BW, blijkt dat een dergelijke verklaring dwingende bewijskracht heeft op grond van art. 157 lid 2 Rv, derhalve behoudens tegenbewijs voor waar geldt.¹⁰⁶

5.4 ZELFREDZAAMHEID OF ALTRUISME?

5.4.1 Autonomiebeginsel; contextgebonden bescherming

'Nergens wordt onwetendheid zozeer beloond als in het burgerlijk recht', heeft Nieuwenhuis eens gezegd.¹⁰⁷ Valkhoff bezong al eerder de 'Laus ignorantiae', de lof der onwetendheid, onder het motto 'beati nescientes', zalig de onwetenden.¹⁰⁸ Deze uitspraken bevatten een grote kern van waarheid. Door toepassing van informatieplichten wordt inderdaad een vergaande mate van bescherming van onwetende partijen bewerkstelligd, zelfs waar hun onwetendheid is te wijten aan eigen onoplettendheid. De precontractuele mededelingsplicht strekt volgens vaste jurisprudentie 'ter bescherming van een onvoorzichtige

102 Giesen 1997, p. 23-24.

103 Zie Hof Amsterdam 23 september 2008, *LJN* BG8021, *NJF* 2009, 29, r.o. 3.13-3.14.

104 Vgl. Giesen 1997, p. 24 (zie ook zijn voetnoot 134).

105 Zie bijv. Stolker 1988, p. 73; en Van Baalen 2005, p. 10.

106 HR 21 september 2007, *LJN* BA9610, *NJ* 2009, 50 m.nt. Jac. Hijma (Ammerlaan/Enthoven), r.o. 4.4. Zie ook (overigens kritisch) de NJ-annotatie van Jac. Hijma, sub 6. Zie voorts in algemene zin Snijders e.a. 2011, nr. 219 (over art. 157 lid 2 Rv) en 231 (over dwingende bewijskracht).

107 Nieuwenhuis 1988b, p. 491.

108 Valkhoff 1966, p. 29.

contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling'.¹⁰⁹ Ook in het gevaarzettingsleerstuk geldt dat de laedens bij het treffen van voorzorgsmaatregelen in aanmerking dient te nemen dat niet alle slachtoffers 'steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten'.¹¹⁰ Het zou van weinig realiteitszin getuigen, om te suggereren dat het hier een randverschijnsel betreft. Bescherming van onwetende partijen komt in de praktijk juist op grote schaal voor.

Toch heb ik in de voorgaande hoofdstukken gewaarschuwd voor de conclusie dat door de toepassing van informatieplichten de bescherming van onwetende partijen tot *regel* is verheven.¹¹¹ In mijn visie staan informatieplichten – van oudsher en tot op de dag van vandaag – in het teken van het *autonomiebeginsel*, doordat zij strekken tot de bevordering van goed geïnformeerd gedrag (par. 2.3.3). Respect voor andermans autonomie impliceert dat men onder omstandigheden de onwetende partij wijst op relevante informatie, teneinde haar in staat te stellen tot een goed geïnformeerde keuze.¹¹² Een dergelijke plicht tot informatieverstrekking doet zich echter mijns inziens slechts voor, indien de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht verwachten te worden geïnformeerd (par. 5.3.4). In zoverre vormen informatieplichten – ongeacht hun toepassingsfrequentie – een 'uitzonderlijk' en niet een 'regelmatig' verschijnsel, omdat zij samenhangen met de omstandigheden van het geval. Bij de toepassing van informatieplichten staat, met andere woorden, de idee van zelfredzaamheid voorop (par. 5.3.2).

5.4.2 Zorgplichten; categorische bescherming

Intussen kan men zich afvragen of het zojuist geschetste beeld nog representatief is voor het *gehele* verbintenissenrecht. In par. 1.2 en 2.1.4 bleek immers dat het verbintenissenrecht tegenwoordig in toenemende mate wordt beïnvloed door ongeschreven 'zorgplichten', die in algemene termen oproepen tot de behartiging van andermans belang. Het onderhavige onderzoek bevestigt dat op deelterreinen van het verbintenissenrecht, bijvoorbeeld in de sfeer van de borgtocht (par. 3.7.15), de financiële dienstverlening (par. 4.8.3) en de werkgeversaansprakelijkheid (par. 4.6.1), de eigen verantwoordelijkheid van justitiabelen vérgaand door zulke zorgplichten wordt overschaduwd. De ratio ervan schuilt veelal in de professionele status en beroepsmatige deskundigheid van

109 Zie bijv. HR 19 januari 2007, *LJN AZ6541*, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5. Zie ook par. 3.6.16.

110 Zie bijv. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis), r.o. 3.3, besproken in par. 4.4.6. Zie ook par. 4.3.3.

111 Tot die conclusie neigen bijv. Hondius 1999, p. 387, 393; Vranken 2000, p. 149 en 153; en Keirse 2009b, p. 100. Zie voorts de in par. 1.2 genoemde literatuur.

112 Zie voor een vergelijkbare visie op het autonomiebeginsel bijv. Hartlief 1999, p. 14-15, 38; en Nieuwenhuis 2009, p. 2263.

de verantwoordelijke partijen, respectievelijk in het ontbreken van een dergelijke status en deskundigheid bij hun (particuliere) wederpartijen. Onverschillig lijkt daarbij of de rechtsverhouding tussen partijen (pre)contractueel dan wel delictueel van aard is.¹¹³ De opkomst van zorgplichten vormt dus een uitgelezen voorbeeld van het door Tjittes c.s. bepleite 'hoedanigheidsdenken' (par. 5.3.1). In afwijking van het hierboven geschetste stelsel van contextgebonden rechtsbescherming staan zorgplichten in het teken van 'massagerechtigheid'.¹¹⁴ Zij bewerkstelligen, in de woorden van Hartlief, een 'categoriale bescherming'.¹¹⁵

De opkomst van zorgplichten geeft een rechtssystematische dimensie aan de hier behandelde spanning tussen zelfredzaamheid en altruïsme. In rechtspraak en literatuur op het terrein van de financiële dienstverlening wordt de zorgplicht van financiële dienstverleners steevast als een *bijzondere* zorgplicht gepresenteerd (par. 4.8.3), kennelijk op grond van de gedachte dat deze zorgplicht een eigen, afzonderlijke positie inneemt binnen het privaatrechtelijke stelsel.¹¹⁶ In het Dexia-arrest uit 2009 heeft de Hoge Raad deze gedachte bevestigd, door te overwegen dat de waarschuwingsplicht van de aanbieders van effectenlease-producten, voortvloeiend uit hun bijzondere zorgplicht ten opzichte van particuliere beleggers, 'verder reikt' dan de precontractuele mededelingsplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub b BW.¹¹⁷ In par. 2.3.2 en 4.8.5 werd kritiek geuit op dit tweesporenbeleid van de Hoge Raad, dat moeilijk valt in te passen in de civielrechtelijke systematiek.

Meer in het algemeen noopt de opkomst van zorgplichten tot een bezinning op de structuur van het verbintenissenrecht, en op de positie van informatieplichten in dat kader. Van zorgplichten wordt gezegd dat zij fungeren als 'algemene grondnorm' van het verbintenissenrecht, die als 'overkoepelende eenheid' de verschillende gebieden van het recht verbindt.¹¹⁸ De vraag rijst of voor informatieplichten hetzelfde geldt. In hoofdstuk 3 werd gepleit voor een inhoudelijke gelijkschakeling van de precontractuele informatieplichten op het terrein van dwaling en wanprestatie (par. 3.10.3), respectievelijk non-conformiteit (par. 3.11.8). In het verlengde daarvan wordt in de volgende paragrafen onderzocht, mede op basis van de resultaten van het vierde hoofdstuk, of voor een dergelijke synthese ook plaats is op algemeen verbintenissenrechtelijk niveau, derhalve of precontractuele informatieplichten zich lenen voor

113 Zie bijv. Van Laarhoven 2006, p. 9; en Tjong Tjin Tai 2006, p. 100. Vgl. ook Van Rossum 1991, p. 53; en Hartlief 2003a, p. 6.

114 Vgl. voor deze terminologie (instemmend) Tjittes 1994, p. 243.

115 Aldus (kritisch) Hartlief 2003b, p. 7. Vgl. ook Hartlief 2002, p. 501; Hartlief 2003a, p. 7; en Hartlief 2003c, p. 936-937.

116 Vgl. in die zin bijv. Cherednychenko 2010, p. 66; Van der Wiel 2010, p. 151; en de NJ-annotatie van T.F.E. Tjong Tjin Tai bij het arrest Fortis/Bourgonje c.s., sub 2.

117 HR 5 juni 2009, LjN BH2815, *RodW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.4.5, besproken in par. 4.8.5.

118 Aldus Tjong Tjin Tai 2006, p. 100.

inhoudelijke gelijkschakeling met delictuele informatieplichten.¹¹⁹ In par. 5.4.6 wordt vervolgens gezien of informatieplichten inderdaad fungeren als ‘algemene grondnorm’ van het verbintenissenrecht.

5.4.3 Precontractuele vs. delictuele informatieplichten

Wanneer men precontractuele informatieplichten met delictuele informatieplichten vergelijkt, springt allereerst een verschil in consequenties in het oog. Het gaat hier om de *aard van de betrokken sancties*. Het laat zich aanzien dat een informatieplicht niet steeds dezelfde rechtsgevolgen heeft, indien zij respectievelijk aan een vordering tot vernietiging wegens dwaling, een vordering tot ontbinding wegens wanprestatie of een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad ten grondslag wordt gelegd.¹²⁰ In mijn visie zijn zulke verschillen in sanctionering niet van wezenlijke betekenis voor de materiële inhoud van de geldende informatieplichten. Het gaat hier immers om hetgeen partijen in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mogen verwachten (par. 5.3.4). Het ligt niet voor de hand dat de beoordeling daarvan van kleur verschiet naar gelang van het type rechtsoverheidsvordering dat achteraf wordt ingesteld (par. 3.10.3). Precontractuele en delictuele informatieplichten vinden hun gemeenschappelijke grondslag in het ongeschreven recht. In par. 2.2.4 bleek reeds dat de precontractuele goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid in dit verband op één lijn kunnen worden gesteld.

Bij de vraag naar de verhouding tussen precontractuele en delictuele informatieplichten gaat het mij dus niet om de leerstuksgebonden uitwerking ervan, maar om hun autonome inhoud. De vraag is of er wezenlijke karakterverschillen bestaan tussen precontractuele en delictuele informatieplichten, die een verschil in de concrete invulling ervan rechtvaardigen. Vanuit dit perspectief dienen zich mijns inziens twee (potentiële) verschillen aan.

5.4.4 Vervolg; vrijwilligheid

Het meest opvallende inhoudelijke verschil tussen precontractuele en delictuele informatieplichten is gelegen in de *aard van de betrokken rechtsverhouding*. Waar (pre)contractuele rechtsverhoudingen normaliter op vrijwilligheid berusten, is de delictuele rechtsverhouding in de regel niet door partijen beoogd. Con-

119 Zuiver contractuele informatieplichten, derhalve contractuele verbintenissen tot informatievergaring of -verstrekking (par. 3.10.1), laat ik in deze vergelijking buiten beschouwing.

120 Vgl. par. 3.10.2 en 3.11.8, waar bleek dat de precontractuele mededelingsplicht in vraagstukken van wanprestatie resp. non-conformiteit niet zonder meer doorslaggevend is voor het aannemen van aansprakelijkheid.

tracteren is een keuze, onrechtmatig handelen is daarentegen iets dat mensen – in elk geval de potentiële slachtoffers – overkomt. Zo beschouwd kan men zeggen dat precontractuele informatieplichten worden ‘aangegaan’, in die zin dat zij voortvloeien uit een zelfverkozen rechtsverhouding, terwijl delictuele informatieplichten door de rechtsorde worden ‘opgelegd’. Op het eerste gezicht zou men hieruit kunnen afleiden dat precontractuele informatieplichten gemiddeld genomen ‘egoïstischer’ zijn dan delictuele informatieplichten. De gedachte is dan dat iemand die welbewust een contractueel avontuur begint, met alle risico’s van dien, meer oplettendheid dient te betrachten dan degene die ongewild het slachtoffer wordt van een onrechtmatige daad.¹²¹ Aldus wordt de nadruk gelegd op de keuze van de *onwetende* partij om al of niet een rechtsverhouding aan te gaan.

Men kan dit perspectief ook omdraaien. De gedachte is dan dat in een contractuele context ook de *wederpartij* een keuze heeft gemaakt, namelijk de keuze om met *déze* onwetende contractspartij in zee te gaan, terwijl zij in een delictuele context veelal niet haar eigen slachtoffer kan uitkiezen. Vanuit dit perspectief zou men kunnen menen dat precontractuele informatieplichten in de regel juist ‘altruïstischer’ zijn dan delictuele informatieplichten. De gedachte is dan dat contractanten, die voor elkaar hebben gekozen, hun onderlinge communicatie logischerwijze zoveel mogelijk op elkaars kennis en kunde moeten afstemmen, terwijl dader en slachtoffer van een onrechtmatige daad, die elkaar min of meer toevallig treffen, kunnen volstaan met een afstandelijker vorm van communicatie.¹²² In concreto is deze gedachte intussen niet dwingend. De zelfverkozen samenwerking tussen contractanten – Schoordijk spreekt met enig aplomb van een ‘gevangengemeenschap’¹²³ – kan immers evengoed een mindere mate van altruïsme rechtvaardigen, bijvoorbeeld waar het gaat om commerciële transacties tussen deskundige partijen.¹²⁴ Omgekeerd kan de afstandelijkheid van een delictuele rechtsverhouding – het feit dat de betrokken partijen niet op voorhand voor elkaar hebben gekozen – juist nopen tot extra voorzorg aan de zijde van de laedens, bijvoorbeeld in geval van afgifte van gevaarlijke stoffen aan de vuilnisophaaldienst.¹²⁵

121 Zie in die zin bijv. Schut 1997, p. 15, die betoogt dat gelijkwaardige contractspartijen ‘zelf [kunnen] zorgen voor een voldoende rechtsbescherming’, terwijl bij een onrechtmatige daad ‘de wet de rechtsbescherming [moet] waarborgen’.

122 Zie in die zin bijv. Tjong Tjin Tai 2006, p. 100, die betoogt dat men in de delictuele sfeer slechts belangen behoeft te ‘ontzien’, terwijl men deze in de contractuele sfeer actief dient te ‘bevorderen’. Vgl. ook reeds Grotius, Boek II, hoofdstuk XII, par. IX, zoals geciteerd in par. 3.1.1.

123 Schoordijk 1979, p. 198.

124 Vgl. HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8.

125 Vgl. HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10. Zie ook Vranken 1989, p. 157, die de verklaring van dit arrest zoekt in de ‘afhankelijke positie’ waarin een vuilnisman zich bevindt t.o.v. degene die het vuilnis neerzet.

Tegen deze achtergrond zou ik menen dat aan de (on)vrijwilligheid van de betrokken rechtsverhouding als zodanig geen doorslaggevende consequenties kunnen worden verbonden ten aanzien van de inhoud van de toepasselijke informatieplichten. Dat geldt temeer, omdat de tegenstelling tussen het contract als keuze en de onrechtmatige daad als opgelegde rechtsverhouding in concreto niet altijd even sterk spreekt. In voorkomende gevallen kunnen immers dader en slachtoffer van een onrechtmatige daad op voorhand zozeer bij elkaar 'in beeld' zijn, dat hun relatie in termen van nabijheid nauwelijks verschilt van de verhouding tussen contracterende partijen. Een sprekend voorbeeld is de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten, die zich dan ook op het grensvlak van contract en onrechtmatige daad bevindt (par. 4.6.1). Voorts kan hier worden gedacht aan de delictuele zorgplicht van terreinbeheerders, die volgens vaste jurisprudentie moet worden afgestemd op de te verwachten bezoekers van het terrein, als waren zij een soort contractspartijen (par. 4.4.6). Men denke verder bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid bij sport en spel en in de privésfeer (par. 4.3.4). Illustratief is het zwiepende tak-arrest, waarin het ging om de rechtsverhouding tussen twee bevriende boswandelaars.¹²⁶ De overweging dat zulke partijen niet, zoals contractanten, voor hun onderlinge rechtsverhouding hebben gekozen, doet hier enigszins geforceerd aan en lijkt in elk geval geen doorslaggevende argumenten te bieden voor de beantwoording van de vraag waartoe zij over en weer gehouden waren.

5.4.5 Vervolg; wederkerigheid

Een tweede verschil tussen precontractuele en delictuele informatieplichten, dat mogelijk gevolgen heeft voor de inhoud ervan, is gelegen in de *aard van de betrokken belangen*. Contracteren heeft een wederkerig karakter: partijen gaan in onderhandeling teneinde een overeenkomst te sluiten waar zij beiden beter van hopen te worden. Een onrechtmatige daad is daarentegen naar haar aard niet wederkerig: zij berust op het eenzijdige initiatief van de dader en behartigt vanzelfsprekend niet (mede) het belang van de potentiële slachtoffers. Tegen deze achtergrond wordt wel gezegd dat, waar het contractenrecht is gericht op zelfontplooiing, progressie en prestatie, het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht strekt tot handhaving van de status quo, protectie en bescherming.¹²⁷ Dit lijkt erop te duiden dat delictuele informatieplichten in de regel 'altruïstischer' zijn dan precontractuele informatieplichten. Dat is in zoverre juist dat bijvoorbeeld in het gevaarzettingsleerstuk de bescherming van de fysieke integriteit van personen en zaken centraal staat, een belang dat in het algemeen zwaarder weegt dan de zuiver financiële belangen die in (pre)con-

126 HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepende tak), besproken in par. 4.4.2.

127 Zie bijv. Krans 1999, p. 35-36; en Hartlief 2004b, p. 107.

tractuele geschillen vaak aan de orde zijn. Niettemin biedt ook het contractenrecht een verhoogde mate van bescherming, indien de veiligheid van contractanten in het geding is (par. 3.6.3). In zoverre betreft het hier dus slechts een toevallig verschil in casuïstiek tussen de contractuele en de buitencontractuele gevalstypen. Waar het gaat om één en dezelfde casus, die langs beide wegen kan worden benaderd,¹²⁸ moet de inhoud van de toepasselijke informatieplichten mijns inziens identiek zijn.

Meer in het algemeen zou ik menen dat de wederkerigheid van de precontractuele rechtsverhouding als zodanig geen beslissende consequenties mag hebben voor de invulling van de daaruit voortvloeiende informatieplichten. Bij de toepassing van de hier bedoelde informatieplichten gaat het immers juist om situaties waarin die wederkerigheid tot op zekere hoogte is verstoord, doordat de onwetende partij bij gebrek aan kennis een teleurstellende overeenkomst is aangegaan. Het argument dat overeenkomsten in het algemeen zijn gericht op zelfontplooiing en progressie, maakt dan in concreto weinig indruk. Omgekeerd vind ik de gedachte, dat het niet-wederkerige karakter van de onrechtmatige daad als zodanig reeds een hogere mate van bescherming rechtvaardigt, evenmin overtuigend. Uitgangspunt is hier immers dat, behoudens goede redenen voor het tegendeel, ieder in beginsel zijn eigen schade draagt, ook zónder dat daaraan een tegenprestatie is gekoppeld (par. 4.1.2).

Afgezien van het voorgaande geldt dat de tegenstelling tussen contract en onrechtmatige daad als wederkerig respectievelijk eenzijdig verschijnsel niet altijd recht doet aan de werkelijkheid. Zo zoekt Nieuwenhuis de verklaring van de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel bij sport en spel (par. 4.3.4) in het feit dat de hier gecreëerde gevaren – bijvoorbeeld de stoot van een bokser in het kader van een bokswedstrijd – wederkerig zijn.¹²⁹ Meer in het algemeen loopt de idee van wederkerigheid óók als een rode draad door het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, nu het bij de toepassing van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen gaat om de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer (par. 4.2.10). Deze maatstaf duidt weliswaar niet op een zo letterlijke vorm van wederkerigheid als het ‘do ut des’ van het contractenrecht, maar in meer figuurlijke zin, dat wil zeggen juridisch-inhoudelijk, ligt zij rechtstreeks in het verlengde van de tweezijdige benadering, die bij de toepassing van precontractuele informatieplichten gangbaar is (par. 3.5.4). Zo beschouwd kan men zeggen dat de precontractuele relatie tussen contracterende partijen in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht haar equivalent vindt in ‘de verbondenheid van alle mensen in een samenleving’.¹³⁰

128 Zie bijv. Rb. Breda 10 november 2004, *NJF* 2004, 610, betreffende de verkoop van een tweedehands auto met een defecte uitlaat, ten gevolge waarvan de kopers een koolmonoxidevergiftiging opliepen.

129 Nieuwenhuis 1999b, p. 102.

130 Deze formulering is ontleend aan Tjong Tjin Tai 2006, p. 219.

Al met al meen ik dat de hierboven besproken verschillen tussen precontractuele en delictuele informatieplichten – betrekking hebbend op respectievelijk de (on)vrijwilligheid van de onderliggende rechtsverhouding en de (niet-)wederkerigheid van de betrokken belangen – slechts bestaan op een abstract en conceptueel niveau. Bij de concrete toepassing van informatieplichten mag mijns inziens hun precontractuele of delictuele signatuur niet ter zake doen, behalve voor zover deze gepaard gaat met feitelijke omstandigheden die van invloed zijn op hetgeen partijen in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mochten verwachten (vgl. par. 5.3.4). Zo beschouwd kan men bijvoorbeeld zeggen dat de contractant die een kat in de zak koopt, niet dezelfde bescherming verdient als de vuilnisman die natronloog in een vuilniszak aantreft, en dat de verkoper van een huis met scheurvorming niet dezelfde informatieplicht heeft als de beheerder van een weg die scheuren vertoont. Dergelijke casuïstische verschillen duiden echter niet op een structureel onderscheid tussen de (pre)contractuele en de buitencontractuele benadering, al was het maar omdat zij zich ook binnen het contractenrecht en binnen het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht op grote schaal voordoen.

5.4.6 Vloeiend verbintenissenrecht?

In de voorgaande paragraaf werd gepleit voor een inhoudelijke gelijkshakeling van precontractuele en delictuele informatieplichten. Dit betoog lag in het verlengde van de in hoofdstuk 3 bepleite gelijkshakeling van precontractuele informatieplichten op het terrein van dwaling en wanprestatie (par. 3.10.3), respectievelijk non-conformiteit (par. 3.11.8). Voorts werd hiermee een nadere uitwerking gegeven aan de in par. 2.3.2 bepleite gelijkshakeling van mededelingsplichten en waarschuwingsplichten. Achtergrond was de in par. 2.2.4 verdedigde stelling dat de precontractuele goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid op één lijn kunnen worden gesteld. Ervan uitgaande dat precontractuele en delictuele informatieplichten hun gemeenschappelijke grondslag vinden in het ongeschreven recht, ligt het voor de hand hun inhoud autonoom vast te stellen. Met andere woorden: het antwoord op de vraag wie onder bepaalde omstandigheden voor de vergaring c.q. verstrekking van informatie verantwoordelijk is, moet, uitgaande van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer (par. 5.3.4), eenduidig en uniform zijn, ongeacht het dogmatische kader waarin men zich bevindt.

De vraag rijst wat de hier bepleite synthese van precontractuele en delictuele informatieplichten betekent voor de systematiek van het verbintenissenrecht, en meer in het bijzonder voor het klassieke onderscheid tussen contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. In de literatuur wordt aangenomen – en aanvaard – dat wij leven in een tijd van vervlechting van

rechtsgebieden en vervaging van dogmatische grenzen.¹³¹ Bakels spreekt treffend van 'vloeiend verbintenissenrecht'.¹³² Van Laarhoven omschrijft dit, in zijn voetspoor, als 'een verbintenissenrecht waarin de samenhang niet wordt gevonden door het bijhouden van een keurig geordend systeem van juridische begrippen, maar door een samenstel van beginselen en gezichtspunten die dwars door dat systeem 'heengrijpen'.¹³³ Een belangrijk gevolg van deze grensvervaging is het naar elkaar toegroeien van wanprestatie en onrechtmatige daad.¹³⁴ Deze ontwikkeling is niet nieuw en ook niet uniek voor Nederland.¹³⁵ De Amerikaanse auteur Grant Gilmore verkondigde anno 1974 in een beroemd geworden opstel 'the death of contract'. In zijn visie is het contractenrecht een negentiende eeuws product, ontwikkeld onder invloed van het liberalisme, met een sterke nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van justitiabelen. Door de opkomst van het altruïsme in de twintigste eeuw voldoet deze benadering volgens Gilmore niet langer. Het contractenrecht 'is being reabsorbed into the mainstream of 'tort'', als 'residual category of civil liability'. Tegen deze achtergrond doet Gilmore het verrassende voorstel 'to merge the first-year courses in Contracts and Torts into a single course which we could call Contorts'.¹³⁶

Voor het doodverklaren van het Nederlandse contractenrecht lijkt het voorsnog te vroeg.¹³⁷ Toch herkent men in de zojuist bedoelde kwalificatie van het verbintenissenrecht als 'vloeiend' het standpunt van Gilmore. De gedachte is kennelijk dat het onderscheid tussen contract en delict is verruild voor een overkoepelende benadering in termen van ongeschreven zorg- en informatieplichten. Vranken betoogt in dit verband:

'Onrechtmatige daad en contract hebben hun betekenis als dichotomische grondcategorieën van het verbintenissenrecht verloren. (...) Gemeenschappelijke basis van dit alles is de plicht zich mede de belangen van anderen aan te trekken, bijv. door tijdig te waarschuwen, mededelingen te doen of zich van de juiste stand van zaken te vergewissen alvorens tot handelen over te gaan.'¹³⁸

131 Zie bijv. Snijders 1992a, p. 5-6; Asser/Vranken** (1995), nr. 124; Bakels 1996, p. 44; Van Laarhoven 2006, p. 2 e.v. Vgl. overigens ook Telders 1937, p. 453, waaruit blijkt dat dit verschijnsel minder modern is dan het lijkt. Vgl. ook Hartkamp 2010a, nr. 21, die het verschijnsel in een bredere context van 'relativering' plaatst.

132 Bakels 1996, p. 44.

133 Van Laarhoven 2006, p. 2.

134 Zie bijv. Vranken 1989, p. 97; Vranken 1991b, p. 323 e.v.; Asser/Vranken** (1995), nr. 124; Bakels 1996, p. 43-44; Van Dunné 2004a, p. 24, 282; Van Dunné 2004b, p. 33; en Van Laarhoven 2006, p. 15 e.v. Zie ook de NJ-annotatie van I. Giesen bij HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 (Eternit/Horsting), sub 8.

135 In par. 2.5.1 e.v. bleek reeds dat informatieplichten ook elders in Europa de structuur van het verbintenissenrecht op de proef stellen.

136 Zie Gilmore 1974, p. 87, 90.

137 Overigens sluit Gilmore een 'resurrection' van het Amerikaanse contractenrecht niet uit. Zie Gilmore 1974, p. 103.

138 Vranken** (1995), nr. 124. Vgl. ook reeds Vranken 1989, p. 201.

Hoe moet hierover worden gedacht? De resultaten van het onderhavige onderzoek bevestigen dat het verbintenissenrecht zich op deelterreinen ontwikkelt tot een soort 'zorgplichtenrecht', waarin de grenzen van leerstukken vervagen omwille van een categorische bescherming van het kwetsbare individu (par. 5.4.2). Informatieplichten spelen in dit verband een onmiskenbare rol. Toch zou ik hieruit niet willen concluderen – al erken ik dat het hier een kwestie van perceptie betreft – dat door de toepassing van informatieplichten de dichotomie van het verbintenissenrecht, het klassieke onderscheid tussen contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, is achterhaald. Er blijven immers belangrijke verschillen bestaan tussen de beide rechtsgebieden, al was het maar omdat in het contractenrecht de tussen partijen gesloten (of te sluiten) overeenkomst centraal staat als aanknopingspunt voor de invulling van hun wederzijdse verplichtingen, welk aanknopingspunt in delictuele rechtsverhoudingen ten enenmale ontbreekt.

Hoe dan ook lijkt het mij een 'overstatement' te zeggen dat informatieplichten de 'gemeenschappelijke basis' van het verbintenissenrecht vormen, zoals Vranken in het hierboven weergegeven citaat suggereert,¹³⁹ of dat zij, zoals Tjong Tjin Tai ten aanzien van zorgplichten heeft opgemerkt, als 'algemene grondnorm' van het verbintenissenrecht fungeren.¹⁴⁰ Veeleer zou ik informatieplichten – evenals zorgplichten – willen beschouwen als een contextgebonden uitvloeisel van het ongeschreven recht, als een normatieve onderstroom die niet ontwrichtend werkt, in die zin dat leerstukken erdoor worden overspoeld, maar juist funderend, in die zin dat zij erdoor worden gelaafd. Dat informatieplichten geen 'algemene grondnorm' van het verbintenissenrecht zijn, blijkt uit het simpele feit dat vraagstukken van contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht over zoveel méér gaan dan alleen de vergaring en verstrekking van informatie. Goed beschouwd is slechts de dwaling een zuiver informatievraagstuk (par. 3.10.2). Op de andere deelterreinen van het verbintenissenrecht, zoals wanprestatie en onrechtmatige daad, komt eveneens gewicht toe aan hetgeen partijen in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mochten verwachten, maar informatieplichten hebben hier zeker niet het laatste woord.

5.5 SLOTBESCHOUWING

In dit onderzoek heb ik de rol van informatieplichten in het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht onderzocht. Ik heb gepleit voor een inhoudelijke gelijkschakeling van precontractuele en delictuele informatieplichten (par. 5.4.3 e.v.). Daarmee heb ik niet beoogd het onderscheid tussen contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht te onder-

¹³⁹ Zie in die zin ook Vranken 1989, p. 206.

¹⁴⁰ Tjong Tjin Tai 2006, p. 100.

graven (par. 5.4.6). Doel was om een uniforme 'architectuur' van informatieplichten in het verbintenissenrecht te creëren.¹⁴¹ Met het oog daarop heb ik in par. 5.3.3 e.v. een model voor de aanvaarding van precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten ontwikkeld. Kort gezegd komt dit model erop neer dat voor de aanvaarding van een plicht tot informatieverstrekking is vereist (i) dat de verantwoordelijke partij *wist of geacht mocht worden te weten* van de mede te delen informatie en de relevantie daarvan, en (ii) dat de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden *redelijkerwijs mocht verwachten* daarover te worden ingelicht, gelet op de aard van de betrokken rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen.

Een hoofdlijn van mijn betoog is de gedachte dat informatieplichten nooit in abstracto gegeven zijn. Ik beschouw informatieplichten als contextgebonden uitvloeisel van het ongeschreven recht, en niet als manifestatie van een categorische beschermingstendens. Dienovereenkomstig staat mijns inziens bij de toepassing van informatieplichten het autonomiebeginsel voorop, inhoudend dat justitiabelen in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor hun goed geïnformeerd gedrag, behoudens goede redenen voor het tegendeel (par. 5.4.1). Vandaar dat ik in dit onderzoek de precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten steeds tegen de achtergrond van de daarmee corresponderende onderzoeksplichten van de onwetende partij heb beschouwd. In mijn visie fungeren deze wederzijdse informatieplichten als complementaire grootheden, in die zin dat een plicht tot informatieverstrekking logischerwijze eindigt waar de eigen verantwoordelijkheid van de onwetende partij begint (par. 5.3.6). In zoverre is het zojuist geschetste model voor de aanvaarding van precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten ook relevant voor de vaststelling van hun pendant, de onderzoeksplicht.

Het onderzoek gaat dus over de spanning tussen autonomie en solidariteit, maar ook over de spanning tussen techniek en moraal, zoals die zich bij de dogmatische inbedding van informatieplichten manifesteert. Informatieplichten zetten het systeem van het verbintenissenrecht onder druk, doordat zij dwars door bestaande leerstukken heen snijden en op die leerstukken een absorberende werking uitoefenen (par. 5.3.1). In dit onderzoek heb ik getracht weerstand te bieden aan deze absorberende werking, door te benadrukken dat informatieplichten in dienst staan van de rechtsvinding in het concrete geval. Tegen deze achtergrond heb ik betoogd dat zij geen eigen leven mogen leiden als 'algemene grondnorm' van het verbintenissenrecht (par. 5.4.6). Mijn visie op de inhoud van informatieplichten houdt dus rechtstreeks verband met mijn visie op hun vorm: altruïsme vraagt mijns inziens om een contextgebonden argumentatie. Een dergelijke verbinding tussen techniek en moraal is anno 1976

141 Vgl. Busch 2008, p. 154, die op basis van een vergelijking van informatieplichten in het Duitse mededingings- en contractenrecht pleit voor een 'ähnliche(n) Architektur der normativen Grundlagen'.

reeds gelegd door de Amerikaanse hoogleraar Duncan Kennedy, in een opstel getiteld 'Form and Substance in Private Law Adjudication'. Kennedy betoogde dat altruïsme (als 'substance') logischerwijze gepaard gaat met contextualisme (als 'form'), doordat altruïstische normen naar hun aard 'open' geformuleerd en afgestemd zijn op de omstandigheden van het geval.¹⁴² Ik meen dat het onderhavige onderzoek bevestigt, dat de bescherming van onwetende justitiabelen alleen effectief en overtuigend kan plaatsvinden op een casuïstisch niveau. Individuele rechtsbescherming vraagt – per definitie, zou ik menen – om aandacht voor de omstandigheden van het geval. In die zin gaan 'form' en 'substance' hier inderdaad hand in hand.

Al met al zoek ik het compromis tussen autonomie en solidariteit – en daarmee tussen vorm en inhoud – in het rechterlijk oordeel, als contextgebonden vertolking van de wederzijdse verantwoordelijkheden van partijen. Tegen deze achtergrond heb ik in dit onderzoek veel nadruk gelegd op motiverings-eisen, op transparantie en zuiverheid van redenering. Ik ben mij ervan bewust dat deze procedurele benadering een keerzijde heeft, namelijk dat zij weinig pasklare antwoorden oplevert. De (voorspelbare) uitkomst van dit onderzoek luidt dan ook dat bij de toepassing van informatieplichten alles afhangt van de omstandigheden van het geval. Ik beschouw dat niet als een zwaktebod. Naar mijn mening is de rechter de aangewezen persoon om in concrete gevallen een brug te slaan tussen de kennis van justitiabelen en hun juridische verantwoordelijkheid. Daarbij neem ik een zekere vaagheid voor lief. Rechtszekerheid is hier niet de zekerheid van een bepaalde uitkomst, maar de zekerheid dat *recht* wordt gedaan, rekening houdend met de omstandigheden van het geval.

142 Zie Kennedy 1976, p. 1685, 1776.

Samenvatting

1 INLEIDING

Informatieplichten – plichten tot vergaring of verstrekking van informatie – fungeren in het verbintenissenrecht als verbindende schakel tussen kennis en verantwoordelijkheid (par. 1.1). Dit onderzoek behelst een vergelijking van (pre)contractuele en delictuele informatieplichten, met het oog op een beoordeling van de wijze waarop de rechter heden ten dage in het verbintenissenrecht een brug slaat tussen kennis en verantwoordelijkheid (par. 1.2). Na een terreinverkenning (hoofdstuk 2) worden achtereenvolgens het contractenrecht (hoofdstuk 3) en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (hoofdstuk 4) behandeld. Ten slotte worden, vanuit een overkoepelend perspectief, conclusies getrokken omtrent de betekenis van informatieplichten voor het gehele verbintenissenrecht (hoofdstuk 5).

2 TERREINVERKENNING

Informatieplichten zijn als juridisch verschijnsel van oudsher bekend, maar sinds de tweede helft van de twintigste eeuw lijken zij zich te hebben ontwikkeld tot een zelfstandig leerstuk binnen het verbintenissenrecht (par. 2.1.1). Informatieplichten kunnen niet exclusief tot een bepaald wettelijk kader worden herleid (par. 2.2.1). Nu informatieplichten uit hoofde van redelijkheid en billijkheid, goede trouw, verkeersopvattingen en maatschappelijke zorgvuldigheid verwijzen naar het ongeschreven privaatrecht, moeten zij inhoudelijk op één lijn worden gesteld (par. 2.2.4).

Hoofdvormen van informatieplichten zijn enerzijds de *onderzoeksplicht*, die oproept tot informatievergaring in het eigen belang, en anderzijds de *mededelingsplicht* of *waarschuwingplicht*, die oproept tot informatieverstrekking in het belang van de wederpartij (par. 2.3.1). Het komt de inzichtelijkheid en de coherentie van het leerstuk der informatieplichten ten goede, indien mededelingsplichten en waarschuwingplichten zo veel mogelijk op gelijke leest worden geschoeid (par. 2.3.2).

Informatieplichten strekken tot de bevordering van goed geïnformeerd gedrag. Zij bewerkstelligen dat partijen voldoende geïnformeerd bepaalde toekomstige beslissingen kunnen nemen (par. 2.3.3). Informatieplichten hebben een afgeleid karakter, in die zin dat zij als nevenverplichting voortvloeien uit

een (pre)contractuele of delictuele rechtsverhouding tussen partijen. Zij kunnen worden gekwalificeerd als 'Obliegenheiten' (par. 2.4.1). Het is een praktisch gegeven dat de naleving van informatieplichten niet op voorhand kan worden afgedwongen (par. 2.4.2).

