



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

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 zorgvuldigheidsnorm 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 onverbreekelijk 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 onderzoekspflicht 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 mededelingsplichteert 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 onderzoekspflicht 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 onderzoekspflicht 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 onderzoekspflicht 'ontaardt' dan feitelijk in een mededelingsplicht.

82 Vgl. Nieuwenhuis, die zich enerzijds aanhanger betoont van de gedachte dat mededelingsplicht en onderzoekspflicht 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, *RodW* 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 ‘waarschuwingplicht’ 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 waarschuwingplicht 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 waarschuwingplicht 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 waarschuwingplicht 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 waarschuwingplicht 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 waarschuwingplicht 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 alle 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 uitgedroefd 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 informatiekort, 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 (Oftringa/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 waarschuwingplichten 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 waarschuwingplichten 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 waarschuwingplicht in het kader van gevaarzetting. 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 waarschuwingplicht 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*) voortvloei-

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 Markesinis 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 bevuilde 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 tegen 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).