



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

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 verbintenissenrechtelijke 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 deelterreinen 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, L/N 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 informatievergarig 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.