Rechtsvergelijkend onderzoek toont aan dat de betekenis van (met name precontractuele) informatieplichten gedurende de twintigste eeuw in heel Europa is gegroeid (par. 2.5.1). Het Franse, Duitse en Engelse recht bieden een drietal representatieve invalshoeken. In Engeland houdt de rechter tot op heden strikt vast aan het klassieke uitgangspunt dat justitiabelen een eigen verantwoordelijkheid hebben ter zake van de vergaring van informatie (par. 2.8.1 e.v.). In Frankrijk streeft de rechtspraak daarentegen openlijk naar een hoog niveau van (consumenten)bescherming, resulterend in verbintenisrechtelijke constructies die zich veelal kenmerken door hun 'categorische' beschermingskarakter, met name waar het gaat om de verhouding tussen particulieren en professionals (par. 2.6.1 e.v.). Een middenpositie, vergelijkbaar met die van het Nederlandse recht, wordt ingenomen door het Duitse recht (par. 2.7.1 e.v.). Ook in het Europees privaatrecht spelen informatieplichten een belangrijke rol (par. 2.9.1 e.v.). Toch lijkt van een communis opinio over informatieplichten op Europees niveau nog geen sprake (par. 2.9.5).

3 INFORMATIEPLICHTEN IN HET CONTRACTENRECHT

De diverse leerstukken van het contractenrecht zijn doortrokken van de gedachte dat partijen die vrijwillig met elkaar in zee gaan, ook op een adequate wijze met elkaar zullen moeten communiceren (par. 3.1.1). In het kader van deze communicatie staat de idee van zelfredzaamheid voorop (par. 3.1.2).

Totstandkoming van overeenkomsten

Bij de totstandkoming van overeenkomsten spelen informatieplichten in de eerste plaats een rol in het kader van de wilsvertrouwensleer (art. 3:33-3:35 BW). Uit art. 3:35 jo. 3:11 BW vloeit een *onderzoeksplicht* van de vertrouwende partij voort, die met name afhankelijk is van het voorzienbaar nadeel aan de zijde van de verklarende partij (par. 3.2.1). Afgezien van deze onderzoeksplicht kunnen uit art. 3:35 BW ook andere wederzijdse informatieplichten voortvloeien (par. 3.2.2). Beslissend zijn de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen, die kleur krijgen in het licht van de desbetreffende jurisprudentie (par. 3.3.1 e.v.).

In het verlengde van de wilsvertrouwensproblematiek liggen de gevallen van onbevoegde vertegenwoordiging (par. 3.4.1 e.v.). Art. 3:61 lid 2 BW, inzake vertrouwensbescherming bij schijn van volmachtverlening, impliceert de gelding van wederzijdse informatieplichten (par. 3.4.2). Beslissend zijn de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen, die moeten worden ingevuld

in het licht van onder meer de functie van de tussenpersoon, de gebruikelijkheid of normaliteit van zijn vertegenwoordigingshandeling en de traceerbaarheid of inzichtelijkheid van de daaraan (al of niet) ten grondslag liggende volmacht (par. 3.4.3). Het toedoen-vereiste blijft in vraagstukken van onbevoegde vertegenwoordiging van doorslaggevend belang (par. 3.4.5).

Geldigheid van overeenkomsten (wilsgebreken)

Ook bij de beoordeling van de geldigheid van overeenkomsten spelen informatieplichten een belangrijke rol, met name in het kader van de wilsgebreken. Zo impliceert de regeling van het misbruik van omstandigheden in art. 3:44 lid 4 BW de gelding van een op de misbruikmakende partij rustende *onderzoeksplicht*, met name waar het gaat om rechtshandelingen die voor de kwetsbare partij onmiskenbaar nadelig zijn. Tevens kan uit art. 3:44 lid 5 BW een onderzoeksplicht voortvloeien omtrent het eventuele bestaan van een door een derde veroorzaakt wilsgebrek (par. 3.5.1). Ook de regeling van het bedrog in art. 3:44 lid 3 BW bevat aanknopingspunten voor de aanvaarding van wederzijdse informatieplichten (par. 3.5.3).

De dwaling, geregeld in art. 6:228 BW, vormt in de praktijk het belangrijkste aanknopingspunt voor de aanvaarding van precontractuele informatieplichten. In de loop van de twintigste eeuw heeft de rechtspraak zich van de oorspronkelijke opvatting van de dwaling als zuiver wilsgebrek verwijderd, door steeds meer aandacht te besteden aan het gedrag van de wederpartij als oorzaak van de dwaling. Dit heeft geresulteerd in een tweezijdige benadering, uitgaande van de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen over en weer (par. 3.5.4).

Voor een geslaagd beroep op dwaling wegens schending van een precontractuele *mededelingsplicht* in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW is vereist dat de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of geacht mocht worden te zijn met respectievelijk (i) de feiten waaromtrent werd gedwaald, (ii) het causaal verband tussen die dwaling en de gesloten overeenkomst en (iii) de mogelijkheid van een dwaling (par. 3.6.1). De kennis van de wederpartij, die bij de toetsing aan deze drie basisvereisten centraal staat, moet slechts in beperkte mate worden geobjectiveerd (par. 3.6.2). De aanvaarding van een onderzoeksplicht uit hoofde van de mededelingsplicht (een 'obligation de s'informer pour informer') is ongewenst (par. 3.6.4).

Afgezien van de drie basisvereisten is voor de aanvaarding van een precontractuele mededelingsplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub b BW een overkoepelende, contextgebonden toetsing aan de verkeersopvattingen vereist. De omstandigheden van het geval, zoals tot uitdrukking komend in de desbetreffende jurisprudentie (par. 3.7.1 e.v.), zijn in dit verband beslissend. De gezichtspunten die bij de beoordeling van deze omstandigheden een rol spelen, kunnen worden ingedeeld in drie categorieën. Voor de beantwoording van de vraag of de wederpartij naar verkeersopvattingen is gehouden tot het mededelen van de haar bekende informatie, zijn telkens de *aard van de rechtsverhouding*,

de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen relevant (par. 3.6.3).

Bij de naleving van een precontractuele mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW geldt de regel uit het arrest Gomes/Rental, inhoudend dat de voorgeschreven informatieverstrekking tenminste voldoende *duidelijk* moet zijn. Meer concreet betekent dit dat de te verstrekken mededeling zodanig moet worden ingekleed, dat de dwalende geacht mag worden (i) de mededeling te signaleren en tot zich door te laten dringen (formele duidelijkheid) en (ii) de mededeling te begrijpen en eraan te handelen (materiële duidelijkheid). De mededelingsplicht heeft dus een ruime strekking, maar beoogt geen gegarandeerde effectiviteit (par. 3.6.5).

Blijkens art. 6:228 lid 1 sub a BW rust op de wederpartij van de dwalende tevens een *waarheidsplicht*, inhoudend dat zij de dwalende op relevante punten correct (en niet onjuist) dient voor te lichten. Intussen rechtvaardigt niet iedere onjuiste inlichting een beroep op dwaling. De dwalende heeft in dit verband een eigen onderzoeksplicht, inhoudend dat hij tot op zekere hoogte is gehouden de inlichtingen van de wederpartij op juistheid te onderzoeken (par. 3.6.6).

Art. 6:228 lid 1 sub c BW, inzake wederzijdse dwaling, biedt aanknopingspunten voor de aanvaarding van wederzijdse onderzoeksplichten. De *onderzoeksplicht van de wederpartij* krijgt aldus een natuurlijk onderdak in art. 6:228 lid 1 sub c BW. Voor vernietiging wegens wederzijdse dwaling in verband met de schending van een dergelijke onderzoeksplicht, zal overigens slechts onder bijzondere omstandigheden plaats zijn. De verkeersopvattingen, ingevuld aan de hand van de in par. 3.6.3 bedoelde gezichtspunten, zullen in dit verband beslissend zijn (par. 3.6.9).

De mededelingsplicht, waarheidsplicht en onderzoeksplicht van de wederpartij vinden hun complement in de eigen *onderzoeksplicht van de dwalende*, die besloten ligt in de verschoonbaarheidscorrectie van art. 6:228 lid 2 BW. De vraag of in concreto voor de dwalende een onderzoeksplicht geldt, moet telkens worden betrokken op de vraag of op diens wederpartij een informatieplicht rust, en *vice versa* (par. 3.6.11).

Uitgaande van deze benadering moeten de wederzijdse informatieplichten bij dwaling worden getypeerd als complementaire grootheden, die elkaar, als keerzijden van dezelfde medaille, over en weer uitsluiten (par. 3.6.13). Deze 'digitale' benadering verdient de voorkeur boven de 'analoge' benadering van de heersende leer, waarin de wederzijdse informatieplichten bij dwaling als zelfstandige grootheden worden beschouwd, die elkaar wederzijds kunnen overlappen (par. 3.6.14).

In de rechtspraak van de Hoge Raad wordt de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling bepaald door een tweetal *prioriteitsregels*. Volgens vaste jurisprudentie mag de dwalende in beginsel afgaan op de juistheid van verstrekte inlichtingen, zodat de waarheidsplicht als regel prevaleert boven de eigen onderzoeksplicht van de dwalende (par. 3.6.15). Datzelfde geldt voor de mededelingsplicht, die volgens de Hoge Raad mede

strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij (par. 3.6.16). De hier bedoelde prioriteitsregels kwalificeren niet als werkelijke rechtsregels, maar slechts als globale instructie aan de feitenrechter (par. 3.6.17). Voor zover de Hoge Raad hiermee beoogt aan het prevaleren van de onderzoeksplicht zwaardere motiveringseisen te stellen dan aan het prevaleren van de mededelingsplicht, is die benadering ongewenst. De prioriteitsregels dienen slechts ter regulering van het processuele debat, in die zin dat een wegens schending van een informatieplicht aangesproken wederpartij zich niet *enkel* onder verwijzing naar de *a priori* gegeven onderzoeksplicht van de dwalende kan verweren (par. 3.6.18).

Rechtsgevolgen van overeenkomsten

Afgezien van de totstandkoming en de geldigheid van overeenkomsten kunnen ook de rechtsgevolgen worden beïnvloed door de werking van precontractuele informatieplichten. Bij de uitleg van overeenkomsten gaat het in de eerste plaats om *onderzoeksplichten* van de wederpartij van degene die zich op een bepaalde uitleg van het contract beroept. Een dergelijke onderzoeksplicht dient zich met name aan, indien de wederpartij reden had tot twijfel over de betekenis van het beding in kwestie (par. 3.8.2). Omgekeerd kan er ook sprake zijn van een *mededelingsplicht* aan de zijde van de partij die van de betwijfelde betekenis is uitgegaan, vooral in de verhouding tussen particulieren en professionals (par. 3.8.3).

Bij de aanvulling of beperking van het overeengekomene op de voet van art. 6:248 BW is de toegevoegde waarde van redelijkheid en billijkheid vooral gelegen in een verruiming van het blikveld. In het kader van art. 6:248 lid 1 en 2 BW kunnen immers ook omstandigheden worden meegewogen die zich eerst ná de totstandkoming van de betrokken overeenkomst hebben voorgedaan (par. 3.8.6). Informatieplichten uit hoofde van redelijkheid en billijkheid in hun aanvullende en beperkende vorm mogen de kern van de contractuele rechtsverhouding niet aantasten (par. 3.8.7, 3.8.8).

Nakoming en niet-nakoming van overeenkomsten

Bij de *nakoming* van overeenkomsten kunnen informatieplichten een (bescheiden) rol spelen, met name waar het de toepassing van art. 6:34 BW betreft. Hoewel van de schuldenaar normaliter geen diepgravend onderzoek naar de inningsbevoegdheid van de ontvanger kan worden gevergd, zal de schuldenaar die goede reden heeft tot twijfel over de inningsbevoegdheid van de ontvanger, in het licht van art. 3:11 BW gehouden zijn tot nader onderzoek (par. 3.9.2). Naar gelang van de omstandigheden van het geval kunnen uit art. 6:34 BW wederzijdse informatieplichten van schuldeiser en schuldenaar worden afgeleid (par. 3.9.3).

Bij de *niet-nakoming* van overeenkomsten kunnen informatieplichten op twee manieren een rol spelen. Op directe wijze beïnvloeden informatieplichten de vaststelling van een contractbreuk, indien zij tot de contractuele verbintenissen van partijen behoren. Precontractuele informatieplichten, die in de onderhandelingsfase zijn gesitueerd, kunnen op indirecte wijze bijdragen tot het oordeel dat de verantwoordelijke partij in de nakoming van haar contractuele verbintenissen is tekortgeschoten (par. 3.10.1).

De heersende leer, die uitgaat van een inhoudelijke gelijkschakeling van de precontractuele informatieplichten bij dwaling en niet-nakoming (par. 3.10.2), verdient bijval, met dien verstande dat hun *uitwerking* op de beide leerstukken verschillend is. Een precontractueel informatieverzuim als bedoeld in art. 6:228 lid 1 BW rechtvaardigt zonder meer een beroep op dwaling, maar leidt niet automatisch tot wanprestatie, terwijl omgekeerd het ontbreken van een dergelijk verzuim niet per definitie correcte nakoming impliceert (par. 3.10.3).

De aansprakelijkheid wegens schending van een precontractuele informatieplicht (par. 3.10.5 e.v.) wordt door de heersende leer gebaseerd op art. 6:162 BW, inzake onrechtmatige daad. Schending van een precontractuele mededelingsplicht (art. 6:228 lid 1 sub b BW) of onderzoeksplicht (art. 6:228 lid 1 sub c BW) levert per definitie een toerekenbare onrechtmatige daad op. Schending van een precontractuele waarheidsplicht (art. 6:228 lid 1 sub a BW) kan voorshands, bij wege van feitelijk vermoeden, als delictuele fout worden gekwalificeerd. De relativiteit van precontractuele informatieplichten, dat wil zeggen hun strekking tot bevordering van 'informed consent' in de onderhandelingsfase (par. 2.3.3), brengt mee dat een precontractueel informatieverzuim nimmer aansprakelijkheid ter hoogte van het positief contractsbelang kan opleveren (par. 3.10.6). Het verdient geen aanbeveling de aansprakelijkheid wegens schending van een precontractuele informatieplicht te baseren op art. 6:74 BW, behalve indien de contractuele terminologie zich als het ware opdringt. Hoe dan ook mag de keuze voor art. 6:74 of 6:162 BW als grondslag voor aansprakelijkheid geen materiële consequenties hebben (par. 3.10.7).

Ook bij de *toerekening* van de niet-nakoming op grond van art. 6:74 jo. 6:75 BW kunnen informatieplichten een rol spelen. Art. 6:75 BW bevat aanknopingspunten voor de aanvaarding van wederzijdse informatieplichten. Meer in het bijzonder brengen de verkeersopvattingen mee dat de schuldenaar die gevrijwaard wenst te blijven van de gevolgen van een voorzienbare verhindering, ter zake voldoende onderzoek zal moeten doen, respectievelijk zijn schuldeiser op voorzienbare verhinderingen zal moeten wijzen (par. 3.10.9).

In de Boeken 7 en 7A BW zijn voor een aantal bijzondere overeenkomsten de contractuele verbintenissen van partijen nader ingevuld. Daarbij passeren diverse informatieplichten de revue, variërend van zuiver contractuele tot precontractuele of postcontractuele informatieplichten (par. 3.11.1). Het *conformiteitsvereiste* bij koop (art. 7:17 BW) staat in het teken van de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper omtrent de eigenschappen van het gekochte. Dit

impliceert de potentiële gelding van een precontractuele *onderzoeksplicht* aan de zijde van de koper, die mede wordt beïnvloed door hetgeen de verkoper voor het sluiten van de koop omtrent de eigenschappen van het gekochte heeft medegedeeld of heeft verzwegen. De precontractuele informatieplichten uit het dwalingsleerstuk werken aldus door in het conformiteitsleerstuk. In beide wettelijke kaders moeten zij zoveel mogelijk op gelijke leest worden geschoeid (par. 3.11.8).

Afgebroken onderhandelingen

Ook in het kader van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen kunnen informatieplichten een rol spelen. Blijkens het standaardarrest CBB/JPO uit 2005 kan het afbreken van onderhandelingen onder omstandigheden onaanvaardbaar zijn in verband met het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst (par. 3.12.1). De hieruit resulterende aansprakelijkheid – die op art. 6:162 BW moet worden gebaseerd (par. 3.12.2) – kan onder meer haar grond vinden in een door de afbrekende partij geschonden informatieplicht. In de literatuur wordt aangenomen dat het onzorgvuldig is de onderhandelingspartner onnodige kosten te laten maken, in de wetenschap dat deze in werkelijkheid geen kans (meer) maakt op de verwerving van het contract. Een dergelijke *mededelingsplicht* omtrent voorzienbare verhinderingsen geldt niet in algemene zin. Vooral de *aard van de betrokken belangen* en de *aard van de rechtsverhouding* spelen in dit verband een rol (par. 3.12.3).

4 INFORMATIEPLICHTEN IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Zoals contracteren een inherente kans op teleurstellingen in zich bergt, zo is meer in het algemeen het leven in de maatschappij niet zonder risico. Van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer kan worden gevergd dat zij zichzelf en anderen tot op zekere hoogte tegen die risico's in bescherming nemen (par. 4.1.1). Evenals in het contractenrecht staat in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht de idee van zelfredzaamheid voorop (par. 4.1.2).

Onrechtmatige daad

De wettelijke regeling van de onrechtmatige daad in art. 6:162 BW biedt belangrijke aanknopingspunten voor de aanvaarding van delictuele informatieplichten (par. 4.2.1). Informatieplichten uit hoofde van art. 6:162 BW manifesteren zich vooral waar het artikel een relatie legt tussen norm en feit, derhalve bij de vereisten van onrechtmatigheid, toerekenbaarheid en relativiteit (par. 4.2.3). Het onrechtmatigheidsvereiste van art. 6:162 lid 2 BW wordt niet in alle gevallen beïnvloed door overwegingen omtrent kennis, informatievergaring en

informatieverstrekking. De eerste twee onrechtmatigheidsrubrieken van het tweede lid, inzake rechtsinbreuk (par. 4.2.4 e.v.) en wetsschending (par. 4.2.9), verwijzen naar 'objectieve' normen van delictuele aard, waarvan de toerekenbare schending zonder meer aansprakelijkheid oplevert, ongeacht de vraag of de dader wist of behoorde te weten van enige kans op schade, en ongeacht de vraag of hij het slachtoffer daarvoor op afdoende wijze heeft gewaarschuwd.

De derde onrechtmatigheidsrubriek van art. 6:162 lid 2 BW, inzake strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, vormt in de praktijk de belangrijkste grondslag voor de aanvaarding van delictuele informatieplichten. De ongeschreven zorgvuldigheidsnormen waar het hier om gaat, zijn contextgebonden van aard. De maatschappelijke zorgvuldigheid eist dat men een ander niet blootstelt aan een groter risico dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord is en waarop een normaal mens bedacht moet zijn. In meer toegespitste bewoordingen gaat het hier om de *gerechtvaardigde verwachtingen* over en weer (par. 4.2.10). Bij de toepassing van deze maatstaf speelt de *kennis* van de laedens een cruciale rol. In vraagstukken van maatschappelijke zorgvuldigheid hangt het onrechtmatigheidsoordeel steeds af van de vraag of de laedens in het concrete geval 'beter' wist of behoorde te weten (par. 4.2.11 e.v.).

Behalve in het kader van de onrechtmatigheid kunnen delictuele informatieplichten ook een rol spelen bij de beoordeling van de *toerekenbaarheid* in de zin van art. 6:162 lid 3 BW. Het gaat hier met name om *onderzoeksplichten* aan de zijde van de laedens en *waarschuwingsplichten* aan de zijde van de gelaedeerde. Toegevoegde waarde hebben de hier bedoelde informatieplichten vooral op het terrein van de rechtsinbreuk en de wetsschending, waar zij kunnen dienen ter nuancering van het objectieve karakter van deze beide onrechtmatigheidsrubrieken (par. 4.2.16).

Informatieplichten ex art. 6:162 BW

De delictuele *waarschuwingsplicht* van de laedens, die tegenwoordig rechtstreeks uit de maatschappelijke zorgvuldigheid van art. 6:162 lid 2 BW pleegt te worden afgeleid, werd van oudsher veeleer gebruikt ter negatieve afbakening van het onrechtmatigheidsoordeel. Vanuit een processueel perspectief betekent dit dat in geval van letsel door gevaarzetting de gelaedeerde de bewijslast draagt van het gevaarzettend handelen, terwijl de laedens dient te stellen en (zo nodig) bewijzen dat hij zijn waarschuwingsplicht heeft nageleefd, respectievelijk dat causaal verband ontbreekt (par. 4.3.1).

Bij de invulling van de delictuele waarschuwingsplicht uit hoofde van art. 6:162 lid 2 BW kan inspiratie worden geput uit het dwalingsleerstuk. De basisvereisten uit het dwalingsleerstuk kunnen worden 'vertaald' naar de delictuele context, door ervan uit te gaan dat voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht tenminste is vereist dat de laedens (i) wist of behoorde te weten van het risico waarvoor hij diende te waarschuwen, (ii)

wist of behoorde te weten van de potentiële schade door verwezenlijking daarvan en (iii) rekening moest houden met onoplettendheid aan de zijde van de gelaedeerde. Uitgaande van deze drie basisvereisten moet vervolgens, in het licht van de omstandigheden van het geval, worden beoordeeld of de laedens (iv) naar maatstaven van zorgvuldigheid was gehouden tot een waarschuwing (par. 4.3.2).

De drie basisvereisten voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht hebben in hun totaliteit betrekking op de voorzienbaarheid van de belangen aantasting. Zij staan op één lijn met het in par. 4.2.11 besproken kennisvereiste. Evenals in het dwalingsleerstuk (par. 3.6.2) geldt hier dat de drie basisvereisten slechts in beperkte mate moeten worden geobjectiveerd. Met name mag objectivering hier niet resulteren in de toepassing van een 'onderzoeksplicht uit hoofde van de waarschuwingsplicht' (par. 4.3.3).

Het vierde vereiste voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht behelst een overkoepelende, contextgebonden toetsing aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. De omstandigheden van het geval, zoals tot uitdrukking komend in de desbetreffende jurisprudentie (par. 4.4.1 e.v.), zijn in dit verband beslissend. De gezichtspunten die hierbij een rol spelen, kunnen – evenals in het contractenrecht (par. 3.6.3) – in drie categorieën worden ingedeeld. Zij hebben telkens betrekking op de *aard van de rechtsverhouding*, de *aard van de mede te delen informatie* en de *aard van de betrokken belangen* (par. 4.3.4). Laatstgenoemde categorie kan meer concreet worden vertaald in de bekende *Kelderluikfactoren* (par. 4.3.5 e.v.).

Bij de naleving van een delictuele waarschuwingsplicht geldt de regel uit het Jetblast-arrest, inhoudend dat de voorgeschreven waarschuwing zodanig moet worden ingekleed dat te verwachten valt dat deze zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor het betrokken gevaar wordt vermeden. Beslissend is dus de *te verwachten effectiviteit* van de waarschuwing. De Jetblast-norm houdt niet in dat waarschuwingen – zoals in de literatuur wel wordt gesuggereerd – gegarandeerd effectief dienen te zijn (par. 4.3.7).

Afgezien van de delictuele waarschuwingsplicht kan uit de maatschappelijke zorgvuldigheid onder omstandigheden ook een *onderzoeksplicht van de laedens* voortvloeien. Evenals de waarschuwingsplicht is deze onderworpen aan het kennisvereiste, inhoudend dat naar maatstaven van zorgvuldigheid eerst een onderzoeksplicht kan worden aangenomen, indien vaststaat dat de laedens tenminste wist of behoorde te weten van de *mogelijkheid* dat door verwezenlijking van het betrokken risico schade zou ontstaan. Kennis van de 'generieke causaliteit' fungeert dus als basisvereiste voor de aanvaarding van een delictuele onderzoeksplicht (par. 4.3.9). Daarnaast is een contextgebonden toetsing aan de maatschappelijke zorgvuldigheid vereist (par. 4.3.10).

De gelaedeerde heeft in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht ook een eigen verantwoordelijkheid ter zake van de vergaring van informatie. Géén waarschuwingsplicht heeft te gelden, indien de laedens erop heeft mogen vertrouwen dat de gelaedeerde reeds bekend was met het betrokken risico

en zijn gedrag daarop ook zónder waarschuwing reeds voldoende kon afstemmen. In het verlengde hiervan kan in voorkomende gevallen een *onderzoeksplicht van de gelaedeerde* worden aangenomen, die fungeert als logisch complement van de delictuele waarschuwingsplicht (par. 4.3.12). De ondergrens van deze onderzoeksplicht wordt gemarkeerd door de *algemeen bekende risico's*: risico's die zó voor de hand liggend zijn, dat zij tot de geobjectiveerde kennis van alle deelnemers aan het maatschappelijk verkeer mogen worden gerekend (par. 4.3.13).

Uitgaande van deze benadering bestaat er tussen de wederzijdse informatieplichten uit hoofde van art. 6:162 BW – meer in het bijzonder tussen de waarschuwingsplicht van de laedens en de eigen onderzoeksplicht van de gelaedeerde – een omslagpunt, in die zin dat de plicht tot informatieverstrekking van de ene partij ophoudt waar de plicht informatievergaring van de andere partij begint, en *vice versa*. In het arrest Eurosportief/Wesselink construeert de Hoge Raad een potentiële overlap tussen de waarschuwingsplicht van de laedens en de onderzoeksplicht van de gelaedeerde, vergelijkbaar met de overlap die in het dwalingsleerstuk tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht wordt aanvaard. Gelet op de gevaren van 'common sense warnings' is die benadering minder gelukkig (par. 4.3.15). Ook in vraagstukken van eigen schuld (art. 6:101 BW) verdient een digitale benadering van de wederzijdse informatieplichten de voorkeur. Het niet of onvoldoende onderzoeken van risico's waarvoor men naar maatstaven van zorgvuldigheid had moeten worden gewaarschuwd levert, met andere woorden, geen eigen schuld op (par. 4.3.16).

Risicoaansprakelijkheid

De kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW kunnen worden beschouwd als een logisch verlengstuk van de veiligheidsnormen bij gevaarstelling, met dien verstande dat het hier *risicoaansprakelijkheden* betreft, die tot op zekere hoogte derogeren aan de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid. In zoverre is de 'informatie context' van de schadeveroorzaking – de vraag of de aangesproken partij wist c.q. behoorde te weten van enige kans op schade en of zij die kennis eventueel met de benadeelde had moeten delen, mede in het licht van diens eigen verantwoordelijkheid – voor de vaststelling van deze risicoaansprakelijkheden niet relevant. Toch worden de kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW nog wezenlijk beïnvloed door het schuldbeginsel, waarvan zij zijn afgeleid (par. 4.5.1).

Dienovereenkomstig zijn de risicoaansprakelijkheden voor *zaken* – roerende zaken (art. 6:173 BW), opstallen (art. 6:174 BW) en producten (art. 6:185 BW) – onderworpen aan een *kennisvereiste*, inhoudend dat bij gebreke van objectieve kennis omtrent de mogelijkheid van verwezenlijking van het aan de zaak verbonden gevaar geen aansprakelijkheid kan worden aangenomen (par. 4.5.5). Het belang van de informatie context komt in dit verband voorts tot

uitdrukking in de gelding van *informatieplichten* aan de zijde van de bezitter c.q. de producent van de zaak. Wetssystematisch vloeien deze informatieplichten voort uit het gebrekkigheids criterium van de artikelen 6:173, 6:174 en 6:186 BW (par. 4.5.2, 4.5.3 en 4.5.7). Anderzijds heeft de gebruiker ook een eigen verantwoordelijkheid, in die zin dat hij zal moeten anticiperen op algemeen bekende risico's. De risicoaansprakelijkheden behelzen dus geen garantienorm (par. 4.5.9).

Intussen is het niet zo, dat de informationele context op het terrein van de risicoaansprakelijkheden precies zo doorwerkt als in het gevaarzettingsleerstuk. De contextgebonden veiligheidstoetsing die in het gebrekkigheids criterium besloten ligt, ziet niet op het gedrag van de aangesproken partij, maar op de veiligheid van zijn zaak. De meerwaarde van deze 'zakelijke' benadering blijkt met name waar het gaat om *verborgen* veiligheidsgebreken (par. 4.5.5, 4.5.9).

Werkgeversaansprakelijkheid

In vraagstukken van werkgeversaansprakelijkheid op de voet van art. 7:658 lid 1 BW ligt de nadruk op de zorgplicht van de werkgever, en niet op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer (par. 4.6.1). Op de werkgever kan een *onderzoeksplicht* rusten met betrekking tot de veiligheid van de werksfeer (par. 4.6.2). Voorts dient hij rekening te houden met een aanzienlijke mate van onvoorzichtigheid van zijn werknemers. Dienovereenkomstig geeft de Hoge Raad bij de invulling van de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW de voorkeur aan *fysieke veiligheidsmaatregelen* boven waarschuwingen. Indien de werkgever toch zijn toevlucht neemt tot een waarschuwing, dient hij erop toe te zien dat de door hem gegeven veiligheidsinstructies worden nageleefd (par. 4.6.3). Intussen biedt art. 7:658 BW volgens vaste jurisprudentie geen 'absolute waarborg' voor de veiligheid van de werksfeer. De werknemer heeft ook een eigen verantwoordelijkheid, met name ten aanzien van algemeen bekende risico's, waarmee de werknemer ook buiten de werksfeer vertrouwd is (par. 4.6.3).

Oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame

De afdelingen 6.3.3A, inzake oneerlijke handelspraktijken, en 6.3.4 BW, inzake misleidende en vergelijkende reclame, beogen te voorkomen dat handelaren onjuiste of onvolledige informatie verstrekken aan het publiek (par. 4.7.1). Blijkens art. 6:193b lid 3 BW kan een oneerlijke handelspraktijk (onder meer) tot uitdrukking komen in een *misleidende handelspraktijk*. Deze doet zich niet alleen voor in geval van onjuiste informatieverstrekking (art. 6:193c lid 1 BW), maar ook in geval van onvolledige informatieverstrekking (art. 6:193d lid 1 BW). Van een 'misleidende omissie' is sprake, aldus art. 6:193d lid 2 BW, in geval van verzwijging van 'essentiële informatie' (par. 4.7.2).

Art. 6:194 BW bepaalt dat een handelaar die omtrent door hem aangeboden goederen of diensten een misleidende mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, onrechtmatig handelt jegens zijn concurrenten. Aangenomen moet worden dat het misleidende karakter van een mededeling niet alleen in onjuistheid, maar ook in onvolledigheid gelegen kan zijn (par. 4.7.2).

Het oneerlijke of misleidende karakter van commerciële informatieverstrekking moet worden beoordeeld in het licht van de verwachtingen van de 'gemiddelde consument'. Het betreft hier een relatief strenge maatstaf. Op de consument rust een *onderzoeksplicht*, inhoudend dat hij niet oppervlakkig en kritiekloos mag aannemen wat hem wordt voorgeschoteld. Vergeleken met het dwalingsleerstuk is de benadering *grosso modo* grootschaliger, omdat oneerlijke handelspraktijken, evenals misleidende en vergelijkende reclame, in de regel massacommunicatie betreffen (par. 4.7.3).

Dienstverlenersaansprakelijkheid

De aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren en (andere) dienstverleners kan zowel op (pre)contractuele als op delictuele grondslag zijn gebaseerd. Volgens vaste jurisprudentie rust op professionele dienstverleners een *zorgplicht*, inhoudend dat zij zich dienen te gedragen met inachtneming van de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht (par. 4.8.1). Uit deze zorgplicht kunnen onder omstandigheden informatieplichten voortvloeien (par. 4.8.2).

Op financiële dienstverleners, zoals banken en beleggingsinstellingen, rust volgens vaste jurisprudentie een bijzondere zorgplicht, strekkend tot bescherming van financiële consumenten tegen onverantwoorde financiële risico's. Op het terrein van de optiehandel en de effectenlease heeft de Hoge Raad een belangrijke indicatie gegeven van de reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht, door te overwegen dat deze ertoe strekt de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht (par. 4.8.3). In de optiehandel is sprake van een wettelijke *weigeringsplicht* aan de zijde van de financiële dienstverlener in geval van schending van de zogenaamde marginverplichting door de cliënt (par. 4.8.4).

Op het terrein van de effectenlease heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bijzondere zorgplicht van de aanbieders van een effectenlease-product resulteert in een *waarschuwingsplicht* omtrent het zogenaamde restschuldrisico en een *onderzoeks- en adviseringsplicht* omtrent de inkomens- en vermogenspositie van beleggers. De bedoelde waarschuwingsplicht reikt volgens de Hoge Raad verder dan de algemene mededelingsplicht bij dwaling. Een overtuigende onderbouwing van dit tweesporenbeleid ontbreekt (par. 4.8.5). Het is van belang dat de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners van geval tot geval wordt ingevuld, rekening houdend met de algehele context van de rechtsverhouding tussen de financiële dienstverlener en zijn cliënt. Meer

concreet verdient het winstbejag van beleggers meer aandacht als gezichtspunt voor de invulling van deze bijzondere zorgplicht (par. 4.8.6).

5 EEN OVERKOEPELEND PERSPECTIEF

Vanuit een overkoepeleend perspectief verdienen bij de toepassing van (pre)contractuele en delictuele informatieplichten drie algemene thema's de aandacht: de kennis van justitiabelen als grondslag van hun juridische verantwoordelijkheid (par. 5.2), de rol van informatieplichten in het verbintenissenrecht en de wijze waarop zij door de rechter worden aanvaard (par. 5.3), en voorts de spanning tussen zelfredzaamheid en altruïsme, gezien tegen de achtergrond van het onderscheid tussen contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (par. 5.4).

Kennis en verantwoordelijkheid

Het onderhavige onderzoek illustreert dat het belang van de kennis van justitiabelen als een rode draad door het verbintenissenrecht loopt (par. 5.2.1). Globaal gesproken kunnen drie gradaties van kennis worden onderscheiden: (i) subjectieve kennis, dat wil zeggen hetgeen justitiabelen *weten of geacht mogen worden te weten*, (ii) geobjectiveerde kennis, dat wil zeggen hetgeen justitiabelen *behoren te weten* en (iii) zuiver objectieve kennis, dat wil zeggen hetgeen *objectief bekend* is (par. 5.2.2). De praktische betekenis van dit onderscheid ligt vooral op het vlak van de bewijslevering. Aangezien in rechte slechts feiten behoeven te worden bewezen, en geen normatieve kwalificaties, heeft de bewijslast uitsluitend betrekking op de eerste en de derde kennisgradatie. Ten aanzien van de tweede kennisgradatie geldt veeleer een argumentatielast (par. 5.2.3).

Objectivering behelst dat de verantwoordelijke partij wordt afgerekend op de kennis die zij in normatieve zin behoorde te hebben. Bij de motivering van het objectiveringsoordeel moeten de concrete omstandigheden van het geval in acht worden genomen. Tegelijkertijd mag de rechter niet volstaan met een klakkeloze verwijzing naar de omstandigheden van het geval. Waar mogelijk dient hij inzicht te geven in het selectieproces van subjectieve en objectieve omstandigheden (par. 5.2.4).

Globaal gesproken kunnen twee typen van objectivering worden onderscheiden: (i) de *persoonsgerelateerde objectivering*, waarbij de geobjectiveerde kennis wordt betrokken op iemand anders dan de verantwoordelijke partij zelf en (ii) de *kennisgerelateerde objectivering*, waarbij de geobjectiveerde kennis wordt betrokken op iets anders dan de specifieke feitenkennis waarover de verantwoordelijke partij al of niet beschikt (par. 5.2.5). De kennisgerelateerde objectivering kan ook resulteren in de toepassing van een *onderzoeksplicht*, namelijk indien de geobjectiveerde kennis wordt betrokken op (vermoede) informatie die de verantwoordelijke partij vooralsnog niet kent, maar dient

te achterhalen. Een bijzondere variant van de kennisgerelateerde objectivering is *generalisering*, waarbij de geobjectiveerde kennis wordt betrokken op algemene noties in plaats van op specifieke feiten (par. 5.2.6). De persoonsgerelateerde objectivering is, anders dan de kennisgerelateerde variant, gericht op het achterhalen van de kennis die ánderen bij de verantwoordelijke partij aanwezig mochten veronderstellen. Zo beschouwd gaat het hier om een vorm van *toerekening van kennis* (par. 5.2.6).

Voor de toerekening van de kennis van functionarissen aan organisaties geldt de zogenaamde *vereenzelvigingsmaatstaf* uit het arrest Babbel. Beslissend is of de kennis van de betrokken functionaris in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als kennis van de organisatie. Waar het gaat om de toerekening van 'externe' kennis, die zich buiten de organisatie van de verantwoordelijke partij bevindt, mag de vereenzelvigingsmaatstaf niet worden toegepast, zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest Ontvanger/Voorsluijs. Art. 3:66 lid 2 BW, betreffende de *leer van het grootste aandeel* voor vertegenwoordigingssituaties, kan als maatstaf fungeren in situaties die met gevallen van vertegenwoordiging een relevante gelijkenis vertonen. Vanuit een breder perspectief moet het *vertrouwensbeginsel* uiteindelijk de doorslag geven, als overkoepelende maatstaf voor de toerekening van kennis (par. 5.2.7).

Informatieplichten

Informatieplichten vormen in het verbintenissenrecht een verbindende schakel tussen kennis en verantwoordelijkheid (par. 5.3.1). De kracht van informatieplichten schuilt in hun flexibiliteit (hun contextgebonden aard) en in hun hanteerbaarheid (hun brede inzetbaarheid). Beide krachten kennen hun keerzijde. *Flexibiliteit* draagt het risico van onvoorspelbaarheid in zich. Nochtans mag bij de toepassing van informatieplichten de concrete context nooit uit het oog worden verloren. Voor 'Einzelfallgerechtigheit' hoeft niet te worden gevreesd, zolang de rechter het juiste midden bewaart tussen norm en feit. De andere kracht van informatieplichten, hun *hanteerbaarheid*, heeft als keerzijde wat Vranken treffend de 'absorberende werking' van informatieplichten heeft genoemd: zij snijden dwars door bestaande leerstukken heen. Het onderhavige onderzoek toont aan dat informatieplichten het processuele debat niet altijd verhelderen en dat, integendeel, aan hun absorberende werking soms weerstand moet worden geboden. De primaire betekenis van informatieplichten is beperkt – en dient beperkt te blijven – tot de rechtsvinding in het concrete geval (par. 5.3.1).

Bij de concrete toepassing van informatieplichten heeft als uitgangspunt te gelden dat justitiabelen in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor hun goed geïnformeerd gedrag. Op de onwetende partij, die zich op de schending van een informatieplicht beroept, rust in dit verband dus een *argumentatielast* (par. 5.3.2).

De basisvereisten en gezichtspunten die in het dwalingsleerstuk worden gehanteerd voor de aanvaarding van een precontractuele mededelingsplicht op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW, wijzen in de richting van een algemeen *model* voor de aanvaarding van plichten tot informatieverstrekking. Kort samengevat komt dat model hierop neer, dat voor de aanvaarding van een precontractuele mededelingsplicht of delictuele waarschuwingsplicht is vereist: (i) dat de verantwoordelijke partij *wist of geacht mocht worden te weten* van de mede te delen informatie en de relevantie daarvan (par. 5.3.3), en voorts (ii) dat de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden *redelijkerwijs mocht verwachten* daarover te worden ingelicht (par. 5.3.4), gelet op de aard van de betrokken rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen (par. 5.3.5).

In het geschetste model ligt besloten dat op de onwetende partij een *onderzoeksplicht* kan rusten, met name wanneer zij aanleiding had tot twijfel over de ware stand van zaken. Uitgaande van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer ligt het voor de hand de wederzijdse informatieplichten als complementaire grootheden te beschouwen, in die zin dat de eigen verantwoordelijkheid van de ene partij begint waar de verantwoordelijkheid van de andere partij eindigt, en *vice versa*. Een dergelijke 'digitale' benadering, uitgaande van een omslagpunt tussen de wederzijdse informatieplichten, komt de inzichtelijkheid van het rechterlijk oordeel ten goede (par. 5.3.6).

De materiële invulling van de toepasselijke informatieplicht – derhalve de beantwoording van de vraag hoe ver deze onder de gegeven omstandigheden reikte – dient in het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht gelijk te luiden. De maatstaf uit het Jetblast-arrest, aanknopen bij de *te verwachten effectiviteit* van de informatieverstrekking, leent zich voor overeenkomstige toepassing in het contractenrecht (par. 5.3.7).

De *bewijslast* ter zake van een beweerd informatieverzuim rust ingevolge art. 150 Rv in beginsel op de onwetende partij, die zich op de schending van een informatieplicht beroept. Stelt de onwetende partij zich op het (gemotiveerde) standpunt dat zij in het geheel niet is geïnformeerd, dan is het denkbaar dat de feitenrechter de bewijslast – in geval van betwisting door de wederpartij – omkeert, dan wel dat hij de wederpartij belast met een verzwaarde stelplicht ten aanzien van de door haar beweerde informatieverstrekking. De enige manier om informatieverstrekking sluitend te bewijzen, is door de onwetende partij een schriftelijke ontvangstverklaring te laten tekenen (par. 5.3.7).

Zelfredzaamheid of altruïsme?

Door de toepassing van informatieplichten wordt in de praktijk een vergaande mate van bescherming van onwetende partijen bewerkstelligd. Toch mag hieruit niet worden geconcludeerd dat bescherming van onwetende partijen tegenwoordig tot *regel* is verheven. Informatieplichten staan – van oudsher

en tot op de dag van vandaag – in het teken van het *autonomiebeginsel*, doordat zij strekken tot de bevordering van goed geïnformeerd gedrag. Plichten tot informatieverstrekking doen zich slechts voor, indien de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht verwachten te worden geïnformeerd (par. 5.4.1).

De opkomst van *zorgplichten* lijkt hiermee in tegenspraak. In afwijking van de idee van contextgebonden rechtsbescherming staan zorgplichten in het teken van ‘massagerechtigheid’. Van zorgplichten wordt gezegd dat zij fungeren als ‘algemene grondnorm’ van het verbintenissenrecht, die als ‘overkoepelende eenheid’ de verschillende gebieden van het recht verbindt. De vraag rijst of voor informatieplichten hetzelfde geldt. Met name moet worden onderzocht, of er plaats is voor een synthese van informatieplichten op algemeen verbintenissenrechtelijk niveau, derhalve of precontractuele informatieplichten zich lenen voor inhoudelijke gelijkenschakeling met delictuele informatieplichten (par. 5.4.2).

Tussen precontractuele en delictuele informatieplichten bestaan op het eerste gezicht verschillen in sanctionering. Die verschillen zijn echter niet van wezenlijke betekenis voor de materiële inhoud van de geldende informatieplicht (par. 5.4.3). Ook twee andere verschillen, gelegen in de (on)vrijwilligheid van de betrokken rechtsverhouding (par. 5.4.4) en de (niet-)wederkerigheid van de betrokken belangen (par. 5.4.5), kunnen geen doorslaggevende consequenties hebben voor de inhoud van de geldende informatieplicht. Per saldo moet worden geconcludeerd dat de precontractuele of delictuele signatuur van informatieplichten geen rol mag spelen bij de concrete toepassing ervan, behalve voor zover deze gepaard gaat met feitelijke omstandigheden die van invloed zijn op hetgeen partijen in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mochten verwachten (par. 5.4.5).

De vraag rijst wat de hier bepleite synthese van precontractuele en delictuele informatieplichten betekent voor het onderscheid tussen contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. In de literatuur wordt aangenomen – en aanvaard – dat de grenzen tussen beide rechtsgebieden vervagen, resulterend in een ‘vloeiend verbintenissenrecht’. Nochtans lijkt het mij een ‘overstatement’ te zeggen dat informatieplichten de gemeenschappelijke basis of algemene grondnorm van het verbintenissenrecht vormen. Veeleer zou ik informatieplichten willen beschouwen als een contextgebonden uitvloeisel van het ongeschreven recht (par. 5.4.6). Hoewel het verbintenissenrecht zich op deelterreinen, mede onder invloed van informatieplichten, inderdaad ontwikkelt tot een soort ‘zorgplichtenrecht’, zou ik niet willen concluderen dat de dichotomie van het verbintenissenrecht is achterhaald.

Summary

INFORMATION DUTIES

1 INTRODUCTION

Information duties – duties to gather or to provide information – represent the connecting link between knowledge and responsibility in the law of obligations (section 1.1). This study aims at a comparison of (pre)contractual and noncontractual information duties. Its goal is to assess how courts nowadays connect civil responsibility to human knowledge (section 1.2). Chapter 2 contains a general introduction of the subject. Chapters 3 and 4 present a systematic analysis of information duties in contract law and noncontractual liability law. Chapter 5 draws conclusions from a general perspective about the role of information duties in the law of obligations.

2 EXPLORATION OF THE SUBJECT MATTER

Information duties have been known for ages, but it is only since the second half of the twentieth century that they seem to be considered as a separate legal issue within the law of obligations (section 2.1.1). Information duties do not have a single statutory basis in Dutch law (section 2.2.1). As far as they are based upon unwritten law, e.g. upon reasonableness and fairness, good faith, common opinion or generally accepted standards, their contents should be uniform (section 2.2.4).

Two main types of information duties are the *duty to investigate* on the one hand, obliging the responsible party to gather information in his own interest, and the *duty of disclosure* or the *duty to warn* on the other hand, obliging the responsible party to provide information in the interest of the other party (section 2.3.1). For the sake of clarity and coherence, it is important to equalize duties of disclosure and duties to warn as far as possible (section 2.3.2).

Information duties aim to promote well-informed behaviour. They ensure that people can take future decisions on the basis of adequate information (section 2.3.3). Information duties have a derivative character, since they originate from a (pre)contractual or noncontractual relationship between the parties involved. They can be qualified as ‘Obliegenheiten’ (section 2.4.1). For

practical reasons, compliance with information duties cannot be enforced in advance (section 2.4.2).

Comparative legal research shows that during the twentieth century, the importance of information duties – especially precontractual duties of disclosure – has grown throughout Europe (section 2.5.1). French, German and English law offer three representative perspectives. In England, the courts have so far stuck to the principle that individuals have their own responsibility with regard to the gathering of information, and, consequently, that there is no general duty of disclosure (section 2.8.1 et seq.). In France, on the other hand, the courts try to create a high level of (consumer) protection through ‘categorical’ constructions, often aimed at the relationship between businesses and consumers (section 2.6.1 et seq.). German law, like Dutch law, chooses the middle of the road (section 2.7.1 et seq.). In European private law, information duties play an important role as well (section 2.9.1 et seq.). However, there seems to be no general European consensus on the subject matter of this study (section 2.9.5).

3 INFORMATION DUTIES IN CONTRACT LAW

Contract law is dominated by the idea that people choosing to negotiate a contract have to communicate with each other in an adequate manner (section 3.1.1). With regard to this communication, individual autonomy serves as the guiding principle (section 3.1.2).

Formation of contracts

Within the scope of the formation of contracts, information duties first of all play a role in determining the intention of the parties under articles 3:33-3:35 of the Dutch Civil Code (DCC). Article 3:35 in connection with article 3:11 DCC refers to a *duty to investigate* the intention of a party entering into a contract. This duty depends in particular on the foreseeability of prejudice from the perspective of the responsible party (section 3.2.1). Article 3:35 DCC can also give rise to other mutual information duties (section 3.2.2). These are defined by the reasonable expectations of the parties involved, as the relevant case law illustrates (section 3.3.1 et seq.).

Information duties also play a role in questions of unauthorized representation (section 3.4.1 et seq.). Article 3:61 paragraph 2 DCC, which protects a party who reasonably believed an agent to be authorized, refers to mutual information duties of the principal and the other party (section 3.4.2). These are defined by the reasonable expectations of the parties involved, depending on (inter alia) the appointment of the agent, the usualness of his representative act and the recognizability of the (lacking) authorization (section 3.4.3). The statutory requirement of causation by the principal (‘toedoen’), as codified in article

3:61 paragraph 2 DCC, remains the guiding principle in cases of unauthorized representation (section 3.4.5).

Grounds of invalidity (vitiated consent)

The validity of contracts is influenced by information duties as well, especially in cases of vitiated consent. Article 3:44 paragraph 4 DCC, concerning undue influence, refers to a *duty to investigate* the intention of a party entering into a contract as a result of special circumstances. This duty depends in particular on the foreseeability of prejudice from the perspective of the responsible party. Moreover, article 3:44 paragraph 5 DCC can give rise to a duty to investigate the possibility of vitiated consent caused by a third party (section 3.5.1). Article 3:44 paragraph 3 DCC, concerning fraud, also provides a statutory basis for mutual information duties (section 3.5.3).

The most important foundation of precontractual information duties is article 6:228 DCC, concerning error. During the twentieth century, Dutch case law gradually abandoned the idea of error as a sole question of vitiated consent, and increasingly paid attention to the defendant's conduct as the cause of the error. This resulted in a two-sided approach, based on the reasonable expectations of the parties involved (section 3.5.4).

Article 6:228 paragraph 1b DCC stipulates that a contract may be nullified if the defendant should have informed the party in error. Thus, the article refers to a precontractual *duty of disclosure* ('mededelingsplicht'). This duty can be assumed if the defendant at the time of the conclusion of the contract knew or could reasonably be expected to know (i) the facts about which the other party was in error, (ii) the causal link between this error and the conclusion of the contract – i.e. the importance of the relevant information – and (iii) the possibility of an error (section 3.6.1). The knowledge of the responsible party, which is at stake when applying these three basic requirements, should only be objectified in a limited sense (section 3.6.2). The assumption of a duty to investigate as a consequence of the duty of disclosure (an 'obligation de s'informer pour informer') is undesirable (section 3.6.4).

Apart from these three basic requirements, the assumption of a precontractual duty of disclosure under article 6:228 paragraph 1b DCC depends on a comprehensive, contextual assessment of common opinion ('verkeersopvattingen'). The individual circumstances are decisive, as the relevant case law illustrates (section 3.7.1 et seq.). In particular, three factors are important when answering the question whether the responsible party, according to common opinion, is obliged to share his knowledge with the other party. These factors are: the *nature of the legal relationship* between the parties, the *nature of the information* to be disclosed and the *nature of the interests involved* (section 3.6.3).

Compliance with a duty of disclosure under article 6:228 paragraph 1b DCC implies, according to the Dutch Supreme Court decision in the case *Gomes/Rental*, that the information provided must be sufficiently clear. This

means that the information should be provided in such a way, that the party in error can be expected (i) to notice the information (formal clarity) and (ii) to understand the information and act accordingly (substantive clarity). The duty of disclosure therefore has a wide scope, but it does not intend to *guarantee* well-informed behaviour (section 3.6.5).

Article 6:228 paragraph 1a DCC stipulates that a contract may be nullified if the error is due to information given by the other party. Thus, the article refers to a *duty of truthfulness* ('*waarheidsplicht*'), which obliges the defendant to inform the mistaken party correctly about relevant matters. However, not each form of incorrect information can cause the contract to be nullified. The mistaken party for his part has a *duty to investigate*, which obliges him – to a certain extent – to verify the information provided (section 3.6.6).

Article 6:228 paragraph 1c DCC, concerning mutual error, stipulates that a contract may be nullified if both parties made the same incorrect assumption in entering into the contract. Thus, the article provides a basis for mutual information duties. In particular, it refers to a possible *duty to investigate* on the part of the defendant. Yet such a duty can only be accepted under exceptional circumstances (section 3.6.9). The outcome will depend on a contextual assessment of common opinion, in the light of the three factors mentioned in section 3.6.3.

The duty of disclosure, the duty of truthfulness and the duty to investigate are complemented by their counterpart, the *duty to investigate* of the party in error. This duty is expressed in article 6:228 paragraph 2 DCC, which stipulates that the nullification of a contract cannot be based on a mistake which should remain for the account of the party in error, in the light of common opinion. Whether the mistaken party has a duty to investigate, depends on the scope of the defendant's information duty, and *vice versa* (section 3.6.11).

Thus, the mutual information duties in cases of error should be qualified as complementary duties, i.e. as mutual counterparts (section 3.6.13). This 'digital' approach is preferable to the 'analogous' approach chosen by the majority of Dutch authors, according to which the mutual information duties in cases of error function as independent factors, overlapping each other mutually (section 3.6.14).

According to the case law of the Dutch Supreme Court, the relationship between the mutual information duties in cases of error is determined by two priority rules. First, the mistaken party may generally rely on the correctness of the information provided by the other party, i.e. the duty of truthfulness usually prevails over the duty to investigate of the mistaken party (section 3.6.15). The same goes for the duty of disclosure, which – according to the case law of the Dutch Supreme Court – aims at the protection of careless contracting parties and therefore usually prevails over the duty to investigate of the mistaken party (section 3.6.16). These two priority rules do not qualify as actual legal rules. They are only meant as general instructions to the courts deciding questions of fact (section 3.6.17). Insofar as the Dutch Supreme Court,

by applying these rules, means to force such courts to argue their decisions even more amply, if they choose to let the duty to investigate of the mistaken party prevail, this approach is undesirable. The priority rules are only intended to regulate the judicial debate, which means that a party who is accused of breaching an information duty cannot defend himself solely by referring to the duty to investigate of the party in error (section 3.6.18).

Interpretation, contents and effects of contracts

Apart from the formation and the validity of contracts, the legal effects of contracts can be affected by precontractual information duties as well. First, the interpretation of a contract may be influenced by *duties to investigate* the meaning of a certain contractual clause, in particular if the other party had reasons to doubt the supposed meaning (section 3.8.2). On the other hand, a party who stipulated an unclear clause, can also have a *duty of disclosure* about the intended meaning, in particular if he is a professional contracting with a consumer (section 3.8.3).

Article 6:248 paragraph 1 DCC stipulates that a contract not only has the legal effects agreed to by the parties, but also those which apply by virtue of the requirements of reasonableness and fairness. Moreover, paragraph 2 stipulates that a contractual clause does not apply insofar as this would be unacceptable according to standards of reasonableness and fairness. The added value of reasonableness and fairness in this context – after the interpretation of the contract, which is influenced by reasonableness and fairness as well – is that they create the possibility to take into account circumstances that occurred *after* the conclusion of the contract (section 3.8.6). Expanding or restricting the legal effects of contracts by means of information duties should not affect the core of the contractual relationship (sections 3.8.7, 3.8.8).

Performance and nonperformance (remedies)

The *performance* of contracts, especially the extinctive effect of payments, as governed by article 6:34 DCC, can be affected by information duties as well. Normally, the debtor does not need to make thorough inquiries into the authorization of the recipient of the payment. However, if the debtor has reasons to doubt the authorization, he is – against the background of article 3:11 DCC, concerning good faith – charged with a *duty to investigate* (section 3.9.2). Depending on the circumstances of the case, article 6:34 DCC can give rise to mutual information duties of the debtor and the creditor.

The *nonperformance* of contracts can be affected by information duties in two different ways. Information duties that are part of the actual contents of the contract, i.e. that qualify as contractual obligations, can constitute a breach of contract directly. Precontractual information duties, however, can contribute to a breach of contract indirectly (section 3.10.1).

The view of the majority of Dutch legal authors, that precontractual information duties must be treated equally in cases of error and nonperformance (section 3.10.2), deserves support. Nevertheless, the *effect* of information duties in cases of error and nonperformance may vary, depending on the circumstances. Informational failures as meant in article 6:228 paragraph 1 DCC can cause the contract to be nullified, but do not automatically lead to a breach of contract, while the absence of such failures does not necessarily imply correct performance of the contract (section 3.10.3).

Liability for breach of precontractual information duties (section 3.10.5 et seq.) is generally based on article 6:162 DCC, concerning unlawful act. The violation of a precontractual duty of disclosure (article 6:228 paragraph 1b DCC) or duty to investigate (article 6:228 paragraph 1c DCC) automatically qualifies as an attributable unlawful act. Violation of a precontractual duty of truthfulness (article 6:228 paragraph 1a DCC) creates an evidential presumption of unlawfulness. Since precontractual information duties aim to promote informed consent (section 2.3.3), violation of these duties can only lead to damages relating to the fact that the mistaken party has negotiated a contract based on incorrect or incomplete information. Liability therefore does not concern the so-called 'positive contractual interest', i.e. the profits the mistaken party, based on his erroneous assumption, hoped to make (section 3.10.6). It is not advisable to base liability for breach of precontractual information duties on article 6:74 DCC, concerning breach of contract, unless the contractual terminology appears perfectly natural under the given circumstances. Anyhow, the choice of article 6:74 or 6:162 DCC as a basis for liability should have no substantive consequences (section 3.10.7).

The *attribution* of a breach of contract under articles 6:74 and 6:75 DCC can be affected by information duties as well. Article 6:75 DCC, concerning *force majeure*, provides a basis for mutual information duties of the debtor and the creditor. According to common opinion ('verkeersopvattingen'), as mentioned by the article, the debtor who wishes to remain protected from the legal consequences of a foreseeable impediment of performance, should investigate this impediment and inform the creditor about it (section 3.10.9).

Books 7 and 7a of the Dutch Civil Code, governing specific contracts, refer to various information duties. Some of them qualify as contractual obligations, while others can be classified as precontractual or post-contractual information duties (section 3.11.1). The requirement of *conformity* in the field of the sale of goods, as codified in article 7:17 DCC, refers to the reasonable expectations of the buyer. Thus, the requirement of conformity provides a basis for a precontractual duty to investigate the properties of the purchased goods on the part of the buyer. This duty (inter alia) depends on the information provided or concealed by the seller. Therefore, the precontractual information duties within the scope of error also affect the requirement of conformity. In both legal doctrines, the information duties should be treated equally (section 3.11.8).

Termination of negotiations

Precontractual liability for the termination of contractual negotiations is influenced by information duties as well. According to the Dutch Supreme Court decision in the case CBB/JPO, breaking off negotiations may, depending on the circumstances, be unacceptable because of the reasonable expectations of the other party regarding the conclusion of the contract (section 3.12.1). The resulting precontractual liability – which should be based on article 6:162 DCC, governing unlawful acts (section 3.12.2) – may in some cases be related to the violation of an information duty by the party breaking off the negotiations. Legal doctrine assumes that it is negligent to carry on negotiations while knowing that the other party makes no real chance (anymore) to win the contract, resulting in unnecessary costs made by the other party. Such a *duty of disclosure* relating to foreseeable impediments does not apply as a general rule. In particular, the *nature of the interests involved* and the *nature of the legal relationship* between the parties are relevant in this respect (section 3.12.3).

4 INFORMATION DUTIES IN LIABILITY LAW

Whereas the conclusion of a contract involves an inherent risk of disappointment, everyday life in society is not without risks either. Members of society can be expected to protect themselves and others to a certain extent against those risks (section 4.1.1). Like in contract law, individual autonomy serves as the guiding principle (section 4.1.2).

Liability arising from unlawful acts

Article 6:162 paragraph 1 DCC stipulates that a person who commits an unlawful act against another which is attributable to him, must repair the resulting damage. The article serves as an important basis for noncontractual information duties (section 4.2.1). More specifically, the requirements of unlawfulness, attributability and relativity (breach of a duty serving to protect the victim against the damage suffered) can give rise to noncontractual information duties (section 4.2.3). The requirement of unlawfulness, as codified in article 6:162 paragraph 2 DCC, is not always influenced by the ‘informational context’ of the harmful conduct. The first two categories of unlawfulness, infringement of a right (section 4.2.4 et seq.) and breach of a statutory duty (section 4.2.9), refer to ‘objective’ standards of unlawfulness. The attributable breach of these standards automatically creates liability, regardless of the knowledge of the injuring party and regardless of his possible warnings of the victim.

The third category of unlawfulness, *negligence*, i.e. breach of a rule of unwritten law pertaining to proper social conduct, serves as the most important

basis for noncontractual information duties. The duties of care which are at stake here, have a contextual nature. The unwritten law of proper social conduct demands that people not expose others to a greater risk than is reasonably justified under the given circumstances. In more specific terms, the outcome depends on the *reasonable expectations* on both sides (section 4.2.10). In applying this standard, the knowledge of the wrongdoer plays a crucial role. Negligence depends on the foreseeability of damage (section 4.2.11 et seq.).

Apart from the requirement of unlawfulness, noncontractual information duties can also play a role in the *attribution* of unlawful conduct under article 6:162 paragraph 3 DCC. In particular, the article can charge the wrongdoer with a *duty to investigate* or the victim with a *duty to warn*. The added value of these information duties is especially evident in the field of infringement of a right and breach of a statutory duty, the two 'objective' categories of unlawfulness (section 4.2.16).

Information duties under article 6:162 DCC

Although the noncontractual *duty to warn* ('waarschuwingsplicht') originally used to be applied in a negative sense, as an unlawful conduct defence, nowadays it tends to be based directly on article 6:162 paragraph 2 DCC, as an independent duty of care. This means that in case of injury resulting from dangerous activities, the victim has to prove that the wrongdoer behaved negligently, whereas the wrongdoer has to prove that he warned the victim or that a warning would not have prevented the injury (section 4.3.1).

When applying the noncontractual duty to warn, the contractual doctrine of error can serve as a useful point of reference. The basic requirements for a precontractual duty of disclosure under article 6:228 paragraph 1b DCC can be 'translated' into noncontractual terms (section 4.3.2). Thus, a duty to warn can be assumed if the wrongdoer knew or ought to know about (i) the danger he needed to warn for, (ii) the potential damage as a result of it and (iii) the possibility of inadvertence on the part of the victim.

These three basic requirements refer to the foreseeability of damage, as discussed in section 4.2.11. Like in the doctrine of error (section 3.6.2), the knowledge of the responsible party, which is at stake when applying the three basic requirements, should only be objectified in a limited sense. The assumption of a duty to investigate as a consequence of the duty to warn is undesirable (section 4.3.3).

Apart from the three basic requirements, the assumption of a noncontractual duty to warn under article 6:162 DCC depends on a comprehensive, contextual assessment of generally accepted standards (section 4.3.2). The individual circumstances are decisive, as the relevant case law illustrates (section 4.4.1 et seq.). In particular, three factors are important when answering the question whether the wrongdoer, according to generally accepted

standards, is obliged to warn potential victims. These factors are, like in the doctrine of error (section 3.6.3): the *nature of the legal relationship* between the parties, the *nature of the information to warn for* and the *nature of the interests involved* (section 4.3.4). The third factor is elaborated in the well-known 'Kelderluikfactoren', the Dutch equivalent of the *Learned Hand-formula* (section 4.3.5 et seq.).

Compliance with a duty to warn under article 6:162 DCC implies, according to the Dutch Supreme Court decision in the Jetblast case, that the warning should be framed in such a way that it can be expected to prevent the danger from materialising. In other words, the *likely effectiveness* of the warning is decisive. This standard does not imply, as is sometimes suggested in legal doctrine, that a warning should always have effective power, regardless of the individual circumstances (section 4.3.7).

Apart from the noncontractual duty to warn, generally accepted standards can also give rise to a *duty to investigate* on the part of the wrongdoer. Like the duty to warn, this duty depends on the foreseeability of damage. More specifically, a noncontractual duty to investigate can only be assumed if the wrongdoer knew or ought to know about the *possibility* of damage as a result of the materialisation of danger (section 4.3.9). Apart from this basic requirement, a contextual assessment of generally accepted standards is needed (section 4.3.10).

In noncontractual liability law, the victim also has his own responsibility in respect of the gathering of information. No duty to warn exists, if the wrongdoer could reasonably expect the victim to know the risks involved and to behave accordingly. Consequently, the victim may – depending on the circumstances – be charged with a *duty to investigate* foreseeable dangers. This duty serves as the logical counterpart of the duty to warn (section 4.3.12). As a result, the wrongdoer does not need to warn the victim for *generally known risks*, i.e. risks that are so obvious, that all members of society may be expected to know them (section 4.3.13).

Against this background, the mutual information duties under article 6:162 DCC – i.e. the wrongdoer's duty to warn on the one hand and the victim's duty to investigate on the other hand – should be qualified as complementary duties, in the sense that the duty of the wrongdoer ends where the duty of the victim begins, and *vice versa*. In the case Eurosportief/Wesselink, the Dutch Supreme Court suggested that there is a potential overlap between the wrongdoer's duty to warn and the victim's duty to investigate, similar to the overlap between the duty of disclosure and the duty to investigate in the doctrine of error. Given the dangers of 'commonsense warnings' this approach is undesirable (section 4.3.15). Also in the field of contributory negligence (article 6:101 DCC) a 'digital' approach to the mutual information duties is to be preferred. In other words, the failure of a victim to investigate risks of which the wrongdoer should have warned him, does not qualify as contributory negligence (section 4.3.16).

Strict liability

The strict liabilities of chapter 6.3.2 DCC can be considered as logical corollaries of the unwritten safety standards from the doctrine of negligence. However, since they are strict liabilities, they do not require unlawfulness and attribution in the same way as article 6:162 DCC does. The ‘informational context’ of the harmful conduct – i.e. the foreseeability of damage and the need to warn potential victims, in the light of their own responsibility – is less relevant in this context. Nevertheless, the strict liabilities of chapter 6.3.2 DCC are still significantly affected by the fault principle (section 4.5.1).

Accordingly, the strict liabilities for dangerous things – defective movables (article 6:173 DCC), defective immovables (articles 6:174 DCC) and defective products (article 6:185) – are subjected to a requirement of *foreseeability*. This means that no strict liability exists, if the possibility of damage was objectively unknown until the realization of the danger (section 4.5.5). Moreover, the importance of the informational context is demonstrated by the fact that articles 6:173, 6:174 and 6:185 DCC can give rise to *information duties* on the part of the possessor of the (im)movable or the producer of the product (sections 4.5.2, 4.5.3 and 4.5.7). These information duties follow from the statutory requirement of defectiveness (‘gebrekigheid’). On the other hand, the victim also has his own responsibility, in the sense that he has to anticipate generally known risks. The strict liabilities therefore do not qualify as guarantee standards (section 4.5.9).

For all that, the informational context does not play the same role in the field of strict liabilities as in the field of negligence. The contextual safety assessment, prescribed by the statutory criterion of defectiveness, does not refer to the conduct of the defendant, but to the safety of the (im)movable or product involved. The added value of this ‘objective’ approach is especially evident in cases of hidden safety defects (sections 4.5.5, 4.5.9).

Employer’s liability

Article 7:658 paragraph 1 DCC, concerning employer’s liability, stipulates that an employer is obliged to take all reasonable measures to prevent the employee from suffering damage in the course of his work. Paragraph 2 adds that a breach of this duty makes the employer liable. Thus, the emphasis is on the employer’s duty of care instead of on the employee’s own responsibility (section 4.6.1). The article can give rise to a *duty to investigate* the safety of the working environment on the part of the employer (section 4.6.2). Furthermore, the employer has to take into account a considerable degree of carelessness on the part of his employees. Accordingly, the Dutch Supreme Court has ruled in relation to article 7:658 paragraph 1 DCC that *physical safety measures* are to be preferred to warnings. If the employer, however, warns his employees instead of taking other measures, he must ensure that his instructions are

respected by the employees (section 4.6.3). All the same, according to established case law article 7:658 DCC does not qualify as a guarantee standard for the safety of the working environment. The employee, too, has a responsibility, especially in relation to generally known risks, with which he is familiar outside the working environment also (section 4.6.3).

Unfair commercial practices and misleading advertising

Section 6.3.3A DCC, concerning unfair commercial practices, and Section 6.3.4 DCC, concerning misleading and comparative advertising, aim to prevent traders from providing incorrect or incomplete information to the public (section 4.7.1). Article 6:193b paragraph 3 DCC refers to *misleading commercial practice* as a form of unfair commercial practice. Not only the supply of incorrect information (article 6:193c paragraph 1 DCC), but also the supply of incomplete information (article 6:193d paragraph 1 DCC) qualifies as a misleading commercial practice. A misleading omission exists, according to article 6:193d paragraph 2 DCC, in case of the concealment of 'essential' information (section 4.7.2).

Article 6:194 DCC stipulates that a trader who publishes misleading information regarding goods or services offered by him, acts unlawfully against his competitors. The misleading nature of advertising can result not only from incorrectness, but also from incompleteness (section 4.7.2).

The unfair or misleading nature of commercial communication must be assessed in the light of the presumed expectations of the 'average consumer'. This standard, derived from the well-known Gut Springenheide case of the European Court of Justice, is relatively strict. Consumers have a *duty to investigate*, meaning that they may not superficially and uncritically accept what is presented to them by traders. Compared to the doctrine of error, the assessment of an unfair or misleading nature is more abstract, because unfair commercial practices – like misleading and comparative advertising – usually involve mass communication (section 4.7.3).

Liability of service providers (professional liability)

The liability of professionals and (other) service providers can be both of a (pre)contractual and of a noncontractual nature. According to established case law, professional service providers have a *duty of care*, meaning that they must behave in accordance with the diligence that may be expected from a reasonably competent and reasonably acting colleague (section 4.8.1). This duty of care can, depending on the circumstances, give rise to information duties (section 4.8.2).

A special duty of care is to be observed, as follows from established case law, by financial service providers, such as banks and investment managers. This special duty of care aims to prevent financial consumers from running

disproportionate financial risks. In the field of options trading and share leasing, the Dutch Supreme Court has indicated that the special duty of care of financial service providers aims to protect clients against their own rashness or lack of competence (section 4.8.3). Providers of options trading are even charged with a statutory *duty to refuse* if the client violates his so-called margin requirement (section 4.8.4).

In the field of share leasing, the Dutch Supreme Court has indicated that the special duty of care of financial service providers results in a *duty to warn* clients of the risk of a residual debt as inherent in share leasing, a *duty to investigate* the financial position of the clients and to *advise* them on that point. The said duty to warn has, according to the Dutch Supreme Court, a wider scope than the general duty of disclosure under article 6:228 paragraph 1b DCC, in the field of error. There seems to be no convincing foundation of this two-track approach (section 4.8.5). The special duty of care of financial service providers should be applied on a case-by-case basis, taking into account the whole context of the legal relationship between the financial service provider and his client. In particular, the fact that share investors characteristically pursue gains deserves more attention as a factor for the interpretation of the special duty of care of financial service providers (section 4.8.6).

5 COMPREHENSIVE ANALYSIS

From an overall perspective, three general issues concerning (pre-)contractual and noncontractual information duties deserve particular attention: human knowledge as the basis of legal responsibility (section 5.2), the role of information duties in the law of obligations and the way they are applied by the courts (section 5.3), and finally the conflict between autonomy and altruism, against the background of the distinction between contract law and noncontractual liability law (section 5.4).

Knowledge and responsibility

The present study shows the importance of human knowledge as the basis of responsibility in the law of obligations (section 5.2.1). Generally speaking, three levels of knowledge can be distinguished. First: subjective knowledge, i.e. what individuals actually *know or may be presumed to know*. Second: objectified knowledge, i.e. what individuals legally *ought to know*. Third: purely objective knowledge, i.e. what is *objectively known* (section 5.2.2). The practical relevance of this distinction lies in the field of judicial evidence. Since only facts need to be proved, and no normative qualifications (*juridica non sunt probanda*), the burden of proof only relates to the first and the third level of knowledge. The second level rather asks for legal reasoning instead of factual evidence (section 5.2.3).

Objectivation – the process of constructing objectified knowledge of the second level – means that the responsible party is judged on the knowledge he ought to have, from a legal point of view. Objectivation requires a contextual reasoning, taking into account the circumstances of the case. However, the court may not confine its judgement to an indiscriminate reference to the individual circumstances. As far as possible, the court should make explicit its selection of subjective and objective circumstances (section 5.2.4).

In general, two types of objectivation can be distinguished. First: *person-related objectivation*, which means that the objectified knowledge is related not to the responsible party himself, but to somebody else. Second: *knowledge-related objectivation*, which means that the objectified knowledge is related not to the actual knowledge of the responsible party, but to another kind of knowledge (section 5.2.5). Knowledge-related objectivation can result in the application of a *duty to investigate*, namely if the objectified knowledge is related to (supposed) information which the responsible party does not know yet, but needs to find out through further research. A special variant of the knowledge-related objectivation is *generalization*, meaning that the objectified knowledge is related to general notions rather than specific facts (section 5.2.6). Person-related objectivation is, unlike knowledge-related objectivation, aimed at identifying the knowledge *other* people could expect on the part of the responsible party. Thus, person-related objectivation can be described as a form of *imputation of knowledge* (section 5.2.6).

Imputation of knowledge of officials to companies and institutions is governed by the so-called *identification standard*, as adopted in the Babel judgement of the Dutch Supreme Court. According to this standard, imputed knowledge can be assumed if the official's knowledge, pursuant to generally accepted standards, counts as knowledge of the company or institution involved. As appears from the Dutch Supreme Court decision in the case *Ontvanger/Voorsluijs*, the identification standard may not be used for the imputation of 'external' knowledge, i.e. the knowledge of people *outside* the company or institution involved. Article 3:66 paragraph 2 DCC, referring to the 'doctrine of the greatest contribution' in the field of representation, provides a suitable standard for situations similar to representation. From a broader perspective, the principle of *reasonable reliance* (protection of legitimate expectations) should be decisive as a comprehensive standard for the imputation of knowledge (section 5.2.7).

Information duties

Information duties represent the connecting link between knowledge and responsibility in the law of obligations (section 5.3.1). The power of information duties as a judicial instrument lies in their flexibility (i.e. their contextual nature) and manageability (i.e. their usability in different parts of the law). Both powers have a downside. *Flexibility* bears the risk of unpredictable

outcomes. Be that as it may, the specific context should never be overlooked when applying information duties. There is no need to fear 'Einzelfallgerechtigkeit', as long as the courts strike an adequate balance between standards and facts. *Manageability*, the second power of information duties, bears the risk of unbridled application. The Dutch professor Jan Vranken rightly pointed out that information duties are able to swallow other doctrines of the law of obligations. This 'absorbing effect' of information duties – the fact that they cut straight across doctrinal divisions – is not always desirable. The primary purpose of information duties is – and should remain – limited to the judgement in individual cases (section 5.3.1).

When applying information duties, the starting point should be that in principle people are responsible for their own well-informed behaviour. Therefore the ignorant party who accuses the defendant of breaching an information duty, is bound to provide the arguments which support this claim (section 5.3.2).

The basic requirements and factors for the application of a precontractual duty of disclosure under article 6:228 paragraph 1b DCC, in the field of error, point towards a *model* for the application of any duty to provide information. In short, precontractual duties of disclosure and noncontractual duties to warn can be assumed provided that: (i) the responsible party *knew or could reasonably be expected to know* the relevant information and its importance (section 5.3.3) and furthermore (ii) the ignorant party could *reasonably expect* to be informed on that matter (section 5.3.4), given the circumstances of the case, more specifically the nature of the legal relationship between the parties, the nature of the relevant information and the nature of the interests involved (section 5.3.5).

This model implies that the ignorant party can be charged with a *duty to investigate*, especially if he had reasons to doubt the supposed state of affairs. Guided by the reasonable expectations of both parties, the mutual information duties should be qualified as complementary duties, i.e. as mutual counterparts. This means that the responsibility of the ignorant party begins where the responsibility of the other party ends, and *vice versa*. Such a 'digital' approach promotes the clarity of legal judgements (section 5.3.6).

The content of information duties – i.e. the degree to which they oblige the responsible party to provide information – should be determined equally in contract law and noncontractual liability law. The noncontractual standard from the Jetblast case, referring to the *likely effectiveness* of the provision of information, can be applied by way of analogy in contract law too (section 5.3.7).

According to article 150 of the Dutch Code of Civil Procedure, the ignorant party who accuses the defendant of breaching an information duty, bears the *burden of proof*. If the ignorant party argues that he was not informed at all by the defendant, the court deciding questions of fact could reverse the burden of proof, or could require the defendant to indicate more specifically what kind of information he (allegedly) provided to the ignorant party. The best

way to actually *prove* the provision of information, is by letting the ignorant party sign a written receipt (section 5.3.7).

Autonomy or altruism?

As a result of the application of information duties, ignorant parties enjoy a high degree of protection in the law of obligations. This does not mean, however, that the protection of ignorant parties has been made to a *rule*. Historically and to this day, information duties are determined by the principle of *autonomy*, since they aim to promote well-informed behaviour. Duties to provide information can only be assumed, if the ignorant party, given the circumstances of the case, could reasonably expect to be informed (section 5.4.1).

The rise of generally formulated *duties of care* ('*zorgplichten*') in the law of obligations seems to be in contrast with the foregoing. Unlike the idea of contextual protection, these duties of care aim at categorical 'mass justice'. Duties of care are said to represent a 'basic standard' of the law of obligations or an 'overarching principle', which connects the different areas of the law. The question arises if the same goes for information duties. In particular, it is to be considered if there is room for a synthesis of information duties within the law of obligations as a whole, i.e. if precontractual information duties and noncontractual information duties can be treated equally (section 5.4.2).

At first sight, precontractual and noncontractual information duties differ in terms of remedies. The different remedies for breach of information duties are, however, not essential to their material content (section 5.4.3). Two other apparent differences, relating to the (in)voluntariness of the legal relationship involved (section 5.4.4) and the (non-)reciprocity of the interests involved (section 5.4.5), can have no decisive consequences as to the content of information duties either. In the end, the precontractual or noncontractual nature of information duties should not play a role when applying them in individual cases, unless it is combined with circumstances that influence the assessment of what parties might reasonably expect from each other in terms of the provision or gathering of information (section 5.4.5).

The question arises what this synthesis of precontractual and noncontractual information duties, as argued above, means for the doctrinal division between contract law and noncontractual liability law. Legal doctrine assumes – and accepts – that the boundaries between these two fields of the law are blurred nowadays, resulting in a 'fluent' law of obligations. Still, it seems an overstatement to say that information duties represent a 'basic standard' or an 'overarching principle' of the law of obligations. Rather, I would consider information duties as the contextual outcome of unwritten private law (section 5.4.6). Although certain areas of the law of obligations, partly under the influence of information duties, do develop into a kind of 'duty-of-care law', there is in my opinion no reason to conclude that the traditional dichotomy of the law

of obligations – the distinction between contract law and noncontractual liability law – is outdated.

Literatuurlijst

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: BJU 2002.

Van Andel 2006

W.J.M. van Andel, 'Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2006, p. 50-55.

Arbeidsovereenkomst (De Wolff)

D.J.B. de Wolff, 'Afdeling 9. Einde van de arbeidsovereenkomst', in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Asser 2004

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007)

P. Clausing en J.H. Wansink, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5-VI, De verzekeringsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004)

S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 2-I, De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp 3-I* (2011)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-I*, Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Asser/Hartkamp 4-III (2006)

A.S. Hartkamp, m.m.v. C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 4-III, De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008)

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6-I*, De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009)

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6-II*, De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010)

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6-III*, Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011)

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6-IV*, De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011.

- Asser/Heerma van Voss 7-V* (2008)
G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 7-V**, *Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.
- Asser/Hijma 5-I (2007)
Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5-I, Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007.
- Asser/Mijnssen/De Haan 3-I (2006)
F.H.J. Mijnssen, P. de Haan, m.m.v. C.C. van Dam en H.D. Ploeger, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 3-I, Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.
- Asser/Van Schaick 5-IV (2004)
A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5-IV, Verbruikleen, alijdurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap*, Deventer: Kluwer 2004.
- Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009)
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 7-IV**, *Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009.
- Asser/Vranken** (1995)
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Asser/Vranken*** (2005)
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel, Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.
- Atiyah & Smith 2005
P.S. Atiyah en S.A. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press 2005.
- Van Baalen 2005
S.B. van Baalen, 'Het leasen van effecten; over hoogmoed en de val', *WPNR* 6604 (2005), p. 1-23.
- Van Baalen 2006
S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2006.
- Van Baalen 2009
S.B. van Baalen, 'Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten anno 2009?', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, bundel Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 2009, p. 295-308.
- Bakels 1993
F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1993.
- Bakels 1996
F.B. Bakels, 'Vloeiend verbintenissenrecht', *RM Themis* 1996, p. 42-56.
- Bakels 2011
F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten*, Mon. BW B58, Deventer: Kluwer 2011.

- Bakker 2011
P.S. Bakker, 'Uitleg van commerciële contracten, WPNR 6890-6891 (2011), p. 477-485 en 502-511.
- Bamberger/Grüneberg (2003)
C. Grüneberg, '§ 241' en '§ 311', in: H.G. Bamberger en H. Roth (red.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Gesamtsachverzeichnis, §§ 1-610*, München: C.H. Beck 2003.
- Bamberger/Wendtland (2003)
H. Wendtland, '§ 119' en '§ 123', in: H.G. Bamberger en H. Roth (red.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Gesamtsachverzeichnis, §§ 1-610*, München: C.H. Beck 2003.
- Von Bar & Clive 2009
C. von Bar en E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Munich: Sellier 2009.
- Barendrecht 1992
J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 1992.
- Barendrecht 1995
J.M. Barendrecht, 'A.G. Castermans, De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase', boekbespreking Castermans 1992a, *RM Themis* 1995, p. 360-361.
- Barendrecht 1996
J.M. Barendrecht, 'Vertrouwen koppelen aan de feiten', *WPNR* 6223 (1996), p. 353-359.
- Barendrecht e.a. 2002
J.M. Barendrecht, I. Giesen, M.H.M. Schellekens en M.W. Scheltema, *Overheidsaansprakelijkheid voor informatieverstreking*, Den Haag: BJU 2002.
- Barendrecht & Van den Akker 1999
J.M. Barendrecht en E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Bartman & Dorrestein 2009
S.M. Bartman en A.F.M. Dorrestein, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009.
- Bauw 2008
E. Bauw, *Onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor zaken*, Mon. BW B47, Deventer: Kluwer 2008.
- Beale 2008
H. Beale, 'The Draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure', *ERCL* 2008/3, p. 317-337.
- Beale e.a. 2008
H.G. Beale e.a. (red.), *Chitty on contracts, Volume I, General principles*, London: Sweet & Maxwell 2008.
- Behiç 2008
J. Behiç, 'De verhouding tussen anticipatie en zelfbescherming bij gevaarstelling', in: W.H. van Boom, M.L. Tuil en W. Dijkshoorn, *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag: BJU 2008, p. 123-146.

- Ben-Shahar & Schneider 2010
O. Ben-Shahar en C.E. Schneider, 'The failure of mandated disclosure', preliminary draft winter 2010 (working paper); beschikbaar via: <<http://ssrn.com/abstract=1567284>>.
- Bergkamp & Hanekamp 2003
L. Bergkamp en J.C. Hanekamp, 'Voorzorgsaansprakelijkheid: naar een Post-Normale Jurisprudentie?', *AV&S* 2003, p. 123-126.
- De Bock 2011
R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2011.
- De Boeck 2000
A. De Boeck, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, diss. Antwerpen, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2000.
- De Boeck 2002
A. De Boeck, 'De precontractuele aansprakelijkheid; een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European Contract Law', in: J.M. Smits en S. Stijns, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2002, p. 79-98.
- De Boeck 2011
A. De Boeck, 'B2B Information Duties in the Feasibility Study: Analysis of Article 23', *ERPL* 2011-6, p. 787-797.
- Boks 2002
D.T. Boks, *Notariële beroepsaansprakelijkheid*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2002.
- Bollen 2004
C. Bollen, 'Onjuiste mededelingen en de samenloop tussen dwaling en wanprestatie: de ene mededeling is de andere niet!', *NTBR* 2004, 76, p. 414-427.
- Bollen 2005
C. Bollen, 'Walford v Miles [1992] 1 All ER 453, [1992] 2 AC 128', *NTBR* 2005, 67, p. 386-392.
- Bollen & Hartlief 2009
C. Bollen en T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde contractant', *NJB* 2009, 2192, p. 2806-2812.
- Bolt & Spier 1996
A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies NJV 1996, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Bongard & Van Wechem 1995
M.P. Bongard en T.H.M. van Wechem, 'Mededelingen van de verkoper en het leerstuk van de conformiteit', *NTBR* 1995, p. 115-118.
- Van Boom 2001
W.H. van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', *AV&S* 2001, p. 3-12.
- Van Boom 2003a
W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, oratie Tilburg, Den Haag: BJU 2003.
- Van Boom 2003b
W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', *NTBR* 2003, p. 555-564.

- Van Boom 2008
W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008, p. 4-22.
- Van Boom 2009
W.H. van Boom, 'De beslissing van de Hoge Raad in de effectenleasezaken', *TvC* 2009, p. 228-239.
- Van Boom e.a. 2008
W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, 'Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: BJU 2008, p. 19-48.
- Van Boom e.a. 2010
W.H. van Boom, M.L. Tuil en I. van der Zalm, 'Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels – virtuele werkelijkheid?', *NTBR* 2010, 7, p. 36-43.
- Van Boom & Barendrecht 2000
W.H. van Boom en J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: I. Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid*, BWKJ 16, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 45-58.
- Van Boom & Lindenbergh 2010
W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh, 'Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *AA* 2010, p. 188-196.
- Bouwens & Duk 2011
W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- Braams 2002
W.Th. Braams, 'Dank u, wij zijn al voorzien!', *AV&S* 2002, p. 171-177.
- Braams 2003
W.Th. Braams, 'Déjà Vu, Het voorzorgsbeginsel en de aansprakelijkheid voor onbekende gevaren', *TMA* 2003, p. 147-150.
- Brahn/Reehuis 2010
W.H.M. Reehuis, *Brahn/Reehuis. Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Van Brakel 1929
S. van Brakel, *De Subjectivering van het Recht*, oratie Utrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1929.
- Breedveld-de Voogd 2007
C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, diss. Leiden, Den Haag: BJU 2007.
- Breedveld-de Voogd 2010
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Notariële zorgverplichtingen bij onroerendgoedtransacties', in: G.J.C. Lekkerkerker e.a., *De goede notaris*, preadvies KNB 2010, Den Haag: SDU 2010, p. 65-126.
- Brink 2009
M. Brink, *Due diligence*, diss. Maastricht, Den Haag: BJU 2009.
- Brüggemeier 1999
G. Brüggemeier, *Prinzipien des Haftungsrechts, Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Baden-Baden: Nomos 1999.

- Brüggemeier 2006
G. Brüggemeier, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Berlin Heidelberg: Springer 2006.
- Brun 2009
P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris: LexisNexis 2009.
- Brunner 1981
C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade', *VR* 1981, p. 210-217 en 233-236.
- Brunner 1992
C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het nieuwe BW', in: C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer: Kluwer 1992, p. 87-100.
- Brunner e.a. 2011
C.J.H. Brunner, G.T. de Jong, H.B. Krans en M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deel 4, Deventer: Kluwer 2011.
- Busch 2008
C. Busch, *Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht*, diss. Bielefeld, Tübingen: Mohr Siebeck 2008.
- Cartwright 2005
J. Cartwright, 'The rise and fall of mistake in the English law of contract', in: R. Sefton-Green (red.), *Mistake, Fraud and Duties to inform in European Contract Law*, Cambridge: University Press 2005, p. 65-86.
- Cartwright 2007
J. Cartwright, *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford etc.: Hart Publishing 2007.
- Cartwright 2009
J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, oratie Leiden 2008, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2009.
- Castermans 1989
A.G. Castermans, 'Schadevergoeding bij dwaling', *RM Themis* 1989, p. 136-146.
- Castermans 1992a
A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1992.
- Castermans 1992b
A.G. Castermans, 'De makelaar, de notaris en de koop van onroerende zaken', *WPNR* 6044 (1992), p. 271-274.
- Castermans 1998
A.G. Castermans, 'Mededelingsplicht en onderzoeksplicht bij dwaling', annotatie bij HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), *NbBW* 1998, p. 90-91.
- Castermans 2008
A.G. Castermans, 'Uitleg van de arbeidsovereenkomst volgens Europese regels', *TRA* 2008, 2, p. 5-11.
- Castermans 2009
A.G. Castermans, 'De burger in het burgerlijk recht', oratie Leiden 2008, Den Haag: BJU 2009.

Castermans & Notermans 1985

A.G. Castermans en R. Notermans, 'Naar een economische analyse van de mededelingsplicht bij dwaling', in: P.C. Knol, W.A.K. Rank en F.J. de Vries (red.), *BW – NBW: Twee sporen, een weg*, BWKJ 1, Leiden: Afdeling burgerlijk recht 1985, p. 141-155.

Cauffman 2010

C. Cauffman, 'Op naar een succesvolle redding van het richtlijnvoorstel consumentenrecht?', *NTBR* 2010, 8, p. 44-51.

Cauffman e.a. 2009

C. Cauffman, M.G. Faure en T. Hartlief, *Harmonisatie van het consumentencontractenrecht in Europa: consequenties voor Nederland*, Den Haag: WODC 2009; ook beschikbaar via: <www.wodc.nl>.

Chabas 1998

F. Chabas, *Mazeaud/Chabas, Leçons de droit civil, Tome II, Premier volume, Obligations: théorie générale*, Paris: Montchrestien 1998.

Chao-Duivis 1990

M.A.B. Chao-Duivis, 'Schadevergoeding bij dwaling: de veroorzaker betaalt', *RM Themis* 1990, p. 243-262.

Chao-Duivis 1996

M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 1996.

Chao-Duivis 2005

M.A.B. Chao-Duivis, *Causaliteit als bron van verbintenissen*, oratie Delft, Den Haag: IBR 2005.

Cherednychenko 2010

O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010, 11, p. 66-77.

Cicero

M.T. Cicero, *De officiis, With an English translation by Walter Miller*, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press and William Heinemann Ltd. 1975 (origineel: 44 v. Chr.).

Claringbould 2008

M.H. Claringbould, 'De aansprakelijkheid van de expediteur', *NTHR* 2008, p. 55-67.

Clarke 2007

M.A. Clarke, 'Attribution of knowledge when contracting insurance', *NTHR* 2007, p. 126-131.

Clerk & Lindsell 2010

M.A. Jones e.a. (red.), *Clerk & Lindsell on Torts*, London: Sweet & Maxwell 2010.

Cohen Henriquez 1974

E. Cohen Henriquez, *Naar beste weten*, oratie Groningen, Deventer: Kluwer 1974.

Cohen Henriquez 1976

E. Cohen Henriquez, 'Spreken is zilver, zwijgen is fout', *NJB* 1976, p. 625-634.

Cohen Henriquez 1990

E. Cohen Henriquez, 'Recht en fatsoen in alledaagse verhoudingen', boekbespreking Vranken 1989, *RM Themis* 1990, p. 453-457.

- Cohen Henriquez 1991
E. Cohen Henriquez, 'De wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 sub c NBW)', in: W.G. Belinfante e.a., *Liber amicorum NBW*, bundel De Die, Arnhem: Gouda Quint, Deventer: Kluwer en Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 81-86.
- Contractenrecht II (Hijma)
Jac. Hijma, 'II-E. Wilsgebreken', in: A.R. Bloembergen en W.M. Kleijn (red.), *Contractenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
- Cousy 2008
H.A. Cousy, 'Risico's en onzekerheden in het aansprakelijkheidsrecht', *Verzekeringsarchief* 2008, p. 52-67.
- Van Dam 1989
C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1989.
- Van Dam 1994
C.C. van Dam, annotatie bij HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus), *NTBR* 1994, p. 255-258.
- Van Dam 1995
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 52, Deventer: Kluwer 1995.
- Van Dam 2000
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: BJU 2000.
- Van Dam 2006
C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford etc.: Oxford University Press 2006.
- Van Dam e.a. 2007
C.C. van Dam (red.), *Aansprakelijkheid van de wegbeheerder*, Den Haag: ANWB 2007.
- Dammingh 1998
J. Dammingh, 'De mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper', *WPNR* 6327 (1998), p. 567-571.
- Dammingh 2000
J. Dammingh, 'Aansprakelijkheid voor gebrek aan onroerende zaak', *Advocatenblad* 2000, p. 215-222 en 337-338 (naschrift na Wanders 2000).
- Dammingh 2002
J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2002.
- Dammingh 2009
J.J. Dammingh, 'Non-conformiteit en de NVM-koopakte', *TvC* 2009, p. 120-128.
- DCFR
Study Group on a European Civil Code (C. von Bar e.a.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich: Sellier 2009; tekst ook beschikbaar via: <www.law-net.eu>.
- Van Delft-Baas 1987
M. van Delft-Baas, *Produktinformatieplichten*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1987.
- Deutsch & Ahrens 2002
E. Deutsch en H.-J. Ahrens, *Deliktsrecht*, Köln: Carl Heymanns 2002.

- Van Dijk & Van der Woude 2009
Chr.H. van Dijk en F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009, 11, p. 74-92.
- Dommering-van Rongen 1991
L. Dommering-van Rongen, *Produktaansprakelijkheid*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1991.
- Dommering-van Rongen 1998
L. Dommering-van Rongen, 'T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade', boekbespreking Hartlief 1997, *NTBR* 1998, p. 151-154.
- Dommering-van Rongen 2000
L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000.
- Drion 1960
H. Drion, 'Dwaling in het Contractenrecht', *RM Themis* 1960, p. 488-507.
- Drion 1964
H. Drion, 'Het tot stand komen van overeenkomsten: Afd. 6.5.2 van het ontwerp B.W.', *WPNR* 4828-4829 (1964), p. 415-419 en 427-431.
- Drion 1967
H. Drion, *Precontractuele verhoudingen naar Nederlands recht*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1967, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 265-290.
- Drion 1972
H. Drion, 'Algemene problemen', in: H. Drion en J.L.P. Cahen, *De dwaling in het privaatrecht*, preadvies Candidaat-Notarissen 1972, Den Haag: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1972, p. 3-71.
- Drion 1973
H. Drion, 'Functies van rechtsregels in het privaatrecht', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte en J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer*, bundel G.E. Lange-meijer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 49-61.
- Drion 1976
H. Drion, 'De dwalingsregeling in het Gewijzigd Ontwerp van boek 6 NBW', *WPNR* 5361 (1976), p. 570-574.
- Drion 1988
C.E. Drion, 'Grondslagen van de onrechtmatige overheidsdaad', *Recht en kritiek* 1988, p. 333-363.
- Drion 2005
C.E. Drion, 'Huib Drion als 'danser' (enkele gedachten over zijn juridische werk)', in: A.R. Bloembergen e.a. (red.), *Van, over en met Huib Drion (1917-2004)*, Den Haag: BJU 2005, p. 171-205.
- Drion 2010
C.E. Drion, 'Uitleg van uitleg', *NJB* 2010, 226, p. 279.
- Drion & Van Wechem 2007
C.E. Drion en T.H.M. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2007, p. 727-740.
- Duivenvoorde 2010
B.B. Duivenvoorde, 'De "gemiddelde consument" als rationele actor', *WPNR* 6849 (2010), p. 533-534.

- Van Dunné 1968
J.M. van Dunné, 'De heroriëntatie bij dwaling', *WPNR* 4978-4981 (1968), p. 13-16, 25-27, 37-41 en 49-51.
- Van Dunné 1971
J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1971.
- Van Dunné 1980
J.M. van Dunné, 'De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht? Gedachten over beginselen van contractenrecht in de jaren tachtig', *NJB* 1980, p. 668-678.
- Van Dunné 1990
J.M. van Dunné, 'Een kamikaze-actie op de rotte', *WPNR* 5976 (1990), p. 613-628.
- Van Dunné 1997a
J.M. van Dunné, 'Onderzoeks- en spreekplichten bij bedrijfsovername', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 399-414.
- Van Dunné 1997b
J.M. van Dunné, 'Ius vigilantibus scriptum', rede Rotterdam 1997, in: J.W.M.K. Meijer e.a. (red.), *Normatief Uitgelegd. Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer 2006, p. 226-265.
- Van Dunné 1999
J.M. van Dunné, 'To do or not to do, that is the question', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber en J.A.M. Strens-Meulemeester, *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 29-47.
- Van Dunné 2004a
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.
- Van Dunné 2004b
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 2, Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2004.
- Duyvensz 2002
J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, diss. Tilburg, Den Haag: BJU 2002.
- Edelman & Davies 2007
J. Edelman en J. Davies, 'Torts and equitable wrongs', in: A. Burrows (red.), *English Private Law*, Oxford: University Press 2007, p. 1185-1329.
- Eidenmüller e.a. 2008
H. Eidenmüller, F. Faust, H.C. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner en R. Zimmermann, 'Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht', *Juristenzeitung* 2008, p. 529-550.
- Eijsbouts 1993
W.T. Eijsbouts, 'De twee gezichten van zorgvuldigheid', *RM Themis* 1993, p. 515-522.
- Engelhard & Van Maanen 2008
E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Mon. BW A15, Deventer: Kluwer 2008.
- Ernes 2000
A.L.H. Ernes, *Onbevoegde vertegenwoordiging*, diss. OU, Deventer: Kluwer 2000.

- Van Erp 1990
J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, diss. Tilburg, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- Van Es 2007
P.C. van Es, 'Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris', in: C. Heck-Vink en N.J.M. Sjerps (red.), *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris*, preadvies KNB, Den Haag: SDU 2007, p. 13-78.
- Fabre-Magnan 1992
M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*, diss. Parijs (Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne), Parijs: Librairie Générale de droit et de jurisprudence 1992.
- Faure & Hartlief 2002
M.G. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002.
- Fleischer 2001
H. Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München: C.H. Beck 2001.
- Franken 2008
A.Ch.H. Franken, 'Voorzorg: beginsel in het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2008, 1682, p. 2056-2060.
- Franken 2009
A.Ch.H. Franken, 'Actualiteiten Productaansprakelijkheid 2002-2008', *AV&S* 2009, 26, p. 189-201.
- Franken 2010
A.Ch.H. Franken, 'Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht – een verkenning', *AV&S* 2010, 25, p. 185-200.
- Geerts & Vollebregt 2009
P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame*, Deventer: Kluwer 2009.
- Gerbrandy 1990
S. Gerbrandy, 'De omstandigheden. Op de grens tussen dwaling en wanprestatie', *WPNR* 5959 (1990), p. 285-288.
- Gezondheidsraad 2003
M. Faure en E. Vos (red.), *Juridische afbakening van het voorzorgsbeginsel: mogelijkheden en grenzen*, rapport Gezondheidsraad 2003; beschikbaar via <www.gr.nl>.
- Gezondheidsraad 2008
Gezondheidsraad, *Voorzorg met rede*, rapport Ministerie van VROM 2008; beschikbaar via <www.gr.nl>.
- Ghestin 1987
J. Ghestin, 'L'obligation précontractuelle de renseignements en droit français', in: D. Tallon en D. Harris (red.), *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris: LGDJ 1987, p. 171-184.
- Ghestin 1993
J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris: LGDJ 1993.

- Giard & Van Boom 2006
R.W.M. Giard en W.H. van Boom, 'De empirische dimensies van zorgplicht. Kanttekeningen bij het *Skeeler-arrest*', *NTBR* 2006, 54, p. 360-368.
- Giesen 1997
I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- Giesen 2004
I. Giesen, 'Van een openstaand kelderluik naar een gekantelde vrachtwagen', *AV&S* 2004, 7, p. 35-39.
- Giesen 2005
I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, oratie Utrecht, Den Haag: BJU 2005.
- Giesen & Tjong Tjin Tai 2008
I. Giesen en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008, Deventer: Kluwer 2008.
- Giliker 2005
P. Giliker, 'Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law', *European Review of Private Law* 2005-5, p. 621-640.
- Gilmore 1974
G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus: Ohio State University Press 1974.
- Glastra van Loon 1973
J.F. Glastra van Loon, 'Objectiviteit', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte en J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer*, bundel G.E. Langemeijer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 125-137.
- Van der Goes 2010
B.M.M. van der Goes, 'Het beroep van een bank op de schijn van volmachtverlening', *MvV* 2010, p. 67-75.
- Gorphe 1928
F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Paris: Dalloz 1928.
- Gravetto & Pasa 2011
C. Gravetto en B. Pasa, 'The 'Non-sense' of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts', *ERPL* 2011-6, p. 759-785.
- Van der Grinten 1958
W.C.L. van der Grinten, annotatie bij HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), *AA* 1957-1958, p. 103-107 (februari 1958, afl. 5).
- Van der Grinten 1967
W.C.L. van der Grinten, annotatie bij HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183 m.nt. GJS (Booy/Wisman), *AA* 1967, p. 161-166.
- Van der Grinten 1972
W.C.L. van der Grinten, 'De Dwaling in het privaatrecht', bespreking preadviezen Candidaat-Notarissen 1972, *WPNR* 5172 (1972), p. 205-209.
- Van der Grinten 1974
W.C.L. van der Grinten, annotatie bij HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel), *AA* 1974, p. 344-349.
- De Grooth 1948
G. de Grooth, *De invloed van dwaling op rechtshandelingen*, preadvies Candidaat-Notarissen 1948, Den Haag: Belinfante-Schinkel 1948.

- Grosheide 2006
F.W. Grosheide, *Vooruitgang in het burgerlijk recht?*, afscheidsrede Utrecht, Den Haag: BJU 2006.
- Grotius
H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, Amsterdam: Blaeu 1632 (origineel: 1625).
- Grundmann-van de Krol 2010
C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: BJU 2010.
- Haas 2009
D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, diss. VU, Deventer: Kluwer 2009.
- Hammerstein & Vranken 2003
A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Mon. Nieuw BW A10, Deventer: Kluwer 2003.
- Hardy 2009
R.R.R. Hardy, *Differentiatie in het (Europees) contractenrecht*, diss. Maastricht, Den Haag: BJU 2009.
- 't Hart & Du Perron 2006
F.M.A. 't Hart en C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?*, preadvies Vereniging voor Effectenrecht 2006, Deventer: Kluwer 2006.
- Hartkamp 1990
A.S. Hartkamp, 'Een nieuwe kijk op het verbintenissenrecht', boekbespreking Vranken 1989, *NJB* 1990, p. 657-663.
- Hartkamp 1991
A.S. Hartkamp, 'Vertrouwen bij het ontstaan van verbintenissen', boekbespreking Nieskens-Ispording 1991, *WPNR* 6024 (1991), p. 747-752.
- Hartkamp 1999
A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1999.
- Hartkamp 2010a
A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Mon. BW A1, Deventer: Kluwer 2010.
- Hartkamp 2010b
A.S. Hartkamp, 'Nieuwe gerechtigheidsgedachten in het vermogensrecht', *WPNR* 6843 (2010), p. 383-387.
- Hartlief 1996
T. Hartlief, 'De aansprakelijkheid voor zaken', in: M.E. Franke (red.), *Onrechtmatige daad*, BWKJ 12, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 201-225.
- Hartlief 1997
T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade. Enige opmerkingen over de fundamentele van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, oratie Leiden, Deventer: Kluwer 1997.
- Hartlief 1999
T. Hartlief, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Hartlief 2001

T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid van de verkoper terzake van non-conformiteit', annotatie bij HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213 m.nt. JH (Oerlemans/Driessen), *AA* 2001, p. 982-989.

Hartlief 2002

T. Hartlief, 'Zorgplichten in het onrechtmatigedaadsrecht. Uitdijing en begrenzing', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 481-515.

Hartlief 2003a

T. Hartlief, 'Vrijheid en bescherming in het contractenrecht', *Contracteren* 2003, p. 5-14.

Hartlief 2003b

T. Hartlief, 'Beweging in het contractenrecht. Het belang van het algemeen deel', in: G.T. de Jong e.a. (red.), *Algemeen-Bijzonder*, Den Haag: BJU 2003, p. 41-51.

Hartlief 2003c

T. Hartlief, 'De gevaren van de optiehandel: hoe ver strekt de zorg van de bank?', *AA* 2003, p. 929-937.

Hartlief 2004a

T. Hartlief, 'Kelderluik revisited. De kracht van een waarschuwing', annotatie bij HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), *AA* 2004, p. 866-873.

Hartlief 2004b

T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *WPNR* 6564 (2004), p. 106-118.

Hartlief 2004c

Hartlief, 'Kroniek Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht', *NTBR* 2004, p. 462-475.

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid ter zake van afgebroken onderhandelingen: terughoudendheid troef', annotatie bij HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO), *AA* 2005, p. 1027-1034.

Hartlief 2007a

T. Hartlief, 'Waar draait het om in het aansprakelijkheidsrecht?', *AA* 2007, p. 115-117.

Hartlief 2007b

T. Hartlief, 'PETL: Basic Norm en Liability Based on Fault', *AV&S* 2007, 8, p. 49-54.

Hartlief 2009

T. Hartlief, *Anno 2010: Beschouwingen over Aansprakelijkheid en Verzekering*, Amsterdam: deLex 2009.

Hartlief 2011

T. Hartlief, 'Schuld en risico: wereld van verschil of één pot nat?', *NJB* 2011, 227, p. 285.

Hartlief & Van Maanen 1995

T. Hartlief en G.E. van Maanen, *Hoe werkt de onrechtmatige daad?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.

Hartlief & Reurich 1999

T. Hartlief en L. Reurich, 'De invloed van een afkoelingsperiode op toepassing van het dwalingsleerstuk', *WPNR* 6342 (1999), p. 49-51.

Van Hekesen 2008

A.M. van Hekesen, 'T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden, Deventer: Kluwer 2007', boekbespreking Van Wechem 2007, *Contracteren* 2008, p. 24-26.

Hekster 2004

T.A. Hekster, 'Aansprakelijkheid exploitant supermarkt voor (gebrekkige) roerende zaken', annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *AV&S* 2004, nr. 25, p. 128-132.

Hesselink 1996

M.W. Hesselink, 'De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht', *WPNR* 6284-6249 (1996), p. 879-883 en 906-910.

Hesselink 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1999.

Hesselink 2008

M.W. Hesselink, *CFR & Social Justice*, München: Sellier 2008.

Hesselink 2009

M.W. Hesselink, 'Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c?', in: M.W. Hesselink en M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, Den Haag: BJU 2009, p. 55-102.

Hijma 1988

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1988.

Hijma 1991a

Jac. Hijma, 'Geerts/Ten Dam', annotatie bij HR 12 oktober 1990, *NJ* 1992, 620 m.nt. CJHB (Geerts/Ten Dam), *AA* 1991, p. 338-343.

Hijma 1991b

Jac. Hijma, 'Van Geest/Nederlof', annotatie bij HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), *AA* 1991, p. 661-667.

Hijma 1992a

Jac. Hijma, 'M.M. van Rossum, Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed', boekbespreking Van Rossum 1991, *NTBR* 1992, p. 132-134.

Hijma 1992b

Jac. Hijma, 'Dwaling bij beide partijen', *WPNR* 6072 (1992), p. 887-889.

Hijma 1992c

Jac. Hijma, 'Verschoonbaarheidsvragen bij bedrog', in: C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), *Als een goed huisvader*, bundel Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 1992, p. 57-67.

Hijma 1994

Jac. Hijma, 'Schirmeister/De Heus (Oldtimer)', annotatie bij HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), *AA* 1994, p. 821-826.

Hijma 1996

Jac. Hijma, 'Baris/Riezenkamp', annotatie bij HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), in: M.E. Franke e.a., *Verkort verklaard*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Hijma 1999

Jac. Hijma, 'Uitleg contra proferentem', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 461-474.

- Hijma 2002
Jac. Hijma, 'Tien jaar nieuw nulliteitenrecht', *WPNR* 6472 (2002), p. 71-77.
- Hijma 2004
Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: Jac. Hijma en W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004, Deventer: Kluwer 2004, p. 1-86.
- Hijma 2005
Jac. Hijma, 'Inpassing van Europese consumentenkoopregels', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, BWKJ 21, Deventer: Kluwer 2005, p. 97-111.
- Hijma 2008
Jac. Hijma, 'Normaal (en bijzonder) gebruik van gekochte zaken', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, BWKJ 24, Deventer: Kluwer 2008, p. 149-168.
- Hijma 2009a
Jac. Hijma, 'Klachtplicht en bedrog', *WPNR* 6781 (2009), p. 18-21.
- Hijma 2009b
Jac. Hijma, 'De rol van consument-verkoper', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, bundel Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 2009, p. 309-322.
- Hijma 2010
Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Mon. BW B55, Deventer: Kluwer 2010.
- Hijma 2011
Jac. Hijma, 'Het dwalingsstelsel van het DCFR', *NTBR* 2011, 40, p. 299-305.
- Hijma e.a. 2010
Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk en (t/m de derde druk) A.R. Bloembergen, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deel 3, Deventer: Kluwer 2010.
- Hijma & Olthof 2011
Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- Hofmann/Abas 1977
P. Abas, L.C. Hofmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer van de verbintenissen, Deel 1 (artt. 1269-1387 B.W.), Tweede gedeelte (artt. 1302-1303 en 1349-1387 B.W.)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977.
- Hofmann/Drion/Wiersma 1959
H. Drion en K. Wiersma, Dr. L.C. Hofmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer der verbintenissen, Tweede gedeelte (artt. 1388-1492 B.W.)*, Groningen: J.B. Wolters 1959.
- Den Hollander 2011
P.W. den Hollander, 'Hoe gebrekkig is een verschoven veendijk?', annotatie bij HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RodW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), *AV&S* 2011, 10, p. 88-94.
- Hondius 1978
E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1978.
- Hondius 1999
E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

- Honée 1997
Ch.E. Honée, 'Mededelings-, informatie- en onderzoeksplicht bij een aandelenfusie – de positie van de over te nemen vennootschap', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 39-52.
- Houben 2005
I.S.J. Houben, *Contractdwang*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2005.
- Huet 2001
J. Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, Paris: LGDJ 1996.
- Huijgen 1997
W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming?*, oratie Leiden, Deventer: Kluwer 1997.
- Huijgen 2008
W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Mon. Privaatrecht 9, Deventer: Kluwer 2008.
- Huijgen 2009
W.G. Huijgen, 'Succesvol beroep op ouderdomsclausule', *JBN* 2009, 36, p. 5-6.
- Huizink 2010
J.B. Huizink, 'Zorgplichten in het concern', *O&F* 2010-4, p. 5-28.
- Jansen 2001
C.H.M. Jansen, 'C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht; een grensoverschrijdend handboek', boekbespreking Van Dam 2000, *NTBR* 2001, p. 295-300.
- Jansen 2006
K.J.O. Jansen, *Het kennisvereiste bij gevaarstelling*, Afstudeerscriptie Leiden 2005, Den Haag: Jongbloed 2006; ook beschikbaar via <openaccess.leidenuniv.nl>, tevens in verkorte vorm gepubliceerd als: K.J.O. Jansen, 'Wat niet weet, wat niet deert?', *RM Themis* 2006, p. 54-63.
- Jansen 2007
K.J.O. Jansen, 'Het subjectieve element van de onrechtmatigheid. Over de structuur van art. 6:162 BW', *NTBR* 2007, 28, p. 222-228; ook beschikbaar via <openaccess.leidenuniv.nl>.
- Jansen 2008
K.J.O. Jansen, 'Smith v. Hughes: caveat emptor', *NTBR* 2008, 51, p. 415-420; ook beschikbaar via <openaccess.leidenuniv.nl>.
- Jansen 2009a
C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Mon. BW B45, Deventer: Kluwer 2009.
- Jansen 2009b
K.J.O. Jansen, 'De gulden middenweg', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, bundel Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 2009, p. 337-351; ook beschikbaar via <openaccess.leidenuniv.nl>.
- Jansen 2010
K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 6853 (2010), p. 623-633; ook beschikbaar via <openaccess.leidenuniv.nl>.

De Jong 1941

F.J. de Jong, *In welke gevallen kan de debiteur van een geldvordering op naam geacht worden te goeder trouw betaald te hebben aan den bezitter van de inschuld?*, preadvies Candidaat-Notarissen 1941, Den Haag: Belinfante 1941, p. 1-77.

De Jong 2011

E.R. de Jong, 'Tussen fabel en feit. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling bij onzekere risico's aan de hand van nanotechnologie', *NJB* 2011, 2146, p. 2836-2842.

Jongeneel 2009

R.H.C. Jongeneel, 'T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden', boekbespreking Van Wechem 2007, *RM Themis* 2009, p. 223-226.

Van Joolingen 2002

M.J. van Joolingen, 'Garantie bij bedrijfsovername', in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties*, Deventer: Kluwer 2002, p. 183-216.

Jourdain 1983

P. Jourdain, 'Le devoir de 'se' renseigner', *Recueil Dalloz* 1983, *Chronique XXV*, p. 139-144.

Kamphuisen 1954

P.W. Kamphuisen, 'Enige opmerkingen over de dwaling', *WPNR* 4366-4368 (1954), p. 435-437, 447-449 en 459-462.

Kamphuisen 1961

P.W. Kamphuisen, *Dwaling bij obligatoire overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht, Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2003.

Keirse 2007

A.L.M. Keirse, 'Wie is er bang voor nieuwe risico's?', in: A.L.M. Keirse e.a., *Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden*, bundel LSA Symposium 2007, Den Haag: SDU 2007, p. 1-22.

Keirse 2009a

A.L.M. Keirse, 'Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord', *Contracteren* 2009, p. 105-109.

Keirse 2009b

A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJU 2009, p. 95-104.

Keirse 2010

A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: A.L.M. Keirse en P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2010, p. 9-139.

Keirse e.a. 2009

A.L.M. Keirse e.a., *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: BJU 2009; ook beschikbaar via: <www.wodc.nl>.

McKendrick 2007a

E. McKendrick, *Contract Law*, Basingstoke etc.: Palgrave 2007.

McKendrick 2007b

E. McKendrick, 'The meaning of 'good faith'', in: M. Andenas e.a. (red.), *Liber Amicorum Guido Alpa, Private Law Beyond the National Systems*, London: British Institute of International and Comparative Law 2007, p. 687-698.

Kennedy 1976

D. Kennedy, 'Form and Substance in Private Law Adjudication', *Harvard Law Review* 89 (1976), p. 1685-1778.

Kerkmeester 1993

H.O. Kerkmeester, 'De betekenis van het waarschijnlijkheidsbegrip voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Meijers geactualiseerd', *WPNR* 6111 (1993), p. 767-773.

Klaassen 1991

C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid*, diss. Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Klaassen 1996

C.J.M. Klaassen, 'Risico- en foutaansprakelijkheid, twee woorden één gedachte?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Op recht*, bundel Struycken, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 137-143.

Klaassen 1999

C.J.M. Klaassen, 'Vertegenwoordiging en aansprakelijkheid; toerekening van kennis', in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber en J.A.M. Strens-Meulemeester (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 89-98.

Kleijn & Van Velten 1985

W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Naar een betere bescherming van kopers van woningen?*, preadvies Koninklijke Notariële Broederschap en Vereniging voor Bouwrecht 1985, Deventer: Kluwer 1985, p. 29-141.

Klik 1997

P. Klik, 'De aansprakelijkheid van de verkoper van onroerend goed voor asbest: '(on)bekendheidsclausules' en risicoverdeling in veel gebruikte modellen voor de verkoop van onroerend goed', in: P.G.J. van den Berg en W.T.M. Uilhoorn (red.), *'... maar dit geheel terzijde'*, bundel Van Dunné, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 77-92.

Klik 1998a

P. Klik, 'De verhouding tussen spreek- en onderzoeksplicht', annotatie bij HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), *NTBR* 1998, p. 295-300.

Klik 1998b

P. Klik, annotatie bij HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 657 m.nt. WMK (Holvrieka/Brunink), *M&R Jurisprudentiekatern* 1998, p. 149-152.

Klik 2008

P. Klik, *Conformiteit bij koop*, diss. Rotterdam, Deventer: Kluwer 2008.

Klik & Wijers 1995

P. Klik en A.H.F.M. Wijers, 'Dwaling, conformiteit en garantie', *TvC* 1995, p. 77-86.

De Kluiver 1992

H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. VU, Deventer: Kluwer 1992.

Knigge & Bakker 2011

A. Knigge en P.S. Bakker, 'Grenzen aan de bancaire zorgplicht jegens derden', *Tijdschrift voor Compliance* 2011, p. 53-59.

- Van Kogelenberg 2007
M. van Kogelenberg, 'Wie niet komt klagen, wordt overgeslagen', *WPNR* 6733 (2007), p. 1005-1013.
- Korthals Altes 2006
E. Korthals Altes, 'Het bussluisarrest of: Handle trespassers with care', in: J. van Duijvendijk-Brand e.a. (red.), *Variatie in cassatie*, bundel Groen, Deventer: Kluwer 2006, p. 185-193.
- Kortmann 2005
J.S. Kortmann, *Altruism in Private Law*, diss. Oxford, Oxford: University Press 2005.
- Kortmann 2006
J.S. Kortmann, 'Aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders voor doen en laten', reactie op Van Andel 2006, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 384-388.
- Köster 1963
H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid*, oratie UvA, Zwolle: Tjeenk Willink 1963.
- Kötz 2009
H. Kötz, *Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009.
- Kötz & Flessner 2002
H. Kötz en A. Flessner, *European Contract Law, Volume one: formation, validity, and content of contracts; contract and third parties (Kötz, translated by Tony Weir)*, Oxford: Clarendon Press 2002.
- Kötz & Wagner 2006
H. Kötz en G. Wagner, *Deliktsrecht*, München: Wolters Kluwer 2006.
- Kraan 1997
C.A. Kraan, 'Koopovereenkomst en bodemverontreiniging', *WPNR* 6262-6263 (1997), p. 201-202 en 216-218.
- Krans 1999
H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1999.
- Krawiec & Zeiler 2005
K.D. Krawiec en K. Zeiler, 'Common-law disclosure duties and the sin of omission: testing the meta-theories', *Virginia Law Review* 2005, p. 1795-1882.
- Kronman 1978
A.T. Kronman, 'Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts', *Journal of Legal Studies* 1978, p. 1-34.
- Kruijswijk Jansen & Van den Broek 2011
J. Kruijswijk Jansen en P. van den Broek, 'State of the art' als begrenzing van opstalaansprakelijkheid', *MvV* 2011, p. 111-118.
- Van Laarhoven 2006
M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen*, diss. Tilburg, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- Lammers 1998
H.H. Lammers, 'Mededelings- en onderzoeksplicht', annotatie bij HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), *Bb* 1998, p. 124-126.
- Langelaar 1997
K. Langelaar, 'In beginsel moet ieder de door hem zelf geleden schade dragen' (Asser-Hartkamp III) Waaronder eigenlijk?', *NJB* 1997, p. 1581-1587.

- Langemeijer 1994
G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Studiepockets Privaatrecht 14, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (zesde druk, bijgewerkt door E.J.H. Schrage).
- Lankhorst 1992
G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1992.
- Larenz/Canaris 1994
C.W. Canaris, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, II.2, Besonderer Teil*, München: C.H. Beck 1994.
- Larenz/Wolf 2004
M. Wolf, K. Larenz, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, München: C.H. Beck 2004.
- Leenen e.a. 2007
H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht, Deel I, Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007.
- Lindenbergh 2007
S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk*, oratie Rotterdam, Den Haag: BJU 2007.
- Lindenbergh 2009
S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Mon. Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009.
- Lindenbergh 2011
S.D. Lindenbergh, 'Opstalaansprakelijkheid bij dijkdoorbraak?', annotatie bij HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis), *AA* 2011, p. 208-213.
- Lokin 1973
J.H.A. Lokin, *Enige beschouwingen omtrent de grond der dwalingsregeling bij verbintenis-scheppende overeenkomsten*, diss. Groningen, Amsterdam: Hakkert 1973.
- Loos 2008a
M.B.M. Loos, 'Toepasselijkheid van algemene voorwaarden', boekbespreking Van Wechem 2007, *MvV* 2008, p. 17-19.
- Loos 2008b
M.B.M. Loos, 'Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel', *TvC* 2008, p. 173-178.
- Loos & Luzak 2011
M.B.M. Loos en J.A. Luzak, 'Richtlijn consumentenrechten in eindfase', *NtER* 2011, p. 249-252.
- Luijten 1993
E.A.A. Luijten, 'De koopakte van onroerende zaken in notariële vorm; een na te streven rechtsgoed', *WPNR* 6081 (1993), p. 129-134.
- Luzak 2009
J.A. Luzak, 'Information duties in the new proposal for the Directive on consumer rights', in: M.W. Hesselink en M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, Den Haag: BJU 2009, p. 113-128.
- Van Maanen 1986
G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad, Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1986.

- Van Maanen 2008
G.E. van Maanen, 'De Nederlandse kelderluikarresten. Al meer dan honderd jaar – rechtseconomisch (!) – op de goede weg in Europa!', *NTBR* 2008, 5, p. 42-49.
- Van Maanen 2011a
G.E. van Maanen, 'Hoe tijdelijk is 'tijdelijk'?', *NTBR* 2011, 31, p. 231-232.
- Van Maanen 2011b
G.E. van Maanen, 'De meerwaarde van artikel 6:174 BW. Van Zeeland naar Wilnis en terug...', in: F.T. Oldenhuis en H. Vosselman (red.), *Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; de grenzen voorbij?*, Den Haag: BJU 2011, p. 27-50.
- Van Maanen, Spier & Sterk 1990
G.E. van Maanen, J. Spier en C.H.W.M. Sterk, 'Van schuld naar risico?', in: M.J.G.C. Raaijmakers, R. van Rooij en J. Spier (red.), *Aansprakelijkheden*, bundel Nederlands genootschap van bedrijfsjuristen, Deventer: Kluwer 1990, p. 65-143.
- Mackaay 1982
E. Mackaay, *Economics of information and law*, Boston/The Hague/London: Kluwer/Nijhoff 1982.
- Malaurie e.a. 2009
P. Malaurie, L. Aynès en P. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Paris: Defrénois 2009.
- Van Manen & Stutterheim 1999
N.F. van Manen en R.H. Stutterheim, 'Schadevergoeding bij rechtmatige daad', in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 7-13.
- Markesinis e.a. 2006
B. Markesinis, H. Unberath en A. Johnston, *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, Oxford etc.: Hart Publishing 2006.
- Meijer 2009
J.W.M.K. Meijer, annotatie bij HR 14 november 2008, *LJN BF0407*, *NJ* 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), *MvV* 2009, p. 128-132.
- Meijers 1921
E.M. Meijers, 'De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen', *WPNR* 2675-2679 (1921), p. 141-143, 153-156, 165-167, 177-180 en 189-192.
- Meijers 1922
E.M. Meijers, 'Opmerkingen omtrent het leerstuk der dwaling', *WPNR* 2749-2752 (1922), p. 385-387, 397-400, 405-408 en 417-421.
- Meijers 1935-1936
E.M. Meijers, 'De beteekenis der elementen 'waarschijnlijkheid' en 'schuld' voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', *WPNR* 3442-3444 (1935), p. 551-555, 567-571, 579-582 en *WPNR* 3445 (1936), p. 1-6.
- Meijers 1958
E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire pers 1958.
- Memelink 2009
P. Memelink, *De verkeersopvatting*, diss. Leiden, Den Haag: BJU 2009.
- Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995
I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

De Mol 2002

M. de Mol, 'Garantie en dwaling', in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties*, Deventer: Kluwer 2002, p. 257-298.

MüKo/Emmerich (2003)

V. Emmerich, '§ 311', in: W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, München: C.H. Beck 2003.

MüKo/Kramer (2001)

E.A. Kramer, '§ 119' en '§123', in: F.J. Säcker (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AGB-Gesetz*, München: C.H. Beck 2001.

MüKo/Roth (2003)

G.H. Roth, '§ 241', in: W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, München: C.H. Beck 2003.

MüKo/Wagner (2004)

G. Wagner, 'Vor § 823', '§ 823' en '§ 826', in: P. Ulmer (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: C.H. Beck 2004.

Nederlof-Wouters van den Oudenweijer & Van der Woude 2009

E. Nederlof-Wouters van den Oudenweijer en F. van der Woude, 'Enige aspecten van aansprakelijkheid van de financieel adviseur voor teleurstellende beleggingsresultaten', *MvV* 2009, p. 215-224.

Nicholas 1987

B. Nicholas, 'L'obligation précontractuelle de renseignements en droit anglais', in: D. Tallon en D. Harris, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris: LGDJ 1987, p. 185-205.

Nicholas 1992

B. Nicholas, *The French Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press 1992.

Nieskens-Isphording 1991

B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 1991.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1983

J.H. Nieuwenhuis, 'De grenzen van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken', *WPNR* 5666 (1983), p. 581-590.

Nieuwenhuis 1986a

J.H. Nieuwenhuis, 'Een gevaar op de weg', annotatie bij HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 213 m.nt. G (Stavenuiter/Oosterbaan), *AA* 1986, p. 315-321.

Nieuwenhuis 1986b

J.H. Nieuwenhuis, 'Nieuws over de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en producten', *WPNR* 5771 (1986), p. 97-100.

Nieuwenhuis 1987

J.H. Nieuwenhuis, 'Je bekijkt het maar', annotatie bij HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267 m.nt. PAS (Westhoff/Spronsen), *AA* 1987, p. 99-105.

Nieuwenhuis 1988a

J.H. Nieuwenhuis, 'Ieder het zijne', *RM Themis* 1988, p. 73-84.

Nieuwenhuis 1988b

J.H. Nieuwenhuis, 'Toerekening van vertrouwen', *WPNR* 5885 (1988), p. 491-494.

Nieuwenhuis 1989

J.H. Nieuwenhuis, 'De tuinman en de dood. Het misleidend karakter van schuld en risico als coördinaten van het aansprakelijkheidsrecht', *RM Themis* 1989, p. 193-201.

Nieuwenhuis 1997a

J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het pikmeer, Bezwaren tegen de geest van het postmoderne aansprakelijkheidsrecht*, oratie Groningen, Deventer: Kluwer 1997.

Nieuwenhuis 1997b

J.H. Nieuwenhuis, 'Paulianeuze gedachten. Over de plaats van het algemene en het bijzondere in het recht', *RM Themis* 1997, p. 41-42.

Nieuwenhuis 1998

J.H. Nieuwenhuis, 'Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten? Digitale en analoge werking van redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 6304 (1998), p. 155-157.

Nieuwenhuis 1999a

J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999.

Nieuwenhuis 1999b

J.H. Nieuwenhuis, 'Twee typen van billijkheid en drie bronnen van gevaar: grondslagen van aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade', in: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid: schadevergoeding bij rechtmatige daad*, bundel Paul Scholten Instituut, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 101-107.

Nieuwenhuis 2003

J.H. Nieuwenhuis, 'Weet het recht nog raad met de zonde?', *TPR* 2003, p. 53-75.

Nieuwenhuis 2004

J.H. Nieuwenhuis, *Orestes in Veghel*, Amsterdam: Balans 2004.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, *Waar toe is het recht op aarde?*, Den Haag: BJU 2006.

Nieuwenhuis 2007

J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 2007.

Nieuwenhuis 2008

J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden: Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts*, Deventer: Kluwer 2008.

Nieuwenhuis 2009

J.H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme', afscheidsrede Leiden, *NJB* 2009, 1711, p. 2254-2263.

Nieuwenhuis 2010

J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Novakovski 2006

T. Novakovski, 'De invloed van de *Kelderluik*-criteria op de aansprakelijkheid van de wegbeheerder ex art. 6:162 BW en 6:174 BW', *O&A* 2006, p. 106-112.

NVM-akte

Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen en vastgoeddeskundigen (NVM), Consumentenbond en Vereniging Eigen Huis, *Model koopovereenkomst*

voor een bestaande eengezinswoning, model juli 2008 (met bijbehorende toelichting); beschikbaar via: <www.eigenhuis.nl>.

Olaerts 2003

M. Olaerts, 'Van aansprakelijkheid tot voorzorg', *AV&S* 2003, p. 114-122.

Oldenhuis 2003

F.T. Oldenhuis, 'Geldt voor kerkgenootschappen een bijzonder onrechtmatigedaadsrecht?', in: G.T. de Jong e.a. (red.), *Algemeen-Bijzonder*, Den Haag: BJU 2003, p. 137-148.

Onrechtmatige daad I (Jansen)

K.J.O. Jansen, 'I. Afdeling 6.3.1, Algemene bepalingen', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Titel 6.3, Onrechtmatige Daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Onrechtmatige daad I (Oldenhuis)

F.T. Oldenhuis, 'I. Afdeling 6.3.2, Aansprakelijkheid voor personen en zaken', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Titel 6.3, Onrechtmatige Daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Onrechtmatige daad I (Stolker)

C.J.J.M. Stolker, 'I. Afdeling 6.3.3, Produktenaansprakelijkheid', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Titel 6.3, Onrechtmatige Daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel)

B.T.M. van der Wiel, 'II.3. Overeenkomst en onrechtmatige daad', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Titel 6.3, Onrechtmatige Daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Onrechtmatige daad VI.1 (Huijgen)

W.G. Huijgen, 'VI.1. Beroeps- en dienstenaansprakelijkheid, algemeen', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Titel 6.3, Onrechtmatige Daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Onrechtmatige daad VI.3 (Slabbers)

S. Slabbers, 'VI.3. Medische aansprakelijkheid', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Titel 6.3, Onrechtmatige Daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Onrechtmatige daad VIII.6 (Bauw)

E. Bauw, 'VIII.6. Milieuaansprakelijkheid', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Titel 6.3, Onrechtmatige Daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van Orsouw 2007

E.M. van Orsouw, 'If we could put a man on the moon in 1969...', in: A.L.M. Keirse e.a., *Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden*, bundel LSA Symposium 2007, Den Haag: SDU 2007, p. 23-34.

Van Oven 1932

J.C. van Oven, 'Wilsgebreken, goede trouw en oorzaak', *WPNR* 3240-3243 (1932), p. 33-37, 45-49, 57-60 en 69-72.

Van Oven 1959

J.C. van Oven, 'Het dwalingsarrest van 19 juni 1959 (De Kantharos van Stevensweert)', *NJB* 1959, p. 637-644.

Palandt/Ellenberger (2010)

J. Ellenberger, '§ 119' en '§ 123', in: P. Bassenge e.a., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2010.

Palandt/Grüneberg (2010)

C. Grüneberg, '§ 241' en '§ 311', in: P. Bassenge e.a., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2010.

Palandt/Sprau (2010)

H. Sprau, '§ 823' en '§ 826', in: P. Bassenge e.a., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2010.

Pape 2006

S.B. Pape, 'De betekenis van het Jetblast-arrest voor de waarschuwing in het productaansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2006, 56, p. 374-382.

Pape 2008a

S.B. Pape, 'Een Nederlandse alcoholwaarschuwing: nodig of overbodig?', *TvC* 2008, p. 64-75.

Pape 2008b

S.B. Pape, 'Productwaarschuwingen: psychologische lessen voor de jurist', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: BJU 2008, p. 245-282.

Pape 2009

S.B. Pape, 'May Contain' Labelling: Adequate Consumer Warning or Unnecessarily Defensive Manufacturer Behaviour?', *Journal of Consumer Policy* 2009, p. 165-188; ook beschikbaar via: <<http://repub.eur.nl>>.

Pavillon 2011

C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2011.

PECL

Commission on European Contract Law (Lando-Commission), *Principles of European Contract Law*, in: O. Lando en H. Beale (red.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Den Haag: Kluwer Law International 2000; en O. Lando e.a. (red.), *Principles of European Contract Law, Part III*, Den Haag: Kluwer Law International 2003; ook beschikbaar via: <frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law>.

PEL SC

Study Group on a European Civil Code (J.M. Barendrecht e.a.), *Principles of European Law, Service Contracts (PEL SC)*, Munich: Sellier 2007.

Du Perron 1996

C.E. du Perron, 'De reikwijdte van een waarschuwingsbord', *Bb* 1996, p. 175-176.

Du Perron 2003

C.E. du Perron, 'Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht', in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJU 2003, p. 185-198.

Du Perron 2010

C.E. du Perron, 'Effectenlease. The saga continues', *TOP* 2010, p. 60-66.

PETL

European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wenen: Springer 2005; tekst ook beschikbaar via: <www.egt.org>.

PG Boek 3

C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 3 (Inv.)

W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

- PG Boek 4
Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Vaststellingswet boek 4, Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002.
- PG Boek 6
C.J. van Zeben en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.
- PG Boek 6 (Inv.)
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.
- PG Boek 7 (Inv.)
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.
- PG Boek 7, Titel 17
M.L. Hendrikse, H.P.A.J. Martius en J.G.J. Rinkes, m.m.v. E. Lohman, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 7, Titel 17 BW, Verzekering*, Deventer: Kluwer 2007
- PICC
International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Rome: Unidroit 2004; tekst en toelichting ook beschikbaar via: <www.unidroit.org>.
- Picod 2009
Y. Picod, *Code de la consommation (Edition Dalloz)*, Paris: Dalloz 2009.
- Pieterman e.a. 2006
R. Pieterman, J.C. Hanekamp en L. Bergkamp, 'Onzekere voorzorg bedreigt rechtszekerheid', *NJB* 2006, 2, p. 2-8.
- Pijls 2009a
A.C.W. Pijls, 'Schade effectenlease-overeenkomsten deels vergoed', *MvV* 2009, p. 250-262.
- Pijls 2009b
A.C.W. Pijls, 'Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009, 22, p. 170-181.
- Pijls 2010
A.C.W. Pijls, 'De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener', in: F.G.M. Smeele en M.A. Verbrugh (red.), *'Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht*, Den Haag: BJU 2010, p. 167-193.
- Pinna 2003
A. Pinna, *The obligations to inform and to advise*, diss. Tilburg, Den Haag: BJU 2003.
- Pitlo 1949
A. Pitlo, *Behoeven er nadere regelingen getroffen te worden betreffende de rechtspositie van de onder curatele gestelden en van hen, wier geestvermogens gestoord zijn en die niet onder curatele staan*, preadvies NJV 1949, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949, p. 3-54.
- Pitlo/Cahen 2002
J.L.P. Cahen, *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 4, Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

- Polak 2009
R.W. Polak, 'Veilinghuizen tussen recht en reputatie. Aansprakelijkheid van het veilinghuis voor onjuiste omschrijvingen in de catalogus', in: R.J.Q. Klomp en T.A. Schiphof (red.), *Kunst onder de hamer*, Den Haag: BJU 2009, p. 73-85.
- Posner 1972
R.A. Posner, 'A theory of negligence', *Journal of Legal Studies* 1972, p. 29-96.
- Van Praag 2011
E.J. van Praag, 'De bejaarde belegger', *Tijdschrift voor financieel recht* 2011, p. 95-103.
- Quist 2010
J.P. Quist, 'De werkgever en het kelderluik', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010-1, p. 3-48.
- Raaijmakers 2002
G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*, diss. Tilburg, Den Haag: BJU 2002.
- Rassin 2008
E. Rassin, 'De juiste keuze', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: BJU 2008, p. 65-81.
- Reurich 2003
L. Reurich, 'Coherentie van redelijkheidsnormen. Over de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 en 6:258 BW', in: T. Hartlief, Jac. Hijma en L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 41-55.
- Rinkes 2007
J.G.J. Rinkes, 'Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het financieel toezicht', *NTHR* 2007, p. 223-235.
- Roelvink 1994
H.L.J. Roelvink, 'Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp en W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB*, bundel Brunner, Deventer: Kluwer 1994, p. 325-333.
- Rogmans 2007
B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Mon. BW A20, Deventer: Kluwer 2007.
- Rongen & Verhagen 2003
M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, 'De cessie naar huidig en komend recht: de cirkel is weer rond', *WPNR* 6546 (2003), p. 679-693.
- Van Rossum 1989
M.M. van Rossum, 'De schadevergoedingsplicht bij dwaling en de negligent misrepresentation', *WPNR* 5928 (1989), p. 497-502.
- Van Rossum 1990a
M.M. van Rossum, 'J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht', boekbespreking Vranken 1989, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990, p. 46-49.
- Van Rossum 1990b
M.M. van Rossum, 'Wederzijdse dwaling en spreek/informatieplicht', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1990, p. 132-135.
- Van Rossum 1991
M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1991.

- Van Rossum 1994
M.M. van Rossum, 'Gebreken bij de koop van een old-timer', annotatie bij HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), *NTBR* 1994, p. 224-228.
- Van Rossum 1995
M.M. van Rossum, 'Enkele aspecten ter zake van de verkoop van (verontreinigde) grond', *BR* 1995, p. 107-117.
- Van Rossum 1997a
M.M. van Rossum, 'De gevolgen van de aanwezigheid van asbest voor koper en verkoper bij de verkoop van een bedrijfspand', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 443-452.
- Van Rossum 1997b
M.M. van Rossum, 'Enige beschouwingen over kunstkoop', *RM Themis* 1997, p. 353-367.
- Van Rossum 2000
M.M. van Rossum, 'Het leerstuk van de fundamental mistake van de Principles of European Contract Law (PECL) en de Nederlandse dwalingsleer', *NTBR* 2000, p. 455-465.
- Van Rossum 2001
M.M. van Rossum, 'Koop en verkoop van verontreinigde grond; ontwikkelingen en tendensen', *BR* 2001, p. 838-846.
- Van Rossum 2005
M.M. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*, preadvies NJV 2005, Deventer: Kluwer 2005.
- Van Rossum 2009
M.M. van Rossum, 'De regeling met betrekking tot de consumentenkoop van woningen', *TvC* 2009, p. 83-88.
- Van Rossum 2011
M.M. van Rossum, 'Hoge Raad houdt meer rekening met belangen koper bij onderzoeksplicht en klachtplicht', *NJB* 2011, 1259, p. 1616-1621.
- Rutten 1953
L.E.H. Rutten, 'Het onrechtmatigheids-criterium 'inbreuk op eens anders recht'', *WPNR* 4311-4313 (1953), p. 417-419, 429-432 en 441-444.
- Ruygvoorn 2005
M.R. Ruygvoorn, *Afbreken van onderhandelingen*, Mon. Privaatrecht 5, Deventer: Kluwer 2005.
- Ruygvoorn 2009
M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2009.
- Savaux 2008
E. Savaux, *Flour/Aubert/Savaux, Les obligations, 1. L'acte juridique, Le contrat – Formation – Effets, Actes unilatéraux, Actes collectifs*, Paris: Dalloz 2008.
- Schadevergoeding (Boonekamp)
R.J.B. Boonekamp, 'Artikel 98 (6.1.9.4), Causaal verband', in: A.T. Bolt (red.), *Afdeling 6.1.10, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.).

- Van Schaick 1997
A.C. van Schaick, 'Vriendendiensten en aansprakelijkheidsleniging', *NTBR* 1997, p. 313-320.
- Van Schaick 2009a
A.C. van Schaick, *Het burgerlijk recht de baas?*, oratie Tilburg, Deventer: Kluwer 2009.
- Van Schaick 2009b
A.C. van Schaick, 'Opschortingsrecht en mededelingsplicht', *NTBR* 2009, 17, p. 130-136.
- Van Schaick 2011
A.C. van Schaick, *Volmacht*, Mon. BW B5, Deventer: Kluwer 2011.
- Schamps 1998
G. Schamps, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, Paris: LGDJ 1998.
- Schelhaas 2008
H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contracten', *NTBR* 2008, p. 150-160.
- Schelhaas 2009
H.N. Schelhaas, 'Volledige harmonisatie: goed voor de Europese consument?', *NTBR* 2009, 5, p. 35.
- Schelhaas 2011
H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties*, Deventer: Kluwer 2011.
- Van Schellen 1980
J. van Schellen, *Wat doet de Hoge Raad?*, Feestrede Jonge Balie bij de Hoge Raad der Nederlanden 1979, Deventer: Kluwer 1980.
- Van Schellen 1983
J. van Schellen, *Wat leert de Hoge Raad?*, oratie Leiden, Deventer: Kluwer 1983
- Van Schellen 1988
J. van Schellen, 'Wat wil de Hoge Raad?', in: M.S. Bijleveld e.a. (red.), *Recht vooruit. Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 139-162.
- Scheltema 2008
M.W. Scheltema, *Nakoming*, Mon. BW B32a, Deventer: Kluwer 2008.
- Van Schendel 1982
W.A.M. van Schendel, *Vertegenwoordiging in privaatrecht en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1982.
- Schild 2009
A.J.P. Schild, 'Mededelingsplichten komen van Venus, waarschuwingsplichten van Mars', *WPNR* 6821 (2009), p. 939-940.
- Van Schilfgaarde 1984
P. van Schilfgaarde, 'Over de verhouding tussen de goede trouw van het handelen en de goede trouw van het niet weten', in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw*, bundel Van der Grinten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 57-70.
- Van Schilfgaarde 2001
P. van Schilfgaarde, 'Ius vigilantibus scriptum', *WPNR* 6428 (2001), p. 21-27.
- Scholten 1899
P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad*, diss. UvA, Amsterdam: Scheltema en Holkema 1899, heruitgave Amsterdam: Paul Scholten Instituut 1999.

- Scholten 1911
P. Scholten, 'Aansprakelijkheid van de overheid. Wenschelijke wetswijziging', *WPNR* 2149, 2151, 2152, 2156-2158 (1911), p. 97-100, 125-128, 137-140, 189-192, 197-199 en 213-218.
- Schonewille 2011
W.M. Schonewille, 'Collectieve acties en zorgplicht', *Tijdschrift voor Compliance* 2011, p. 9-14.
- Schoordijk 1970
H.C.F. Schoordijk, 'Het leerstuk van de opgewekte schijn van volmacht en de Engels-Amerikaansrechtelijke leer van de 'apparent authority'', in: H.C.F. Schoordijk e.a., *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 1-24.
- Schoordijk 1979
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.
- Schoordijk 1984
H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw*, Deventer: Kluwer 1984.
- Schoordijk 1986a
H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1986.
- Schoordijk 1986b
H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking', boekbespreking Asser/Hartkamp 4-II (1985), *WPNR* 5779-5780 (1986), p. 248-252 en 264-267.
- Schoordijk 2006
H.C.F. Schoordijk, 'Boekbespreking', boekbespreking Kortmann 2005, *WPNR* 6654 (2006), p. 132-137.
- Schulte-Nölke 2011
H. Schulte-Nölke, 'Towards an Optional Instrument and ODR – New Perspectives on Consumer and Contract Law', *TvC* 2011, p. 1-2.
- Schut 1963
G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. VU, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.
- Schut 1966
G.H.A. Schut, 'Abstraheren als methode van rechtsvinding', *AA* 1966, p. 250-260.
- Schut 1969
G.H.A. Schut, 'Schuld en risico', *WPNR* 5045 (1969), p. 269-273.
- Schut 1974
G.H.A. Schut, *Produktaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.
- Schut 1979
G.H.A. Schut, 'Objectivering en subjectivering in het privaatrecht', in: P. Abas en N.J.P. Giltay Veth (red.), *Non sine causa*, bundel Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 393-406.
- Schut 1987
G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
- Schut 1996
G.H.A. Schut, 'De persoon in het aansprakelijkheidsrecht', *RM Themis* 1996, p. 283-284.

- Schut 1997
G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- Thoe Schwartzenberg 2011
H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2011.
- Sefton-Green 2005
R. Sefton-Green (red.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge: University Press 2005.
- SER 2002
Sociaal-Economische Raad, *Nieuwe risico's*, rapport Ministerie van VWS 2002; beschikbaar via <www.ser.nl> (SER 2002/06).
- Sieburgh 1997
C.H. Sieburgh, 'Wat is rechtsinbreuk?', *NJB* 1997, p. 628-635.
- Sieburgh 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2000.
- Sieburgh 2001
C.H. Sieburgh, 'Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000?', *WPNR* 6450 (2001), p. 580-594.
- Sieburgh 2003
C.H. Sieburgh, 'Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schulditsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2003, p. 647-683.
- Slagter 1952
W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Leiden: Luctor et emergo 1952.
- Slijper 2009
D.J. Slijper, 'De mededelingsplicht van het due diligence-onderzoek', *Contracteren* 2009, p. 101-104.
- Smits 1940
P.H. Smits, 'Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare beteekenis voor de onrechtmatige daad', *WPNR* 3688-3690 (1940), p. 373-379, 385-389 en 397-402.
- Smits 1993
J.M. Smits, 'Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling', *RM Themis* 1993, p. 499-514.
- Smits 1999
J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Smits 2002
J.M. Smits, 'Vertrouwensbescherming bij totstandkoming en dwaling naar Nederlands recht', in: J.M. Smits en S. Stijns, *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2002, p. 59-78.
- Smits 2003
J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen*, Mon. Nieuw BW A2, Deventer: Kluwer 2003.
- Smits 2008
J.M. Smits, 'Het ontwerp-Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK) voor een Europees privaatrecht', *WPNR* 6741 (2008), p. 109-111.

- Snijders 1987
G.M.F. Snijders, *Produktveiligheid en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1987.
- Snijders 1992a
H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht*, afscheidsrede Rotterdam, Arnhem: Gouda Quint 1992.
- Snijders 1992b
W. Snijders, 'Recensie', boekbespreking Barendrecht 1992, *NJB* 1993, p. 1149-1151.
- Snijders 2007
W. Snijders, 'Beperkende werking, een paradox of een instrument?', *WPNR* 6693 (2007), p. 6-12.
- Snijders e.a. 2011
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- Spier 1999
J. Spier, *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?*, afscheidsrede Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Spier 2008
J. Spier, 'Het WRR-rapport Onzekere veiligheid: een welkome stap voorwaarts', bespreking WRR 2008, *NJB* 2008, 1971, p. 2521-2525.
- Spier e.a. 2009
J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deel 5, Deventer: Kluwer 2009.
- Spier & Sterk 1990
J. Spier en C.H.W.M. Sterk, 'De schijndood van de tuinman – een reactie', reactie op Nieuwenhuis 1989, *RM Themis* 1990, p. 263-264.
- Spruit e.a. 1994
J.E. Spruit e.a., *Corpus iuris civilis, Tekst en Vertaling, II, Digesten 1-10*, Zutphen/'s-Gravenhage: Walburg Pers/SDU 1994.
- Spruit e.a. 2001
J.E. Spruit e.a., *Corpus iuris civilis, Tekst en Vertaling, VI, Digesten 43-50*, 's-Gravenhage: SDU 2001.
- Staudinger/Olzen (2009)
D. Olzen, '§ 241', in: M. Martinek (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241-243 (Treu und Glauben)*, Berlin: Sellier-De Gruyter 2009.
- Staudinger/Singer (2004)
R. Singer, '§ 119' en '§ 123' (m.m.v. B. von Finckenstein), in: N. Habermann (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90-133; §§ 1-54, 63 BeurkG (Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren)*, Berlin: Sellier-De Gruyter 2004.
- Sterk 1994
C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend onderzoek naar aansprakelijkheid voor zaken, stoffen en motorrijtuigen*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 1994.

- Stolker 1988
C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1988.
- Stolp 2011
M.M. Stolp, 'De kenbaarheid van opschorting', *MvV* 2011, p. 153-160.
- Storme 2003
M.E. Storme, 'Information Requirements and Remedies in the Principles of European Contract Law', in: R. Schulze, M. Ebers en H.C. Grigoleit, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003, p. 231-242.
- Stutterheim 1991
R.H. Stutterheim, 'Pech moet weg', *Rechtshulp* 1991/12, p. 2-7.
- Tanja-van den Broek 2002
T.H. Tanja-van den Broek, 'Een kwestie van uitleg', *WPNR* 6493 (2002), p. 430-436.
- De Tavernier & Van der Weide 2011
P.C.J. De Tavernier en J.A. van der Weide, 'Naar een Europees Burgerlijk Wetboek? Het Draft Common Frame of Reference (DFCR)', *MvV* 2011, p. 121-137.
- Telders 1937
B.M. Telders, 'Praelcontractuele verhoudingen', *WPNR* 3536-3537 (1937), p. 453-455 en 461-463.
- Teuben 2006
K. Teuben, 'Aansprakelijkheid van de wegbeheerder', *MvV* 2006, p. 174-177.
- Thomas van Aquino
Thomas van Aquino, *Summa Theologiae, Vollständige, ungekürzte deutsch-lateinische Ausgabe der Summa Theologica, Übersetzt von Dominikanern und Benediktinern Deutschlands und Österreichs, Herausgegeben von der Albertus-Magnus-Akademie Walberberg bei Köln, 18. Band, Recht und Gerechtigkeit, II-II (57-79)*, Heidelberg-München etc.: Kerle en Anton Pustet 1953 (origineel: 1265-1274).
- Tijssens 2009
N.E. Tijssens, 'De betekenis van de deskundigheid van de opdrachtgever voor de waarschuwingsplicht van de aannemer naar Nederlands en Duits recht', *TBR* 2009, 138, p. 703-710.
- Tjittes 1994
R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1994.
- Tjittes 1996
R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verwanten*, oratie VU, Deventer: Kluwer 1996.
- Tjittes 1997
R.P.J.L. Tjittes, 'Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 375-388.
- Tjittes 2001
R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001.
- Tjittes 2006
R.-J. Tjittes, 'Koop van een woning. Non-conformiteit. Uitleg artikel 5.3 NVM-koopakte', *VrA* 2006-1, p. 89-103 en 148-150 (naschrift na reactie Vlaanderen 2006).

- Tjittes 2007
R.P.J.L. Tjittes, 'De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties', *RM Themis* 2007, p. 15-25.
- Tjittes 2008
R.P.J.L. Tjittes, 'Viva voorzienbaarheid', *RM Themis* 2008, p. 1-2.
- Tjittes 2009
R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.
- Tjong Tjin Tai 2003
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schijnvolmacht en vertrouwensbeginsel', *NTBR* 2003, p. 290-297.
- Tjong Tjin Tai 2005
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Gevaarzetting en risicoverhoging', *WPNR* 6620 (2005), p. 364-374.
- Tjong Tjin Tai 2006
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2006.
- Tjong Tjin Tai 2007
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Nalaten als onrechtmatige daad', *NJB* 2007, p. 2540-2546.
- Tjong Tjin Tai 2008
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Bewijs van de (inhoud van de) overeenkomst', *NJB* 2008, p. 810-816.
- Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009
E. Tjong Tjin Tai en F. Verstijlen, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2009, p. 2167-2173.
- Le Tourneau 1987
P. le Tourneau, 'De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil', *Recueil Dalloz* 1987, Chronique XIX, p. 101-104.
- Treitel 2011
E. Peel, *Treitel, The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell 2011.
- T&C Vermogensrecht (Valk)
W.L. Valk, 'Titel 5, Afdeling 2, Het tot stand komen van overeenkomsten', in: J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Vermogensrecht Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2011.
- Valk 1992
W.L. Valk, 'Recht en billijkheid. De zin en de legitimiteit van het voorlopige rechtsoordeel', in: C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), *Als een goed huisvader*, bundel Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 1992, p. 45-55.
- Valk 1993
W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1993.
- Valk 1998
W.L. Valk, 'Koop en contractsevenwicht', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!*, BWKJ 14, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 9-24.
- Valk 2002
W.L. Valk, 'Tien jaar redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 6472 (2002), p. 2-7.
- Valk 2004
W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?', in: Jac. Hijma en W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004, Deventer: Kluwer 2004, p. 87-142.

- Valk 2009a
W.L. Valk, 'De rol van de mededelingsplicht in gevallen van non-conformiteit', *NTBR* 2009, 18, p. 137-144.
- Valk 2009b
W.L. Valk, 'Dwaling, tekortkoming en effectenlease', *NTBR* 2009, 29, p. 237.
- Valk 2009c
W.L. Valk, 'Uitleg en het onderscheid tussen autonome en heteronome normen', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, bundel Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 2009, p. 391-402.
- Valk 2010a
W.L. Valk, 'Stellen en bewijzen in gevallen van dwaling en non-conformiteit', *WPNR* 6867-6868 (2010), p. 910-916 en 949-957.
- Valk 2010b
W.L. Valk, 'Toedoen na ING/Bera', *NTBR* 2010, 23, p. 187-188.
- De Valk 2009
S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggeevenden*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2009.
- Valkhoff 1966
J. Valkhoff, *Wetenschap en onwetendheid in het privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1966.
- Vandenbergh 2011
A.-S. Vandenbergh, 'The Role of Information Deficiencies in Contract Enforcement', in: A. Ogus en W.H. van Boom (red.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford etc.: Hart Publishing 2011, p. 43-71.
- Van Velten 1992
A.A. van Velten, 'M.M. van Rossum, Dwaling, in het bijzonder bij de koop van onroerend goed', boekbespreking Van Rossum 1991, *RM Themis* 1992, p. 236-240.
- Van Velten 2010
A.A. van Velten, 'Boekbespreking', boekbespreking Keirse e.a. 2009, *WPNR* 6836 (2010), p. 243-250.
- Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann)
Y.G. Blei Weissmann, 'I. Titel 5, afdeling 2, Het tot stand komen van overeenkomsten', in: E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
- Verbintenissenrecht I (Broekema-Engelen)
B.J. Broekema-Engelen, 'I. Titel 9, afdeling 1, Algemene bepalingen', in: E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
- Verbintenissenrecht I (Hijma)
Jac. Hijma, 'I. Titel 5, afdeling 2, Het tot stand komen van overeenkomsten', in: E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
- Verbintenissenrecht I (Koot)
R.M.Ch.M. Koot, 'I. Titel 1, afdeling 1, Algemene bepalingen' en 'I. Titel 1, afdeling 6, Nakoming van verbintenissen', in: E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
- Verburgh 1980
M.J.P. Verburgh, 'Zelf dragen van geleden schade: regel of uitzondering?', *NJB* 1980, p. 173-174.
- Verheij 2005
A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Mon. Privaatrecht 4, Deventer: Kluwer 2005.

- Verkade 1992
D.W.F. Verkade, *Misleidende reclame*, Mon. Nieuw BW B49, Deventer: Kluwer 1992.
- Verkade 2009
D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Mon. BW B49a, Deventer: Kluwer 2009.
- Vermogensrecht (Hijma)
Jac. Hijma, 'Artikel 44', in: Jac. Hijma (red.), *Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
- Vermogensrecht (Stolp)
M.M. Stolp, 'Artikel 44, lid 4', in: Jac. Hijma (red.), *Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
- Vetter 1992
H.J. Vetter, *Geestelijke stoornis*, Mon. Nieuw BW A9, Deventer: Kluwer 1992.
- Viney & Jourdain 2006
G. Viney en P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Paris: LGDJ 2006.
- Visscher 2005
L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht*, diss. Rotterdam, Rotterdam: EUR 2005.
- Vlaanderen 2000
C.M.H. Vlaanderen, 'Over (on)bekendheidsverklaringen en conformiteit in de NVM-koopakte', *WPNR* 6410 (2000), p. 514-519.
- Vlaanderen 2006
C.M.H. Vlaanderen, 'Reactie', reactie op Tjittes 2006, *VrA* 2006, 141-147.
- Vloemans 2010
N. Vloemans, 'Events are in the saddle ... the terrible ifs accumulate. Over onzekere risico's en voorzorg in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2010, 2, p. 3-15.
- Vranken 1989
J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
- Vranken 1990
J.B.M. Vranken, 'Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging uit het verleden', *WPNR* 5953-5955, p. 177-181, 193-199 en 211-216.
- Vranken 1991a
J.B.M. Vranken, 'Zes manieren om een oude dame niet te wekken. Over verborgen gebreken', *WPNR* 6030 (1991), p. 911-915.
- Vranken 1991b
J.B.M. Vranken, 'Naar een meer geïntegreerd aansprakelijkheidsrecht bij wanprestatie en onrechtmatige daad', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 323-330.
- Vranken 1994
J.B.M. Vranken, 'Maatwerk of konfektie in het verbintenissenrecht', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp en W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB*, bundel Brunner, Deventer: Kluwer 1994, p. 417-427.
- Vranken 1997
J.B.M. Vranken, 'Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht', in: J.B.M. Vranken, N. Verheij en J. de Hullu, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in*

- Nederland*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1997, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 1-37.
- Vranken 2000
J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht*, bundel Nieskens-Isphording, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.
- De Vries 2010
G.H. de Vries, 'Onzekere veiligheid', *AV&S* 2010, 22, p. 157-162.
- Wagner 2007
G. Wagner, 'Lügen im Vertragsrecht', in: R. Zimmermann (red.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, bundel Kötz, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, p. 59-102.
- Wanders 2000
P. Wanders, 'Aansprakelijkheid voor gebrek aan onroerende zaak en NVM-koopakte', reactie op Dammingh 2000, *Advocatenblad* 2000, p. 336-337.
- Van Wassenaer van Catwijck 1991
A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
- Van Wassenaer van Catwijck & Jongeneel 1995
A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Van Wechem 2007
T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2007.
- Van Wechem 2008
T.H.M. van Wechem, 'De verhouding tussen mededelings- en informatieplichten, de betekenis van contractuele afspraken en de rol van artikel 7:17 BW hierbij, en kan een beroep op dwaling contractueel worden uitgesloten?', *Contracteren* 2008, p. 19-23.
- Van Wechem 2009a
T.H.M. van Wechem, 'Gelijkschakeling van mededelingsplichten en onderzoeksplichten bij vraagstukken van non-conformiteit en dwaling', *WPNR* 6790 (2009), p. 222-226.
- Van Wechem 2009b
T.H.M. van Wechem, 'Leerstukken: Onderzoeks- en mededelingsplichten', *Contracteren* 2009, p. 45-48.
- Wery & Mendel 2010
P.L. Wery en M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Wessels 1986
B. Wessels, boekbespreking Asser/Hartkamp 4-II (1985), *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1986, p. 84-88.
- Wessels 1995
B. Wessels, 'Zelfstandig recht op schadevergoeding bij schending mededelingsplicht', *WPNR* 6187 (1995), p. 474-476.
- Wessels 2010
B. Wessels, *Koop: algemeen*, Mon. BW B65a, Deventer: Kluwer 2010.

- Wessels e.a. 2010
B. Wessels, R.H.C. Jongeneel en M.L. Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010.
- Wessels & Verheij 2010
B. Wessels en A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deel 6, Deventer: Kluwer 2010.
- Wiarda/Koopmans 1999
G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, bewerkt en van een nabeschuiving voorzien door T. Koopmans, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Van der Wiel 2004
B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2004.
- Van der Wiel 2007a
B.T.M. van der Wiel, 'Kroniek algemeen deel aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2007, 29, p. 175-191.
- Van der Wiel 2007b
B.T.M. van der Wiel, 'Looking for trouble. Aansprakelijkheid voor onzekere gevaren', in: A.L.M. Keirse e.a., *Nieuwe risico's, nieuwe claimgebieden*, bundel LSA Symposium 2007, Den Haag: SDU 2007, p. 49-59.
- Van der Wiel 2010
B.T.M. van der Wiel, 'De marginverplichting bij handel in aandelenopties', *MvV* 2010, p. 149-157.
- Wiggers-Rust 2004
L.F. Wiggers-Rust, 'Lees maar, er staat niet wat er staat. Over natronloog en het verzorgingsbeginsel, ofwel: de ene onzekerheid is de andere niet', *TMA* 2004, p. 35-41.
- Wijne 2011
R.P. Wijne, 'Hoe het nu (echt) zit met de aansprakelijkheid als de arts of het ziekenhuis als contractspartij van de patiënt gebruik maakt van een ongeschikte hulpzaak', *L&S* 2011-3, p. 6-17.
- Wilhelmsson 2004
T. Wilhelmsson, 'Varieties of Welfarism in European Contract Law', *European Law Journal* 2004, p. 712-733.
- Wilms 1980
W. Wilms, 'Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek', *RW* 1980-1981 (nr. 44-8 d.d. 25 oktober 1980), p. 489-520.
- Winfield & Jolowicz 2010
W.V.H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell 2010.
- WRR 2008
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Onzekere veiligheid*, Amsterdam: University Press 2008; ook beschikbaar via: <www.wrr.nl>.
- Zimmermann 2005
R. Zimmermann, *The new German Law of Obligations*, Oxford: University Press 2005.
- Zimmermann & Whittaker 2000
R. Zimmermann en S. Whittaker (red.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge: University Press 2000.
- Zwalve 2008
W.J. Zwalve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Den Haag: BJU 2008.

Jurisprudentieregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers; belangrijke nummers zijn vet gedrukt.

Hoge Raad

- HR 2 maart 1906, W 8347 (Smith/E. Pluribus Unum) | 4.1.3, 4.3.7
HR 10 juni 1910, W 9038 (Zutphense Juffrouw) | 2.1.3, 4.2.6, 4.4.5
HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen) | 2.1.3, 4.2.10
HR 4 juni 1920, NJ 1920, 720 (accompagnateur) | 4.2.16
HR 18 juni 1920, NJ 1920, 797 | 4.2.16
HR 14 november 1924, NJ 1925, 96 (Koperdraad) | 2.1.2
HR 6 mei 1926, NJ 1926, 721 (Vas Dias/Salters) | 3.4.3, 3.4.5
HR 6 april 1933, NJ 1933, 881 m.nt. EMM (Acetyleencilinder) | 2.1.3, 4.3.9
HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 m.nt. EMM (Herbrechter/Hof) | 3.1.3, 3.5.3, 3.6.6, 3.6.15
HR 18 april 1940, NJ 1941, 130 m.nt. EMM (Cohen/Van Saane en Amsterdam IV) | 2.1.3, 4.1.3
HR 9 januari 1942, NJ 1942, 295 (Wegdek Ferwerderadeel) | 2.1.3, 4.3.6, 4.4.6
HR 25 april 1947, NJ 1947, 270 m.nt. EMM (Huwelijkskansen) | 2.1.3
HR 11 februari 1955, NJ 1955, 218 m.nt. LEHR (Doorgezaagde balkonleuning) | **2.1.3**, 4.4.1
HR 31 oktober 1956, NJ 1956, 672 (Westra c.s./Provincie Friesland) | 3.3.6
HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp) | 1.5.2, 2.1.2, 2.2.2, 2.2.4, **3.1.3**, 3.5.2, 3.5.4, 3.6.6, 3.6.11, 3.6.15, 3.8.5, 3.12.1, 5.3.4
HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46 (Brusse c.s./Assuradeuren) | 3.8.7
HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel) | 3.10.7
HR 3 april 1959, NJ 1959, 179 m.nt. HB (Hercules Seghers) | 3.7.13
HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert) | 1.4, 2.1.2, 3.1.1, 3.2.3, 3.6.3, 3.7.13, **3.7.14**
HR 11 december 1959, NJ 1960, 230 m.nt. LEHR (Eelman/Hin) | 3.3.2
HR 13 april 1962, NJ 1964, 394 (Moes/Van der Leest) | 4.3.9
HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104 m.nt. GJS (Van Elmbt/Feierabend) | 3.5.1
HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik) | 1.1, 1.2, 2.1.3, **4.1.3**, 4.2.1, 4.2.10, 4.2.11, 4.2.14, 4.3.3, 4.3.4, **4.3.5 e.v.**, 4.3.8, 4.3.11, 4.3.13, 4.4.1, 4.4.7, 5.3.5
HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 m.nt. GJS (Booy/Wisman) | 3.1.3, 3.6.15
HR 3 februari 1967, NJ 1967, 441 (De Nederlanden van 1845/Janssen) | 3.9.4
HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU) | 3.8.8
HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 m.nt. GJS (Vliegtuigvleugel) | 3.10.9

- HR 1 maart 1968, *NJ* 1968, 246 m.nt. GJS (Molukse Kerk/Clijnk) | 3.4.2
HR 2 mei 1969, *NJ* 1969, 344 m.nt. GJS (Beukinga/Van der Linde) | 3.5.2 e.v.
HR 3 november 1972, *NJ* 1973, 37 m.nt. GJS (Van Smeden/Vereniging voor Christelijk Onderwijs te Zaandam) | 3.6.9
HR 2 februari 1973, *NJ* 1973, 315 m.nt. HB (Lekkende kruik I) | 4.4.9, **4.5.7**
HR 6 april 1973, *NJ* 1973, 459 m.nt. GJS (Merryweather/Hagemeyer) | 3.7.5, 3.8.7
HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel) | 2.1.2, 3.1.1, 3.1.3, 3.6.15, **3.6.16**, 3.7.11
HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 m.nt. GJS (Struikelende broodbezorger) | 2.1.4, 4.4.3, **4.4.4**, 4.4.5, 5.2.2
HR 29 november 1974, *NJ* 1975, 211 m.nt. GJS (Hensels/Seegers en Musters) | 3.3.2
HR 5 december 1975, *NJ* 1976, 223 m.nt. GJS (X./Y.) | 3.3.2
HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 m.nt. GJS (Van der Laan/Top) | 3.8.8
HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens) | 3.2.2, 3.3.5, **3.3.6**, 3.8.1, 3.8.2, 3.8.3, 5.2.7
HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84 m.nt. GJS (Gasbuis) | 4.2.3
HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 125 m.nt. GJS (Ram/Matser) | 3.8.1
HR 23 september 1977, *NJ* 1978, 100 m.nt. GJS (Staat/Van der Veen) | 4.2.16
HR 14 april 1978, *NJ* 1979, 245 (Messaoudi/Hoehst) | 4.6.2, **4.6.4**
HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (Babbel) | 5.2.7
HR 22 juni 1979, *NJ* 1979, 535 m.nt. GJS (Van der Lee/Broere) | 4.4.9
HR 7 december 1979, *NJ* 1980, 290 m.nt. GJS (Van Hensbergen/Den Haag) | 3.6.3, **3.7.11**
HR 2 mei 1980, *NJ* 1981, 51 m.nt. WMK (Teering/Putman) | 3.6.3, 3.7.11
HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 441 m.nt. CJHB (Kleuskens/Janssen) | 3.7.11
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 442 m.nt. CJHB & WHH (Hilders/De Galan) | 3.6.6
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex) | **3.8.1**, 3.12.2
HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 254 m.nt. CJHB (Laadschop) | 4.3.4, 4.3.9
HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 315 m.nt. CJHB (Breda/Nijs) | 4.2.6
HR 9 oktober 1981, *NJ* 1982, 332 m.nt. CJHB (Waterschap Bargerbeek/Juurlink) | 4.4.5
HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567 m.nt. CJHB (Prikpatiëntje) | 4.2.10, 4.3.6, 4.4.5
HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 517 m.nt. CJHB (Holleman/De Klerk) | 3.3.7
HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog) | 2.7.5, 4.2.1, 4.2.12, 4.3.9, 4.3.12, 4.4.9, **4.4.10**, 4.4.11, 5.2.4, 5.4.4
HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 509 m.nt. CJHB (Van Dijk/Bedaux en Stok) | 3.6.4, **3.8.8**
HR 28 mei 1982, *NJ* 1983, 2 (Coolwijk/Kroes) | 3.3.1
HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt. CJHB (Plas/Valburg) | 3.12.1
HR 8 juli 1982, *NJ* 1983, 456 m.nt. BW (Guliker/AGO) | 3.3.3
HR 12 november 1982, *NJ* 1983, 82 (Keizer/Van Andel) | 3.5.3
HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457 m.nt. PAS (Hajziani/Van Woerden) | 3.2.2, 3.3.1 e.v., 3.3.7
HR 15 april 1983, *NJ* 1983, 458 m.nt. PAS onder 457 (Hajjout/IJmah) | 3.3.1
HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 m.nt. PAS (Stoomketel) | 4.6.2
HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 536 m.nt. G (Verstekeling) | 4.2.11
HR 14 september 1984, *NJ* 1985, 85 (Swinkels/Best) | 3.7.10
HR 28 september 1984, *NJ* 1985, 246 (Ben Dadi/Mayonna) | 3.3.1

- HR 7 december 1984, *NJ* 1985, 771 m.nt. CJHB (Turk/Van den Berg) | 3.6.16
- HR 24 mei 1985, *NJ* 1986, 699 m.nt. WMK (Nolan/Aalst) | 3.3.2
- HR 13 september 1985, *NJ* 1987, 98 m.nt. CJHB (Albada Jelgersma/Van Geloven) | 3.8.2
- HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 213 m.nt. G (Stavenuiter/Oosterbaan) | 3.7.1, 3.7.2, 3.11.7
- HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 570 (Kelly/Rietvelt) | 3.6.2, 3.6.6, **3.6.7**, 3.7.5, 3.7.10
- HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 747 m.nt. G (Ernst en Latten/Crombag-Spaai) | **3.6.4**, 3.6.6, 3.7.11
- HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 638 (Kuppers/WUH) | 3.7.5
- HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267 m.nt. PAS (Westhoff/Spronsen) | 3.3.1, **3.3.2**, 3.3.4
- HR 21 november 1986, *NJ* 1987, 946 m.nt. CJHB (Van Leeuwenstijn/Swindak) | 3.3.7
- HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 382 (Meerssen/Erckens) | 3.3.6
- HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 m.nt. CJHB (VSH/Shell) | 3.12.1, 3.12.2
- HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 345 (Willart/Snijders) | 3.6.16, 3.7.11
- HR 11 december 1987, *NJ* 1988, 393 m.nt. G (Bushalte) | **4.2.10**, 4.2.11, 4.3.10, 4.4.1
- HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 439 m.nt. G (Amro/Bromet) | 4.2.3
- HR 15 april 1988, *NJ* 1988, 951 m.nt. PAS (Ben Amram/Silversteyn) | 3.3.2
- HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 m.nt. G (Veenbroei) | 4.4.5, **4.4.6**
- HR 6 januari 1989, *NJ* 1989, 281 (De Vor/Amro) | 3.6.7, 3.7.10
- HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL (Groninger huwelijksvoorwaarden) | 3.7.5, 4.8.2
- HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 583 m.nt. MMM (Liszkey II) | 3.8.1
- HR 16 juni 1989, *NJ* 1989, 655 (Yilmaz/VSS) | 3.3.2
- HR 23 juni 1989, *VR* 1991, 154 m.nt. H.A. Bouman (Surfplank) | 4.2.11
- HR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652 m.nt. CJHB (Halcion) | **4.5.6**, 4.5.7, 4.5.8
- HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 m.nt. PAS (Janssen/Nefabas) | 4.3.10, 4.6.2
- HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink) | 3.6.4, 3.6.9, **3.7.15**, 4.8.3
- HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 m.nt. EAAL onder 474 (Credit Lyonnais) | 4.8.2
- HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 (Speeckaert/Gradener) | 4.8.1
- HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof) | 3.6.13, 3.6.16, 3.7.1, 3.7.2
- HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 254 (Avery/VRG) | 3.8.2
- HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 723 (Gelling/Jessurun) | 3.8.9
- HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622 m.nt. CJHB (Natrappen) | 4.2.5
- HR 20 september 1991, *NJ* 1991, 785 (Lam Lion/Hopman) | 3.3.1
- HR 7 februari 1992, *NJ* 1992, 809 m.nt. HJS (Kamerling/Aro Lease) | 3.4.5
- HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis) | 1.4, 2.4.2, 4.2.1, 4.3.3, 4.3.6, 4.3.7, 4.4.5, **4.4.6**, 5.4.1
- HR 27 maart 1992, *NJ* 1993, 188 m.nt. EAAL (Meijer/S.) | 4.8.1
- HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 190 m.nt. HJS (Kuyt/MEAS) | 3.4.2, 3.4.5
- HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 643 m.nt. CJHB onder 644 (Van Wijngaarden/Staat) | 4.2.13

- HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286 m.nt. CJHB onder 289 (Maassluis/bewoners) | 4.3.10
- HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 273 m.nt. PAS (Volvo/Braam) | 3.8.6
- HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 287 m.nt. PvS (Felix/Aruba) | 3.4.2, 3.4.3, 3.4.5
- HR 2 april 1993, *NJ* 1995, 94 m.nt. CJHB (Cattier/Waanders) | 2.4.1, 3.6.14, 3.10.3, 3.10.6, 3.10.7, **3.10.8**
- HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686 m.nt. PAS (Cijssouw I) | 4.2.12, 4.6.2
- HR 25 juni 1993, *NJ* 1994, 291 m.nt. CJHB (Gerards/Vijverberg) | **3.6.9**, 3.7.3
- HR 24 september 1993, *NJ* 1993, 760 (Brackel/UNAT) | 3.8.1
- HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 m.nt. CJHB (Lekkende kruik II) | 4.5.7
- HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 303 (Credit Lyonnais/T) | 3.4.3
- HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389 m.nt. CJHB (Matatag/De Schelde) | 3.8.8
- HR 18 maart 1994, *NJ* 1995, 410 m.nt. WMK (Van Tholen/Nationale-Nederlanden) | 3.9.4
- HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 390 (Ritico/Stichting) | 3.3.1
- HR 8 april 1994, *JAR* 1994, 95 (Van der Laan/LCS) | 3.3.1
- HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus) | 1.1, 3.6.2, 3.6.9, 3.7.1, **3.7.2**, 3.10.9, 5.3.5
- HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 m.nt. CJHB (Taxus) | 4.2.1, 4.2.6, 4.2.11, 4.2.14, 4.3.11, 4.3.13, **4.4.10**, 4.5.1
- HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 590 (Lambregts/IHM) | 1.2, **4.1.2**
- HR 3 juni 1994, *NJ* 1997, 287 m.nt. CJHB (Direktbank/Breda) | 3.7.15
- HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 285 m.nt. MMM (Trouwborst/Tollenaar & Wegener) | 3.8.1, 3.8.3, 3.8.8
- HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 m.nt. CJHB (Staat/Shell) | 4.2.9, 4.2.11, 4.2.18
- HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 199 m.nt. CJHB (Van den Brink/Staat) | 4.2.9
- HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 154 (Stokkers/Vegt) | 3.11.3
- HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepende tak) | 4.1.3, 4.2.6, 4.3.5, 4.3.6, 4.3.11, 4.4.1, **4.4.2**, 5.4.4
- HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 627 m.nt. WMK (Tilburgse Hypotheekbank) | 4.8.1
- HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 m.nt. CJHB (De Heel/Korver) | 4.3.6
- HR 28 april 1995, *NJ* 1995, 651 (Lensen/Pieters) | 3.3.1
- HR 12 mei 1995, *NJ* 1996, 118 m.nt. JdB ('t Ruijge Veld) | 4.3.3, 4.4.5
- HR 19 mei 1995, *NJ* 1997, 648 m.nt. CJHB (Bink/Van Lanschot) | 3.7.15
- HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 700 m.nt. CJHB onder 702 (Marloes de Vos) | 4.8.6
- HR 9 juni 1995, *NJ* 1995, 534 (Visser/Ridderkerk) | 3.10.6, 3.10.8
- HR 9 juni 1995, *NJ* 1995, 639 m.nt. PvS (Gesnoteg/MeesPierson) | 3.8.7
- HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 730 (RZG/Koetje) | 4.1.2
- HR 6 oktober 1995, *NJ* 1996, 106 (Baas/Hanford Feeds c.s.) | 4.3.9, **4.4.11**
- HR 6 oktober 1995, *NJ* 1998, 190 m.nt. CJHB (Turnongeval) | 4.4.1
- HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300 (Hoog Catharijne) | 3.8.4, **3.8.5**
- HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 m.nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance) | 3.8.1, **3.8.8**
- HR 19 april 1996, *JAR* 1996, 116 (U-A-Sai/Harteveld) | 3.3.1
- HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 m.nt. HJS (De Ruijterij/MBO) | 3.12.1
- HR 6 september 1996, *NJ* 1998, 415 m.nt. CJHB (Annema/Staat) | 4.3.7
- HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert) | 4.6.1

- HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 527 m.nt. WMK (Kaars Sijpesteijn c.s./ De Marez Oyens c.s.) | 3.7.9, 3.8.8
- HR 22 november 1996, *NJ* 1998, 567 m.nt. CJHB (Bos/Althuisius) | 3.11.2
- HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 219 (Du Pont/Hermans) | 4.5.8
- HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 m.nt. C.J. van Zeven (Rabobank/Everaars) | 4.8.3, 4.8.4
- HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 611 (Spek/Evelyn) | 3.3.1
- HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 657 m.nt. WMK (Holvrieka/Brunink) | 3.6.14
- HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 (Gemeente Stein/Driessen) | 3.8.8
- HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 272 (Brok/Huberts) | 3.7.4, 3.10.9
- HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.) | 2.1.4, 4.4.5, 4.8.1, 4.8.3
- HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP) | 3.8.6
- HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg) | 2.1.2, 2.2.3, 2.4.2, 3.6.3, 3.6.13, 3.6.14, 3.6.16, 3.6.17, 3.6.18, 3.7.6, 3.7.7, 5.3.5
- HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 m.nt. C.J. van Zeeben (Van de Klundert/Rabobank) | 4.8.3, 4.8.4
- HR 18 september 1998, *NJ* 1998, 818 (KPI/Leba) | 3.11.3
- HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 m.nt. JBMV (Cijssouw II) | 4.6.2
- HR 9 oktober 1998, *NJ* 1999, 581 m.nt. PvS (Hartman/Bakker) | 3.4.2, 3.4.5
- HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 582 m.nt. PvS (Nacap/Kurstjens) | 3.4.5
- HR 13 november 1998, *NJ* 1999, 72 (Vletter c.s./PermX) | 3.6.13
- HR 2 april 1999, *NJ* 1999, 585 (Van den Broek c.s./Van Dael) | 3.7.5
- HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 m.nt. JH (Geurtzen/Kampstaal) | 1.3
- HR 8 oktober 1999, *NJ* 1999, 781 (Bouman/Rabobank) | 5.3.7
- HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 159 m.nt. ARB (Koolhaas/Rockwool) | 4.3.10, 4.5.7, 4.5.8
- HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 575 m.nt. WMK (Christiaanse/Van Dijk) | 3.7.4
- HR 12 mei 2000, *NJ* 2001, 300 m.nt. JH (Verhuizende zusjes) | 2.1.3, 4.2.10, 4.3.4, 4.3.5
- HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 566 m.nt. PAS (Veenendaal/Van Vuuren) | 3.3.1
- HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman) | 3.6.1, 3.6.7, 3.6.13, 3.6.14, 3.6.16, 3.7.7
- HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 157 (Kuijpers/Wijnveen) | 3.4.2, 3.4.3, 3.4.4
- HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 199 (Steinbusch/Van Alphen) | 3.8.6
- HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 159 (Clemens/Schüring) | 3.6.3
- HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 200 (Petermann/Frans Maas) | 3.3.8
- HR 2 februari 2001, *NJ* 2002, 379 m.nt. HJS (S./Vonk Beheer) | 4.4.3
- HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213 m.nt. JH (Oerlemans/Driessen) | 3.10.9
- HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 505 (Keijzer/FVC) | 3.3.1
- HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 663 (PTT Post/Baas) | 4.6.3
- HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 m.nt. JBMV (N./P.) | 4.8.1, 4.8.2
- HR 25 januari 2002, *NJ* 2003, 31 m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier) | 3.6.8, 3.10.2, 3.10.4, 3.10.8
- HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 465 (Rook/Staat) | 4.5.3
- HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 171 m.nt. HJS (Van der Wal/Duinstra) | 2.2.2
- HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004, 175 m.nt. GHvV onder 177 (Laudy/Fair Play) | 2.1.3, 4.3.13, 4.6.3

- HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 60 (S./MS.) | 3.2.3, 3.3.2
- HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 m.nt. JBMV (Legionella) | **4.2.12**, 4.3.6, 4.4.9
- HR 28 maart 2003, *NJ* 2003, 718 m.nt. CJHB onder 719 (Witmarsumer Merke)
| 4.3.4
- HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176 m.nt. GHvV onder 177 (Dusarduyn/Du Puy) | 4.6.3
- HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. du Perron (Van Zuylen/Rabobank) | 4.8.3,
4.8.4
- HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177 m.nt. GHvV (Peters/Hofkens) | 4.6.3
- HR 19 september 2003, *NJ* 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ) | 1.2, 3.1.3, 3.6.3, **3.6.8**,
3.6.15, 3.10.4, 3.10.6, 5.3.1
- HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660 (Gekantelde vrachtwagen) | 1.2, 2.3.2, 4.3.3,
4.3.7, 4.3.12, 4.3.15, 4.4.5, 4.4.6, **4.4.7**, 5.3.5
- HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox) | 3.8.1
- HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 635 m.nt. WMK (Bos/Smeenk c.s.) | 3.11.6
- HR 12 maart 2004, *NJ* 2004, 272 (Sleutelbus) | 4.3.13
- HR 12 maart 2004, *NJ* 2009, 549 m.nt. P.B. Hugenholtz onder 551 (XS4ALL c.s./
Ab.Fab) | 4.2.8
- HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda) | 3.10.3
- HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast) | 2.1.3, 3.6.5, 4.2.10, 4.3.5, **4.3.7**
e.v., 4.4.5, 4.6.3, 4.6.4, 4.8.4, 4.8.6, 5.3.7
- HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 260 (Oost/Brands) | 4.3.13
- HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 52 (NSC/Pongers) | 3.11.3
- HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147 m.nt. C.J.H. Brunner (Hertel/Van der Lugt c.s.)
| 4.2.15
- HR 11 maart 2005, *NJ* 2005, 576 (P&F/Peper en De Hart) | 5.2.7
- HR 11 maart 2005, *NJ* 2010, 309 m.nt. T. Hartlief (ABN AMRO/N.) | 4.2.15
- HR 10 juni 2005, *NJ* 2005, 395 (Al Hage Hussein/Zbir c.s.) | 3.3.1
- HR 8 juli 2005, *NJ* 2006, 22 (Kousedghi/Rental Lease) | 3.7.2
- HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO) | 3.1.3, **3.12.1**, 3.12.3
- HR 14 oktober 2005, *NJ* 2007, 270 (Unocal c.s./Conoco c.s.) | 4.2.8
- HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/Voorsluijs)
| 5.2.6, **5.2.7**
- HR 11 november 2005, *NJ* 2008, 460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465
(Bayar/Wijnen) | 4.1.3, 4.3.3, 4.3.6, 4.4.1, 4.6.2, 4.6.3, **4.6.4**
- HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink)
| 4.3.13, **4.3.14**, 4.3.15, 4.3.16, 4.4.7, 5.3.6
- HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting) | 4.2.1,
4.2.11, 4.2.13, 4.2.14, **4.2.15**, 4.3.5, 4.3.11, 4.4.8, 4.4.9, 5.2.5, 5.4.6
- HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 550 m.nt. P.B. Hugenholtz onder 551 (Lycos/
Pessers) | 2.4.1, 4.4.5
- HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289 m.nt. M.R. Mok (Fortis/Stichting Volendam)
| 4.3.10, 4.8.3
- HR 23 december 2005, *NJ* 2010, 62 m.nt. M.H. Wissink (De Rooij/Van Olphen)
| 3.7.4
- HR 20 januari 2006, *LJN* AT6013, *NJ* 2008, 461 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder
465 (Zürich/Visser) | 4.6.3
- HR 17 februari 2006, *LJN* AU5663, *NJ* 2006, 158 (Spector/Fotoshop) | 3.8.9

- HR 17 februari 2006, *LJN AU9717*, *NJ* 2006, 378 m.nt. M.M. Mendel (Royal c.s./ Polygram) | 3.3.4, 3.8.8, 5.2.3
- HR 17 februari 2006, *LJN AU6927*, *NJ* 2007, 285 m.nt. C.J.H. Brunner (Van Buuren/ Heesbeen) | 4.2.12, 4.2.15
- HR 31 maart 2006, *LJN AU6092*, *NJ* 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Nefalit/ Erven Karamus) | 4.2.12, 4.8.7
- HR 7 april 2006, *LJN AU6934*, *NJ* 2006, 244 (Bildtpollen/Miedema) | 4.2.1, 4.2.10, 4.2.11, 4.3.4, 4.3.6, 4.3.9, **4.3.11**, 4.4.10
- HR 21 april 2006, *LJN AW2582*, *NJ* 2006, 272 (Inno/Sluis) | 3.11.11
- HR 9 juni 2006, *LJN AV4315*, *RvdW* 2006, 597 | 4.3.5
- HR 30 juni 2006, *LJN AX9395*, *RvdW* 2006, 683 | 3.6.17, 3.7.7
- HR 8 september 2006, *LJN AX9511*, *NJ* 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink) | 3.11.3
- HR 13 oktober 2006, *LJN AW2080*, *NJ* 2008, 528 m.nt. C.C. van Dam onder 529 (Vie d'Or) | 4.8.1
- HR 8 december 2006, *LJN AY7456*, *NJ* 2006, 658 (Wegerif/Quicker) | 2.4.1, 3.6.14, **3.7.12**
- HR 19 januari 2007, *LJN AZ6541*, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.) | 1.2, 1.5.1, 2.1.2, 2.3.2, 3.6.5, **3.6.16**, 3.6.17, 4.8.5, 5.4.1
- HR 19 januari 2007, *LJN AZ3178*, *NJ* 2007, 575 m.nt. M.H. Wissink onder 576 (Pont/Meyer) | 3.8.1
- HR 2 februari 2007, *LJN AZ4564*, *NJ* 2007, 92 (Juresta/X c.s.) | 2.3.2
- HR 2 februari 2007, *LJN AZ4410*, *NJ* 2008, 104 m.nt. C.E. du Perron (NBA/ Meerhuysen) | 3.8.2
- HR 2 maart 2007, *LJN AZ5834*, *NJ* 2007, 143 (Perez/Casa Grande en Ohem) | 4.3.13, 4.6.3
- HR 30 maart 2007, *LJN AZ7863*, *NJ* 2008, 64 m.nt. T. Hartlief (P./ Noordhollandsche) | 5.2.3
- HR 6 april 2007, *LJN AZ5440*, *NJ* 2008, 493 m.nt. Jac. Hijma (Savills/B&S) | 3.11.2
- HR 20 april 2007, *LJN AZ6092*, *RvdW* 2007, 421 (Zweedsestraat c.s./Torenstad) | 3.10.9
- HR 25 mei 2007, *LJN BA2012*, *RvdW* 2007, 505 | 3.11.7
- HR 25 mei 2007, *LJN BA3017*, *NJ* 2008, 463 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Van den Heuvel/Leger des Heils) | 4.6.4
- HR 29 juni 2007, *LJN BA4909*, *NJ* 2007, 576 m.nt. M.H. Wissink (Derksen/ Homburg) | 3.8.1
- HR 29 juni 2007, *LJN AZ7617*, *NJ* 2008, 606 m.nt. Jac. Hijma (Pouw/Visser) | 3.11.11
- HR 13 juli 2007, *LJN BA3520*, *NJ* 2007, 408 (WRA/Oldenhoeck) | 3.11.11
- HR 13 juli 2007, *LJN BA7355*, *NJ* 2008, 464 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder 465 (Van Veghel/Hendriks) | 4.6.3
- HR 21 september 2007, *LJN BA9610*, *NJ* 2009, 50 m.nt. Jac. Hijma (Ammerlaan/ Enthoven) | 3.3.7, 5.3.7
- HR 12 oktober 2007, *LJN BA7630*, *RvdW* 2007, 870 2.4.1, 5.2.2
- HR 19 oktober 2007, *LJN BA7024*, *NJ* 2007, 565 (Vodafone/ETC) | 3.8.2
- HR 23 november 2007, *LJN BB3733*, *NJ* 2008, 552 m.nt. H.J. Snijders onder 553 (Ploum/Smeets) | 3.11.7, 3.11.11
- HR 1 februari 2008, *LJN BB6175*, *NJ* 2009, 330 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maasman/Akzo) | 4.6.1

- HR 8 februari 2008, *LJN* BB7423, *NJ* 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie) | 4.3.13, 4.6.3
- HR 28 maart 2008, *LJN* BC2837, *NJ* 2009, 578 m.nt. Jac. Hijma (Dexia/Van Tuijl c.s.) | 4.8.5
- HR 11 april 2008, *LJN* BC9225, *NJ* 2008, 465 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Tarioui/Vendrig c.s.) | 4.6.2, 4.6.3
- HR 30 mei 2008, *LJN* BD2820, *NJ* 2010, 622 m.nt. J.B.M. Vranken (De Boer c.s./TMF) | 4.7.3
- HR 6 juni 2008, *LJN* BC7717, *RvdW* 2008, 604 | 3.6.3, 3.6.17
- HR 11 juli 2008, *LJN* BC8967, *RvdW* 2008, 749 (Eiser c.s./Fortis) | 4.3.1
- HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental) | 2.3.2, 3.6.2, **3.6.4**, 3.6.5, 3.6.9, 3.7.3, 5.2.5, 5.3.7
- HR 12 september 2008, *LJN* BD7596, *RvdW* 2008, 840 (Van Dusseldorp qq/Coutts) | 4.4.3
- HR 26 september 2008, *LJN* BD7598, *RvdW* 2008, 898 (Multiclina c.s./HDI) | 3.4.3, 3.4.6
- HR 3 oktober 2008, *LJN* BD7478, *NJ* 2008, 530 (Rederij Bakker/Schilder) | 4.3.5
- HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen) | 3.6.2, 3.6.16, 3.6.17, 3.7.6, 3.7.7, **3.7.8**, 3.11.7, 5.3.5, 5.4.4
- HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *NJ* 2009, 332 m.nt. T. Hartlief onder 335 (Maatzorg/Van der Graaf) | 4.6.1, 4.6.2, 4.6.3
- HR 20 februari 2009, *LJN* BF0003, *NJ* 2009, 335 m.nt. T. Hartlief (Van Riemsdijk/Autop) | 4.6.4
- HR 20 maart 2009, *LJN* BG8788, *RvdW* 2009, 448 (Rebel/Resim c.s.) | **3.7.9**, 3.11.7
- HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia) | 1.2, 1.5.3, 2.1.3, 2.3.2, 3.6.5, 3.7.15, 3.10.3, 4.1.3, 4.3.1, 4.8.2, 4.8.3, **4.8.5**, 4.8.6, 5.4.2
- HR 5 juni 2009, *LJN* BH2822, *RvdW* 2009, 685 (GeSp/Aegon) | 4.7.3
- HR 5 juni 2009, *LJN* BH9290, *RvdW* 2009, 695 (Eiser/ProRail) | 4.3.6
- HR 26 juni 2009, *LJN* BH9284, *NJ* 2010, 664 m.nt. Jac. Hijma (Wiggers/Makelaardij Sneek) | 3.4.1, 3.4.3, 3.7.5
- HR 10 juli 2009, *LJN* BI3408, *NJ* 2010, 496 m.nt. J.B.M. Vranken (Claassen c.s./IKG c.s.) | 3.8.2
- HR 4 september 2009, *LJN* BI6319, *NJ* 2009, 397 (Van Regteren/VGK) | 3.8.1
- HR 4 september 2009, *LJN* BH7854, *NJ* 2009, 398 (Van Eendenburg c.s./De Alternatieve) | 3.6.3
- HR 13 november 2009, *LJN* BJ8724, *RvdW* 2009, 1348 | 3.8.6
- HR 27 november 2009, *LJN* BH2162, *RvdW* 2009, 1403 (VEB c.s./World Online c.s.) | 4.7.2, 4.7.3
- HR 4 december 2009, *LJN* BJ7320, *NJ* 2010, 67 m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers) | 4.8.4
- HR 11 december 2009, *LJN* BK0859, *NJ* 2010, 3 (Velic/Lemmen) | 4.8.1
- HR 8 januari 2010, *LJN* BK0163, *NJ* 2010, 43 (R./Moonen) | 3.8.3
- HR 12 februari 2010, *LJN* BK3570, *RvdW* 2010, 297 (Van Beek c.s./CZ) | 3.2.2, 3.3.1
- HR 19 februari 2010, *LJN* BK6672, *RvdW* 2010, 338 (Van der Kooij/Muntschar) | 3.6.6
- HR 19 februari 2010, *LJN* BK7671, *NJ* 2010, 115 (ING/Bera) | 3.4.5, **3.4.6**
- HR 23 april 2010, *LJN* BL5262, *RvdW* 2010, 579 (Halliburton) | 3.8.1
- HR 21 mei 2010, *LJN* BL8295, *NJ* 2010, 275 (KTDC/Impro) | 3.11.7, 3.11.9, **3.11.10**
- HR 25 juni 2010, *LJN* BL5420, *NJ* 2010, 371 (Gelderland/Vitesse c.s.) | 5.2.7

- HR 25 juni 2010, *LJN* BM1672, *RvdW* 2010, 815 | 4.2.11
HR 9 juli 2010, *LJN* BL3262, *RvdW* 2010, 898 (Enschedeese vuurwerkkramp) | 4.2.12, 4.3.5, 5.2.7
HR 17 september 2010, *LJN* BM6088, *RvdW* 2010, 1051 (Van Mierlo/OGP) | 3.8.9
HR 8 oktober 2010, *LJN* BM9615, *NJ* 2010, 545 (Tan c.s./Forward en Chipshol) | 3.11.11
HR 26 november 2010, *LJN* BN9977, *NJ* 2010, 635 (Jones/Fugro) | 4.3.13, 4.6.4
HR 17 december 2010, *LJN* BN6236, *RvdW* 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis) | 4.3.6, 4.5.2, 4.5.3, 4.5.4, 4.5.9, 5.2.2
HR 24 december 2010, *LJN* BO1799, *NJ* 2011, 251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Fortis/Bourgonje c.s.) | 1.3, 4.8.3, 4.8.5, 4.8.7
HR 21 januari 2011, *LJN* BO5203, *NJ* 2011, 176 m.nt. M.M. Mendel (Achmea/ABN AMRO) | 3.8.6
HR 11 februari 2011, *LJN* BO9577, *NJ* 2011, 305 m.nt. P. van Schilfgaarde (Belastingdienst Limburg/N. c.s.) | 2.1.4
HR 11 maart 2011, *LJN* BN9967, *RvdW* 2011, 357 (Van Zundert/Kort c.s.) | 3.4.5 e.v.
HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991, *RvdW* 2011, 419 (Ploum/Smeets) | 3.11.11
HR 29 april 2011, *LJN* BP0567, *NJ* 2011, 406 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Melchemie/Delbanco c.s.) | 4.2.11, 4.2.12, 4.3.3, 4.3.9, 4.3.10, 4.4.3, 4.4.9, 4.4.12
HR 29 april 2011, *LJN* BP4012, *RvdW* 2011, 563 (Van der Heijden/Dexia) | 4.8.5, 4.8.6
HR 29 april 2011, *LJN* BP4340, *RvdW* 2011, 588 (Bekkers Holding/Staat) | 2.4.1
HR 24 juni 2011, *LJN* BP9897, *NJ* 2011, 281 (Dombrowski/VOF Hulsing-Huppermans) | 4.6.1
HR 2 september 2011, *LJN* BQ3876, *RvdW* 2011, 1041 (VDE c.s./Fuchs c.s.) | 3.11.11
HR 28 oktober 2011, *LJN* BQ2324, *RvdW* 2011, 1313 (Beganovic/ROC) | 4.3.5
HR 28 oktober 2011, *LJN* BQ5986, *RvdW* 2011, 1314 (Ponzi-scheme) | 5.2.7
HR 2 december 2011, *LJN* BT6684, *NJ* 2011, 574 (Linthorst/Echoput c.s.) | 3.3.7
HR 2 december 2011, *LJN* BT7490, *RvdW* 2011, 1494 (Erven Y./A. en B.) | 3.4.5

Gerechtshoven

- Hof Amsterdam 1 maart 1974, *NJ* 1974, 486 | 4.5.7
Hof Arnhem 9 november 1982, *NJ* 1987, 714 | 3.3.6
Hof Arnhem 24 juni 1986, *NJ* 1988, 709 | 3.7.5
Hof 's-Gravenhage 24 januari 1994, *S&S* 1996, 40 | 3.3.7
Hof 's-Gravenhage 15 september 1994, *VR* 1995, 9 | 4.4.6
Hof Arnhem 27 juli 1999, *NJ* 2000, 96 | 4.8.2
Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2000, *TvC* 2000, p. 168-174 | 3.6.5
Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *AV&S* 2004, nr. 25, p. 128-132 m.nt. T.A. Hekster | 4.5.2, 4.5.9
Hof Arnhem 11 november 2003, *VR* 2004, 55 | 4.4.6
Hof Arnhem 13 april 2004, *NJ* 2004, 612 | 4.2.15
Hof 's-Hertogenbosch 6 september 2005, *NJF* 2006, 67 | 3.6.2
Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2005, *NJF* 2006, 249 | 3.12.2
Hof Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* BN0792 | 4.3.1, 4.3.13
Hof Arnhem 7 november 2006, *LJN* AZ6032, *NJF* 2007, 118 | 2.2.4, 3.10.6

Hof Arnhem 19 december 2006, *LJN* AZ9745, *NJF* 2007, 107 | 4.5.1
Hof Arnhem 28 augustus 2007, *LJN* BB4391, *NJF* 2007, 473 | 3.3.3
Hof Amsterdam 8 november 2007, *NJF* 2008, 88 | 3.7.5, 3.7.10
Hof Amsterdam 3 januari 2008, *NJ* 2008, 303 | 4.4.7
Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN* BC2420, *NJF* 2008, 79 | 3.3.3, 3.3.4
Hof Arnhem 18 maart 2008, *LJN* BD1170, *NJF* 2008, 257 | 3.7.6
Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 2008, *NJ* 2009, 104 | 4.2.15
Hof Amsterdam 23 september 2008, *LJN* BG8021, *NJF* 2009, 29 | 5.3.7
Hof Arnhem 21 oktober 2008, *LJN* BH1293, *NJF* 2009, 93 | 3.11.6
Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, *LJN* BH1616, *NJF* 2009, 97 | 3.8.1
Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, *LJN* BH1619, *Prg.* 2009, 80 | 3.7.3, 3.7.7
Hof Arnhem 16 december 2008, *LJN* BG9188 | 3.7.1
Hof 's-Gravenhage 30 december 2008, *LJN* BH2220, *JA* 2009, 63 | 3.7.5
Hof Amsterdam 27 januari 2009, *NJ* 2009, 312 | 3.6.3
Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LJN* BH5919, *NJF* 2009, 130 | 4.8.1
Hof Arnhem 21 april 2009, *LJN* BI4766, *S&S* 2009, 129 | 4.3.9, 4.3.10, 4.4.9, 4.4.12
Hof Arnhem 26 mei 2009, *LJN* BJ0833, *NJF* 2009, 357 | 4.3.1, 4.3.13
Hof Amsterdam 9 juni 2009, *LJN* BI7389, *NJF* 2009, 351 | 4.5.4
Hof Arnhem 9 juni 2009, *LJN* BJ4354, *JA* 2009, 138 | 4.3.6
Hof Arnhem 7 juli 2009, *LJN* BK4834, *NJF* 2010, 24 | 4.3.5
Hof Amsterdam 18 augustus 2009, *LJN* BJ5445, *JOR* 2009, 297 m.nt. F.M.A. 't Hart onder 298 | 4.3.13
Hof Arnhem 8 september 2009, *LJN* BK2508, *NJF* 2009, 453 | 4.5.2
Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009, *LJN* BQ6356, *NJF* 2011, 369 | 3.7.5
Hof Amsterdam 6 oktober 2009, *LJN* BJ9715, *JOR* 2009, 298 m.nt. F.M.A. 't Hart | 4.3.13
Hof 's-Hertogenbosch 24 november 2009, *LJN* BK7636, *NJF* 2010, 75 | 3.7.13
Hof Amsterdam 26 januari 2010, *LJN* BO7591, *NJF* 2010, 155 | 4.4.1
Hof Arnhem 23 februari 2010, *LJN* BL6032, *NJF* 2010, 144 | 4.3.13
Hof Arnhem 11 mei 2010, *LJN* BM5180, *NJF* 2010, 270 | 4.2.15
Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2010, *LJN* BO2456, *NJF* 2010, 486 | 4.5.3
Hof 's-Gravenhage 15 maart 2011, *LJN* BP7513, *JA* 2011, 84 m.nt. H.J.S.M. Langbroek | 4.5.5
Hof Amsterdam 12 april 2011, *LJN* BQ2973 | 4.8.6
Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2011, *LJN* BQ1285, *JA* 2011, 95 | 4.3.13
Hof Amsterdam 5 juli 2011, *LJN* BR2966, *NJF* 2011, 333 | 4.3.13
Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2011, *LJN* BR1513, *JA* 2011, 163 | 4.6.4
Hof Amsterdam 23 augustus 2011, *NJF* 2011, 477 | 3.5.2
Hof 's-Gravenhage 25 oktober 2011, *LJN* BU3325, *NJF* 2011, 499 | 3.10.9

Rechtbanken

Rb. Amsterdam 7 maart 1973, *NJ* 1974, 93 | 3.6.6, 3.7.13
Rb. Arnhem 25 juni 1992, *TvG* 1993, 12, p. 50-55 | 4.8.2
Rb. Rotterdam 21 april 1995, *A&V* 1996, p. 47-50 m.nt. G.H. Lankhorst | 4.1.3
Rb. Zwolle 29 mei 1996, *Prg.* 1997, 4708 | 3.2.2, 3.3.3
Rb. Amsterdam 15 december 1999, *VR* 2000, 96 | 4.1.3, 4.3.7
Rb. 's-Gravenhage 14 november 2001, *NJ* 2002, 276 | 4.5.2

- Rb. Almelo (vzr.) 22 mei 2003, *TMA* 2003, p. 164 e.v. | 4.2.15
Rb. Amsterdam 10 juni 2003, *VR* 2003, 174 | 4.1.3
Rb. Rotterdam 17 september 2003, *S&S* 2005, 29 | 3.3.7
Rb. Maastricht 11 februari 2004, *NJF* 2004, 310 | 4.2.17
Rb. Zwolle 12 mei 2004, *NJF* 2004, 467 | 3.7.13
Rb. Breda 10 november 2004, *NJF* 2004, 610 | 3.7.1, 5.4.5
Rb. Rotterdam 27 juli 2005, *JOR* 2005, 275 | 3.3.3
Rb. Zutphen 5 oktober 2005, *NJF* 2006, 37 | 3.8.7
Rb. Arnhem 18 november 2005, *NJF* 2006, 92 | 3.7.10
Rb. Amsterdam 17 mei 2006, *S&S* 2007, 125 | 3.3.7
Rb. Arnhem 20 september 2006, *NJF* 2006, 566 | 3.7.6
Rb. Rotterdam 8 november 2006, *LJN* AZ2985, *NJF* 2007, 79 | 3.8.8
Rb. Amsterdam 29 november 2006, *LJN* AZ3402 | 4.5.4
Rb. Amsterdam 27 december 2006, *LJN* AZ6722, *NJF* 2007, 241 | 4.1.3
Rb. Breda (vzr.) 31 januari 2007, *LJN* AZ7368, *NJF* 2007, 135 | 3.3.3, 3.3.4
Rb. Middelburg 14 maart 2007, *LJN* BA3549, *NJF* 2007, 262 | 3.7.5, 3.7.11
Rb. Utrecht 23 mei 2007, *NJF* 2007, 333 | 3.7.5, 3.7.10
Rb. Rotterdam 27 juni 2007, *LJN* BA9921, *S&S* 2008, 81 | 3.3.8
Rb. Arnhem 7 november 2007, *LJN* BB7911, *NJF* 2008, 7 | 3.10.9
Rb. Utrecht 28 mei 2008, *LJN* BD3230, *NJF* 2008, 349 | 3.3.3
Rb. 's-Gravenhage 4 juni 2008, *LJN* BE8794, *Prg.* 2008, 191 | 3.6.9
Rb. Zutphen 25 juni 2008, *NJF* 2008, 351 | 3.6.5
Rb. Arnhem 23 juli 2008, *LJN* BE0012, *Prg.* 2008, 189 | 3.6.7
Rb. 's-Hertogenbosch 6 augustus 2008, *LJN* BI0701, *NJF* 2009, 253 | 4.1.3
Rb. Dordrecht (vzr.) 18 september 2008, *LJN* BF1260 | 3.12.3
Rb. Amsterdam (vzr.) 25 september 2008, *LJN* BF5087, *Prg.* 2008, 212 | 3.7.10
Rb. Arnhem 12 november 2008, *NJF* 2009, 23 | 3.7.11
Rb. Dordrecht 26 november 2008, *LJN* BG4919, *Prg.* 2009, 32 | 3.6.7
Rb. Haarlem (ktr.) 26 november 2008, *LJN* BG6281, *JA* 2009, 46 | 4.3.13
Rb. Amsterdam 17 december 2008, *LJN* BG7225, *NJ* 2009, 311 | 4.3.7, 4.3.13, 4.4.9
Rb. Alkmaar 24 december 2008, *LJN* BH0783, *JA* 2009, 62 | 4.3.10
Rb. Maastricht (ktr.) 6 mei 2009, *LJN* BI3628 | 3.5.1
Rb. Rotterdam (ktr.) 25 juni 2009, *LJN* BJ2350, *Prg.* 2009, 135 | 3.2.1
Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, *LJN* BJ5754, *NJF* 2009, 504 | 3.3.3
Rb. Arnhem 16 september 2009, *LJN* BJ8847, *NJF* 2009, 459 | 3.2.2
Rb. Zwolle (ktr.) 27 januari 2010, *LJN* BL0950, *JA* 2010, 49 m.nt. A.J. Van | 4.2.15
Rb. Zwolle (ktr.) 16 februari 2010, *LJN* BL3717, *NJF* 2010, 485 | 3.3.3
Rb. Haarlem 7 april 2010, *LJN* BM0511, *JA* 2010, 69 | 4.3.1
Rb. Dordrecht (ktr.) 17 juni 2010, *LJN* BM8764, *NJF* 2010, 290 | 3.5.1
Rb. Zutphen 14 juli 2010, *LJN* BN1045, *VR* 2011, 73 | 4.5.3
Rb. Haarlem (ktr.) 13 oktober 2010, *LJN* BO9354 | 3.5.1
Rb. Middelburg 22 december 2010, *LJN* BP5008, *NJF* 2011, 137 | 3.7.6
Rb. Breda 3 januari 2011, *LJN* BO9631, *NJF* 2011, 225 | 3.10.9
Rb. Leeuwarden 2 februari 2011, *LJN* BP3604 | 3.7.13
Rb. Utrecht (ktr.) 2 februari 2011, *LJN* BP3980, *NJF* 2011, 142 | 3.5.1
Rb. Utrecht 9 februari 2011, *LJN* BP5089 | 4.3.13
Rb. Rotterdam (ktr.) 11 februari 2011, *LJN* BS1746 | 3.5.1
Rb. Utrecht 23 februari 2011, *LJN* BP7551, *NJF* 2011, 241 | 4.2.7

Rb. Almelo 23 maart 2011, *LJN* BP9005 | 3.7.10
Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *LJN* BQ6506 | 4.7.3
Rb. Groningen (ktr.) 14 juni 2011, *LJN* BQ9189 | 3.5.1
Rb. Rotterdam 6 juli 2011, *LJN* BR2960 3.6.5
Rb. Rotterdam 13 juli 2011, *LJN* BR1592, *NJF* 2011, 317 | 4.3.10
Rb. Arnhem 3 augustus 2011, *LJN* BR4780, *NJF* 2011, 502 | 3.3.7
Rb. Amsterdam (ktr.) 27 oktober 2011, *LJN* BU2103 | 3.5.1
Rb. Roermond 23 november 2011, *LJN* BU5452 | 4.1.2

Overige jurisprudentie Nederland

Geschillencommissie Thuiswinkel 2 april 2007, *TvC* 2007-4, p. 134-135 | 3.3.4
Geschillencommissie Voertuigen 14 november 2008, *TvC* 2009-6, p. 256-257 m.nt.
M.B.M. Loos | 3.7.1, 3.7.2

Jurisprudentie Europa

HvJ EG 29 mei 1997, *NJ* 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk) | 4.5.6, 5.2.2
HvJ EG 16 juli 1998, *NJ* 2000, 374 m.nt. DWFV onder 375 (Gut Springenheide)
| 4.7.3
EHRM 27 januari 2009, *RvdW* 2009, 990 (Tatar c.s./Roemenië) | 4.2.14

Jurisprudentie Duitsland

RG 30 oktober 1902, *RGZ* 52, 373 | 2.7.5
RG 23 februari 1903, *RGZ* 54, 53 | 2.7.5
RG 19 september 1921, *RGZ* 102, 372 | 2.7.5
BGH 12 maart 1968, *NJW* 1968, 1182 | 2.7.5
BGH 15 april 1975, *VersR* 1975, 812 | 2.7.5
BGH 28 januari 1976, *NJW* 1976, 712 (*Gemüseblatt*) | 2.7.3
BGH 2 maart 1979, *NJW* 1979, 2243 | 2.2.3, 2.7.1 (slot)
BGH 8 mei 1980, *NJW* 1980, 2460 | 2.7.2
BGH 3 maart 1982, *NJW* 1982, 1386 | 2.7.2
BGH 11 december 1984, *NJW* 1985, 1076 | 2.7.5
BGH 19 december 1989, *NJW* 1990, 1236 | 2.7.5
BGH 15 april 1997, *NJW* 1997, 3230 | 2.7.1
BGH 11 mei 2001, *NJW* 2001, 2326 | 2.7.2
BGH 26 september 1997, *NJW* 1998, 302 | 2.7.2
BGH 2 maart 2010, *NJW* 2010, 1967 | 2.7.5

Jurisprudentie Engeland

Banque Keyser Ullmann SA v Skandia Insurance Co [1991] 2 AC 249 | 2.8.2
Bell v Lever Brothers [1932] AC 161 | 2.8.1
Blyth v Birmingham Waterworks (1856) 11 Exch 781 | 2.8.3
Bolton v Stone [1951] AC 850 | 2.8.4
Conlon v Simms [2008] 1 WLR 484 | 2.8.2
Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co Ltd [1951] 1 KB 805 | 2.8.2

Donoghue v Stevenson [1932] AC 562 | 2.8.3
Gordon v Selico Co Ltd [1986] 2 EGLR 71 | 2.8.2
Miller v Jackson [1977] QB 966 | 2.8.4
McQuire v Western Morning News Co Ltd [1903] 2 KB 100 | 2.8.3
Redgrave v Hurd (1881) 20 Ch. D. 1 | 2.8.2, 3.6.15, 3.6.18, 4.3.16
Rylands v Fletcher (1868) LR 3 HL 330 | 2.8.3
Smith v Hughes (1871) LR 6 QB 597 | 2.8.2
Spice Girls Ltd v Aprilia World Service BV [2002] EWCA Civ 15 | 2.8.2
Tomlinson v Congleton Borough Council [2004] 1 AC 46 | 2.8.4
Walford v Miles [1992] 2 AC 128 | 2.8.1
Walters v Morgan (1861) 3 DGF&J 718 | 2.8.2
With v O'Flanagan [1936] Ch. 575 | 2.8.2

Jurisprudentie Frankrijk

Cass. ch. réun., 13 februari 1930, *D.* 1930, I, p. 57, m.nt. G. Ripert | 2.6.4
Cass. civ. 1^{re}, 21 november 1972, *Bull. civ.*, I, nr. 257, p. 224 | 2.6.2
Cass. civ. 3^e, 2 oktober 1974, *Bull. civ.*, III, nr. 330, p. 251 | 2.6.1
Cass. civ. 1^{re}, 19 januari 1977, *Bull. civ.*, I, nr. 40, p. 30 | 2.6.1
Cass. civ. 3^e, 3 februari 1981, *D.* 1984, p. 457, m.nt. J. Ghestin | 2.6.1
Cass. civ. 1^{re}, 15 mei 2002, *Bull. civ.*, I, nr. 132, p. 1 | 2.6.1
Cass. civ. 1^{re}, 13 mei 2003, *Bull. civ.*, I, nr. 114, p. 89 | 2.6.1
Cass. com., 28 juni 2005, *Bull. civ.*, IV, nr. 140, p. 151 | 2.6.1
Cass. civ. 3^e, 17 januari 2007, *D.* 2007, p. 1051, m.nt. Mazeaud | 2.6.2

Jurisprudentie Verenigde Staten

United States v. Carroll Towing Co. 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947) | 4.1.3

Wetsartikelenregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers; belangrijke nummers zijn vet gedrukt.

Burgerlijk Wetboek

1:88 | 4.8.5
1:89 | 4.8.5
3:11 | **2.2.2**, 3.2.1, 3.4.2, 3.9.2, 4.3.6, 5.2.2
3:12 | **2.2.2**, 3.6.17, 4.2.14
3:32 | 3.1.2
3:33 | 3.2.1 e.v., **3.2.3**, 3.3.1 e.v., 3.8.1, 3.8.9
3:34 | 3.2.3
3:35 | 1.5.2, 2.2.1, 2.3.1, 2.4.1, **3.2.1 e.v.**, 3.3.1 e.v., 3.4.1, 3.4.3, 3.5.1, 3.6.5, 3.8.1, 3.8.9, 4.8.2
3:37 | 3.3.7, 3.6.5
3:40 | 3.10.9
3:41 | 4.8.5
3:42 | 4.8.5
3:44 | 2.2.1, **3.5.1**
3:44 lid 3 | **3.5.2 e.v.**, 3.6.6, 3.7.3, 3.11.4, 5.3.1
3:53 | 3.9.3, 3.10.5
3:61 lid 2 | 3.4.1, **3.4.2 e.v.**, 3.9.2
3:61 lid 3 | 3.4.1
3:66 | 3.4.1, 5.2.7
3:69 | 3.4.3 e.v.
3:70 | 3.4.1, 3.4.3
3:76 | 3.4.1
3:89 | 3.7.5
3:94 | 3.9.3
3:170 | 3.9.4
3:296 | 2.4.1, 2.4.2, 3.10.1, 4.2.5, 4.2.17
3:305a | 4.7.3 (slot), 4.8.6
4:187 | 3.9.3
5:1 | 4.2.4 (slot)
6:1 | 2.4.1, 3.10.7 e.v.
6:2 | 2.2.2
6:2 lid 1 | 3.10.7
6:2 lid 2 | 3.3.2, 3.3.4, **3.8.9**
6:27 | 3.9.2

- 6:34 | 3.9.2 e.v.
6:37 | 3.9.2 (slot)
6:52 | **3.8.9**, 3.9.1, 3.10.1
6:74 | 1.5.3, 2.4.1, 3.7.4, 3.8.7, 3.9.1, **3.10.1 e.v.**, 3.10.7 e.v., 3.12.2
6:75 | 3.9.1, 3.10.1, 3.10.7, **3.10.9**
6:76 | 3.10.9
6:77 | 3.10.9
6:82 | 1.3
6:89 | 3.8.9, **3.11.11**
6:98 | 1.3, **4.2.3**
6:101 | 3.6.14, 3.7.8, 3.7.12, 3.11.3, **4.3.16**, 4.5.1, 4.6.1 (slot), 4.8.3 (slot), 4.8.4 e.v.
6:108 | 4.3.14
6:162 | 1.2, 2.1.4, 3.10.6, 3.11.2, 3.12.2, 4.1.2, **4.2.3 e.v.**, 4.5.1 e.v., 4.5.8, 5.3.4
6:162 lid 2 | 2.2.1, 2.2.4, 3.10.6, **4.2.4 e.v.**, 4.3.1 e.v.
6:162 lid 3 | 3.10.6, 4.2.2, 4.2.5, **4.2.16 e.v.**
6:163 | 3.10.3, 3.10.6 (slot), 3.10.7 (slot), 4.2.3, 4.2.5, 4.2.9, 4.2.18 (slot)
6:169 | 4.4.4, 4.5.1
6:173 | 3.11.2, 4.5.1, **4.5.2**, 4.5.9, 5.2.2
6:174 | 4.4.6, 4.5.1, **4.5.3 e.v.**, 4.5.9, 5.2.2, 5.2.5
6:175 | 4.4.12, **4.5.5 (slot)**
6:178 | 4.5.1
6:179 | 4.5.1
6:183 | 4.5.1
6:185 | 3.10.9, 4.2.15, 4.5.5 (slot), **4.5.6 e.v.**, 4.5.9, 5.2.2
6:186 | 4.3.6, **4.5.6 e.v.**
6:190 | 4.5.7 (slot)
6:191 | 4.5.7 (slot)
6:193a | 4.7.2
6:193b | 4.7.2
6:193c | 4.7.2
6:193d | 4.2.9 (slot), **4.7.2**
6:193e | 4.7.2
6:193g | 4.7.2
6:193j | 4.7.1
6:194 | 4.7.1 e.v.
6:194a | 4.7.1
6:195 | 4.7.1 e.v.
6:212 | 3.12.2
6:227 | 3.12.2
6:227c | 3.3.4
6:228 | 2.1.2, 2.2.1, 2.9.3, 3.5.1, 3.5.5, **3.6**, 3.10.2 e.v., 3.11.7, 4.7.1 (slot), 4.7.3
6:228 lid 1 sub a | 1.5.1, 2.1.4, 3.1.3, **3.6.6 e.v.**, 3.6.15, 3.7.3, 3.7.5, 3.10.3 (slot), 3.10.4, 3.10.6, 3.11.4, 5.3.1
6:228 lid 1 sub b | 1.2, 1.5.1, 2.2.1, 2.2.3, 2.3.1, 2.3.2, 2.9.1, 3.1.3, **3.6.1 e.v.**, 3.6.16, 3.7.1 e.v., 3.10.6, 3.11.4, 4.3.2, 4.4.3, 4.8.5, 5.3.1, 5.3.2 e.v., 5.4.2
6:228 lid 1 sub c | 3.5.1, 3.6.4 (slot), **3.6.9 e.v.**, 3.7.3 (slot), 3.7.15 (slot), 3.10.6
6:228 lid 2 | 2.2.3, 3.6.6, **3.6.11 e.v.**, 3.7.13, 3.7.15, 3.11.4, 4.8.2
6:230 | 3.6.14, 3.7.12, **3.10.2**, 3.10.5, 4.8.5

6:231 | 3.3.7
6:232 | 3.3.7 e.v.
6:233 | 3.3.7
6:234 | **1.3**, 5.3.7 (slot)
6:238 | **3.8.1**, 3.8.3, 3.8.4
6:248 | 2.2.1, 2.2.2, **3.8.1 e.v.**
6:248 lid 1 | 3.8.6, **3.8.7**, 3.10.5, 3.10.8, 3.11.5
6:248 lid 2 | 3.3.7, 3.8.6, **3.8.8**, 4.8.5
6:258 | 3.5.5, 3.8.6, **3.8.9**
6:262 | 3.8.9, 3.10.1
6:263 | 3.10.1
6:265 | 3.9.1, 3.10.1
6:278 | 4.8.5
7:1 | 3.3.3, **3.11.5 e.v.**
7:2 | 3.7.4, 3.7.5, 3.11.5
7:5 | 3.11.7
7:9 | 3.11.5
7:15 | 3.7.11, **3.11.6**
7:17 | 3.6.7, 3.7.4, 3.7.6, 3.7.8, 3.7.9, 3.10.1 e.v., 3.10.7 (slot), 3.11.1, **3.11.7 e.v.**
7:17 lid 2 | 3.11.7 e.v., 3.11.10
7:17 lid 5 | 3.11.9 e.v.
7:23 | 3.8.9, 3.11.5, **3.11.11**
7:24 | 3.10.9
7:26 | 3.11.5
7:46a | 3.11.5 (slot)
7:46c | 3.3.4, **3.11.5 (slot)**
7:46d | 3.11.5 (slot)
7:50b | 3.11.1
7:60 | 3.11.1
7:222 | 3.11.1
7:400 | 3.8.7, 3.11.2
7:401 | 3.8.7, 3.11.2, **4.8.1 e.v.**
7:403 | 3.11.1, 3.11.2
7:414 | 3.11.2
7:418 | 3.11.2
7:448 | 4.2.5, **4.8.2**
7:450 | 4.8.2
7:453 | 4.8.1
7:466 | 4.8.2
7:611 | 4.6.2
7:658 | 2.1.4, 3.11.1, 4.3.10, 4.3.13, 4.4.1, 4.4.5, **4.6.1 e.v.**, 5.3.7, 5.4.2, 5.4.4
7:665a | 3.11.1
7:754 | 2.9.3, **3.11.3**, 3.11.9
7:755 | 3.11.3 (slot)
7:760 | 3.11.3, 3.11.9
7:857 | 3.7.15
7:928 | 2.1.2, 3.11.1, **3.11.4**
7:929 | 3.11.4

7:930 | 3.11.4
7:931 | 3.11.4
7A:1790 | **3.11.2**, 4.5.2

Grondwet

11 | 4.2.4 (slot)

Tabakswet

2 | 4.2.9

Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten

2 | 4.3.9

Wet op het financieel toezicht

4:19 | 4.2.9, 4.8.3

Wet op het notarisambt

43 | 4.8.2

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

21 | 3.6.6
149 | 4.3.13, 5.4.3
150 | 3.6.1 (slot), 3.6.11, 3.10.6, 4.1.2, 4.3.1 (slot), 5.3.7

Wetboek van Strafrecht

40 | 4.2.6

Trefwoordenregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers; belangrijke nummers zijn vet gedrukt.

A

aanneming van werk | **3.11.3**, 3.11.9
aansprakelijkheidsrecht vs.
contractenrecht | 5.4.2 (slot), **5.4.6**
afgebroken onderhandelingen | 3.12.1
e.v.
algemeen bekende feiten | 3.11.4,
4.3.13, **5.2.3 (slot)**
algemeen bekende risico's | 3.7.9,
4.3.13, 4.3.14, 4.5.7, 4.5.9, 4.6.3, 4.8.2,
5.2.3, 5.3.3, 5.3.6
algemene voorwaarden | 1.3, 3.3.7 e.v.
anticipatie op onvoorzichtigheid
| 2.1.3, 4.3.3, 4.4.1, 4.4.9, 4.5.7, 4.6.3,
5.3.3 (slot), 5.4.1
argumentatielast | 3.6.1 (slot), 3.6.11,
5.2.3, **5.3.2 (slot)**
arts (aansprakelijkheid) | 3.11.1, 4.2.5
(slot), **4.8.2**, 5.3.1
asbest | 3.7.4, 3.7.9, 3.11.3, 3.11.7,
4.2.12, **4.2.13**, 4.2.15, 4.4.8, 4.4.9, 4.6.2
Aufklärungspflichten | 2.2.3, 2.4.2, 2.7.1,
2.7.2, 2.7.3, 3.6.2, 5.3.6
Auskunftspflichten | 2.4.2
auto's (koop) | 3.7.1 e.v.
autonomie vs. solidariteit | 1.2, 3.1.2,
4.1.2, 5.4.1, **5.5**
autonomiebeginsel | 3.1.2, 4.1.2, 4.8.6
(slot), 5.3.2, **5.4.1**

B

bedenktijd | 3.7.5, 3.11.5
bedreiging | 3.5.1
bedrog | **3.5.2 e.v.**, 5.3.1
bekendheidsverklaring | 3.7.4
beroepsaansprakelijkheid | 4.8.1 e.v.

zie ook dienstverlenersaansprakelijkheid
betaling | 3.9.2 e.v.

bewijs

- bewijs van informatieverstrekking
| 5.3.7
- bewijs van kennis | 5.2.3, 5.3.3
- bewijs van waarschuwing | 4.3.1
- bewijslast vs. argumentatielast
| 5.2.3
- vermoeden van toerekenbaarheid
| 3.10.6

bewijsrechtelijke objectivering | 5.2.3,
5.3.3
bewuste roekeloosheid | 3.8.8, 4.3.8,
4.6.1, 5.2.3
bewustheid | 4.4.3 e.v., **5.2.2**, 5.2.3
bijzondere overeenkomsten | 3.11
bijzondere risico's | 4.3.9, 4.4.1, **4.4.8**
e.v., 4.5.1
bijzondere zorgplichten | 2.1.4, 2.3.2,
3.7.15, **4.4.5 e.v.**, 4.4.12, 4.5.1, 4.5.8,
4.6.1, 4.8.3 e.v., 4.8.7, 5.4.2
borgtocht | **3.7.15**, 4.8.3
bruikleen | 3.11.2

C

causaal verband

- bij delictuele aansprakelijkheid
| 1.3, 4.2.3, 4.3.1
- bij dwaling | 3.5.5

'clean hands'- argument | 3.7.7, **5.3.5**
common sense warnings | 4.3.3, 4.3.13,
4.3.15 (slot), 4.4.6, 5.3.3 (slot), 5.3.6
(slot)
Common European Sales Law (CESL)
| 2.9.2

- communicatieplicht | 3.11.11
- conformiteit | 3.7.4, 3.9.1, 3.10.1, 3.10.9 (slot), 3.11.5, **3.11.7 e.v.**, 5.3.4, 5.4.2, 5.4.6
- consument
 - consumentenbescherming | 2.6.2, 2.7.3, 2.8.2, 2.9.1, 2.9.2, 3.7.5, 3.8.1, 3.11.1, 4.7.1
 - consumentenkoop | 3.11.7, 3.11.11 (slot)
 - consumentenverkoop | 3.6.6, 3.7.2, 3.10.9
 - financiële consument | 4.8.6
 - gemiddelde consument | 3.3.4, 4.2.9, 4.7.2, **4.7.3**
 - richtlijn consumentenrechten | 2.9.1
- contra proferentem-regel | 3.3.6, **3.8.1**, 3.8.3
- contractenrecht vs. aansprakelijkheidsrecht | 5.4.2 (slot), **5.4.6**
- contractuele informatieplichten | 1.5.3, 3.10.1
- culpa in contrahendo* | 2.6.2, 2.7.2, 2.9.4, 3.10.6

- D**
- delictuele informatieplichten | 1.2, 1.5.3, 4.1 e.v.
- delictuele vs. precontractuele informatieplichten | 5.4.3 e.v.
- deskundigheid
 - algemeen (gezichtspunt) | 3.2.1, 3.6.3, 3.6.4, 4.3.4, 4.8.1 e.v., 5.2.7, **5.3.5**, 5.4.2
 - interne vs. externe deskundigheid | **3.6.3**, 5.3.5
 - toerekening van toegevoegde deskundigheid | 3.3.6, 5.2.6 (slot), **5.2.7**
- dienstverlenersaansprakelijkheid
 - algemeen | 4.8.1 e.v.
 - artsen | 3.11.1, 4.2.5 (slot), **4.8.2**, 5.3.1
 - financiële dienstverleners | 2.1.4, 3.4.6, 3.7.15, 4.2.9, 4.3.4, 4.4.5, 4.8.1, **4.8.3 e.v.**, 5.4.2
 - notarissen | 4.8.2
 - weigeringsplicht | 4.8.2, **4.8.4**, 4.8.5, 4.8.6
 - zorgplicht | 4.8.1
- discrepancie wil en verklaring | 3.2
- documentatieplichten | 2.9.1
- dolus bonus* | 3.5.3, 3.6.6
- Draft Common Frame of Reference (DCFR)* | 2.9.2 e.v.
- due diligence* | 3.8.4 (slot), 3.8.5
- duty of disclosure* | 2.8.1 e.v., 2.9.3
- duty of care* | 2.8.3 e.v., 2.9.4
- dwaling
 - aansprakelijkheid wegens schending informatieplicht | 3.10.5 e.v.
 - causaal verband | 3.5.5
 - dwalingsrubrieken | 3.5.5
 - kenbaarheidsvereiste | **3.5.5**, 3.6.2, 3.6.7, 3.6.10, 3.7.10, 5.3.3
 - mededelingsplicht | 3.6.1 e.v.
 - niet-nakoming vs. dwaling | 3.10.2 e.v.
 - onderzoeksplicht dwalende | 3.6.6, 3.6.9, **3.6.11 e.v.**
 - onderzoeksplicht wederpartij | 3.6.9 e.v.
 - onjuiste inlichting | 3.6.6 e.v.
 - prioriteitsregels | **3.6.15 e.v.**, 3.7.6 (slot), 3.7.7, 3.7.8, 3.7.11 (slot)
 - twijfel en dwaling | 3.6.12
 - verhouding wederzijdse informatieplichten | **3.6.13 e.v.**, 3.7.7, 3.7.8, 3.7.12
 - verkopersdwaling | 2.1.2, 3.1.1, 3.2.3, 3.7.11, 3.7.13, 3.7.14
 - verschoonbaarheid | 3.1.3, 3.5.3, 3.6.11
 - waarheidsplicht | 3.6.6 e.v.
 - wederzijdse dwaling | 3.5.5, 3.6.4 (slot), **3.6.9 e.v.**, 3.6.11, 3.10.6
 - wettelijk kader | 3.5.5
 - wilsgebreuk vs. gedragstoetsing | **3.5.4**, 3.5.5
 - zorgplicht | **3.6.8**, 3.10.6, 5.3.1

- dwaling; mededelingsplicht
- aansprakelijkheid wegens schending mededelingsplicht | 3.10.6
 - algemeen | 3.6.1 e.v.
 - basisvereisten | 3.6.1, **3.6.2**
 - gezichtspunten | 3.6.3
 - historische ontwikkeling | 2.1.2
 - inhoud | 3.6.5
 - mededelingsplicht prevaleert | **3.6.16**, 3.7.8
 - objectivering | 3.6.2
 - *obligation de s'informer pour informer* | 3.6.2, **3.6.4**
 - onderzoeksplicht in verlengde van mededelingsplicht | 3.6.5 (slot)
 - verkeersopvattingen | 3.6.3
- dwaling; waarheidsplicht
- aansprakelijkheid wegens schending waarheidsplicht | 3.10.3 (slot), 3.10.4, **3.10.6**
 - algemeen | 3.6.6 e.v.
 - kenbaarheidsvereiste | 3.6.7
 - onderzoeksplicht uit hoofde van waarheidsplicht | 3.6.8
 - terminologie | 1.5.1, 3.6.6
 - verwijtbaarheid | 3.6.8, 3.10.6
 - waarheidsplicht prevaleert | 3.1.3, **3.6.15**

E

- effectenlease | 2.3.2, 3.7.15, 3.10.3, 4.7.3, 4.8.3, **4.8.5 e.v.**, 5.4.2
- eigen schuld | 3.6.14, 3.7.8, 3.11.3, 4.3.16, 4.5.1, 4.6.1, 4.8.3, 4.8.5, 4.8.6, **5.3.6 (slot)**
- Einzelfallgerechtigkeit* | 5.3.1
- Europees privaatrecht | 2.9.1 e.v.
- exoneratiebeding (toetsing) | 3.8.8

F

- feiten van algemene bekendheid | 3.11.4, **4.3.13**, 5.2.3 (slot)
- financiële bezwaarlijkheid van voorzorg | 4.1.3, **4.3.6**

- financiële dienstverleners | 2.1.4, 3.4.6, 3.7.15, 4.2.9, 4.3.4, 4.4.5, 4.8.1, **4.8.3 e.v.**, 5.4.2
- fraud* | 2.9.3 (slot)
- fysieke gevaarzetting | 4.4.1 e.v.
- fysieke voorzorgsmaatregelen | 2.7.5, **4.3.7 (slot)**, 4.3.13, 4.4.1, 4.5.7, 4.6.3

G

- gebrekkige zaken | 4.4.8 e.v., 4.5.2 e.v.
- gebruiksaanwijzing | 3.8.7, 3.11.5, 4.5.7
- gedragsnormering | 1.3, 2.2.2, 2.2.3, 2.6.2, 2.9.1, 3.5.4, 3.10.3, 4.2.11, 4.2.12, 4.2.15, 4.3.3 (slot), 4.8.4
- geestelijke stoornis | 3.2.3
- gelijkheidsbeginsel | 5.3.2
- gemiddelde consument | 3.3.4, 4.2.9, 4.7.2, **4.7.3**
- geneeskundige
behandelingsovereenkomst | 4.8.2
- geobjectiverde kennis | 5.2.2
- generalisering | **4.2.12**, 4.3.3, 4.3.7, 4.4.9, 4.6.4, 5.2.6
- generieke causaliteit | **4.3.9 (slot)**, 4.3.10, 4.4.9, 4.5.2, 4.5.5 (slot), 4.5.6, 4.5.9, 5.2.2, 5.2.6
- gepresumeerde kennis | 5.2.3
- gevaarlijke stoffen
- contractuele aansprakelijkheid | 3.7.9
 - delictuele aansprakelijkheid | 4.4.8 e.v.
- gevaarzetting | 4.1.3, 4.2.10, 4.3.1 (slot), 4.3.3 e.v., 4.3.9, **4.4.1 e.v.**
- gevaarzettingsbeginsel | 3.8.1, **4.2.2**, 4.4.8
- gladde vloeren (aansprakelijkheid) | 2.7.3, 2.7.5, 4.3.12, **4.4.1**
- goede trouw | 2.2.2

H

- hennepsteelt | 3.10.9
- hindsight bias* | 4.2.12, **4.3.6**, 4.3.14, 4.5.7, 4.6.4
- hoedanigheid (gezichtspunt) | 3.2.1, 3.6.3, 4.3.4, 4.8.1 e.v., 5.2.7, **5.3.1**, 5.3.5, 5.4.2
- hoedanigheidscategorieën | 5.3.1

hulpverleners en hulpzaken | 3.10.9

I

ieder draagt zijn eigen schade
(beginsel) | 4.1.2

informatie

- informatie vs. kennis | 1.5.2
- persoonlijke vs. zakelijke informatie | 1.5.2

informatiemaatschappij | 3.3.4, 4.1.1

informatiemanagement | 2.9.4, 4.2.15

informatieplichten

- absorberende werking | 2.2.1, 2.5.1, **5.3.1**, 5.5
- afdwingbaarheid | 2.4.2
- argumentatielast | 5.3.2
- basisvereisten | 5.3.3 e.v.
- contextgebonden karakter | **5.3.2**, 5.3.4, 5.5
- dialectische kwaliteit | 5.3.1, 5.3.6
- gezichtspunten | 5.3.5
- historische ontwikkeling | 2.1
- hoofdvormen | 2.3.1
- juridische grondslag | 2.2
- model | **5.3.3 e.v.**, 5.5
- naleving en bewijs | 5.3.7
- positieve vs. negatieve informatieplichten | 1.5.1 (slot)
- postcontractuele informatieplichten | 1.5.3, 3.8.7, 3.11.5, 3.11.11, 4.5.7
- precedentwerking | 2.4.2 (slot)
- precontractuele vs. contractuele informatieplichten | 1.5.3, 3.10.1
- precontractuele vs. delictuele informatieplichten | 5.4.3 e.v.
- rechtskarakter | 2.4, 5.3.1 (slot)
- relativiteit | **3.10.3**, 3.10.4, 3.10.6 (slot), 3.10.7 (slot), 5.3.6
- rol en betekenis | 5.3.1
- strekking | **2.3.3**, 3.10.3
- terminologie | 1.5.1
- uitgangspunt | **5.3.2**, 5.4.1
- verhouding wederzijdse informatieplichten | 2.3.1, 3.6.13 e.v., 3.7.7, 3.7.8, 3.7.12, 4.3.15 e.v., 4.4.7, **5.3.6**

- wettelijke informatieplichten | 2.4.1, 3.11.1, 4.2.9

informatieverstrekking

- bewijs | 5.3.7
- informatievergaring vs. -verstrekking | 2.3.1

information overload | **1.4**, 2.9.5, 4.3.13, 4.4.7, 5.3.2

informatiecontext

- bij rechtsinbreuk | 4.2.5 e.v.
- bij risicoaansprakelijkheid | 4.5.1, **4.5.9**, 5.2.1 (slot)
- bij toerekening van onrechtmatige daad | 4.2.16 (slot)

informed consent | **2.3.3**, 3.6.5, 3.10.4

(slot), 3.10.6, 3.12.2, 4.2.5, 4.3.7, 4.8.2

instructiefouten | 4.5.7

intersubjectiviteit | 5.2.4

J

Jetblast-norm | 3.6.5, **4.3.7 e.v.**, 4.6.3 e.v., 4.8.4, 4.8.6, 5.3.7

K

kansovereenkomst | **3.7.13**, 3.11.4

Kelderluikfactoren

- aard van de gedraging | 4.3.4
- algemeen | 4.1.3, 4.3.4, **4.3.5 e.v.**
- bezwaarlijkheid van voorzorg | 4.3.6
- ernst van de gevolgen | 4.3.5
- financiële bezwaarlijkheid van voorzorg | 4.1.3, **4.3.6**
- kans op ongevallen | 4.3.5
- rechtseconomie | 4.1.3
- risicoaansprakelijkheid | 4.5.2, 4.5.3, 4.5.4, 4.5.6, 4.5.9
- risicodrempel | 4.3.5
- werkgeversaansprakelijkheid | 4.6.2

kenbaarheid (terminologie) | 5.2.2 (slot)

kenbaarheidsvereiste (dwaling) | **3.5.5**, 3.6.2, 3.6.7, 3.6.10, 3.7.10, 5.3.3

kennis

- algemeen | 5.2
- bewijs | 5.2.3, 5.3.3
- functionele kennis | 5.2.7

- generalisering | 4.2.12, **5.2.6**
 - geobjectiveerde kennis | 1.5.2, 4.2.12, **5.2.2**
 - informatie vs. kennis (terminologie) | 1.5.2
 - kennis en verantwoordelijkheid | 1.1, 5.2.1
 - kennisgradaties | 5.2.2
 - objectivering | 4.2.12, **5.2.4 e.v.**
 - subjectieve kennis | 1.5.2, 4.2.12, 4.4.3 e.v., **5.2.2**, 5.2.6, 5.3.3
 - terminologie | 1.5.2
 - toerekening van kennis | 3.7.5, 3.11.4, 5.2.6 (slot), **5.2.7**
 - zuiver objectieve kennis | 5.2.2, 5.2.4
- kennisvereiste (aansprakelijkheid) | **4.2.11 e.v.**, 4.4.9, 4.5.5 (slot), 4.5.9
- kilometerstand (koop auto's) | 3.6.4, 3.6.9, **3.7.3**
- klachtplicht | 3.8.9, **3.11.11**
- koop
- algemeen | 3.11.5 e.v.
 - conformiteit | 3.11.7 e.v.
 - conformiteit vs. dwaling | 3.11.8
 - consumentenkoop | 3.11.7, 3.11.11 (slot)
 - consumentenverkoop | 3.6.6, 3.7.2, 3.10.9
 - informatieplichten ex art. 7:17 lid 2 BW | 3.11.8
 - klachtplicht | 3.8.9, **3.11.11**
 - rechtsgebreken (art. 7:15 BW) | 3.11.6
 - uitsluitingsgronden (art. 7:17 lid 5 BW) | 3.11.9 e.v.
- kunst en antiek (koop) | 3.7.13 e.v.
- L**
- lastgeving | 3.11.2
- 'Learned Hand'-formula | 4.1.3
- leer Smits | 4.2.6 e.v.
- leer van het grootste aandeel | 5.2.7
- M**
- maatman | 1.5.2, 2.6.3, 2.8.3 e.v., 4.2.3, 4.2.12, 4.7.3, **5.2.5**
- makelaar | 3.6.7, **3.7.5**, 3.7.6, 3.10.1
- mededelingsplichten
- mededelingsplicht bij dwaling | 3.6.1 e.v.
 - mededelingsplicht omtrent twijfel | 3.6.4, 3.7.3, 3.7.14 (slot), **5.2.5**
 - mededelingsplicht vs. onderzoeksplicht | 2.1.2, **2.3.1**, 3.6.13 e.v., 3.7.7, 3.7.8, 3.7.12
 - mededelingsplicht vs. waarschuwingsplicht | 1.5.3, **2.3.2**, 4.8.5
 - terminologie | 1.5.1 e.v.
- medische apparatuur (aansprakelijkheid) | 3.10.9
- medische beroepsaansprakelijkheid | 4.8.1 e.v.
- misbruik van omstandigheden | 3.5.1
- misleidende reclame | 4.7.1 e.v.
- misrepresentation* | 2.8.2
- mistake* | 2.8.2, 2.9.3
- misverstand | 3.2.2, **3.3.5 e.v.**, 3.8.1, 3.8.3, 5.2.7
- N**
- nadeel (gezichtspunt) | 3.2.1, 3.2.3, 3.5.1, 3.6.3
- nakoming | 3.9
- nalaten (zuiver) | 2.9.4, **4.4.3 e.v.**, 5.2.2, 5.2.3
- negligence* | 2.8.3, 2.9.4
- niet-nakoming
- aansprakelijkheid wegens schending informatieplicht | 3.10.5 e.v.
 - niet-nakoming vs. dwaling | 3.10.2 e.v.
 - remedies | 3.10.1
- nieuwe risico's | **4.2.13 e.v.**, 4.3.11 (slot)
- notaris | 3.7.5, 4.8.1, **4.8.2**
- NVM-akte | **3.7.4**, 3.7.9, 3.7.11
- O**
- objectieve kennis | 5.2.2, 5.2.4
- objectivering
- algemeen | 1.5.2, **5.2.4**
 - bewijsrechtelijke objectivering | 5.2.3, 5.3.3
 - bij bijzondere risico's | 4.4.9

- bij bruikleen | 3.11.2
- bij delictuele aansprakelijkheid | 4.2.12, 4.3.3, 4.3.7
- bij dwaling | 3.6.2
- bij geestelijke stoornis | 3.2.3
- bij oneerlijke handelspraktijken | 4.7.3
- bij risicoaansprakelijkheid | 4.5.5
- bij verzekering | 3.11.4
- bij werkgeversaansprakelijkheid | 4.6.2
- bij zuiver nalaten | 4.4.3 e.v.
- differentiatie | 4.2.12, 5.2.4
- kennisgradaties | 5.2.2
- maatman | 4.2.12, 5.2.5
- motivering | 3.6.1, 4.2.12, 5.2.3, **5.2.4**
- nieuwe risico's | **4.2.13 e.v.**, 4.3.11 (slot)
- objectivering vs. generalisering | 5.2.6
- onderzoeksplicht | 5.2.6
- persoonsgerelateerde vs. kennisgerelateerde objectivering | 5.2.5
- toerekening van kennis | 5.2.7
- Obligaten* | **2.4.1**, 2.4.2, 3.8.4, 3.8.7, 3.10.3, 5.3.7
- obligation de mise en garde* | 2.6.3
- obligation de s'informer pour informer* | 2.3.1, 2.7.2, **3.6.4**, 5.3.3
- obligation de renseignements* | 2.6.1, **2.6.2**
- obligation de sécurité* | 2.6.2
- onderzoeksplichten
 - *obligation de s'informer pour informer* | 3.6.2, **3.6.4**
 - onderzoeksplicht dwalende | 3.6.6, 3.6.9, **3.6.11**
 - onderzoeksplicht bij gerede twijfel | **2.2.2**, 3.4.2, 3.6.5 (slot), 3.6.12, 3.8.2, 3.9.2, 4.4.11, 5.2.2, 5.3.6
 - onderzoeksplicht bij wederzijdse dwaling | 3.6.4 (slot), **3.6.9**
 - onderzoeksplicht gelaedeerde | 4.3.12 e.v.
- onderzoeksplicht in verlengde van mededelingsplicht | 2.3.1, 3.6.5 (slot)
- onderzoeksplicht in verlengde van waarschuwingsplicht | 2.3.1, 4.3.7 (slot)
- onderzoeksplicht laedens | 4.3.9 e.v.
- onderzoeksplicht uit hoofde van waarheidsplicht | 3.6.8
- onderzoeksplichten en objectivering | 5.2.6
- terminologie | 1.5.1
- oneerlijke handelspraktijken
 - algemeen | 4.2.9 (slot), **4.7.1 e.v.**
 - bewijslast | 4.7.1
 - gemiddelde consument | 4.7.3
 - wettelijk kader | 4.7.2
 - wilsgebreken vs. oneerlijke handelspraktijken | 4.7.1 (slot), 4.7.3 (slot)
- ongelijkheidscompensatie | 2.3.3
- ongelukkige samenloop van omstandigheden | 2.1.3, 4.3.4
- onrechtmatige daad
 - causaal verband | 4.2.3
 - kennisvereiste | 4.2.11 e.v.
 - leer Smits | 4.2.6 e.v.
 - onderzoeksplicht gelaedeerde | 4.3.12
 - onderzoeksplicht laedens | 4.3.9 e.v.
 - onrechtmatigheid vs. toerekening | 4.2.17
 - rechtsinbreuk | 4.2.4 e.v.
 - schade | 4.2.3
 - schuld vs. risico (grondslag) | 4.2.2
 - toerekening | 4.2.3, 4.2.5, **4.2.16 e.v.**
 - verhouding wederzijdse informatieplichten | **4.3.15 e.v.**, 4.4.7
 - waarschuwingsplicht | 4.3.1 e.v.
 - wetsschending | 4.2.9
 - wettelijk kader | 4.2.3
 - zorgvuldigheidsnormen | 4.2.10 e.v.

- onrechtmatige daad;
 - waarschuwingsplicht
 - algemeen | 4.3.1 e.v.
 - algemeen bekende risico's | 4.3.13 e.v.
 - basisvereisten | 4.3.2, **4.3.3**
 - bewijs | 4.3.1
 - gezichtspunten | 4.3.4
 - historische ontwikkeling | 2.1.3, 4.1.1, **4.3.1**
 - inhoud | 4.3.7 e.v.
 - objectivering | 4.3.3
 - onderzoeksplicht in verlengde van waarschuwingsplicht | 4.3.7 (slot)
 - waarschuwing vs. fysieke voorzorg | 4.3.7 (slot), 4.3.13
 - waarschuwingsplicht prevaleert | 4.3.16
 - onrechtmatige daad; onderzoeksplicht laedens
 - algemeen | 4.3.9 e.v.
 - basisvereiste | 4.3.10
 - bijzondere risico's | 4.4.9 e.v.
 - generieke causaliteit | 4.3.9 (slot)
 - gezichtspunten | 4.3.10
 - historische ontwikkeling | 2.1.3, 4.1.1
 - onderzoeksplicht bij gerede twijfel | 4.4.11
 - onroerende zaken (koop)
 - algemeen | 3.7.4 e.v.
 - bestemmingsplan | 3.7.11
 - bouwtechnische gebreken | 3.7.6
 - deskundige bijstand | 3.7.5
 - gevaarlijke of verontreinigende stoffen | 3.7.9
 - immateriële gebreken | 3.7.10
 - juridische gebreken | 3.7.11, 3.11.6
 - NVM-akte | **3.7.4**, 3.7.9, 3.7.11
 - ouderdomsgebreken | 3.7.6
 - ontslagneming | 3.3.1 e.v.
 - ontwikkelingsrisicoverweer | 3.10.9, 4.5.2, **4.5.6 e.v.**
 - onvoorzichtigheid
 - anticipatie op onvoorzichtigheid | 2.1.3, 4.3.3, 4.4.1, 4.4.9, 4.5.7, 4.6.3, 5.3.3 (slot), 5.4.1
 - bescherming van onvoorzichtige contractanten | 2.3.2, 3.6.16, 3.7.6 (slot), 4.8.5, 5.4.1
 - onvoorziene omstandigheden | 3.8.9
 - opdracht | 3.11.2, **4.8.1 e.v.**
 - opschorting | **3.8.9**, 3.9.2 (slot), 3.10.1
 - opstal (aansprakelijkheid) | 4.5.3 e.v.
 - optiehandel | 4.8.3, **4.8.4**, 4.8.6
- P**
- positief vs. negatief contractsbelang | 3.10.2, 3.10.4 (slot), 3.10.6 (slot), 3.12.2
 - postcontractuele informatieplichten | 1.5.3, 3.8.7, 3.11.5, 3.11.11, 4.5.7
 - posterieure omstandigheden | 3.3.1, 3.3.4, **3.4.3**, 3.4.4, 3.4.5, 3.8.6, 3.8.9
 - precontractuele informatieplichten | 1.2, 1.5.3, 3.1 e.v.
 - precontractuele vs. delictuele informatieplichten | 5.4.3 e.v.
 - prijstelling | 3.3.3 e.v.
 - Principles of European Contract Law (PECL)* | 2.9.2
 - Principles of European Law, Service Contracts (PEL SC)* | 3.10.1
 - Principles of European Tort Law (PETL)* | 2.9.4
 - prioriteitsregels (dwaling)
 - evaluatie | 3.6.18
 - mededelingsplicht prevaleert | **3.6.16**, 3.7.2, 3.7.6 (slot), 3.7.7, 3.7.8, 3.7.11 (slot), 3.8.9, 3.11.4, 3.11.7, 3.11.11, 4.3.16
 - status | 3.6.17
 - waarheidsplicht prevaleert | 3.1.3, **3.6.15**, 3.8.9, 3.11.4, 3.11.7, 3.11.11, 4.3.16
 - privésfeer (aansprakelijkheid) | 4.3.4, 5.4.4 (slot)
 - productenaansprakelijkheid | 3.10.9, **4.5.6 e.v.**
 - productwaarschuwingen | 3.8.7, 3.11.5, 4.5.7

R

rechtseconomie | 1.4, 4.1.3
 rechtsgebreken (art. 7:15 BW) | 3.7.11,
3.11.6

rechtsgevolgen van overeenkomsten
 | 3.8

rechtsinbreuk (aansprakelijkheid)

- algemeen | 4.2.4 e.v.
- definitie | 4.2.7
- informatieplichten | 4.2.5
- leer Smits | 4.2.6 e.v.

rechtsplichten | **2.4.1**, 2.4.2

rechtspsychologie | 1.4, 4.3.7, 4.3.13

rechtsverhouding | 2.2.4 (slot)

rechtsverwerking | 3.8.9

rechtsvinding | 5.3.1 (slot)

rechtszekerheid | 5.5 (slot)

rechtvaardigingsgronden | 4.2.4, **4.2.5**,
 4.3.1, 4.3.7, 4.3.12, 5.3.7

redelijkheid en billijkheid

- aanvullende werking | 3.8.6, **3.8.7**
- beperkende werking | 3.2.3, 3.3.4,
 3.3.2, 3.8.6, **3.8.8 e.v.**
- historische ontwikkeling | 2.1.2,
 2.2.2, 3.1.2
- proportionele toepassing | 3.3.4,
 3.8.8
- redelijkheid en billijkheid vs.
 goede trouw | 2.2.2
- redelijkheid en billijkheid vs.
 maatschappelijke zorgvuldigheid
 | **2.2.4**, 3.10.6, 5.4.3

relativiteit

- van informatieplichten | 3.10.3,
 3.10.4, 3.10.6 (slot), 3.10.7 (slot),
 5.3.6
- van onrechtmatige daad | 3.10.6
 (slot), 4.2.3, 4.2.5, 4.2.9, 4.2.18
 (slot)

relevantievereiste | 3.11.4, 5.3.3, 5.3.5

réticence dolosive | 2.6.1

richtlijn consumentenrechten | 2.9.1

risicoaansprakelijkheid

- algemeen | 4.5.1 e.v.
- bijzondere risico's (terminologie)
 | 4.4.8
- contractuele
 risicoaansprakelijkheid | 3.10.9

· eigen schuld | 4.5.1

· informationele context | 4.5.1,
4.5.9, 5.2.1 (slot)

· Kelderluikfactoren | 4.5.2, 4.5.3,
 4.5.4, 4.5.6, 4.5.9

· kennisvereiste | 4.5.2, 4.5.5 (slot),
 4.5.9

· ontwikkelingsrisicoverweer
 | 3.10.9, 4.5.2, **4.5.6 e.v.**

· *responsabilité du fait des choses*
 | 2.6.4

· risicoaansprakelijkheid vs.
 schuldaansprakelijkheid | 4.2.2,
 4.5.1, 4.5.2 (slot), 4.5.5, **4.5.9 (slot)**

· *state of the art*-verweer | 4.5.7

· tenzij-formules | 4.5.1, 4.5.2, 4.5.5,
 4.5.9

· voor dieren | 4.5.1

· voor opstallen | 4.5.3

· voor producten | 3.10.9, **4.5.6 e.v.**

· voor roerende zaken | 4.5.2

risicobeginsel

· bij delictuele aansprakelijkheid
 | 4.2.2, 4.2.13 (slot), 4.2.14, 4.5.1

· bij onbevoegde
 vertegenwoordiging | 3.4.5

risicodrempel | 4.3.5

rompovereenkomst | 3.12.2

S

schadevergoeding | 1.3, 4.2.3

schuldaansprakelijkheid

· algemeen | **4.2.2**, 4.2.3 e.v.

· schuldaansprakelijkheid vs.
 risicoaansprakelijkheid | 4.2.2,
 4.5.1, 4.5.2 (slot), 4.5.5, **4.5.9 (slot)**

schuldbeginsel | **4.2.2**, 4.2.13, 4.5.1,
 4.5.6

Schutzpflichten | 2.7.3, 2.7.5

sport en spel (aansprakelijkheid)
 | 4.3.4, 5.4.4 (slot), 5.4.5

state of the art-verweer | 4.5.7

subjectieve kennis | 1.5.2, 4.2.12, 4.4.3
 e.v., **5.2.2**, 5.2.6, 5.3.3

subjectieve ondergrens

(vertrouwensbescherming) | 3.7.8,
 3.11.9, 5.3.5

systemzorg | 4.4.5 (slot)

T

Täuschung durch Verschweigen | 2.7.1
 terreinbeheerdersaansprakelijkheid
 | 2.1.3, 4.4.5, **4.4.6 e.v.**, 5.4.4
 toedoen-vereiste (vertegenwoordiging)
 | 3.4.5 e.v.
 toerekening
 · hulppersonen en hulpzaken
 | 3.10.9
 · onrechtmatige daad | 3.10.6,
 4.2.3, 4.2.5, 4.2.16
 · onrechtmatigheid vs.
 toerekenbaarheid | 4.2.17
 · wanprestatie | 3.10.9
 · toerekening van kennis | 3.7.5,
 3.11.4, 5.2.6 (slot), **5.2.7**
 traceerbaarheid (gezichtspunt) | 3.4.3,
 3.6.3, 3.11.7, 3.11.11, 4.3.4, **5.3.5**
 twijfel
 · goede trouw en gerede twijfel
 | 2.2.2
 · mededelingsplicht omtrent twijfel
 | 3.6.4, 3.7.3, 3.7.14 (slot), **5.2.5**
 · onderzoeksplicht bij gerede
 twijfel | **2.2.2**, 3.4.2, 3.6.5 (slot),
 3.6.12, 3.8.2, 3.9.2, 4.4.11, 5.2.2,
 5.3.6

U

uitleg van overeenkomsten
 · algemeen | 3.3.5, **3.8.1 e.v.**, 3.10.1,
 3.11.7
 · contra proferentem-regel | 3.3.6,
3.8.1, 3.8.3
 · Haviltex-maatstaf | 3.8.1
 · informatieplichten | 3.8.2 e.v.
 · normatieve uitleg | 3.8.6

V

veiligheid (gezichtspunt) | 3.6.3, 3.7.1
 e.v., 3.7.9, 3.11.7, 4.3.4, 5.3.5, 5.4.5
 verbintenis tot informatieverstrekking
 | **2.4.1**, 3.10.1, 3.10.7, 3.10.8, 4.2.9
 verbintenissenrecht
 · contractenrecht vs.
 aansprakelijkheidsrecht | 5.4.2
 (slot), **5.4.6**

· vloeiend verbintenissenrecht
 | 5.4.6
 vereenzelvigingsmaatstaf | 5.2.7
 verkeersopvattingen | **2.2.3**, 2.7.1, 3.4.2,
 3.4.5, 3.6.1, 3.6.3, 3.6.6, 3.6.9, 3.6.11,
 3.10.6, 3.10.9, 4.2.2, 4.2.16, 4.3.2, 5.3.3
Verkehrspflichten | 2.7.5
 verkopersdwaling | 2.1.2, 3.1.1, 3.2.3,
 3.7.11, 3.7.13, 3.7.14
 verschoonbaarheid | 3.1.3, 3.5.3, **3.6.11**,
 3.11.4
 vertegenwoordiging
 · aansprakelijkheid tussenpersoon
 | 3.4.1
 · informatieplichten ex art. 3:61
 lid 2 BW | 3.4.2
 · posterieure omstandigheden
 | 3.4.3 e.v.
 · risicoleer | 3.4.5 e.v.
 · toedoen-vereiste | 3.4.5 e.v.
 vertrouwensbeginsel | 5.2.7 (slot)
 verzekering | 2.1.2, 2.8.2, 3.2.2, 3.3.3,
 3.7.13, 3.8.3, 3.8.7, 3.8.8, 3.9.4, **3.11.4**
 voorzienbaarheid (terminologie) | 3.2.3,
5.2.2 (slot)
 voorzorgsbeginsel | **4.1.14 e.v.**, 4.3.9
 voorzorgsmaatregelen
 · bezwaarlijkheid | 4.3.6
 · financiële bezwaarlijkheid | 4.1.3,
4.3.6
 · gebruikelijkheid | 4.3.6
 · waarschuwing als
 voorzorgsmaatregel | 4.3.7
 · waarschuwing vs. fysieke
 voorzorg | 2.7.5, **4.3.7 (slot)**,
 4.3.13, 4.4.1, 4.5.7, 4.6.3

W

waarheidsplicht | 1.5.1, **3.6.6 e.v.**
 waarschuwingsplichten
 · mededelingsplicht vs.
 waarschuwingsplicht | 1.5.3,
2.3.2, 4.8.5
 · productwaarschuwingen | 3.8.7,
 3.11.5, 4.5.7
 · terminologie | 1.5.2 e.v.
 · waarschuwingsplicht laedens
 | 4.3.1 e.v.

wanprestatie | 3.10
wederzijdse dwaling | 3.5.5, 3.6.4 (slot),
3.6.9 e.v., 3.6.11, 3.10.6
wegbeheerdersaansprakelijkheid
| 2.1.3, 4.3.7, 4.3.12, 4.4.5, 4.4.6 e.v.,
4.5.3
weigeringsplicht | 4.8.2, 4.8.4, 4.8.5,
4.8.6
werkgeversaansprakelijkheid
· algemeen | 2.1.3, 4.3.4, 4.3.10,
4.3.13, 4.6.1 e.v., 5.3.7, 5.4.2, 5.4.4
· anticipatie op onvoorzichtigheid
| 4.6.3
· bewijslast | 4.6.1
· eigen schuld | 4.6.1
· eigen verantwoordelijkheid
werknemer | 4.6.3
· Kelderluikfactoren | 4.6.2
· onderzoeksplicht werkgever
| 4.6.2
· waarschuwingsplicht vs. fysieke
voorzorg | 4.6.3
· zorgplicht werkgever | 4.6.2
wettelijke informatieplichten | 2.4.1,
3.11.1, 4.2.9
wilsgebreken | 3.5.1 e.v.
wilsvertrouwensleer | 3.2

Z
zelfredzaamheid | 3.1.2 e.v., 4.1.2 e.v.,
5.4.1 e.v.
zorgplichten | 1.2, 2.1.4, 5.3.1, 5.4.2
zorgvuldigheidsnormen | 2.2.4, 4.2.10
e.v.
zuiver nalaten | 2.9.4, 4.4.3 e.v., 5.2.2,
5.2.3

Curriculum vitae

Kasper Jochem Olivier Jansen

- 1982 Geboren te Leiden
- 2000 Eindexamen gymnasium, Visser 't Hooft Lyceum, Leiden
- 2005 Doctoraalexamen Nederlands recht, differentiatie civiel recht, Universiteit Leiden (*cum laude*)
- 2005-2011 PhD-fellow, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, afdeling civiel recht, Universiteit Leiden

In de boekenreeks van de Graduate School of Legal Studies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2010 en 2011 verschenen:

- MI-169 P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1407 158 0
- MI-170 M.V. Polak (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, ISBN 978 90 6916 714 5
- MI-171 E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8728 070 3
- MI-172 H.H. Kielman, *Politiele gegevensverwerking. Naar een effectieve waarborging*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 503 1
- MI-173 K. Siewicz, *Towards an Improved regulatory Framework of Free Software. Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments*, (diss. Leiden) Warszawa (Polen): Sowa 2010, ISBN 978 83 930580 0 6
- MI-174 L. Mommers, H. Franken, J. van den Herik, F. van der Klaauw, G.-J. Zwenne (red.) *Het binnenste buiten*, Liber amicorum A.H.J. Schmidt, Leiden: eLaw@leiden 2010, ISBN 978 90 815196 1 8
- MI-175 R. Ong, *Mobile Communication and the Protection of Children*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 080 2
- MI-176 M.P. Lycklama à Nijeholt, *Goodwill and value creation of acquisitions*, (diss. Leiden), Zutphen: Ipskamp 2010, ISBN 978 90 9025 290 2
- MI-177 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010 ISBN, 978 90 8728 098 7
- MI-178 J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 662 2
- MI-179 M.B. Voulon, *Automatisch contracteren*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 098 7
- MI-180 B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010
- MI-181 S. van Wingerden, D. Alberda, M. Moerings, B. Wartna & J. van Wilsem, *Recidive en nazorg. Een onderzoek onder oud-bewoners van Exodus, DOOR, Moria & Ontmoeting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 316 9
- MI-182 J. Vis, *Ondernemend Waarderen : Waarderend Ondernemen. De subjectiviteit van het begrip economische waarde*, (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010, ISBN 987 90 466 0364 2
- MI-183 J.M.J. van Rijn van Alkemade & J. Uzman (red.), *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 5850 6375
- MI-184 G.K. Schoep, C.P.M. Cleiren, J.P. van der Leun & P.M. Schuyt (red.), *Vervlechting van domeinen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.L. de Wijkerslooth*, Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 879 4
- MI-185 Th. Doreleijers, J. ten Voorde & M. Moerings (red.), *Strafrecht en Forensische Psychiatrie voor 16- tot 23-jarigen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 356 5
- MI-186 C. Jiménez Monroy, *Legal and Institutional Aspects of Latin-American Space Cooperation AQUARELSat: The Water Monitoring Constellation*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 595 6
- MI-187 M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur, Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland gezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 379 4
- MI-188 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis, *40 jaar practicum. Rondom onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 13 08228 9

- MI-189 M.R. Bruning, M.P. de Jong, T. Liefwaard, P.M. Schuyt, J.E. Doek & T.A.H. Doreleijers, *Wegwijs in het jeugdsanctierecht. Onderzoek naar het juridisch kader voor de zwaarste jeugdsancties in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978-90-5850-621-4
- MI-190 J.P. van der Leun, E.R. Muller, N. van der Schee, P.M. Schuyt & M.A.H. van der Woude, *De vogel vrij. Liber amicorum prof.dr.mr. Martin Moerings*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2011, ISBN 978 90 5961 657 7
- MI-191 M. den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (diss. Leiden) 2011
- MI-192 I. Ievdokymova, *The EU-US SWIFT agreement: which Fate under the Lisbon Data Protection Framework?*, Den Haag: Jongbloed 2011, ISBN 978 90 700 6253 8
- MI-193 R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht*, Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 132 8, eISBN 978 90 0060 050 8
- MI-194 O.P. van Vliet, *Convergence and Europeanisation. The Political Economy of Social and Labour Market Policies* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 145 8, e-ISBN 978 94 0060 063 8
- MI-195 Y.M. van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Lemma 2011, ISBN 978 90 5931 7 253
- MI-196 D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu uitgevers 2011, ISBN 978 90 12 38728 6
- MI-197 M.L. Koemans, *The war on antisocial behaviour. Rationales underlying antisocial behaviour policies. Comparing British and Dutch discourse analyses*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ponsen & Looijen 2011, ISBN 978 90 6464 501 3
- MI-198 M. Hagens, *Toezicht op menswaardige behandeling van gedetineerden in Europa. Een onderzoek naar de verhouding tussen het EHRM en het CPT bij de effectuering van het folterverbod*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 585 0714 3
- MI-199 G.O. Reerink, *Toezicht Tenure security for Indonesia's urban poor. A socio-legal study on land, decentralisation, and the rule of law in Bandung*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 152 6, eISBN 978 94 0060 071 3
- MI-200 F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*, (diss. Leiden), Antwerpen: Maklu 2012
- MI-201 R.P. Orij, *Societal Determinations of corporate social disclosures*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012
- MI-202 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 434 9, eISBN 978 90 1310 435 6

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek