



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

3 | Informatieplichten in het contractenrecht

3.1 INLEIDING

3.1.1 Algemeen

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

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

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

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

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

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

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

3.1.2 Zelfredzaamheid of altruïsme?

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.3 Het standaardarrest: Baris/Riezenkamp

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

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

9 Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

10 Nieuwenhuis 1986a, p. 319.

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

12 Nieuwenhuis 2009, p. 2255.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij; dat dit onder meer medebrengt dat voor dengene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft (...).

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

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

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

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

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

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

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

3.1.4 Plan van behandeling

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

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

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

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

3.2 WILSVERTROUWENSLEER

3.2.1 Algemeen; wettelijk kader

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28 Vgl. Rb. Rotterdam (ktr.) 25 juni 2009, *LJN* BJ2350, *Prg.* 2009, 135.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

33 Zie bijv. Vranken 1997, p. 13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

42 Deze tournure is in art. 3:34 lid 1 BW terechtgekomen naar aanleiding van een (min of meer terloopse) opmerking in de Toelichting Meijers bij het Oorspronkelijk Ontwerp. Zie TM, PG Boek 3, p. 165.

Hoewel de bewoordingen van deze voorzienbaarheidstournure wellicht anders doen vermoeden, spelen informatieplichten bij de toepassing ervan geen rol. Zulk een normatieve lading zou ook niet passen bij de bewijsrechtelijke aard van het artikel. Het gaat in dit verband enkel om de vraag of een wettelijk vermoeden van discrepantie kan worden aangenomen, met andere woorden: of op voorhand voldoende aannemelijk is dat de geestelijk gestoorde een onbedoelde verklaring heeft afgelegd. In geval van een onvoorzienbaar nadelige rechtshandeling – een ogenschijnlijk voordelige rechtshandeling die naderhand toch onvoordelig uitpakt – luidt het antwoord op die vraag uiteraard ontkennend. Het is dan, logischerwijze, aan de geestelijk gestoorde zelf om te bewijzen dat hij die rechtshandeling van meet af aan niet heeft willen verrichten. De enkele betekenis van de voorzienbaarheidstournure is dus dat zij verhindert dat het bewijsvermoeden omtrent de nadelige rechtshandeling (ook) wordt toegepast op rechtshandelingen die eerst *naderhand* onvoordelig blijken te zijn.⁴³

Kennelijk tegen deze achtergrond heeft de Hoge Raad in 2002, in navolging van de literatuur,⁴⁴ beslist dat het voorzienbaarheidsbegrip van art. 3:34 lid 1 BW naar *objectieve maatstaven* moet worden uitgelegd. Aanleiding was een geval van (beweerdelijk) onbedoelde ontslagneming door een werknemer die ten tijde van die ontslagneming aan een psychiatrische stoornis leed. De rechtbank had op basis van het bewijsvermoeden van art. 3:34 lid 1 BW een discrepantie van wil en verklaring aangenomen. In cassatie werd dit oordeel door de werkgever aangevochten met de stelling dat hij ten tijde van de ontslagneming in de veronderstelling had verkeerd dat de werknemer al ander werk had gevonden, zodat het aan de ontslagneming verbonden nadeel voor hem niet voorzienbaar was geweest. De Hoge Raad ging hier niet in mee en overwoog dat het in dit verband aankomt op het ‘naar objectieve maatstaven redelijkerwijs niet voorzienbaar nadeel’.⁴⁵

Voor zover de Hoge Raad hiermee heeft bedoeld dat de rechter slechts behoeft te onderzoeken of het nadeel in zijn ogen – achteraf gezien – voorzienbaar was, lijkt mij die benadering minder gelukkig. De door art. 3:34 lid 1 BW geboden objectivering (‘redelijkerwijze’) gaat wat mij betreft niet zo ver dat de voorzienbaarheid geheel wordt losgekoppeld van het perspectief van partijen.⁴⁶ Stel – variërend op het bekende geval van de Kantharos van Stevensweert⁴⁷ – dat een geestelijk gestoorde een zwaar beschadigde, zilveren beker verkoopt aan een museum, voor een op het eerste gezicht normale prijs. Naderhand blijkt dat het een zeldzame beker van Grieks-Romeinse oorsprong

43 Vgl. MvA II, PG Boek 3, p. 170.

44 Zie bijv. Vetter 1992, p. 42.

45 HR 15 november 2002, NJ 2003, 60 (S./MS.), r.o. 3.4.2.

46 Vgl. par. 5.2.2, over kennisgradaties.

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

betrof, die een 'uitzonderlijk hoge artistieke en historische waarde' vertegenwoordigde. De geestelijk gestoorde had derhalve een veelvoud van de betaalde koopprijs kunnen vragen. Hij vordert vernietiging van de koopovereenkomst op grond van (het bewijsvermoeden van) art. 3:34 lid 1 BW. Het museum verweert zich met de stelling dat het onderhavige nadeel – lees: de hoge waarde van de beker – niet voorzienbaar was ten tijde van de koop. In een dergelijk geval moet mijns inziens, gezien de 'eenzijdige' oriëntatie van art. 3:34 BW, het perspectief van de geestelijk gestoorde beslissend zijn.⁴⁸ Het gaat immers om de vraag of het waarschijnlijk is dat aan zijn kant sprake is geweest van een discrepantie van wil en verklaring. Daarvoor is relevant of vanuit zijn optiek enig nadeel viel te voorzien. Stel dat de geestelijk gestoorde in casu een ervaren kunsthandelaar was, die in een vlaag van verstandsverbijstering de koop gesloten heeft. In die situatie ligt het alleszins voor de hand dat hij, bij afwezigheid van zijn geestelijke stoornis, de overeenkomst nooit zou hebben gesloten. Voor hém was het nadeel immers voorzienbaar. Betrof het daarentegen een ondeskundige leek, die ook zonder geestelijke stoornis de artistieke waarde van de beker waarschijnlijk niet zou hebben onderkend, dan is een discrepantie van wil en verklaring niet op voorhand aannemelijk. In die situatie is voor toepassing van het bewijsvermoeden geen aanleiding en zal de geestelijk gestoorde zelf moeten bewijzen dat hij de koop niet heeft willen sluiten. Slaagt hij daarin niet, dan ligt een beroep op (verkopers)dwaling (art. 6:228 BW) meer voor de hand.

Al met al moet mijns inziens de voorzienbaarheidstournure van art. 3:34 lid 1 BW inderdaad 'naar objectieve maatstaven' worden uitgelegd, zolang dat maar gebeurt vanuit het perspectief van de geestelijk gestoorde zelf. In zoverre behoeft het arrest van de Hoge Raad uit 2002 verduidelijking. Intussen is met het voorgaande wel aangetoond dat van werkelijke informatieplichten – als plichten tot vergaring en verstrekking van informatie – in het kader van art. 3:34 BW geen sprake is. Die conclusie wekt geen verbazing, gelet op hetgeen aan het begin van deze paragraaf werd vooropgesteld omtrent informatieplichten uit hoofde van art. 3:33 BW, waarvan art. 3:34 BW een (bewijsrechtelijke) uitwerking vormt.

3.2.4 Tussenconclusie

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat (met name) art. 3:35 BW aanknopingspunten biedt voor de aanvaarding van wederzijdse, onderling samenhangende informatieplichten. Nu eens zal de verklarende partij moeten onderzoeken

48 Vgl. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 38, die betoogt dat het erom gaat 'wat een 'gemiddeld' persoon, wiens geestvermogens niet gestoord zijn, ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling zou hebben voorzien in het geval dat hij *in de schoenen van de gestoorde* zou hebben gestaan' (curs. toegevoegd).

ken hoe haar verklaring door de wederpartij is opgevat, of zal zij moeten mededelen hoe zij deze heeft bedoeld, dan weer zal de wederpartij navraag moeten doen omtrent de betekenis van de verklaring, of zal zij moeten mededelen hoe zij deze heeft begrepen. De keuze tussen beide alternatieven is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het door de verklarende partij te lijden *nadeel* speelt in dit verband een cruciale rol als gezichtspunt voor het aannemen van informatieplichten aan de zijde van de vertrouwende partij (par. 3.2.1). Beslissend is uiteindelijk wat partijen onder de gegeven omstandigheden omtrent elkaars bedoelingen (en de wederzijdse interpretatie daarvan) mochten *verwachten* (par. 3.2.2).

Een volwaardig beeld van de hier bedoelde contextgebonden vertrouwens-toetsing verkrijgt men niet anders dan door raadpleging van de desbetreffende, doorgaans kleurrijke jurisprudentie. De volgende paragraaf is daaraan gewijd. Aan de orde komen achtereenvolgens de gevallen van onbedoelde ontslagneming (par. 3.3.1 e.v.), de gevallen van onbedoelde prijsstelling (par. 3.3.3 e.v.), de misverstand-gevallen (par. 3.3.5 e.v.) en de aanvaarding van algemene voorwaarden (par. 3.3.7 e.v.).

3.3 WILSVERTROUWENSLEER; CASUÏSTIEK

3.3.1 Onbedoelde ontslagneming

In het kader van de jurisprudentie over art. 3:35 BW nemen de gevallen van onbedoelde ontslagneming een prominente plaats in. Gemeenschappelijk kenmerk van deze gevallen is dat er aan de zijde van de verklarende partij (de werknemer die ontslag neemt) vrijwel altijd sprake is van ernstig *nadeel*, namelijk verlies van arbeidsbetrekking en dikwijls ook van perspectieven op een werkloosheidsuitkering.⁴⁹ In par. 3.2.1 bleek reeds dat zulk nadeel een cruciaal gezichtspunt vormt bij het aannemen van informatieplichten. Voor wat betreft de gevallen van onbedoelde ontslagneming heeft de Hoge Raad het hier bedoelde gezichtspunt als volgt verwoord:

‘De volgens vaste rechtspraak geldende strenge maatstaf ter beantwoording van de vraag of een werknemer zijn dienstbetrekking vrijwillig heeft willen beëindigen, dient (...) ertoe de werknemer te behoeden voor de ernstige gevolgen die vrijwillige beëindiging van het dienstverband voor hem kan hebben, kort gezegd het verloren gaan van de mogelijkheid zich op ontslagbescherming te beroepen, en het mogelijk verlies van aanspraken ingevolge de sociale zekerheidswetgeving, met name een werkloosheidsuitkering. In verband met die ernstige gevolgen zal de werkgever

49 Zie bijv. Asser/Heerma van Voss 7-V* (2008), nr. 326; en Arbeidsovereenkomst (De Wolff), art. 7:667, aant. 14.1.

niet spoedig mogen aannemen dat een verklaring van de werknemer is gericht op vrijwillige beëindiging van de dienstbetrekking.⁵⁰

Geheel in het algemeen kan men dus stellen dat in gevallen van ontslagneming relatief snel een onderzoeksplicht van de werkgever zal gelden, in verband met het door de werknemer als gevolg van ontslagneming te lijden nadeel.⁵¹ In die zin staat de jurisprudentie hier meer in het teken van altruïsme dan van zelfredzaamheid (vgl. par. 3.1.2). Gezien de aard van de arbeidsverhouding – het betreft hier doorgaans een ‘sterke’ werkgever tegenover een ‘zwakke’ werknemer – en de sociaal-maatschappelijke betekenis van het arbeidscontract – voor velen is arbeid de enige bron van inkomsten – ligt dat ook voor de hand. Meer in het algemeen past deze altruïstische benadering bij de beschermingsgedachte waarvan het gehele arbeidsrecht is doordeesemd.⁵²

De bescherming die in het kader van art. 3:35 BW aan de werknemer wordt toegekend, manifesteert zich in twee vormen.⁵³ Enerzijds geldt volgens vaste rechtspraak de hoofdregel dat de werkgever zijn werknemer slechts dan aan een ontslagneming mag houden, indien die ontslagneming berust op een ‘duidelijke en ondubbelzinnige’ verklaring van de werknemer.⁵⁴ De werkgever kan bijvoorbeeld geen gerechtvaardigd vertrouwen ontlenen aan het enkele feit dat de werknemer een door de werkgever opgestelde ontslagbrief tekent voor ontvangst.⁵⁵ En evenmin is er sprake van gerechtvaardigd vertrouwen indien de werknemer, na een woordenwisseling met de werkgever over weigering van een verlangde snipperdag, uitroept dat hij ‘op staande voet weggaat’ en vervolgens ook inderdaad enige tijd wegblijft.⁵⁶ Dergelijke ‘ontslagnemingen’ worden in de jurisprudentie beschouwd als onvoldoende duidelijk en ondubbelzinnig.⁵⁷ Anderzijds moet de werkgever – ook als de ontslagverklaring op zichzelf niets aan duidelijkheid te wensen overlaat – tot

50 HR 10 juni 2005, NJ 2005, 395 (Al Hage Hussein/Zbir c.s.), r.o. 3.4. Zie in gelijke zin reeds HR 28 mei 1982, NJ 1983, 2 (Coolwijk/Kroes), r.o. 3.2.

51 Zie in die zin bijv. Vetter 1992, p. 45 e.v. Vgl. ook Pitlo 1949, p. 8.

52 Zie bijv. Bouwens & Duk 2011, p. 313, 325. Vgl. ook Asser/Heerma van Voss 7-V* (2008), nr. 10. Zie voorts par. 4.6.1 e.v., over de werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW.

53 Zie bijv. Asser/Heerma van Voss 7-V* (2008), nr. 326; en Arbeidsovereenkomst (De Wolff), art. 7:667, aant. 14.2-14.3. Vgl. ook Hijma & Olthof 2011, nr. 38a (kleine letter).

54 Die regel geldt overigens – begrijpelijkerwijs – niet voor ontslagverklaringen van de zijde van de *werkgever* (HR 10 juni 2005, NJ 2005, 395 (Al Hage Hussein/Zbir c.s.), r.o. 3.4). Hij geldt evenmin buiten het terrein van het ontslagrecht, bijv. voor de verslechtering van arbeidsvoorwaarden (HR 12 februari 2010, LJN BK3570, RvdW 2010, 297 (Van Beek c.s./CZ), r.o. 3.7).

55 Zie HR 25 maart 1994, NJ 1994, 390 (Ritico/Stichting), r.o. 3.3.

56 Zie HR 28 mei 1982, NJ 1983, 2 (Coolwijk/Kroes), r.o. 3.2.

57 Zie voor andere gevallen bijv. HR 20 september 1991, NJ 1991, 785 (Lam Lion/Hopman); HR 8 april 1994, JAR 1994, 95 (Van der Laan/LCS); HR 28 april 1995, NJ 1995, 651 (Lensen/Pieters); HR 19 april 1996, JAR 1996, 116 (U-A-Sai/Harteveld); HR 30 mei 1997, NJ 1997, 611 (Spek/Evelyn); HR 26 mei 2000, NJ 2000, 566 m.nt. PAS (Veenendaal/Van Vuuren); en HR 13 juli 2001, NJ 2001, 505 (Keijzer/FVC).

op zekere hoogte onderzoek doen naar de achterliggende bedoelingen van de werknemer.⁵⁸ Zo zal hij bij buitenlandse werknemers die de Nederlandse taal niet machtig zijn en een ontslagverklaring ondertekenen, zorgvuldig moeten navragen of zij zich van de reikwijdte van die verklaring bewust zijn.⁵⁹ En evenzo zal hij, indien een werknemer in een opwelling of anderszins onder bijzondere (emotionele) omstandigheden ontslag neemt, soms een 'afkoelingsperiode' of 'bedenktijd' in acht moeten nemen, teneinde te achterhalen of de werknemer – na het voorbijgaan van die opwelling of andere bijzondere omstandigheden – nog steeds ontslag wenst.⁶⁰

Tegen deze achtergrond kan men zeggen dat de onderzoeksplicht van de werkgever in gevallen van onbedoelde ontslagneming een negatief en een positief aspect kent. Het negatieve aspect houdt in dat de werkgever verklaringen van de werknemer omtrent diens ontslagneming niet zomaar voor lief mag nemen; zij moeten 'duidelijk en ondubbelzinnig' zijn. Het positieve aspect houdt in dat de werkgever zulke verklaringen ook actief moet onderzoeken, teneinde te beoordelen of zij overeenstemmen met de wil van de werknemer. Positief en negatief aspect vertonen – vanwege hun relatie met respectievelijk de *wil* tot ontslagneming en de daartoe strekkende *verklaring* (vgl. art. 3:33 BW) – een nauwe samenhang, zodat zij in de praktijk in elkaar kunnen overlopen. De hierboven bedoelde 'negatieve' plicht van de werkgever om geen genoegen te nemen met de ondertekening van een ontslagbrief voor ontvangst, impliceert bijvoorbeeld tevens de 'positieve' plicht om te verifiëren of de werknemer heeft begrepen dat zijn vrijwillige instemming met ontslag werd gevraagd.⁶¹ Het betreft hier naar mijn indruk dan ook niet zozeer een principiële tweedeling in de jurisprudentie, als wel een min of meer toevallig verschil in formulering. In sommige gevallen legt de rechter het perspectief bij de werknemer, en verlangt hij dat diens ontslagneming 'duidelijk en ondubbelzinnig' was, in andere gevallen kiest hij voor het perspectief van de werkgever, en overweegt hij dat die beter onderzoek had moeten doen naar de bedoelingen van de werknemer.

Men hoede zich intussen voor de conclusie dat de beschermingsgedachte in het arbeidsrecht ertoe leidt dat onbedoelde ontslagnemingen (vrijwel) altijd ongedaan kunnen worden gemaakt door de werknemer die zich achteraf 'bedenkt'. De rechtspraak biedt talloze voorbeelden van gevallen waarin de

58 Vgl. HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 505 (Keijzer/FVC), r.o. 3.2-3.3.

59 Zie bijv. HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457 m.nt. PAS (Hajziani/Van Woerden); HR 15 april 1983, *NJ* 1983, 458 m.nt. PAS onder 457 (Hajjout/Ijmah); en HR 28 september 1984, *NJ* 1985, 246 (Ben Dadi/Mayonna).

60 Zie bijv. het in par. 3.3.2 besproken arrest HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267 m.nt. PAS (Westhoff/Spronsen). Vgl. ook par. 3.4.3, over de betekenis van 'posterieure' omstandigheden in het kader van art. 3:61 lid 2 BW.

61 Aldus uitdrukkelijk HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 390 (Ritico/Stichting), r.o. 3.4.

werkgever zich wel degelijk op de vertrouwensbescherming van art. 3:35 BW kan beroepen. Bekend is het nu te bespreken arrest Westhoff/Spronsen.⁶²

3.3.2 Vervolg; Westhoff/Spronsen

In het arrest Westhoff/Spronsen ging het om vrachtwagenchauffeur Westhoff die, naar aanleiding van een op het eerste gezicht nogal onschuldig incident – na het voltooien van een rit naar Monster bleek er voor hem geen vervoer beschikbaar voor de rit terug naar Kruiningen –, in een opwelling ontslag nam bij zijn werkgeefster Spronsen. Hij riep althans tegen een medewerker van Spronsen: 'Ik pak mijn zootje, je bekijkt het maar, en ik kom niet meer terug'. Een duidelijker wilsverklaring lijkt wellicht moeilijk denkbaar, maar toch bleek drie dagen later – Spronsen had de ontslagneming intussen schriftelijk bevestigd – dat Westhoff wel degelijk terug wenste te komen. Hij beriep zich daartoe op een discrepantie van wil en verklaring ten tijde van de ontslagneming. Kantonrechter en rechtbank gingen hier niet in mee, met name omdat Westhoff gedurende de eerste drie dagen na het incident niets van zich had laten horen. De rechtbank overwoog 'dat door het stilzwijgen en wegblijven van Westhoff na een afkoelingsperiode elke eventuele twijfel aan het definitief karakter van de opzegging van de dienstbetrekking werd ingenomen' en wees Westhoffs vordering tot loondoorbetaling af. De Hoge Raad liet dit oordeel, in afwijking van de conclusie van A-G Franx,⁶³ in stand. Hij overwoog, marginaal toetsend (r.o. 3.5):

'De vraag in hoeverre op een werkgeefster een onderzoeksplicht rust ter zake van de werkelijke bedoeling van de mededelingen of gedragingen van haar werknemer, waaruit zij een ontslagneming heeft menen te mogen afleiden, kan slechts worden beantwoord in het licht van de omstandigheden en is derhalve sterk verweven met de feiten. Dat de Rb. in het onderhavige geval niet heeft aangenomen dat Spronsen in enige onderzoeksplicht is tekort geschoten, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is in het licht van de gedingstukken ook niet onbegrijpelijk, mede gelet op de functie van de onderhavige werknemer, die meebrengt dat hij in beginsel geacht kan worden over voldoende vaardigheden te beschikken om de draagwijdte van zijn verklaringen en gedragingen te overzien, alsmede op de omstandigheid dat hier aan de werknemer nog enige tijd is gelaten om op zijn verklaring terug te komen. In het oordeel van de Rb. ligt voorts besloten dat Westhoff heeft moeten begrijpen hoe zijn mededelingen en gedragingen door Spronsen zouden worden opgevat.'

62 HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 m.nt. PAS (Westhoff/Spronsen).

63 In zijn conclusie sub 4 overwoog Franx met zoveel woorden dat Spronsen hier volgens hem een onderzoeksplicht had.

Het oordeel van de Hoge Raad is in de literatuur op kritiek gestuit. Zo heeft de verwijzing van de Hoge Raad naar de functie van de werknemer aan Nieuwenhuis de retorische vraag ontlokt ‘welke functie (...) van zodanig kaliber is dat degene die haar vervult geacht moet worden de draagwijdte van zijn verklaringen en gedragingen *niet* te kunnen overzien’.⁶⁴ Inderdaad lijkt dit niet het meest zwaarwegende gedeelte van ’s Raads overwegingen. Mede in het licht van de procedure in feitelijke instanties lijkt vooral de in casu verleende *bedenktijd* van drie dagen een gewichtig argument te hebben gevormd.⁶⁵ Toch kunnen hieruit moeilijk algemene conclusies worden getrokken, omdat de Hoge Raad zulk terughoudend cassatiejargon gebruikt. In die zin lijkt mij de stelling van Stein dat uit het arrest valt af te leiden ‘dat de onderzoeksplicht slechts een bescheiden rol is toegekend in het contractenrecht’ te algemeen geformuleerd.⁶⁶ Zo men al een regel uit het arrest zou willen afleiden, is dat de regel dat het rechterlijk oordeel over art. 3:35 BW sterk verweven is met de feiten en derhalve slechts voor marginale toetsing in cassatie in aanmerking komt.⁶⁷

Het belang van Westhoff/Spronsen is overigens vooral gelegen in een ander aspect van het arrest, zij het dat dit aspect niet direct verband houdt met het leerstuk der informatieplichten. Ik doel op de overweging van de Hoge Raad dat een beroep van de werkgever op art. 3:35 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn indien ongedaanmaking van de ontslagneming aan de zijde van de werkgever geen enkel *nadeel* zou opleveren (r.o. 3.6). Afgezien van het nadeel van de werknemer – dat in zaken als deze vrijwel altijd aan de orde is (par. 3.3.1) – kan hier dus ook het nadeel aan de zijde van de werkgever een rol spelen, en wel in het kader van de derogerende redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW). Historisch gezien is deze benadering bijzonder, omdat in vroeger tijden nog werd aangenomen dat nadeel aan de zijde van de werkgever een *vereiste* was voor het inroepen van vertrouwensbescherming. De werkgever kon zich dus slechts op vertrouwensbescherming beroepen indien hij in vertrouwen op de ontslagneming iets had gedaan waardoor hij in een ongunstiger positie was terechtgekomen (bijvoorbeeld: het in dienst nemen van een nieuwe kracht).⁶⁸ De vreemde consequentie hiervan was dat de vertrouwensbescherming omtrent een ontslagneming afhing

64 Zijn (eveneens retorische) antwoord luidt: ‘Putjesschepper misschien, een functie die vroeger stevast in het vooruitzicht werd gesteld aan jongelieden met tegenvallende schoolprestaties.’ Zie Nieuwenhuis 1987, p. 101-102.

65 Aldus ook Vranken 1989, p. 34; en Arbeidsovereenkomst (De Wolff), art. 7:667, aant. 14.3.

66 Zie de NJ-annotatie van P.A. Stein bij Westhoff/Spronsen.

67 Vgl. ook HR 15 april 1988, NJ 1988, 951 m.nt. PAS (Ben Amram/Silversteyn); en HR 16 juni 1989, NJ 1989, 655 (Yilmaz/VSS).

68 Zie bijv. HR 29 november 1974, NJ 1975, 211 m.nt. GJS (Hensels/Seegers en Musters); en HR 5 december 1975, NJ 1976, 223 m.nt. GJS (X./Y.). Vgl. ook het klassieke arrest HR 11 december 1959, NJ 1960, 230 m.nt. LEHR (Eelman/Hin). Het nadeelvereiste werd eerst verlaten met het arrest HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 m.nt. PAS (Hajziani/Van Woerden), r.o. 3.6. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 136-137.

van omstandigheden die ten tijde van die ontslagneming nog *toekomstig* waren. De ‘nieuwe’ benadering van de Hoge Raad aan de hand van de derogerende redelijkheid en billijkheid is in die zin dogmatisch zuiverder.⁶⁹

Tegen deze achtergrond lijkt het mij van belang dat men de benadering van de Hoge Raad niet omzeilt door het nadeel van de werkgever en dat van de werknemer op één hoop te gooien. Zowel in de literatuur als in de rechtspraak bestaat die neiging. Zo valt bij Hartkamp en Sieburgh te lezen:

‘Een omstandigheid die in dit verband [de vertrouwenstoetsing van art. 3:35 BW, *KJO*] ook een rol kan spelen is *het door partijen over en weer te lijden nadeel*. Naarmate de handeling voor degene die zich op het opgewekte vertrouwen beroept voordeliger en voor de verklarende (kenbaar) nadeliger is, zal het vertrouwen dat de verklaring werkelijk gewild is minder snel gerechtvaardigd zijn, en zullen er meer redenen bestaan voor degene tot wie de verklaring gericht is om zich van de werkelijke bedoelingen van de wederpartij te vergewissen.’⁷⁰

Het aldus gezamenlijk ten tonele voeren van beide vormen van nadeel lijkt mij – in elk geval in het kader van art. 3:35 BW – dogmatisch onzuiver. Het valt immers niet goed in te zien dat een verklaring, zoals het citaat beweert, minder betrouwbaar wordt naarmate deze voor de geadresseerde voordeliger is.⁷¹ Mijns inziens behoeft een werkgever niet reeds aan een ontslagneming te twijfelen op de enkele grond dat zij hem toevallig goed uitkomt.

De rechtspraak lijkt op dit punt ook niet altijd even precies. Zo komt het voor dat de rechter – niet geheel onbegrijpelijk overigens – het beroep van de werkgever op art. 3:35 BW passeert met de overweging dat de werkgever in elk geval geen relevant nadeel lijdt door ongedaanmaking van de ontslagneming, en dat hij dus hoe dan ook geen beroep kan doen op art. 3:35 BW.⁷² Hoewel de Hoge Raad bereid is een dergelijke constructie te sauveren,⁷³ lijkt zij mij weinig inzichtelijk en inhoudelijk minder juist. Weinig inzichtelijk, omdat het rechterlijk oordeel over discrepantiegevallen aldus verwordt van een navolgbare vertrouwenstoetsing tot een arbitraire afweging van wederzijds nadeel. Inhoudelijk minder juist, omdat het ontbreken van nadeel aan de zijde

69 Aldus bijv. Nieuwenhuis 1987, p. 102-103. Vgl. ook par. 3.4.3, over de betekenis van ‘posterieure’ omstandigheden in het kader van art. 3:61 lid 2 BW.

70 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 135 (curs. toegevoegd). Vgl. overigens Hartkamp 1990, p. 658, waar de beide vormen van nadeel wel duidelijk worden onderscheiden.

71 Anders ligt het uiteraard (maar dat is een nogal atypische situatie) indien het nadeel van de verklarende partij rechtstreeks met het voordeel van de wederpartij correspondeert, zoals in gevallen van boedelscheiding. Vgl. HR 24 mei 1985, NJ 1986, 699 m.nt. WMK (Nolan/Aalst).

72 Zie bijv. Rb. Alkmaar 23 augustus 2001, r.o. 4.7-4.12, kenbaar uit HR 15 november 2002, NJ 2003, 60 (S./MS.).

73 Zie HR 15 november 2002, NJ 2003, 60 (S./MS.), r.o. 3.5.2. Vgl. ook de conclusie van A-G Bakels, sub 2.4.

van de werkgever blijkens Westhoff/Spronsen niet *zonder meer* leidt tot onaanvaardbaarheid van het beroep op de vertrouwensbescherming van art. 3:35 BW. Een andere opvatting zou neerkomen op herintroductie van het nadeelver-eiste, dat nu juist, na ampele discussies in de literatuur, op goede gronden door de Hoge Raad is afgeschaft.

3.3.3 Onbedoelde prijsstelling

De meest klassieke gevallen van discrepantie zijn de gevallen waarin een verkoper, om wat voor reden dan ook, een verkeerde prijs bij het gekochte heeft vermeld, en de koper daarop heeft vertrouwd. De bontjas die voor € 99 in plaats van € 999 in de etalage hangt, de offerte die een verschrijving bevat, de prijslijst die verouderd blijkt: steeds gaat het om de vraag of de koper redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat de door de verkoper vermelde prijs juist was, althans conform de bedoelingen van de verkoper. Normaliter zal het antwoord op die vraag bevestigend luiden. Het recht kent geen algemene onderzoeksplicht van kopers om de door verkopers vermelde prijzen te verifiëren.⁷⁴ Indien echter een prijs is vermeld die gezien de eigenschappen van het gekochte onwaarschijnlijk laag is, en zelfs bij de meest argeloze koper twijfel had moeten wekken, ligt het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de koper wel voor de hand. Naarmate het gekochte product duurder of meer gecompliceerd van aard is, groeit ook het gewicht van deze onderzoeksplicht. In de lagere rechtspraak is bijvoorbeeld aanvaard dat van de gemiddelde afnemer van een kostbare lcd-televisie of rentevaste hypotheeklening mag worden verwacht dat deze zich tevoren 'globaal heeft georiënteerd' op de relevante markt.⁷⁵ Deze jurisprudentie kan worden beschouwd als een uitvloeisel van de algemene gedachte dat, naarmate een gedane verklaring voor de verklarende partij nadeliger is, er voor de wederpartij meer aanleiding bestaat tot het doen van onderzoek (par. 3.2.1).

Overigens behoeft in dit verband niet uitsluitend aan koopovereenkomsten in de zin van art. 7:1 BW te worden gedacht. Andere overeenkomsten waarbij een prijsstelling is betrokken, zoals overeenkomsten van geldlening, opdracht of verzekering, kunnen eveneens aanleiding geven tot de hier bedoelde vragen. In het arrest Guliker/AGO ging het bijvoorbeeld om een verzekeringspolis waarop per abuis de post 'brandschade' niet was doorgehaald.⁷⁶ De verzekeringnemer meende dat hij op die grond mocht aannemen ook voor brandschade te zijn verzekerd, maar in rechte werd dit beroep op vertrouwensbescher-

74 Aldus bijv. Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN* BC2420, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.17.

75 Zie Rb. Breda (vzr.) 31 januari 2007, *LJN* AZ7368, *NJF* 2007, 135, r.o. 4.13; Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN* BC2420, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.16; en Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, *LJN* BJ5754, *NJF* 2009, 504, r.o. 5.4.

76 HR 8 juli 1982, *NJ* 1983, 456 m.nt. BW (Guliker/AGO).

ming afgewezen. De totale verzekeringspremie was namelijk lager dan de premie die eiser bij een andere verzekeraar betaalde voor uitsluitend een brandverzekering. Kennelijk had de verzekeringnemer hier, gezien de onwaarschijnlijke prijs van het product (de verzekeringspremie), navraag moeten doen naar de werkelijke bedoelingen van de verzekeraar.⁷⁷ Op vergelijkbare wijze werd in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat de afnemer van een hypotheeklening had moeten onderzoeken of de offerte van zijn kredietverstrekker, waarin een lagere hypotheekrente werd vermeld naarmate de rentevaste periode groeide, correct was.⁷⁸

De gevallen van onbedoelde prijsstelling kenmerken zich in het algemeen door hun charmante eenvoud. De verklaring van de verkoper (de vermelde prijs) is ondubbelzinnig. Het bestaan van een discrepantie kan – voor zover daarover al discussie ontstaat – worden bewezen door te verwijzen naar de officiële (kost)prijs.⁷⁹ De vraag naar het gerechtvaardigd vertrouwen laat zich meestal simpelweg vertalen in de feitelijke, voor bewijslevering in aanmerking komende vraag wat een *gangbare* prijs was voor het gekochte. In voorkomende gevallen kan nog van belang zijn hoe eventuele eerdere transacties tussen partijen zijn verlopen,⁸⁰ en of er bij de prijsstelling melding was gemaakt van enig bijzonder aanbod,⁸¹ maar veel meer complicaties spelen hier doorgaans niet. De *verwijtbaarheid* van de onjuiste prijsvermelding door de verkoper is bijvoorbeeld niet van belang,⁸² omdat die verwijtbaarheid niets kan toe- of afdoen aan het gerechtvaardigd vertrouwen van de koper.⁸³ Zelfs als de verkoper opzettelijk – bijvoorbeeld voor de grap⁸⁴ – een verkeerde prijs zou hebben vermeld, zou de koper daarop niet hebben mogen vertrouwen, indien

77 Aldus ook de NJ-annotatie van B. Wachter bij Guliker/AGO, sub 2.

78 Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, *LJN* BJ5754, *NJF* 2009, 504, r.o. 5.7.

79 Zie bijv. Rb. Zwolle (ktr.) 16 februari 2010, *LJN* BL3717, *NJF* 2010, 485, r.o. 7.

80 Vgl. Rb. Rotterdam 27 juli 2005, *JOR* 2005, 275, waarin het ging om een jaarlijkse winstdeling krachtens levensverzekering, die (onbedoeld) plotseling zesmaal hoger uitviel dan voorheen: geen gerechtvaardigd vertrouwen van de verzekerde.

81 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN* BC2420, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.16, sub f; en Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, *LJN* BJ5754, *NJF* 2009, 504, r.o. 5.5. Uit Hof Arnhem 28 augustus 2007, *LJN* BB4391, *NJF* 2007, 473, r.o. 4.9 blijkt overigens dat dit gezichtspunt niet doorslaggevend is: gerechtvaardigd vertrouwen van appellant werd hier niet aangenomen, hoewel geïntimeerde van 'een mooi voorstel' had gerept.

82 Hetzelfde geldt in het kader van art. 3:61 lid 2 BW (par. 3.4.5). Vgl. ook (in het kader van art. 6:228 BW) Rb. Utrecht 28 mei 2008, *LJN* BD3230, *NJF* 2008, 349, r.o. 4.10.

83 *Anders* Rb. Zwolle (ktr.) 16 februari 2010, *LJN* BL3717, *NJF* 2010, 485, r.o. 8, waarin gedaagde, die zijn motorfiets via veilingsite eBay te koop had aangeboden en daarbij per abuis geen minimumprijs had bedongen, gebonden werd geacht aan een onwaarschijnlijk laag bod, nu gedaagdes onoplettendheid 'voor zijn rekening en risico' werd gebracht.

84 Zie over rechtshandelingen bij wijze van scherts ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 148.

althans de hoogte van de prijs daartoe in de gegeven omstandigheden onvoldoende aanleiding bood.⁸⁵

Illustratief is het volgende geval, afkomstig uit de lagere rechtspraak.⁸⁶ Tijdens een landbouwbeurs had de verkoper van een dure landbouwmachine voor de grap tegen de echtgenote van een boer gezegd dat hij die machine wel wilde verkopen voor 106.000 gulden, zijnde minder dan de helft van de officiële prijs, zoals vermeld in de vooraf aan de boer toegestuurde brochure. De echtgenote koos voor een doortastende aanpak: zij noteerde het bedrag op de voorzijde van de brochure, riep haar man erbij en liet de verkoper vervolgens tekenen onder het genoteerde bedrag. De vraag of aldus een koopovereenkomst tot stand was gekomen, werd door de rechtbank ontkenkend beantwoord, omdat de boer volgens de rechtbank had moeten onderzoeken of het aanbod serieus bedoeld was. De rechtbank achtte in dit verband van belang dat de boer in de vooraf aan hem toegestuurde brochure de werkelijke, veel hogere prijs had kunnen lezen, dat tussen hem en de verkoper geen bijzondere zakenrelatie bestond, en dat er ook overigens geen omstandigheden aan de orde waren die het onderhavige aanbod aannemelijk maakten (zoals een omvangrijke beurskorting of een beschadiging van de machine). De zaak past bij uitstek in het klassieke plaatje van de gevallen van onbedoelde prijsstelling: partijen van vlees en bloed, een kleinschalige toedracht en relatief geringe belangen die op het spel staan. De volgende zaak, die inhoudelijk evenzeer klassiek kan worden genoemd, toont aan dat er ook grotere belangen gemoeid kunnen zijn met verkeerde prijskaartjes.

3.3.4 Vervolg; Postwanorder/Otto

Op 20 oktober 2006 plaatste postorderbedrijf Otto op haar website een advertentie waarin een Philips lcd-televisie werd aangeboden voor € 99,90. Een onwaarschijnlijk lage prijs, want destijds werden dergelijke toestellen nergens voor minder dan € 697 verkocht.⁸⁷ Drie dagen later, op 23 oktober 2006, werd de fout ontdekt. De zeventien klanten die tot dan toe een bestelling hadden geplaatst, ontvingen een telefonische rectificatie. De op de website vermelde prijs werd aangepast, maar ongelukkigerwijze in de verkeerde richting: het nieuwe aanbod noemde een nog enkele centen aantrekkelijker prijs van € 99. Dankzij brede verkondiging van deze weggeefprijs op diverse internetfora mocht Otto in de daarop volgende dagen meer dan 11.000 nieuwe klanten

⁸⁵ Wel lijkt het denkbaar dat in zulke gevallen een beroep van de verkoper op art. 3:33 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou worden geoordeeld (vgl. par. 3.3.4).

⁸⁶ Rb. Zwolle 29 mei 1996, *Prg.* 1997, 4708.

⁸⁷ Zie Rb. Breda (vzr.) 31 januari 2007, *LJN AZ7368*, *NJF* 2007, 135, r.o. 4.9. Otto beweerde een inkoop prijs van €762,39 voor de toestellen te hebben betaald.

verwelkomen, resulterend in een bestelling van ongeveer 14.000 toestellen. Telefonische rectificatie lag nu minder voor hand, zodat Otto op 26 oktober 2006 in een radioprogramma moest afkondigen dat er een fout was gemaakt. Het duurde nog tot ongeveer 23.20 uur die avond, voordat het onjuiste aanbod van de website was verwijderd. Een en ander had volgens Otto te maken met 'technische problemen', als gevolg waarvan de vermelde prijs – die eigenlijk, aldus Otto in hoger beroep, betrekking had op de bij de televisie behorende wandsteun – gedurende enkele dagen niet kon worden aangepast.

De handelwijze van Otto moge van wanbeleid getuigen, tot gerechtvaardigd vertrouwen van de kopers kan zij niet hebben geleid. Dat was ook het rechterlijk oordeel in de beide instanties waarin het geschil werd uitgevochten, aangespannen door een belangenorganisatie van de kopers. In eerste aanleg overwoog de voorzieningenrechter dat de gemiddeld geïnformeerde koper van een betrekkelijk kostbaar, duurzaam gebruiksartikel als een lcd-televisietoestel geacht mag worden zich 'globaal te hebben georiënteerd' op de betreffende markt. Een dergelijke globale oriëntatie zou hier, aldus de voorzieningenrechter, hebben aangetoond dat het verschil tussen de redelijkerwijs te verwachten minimumprijs en de verklaring van Otto ongeveer 700 procent bedroeg. Nu het aanbod op generlei wijze de indruk wekte een bijzonder aanbod te zijn, terwijl Otto zich op haar site juist veelvuldig bediende van die reclamefiguur, kon de onderhavige prijsstelling volgens de voorzieningenrechter niet redelijkerwijs worden opgevat als weergave van een werkelijk door Otto beoogde prijs.⁸⁸

In hoger beroep volgde bekrachtiging. Het hof nam, evenals de voorzieningenrechter, de 'gemiddeld geïnformeerde consument' tot uitgangspunt en sloot zich aan bij de in eerste aanleg geformuleerde onderzoeksplicht van kopers van de televisie. De stelling van de belangenorganisatie dat een dergelijke onderzoeksplicht onnodig bezwarend zou zijn voor (internet)kopers, werd verworpen. In dit verband verwees het hof naar de verworvenheden van de moderne informatiemaatschappij, die naar zijn oordeel kennelijk een verzwaaarde informatieplicht kunnen rechtvaardigen:

'Een dergelijk onderzoek is (...) niet bezwaarlijk. Integendeel. Een van de voordelen van het internet is nu juist dat de consument betrekkelijk eenvoudig, want vanachter de pc, kan achterhalen welke prijzen voor dezelfde of vergelijkbare lcd-televisies door andere dienstverleners worden gehanteerd. Ook een eenvoudig telefoontje naar de klantenservice van Otto zou hebben volstaan. In dat geval zou de consumenten zijn bevestigd dat de prijs niet juist was.'⁸⁹

88 Rb. Breda (vzr.) 31 januari 2007, *LJN* AZ7368, *NJF* 2007, 135, r.o. 4.9, 4.13 en 4.14.

89 Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN* BC2420, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.17. Vgl. Hartkamp 2010a, nr. 17, die stelt dat dankzij het internet de 'marktpositie' van de consument is bevorderd. Vgl. ook reeds Valkhoff 1966, p. 32, die opmerkt dat justitiabelen door 'de nieuwe technieken en de moderne verkeersverhoudingen (...) eerder kennis kunnen krijgen dan in vroeger tijden'.

In de onderhavige zaak speelde overigens nog als complicatie dat Otto, zoals gebruikelijk bij aankopen via internet,⁹⁰ de bestellingen elektronisch had bevestigd. Consumenten die de televisie voor € 99,90 dan wel € 99 hadden besteld, kregen eerst op hun scherm een bevestiging te zien, en ontvingen vervolgens een e-mailbericht waarin de bewuste (verkeerde) prijs nog eens werd herhaald. Terwijl de voorzieningenrechter in eerste aanleg nog overwoog dat deze herhaalde bevestigingen (respectievelijk via internet en e-mail) 'het vertrouwen van de consument enigermate zullen hebben versterkt',⁹¹ achtte het hof deze in appel 'niet relevant', omdat het vertrouwen van de consument, aldus het hof, moet zijn gebaseerd op omstandigheden aanwezig ten tijde van de *aanvaarding*.⁹² Strikt genomen is dat oordeel juist, maar het roept wel de vraag op hoe een dergelijke afbakening van de vertrouwensbescherming zich verhoudt tot de jurisprudentie over onbedoelde ontslagnemingen, op grond waarvan het gunnen van bedenktijd aan de werknemer ná ontslagneming immers wel degelijk wordt beschouwd als een relevant gezichtspunt voor het aannemen van gerechtvaardigd vertrouwen van de werkgever ten tijde van die ontslagneming.⁹³ Wat hiervan zij, het hof had zijn oordeel mijns inziens ook kunnen onderbouwen door te verwijzen naar het feit van algemene bekendheid dat elektronische bevestigingen als de onderhavige *automatisch* worden gegenereerd, zonder actieve betrokkenheid van de verklarende partij, zodat in beginsel zal hebben te gelden dat zij reeds om die reden niets kunnen toevoegen aan het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij.

Al met al wekt het eindoordeel van beide instanties in de onderhavige zaak – geen gerechtvaardigd vertrouwen van de kopers – weinig verbazing.⁹⁴ Toch is een andere uitkomst denkbaar. Zoals werd signaleerd in par 3.2.3, kan immers een beroep op discrepantie van wil en verklaring onder bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Een dergelijke conclusie heeft het hof in het kader van de onderhavige collectieve actie uiteraard niet willen trekken,⁹⁵ omdat het daartoe alle kopers over één kam had moeten scheren. In de rechtsverhouding tussen Otto en individuele kopers lijkt echter een dergelijk beroep op de derogerende redelijkheid en billijkheid wel denkbaar, gezien het geringe nadeel dat voor Otto gemoeid zou zijn met de eenmalige verkoop van een televisie onder de

90 Vgl. art. 6:227c lid 2 BW, op grond waarvan de internetverkoper doorgaans *verplicht* zal zijn om een dergelijke bevestiging te verzenden. Vgl. ook art. 7:46c lid 2 BW, waarover Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 94i.

91 Rb. Breda (vzr.) 31 januari 2007, *LJN* AZ7368, *NJF* 2007, 135, r.o. 4.12.

92 Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN* BC2420, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.19.

93 Zie bijv. HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267 m.nt. PAS (Westhoff/Spronsen), besproken in par. 3.3.2. Vgl. ook par. 3.4.3, over de betekenis van 'posterieure' omstandigheden in het kader van art. 3:61 lid 2 BW.

94 Zie in gelijke zin (in dezelfde zaak) Geschillencommissie Thuiswinkel 2 april 2007, *TvC* 2007-4, p. 134-135.

95 Zie Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2008, *LJN* BC2420, *NJF* 2008, 79, r.o. 4.13.

kostprijs. Redelijkheid en billijkheid zouden ook proportioneel kunnen worden toegepast, zodanig dat de koper de televisie weliswaar niet voor het in het aanbod genoemde bedrag, maar toch voor minder dan de officiële prijs zou mogen afnemen.⁹⁶ Een en ander zou echter wat mij betreft niet moeten leiden tot het 'herkauwen' van de vertrouwenstoetsing op grond van art. 3:35 BW. Informatieplichten behoren in het kader van de derogerende redelijkheid en billijkheid nog slechts aan de orde te komen voor zover zij bij de toepassing van art. 3:35 BW buiten beschouwing zijn gebleven, bijvoorbeeld omdat zij betrekking hebben op de periode ná de contractssluiting (vgl. par. 3.8.6). Stel dat de rechter zou oordelen dat Otto in casu de kopers die op het aanbod waren ingegaan, persoonlijk had moeten waarschuwen zodra de fout werd ontdekt, en niet had mogen volstaan met een afkondiging op de radio: een dergelijke redenering zou kunnen worden gebruikt om ten opzichte van een individuele koper onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW van Otto's beroep op art. 3:33 BW aan te nemen (par. 3.8.9). Een precieze uitkomst valt niet te voorspellen, maar duidelijk is wel dat de rechter hier middelen heeft om in concreto tot een billijke oplossing te geraken.

Hiermee is het debat weer aanbeland op het kleinschalige niveau dat voor de gevallen van onbedoelde prijsstelling zo kenmerkend is (par. 3.3.3). Toch maakt de zaak Postwanorder/Otto mijns inziens duidelijk dat die gevallen niet zijn gedoemd tot een onopvallend bestaan in collegezalen en studeerkamers. In de moderne maatschappij kan een klassieke casus als die van het 'verkeerde prijskaartje' uitgroeien tot een actueel probleem van ongekende proporties.

3.3.5 Misverstand-gevallen

Van oudsher worden tot het terrein van de wilsvertrouwensleer de zogenaamde misverstand-gevallen gerekend, ook wel aangeduid als gevallen van 'oneigenlijke dwaling'.⁹⁷ Het gaat hier om gevallen waarin beide partijen de wilsverklaring van één hunner verschillend hebben opgevat. Dit betekent dat bij de verklarende partij weliswaar een wil aanwezig was, maar niet de wil zoals die door de wederpartij verondersteld werd te bestaan. 'Discrepantie' bestaat hier dus vooral tussen de wil van de verklarende partij en de opvatting daarover van de wederpartij. Om een en ander dogmatisch te kunnen onderbrengen bij de wilsvertrouwensleer wordt hier als constructie gehanteerd dat de 'duidingswil' van de verklarende partij heeft ontbroken, zodat in zoverre

96 Vgl. HR 17 februari 2006, *LJN* AU9717, *NJ* 2006, 378 m.nt. M.M. Mendel (Royal c.s./Polygram), r.o. 4.7. Zie ook Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 22-23.

97 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 149-150; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 34.

niet aan de vereisten van art. 3:33 BW is voldaan.⁹⁸ De vraag is dan of de wederpartij redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat die duidingswil wél aanwezig was, met andere woorden: of de wijze waarop de wederpartij de wilsverklaring heeft begrepen, gerechtvaardigd was in de zin van art. 3:35 BW. Deze vraag nu staat op één lijn met de vraag of de verklarende partij heeft mogen vertrouwen dat haar wilsverklaring op de beoogde manier zou worden opgevat. Een positieve beantwoording van de eerste vraag noopt immers, logischerwijze, tot een negatieve beantwoording van de tweede.

Kenmerk van de misverstand-gevallen is dus dat de vertrouwenstoetsing van art. 3:35 BW hier dwingt tot een *tweezijdige* benadering. Nu is die benadering op zichzelf inherent aan de wilsvertrouwensproblematiek in het algemeen (par. 3.2.2), maar bijzonder is hier dat een op voorhand aangewezen perspectief ontbreekt. Normaliter kan men uitgaan van het gebruikelijke rolpatroon van verklarende partij en wederpartij, en komt de vertrouwenstoetsing neer op beantwoording van de vraag of de wederpartij redelijkerwijs mocht afgaan op de door de verklarende partij gedane verklaring. Heeft men die vraag beantwoord, dan staat daarmee vast of al of niet een overeenkomst tot stand is gekomen. In de hier bedoelde misverstand-gevallen wordt de rolverdeling tussen verklarende en vertrouwende partij verdrongen door een overkoepelend perspectief, en gaat het om de vraag welke betekenis partijen, in het licht van hun verklaringen en gedragingen over en weer, aan de gedane verklaring hebben mogen toekennen.⁹⁹ Met de beantwoording van die vraag staat vervolgens niet slechts het *bestaan*, maar ook de *inhoud* van de eventuele overeenkomst vast.

Tegen deze achtergrond kan men zich afvragen of het zinvol is om de misverstand-gevallen, conform de heersende leer, te blijven benaderen als gevallen van discrepantie van wil en verklaring. Die klassieke benadering suggereert immers dat slechts de verklarende partij een ‘probleem’ heeft (namelijk een discrepantie van duidingswil en verklaring), terwijl hier in wezen meer aan de hand is. Er is in de onderlinge communicatie tussen partijen iets misgegaan, zonder dat op voorhand valt aan te geven bij welk van beide partijen de schoen wringt. Indien partijen in onderling overleg een contractsbepaling hebben opgesteld, en vervolgens onenigheid krijgen over de uitleg daarvan, valt zelfs überhaupt niet te bepalen bij wie de duidingswil ontbreekt, omdat de contractsbepaling als wilsverklaring niet exclusief aan één van beiden kan worden toegeschreven. Het is dan mijns inziens inzichtelijker om aan te nemen dat er in elk geval ‘een’ overeenkomst tot stand is gekomen, om vervolgens de aandacht te richten op de uitleg daarvan (par. 3.8.1). Dat is in wezen

⁹⁸ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 149.

⁹⁹ Zie bijv. Nieuwenhuis 1979, p. 92; en HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens), besproken in par. 3.3.6.

ook wat er in discrepantie-gevallen pleegt te gebeuren.¹⁰⁰ De opstellers van het *Draft Common Frame of Reference* gaan kennelijk van dezelfde gedachte uit, door het misverstand te regelen als onderdeel van het hoofdstuk 'Interpretation' (art. II-8:101(2) DCFR).¹⁰¹

De reden dat de heersende leer aarzelt de misverstand-gevallen over te hevelen naar het terrein van de uitleg, is waarschijnlijk dat men in dogmatisch opzicht ruimte wil behouden voor de conclusie dat noch de uitleg van partij A, noch die van partij B prevaleert. Men wil, met andere woorden, na afweging van de verklaringen en gedragingen van partijen over en weer kunnen concluderen dat in het geheel geen overeenstemming is bereikt, hetgeen (kennelijk) slechts mogelijk wordt geacht op het terrein van de totstandkoming. In mijn ogen is er echter niets op tegen om de uitleg van een overeenkomst onder omstandigheden op nihil te laten eindigen. Men kan dan immers zeggen dat partijen over het *lichaam* van de overeenkomst – dat zal in misverstand-gevallen meestal een schriftelijk contract of een schriftelijke contractsbepaling zijn – overeenstemming hebben bereikt, maar dat een eenduidige *uitleg* daarvan onmogelijk is. Die benadering spreekt mij meer aan dan de enigszins gekunstelde constructie dat partijen het beding in kwestie niet zouden hebben 'gewild'.

Een benadering van misverstand-gevallen in termen van uitleg heeft – afgezien van het feit dat zij beter aansluit bij de belevingswereld van partijen – als voordeel dat zo'n benadering als vanzelfsprekend uitnodigt tot het overkoepele perspektief dat in gevallen van misverstand geboden is. De klassieke benadering in termen van discrepantie daarentegen verleidt tot eenzijdige redeneringen die hier vermeden zouden moeten worden. Een en ander wordt geïllustreerd door het procesverloop in de bekende zaak Bunde/Erckens.¹⁰²

3.3.6 Vervolg; Bunde/Erckens

Het misverstand in deze zaak betrof de betekenis van de term 'belastingsschade' in de tussen partijen gesloten overeenkomst. De Limburgse Gemeente Bunde had, in het kader van plannen tot wegaanleg en woningbouw, haar oog laten vallen op een aantal percelen weiland en boomgaard toebehorend aan het echtpaar Erckens. Om onteigening te voorkomen werd een koopovereenkomst gesloten. Partijen bereikten overeenstemming over een koopsom van f 175.500, waarin ten behoeve van het echtpaar Erckens een zogenaamde bedrijfsschadevergoeding was begrepen. Met die vergoeding ging het echtpaar Erckens akkoord op voorwaarde dat deze belastingvrij zou worden uitgekeerd. Daartoe werd in de koopakte van 21 juni 1961 bepaald 'dat de belastingsschade vallende

100 Vgl. Van Rossum 2000, p. 461-462; Smits 2002, p. 77; Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 45; en Valk 2009c, p. 399.

101 Vgl. Von Bar & Clive 2009, p. 555.

102 HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens).

op de bedrijfsschadevergoeding, die geacht wordt in het overeengekomen bedrag mede te zijn begrepen, aan partij Erckens door de Gemeente wordt vergoed'. Het gebruik van de term 'belastingsschade' was echter in dit verband verwarrend, aangezien die term in het onteigeningsrecht eng werd geïnterpreteerd, als zijnde het verschil tussen de over de bedrijfsschadevergoeding verschuldigde inkomstenbelasting en de inkomstenbelasting die verkoper ter zake van zijn bedrijfsuitoefening verschuldigd zou zijn geworden indien hij zijn bedrijf niet had gestaakt.¹⁰³ Het echtpaar Erckens had daarentegen (kenmerkend) het oog op de belastingsschade in ruime zin, te weten de totale over de bedrijfsschadevergoeding verschuldigde inkomstenbelasting.

Waar dus de gemeente uitging van een *technische* betekenis van de gebezigde term, interpreteerde het echtpaar Erckens deze volgens normaal spraakgebruik. Het materiële verschil tussen beide benaderingen bleek aanzienlijk. In de visie van de gemeente behoeft er na afwikkeling van de koop slechts f 2.151,50 aan belastingsschade te worden vergoed, terwijl het echtpaar Erckens meende recht te hebben op f 50.840,- (bijna eenderde deel van de koopsom). Het hof koos de kant van het echtpaar, daartoe overwegende 'dat het begrip 'belastingsschade' in 1961 zeker bij onderhandelingen en overeenkomsten tot minnelijke verkoop niet een niet voor misverstand vatbare uitdrukking was' en dat, 'nu niet is gesteld dat de Gemeente tijdens de onderhandelingen van pp. aan Erckens c.s. *duidelijk heeft gemaakt* wat zij onder 'belastingsschade' verstond, het er enkel op aankomt of Erckens c.s. door uitlatingen en dergelijke hunnerzijds bij de Gemeente het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt, dat zij het begrip 'belastingsschade' hebben opgevat in de door de Gemeente bedoelde zin.'¹⁰⁴ Dat laatste was hier volgens het hof niet het geval.

De beslissing van het hof om hier een mededelingsplicht van de gemeente omtrent de beoogde betekenis van de term belastingsschade aan te nemen, is op zichzelf goed verdedigbaar. De gemeente ging immers uit van (i) een technische betekenis van die term, (ii) afkomstig uit een niet aan de orde zijnd juridisch kader (namelijk het onteigeningsrecht), (iii) welke betekenis voor het echtpaar nadelige consequenties had, terwijl (iv) er belangrijke aanwijzingen waren dat die betekenis door het echtpaar Erckens niet werd verondersteld. Dat laatste blijkt uit het feit dat één van de betrokken adviseurs, de heer Ummels (die later in rechte als getuige optrad), het verschil in uitleg van de term reeds tijdens de onderhandelingen had gesignaleerd en er derhalve bij de gemeente op had aangedrongen om de tekst van de koopakte te herzien (zodanig dat duidelijk zou zijn dat het ging om belastingsschade in *ruime* zin, hetgeen naar de overtuiging van Ummels 'de bedoeling van Erckens met de

¹⁰³ Vgl. bijv. HR 31 oktober 1956, NJ 1956, 672 (Westra c.s./Provincie Friesland).

¹⁰⁴ Aldus r.o. 11 sub c van 's hofs arrest, zoals kenbaar uit HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens) (curs. toegevoegd).

Gemeente was geweest').¹⁰⁵ Het wordt ook bevestigd door een getuigenverklaring van de bij de onderhandelingen betrokken gemeenteambtenaar, inhoudende 'dat zij elkaar niet begrepen hebben; dat hij als mogelijk aanneemt, dat Erckens, als deze geweten had, dat hij slechts f 2000 belastingschade vergoed zou krijgen, de gehele transactie niet met de Gemeente aangegaan zou hebben en gezegd zou hebben: 'onteigen dan maar'''.¹⁰⁶

Probleem van 's hofs beslissing is dus niet de uitkomst,¹⁰⁷ maar de constructie ervan. Het hof koos namelijk voor een *eenzijdige* benadering, door het perspectief op voorhand – zonder nadere motivering – bij de gemeente te leggen. Die benadering vond – terecht – geen genade in de ogen van de Hoge Raad. Hij overwoog:

'dat immers, indien pp. die een overeenkomst wensen te sluiten, daarin een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen, die zij elk in verschillende zin hebben opgevat, het antwoord op de vraag of al of niet een overeenkomst tot stand is gekomen, in beginsel afhangt van wat beide pp. over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid; dat daarbij onder meer een rol kan spelen:

- (a) of de betekenis waarin de ene partij de uitdrukking heeft opgevat meer voor de hand lag dan die waarin de ander haar heeft opgevat;
- (b) of, indien deze uitdrukking een vaststaande technische betekenis heeft, de partij die van deze betekenis is uitgegaan, mocht verwachten dat ook de andere partij deze betekenis zou kennen;
- (c) of de andere partij zich had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte;
- (d) of een der door pp. aan de uitdrukking gehechte betekenissen zou leiden tot een resultaat dat met hetgeen pp. met de overeenkomst beoogden minder goed zou zijn te rijmen'.¹⁰⁸

Wij mogen het hof dankbaar zijn voor zijn schending van het recht, want deze heeft geresulteerd in een standaardarrest waarmee de Hoge Raad de rechtsontwikkeling op het terrein van de wilsvertrouwensleer een belangrijke impuls heeft kunnen geven. In misverstand-gevallen, en meer in het algemeen in kwesties van uitleg, is volgens de Hoge Raad een *tweezijdige benadering* geboden. Het gaat er niet om welke betekenis vanuit het perspectief van één beider

¹⁰⁵ Zie r.o. 14, sub 6 van 's hofs arrest. Uit de bijbehorende conclusie van A-G Ten Kate blijkt dat de gemeente de gesuggereerde herziening van de koopakte als onnodig bestempelde.

¹⁰⁶ Zie r.o. 11, sub c van 's hofs arrest.

¹⁰⁷ Veelzeggend is dat het Hof Arnhem uiteindelijk na verwijzing tot dezelfde uitkomst kwam. Zie Hof Arnhem 9 november 1982, *NJ* 1987, 714. Het tegen dát arrest gerichte cassatieberoep werd verworpen in HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 382 (Meerssen/Erckens).

¹⁰⁸ Aldus 's Raads overwegingen omtrent het tweede cassatiemiddel. T.b.v. de overzichtelijkheid heb ik de opsomming onder (a) tot en met (d) uitgesplitst.

partijen voor de hand lag, maar welke betekenis redelijkerwijs volgt uit verklaringen en gedragingen van partijen over en weer.

Uit de door de Hoge Raad in dit verband genoemde gezichtspunten kunnen een aantal vuistregels voor uitleg in misverstand-gevallen worden afgeleid. De gezichtspunten (a) en (d), om te beginnen, vertonen een onderlinge samenhang. Zij duiden op de vuistregel dat normaliter prevaleert die uitleg die, mede in het licht van het resultaat dat partijen met de overeenkomst beoogden, het meest voor de hand lag. Gezichtspunt (b) behelst de vuistregel dat een technische betekenis van een gebruikt begrip slechts prevaleert indien degene die deze betekenis hanteerde mocht verwachten dat zijn wederpartij haar (ook) kende. Aldus vertoont deze vuistregel verwantschap met de bekende contra proferentem-regel (par. 3.8.1). Gezichtspunt (c) maakt duidelijk dat deskundige bijstand aan de zijde van de wederpartij slechts tot een meer 'deskundige uitleg' leidt, indien mocht worden verwacht dat de betreffende deskundige de wederpartij ook op die uitleg zou attenderen.¹⁰⁹ Dat ligt voor de hand. Stel dat het echtpaar Erckens zich had laten bijstaan door een ervaren taxateur van landbouwgronden, die echter over de belastingtechnische aspecten van de onderhavige transactie niets wist. In dat geval had de deskundige bijstand aan de zijde van Erckens c.s. uiteraard geen gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de gemeente kunnen opleveren, omdat de deskundige in kwestie niet *ter zake* kundig was.

3.3.7 Aanvaarding van algemene voorwaarden

In het voorgaande werd de wilsvertrouwensleer toegepast op de 'klassieke' situatie dat contractspartijen in onderling overleg een overeenkomst of een contractueel beding tot stand brengen.¹¹⁰ Bij algemene voorwaarden ligt dat anders. Algemene voorwaarden zijn, aldus art. 6:231 sub a BW, contractuele bedingen die door de gebruiker zijn opgesteld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Het feit dat algemene voorwaarden zijn bedoeld voor contractueel hergebruik, betekent dat zij normaliter geen voorwerp vormen van inhoudelijke onderhandeling tussen partijen.¹¹¹ De 'aanvaarding' van een aanbod tot incorporatie van algemene voorwaarden in de overeenkomst is bijgevolg nogal gratuit van karakter. Inhoudelijke goedkeuring van

109 Vgl. Castermans 1992a, p. 99; en Tjittes 2001, p. 18. Zie meer in het algemeen over het belang van de wederzijdse deskundigheid in dit verband Smits 2002, p. 67. Zie ook par. 5.2.7, over de toerekening van toegevoegde deskundigheid.

110 Dat geldt overigens in mindere mate voor de in par. 3.3.3 e.v. behandelde gevallen van onbedoelde prijsstelling. Nu echter bij koopovereenkomsten de prijs naar heersende opvatting als *kernbeding*, en dus niet als algemene voorwaarde, moet worden beschouwd, vallen die gevallen toch buiten het bestek van de onderhavige paragraaf. Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 467; en Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 235.

111 Vgl. Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 238.

ieder afzonderlijk beding maakt hier plaats voor de formele aanvaarding van een totaalpakket. Dat de wederpartij van de gebruiker hier in feite slechts de keuze heeft tussen de uitersten *take it or leave it*, is niet bezwaarlijk. Integendeel: juist het feit dat een der partijen gedetailleerd vastlegt hoe de onderlinge rechtsverhouding in haar visie moet zijn geregeld, bespaart de betrokkenen veel onderhandelingsstijd en schept duidelijkheid voor de toekomst.¹¹²

Het wettelijk systeem van afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden) sluit aan bij deze maatschappelijke realiteit, door in art. 6:232 BW te bepalen dat de wederpartij ook dan aan algemene voorwaarden is gebonden, indien de gebruiker van die voorwaarden bij het sluiten van de overeenkomst begreep of moest begrijpen dat zij de inhoud daarvan niet kende. Dit betekent dat voor toepasselijkheid van algemene voorwaarden voldoende is dat de voorwaarden door de wederpartij 'als complex' zijn aanvaard.¹¹³ Of dat het geval is, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de normale regels van art. 3:33-3:35 BW.¹¹⁴ Volgens de heersende leer is in dit verband, gezien het bepaalde in art. 3:37 lid 1 BW, ook *stilzwijgende* aanvaarding mogelijk.¹¹⁵ Art. 6:232 BW bewerkstelligt dus dat algemene voorwaarden die overduidelijk niet inhoudelijk zijn gekend door de wederpartij, via de sluis van art. 3:33-3:35 BW tot de contractsinhoud kunnen gaan behoren. Ratio is de rechtszekerheid, die erbij gebaat is dat in het kader van de toch al complexe problematiek der algemene voorwaarden discussies omtrent toepasselijkheid tot een minimum worden beperkt.¹¹⁶ Hierbij zij bedacht dat de bescherming van de wederpartij van de gebruiker van algemene voorwaarden reeds wordt gewaarborgd door art. 6:233 e.v. en 6:248 lid 2 BW.¹¹⁷ Tegen die achtergrond heeft dogmatische scherpslijperij op het punt van de toepasselijkheid (art. 6:232 BW) weinig zin.¹¹⁸

In de literatuur is wel gesuggereerd dat art. 6:232 BW moeilijk verenigbaar is met de beginselen van de wilsvertrouwensleer. Zo meent Jongeneel dat het

112 Vgl. Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 227; en Schelhaas 2011, p. 5.

113 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 262; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 474; Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 238; en Hijma 2010, nr. 20. Vgl. ook, specifiek met betrekking tot de aankondiging van algemene voorwaarden op de website van de gebruiker, MvA, *Kamerstukken I* 2003/04, 28197, nr. C, p. 18.

114 Zie HR 21 september 2007, *LJN* BA9610, *NJ* 2009, 50 m.nt. Jac. Hijma (Ammerlaan/Enthoven), r.o. 4.2. Vgl. ook reeds HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 517 m.nt. CJHB (Holleman/De Klerk). Zie verder bijv. MvT Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1573, alsmede Vranken 1989, p. 78; Hartkamp 1990, p. 660; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 262; Van Wechem 2007, p. 14; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 474; Jongeneel in Wessels e.a. 2010, p. 112; Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 237; Hijma 2010, nr. 19; en Schelhaas 2011, p. 5.

115 Zie bijv. HR 21 november 1986, *NJ* 1987, 946 m.nt. CJHB (Van Leeuwenstijn/Swindak), alsmede Jongeneel in Wessels e.a. 2010, p. 117-118; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 474; Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 237; en Schelhaas 2011, p. 5. Enigszins *anders* Van Wechem 2007, p. 14 e.v., die in dit verband een grote mate van terughoudendheid bepleit.

116 Zie Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 238; en Hijma 2010, nr. 3 en 20.

117 Zie over de bescherming ex art. 6:248 lid 2 BW Hijma 2010, nr. 27 en 49.

118 Zie bijv. Vranken 1989, p. 79, 81. *Anders* Van Wechem 2007, p. 30.

artikel bewerkstelligt dat men ‘kan willen wat men niet kent’,¹¹⁹ terwijl Van Wechem zelfs betoogt dat het artikel een ‘onduidelijke legitimatie’ heeft en aan ‘heroverweging’ door de wetgever toe is.¹²⁰ Het lijkt erop dat dergelijke reacties niet breed worden gedeeld. Zelf zou ik, in navolging van Hijma,¹²¹ art. 6:232 BW veeleer willen beschouwen als een toespitsing van de wilsvertrouwensleer op de situatie van aanvaarding van algemene voorwaarden, inhoudend dat de wilsvertrouwensleer hier niet op het micro- maar op het macro-niveau van de algemene voorwaarden wordt toegepast, zodat geen instemming met elk afzonderlijk beding is vereist, maar aanvaarding van het complex volstaat. Een dergelijke toespitsing is tegen de achtergrond van de hierboven geschetste maatschappelijke realiteit weinig opzienbarend.

Veelzeggend is in dit verband dat het Oorspronkelijk Ontwerp van het BW zelfs voorzag in een veel bredere toepassing van de regel van art. 6:232 BW. Te midden van de algemene bepalingen inzake het overeenkomstenrecht bepaalde art. 6.5.1.3 lid 1 (de wetshistorische voorganger van art. 6:232 BW):

‘Degene die door ondertekening of op andere wijze heeft te kennen gegeven de inhoud van een geschrift of een verwijzing naar algemene voorwaarden te aanvaarden, is daaraan ook dan gebonden, als bij het sluiten van de overeenkomst zijn wederpartij begreep of moest begrijpen dat hij de inhoud daarvan niet kende.’¹²²

Kennelijk meenden de opstellers van het Oorspronkelijk Ontwerp geheel in het algemeen dat de ondertekening (of aanvaarding anderszins) van een geschrift als zodanig – dus zonder precieze kennis van de inhoud – kan leiden tot gebondenheid.¹²³ Consequente toepassing van deze gedachte zou bijvoorbeeld, voor wat betreft de gevallen van onbedoelde ontslagneming, dwingen tot de conclusie dat de werknemer die een ontslagbrief ondertekent, zonder meer daaraan is gebonden, zelfs indien voor de werkgever zonneklaar was dat de werknemer zich van de strekking van die brief niet bewust was.¹²⁴ In par. 3.3.1 bleek reeds dat de heersende leer daarover thans anders denkt. Het lijkt mij dan ook juist dat de wetgever ervoor heeft gekozen om art. 6.5.1.3 niet, althans niet in de beoogde vorm, in te voeren. Nochtans illustreert het artikel dat de ‘lekengedachte’ dat men door ondertekening van een geschrift aan de inhoud daarvan gebonden raakt, op zichzelf zo gek nog niet is, in elk geval voor wat betreft gestandaardiseerde teksten als algemene voorwaarden.

119 Jongeneel in Wessels e.a. 2010, p. 125.

120 Van Wechem 2007, p. 13 e.v. en 58-59.

121 Vgl. Hijma in Hijma e.a. 2010, nr. 238.

122 Zie hierover PG Boek 6, p. 864-870.

123 Vgl. over de hieraan ten grondslag liggende ‘leer van de wilsonderwerping’, en de kritiek daarop, Hondius 1978, p. 397 e.v.

124 Vgl. de NJ-annotatie van P.A. Stein bij HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 m.nt. PAS (Hajziani/Van Woerden).

Aangenomen dat de maatschappelijke realiteit omtrent aanvaarding van algemene voorwaarden doorslaggevend is geweest bij de invoering van art. 6:232 BW, ligt het voor de hand om die realiteit ook te laten meespelen bij de beantwoording van de vraag in hoeverre er bij toepassing van art. 6:232 BW ruimte bestaat voor het aannemen van informatieplichten, en meer in het bijzonder voor het aannemen van een *mededelingsplicht* van de gebruiker van algemene voorwaarden omtrent de toepasselijkheid daarvan.¹²⁵ In het licht van de hier gewenste rechtszekerheid, en mede tegen de achtergrond van de reeds door art. 6:233 e.v. en 6:248 lid 2 BW gewaarborgde bescherming van de wederpartij, moet het antwoord mijns inziens grotendeels ontkennend luiden.¹²⁶ Door de werking van art. 6:232 BW behelst de vertrouwenstoetsing van art. 3:35 BW hier niet meer dan een oppervlakkige controle of de gebruiker van de voorwaarden op enigerlei wijze aan zijn wederpartij te kennen heeft gegeven dat hij een complex van algemene voorwaarden van toepassing wilde zien.¹²⁷ Aan uitvoeriger communicatie over de toepasselijkheidskwestie heeft het rechtsverkeer mijns inziens geen behoefte.

Gelet op het voorgaande zou ik menen dat een eenmalige – goed leesbare respectievelijk verstaanbare¹²⁸ – aankondiging van de gelding van algemene voorwaarden voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst,¹²⁹ die niet wordt gevolgd door verwerping daarvan, volstaat voor het aannemen van toepasselijkheid.¹³⁰ In sprekende gevallen zal zelfs tot toepasselijkheid kunnen worden geconcludeerd zonder dat de gebruiker hiervan melding heeft gemaakt. Men denke bijvoorbeeld aan bestendige zakenrelaties, die de gebruiker uiteraard niet steeds nopen tot een hernieuwd aanbod van zijn algemene voorwaarden,¹³¹ maar ook bijvoorbeeld aan de gevallen waarin de gelding van algemene voorwaarden – althans in de kringen van partijen – algemeen bekend mag worden verondersteld.¹³² Zo zullen de algemene voorwaarden van de Nederlandse Spoorwegen zonder meer op haar overeenkomsten met reizigers van toepassing zijn, ook indien de gelding daarvan niet met zoveel

125 Zie bijv. Loos 2008a, p. 18, die een voorstander lijkt te zijn van zo'n mededelingsplicht.

126 Aldus ook Vranken 1989, p. 81.

127 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 262; en Schelhaas 2011, p. 5-6.

128 Vgl. Jongeneel in Wessels e.a. 2010, p. 114.

129 *Nagekomen* verwijzingen naar algemene voorwaarden zullen in beginsel niet leiden tot toepasselijkheid. Zie bijv. Rb. Amsterdam 17 mei 2006, *S&S* 2007, 125, r.o. 5.4.3; en Hijma 2010, nr. 21.

130 Vgl. HR 2 december 2011, *LJN* BT6684, *NJ* 2011, 574 (Linthorst/Echoput c.s.), r.o. 3.6.4, waaruit blijkt dat zelfs een eenmalige verwijzing naar algemene voorwaarden in een *offerte*, die niet wordt herhaald in de definitieve opdrachtbevestiging, voldoende kan zijn voor toepasselijkheid (r.o. 3.6.4).

131 Vgl. Claringbould 2008, p. 64-65; en Schelhaas 2011, p. 7 e.v. Vgl. ook Rb. Rotterdam 17 september 2003, *S&S* 2005, 29, r.o. 6.2 (waarnaar Claringbould verwijst).

132 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 24 januari 1994, *S&S* 1996, 40, r.o. 7. Vgl. ook Rb. Arnhem 3 augustus 2011, *LJN* BR4780, *NJF* 2011, 502, r.o. 4.7, in welk geval overigens wel (op de facturen) naar de toepasselijke algemene voorwaarden was verwezen. Zie in gelijke zin Claringbould 2008, p. 65. Anders Schelhaas 2011, p. 7.

woorden bij de kaartverkoop zou zijn vermeld. De hier bepleite terughoudendheid inzake het aannemen van informatieplichten van de gebruikers van algemene voorwaarden vindt bevestiging in het nu te bespreken arrest Petermann/Frans Maas.¹³³

3.3.8 Vervolg; Petermann/Frans Maas

Het Duitse bedrijf Petermann had bij de Rotterdamse expeditie Frans Maas offerte gevraagd voor het verzorgen van expeditiewerkzaamheden met betrekking tot drie zendingen videorecorders vanuit Rotterdam naar klanten van Petermann in Duitsland. In de voorgedrukte voettekst van het briefpapier waarop Frans Maas offereerde, stond vermeld dat op haar expeditiewerkzaamheden de zogenaamde Fenex-voorwaarden van toepassing waren. Die algemene voorwaarden bevatten een arbitraal beding, op grond waarvan het later tussen partijen gerezen geschil werd voorgelegd aan de Fenex-arbitragecommissie. Nadat Petermann de procedure voor die commissie grotendeels had verloren, trachtte zij het arbitrale vonnis in rechte te doen vernietigen op grond van de stelling dat de Fenex-voorwaarden (inclusief het arbitraal beding) niet toepasselijk waren op haar rechtsverhouding met Frans Maas. In dit verband beriep Petermann zich erop dat zij de Nederlandse taal niet machtig was, zodat zij de verwijzing naar die voorwaarden in de voettekst van het briefpapier niet had kunnen begrijpen. Het hof verwierp dit betoog, met een overweging die door de Hoge Raad als volgt werd samengevat en geaccordeerd:

‘Naar het kennelijk en niet onbegrijpelijk oordeel van het Hof had de voorgedrukte tekst aan de voet van het briefpapier, ook al was deze in tegenstelling tot de overige correspondentie niet in het Duits maar in het Nederlands gesteld, Petermann, die als internationaal opererende handelsonderneming ervan op de hoogte is dat dit soort voetteksten verwijzingen naar algemene voorwaarden kunnen bevatten, aanleiding moeten geven om, als zij van de betekenis van die tekst niet zeker was, daarover opheldering te vragen aan Frans Maas alvorens deze een opdracht tot het verrichten van expeditiewerkzaamheden te verstrekken. Dit in aanmerking genomen, geeft het oordeel van het Hof dat Petermann, door geen nadere toelichting op de voorgedrukte tekst aan de voet van het briefpapier van Frans Maas te vragen en haar zonder meer de opdracht tot het verrichten van de expeditiewerkzaamheden te verstrekken, bij Frans Maas het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij instemde met toepasselijkheid van de Fenex-voorwaarden geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.’¹³⁴

Het hof kon dus volgens de Hoge Raad tot toepasselijkheid van de voorwaarden concluderen omdat Petermann zich als internationaal opererende handels-

133 HR 2 februari 2001, NJ 2001, 200 (Petermann/Frans Maas).

134 HR 2 februari 2001, NJ 2001, 200 (Petermann/Frans Maas), r.o. 3.5.

onderneming had moeten realiseren dat de voettekst mogelijk een verwijzing naar algemene voorwaarden bevatte. Tegen die achtergrond rustte hier op Petermann (en niet op Frans Maas) een informatieplicht, inhoudend dat zij, om aan toepasselijkheid van de voorwaarden te ontkomen, navraag had moeten doen naar de betekenis van de voettekst. Frans Maas behoefde niet uit eigen beweging te onderzoeken of Petermann zich van die betekenis bewust was.¹³⁵

Van Wechem heeft kanttekeningen bij het arrest geplaatst. Voor zover daarin, aldus Van Wechem, de rechtsregel moet worden gelezen 'dat de wederpartij (van de gebruiker van algemene voorwaarden) moet informeren naar de betekenis van een verwijzingsclausule in een voor haar vreemde taal, wanneer er voor haar signalen zijn die er op wijzen dat de andere partij naar haar algemene voorwaarden verwijst', verwerpt hij die regel. In plaats daarvan meent Van Wechem dat 'eventuele taalonduidelijkheden in beginsel voor risico van de gebruiker van algemene voorwaarden dienen te komen, tenzij er door hem omstandigheden worden gesteld waaruit blijkt dat de wederpartij bekend was of redelijkerwijs geacht kon worden bekend te zijn geweest met de tekstuele inhoud van de verwijzing'.¹³⁶

Kennelijk voelt Van Wechem in gevallen Babylonische spraakverwarring omtrent de toepasselijkheid van algemene voorwaarden meer voor een op de *gebruiker* rustende informatieplicht. Mijns inziens zou daardoor het toch al met beschermingsconstructies overladen leerstuk van algemene voorwaarden topzwaar worden. Het lijkt mij in elk geval goed verdedigbaar om – en dit is de regel die ik afleid uit het arrest – in gevallen waarin de wederpartij goede grond heeft de toepasselijkheid van algemene voorwaarden te vermoeden, te vergen dat deze eventuele twijfel daaromtrent wegneemt door navraag te doen bij de gebruiker.¹³⁷ Laat de wederpartij dat na, dan is dat uiteraard nog geen reden om haar te onderwerpen aan allerlei onredelijke of onvoldoende kenbare bedingen die daarin zouden kunnen staan, maar wel om althans tot uitgangspunt te nemen dat die algemene voorwaarden tot de contractsinhoud zijn gaan behoren.¹³⁸

135 Aldus ook r.o. 3.6 van Petermann/Frans Maas.

136 Aldus Van Wechem 2007, p. 152, als samenvatting van zijn betoog op p. 107-111.

137 Vgl. bijv. Rb. Rotterdam 27 juni 2007, *LJN* BA9921, *S&S* 2008, 81, r.o. 5.7.

138 Zie in gelijke zin Hijma 2010, nr. 20 aan het slot, alsmede de reacties op Van Wechems proefschrift van Van Hekesen 2008, p. 25-26; Jongeneel 2009, p. 224; en Jongeneel in Wessels e.a. 2010, p. 126.

3.4 ONBEVOEGDE VERTEGENWOORDIGING

3.4.1 Algemeen; wettelijk kader

Bij de behandeling van de wilsvertrouwensleer in de voorgaande paragrafen bleek dat de contractuele gebondenheid aan een onbedoelde wilsverklaring (mede) afhankelijk is van een weging van wederzijdse informatieplichten. Meer concreet werden uit art. 3:35 BW enerzijds een potentiële onderzoeksplicht van de vertrouwende partij en anderzijds een potentiële mededelingsplicht van de verklarende partij afgeleid (par. 3.2.2). De nu te bespreken gevallen van onbevoegde vertegenwoordiging, die in het verlengde liggen van de wilsvertrouwensproblematiek,¹³⁹ vertonen een vergelijkbaar beeld. Het gaat hier om de vraag of men als ‘achterman’ gebonden kan raken aan een door de tussenpersoon zonder (toereikende) volmacht gesloten overeenkomst met de wederpartij.¹⁴⁰ Uitgangspunt is blijkens art. 3:66 lid 1 BW dat er bij afwezigheid of overschrijding van de volmacht geen overeenkomst tot stand komt.¹⁴¹ Art. 3:61 lid 2 BW maakt hierop een uitzondering voor het geval de wederpartij op grond van een verklaring of gedraging van de achterman ‘heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend’.¹⁴² In dat geval kan de achterman, wegens de door hem gewekte *schijn van volmachtverlening*, geen beroep doen op het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid. In par. 3.4.2 e.v. zal blijken dat een en ander de gelding van wederzijdse informatieplichten impliceert. Hieronder volgt allereerst een nadere introductie van het wettelijk kader voor onbevoegde vertegenwoordiging.

Art. 3:61 lid 3 BW behelst een bijzondere uitwerking van het tweede lid, voor gevallen waarin de tussenpersoon een ‘volgens wet of gebruik openbaar gemaakte volmacht’ overschrijdt.¹⁴³ De bedoelde openbaarheid staat niet aan vertrouwensbescherming in de weg, althans voor zover het gaat om beperkingen van de volmacht die ‘zo ongebruikelijk zijn dat de wederpartij ze daarin niet behoefde te verwachten’. Dergelijke ongebruikelijke beperkingen kunnen slechts aan de wederpartij worden tegengeworpen indien deze ze

139 Vgl. TM, PG Boek 3, p. 263. Zie voorts bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 5; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 100.

140 Omwille van een eenvoudige terminologie wordt hieronder de analyse toegespitst op situaties van vertegenwoordiging krachtens *volmacht* bij het sluiten van *overeenkomsten*. Zie voor een bredere bespreking van het vertegenwoordigingsleerstuk bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 1 e.v.

141 Zie bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 37, 75; Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 98; en Van Schaick 2011, nr. 42.

142 Zie daarover bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 37 e.v.; Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 100 e.v.; en Van Schaick 2011, nr. 51.

143 Zie daarover bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 49; en Van Schaick 2011, nr. 53, waar de bepaling wordt getypeerd als ‘een codificatie van een algemene regel voor een bijzonder geval’.

daadwerkelijk 'kende', bijvoorbeeld omdat de achterman er uitdrukkelijk op had gewezen.

Art. 3:76 lid 1 BW breidt de vertrouwensbescherming van art. 3:61 lid 2 BW uit tot de periode na de eventuele beëindiging van de volmacht.¹⁴⁴ Deze beëindiging kan slechts aan de wederpartij worden tegengeworpen in een viertal limitatief opgesomde situaties. De achterliggende gedachte is dat justitiabelen in beginsel mogen verwachten dat een eenmaal verleende volmacht voortduurt. Tegen deze achtergrond wordt in de parlementaire geschiedenis de gelding van een *onderzoeksplicht* omtrent de beëindiging van de volmacht uitdrukkelijk verworpen.¹⁴⁵ Dat de wederpartij in dit verband niettemin een eigen verantwoordelijkheid heeft, blijkt uit de onder a tot en met d geformuleerde uitzonderingen. Blijkens lid 1 sub a wordt de wederpartij niet beschermd, indien zij de beëindiging had kunnen kennen omdat deze was medegedeeld c.q. bekendgemaakt 'op een wijze die krachtens wet of verkeersopvattingen meebrengt dat de volmachtgever het einde van de volmacht aan de wederpartij kan tegenwerpen'. Men denke aan het geval dat de wederpartij haar post niet heeft geopend of een publicatiebord heeft genegeerd.¹⁴⁶ Ook is vertrouwensbescherming niet aan de orde indien het einde van de volmacht voortvloeide uit het overlijden van de volmachtgever, welk overlijden 'van algemene bekendheid' was (sub b). De wetgever denkt hierbij met name aan 'het door pers en radio gepubliceerde overlijden van een alom bekende persoonlijkheid', maar ook aan 'het geval dat radio en televisie er aandacht aan besteden omdat het een gruwelijke wijze van overlijden betreft'.¹⁴⁷ Blijkens lid 1 sub c geldt de vertrouwensbescherming evenmin indien de gewezen volmacht verband hield met een aanstelling of tewerkstelling van de tussenpersoon,¹⁴⁸ die 'op een voor derden kenbare wijze was beëindigd'. Uit de kenbaarheid van de demissie van de tussenpersoon volgt dan (logischerwijze) ook de kenbaarheid van het einde van zijn volmacht. Ten slotte bepaalt lid 1 sub d dat er ook geen sprake is van vertrouwensbescherming, indien de wederpartij van het aanvankelijke bestaan van de volmacht enkel door een verklaring van de *tussenpersoon* op de hoogte was geraakt, derhalve buiten de achterman om. Men herkent hier het zogenaamde toedoen-vereiste (par. 3.4.5).

In aanvulling op de vertrouwensbescherming van art. 3:61 lid 2 BW, resulterend in contractuele gebondenheid van de achterman, verleent art. 3:70 BW

144 Zie daarover bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 60 e.v.; en Van Schaick 2011, nr. 54.

145 Zie MvA II, PG Boek 3, p. 300; en MvA II Inv., PG Boek 3 (Inv.), p. 1193. Vgl. echter Van Schaick 2011, nr. 54, die meent dat onder omstandigheden het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht wel mogelijk zou moeten zijn en die tegen deze achtergrond art. 3:76 lid 1 BW bekritiseert.

146 Vgl. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 61.

147 MvA II, PG Boek 3, p. 301-302.

148 Vgl. par. 3.4.2 over de (schijn van) aanstellingsvolmacht.

de benadeelde wederpartij ook een actie jegens de *tussenpersoon*.¹⁴⁹ Deze moet volgens het artikel, op straffe van aansprakelijkheid, ‘instaan’ voor het bestaan en de omvang van zijn volmacht. Ratio is, aldus de Toelichting Meijers, dat de handel erop moet kunnen rekenen, ‘dat iemand die een kwaliteit opgeeft, deze bezit’.¹⁵⁰ Handelt de tussenpersoon onbevoegd, dan is hij op grond van art. 3:70 BW aansprakelijk voor de geleden schade,¹⁵¹ tenzij de wederpartij ‘weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt’. Een voorbeeld van die situatie volgt aan het slot van het artikel, waar wordt gewezen op het geval dat ‘de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft medegedeeld’.¹⁵² De wederpartij wordt dus niet beschermd indien zij zelf onvoldoende oplettend is geweest of – met andere woorden – indien haar vertrouwen onder de gegeven omstandigheden niet *gerechtvaardigd* was. In zoverre staat de onderhavige vertrouwensbescherming op één lijn met die van art. 3:61 lid 2 BW. Een principieel verschil is echter dat het vertrouwen van de wederpartij hier niet is betrokken op een door de achterman gewekte schijn van volmachtverlening, maar op de vertrouwenwekkende vertegenwoordigingshandeling(en) van de tussenpersoon zelf. Terecht concluderen Bloembergen en Van Schendel hieruit dat de wederpartij in het kader van art. 3:70 BW zonder meer mag afgaan op verklaringen van de tussenpersoon omtrent diens bevoegdheid en dat zij zulke verklaringen – anders dan in het kader van art. 3:61 lid 2 BW (par. 3.4.3) – niet hoeft te verifiëren bij de achterman.¹⁵³

3.4.2 Informatieplichten ex art. 3:61 lid 2 BW

Uit de tekst van art. 3:61 lid 2 BW blijkt dat voor de onderhavige vertrouwensbescherming enerzijds een ‘verklaring of gedraging’ van de achterman is vereist en anderzijds het daarop gebaseerde gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij.¹⁵⁴ Het eerste vereiste pleegt te worden aangeduid als het toedoen-vereiste. Daaraan is duidelijk voldaan als de achterman bijvoorbeeld met zoveel woorden heeft verklaard of gesuggereerd dat de tussenpersoon bevoegd was de betrokken overeenkomst te sluiten. Ook een *stilzwijgende* gedraging

149 Zie daarover bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 92 e.v.; Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 114 e.v.; en Van Schaick 2011, nr. 47.

150 TM, PG Boek 3, p. 283. Aldus ook HR 26 juni 2009, *LJN* BH9284, *NJ* 2010, 664 m.nt. Jac. Hijma (Wiggers/Makelaardij Sneek), r.o. 3.4.2.

151 Deze schade omvat mede het ‘positief contractsbelang’. Zie bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 93a; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 115.

152 Overigens presenteert de wetgever die situatie als nevengeschikt (‘of’) i.p.v. ondergeschikt aan de eerstgenoemde situatie.

153 Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 114. Zie in gelijke zin Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 94; en Van Schaick 2011, nr. 50.

154 Zie over deze vereisten bijv. Tjong Tjin Tai 2003, p. 291; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 37; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 101.

van de achterman, zoals de aanstelling van de tussenpersoon in een bepaalde functie, kan kwalificeren als een toedoen in de hier bedoelde zin.¹⁵⁵ Illustratief is het arrest Hartman/Bakker uit 1998, waarin het ging om een werknemer van bouwbedrijf Hartman, genaamd Cuiper, die uit hoofde van zijn functie als uitvoerend leidinggevende op een bouwterrein aan transportbedrijf Bakker de opdracht had gegeven een berg grond van dat terrein te verwijderen. Het hof achtte werkgever Hartman aan deze opdracht gebonden, nu het in de visie van het hof een 'eenvoudige transactie' betrof, die paste 'binnen de sfeer' van Cuipers functie.¹⁵⁶ De Hoge Raad begreep dit oordeel aldus, 'dat Bakker heeft aangenomen en in de gegeven omstandigheden ook heeft mogen aannemen dat in de aanstelling door Hartman van Cuiper als uitvoerder besloten ligt dat hem een toereikende volmacht is verleend om die overeenkomsten aan te gaan die naar verkeersopvattingen uit de vervulling van deze functie voortvloeien'. Aldus beschouwd gaf 's hofs oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁵⁷

In het verlengde hiervan wordt aangenomen dat de schijn van volmachtverlening ook besloten kan liggen in een *nalaten* van de achterman.¹⁵⁸ Illustratief is het bekende arrest Felix/Aruba uit 1992, waarin het ging om de vraag of het Land Aruba gebonden was aan een door de Arubaanse luchthavenmeester onbevoegd gedane toezegging jegens ondernemer Felix, welke toezegging naderhand door de bevoegde minister werd ingetrokken. Ter onderbouwing van zijn vordering beriep Felix zich onder meer op de ondoorzichtigheid van de Arubaanse overheidsorganisatie en de onduidelijke verdeling van bevoegdheden binnen die organisatie. Volgens de Hoge Raad had het hof niet aan dit beroep op vertrouwensbescherming voorbij mogen gaan. Meer in het bijzonder had het hof moeten onderzoeken of er in casu sprake was van 'eventuele nalatigheid aan de zijde van de overheid om de derde tijdig op de onbevoegdheid van de functionaris opmerkzaam te maken'.¹⁵⁹ De overweging impliceert dat op de achterman in voorkomende gevallen een *mededelingsplicht* kan rusten omtrent de omvang van de volmacht.¹⁶⁰ Een vergelijkbare mededelingsplicht

155 Zie bijv. Schoordijk 1970, p. 4; Ernes 2000, p. 136 e.v.; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 39-40; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 99. Zie ook MvT Inv., PG Boek 3 (Inv.), p. 1180, waar wordt gesproken over de 'door een aanstelling gewekte schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid'. Vgl. voorts art. 3:61 lid 1 BW inzake stilzwijgende volmachtverlening, waarover TM, PG Boek 3, p. 263.

156 Zie r.o. 9-10 van 's hofs bestreden arrest, te kennen uit: HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 m.nt. PvS (Hartman/Bakker).

157 HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 m.nt. PvS (Hartman/Bakker), r.o. 3.4.2.

158 Aldus uitdrukkelijk HR 1 maart 1968, NJ 1968, 246 m.nt. GJS (Molukse Kerk/Clijnk); en HR 12 januari 2001, NJ 2001, 157 (Kuijpers/Wijnveen), r.o. 3.4. Zie voorts bijv. de conclusie van A-G Hartkamp voor Kuijpers/Wijnveen, sub 6; Tjong Tjin Tai 2003, p. 291; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 103.

159 HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 m.nt. PvS (Felix/Aruba), r.o. 3.3.

160 Zie over deze mededelingsplicht bijv. Van Schendel 1982, p. 127; Ernes 2000, p. 37-38; Tjong Tjin Tai 2003, p. 294-295; en Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 48.

was bijvoorbeeld aan de orde in het in par. 3.4.4 besproken arrest Kuipers/Wijnveen, waar het 'toedoen' van de achterman (mede) werd afgeleid uit het feit dat van diens zijde niet onmiddellijk was gereageerd op een door de wederpartij verzonden opdrachtbevestiging.¹⁶¹

Het tweede vereiste van art. 3:61 lid 2 BW, dat van het gerechtvaardigd vertrouwen, laat zich vertalen in de vraag of op de wederpartij onder de gegeven omstandigheden een *onderzoeksplicht* rustte omtrent de reikwijdte van de volmacht.¹⁶² Evenals in het kader van de wilsvertrouwensleer (par. 3.2.1) kan deze onderzoeksplicht worden herleid tot de algemene regeling van de goede trouw in art. 3:11 BW.¹⁶³ Zij dient zich met name aan, indien de wederpartij in concreto reden had tot *twijfel* over de bevoegdheid van de tussenpersoon.¹⁶⁴ Illustratief is het arrest Kuyt/MEAS uit 1992, waarin werd geoordeeld dat huurder Kuyt, die met zijn verhuurder MEAS in een langlopend conflict over een huurachterstand was verwickeld, niet zonder meer had mogen vertrouwen op een door de deurwaarder namens MEAS aangeboden betalingsregeling, die Kuyt het recht gaf nog enige maanden in zijn huis te blijven wonen. Dit aanbod was namelijk in tegenspraak met het eerder door MEAS ingenomen standpunt, dat zij volhardde in haar voornemen tot executie door middel van ontruiming, en met de uitkomst van een tussen partijen gewezen vonnis in kort geding, waarbij de door Kuyt ingestelde vordering tot staking van de executie was afgewezen. Volgens het hof had Kuyt de deurwaarder op dit vonnis moeten wijzen, althans zich ervan moeten vergewissen of de deurwaarder over het bewuste aanbod contact had gehad met MEAS. In cassatie stelt de Hoge Raad voorop dat degene die van de deurwaarder een betalingsregeling krijgt aangeboden, 'in het algemeen erop zal mogen vertrouwen dat de deurwaarder bevoegd is een dergelijke regeling te treffen, doch dat bijzondere omstandigheden kunnen meebrengen dat zodanig vertrouwen niet zonder meer gerechtvaardigd is'.¹⁶⁵ In navolging van A-G Hartkamp verenigt de Hoge Raad zich met 's hofs (kennelijke) oordeel, dat in casu sprake was van dergelijke bijzondere omstandigheden, die een uitzondering op de regel rechtvaardigden.¹⁶⁶ Kuyt had dus niet zonder meer mogen afgaan op het weinig voor de hand liggende aanbod van de deurwaarder.

161 HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 157 (Kuipers BV/Wijnveen), r.o. 3.4.

162 Zie over deze onderzoeksplicht bijv. Van Schendel 1982, p. 125; Ernes 2000, p. 33; Tjong Tjin Tai 2003, p. 291, 295; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 102.

163 Zie bijv. Ernes 2000, p. 33; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 102.

164 Aldus bijv. Van Schendel 1982, p. 126-127; en Ernes 2000, p. 43. Vgl. ook par. 2.2.2 (t.a.v. de tweede volzin van art. 3:11 BW) en voorts TM, PG Boek 3, p. 263.

165 HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 190 m.nt. HJS (Kuyt/MEAS), r.o. 3.3.

166 Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp, sub 4. Zie voorts instemmend de NJ-annotatie van H.J. Snijders, sub 2a.

3.4.3 Vervolg; gezichtspunten

Het samenspel van de vereisten van toedoen en gerechtvaardigd vertrouwen impliceert dus de gelding van wederzijdse informatieplichten omtrent bestaan en omvang van de volmacht.¹⁶⁷ Evenals op het terrein van de wilsvertrouwensleer (par. 3.2.2) moet worden aangenomen dat de *gerechtvaardigde verwachtingen* van partijen hier beslissend zijn.¹⁶⁸ Het gaat, met andere woorden, om de vraag of de wederpartij mocht verwachten dat de achterman haar zou informeren over een eventueel ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid, respectievelijk of de achterman mocht verwachten dat de wederpartij daar zelf voldoende op bedacht zou zijn. De concrete invulling van deze informatieplichten is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁶⁹

In de literatuur wordt in dit verband, tegen de achtergrond van de in par. 3.4.2 bedoelde schijn van aanstellingsvolmacht, gewezen op het belang van de *functie* van de tussenpersoon.¹⁷⁰ Voorts worden als gezichtspunten bijvoorbeeld genoemd de *gebruikelijkheid of normaliteit* van de betrokken vertegenwoordigingshandeling¹⁷¹ en de *traceerbaarheid of inzichtelijkheid* van de daaraan (al of niet) ten grondslag liggende volmacht.¹⁷² Dezelfde gezichtspunten komen meer concreet tot uitdrukking in het eerder genoemde arrest Felix / Aruba, waar de Hoge Raad wijst op (i) de 'positie' van de tussenpersoon binnen de organisatie van de achterman, (ii) de 'gedragingen' van de tussenpersoon en (iii) de vraag of de organisatie van de achterman en de daarbinnen geldende bevoegdheidsverdeling voor de wederpartij 'ondoorzichtig' was.¹⁷³ Bij wijze van vuistregel kan hieruit worden afgeleid dat het ontbreken van een (toereikende) volmacht minder snel aan de wederpartij kan worden tegengeworpen, naarmate de onbevoegdheid van de tussenpersoon, mede gelet op diens functie, minder gebruikelijk en minder eenvoudig traceerbaar was voor de wederpartij.¹⁷⁴

167 Zie voor een (vroeg) signalering van deze informatieplichten reeds Van Schendel 1982, p. 125-127.

168 Vgl. art. 3:61 lid 3 BW, zoals geciteerd in par. 3.4.1. Zie voorts par. 3.5.4 voor een vergelijkbare 'tweezijdige' benadering in het dwalingsleerstuk.

169 Zie bijv. Van Schendel 1982, p. 43; Ernes 2000, p. 42; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 37; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 102, 104.

170 Zie bijv. Vranken 1997, p. 15; Ernes 2000, p. 136; Tjong Tjin Tai 2003, p. 290, 294; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 41; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 104.

171 Zie bijv. Van Schendel 1982, p. 127; Ernes 2000, p. 42, 221; en Tjong Tjin Tai 2003, p. 294. Vgl. ook TM, PG Boek 3, p. 263, waar wordt betoogd dat de wederpartij verklaringen en gedragingen van de achterman 'in de gebruikelijke zin' mag opvatten.

172 Zie bijv. Van Schendel 1982, p. 126; Barendrecht 1996, p. 355; Vranken 1997, p. 15; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 41; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 104.

173 HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 m.nt. PvS (Felix/Aruba), r.o. 3.3.

174 Zie in gelijke zin bijv. Van Schendel 1982, p. 127.

Het onder (ii) bedoelde gezichtspunt impliceert dat niet alleen het toedoen van de achterman, maar ook dat van de *tussenpersoon* een rol speelt.¹⁷⁵ Dat ligt voor de hand, omdat juist de tussenpersoon, met wie de wederpartij in feite onderhandelt, het vertrouwen omtrent zijn eigen bevoegdheid – in positieve of in negatieve zin¹⁷⁶ – zal kunnen beïnvloeden. Van belang is echter dat de vertrouwensbescherming hier niet *uitsluitend* aan gedragingen van de tussenpersoon wordt gekoppeld, omdat anders het toedoen-vereiste van art. 3:61 lid 2 BW in feite zou worden uitgehold. Van oudsher en tot op de dag van vandaag wordt aangenomen dat voor vertrouwensbescherming ten koste van de achterman geen plaats is, indien laatstgenoemde aan het vertrouwen van de wederpartij part noch deel heeft gehad.¹⁷⁷ Heeft de tussenpersoon geheel ‘autonoom’ de schijn van volmachtverlening gewekt, derhalve zonder enig toedoen van de achterman, dan biedt art. 3:70 BW uitkomst, zoals besproken in par. 3.4.1.¹⁷⁸ Aan de *achterman* kan deze door de tussenpersoon gewekte schijn van volmachtverlening niet worden tegengeworpen, tenzij – zo nuanceert Van Schendel terecht – de achterman met het vertrouwenwekkend gedrag van de tussenpersoon bekend was en desalniettemin naliet de wederpartij hierop te attenderen.¹⁷⁹ In par. 3.4.2 bleek reeds dat een dergelijke schending van een mededelingsplicht kan kwalificeren als toedoen van de achterman, zoals vereist voor vertrouwensbescherming op de voet van art. 3:61 lid 2 BW. Hiermee rijst wel de vraag hoe reëel het bedoelde toedoen-vereiste nog is, als zelfs een (primair) door de tussenpersoon gewekt vertrouwen via een omweg alsnog aan de achterman kan worden toegerekend. Deze vraag wordt nader behandeld in par. 3.4.5.

Tot besluit van deze inventarisatie van gezichtspunten verdient vermelding dat volgens de heersende leer de vertrouwensbescherming van art. 3:61 lid 2 BW mede kan worden gebaseerd op omstandigheden die zich eerst ná de totstandkoming van de litigieuze overeenkomst hebben voorgedaan.¹⁸⁰ Men

175 Zie bijv. Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 104.

176 Vgl. Ernes 2000, p. 93-94, die signaleert dat het gedrag van de tussenpersoon ook ertoe kan leiden ‘dat géén schijn wordt gewekt’.

177 Aldus bijv. reeds HR 6 mei 1926, *NJ* 1926, 721 (Vas Dias/Salters) en meer recent HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 303 (Credit Lyonnais/T), r.o. 3.2. Zie in gelijke zin bijv. Barendrecht 1996, p. 355; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 41; Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 103; en Van Schaick 2011, nr. 51. Anders Van Dunné 1999, p. 44, die betoogt dat de achterman gebonden kan raken i.v.m. een (uitsluitend) door de tussenpersoon gewekte schijn.

178 Vgl. HR 26 juni 2009, *LJN* BH9284, *NJ* 2010, 664 m.nt. Jac. Hijma (Wiggers/Makelaardij Sneek), waar deze mogelijkheid (t.a.v. een makelaar) in abstracto werd aanvaard (r.o. 3.4.2), maar in concreto verworpen (r.o. 3.4.3).

179 Van Schendel 1982, p. 127.

180 Aldus HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 157 (Kuijpers BV/Wijnveen), r.o. 3.4, besproken in par. 3.4.4. Zie voorts bijv. Tjong Tjin Tai 2003, p. 295; Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 103, 104; Van Schaick 2011, nr. 51; en de conclusie van A-G Timmerman voor HR 26 september 2008, *LJN* BD7598, *RvdW* 2008, 898 (Multiclina c.s./HDI), sub 3.12.

denke bijvoorbeeld aan het geval dat de achterman geen actie heeft ondernomen naar aanleiding van de ontvangst van een opdrachtbevestiging of een factuur. Strikt genomen zou het zuiverder zijn dergelijke 'posterieure' omstandigheden te reserveren voor de fundering van een beroep op de schijn van *bekrachtiging* in de zin van art. 3:69 jo. 3:35 BW.¹⁸¹ Daar staat tegenover dat op het terrein van de wilsvertrouwensleer algemeen is aanvaard dat bijvoorbeeld het gunnen van een bedenktijd aan een werknemer na diens (vermeende) ontslagneming kan dienen als gezichtspunt voor het aannemen van een gerechtvaardigd vertrouwen van de werkgever ten tijde van de ontslagneming (par. 3.3.1). Tegen deze achtergrond zou ik menen dat ook op het terrein van de onbevoegde vertegenwoordiging geen bezwaar bestaat tegen een dergelijke 'integrale' afweging van posterieure en anterieure omstandigheden, mits de posterieure omstandigheden in het verlengde liggen van een ten tijde van de contractssluiting reeds – door de achterman¹⁸² – gewekte schijn van volmachtverlening, welke schijn zij als het ware met terugwerkende kracht versterken. Posterieure omstandigheden kunnen dus mijns inziens níet dienen als zelfstandige grondslag voor vertrouwensbescherming op grond van art. 3:61 lid 2 BW, maar kunnen in dat kader wel aanvullende werking hebben.¹⁸³ Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken arrest Kuipers/Wijnveen uit 2001, dat voor het leerstuk van de onbevoegde vertegenwoordiging tevens van belang is, omdat daarin een mededelingsplicht van de achterman omtrent het ontbreken van de volmacht werd aanvaard.¹⁸⁴

3.4.4 Vervolg; Kuipers/Wijnveen

Steijvers, de manager van transportbedrijf Kuipers BV, heeft met de firma Wijnveen onderhandelingen gevoerd over de bouw en levering door Wijnveen van een oplegger voor een vrachtwagencombinatie. Blijkens het handelsregister was Steijvers slechts beperkt vertegenwoordigingsbevoegd, namelijk ter zake van kleine transacties.¹⁸⁵ Voor grotere aankopen als de onderhavige was de goedkeuring van directeur Kuipers vereist. Naar aanleiding van de (kennelijk succesvol verlopen) onderhandelingen met Steijvers heeft Wijnveen aan Kuipers BV op 29 april 1992 een orderbevestiging gestuurd, met het verzoek deze te controleren, ondertekenen en retourneren. Namens Kuipers BV is

181 Vgl. Van Schaick 2011, nr. 43.

182 I.v.m. het toedoen-vereiste van art. 3:61 lid 2 BW kunnen posterieure omstandigheden m.i. niet dienen ter aanvulling van een initieel vertrouwen waaraan de achterman part noch deel heeft gehad (vgl. par. 3.4.5).

183 Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 26 juni 2009, *LJN* BH9284, *NJ* 2010, 664 (Wiggers/Makelaardij Sneek), sub 10, die ook in het kader van art. 3:70 BW een dergelijke categorische uitsluiting van posterieure omstandigheden 'te mechanisch' vindt.

184 HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 157 (Kuipers BV/Wijnveen).

185 Zie de specificatie van zijn bevoegdheid in r.o. 3.1 sub (ii).

echter niet op deze orderbevestiging gereageerd. De reden was dat de opdrachtgever van Kuijpers BV, Koudijs, nog geen 'garantie voor vervoer' had afgegeven.¹⁸⁶ Wijnveen, die tot bouw van de oplegger is overgegaan, heeft naderhand tevergeefs betaling van de betreffende factuur verzocht en heeft de oplegger, die reeds in de afgesproken kleuren was gespoten, met verlies doorverkocht aan een ander transportbedrijf. Na ontbinding van de door haar gepretendeerde overeenkomst met Kuijpers BV vordert Wijnveen thans schadevergoeding wegens wanprestatie.

In alle instanties wordt deze vordering toewijsbaar geacht en wordt het beroep van Kuijpers BV op onbevoegde vertegenwoordiging verworpen. Volgens het hof had het op de weg van Kuijpers BV gelegen om, indien zij meende niet aan de bestelling gebonden te zijn, 'Wijnveen hiervan onmiddellijk – voordat de uitvoering van de bestelling ter hand zou worden genomen – op de hoogte te stellen'. Door dit na te laten had zij Wijnveen ten onrechte 'in de waan gelaten dat zij, Kuijpers BV, daadwerkelijk de opdracht had gegeven, althans dat zij zich niet wenste te beroepen op onbevoegdheid van Steijvers', aldus het hof in r.o. 5.3. Ter onderbouwing verwees het hof naar de omstandigheden van het geval, meer in het bijzonder het feit dat de onderhandelingen waren gevoerd op het bedrijf van Kuijpers BV en met instemming van directeur Kuijpers, die zelfs 'enige tijd' bij de onderhandelingen aanwezig was geweest. Tevens woog het hof mee dat de onderhandelingen 'gedetailleerd' waren geweest en dat over prijs en levertijd volledige overeenstemming was bereikt. Tegen deze achtergrond behoeft Wijnveen 'in beginsel geen rekening meer te houden met de mogelijkheid, dat de uiteindelijke opdracht niet door Steijvers namens Kuijpers BV kon worden verleend', aldus het hof (r.o. 5.4).

In navolging van A-G Hartkamp laat de Hoge Raad deze beslissing in stand. 's hofs oordeel dat bij gebreke van een onmiddellijke reactie op de opdrachtbevestiging 'door toedoen van Kuijpers BV de schijn is gewekt dat Steijvers in haar naam de overeenkomst heeft gesloten',¹⁸⁷ geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. 'De schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan immers, afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval, ook door een niet-doen worden gewekt', aldus de Hoge Raad in r.o. 3.4,¹⁸⁸ die eraan toevoegt dat het in dit verband 'niet ter zake doet of een gedeelte van de omstandigheden waarop de schijn van bevoegdheid berust, zich heeft voorgedaan na de totstandkoming van de overeenkomst'. Dergelijke posterieure omstandigheden speelden inderdaad een belangrijke rol in de onderhavige zaak. Afgezien van de orderbevestiging en het ontbreken van een onmiddellijke reactie daarop, had het hof ook meegewogen dat Steijvers in de zomer en het najaar van 1992, derhalve ná totstandkoming van de litigieuze overeenkomst,

¹⁸⁶ Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp, sub 2.

¹⁸⁷ Aldus de weergave van 's hofs oordeel door de Hoge Raad in r.o. 3.4.

¹⁸⁸ Dat het ingevolge art. 3:61 lid 2 BW vereiste toedoen van de achterman ook in een nalaten gelegen kan zijn, bleek reeds in par. 3.4.2.

het bestaan ervan jegens diverse (ex-)werknemers van Wijnveen 'niet ontkende' en dat directeur Kuijpers hem op dit punt niet had gecorrigeerd.¹⁸⁹

De Hoge Raad heeft geen bezwaar tegen een dergelijke 'integrale' vertrouwenstoetsing, waarbij geen expliciete keuze tussen de schijn van volmachtverlening (art. 3:61 lid 2 BW) en de schijn van bekrachtiging (art. 3:69 jo. 3:35 BW) wordt gemaakt (r.o. 3.6):

'Voor zover het onderdeel strekt ten betoge dat het Hof ten onrechte niet heeft onderscheiden tussen omstandigheden die in het bijzonder grond zouden kunnen opleveren voor de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid en omstandigheden die in het bijzonder betrekking hebben op de schijn van bekrachtiging, is het tevergeefs voorgesteld. In vele gevallen kan een dergelijk scherp onderscheid in de praktijk niet worden gemaakt, hetgeen meebrengt dat dezelfde omstandigheden zowel bij de ene als bij de andere kwestie in de afweging kunnen worden betrokken. Het Hof heeft dan ook niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door dit onderscheid in het onderhavige geval niet scherp te maken, noch zijn uitspraak in dit opzicht onvoldoende gemotiveerd.'

Ook A-G Hartkamp meende dat het hof zijn oordeel mocht baseren op de 'verscheidene, onderling samenhangende omstandigheden', zonder daarbij strikt te onderscheiden tussen gebeurtenissen vóór en ná de vermeende contractssluiting (sub 6). Dat lijkt inderdaad een praktische en bevredigende oplossing, omdat de relevante omstandigheden in casu duidelijk in elkaars verlengde lagen (vgl. par. 3.4.3). Zou Wijnveen ten tijde van het versturen van de opdrachtbevestiging nog geen enkele (redelijke) grond hebben gehad voor haar vertrouwen op Steijvers' toezeggingen, dan zouden posterieure omstandigheden als de onderhavige bezwaarlijk kunnen worden aangegrepen ter fundering van een gerechtvaardigd vertrouwen met terugwerkende kracht. De (schijn van) bekrachtiging zou dan een passender grondslag bieden voor bescherming van Wijnveen. In casu waren er echter van meet af aan reële aanwijzingen geweest voor de bevoegdheid van Steijvers. Niet alleen vervulde hij binnen het bedrijf van Kuijpers BV de functie van manager en mocht hij uit dien hoofde, omdat hij 'meer verstand had van de techniek van opleggers',¹⁹⁰ de onderhandelingen voeren, tevens had directeur Kuijpers zelf een gedeelte van de onderhandelingen bijgewoond en niet ingegrepen toen deze hun eindstadium bereikten. Tegen die achtergrond konden de bedoelde posterieure omstandigheden inderdaad zonder enig bezwaar worden 'meegenomen' bij de initiële vertrouwenstoetsing, als argumenten ter vervolmaking van een gerechtvaardigd vertrouwen dat ten tijde van de contractssluiting reeds in de kiem aanwezig was.

¹⁸⁹ Zie r.o. 5.5 van 's hofs bestreden arrest.

¹⁹⁰ Zie r.o. 5.4 van 's hofs arrest. Vgl. ook onderdeel 3a van het cassatiemiddel, waar overigens terecht wordt opgemerkt dat het mogen voeren van de onderhandelingen als zodanig nog niet de (schijn van) tekeningsbevoegdheid impliceert.

Het arrest past in een reeks jurisprudentie waarin het toedoen-vereiste van art. 3:61 lid 2 BW betrekkelijk soepel is toegepast (par. 3.4.2). In casu volstond zelfs een *nalaten* aan de zijde van Kuijpers voor het aannemen van de door haar gewekte schijn van volmachtverlening.¹⁹¹ Hiermee rijst de vraag of het toedoen-vereiste nog serieus moet worden genomen. In de volgende paragraaf zal worden betoogd dat dit inderdaad het geval is.

3.4.5 Toedoen-vereiste

Al ruim voor de invoering van art. 3:61 lid 2 BW werd het daarin verankerde toedoen-vereiste, zoals eertijds ontleend aan het standaardarrest Vas Dias/Salters,¹⁹² gerelativeerd. Auteurs als Schoordijk, Van Schendel en Van Schilf-gaarde stelden zich op het standpunt dat de schijn van volmachtverlening niet noodzakelijk tot een vertrouwenwekkende verklaring of gedraging van de achterman dient te worden herleid, maar ook kan voortvloeien uit omstandigheden die in zijn *risicosfeer* liggen.¹⁹³ De auteurs zagen zich in deze visie bevestigd door de in par. 3.4.2 besproken rechtspraak van de Hoge Raad, waarin het toedoen-vereiste steeds verder werd verruimd. Zij riepen de Hoge Raad op 'met open vizier' te handelen en het vereiste uitdrukkelijk te verlaten.¹⁹⁴ Andere auteurs, zoals Snijders en Barendrecht, meenden dat de Hoge Raad terecht vasthield aan het toedoen-vereiste, omdat bij gebreke van een door de achterman gewekte schijn van volmachtverlening geen plaats zou zijn voor bescherming van de wederpartij.¹⁹⁵

In 2010 heeft de Hoge Raad positie gekozen in dit debat. In het hieronder te bespreken arrest ING/Bera koos hij uitdrukkelijk voor de bedoelde risico-leer.¹⁹⁶ Volgens de Hoge Raad kan 'voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan een onbevoegd vertegenwoordigde persoon ook plaats

191 Ter nuancering kan worden opgemerkt dat dit nalaten in casu gepaard ging met andere omstandigheden, die wél actief door Kuijpers BV waren veroorzaakt (bijv. de aanstelling van Steijvers).

192 HR 6 mei 1926, NJ 1926, 721 (Vas Dias/Salters).

193 Zie Schoordijk 1970, p. 7 e.v.; Van Schendel 1982, p. 34-35, 43-44; Schoordijk 1986a, p. 207-208; en de NJ-annotatie van P. van Schilf-gaarde bij HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 (Felix/Aruba), sub 2. Zie meer recent bijv. Van Dunné 1999, p. 44; Ernes 2000, p. 78-79, 135; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 38-41; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 104. Zie ook het principiële betoog van A-G Bakels in zijn conclusie voor HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 582 m.nt. PvS (Nacap/Kurstjens), sub 3.1-3.14.

194 Aldus bijv. de conclusie van A-G Bakels voor HR 23 oktober 1998, NJ 1999, 582 m.nt. PvS (Nacap/Kurstjens), sub 3.9. Vgl. ook de NJ-annotatie van P. van Schilf-gaarde bij HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 (Hartman/Bakker), sub 4-5.

195 Zie Snijders 1992a, p. 23-25 (en in gelijke zin de NJ-annotatie van H.J. Snijders bij HR 24 april 1992, NJ 1993, 190 (Kuyt/MEAS), sub 2c); en Barendrecht 1996, p. 354-355. Vgl. ook Tjong Tjin Tai 2003, p. 290 e.v.

196 HR 19 februari 2010, LJN BK7671, NJ 2010, 115 (ING/Bera), r.o. 3.4, overigens mede gewezen door Van Schendel.

zijn indien de derde gerechtvaardigd heeft vertrouwd dat een toereikende volmacht was verleend op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de onbevoegd vertegenwoordigde partij komen en waaruit naar verkeersopvattingen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid'.¹⁹⁷

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad de nieuwe risicoleer presenteert als een aanvulling op iets dat onbenoemd blijft. Het woord 'ook' in de geciteerde overweging verwijst immers naar een nevenschikking die niet wordt geëxpliciteerd. Deze tekstuele omissie is niet onbelangrijk. Indien de Hoge Raad bedoelt dat voor vertrouwensbescherming op grond van art. 3:61 lid 2 BW 'ook' plaats kan zijn bij gebreke van een toedoen in de gevestigde, ruime zin van het woord, derhalve zonder dat de achterman op enigerlei wijze verantwoordelijk is voor de gewekte schijn van volmachtverlening, behelst het arrest een koerswijziging die mijns inziens niet juist is. In vraagstukken van onbevoegde vertegenwoordiging is immers het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij niet betrokken op de schijnbare bevoegdheid van de tussenpersoon als zodanig,¹⁹⁸ maar op de daaraan ogenschijnlijk ten grondslag liggende vertegenwoordigingswil van de achterman.¹⁹⁹ Tegen die achtergrond kan het vertrouwen van de wederpartij alleen gerechtvaardigd zijn, indien het door een doen of nalaten, respectievelijk door een verklaring of verzwijging van de achterman is teweeggebracht. Gerechtvaardigd vertrouwen *veronderstelt* hier dus een toedoen van de achterman, waaraan dat vertrouwen is ontleend.²⁰⁰ Een en ander laat zich gemakkelijk inzien, wanneer men zich realiseert dat door vertegenwoordiging uiteindelijk een overeenkomst tussen de achterman en diens wederpartij tot stand komt, zodanig dat de vertegenwoordiger 'ertussenuit' valt. Past men de wilsvertrouwensleer toe op deze tweezijdige relatie tussen achterman en wederpartij, dan spreekt het vanzelf dat de achterman die op generlei wijze zijn wil tot vertegenwoordiging heeft geuit, ter zake ook geen gerechtvaardigd vertrouwen heeft kunnen wekken bij de wederpartij.²⁰¹

197 Aldus HR 11 maart 2011, L/JN BN9967, RvdW 2011, 357 (Van Zundert/Kort c.s.), r.o. 3.8, waar de maatstaf uit r.o. 3.4 van het arrest ING/Bera in meer algemene bewoordingen wordt herhaald. Zie in gelijke zin ook HR 2 december 2011, L/JN BT7490, RvdW 2011, 1494 (Erven Y./A. en B.), r.o. 3.4.2.

198 Vgl. par. 3.4.1, waar bleek dat dit in het kader van art. 3:70 BW wel het geval is.

199 Vgl. de woorden 'op grond van' in art. 3:61 lid 2 BW.

200 Vgl. par. 3.4.3. Zie in gelijke zin bijv. art. II-6:103 lid 3 DCFR, waar als voorwaarde voor vertrouwensbescherming wordt gesteld dat 'a person *causes* a third party reasonably and in good Faith to believe that the person has authorised a representative to perform certain acts' (curs. toegevoegd).

201 Vgl. in het kader van art. 3:33-3:35 BW de jurisprudentie over vervalste handtekeningen, die evenmin bindend zijn voor de (vermeende) verklarende partij, tenzij de vervalsing haar kan worden toegerekend. Zie HR 7 februari 1992, NJ 1992, 809 m.nt. HJS (Kamerman/Aro Lease), r.o. 3.3.

Indien de Hoge Raad, zoals meer voor de hand ligt,²⁰² met de introductie van de risicoleer geen koerswijziging heeft beoogd, maar een ‘codificatie’ van zijn eigen rechtspraak over het toedoen-vereiste, erop neerkomend dat voor vertrouwensbescherming ook plaats kan zijn bij gebreke van een actieve gedraging of uitdrukkelijke verklaring van de achterman,²⁰³ is de strekking van het arrest aanvaardbaar maar de formulering ongelukkig. Anders dan de (nevenschikkende) verwijzing naar het risicobeginsel suggereert, is namelijk voor de klassieke vertrouwensbescherming op grond van toedoen geen *verwijt* jegens de achterman vereist.²⁰⁴ De veel getrokken parallel met het onrechtmatige daadsleerstuk, dat in de twintigste eeuw een ontwikkeling van schuld naar risico heeft doorgemaakt, gaat dan ook niet op.²⁰⁵ Belangrijker is dat de ervaringen met het risicobeginsel in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht uitwijzen dat dit beginsel weinig funderend vermogen bezit (par. 4.2.2). Terecht klagen Barendrecht en Tjong Tjin Tai dan ook over de vaagheid die door het verlaten van het toedoen-vereiste ontstaat.²⁰⁶ Illustratief is de eerder besproken problematiek van de posterieure omstandigheden. De nieuwe risicoleer biedt in dit verband weinig houvast en lijkt zelfs te suggereren dat posterieure omstandigheden onbeperkt mogen worden meegewogen in het kader van art. 3:61 lid 2 BW, als omstandigheden die naar verkeersopvattingen ‘voor risico’ van de achterman komen. In par. 3.4.3 bleek reeds dat ik een dergelijke benadering niet gerechtvaardigd acht.

Het voorgaande roept de vraag op, hoe de Hoge Raad de nieuwe risicoleer zal toepassen. Mijns inziens moet de ruime vertrouwensbescherming zoals die thans reeds voortvloeit uit art. 3:61 lid 2 BW, niet verder worden opgerekt. Met name moet worden voorkomen dat behalve het toedoen-vereiste ook het vereiste van gerechtvaardigd vertrouwen door de risicoleer wordt geabsorbeerd (en aldus gerelativeerd). De voor de hand liggende neiging om in termen van ‘risico’ sneller tot toerekening van de schijn van volmachtverlening over te gaan, moet mijns inziens worden onderdrukt. Het nu te bespreken arrest ING/

202 Vgl. Hijma e.a. 2010, nr. 104 (Bloembergen/Van Schendel), waar Van Schendel (één van de betrokken raadsheren) zelf opmerkt dat de Hoge Raad ‘thans met zoveel woorden duidelijk [heeft] gemaakt’ wat voorheen reeds gold. Zie in die zin ook Van Schaick 2011, nr. 51; en de conclusie van A-G Wuisman voor HR 2 december 2011, *LJN* BT7490, *RvdW* 2011, 1494 (Erven Y./A. en B.), sub 2.7.2.

203 Vgl. Van Schendel 1982, p. 43-44, waar wordt betoogd dat de verkeersopvattingen ruimte bieden ‘om ook buiten nadrukkelijk tot de derde gerichte handelingen van de pseudo-principaal tot toerekenbare schijn te besluiten’.

204 Aldus *MvA II Inv.*, PG Boek 3 (Inv.), p. 1181. Zie voorts bijv. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 41; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 101. Zie ook, vanuit rechtsvergelijkend perspectief, Ernes 2000, p. 135. Enigszins *anders* Van Schaick 2011, nr. 51, die betoogt dat voor vertrouwensbescherming ‘in zekere zin aan de achterman een verwijt gemaakt [moet] kunnen worden’.

205 Vgl. Tjong Tjin Tai 2003, p. 293-294. Zie voor de bedoelde parallel bijv. Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 104; en de conclusie van A-G Bakels voor HR 23 oktober 1998, *NJ* 1999, 582 m.nt. PvS (Nacap/Kurstjens), sub 3.8.

206 Barendrecht 1996, p. 355; en Tjong Tjin Tai 2003, p. 295.

Bera, waarin de nieuwe risicoleer werd geïntroduceerd, biedt mijns inziens een voorbeeld van een dergelijke doorgeschoten vertrouwensbescherming.²⁰⁷

3.4.6 Vervolg; ING/Bera

Het ging in casu om de vraag of Bera Holding, een Surinaamse vennootschap opgericht door Berner en Ramkalup, gebonden was aan een reeks betalingen die huisbankier ING in opdracht van Ramkalup had verricht.²⁰⁸ Ramkalup was, blijkens de handtekeningenkaarten die ING hanteerde, niet bevoegd tot het verstrekken van de betalingsopdrachten. De enige gemachtigde van Bera's betaalrekeningen was Berner, (inmiddels) enig aandeelhouder van Bera. Ramkalup was bij ING geen onbekende, want Berner had zijn zakenpartner zelf bij ING 'geïntroduceerd' en liet de bankafschriften sturen naar het adres van de in Nederland gevestigde vennootschappen van Ramkalup. Tevens had Berner zich door Ramkalup laten vergezellen bij het ondertekenen van de offerte en de handtekeningenkaarten.²⁰⁹ Het hof achtte deze omstandigheden echter onvoldoende voor bescherming van ING op grond van art. 3:61 lid 2 BW. Uit de tussen partijen bestaande overeenkomst leidde het hof voor ING de verplichting af 'dat zij zich, alvorens een betaalopdracht uit te voeren, vergewist van de bevoegdheid van degene die de opdracht heeft verstrekt'. Tegen die achtergrond oordeelde het hof dat ING 'slechts onder zeer bijzondere omstandigheden' een beroep kon doen op de schijn van volmachtverlening, welke omstandigheden het hof in casu niet waren gebleken.

De Hoge Raad kiest voor vernietiging op principiële gronden en overweegt (overigens in een opmerkelijke combinatie van algemene bewoordingen en partijnamen):

'Bij de beoordeling van de door ING aangevoerde stellingen moet uitgangspunt zijn dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde ook plaats kan zijn ingeval ING gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan M. Ramkalup op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van Bera Holding komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.'²¹⁰

207 HR 19 februari 2010, *LJN* BK7671, *NJ* 2010, 115 (ING/Bera). Vgl. echter ook – meer terughoudend – HR 2 december 2011, *LJN* BT7490, *RvdW* 2011, 1494 (Erven Y./A. en B.), waarin het handelen van een 'huisnotaris' niet naar verkeersopvattingen aan diens opdrachtgevers werd toegerekend (r.o. 3.4.2).

208 Het ging om een totaalbedrag van €210.000, dat in opdracht van Ramkalup was overgemaakt naar zijn eigen vennootschappen, die kennelijk naderhand geen verhaal boden.

209 Vgl. r.o. 4.7.2 van 's hofs bestreden arrest.

210 HR 19 februari 2010, *LJN* BK7671, *NJ* 2010, 115 (ING/Bera), r.o. 3.4. Zie voor een herhaling in meer algemene bewoordingen HR 11 maart 2011, *LJN* BN9967, *RvdW* 2011, 357 (Van Zundert/Kort c.s.), r.o. 3.8, zoals geciteerd in par. 3.4.5.

Nu Ramkalup in casu bij Bera Holding ‘was betrokken’ en de bankafschriften ‘op verzoek van Bera Holding naar het bedrijfsadres van M. Ramkalup werden verzonden’, acht de Hoge Raad ‘s hofs oordeel onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd (r.o. 3.5). In dit verband weegt de Hoge Raad ook mee dat Bera Holding ‘niet tijdig heeft geprotesteerd tegen de gewraakte overschrijvingen’, terwijl zij op grond van de door ING gehanteerde algemene voorwaarden verplicht was de rekeningafschriften terstond na ontvangst op juistheid te controleren. De stelling van Bera Holding dat ING in dit verband rekening moest houden met een zekere vertraging, omdat de rekeningafschriften in eerste instantie naar het Nederlandse bedrijfsadres van Ramkalup werden gestuurd, faalt, omdat Bera Holding zelf opdracht had gegeven voor het doorzenden van de afschriften, waaruit de Hoge Raad afleidt ‘dat deze vertraging voor haar risico komt’ (r.o. 3.5). Advocaat-Generaal Timmerman dacht hier anders over. In zijn visie kwam de vertraagde controle van de afschriften weliswaar voor risico van Bera Holding, maar liet dit onverlet ‘dat ING wist dat Bera Holding (Berner) met vertraging van de overboekingen kennis nam en dus aan het uitblijven van een onmiddellijk protest niet zonder meer het vertrouwen mocht ontlelen dat Ramkalup over een toereikende volmacht beschikte’.²¹¹ Hoewel ook Timmerman de door de Hoge Raad verkondigde risicoleer verdedigde,²¹² kon hij zich in casu goed vinden in het contextgebonden oordeel van het hof, mede gelet op de bancaire zorgplicht.²¹³

Inderdaad rijst de vraag wat er eigenlijk mis was met ‘s hofs oordeel, dat een bank die een betalingsopdracht uitvoert zonder te controleren of deze door de bevoegde rekeninghouder is ondertekend, slechts onder ‘zeer bijzondere omstandigheden’ bescherming verdient.²¹⁴ Vooropgesteld moet worden dat het toedoen-vereiste, dat de Hoge Raad hier zo nadrukkelijk wil aanvullen met de risicoleer, in casu goed beschouwd niet ter discussie stond. Dat Bera Holding de indruk had gewekt dat Ramkalup, als zakenpartner van Berner, bij de bedrijfsvoering van de vennootschap was betrokken, stond wel vast. Daaraan kon de bank echter geen gerechtvaardigd vertrouwen ontlelen, omdat de handtekeningenkaart onomwonden uitwees dat alleen Berner gemachtigd was. Strikt genomen kon derhalve aan de zijde van ING geen sprake zijn van twijfel omtrent de bevoegdheid van Ramkalup, omdat de bank voor die bevoegdheid zelf een dwingende indicator had gecreëerd, te weten de bedoelde handtekeningenkaart. Dat de Hoge Raad niettemin ruimte wil laten voor bescherming van de bank, doet vermoeden dat hij het risicobeginsel niet alleen wil inzetten ter aanvulling van het toedoen-vereiste als zodanig, maar meer

211 Zie zijn conclusie, sub 2.16.

212 Zie zijn conclusie, sub 2.6, 2.8. Zie eerder al in gelijke zin de conclusie van A-G Timmerman voor HR 26 september 2008, *LJN* BD7598, *RvdW* 2008, 898 (Multiclina c.s./HDI), sub 3.12.

213 Zie zijn conclusie voor het arrest, sub 2.10. Zie nader over de bedoelde zorgplicht par. 4.8.3 e.v.

214 Vgl. Van der Goes 2010, p. 74-75, die concludeert dat ING in casu ‘niet gerechtvaardigd mocht vertrouwen op de schijn van volmachtverlening’.

in het algemeen ter verruiming van de vertrouwenstoetsing van art. 3:61 lid 2 BW. De reden voor die verruiming blijft echter onduidelijk, hetgeen – zoals bleek in par. 3.4.5 – kenmerkend is voor risicobenaderingen in het algemeen.

Valk heeft naar aanleiding van het arrest betoogd dat, ook na introductie van de risicoleer, toerekening in termen van toedoen de voorkeur blijft verdienen, ‘omdat de verantwoordelijkheid voor eigen handelen en nalaten nu eenmaal het meest overtuigende argument voor toerekening is en blijft’.²¹⁵ Aan het slot van de voorgaande paragraaf bleek reeds dat dit betoog ondersteuning verdient en zelfs versterking. Mijns inziens bestaat er bij gebreke van enig actief of passief toedoen, derhalve zonder een door de achterman gewekte schijn van volmachtverlening, überhaupt geen grond voor vertrouwensbescherming op de voet van art. 3:61 lid 2 BW. Men kan het ook zo stellen, aanknappend bij de nieuwe risicoleer van de Hoge Raad, dat de omstandigheden die voor risico van de achterman kunnen komen en waaruit naar verkeersopvattingen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid, steeds door een actieve of passieve gedraging van de achterman moeten zijn teweeggebracht. Niet voor niets betitelde Tjong Tjin Tai de risicoleer eerder al als ‘een parafrase van de eis dat het risico door toedoen van de achterman is ontstaan’.²¹⁶ Een en ander maakt eens te meer duidelijk dat met de nieuwe benadering weinig winst te behalen valt.

Toegespitst op het onderhavige onderzoek zou ik menen dat een contextgebonden afweging van informatieplichten over en weer – enerzijds een potentiële mededelingsplicht van de achterman uit hoofde van het toedoenvereiste, anderzijds een potentiële onderzoeksplicht van de wederpartij uit hoofde van het vereiste van gerechtvaardigd vertrouwen (par. 3.4.2) – méér sturend vermogen heeft dan een klakkeloze risicoverdeling aan de hand van de verkeersopvattingen. Het toedoenvereiste biedt hier bovendien een onmisbare waarborg tegen een doorgeschoten vertrouwensbescherming, omdat het dwingt tot beantwoording van de vraag of de achterman – bij gebreke van een actieve vertrouwenwekkende gedraging of een uitdrukkelijke vertrouwenwekkende verklaring – onder de gegeven omstandigheden de wederpartij had moeten *inlichten* over het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Hierboven bleek reeds dat naar mijn mening van een dergelijke mededelingsplicht aan de zijde van Bera in casu geen sprake kon zijn, omdat de onbevoegdheid van Ramkalup voor ING onmiskenbaar was. Tegen die achtergrond meen ik dat de risicobenadering van de Hoge Raad hier, ook qua resultaat, ongelukkig uitviel.

²¹⁵ Valk 2010b, p. 187-188. Zie in gelijke zin Van Schaick 2011, nr. 51.

²¹⁶ Tjong Tjin Tai 2003, p. 295.

3.5 WILSGEBREKEN

3.5.1 Algemeen

In de voorgaande paragrafen ging het om informatieplichten die van invloed zijn op de totstandkoming van de overeenkomst als zodanig. Thans wordt het vizier gericht op de *geldigheid* van de overeenkomst, meer in het bijzonder op de vraag of de in beginsel totstandgekomen overeenkomst haar geldigheid kan verliezen wegens het bestaan van een wettelijke vernietigingsgrond.²¹⁷ Voor het leerstuk der informatieplichten zijn met name relevant de vernietigingsgronden die van oudsher worden aangeduid als de *wilsgebreken*.²¹⁸ Deze wilsgebreken – bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) en dwaling (art. 6:228 BW) – doen zich voor indien de tussen partijen bereikte wilsovereenstemming op een onvoldoende basis berust, omdat de wil van een der partijen op gebrekkige wijze is gevormd.²¹⁹ Het laat zich aanzien dat informatietekorten, en de daarmee samenhangende plichten tot vergaring of verstrekking van informatie, in dat verband een belangrijke rol kunnen spelen. Dat geldt met name voor het bedrog (par. 3.5.2) en de dwaling (par. 3.5.4 e.v.), welke wilsgebreken direct verband houden met de wijze waarop de dwalende respectievelijk de bedrogene door de wederpartij is voorgelicht.

Bedreiging en misbruik van omstandigheden zijn voor het leerstuk der informatieplichten van minder groot belang, omdat het hier vooral gaat om de bescherming van een partij die zich in een dwangpositie of kwetsbare geestestoestand bevindt, en niet zozeer om een beoordeling van haar kennis of informatiepositie. Overigens biedt de regeling van het misbruik van omstandigheden wel aanknopingspunten voor de aanvaarding van informatieplichten aan de zijde van de aangesproken partij,²²⁰ met name waar het gaat om situaties van geestelijk overwicht.²²¹ Illustratief is het arrest Van Elmbt/Feierabend uit 1964, waarin het ging om een weduwe die in een depressieve toestand een voor haar nadelig optierecht had verleend aan een assurantie-tussenpersoon, die grote invloed op haar had.²²² Het huidige art. 3:44 lid 4 BW bepaalt, in navolging van het arrest van de Hoge Raad, dat voor een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden in een dergelijke situatie

217 Zie over het verband tussen de begrippen geldigheid en vernietigbaarheid Hijma 1988, p. 3.

218 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 208 e.v.; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 159 e.v.

219 Tegen deze achtergrond wordt ook wel gesproken van *wilsvormingsgebreken*. Zie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 3.

220 Vgl. Vranken 1989, p. 53 e.v.

221 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 263; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 188; en Vermogensrecht (Stolp), art. 44, lid 4, aant. 19.

222 HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104 m.nt. GJS (Van Elmbt/Feierabend).

is vereist dat de misbruikmakende partij 'weet of moet begrijpen' dat de ander zich in een kwetsbare positie bevindt, waardoor deze tot het verrichten van de betrokken rechtshandeling wordt bewogen, en desondanks de totstandkoming van deze rechtshandeling bevordert, hoewel hetgeen de bedoelde partij 'weet of moet begrijpen' haar daarvan zou moeten weerhouden. Een en ander impliceert de gelding van een op de misbruikmakende partij rustende *onderzoekspllicht*, met name waar het gaat om rechtshandelingen die voor de kwetsbare partij onmiskenbaar nadelig zijn.²²³ In de casus Van Elmbt/Feierabend zou deze onderzoekspllicht meebrengen dat de assurantietussenpersoon bij de weduwe had moeten informeren of zij zich van de nadelige strekking van het optierecht bewust was. Gelet op de nauwe verwantschap van deze onderzoekspllicht met de elders besproken informatieplichten uit hoofde van art. 3:35 BW (par. 3.2.2) en 6:228 BW (par. 3.6), wordt deze onderzoekspllicht, waarover overigens ook betrekkelijk weinig jurisprudentie bestaat, hieronder niet nader behandeld.

Ratio van de regeling der wilsgebreken in het algemeen is de hierboven geschetste gedachte, dat een misvormde wil geen goede basis voor contractuele gebondenheid vormt. Uitgaande van deze gedachte is het niet zozeer de laakbare gedraging van de aangesproken partij, die hier de grondslag voor vernietiging vormt, als wel de gebrekkige wilsvorming aan de andere zijde. Dienovereenkomstig vereist art. 3:44 BW – evenals art. 6:228 lid 1 sub c BW – niet dat het wilsgebrek door de aangesproken wederpartij is *veroorzaakt*. Vernietiging is, met andere woorden, in beginsel ook mogelijk indien de bedreiging, het bedrog, het misbruik van omstandigheden of de dwaling werd teweeggebracht door het gedrag van een derde, respectievelijk door (andere) omstandigheden buiten de invloedssfeer van de wederpartij. Ter nuancering van dit uitgangspunt beschermt art. 3:44 lid 5 BW de wederpartij, die wordt geconfronteerd met een beroep op bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden door toedoen van een derde, indien zij 'geen reden had het bestaan ervan te veronderstellen'.²²⁴ De geciteerde tournure impliceert (onder omstandigheden) de gelding van een *onderzoekspllicht* omtrent het eventuele bestaan van een wilsgebrek. Illustratief is de lagere rechtspraak over de aanbieders van mobiele telefonie, die in de praktijk geregeld worden geconfronteerd met (dikwijls jeugdige) klanten die, onder dreiging van een derde, één of meer telefooncontracten afsluiten, waarna zij de bijbehorende mobiele telefoons aan die derde moeten afgeven. Vooral indien de malafide derde bij de contractssluiting (in de winkel) aanwezig is, zal de aanbieder moeten onderzoeken of de

223 Aangenomen wordt dat het bedoelde nadeel niet als consitutief vereiste voor een geslaagd beroep op art. 3:44 lid 4 BW fungeert, maar wel als relevant gezichtspunt. Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 257; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 270; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 186; en Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 4, aant. 13.2, 29. Vgl. ook MvA II Inv., PG Boek 3 (Inv.), p. 1148.

224 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 255; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 190.

klant de betreffende overeenkomsten daadwerkelijk wil sluiten en of hij zich de abonnementskosten kan veroorloven.²²⁵ Ook indien de aanbieder anderszins aanleiding heeft tot twijfel over de beweegredenen van de klant, bijvoorbeeld omdat deze verschillende abonnementen in één keer afsluit dan wel binnen een kort tijdsbestek terugkeert om een volgende overeenkomst aan te gaan, ligt het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht uit hoofde van art. 3:44 lid 5 BW voor de hand.²²⁶

3.5.2 Bedrog

In hoofdstuk 2 bleek dat de opmars van precontractuele informatieplichten in Frankrijk en Duitsland is begonnen op het terrein van het bedrog. In de loop van de twintigste eeuw werd in beide landen aanvaard dat behalve actief misleidend gedrag, zoals het bewust verschaffen van onjuiste informatie, ook de bedrieglijke verzwijging van essentiële informatie – *réticence dolosive* (par. 2.6.1) en *Täuschung durch Verschweigen* (par. 2.7.1) – kon kwalificeren als bedrog. Complicatie van deze benadering was, zo ondervonden zowel de Franse als de Duitse rechtspraak en doctrine, dat voor een geslaagd beroep op bedrog van oudsher opzet als vereiste werd gesteld, terwijl zulk opzet in de praktijk vaak moeilijk te bewijzen viel. De Nederlandse rechter heeft hier de weg van de mindere weerstand gekozen, door – conform de Engelse leer van de *misrepresentation* (par. 2.8.2) – de precontractuele informatieplichten te situeren in het neutralere kader van de dwaling. Het in par. 3.1.3 besproken arrest Baris/Riezenkamp vormde de opmaat voor deze benadering,²²⁷ die terugvoerde tot de visie van Meijers.²²⁸ Het resultaat was een enorme opwaardering van het dwalingsleerstuk (par. 3.5.4).

De geschetste ruime opvatting van de dwaling verklaart waarom het bedrog naar Nederlands recht slechts van geringe betekenis is voor het leerstuk der informatieplichten. Niettemin bevat art. 3:44 lid 3 BW in dit verband wel degelijk relevante aanknopingspunten.²²⁹ De bepaling plaatst immers het ‘verzwijgen van enig feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen’ op één lijn met het doen van een ‘onjuiste mededeling’ of een ‘andere kunstgreep’,

225 Zie bijv. Rb. Dordrecht (ktr.) 17 juni 2010, *LJN* BM8764, *NJF* 2010, 290, r.o. 7; Rb. Rotterdam (ktr.) 11 februari 2011, *LJN* BS1746, r.o. 5.2, 5.7; en Rb. Groningen (ktr.) 14 juni 2011, *LJN* BQ9189, r.o. 4.5.

226 Zie bijv. Rb. Maastricht (ktr.) 6 mei 2009, *LJN* BI3628; Rb. Haarlem (ktr.) 13 oktober 2010, *LJN* BO9354, r.o. 4; Rb. Utrecht (ktr.) 2 februari 2011, *LJN* BP3980, *NJF* 2011, 142, r.o. 10; en Rb. Amsterdam (ktr.) 27 oktober 2011, *LJN* BU2103, r.o. 6.

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

228 Vgl. Meijers 1922, p. 408.

229 Vgl. Vranken 1989, p. 20.

hetgeen duidt op de gelding van een precontractuele mededelingsplicht.²³⁰ De praktische betekenis daarvan wordt echter onmiddellijk ingeperkt door het vereiste van opzettelijkheid, waarnaar art. 3:44 lid 3 BW met zoveel woorden verwijst en dat volgens de Hoge Raad meebrengt 'dat opzettelijk verzwijgen wel, onopzettelijk vergeten niet als kunstgreep' kwalificeert.²³¹ Het beoelde vereiste weegt extra zwaar, omdat volgens de heersende leer niet alleen de verzwijging als zodanig, maar ook de daaruit voortvloeiende beïnvloeding van de wederpartij moet zijn beoogd.²³² Weliswaar wordt aangenomen dat voorwaardelijk opzet in dit verband volstaat,²³³ maar nochtans biedt de praktijk relatief weinig voorbeelden van een (succesvol) beroep op bedrieglijke verzwijging, kennelijk vanwege de bewijsproblemen die in dit verband worden ondervonden.²³⁴ Tegen deze achtergrond wordt in par. 3.5.4 e.v. de aandacht gericht op het dwalingsleerstuk, dat in de praktijk veruit de belangrijkste grondslag vormt voor het aannemen van precontractuele informatieplichten over en weer.

3.5.3 Vervolg; verschoonbaarheidsvragen bij bedrog?

Vanuit een theoretisch perspectief rijst hier nog wel de vraag of het Nederlandse bedrogleerstuk, op vergelijkbare wijze als in Frankrijk en Duitsland, een volwaardig alternatief zou kunnen bieden voor de dwalingsregeling, in die zin dat daaruit een vergelijkbaar genuanceerd regime van wederzijdse informatieplichten zou kunnen worden afgeleid. Het gaat hier, met andere woorden, om de vraag of overwegingen van (*on*)*verschoonbaarheid* aan de zijde van de bedrogene een rol kunnen spelen in het kader van art. 3:44 lid 3 BW, bijvoorbeeld in die zin dat een beroep op bedrieglijke verzwijging faalt wegens de schending van een eigen onderzoeksplicht.²³⁵ De traditionele opvatting luidt dat dit niet het geval is, omdat het onredelijk zou zijn de bedrogene tegen te werpen dat hij, in zijn vertrouwen op het opzettelijk misleidend gedrag van

230 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 252; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 179; en Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 68 e.v.

231 Aldus (m.b.t. art. 1364 BW (oud)) HR 2 mei 1969, NJ 1969, 344 m.nt. GJS (Beukinga/Van der Linde), overweging t.a.v. het eerste onderdeel van het cassatiemiddel.

232 Zie over deze eis van 'dubbel opzet' bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 253; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 251; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 178; en Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 68 e.v.

233 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 253; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 252; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 178; en Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 67.2.

234 Vgl. Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 178. De relevante rechtspraak dateert vooral uit de eerste helft van de twintigste eeuw (zie voor een inventarisatie Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 46 e.v.). Zie voor een recent voorbeeld Hof Amsterdam 23 augustus 2011, NJF 2011, 477, r.o. 4.7-4.8.

235 Vgl. par. 3.6.11 over de onderzoeksplicht van de dwalende ex art. 6:228 lid 2 BW.

de wederpartij, al te goedgevolvig is geweest.²³⁶ Er is, aldus de veel geciteerde stelling van Scholten, ‘geen reden de bedrieger tegen naïviteit van de bedrogene te beschermen’.²³⁷

Deze visie van de ‘moralisten’, zoals Tjittes ze noemt,²³⁸ kan worden gelineariseerd. Ook bij gebreke van opzettelijk misleidend gedrag geldt immers als logisch uitgangspunt, dat men binnen redelijke grenzen mag afgaan op onjuiste of onvolledige informatieverstrekking door de wederpartij (par. 3.6.13 e.v.). Terecht betoogt Meijers dan ook dat een normaal mens de bedrieger ‘evenzoo aan zijn woord [mag] houden, als hij dit een eerlijk man zou doen’.²³⁹ In deze neutrale, meer genuanceerde visie op bedrog bestaat ruimte voor de gedachte dat de bedrogene, zoals iedere contractant (par. 3.1.2), tot op zekere hoogte een eigen verantwoordelijkheid heeft ter voorkoming van teleurstellingen. Dienovereenkomstig bepaalt art. 3:44 lid 3 BW bijvoorbeeld dat aanprijzingen in algemene bewoordingen – waarvan algemeen bekend mag worden verondersteld dat zij veelal een zekere mate van (goedaardige) misleiding in zich bergen²⁴⁰ –, op zichzelf geen bedrog opleveren, ook al zijn ze onwaar.²⁴¹ Hijma trekt de lijn door en betoogt meer in algemene zin dat overwegingen van (on)verschoonbaarheid een corrigerende rol kunnen vervullen in het kader van art. 3:44 lid 3 BW.²⁴² Daartoe definieert Hijma het overkoepelende begrip kunstgreep, waaronder hij ook de bedrieglijke verzwijging verstaat, als ‘een gedraging die naar haar aard geschikt is om, in de omstandigheden waaronder zij plaatsvindt, bij de ander een onjuiste voorstelling van zaken te scheppen, te bevestigen of te versterken’.²⁴³ Volgens Hijma zal een beroep op bedrog (moeten) falen, indien de gedraging van de aangesproken partij ‘een tot misleiding geëigende natuur’ mist, meer in het bijzonder omdat de bedrogene zelf onvoldoende oplettend, althans te naïef is geweest.²⁴⁴

236 Zie bijv. Van Delft-Baas 1987, p. 186-187; Van Rossum 1990a, p. 46; Tjittes 1994, p. 65; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 254; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 180; en Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 13. Vgl. ook (m.b.t. de eis van causaal verband) HR 2 mei 1969, NJ 1969, 344 m.nt. GJS (Beukinga/Van der Linde), overweging t.a.v. het derde onderdeel van het cassatiemiddel.

237 Aldus de NJ-annotatie van G.J. Scholten bij HR 2 mei 1969, NJ 1969, 344 (Beukinga/Van der Linde), sub 2.

238 Tjittes 1994, p. 65.

239 Aldus de NJ-annotatie van E.M. Meijers bij HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 (Herbrechter/Hof), sub 2.

240 Vgl. het klassieke leerstuk van *dolus bonus*, waarover bijv. De Boeck 2000, p. 281-282.

241 Vgl. par. 3.6.6 over de ‘waarheidsplicht’ in het dwalingsleerstuk (art. 6:228 lid 1 sub a BW), die evenmin de hier bedoelde algemene aanprijzingen omvat.

242 Hijma 1992c, p. 57 e.v. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 254.

243 Hijma 1992c, p. 62.

244 Hijma 1992c, p. 63, waar Hijma het voorbeeld aanhaalt van de concrete (maar ongeloofwaardige) aanprijzing door een marktkoopman dat Balzac nog uit het verkochte pijpje heeft gerookt.

De visie van Hijma illustreert dat een evenwichtiger benadering van het bedrogleerstuk, in termen van informatieplichten over en weer, inderdaad mogelijk is. De jurisprudentie biedt ook voorbeelden van een dergelijke benadering,²⁴⁵ waaruit moet worden afgeleid dat de enkele omstandigheid dat iemand opzettelijk is misleid, hem niet ontslaat van iedere vorm van eigen verantwoordelijkheid.²⁴⁶ Toch lijkt de praktische betekenis van deze verschoonbaarheidscorrectie gering, omdat zoals gezegd het bewijs van opzet in de hier bedoelde zin – als voorportaal van de bedoelde correctie – vaak moeilijk te leveren zal zijn. Het dwalingsleerstuk biedt in dit opzicht gunstiger perspectieven. Tegelijkertijd roept dat leerstuk nieuwe dogmatische vragen op, omdat de dwaling van oudsher als een zuiver wilsgebrek is opgevat en (juist) niet is gekoppeld aan enig ‘toedoen’ van de wederpartij.²⁴⁷ In de nu volgende paragraaf zal blijken dat het dwalingsleerstuk in dit opzicht een belangrijke ontwikkeling heeft doorgemaakt, resulterend in een toegenomen aandacht voor de vraag welk van beide partijen in termen van kennisvergaring of -verstrekking *verantwoordelijk* is voor de dwaling in kwestie.

3.5.4 Dwaling; wilsgebrek of gedragstoetsing?

Onder het oude BW was de dwaling als een zuiver wilsgebrek geconstrueerd.²⁴⁸ Centraal stond in art. 1358 BW (oud) de gebrekkig gevormde *wil* van de dwalende als grondslag voor vernietiging van de overeenkomst (vgl. par. 3.5.1). In de loop van de twintigste eeuw heeft de rechtspraak zich van dit wettelijke uitgangspunt verwijderd, door bij de dwaling steeds meer aandacht te besteden aan het *gedrag van de wederpartij* als oorzaak van de dwaling.²⁴⁹ Het in par. 3.1.3 besproken arrest Baris/Riezenkamp is van deze ontwikkeling het bekendste voorbeeld.²⁵⁰ Voor het eerst overwoog de Hoge Raad hier ‘dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane

245 Zie voor een inventarisatie Vermogensrecht (Hijma), art. 44, lid 3, aant. 46 e.v. en 94.3.

246 Zie bijv. HR 12 november 1982, NJ 1983, 82 (Keizer/Van Andel), waar de Hoge Raad het cassatieberoep verwierp onder verwijzing naar de conclusie van A-G Ten Kate, die overwoog dat een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de bedrogene (slechts) is uitgesloten in geval van bedrog ten aanzien van feiten ‘waarvan de wederpartij op zichzelf niet aan de juistheid behoefde te twijfelen’.

247 Vgl. par. 2.6.1 en 2.7.1, waar bleek dat het Franse en Duitse recht juist om die reden het bedrog kozen als grondslag voor de ontwikkeling van wederzijdse informatieplichten.

248 Zie bijv. De Grooth 1948, p. 58; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 221, aan het slot.

249 De literatuur heeft in dit verband ook een belangrijke rol gespeeld. Zie bijv. Meijers 1922, p. 408; Van Oven 1932, p. 59-60; en De Grooth 1948, p. 19, 29, 83-84, die signalen uit de (lagere) rechtspraak oppikten en aldus de reeds aangevangen ontwikkeling verder bevorderden. Vgl. ook Lokin 1973, p. 45-47, die zich vanuit rechtshistorisch perspectief kritisch toont over de bedoelde ontwikkeling.

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

mededelingen', aldus aanvaardend dat een onjuiste mededeling van de wederpartij als basis kan dienen voor een geslaagd beroep op dwaling. Waarvoorheen vooral de gebrekkige wilsvorming aan de zijde van de dwalende centraal stond, kreeg voortaan ook het 'toedoen' van de wederpartij de aandacht. In de literatuur wordt aangenomen dat de opkomst van informatieplichten in dit verband een belangrijke rol heeft gespeeld.²⁵¹

De geschetste ontwikkeling is in vergelijking met andere rechtsstelsels niet uniek. Sefton-Green concludeert op basis van rechtsvergelijkend onderzoek dat er zich op het terrein van de dwaling in heel Europa een verschuiving heeft voorgedaan 'from contractual validity (...) to contractual fairness',²⁵² tot uitdrukking komend in een toenemende aandacht voor het gedrag van partijen als oorzaak van de dwaling.²⁵³ Ook zij beschouwt de opkomst van informatieplichten in dit verband als doorslaggevend.²⁵⁴ In Engeland, waar ten opzichte van informatieplichten altijd een grote mate van terughoudendheid heeft bestaan, was de 'causale' benadering van dwalingsgevallen, gericht op de vraag of de wederpartij de dwaling heeft *opgewekt*, van oudsher al gebruikelijk (par. 2.8.2). In de Europese *principles* klinkt die benadering inmiddels ook duidelijk door (par. 2.9.3).

In het licht van de bedoelde ontwikkeling zijn sommige auteurs van mening dat het dogmatische karakter van de dwaling in de afgelopen eeuw is veranderd.²⁵⁵ Dat is inderdaad het geval, althans in die zin dat de toepassing van informatieplichten heeft geleid tot een toegenomen aandacht voor de vraag welk van beide partijen in termen van kennisvergaring of -verstrekking *verantwoordelijk* is voor de dwaling in kwestie. Voor zover de bedoelde auteurs willen suggereren dat het dwalingsleerstuk zich onder invloed van informatieplichten heeft ontwikkeld van een eenzijdige wilsvormingstoetsing (aan de zijde van de dwalende) tot een eenzijdige gedragstoetsing (aan de zijde van de wederpartij),²⁵⁶ is er sprake van een misverstand. De opkomst van informatieplichten behelst de aanvaarding van de gedachte dat onderhandelende partijen *over en weer* zijn gehouden tot informatievergaring en -verstrekking. Voor de dwaling heeft dit geleid tot een meer evenwichtige benadering van de tussen partijen bereikte wilsovereenstemming. Van een 'doorslaan' in de richting van de wederpartij is echter geen sprake. Nog altijd behelst een beroep op dwaling

251 Zie bijv. Van Rossum 1991, p. 30-31; Hesselink 1999, p. 258 (noot 17); Van Dunné 2004a, p. 521; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 163.

252 Sefton-Green 2005, p. 16-17.

253 Sefton-Green 2005, p. 380, 384. Zie in gelijke zin bijv. Ghestin 1993, nr. 593; De Boeck 2000, p. 220-221, 246; Wilhelmsson 2004, p. 712; en Hesselink 2008, p. 13.

254 Sefton-Green 2005, p. 384.

255 Zie bijv. Meijers 1922, p. 408; Van Dunné 1968, p. 37, 40, 49; Van Dunné 1997a, p. 401; Van Dunné 2004a, p. 516; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 163. Vgl. ook Chao-Duvis 1996, p. 374 e.v., die de dwaling plaatst in de sleutel van het door haar veronderstelde (althans bepleite) 'veroorzakersprincipe'.

256 Vooral de bovengenoemde publicaties van Van Dunné tenderen in die richting. Vgl. Van Dunné 2004a, p. 520.

in beginsel niet een verwijt aan het adres van de wederpartij.²⁵⁷ Een eventuele verwijzing naar een onjuiste inlichting of een ongeoorloofd zwijgen van de kant van de wederpartij wordt door de dwalende slechts gebruikt ter ondersteuning van zijn beroep op een gebrekkig gevormde wil.²⁵⁸

De opkomst van informatieplichten heeft dus geleid tot een *synthese* van de beide opvattingen over dwaling,²⁵⁹ zoals duidelijk tot uitdrukking komt in het huidige wettelijke kader, art. 6:228 BW (par. 3.5.5). Het gaat hier om méér dan alleen de dogmatische verzoening van een oude opvatting met een nieuwe. Bovenal ziet de bedoelde synthese op een verbreding van het perspectief. Kern van de geschetste ontwikkeling is niet dat het wilsgebrek dwaling met elementen van gedragstoetsing is verrijkt, maar dat het inzicht is doorgebroken dat de beoordeling der dwaling een tweezijdige benadering vergt.²⁶⁰ Dat *beide* partijen 'hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij', zoals de Hoge Raad overwoog in *Baris/Riezenkamp*,²⁶¹ is de werkelijke verrijking die de ontwikkeling van de afgelopen eeuw ons heeft gebracht. Dientengevolge gaat het in dwalingsvraagstukken niet primair om de gebrekkig gevormde wil van de dwalende, en ook niet uitsluitend om het daaraan ten grondslag liggende gedrag van de wederpartij, maar om de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen over en weer.²⁶²

3.5.5 Vervolg; wettelijk kader

De wettelijke dwalingsregeling van art. 6:228 BW berust op het uitgangspunt dat een dwaling slechts onder 'stringente voorwaarden' tot vernietiging van een gesloten overeenkomst kan leiden.²⁶³ In beginsel komt een dwaling voor eigen rekening van de dwalende, tenzij is voldaan aan de vereisten van art. 6:228 BW.²⁶⁴ Art. 6:228 lid 1 BW bestempelt als vernietigbaar een overeenkomst die onder invloed van dwaling is totstandgekomen, op voorwaarde dat tussen dwaling en totstandkoming causaal verband bestaat en de dwaling voldoet aan de criteria van één van de drie dwalingsrubrieken, zoals opgesomd in lid 1.

257 Zie bijv. Pitlo/Cahen 2002, nr. 236; en Hijma 2009a, p. 20. Anders Vranken 1989, p. 6; en Smits 1993, p. 501.

258 Vgl. in die zin Valk 1993, p. 29.

259 Zie *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 3.3. Vgl. ook Nieuwenhuis 1979, p. 95-96.

260 Zie bijv. Hijma 1996, p. 35-36.

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

262 Vgl. Nieuwenhuis 1998, p. 157, die het contractenrecht als 'woud van verwachting' omschrijft; en Valk 2009a, p. 140, die overigens benadrukt dat in dit verband niet *uitsluitend* de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen centraal behoren te staan.

263 Aldus TM, PG Boek 6, p. 900.

264 Zie bijv. Vranken 1989, p. 6; Smits 1993, p. 502; Klik 1998a, p. 299-300; Van Rossum 2000, p. 455-456; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 220; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 160. Vgl. ook Van der Grinten 1967, p. 163.

Het begrip 'dwaling' moet in dit verband worden begrepen als de afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken.²⁶⁵ Het vereiste van 'causaal verband' houdt in dat de dwaling betrekking moet hebben op een voor de dwalende relevant aspect, in die zin dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet, althans niet in de onderhavige vorm, zou zijn gesloten.²⁶⁶ Met het oog op de belangen van de wederpartij, en mede in het licht van de rechtszekerheid, wordt hier als nadere eis gesteld dat het bedoelde causaal verband *kenbaar* was voor de wederpartij.²⁶⁷ Heeft de wederpartij niet begrepen, en ook niet redelijkerwijs behoeven te begrijpen, dat de onjuiste voorstelling van zaken voor de dwalende van doorslaggevende betekenis was, dan is voor vernietiging van de overeenkomst op de voet van art. 6:228 BW geen plaats.²⁶⁸ Het artikel brengt dit 'kenbaarheidsvereiste' in lid 1 sub a tot en met c telkens toegespitst op de desbetreffende dwalingsrubriek tot uitdrukking.²⁶⁹ Daarbij blijkt overigens dat in dit verband niet wordt vereist dat de dwaling zelf kenbaar was voor de wederpartij.²⁷⁰

De opsomming van de drie wettelijk erkende dwalingsrubrieken in lid 1 sub a tot en met c is volgens de heersende leer limitatief bedoeld.²⁷¹ Voor een beroep op dwaling is dus, behalve het bestaan van een onjuiste voorstelling van zaken, causaal verband en kenbaarheid daarvan, tevens vereist dat de dwaling kan worden gerubriceerd onder één van de drie rubrieken van lid 1. Het betreft respectievelijk de dwaling wegens een onjuiste inlichting door de wederpartij (lid 1 sub a), de dwaling wegens schending van een mededelingsplicht door de wederpartij (lid 1 sub b) en de wederzijdse dwaling (lid 1 sub c). Om praktische redenen wordt de schending van een mededelingsplicht hieronder het eerst behandeld (par. 3.6.1 e.v.), gevolgd door de onjuiste inlichting (par. 3.6.6 e.v.) en de wederzijdse dwaling (par. 3.6.9 e.v.).

De in par. 3.5.4 geschetste klassieke opvatting van de dwaling als zuiver wilsgebrek komt vooral tot uitdrukking in de dwalingsrubriek van lid 1 sub c. Wederzijdse dwaling kan immers leiden tot vernietigbaarheid van de over-

265 Zie lid 1 van het oorspronkelijk ontwerp, alsmede PG Boek 6, p. 901 (TM) en p. 908 (MvA II). Zie verder bijv. Chao-Duvis 1996, p. 200; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 226; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 218; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 160; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 41.

266 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 226; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 222; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 171; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 51-52.

267 Dit vereiste speelt reeds van oudsher een rol in het dwalingsleerstuk. Zie bijv. Kamphuisen 1954, p. 436; Kamphuisen 1961, p. 35; Drion 1964, p. 428; en Contractenrecht II (Hijma), aant. 1077 e.v.

268 Vgl. Smits 1993, p. 503, die het vereiste in verband brengt met de vertrouwensleer.

269 Zie MvA II, PG Boek 6, p. 910.

270 Zie bijv. MvA II, PG Boek 6, p. 909, alsmede Van Rossum 1991, p. 22-23; Chao-Duvis 1996, p. 280; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 232; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 227; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 70. Zie ook reeds Hofmann/Abas 1977, p. 86, noot 1. Anders Drion 1960, p. 498; en Drion 1976, p. 572.

271 Zie bijv. Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 164, onder verwijzing naar TM, PG Boek 6, p. 900. Anders Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 230, die een uitbreiding denkbaar acht.

eenkomst, ook indien de wederpartij part noch deel heeft gehad aan het ontstaan der dwaling (par. 3.6.9). De andere twee dwalingsrubrieken zijn meer geïnspireerd door de moderne opvatting van de dwaling als sanctionering van het gedrag van de wederpartij,²⁷² nu het hier gaat om falende *informatieverstrekking* van haar kant (onjuiste respectievelijk onvolledige informatie). Dat juist deze ‘moderne’ dwalingsrubrieken de schending van een informatieplicht betreffen, is geen toeval. In par. 3.5.4 bleek immers dat de opkomst van informatieplichten wordt beschouwd als een doorslaggevende factor in het kader van de aldaar beschreven ontwikkeling van het dwalingsleerstuk.

De tegenstelling tussen de eerste twee dwalingsrubrieken en de derde is overigens niet zo scherp als zij lijkt. Enerzijds kan ook bij wederzijdse dwaling sprake zijn van een verwijt aan het adres van de wederpartij, bijvoorbeeld indien deze door schending van een onderzoeksplicht in dwaling is geraakt (par. 3.6.9). Anderzijds klinkt ook bij de eenzijdige dwalingsrubrieken van lid 1 sub a en b wel degelijk de klassieke theorie van het wilsgebrek nog door. Zo doet bij de dwaling door een onjuiste inlichting van de wederpartij (lid 1 sub a) niet ter zake of die inlichting te goeder trouw is verstrekt (par. 3.6.8). Reeds een ‘bloot’ toedoen van de wederpartij, ongeacht de eventuele verwijtbaarheid daarvan, is in dit verband voldoende voor vernietiging, kennelijk vanwege het grote gewicht dat hier (nog altijd) wordt toegekend aan de gebrekkig gevormde wil van de dwalende. Bij dwaling wegens schending van een mededelingsplicht (lid 1 sub b) kan men de klassieke opvatting nog herkennen in het feit dat ook bij gebreke van subjectieve verwijtbaarheid – namelijk ingeval de wederpartij de te verschaffen gegevens niet kende, maar *geacht* mocht worden te kennen – vernietiging wegens schending van een mededelingsplicht mogelijk is (par. 3.6.2).

Is aan de vier vereisten van art. 6:228 lid 1 BW voldaan, dan kan het dwalingsberoep nog falen in verband met de uitzonderingsgronden van art. 6:228 lid 2 BW. Geen vernietiging kan worden gebaseerd op een dwaling die een ‘uitsluitend toekomstige omstandigheid’ betreft,²⁷³ of die in verband met (i) de aard van de overeenkomst, (ii) de in het verkeer geldende opvattingen of (iii) de omstandigheden van het geval ‘voor rekening van de dwalende behoort te blijven’, aldus lid 2.²⁷⁴ Voor het leerstuk der informatieplichten is met name uitzondering (ii) relevant, en meer in het bijzonder de situatie

272 Vgl. Smits 1993, p. 501, die opmerkt dat eenzijdige dwaling steeds kan worden teruggebracht tot ‘verwijtbaar gedrag van de wederpartij’. Uit het navolgende blijkt dat die stelling niet geheel juist is.

273 Daarvoor is een bijzondere voorziening getroffen in art. 6:258 BW (par. 3.8.9). Vgl. TM, PG Boek 6, p. 903. Zie over deze uitzonderingscategorie bijv. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 121 e.v.

274 Conform MvA II, PG Boek 6, p. 911 worden de drie uitzonderingen hier als gelijkwaardig gepresenteerd. *Anders* Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 241, die de uitzonderingen (i) en (iii) beschouwen als ondergeschikt aan (ii).

dat de dwaling voor rekening van de dwalende blijft omdat hij naar verkeersopvattingen was gehouden tot nader onderzoek. De hier bedoelde *onderzoeksplicht* van de dwalende, samenhangend met het klassieke verschoonbaarheidsvereiste, komt aan de orde in par. 3.6.11 e.v.²⁷⁵

3.6 DWALING; INFORMATIEPLICHTEN

3.6.1 Art. 6:228 lid 1 sub b BW: mededelingsplicht

Zoekt men in art. 6:228 BW naar informatieplichten, dan springt uiteraard de mededelingsplicht van lid 1 sub b – ook wel aangeduid als de ‘spreekplicht’ – het meest in het oog. Blijkens de wettekst geldt die mededelingsplicht ‘indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten’. Gezien deze tekst, en in het licht van de parlementaire geschiedenis,²⁷⁶ worden in de literatuur doorgaans vier vereisten gesteld voor het bestaan van een dergelijke mededelingsplicht.²⁷⁷ Kort gezegd komen deze hierop neer, dat de wederpartij moet beschikken over (i) kennis van de feiten, (ii) kennis van het causaal verband, en (iii) kennis van de mogelijkheid van een dwaling, terwijl daarenboven sprake moet zijn van (iv) verkeersopvattingen die de gelding van een op het concrete geval toegespitste mededelingsplicht meebrengen.

De vereisten (i) tot en met (iii) kunnen worden beschouwd als het ‘voor-traject’ van de overkoepelende toetsing die in het vierde vereiste besloten ligt.²⁷⁸ Dienovereenkomstig hebben die eerste drie vereisten een – in verhouding tot het vierde – relatief oppervlakkig karakter. Dit hangt samen met hun eenzijdigheid: zij richten zich uitsluitend op de kennis van de *wederpartij*, terwijl volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen *over en weer* beslissend zijn (par. 3.5.4). Het ligt daarom voor de hand in het kader van de vereisten (i) tot en met (iii) terughoudend te zijn met het aannemen van wederzijdse informatieplichten, ten-

275 Zie over de uitzonderingen (i) en (iii) bijv. Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 174-175; en, uitvoeriger, Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 166 e.v.

276 MvA II, PG Boek 6, p. 909 spreekt respectievelijk van de eis dat de wederpartij ‘had behoren te begrijpen dat de dwalende bij een juiste voorstelling de overeenkomst niet had gesloten’ (vereiste ii), dat de wederpartij ‘op grond van hetgeen zij had behoren te begrijpen, de dwalende uit de droom had moeten helpen’ (vereiste iv), dat de wederpartij wist van ‘de mogelijkheid van een dwaling’ (vereiste iii) en dat de wederpartij ‘zelf van de betreffende omstandigheden op de hoogte was’ (vereiste i).

277 Zie bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631; Hijma 1991b, p. 663; Castermans 1992a, p. 50 e.v. (die de vereisten (ii) en (iii) samenvoegt); Chao-Duvis 1996, p. 269; Lammers 1998, p. 126; Smits 1999, p. 62; Dammingh 2002, p. 212-214; De Mol 2002, p. 260; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 233; Brink 2009, p. 137; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 166; Hijma & Olthof 2011, nr. 477; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 84.

278 Vgl. Hijma 1991b, p. 663, die de eerste drie vereisten betitelt als ‘basisvereisten’.

einde deze te reserveren voor de beantwoording van de 'hoofdvraag', te weten: of de wederpartij naar verkeersopvattingen gehouden was de dwalende uit de droom te helpen.

Sommige auteurs kiezen een andere benadering, door aan te nemen dat de mededelingsplicht reeds bestaat indien aan de vereisten (i) tot en met (iii) is voldaan, en dat de verkeersopvattingen van vereiste (iv) daaraan nog slechts bij wege van uitzondering afbreuk kunnen doen. Cohen Henriquez verwoordt het in zijn klassieke opstel over de mededelingsplicht bij dwaling als volgt:

'De spreekplicht bestaat in beginsel, als er feiten zijn, waarvan de partij die ze kent, weet of moet begrijpen dat zij relevant zijn voor de wederpartij, die ze misschien niet kent.'²⁷⁹

Castermans kiest in zijn dissertatie over de mededelingsplicht dezelfde benadering, en verbindt daaraan de processuele consequentie dat, indien eenmaal vaststaat dat aan de vereisten (i) tot en met (iii) is voldaan, het op de weg van de *wederpartij* van de dwalende ligt om aannemelijk te maken dat krachtens verkeersopvattingen géén mededelingsplicht bestaat.²⁸⁰

Gezien het beginsel dat aan art. 6:228 BW ten grondslag ligt – geen vernietiging wegens dwaling, behoudens goede redenen voor het tegendeel (par. 3.5.5) – houd ik de geschetste benadering voor minder gelukkig. Volgens de heersende leer heeft hier als uitgangspunt te gelden dat de wederpartij *niet zonder meer* is gehouden om mededeling te doen van de haar bekende feiten, die voor de dwalende kennelijk van belang zijn en waaromtrent mogelijk wordt gedwaald.²⁸¹ Dit uitgangspunt is noodzakelijk in het licht van de contractsvrijheid, die meebrengt dat contractspartijen in de eerste plaats hun eigen belangen mogen (en moeten) behartigen (par. 3.1.2). Het is dus zaak, om van geval tot geval goede argumenten te vinden (in de verkeersopvattingen) voor het aannemen van een mededelingsplicht.²⁸² Het ligt voor de hand om die argumenten in beginsel te laten aandragen door de dwalende, die zich immers op de schending van een mededelingsplicht beroept.²⁸³

279 Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 1. Zie in gelijke zin bijv. Castermans 1992a, p. 71; Lammers 1998, p. 126 (die de verkeersopvattingen slechts van belang acht voor de *omvang* van de mededelingsplicht); en Meijer 2009, p. 130.

280 Castermans 1992a, p. 71-72.

281 Zie bijv. MvA II, PG Boek 6, p. 909, alsmede De Grooth 1948, p. 70-71; Kamphuisen 1954, p. 447; Kamphuisen 1961, p. 125 en 127; Van der Grinten 1974, p. 346; Vranken 1989, p. 5, 11; Hijma 1991b, p. 663; Van Rossum 1991, p. 34, 39; Smits 2002, p. 71; Smits 2003, nr. 28; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 166. Zie ook, vanuit rechtsvergelijkend perspectief, Cartwright 2007, p. 70-71; en Jansen 2008, p. 419-420.

282 Vgl. HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman), r.o. 3.4.

283 Vgl. art. 150 Rv. inzake de stelplicht en bewijslast; en voorts Valk 2010a, p. 914, die terecht opmerkt dat het hier eerder een *argumentatielast* dan een bewijslast betreft. Zie par. 5.3.2 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

3.6.2 Vervolg; basisvereisten

In de voorgaande paragraaf bleek dat de eerste drie vereisten voor het aannemen van een mededelingsplicht kunnen worden beschouwd als preliminaire 'basisvereisten'. Betoogd werd dat de bedoelde vereisten een relatief oppervlakkig (want eenzijdig) karakter hebben, en dat het aannemen van wederzijdse informatieplichten bij dat karakter niet goed past. Meer concreet betekent dit mijns inziens dat de kennis van de wederpartij, die bij de eerste drie vereisten centraal staat, slechts in beperkte mate moet worden geobjectiveerd. Ik licht dat hieronder voor elk van de drie vereisten afzonderlijk toe.

Vereiste (i) houdt in dat een mededelingsplicht slechts kan worden aangenomen indien de wederpartij de feiten waarop die mededelingsplicht betrekking heeft, *kende of geacht mocht worden te kennen*. Ratio is de logische gedachte dat men bezwaarlijk gehouden kan zijn mede te delen wat men niet weet.²⁸⁴ In het Engelse en Duitse recht komt die gedachte sprekend tot uitdrukking in het gebruik van de termen 'duty of disclosure' en 'Aufklärungspflicht', waarin de onthulling van reeds beschikbare informatie besloten ligt.²⁸⁵ Hoewel men de bedoelde gedachte in een zuiver instrumentele benadering van de mededelingsplicht zou kunnen loslaten – beschouwt men de mededelingsplicht slechts als argumentatieve constructie en niet als rechtsplicht, dan is die gedachte immers niet doorslaggevend –, is zij hier toch op haar plaats. Een te sterke objectivering zou in dit verband namelijk leiden tot een onnodig uitdijen van de dwalingsrubriek van lid 1 sub b. Stel dat iemand een zaak verkoopt met een vooralsnog onbekend veiligheidsgebrek, dat enkel door nader onderzoek aan het licht kan komen. Is de koper van die zaak een particulier, en de verkoper een professional, dan ligt vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling (na ontdekking van het gebrek) op zichzelf voor de hand. Het is echter in het algemeen niet inzichtelijk om die vernietiging te baseren op schending van een mededelingsplicht door de verkoper (lid 1 sub b), omdat aldus het eigenlijke verwijt aan diens adres onuitgesproken blijft, althans onderbelicht. Zuiverder acht ik het om een dergelijk geval te kwalificeren als een vorm van wederzijdse dwaling (lid 1 sub c), die wegens schending van een onderzoeksplicht voor rekening van de verkoper moet blijven.²⁸⁶ De dwalingsrubriek van lid 1 sub b blijft zo tot haar natuurlijke reikwijdte beperkt, terwijl die van lid 1 sub c aan praktische relevantie wint (par. 3.6.9).

Gezien het voorgaande acht ik het aannemen van een *onderzoeksplicht* van de wederpartij in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW niet wenselijk (par.

284 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 6 september 2005, *NJF* 2006, 67, r.o. 4.6.1, alsmede Hartlief & Reurich 1999, p. 50; De Boeck 2002, p. 85-86; Hijma 2002, p. 74; Van Wechem 2008, p. 19; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 166; en de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 (Gomes/Rental), sub 4-5.

285 Vgl. Sefton-Green 2005, p. 1-2 (m.b.t. het Engelse recht). Zie voorts par. 2.7.2 en 2.8.1.

286 Vgl. bijv. HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.4.

3.6.4). De hier vereiste kennis aan de zijde van de wederpartij kan dan ook – in navolging van Hijma, en in lichte afwijking van de wettekst – het best worden omschreven in termen van ‘weten’ of ‘geacht mogen worden te weten’, waarbij de laatstgenoemde zinsnede de minimale objectivering teweegbrengt die nodig is – maar ook voldoende – ter vermindering van chicaneuze verweren van de wederpartij.²⁸⁷ Hierbij zij bedacht dat het bewijs van subjectieve kennis vaak moeilijk is, zodat het in zoverre *altijd* gaat om de vraag wat de wederpartij rechtens geacht mocht worden te weten (par. 5.2.3). De gekozen formulering sluit bovendien goed aan bij de tweezijdige benadering die de Hoge Raad in geval van dwaling voorschrijft (par. 3.5.4), door centraal te stellen wat mede vanuit het perspectief van de *dwalende* bij de wederpartij aan kennis aanwezig mocht worden geacht.²⁸⁸

Vereiste (ii) ziet op de kennis van het causaal verband aan de zijde van de wederpartij. Van oudsher wordt dit vereiste aangeduid als het ‘kenbaarheidsvereiste’ (par. 3.5.5). Tegen die terminologie bestaat weinig bezwaar, mits duidelijk is dat ook hier slechts een beperkte ruimte bestaat voor objectivering. Het gaat om de kenbaarheid ‘zonder meer’, dat wil zeggen: zonder nader onderzoek. Beslissend is of de wederpartij het causaal verband kende of geacht mocht worden te kennen, met andere woorden: of zij begreep dan wel geacht mocht worden te begrijpen dat de bij de dwalende levende voorstelling van zaken voor de dwalende van beslissend belang was.²⁸⁹ Ging het bijvoorbeeld om eigenschappen van een verkochte zaak die normaliter door kopers als essentieel worden beschouwd, dan is aan het hier bedoelde vereiste duidelijk voldaan.²⁹⁰ Had de koper daarentegen bepaalde ongebruikelijke verwachtingen met betrekking tot de zaak, welke hij niet op voorhand aan de verkoper kenbaar heeft gemaakt, dan zal het dwalingsberoep moeten falen. De verkeersopvattingen brengen hier mijns inziens enkel een op de *dwalende* (koper) rustende informatieplicht mee, in die zin dat hij zijn eventuele ‘bijzondere wensen’ voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij (verkoper) kenbaar maakt.²⁹¹ Een onderzoeksplicht van de *wederpartij* ter zake van zulke ‘persoonlijke’ informatie – vergelijkbaar met het ‘ken uw cliënt-beginsel’ uit het financiële recht²⁹² – ligt mijns inziens minder voor de

287 Zie Hijma 1991b, p. 663, noot 5; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 234. Zie in gelijke zin Barendrecht 1995, p. 361; en Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 171. Zie ook par. 5.2.2, over kennisgradaties.

288 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 663, noot 5.

289 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 227, alsmede (in gelijke zin) Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 235; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 84.2.

290 Vgl. Wilms 1980, p. 515; Fabre-Magnan 1992, p. 189; Tjittes 1994, p. 57; en De Boeck 2000, p. 445.

291 Vgl. Hofmann/Abas 1977, p. 86, alsmede HR 11 april 1986, NJ 1986, 570 (Kelly/Rietvelt), r.o. 4.3, besproken in par. 3.6.7. Vgl. voorts de tweede volzin van art. 7:17 lid 2 BW, waarover Hijma 2008, p. 160-163.

292 Zie daarover bijv. Grundmann-van de Krol 2010, p. 566-571.

hand,²⁹³ ook omdat een dergelijke onderzoeksplicht zou neerkomen op het stellen van de kenbaarheid der dwaling als vereiste. In par. 3.5.5 bleek reeds dat daarvan volgens de heersende leer geen sprake kan zijn.

Vereiste (iii) berust op de vanzelfsprekende gedachte dat de mededelingsplicht uitsluitend geldt ten aanzien van informatie waarover men in redelijkheid kan dwalen. Dezelfde gedachte komt in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld tot uitdrukking in de regel dat voor algemeen bekende risico's normaliter niet hoeft te worden gewaarschuwd (par. 4.3.13). In de contractuele sfeer betekent dit bijvoorbeeld dat de verkoper van een auto zijn koper vanzelfsprekend niet hoeft te wijzen op het feit dat voor het besturen daarvan een rijbewijs is vereist. Uit het onderhavige basisvereiste volgt tevens dat géén mededelingen behoeven te worden verstrekt indien vaststaat dat de dwalende reeds genoegzaam met de betrokken informatie bekend was geraakt, dankzij eerdere mededelingen van de wederpartij of dankzij informatieverstreking door derden.²⁹⁴ Men kan een en ander beschouwen als de manifestatie van een 'onderzoeksplicht' van de dwalende, maar dat lijkt een wat al te gewichtige formulering. In elk geval is hier – opnieuw – voor een onderzoeksplicht aan de zijde van de *wederpartij* geen plaats. Als lichte toets volstaat of de wederpartij de *mogelijkheid* van een dwaling kende of geacht mocht worden te kennen. Korthedshalve wordt in de literatuur meestal gezegd dat de wederpartij 'rekening moest houden met een dwaling',²⁹⁵ hetgeen op hetzelfde neerkomt. Omwille van een consequente terminologie omschrijf ik de hier vereiste kennis van de wederpartij bij voorkeur in termen van kennen of geacht mogen worden te kennen.

3.6.3 Vervolg; gezichtspunten

In par. 3.6.1 werd betoogd dat de eigenlijke hoofdvraag van art. 6:228 lid 1 sub b BW – was de wederpartij, gelet op de gerechtvaardigde verwachtingen van de dwalende, gehouden tot een mededeling? – besloten ligt in het vierde vereiste voor het bestaan van een mededelingsplicht. Uiteindelijk zal aan de hand van de *verkeersopvattingen* moeten worden beoordeeld of in het concrete geval een mededelingsplicht gold.²⁹⁶ Over deze verkeersopvattingen als

293 Zie in gelijke zin bijv. Hofmann/Abas 1977, p. 88; Wilms 1980, p. 515; Fabre-Magnan 1992, p. 188; Barendrecht 1995, p. 361; De Boeck 2000, p. 444-445; en Busch 2008, p. 133. Zie nader over het onderscheid tussen 'zakelijke' en 'persoonlijke' informatie par. 1.5.2.

294 Zie bijv. HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8.

295 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 663; Smits 1999, p. 62; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 235; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 166; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 84.3.

296 Zie over de dogmatische achtergrond van de verkeersopvattingen als grondslag voor informatieplichten bij dwaling par. 2.2.3, en in het bijzonder de aldaar besproken visie van Memelink.

grondslag voor de wederzijdse informatieplichten bij dwaling valt in algemene zin relatief weinig te zeggen. Hun waarde is immers gelegen in het feit dat zij de rechter de ruimte bieden om van geval tot geval te bepalen hoe de communicatie tussen partijen had moeten verlopen. Toch kunnen in dit verband wel degelijk algemene aanknopingspunten worden geformuleerd. Het door Hartkamp en Sieburgh geschetste beeld van een gemankeerde rechtspraak, die 'tastend haar weg' gaat,²⁹⁷ lijkt in die zin wat te negatief.²⁹⁸

Als uitgangspunt heeft te gelden, zo bleek reeds in par. 3.6.1, dat de wederpartij niet zonder meer is gehouden om mededeling te doen van de haar bekende feiten, die voor de dwalende kennelijk van belang zijn en waaromtrent mogelijk wordt gedwaald. Steeds moeten in de verkeersopvattingen goede argumenten worden gevonden voor het aannemen van een mededelingsplicht. Op het niveau van de concrete casuïstiek biedt de jurisprudentie talloze voorbeelden van zulke argumenten (par. 3.7). In de literatuur zijn deze gegeneraliseerd tot velerlei *gezichtspunten*,²⁹⁹ die zich op hun beurt weer laten indelen in een drietal categorieën.

Allereerst is er een reeks gezichtspunten die betrekking hebben op de *aard van de rechtsverhouding*. Relevant zijn bijvoorbeeld de hoedanigheid of maatschappelijke positie van partijen,³⁰⁰ hun onderlinge verhouding,³⁰¹ de duurzaamheid of vertrouwelijkheid daarvan,³⁰² het type contract in kwestie,³⁰³ en de deskundigheid over en weer.³⁰⁴ Vooral dat laatste gezichtspunt, de

297 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232. Vgl. ook Brink 2009, p. 174, die spreekt van 'het niemandsland tussen onderzoeksinspanning en informatieverschaffing'.

298 Vgl. Raaijmakers 2002, p. 82.

299 Zie voor een overzicht van relevante gezichtspunten bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631-632; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54 e.v.; Raaijmakers 2002, p. 71-78; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232 aan het slot; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85. Vgl. voor een empirische benadering, vanuit Amerikaans perspectief, Krawiec & Zeiler 2005, p. 1879-1882.

300 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 664; Van Rossum 1991, p. 36; Tjittes 1994, p. 49-54; De Boeck 2000, p. 241-244; Dammingh 2000, p. 217; Dammingh 2002, p. 236-239; en Raaijmakers 2002, p. 71.

301 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 664; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54; Smits 1999, p. 65; en Raaijmakers 2002, p. 60 (die dit gezichtspunt van bijzonder gewicht acht).

302 Zie bijv. Kamphuisen 1954, p. 447; Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 3; Van Rossum 1991, p. 37; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 58-59; Van Joolingen 2002, p. 210; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232 aan het slot; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85.

303 Zie bijv. Cohen Henriquez 1974, p. 11; Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 5-6; Vranken 1989, p. 15; Hijma 1991b, p. 664; Van Rossum 1991, p. 37; Raaijmakers 2002, p. 77; Smits 2002, p. 71; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232 aan het slot. Vgl. ook art. 6:228 lid 2 BW, alsmede de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 19 september 2003, *NJ* 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), sub 13-14; en de conclusie van A-G Wuisman voor HR 6 juni 2008, *LJN* BC7717, *RvdW* 2008, 604, sub 2.10.

304 Zie bijv. Kamphuisen 1954, p. 447; Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 2 en 7; Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Hartkamp 1990, p. 658; Hijma 1991b, p. 664; Van Rossum 1991, p. 35; Castermans 1992a, p. 95-96; De Kluiver 1992, p. 77-78; Tjittes 1994, p. 49-51; Chao-Duivis 1996, p. 273-277; Smits 1999, p. 64-65; Dammingh 2000, p. 217; Brink 2009, p. 150-151; Asser/

deskundigheid van de dwalende en zijn wederpartij, neemt in rechtspraak en literatuur een vooraanstaande positie in. Aangenomen wordt dat op een deskundige eerder een mededelingsplicht rust en dat – omgekeerd – jegens een deskundige minder snel een mededelingsplicht geldt.³⁰⁵ ‘Compétence oblige’, zoals Nieuwenhuis het formuleert.³⁰⁶

Het lijkt verkieslijk om in dit verband uitsluitend de ‘formele’ deskundigheid, die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor partijen *kenbaar* was, mee te wegen. Aangezien immers het gewicht van de deskundigheid als gezichtspunt is gelegen in het vertrouwen dat daaraan in het maatschappelijk verkeer mag worden ontleend, is zuiver ‘interne’ deskundigheid hier in zoverre irrelevant. De heersende leer biedt steun voor deze visie, met dien verstande dat de meeste auteurs haar vooral projecteren op de deskundigheid van de *dwalende*.³⁰⁷ In de literatuur ligt derhalve de nadruk op de gedachte dat interne deskundigheid van de dwalende niet kan afdoen aan een eenmaal aangenomen mededelingsplicht van de wederpartij.³⁰⁸ Gezien de tweezijdige benadering die de Hoge Raad in geval van dwaling voorschrijft (par. 3.5.4), lijkt mij een vergelijkbare benadering geboden bij de beoordeling van de deskundigheid van de *wederpartij*.³⁰⁹ Bij de vaststelling van een mededelingsplicht gaat het mijns inziens om de al of niet deskundige wijze waarop de wederpartij zich aan de dwalende heeft gepresenteerd. Dat betekent enerzijds dat het feit dat de wederpartij in werkelijkheid minder wist dan op grond van haar ogenschijnlijke deskundigheid mocht worden verwacht, als zodanig geen argument tégen het aannemen van een mededelingsplicht vormt (par. 3.6.4). Het betekent anderzijds dat een zuiver interne deskundigheid van de wederpartij als zodanig niet leidt tot een verzwaarde mededelingsplicht, omdat de dwalende niet op die deskundigheid heeft kunnen (althans mogen) vertrouwen. Mocht de rechter gewicht willen toekennen aan het feit dat de wederpartij ‘toevallig’ meer wist dan verwacht, dan verdient het mijns inziens de voorkeur

Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232 aan het slot; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 170; T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 3b; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 86. Enigszins *anders* Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54-58, die menen dat de wederzijdse deskundigheid in dienstverleningsrelaties weinig licht werpt op omvang en reikwijdte van de informatieplicht.

305 Zie bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 2 en 7; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 236; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 170.

306 Nieuwenhuis 1986a, p. 320.

307 Zie bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 2 en 7; Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Vranken 1989, p. 13; Hijma 1991b, p. 664; Castermans 1992a, p. 95-96; Chao-Duivis 1996, p. 274-275; Smits 1999, p. 65; Dammingh 2002, p. 218, 237; Smits 2002, p. 71; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 236.

308 Ter nuancering aanvaardt overigens de heersende leer dat zulke ‘interne’ deskundigheid van de dwalende wel ertoe kan leiden dat de dwaling in verband met de ‘omstandigheden van het geval’ op grond van art. 6:228 lid 2 BW voor rekening van de dwalende blijft. Vgl. Hijma 1991b, p. 666.

309 Aldus kennelijk ook Tjittes 1994, p. 52; en Dammingh 2002, p. 237-238.

om de betreffende mededelingsplicht te koppelen aan de *feitelijke kennis* van deze wederpartij, en niet aan haar zogenaamde deskundigheid (par. 5.3.5).

Een tweede categorie gezichtspunten heeft betrekking op de *aard van de mede te delen informatie*. Voor het aannemen van een mededelingsplicht zijn bijvoorbeeld de bijzonderheid,³¹⁰ complexiteit,³¹¹ importantie³¹² en vertrouwelijkheid³¹³ van de betrokken informatie relevant. Ook de traceerbaarheid van de informatie is van belang, in die zin dat bijvoorbeeld voor zichtbare gebreken van een verkochte zaak minder snel hoeft te worden gewaarschuwd dan voor verborgen gebreken.³¹⁴ Voorts geldt in dit verband de bekende vuistregel dat informatie met betrekking tot de *waarde* van de prestatie in beginsel niet hoeft te worden gedeeld.³¹⁵ Immers, zo stelt Schoordijk, de 'gehele handel bestaat uit een zekere geheimzinnigheid in het prijsbeleid'.³¹⁶ Tegen deze achtergrond rust er bijvoorbeeld geen mededelingsplicht op de winkelier die weet dat zijn klanten bij de concurrent goedkoper uit zijn,³¹⁷ of op de koper die weet dat de gekochte zaak meer waard is dan de door hem bedongen prijs.³¹⁸

Laatstbedoelde vuistregel kan ook in verband worden gebracht met de derde categorie van gezichtspunten, die ziet op de *aard van de betrokken belangen*.³¹⁹ Relevant is bijvoorbeeld of de wederpartij hoge kosten heeft gemaakt

310 Zie bijv. Raaijmakers 2002, p. 66 en 73; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85. Vgl. ook, in ander verband, Hofmann/Abas 1977, p. 86.

311 Zie bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 4; Van Rossum 1991, p. 37; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 59; Smits 1999, p. 65; Raaijmakers 2002, p. 77; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 232 aan het slot; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85.

312 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 664; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54; Smits 2003, nr. 28; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 3b.

313 Zie bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 632, sub 9; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85.

314 Zie bijv. HR 2 mei 1980, NJ 1981, 51 m.nt. WMK (Teering/Putman), alsmede Dammingh 2002, p. 217; Raaijmakers 2002, p. 76; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 168; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 3b. Vgl. ook het Anglo-Amerikaanse onderscheid tussen *latent defects* en *patent defects*, waarover bijv. Krawiec & Zeiler 2005, p. 1799, 1880.

315 Zie bijv. Drion 1960, p. 498-500; Kamphuisen 1961, p. 80 en 97-98; Van Dunné 1968, p. 14-15; Cohen Henriquez 1976, p. 631-632, sub 8; Hijma 1991b, p. 663; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 65, 106; Nieuwenhuis 2004, p. 67; Huijgen 2008, nr. 9a; Nieuwenhuis 2009, p. 2263; Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 183; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 3b. Vgl. ook reeds Thomas van Aquino, Boek II, deel II, quaestio 77, articulus 1. Enigszins *anders* Schut 1966, p. 260, die 'bij een extravagant waardeverschil' het dwalingsberoep niet uitgesloten acht.

316 Schoordijk 1979, p. 498.

317 Aldus MvA II, PG Boek 6, p. 909. Vgl. recent Hof Amsterdam 27 januari 2009, NJ 2009, 312, r.o. 3.18.3.

318 Vgl. HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert), besproken in par. 3.7.14, waaruit overigens blijkt dat er wél sprake kan zijn van een mededelingsplicht omtrent bijzondere *eigenschappen* van de zaak, die een uiteenlopen van de bedongen prijs en de werkelijke waarde veroorzaken.

319 Zie hierover in algemene zin Castermans 1992a, p. 4-5.

ter verkrijging van de mede te delen informatie, hetgeen zal pleiten tégen het aannemen van een mededelingsplicht.³²⁰ Als vuistregel wordt wel genoemd dat ten aanzien van toevallig verkregen informatie eerder een mededelingsplicht geldt dan ten aanzien van informatie die de vrucht is van weloverwogen onderzoeksinspanningen.³²¹ Ook indien de wederpartij anderszins een te respecteren belang heeft bij het achterhouden van de betrokken informatie, bijvoorbeeld omdat de dwalende een bijzonder lage prijs heeft bedongen,³²² kan op die grond de gelding van een mededelingsplicht worden verworpen. Vóór het aannemen van een mededelingsplicht kan pleiten dat de *veiligheid* van de dwalende in het geding is.³²³

Meer in het algemeen kunnen hier de aard en omvang van het voor de dwalende dreigende *nadeel*, voor zover voorzienbaar voor de wederpartij, een rol spelen.³²⁴ Bij de hantering van dit gezichtspunt is overigens voorzichtigheid geboden. In de eerste plaats zij bedacht dat de aanwezigheid van nadeel niet *vereist* is voor een geslaagd beroep op dwaling.³²⁵ In de tweede plaats verdient opmerking dat het hier bedoelde gezichtspunt doorgaans niet zonder meer soelaas biedt, nu een voor de dwalende dreigend nadeel evengoed ter onderbouwing van een mededelingsplicht als ter adstructie van een eigen onderzoeksplicht kan worden gebruikt. Het verdient dan ook de voorkeur om het in concreto dreigende nadeel steeds zo veel mogelijk te specificeren, teneinde te beoordelen welk van beide partijen zich dat nadeel onder de gegeven omstandigheden had moeten aantrekken.

Bovenstaande lijst van vuistregels en gezichtspunten is uiteraard niet volledig. In het concrete geval kunnen nog vele andere, meer specifieke omstandigheden een rol spelen. Het verdient echter geen aanbeveling de lijst uit te breiden met meer *algemene criteria*, zoals de 'onderzoeksplicht van de wederpartij',³²⁶ de 'ruilrechtvaardigheid',³²⁷ de 'veroorzaking' der dwaling,³²⁸

320 Vgl. in het kader van bedrog art. II-7:205(3) sub b DCFR.

321 Zie bijv. Castermans en Notermans 1985, p. 145-146; Vranken 1989, p. 11-12; Van Rossum 1991, p. 34; Chao-Duivis 1996, p. 277-278 (die zich kritisch uitlaat over deze vuistregel); Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 66-67; Smits 1999, p. 66-67; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85. Zie ook par. 1.4, over de rechts-economische benadering van informatieplichten.

322 Zie Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 166. Vgl. ook De Boeck 2000, p. 453, die meent dat een 'manifest lage prijs' met name voor de professionele koper, maar ook voor de leek een onderzoeksplicht kan doen ontstaan.

323 Zie bijv. Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Hartkamp 1990, p. 658; Van Rossum 1991, p. 37; Castermans 1992a, p. 100-105; Smits 1999, p. 43, 68; Raaijmakers 2002, p. 76, 77; Smits 2002, p. 71; Smits 2003, nr. 28; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 245; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85.

324 Zie bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 59-60; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 3b. Vgl. ook, in het kader van de wilsvertrouwensleer, par. 3.2.1.

325 Aldus uitdrukkelijk HR 19 januari 2001, NJ 2001, 159 (Clemens/Schüring), r.o. 3.4; en HR 4 september 2009, LJN BH7854, NJ 2009, 398 (Van Eendenburg c.s./De Alternatieve), r.o. 3.4.2. Vgl. ook Hijma 1991b, p. 665-666.

326 Genoemd door Smits 1999, p. 68-69; en Dammingh 2000, p. 217.

of de vraag 'in wiens sfeer' de betrokken informatie ligt.³²⁹ Zulke criteria bieden de rechter (en partijen) immers in concreto weinig houvast.³³⁰ Zij behelzen veeleer een herformulering van de centraal staande vraag dan een argument voor de beantwoording ervan. Om vergelijkbare redenen acht ik weinig zinvol de bekende overweging van de Hoge Raad in Offringa/Vinck en Van Rosberg dat in dit verband 'ook en vooral' moet worden gelet op het feit dat art. 6:228 BW strekt tot bescherming van *onvoorzichtige* kopers.³³¹ Ervan uitgaande dat in geval van dwaling bij het sluiten van een koopovereenkomst vrijwel altijd sprake is van een tot op zekere hoogte onvoorzichtige koper, en het derhalve juist de *vraag* is of die koper in het kader van art. 6:228 BW wordt beschermd, voegt dit beoordelingsvoorschrift weinig concreets toe (par. 3.6.17). Ook de algemeen geformuleerde vuistregel van Barendrecht en Van den Akker, inhoudend dat de mededelingsplicht bij dwaling slechts betrekking heeft op de overeengekomen prestatie zélf, en niet op de daarmee samenhangende 'externe' omstandigheden,³³² biedt aldus beschouwd weinig soelaas. De bedoelde 'externe' omstandigheden dienen zich immers niet op voorhand afgebakend aan, maar kunnen eerst door een casusgerichte toepassing van de bovengenoemde gezichtspunten worden getraceerd.

3.6.4 Vervolg; onderzoeksplicht uit hoofde van mededelingsplicht?

In par. 3.6.2 werd als basisvereiste voor het aannemen van een mededelingsplicht vooropgesteld dat de wederpartij de feiten waarop die mededelingsplicht betrekking heeft, kende of geacht mocht worden te kennen. Betoogd werd dat deze 'kennis van de feiten' slechts in beperkte mate moet worden geobjectievaard en dat, meer in het bijzonder, het aannemen van een *onderzoeksplicht* van de wederpartij in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW ongewenst is. Dat betoog verdient hier nadere uitwerking, omdat de meerderheid der auteurs een dergelijke onderzoeksplicht uit hoofde van een mededelingsplicht – een

327 Genoemd door Castermans 1992a, p. 10. Castermans hanteert als 'uitgangspunt' dat 'de positie van onderhandelende partijen gelijk moet zijn' en dat er reden is een mededelingsplicht aan te nemen zodra 'één van beide partijen wat kennis betreft meer in haar mars heeft dan de ander' (p. 10 en 189).

328 Genoemd door Chao-Duivis 1996, p. 352 e.v.

329 Genoemd door Van Rossum 1991, p. 34; Raaijmakers 2002, p. 78; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 237; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 85. Dit gezichtspunt is ontleend aan HR 7 december 1979, NJ 1980, 290 m.nt. GJS (Van Hensbergen/Den Haag).

330 Vgl. Raaijmakers 2002, p. 70.

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

332 Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54, 71-72, 106 e.v. Vgl. ook Cohen Henriquez 1976, p. 632, sub 10, die betoogt dat de mededelingsplicht beperkt is tot het 'object van de transactie'; en Krawiec & Zeiler 2005, p. 1800-1802, die het Anglo-Amerikaanse onderscheid tussen 'intrinsic' en 'extrinsic information' behandelen.

‘obligation de s’informer pour informer’ (par. 2.6.2) – wél aanvaardt.³³³ Ook de wetgever heeft bij de totstandkoming van art. 6:228 lid 1 sub b BW met zoveel woorden gewezen op de mogelijkheid van een mededelingsplicht ingeval de wederpartij de relevante feiten niet kende, maar ‘zelf met het oog op de belangen van de gegadigde een onderzoek had dienen in te stellen’.³³⁴

De Hoge Raad toont zich in dit verband echter terughoudend.³³⁵ In het arrest Ernst en Latten/Crombag-Spaai³³⁶ moest hij oordelen over de vraag of de kopers van een ‘landelijk gel. ruim woonhuis met schuur en grote achtertuin’ zich op vernietiging wegens dwaling konden beroepen in verband met het feit dat krachtens het gemeentelijke bestemmingsplan een weg door die achtertuin bleek te worden aangelegd. De verkoopster, vastgoedmaatschappij Crombag-Spaai, was ten tijde van de verkoop niet op de hoogte van het bewuste bestemmingsplan.³³⁷ Toen kopers er in het kader van de onderhandelingen naar vroegen (zij hadden blijkbaar wel enig vermoeden³³⁸), antwoordde de directeur van Crombag-Spaai dat ‘bij zijn weten’ het onroerend goed niet in een bestemmingsplan viel. Na ontdekking van het tegendeel beriepen kopers zich op dwaling in verband met een onjuiste, althans onvolledige informatieverstrekking door Crombag-Spaai.³³⁹ Rechtbank, hof en Hoge Raad lieten de koopovereenkomst evenwel in stand, kennelijk op grond van de gedachte dat kopers door de inlichting van de directeur – welke inlichting gezien het opgenomen voorbehoud niet onjuist was – reeds voldoende op het risico van een onwelgevallig bestemmingsplan waren geattendeerd. Een nadere mededelingsplicht, in die zin dat Crombag-Spaai naar aanleiding van de gestelde vraag bij de gemeente zou nagaan of de tuin in een bestemmingsplan

333 Zie bijv. Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Van Delft-Baas 1987, p. 182-183; Van Rossum 1991, p. 158; Castermans 1992a, p. 85-86; Tjittes 1994, p. 51; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 56, 171-175; Smits 1999, p. 62; De Boeck 2000, p. 205, 446; Dammingh 2002, p. 212, noot 26; Pitlo/Cahen 2002, nr. 238; Raaijmakers 2002, p. 69; Clarke 2007, p. 127; Slijper 2009, p. 102; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 231; Hijma & Olthof 2011, nr. 477, sub 1; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 5a.

334 MvA II, PG Boek 6, p. 909. Vgl. ook MvA I, PG Boek 7, Titel 17, p. 23 (m.b.t. art. 7:928 BW, waarover par. 3.11.4).

335 Aldus ook Hijma 1992a, p. 133; Barendrecht 1995, p. 361; Chao-Duivis 1996, p. 271-272; Dammingh 2000, p. 217; en de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 (Gomes/Rental), sub 4-5. Overigens ziet Van Rossum 1991, p. 158 aanwijzingen voor een kentering in HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), besproken in par. 3.7.15.

336 HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 747 m.nt. G (Ernst en Latten/Crombag-Spaai).

337 Zo werd althans bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel in feitelijke instanties aangenomen.

338 Vgl. de NJ-annotatie van W.C.L. van der Grinten, die kwestieus acht of kopers ‘zich werkelijk een onjuiste voorstelling van zaken hebben gemaakt’ en die de zaak beschouwt als een ‘duidelijk voorbeeld van een kansloos beroep op dwaling’.

339 De precieze grondslag van de dwaling bleef onuitsproken, maar kopers hadden kennelijk het oog op schending van een mededelingsplicht door Crombag-Spaai (thans art. 6:228 lid 1 sub b BW), en meer in het bijzonder schending van een onderzoeksplicht uit hoofde van die mededelingsplicht.

viel, om de betreffende informatie vervolgens met kopers te delen, werd door de Hoge Raad uitdrukkelijk van de hand gewezen. De stelling 'dat "een ter zake kundig onroerend goed-handelaar" zich met het oog op de belangen van de koper ervan op de hoogte behoort te stellen of een door hem te koop aangeboden onroerend goed in een bestemmingsplan ligt en dat de koper er, behoudens bijzondere omstandigheden, van mag uitgaan dat de verkoper dat heeft gedaan' vindt 'in haar algemeenheid geen steun (...) in het recht', aldus de Hoge Raad (r.o. 4.2).

Kennelijk ziet de Hoge Raad in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW niet veel ruimte voor het aannemen van een op de wederpartij rustende onderzoeksplicht. De consequenties van deze ogenschijnlijk ferme opstelling kunnen echter in twee opzichten worden gerelativeerd. Allereerst is, zoals bleek in par. 3.6.3, de *deskundigheid* van partijen een belangrijk gezichtspunt bij het aannemen van een mededelingsplicht. Door nu de omvang van de mededelingsplicht afhankelijk te stellen van de deskundigheid van de wederpartij, kunnen resultaten worden bereikt die sterk vergelijkbaar zijn met de toepassing van een onderzoeksplicht.³⁴⁰ De constructie in termen van deskundigheid is intussen zuiverder, omdat de mededelingsplicht hier wordt gebaseerd op de kennis die de wederpartij in de ogen van de dwalende *geacht mocht worden* te hebben (par. 3.6.2), en niet op de fictieve kennis die zij *zou hebben gehad* indien zij nader onderzoek had verricht.

In de tweede plaats kan de wederpartij in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW op een gebrek aan kennis worden afgerekend door toepassing van een *mededelingsplicht omtrent eigen onwetendheid*.³⁴¹ Onder omstandigheden is de wederpartij gehouden haar eigen twijfel op een bepaald punt aan de dwalende kenbaar te maken, zodat deze desgewenst een nader onderzoek kan instellen. Een dergelijk 'nescio' van de wederpartij was reeds aan de orde in het bovengenoemde arrest Ernst en Latten/Crombag-Spaai ('bij mijn weten niet'). Meer recent speelde het ook een rol in het arrest Gomes/Rental.³⁴² Het ging hier om de bekende problematiek van de koop (in casu: huurkoop) van een tweedehands auto met een verstoorde kilometerteller (par. 3.7.1). Verkoper Rental – die van de onjuistheid van de weergegeven kilometerstand niet op de hoogte was, maar er kennelijk wel rekening mee hield – had de koper op het betreffende risico gewezen door in de overeenkomst als clausele op te nemen 'km-stand: onlogisch'. In de toepasselijke algemene voorwaarden stond voorts vermeld dat de juistheid van de kilometerstand niet kon worden gegarandeerd, dat de weergegeven kilometerstand 'naar beste weten' van de verkoper de juiste was en dat koper 'de feitelijke kilometerstand' als de juiste aanvaardde. Het hof verwierp tegen deze achtergrond kopers beroep op dwaling, nu deze voorafgaand aan de koop geen enkel onderzoek naar de

340 Vgl. in ander verband HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509 m.nt. CJHB (Van Dijk/Bedaux en Stok).

341 Zie bijv. Barendrecht 1995, p. 361.

342 HR 11 juli 2008, LJN BD2410, NJ 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental).

werkelijke kilometerstand had gedaan. In cassatie verstaat de Hoge Raad 's hofs oordeel aldus 'dat Rental aan haar mededelingsplicht met betrekking tot de bestaande twijfel omtrent de juistheid van de kilometerstand van de auto heeft voldaan' en dat koper tegen die achtergrond had moeten begrijpen dat 'vraagtekens gezet konden worden' bij de weergegeven kilometerstand, zodat het op de weg van koper had gelegen om 'nader onderzoek daarnaar' te doen (r.o. 3.7.2). Van een onderzoeksplicht aan de zijde van de *verkoper* is volgens de Hoge Raad geen sprake (r.o. 3.7.3):

'Ook een professionele autoverkoper mag in beginsel, mits hij de bestaande twijfel omtrent de juistheid van de kilometerstand met voldoende duidelijkheid aan de koper mededeelt, met een dergelijke mededeling volstaan en aan de koper overlaten of deze daaromtrent nader onderzoek wenst te (laten) doen.'

Wat betreft die eis van 'voldoende duidelijkheid' heeft koper in cassatie overigens succes. De Hoge Raad acht de onderhavige voorgedrukte mededelingen omtrent de kilometerstand in overeenkomst en algemene voorwaarden 'op zichzelf onvoldoende' om de koper mede te delen dat twijfel bestaat omtrent de juistheid van de kilometerstand (r.o. 3.7.4). Over deze kwestie, de *inhoud* van de toepasselijke mededelingsplicht, handelt de volgende paragraaf.

Al met al is het aannemen van een onderzoeksplicht uit hoofde van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW niet alleen onwenselijk vanuit een oogpunt van wetssystematiek en zuiverheid van redenering (par. 3.6.2), maar ook overbodig in het licht van de bovenstaande twee nuanceringen uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Hiermee is niet gezegd dat de onderzoeksplicht van de wederpartij helemaal geen rol behoort te spelen in het kader van art. 6:228 BW. Zij kan mijns inziens aan de orde komen bij de *wederzijdse dwaling* van lid 1 sub c (par. 3.6.9). Het lijkt mij van belang dat aldus de onderzoeksplicht van de wederpartij wordt onderscheiden van de bovenbedoelde mededelingsplicht omtrent informatie die de wederpartij 'geacht mocht worden' te kennen. Het streven moet immers zijn om in rechte te komen tot een zo concreet mogelijke formulering van het 'verwijt' dat de wederpartij in termen van kennisvergaring of -verstrekking wordt gemaakt. Mocht de wederpartij uit hoofde van haar deskundigheid bekend worden verondersteld met de onjuistheid van een bepaalde veronderstelling bij de dwalende of koesterde zij twijfels omtrent de juistheid daarvan, dan kan men zeggen dat de wederpartij haar (veronderstelde) kennis respectievelijk haar twijfels met de dwalende had moeten delen. Wist de wederpartij daarentegen zelf niet beter dan de dwalende, en koesterde zij ook geen twijfels, dan lijkt een zodanige redenering misplaatst. Het verwijt aan het adres van de wederpartij kan dan beter worden geformuleerd in termen van een geschonden onderzoeksplicht, in het kader van de wederzijdse dwaling (par. 3.6.9).

3.6.5 Vervolg; inhoud van de mededelingsplicht

Indien eenmaal, na afwikkeling van de hierboven besproken basisvereisten en gezichtspunten, op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW een mededelingsplicht is aangenomen, rijst de vraag of de wederpartij deze onder de gegeven omstandigheden correct heeft nageleefd. Het gaat hier, met andere woorden, om de *inhoud* van de mededelingsplicht, een kwestie die tot op heden in de Nederlandse literatuur en jurisprudentie betrekkelijk weinig aandacht heeft gekregen. Uit het arrest Gomes/Rental uit 2008, dat in de voorgaande paragraaf werd besproken, kan als basisnorm worden afgeleid dat de verstrekte mededeling in elk geval voldoende *duidelijk* moet zijn.³⁴³ Hijma brengt deze regel in verband met de wilsvertrouwensleer (par. 3.2.1), die van de verklarende partij eist dat deze haar wilsverklaring zodanig tot uitdrukking brengt, dat de wederpartij hierin redelijkerwijs de achterliggende bedoeling kan herkennen:

‘Het naleven van een mededelingsplicht is een daad van communicatie. Wanneer een contractant aan de ander bepaalde gegevens moet mededelen, zal hij ervoor moeten zorgen dat zijn uiting een zodanig reliëf heeft, dat de ander daarin de verlangde mededeling herkent (art. 3:37 lid 1 jo. 3:35 BW).’³⁴⁴

Uit deze eis van duidelijkheid kan in de eerste plaats worden afgeleid dat de mededeling voldoende *begrijpelijk* moet zijn voor de dwalende. De mededeling moet zodanig worden ingekleed, dat de dwalende geacht mag worden deze te begrijpen en ernaar te handelen.³⁴⁵ De onderhavige begripelijkheidstoets leent zich voor differentiatie naar gelang van de concrete begripsvermogens van de dwalende (voor zover kenbaar aan de zijde van de wederpartij).³⁴⁶ Dienovereenkomstig wordt in de Duitse literatuur betoogd ‘dass die Aufklärung nach Inhalt wie Form dem Verständnishorizont des Vertragspartners angepasst sein muss’.³⁴⁷ Meer concreet betekent dit bijvoorbeeld dat de mededeling zo nodig moet worden vertaald.³⁴⁸ Ook is denkbaar dat, gelet op de geringe deskundigheid van de dwalende, een nadere toelichting bij de mededeling is vereist. Hijma betoogt in dit verband terecht ‘dat een mededelingswij-

343 HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental), r.o. 3.7.3 (geciteerd in par. 3.6.4). Vgl. ook r.o. 3.7.4, waar de Hoge Raad spreekt over ‘de vereiste duidelijkheid’. Zie voorts bijv. *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 83A.

344 Aldus de *NJ*-annotatie van Jac. Hijma bij het arrest Gomes/Rental, sub 7.

345 Vgl. par. 2.3.3, over de strekking van informatieplichten tot bevordering van ‘informed consent’.

346 Vgl. *Verbintenissenrecht I* (Hijma), art. 228, aant. 83A.

347 Aldus Mükö/Roth (2003), § 241, nr. 134.

348 Aldus bijv. De Boeck 2000, p. 452.

ze die jegens een (erop ingespeelde) ondernemer helder is, jegens een leek onvoldoende duidelijk kan zijn'.³⁴⁹

Voor de mate van begrijpelijkheid lijkt in beginsel niet relevant in welke fysieke *vorm* de mededeling is gegoten. Mede gelet op het uitgangspunt van vormvrijheid (art. 3:37 lid 1 BW) zal de wederpartij mijns inziens mogen kiezen tussen een (begrijpelijke) mondelinge of een (begrijpelijke) schriftelijke mededeling. Interessant is in dit verband de visie van De Boeck, die betoogt dat schriftelijke mededelingen de voorkeur verdienen, omdat 'schriftelijke informatie meer op de ernst en het belang van de informatie zal duiden dan een louter mondelinge mededeling'. Ter nadere onderbouwing wijst De Boeck op het praktische argument, dat een schriftelijke mededeling achteraf gemakkelijker te bewijzen valt.³⁵⁰ In het eerder genoemde arrest Gomes/Rental lijkt de Hoge Raad juist een zekere reserve ten opzichte van schriftelijke mededelingen aan de dag te leggen, althans in die zin dat hij in casu geen genoegen nam met 'voorgedrukte dan wel in algemene voorwaarden opgenomen vermeldingen' omtrent de juistheid van de kilometerstand.³⁵¹ Hijma preciseert de gedachtegang van de Hoge Raad aldus, dat in een geval als het onderhavige niet zozeer de gedrukte vorm van de mededeling bezwaren oproept, als wel het feit dat zij 'verscholen gaat in het geheel van (de geprinte tekst van) het contract, zodat zij als waarschuwing onvoldoende in het oog springt'.³⁵² Inderdaad voldoet een dergelijke 'verstoken' mededeling – die zich overigens evengoed in het kader van een mondelinge communicatie laat indenken – niet aan de bovengenoemde eis van voldoende duidelijkheid.

Zo bezien kan uit het duidelijkheidsvereiste nog een tweede deelregel worden afgeleid, naast de eerder genoemde regel van begrijpelijkheid. Deze regel luidt dat de mededeling zodanig moet worden ingekleed, dat de dwalende geacht mag worden deze te signaleren en tot zich door te laten doordringen. De mededeling dient, met andere woorden, niet alleen 'duidelijk' te zijn in materiële zin (voldoende begrijpelijk), maar ook 'duidelijk' in formele zin (voldoende *opvallend*). Een onopvallende mededeling zoals in de zaak Gomes/Rental voldoet dus niet aan het duidelijkheidsvereiste, ook al is zij op zichzelf voldoende begrijpelijk. Illustratief is een vonnis van de Rechtbank Zutphen uit 2008, waarin het ging om de verkoop van een woonboerderij op een perceel grond, dat naderhand verontreinigd bleek met asbest, puin en olie. Voorafgaand aan het sluiten van de koopovereenkomst had de verkoper aan de koper een geruststellend bodemonderzoeksrapport verstrekt. Uit een als bijlage bij dit rapport toegevoegd kaartje bleek echter dat dit rapport betrekking had

349 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij het arrest Gomes/Rental, sub 7.

350 De Boeck 2000, p. 452. Zie nader over het bewijs van informatieverstrekking par. 5.3.7.

351 HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental), r.o. 3.7.4.

352 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij het arrest Gomes/Rental, sub 8. Vgl. ook Rb. Rotterdam 6 juli 2011, *LJN* BR2960, r.o. 5.12, waar de rechtbank (onder verwijzing naar het arrest Gomes/Rental) een 'voorgedrukte standaardmededeling' omtrent de kilometerstand onvoldoende duidelijk achtte (r.o. 5.12).

op de omringende percelen, en niet op het verkochte perceel. Tegen die achtergrond werd non-conformiteit aangenomen, nu de reikwijdte van het rapport 'niet dan na uiterst precieze bestudering' van het kaartje in de bijlage kon worden achterhaald. Volgens de rechtbank had de verkoper, als professioneel handelaar in onroerend goed, zich moeten realiseren dat de koper, een particulier, zich op dit punt zou kunnen vergissen. Teneinde te voldoen aan zijn mededelingsplicht, had de verkoper er 'expliciet op dienen te wijzen' dat het rapport geen betrekking had op het verkochte perceel.³⁵³

In het verlengde hiervan moet mijns inziens worden aangenomen dat *specifieke mededelingen* eerder als voldoende duidelijk kwalificeren dan algemeen geformuleerde – derhalve niet als zodanig opvallende – mededelingen.³⁵⁴ Vergelijkbare overwegingen van specificiteit spelen een rol in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, bij de invulling van de delictuele waarschuwingsplicht (par. 4.3.7). Specificatie komt niet alleen de zojuist bedoelde formele duidelijkheid ten goede (specifieke mededelingen vallen doorgaans beter op dan algemene), maar ook de materiële duidelijkheid (specifieke waarschuwingen worden doorgaans beter begrepen dan algemene). Illustratief is een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch over de verkoop van een woonhuis, dat ernstig bleek te zijn aangetast door boktor. Volgens de verkoper had zijn makelaar de kopers tijdens de bezichtiging van het huis gewezen op de aanwezigheid van 'houtborende insecten'. Het hof vond 'deze algemene aanduiding' niet toereikend ter afwering van een beroep op schending van de precontractuele mededelingsplicht. Volgens het hof had de makelaar zich onder de gegeven omstandigheden ervan moeten 'vergewissen dat het aan [kopers], die bij de bezichtiging van de onroerende zaak niet van deskundige bijstand waren voorzien, duidelijk was dat hij daarmee in elk geval mede boktor bedoelde'.³⁵⁵

De geciteerde overweging raakt aan de hoofdvraag, die bij de invulling van de mededelingsplicht centraal staat: hoe ver dient de wederpartij te gaan in haar streven naar duidelijkheid? Interessant is in dit verband de discussie die in de Franse literatuur is gevoerd over de vraag of de mededelingsplicht een inspannings- dan wel resultaatsverplichting behelst.³⁵⁶ Fabre-Magnan concludeert, mijns inziens terecht, dat het hier gaat om een combinatie van

353 Rb. Zutphen 25 juni 2008, *NJF* 2008, 351, r.o. 5.5. Vgl. ook r.o. 5.10, waar de rechtbank nog een stap verder lijkt te gaan, door te oordelen dat de verkoper informatie heeft verstrekt 'die onjuist blijkt te zijn althans die een gemiddelde koper op het verkeerde been zet' (curs. toegevoegd).

354 Vgl. enigszins anders HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), besproken in par. 4.8.5, waar de Hoge Raad een algemene mededeling omtrent het restschuldrisico van een effectenleaseproduct wél toereikend achtte ter voldoening aan de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW (r.o. 4.4.5), maar niet ter voldoening aan de waarschuwingsplicht uit hoofde van de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners (r.o. 4.10.3).

355 Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2000, *TvC* 2000, p. 168-174, r.o. 4.4.2.

356 Zie voor een overzicht Fabre-Magnan 1992, p. 394 e.v.

beide figuren, namelijk enerzijds een resultaatsverplichting om informatie te verschaffen en anderzijds een inspanningsverplichting om deze informatie redelijkerwijs te doen doordringen bij de dwalende:

‘En conclusion, il nous semble que l’obligation d’information comprend en réalité deux obligations: d’une part, une obligation de résultat – celle de transmettre une information au créancier – et, d’autre part, une obligation de moyens – celle d’utiliser des modalités adéquates de transmission de l’information de sorte que le destinataire la reçoive et la comprenne. Elle ne comprend en revanche pas l’obligation que le créancier utilise correctement l’information qu’il a reçue et comprise.’³⁵⁷

Van belang is de slotsom van Fabre-Magnan, dat de mededelingsplicht niet gegarandeerd effectief dient te zijn. De wederpartij op wie een mededelingsplicht rust behoeft zich dus niet te *verzekeren* van de goed geïnformeerde toestemming van de dwalende. In die zin gaat de hierboven geciteerde overweging van het Bossche Hof mijns inziens te ver.³⁵⁸ Veelzeggend is dat zelfs in het gevaarzettingsleerstuk, waar het gaat om waarschuwingsplichten ter zake van fysiek gevaar, geen gegarandeerde effectiviteit wordt vereist (par. 4.3.7). Beslissend is daar de *te verwachten effectiviteit* van de gegeven waarschuwing.³⁵⁹ Dezelfde maatstaf, die goed aansluit bij de in par. 3.5.4 besproken tweezijdige benadering van de dwaling, dient zich mijns inziens ook hier aan.³⁶⁰

Het voorgaande neemt niet weg dat op de wederpartij, als uitvloeisel van haar mededelingsplicht, onder omstandigheden ook een zekere *onderzoekspflicht* kan rusten omtrent de vraag hoe haar mededeling door de dwalende is opgevat.³⁶¹ Volgens vaste jurisprudentie strekt immers de mededelingsplicht bij dwaling mede ter bescherming van onvoorzichtige contractanten.³⁶² Evenals in het kader van de wilsvertrouwensleer (par. 3.2.2) zal de wederpartij derhalve in voorkomende gevallen moeten nagaan of haar mededeling goed is ‘overgekomen’. Naar mijn mening heeft echter de hier bedoelde onderzoekspflicht geen algemene gelding. Uitgangspunt blijft dat de wederpartij ter voldoening aan haar mededelingsplicht met een duidelijke mededeling kan volstaan.

357 Fabre-Magnan 1992, p. 409. Zie ook p. 410 e.v., waar Fabre-Magnan de verschillende ‘modalités efficaces de transmission de l’information’ analyseert.

358 In casu kon m.i. zelfs worden verdedigd dat de algemene omschrijving ‘houtborende insecten’ *duidelijker* aangaf welk probleem er speelde dan de specifieke soortnaam ‘boktor’.

359 Vgl. HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (Jetblast), r.o. 3.4.3.

360 Zie par. 5.3.7 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

361 Anders dan de in par. 3.6.4 besproken (en verworpen) ‘onderzoekspflicht uit hoofde van de mededelingsplicht’ is de onderhavige onderzoekspflicht niet een ‘voortrein’ maar een ‘verlengstuk’ van de mededelingsplicht (vgl. par. 2.3.1). Men kan ook zeggen dat het doen van een (duidelijke) mededeling hier een zeker onderzoek *impliceert*. Zie par. 4.3.7 voor een vergelijkbare onderzoekspflicht als uitvloeisel van de delictuele waarschuwingsplicht.

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

Slechts bij gereede twijfel, bijvoorbeeld in verband met het gebruik van professioneel jargon door een deskundige ten opzichte van een leek,³⁶³ kan er aanleiding zijn voor nader onderzoek naar de effectiviteit van de gedane mededeling. Mijns inziens gaat de hier bedoelde onderzoeksplicht niet zo ver dat de wederpartij zich in absolute zin dient te vergewissen van een goed begrip aan de zijde van de dwalende. Een andere opvatting zou impliceren dat de mogelijkheid van dwaling geheel zou moeten worden uitgesloten. Voor een zo rigoureuze bescherming van de dwalende is in ons contractenrecht geen plaats.

3.6.6 Art. 6:228 lid 1 sub a BW: waarheidsplicht

Art. 6:228 lid 1 sub a BW bevat op het eerste gezicht, vergeleken met het genuanceerde leerstuk van de schending van een mededelingsplicht, een overzichtelijke *bright line rule*.³⁶⁴ Is de dwaling veroorzaakt door een (kenbaar causale) onjuiste inlichting van de wederpartij, dan is vernietiging wegens dwaling mogelijk.³⁶⁵ Weliswaar kan deze dwaling op grond van art. 6:228 lid 2 BW voor rekening van de dwalende blijven, maar gezien de bekende overweging van de Hoge Raad in het arrest Baris/Riezenkamp, dat men in beginsel mag afgaan op de juistheid van gedane mededelingen,³⁶⁶ lijkt die uitzonderingssituatie zich niet snel voor te doen.³⁶⁷ Ogenschijnlijk kan hier dus worden volstaan met een (vrijwel) geheel eenzijdige benadering, gericht op de onjuiste informatieverstrekking van de kant van de wederpartij.

Zo eenvoudig is het echter niet. Evenals in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW gaat het hier om de vraag naar de *wederzijdse* verantwoordelijkheden van partijen ter zake van het vergaren en verstrekken van informatie. Het maatschappelijk verkeer vereist niet dat precontractuele inlichtingen altijd volmaakt, eerlijk en genuanceerd zijn.³⁶⁸ De dwalende behoort, met andere woorden, rekening te houden met een zekere mate van onjuistheid – meer in het bijzonder: overdrijving, onnauwkeurigheid, subjectiviteit enzovoort –

363 Overigens kan men in dat geval ook zeggen dat de mededeling jegens leken niet voldoende duidelijk was, zodat de verantwoordelijke partij reeds daarom niet aan haar mededelingsplicht heeft voldaan.

364 Vgl. Vranken 1989, p. 6, die meent dat deze dwalingsrubriek ‘verhoudingsgewijs de minste problemen’ oplevert.

365 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 231; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 228.

366 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3. Zie nader over deze ‘prioriteitsregel’ par. 3.6.15.

367 Vgl. Van Rossum 1989, p. 500, die meent dat de onderzoeksplicht ten aanzien van onjuiste inlichtingen ‘restrictief [moet] worden toegepast.’

368 Zie bijv. Bollen 2004, p. 416; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 165; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 143. Vgl. ook het klassieke leerstuk van *dolus bonus*, waarover bijv. De Boeck 2000, p. 281-282.

van verstrekte inlichtingen. Ook ten aanzien van onjuiste inlichtingen zal dus telkens aan de hand van de *verkeersopvattingen*, ingevuld met de in par. 3.6.3 genoemde gezichtspunten, moeten worden beoordeeld of de communicatie tussen partijen naar behoren is verlopen. Globaal gesproken kan daarbij een keuze worden gemaakt tussen twee uitersten. Enerzijds: een informatieplicht van de wederpartij, medebrengende dat zij de dwalende in het concrete geval correct (en niet onjuist³⁶⁹) had moeten inlichten.³⁷⁰ Anderzijds: een informatieplicht van de dwalende zelf, medebrengende dat hij de verstrekte inlichting in het concrete geval niet voor kennisgeving had mogen aannemen, en de juistheid ervan nader had moeten onderzoeken.³⁷¹

De eerstbedoelde informatieplicht van de wederpartij kan, met een procesrechtelijke term,³⁷² worden aangeduid als *waarheidsplicht*.³⁷³ Zij ligt ten dele in het verlengde van de mededelingsplicht van lid 1 sub b: aanvaardt men dat de wederpartij onder omstandigheden is gehouden tot informatieverstrekking aan de dwalende, dan impliceert dit normaliter dat die informatie ook juist zal moeten zijn. In zoverre bestaat tussen lid 1 sub a (onjuiste informatieverstrekking) en lid 1 sub b (onvolledige informatieverstrekking) een vloeiende overgang.³⁷⁴ De hier bedoelde waarheidsplicht functioneert echter ook onafhankelijk van de mededelingsplicht. Bij gebreke van een mededelingsplicht kan immers een (vrijwillig verschaft maar) onjuiste inlichting evengoed grond opleveren voor vernietiging wegens dwaling. Daarbij lijkt overigens van – tot op heden vaak onderschatte – betekenis, van wie het *initiatief* tot de vrijwillige informatieverstrekking is uitgegaan. Voor het Duitse recht is door Wagner verdedigd dat een uit eigen beweging verstrekte onjuiste inlichting eerder grond oplevert voor vernietiging wegens dwaling dan een onjuiste inlichting die is gegeven in antwoord op gestelde *vragen*.³⁷⁵ Zouden in de onderhandelingsfase gestelde vragen steeds volledig en naar waarheid moeten worden beantwoord, zo redeneert Wagner, dan krijgt de dwalende in feite de macht om eigenhandig de reikwijdte van de precontractuele mededelingsplicht te

369 Strikt genomen betreft het hier slechts de ‘negatieve’ plicht om geen onjuiste inlichtingen te verschaffen. Omwille van een vergelijking met de ‘positieve’ mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW wordt hieronder een positieve benadering gekozen (vgl. par. 1.5.1).

370 Vgl. Hesselink 1999, p. 258.

371 Vgl. Smits 1999, p. 34.

372 Vgl. art. 21 Rv, op grond waarvan procespartijen verplicht zijn relevante feiten ‘volledig en naar waarheid’ aan te voeren, welke regel gemeenlijk wordt betiteld als de ‘waarheidsplicht’. Zie bijv. Asser 2004, nr. 6; Snijders e.a. 2011, nr. 30; en Thoe Schwartzberg 2011, nr. 7.

373 Deze terminologie wordt ook in de Duitse doctrine gehanteerd. Zie bijv. MüKo/Kramer (2001), § 123, nr. 15, over bedrog (*Täuschung*) wegens ‘Verletzung der vorvertraglichen Wahrheitspflicht’.

374 Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 87A, over de grensgevallen van ‘halve’ informatieverstrekking.

375 Zie Wagner 2007, p. 88, die een onjuiste inlichting in elk geval ontoelaatbaar acht indien ‘die Informationsinitiative von der lügenden Partei ausgeht’.

bepalen. Wagner acht dat ongewenst: het feit dat bepaalde informatie niet spontaan behoeft te worden verstrekt, impliceert volgens hem dat deze informatie ook *desgevraagd* niet zonder meer behoeft te worden gedeeld.³⁷⁶ Tegen deze achtergrond bepleit Wagner voor de precontractuele fase een 'Recht zur Lüge'.³⁷⁷

Wat er zij van deze originele opvatting, zij illustreert – vanuit een onorthodox perspectief – de vooropstelling aan het begin van deze paragraaf, dat een onjuiste inlichting niet zonder meer een beroep op dwaling kan rechtvaardigen. Dat is het gevolg van de werking van de tweede informatieplicht, die als keerzijde van de zojuist besproken waarheidsplicht kan worden beschouwd. Het gaat hier om de eigen *onderzoeksplicht* van de dwalende, die ziet op de vraag of naar verkeersopvattingen op de verstrekte inlichting had mogen worden vertrouwd. Wetssystematisch vloeit deze onderzoeksplicht (eerst) voort uit lid 2 van art. 6:228 BW (par. 3.6.11). Omwille van een coherente redenering moet zij echter – op vergelijkbare wijze als bij de schending van een mededelingsplicht – reeds in het kader van lid 1 worden meegewogen. De door de Hoge Raad voorgeschreven tweezijdige benadering van de dwaling (par. 3.5.4) komt anders niet tot haar recht.

Men hoede zich dus voor de conclusie dat de bovengenoemde overweging van de Hoge Raad uit Baris/Riezenkamp de onderzoeksplicht van de dwalende ter zake van onjuiste inlichtingen naar de marge heeft verdreven. Wel is die onderzoeksplicht hier minder zichtbaar, omdat zij ten dele reeds wordt verdisconteerd in het begrip 'onjuiste inlichting' zelf.³⁷⁸ Aangenomen wordt namelijk dat op bepaalde inlichtingen in het algemeen niet – lees: niet zonder nader onderzoek – mag worden afgegaan. In de eerste plaats gaat het om inlichtingen die te globaal zijn om er een gerechtvaardigd vertrouwen aan te ontleen, zoals algemene aanprijzingen en andere niet nader gespecificeerde mededelingen.³⁷⁹ Hier weerklinkt het gezichtspunt van de *aard van de betrokken informatie*, dat ook in het kader van de mededelingsplicht relevant bleek (par. 3.6.3). In de tweede plaats gaat het om inlichtingen waarvan de (potentiële) onjuist-

³⁷⁶ Wagner 2007, p. 85, 88.

³⁷⁷ Zie Wagner 2007, p. 93-99, waar de *gronden* voor het aannemen van een 'Recht zur Lüge' worden besproken.

³⁷⁸ Vgl. Chao-Duivis 1996, p. 288; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 242.

³⁷⁹ Zie bijv. TM, PG Boek 6, p. 903, alsmede Meijers 1922, p. 418; Vranken 1989, p. 8; Chao-Duivis 1996, p. 286-288; Smits 1999, p. 35; De Mol 2002, p. 258; Raaijmakers 2002, p. 67 en 73; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 165; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 143. Vgl. ook reeds HR 29 maart 1935, *NJ* 1935, 1470 m.nt. EMM (Herbrechter/Hof), alsmede de bijbehorende NJ-annotatie van Meijers, sub 1. Vgl. voorts, in het kader van bedrog, art. 3:44 lid 3, tweede volzin BW.

heid voldoende kenbaar is voor de dwalende,³⁸⁰ zoals geclausuleerde inlichtingen,³⁸¹ innerlijk tegenstrijdige of inherent onduidelijke inlichtingen,³⁸² meningen of schattingen,³⁸³ en inlichtingen van een evident ondeskundige wederpartij.³⁸⁴ Behalve (opnieuw) de aard van de betrokken informatie speelt hier dus ook de *aard van de rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de kenbare deskundigheid van partijen, een rol. Het ligt voor de hand dat een consument eerder mag afgaan op informatie van een professional dan andersom. Hijma leidt hieruit af dat in de rechtsverhouding tussen een consument-verkoper en een professionele koper sneller uitzonderingen kunnen worden aanvaard op het uitgangspunt dat de koper mag afgaan op inlichtingen van de verkoper dan elders.³⁸⁵

Afgezien van de aard van de rechtsverhouding en de aard van de betrokken informatie kan in dit verband denkkelijk ook het derde van de in par. 3.6.3 genoemde gezichtspunten, de *aard van de betrokken belangen*, een rol spelen. Zo zal een onjuiste inlichting omtrent de waarde van de verkochte zaak minder snel grond opleveren voor een geslaagd beroep op dwaling dan, pakweg, een onjuiste inlichting die de veiligheid van de dwalende regardeert. Ook de bedongen prijs zal in dit verband relevant kunnen zijn, aangezien de hoogte van die prijs de betreffende inlichting, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, méér of juist minder geloofwaardig kan maken.³⁸⁶

380 Zie bijv. Vranken 1989, p. 8-9; Chao-Duivis 1996, p. 288-290; Smits 1999, p. 36-38; De Mol 2002, p. 258; Raaijmakers 2002, p. 67 en 73; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 165; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 143. Vgl. ook de conclusie van A-G Keus voor HR 19 februari 2010, *LJN* BK6672, *RvdW* 2010, 338 (Van der Kooij/Muntschar), sub 2.10-2.11.

381 Vgl. HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 747 m.nt. G (Ernst en Latten/Crombag-Spaai), besproken in par. 3.6.4, waarin de verkoper had verklaard dat het onroerend goed 'bij zijn weten' niet in een bestemmingsplan viel.

382 Vgl. HR 19 februari 2010, *LJN* BK6672, *RvdW* 2010, 338 (Van der Kooij/Muntschar), waarin de verkoopbrochure van het pand een vloeroppervlakte vermeldde die qua berekening zowel het gehele pand als enkel de begane grond kon betreffen. Vgl. ook de conclusie van A-G Keus, sub 2.10-2.11, waar wordt betoogd dat op 'niet-eenduidige mededelingen' niet zonder nader onderzoek mag worden afgegaan.

383 Vgl. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 442 m.nt. CJHB & WHH (Hilders/De Galan), waarin het ging om een al te rooskleurige tip van een makelaar omtrent een te koop staand huurpand met een 'eersteklas huurder', voor een jaarhuur die 'niet te economisch' scheen.

384 Vgl. Rb. Amsterdam 7 maart 1973, *NJ* 1974, 93, waarin het ging om de verkoop van een vervalste 'Jan van Goyen' door een (kennelijk ondeskundige en ook niet beter wetende) particulier aan een deskundige veilinghouder.

385 Zie Hijma 2009b, p. 314-315, toegespitst op de conformiteitstoets van art. 7:17 BW. Vgl. ook Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 143, sub g.

386 Vgl. HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 570 (Kelly/Rietvelt), r.o. 4.3, besproken in par. 3.6.7.

3.6.7 Vervolg; kenbaarheidsvereiste

Blijkens art. 6:228 lid 1 sub a BW leidt dwaling wegens een onjuiste mededeling van de wederpartij níet tot vernietigbaarheid van de overeenkomst indien de wederpartij mocht aannemen dat die overeenkomst ook zonder haar onjuiste inlichting zou zijn gesloten. Dit betekent dat een onjuiste inlichting omtrent een ogenschijnlijk irrelevant punt, of een ogenschijnlijk irrelevante inlichting omtrent een op zichzelf relevant punt, geen gevolgen heeft voor de geldigheid van de overeenkomst.³⁸⁷ 'De grens ligt daar, waar de wederpartij niet meer behoefde te beseffen dat de bewuste mededelingen nog op de besluitvorming van de ander van invloed waren', aldus Hijma.³⁸⁸ Men herkent hier het vereiste van de kenbaarheid van het causaal verband (par. 3.5.5). Evenals in het kader van de mededelingsplicht, waar dat vereiste een vergelijkbare rol speelt (par. 3.6.2), gaat het hier om de kenbaarheid 'zonder meer'. Beslissend is of de wederpartij het causaal verband tussen inlichting en totstandkoming kende of geacht mocht worden te kennen. Voor het aannemen van een *onderzoekspflicht* van de wederpartij omtrent de relevantie van een verstrekte inlichting is in dit verband geen plaats. Integendeel: naar verkeersopvattingen ligt het op de weg van de dwalende om zijn eventuele bijzondere verwachtingen, die de causaliteit van een gegeven inlichting kunnen beïnvloeden, aan de wederpartij kenbaar te maken.

Het voorgaande vindt steun in het arrest Kelly/Rietvelt uit 1986.³⁸⁹ Het ging hier om de verkoop van een pand waarbij verkoper Rietvelt vooraf, in een verkoopadvertentie, een onjuiste mededeling had gedaan omtrent het vloeroppervlak van het pand en de constructie van de verwarmingsinstallatie.³⁹⁰ Kelly's beroep op dwaling werd door het hof verworpen omdat voor Rietvelt niet kenbaar was geweest dat de betreffende informatie voor Kelly van beslissend belang was. In cassatie laat de Hoge Raad dit oordeel in stand. Volgens de Hoge Raad heeft het hof zijn oordeel omtrent het ontbreken van kenbaarheid van het causaal verband, behalve op de bedongen *prijs* en op het feit dat Kelly bij de aankoop werd bijgestaan door een *makelaar*, mede gebaseerd op de overweging 'dat het, gezien de aard van de voormelde eigenschappen [het vloeroppervlak en de verwarmingsinstallatie], (...) zonder nadere mededelingen niet voor de hand lag dat zij voor Kelly essentieel zouden zijn' en 'dat Kelly, voordat hij de koopovereenkomst sloot, op generlei wijze aan Rietvelt van het tegendeel heeft doen blijken'. Aldus opgevat geeft 's hofs

387 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 232.

388 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 (L.E. Beheer/Stijnman), sub 4, die tegen deze achtergrond betoogt dat ook onjuiste inlichtingen daterend van vóór de onderhandelingsperiode tot vernietiging ex art. 6:228 lid 1 sub a BW kunnen leiden.

389 HR 11 april 1986, NJ 1986, 570 (Kelly/Rietvelt), r.o. 4.3. Zie in gelijke zin ook HR 6 januari 1989, NJ 1989, 281 (De Vor/Amro), r.o. 3.2.

390 De advertentie vermeldde een oppervlakte van 1.400 m² i.p.v. 1.000 m² en een gasgestookte in plaats van een oliegestookte verwarming.

oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het ook niet onbegrijpelijk, aldus de Hoge Raad (r.o. 4.3). Kennelijk lag het hier op de weg van koper Kelly om Rietvelt te wijzen op het bijzondere belang dat hij (beweerdelijk) hechtte aan de in de advertentie verstrekte informatie omtrent vloeroppervlak en verwarmingsinstallatie.³⁹¹

Anders dan in art. 6:228 lid 1 sub b BW wordt het kenbaarheidsvereiste in lid 1 sub a met zoveel woorden genoemd, in een wettelijke tenzij-formule. Aldus wordt dat vereiste gesitueerd in de eindfase van de redenering, als uitzondering op de regel. In het kader van lid 1 sub b staat de kenbaarheid van het causaal verband juist als basisvereiste voorop (par. 3.6.2). Laatstgenoemde benadering verdient de voorkeur. De verstrekking van een 'niet kenbaar causale' onjuiste inlichting vormt reeds in beginsel – en niet eerst bij wijze van uitzondering – een onvoldoende grondslag voor vernietiging wegens dwaling. Anders gezegd: wie een onjuiste inlichting verschaft omtrent een ogenschijnlijk irrelevant punt (of een ogenschijnlijk irrelevante inlichting omtrent een op zichzelf relevant punt) schendt geen informatieplicht. Zoals er geen mededelingsplicht bestaat omtrent feiten die niet van kenbaar belang zijn voor de dwalende, zo bestaat er omtrent zulke feiten ook geen waarheidsplicht. Voor het processuele debat betekent dit – anders dan de wettekst suggereert – dat de *dwalende* in beginsel zal moeten stellen en bewijzen dat het causale karakter van de verstrekte inlichting voor de wederpartij kenbaar was.³⁹² Deze benadering, die onder het oude recht reeds werd gevolgd,³⁹³ is aantrekkelijker dan de benadering waarin de wederpartij het ontbreken van kenbaarheid moet aantonen. Zwaarwegend is deze processuele last voor de dwalende intussen niet.

3.6.8 Vervolg; onderzoeksplicht uit hoofde van waarheidsplicht?

Zoals in het kader van art. 6:228 lid 1 sub b BW de vraag kan rijzen of er voor de wederpartij een onderzoeksplicht uit hoofde van zijn mededelingsplicht bestaat (par. 3.6.4), zo kan in het kader van art. 6:228 lid 1 sub a BW de vraag rijzen of de wederpartij is gehouden om door voldoende onderzoek het ver-

391 Zie voor een vergelijkbare mededelingsplicht van de koper met betrekking tot het door hem aan het vloeroppervlak gehechte belang Rb. Arnhem 23 juli 2008, *LJN* BE0012, *Prg.* 2008, 189, r.o. 4.4. Vgl. ook art. 7:17 lid 6 BW, waaruit blijkt dat bij de koop van een onroerende zaak de vermelding van de oppervlakte wordt vermoed slechts als *aanduiding* te zijn bedoeld, zonder dat de zaak daaraan behoeft te beantwoorden in de zin van art. 7:17 BW. Vgl. echter ook Rb. Dordrecht 26 november 2008, *LJN* BG4919, *Prg.* 2009, 32, r.o. 5.22, waarin zonder meer kenbaarheid van het causaal verband werd aangenomen ter zake van een 'flink' verschil (150 m²) tussen de door koper veronderstelde en de werkelijke oppervlakte van het verkochte perceel.

392 In die richting gaat (kennelijk) ook Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 71 e.v.

393 Zie Contractenrecht II (Hijma), nr. 1081.

strekken van onjuiste inlichtingen te voorkomen. Die vraag klinkt intrigerend, maar blijkt bij nadere beschouwing misplaatst. In het kader van lid 1 sub a spelen overwegingen van verwijtbaarheid aan de zijde van de wederpartij namelijk hoegenaamd geen rol.³⁹⁴ De dwaling toont zich hier – althans in zoverre – in haar oorspronkelijke gedaante van zuiver wilsgebrek (par. 3.5.5). Vernietiging op grond van lid 1 sub a kan dus plaatsvinden ongeacht de vraag of de wederpartij van de onjuistheid van haar inlichting enig verwijt kan worden gemaakt.³⁹⁵ Een ‘onderzoeksplicht uit hoofde van de waarheidsplicht’ is dientengevolge niet alleen dogmatisch onzuiver, maar ook praktisch overbodig.

Berust reeds het stellen van de genoemde vraag op een misvatting, voor een bevestigende beantwoording ervan geldt dat *a fortiori*. Toch heeft de Hoge Raad zich daartoe laten verleiden. Ik doel op het arrest Marks/ASZ, waarin het ging om een onduidelijke brochure die in het kader van een afvloeiingsregeling door ziekenhuis ASZ aan (oud-)werknemer Marks was verstrekt.³⁹⁶ Op basis van die brochure had Marks aangenomen dat na afvloeiing voortzetting van zijn pensioenopbouw mogelijk was. Toen een dergelijke voortzetting onmogelijk bleek, deed hij in rechte beroep op dwaling wegens een door ASZ verstrekte onjuiste inlichting (in de brochure). De rechtbank stelde Marks, in navolging van de kantonrechter, in het ongelijk, omdat de brochure op het desbetreffende punt weliswaar onduidelijk was, maar niet de mededeling bevatte dat voortzetting van pensioenopbouw zonder meer mogelijk was. Marks had derhalve, mede gelet op zijn opleiding en functieniveau (hij werkte als boekhouder bij het ziekenhuis), zelf bij het pensioenfonds navraag moeten doen naar de mogelijkheden van voortzetting, aldus de rechtbank. In cassatie sneuvelt dit oordeel. De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.5.3):

‘Gelet op de belangen die voor Marks – naar voor het ziekenhuis kenbaar was – op het spel stonden, bracht de zorgvuldigheid die het ziekenhuis, als werkgever, onder de hiervoor geschetste omstandigheden in acht behoorde te nemen tegenover Marks, een oudere werknemer met wie een overeenkomst ter beëindiging van een langdurig dienstverband zou worden gesloten, mee dat het geen mededelingen aan Marks deed omtrent een voor hem bestaande mogelijkheid tot toekomstige pensioenopbouw zonder zich van de juistheid van die mededelingen te overtuigen.’

394 Aldus TM, PG Boek 6, p. 901-902. Zie verder bijv. Castermans 1989, p. 138; Van Rossum 1989, p. 500; Hartkamp 1990, p. 657-658; Van Rossum 1991, p. 42; Castermans 1992a, p. 136; Chao-Duivis 1996, p. 254; Van Rossum 2000, p. 456; Smits 2002, p. 71; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 231; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 229; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 165; Hijma & Olthof 2011, nr. 476; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 63, alsmede de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), sub 4-5. Anders Vranken 1989, p. 6.

395 Zie bijv. HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier), r.o. 3.3.2, besproken in par. 3.10.4.

396 HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ).

De Hoge Raad introduceert dus een uit art. 6:228 lid 1 sub a BW voortvloeiende ‘zorgplicht’ van het ziekenhuis met betrekking tot de juistheid van haar folder-materiaal.³⁹⁷ Gelet op deze zorgplicht had de rechtbank tenminste nader moeten *motiveren* waarom zij de eigen onderzoeksplicht van Marks liet prevaleren boven de waarheidsplicht van ASZ. Indien de rechtbank de bedoelde zorgplicht zou hebben miskend, geeft haar oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat laatste scenario ligt voor de hand, maar het pleit in dit geval niet tegen de rechtbank. Ook de Hoge Raad zou de bedoelde zorgplicht voortaan beter buiten beschouwing kunnen laten. Het beoogde doel – bescherming van ontslagen werknemers als Marks – is sympathiek, maar rechtvaardigt niet de gekozen constructie. Sterker nog: dat doel *noopt* helemaal niet tot die constructie. Het zorgplichtbetoog is hier, in de woorden van Hijma, zuiver ‘overkill’.³⁹⁸ De Hoge Raad had kunnen volstaan met de overweging dat naar zijn oordeel de rechtbank een onjuiste althans onbegrijpelijke – want te ver strekkende – invulling had gegeven aan de eigen onderzoeksplicht van Marks (art. 6:228 lid 2 BW).³⁹⁹

3.6.9 Art. 6:228 lid 1 sub c BW: onderzoeksplicht

De *wederzijdse dwaling* van art. 6:228 lid 1 sub c BW heeft op het eerste gezicht een heel ander karakter dan de *eenzijdige dwalingsrubrieken* van lid 1 sub a en b.⁴⁰⁰ Wederzijdse dwaling doet zich immers voor indien beide partijen van dezelfde onjuiste veronderstelling zijn uitgegaan, zonder dat kan worden gezegd dat een der partijen de dwaling heeft *veroorzaakt*. Nochtans is het gebruikelijk om ook hier te spreken in termen van ‘dwalende’ en ‘wederpartij’, waarbij dan met ‘dwalende’ wordt bedoeld op degene die zich op de (vernietiging wegens) wederzijdse dwaling *beroept*.⁴⁰¹ In dit verband zij bedacht dat ook bij toepassing van art. 6:228 lid 1 sub a en b BW niet is uitgesloten dat beide partijen hebben gedwaald.⁴⁰²

Ook overigens moeten de verschillen tussen eenzijdige en wederzijdse dwaling niet te zwaar worden aangezet.⁴⁰³ Het moge zo zijn dat in geval van wederzijdse dwaling geen der partijen de onjuiste voorstelling van zaken

397 Vgl. de conclusie van A-G Huydecoper voor Marks/ASZ, sub 17, die eveneens aanneemt dat een werkgever in een situatie als de onderhavige ervoor moet ‘waken dat de werknemer (...) niet van een onjuiste voorstelling van zaken uitgaat.’

398 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij Marks/ASZ, sub 4-5.

399 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij Marks/ASZ, sub 6. Anders Van Laarhoven 2006, p. 11, die de bedoelde ‘overkill’ juist aantrekkelijk acht.

400 Zie bijv. Smits 1993, p. 499; Vranken 1997, p. 20; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 114.

401 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 238.

402 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 233.

403 Anders Smits 1993, p. 514, die pleit voor een tamelijk scherp onderscheid tussen eenzijdige en wederzijdse dwaling.

heeft veroorzaakt, dikwijls kan wel degelijk een van beiden verantwoordelijk worden gehouden voor het *voortbestaan* ervan. Informatieplichten kunnen bij de onderbouwing van dat oordeel een nuttige rol vervullen. Meer in het bijzonder gaat het dan om wederzijdse *onderzoeksplichten*, nu het aannemen van mededelingsplichten bij onwetendheid van beide partijen niet voor de hand ligt (par. 3.6.2).⁴⁰⁴ Gezien het uitgangspunt dat aan art. 6:228 BW ten grondslag ligt – geen vernietiging wegens dwaling, behoudens goede redenen voor het tegendeel (par. 3.5.5) – zal in beginsel een onderzoeksplicht van de *dwalende* hebben te gelden. Dit is in overeenstemming met het gegeven dat een wederzijdse dwaling dikwijls voor rekening van de dwalende blijft.⁴⁰⁵ Onder bijzondere omstandigheden zal echter ruimte kunnen bestaan voor het aannemen van een op de *wederpartij* rustende onderzoeksplicht, op grond waarvan zij zich het beroep op wederzijdse dwaling zal moeten laten welgevalen. De verkeersopvattingen, ingevuld met de in par. 3.6.3 genoemde gezichtspunten, zullen in dit verband beslissend zijn.

Dat onderzoeksplichten het rechterlijk oordeel over gevallen van wederzijdse dwaling inzichtelijker kunnen maken, kan worden geïllustreerd aan de hand van het arrest Gerards/Vijverberg.⁴⁰⁶ Autohandelaar Gerards verkocht aan Vijverberg een tweedehands auto, die volgens de kilometerteller ruim 45.000 kilometer, maar in werkelijkheid omstreeks 93.000 kilometer had gereden. Koper noch verkoper was hiervan ten tijde van de verkoop op de hoogte. Nadat Vijverberg door raadpleging van het onderhoudsboekje de onjuistheid van de kilometerstand had ontdekt, vorderde hij met succes vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling. De kilometerstand is ‘essentieel’, aldus het hof, en de autohandelaar ‘garandeert stilzwijgend dat de kilometerstand die ten tijde van de verkoop op de teller staat ook in overeenstemming is met de werkelijkheid’. In cassatie kwalificeert de Hoge Raad de zaak als een geval van wederzijdse dwaling (r.o. 3.2), en laat hij ‘s hofs oordeel dat deze dwaling voor rekening van Gerards moet komen in stand. Zelfs de overeengekomen clause dat de koop geschiedde ‘op eigen bate en schade’ van Vijverberg biedt Gerards in cassatie geen soelaas (r.o. 3.3).

De door de Hoge Raad gesauveerde constructie van het hof – een impliciete garantie van de juistheid van de kilometerstand – heeft in de literatuur vragen opgeroepen.⁴⁰⁷ Zij lijkt ook moeilijk verenigbaar met het recentere arrest

404 Anders Van Rossum 1990b, p. 133-135, die uit HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), besproken in par. 3.7.15, kennelijk een mededelingsplicht bij wederzijdse dwaling afleidt.

405 Zie bijv. Smits 1999, p. 71; De Mol 2002, p. 275-276; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241.

406 HR 25 juni 1993, NJ 1994, 291 m.nt. CJHB (Gerards/Vijverberg). Zie over de problematiek van de verstoorde kilometerteller ook par. 3.7.3.

407 Vgl. De Mol 2002, p. 276, die deze constructie ‘enigszins kunstmatig’ acht, alsmede NJ-annotator C.J.H. Brunner, die eveneens de noodzaak ervan betwijfelt. Zie voor meer algemene kritiek op de figuur van de stilzwijgende garantie bijv. Vranken 1991a, p. 914-915; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 339; en Van Rossum 2009, p. 84. Vgl. evenwel ook Rb. ‘s-Graven-

Gomes/Rental,⁴⁰⁸ besproken in par. 3.6.4. De in Gerards/Vijverberg gekozen risicoverdeling lijkt beter verdedigbaar indien men er een onderzoeksplicht van de verkoper in leest. Bijzonder was in dit geval dat de (potentiële) onjuistheid van de kilometerstand – anders dan (kennelijk) in Gomes/Rental – reeds door raadpleging van het onderhoudsboekje kon worden vastgesteld. De gedachte dringt zich op dat het hier op de weg van Gerards, als professionele autohandelaar, had gelegen om met het oog op de belangen van Vijverberg, als particuliere koper, de kilometerstand aan de hand van dat onderhoudsboekje te verifiëren, alvorens de koopovereenkomst te sluiten. Men herkent hier de aard van de rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie (vooral de traceerbaarheid ervan) en de aard van de betrokken belangen als relevante gezichtspunten (par. 3.6.3). Op vergelijkbare wijze kan bijvoorbeeld een onderzoeksplicht worden gelezen in het arrest Schirmeister/De Heus, waarin een vérgaande verantwoordelijkheid van de autoverkoper ten aanzien van verborgen veiligheidsgebreken werd aangenomen.⁴⁰⁹ Ook het arrest Van Lanschot/Bink, over vernietiging van een particuliere borgtochtovereenkomst wegens wederzijdse dwaling omtrent de betrokken risico's, kan in deze sleutel worden geplaatst.⁴¹⁰

Op het eerste gezicht biedt de tekst van art. 6:228 BW geen aanknopingspunten voor het aannemen van onderzoeksplichten als hier bedoeld. Anders dan lid 1 sub a en b bevat immers lid 1 sub c geen enkele verwijzing naar de verantwoordelijkheid van partijen ter zake van het voorkomen van dwaling. Bedacht zij evenwel dat, indien eenmaal vaststaat dat beide partijen van dezelfde onjuiste veronderstelling zijn uitgegaan, de verkeersopvattingen van lid 2 alsnog de vraag opwerpen voor wiens *rekening* deze dwaling behoort te komen.⁴¹¹ Zou men bij de beantwoording van die vraag volstaan met een zuivere risicoverdeling, zoals in de literatuur wel wordt bepleit,⁴¹² dan wordt het rechterlijk oordeel over gevallen van wederzijdse dwaling onnodig apodictisch. In veel gevallen van wederzijdse dwaling zal immers, conform het bovenstaande, kunnen worden geconcludeerd dat naar verkeersopvattingen één der partijen wegens schending van een onderzoeksplicht verantwoordelijk is voor (het voortbestaan van) de dwaling.⁴¹³ Slechts in de zeldzame gevallen

hage 4 juni 2008, *LJN* BE8794, *Prg.* 2008, 191, waaruit blijkt dat de bedoelde constructie door de feitenrechter nog wel wordt gehanteerd.

408 HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental).

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

410 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), besproken in par. 3.7.15.

411 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241. Vgl. ook Cohen Henriquez 1991, p. 83, die benadrukt dat voor een geslaagd beroep op art. 6:228 lid 1 sub c BW méér nodig is dan enkel een wederzijdse onjuiste voorstelling van zaken. Zie verder par. 3.6.11.

412 Zie bijv. Smits 1993, p. 512-514, die bij wederzijdse dwaling het denken in termen van verantwoordelijkheid wil uitbannen en vervullen voor een zuivere 'risicobenadering' aan de hand van de door hem geïntroduceerde 'gelijk belang-maatstaf'.

413 Vgl. Van Dunné 2004a, p. 561, die meer in algemene zin betoogt dat de wederzijdse dwaling 'gereduceerd moet worden tot een geval van enkelvoudige dwaling'.

van volstrekt 'gelijkwaardige' wederzijdse dwaling, waarin de onjuiste voorstelling van zaken werkelijk aan geen der betrokken partijen kan worden toegerekend,⁴¹⁴ moet op algemene overwegingen van risicoverdeling worden teruggevallen.

Het voordeel van de hier bepleite benadering is dat de onderzoeksplicht van de wederpartij daarmee een natuurlijk onderdak krijgt in art. 6:228 lid 1 sub c BW, náást de waarheidsplicht uit lid 1 sub a, respectievelijk de mededelingsplicht uit lid 1 sub b, en tegenóver de onderzoeksplicht van de dwalende uit lid 2. De geforceerde constructie van een onderzoeksplicht 'uit hoofde van' een mededelingsplicht, zoals bestreden in par. 3.6.4, wordt aldus overbodig. Belangrijker is dat de kans op wildgroei van onderzoeksplichten van de wederpartij in het kader van art. 6:228 lid 1 sub c BW kleiner is dan elders. Een rechtstreekse, 'openlijke' beoordeling van zulke onderzoeksplichten noopt de rechter immers tot het zo concreet mogelijk formuleren van argumenten voor het aannemen daarvan.

3.6.10 Vervolg; kenbaarheidsvereiste

Art. 6:228 lid 1 sub c BW bevat een vergelijkbare tenzij-formule als lid 1 sub a (par. 3.6.7), waarmee het vereiste van kenbaarheid van het causaal verband tot uitdrukking wordt gebracht. Wederzijdse dwaling leidt tot vernietigbaarheid van de gesloten overeenkomst, *tenzij* de wederpartij 'ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden'. De wetgever heeft het kenbaarheidsvereiste hier in de vorm van een fictie gegoten,⁴¹⁵ kennelijk op grond van de gedachte dat een wederpartij die zelf niet bekend is met de werkelijke stand van zaken, bezwaarlijk bekend kan zijn (of geacht kan worden te zijn) met het belang van die stand van zaken voor de dwalende. In de gedachtegang van de wetgever wordt dus eerst gefingeerd dat de wederpartij van de relevante feiten op de hoogte was, om vervolgens te onderzoeken of (desondanks) de relevantie van die feiten haar heeft mogen ontgaan.

Deze getrapte constructie kan worden gemist indien men uitgaat van de in par. 3.6.9 bepleite benadering van de wederzijdse dwaling in termen van wederzijdse onderzoeksplichten. In die benadering spreekt het immers vanzelf dat de gehoudenheid van de wederpartij om in het belang van de dwalende

414 Zie bijv. HR 3 november 1972, NJ 1973, 37 m.nt. GJS (Van Smeden/Vereniging voor Christelijk Onderwijs te Zaandam), betreffende een wederzijdse dwaling omtrent de inhoud van een 'Rechtspositiebesluit' dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog niet (volledig) was gepubliceerd en derhalve voor geen van beide partijen kenbaar was.

415 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 239; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 116. Zie ook MvA II, PG Boek 6, p. 910.

onderzoek te doen naar de juistheid van hun beider voorstelling van zaken slechts betrekking kan hebben op feiten die – kenbaar voor de wederpartij – voor de dwalende *relevant* zijn. Als gevolg van de tweezijdige benadering die de Hoge Raad in geval van dwaling voorschrijft (par. 3.5.4) houdt de hier bedoelde onderzoeksplicht van de wederpartij vanzelf op waar niet-kenbare verwachtingen van de dwalende hun intree doen. Dat geldt temeer nu bij het aannemen van een onderzoeksplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub c BW toch al terughoudendheid moet worden betracht (par. 3.6.9).

Gezien het voorgaande lijkt de wettelijke constructie van het kenbaarheidsvereiste als fictieve tenzij-formule onnodig pompeus. Een afzonderlijke toets zal het vereiste denkelijk slechts kunnen vormen in de zeldzame gevallen van volstrekt ‘gelijkwaardige’ wederzijdse dwaling, waarin werkelijk geen van de betrokken partijen in overwegende mate verantwoordelijk kan worden gehouden voor hun beider onwetendheid (par. 3.6.9), terwijl het zelfs in die gevallen dikwijls buiten beschouwing zal kunnen blijven in verband met het feit dat de wederpartij niet van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is *uitgegaan*.⁴¹⁶ In alle overige gevallen, waarin hetzij de dwalende zelf, hetzij de wederpartij verantwoordelijk kan worden gehouden voor het informatietekort in kwestie, kan worden volstaan met een op het concrete geval toegespitste invulling van de wederzijdse onderzoeksplichten. Het bij wege van fictie ‘wegdenken’ van de dwaling aan de zijde van de wederpartij is daarvoor niet nodig.

De hier bepleite rechtstreekse benadering verdient niet alleen in termen van inzichtelijkheid de voorkeur boven de door lid 1 sub c gewezen omweg. Zij sluit ook beter aan bij het preliminaire karakter van het kenbaarheidsvereiste als zodanig (vgl. par. 3.6.1). Het gaat hier om een principieel onmisbaar,⁴¹⁷ maar praktisch verwaarloosbaar vereiste, dat aan het aannemen van de toepasselijke informatieplicht *voorafgaat*. Het vereiste is constitutief van aard: bij gebreke van een kenbaar causaal verband is een onderzoeksplicht van de wederpartij reeds op voorhand uitgesloten. In die zin is de formulering van lid 1 sub c behalve omslachtig ook misleidend. De wettelijke structuur – in beginsel vernietiging, *tenzij* kenbaarheid van het causaal verband ontbreekt – suggereert immers dat stelplicht en bewijslast ter zake van de kenbaarheid van het causaal verband op de wederpartij rusten. Mijns inziens moet gezien het voorgaande juist, althans bij wijze van uitgangspunt, worden aangenomen dat de dwalende zelf aangeeft waarom de wederpartij zich de relevantie van hun beider onwetendheid had moeten realiseren. In par. 3.6.7 werd iets dergelijks bepleit met betrekking tot het kenbaarheidsvereiste ter zake van onjuiste inlichtingen.

416 Vgl. MvA II, PG Boek 6, p. 910, waar wordt opgemerkt: ‘Beweegredenen van de dwalende waar de wederpartij niets mee te maken had, behoren buiten de bepaling te vallen.’

417 Anders Smits 1993, p. 503-504, die meent dat het kenbaarheidsvereiste ten onrechte wordt gesteld bij wederzijdse dwaling.

3.6.11 Art. 6:228 lid 2 BW: onderzoeksplicht van de dwalende

Reeds in het arrest Baris/Riezenkamp van 1957 overwoog de Hoge Raad dat de dwalende gehouden is 'binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft'.⁴¹⁸ Vóór 1957 was deze onderzoeksplicht al bekend als onderdeel van het traditionele 'verschoonbaarheidsvereiste', dat destijds als een constitutief vereiste voor een beroep op dwaling werd beschouwd.⁴¹⁹ De koerswijziging die Baris/Riezenkamp teweegbracht, was dat niet langer verschoonbaarheid als vereiste, maar onverschoonbaarheid als correctief werd gepresenteerd.⁴²⁰ In het huidige BW is die benadering gecontinueerd. Art. 6:228 lid 2 BW bepaalt – bij wege van uitzondering op de hoofdregel van lid 1 – dat géén vernietiging wegens dwaling plaatsvindt indien de dwaling 'in verband met (...) de in het verkeer geldende opvattingen (...) voor rekening van de dwalende behoort te blijven'. Volgens de heersende leer verwijst deze formule naar het verschoonbaarheidsbegrip, en meer in het bijzonder naar de *onderzoeksplicht* van de dwalende.⁴²¹

In twee opzichten is de wettelijke constructie verwarrend. Allereerst suggereert de situering van de onderzoeksplicht van de dwalende in lid 2 ten onrechte dat die onderzoeksplicht slechts in uitzonderingssituaties kan worden aangenomen. In werkelijkheid staat de onderzoeksplicht van de dwalende juist als uitgangspunt voorop (par. 3.1.3). In de tweede plaats suggereert de tweeledige structuur van art. 6:228 BW ten onrechte dat de onderzoeksplicht uit lid 2 op zichzelf staat, en onafhankelijk van de informatieplichten van lid 1 kan worden vastgesteld. In werkelijkheid dwingt de bekende tweezijdige benadering van de Hoge Raad tot een integrale beoordeling van de wederzijdse verantwoordelijkheden van partijen, in het licht van hun gerechtvaardigde verwachtingen over en weer (par. 3.5.4). De vraag of in concreto voor de dwalende een onderzoeksplicht geldt, moet dus telkens worden betrokken op de vraag of op diens wederpartij een informatieplicht rust (en *vice versa*). Het is dan ook geen toeval dat de beide informatieplichten aan de hand van één en dezelfde maatstaf, de verkeersopvattingen, worden ingevuld.

De heersende leer lijkt het wettelijk stelsel met de dogmatische werkelijkheid te willen verzoenen door ervan uit te gaan dat de verkeersopvattingen van lid 2 vooral betekenis hebben voor de *wederzijdse* dwaling van lid 1 sub c,

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

419 Zie daarover bijv. Contractenrecht II (Hijma), aant. 1103 e.v.

420 Praktisch gesproken leverde dit weinig nieuws op. Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 241.

421 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242; Brahn/Reehuis 2010, nr. 400; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 242; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 136, 139. De Toelichting Meijers is op dit punt overigens minder duidelijk. Zie TM, PG Boek 6, p. 903-904.

en in mindere mate voor de eenzijdige dwaling van lid 1 sub a en b.⁴²² Hijma verwoordt het aldus, dat bij de eenzijdige dwaling reeds een 'voorschot' is genomen op de risicocorrectie van lid 2, zodat hier 'duidelijke gronden [zullen] moeten bestaan om in het kader van lid 2 het dwalingsrisico alsnog voor rekening van de dwalende te brengen.'⁴²³ Daarentegen ligt in geval van wederzijdse dwaling de discussie volgens Hijma na toepassing van lid 1 'nog volledig open', aangezien hier niet kan worden gezegd dat de wederpartij de dwaling heeft veroorzaakt.⁴²⁴ Wat betreft de toepassingsfrequentie van lid 2 constateert Hijma dus een 'cesuur' tussen lid 1 sub a en b enerzijds en lid 1 sub c anderzijds.⁴²⁵ Zelf zou ik het onderscheid tussen eenzijdige en wederzijdse dwaling niet zo scherp willen maken. Zoals betoogd in par. 3.6.9 kan (ook) de wederzijdse dwaling dikwijls op schending van een informatieplicht (meer in het bijzonder: een onderzoeksplicht) worden teruggevoerd. Zo bezien zou wat mij betreft over de gehele linie van art. 6:228 lid 1 BW, ook bij wederzijdse dwaling, een voorschot moeten worden genomen op de risicocorrectie van lid 2, door telkens in het licht van de verkeersopvattingen te beoordelen op welk van beide partijen in het concrete geval een informatieplicht rust. De betekenis van lid 2 blijft dan realiter beperkt tot de drie andere uitzonderingsgronden aldaar genoemd.

Al met al lijkt het verstandig om aan de tweeledige structuur van art. 6:228 BW geen al te grote dogmatische consequenties te verbinden.⁴²⁶ Die structuur laat zich waarschijnlijk het best verklaren vanuit een *procesrechtelijke* invalshoek, als manifestatie van de processuele rolverdeling tussen partijen. Wie zich beroept op vernietiging wegens dwaling, zal dienen te stellen en bewijzen (althans beargumenteren⁴²⁷) dat de wederpartij wegens schending van een informatieplicht op grond van lid 1 verantwoordelijk is voor de dwaling in kwestie.⁴²⁸ Het is vervolgens aan de wederpartij om bij wijze van verweer aannemelijk te maken dat die dwaling wegens schending van een onderzoeksplicht door de dwalende (of op andere gronden) krachtens lid 2 voor rekening van de dwalende dient te blijven.⁴²⁹ Wanneer de rechter ten slotte de knoop

422 Zie bijv. Hijma 1992b, p. 889; Smits 1999, p. 10; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241; Valk 2010a, p. 915; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 235; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 114. Vgl. ook reeds Cohen Henriquez 1991, p. 85.

423 Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241.

424 Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 114.

425 Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 241.

426 Vgl. meer in algemene zin Drion 1976, p. 571, die het artikel 'vrij van dogmatische ballast' acht.

427 Hier lijkt eerder sprake van een argumentatielast dan een bewijslast in de klassieke betekenis van art. 150 Rv. Vgl. Valk 2010a, p. 916.

428 Ik laat de zeldzame gevallen van 'zuivere' wederzijdse dwaling, waarin geen der partijen in termen van kennisvergaring of -verstrekking verantwoordelijkheid draagt, hier buiten beschouwing (par. 3.6.9).

429 Vgl. par. 3.6.18, waar wordt betoogd dat in dit verband de *enkele* verwijzing naar de onderzoeksplicht van de dwalende onvoldoende is.

doorhakt, zal hij de dichotomie van art. 6:228 BW moeten doorbreken. Vanuit een overkoepelend perspectief zal hij moeten beoordelen welk van beide partijen de verantwoordelijkheid draagt voor de dwaling in kwestie, of – zo men wil – welke van de wederzijdse informatieplichten in het concrete geval prevaleert (par. 3.6.13). Dit vloeit voort uit de tweezijdige benadering die de Hoge Raad in geval van dwaling voorschrijft (par. 3.5.4).

3.6.12 Vervolg; onderzoeksplicht bij gerede twijfel

Aangenomen dat de onderzoeksplicht van de dwalende niet meer is dan de negatieve pendant van de informatieplicht van de wederpartij (par. 3.6.11), valt over die onderzoeksplicht als geïsoleerd verschijnsel weinig te zeggen. Wil men toch proberen om haar onder een eigen noemer te brengen, los van de ermee corresponderende informatieplicht van de wederpartij, dan levert Drion daarvoor een interessant aanknopingspunt. In een tweetal beroemd geworden opstellen heeft hij het fenomeen dwaling – negatief – omschreven als een ‘gebrek aan twijfel’ of ‘gebrek aan onzekerheid’.⁴³⁰ ‘(W)ie twijfelt, dwaalt niet; wie behoorde te twijfelen, dwaalt niet verschoonbaar’, zo luidt zijn prikkelende stelling.⁴³¹ De boodschap is duidelijk: wanneer men *twijfelt* tussen een onjuiste en de juiste voorstelling van zaken, is van *afwezigheid* van die juiste voorstelling van zaken, zoals vereist voor een beroep op dwaling (par. 3.5.5), geen sprake. Wie in twijfel verkeert (of behoort te verkeren) zal nader onderzoek moeten verrichten,⁴³² en kan hoogstens een beroep op dwaling doen indien dat onderzoek geen correct resultaat oplevert. De persoon in kwestie komt dan alsnog, in de woorden van Drion, te verkeren in een toestand van ‘achteraf ongerechtvaardigde zekerheid’.⁴³³ Alleen zo’n achteraf ongerechtvaardigde zekerheid, de *schijnzekerheid* van een onjuiste voorstelling van zaken, kan een beroep op dwaling rechtvaardigen.

De visie van Drion heeft de schoonheid en tegelijk de beperking van een alomvattende benadering. De vraag of er voor degene die zich beroept op dwaling aanleiding tot twijfel heeft bestaan, is goed beschouwd een herformulering van de vraag of het beroep op dwaling moet slagen. Drions visie is waardevol omdat zij in abstracto nader vorm geeft aan de onderzoeksplicht van de dwalende. Voor een beoordeling in concreto lijkt haar toegevoegde waarde gering.⁴³⁴ Drion zou waarschijnlijk de eerste zijn om dit te erkennen, getuige zijn milde commentaar op het voormalige ontwerp van art. 6:228 BW:

⁴³⁰ Drion 1960, p. 496; Drion 1972, p. 6.

⁴³¹ Drion 1972, p. 65.

⁴³² Vgl. hetgeen in par. 2.2.2 werd opgemerkt over het verband tussen twijfel en goede trouw.

⁴³³ Drion 1960, p. 496.

⁴³⁴ Zie voor kritiek op Drions visie bijv. Van der Grinten 1972, p. 207; Chao-Duivis 1996, p. 237; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 2a. Vgl. ook par. 3.6.3 aan het slot.

‘(H)et ware een illusie te menen dat de dwalingsregeling van het Ontwerp, of welke andere wettelijke dwalingsregeling ook, ooit de dwalingsproblemen tot oplossing zou kunnen brengen. Dwalingsproblemen, evenals overmachtsproblemen, vinden hun wortel grotendeels in het individuele contract: algemeen geformuleerde wettelijke dwalingsregels zullen niet méér kunnen doen – maar dat mag men er dan ook zeker van verwachten – dan de wetstoepasser steun geven bij een zo zuiver mogelijk formuleren van de *vragen*, die in het concrete dwalingsgeval beantwoord moeten worden.’⁴³⁵

Met deze relativering in het achterhoofd kan worden geconcludeerd dat het bij de onderzoeksplicht van art. 6:228 lid 2 BW gaat om de vraag of voor de dwalende aanleiding bestond tot *twijfel* over de juistheid van een voor hem essentiële voorstelling van zaken.⁴³⁶ Het antwoord op die vraag zal moeten worden gevonden in de verkeersopvattingen, ingevuld met de in par. 3.6.3 genoemde gezichtspunten.

3.6.13 Verhouding wederzijdse informatieplichten

De analyse van het wettelijk kader voor dwaling in de voorgaande paragrafen toont aan dat dit leerstuk vrijwel geheel in de sleutel van wederzijdse informatieplichten kan worden geplaatst. De vraag of op grond van art. 6:228 BW vernietiging wegens dwaling kan plaatsvinden, laat zich vertalen in de vraag of naar verkeersopvattingen de wederpartij een waarheidsplicht (lid 1 sub a), een mededelingsplicht (lid 1 sub b) of een onderzoeksplicht (lid 1 sub c) heeft geschonden.⁴³⁷ In verband met de tweezijdige benadering die de Hoge Raad in geval van dwaling voorschrijft (par. 3.5.4), moet het antwoord op die vraag worden gevonden met inachtneming van de eigen onderzoeksplicht van de dwalende (lid 2), die eveneens door de verkeersopvattingen wordt bepaald. Per saldo gaat het om de vraag welk van beide partijen naar verkeersopvattingen wegens schending van een informatieplicht verantwoordelijk kan worden gehouden voor de dwaling.

Dit ogenschijnlijk vanzelfsprekende regime, dat in de ons omringende landen op vergelijkbare wijze functioneert,⁴³⁸ heeft in de literatuur een dogmatische discussie uitgelokt over de *verhouding* tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling, en meer in het bijzonder over de vraag of er tegelij-

⁴³⁵ Drion 1964, p. 429-430 (curs. toegevoegd).

⁴³⁶ Zie in gelijke zin bijv. Kamphuisen 1961, p. 70; Vranken 1989, p. 10; Hijma 1991b, p. 665; Van Joolingen 2002, p. 210; en Huijgen 2008, nr. 9.

⁴³⁷ Ik laat de zeldzame gevallen van ‘zuivere’ wederzijdse dwaling, waarin geen der partijen in termen van kennisvergaring of -verstrekking verantwoordelijkheid draagt, hier buiten beschouwing (par. 3.6.9).

⁴³⁸ Zie bijv. de rechtsvergelijkende studie van Fleischer 2001, p. 993-994. Vgl. ook Busch 2008, p. 137.

kertijd informatieplichten kunnen rusten op zowel de dwalende als diens wederpartij.⁴³⁹ De doctrine is verdeeld in een 'traditionele' benadering, die deze vraag ontkennend beantwoordt, en een 'moderne' benadering, die haar bevestigend beantwoordt. Laatstbedoelde benadering lijkt inmiddels, gezien de opstelling van de Hoge Raad, de heersende leer te vertegenwoordigen.

De traditionele benadering gaat er, conform het bovenstaande, van uit dat de wederzijdse informatieplichten bij dwaling complementair zijn, zodat zij, als keerzijden van dezelfde medaille, elkaar over en weer uitsluiten.⁴⁴⁰ Hijma verwoordt het aldus, dat er op een 'denkbeeldige lijn' dient te worden gezocht naar 'het punt waar de plicht van de ene partij in een plicht van de andere partij overgaat'.⁴⁴¹ Dit impliceert niet dat voor onderlinge *afweging* van de wederzijdse informatieplichten geen plaats is. Kenmerk van de traditionele benadering is juist dat de wederzijdse informatieplichten als 'onderling communicerende vaten' worden beschouwd.⁴⁴² De bedoelde afweging wordt echter – om redenen van overzichtelijkheid – in een preliminair stadium gesitueerd, voorafgaand aan de vaststelling van de in concreto geldende informatieplicht.⁴⁴³ Heeft die vaststelling eenmaal plaatsgevonden, dan wordt de wisselwerking tussen eigen en andermans verantwoordelijkheid beschouwd als een gepasseerd station. In zoverre bestaat er volgens de traditionele benadering – uiteindelijk – een omslagpunt tussen de wederzijdse informatieplichten.

De thans heersende leer prefereert een visie waarin de informatieplichten van de dwalende en diens wederpartij als zelfstandige grootheden worden behandeld, die niet noodzakelijkerwijs complementair zijn. Dienovereenkomstig bestaat er volgens de heersende leer tussen deze informatieplichten niet in alle gevallen een omslagpunt, maar in potentie overlap.⁴⁴⁴ Met betrekking tot de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW heeft de Hoge Raad zich uitdrukkelijk bij deze visie aangesloten, door – tot tweemaal toe – te overwegen 'dat het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, niet uitsluit dat de andere partij terzake

439 Zie daarover bijv. Castermans 1992a, p. 21-26; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 87.

440 Zie bijv. Nieuwenhuis 1986a, p. 319; Hijma 1991b, p. 663-664; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 30-31; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 163, 169. Vgl. ook Wilms 1980, p. 492, 503; en De Boeck 2002, p. 86. Zie voorts par. 2.3.1.

441 Hijma 1991b, p. 664.

442 Aldus Nieuwenhuis 1986a, p. 319.

443 Zie de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), sub 6, alsmede Dammingh 1998, p. 568; en Dammingh 2002, p. 219-220.

444 Zie bijv. Castermans 1992a, p. 26-29, 125 e.v.; Castermans 1998, p. 90; Dammingh 1998, p. 569; A-G Hartkamp in zijn conclusie voor HR 13 november 1998, NJ 1999, 72 (Vletter c.s./PermX), sub 7; Klik 1998a, p. 299; Lammers 1998, p. 126; Nieuwenhuis 1998, p. 156; Smits 1999, p. 109; Dammingh 2002, p. 228; Brink 2009, p. 131; Slijper 2009, p. 102; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 230. Vgl. ook reeds Meijers 1922, p. 418.

van diezelfde gegevens een mededelingsplicht heeft'.⁴⁴⁵ Om (desondanks) te komen tot een beslissing in het voordeel van één van beide partijen maakt de heersende leer gebruik van zogenaamde prioriteitsregels, op grond waarvan de ene informatieplicht wordt geacht te prevaleren boven de andere.⁴⁴⁶ Deze regels, die erop neerkomen dat de waarheidsplicht van art. 6:228 lid 1 sub a BW en de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW in het algemeen prevaleren boven de onderzoeksplicht van art. 6:228 lid 2 BW, worden in par. 3.6.15 e.v. behandeld. Allereerst volgt hieronder een nadere analyse van de heersende leer.

3.6.14 Vervolg; digitale of analoge benadering?

De in par. 3.6.13 geschetste benadering van de heersende leer, die de wederzijdse informatieplichten bij dwaling als zelfstandige grootheden beschouwt, lijkt op het eerste gezicht omslachtig. Waarom zou men moeite doen voor een dogmatisch geconstrueerde overlap tussen de wederzijdse informatieplichten, om vervolgens één van beide te laten prevaleren? Het antwoord wordt gevonden buiten het kader van de vernietiging wegens dwaling, en wel (vooral) in het schadevergoedingsrecht.⁴⁴⁷ Indien de dwalende, zoals in de praktijk dikwijls gebeurt, *schadevergoeding* vordert, naast of in plaats van vernietiging wegens dwaling,⁴⁴⁸ kan hij bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis worden geconfronteerd met een beroep op eigen schuld (art. 6:101 BW). In dat kader kan het debat over de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten herleven. Anders dan art. 6:228 BW dwingt nu art. 6:101 BW niet tot een alles-of-niets-beslissing in het voordeel van één van beide partijen. Nieuwenhuis karakteriseert dit wetssystematische onderscheid als volgt:

'Het verschil in behandeling vloeit voort uit het bestaan van digitale en analoge patronen van vraag en antwoord in het recht. Sommige vragen verlangen een digitaal antwoord: 1 of 0. Zijn de voorwaarden voor een beroep op dwaling vervuld? Ja of nee? (...) Hier geldt de wet van het uitgesloten midden. Elders gaat het recht zijn analoge gang: als de wijzers van een klok, die op iedere positie van

445 Zie HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Oftringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.5; en HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman), r.o. 3.4.

446 Zie bijv. Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 169; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 140.

447 Zie bijv. Castermans 1992a, p. 27-29; Castermans 1998, p. 90; Klik 1998a, p. 299; Nieuwenhuis 1998, p. 156; Dammingh 1998, p. 569; Krans 1999, p. 183-184; Dammingh 2002, p. 228-230; Keirse 2003, p. 150; Nieuwenhuis 2007, p. 70-71; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 231. Ook wordt wel gewezen op de mogelijkheid van *wijziging* van de overeenkomst ex art. 6:230 BW. Zie bijv. Castermans 1992a, p. 132-134.

448 Vgl. HR 2 april 1993, *NJ* 1995, 94 m.nt. CJHB (Cattier/Waanders), r.o. 3.6.4, besproken in par. 3.10.8.

de wijzerplaat tot staan kunnen worden gebracht. De schade wordt tussen de ‘vergoedingsplichtige’ en de benadeelde verdeeld ‘in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen’ (art. 6:101).’

Waar dus het ‘digitale’ karakter van de dwalingsvraag dwingt tot het tegen elkaar wegstrepen van wederzijdse informatieplichten, laat het ‘analoge’ karakter van art. 6:101 BW een coëxistentie en onderlinge afweging toe, zo luidt de gedachte. Het is kennelijk tegen die achtergrond, dat de heersende leer – ook reeds in het kader van art. 6:228 BW – ruimte wil laten voor een (potentiële) overlap tussen de wederzijdse informatieplichten.

Hoe moet over deze ‘analoge toepassing’ van informatieplichten worden gedacht?⁴⁴⁹ Bezien vanuit de hedendaagse opvattingen over proportionaliteit in het verbintenissenrecht is de heersende leer wellicht aantrekkelijk als een toonbeeld van nuanceren en evenredigheid.⁴⁵⁰ Wat mij betreft getuigt zij echter van een al te brede opvatting over de inzetbaarheid van informatieplichten. Natuurlijk kan onvoorzichtigheid aan de zijde van de dwalende leiden tot de slotsom dat een gedeelte van de schade wegens eigen schuld voor zijn rekening moet blijven.⁴⁵¹ Naar mijn mening is het echter niet adequaat om een dergelijke ‘finetuning’ te betitelen als de toepassing van een onderzoeksplicht.⁴⁵² Afgezien van de dwingende connotatie van deze term, die uit de toon lijkt te vallen in situaties waarin de *wederpartij* primair verantwoordelijk is wegens schending van een informatieplicht, heeft de benadering van de heersende leer mijns inziens een ongewenst dogmatisch neveneffect. De aanvaarding van een potentiële overlap tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling impliceert een *ontkoppeling* van deze informatieplichten. De bedoelde overlap kan immers niet worden bereikt zolang men de onderzoeksplicht van de dwalende blijft beschouwen als de negatieve pendant van de informatieplicht van de wederpartij. De heersende leer kwalificeert de wederzijdse informatieplichten dan ook uitdrukkelijk als zelfstandige grootheden (par. 3.6.13). Die visie lijkt moeilijk verenigbaar met de tweezijdige benadering uit het arrest Baris/Riezenkamp, op grond waarvan de verantwoordelijkheden van onderhandelende partijen in het licht van hun gerechtvaardigde verwachtingen over en weer dienen te worden vastgesteld (par. 3.5.4). Daaruit lijkt veeleer te volgen dat de informatieplicht van de wederpartij ophoudt waar de onderzoeksplicht van de dwalende begint, en *vice versa*. Kiest men voor

449 Zie voor het navolgende betoog reeds Jansen 2009b, p. 340-350. Zie par. 5.3.6 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

450 Vgl. Giesen & Tjong Tjin Tai 2008.

451 Aldus uitdrukkelijk HR 14 november 1997, NJ 1998, 657 m.nt. WMK (Holvrieka/Brunink), r.o. 3.7. Vgl. ook HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba), r.o. 3.4.

452 Vgl. Klik 1998b, p. 152. Zie voor meer algemene kritiek op de heersende leer bijv. Hijma 2002, p. 75; en de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman), sub 3.

ontkoppeling, dan kan dat leiden tot de aanvaarding van ‘eenzijdige’ informatieplichten, die niet worden gesteund door de gerechtvaardigde verwachtingen van de wederpartij. Illustratief is het arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, waarin de Hoge Raad terecht korte metten maakte met een dergelijke eenzijdige benadering van de feitenrechter.⁴⁵³

Aan de heersende leer kan worden toegegeven dat de wederzijdse informatieplichten *a priori* tegelijkertijd bestaan, in die zin dat de dwalende en diens wederpartij gedurende de onderhandelingsfase in beginsel beiden zijn gehouden tot zorg voor elkaars (respectievelijk hun eigen) belangen. Het lijkt desalniettemin verkieslijk dat de rechter, eenmaal gesteld voor de vraag welk van beide partijen in een concreet geval voor de verstrekking of vergaring van bepaalde informatie (eind)verantwoordelijk is, een beslissing in het voordeel van één van beide partijen neemt. De conclusie dat ter zake van dezelfde informatie op *beide* partijen een informatieplicht rust, is als uitkomst van een gerechtelijke procedure, en als precedent voor toekomstige gevallen, niet aantrekkelijk.⁴⁵⁴ Bovendien lijkt die conclusie moeilijk verenigbaar met de systematiek van art. 6:228 BW. Het causaliteitsvereiste bij dwaling, zoals hierboven geïntroduceerd in par. 3.5.5, brengt mee dat voor een geslaagd beroep op schending van een mededelings- of waarheidsplicht is vereist dat de dwalende door toedoen van de *wederpartij*, namelijk als gevolg van een onvolledige of onjuiste informatieverstrekking van haar kant, tot het aangaan van de overeenkomst is bewogen. Aanvaardt men dat de ‘schade’ van de dwalende – de teleurstellende overeenkomst – mede is veroorzaakt door een gebrek aan eigen onderzoek, als ‘omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend’ in de zin van art. 6:101 lid 1 BW, dan ondergraaft men met terugwerkende kracht het causale karakter van de geschonden informatieplicht. De gedachte dat *beide* partijen door schending van een informatieplicht een causale bijdrage kunnen hebben geleverd aan de totstandkoming van de overeenkomst, ligt naar mijn smaak minder voor de hand, aangezien in het dwalingsleerstuk de gelding van een informatieplicht aan de zijde van de ene partij juist veronderstelt dat de andere partij op de desbetreffende informatievergarig of -verstrekking mocht *vertrouwen* (par. 3.5.4).

Wat de heersende kennelijk beoogt, is de *a priori* gegeven onderzoeksplicht van de dwalende, nadat die in het kader van art. 6:228 BW door de prevalerende informatieplicht van de wederpartij is ‘overruled’, in het kader van art. 6:101 BW alsnog mee te wegen ter onderbouwing van een zekere mate van eigen schuld aan de zijde van de dwalende. Dat is op zichzelf aanvaardbaar, mits duidelijk is dat het hier bedoelde verwijt aan het adres van de dwalende van een heel ander kaliber is dan de door de wederpartij geschonden informatieplicht. Gegeven het causale karakter van die informatieplicht, zoals hier-

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

454 Vgl. Hijma 1991b, p. 664.

boven geschetst, zal de causale bijdrage van de dwalende in het kader van art. 6:101 BW logischerwijze nog slechts betrekking kunnen hebben op andere omstandigheden dan een gebrek aan eigen onderzoek omtrent de informatie die door de wederpartij had moeten worden verstrekt. Zulke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld, toegespitst op een geval van verzwijging door de verkoper van een gebrekkige zaak, zijn gelegen in het feit dat de zaak op de markt of anderszins buiten een daartoe bestemde winkelruimte is gekocht, of in het feit dat de koper een bijzonder lage prijs heeft bedongen. Het gaat hier om de eigen verantwoordelijkheid van de dwalende koper als zodanig, die in verhouding tot de in concreto geldende informatieplicht van de wederpartij een relatief algemeen en onbepaald karakter heeft. Verheft men haar tot 'onderzoeksplicht', om deze in het kader van art. 6:101 BW te hanteren ter mitigatie van de consequenties van de informatieplicht van de wederpartij, dan stelt men strikt genomen twee verschillende grootheden op één lijn. Illustratief is het arrest Wegerif/Quicker, waarin de Hoge Raad een oordeel sanctioneerde dat naar mijn mening op twee gedachten hinkt.⁴⁵⁵

Al met al verdient mijns inziens de heersende leer vanuit een oogpunt van semantiek, dogmatiek en systematiek niet de voorkeur. Daarbij komt een juridisch-inhoudelijk bezwaar, dat naar mijn indruk ook van praktische betekenis is. De visie van de heersende leer heeft een belangrijke consequentie voor de inhoud van de eerder genoemde prioriteitsregels inzake het prevaleren van mededelingsplicht en waarheidsplicht. Aanvaardt men dat de wederzijdse informatieplichten bij dwaling elkaar (kunnen) overlappen, dan behelzen die regels kennelijk niet langer een *conclusie* – de afwezigheid van een onderzoeksplicht als logisch uitvloeisel van de aanwezigheid van een mededelingsplicht of waarheidsplicht – maar een *norm*. De door de heersende leer bepleite ont koppeling van de wederzijdse informatieplichten verleent, met andere woorden, een bijzondere juridische status aan die prioriteitsregels. Ik acht dat niet gerechtvaardigd, omdat naar mijn mening voor een principiële overwicht van mededelingsplicht en waarheidsplicht boven onderzoeksplicht in abstracto geen goede grond bestaat. Ter onderbouwing volgt hieronder een nadere beschouwing van de bedoelde prioriteitsregels en hun juridische achtergrond.

3.6.15 Vervolg; waarheidsplicht prevaleert

Van de twee in par. 3.6.13 bedoelde prioriteitsregels is de regel dat de waarheidsplicht van art. 6:228 lid 1 sub a BW prevaleert boven de onderzoeksplicht van lid 2 de meest klassieke. Reeds in het arrest Baris/Riezenkamp uit 1957 overwoog de Hoge Raad 'dat men in den regel mag afgaan op de juistheid

⁴⁵⁵ HR 8 december 2006, *LJN AY7456*, *NJ* 2006, 658 (Wegerif/Quicker), besproken in par. 3.7.12.

van door de wederpartij gedane mededelingen'.⁴⁵⁶ Het betoog van Baris dat de dwaling van Riezenkamp onverschoonbaar was omdat Riezenkamp nader onderzoek had moeten doen naar de haalbaarheid van de door Baris genoemde kostprijs van de rijwielhulpmotoren, werd op die grond verworpen. Kennelijk woog de onjuiste informatieverstrekking van de kant van Baris hier zwaarder dan de eigen verantwoordelijkheid van Riezenkamp, die de Hoge Raad in dit arrest óók benadrukte (par. 3.1.3).

In het arrest Booy/Wisman uit 1966 werd de prioriteitsregel voor onjuiste inlichtingen nader uitgewerkt.⁴⁵⁷ Het ging hier om de verkoop van een mobiele kraan waarover door verkoper Booy was gezegd dat koper Wisman er zeker een kentekenbewijs voor zou kunnen krijgen, aangezien voor dergelijke kranen al eerder een kentekenbewijs was verstrekt. Die mededeling (althans het eerste gedeelte ervan) bleek onjuist: in verband met het gewicht van de onderhavige kraan werd het kentekenbewijs geweigerd. Hof en Hoge Raad honoreerden Wismans beroep op dwaling, waaraan niet in de weg stond dat Wisman geen onderzoek had gedaan naar de juistheid van Booy's mededeling. Na in algemene bewoordingen te hebben vooropgesteld dat op de dwalende een 'gehoudenheid' rust om onderzoek te doen ter voorkoming van een onjuiste voorstelling van zaken, overwoog de Hoge Raad:

'dat in het algemeen die gehoudenheid tegenover de wederpartij niet zo ver gaat, dat hij niet zou mogen afgaan op de juistheid van door deze wederpartij gedane mededelingen, en integendeel veelal de regels van de goede trouw er zich tegen zullen verzetten, dat de wederpartij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat ten onrechte op de juistheid van haar mededelingen is vertrouwd'.

De oude formule 'in den regel' is hier vervangen door 'in het algemeen'.⁴⁵⁸ Voorts vestigt de Hoge Raad de aandacht op het tweezijdige karakter van de prioriteitsregel (vgl. par. 3.5.4), door het perspectief van de wederpartij aan de overweging toe te voegen. Enerzijds zal de dwalende doorgaans mogen afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen. Anderzijds zal een beroep van de *wederpartij* op een onderzoeksplicht van de dwalende omtrent de juistheid van gegevens die zij zélf heeft verstrekt, veelal in strijd met de goede trouw (lees: naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar) zijn. Deze laatste benadering, die duidelijk aan *common sense*

456 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3. Vgl. *anders* nog het oudere (hiermee achterhaalde) arrest HR 29 maart 1935, *NJ* 1935, 1470 m.nt. EMM (Herbrechter/Hof).

457 HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183 m.nt. GJS (Booy/Wisman).

458 Van der Grinten 1967, p. 166, zag hierin, mede gezien het verderop gebezigde 'veelal', een verzwakking van de regel. In retrospectief lijkt daarvan geen sprake te zijn geweest; zie de *NJ*-annotatie van G.J. Scholten bij HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel), sub 2.

appelleert, was in het Engelse recht reeds bekend sinds de klassieker *Redgrave v Hurd* uit 1881:

‘If a man is induced to enter into a contract by a false representation it is not a sufficient answer to him to say, “If you had used due diligence you would have found out that the statement was untrue. You had the means afforded you of discovering its falsity, and did not choose to avail yourself of them.” (...) “You were not entitled to give credit to my statement.”’⁴⁵⁹

In het arrest Marks/ASZ uit 2003 wordt deze benadering vanuit het perspectief van de wederpartij, aan de hand van de derogerende redelijkheid en billijkheid, weer verlaten.⁴⁶⁰ Doordat bovendien de clausulering ‘in het algemeen’ ontbreekt, klinkt het ‘waarheidsplicht prevaleert’ hier ongekend nadrukkelijk (r.o. 3.5.2):

‘Degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, is tegenover de wederpartij gehouden om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, doch deze gehoudenheid gaat niet zover dat hij niet zou mogen afgaan op de juistheid van door deze wederpartij gedane mededelingen.’

In de volgende zin deinst de Hoge Raad al weer terug voor de consequenties van deze vooropstelling, door te overwegen dat de onjuistheid van verstrekte inlichtingen ‘in beginsel’ een beroep op dwaling rechtvaardigt, en dat toepassing van art. 6:228 lid 2 BW anders kan meebrengen. Deze nuancering – hoe voor de hand liggend ook⁴⁶¹ – is niet gering. Als de regel ‘waarheidsplicht prevaleert’ slechts een herformulering behelst van de wettelijke bepaling dat de verstrekking van een onjuiste inlichting kan leiden tot vernietigbaarheid van de gesloten overeenkomst, kan die regel gevoeglijk worden gemist. Men kan dan immers zeggen dat in zoverre de beslissing uit Baris/Riezenkamp in art. 6:228 lid 1 sub a BW is gecodificeerd.⁴⁶² De bewoordingen van het citaat doen echter vermoeden dat de Hoge Raad méér gewicht wil toekennen aan de onderhavige prioriteitsregel. Hiermee rijst de vraag naar de juridische status ervan. Alvorens die vraag te behandelen (par. 3.6.17) wordt hieronder de tweede prioriteitsregel geïntroduceerd.

⁴⁵⁹ *Redgrave v Hurd* (1881) 20 Ch. D. 1, p. 13-14, per Jessel MR (zie ook p. 22-23, per Baggallay LJ). De casus is vergelijkbaar met Baris/Riezenkamp, met dien verstande dat het hier de overname van een advocatenpraktijk betrof, en de verstrekte inlichting betrekking had op de jaaromzet.

⁴⁶⁰ HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), r.o. 3.5.2, besproken in par. 3.6.8.

⁴⁶¹ Vgl. de jurisprudentie vermeld in Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 143.

⁴⁶² Vgl. TM, PG Boek 6, p. 901.

3.6.16 Vervolg; mededelingsplicht prevaleert

Het wekt geen verbazing dat in het kielzog van de prioriteitsregel voor onjuiste inlichtingen ook een prioriteitsregel volgde voor schending van een mededelingsplicht. Aanvaardt men eenmaal als uitgangspunt dat de dwalende mag vertrouwen op het bestaan van omstandigheden overeenkomstig de inlichtingen van de wederpartij, dan is de gevolgtrekking dat in het algemeen ook mag worden vertrouwd op het *niet-bestaan* van omstandigheden die de wederpartij ten onrechte heeft verzwegen, niet ver weg.⁴⁶³ In het arrest Van der Beek/Van Dartel uit 1973 kreeg de Hoge Raad de gelegenheid deze gevolgtrekking te maken.⁴⁶⁴ Het betrof een geschil over de koop van een Haags pand dat, conform het toenmalige gemeentelijke woningmarktbeleid, binnen korte tijd na aankoop zou worden gevorderd voor bewoning. Koopster Van der Beek zag aldus haar plannen voor de vestiging van een pension voor gastarbeiders in dat pand gedwarsboomd en beriep zich op dwaling. Het hof verwierp dat beroep, daartoe overwegende dat het op de weg van Van der Beek had gelegen om zich tijdig te verzekeren van de gemeentelijke instemming met de door haar beoogde bestemming van het pand en dat daaraan niet afdeed 'dat het zeker ook op de weg van Van Dartel lag Van der Beek op de hoogte te stellen' van de door de Gemeente Den Haag bij Van Dartel aangekondigde vordering voor bewoning. Dit enigszins tweeslachtige oordeel vond geen genade in de ogen van de Hoge Raad. In algemene bewoordingen stelde hij voorop:

'dat wanneer een partij voor de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven ten einde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, de goede trouw er zich in het algemeen tegen zal verzetten dat eerstbedoelde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling mede aan zichzelf heeft te wijten'.

Tegen deze achtergrond constateerde de Hoge Raad een motiveringsgebrek, omdat het hof in zijn ogen niet voldoende duidelijk had gemaakt *waarom* de onderzoeksplicht van Van der Beek moest prevaleren boven de mededelingsplicht van Van Dartel. Annotator Van der Grinten dacht daar anders over:

'De verkoper van een object behoeft niet alles wat hij omtrent het object weet aan de gegadigde-koper mede te delen. De koper die zich onvoldoende op de hoogte stelt en achteraf teleurgesteld is, kan in het algemeen de verkoper geen verwijt maken. De koper van een woning in Den Haag weet heel goed, dat hij een vergun-

463 Vgl. Cohen Henriquez 1976, p. 627; Klik 1998b, p. 151; en de NJ-annotatie van G.J. Scholten bij HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel), sub 2. Vgl. ook hetgeen in par. 3.6.6 werd opgemerkt over de vloeiende overgang tussen art. 6:228 lid 1 sub a en b BW.

464 HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel).

ning van de gemeente nodig heeft om het huis te kunnen betrekken en dat de gemeente het huis kan vorderen indien het niet of niet in overeenstemming met de voor bewoning geldende normen wordt bewoond. Het had op de weg van de koper gelegen om te onderzoeken of zij de woning voor huisvesting van gastarbeiders mocht gebruiken.⁴⁶⁵

Wat er zij van deze ‘casuïstische’ kritiek – heden ten dage kan die waarschijnlijk moeilijk nog op waarde worden geschat –, het betoog van Van der Grinten toont wel aan hoe moeilijk het is om de verhouding tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht in algemene regels te vatten. Toch heeft de Hoge Raad de prioriteitsregel uit Van der Beek/Van Dartel nadien in een reeks van arresten herhaald.⁴⁶⁶ Daarbij valt op dat de regel, anders dan de prioriteitsregel inzake de waarheidsplicht, nauwelijks gedaanteveranderingen heeft ondergaan en altijd gekoppeld is gebleven aan het leerstuk van de derogerende redelijkheid en billijkheid.⁴⁶⁷

De regel ‘mededelingsplicht prevaleert’ heeft intussen wel een nieuwe dimensie gekregen, doordat de Hoge Raad in het arrest Van Geest/Nederlof uit 1990, betreffende de koop van een onveilige tweedehands auto, overwoog dat die regel ‘ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens’.⁴⁶⁸ In Offringa/Vinck en Van Rosberg, betreffende de koop van een gebrekkig huis, werd deze beschermingsstrekking herhaald, onder toevoeging van de instructie dat de feitenrechter bij de beoordeling van de wederzijdse informatieplichten ‘ook en vooral daarop’ moet letten.⁴⁶⁹ Kennelijk bestaat er in de ogen van de Hoge Raad niet snel grond voor een *uitzondering* op de onderhavige prioriteitsregel.⁴⁷⁰ Weliswaar werd in het arrest Van Dalfsen/Gemeente Kampen geoordeeld dat de verkoper van een monumentaal pand, die wist dat de bovenverdieping ongeschikt was voor het door de koper beoogde gebruik als feestzaal, zich (desondanks) erop mocht

⁴⁶⁵ Van der Grinten 1974, p. 346.

⁴⁶⁶ Zie HR 7 december 1984, *NJ* 1985, 771 m.nt. CJHB (Turk/Van den Berg), r.o. 3.2; HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 345 (Willart/Snijders), r.o. 3.5; HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), r.o. 3.2; HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.5; en HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman), r.o. 3.4. Vgl. ook HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8, waarin de regel wordt uitgebreid tot het terrein van de non-conformiteit.

⁴⁶⁷ Soms spreekt de Hoge Raad in dit verband nog van ‘goede trouw’, hoewel die term door de invoering van het nieuwe BW eigenlijk is achterhaald. Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559 m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman), sub 2.

⁴⁶⁸ HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), r.o. 3.4 (curs. toegevoegd).

⁴⁶⁹ HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.5, besproken in par. 3.7.7.

⁴⁷⁰ Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 145, waar wordt geconcludeerd dat de rechtspraak ‘geen duidelijke invullingen’ geeft aan de uitzonderingsmogelijkheid van de onderhavige prioriteitsregel.

beroepen dat de koper 'ook zelf enig verder onderzoek had behoren te doen',⁴⁷¹ maar de reden van deze uitzondering was dat de koper zelf ook bekend was met de bedoelde ongeschiktheid, althans beschikte over concrete aanwijzingen daarvoor. Goed beschouwd was hier dus niet voldaan aan de basisvereisten voor het aannemen van een mededelingsplicht (par. 3.6.2), zodat voor het prevaleren daarvan *a fortiori* geen plaats was (par. 3.7.8).

Dat de Hoge Raad een eenmaal aangenomen mededelingsplicht niet snel wil laten overtroeven door de onderzoeksplicht van de dwalende, blijkt duidelijk uit het arrest Kranendonk en De Vries/A. uit 2007, waar de Hoge Raad met zoveel woorden overweegt 'niet te spoedig' uitzonderingen te willen aanvaarden op de regel van het prevaleren van de mededelingsplicht, daarbij bovendien het specifieke kader van de koopovereenkomst verlatend:

'De mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, onder b, BW strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling. Dit brengt mee dat niet te spoedig voorrang aan de onderzoeks-/informatieplicht van die partij boven de mededelingsplicht van de andere partij dient te worden gegeven en dat bij een daartoe strekkend oordeel op alle bijzondere omstandigheden van het geval moet worden gelet en deze ook zo volledig en zo nauwkeurig mogelijk moeten worden vastgesteld'.⁴⁷²

Het valt op dat de Hoge Raad niet langer verwijst naar zijn eigen regel dat de mededelingsplicht prevaleert, maar simpelweg naar art. 6:228 lid 1 sub b BW. Kennelijk leest hij die regel in het artikel zelf, aldus suggererend dat het een regel betreft die met de wetbepaling op één lijn kan worden gesteld. Dat laatste spreekt echter niet vanzelf. Evenals de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de waarheidsplicht (par. 3.6.15) roept de onderhavige prioriteitsregel dus vragen op omtrent zijn juridische status, waarover de volgende paragraaf handelt.

3.6.17 Vervolg; status prioriteitsregels

In de voorgaande paragrafen is geschetst hoe de prioriteitsregels inzake het prevaleren van waarheidsplicht en mededelingsplicht een vaste plaats in de jurisprudentie van de Hoge Raad hebben verworven. Inmiddels lijken zij het wettelijk kader van art. 6:228 BW tot op zekere hoogte te overschaduwen. Waar dat artikel nog in het teken staat van de tweezijdige benadering uit het arrest Baris/Riezenkamp (par. 3.5.4), tenderen de prioriteitsregels onmiskenbaar in de richting van een eenzijdige bescherming van de dwalende.⁴⁷³ Bij de regel

471 Zie HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), r.o. 3.4.2, besproken in par. 3.7.8.

472 HR 19 januari 2007, *LJN* AZ6541, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5.

473 Vgl. Hartlief 1999, p. 20.

‘mededelingsplicht prevaleert’ is dat het duidelijkst, nu de Hoge Raad die regel zelf met zoveel woorden een beschermingsstrekking heeft toegekend (par. 3.6.16). De regel ‘waarheidsplicht prevaleert’ kan die strekking intussen ook niet worden ontzegd. Beide prioriteitsregels hebben dus de niet geringe pretentie om het evenwichtspunt in dwalingsvraagstukken te verschuiven, door de onderzoeksplicht van de dwalende te reduceren tot een marginaal verschijnsel.⁴⁷⁴ De vraag rijst of zij die pretentie kunnen waarmaken. Wat is, met andere woorden, de juridische status van deze prioriteitsregels?

Werkelijke *rechtsregels*, die in concreto zonder voorbehoud een bepaalde oplossing aanwijzen, zijn het in elk geval niet.⁴⁷⁵ Daarvoor is hun normatieve gehalte te gering. Het enkele feit dat de dwalende ten opzichte van zijn wederpartij – welhaast per definitie – een zwakkere positie inneemt, kan op zichzelf geen reden zijn om hem juridisch in bescherming te nemen ten koste van de wederpartij.⁴⁷⁶ De regel dat de informatieplicht van de wederpartij prevaleert boven de onderzoeksplicht van de dwalende is in abstracto evenzeer – of evenmin – verdedigbaar als de tegenovergestelde regel. Interessant is in dit verband de poging van Nieuwenhuis om een rechtvaardiging te vinden voor het prevaleren van de mededelingsplicht:

‘Op welke afweging berust de rangorde tussen onderzoeksplicht van de koper en mededelingsplicht van de verkoper in geval van dwaling? Waarom niet de omgekeerde regel: indien de koper zijn dwaling aan eigen schuld heeft te wijten, zullen redelijkheid en billijkheid hem beletten zich erop te beroepen dat de verkoper, door hem beter voor te lichten, de dwaling had kunnen voorkomen? Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen (art. 3:12 BW). De thans in Nederland levende overtuiging wordt door de rechtspraak als volgt geduid: het verwijt van lichtvaardigheid ten aanzien van het eigen belang weegt minder zwaar dan het gebrek aan contractuele naastenliefde met betrekking tot het belang van de wederpartij.’⁴⁷⁷

Terecht geeft Nieuwenhuis de veronderstelde ratio met de nodige reserve weer.⁴⁷⁸ Het is zeer de vraag of naar de thans in Nederland levende rechtsovertuiging contractuele naastenliefde principieel hoger moet worden aangeslagen dan de eigen verantwoordelijkheid die contracteren logischerwijze met zich meebrengt (par. 3.1.2). Hoe dan ook lijkt er geen goede grond te bestaan om contractuele naastenliefde *als regel* te laten prevaleren boven eigen verant-

474 Vgl. de in par. 3.6.16 geciteerde passage uit het arrest Kranendonk en De Vries/A.

475 Vgl. de conclusie van A-G Spier voor HR 30 juni 2006, LJV AX9395, RvdW 2006, 683, sub 3.12; alsmede Hijma 1991b, p. 665.

476 Vgl. Hartlief 1999, p. 67.

477 Nieuwenhuis 1998, p. 156.

478 Vgl. ook de hernieuwde twijfel in Nieuwenhuis 2009, p. 2261.

woordelijkheid.⁴⁷⁹ Van geval tot geval zullen goede argumenten moeten worden gevonden voor bescherming van de dwalende.

Hoe kunnen de prioriteitsregels anderszins in het dwalingsleerstuk worden ingebed? De aanhangers van de in par. 3.6.13 bedoelde traditionele opvatting inzake het 'omslagpunt' tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling, hebben een eenvoudig antwoord paraat.⁴⁸⁰ In die opvatting volgt immers reeds uit de vaststelling van een informatieplicht van de wederpartij de ontkenning van een daarmee corresponderende onderzoeksplicht van de dwalende.⁴⁸¹ Hijma verwoordt het in zijn annotatie bij Van Geest/Nederlof als volgt:

'(D)e constatering dat de ene partij (naar verkeersopvattingen) een spreekplicht heeft geschonden, houdt spiegelbeeldig in dat (naar diezelfde verkeersopvattingen) zich geen verzaking van een onderzoeksplicht door de ander voordoet'.⁴⁸²

De prioriteitsregels zijn aldus beschouwd louter regels van dogmatische *logica*, zonder normatieve betekenis. Tegen deze benadering pleit dat zij niet gemakkelijk valt te verenigen met de geclausuleerde constructie van de prioriteitsregels ('in het algemeen').⁴⁸³ Sinds het arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk koos voor een potentiële overlap tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling,⁴⁸⁴ komt daarbij als doorslaggevend bezwaar dat de Hoge Raad een andere dogmatische invalshoek hanteert. Aldus verdwijnt een in beginsel aantrekkelijke benadering van tafel.

De resterende, meest plausibele interpretatie luidt dat de prioriteitsregels door de Hoge Raad zijn bedoeld als globale *instructie* aan de feitenrechter. Het zijn praktische 'vuistregels', 'richtlijnen' of 'uitgangspunten' voor de overwegend feitelijke beoordeling van de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling.⁴⁸⁵ De regel dat de informatieplicht van de

479 Anders de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), sub 2.7, alwaar wordt betoogd dat de redelijkheid van de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht 'nauwelijks toelichting' behoeft.

480 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 664; en Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 30.

481 Voorwaarde is wel dat in een *voorstadium* de wederzijdse verantwoordelijkheden van partijen voldoende tegen elkaar zijn afgewogen. Vgl. par. 3.7.7.

482 Hijma 1991b, p. 664.

483 Zie voor een (ogenschijnlijke) uitzondering op de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht HR 14 november 2008, LJN BF0407, NJ 2008, 588 (Van Dalen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8. Overigens meent Hijma 1991b, p. 664, dat alleen 'interne' feiten, die ten tijde van de contractssluiting (nog) niet wederzijds kenbaar waren, een uitzondering kunnen rechtvaardigen.

484 HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.5, besproken in par. 3.7.7.

485 Dit lijkt althans de onuitgesproken veronderstelling van de meeste auteurs. Zie bijv. Hijma 1991b, p. 665; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 242-243; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 169; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 142-145. Vgl. ook de conclusie van A-G

wederpartij in het algemeen prevaleert boven de onderzoeksplicht van de dwalende betekent kennelijk zoveel als: negen van de tien keer zal die informatieplicht (moeten) prevaleren boven de onderzoeksplicht van de dwalende. De Hoge Raad geeft hiermee invulling aan een zeker cassatiebeleid, strekkende tot bescherming van de dwalende. Dienovereenkomstig eist hij dat de feitenrechter die een *uitzondering* op de prioriteitsregels aanvaardt, door in concreto de onderzoeksplicht te laten prevaleren boven de informatieplicht van de wederpartij, zijn oordeel extra zorgvuldig motiveert.⁴⁸⁶

3.6.18 Vervolg; evaluatie prioriteitsregels

Aangenomen dat de prioriteitsregels dienen ter bevordering van de toetsing in cassatie, zoals betoogd aan het slot van de voorgaande paragraaf, rijst de vraag naar hun ratio en legitimiteit. Immers: waarom zou de feitenrechter juist het prevaleren van de *onderzoeksplicht* nader moeten onderbouwen? Van de wederzijdse informatieplichten bij dwaling is uitgerekend die onderzoeksplicht in beginsel – en in zoverre zonder nadere motivering – gegeven (par. 3.6.11). Natuurlijk is nadere motivering geboden zodra er een informatieplicht van de wederpartij in beeld komt, maar dat geldt dan ook – en misschien wel *juist* – voor de situatie waarin die informatieplicht van de wederpartij moet prevaleren. Voor bescherming van de dwalende bestaat immers in abstracto geen goede grond (par. 3.6.17). Zo beschouwd lijkt de gedachte dat de prioriteitsregels hun rechtvaardiging vinden in een algemeen beschermingsregime ten opzichte van onwetende contractspartijen niet erg aantrekkelijk.

Intussen kan niet worden ontkend dat het prevaleren van waarheidsplicht en mededelingsplicht *in concreto* dikwijls tot redelijke resultaten leidt. In zoverre bevatten de prioriteitsregels kennelijk een kern van waarheid. De vraag rijst hoe zij anders kunnen worden gerechtvaardigd dan door verwijzing naar een algemeen beschermingsregime ten opzichte van onwetende contractspartijen. Het antwoord schuilt mijns inziens in het in par. 3.6.15 weergegeven citaat uit *Redgrave v Hurd*.⁴⁸⁷ Het gaat hier niet zozeer om de principiële onderwaardering van de onderzoeksplicht van de dwalende ten opzichte van de mededelings- of waarheidsplicht van de wederpartij, maar om de regulering van het processuele debat. Indien de wederpartij wordt aangesproken wegens schending van een informatieplicht, is de enkele verwijzing naar de onderzoeksplicht van de dwalende in termen van juridische retoriek 'not a sufficient

Spier voor HR 30 juni 2006, *LJN* AX9395, *RvdW* 2006, 683, sub 3.12; en de conclusie van A-G Wuisman voor HR 6 juni 2008, *LJN* BC7717, *RvdW* 2008, 604, sub 2.10.

⁴⁸⁶ Aldus uitdrukkelijk (voor wat betreft de prioriteitsregel inzake de mededelingsplicht) HR 19 januari 2007, *LJN* AZ6541, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk en De Vries/A.), r.o. 3.5, geciteerd in par. 3.6.16.

⁴⁸⁷ *Redgrave v Hurd* [1881] LR 20 Ch.D. 1, p. 13-14, *per* Jessel MR.

answer'. Aangenomen dat die onderzoeksplicht *a priori* gegeven is (par. 3.6.14), is het zaak dat de wederpartij, in plaats van met de vinger te wijzen naar de dwalende, de hand in eigen boezem steekt, door aan te geven waarom zij vanuit háár positie mocht aannemen dat de dwalende over voldoende informatie beschikte.⁴⁸⁸ Dat is geen kwestie van bescherming van de dwalende, maar van helder debatteren. Het juridische debat over de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten komt uit de verf indien de dwalende en diens wederpartij ieder voor zich aangeven waarom zij zich naar de eisen van goede trouw hebben gedragen, waarna de rechter weloverwogen in het voordeel van één van beiden beslist. Voor de mate van motivering van die beslissing maakt het mijns inziens niet uit of de mededelings- c.q. waarheidsplicht van de wederpartij, of juist de onderzoeksplicht van de dwalende prevaleert. Het aannemen van een precontractuele informatieplicht vergt immers steeds een degelijke onderbouwing.

Ter illustratie van mijn betoog kan worden gewezen op het bekende arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg.⁴⁸⁹ Vinck en Van Rosberg waren als verkopers van een villa op de hoogte van een 'structureel scheurenprobleem', maar lieten na koper Offringa hierop te wijzen. In rechte aangesproken wegens schending van een mededelingsplicht verweerden Vinck en Van Rosberg zich met de (enkele) stelling dat Offringa nader onderzoek had moeten doen naar de zichtbare scheurvorming. In termen van juridische retoriek was dat geen sterk verweer. Gelet op het structurele karakter van de scheurvorming in kwestie, waarmee Vinck en Van Rosberg bekend waren, lag het op hun weg om uit te leggen waarom zij mochten aannemen dat Offringa over voldoende informatie beschikte om de zichtbare scheuren op waarde te schatten. Zou Offringa bij de bezichtiging bijvoorbeeld zijn vergezeld door een bouwkundige, die de scheuren uitvoerig had geïnspecteerd, dan zou de zwijgzaamheid van de zijde van Vinck en Van Rosberg eerder gerechtvaardigd zijn geweest. Hetzelfde geldt indien Offringa in het kader van de onderhandelingen zou hebben gezegd ter plaatse een nieuwe woning te willen bouwen, of onder verwijzing naar de zichtbare scheuren een extra lage prijs zou hebben bedongen. Zulke verzachtende omstandigheden waren in casu echter gesteld noch gebleken. De klakkeloze verwijzing naar de *a priori* gegeven onderzoeksplicht van Offringa was zo beschouwd 'not a sufficient answer'.

Al met al moet mijns inziens de juridische betekenis van de prioriteitsregels worden gerelativeerd. De gedachte dat zij strekken tot een principiële onderwaardering van de onderzoeksplicht van de dwalende, zoals wel wordt beweerd,⁴⁹⁰ acht ik onwaarschijnlijk en onaantrekkelijk. In mijn visie dienen de prioriteitsregels ter regulering van het processuele debat, in die zin dat

488 Vgl. Nieuwenhuis 2007, p. 72.

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

490 Zie in die zin bijv. Van Rossum 1990a, p. 46; en De Mol 2002, p. 259.

een wegens schending van een informatieplicht aangesproken wederpartij zich niet *enkel* onder verwijzing naar de *a priori* gegeven onderzoeksplicht van de dwalende kan verweren. Uitgangspunt blijft dat de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling slechts op basis van de concrete omstandigheden van het geval kan worden beoordeeld. Er bestaat mijns inziens geen goede grond om aan het prevaleren van de onderzoeksplicht zwaardere motiveringseisen te stellen dan aan het prevaleren van de mededelingsplicht.

3.6.19 Tussenconclusie

Dwaling wordt wel omschreven als een spanning tussen waan en werkelijkheid. Zo beschouwd gaat het in geval van dwaling om de vraag wie, in de woorden van Smits,⁴⁹¹ het risico van de werkelijkheid draagt. Probleem is dat die vraag in abstracto niet kan worden beantwoord,⁴⁹² terwijl zij door toespitsing op het concrete geval haar principiële lading verliest. Het is de verdienste van informatieplichten dat zij het dwalingsvraagstuk nader vormgeven, zonder de gewenste flexibiliteit prijs te geven. Het risico van de werkelijkheid rust op de partij die wegens schending van een informatieplicht verantwoordelijk is voor de dwaling in kwestie. Heeft de dwalende zijn *onderzoeksplicht* uit hoofde van art. 6:228 lid 2 BW geschonden, dan blijft de dwaling voor zijn eigen rekening. Heeft de wederpartij een *waarheids-, mededelings- of onderzoeksplicht* uit hoofde van art. 6:228 lid 1 BW geschonden, dan draagt zij het risico van de werkelijkheid. De beoordeling hiervan vergt een tweezijdige benadering, waarbij de wederzijdse verantwoordelijkheden van de betrokken partijen in het licht van hun gerechtvaardigde verwachtingen over en weer dienen te worden vastgesteld (par. 3.5.4). Beslissend zijn de verkeersopvattingen, ingevuld met de in par. 3.6.3 bedoelde gezichtspunten. Deze gezichtspunten, die telkens betrekking hebben op de *aard van de rechtsverhouding*, de *aard van de betrokken informatie* en de *aard van de betrokken belangen*, krijgen kleur in het licht van de casuïstiek waaruit zij zijn afgeleid. Ter nadere uitwerking volgt hieronder een casusgerichte behandeling van een aantal veel voorkomende dwalingstypen.⁴⁹³ Waar nodig wordt ook reeds vooruitgeblikt op de leerstukken van niet-nakoming (par. 3.10.1) en non-conformiteit (par. 3.11.8), die nauw met de dwaling samenhangen (par. 3.10.2).

⁴⁹¹ Smits 1993, p. 500.

⁴⁹² Vgl. Raaijmakers 2002, p. 70.

⁴⁹³ Voor het overige zij hier verwezen naar het systematische rechtspraakoverzicht in Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 89 e.v., 117 e.v., 148 e.v. en 167 e.v.

3.7 DWALING; CASUÏSTIEK

3.7.1 Koop tweedehands auto's

Bij de koop van tweedehands auto's wordt heel wat gedwaald. Meestal ziet de dwaling op een technisch gebrek van de auto, dat de koper ten tijde van de aankoop niet heeft onderkend.⁴⁹⁴ Anders dan bij de koop van onroerende zaken, waarbij meestal een deskundige in de persoon van de makelaar wordt betrokken (par. 3.7.5), is het inwinnen van deskundig advies bij de aankoop van tweedehands auto's niet algemeen gebruikelijk. De kans op teleurstellingen is daardoor groot. Dat er toch relatief weinig over deze materie wordt geprocedeerd, hangt waarschijnlijk samen met de geringe geldelijke omvang van de betrokken belangen.⁴⁹⁵ Desalniettemin verdienen de gevallen van koop van tweedehands auto's hier een prominente plaats, omdat de Hoge Raad op dit terrein een aantal principiële arresten heeft gewezen.⁴⁹⁶ Deze arresten, die zich bevinden op het snijvlak van dwaling en non-conformiteit, zijn vooral vermeldenswaard vanwege hun ogenschijnlijk rechtspolitieke lading. Zij getuigen, aldus Hijma, van een 'duidelijke sympathie voor de teleurgestelde autokoper'.⁴⁹⁷

Hoe valt deze sympathie te verklaren? Speelt hier de spreekwoordelijke reputatie van autoverkopers wellicht een rol? Aannemelijker lijkt het, dat de standaardgevallen van koop van tweedehands auto's worden gekenmerkt door een feitenconstellatie die vooral aanknopingspunten biedt voor bescherming van de teleurgestelde koper. Het gaat hier om de verkoop van een technisch product, dat veelal door gespecialiseerde handelaren wordt aangeboden aan particulieren zonder (specifieke) technische kennis. In geval van een technisch gebrek wijst dus reeds de *aard van de rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de hoedanigheid en deskundigheid van partijen, in de richting van een op de verkoper rustende informatieplicht.⁴⁹⁸ Dat kan een mededelingsplicht zijn, indien de verkoper het gebrek kent of geacht mag worden te kennen (par. 3.6.2), een waarheidsplicht, indien de verkoper door een onjuiste inlichting de afwezigheid van dat gebrek heeft gesuggereerd c.q. gegarandeerd (par.

⁴⁹⁴ Zie voor een inventarisatie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 95 en 154.

⁴⁹⁵ Voorts zij bedacht dat een groot deel van de desbetreffende zaken terecht komt bij de 'Geschillencommissie voertuigen' van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC). Zie <www.sgc.nl>.

⁴⁹⁶ Zie HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 213 m.nt. G (Stavenuiter/Oosterbaan); HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof); en HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus). Vgl. ook Klik & Weijers 1995, p. 79.

⁴⁹⁷ Hijma 1994, p. 823. Zie in gelijke zin Van Rossum 1994, p. 228. Van de bedoelde sympathie is overigens nog geen sprake in het oudste arrest uit de reeks, Stavenuiter/Oosterbaan.

⁴⁹⁸ Zie bijv. HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), alsmede Gerbrandy 1990, p. 285; en Van Rossum 1994, p. 228.

3.6.6), of een onderzoeksplicht, indien de verkoper zelf evenmin van dat gebrek op de hoogte is geweest (par. 3.6.9).⁴⁹⁹

Behalve de aard van de rechtsverhouding legt ook de *aard van de betrokken belangen* gewicht in de schaal. Technische gebreken van een tweedehands auto zullen vaak consequenties hebben voor de veiligheid van de koper. Blijkens de rechtspraak is dat een gewichtig argument voor het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht.⁵⁰⁰ Ten slotte speelt ook de *aard van de betrokken informatie*, en meer in het bijzonder de traceerbaarheid van het gebrek, een belangrijke rol. Voor het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de koper acht de Hoge Raad van belang of het gebrek 'op eenvoudige wijze kan worden ontdekt'.⁵⁰¹ In de praktijk zijn technische gebreken van een tweedehands auto vaak slechts traceerbaar door middel van een technische keuring. Behoudens bijzondere omstandigheden acht de Hoge Raad de koper niet gehouden tot het laten uitvoeren van een dergelijke keuring, ook niet indien de koper zelf volstrekt ondeskundig is ter zake van autotechniek.⁵⁰² De gedachte is kennelijk dat bij de koop van tweedehands auto's de *verkoper* zich normaliter in de meest voor de hand liggende positie bevindt om gebreken te onthullen c.q. te onderzoeken, simpelweg omdat hij de auto onder zich heeft.⁵⁰³

Het *globale* beeld van de koop van tweedehands auto's biedt dus inderdaad aanknopingspunten voor een sympathieke bejegening van de teleurgestelde koper. Bezieet men de zaken op een concreter niveau, dan zijn andere uitkomsten denkbaar. De *aard van de rechtsverhouding*, om te beginnen, pleit niet altijd in het voordeel van de koper. Afgezien van de gevallen waarin koper en verkoper in termen van deskundigheid op gelijke voet staan, zoals bij de doorverkoop van tweedehands auto's onder professionele autohandelaren,⁵⁰⁴ kan ook worden gedacht aan de spiegelbeeldige situatie waarin een autohandelaar een tweedehands (inruil-)auto koopt van een particuliere klant.⁵⁰⁵ Onder die omstandigheden ligt het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht omtrent verborgen gebreken veel minder voor de hand (par. 3.7.2).

499 Vgl. Rb. Breda 10 november 2004, *NJF* 2004, 610, r.o. 3.5, alwaar in betrekkelijk algemene bewoordingen een onderzoeksplicht van de professionele verkoper omtrent veiligheidsgebreken van tweedehands auto's wordt aanvaard (overigens in het kader van art. 6:162 BW).

500 Zie HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.3.2, alsmede Hijma 1994, p. 823; en Van Rossum 1994, p. 226-227.

501 Zie HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.3.2.

502 Zie HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), r.o. 3.3.

503 Vóór deze gedachte pleit de rechtseconomische notie dat 'informatie' en 'controle' over de zaak in één hand moeten zijn. Vgl. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 69-70; en De Boeck 2000, p. 207.

504 Zie bijv. Hof Arnhem 16 december 2008, *LJN* BG9188. Vgl. ook het in par. 3.7.2 te bespreken arrest Schirmeister/De Heus, waarin het ging om twee liefhebbers van oude Citroëns.

505 Zie bijv. Geschillencommissie Voertuigen 14 november 2008, *TvC* 2009-6, p. 256-257 m.nt. M.B.M. Loos.

Ook de *aard van de betrokken belangen* kan tot een andere uitkomst leiden. De betaalde koopprijs is bijvoorbeeld relevant, in die zin dat een opvallend lage prijs de koper kan nopen tot nader onderzoek naar eventuele gebreken van de auto. Voorts zijn in dit verband de aard en ernst van het betrokken gebrek belangrijk. Met betrekking tot veiligheidsgebreken heeft de verkoper, zoals bleek, in beginsel een grote verantwoordelijkheid,⁵⁰⁶ maar ter zake van andere gebreken van technische aard zal hij slechts een informatieplicht hebben indien zij voldoende ernstig zijn.⁵⁰⁷ Zuiver esthetische gebreken zonder technische consequenties, zoals krassen en deuken, zullen denkelijk slechts onder bijzondere omstandigheden grond opleveren voor een informatieplicht aan de zijde van de verkoper. Daarbij speelt, afgezien van de aard van de betrokken belangen, ook de *aard van de betrokken informatie* een rol, en meer in het bijzonder de traceerbaarheid daarvan. Esthetische gebreken zijn immers per definitie zichtbaar voor de koper, hetgeen normaliter zal pleiten tégen het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht. Meer in het algemeen zullen duidelijk waarneembare gebreken, zoals de onmiddellijk zichtbare sporen van een aanrijding of de tijdens een proefrit direct hoorbare consequenties van een motorisch defect, niet snel leiden tot een geslaagd beroep op dwaling of non-conformiteit. Verborgene gebreken, die enkel door grondig onderzoek aan het licht kunnen komen, liggen doorgaans meer in de sfeer van de (professionele) verkoper, zoals hierboven bleek, doch ook in dit verband kunnen uitzonderingen worden aanvaard, bijvoorbeeld indien de koper een professionele autohandelaar is die, bekend met een ernstig schadeverleden van de auto, tot aankoop overgaat zonder een garantie te bedingen en zonder de veiligheid van de auto te onderzoeken.⁵⁰⁸

3.7.2 Vervolg; Schirmeister/De Heus

In de voorgaande paragraaf bleek dat het globale beeld van de koop van tweedehands auto's aanknopingspunten biedt voor bescherming van de teleurgestelde koper. In het arrest Schirmeister/De Heus uit 1994 heeft de Hoge Raad dat globale beeld geconsolideerd door de formulering van een vuistregel,

506 Een uitzondering kan gelden indien de auto als handelswaar wordt gekocht, zodat realiter slechts een commercieel belang van de koper, en niet diens veiligheid in het geding is. Vgl. Hof Arnhem 16 december 2008, *LJN* BG9188, waarin het ging om de professionele doorverkoop van een auto met een (bekend) schadeverleden.

507 Hiermee is niet gezegd dat de verkoper altijd vrijuit gaat indien de gevolgen van het gebrek in kwestie 'niet al te bedenkelijk zijn' (vgl. HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), r.o. 3.5), wél dat de ernst van het gebrek een wegingsfactor van belang is.

508 Zie Hof Arnhem 16 december 2008, *LJN* BG9188, r.o. 10, waarin het hof in dit verband een 'vergaande onderzoeksverplichting' van de koper aanneemt, welke slechts hierdoor wordt begrensd, dat de verkoper de hem bekende veiligheidsgebreken niet bewust mag verzwijgen (r.o. 7).

inhoudend dat in geval van koop van een tweedehands auto voor verkeersdeelname de aanwezigheid van een veiligheidsgebrek dat niet eenvoudig te ontdekken en herstellen valt, in beginsel voor rekening van de verkoper komt.⁵⁰⁹ Van de gezichtspunten die in par. 3.7.1 als kenmerkend voor de koop van tweedehands auto's werden gepresenteerd herkent men hier de aard van het gebrek (veiligheidsgebrek) en de traceerbaarheid ervan (niet eenvoudig te ontdekken). Opvallend is dat een verwijzing naar de *aard van de rechtsverhouding* ontbreekt. De reden zal zijn dat de aard van de rechtsverhouding in casu juist géén aanknopingspunten bood voor bescherming van de koper. Het arrest betrof namelijk een tussen twee particulieren gesloten koopovereenkomst.

De Heus, liefhebber en restaurateur van oude Citroëns, verkocht een 22 jaar oude Citroën DS aan Schirmeister, ook een liefhebber. Hij prees zijn oldtimer aan als 'tadellos' en 'de mooiste die ik ooit heb gezien'. Vele superlatieven van gelijke strekking passeerden de revue, maar de werkelijkheid was minder rooskleurig. Ruim een jaar na aankoop bleek bij een APK-keuring dat de kokerbalken van de auto waren doorgeroest, welk euvel op zodanig 'geraffineerde wijze' was gecamoufleerd dat het bij een eerdere keuring voorafgaand aan de koop niet was ontdekt. Schirmeister kon niet bewijzen dat De Heus het euvel ten tijde van de onderhandelingen had gekend, laat staan dat hij het zélf had gecamoufleerd. Ter onderbouwing van zijn vorderingen beriep Schirmeister zich daarom op wederzijdse dwaling, althans non-conformiteit. Met betrekking tot de eerstgenoemde grondslag oordeelde het hof dat een eventuele wederzijdse dwaling voor rekening van Schirmeister moest blijven, aangezien (i) het om een 22 jaar oude auto ging, (ii) de koop was gesloten tussen twee liefhebbers, en (iii) het gebrek zich pas ruim een jaar na de aankoop had geopenbaard, terwijl Schirmeister in de tussentijd regelmatig van de auto gebruik had gemaakt (r.o. 4.11). Ook het beroep op non-conformiteit werd door het hof verworpen. Gelet op (iv) de aard van de auto, (v) de aard van de transactie en (vi) de aard van de door De Heus gedane uitlatingen (die het hof beschouwde als niet meer dan 'algemene aanprijzingen') had Schirmeister volgens het hof onvoldoende gesteld om te kunnen aannemen dat de oldtimer niet aan de overeenkomst beantwoordde (r.o. 4.13).

In cassatie kiest de Hoge Raad, niettegenstaande het overwegend feitelijke karakter van 's hofs oordeel, voor vernietiging op principiële gronden, zulks in afwijking van de conclusie van A-G Hartkamp, die tot verwerping strekte. De Hoge Raad behandelt allereerst Schirmeisters beroep op non-conformiteit, beginnend met een algemene vooropstelling (r.o. 3.3.2):

'Ingeval een (tweedehands) auto wordt gekocht om daarmee, naar de verkoper bekend is, aan het verkeer deel te nemen, zal als regel moeten worden aangenomen dat de auto niet beantwoordt aan de overeenkomst, indien als gevolg van een eraan klevend gebrek dat niet op eenvoudige wijze kan worden ontdekt en hersteld,

509 HR 15 april 1994, NJ 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.3.2.

zodanig gebruik van de auto gevaar voor de verkeersveiligheid zou opleveren. Niet uitgesloten is dat deze regel uitzondering lijdt, bij voorbeeld wanneer de koper het risico van zodanig gebrek had aanvaard. Hierbij valt, wanneer het gaat om een transactie en een auto als de onderhavige, onder meer te denken aan de situatie dat voor de koper de authentieke staat van de carrosserie belangrijker was dan de verkeerstechnische conditie van de auto. Daarbij dient er echter rekening mee te worden gehouden dat uitlatingen van de verkoper over die conditie, afhankelijk van hun inhoud, aan het aannemen van een dergelijke aanvaarding van het risico van gebreken in de weg kunnen staan.'

Tegen deze achtergrond acht de Hoge Raad 's hofs oordeel onbegrijpelijk. Schirmeister had immers de oldtimer – kenbaar voor de Heus – gekocht voor verkeersdeelname, en had in rechte uitdrukkelijk aangevoerd dat het gecamoufleerde – derhalve niet eenvoudig te ontdekken – gebrek van de kokerbalken een gevaar voor de verkeersveiligheid opleverde. De vuistregel ging dus op. Aangenomen dat Schirmeisters stellingen juist waren, had het hof moeten concluderen tot non-conformiteit (r.o. 3.3) en had het Schirmeisters beroep op wederzijdse dwaling niet mogen passeren op de hierboven onder (i) tot en met (iii) genoemde gronden (r.o. 3.4), aldus de Hoge Raad.

Het is opmerkelijk hoe onverbiddelijk de Hoge Raad zich toont met betrekking tot een overwegend feitelijk oordeel dat geenszins onbegrijpelijk overkomt. Waarschijnlijk heeft de jurisprudentiële voorgeschiedenis een rol gespeeld.⁵¹⁰ Schirmeister/De Heus was het derde in een reeks van arresten over de verkoop van onveilige tweedehands auto's, in een periode van krap tien jaar tijd. Met zijn eerste arrest uit de reeks, Stavenuiter/Oosterbaan,⁵¹¹ had de Hoge Raad een valse start gemaakt. De verkoper van een vijf jaar oude Renault – een 'gevaar op de weg', dermate gebrekkig dat herstel in economische zin onverantwoord was – ging hier vrijuit omdat in cassatie niet was geklaagd over het oordeel van de rechtbank dat de koper de auto vóór aankoop door een deskundige had moeten laten keuren. De literatuur, niet gehinderd door de beperkingen van het cassatiemiddel, toonde zich kritisch over deze uitkomst.⁵¹² Zes jaar later kreeg de Hoge Raad een herkansing in Van Geest/Nederlof.⁵¹³ Ditmaal koos hij onomwonden voor bescherming van de onvoorzichtige koper, door een stevige positionering van de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht (r.o. 3.2) en door uitdrukkelijke verwerping van de stelling dat de ondeskundige koper van een tweedehands auto in de regel is gehouden tot een keuring (r.o. 3.3). Toen de Hoge Raad drie jaar later, in Schirmeister/De Heus, opnieuw werd geconfronteerd met de verkoop van een onveilige tweedehands auto, greep hij de kans om de door hem uitgezette lijn van kopersbescherming verder door te trekken. Het resul-

510 Vgl. Van Dunné 2004a, p. 485.

511 HR 15 november 1985, NJ 1986, 213 m.nt. G (Stavenuiter/Oosterbaan).

512 Zie bijv. Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Vranken 1989, p. 12-13; en Gerbrandy 1990, p. 287.

513 HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (Van Geest/Nederlof).

taat was de besproken vuistregel, die voor eens en voor altijd duidelijk moest maken dat de verkeersveiligheid normaliter de ondergrens vormt die verkopers van tweedehands auto's in acht moeten nemen.⁵¹⁴

Het aantrekkelijke van de vuistregel uit Schirmeister/De Heus is dat hij duidelijkheid creëert op een voor de praktijk belangrijk terrein. Inhoudelijk verdient de regel naar mijn mening bijstelling. Het probleem is, zoals hierboven bleek, dat de vuistregel geen rekening houdt met de *aard van de rechtsverhouding* tussen koper en verkoper. Dat dit kan leiden tot onevenwichtigheid, blijkt uit het arrest Schirmeister/De Heus zelf. Schirmeister en De Heus waren hobby-isten met een passie voor oldtimers. De Heus kon 'goed sleutelen', maar beschikte voor het overige niet over een bijzondere mate van deskundigheid of professionaliteit. Onder zulke omstandigheden voert het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de verkoper ver, zeker indien die onderzoeksplicht zich uitstrekt tot gebreken die 'op geraffineerde wijze gecamoufleerd' zijn. Veeleer zou ik menen dat zulke gebreken inherent zijn aan een (dure) liefhebberij als de onderhavige, en dat zij in de verhouding tussen twee liefhebbers voor rekening van de koper behoren te komen.⁵¹⁵ Het hof dacht er kennelijk ook zo over.

Het inhoudelijk tekort van de vuistregel wordt nog duidelijker, wanneer men deze toepast op de verkoop van een onveilige tweedehands auto door een leek aan een deskundige koper. In een zodanig geval van 'consumentenverkoop'⁵¹⁶ valt *a fortiori* niet – althans niet in algemene zin – te verdedigen dat de verborgen veiligheidsgebreken van de auto voor rekening van de verkoper behoren te komen.⁵¹⁷ Al met al zou de vuistregel mijns inziens zodanig moeten worden verfijnd, dat deze komt te luiden dat in geval van verkoop van een tweedehands auto voor verkeersdeelname *door een professionele verkoper aan een leek*, de aanwezigheid van een veiligheidsgebrek dat niet eenvoudig te ontdekken valt,⁵¹⁸ voor rekening van de verkoper komt. De literatuur lijkt steun te bieden voor deze verfijning.⁵¹⁹ Veelzeggend is de wijze waarop Valk het arrest Schirmeister/De Heus verwerkt in zijn commentaar op art. 6:228 BW. Hij beperkt het toepassingsbereik van de vuistregel tot veiligheidsgebreken

514 Vgl. Hijma 1994, p. 823; en Van Rossum 1994, p. 226-227. Zie ook HR 8 juli 2005, NJ 2006, 22 (Kousedghi/Rental Lease), r.o. 3.3, waaruit blijkt dat de vuistregel niet (*a contrario*) impliceert dat een tweedehands auto zónder veiligheidsgebreken aan de overeenkomst beantwoordt.

515 Vgl. in die zin Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 183. Vgl. ook hetgeen in par. 3.7.13 over 'kansovereenkomsten' wordt opgemerkt.

516 De term is van Hijma. Zie Hijma 2009b, die op p. 321 concludeert dat de hoedanigheid van consument-verkoper onder omstandigheden tot een verhoogde bescherming kan leiden.

517 Aldus ook M.B.M. Loos in zijn annotatie bij Geschillencommissie Voertuigen 14 november 2008, TvC 2009-6, p. 256-257.

518 De herstelbaarheid van het gebrek kan als element van de vuistregel gevoeglijk worden gemist, zoals Hijma heeft aangetoond. Zie Hijma 1991b, p. 824.

519 Zie bijv. Nieuwenhuis 1986a, p. 320; Hartkamp 1990, p. 658; en Van Rossum 1994, p. 228.

die aan de zijde van de verkoper bekend zijn,⁵²⁰ om er vervolgens aan toe te voegen dat ter zake van *verborgen* veiligheidsgebreken slechts een informatieplicht rust op de ‘professionele verkoper die de auto aan een leek verkoopt’.⁵²¹

3.7.3 Vervolg; onjuiste kilometerstand

Hetgeen in par. 3.7.1 over de technische gebreken van een tweedehands auto werd opgemerkt, geldt *mutatis mutandis* ook voor andere eigenschappen waarover kan worden gedwaald. Bijzondere vermelding verdienen de gevallen van dwaling omtrent de kilometerstand van een tweedehands auto. Tweedehands kilometertellers plegen nogal eens een kilometerstand te vermelden die – in neerwaartse richting – afwijkt van het werkelijke aantal gereden kilometers. Voor het aannemen van een *mededelingsplicht* van de verkoper omtrent zulke verstoringen is mijns inziens – afgezien van de zeldzame gevallen waarin vaststaat dat de verkoper ermee bekend was of geacht mocht worden te zijn⁵²² – slechts plaats indien aan de zijde van de verkoper ook zonder nader onderzoek reeds sprake was van *twijfel* omtrent de juistheid van de weergegeven kilometerstand. De verkoper zal die twijfel dan door een mededeling met de koper moeten delen. Een illustratie biedt het arrest Gomes/Rental, waarin het ging om de verkoop van een tweedehands auto onder het beding ‘km-stand: onlogisch’.⁵²³

Een *waarheidsplicht* in de zin van art. 6:228 lid 1 sub a BW zal zich ter zake van verstoorde kilometertellers niet snel voordoen. Sommige auteurs bestempelen in dit verband – nogal rigoureuus – de aanduiding van de kilometerteller als ‘inlichting’ van de verkoper, die bij gebleken onjuistheid leidt tot vernietigbaarheid op grond van lid 1 sub a.⁵²⁴ Die benadering lijkt mij minder gelukkig, aangezien de weergegeven kilometerstand niet zozeer een inlichting als wel een feitelijk gegeven is, dat als zodanig niet eens onjuist k n zijn. Zou men de kilometerteller hier als ‘woordvoerder’ van de verkoper opvoeren, dan zou deze zich in geval van verstoring van de kilometerteller onherroepelijk bezondigen aan de verstrekking van een onjuiste inlichting, ongeacht de

520 Strikt genomen lijkt die beperking, gezien de casuïstiek van het onderhavige arrest, niet geboden.

521 T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 5a.

522 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 (Gomes/Rental), sub 4. Overigens lijkt in zulke gevallen ook een beroep op bedrog (art. 3:44 lid 3 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) denkbaar, zeker indien bewezen kan worden dat de verkoper zélf verantwoordelijk is voor het terugdraaien van de teller. Vgl. Hof ‘s-Gravenhage 11 november 2008, *LJN* BH1619, *Prg.* 2009, 80, r.o. 6.

523 HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental), besproken in par. 3.6.4.

524 Zie bijv. De Mol 2002, p. 276.

eventuele voorbehouden die hij op dit punt heeft gemaakt. Anders lijkt het, indien de verkoper de onjuiste kilometerstand één-op-één in zijn aanbod heeft overgenomen, zoals in de praktijk dikwijls gebeurt. Ook in dat geval acht ik echter een beroep op art. 6:228 lid 1 sub a BW niet zonder meer mogelijk, aangezien de hier verstrekte inlichting omtrent de *kilometerstand* als zodanig niet onjuist is. Slechts indien de verkoper onjuiste inlichtingen heeft verstrekt omtrent het *werkelijke* aantal gereden kilometers, terwijl die inlichtingen bovendien voldoende stellig en specifiek waren om een daarop gebaseerd vertrouwen van de koper te rechtvaardigen (par. 3.6.6),⁵²⁵ lijkt een beroep op dwaling wegens schending van een waarheidsplicht denkbaar.

In alle overige gevallen van verstoorde kilometertellers komt mijns inziens de wederzijdse dwaling van art. 6:228 lid 1 sub c BW als meest voor de hand liggende dwalingscategorie in aanmerking. Aangenomen dat hier om bewijs-technische redenen meestal tot uitgangspunt moet worden genomen dat de verkoper evenmin als de koper op de hoogte was van de onjuistheid van de weergegeven kilometerstand, rijst de vraag of de verkoper in dit verband gehouden was tot nader *onderzoek*. In par. 3.6.9 werd die vraag opgeworpen naar aanleiding van het arrest Gerards/Vijverberg.⁵²⁶ Het feit dat de professionele verkoper in die zaak reeds door de enkele raadpleging van het onderhoudsboekje de onjuistheid van de weergegeven kilometerstand had kunnen constateren, werd aldaar als potentiële grond voor een op de verkoper rustende onderzoeksplicht aanvaard. Meer in het algemeen brengt mijns inziens de *aard van de rechtsverhouding* tussen een professionele autoverkoper en een particuliere koper mee dat de verkoper – op straffe van vernietiging van de koopovereenkomst wegens wederzijdse dwaling – binnen redelijke grenzen zal moeten onderzoeken of de weergegeven kilometerstand overeenkomt met het werkelijke aantal gereden kilometers.

3.7.4 Koop onroerende zaken; NVM-akte

De gevallen van dwaling bij de koop van onroerende zaken nemen in de jurisprudentie een vooraanstaande positie in.⁵²⁷ Meestal gaat het om de koop van een woonhuis dat niet aan de verwachtingen van de koper voldoet. De vraag rijst dan of de teleurstelling van de koper kan worden herleid tot een dwaling in de zin van art. 6:228 BW, die te wijten is aan schending van een mededelings-, waarheids- of onderzoeksplicht door de verkoper. Deze vraag

⁵²⁵ In dit verband zal in beginsel tégen de koper pleiten dat het een feit van algemene bekendheid is, dat kilometertellers van tweedehands auto's regelmatig afwijken van de werkelijkheid. Vgl. par. 3.6.6.

⁵²⁶ HR 25 juni 1993, NJ 1994, 291 m.nt. CJHB (Gerards/Vijverberg).

⁵²⁷ Zie voor een inventarisatie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 90-91 en 149-150. Zie hierover ook uitvoerig Van Rossum 1991, p. 75 e.v.

is inhoudelijk verwant aan de conformiteitsvraag van art. 7:17 BW, waarbij immers ook de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper centraal staan (par. 3.11.7). De informatieplichten die hieronder in het kader van de dwaling worden besproken, lenen zich dan ook grotendeels voor overeenkomstige toepassing in het conformiteitsleerstuk. Over de precieze verhouding tussen de beide wettelijke kaders handelen par. 3.10.2 e.v. en par. 3.11.8.

Zowel bij dwaling als bij non-conformiteit geldt dat de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper in de eerste plaats worden beïnvloed door de – vrijwel altijd op schrift gestelde⁵²⁸ – *koopakte*. In de praktijk wordt vaak gebruik gemaakt van de standaard NVM-akte, een modelovereenkomst voor de koop van eengezinswoningen, opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Makelaars, de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis.⁵²⁹ Vooral art. 5 NVM-akte, waarin de staat van de onroerende zaak en het daarmee beoogde gebruik worden omschreven, is voor de invulling van de gerechtvaardigde verwachtingen van belang.

Art. 5.1 vangt aan met een soort algemene exoneratie, inhoudend dat de verkoper niet instaat voor de afwezigheid van gebreken van de woning. De koper aanvaardt de woning ‘in de staat waarin deze zich bij het tot stand komen van deze overeenkomst bevindt’, aldus het artikel, inclusief ‘zichtbare en onzichtbare gebreken’. De volgende (sub)artikelen dienen ter nuancering van dit uitgangspunt. Cruciaal is art. 5.3, waarin wordt bepaald dat de woning de feitelijke eigenschappen zal bezitten die nodig zijn voor een (nader door partijen te omschrijven) ‘normaal gebruik’. Volgens de bij de NVM-akte behorende toelichting wordt aldus een ‘vergaande uitzondering’ gemaakt op de hoofdregel van art. 5.1.⁵³⁰ Dienovereenkomstig betitelen sommige auteurs art. 5.3 als ‘garantie’ van geschiktheid voor normaal gebruik.⁵³¹ In werkelijkheid behelst het artikel niet meer dan de contractuele bevestiging van het wettelijke conformiteitsvereiste, zoals besloten liggend in art. 7:17 BW.⁵³² Die bepaling moet blijken de jurisprudentie van de Hoge Raad juist niet als een

528 Voor de particuliere woningkoop schrijft art. 7:2 lid 1 BW dit zelfs dwingend voor. Zie uitvoerig over het hier bedoelde schriftelijkheidsvereiste Breedveld-de Voogd 2007, p. 27 e.v.

529 De NVM-akte en de bijbehorende toelichting kunnen worden geraadpleegd via bijv. <www.eigenhuis.nl>. Voor de koop van bedrijfspanden en agrarisch onroerend goed bestaan vergelijkbare NVM-akten, die hier buiten beschouwing blijven.

530 Zie NVM-akte, toelichting bij art. 5.1 en 5.3.

531 Zie bijv. Van Rossum 2001, p. 843, 845; Dammingh 2000, p. 219, 337; Wanders 2000, p. 337; Dammingh 2002, p. 231-232; Tjittes 2006, p. 100 en 149 (anders nog Tjittes in *WPNR* 6659 (2006), p. 232); en Dammingh 2009, p. 124-125. Vgl. ook HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 575 m.nt. WMK (Christiaanse/Van Dijk), waar de Hoge Raad dezelfde terminologie hanteert.

532 Aldus bijv. Vlaanderen 2000, p. 515; Van Rossum 2001, p. 844; Vlaanderen 2006, p. 144; Van Rossum 2009, p. 86; en de NJ-annotatie van M.H. Wissink bij HR 23 december 2005, *NJ* 2010, 62 (De Rooij/Van Olphen), sub 1. Vgl. ook Breedveld-de Voogd 2007, p. 170, die betoogt dat het begrip ‘normaal gebruik’ in art. 5.3 NVM-akte in beginsel op dezelfde wijze dient te worden uitgelegd als in art. 7:17 BW.

garantie worden opgevat, althans niet in die zin dat met de non-conformiteit van het gekochte ook de toerekenbaarheid in de zin van art. 6:74 BW is gegeven.⁵³³ In die zin is het spreken van een gegarandeerde geschiktheid voor normaal gebruik niet zuiver.⁵³⁴ Dat blijkt ook uit de laatste volzin van art. 5.3, op grond waarvan de verkoper niet instaat voor de afwezigheid van gebreken die het normale gebruik belemmeren, voor zover die gebreken aan de koper *kenbaar* waren ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst. Blijkens de toelichting wordt hiermee gestreefd naar een evenwichtig regime van informatieplichten over en weer:

‘Het begrip “kenbaar” is ruimer dan “bekend”. Ook gebreken die de koper niet kent maar die hij had moeten ontdekken als hij voldoende zorgvuldig te werk was gegaan zijn “kenbaar”. Koper mag er dus niet zomaar vanuit gaan dat alles wel in orde is. Van koper wordt verwacht dat hij nagaat – of laat nagaan – of de zaak aan de door hem te stellen eisen voldoet. Het spreekwoord ‘wat niet weet, wat niet deert’ gaat hier niet op. Koper moet bij twijfel vragen stellen en/of zelf onderzoek (laten) verrichten. Dat betekent niet dat verkoper altijd zijn mond mag houden. Op hem rust een mededelingsplicht. Hij moet koper op de hoogte stellen van gebreken waarvan hij behoort te weten dat ze voor koper van belang zijn en waarvan hij weet of vermoedt dat koper ze niet kent. (...) Ook voor verkoper gaat het spreekwoord ‘wat niet weet, wat niet deert’ niet op. Als ondanks voldoende onderzoek door koper, achteraf blijkt dat ten tijde van de eigendomsoverdracht toch sprake is van een gebrek dat een normaal gebruik in de weg staat, kan verkoper daar in principe op worden aangesproken.’⁵³⁵

Goed beschouwd leidt toepasselijkheid van de NVM-akte dus niet tot een fundamenteel andere benadering van de wederzijdse informatieplichten bij dwaling. Wel kan in de praktijk gewicht toekomen aan art. 5.4 NVM-akte, dat betrekking heeft op de aanwezigheid van gevaarlijke of verontreinigende stoffen in en om de woning. In dit (nader door partijen in te vullen) artikel worden partijen geacht melding te maken van hun eventuele bekendheid met de aanwezigheid van (bodem)verontreiniging (art. 5.4.1), ondergrondse tanks (art. 5.4.2) of asbest (art. 5.4.3), respectievelijk met het bestaan van beschikkingen tot sanering in de zin van art. 55 Wet Bodembescherming. Volgens de toelichting bij het artikel hebben deze (on)bekendheidsverklaringen een ‘signaalfunctie’, in die zin dat zij koper en verkoper stimuleren om aan hun wederzijdse informatieplichten te voldoen. De gedachte is dat partijen meer attent zullen zijn op gevaarlijke of verontreinigende stoffen, wanneer zij worden gedwongen om hun kennis daaromtrent zwart op wit vast te leggen.

⁵³³ Vgl. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (Brok/Huberts), r.o. 3.3, besproken in par. 3.10.9. Zie voorts bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 329.

⁵³⁴ Anders bijv. Dammingh 2002, p. 233; en Dammingh 2009, p. 124-125, die meent dat art. 5.3 NVM-akte ‘wel degelijk als een *garantie* [moet] worden aangemerkt’.

⁵³⁵ NVM-akte, toelichting bij art. 5.3.

Daarnaast hebben de (on)bekendheidsverklaringen volgens de toelichting een 'bewijsfunctie', in die zin dat zij 'welles-nietes-discussies' over de vraag of partijen op de hoogte waren van de betrokken gebreken kunnen voorkomen.⁵³⁶ Voor het overige lijkt de *juridische* betekenis van de (on)bekendheidsverklaringen gering.⁵³⁷ Zij zijn met name níet bedoeld als garantie voor de koper of als vrijwaring van de verkoper (zie art. 5.13 NVM-akte). Welk van beide partijen het risico van de verontreiniging draagt, dient te worden beoordeeld aan de hand van art. 5.1 en 5.3 NVM-akte.⁵³⁸ De Hoge Raad heeft zulks bevestigd in het arrest Christiaanse/Van Dijk uit 2000, door het oordeel te sanctioneren dat een onbekendheidsverklaring van de verkoper in art. 5.4 'op geen enkele wijze afbreuk doet aan de garantie in art. 5.3'.⁵³⁹

3.7.5 Vervolg; deskundige bijstand

Met de introductie van de NVM-akte in par. 3.7.4 is tevens de aandacht gevestigd op een tweede bijzonderheid van de koop van onroerende zaken, namelijk dat partijen zich doorgaans laten bijstaan door een deskundige in de persoon van de *makelaar*.⁵⁴⁰ Deze betrokkenheid van de makelaar maakt de koop van woningen in theorie tot een relatief welberaden transactie. De praktijk is weerbarstiger, enerzijds omdat niet altijd *beide* partijen zich door een makelaar laten bijstaan, anderzijds omdat makelaars hun deskundigheid *de facto* niet altijd met partijen delen. Beide complicaties kunnen worden ondervangen door de kennis van de makelaar, en diens gedragingen, voor zover verricht in zijn hoedanigheid, toe te rekenen aan de partij die door hem wordt bijgestaan. Een dergelijke toerekening ligt voor de hand, nu partijen er normaliter op zullen mogen vertrouwen dat een makelaar met instemming en medeweten van zijn opdrachtgever handelt.⁵⁴¹ Dienovereenkomstig wordt in de lagere jurisprudentie bijvoorbeeld aanvaard dat onjuiste mededelingen van de makelaar van de verkoper in het kader van art. 6:228 lid 1 sub a BW aan de verkoper kunnen worden toegerekend.⁵⁴² Evenzo wordt aangenomen dat de mededelingsplicht van de verkoper uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub b BW mede wordt beïnvloed door hetgeen de koper omtrent zijn verwachtingen aan de

536 Zie NVM-akte, toelichting bij art. 5.4.1.

537 Vgl. Klik 1997, p. 88; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346c; en Dammingh 2009, p. 126.

538 Zie NVM-akte, toelichting bij art. 5.4.1, aan het slot. Vgl. ook Vlaanderen 2000, p. 518.

539 HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 575 m.nt. WMK (Christiaanse/Van Dijk), r.o. 3.4.

540 Zie hierover uitgebreid Dammingh 2002, in het bijzonder p. 239 e.v.

541 Zie in gelijke zin Dammingh 2002, p. 245; en Huijgen 2009, p. 6. Vgl. ook Castermans 1992a, p. 78, die in dit verband wijst op het belang van de precieze opdracht van de makelaar, alsmede HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 638 (Kuppers/WUH), r.o. 3.2, waaruit blijkt dat de Hoge Raad de omstandigheden van het geval beslissend acht. Zie meer in algemene zin over de hier bedoelde toerekening van kennis par. 5.2.7.

542 Zie bijv. Rb. Utrecht 23 mei 2007, *NJF* 2007, 333, r.o. 4.5 en 4.13.

makelaar van de verkoper kenbaar heeft gemaakt.⁵⁴³ Meer in het algemeen lijkt de feitenrechter geneigd om de kennis van de verkopersmakelaar, en diens verklaringen in de richting van de koper, toe te rekenen aan de verkoper.⁵⁴⁴ Maar ook de koper die zich door een makelaar laat bijstaan, draagt blijkens de jurisprudentie potentieel een verhoogde verantwoordelijkheid.⁵⁴⁵ Illustratief is het in par. 3.6.7 besproken arrest Kelly/Rietvelt. Het hof had in deze zaak geoordeeld dat verkoper Rietvelt niet had behoeven te begrijpen dat bepaalde onjuiste mededelingen van Rietvelt omtrent de eigenschappen van het verkochte pand voor koper Kelly essentieel waren. Volgens de Hoge Raad mocht het hof daarbij meewegen 'dat Kelly bij de aankoop werd bijgestaan door een makelaar'.⁵⁴⁶

Een derde bijzonderheid van de koop van onroerende zaken is gelegen in art. 3:89 BW, dat voor de levering de betrokkenheid van een *notaris* vereist. Anders dan de makelaar is de notaris geen 'partijdeskundige'. Hij wordt geacht zijn deskundigheid op neutrale wijze in te zetten, ten behoeve van koper en verkoper gezamenlijk.⁵⁴⁷ Tegen die achtergrond is wel bepleit om reeds bij de totstandkoming van de *koopakte* inschakeling van een notaris verplicht te stellen.⁵⁴⁸ De gedachte is dat vroegtijdige notariële bijstand de kans op teleurstellingen aan beide zijden verkleint, doordat de notaris partijen kan wijzen op hun wederzijdse informatieplichten.⁵⁴⁹ De wetgever heeft hierin geen heil gezien.⁵⁵⁰ In plaats van de notariële koopakte als preventief beschermingsinstrument voor beide partijen koos hij voor de correctieve werking van een 'bedenktijd' ten behoeve van de consument-koper. Sinds 2003 bepaalt art. 7:2

543 Zie bijv. Hof Amsterdam 8 november 2007, *NJF* 2008, 88, r.o. 3.4.4.

544 Zie bijv. Hof Arnhem 24 juni 1986, *NJ* 1988, 709, r.o. 5; en Rb. Middelburg 14 maart 2007, *LJN* BA3549, *NJF* 2007, 262, r.o. 4.3. Anders Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009, *LJN* BQ6356, *NJF* 2011, 369, r.o. 10.4.2, waar onder verwijzing naar HR 26 juni 2009, *LJN* BH9284, *NJ* 2010, 664 m.nt. Jac. Hijma (Wiggers/Makelaardij Sneek) wordt overwogen dat voor toerekening als hier bedoeld 'slechts in bijzondere omstandigheden' plaats is.

545 Vgl. over de positie van de koper die zich door een *architect* laat bijstaan: Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen 18 juli 1972, te kennen uit: HR 6 april 1973, *NJ* 1973, 459 m.nt. GJS (Merryweather/Hagemeyer); en Hof 's-Hertogenbosch 23 april 1997, r.o. 4.4, te kennen uit: HR 2 april 1999, *NJ* 1999, 585 (Van den Broek c.s./Van Dael).

546 HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 570 (Kelly/Rietvelt), r.o. 4.3.

547 Zie bijv. Breedveld-de Voogd 2007, p. 179 en 182. Overigens dient ingevolge art. 6:162 BW ook de makelaar tot op zekere hoogte met de belangen van *beide* partijen rekening te houden. Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 30 december 2008, *LJN* BH2220, *JA* 2009, 63, r.o. 4.

548 Zie bijv. Kleijn & Van Velten 1985, p. 112-113; Castermans 1992b, p. 273-274; Luijten 1993, p. 130-133; Huijgen 1997, p. 18-19, 20-21; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 134a; Breedveld-de Voogd 2007, p. 171 e.v.; Huijgen 2008, nr. 12; Keirse e.a. 2009, p. 80, 148-149, 226; en Van Velten 2010, p. 250.

549 Zie bijv. Breedveld-de Voogd 2007, p. 180. Vgl. ook HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL (Groninger huwelijksvoorwaarden), r.o. 3.3, besproken in par. 4.8.2, waaruit blijkt dat de notaris onder omstandigheden gehouden is te wijzen 'op specifieke aan de voorgenoemen rechtshandeling verbonden risico's'.

550 Zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, nr. 3, p. 3-4; en Verslag, *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, nr. 10, p. 17-23.

BW dat de koop van een woning door een consument schriftelijk dient te geschieden (lid 1) en dat de koper de overeenkomst gedurende drie dagen na terhandstelling van de koopakte kan ontbinden (lid 2).⁵⁵¹ De bepaling is in de literatuur bekritiseerd, vooral vanwege haar problematische inbedding in het contractenrecht en de potentieel verstrekkende consequenties ervan voor andere leerstukken.⁵⁵² Voor wat betreft het leerstuk der informatieplichten werd gevreesd dat de introductie van de wettelijke bedenktijd zou leiden tot een intensivering van kopers onderzoeksplicht.⁵⁵³ Men ging ervan uit dat een beroep op dwaling ná het verstrijken van de bedenktijd zou kunnen afstuiten op de gedachte dat de koper gedurende de bedenktijd nader onderzoek had moeten doen. Castermans verwoordde het als volgt:

‘Wie deze periode onbenut voorbij laat gaan, zal wellicht nog sneller een verwijt kunnen worden gemaakt dat hij zijn eigen zaken niet goed heeft behartigd. Het ligt immers in de rede het ijkpunt van de onderzoeksplicht te verleggen van het moment van de koop naar het einde van de afkoelingsperiode.’⁵⁵⁴

Tot op heden is een dergelijke postcontractuele ‘verzwaring’ van kopers onderzoeksplicht in de jurisprudentie niet aanvaard. Dat ligt ook niet erg voor de hand, gelet op de beschermingsgedachte die aan art. 7:2 lid 2 BW ten grondslag ligt.⁵⁵⁵ In die zin lijkt het zuiverder om de bedenktijd te beschouwen als een autonoom beschermingsinstrument, dat geen afbreuk doet aan de bescherming die voortvloeit uit andere leerstukken van het contractenrecht. Zo beschouwd is de praktische betekenis van art. 7:2 lid 2 BW voor het leerstuk der informatieplichten gering.⁵⁵⁶

Al met al heeft de koop van onroerend goed, vergeleken met bijvoorbeeld de handel in tweedehands auto’s, een relatief bezonnen karakter. Vrijwel altijd wordt deze transactie op schrift gesteld en in geval van particuliere woningkoop is zulks zelfs wettelijk verplicht (art. 7:2 lid 1 BW). De koopakte pleegt met zorg te worden opgesteld, waartoe dikwijls gebruik wordt gemaakt van door brancheorganisaties opgestelde modelakten, die in de praktijk hun nut hebben bewezen (par. 3.7.4). Bijstand door deskundige makelaars is bij aan- en verkoop min of meer gebruikelijk. Betrokkenheid van de notaris is, althans

551 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 133 e.v.

552 Zie bijv. Hartlief & Reurich 1999, p. 50; Hijma 2004, p. 23 e.v., 86; Valk 2004, p. 140-141; Breedveld-de Voogd 2007, p. 207 e.v.; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 134a (met verdere vindplaatsen).

553 Zie bijv. Castermans 1992b, p. 272; Van Rossum 1995, p. 109; Hartlief & Reurich 1999, p. 50; Hijma 2004, p. 25-26; en Keirse e.a. 2009, p. 72. Vgl. ook Verslag, *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, p. 18-19.

554 Castermans 1992b, p. 272.

555 Vgl. Valk 1998, p. 14-15; en Hijma 2004, p. 26.

556 Aldus ook Castermans zelf, concluderend na vooropstelling van bovenstaand citaat. Zie Castermans 1992a, p. 272. Zie in gelijke zin Verslag, *Kamerstukken II* 2000/01, 23095, p. 18-19; en Breedveld-de Voogd 2007, p. 272-276.

in het kader van de levering, wettelijk voorgeschreven.⁵⁵⁷ Dat desalniettemin de kans op teleurstellingen reëel is, blijkt uit de nu te bespreken gevalstypen.

3.7.6 Vervolg; (bouw)technische gebreken

Op uiteenlopende manieren kan de koper van een woonhuis in zijn verwachtingen worden teleurgesteld. Het meest karakteristiek zijn de gevallen van dwaling omtrent een (bouw)technisch gebrek van de woning. Gedacht kan worden aan lekkages, scheurvorming of verzakking, maar ook aan de frequente gevallen van aangetast houtwerk als gevolg van houtrot of schimmel ('zwamzaken', zoals Hijma ze noemt⁵⁵⁸). Anders dan bij de koop van onveilige tweedehands auto's (par. 3.7.2) hanteert de Hoge Raad op dit terrein geen bijzondere vuistregel ter bescherming van de veiligheid van de koper. Dat ligt voor de hand, omdat bij de koop van een in technisch opzicht gebrekkig huis normaliter niet lijf en leden van de koper, maar hoogstens diens wooncomfort en financieel belang in gevaar zijn.⁵⁵⁹ Hier geldt derhalve, conform art. 5.1 en 5.3 laatste volzin NVM-akte, als uitgangspunt dat de koper zelf onderzoek zal moeten doen ter voorkoming van teleurstellingen. Van geval tot geval zullen goede argumenten moeten worden gevonden voor het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht (vgl. par. 3.1.2).

Sommige auteurs betogen in dit verband dat concrete *kennis* van enig gebrek aan de zijde van de verkoper reeds een sterk argument voor het aannemen van een mededelingsplicht vormt. Zo concludeert Dammingh uit het in par. 3.7.7 te bespreken arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg:

'Kortom: een mededelingsplicht wordt (zeer) spoedig aanwezig geacht indien de verkoper het gebrek kende. Alsdan is niet of nauwelijks (meer) van belang of en in welke mate de koper onderzoek heeft gedaan.'⁵⁶⁰

Wie het weet moet het zeggen, zo lijkt de boodschap. Aldus geformuleerd zou ik die benadering niet willen onderschrijven. Wat mij betreft is kennis van de feiten een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor het aannemen van een mededelingsplicht (vgl. par. 3.6.1). Anders gezegd: de verkeersopvattingen brengen niet mee dat beschikbare kennis *per se* met de wederpartij moet worden gedeeld. Zonneklaar is dat bijvoorbeeld in de situatie waarin de bij de verkoper aanwezige kennis ook aan de koper ter beschikking

557 Vgl. Huijgen 2008, nr. 9a, die aangeeft dat de notaris ook in dat stadium 'als een soort van zeef' de meeste dwalingsgevallen zal kunnen onderscheppen.

558 Zie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 91. Zie ook aant. 150.

559 Vgl. par. 3.7.9 over gevaarlijke of verontreinigende stoffen in en om de woning, die uiteraard wel consequenties kunnen hebben voor de veiligheid van de koper.

560 Dammingh 2002, p. 221. Zie in gelijke zin bijv. Van Rossum 1997a, p. 447; Dammingh 2000, p. 217; en Van Rossum 2001, p. 840-841.

stond.⁵⁶¹ Zo wordt algemeen aanvaard dat de verkoper van een oud huis niet snel gehouden is tot een mededeling over de hem bekende *ouderdomsgebreken* van het huis, aangezien de potentiële aanwezigheid van zulke gebreken algemeen bekend mag worden verondersteld en derhalve bij gebrek aan nader onderzoek voor rekening van de koper komt.⁵⁶² Dienovereenkomstig is in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat de koper die houtworm waarneemt in de zichtbare delen van een monumentaal pand, nader onderzoek moet doen, ook indien de zichtbare door houtworm aangetaste delen nog goed hard zijn.⁵⁶³ Hier weerklinkt de *aard van de betrokken informatie* als gezichtspunt, en in het bijzonder de traceerbaarheid c.q. voorspelbaarheid van de gebreken in kwestie (vgl. par. 3.6.3).

Welke gezichtspunten kunnen overigens een rol spelen bij de aankoop van een in (bouw)technisch opzicht gebrekkige woning? De *aard van de betrokken belangen* zal meestal niet dwingend in het voordeel van de koper pleiten. Vooropgesteld dat de veiligheid van de koper hier normaliter niet in het geding is, lijkt het enkele feit dat de koper wordt geconfronteerd met onderhouds- of reparatiekosten in verband met een technisch gebrek onvoldoende voor het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht. Tot op zekere hoogte zijn zulke kosten immers inherent aan het bezit van een woning als zodanig. Slechts indien daadwerkelijk het 'woonbelang' van de koper wordt aangetast, doordat sprake is van gebreken die zo ernstig zijn dat normaal gebruik van de woning in de zin van art. 7:17 lid 2 BW en 5.3 NVM-akte onmogelijk is, ligt het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht in het licht van de *aard van de betrokken belangen* voor de hand. Daarbij zal ook de *aard van de rechtsverhouding* moeten worden meegewogen. Het feit dat de koper zich bijvoorbeeld tijdens bezichtiging van de woning heeft laten bijstaan door een makelaar, die op grond van zijn deskundigheid het gebrek in kwestie mocht worden geacht te kennen, kan meebrengen dat de dwaling alsnog wegens schending van een onderzoeksplicht voor rekening van de koper blijft (vgl. par. 3.7.5). Meer in het algemeen is in dit verband de wederzijdse deskundigheid van partijen ter zake van (bouw)technische gebreken van groot belang.

Ius in causa positum is hier dus het devies, zoals duidelijk blijkt uit het nu te bespreken arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, dat de koop van een woning met ernstige scheurvorming betrof.⁵⁶⁴ Het arrest illustreert tevens dat de eigen verantwoordelijkheid van de koper, die hierboven als algemeen uitgangspunt voorop werd gesteld, niet absoluut is. De *aard van de rechtsver-*

561 Vgl. HR 14 november 2008, L/JN BF0407, NJ 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8

562 Zie bijv. Rb. Middelburg 22 december 2010, L/JN BP5008, NJF 2011, 137, r.o. 4.9, alsmede Dammingh 2002, p. 218; en T&C Vermogensrecht (Valk), art. 228, aant. 5b.

563 Rb. Arnhem 20 september 2006, NJF 2006, 566, r.o. 4.3. Zie ook Hof Arnhem 18 maart 2008, L/JN BD1170, NJF 2008, 257, r.o. 4.9, voor de bekrachtiging van dit vonnis in hoger beroep.

564 HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg).

houding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen kunnen meebrengen dat op de verkoper een mededelingsplicht komt te rusten omtrent het (bouw)technische gebrek in kwestie. Volgens de Hoge Raad strekt een dergelijke mededelingsplicht ertoe om 'ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden'. Hoewel een bijzondere vuistregel ter bescherming van de koper, vergelijkbaar met die voor de koop van onveilige tweedehands auto's (par. 3.7.2), op dit terrein ontbreekt, geniet de koper van een in (bouw)technisch opzicht gebrekkige woning dus wél de meer algemene bescherming van de bekende prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht (par. 3.6.16).

3.7.7 Vervolg; Offringa/Vinck en Van Rosberg

Medio 1992 kocht Offringa een op Curaçao gelegen woning van het echtpaar Vinck en Van Rosberg. Voorafgaand aan de koop had Offringa, een leek op bouwkundig gebied, de woning tweemaal bezichtigd. Tevens had hij kennisgenomen van een in opdracht van de verkopers opgesteld taxatierapport, waarin de onderhoudstoestand van de woning werd gekwalificeerd als 'goed'. Desalniettemin bleek naderhand dat de woning 'ernstige scheurvorming' vertoonde, die door een gebrekkige fundering werd veroorzaakt en derhalve 'van structurele aard' was. Met de oplossing van dit probleem bleek ongeveer een kwart van de koopprijs te zijn gemoeid. De verkopers waren er kennelijk van op de hoogte geweest, want omstreeks 1989 had een aannemer hen al gewaarschuwd dat er sprake was van scheurvorming door verzakkingen, en 'dat het veel geld zou kosten om de scheurvorming permanent op te lossen'. Vinck en Van Rosberg hadden hierover tegenover Offringa gezwezen. Offringa had op zijn beurt niet om nadere informatie gevraagd, toen hij tijdens de bezichtiging 'zettingen' en 'scheuren' had geconstateerd. Kennelijk realiseerde hij zich toen niet dat deze duiden op een structureel probleem. In die arge-loosheid stond hij niet alleen. Ook de beëdigd taxateur, opsteller van het taxatierapport, verklaarde in rechte dat hij bij bezichtiging van de woning geen aanwijzingen had gevonden voor een 'structureel scheurenprobleem'. De vaststaande feiten doen vermoeden dat Vinck en Van Rosberg zich hebben beijverd om zulke aanwijzingen te maskeren. Ten tijde van de bezichtiging waren vele grote scheuren bedekt door 'panelling' op de wanden, terwijl een deel van de zichtbare scheuren 'keurig gerepareerd' was. Veelzeggend was ook de toestand van het bij de woning behorende zwembad, dat tijdens de bezichtiging gevuld was en normaal leek te functioneren, terwijl het na aankoop 'al geruime tijd' lek bleek te zijn.

Offringa vorderde in rechte vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling of bedrog, althans schadevergoeding wegens wanprestatie. Na een toewijzend vonnis in eerste aanleg kreeg hij van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba alsnog ongelijk. De belang-

rijkste reden was dat het hof ervan uitging dat Vinck en Van Rosberg voorafgaand aan de koop aan Offringa hadden *medegedeeld* dat er sprake was van scheurvorming. Tegen die achtergrond oordeelde het hof, mede gezien het feit dat het optimistische taxatierapport slechts één pagina besloeg en derhalve ‘zeer summier’ was, terwijl het bovendien was opgesteld in opdracht van de *verkopers*, dat Offringa was tekortgeschoten in zijn onderzoeksplicht ter zake van de zichtbare scheuren in de woning.

In cassatie krijgt de zaak een andere wending, doordat de Hoge Raad weigert als vaststaand feit te aanvaarden dat Vinck en Van Rosberg een mededeling hadden gedaan omtrent de scheurvorming.⁵⁶⁵ Deze feitelijke heroriëntatie is cruciaal, want waar het hof de mededelingsplicht buiten beeld liet – er wás immers volgens het hof een mededeling gedaan – komt in cassatie hierop alsnog de nadruk te liggen. In r.o. 3.5 zet de Hoge Raad zijn visie op de mededelingsplicht principieel uiteen:

‘Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat, wanneer een partij vóór de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven teneinde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent de betreffende punten een onjuiste voorstelling zou maken, de goede trouw zich in het algemeen ertegen zal verzetten dat eerstgenoemde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling aan zichzelf heeft te wijten.

In deze, in vaste rechtspraak van de Hoge Raad aanvaarde regel ligt besloten dat het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, niet uitsluit dat de andere partij terzake van diezelfde gegevens een mededelingsplicht heeft.

Bij het beantwoorden van de vraag of een partij terzake van bepaalde relevante gegevens naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht heeft, dan wel of hij die gegevens voor zich mag houden omdat hij erop mag vertrouwen dat zijn wederpartij, die gehouden is om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, ter nakoming van deze verplichting een onderzoek zal instellen en daardoor met meerbedeelde gegevens bekend zal worden, moet niet alleen worden gelet op alle bijzonderheden van het gegeven geval – die dan ook zo volledig en zo nauwkeurig mogelijk behoren te worden vastgesteld –, maar ook en vooral daarop dat voormelde regel juist ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens (vgl. voor dit laatste: HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251, rov. 3.4 slot).’

De geciteerde overweging vangt aan met de vooropstelling van de bekende prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht, die voorheen

565 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), r.o. 3.6 aan het slot, alwaar de Hoge Raad op dit punt een motiveringsgebrek constateert. *Anders* A-G Langemeijer, die in zijn conclusie wel uitgaat van de bedoelde mededeling.

reeds in vaste jurisprudentie lag besloten (par. 3.6.16). Nieuw is de overweging, in de tweede volzin van het citaat, dat die regel een potentiële *overlap* tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht impliceert. Schijnbaar laconiek leidt de Hoge Raad deze overlap af uit de prioriteitsregel zelf. Als de mededelingsplicht boven de onderzoeksplicht *prevaleert*, zo redeneert hij, kunnen de beide plichten blijkbaar tegelijkertijd bestaan. Die redenering moge in taalkundig opzicht voor de hand liggen, inhoudelijk is zij niet dwingend. Uitgaande van de traditionele opvatting inzake het 'omslagpunt' tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling vindt immers de gewenste afweging tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht in een *preliminair* stadium plaats. Komt de mededelingsplicht daarbij als winnaar uit de bus, dan is de onderzoeksplicht in zoverre een gepasseerd station, en *vice versa* (par. 3.6.13).

Met zijn formulering van de derde volzin lijkt de Hoge Raad weer enigszins afbreuk te doen aan de zojuist geconstrueerde overlap.⁵⁶⁶ Mededelingsplicht en onderzoeksplicht worden hier alsnog op de vertrouwde wijze tegenover elkaar geplaatst ('dan wel'), als keerzijden van dezelfde medaille. Meer in het algemeen wordt in de derde volzin de voorafgaande vooropstelling van de mededelingsplicht aanzienlijk genuanceerd, doordat de Hoge Raad benadrukt dat in dit verband de omstandigheden van het geval beslissend zijn. De feitenrechter heeft de – niet geringe – taak om 'alle bijzonderheden van het gegeven geval (...) zo volledig en zo nauwkeurig mogelijk' vast te stellen. Geheel vrij laat de Hoge Raad hem daarin niet, gezien de toevoeging dat de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht 'juist ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens'. Deze beschermingsstrekking was reeds bekend uit het arrest Van Geest/Nederlof, waarnaar de Hoge Raad in het citaat verwijst. Nieuw is de toevoeging dat de feitenrechter bij zijn afweging van mededelingsplicht en onderzoeksplicht 'ook en vooral daarop' moet letten. In par. 3.6.3 werd al betoogd dat de toegevoegde waarde van een dergelijk redeneringsvoorschrift beperkt is, omdat het bij dwaling juist gaat om de vraag *hoever* de bescherming van de dwalende moet strekken. In zekere zin is het bedoelde voorschrift zelfs riskant, omdat het de feitenrechter zou kunnen stimuleren om vrijelijk informatieplichten ter bescherming van de onvoorzichtige koper aan te nemen, zonder daartoe een motivering te zoeken in de omstandigheden van het geval. Dat is blijkens de geciteerde overweging juist niet de bedoeling van de Hoge Raad.

Na deze algemene vooropstelling in r.o. 3.5 volgt de inhoudelijke afdoening van de zaak in r.o. 3.6-3.8. Daarbij schuwt de Hoge Raad de diepten van het dossier niet, zoals blijkt uit de minutieuze wijze waarop hij in r.o. 3.6 's hofs motivering bekritiseert. Om te beginnen had het hof geen aandacht besteed aan Offringa's stelling dat tijdens de bezichtiging het bij de woning behorende

⁵⁶⁶ Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 (L.E. Beheer/Stijnman), sub 3.

zwembad ondanks lekkage gevuld was. Nu in die stelling volgens Offringa een aanwijzing lag besloten ‘dat bij de verkopers opzet tot misleiding had voorgezeten’, had het hof daarop volgens de Hoge Raad nader moeten ingaan. Het hier gebezigde argument, de aanwezigheid van omstandigheden die het zwijgen van de verkoper ‘verdacht’ maken, speelt waarschijnlijk in vele gevallen een rol.⁵⁶⁷ Hoewel het in de praktijk vaak zal stuklopen op beperkingen van bewijstechnische aard, lijkt het terecht dat de Hoge Raad er aandacht voor vraagt. Ook de literatuur erkent het gewicht van dit ‘clean hands’-argument.⁵⁶⁸ Kleijn besteedt er in zijn annotatie bij het arrest uitdrukkelijk aandacht aan en concludeert dat ‘de rechtsvinding bij verborgen gebreken van het gekochte mede afhankelijk [zal] blijven van de mate waarin het niet spreken meer zweemt naar een vorm van misleiding van de koper’.⁵⁶⁹

Een tweede motiveringsgebrek heeft betrekking op de mededeling die Vinck en Van Rosberg volgens het hof aan Offringa hadden gedaan. Hierboven bleek al dat de Hoge Raad die mededeling niet als vaststaand feit aanvaardt. Meer in het bijzonder koestert hij twijfels omtrent de precieze *inhoud* van de door het hof veronderstelde mededeling. Hij overweegt daartoe, in het vervolg van r.o. 3.6:

‘Voorts valt, vooral tegen de achtergrond van de gedingstukken, op dat het Hof onder 3 als een van de feiten waarvan het uitgaat, slechts vermeldt dat de verkopers de koper hebben meegedeeld dat “er *scheuren* in de woning zaten”, maar onder 4, tweede alinea, zonder meer als vaststaand aanmerkt dat de verkopers de koper hebben meegedeeld “dat er *scheurvorming* in het huis aanwezig is”, terwijl het in de derde alinea zelfs veronderstelt dat de verkopers de koper op “*de* scheurvorming in het huis” hebben “*gewezen*”. Zonder nadere motivering, welke ontbreekt, blijft onduidelijk of het Hof telkens hetzelfde bedoelt, dan wel zich niet heeft gerealiseerd dat sprake is van drie onderscheiden, steeds ernstiger wordende gevallen, noch dat verschil in intensiteit bestaat tussen iemand iets meedelen en iemand ergens op wijzen.’

Op het eerste gezicht is hier sprake van een woordenspel. Aangenomen dat scheurvorming aan iedere scheur voorafgaat, lijkt tussen een mededeling omtrent ‘scheurvorming’ en een mededeling omtrent ‘scheuren’ geen principieel verschil te bestaan. En het moge zo zijn dat ‘mededelen’ ietwat neutraler klinkt dan ‘wijzen op’, voor het aannemen van een motiveringsgebrek lijkt een dergelijk nuanceverschil toch onvoldoende (vgl. par. 2.3.2). Waarschijnlijk heeft de Hoge Raad een gewichtiger reden om zich niet te conformeren aan de interpretatie die het hof als feitenrechter aan de beweerde mededeling

⁵⁶⁷ Zie bijv. Hof ‘s-Gravenhage 11 november 2008, *LJN* BH1619, *Prg.* 2009, 80, r.o. 6.

⁵⁶⁸ Zie bijv. Raaijmakers 2002, p. 73; Asser/Vranken*** (2005), nr. 38; en Hardy 2009, p. 100. Zie par. 5.3.5 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

⁵⁶⁹ Zie de NJ-annotatie van W.M. Kleijn bij het arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, sub 4.

gaf.⁵⁷⁰ Huizen met scheurvorming komen in de praktijk veelvuldig voor. Wat de onderhavige woning bijzonder maakte, was het structurele karakter van de scheurvorming, te wijten aan een gebrekkige fundering. Dáárover hadden Vinck en Van Rosberg, ondanks hun kennis ter zake, niets gezegd. In zoverre was de beweerde mededeling – al aangenomen dat die was gedaan – niet ter zake dienend, althans niet doorslaggevend.⁵⁷¹ Anders gezegd: gelet op de *aard van de betrokken informatie* (par. 3.6.3) leverde die mededeling in casu onvoldoende grond op voor het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van Offringa.

De aannemelijkheid van de hier bepleite lezing wordt bevestigd door r.o. 3.7, waarin de Hoge Raad toekomt aan de kern van zijn bezwaren tegen 's hofs oordeel:

'Reeds de hiervoor in 3.6 aangestipte feiten in 's hofs motivering maken dat zijn daarop voortbouwende oordelen (...) geen stand kunnen houden. Deze oordelen geven overigens ook als zodanig blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is immers, blijkens het in 3.5 overwogene, onjuist om, zoals het Hof heeft gedaan, ervan uit te gaan dat het oordeel dat de koper is tekortgeschoten in de in de gegeven omstandigheden op hem rustende plicht om te onderzoeken hoe ernstig de scheurvorming in het huis was, of deze een structureel karakter droeg en zo ja wat daarvan de oorzaak was, zonder meer de slotsom wettigt dat op de verkopers terzake geen mededelingsplicht rustte. Het Hof had zich, integendeel, de vraag moeten stellen of de verkopers, die (...) *wisten* dat de scheurvorming in het huis van structurele aard is en wordt veroorzaakt doordien de fundering van het huis te wensen overlaat, alsmede dat de oplossing van het probleem zeer kostbaar is waardoor de waarde van het huis ernstig wordt aangetast, toen zij constateerden dat de koper zo onvoorzichtig was om, hoewel hij scheurvorming en zettingen had gezien en hoewel hem (in de visie van het Hof) ook was "meegedeeld dat er scheurvorming in het huis aanwezig was", geen vragen omtrent scheurvorming te stellen en daarnaar geen verder onderzoek te doen, naar de in het verkeer geldende opvattingen gehouden waren hem van voormelde, hun bekende feiten mededeling te doen. Het antwoord zal afhangen van hetgeen omtrent voormelde, veronderstellenderwijs aangenomen feiten en de andere omstandigheden van het geval zal komen vast te staan en zal derhalve eerst na een nader onderzoek te dier zake kunnen worden gegeven.'

Kennelijk heeft de Hoge Raad vooral moeite met *eenzijdige* oordelen zoals hier bestreden, waarin een onderzoeksplicht van de onvoorzichtige koper wordt aanvaard zonder noemenswaardige aandacht te besteden aan de potentiële mededelingsplicht van de verkoper. Het hof nam op voorhand aan dat Offringa zijn onderzoeksplicht had geschonden en concludeerde reeds dááruit dat op Vinck en Van Rosberg geen mededelingsplicht rustte. De mededelingsplicht

570 Vgl. de conclusie van A-G Langemeijer, sub 2.3, die daarmee wel genoegen neemt.

571 Vgl. Lammers 1998, p. 126, alsmede de conclusie van A-G Spier voor HR 30 juni 2006, L/JN AX9395, RvdW 2006, 683, sub 3.17.2.

bleef aldus in feite onbesproken, terwijl de omstandigheden van het geval juist onmiskenbare aanknopingspunten voor het aannemen van een mededelingsplicht bevatten. Vinck en Van Rosberg waren ten tijde van de verkoop op de hoogte van een 'structureel scheurenprobleem', alsook van de hoge kosten die daarmee gemoeid waren. Aldus droegen zij kennis van een uitzonderlijk gebrek van bouwtechnische aard, dat – gelet op de verklaring van de beëdigd taxateur – niet eenvoudig te ontdekken viel. Reeds de *aard van de betrokken informatie* pleitte dus voor het aannemen van een op Vinck en Van Rosberg rustende mededelingsplicht. Gelet op de buitengewone ernst van het scheurenprobleem, dat te wijten was aan een gebrekkige fundering en derhalve tot een kostbare reparatie noopte, gold voor de *aard van de betrokken belangen* hetzelfde. De *aard van de rechtsverhouding*, ten slotte, werd hierdoor gekenmerkt dat Vinck en Van Rosberg hun specifieke kennis ontleenden aan het deskundig advies van een aannemer, terwijl Offringa, als ondeskundige leek, zijn beslissing tot aankoop moest baseren op een 'zeer summier' taxatierapport van de zijde van de verkopers, waarin het scheurenprobleem werd miskend, alsmede op een tweetal bezichtigingen, waarbij mede door toedoen van de verkopers geen representatief beeld van de bouwkundige staat van de woning werd gegeven. Al met al was 's hofs keuze voor een onderzoeksplicht aan de zijde van Offringa, met voorbijgaan aan de mededelingsplicht van Vinck en Van Rosberg, inderdaad al te lichtvaardig.

Wat betekent het voorgaande voor de dogmatische hoofdmoot van het arrest, de aanvaarding van een potentiële *overlap* tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht? Het lijkt aannemelijk dat de keuze van de Hoge Raad voor een dergelijke overlap vooral is ingegeven door de wens om de feitenrechter – in dit geval het Antilliaanse Hof – ervan te weerhouden een onderzoeksplicht van de onvoorzichtige koper te aanvaarden zónder aandacht te besteden aan de potentiële mededelingsplicht van de verkoper.⁵⁷² Dat is uiteraard behartigenswaardig, maar de Hoge Raad kiest voor een dogmatisch paardenmiddel, dat zijn doel – helder gemotiveerde vonnissen – denkkelijk voorbijschiet. De aanvaarding van een potentiële overlap was niet nodig voor vernietiging in de onderhavige zaak. Ook uitgaande van een omslagpunt tussen de wederzijdse informatieplichten leed 's hofs vonnis duidelijk aan een motiveringsgebrek. Eerst ná beoordeling van de potentiële mededelingsplicht van Vinck en Van Rosberg had het hof kunnen concluderen dat de dwaling wegens schending van een onderzoeksplicht voor rekening van Offringa moest blijven. Door zich van begin af aan te concentreren op die onderzoeksplicht, en de mededelingsplicht buiten beschouwing te laten, miskende het hof het complementaire karakter van de beide informatieplichten. De Hoge Raad doet nu hetzelfde, door te kiezen voor *ontkoppeling* van mededelingsplicht en onderzoeksplicht (vgl. par. 3.6.14). Zo beschouwd lijkt de beslissing van de Hoge

572 Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 (L.E. Beheer/Stijnman), sub 3.

Raad, bedoeld om eenzijdige redeneringen te voorkomen, juist potentieel bevorderlijk voor zulke redeneringen. Illustratief is het nu te bespreken arrest Van Dalfsen/Gemeente Kampen uit 2008, waarin het ging om de koper van een monumentaal pand, die concrete aanwijzingen had dat de bovenverdieping daarvan ongeschikt was voor het door hem beoogde gebruik als feestzaal, en die desondanks meende dat de verkoper hem hierop had moeten wijzen, gelet op de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht. Terecht werd die stelling door de Hoge Raad verworpen.⁵⁷³

3.7.8 Vervolg; Van Dalfsen/Gemeente Kampen

Van Dalfsen was exploitant van restaurant De Roggebot te Kampen, waarvoor hij een nieuwe locatie zocht. In het najaar van 2001 is hij in overleg getreden met de Gemeente Kampen over de aankoop van een monumentaal pand, daterend uit circa 1500, dat bij de gemeente in gebruik was als kantoorruimte. Halverwege 2002 heeft Van Dalfsen – vooruitlopend op een eventuele aankoop – bij de gemeente een bouwvergunning aangevraagd voor de beoogde verbouwing van het pand. De bijbehorende bouwtekening vermeldde als opmerking van de door Van Dalfsen ingeschakelde architect: ‘dakconstructie c.q. vloeren controleren op toekomstige belastingen!’. In reactie op de vergunningaanvraag heeft de gemeente laten weten dat deze niet voldeed aan de wettelijke eisen. Meer in het bijzonder heeft zij Van Dalfsen gevraagd om constructieve berekeningen en een ‘kwaliteitsverklaring’ omtrent de verdiepingsvloerconstructie. Ook de Overijsselse welstandscommissie oordeelde – in een brief aan het college van B&W, die aan Van Dalfsen werd doorgezonden – dat de belastbaarheid van de verdiepingsvloer een punt van aandacht was. Eind 2002 heeft Van Dalfsen het pand gekocht. Enkele maanden later rapporteerde zijn aannemer dat de verdiepingsvloerconstructie inderdaad problemen opleverde, meer in het bijzonder omdat de eerste verdiepingsvloer, in de staat waarin deze zich bevond ten tijde van de aankoop, niet sterk genoeg was voor het door Van Dalfsen beoogde gebruik van de bovenverdieping als feestzaal. Tegen deze achtergrond weigerde Van Dalfsen mee te werken aan de eigendomsoverdracht en heeft hij zijn restaurant verplaatst naar Ermelo.

In de onderhavige procedure vorderde de Gemeente Kampen nakoming van de gesloten koopovereenkomst, respectievelijk schadevergoeding wegens wanprestatie.⁵⁷⁴ Ten verweere beriep Van Dalfsen zich op non-conformiteit

573 HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen).

574 In eerste aanleg werd nakoming gevorderd. In appel koos de gemeente, die het pand intussen met verlies had doorverkocht, voor een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie.

van het verkochte pand wegens schending van een mededelingsplicht.⁵⁷⁵ Meer in het bijzonder betoogde Van Dalfsen dat de gemeente wist van de door hem beoogde bestemming van het pand als restaurant en dat zij hem tegen die achtergrond had moeten informeren over een rapport van de afdeling Bouw- en Woningtoezicht, waarover de gemeente sinds een eerdere renovatie anno 1991 beschikte en waarin een zogenaamde 'sterkteberekening' was opgenomen, die uitwees dat de vloer ongeschikt was voor een restaurantfunctie.⁵⁷⁶ De rechtbank honoreerde dit verweer, maar het hof koos de kant van de gemeente. Volgens het hof bestond onder de gegeven omstandigheden *onzekerheid* over de constructieve geschiktheid van het pand voor de beoogde bestemming, zodat op Van Dalfsen ter zake een 'bijzondere onderzoeksplicht' rustte. Het feit dat de gemeente beschikte over het bewuste rapport met sterkteberekening kon volgens het hof aan deze onderzoeksplicht 'geen afbreuk (...) doen, ook al had de gemeente deze berekening aan Van Dalfsen kenbaar moeten maken'.⁵⁷⁷

In cassatie klaagt Van Dalfsen dat het hof de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht heeft miskend (par. 3.6.16), althans dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom in dit geval een uitzondering op die regel mocht worden gemaakt. De Hoge Raad verenigt zich echter met 's hofs contextgebonden oordeel en verwerpt, in navolging van de conclusie van plaatsvervangend Procureur-Generaal De Vries Lentsch-Kostense,⁵⁷⁸ het cassatieberoep. In r.o. 3.4.2 stelt de Hoge Raad de bedoelde prioriteitsregel voorop, waarvan hij het toepassingsbereik voor de gelegenheid uitbreidt tot het terrein van de non-conformiteit:

'Op zichzelf is juist het aan de klacht ten grondslag liggende uitgangspunt dat in het algemeen aan een koper, ook een onvoorzichtige koper, niet zal kunnen worden tegengeworpen dat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de eigenschappen van het gekochte, wanneer de verkoper dienaangaande naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht had maar heeft nagelaten de koper op de hoogte te stellen van bij de verkoper bekende feitelijke gegevens die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag welke eigenschappen de koper met het oog op de beoogde bestemming van het gekochte mocht verwachten (...).'

Vervolgens zet de Hoge Raad uiteen waarom het hof de prioriteitsregel in casu niet heeft miskend en zijn desbetreffende oordeel ook niet ontoereikend

⁵⁷⁵ Wettelijk kader was dus art. 7:17 BW. Zie over de samenhang tussen de leerstukken dwaling en niet-nakoming par. 3.10.2 en voorts over informatieplichten ex art. 7:17 BW par. 3.11.8.

⁵⁷⁶ Hoewel de geplande feestzaal op de bovenverdieping kennelijk de concrete aanleiding was voor het onderhavige geschil (vgl. r.o. 4.2 van 's hofs tussenarrest), werd de conformiteitsdiscussie uiteindelijk breder getrokken, namelijk in termen van de geschiktheid van de vloerconstructie voor een restaurantfunctie als zodanig (vgl. r.o. 4.3 van 's hofs tussenarrest).

⁵⁷⁷ Zie resp. r.o. 4.6 en 4.4 van 's hofs tussenarrest.

⁵⁷⁸ Zie haar conclusie, sub 17.

heeft gemotiveerd. De door het hof meegewogen omstandigheden komen er volgens de Hoge Raad op neer (a) dat *zichtbaar* was dat de houten steunbalken van de eerste verdieping sterk doorgebogen waren, (b) dat Van Dalfsen was voorzien van deskundige bijstand in de persoon van zijn architect, die hem bovendien uitdrukkelijk op de belastbaarheidseisen had geattendeerd, (c) dat ook de welstandscommissie had gewaarschuwd voor de onderhavige problematiek en (d) dat de gemeente zelf bij Van Dalfsen had aangedrongen op het inleveren van constructieve berekeningen. Tegen deze achtergrond concludeert de Hoge Raad (r.o. 3.4.2):

‘Een en ander komt erop neer dat naar het oordeel van het hof de Gemeente weliswaar de sterkteberekening uit 1991 bij de afdeling Bouw- en Woningtoezicht had moeten opvragen en aan Van Dalfsen had moeten geven, maar dat in het licht van hetgeen de Gemeente overigens aan Van Dalfsen heeft medegedeeld en hetgeen bij Van Dalfsen al bekend was omtrent de beperkte belastbaarheid van de vloer van de eerste verdieping, in het onderhavige geval de Gemeente desondanks zich erop mag beroepen dat Van Dalfsen ook zelf enig verder onderzoek had behoren te doen.’

Evenals in het arrest Offringa/Vinck en Van Rosberg, besproken in de voorgaande paragraaf, construeert de Hoge Raad een *overlap* tussen de wederzijdse informatieplichten.⁵⁷⁹ De gedachte is dat de gemeente Van Dalfsen had moeten attenderen op het bewuste rapport met sterkteberekening,⁵⁸⁰ maar dat Van Dalfsen zich niet op de schending van deze mededelingsplicht kan beroepen, omdat hij ter zake onvoldoende onderzoek heeft gedaan.

De vraag rijst wat de zin is van een dergelijke niet-inroepbare mededelingsplicht. In casu verbond het hof daaraan hoegenaamd geen consequenties, ook niet op het terrein van de eigen schuld (art. 6:101 BW).⁵⁸¹ De gedachte dringt zich op dat de gemeente, ook in de visie van het hof, niet werkelijk was tekortgeschoten in haar informatieverstrekking jegens Van Dalfsen.⁵⁸² In zijn tussenarrest benadrukte het hof dat het hier ging om de koop van een oud pand, dat als kantoor dienst had gedaan en ingrijpend moest worden verbouwd voordat het als restaurant kon fungeren, zodat Van Dalfsen geen reden had aan te nemen dat het pand in onverbouwde toestand reeds voldeed aan de bouwkundige eisen voor het beoogde gebruik (r.o. 4.4). Nu Van Dalfsen door zijn architect uitdrukkelijk was gewezen op de belastbaarheidseisen, was

579 Verschil is dat hier – anders dan normaliter – de *onderzoeksplicht* prevaleert.

580 Overigens had de gemeente in casu onbestreden gesteld dat zij zulks ‘onopzettelijk’ had verzuimd. Zie r.o. 4.4 van ‘s hofs tussenarrest, aan het slot.

581 Vgl. ook par. 3.6.14, waar bleek dat de bedoelde overlap tussen mededelings- en onderzoeksplicht in de literatuur vaak wordt gerechtvaardigd door verwijzing naar het leerstuk van de eigen schuld.

582 Vgl. r.o. 2.9 van ‘s hofs eindarrest, waar het hof overweegt ‘dat het Van Dalfsen en niet de gemeente is geweest die toerekenbaar is tekortgeschoten’.

hij, aldus het hof, 'zich ervan bewust geweest dat hier een probleem lag' (r.o. 4.5). De hieruit voortvloeiende onzekerheid – derhalve de onzekerheid over de vraag hoe ingrijpend en kostbaar de geplande verbouwing zou zijn (dát er moest worden verbouwd stond vast) – was volgens het hof in de koopovereenkomst verdisconteerd, aangezien Van Dalfsen tot aankoop was overgegaan na ongeveer een jaar onderhandelen, waarin voor onderzoek 'ruimschoots gelegenheid was geweest' (r.o. 4.6). Zo beschouwd kan 's hofs oordeel dat Van Dalfsen zich in casu niet kon beroepen op een door de gemeente geschonden mededelingsplicht evengoed – zo niet beter – worden verwoord door te zeggen dat de gemeente in zoverre jegens Van Dalfsen geen mededelingsplicht hād, althans dat zij aan haar initiële mededelingsplicht reeds had voldaan.⁵⁸³ Terecht betoogt Valk dat de vertrouwensbescherming hier een 'subjectieve ondergrens' bereikt:

'Wie niet vertrouwde omdat hij beter wist, wordt niet beschermd. En wie niet vertrouwde maar zijn twijfel in de overeenkomst verdisconteerde, geniet die bescherming evenmin. Dat te formuleren als een geval waarin de onderzoeksplicht van de koper prevaleert boven de mededelingsplicht van de verkoper, is verwarrend, hoe juist de uitkomst in de zaak Van Dalfsen/Gemeente Kampen (geen non-conformiteit) op zichzelf ook is.'⁵⁸⁴

Inderdaad verdient het geen aanbeveling de uitkomst van het arrest te interpreteren als een uitzondering op de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht. In casu behoefde de gemeente goed beschouwd helemaal geen *rekening* te houden met een dwaling ter zake van de constructieve geschiktheid van het pand, omdat voor alle betrokkenen – ook zonder kennis van de cijfermatige sterkteberekening uit het rapport – zonneklaar was dat het pand in onverbouwde toestand ongeschikt was voor het beoogde gebruik als restaurant annex feestzaal. In par. 3.6.2 bleek reeds dat in een dergelijke situatie, bij gebreke van kennis omtrent de mogelijkheid van een dwaling, voor het aannemen van een mededelingsplicht geen plaats is. Hof en Hoge Raad bereiken in praktische zin hetzelfde resultaat, door te oordelen dat de onderzoeksplicht hier (bij wege van uitzondering) prevaleerde boven de mededelingsplicht. Mijns inziens verdient de directe route – afwijzing van de mededelingsplicht – omwille van inzichtelijkheid de voorkeur.

583 Vgl. de verwijzing naar 'hetgeen de Gemeente overigens aan Van Dalfsen heeft medegedeeld' in de hierboven geciteerde passage uit het arrest van de Hoge Raad (r.o. 3.4.2).

584 Valk 2009a, p. 144.

3.7.9 Vervolg; gevaarlijke of verontreinigende stoffen

Behalve door (bouw)technische gebreken kan de koper van een woning ook in zijn verwachtingen worden teleurgesteld door de aanwezigheid van gevaarlijke of verontreinigende stoffen in de woning of in de bodem daaronder.⁵⁸⁵ Bekend zijn de problemen die worden veroorzaakt door asbest in muren, vloeren en daken, of door de aanwezigheid van ondergrondse olietanks en andere vormen van bodemverontreiniging. De beoordeling van zulke gevallen verschilt niet wezenlijk van de beoordeling van bouwtechnische gebreken zoals bedoeld in par. 3.7.6, met dien verstande dat hier de *veiligheid* van de koper in het geding kan zijn, hetgeen kan pleiten voor een op de verkoper rustende informatieplicht.⁵⁸⁶ De Hoge Raad toont zich in dit verband evenwel terughoudend, zoals blijkt uit het arrest Bloemendaalse tank uit 1996.⁵⁸⁷ De kopers van een vrijstaand huis te Bloemendaal waren, zonder te vragen naar de aanwezigheid van ondergrondse olietanks, akkoord gegaan met een beding in de koopakte op grond waarvan zij het risico droegen van verborgen gebreken. Achteraf werd in de tuin een ernstige vorm van bodemverontreiniging ontdekt, die verband hield met de aanwezigheid van een (niet langer in gebruik zijnde) ondergrondse olietank. Verkopers waren kennelijk wel op de hoogte geweest van de aanwezigheid van die tank, maar niet – zo moest in cassatie worden aangenomen – van de mogelijkheid van daarmee samenhangende bodemverontreiniging. Tegen die achtergrond oordeelde de Hoge Raad dat de verkopers zich met succes op de overeengekomen exoneration konden beroepen (r.o. 3.3):

‘omdat niet kan worden aangenomen dat ten tijde van het sluiten van de onderhavige koopovereenkomst [medio 1990, *K/OJ*] de maatschappelijke opvattingen meebrachten dat de verkoper van een perceel grond waarop zich een ingegraven huisbrandolietank bevond, ongevraagd, en ongeacht of hij al dan niet bekend was of had behoren te zijn met een mogelijke verontreiniging van bodem en water tengevolge van de aanwezigheid van die tank, van de aanwezigheid van die tank mededeling behoorde te doen met als gevolg dat het bij uitblijven van een zodanige mededeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou worden om een beding als het onderhavige in te roepen’.⁵⁸⁸

In de literatuur wordt aangenomen dat tegenwoordig, gezien de algemene bekendheid van het risico van bodemverontreiniging in verband met de

585 Zie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 90 en 149. Zie voorts bijv. Van Rossum 1991, p. 100 e.v.

586 Zie par. 3.6.3. Vgl. ook Van Rossum 1991, p. 104; Dammingh 2002, p. 215; en voorts par. 4.4.8 e.v. inzake de delictuele aansprakelijkheid voor ‘bijzondere risico’s’.

587 HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 527 m.nt. WMK (Kaars Sijpesteijn c.s./ De Marez Oyens c.s.).

588 Zie nader over de rol van informatieplichten bij de toetsing van exonerationen par. 3.8.8.

aanwezigheid van ondergrondse (olie)tanks, de verkoper die bekend is met zulk een aanwezigheid de koper hierop zal moeten attenderen.⁵⁸⁹ Dat wordt bevestigd door art. 5.4.2 NVM-akte, waarin de verkoper wordt geacht uitdrukkelijk melding te maken van zijn (on)bekendheid met ondergrondse tanks (par. 3.7.4). In zoverre is de geciteerde overweging van de Hoge Raad achterhaald. Relevant blijft mijns inziens de onuitgesproken gedachte die eraan ten grondslag lijkt te liggen. In gevallen als hier bedoeld is het telkens weer verleidelijk om de enkele teleurstelling van de koper, het enkele feit dat sprake is van bodemverontreiniging of asbestvervuiling, aan te grijpen ter onderbouwing van diens bescherming. Illustratief is de stelling van Van Rossum 'dat in beginsel het risico voor de verontreiniging op de verkoper rust omdat naar verkeersopvattingen de verkoper schone grond moet leveren'.⁵⁹⁰ Naar mijn idee voeren zulke stellingen in hun algemeenheid toch te ver. Inderdaad zal het risico ter zake van gevaarlijke of verontreinigende stoffen in de praktijk veelal rusten bij de verkoper, maar – zo leid ik af uit het citaat – daarvoor zullen steeds goede argumenten moeten worden gevonden in de omstandigheden van het geval.

Van de in par. 3.6.3 besproken gezichtspunten is vooral de *aard van de betrokken belangen* hier belangrijk. Vaak zullen de onderhavige gebreken kwalificeren als veiligheidsgebreken, die – op korte termijn of op de lange duur – de gezondheid van de koper in gevaar brengen. Is het gevaar zo ernstig dat zonder saneringsmaatregelen een normaal gebruik van de woning in de zin van art. 7:17 lid 2 BW en 5.3 NVM-akte onmogelijk is, dan ligt mijns inziens het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht voor de hand. Ook de opstellers van de NVM-akte gaan ervan uit dat het risico onder die omstandigheden op de verkoper rust.⁵⁹¹

Dat nochtans de verkoper niet als *regel* een informatieplicht draagt ter zake van verontreinigingen in en om de woning, blijkt uit het arrest Rebel/Resim c.s. uit 2009.⁵⁹² Het ging hier om de verkoop van een met asbest verontreinigd bungalowpark, dat uit de zeventiger jaren dateerde. In de bungalows bleek, afgezien van 'direct zichtbaar asbesthoudend materiaal', ook onzichtbaar asbest aanwezig te zijn, hetgeen koper Resim, een projectontwikkelaar, eerst ná aankoop ontdekte. Volgens het hof leverde de aanwezigheid van zulk onzichtbaar asbest in casu non-conformiteit op, vooral gezien het bezwarende karakter ervan voor Resim (r.o. 5.2). Dat oordeel hield in cassatie geen stand. De Hoge Raad oordeelde dat het hof niet zonder nadere motivering had mogen voorbijgaan aan de stelling van verkoper Rebel dat Resim als professionele koper

589 Zie bijv. Kraan 1997, p. 202; Van Boom & Barendrecht 2000, p. 48; Van Rossum 2001, p. 838-839 (die het jaar 1993 als omslagpunt noemt); en Dammingh 2002, p. 215.

590 Van Rossum 1991, p. 102. Vgl. ook Kraan 1997, p. 201.

591 Zie NVM-akte, toelichting bij art. 5.3 (overigens zonder uitdrukkelijke verwijzing naar de informatieplicht van de verkoper).

592 HR 20 maart 2009, *LJN* BG8788, *RvdW* 2009, 448 (Rebel/Resim c.s.), r.o. 4.2.4.

‘bij uitstek bekend’ mocht worden geacht met het feit dat in oudere bouwprojecten als de onderhavige ‘veelvuldig asbesthoudend materiaal werd gebruikt’ en dat ‘de door Resim geconstateerde aanwezigheid van direct zichtbare asbesthoudende materialen gereede twijfel bij haar had moeten wekken omtrent de afwezigheid van niet direct zichtbare asbesthoudende bouwmaterialen’. Hier weerklinken duidelijk de *aard van de rechtsverhouding* (meer in het bijzonder de over en weer bestaande deskundigheid) en de *aard van de betrokken informatie* (meer in het bijzonder de traceerbaarheid ervan) als relevante gezichtspunten. Kennelijk is de aard van de betrokken belangen, die het hof in casu centraal had gesteld, op dit terrein inderdaad niet zonder meer doorslaggevend.⁵⁹³

3.7.10 Vervolg; immateriële gebreken

In de voorgaande vier (sub)paragrafen ging het vooral om *materiële* gebreken van de verkochte woning. Ook *immateriële* gebreken, zoals een teleurstellend uitzicht of ernstige vormen van geluidsoverlast, kunnen grond opleveren voor een beroep op dwaling. Bij de koop van een woning spelen immers niet alleen de fysieke eigenschappen van het pand een rol, maar ook de (overige) factoren die de woonomgeving en de koopprijs kunnen beïnvloeden.⁵⁹⁴ Is de verkoper bijvoorbeeld bekend met een ‘meer dan gebruikelijke of normaal te achten geluidsoverlast’ rondom de woning, dan ligt het aannemen van een mededelingsplicht voor de hand.⁵⁹⁵ Anders kan het zijn indien de koper het geluid tijdens bezichtiging van het pand heeft kunnen waarnemen. Alsdan komt er in beginsel op hem een informatieplicht te rusten, in die zin dat hij bij de verkoper (of diens makelaar) informeert naar de aard en ernst van de betreffende geluidsoverlast.⁵⁹⁶ De achterliggende gedachte is dat, indien de koper immateriële gebreken kan waarnemen en er desondanks niet naar informeert alvorens tot aankoop over te gaan, de verkoper niet hoeft te begrijpen dat de afwezigheid van die gebreken voor de koper van beslissend belang is. Hier

⁵⁹³ Vgl. de conclusie van A-G Keus, sub 2.13.

⁵⁹⁴ Aldus bijv. (ten dele in het kader van non-conformiteit) Rb. Arnhem 18 november 2005, *NJF* 2006, 92, r.o. 4; Hof Amsterdam 8 november 2007, *NJF* 2008, 88, r.o. 3.4.3; en Rb. Amsterdam (vzr.) 25 september 2008, *LJN* BF5087, *Prg.* 2008, 212, r.o. 5.2. Zie ook Dammingh 2002, p. 206; en Huijgen 2008, nr. 9a.

⁵⁹⁵ Aldus bijv. Rb. Utrecht 23 mei 2007, *NJF* 2007, 333, r.o. 4.4 (betreffende geluidsoverlast in verband met een ‘hangjongerenprobleem’ op een nabijgelegen speelveldje). Zie in gelijke zin bijv. Hof Amsterdam 8 november 2007, *NJF* 2008, 88, r.o. 3.4.4 (betreffende een ‘onaanvaardbare vorm van overlast’ in verband met ruziënde burens); Rb. Amsterdam (vzr.) 25 september 2008, *LJN* BF5087, *Prg.* 2008, 212, r.o. 5.2 (betreffende ‘ernstige geluidsoverlast’ van studenten uit een naastgelegen studentenhuys); en Rb. Almelo 23 maart 2011, *LJN* BP9005, r.o. 5.6 (betreffende ‘geluidsoverlast’ en ‘een gevoel van onveiligheid’ i.v.m. een op 35 meter afstand gevestigde verslaafdenopvang).

⁵⁹⁶ Zie bijv. Rb. Utrecht 23 mei 2007, *NJF* 2007, 333, r.o. 4.5.

ontbreekt, met andere woorden, de kenbaarheid van het causaal verband (par. 3.6.2).

Van ontbreken van kenbaarheid van het causaal verband kan ook sprake zijn indien de koper anders dan door eigen waarneming, bijvoorbeeld door een waarschuwing van de verkoper, op de hoogte is geraakt van het immateriële gebrek in kwestie. Illustratief is het arrest Swinkels/Best uit 1984, waarin het ging om de koop van een bouwperceel dat naderhand kwam te liggen in de 'geluidstrog' van een nabijgelegen vliegveld, dit tegen de achtergrond van ten tijde van de aankoop reeds bestaande, maar toen nog niet gerealiseerde plannen tot 'baanverdraaiing'.⁵⁹⁷ Volgens het hof lag in een brief van de gemeente, verkoper van het perceel, een 'duidelijke waarschuwing en uitnodiging' aan koper Swinkels besloten om, zo vermeerdering van geluidsoverlast voor hem van wezenlijke betekenis was, zich hieromtrent nader te oriënteren alvorens tot aankoop van het betreffende perceel over te gaan. Gelet op de 'signaalfunctie' van deze brief bestond er volgens het hof voor de gemeente geen aanleiding om ongevraagd nadere mededelingen te doen. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand.

Meer in het algemeen is de kenbaarheid van het causaal verband vaak een belangrijk aandachtspunt bij immateriële gebreken, die immers sterk samenhangen met de persoonlijke voorkeuren van de koper. Illustratief is het in par. 3.6.7 besproken arrest Kelly/Rietvelt,⁵⁹⁸ alwaar de teleurstelling van de koper betrekking had op de vloeroppervlakte van de woning. Volgens de Hoge Raad had het hof zijn oordeel omtrent het ontbreken van kenbaarheid van het causaal verband mede gebaseerd op de overweging dat het zonder nadere mededelingen niet voor de hand lag dat het exacte vloeroppervlak voor koper Kelly essentieel zou zijn en dat Kelly, voordat hij de koopovereenkomst sloot, op generlei wijze aan Rietvelt van het tegendeel had doen blijken. Dat oordeel kon in cassatie de toets der kritiek doorstaan. Kennelijk doet de koper van een woning er verstandig aan om zijn bijzondere verwachtingen met betrekking tot (de afwezigheid van) immateriële gebreken duidelijk aan de verkoper kenbaar te maken (vgl. par. 3.6.2).

3.7.11 Vervolg; juridische gebreken

De teleurstelling van de koper kan, behalve op feitelijke gebreken van materiële of immateriële aard, ook betrekking hebben op *juridische* gebreken, zoals het bestaan van een belastende erfdienstbaarheid of de gelding van een belemmerend bestemmingsplan. Sommige van zulke gebreken, met name die van

⁵⁹⁷ HR 14 september 1984, *NJ* 1985, 85 (Swinkels/Best).

⁵⁹⁸ HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 570 (Kelly/Rietvelt), r.o. 4.3. Zie in gelijke zin ook HR 6 januari 1989, *NJ* 1989, 281 (De Vor/Amro), r.o. 3.2.

privaatrechtelijke origine,⁵⁹⁹ zullen kwalificeren als ‘bijzondere lasten en beperkingen’ in de zin van art. 7:15 BW. Alsdan geldt daarvoor een wettelijke vrijwaringsplicht van de verkoper, die niet door enige onderzoeksplicht aan de zijde van de koper wordt begrensd (par. 3.11.6).⁶⁰⁰ Buiten het bereik van deze vrijwaringsplicht vallen slechts de lasten en beperkingen die de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard, aldus art. 7:15 lid 1 BW. In een dergelijke aanvaarding voorziet bijvoorbeeld art. 5.2 NVM-akte, waarin partijen verklaren dat de verkoper alle op de woning betrekking hebbende akten aan koper ter hand heeft gesteld en dat de koper na kennisneming hiervan de desbetreffende lasten en beperkingen uitdrukkelijk heeft aanvaard.

Voor het leerstuk der informatieplichten zijn vooral relevant de juridische gebreken die niet onder het bereik van art. 7:15 BW vallen, zoals (bepaalde) gebreken van publiekrechtelijke aard. Een klassiek voorbeeld kan worden gevonden in het arrest Van der Beek/Van Dartel uit 1973, waarin een mededelingsplicht van de verkoper omtrent een van overheidswege aangekondigde woonruimtevoordering betreffende het verkochte pand werd aanvaard.⁶⁰¹ Bijzonder in termen van casuïstiek was voorts het arrest Van Hensbergen/Den Haag uit 1980, omdat hier de *verkoper* de dupe werd van een juridisch gebrek van het verkochte pand. Koper was een gemeente, die in een voorbereidingsbesluit de sloop van het pand had aangekondigd. Toen dat besluit naderhand werd gewijzigd, en de sloop derhalve van de baan was, beriep de verkoper zich op dwaling. Het hof verwierp dat beroep op grond van de overweging dat de verkoper had moeten begrijpen dat het voorbereidingsbesluit voor wijziging vatbaar was. In cassatie volgde vernietiging omdat het hof volgens de Hoge Raad ook aandacht had moeten besteden aan verkopers stelling dat de gemeente hem had moeten *informeren* over haar – beweerdelijk reeds ten tijde van de aankoop bestaande – voornemen om niet tot sloop over te gaan.⁶⁰²

Op het onderhavige terrein bestaat voorts veel rechtspraak over *bestemmingsplannen* die de koper onwelgevallig zijn. In par. 3.6.4 werd het arrest Ernst en Latten/Crombag-Spaai besproken, waarin het ging om de koop van een landelijk gelegen woonhuis waarover de (professionele) verkoper desgevraagd had verklaard dat het ‘bij zijn weten’ niet in een bestemmingsplan viel. In werkelijkheid was er een weg door de achtertuin gepland. Het beroep van kopers op dwaling werd in alle instanties verworpen onder verwijzing naar hun eigen onderzoeksplicht. In cassatie werd de stelling ‘dat “een ter zake

599 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 275. Zie verder par. 3.11.6.

600 Vgl. overigens onder het oude recht HR 2 mei 1980, NJ 1981, 51 m.nt. WMK (Teering/Putman), waarin een onderzoeksplicht van de koper omtrent een erfdiensbaarheid ten behoeve van een (tijdens de bezichtiging waarneembare) waterzuiveringsinstallatie werd aangenomen.

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

602 HR 7 december 1979, NJ 1980, 290 m.nt. GJS (Van Hensbergen/Den Haag).

kundig onroerend goed-handelaar” zich met het oog op de belangen van de koper ervan op de hoogte behoort te stellen of een door hem te koop aangeboden onroerend goed in een bestemmingsplan ligt en dat de koper er, behoudens bijzondere omstandigheden, van mag uitgaan dat de verkoper dat heeft gedaan’ uitdrukkelijk door de Hoge Raad verworpen.⁶⁰³ Van een algemene informatieplicht aan de zijde van de verkoper omtrent de inhoud van belemmerende bestemmingsplannen is dus geen sprake.⁶⁰⁴ In zoverre staat ook hier de eigen verantwoordelijkheid van de koper van het onroerend goed voorop.

Het voorgaande wordt bevestigd door het arrest Kleuskens/Janssen uit 1981, met dien verstande dat hieruit tevens blijkt dat de onderzoeksplicht van de koper omtrent de inhoud van het geldende bestemmingsplan niet onbegrensd is. Het ging hier om de aankoop van een perceel grond, waaraan door het toepasselijke bestemmingsplan een ‘groenbestemming’ was verbonden. De koper verkeerde, op basis van informatie van een drietal gemeentebesturen, in de onjuiste veronderstelling dat woningbouw op het perceel was toegestaan. Het hof honoreerde zijn beroep op dwaling, daartoe overwegende dat de goede trouw de koper niet verplichtte ‘om zelf ten gemeentehuize het bestemmingsplan met bijbehorende voorschriften te raadplegen’. De Hoge Raad liet dat oordeel, marginaal toetsend, in stand.⁶⁰⁵

Ook overigens is de onderzoeksplicht van de koper omtrent de inhoud van het geldende bestemmingsplan niet absoluut. Illustratief is het arrest Willart/Snijders uit 1987, waarin het ging om de koop van een op gemeentegrond geplaatste ‘keet’, die naderhand als gevolg van een wijziging van het bestemmingsplan moest worden verwijderd.⁶⁰⁶ Willart, die de keet als woning had gekocht, beriep zich in rechte op dwaling, daartoe stellende dat verkoper Snijders ten tijde van de verkoop op de hoogte was geweest van de op handen zijnde wijziging van het bestemmingsplan en hem daarover had moeten informeren. Het hof ging op deze stelling niet in. Het verwierp Willarts beroep op dwaling met de overweging dat tussen partijen voorafgaand aan het sluiten van de koop was gesproken over een mogelijke ontruiming, zodat het op de weg van Willart had gelegen om zich daarover te oriënteren bij de gemeente. Dat oordeel vond geen genade in de ogen van de Hoge Raad, omdat het hof aldus de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht had miskend (par. 3.6.16).

603 HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 747 m.nt. G (Ernst en Latten/Crombag-Spaai), r.o. 4.2.

604 Zie echter voor een bijzonder geval waarin wel een dergelijke informatieplicht aan de zijde van de verkoper werd aangenomen, mede op grond van diens ‘jarenlange ervaring in deze vorm van handel in agrarisch onroerend goed’ Rb. Arnhem 12 november 2008, *NJF* 2009, 23, r.o. 4.2.

605 HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 441 m.nt. CJHB (Kleuskens/Janssen). Zie in gelijke zin Rb. Middelburg 14 maart 2007, *LJN* BA3549, *NJF* 2007, 262, r.o. 4.4, betreffende een dwaling omtrent de monumentenstatus van een verkochte woning.

606 HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 345 (Willart/Snijders), r.o. 3.5.

3.7.12 Vervolg; Wegerif/Quicker

Een bijzonder geval van dwaling omtrent een juridisch gebrek was aan de orde in het arrest Wegerif/Quicker uit 2006.⁶⁰⁷ Het ging hier om de mededelingsplicht van de verkoper van een huurpand omtrent een op handen zijnde wijziging van de huurprijs. Quicker verkocht aan Wegerif een beleggingspand, gelegen aan de Haarlemmerstraat 259, 261 en 263 te Leiden, waarin zich een verhuurde winkelruimte en twee verhuurde woningen bevonden. Ten tijde van de verkoop was door de huurders van één van de woningen een procedure tot huurprijsvaststelling ingevolge de Huurprijzenwet woonruimte (HPW) opgestart. Quicker zweeg hierover, door desgevraagd op een door Wegerif verstrekte vragenlijst in te vullen dat er over het verkochte pand geen procedures aanhangig waren. Wegerif, die naderhand werd geconfronteerd met een aanzienlijke verlaging van de huurprijs, vorderde in rechte aanpassing van de overeenkomst wegens dwaling (art. 6:230 BW). Bij de beoordeling van die vordering stelde het hof de eigen verantwoordelijkheid van Wegerif als commerciële koper van een beleggingspand voorop (r.o. 3.2):

‘Een koper als Wegerif die, naar hij stelt, wil beleggen in een verhuurd pand met als doel daaruit over een lange reeks van jaren huurinkomsten te genieten met het oog op zijn pensioenvoorziening, moet er rekening mee houden dat de ten tijde van de koop geldende huren nadien wijziging zullen kunnen ondergaan, hetzij omdat deze hoger zijn dan de ingevolge de Huurprijzenwet woonruimte maximaal toelaatbare huur, hetzij omdat het gehuurde wordt verlaten en niet weer tegen dezelfde huur kan worden verhuurd. (...) Voor zover hij [Wegerif] (...) niet wist dat de feitelijke situatie van nr. 261 en nr. 263 zodanig was dat op verzoek van al dan niet toekomstige huurders een lagere huurprijs zou kunnen worden vastgesteld, is hij tekortgeschoten in de op hem rustende onderzoeksplicht.’

Kennelijk diende Wegerif zelf te onderzoeken of de bestaande huurprijzen boven het wettelijke maximum lagen en of in verband daarmee een procedure tot wijziging kon worden opgestart. Wegerif kreeg desalniettemin (gedeeltelijk) gelijk van het hof, in verband met de omstandigheid dat ten tijde van de onderhavige verkoop een procedure tot wijziging van de huurprijs reeds *aanhangig* was gemaakt (r.o. 3.3):

‘Het voorgaande neemt niet weg dat [Quicker] voorafgaand aan de totstandkoming van de koopovereenkomst aan Wegerif had moeten meedelen dat het in r.o. 3.2 bedoelde risico zich reeds (ten dele) had verwezenlijkt doordat één van de huurders zich tot de huurcommissie had gewend. [Quicker] was hiertoe gehouden omdat het voor de koper van een zich in verhuurde staat bevindend pand van belang is welke huur dat pand opbrengt en een procedure bij de huurcommissie daarop van invloed kan zijn.’

607 HR 8 december 2006, *LJN* AY7456, *NJ* 2006, 658 (Wegerif/Quicker).

In het licht van enerzijds de schending door Quicker van haar mededelingsplicht omtrent de lopende procedure, en anderzijds de schending door Wegerif van zijn onderzoeksplicht omtrent de mogelijkheid tot wijziging van de huurprijs, kwam het hof uiteindelijk tot een *gedeeltelijke* toewijzing van Wegerifs vordering.

In cassatie laat de Hoge Raad dit oordeel in stand. Hij bevestigt allereerst de door het hof vooropgestelde eigen verantwoordelijkheid van Wegerif als commerciële koper van een beleggingspand. In haar algemeenheid is 'onjuist', aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5, de opvatting 'dat de koper van een beleggingspand waarvan verhuurde woonruimten deel uitmaken ervan mag uitgaan dat de voor die woonruimten bedongen huurprijzen niet liggen boven de maximale huurprijsgrens die aan de hand van het toepasselijke waarderingssstelsel kan worden bepaald'. De verkoper van een mede als woonruimte verhuurd beleggingspand behoeft dus niet reeds in beginsel, zonder enig beding dienaangaande, ervoor in te staan 'dat zich geen omstandigheden voordoen die met succes aan een beroep op huurprijsverlaging ten grondslag zouden kunnen worden gelegd'.

Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan de door het hof gemaakte afweging van mededelingsplicht en onderzoeksplicht. Wegerif klaagde hierover in cassatie door te stellen dat, waar Quicker Wegerif had behoren in te lichten over de lopende procedure tot wijziging van de huurprijs, redelijkheid en billijkheid zich in het algemeen verzetten tegen een beroep door Quicker op de bedoelde onderzoeksplicht. De Hoge Raad verwierpt deze klacht, daartoe overwegende dat de beide door het hof aangenomen informatieplichten betrekking hadden op *verschillende* omstandigheden (r.o. 3.8):

'Redelijkheid en billijkheid verzetten zich niet tegen de door het hof aangebrachte splitsing van de omstandigheden waaromtrent Wegerif dwaalde in die ten aanzien waarvan de dwaling voor rekening van Wegerif moet blijven en die ten aanzien waarvan Quicker haar mededelingsplicht heeft geschonden en daarom het beroep van Wegerif op dwaling wel – zij het met minder verstrekkende gevolgen op het punt van het door Wegerif ondervonden nadeel – kunnen dragen.'

Het oordeel van de Hoge Raad staat kennelijk in het teken van de door de heersende leer aanvaarde 'overlap' tussen de wederzijdse informatieplichten bij dwaling (par. 3.6.13). Gezien het 'analoge' karakter van art. 6:230 BW – vergelijkbaar met dat van art. 6:101 BW – kon het hof zich vrij voelen om tegelijkertijd een mededelingsplicht van Quicker en een onderzoeksplicht van Wegerif aan te nemen, teneinde het nadeel over beide partijen te verdelen.

Tegen deze genuanceerde uitkomst valt weinig in te brengen. De gehanteerde constructie is daarentegen minder aantrekkelijk (vgl. par. 3.6.14). Hof en Hoge Raad kiezen voor een *ontkoppeling* van mededelingsplicht en onderzoeksplicht, door ervan uit te gaan dat de beide informatieplichten in casu op verschillende typen informatie betrekking hadden. De werkelijkheid was overzichtelijker. Het ging om de vraag welk van beide partijen verantwoorde-

lijk was voor een juridisch gebrek van het verkochte pand, gelegen in een op handen zijnde wijziging van de huurprijs. Dat gebrek vormde het object van zowel de (potentiële) mededelingsplicht van Quicker als de (potentiële) onderzoeksplicht van Wegerif.⁶⁰⁸ Nu Wegerif uitdrukkelijk naar de aanhangigheid van procedures tot wijziging had geïnformeerd, en in zoverre aan zijn onderzoeksplicht ter zake had voldaan, lag het aannemen van een mededelingsplicht van Quicker, die wist van de lopende procedure tot wijziging, zonder meer voor de hand. Niets weerhield het hof ervan om vervolgens een gedeelte van het nadeel op de voet van art. 6:230 BW voor rekening van Wegerif te laten, alleen lag daartoe de verwijzing naar een onderzoeksplicht van Wegerif niet voor de hand. De *a priori* gegeven plicht van Wegerif om de mogelijkheid van huurprijswijzigingen te onderzoeken was immers door de in casu prevalerende mededelingsplicht van Quicker reeds 'overruled'. Aangenomen dat – zoals het hof kennelijk meende – Wegerif erop mocht vertrouwen dat Quicker hem desgevraagd zou inlichten over de aanhangige procedure, behoeft Wegerif logischerwijze niet (langer) zelfstandig onderzoek te doen naar de mogelijkheid van huurprijswijzigingen.

De keuze van het hof om een gedeelte van het nadeel voor rekening van Wegerif te laten had mijns inziens beter kunnen worden onderbouwd door verwijzing naar de algemene notie dat het risico van toekomstige wijzigingen van de huurprijs inherent is aan de koop van een beleggingspand als het onderhavige, zodat dit risico gedeeltelijk voor rekening van de commerciële koper behoort te komen.⁶⁰⁹ De globale bewoordingen waarin het hof de 'onderzoeksplicht' van Wegerif in zijn arrest omschrijft, doen vermoeden dat dit ook daadwerkelijk 's hofs onuitgesproken gedachte is geweest. Met het leerstuk der informatieplichten heeft die gedachte intussen weinig van doen.

3.7.13 Koop kunst en antiek

Van oudsher rijst bij de koop van kunst en antiek de vraag wie verantwoordelijk is indien de artistieke of historische eigenschappen van het gekochte anders blijken dan voorzien.⁶¹⁰ Zowel de koper als de verkoper kunnen op dit vlak worden teleurgesteld. De *koper* zal zich op dwaling beroepen indien de eigenschappen die hij aanwezig veronderstelde ontbreken, zoals bij de koop van een vervalst schilderij. De *verkoper* zal zich op dwaling beroepen indien er

608 *Anders* A-G Huydecoper die, evenals de Hoge Raad, een principieel verschil ontwaart tussen de betrokken informatieplichten. Zie zijn conclusie voor het arrest, sub 23 en 30.

609 Vgl. par. 3.6.14, waar werd betoogd dat bij schending van een mededelingsplicht de causale bijdrage van de dwalende in het kader van art. 6:101 BW logischerwijze nog slechts betrekking kan hebben op andere omstandigheden dan een gebrek aan eigen onderzoek omtrent de informatie die door de wederpartij had moeten worden verstrekt.

610 Zie reeds Cicero, Boek III, par. XXIII (92). Zie verder voor een inventarisatie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 152 en 175.

sprake is van onvermoede artistieke of historische eigenschappen, die hij ten tijde van de contractssluiting niet had onderkend. In beide situaties staat de eigen verantwoordelijkheid van koper en verkoper voorop (vgl. par. 3.1.2), zoals blijkt uit een tweetal arresten van de Hoge Raad uit 1959. In het eerste arrest ging het om de koop van een schilderij dat ten tijde van de contractssluiting werd toegeschreven aan de Hollandse meester Hercules Seghers, welke toeschrijving echter nadien door een deskundige in twijfel werd getrokken.⁶¹¹ De dwalende koper kreeg nul op het rekest, omdat bij gebreke van enige garantie moest worden aangenomen dat de 'zelfstandigheid der zaak' in de zin van art. 1358 lid 1 BW (oud) slechts hierin bestond, dat het schilderij ten tijde van de verkoop door bevoegde kunstkenners aan Hercules Seghers werd *toegeschreven*, niet dat het daadwerkelijk door hem was vervaardigd. In het tweede arrest trok de *verkoper* aan het kortste eind, toen deze achteraf ontdekte dat de verkochte 'Kantharos van Stevensweert' een veelvoud van de betaalde prijs waard was.⁶¹² Het bekende arrest wordt in de volgende paragraaf afzonderlijk behandeld.

De nadruk op ieders eigen verantwoordelijkheid, die de jurisprudentie over de koop van kunst en antiek kenmerkt, wordt wel in verband gebracht met het *kanskarakter* van de onderhavige overeenkomsten.⁶¹³ De gedachte is dat onzekerheid omtrent de precieze eigenschappen van het gekochte inherent is aan de koop van kunst en antiek, zodat koper en verkoper moeten worden geacht het daarmee samenhangende risico van teleurstellingen te hebben aanvaard.⁶¹⁴ Toegespitst op het wettelijk kader van art. 6:228 lid 2 BW wordt kennelijk bedoeld dat de aard van de onderhavige 'kansovereenkomsten' meebrengt dat een eventuele dwaling in de regel voor rekening van de dwalende moet blijven. Probleem is dat een duidelijk afgebakende categorie van kansovereenkomsten in ons recht ontbreekt.⁶¹⁵ Een bepaalde mate van onzekerheid lijkt – integendeel – inherent aan vrijwel iedere overeenkomst. Daarbij komt dat het bedoelde kanskarakter niet dwingend tégen de dwalende pleit.⁶¹⁶ In het verzekeringsrecht wordt het bijvoorbeeld aangegrepen ter onderbouwing van een verzwaarde mededelingsplicht aan de zijde van de wederpartij, de verzekeringnemer (par. 3.11.4). Tegen deze achtergrond lijkt

611 HR 3 april 1959, NJ 1959, 179 m.nt. HB (Hercules Seghers).

612 HR 19 juni 1959, NJ 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert).

613 Zie bijv. Drion 1960, p. 503-504; Cohen Henriquez 1974, p. 8 e.v.; Castermans 1992a, p. 106-107; Van Rossum 1997b, p. 353-355; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 244; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 174-175. Vgl. hierover kritisch Kamphuisen 1961, p. 122.

614 Dat geldt in het bijzonder bij de koop van kunst en antiek op een *veiling*. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 24 november 2009, LJN BK7636, NJF 2010, 75, r.o. 4.8; en Polak 2009, p. 84.

615 Vgl. het desbetreffende (inmiddels vervallen) art. 7A:1811 BW, waarover Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 288. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 87-88, alwaar de betekenis van de kansovereenkomst sterk wordt gerelativeerd.

616 Vgl. Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 5; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 174.

het niet verkieslijk om aan de kwalificatie kansovereenkomst als zodanig beslissende consequenties te verbinden.

Het voorgaande laat onverlet dat het kanskarakter in dit verband kan dienen als *gezichtspunt* ter onderbouwing van het prevaleren van de eigen verantwoordelijkheid van partijen.⁶¹⁷ Kopers en verkopers van kunst en antiek gaan normaliter niet over één nacht ijs.⁶¹⁸ Juist in verband met de wederzijds kenbare kans op teleurstellingen komen de onderhavige overeenkomsten relatief weloverwogen tot stand. Zo bezien brengt reeds de *aard van de rechtsverhouding* mee dat de onzekerheden die inherent zijn aan de koop van kunst en antiek, in beginsel voor rekening van de dwalende behoren te komen. Het bedoelde kanskarakter komt ook tot uitdrukking in de *aard van de betrokken informatie*. De artistieke of historische betekenis van kunstvoorwerpen en antiek is intrinsiek onzeker, want verweven met tijdgebonden inzichten van cultuurhistorische aard. 'Men koopt geen Mondriaan, men koopt een werk dat vandaag aan Mondriaan wordt toegeschreven, maar morgen misschien niet meer', aldus bijvoorbeeld Polak.⁶¹⁹ Partijen die handelen in kunst en antiek mogen worden geacht dit te begrijpen, zodat ook in die zin bescherming van de dwalende hier niet direct voor de hand ligt. De *aard van de betrokken belangen* pleit eveneens voor terughoudendheid. Het gaat hier om de handel in typische luxegoederen, die lucratief maar ook ongunstig kan uitpakken. Aangenomen dat de dwalende in geval van teleurstellingen slechts wordt getroffen in een zuiver vermogensbelang, bestaat er voor bescherming ook in zoverre geen directe aanleiding.

Staat bij de koop van kunst en antiek dus globaal gesproken de zelfredzaamheid van partijen voorop, in concrete gevallen kan de beoordeling uiteraard anders uitpakken. Daarbij zal vooral de *aard van de rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de deskundigheid van de betrokken partijen, van belang zijn.⁶²⁰ In geval van verkoop van een vervalst schilderij door een gerenommeerde kunsthandelaar aan een ondeskundige particulier ligt bijvoorbeeld het aannemen van een op de verkoper rustende informatieplicht vaak wel voor de hand.⁶²¹ Dat kan een mededelingsplicht zijn, indien de verkoper van de vervalsing op de hoogte was of – gelet op zijn deskundigheid – geacht mocht worden te zijn (par. 3.6.2), dan wel indien hij tenminste bekend was met

617 Vgl. Van Rossum 1997b, p. 354.

618 Bij de koop van tweedehands auto's (par. 3.7.1 e.v.) en woningen (par. 3.7.4 e.v.) is dat, zoals bekend, nog wel eens anders.

619 Polak 2009, p. 84. Vgl. ook Castermans 1992a, p. 106.

620 Vgl. Castermans 1992a, p. 107; en Van Rossum 1997b, p. 357. Vgl. ook par. 3.7.14, aan het slot.

621 Zie bijv. Kamphuisen 1961, p. 122, alsmede de jurisprudentie, vermeld in Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 152. Vgl. voor het omgekeerde geval (de deskundige koper van een 'ingenieuze reproductie' kon zich jegens de ondeskundige verkoper niet op dwaling beroepen) Rb. Amsterdam 7 maart 1973, NJ 1974, 93.

serieuze *twijfels* over de authenticiteit van het schilderij (par. 3.6.4).⁶²² Ook een waarheidsplicht kan zich aandienen, bijvoorbeeld indien de verkoper door een voldoende stellige en specifieke ‘toeschrijving’ bij de koper het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat het schilderij authentiek was (par. 3.6.6).⁶²³ Een onderzoeksplicht kan zich voordoen indien de verkoper niet van de vervalsing op de hoogte was, maar wel gewichtige redenen had om aan de authenticiteit van het schilderij te twijfelen (par. 3.6.9).⁶²⁴ Een en ander zal uiteraard anders liggen, indien de vervalsing ook voor de leek voorzienbaar was, bijvoorbeeld in geval van verkoop van een grote meester voor een kleine prijs. Zowel de *aard van de betrokken informatie* (in het bijzonder de voorspelbaarheid van de vervalsing) als de *aard van de betrokken belangen* (in het bijzonder de geringe omvang van de koopprijs) pleiten dan tégen bescherming van de koper. Hier weerklinkt de terughoudendheid die aan het begin van deze paragraaf werd vooropgesteld. In het nu te bespreken arrest van de Hoge Raad komt die terughoudendheid opnieuw tot uitdrukking.

3.7.14 Vervolg; Kantharos van Stevensweert

Het arrest over de ‘Kantharos van Stevensweert’ uit 1959 kan met recht een klassieker worden genoemd.⁶²⁵ Niet alleen betrof het een bijzonder geval van verkopersdwaling, ook wordt aangenomen dat het arrest één van de vroegste (uitdrukkelijke) verwijzingen naar de precontractuele mededelingsplicht bevat.⁶²⁶ Bovenal dankt het arrest zijn status aan de bijzondere casuïstiek die eraan ten grondslag lag.⁶²⁷ Mevrouw Schoonenberg was door verervingeigenaresse geworden van een zilveren beker, die ooit bij baggerwerkzaamheden in de uiterwaarden van de Maas bij Stevensweert was opgegraven. Zij liet haar broer bij het Nederlands Goud en Zilvermuseum te Utrecht informeren of de beker werkelijk van zilver was gemaakt. Aldus kwam de beker onder ogen van Brom, edelsmid en bestuurslid van het museum, die ‘zich steeds meer voor de beker ging interesseren en deze gaarne in eigendom zou verwerven’. Via een conservator van het museum vroeg hij mevrouw Schoonenberg of zij de beker van de hand wilde doen. Zij ging akkoord met verkoop voor een bedrag van 125 gulden. Nader onderzoek van de zijde van

622 Zie voor laatstbedoelde situatie bijv. Rb. Leeuwarden 2 februari 2011, *LJN* BP3604, r.o. 4.12.

623 Vgl. echter Rb. Zwolle 12 mei 2004, *NJF* 2004, 467, r.o. 3.2, waaruit blijkt dat niet iedere onjuiste mededeling omtrent de veronderstelde maker van het schilderij een beroep art. 6:228 lid 1 sub a BW rechtvaardigt. Aldus ook Polak 2009, p. 84.

624 Men onderscheide de laatstbedoelde situatie van het bovengenoemde geval dat de verkoper daadwerkelijk *bekend* was met in de kunstwereld bestaande twijfels omtrent de authenticiteit. Vgl. par. 3.6.4, aan het slot.

625 HR 19 juni 1959, *NJ* 1960, 59 m.nt. HB (Kantharos van Stevensweert).

626 Zie bijv. Klik 1998a, p. 297. Vgl. ook par. 2.1.2.

627 Zie voor een fraaie beschrijving Nieuwenhuis 2004, p. 66-76.

Brom wees vervolgens uit dat de beker van Grieks-Romeinse oorsprong was en een 'uitzonderlijk hoge artistieke en historische waarde' vertegenwoordigde. Mevrouw Schoonenberg, die hiervan vernam doordat Brom over zijn vondst publiceerde in een vakblad, vorderde in rechte vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling.

Na een toewijzend vonnis van de rechtbank kreeg mevrouw Schoonenberg in appel alsnog ongelijk. In cassatie zag de Hoge Raad zich geplaagd voor de vraag 'of de verkoper, op den enkelen grond dat de zaak een eigenschap blijkt te bezitten waarvan hij ten tijde van den verkoop geen vermoeden kon hebben, vernietiging van de overeenkomst kan vorderen indien aannemelijk is dat hij bij bekendheid met den waren toestand de zaak niet, of niet op dezelfde voorwaarden, zou hebben verkocht'. Die vraag moest volgens de Hoge Raad ontkennend worden beantwoord:

'omdat naar redelijke, in het verkeer gangbare opvatting degene die een hem toebehorende zaak tegen een overeengekomen contraprestatie van de hand doet, daarmee de kans prijsgeeft dat de zaak achteraf zal blijken hoedanigheden te bezitten waarvan hij ten tijde van den verkoop geen vermoeden kon hebben'.

Kennelijk staat in dit verband de eigen onderzoeksplicht van de verkoper omtrent eventuele bijzondere artistieke of historische eigenschappen voorop. Als argument ter onderbouwing van deze onderzoeksplicht voert de Hoge Raad aan 'dat de ontdekking van de bijzondere hoedanigheid te danken kan zijn aan den koper, hetgeen in het onderhavige geval wel sterk spreekt'. Men herkent hier het gezichtspunt van de *aard van de betrokken belangen*, en in het bijzonder dat van de gemaakte kosten ter vergaring van de relevante informatie (vgl. par. 3.6.3). Het voorgaande sluit intussen niet uit, zo vervolgt de Hoge Raad, dat 'nevenomstandigheden' tot een beslissing in het voordeel van de verkoper leiden, 'waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan het geval dat de koper den verkoper omtrent de eigenschap der zaak had kunnen inlichten en daartoe, naar de eisen van de goede trouw, gehouden was'. Nu het hof zulke nevenomstandigheden in casu niet had vastgesteld, volgt verwerving van het cassatieberoep.

Uit het arrest spreekt in de eerste plaats terughoudendheid ter zake van de aanvaarding van een beroep op *verkopersdwaling*. Dat is in overeenstemming met de heersende leer, die ervan uitgaat dat op grond van art. 6:228 lid 2 BW een dwaling aan de zijde van de verkoper in de regel voor eigen rekening blijft.⁶²⁸ Castermans beargumenteert dit uitgangspunt – toegespitst op de wederzijdse informatieplichten van partijen – als volgt:

628 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 246; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 243; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 175; Hijma & Olthof 2011, nr. 480 (sub 2b); en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 185.

‘De verkoper die een zaak onder zich heeft, is veelal het beste ertoe in staat de eigenschappen van deze zaak te leren kennen. Dit is een belangrijke factor om een onderzoekspllicht op zijn schouders te leggen en om een uitzondering aan te nemen op de hoofdregel dat de mededelingspllicht van de wederpartij zwaarder weegt dan de onderzoekspllicht van de dwalende.’⁶²⁹

Desalniettemin aanvaardt de Hoge Raad in dit verband uitdrukkelijk – en ten overvloede – de mogelijkheid van een op de koper rustende *mededelingspllicht*, die de vooropstaande onderzoekspllicht kan verdringen. Vanuit een oogpunt van systematiek ligt dat voor de hand. Bedacht zij dat het hier niet gaat om een mededelingspllicht omtrent de *waarde* van de overeengekomen prestatie. Naar verkeersopvatting zijn immers contracterende partijen niet gehouden elkaar te informeren over de vraag of de bedongen prijs marktconform is (par. 3.6.3).⁶³⁰ De door de Hoge Raad bedoelde mededelingspllicht heeft, gelet op zijn voorafgaande overwegingen, betrekking op de bijzondere *eigenschappen* of *hoedanigheden* van de verkochte zaak. Inderdaad zal naar verkeersopvatting de koper van kunst of antiek, indien hij op de hoogte is (of geacht mag worden te zijn) van bepaalde artistieke of historische eigenschappen van het gekochte die aan de zijde van de verkoper onbekend zijn, daarover niet altijd mogen zwijgen.⁶³¹ Toegespitst op de onderhavige zaak behoeft Brom niet aan mevrouw Schoonenberg te melden dat de Kantharos in werkelijkheid een veelvoud van de betaalde prijs waard was, maar had hij mogelijkerwijs – afhankelijk van de bedoelde ‘nevenomstandigheden’ – wel een mededelingspllicht omtrent de Grieks-Romeinse oorsprong van de beker en de uitzonderlijke cultuurhistorische betekenis daarvan.

Hoe reëel was de aanvaarding van een dergelijke mededelingspllicht in casu?⁶³² Brom had in rechte steeds betoogd dat hij ten tijde van de aankoop evenmin als mevrouw Schoonenberg op de hoogte was geweest van de bijzondere eigenschappen van de beker. In zoverre lag het aannemen van een mededelingspllicht omtrent die eigenschappen niet voor de hand (vgl. par. 3.6.2). Dat laat onverlet dat Brom, blijkens zijn bijzondere belangstelling voor de beker, van meet af aan een ‘deskundig voorgevoel’ had omtrent de bijzonderheid daarvan. Dat is niet onbelangrijk, vooral gezien het feit dat Brom met zijn cultuurhistorische vondst werd geconfronteerd doordat mevrouw Schoonenberg hem (althans zijn museum) vroeg om *advies* over de eigenschap-

629 Castermans 1992a, p. 129. Zie in gelijke zin Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 69.

630 Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 183, waaruit blijkt dat – meer in het algemeen – een zuivere waardedwaling doorgaans voor eigen rekening blijft.

631 Vgl. Barendrecht 1992, p. 98, die betoogt dat geen mededelingspllicht bestaat omtrent de waarde van de prestatie, maar wel omtrent ‘informatie die relevant is voor de waardebepaling van de prestatie’.

632 Gemakshalve ga ik hieronder uit van het bestaan van ‘nevenomstandigheden’ die het hof niet met zoveel woorden had vastgesteld, maar die wel in het feitelijke kader van de zaak besloten lijken te liggen.

pen van de beker. Tegen deze achtergrond lijkt verdedigbaar dat Brom, als deskundig adviseur, zijn twijfel omtrent de alledaagsheid van de beker met mevrouw Schoonenberg, als onwetende leek, had moeten delen (vgl. par. 3.6.4). Hier weerklinkt de *aard van de rechtsverhouding* als relevant gezichtspunt. Behalve de door de Hoge Raad gesuggereerde mededelingsplicht kan daaruit ook een *onderzoeksplicht* aan de zijde van Brom worden afgeleid. Aangenomen dat Brom ten tijde van de aankoop inderdaad evenzeer onwetend was als mevrouw Schoonenberg, lijkt verdedigbaar dat de aldus gegeven wederzijdse dwaling naar verkeersopvatting voor rekening van Brom moet komen, omdat hij gezien zijn specifieke deskundigheid en bijzondere positie nader onderzoek had moeten doen naar de kunsthistorische betekenis van de Kantharos.⁶³³ Al met al vervult de aard van de rechtsverhouding in dit verband een niet te onderschatten rol als gezichtspunt ter beoordeling van de wederzijdse informatieplichten.

3.7.15 Borgtocht

Volgens vaste jurisprudentie rust op de professionele kredietverlener die een borgtochtovereenkomst sluit met een particulier (vgl. art. 7:857 BW) een mededelingsplicht omtrent de risico's van de borgstelling.⁶³⁴ Deze regel wordt afgeleid uit het bekende arrest Van Lanschot/Bink uit 1990.⁶³⁵ Het ging hier om mevrouw Bink, die zich anno 1979 tot een bedrag van f 400.000 borg had gesteld voor een lening die haar zoon Bert Bink bij Van Lanschot Bankiers had afgesloten ten behoeve van diens deelname in het bedrijf Adler Staal BV. Ten tijde van het sluiten van de borgtochtovereenkomst gingen zowel mevrouw Bink als Van Lanschot ervan uit dat de toestand van Adler weliswaar zwak was, maar dat het bedrijf met een kapitaalinjectie kans op overleven had. Eind 1980 bleek echter uit het gecorrigeerde financieel verslag van Adler dat de financiële situatie 'zeer slecht' was en een faillissement 'onafwendbaar'. Nog geen drie maanden later werd Adler inderdaad failliet verklaard. In rechte ging het om de vraag of mevrouw Bink de borgtochtovereenkomst kon vernietigen wegens (wederzijdse⁶³⁶) dwaling. Het hof beantwoordde die vraag,

633 Vgl. Castermans 1992a, p. 130, noot 38, die vernietiging wegens wederzijdse dwaling een 'bevredigende oplossing' noemt. Vgl. ook Van Oven 1959, p. 643, die een dergelijke oplossing kennelijk denkbaar acht.

634 Zie voor een inventarisatie Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 101 en 160. Zie voorts bijv. Tjittes 1997, p. 382; Smits 1999, p. 41; en Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 403.

635 HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), r.o. 3.4. Zie voor het vervolg HR 19 mei 1995, NJ 1997, 648 m.nt. CJHB (Bink/Van Lanschot), r.o. 3.4, waarin werd geoordeeld dat de bedoelde regel niet zonder meer geldt in de verhouding tussen kredietverlener en hoofdschuldenaar.

636 Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp, sub 5. Zie ook r.o. 3.3 van het arrest.

in navolging van de rechtbank, voorshands bevestigend, maar liet de bank toe tot het bewijs dat zij mevrouw Bink voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst op de bestaande risico's had gewezen. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand, daartoe overwegende (r.o. 3.4):

‘Aan ’s hofs beslissing om de Bank toe te laten tot het leveren van het bewijs van haar stelling dat zij mevrouw Bink heeft gewezen op de aan het aangaan van de onderhavige borgtocht verbonden risico's en haar met het oog op die risico's heeft afgeraden zich borg te stellen, ligt kennelijk de – juiste – gedachte ten grondslag dat onder omstandigheden als waarop in het onderdeel een beroep wordt gedaan, het gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop zodanig is dat het een professionele kredietverlener als de Bank – die in de regel beter in staat zal zijn om het risico dat de borg loopt, te beoordelen dan de particulier die uit hoofde van zijn persoonlijke relatie tot de schuldenaar bereid is borg te staan – alleen dan vrijstaat te betogen dat de dwaling voor rekening van de particuliere borg moet blijven indien hij stelt, en voor zover nodig bewijst dat hij de borg omtrent die risico's heeft voorgelicht.’

Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding* tussen de professionele kredietverlener en de particuliere borg als prominent gezichtspunt voor het aannemen van een mededelingsplicht (par. 3.6.3). Meer in het algemeen, ook buiten het kader van de dwaling, wordt aangenomen dat uit de professionele deskundigheid van financiële dienstverleners een ‘bijzondere zorgplicht’ jegens particuliere cliënten voortvloeit (par. 4.8.3). Behalve de *aard van de rechtsverhouding* speelt ook de *aard van de betrokken informatie*, en meer in het bijzonder de kenbaarheid van het onderhavige risico, een rol. De Hoge Raad overweegt terecht dat de kredietverlener ‘in de regel beter in staat zal zijn om het risico dat de borg loopt, te beoordelen’. De reden daarvan is – afgezien van zijn eerder genoemde deskundigheid – dat de kredietverlener de achterliggende kredietovereenkomst met de hoofdschuldenaar heeft gesloten, waarop het bedoelde risico betrekking heeft. Weliswaar bestaat tussen borg en hoofdschuldenaar vaak, zoals de Hoge Raad signaleert, een ‘persoonlijke relatie’, maar het ligt voor de hand dat die relatie de risicoperceptie juist vertroebelt, hetgeen temeer reden is voor het aannemen van een mededelingsplicht aan de zijde van de bank, als objectieve derde.⁶³⁷ In dit verband speelt ook de *aard van de betrokken belangen* een rol, welk gezichtspunt de Hoge Raad tot uitdrukking brengt door verwijzing naar ‘het gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop’. Juist bij particuliere borgtocht lijkt dat gevaar relatief groot, terwijl de geldelijke omvang van het risico in verhouding tot

637 Vgl. Tjittes 1996, p. 57 e.v., die tegen deze achtergrond betoogt dat de bank jegens ‘bezwaarde verwanten’ een ‘hoge mate van zorgvuldigheid’ in acht dient te nemen om wilsgebreken te voorkomen en die in dit kader pleit voor een op de bank rustende *onderzoeksplicht* omtrent het bestaan van een affectieve relatie tussen borg en hoofdschuldenaar (p. 57).

het privévermogen van de borg hier vaak aanzienlijk zal zijn.⁶³⁸ Al met al bieden de gevallen van particuliere borgtocht inderdaad – gemiddeld genomen – sterke aanknopingspunten voor het aannemen van een mededelingsplicht als hier bedoeld.

In situaties van *professionele* borgtocht ligt dat anders, zoals blijkt uit het arrest *Direktbank/Breda* uit 1994.⁶³⁹ Het ging in casu om een borgstelling door de Gemeente Breda voor een hypothecaire lening van inwoner Vredevelt. Deze ‘gemeentegarantie’ was op grond van de Woningwet, door tussenkomst van Stichting De Eigen Woning, tot stand gekomen. Bij zijn aanvraag van het betreffende ‘garantiebesluit’ had Vredevelt de gemeente niet ingelicht over een reeds bestaande hypotheeklening op zijn naam, waarvan de bank wel wist. Toen Vredevelt in betalingsproblemen raakte, en de woning met verlies moest worden verkocht, beriep de gemeente zich met succes op vernietiging van de borgtochtovereenkomst wegens dwaling. Volgens het hof had de bank in casu moeten twijfelen aan de betrouwbaarheid van de door Vredevelt verstrekte gegevens, gelet op de inhoud van het garantiebesluit, waarin de bewuste oudere hypotheek niet stond vermeld, terwijl nota bene wel een uitdrukkelijk voorbehoud werd gemaakt omtrent een persoonlijke lening van Vredevelt, waarvan de bank op haar beurt niet wist. Tegen die achtergrond oordeelde het hof dat de bank ‘nader onderzoek had moeten instellen en in dat kader de Gemeente had moeten informeren omtrent haar bevindingen’.⁶⁴⁰ In cassatie overweegt de Hoge Raad dat de aard van de borgtochtovereenkomst meebrengt dat – buiten gevallen van particuliere borgtocht – een dwaling omtrent de financiële positie van de hoofdschuldenaar krachtens art. 6:228 lid 2 BW in beginsel voor rekening van de borg behoort te blijven, tenzij de dwaling ‘is te wijten aan de wederpartij van de borg (...) in dier voege dat zij is teweeggebracht door gedragingen van die wederpartij, zoals die bedoeld in art. 6:228 lid 1 onder a en b’ (r.o. 3.5). Nu het hof in casu was uitgegaan van een door de bank geschonden mededelingsplicht,⁶⁴¹ welk oordeel in cassatie niet op materiële gronden was aangevochten (r.o. 3.4), volgt verwerping van het cassatieberoep.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad bij professionele borgtocht, zoals in het arrest *Direktbank/Breda*, het normale dwalingsregime van art. 6:228 BW toepast. Uitgangspunt is hier dat een dwaling in beginsel voor rekening van de borg komt, tenzij onder de gegeven omstandigheden door de kredietverlener een waarheidsplicht of mededelingsplicht is geschonden. Bij particuliere

638 Vgl. MvT, PG Boek 7 (Inv.), p. 444 (m.b.t. art. 7:857 BW).

639 HR 3 juni 1994, NJ 1997, 287 m.nt. CJHB (*Direktbank/Breda*).

640 Zie r.o. 4.7.2 van ‘s hofs bestreden arrest.

641 Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp, sub 5, die ‘s hofs oordeel aldus begrijpt, dat op de bank ex art. 6:228 lid 1 sub b BW een ‘onderzoeksplicht en – in het verlengde daarvan – een mededelingsplicht’ rustte. Men kan daarin echter ook een mededelingsplicht omtrent *twijfel* lezen, zoals bedoeld in par. 3.6.4, of een mededelingsplicht omtrent het bij de bank bekende feit van de reeds bestaande hypotheeklening.

borgtocht, zoals in het arrest Van Lanschot/Bink, lijkt de Hoge Raad een andere benadering te kiezen, die meer in het teken staat van bescherming van de particuliere borg.⁶⁴² Volgens Hartkamp en Sieburgh hanteert de Hoge Raad hier, in aanvulling op de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW, een 'algemene waarschuwingsplicht (...) in het kader van de risico-afweging van lid 2'.⁶⁴³ Een vergelijkbare beschermingstendens is bekend uit het Dexia-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat op de aanbieders van effectenlease-producten een waarschuwingsplicht rust jegens particuliere beleggers, die 'verder reikt' dan de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW.⁶⁴⁴ In par. 2.3.2 werd reeds gewezen op de bezwaren van een dergelijk tweesporenbeleid. Toegespitst op de casus van het arrest Van Lanschot/Bink rijst de vraag hoe de bank mevrouw Bink had moeten waarschuwen voor 'de aan het aangaan van de onderhavige borgtocht verbonden risico's' (r.o. 3.4), indien de bank die risico's – zoals in casu moest worden aangenomen – ten tijde van het aangaan van de borgtochtvereenkomst zelf evenmin kende. Het lijkt aannemelijk dat de vereiste informatieverstrekking in een dergelijk geval van wederzijdse dwaling slechts betrekking kan hebben op de risico's die *in het algemeen* aan een borgtocht als de onderhavige zijn verbonden.⁶⁴⁵ Zo beschouwd is echter de toegevoegde waarde van deze waarschuwingsplicht nihil, omdat een dergelijke algemene informatieverstrekking evengoed onder het bereik van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW kan worden gebracht.

Waarschijnlijk bedoelt de Hoge Raad, gelet op de casus van het arrest Van Lanschot/Bink, dat de professionele kredietverlener jegens de particuliere borg is gehouden tot een zeker *onderzoek* naar de (vooralsnog onbekende) risico's van de borgstelling in kwestie. Aldus biedt het arrest een illustratie van de in par. 3.6.9 bepleite toepassing van onderzoeksplichten op het terrein van de wederzijdse dwaling. Van belang is mijns inziens dat de hier bedoelde onderzoeksplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub c BW niet 'klakkeloos' wordt toegepast in alle situaties van particuliere borgstelling.⁶⁴⁶ Dat zou immers betekenen dat de *aard van de rechtsverhouding* als zodanig doorslaggevend wordt voor bescherming van de particuliere borg, ook waar de bank in termen van informatievergaring en -verstrekking goed beschouwd niets te verwijten valt. In zoverre onderschrijf ik de visie van Brunner, die benadrukt

642 Vgl. hierover kritisch de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het arrest Van Lanschot/Bink, sub 1.

643 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 245.

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

645 Vgl. de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het arrest Van Lanschot/Bink, sub 3; en Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 170.

646 Vgl. Hartlief 2003a, p. 7, die eveneens bezwaren koestert tegen een dergelijke 'categoriale bescherming' van de particuliere borg. Zie ook par. 4.8.6, voor een vergelijkbaar betoog t.a.v. de bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners.

dat het enkele feit dat de particuliere borg het risico van de borgtocht in concreto heeft onderschat, onvoldoende is voor een geslaagd beroep op dwaling.⁶⁴⁷ Voor het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de kredietverlener moeten, met andere woorden, telkens goede argumenten worden gevonden in de concrete omstandigheden van het geval. De in par. 3.6.3 geformuleerde gezichtspunten, zoals hierboven toegespitst op situaties van particuliere borgstelling, vormen hier de leidraad.

3.8 UITLEG, AANVULLING EN BEPERKING

3.8.1 Uitleg

Na een onderzoek van de totstandkoming (par. 3.2 e.v.) en de geldigheid van de overeenkomst (par. 3.5 e.v.) komen thans de *rechtsgevolgen* aan de orde. Het gaat hier primair om de uitleg van het overeengekomene, en in het verlengde daarvan om de aanvulling of beperking uit hoofde van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW).⁶⁴⁸

In par. 3.3.5 bleek reeds dat in geval van 'misverstand' over de betekenis van een contractuele wilsverklaring een *tweezijdige benadering* is geboden, uitgaande van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer. Deze benadering werd ontleend aan de wilsvertrouwensleer van art. 3:33 en 3:35 BW, en meer in het bijzonder aan het arrest Bunde/Erckens uit 1976.⁶⁴⁹ Betoogd werd dat de beoordeling van de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen omtrent de betekenis van een wilsverklaring bij voorkeur als een kwestie van uitleg van het overeengekomene, en niet als een totstandkomingsvraagstuk zou moeten worden beschouwd. Voor de te hanteren maatstaf maakt deze dogmatische keuze intussen geen verschil, nu de Hoge Raad sinds het arrest Ram/Matser uit 1978 in vraagstukken van uitleg dezelfde tweezijdige benadering hanteert.⁶⁵⁰

De geldende maatstaf kreeg definitief zijn beslag in het bekende Haviltex-arrest uit 1981, waarin de Hoge Raad overwoog dat het bij de uitleg van de bepalingen uit een schriftelijk⁶⁵¹ contract niet aankomt op een 'zuiver taalkundige uitleg' van die bepalingen, maar op 'de zin die pp. in de gegeven omstan-

647 Aldus de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het arrest Direktbank/Breda, sub 3. Zie in gelijke zin reeds zijn annotatie bij Van Lanschot/Bink, sub 1 e.v.

648 Zie over aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, en hun verhouding tot het uitlegvraagstuk, par. 3.8.6.

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

650 HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125 m.nt. GJS (Ram/Matser). Zie voorts bijv. Tjittes 2009, p. 7; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 364; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 265.

651 Vgl. HR 4 september 2009, LJN BI6319, NJ 2009, 397 (Van Regteren/VGK), r.o. 3.4.2, waar de Hoge Raad het toepassingsbereik van de Haviltex-maatstaf uitbreidt tot mondelinge overeenkomsten. Zie in gelijke zin de bijbehorende conclusie van A-G Keus, sub 2.6.

digheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'.⁶⁵² Deze Haviltex-maatstaf is herhaald in het nieuwe standaardarrest DSM/Fox uit 2004, waarin de Hoge Raad benadrukte dat in vraagstukken van uitleg 'van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen'.⁶⁵³ Tevens verduidelijkte de Hoge Raad dat een zuiver taalkundige interpretatie van de bewoordingen van een contract weliswaar nooit doorslaggevend is, maar dat 'de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang' is (r.o. 4.5). De tekst van het contract biedt dus in het algemeen – en meer in het bijzonder bij de uitleg van commerciële contracten, die veelal uitvoerig en zorgvuldig worden geformuleerd⁶⁵⁴ – een logisch vertrekpunt, maar nooit het eindpunt van de redenering.⁶⁵⁵

Het belang van het arrest DSM/Fox is voorts gelegen in de overweging van de Hoge Raad dat, naarmate een overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie van derden te beïnvloeden, een uitleg 'naar objectieve maatstaven' meer voor de hand ligt (r.o. 4.4). De Hoge Raad doelt hiermee op de bekende CAO-norm,⁶⁵⁶ die inhoudt dat bij de uitleg van collectieve arbeidsovereenkomsten en (bepaalde) andere overeenkomsten met derdenwerking 'de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis' zijn (r.o. 4.3). Overigens beschouwt de Hoge Raad de CAO-norm als een logisch uitvloeisel van de contextgebonden Haviltex-maatstaf, nu hij overweegt dat tussen beide 'geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang' bestaat.⁶⁵⁷

652 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).

653 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox), r.o. 4.2. Zie in gelijke zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 364; en Bakker 2011, p. 480. Vgl. echter ook Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 278, die pleit voor een terughoudende toepassing van redelijkheid en billijkheid in het kader van de uitleg (par. 3.8.6).

654 Zie bijv. Schelhaas 2008, p. 159; Tjittes 2009, p. 30; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 371; en Bakker 2011, p. 502. Vgl. ook HR 19 januari 2007, *LJN* AZ3178, *NJ* 2007, 575 m.nt. M.H. Wissink onder 576 (Pont/Meyer), r.o. 3.4.3; en HR 29 juni 2007, *LJN* BA4909, *NJ* 2007, 576 m.nt. M.H. Wissink (Derksen/Homburg), r.o. 4.1.3.

655 Aldus bijv. Tjong Tjin Tai 2008, p. 814; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 267. Vgl. bijv. Hof 's-Gravenhage 11 november 2008, *LJN* BH1616, *NJF* 2009, 97, r.o. 8, waar o.g.v. de Haviltex-maatstaf de letterlijke afspraak tussen partijen (dat verkopers van een 75 jaar oude woning instonden voor 'de aanwezigheid van ongedierte c.q. schimmels') in zijn tegendeel werd uitgelegd.

656 Zie daarover bijv. Tjittes 2009, p. 15 e.v.; Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 267a; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 372 e.v.

657 Vgl. ook de conclusie van A-G Wissink voor HR 23 april 2010, *LJN* BL5262, *RvdW* 2010, 579 (Halliburton), sub 3.7, die betoogt dat er 'diverse uitlegstrategieën binnen Haviltex mogelijk zijn'.

Het gaat bij contractsuitleg dus om de vraag welke betekenis partijen onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan het overeengekomene mochten toekennen. Bij deze contextgebonden toetsing is van belang, aldus de Hoge Raad in het Haviltex-arrest, 'tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht'.⁶⁵⁸ Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de hoedanigheid van de contractspartijen,⁶⁵⁹ als gezichtspunt voor uitleg (vgl. par. 3.6.3). Voorts kan worden gewezen op de gezichtspunten uit het arrest Bunde/Erckens, die kort gezegd betrekking hebben op (a) de waarschijnlijkheid van een bepaalde uitleg, (b) de bekendheid van partijen met de technische betekenis van een bepaalde term, (c) de beschikbaarheid van deskundige bijstand aan de zijde van partijen en (d) de verenigbaarheid van een bepaalde uitleg met het door partijen beoogde resultaat.⁶⁶⁰

In het verlengde van de gezichtspunten (b) en (c) wordt vaak de bekende *contra proferentem*-regel gehanteerd, die inhoudt dat een eenzijdig opgesteld beding in geval van onduidelijkheid over de betekenis ervan in beginsel ten nadele van de opsteller wordt uitgelegd.⁶⁶¹ In het arrest Ram/Matser heeft de Hoge Raad deze regel mede in verband gebracht met de *aard van de rechtsverhouding*, door te overwegen dat het 'bij een door een professionele verkoper geredigeerd beding voor de hand ligt onduidelijkheden in beginsel ten gunste van de niet professionele koper uit te leggen'.⁶⁶² Is de wederpartij een consument, dan schrijft art. 6:238 lid 2 BW een dergelijke uitleg (thans) zelfs dwingend voor.⁶⁶³ Buiten het kader van de consumentenovereenkomsten beschouwt de Hoge Raad de *contra proferentem*-regel als 'algemeen gezichtspunt'.⁶⁶⁴ De ratio ervan schuilt niet alleen in de gedachte dat de opsteller van het beding doorgaans over meer (voor de uitleg van het beding relevante) deskundigheid beschikt, maar ook, zoals Meijers signaleert, in het gevaarzet-

658 Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).

659 Vgl. Tjittes 2009, p. 39-48.

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

661 Zie bijv. Hijma 1999, p. 461; Tjittes 2009, p. 40-42; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 268. Zie ook, vanuit rechtsvergelijkend perspectief, art. II-8:103 DCFR, waarover Von Bar & Clive 2009, p. 564-566.

662 HR 1 juli 1978, *NJ* 1978, 125 m.nt. GJS (Ram/Matser). Vgl. voor deze benadering ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 376 (sub e).

663 Blijkens art. 5 van de onderliggende richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten heeft de bepaling een ietwat ruimere strekking dan haar plaatsing in afdeling 6.5.3 BW (over algemene voorwaarden) doet vermoeden. Vgl. Hijma 2010, nr. 13, aan het slot.

664 Zie HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 583 m.nt. MMM (Liskay II), r.o. 3.3; HR 24 september 1993, *NJ* 1993, 760 (Brackel/UNAT), r.o. 3.8; en HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 m.nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance), r.o. 3.4. Zie ook Hijma 1999, p. 474, die deze benadering toejuicht.

tingsbeginsel, namelijk in de gedachte dat de opsteller ‘als redacteur der overeenkomst het gevaar der dubbelzinnigheid veroorzaakt heeft’.⁶⁶⁵

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat contractsuitleg niet alleen een feitelijke kwestie is (de vaststelling van wat partijen zijn overeengekomen),⁶⁶⁶ maar ten dele ook een normatieve aangelegenheid (de juridische duiding daarvan).⁶⁶⁷ Het dubbele gebruik van de term ‘redelijkerwijs’ in het Haviltex-arrest en de uitdrukkelijke verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid in het arrest DSM/Fox bevestigen dit (par. 3.8.6). Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat bij de uitleg van overeenkomsten ook informatieplichten een rol kunnen spelen.⁶⁶⁸ Hieronder volgt een inventarisatie daarvan.

3.8.2 Onderzoeksplichten bij uitleg

Bij de onderhavige informatieplichten kan men in de eerste plaats denken aan een *onderzoeksplicht* van de wederpartij van degene die zich op een bepaalde uitleg van het contract beroept.⁶⁶⁹ Een dergelijke onderzoeksplicht werd voor het eerst (uitdrukkelijk) door de Hoge Raad aanvaard in het arrest Avery/VRG uit 1991.⁶⁷⁰ Het ging hier om de verkoop van alle aandelen in het bedrijf Avery Etiketten BV, waarbij verkoper VRG had gegarandeerd dat de premiereserves van het VRG-pensioenfonds zouden worden overgeheveld naar het nog op te richten pensioenfonds van koper Avery. Partijen streden over de vraag hoe de overeengekomen ‘actuariële methode’ van berekening moest worden opgevat. Het hof koos voor de door VRG voorgestane uitleg, daartoe overwegende dat Avery, die in het kader van de onderhandelingen werd vertegenwoordigd door twee deskundige topfunctionarissen, ‘tijdens de bespreking niet heeft geïnformeerd naar wat die methode inhield’. Op basis

665 Meijers 1921, p. 154. Zie over de verhouding tussen het deskundigheidsargument en het gevaarzettingsargument de NJ-annotatie van M.M. Mendel bij HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 285 (Trouwborst/Tollenaar & Wegener), sub 1; en Hijma 1999, p. 471-472. Zie nader over het gevaarzettingsbeginsel (in de delictuele sfeer) par. 4.2.2.

666 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 368.

667 Zie bijv. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 270; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 365; en Bakker 2011, p. 479.

668 Zie bijv. Vranken 1989, p. 64 e.v.; Tjittes 1994, p. 140-142; Vranken 1997, p. 18; Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 42; Krans 1999, p. 9-10; Smits 1999, p. 13-14; Van Joolingen 2002, p. 211; Van Dunné 2004a, p. 171; Castermans 2008, p. 7; Tjittes 2009, p. 43, 45; Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 267, 278; en Bakker 2011, p. 483. Vgl. ook reeds Kamphuisen 1961, p. 126-127, die betoogt dat ‘ook datgene, wat tijdens de onderhandelingen is gezegd of niet gezegd’ de inhoud van het overeengekomene kan bepalen. Zie voorts vanuit rechtsvergelijkend perspectief Von Bar & Clive 2009, p. 555 (comments bij art. II-8:101 DCFR).

669 Zie bijv. Tjittes 2009, p. 43; en Bakker 2011, p. 483. Zie ook Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 267, die de hier bedoelde onderzoeksplicht met art. 3:11 BW in verband brengt. Vgl. voorts par. 3.2.1, over de onderzoeksplicht ex art. 3:35 BW.

670 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 254 (Avery/VRG).

van een marginale toetsing verenigde de Hoge Raad zich met de hier aangenomen 'plicht tot onderzoek' (r.o. 3.3.).

Globaal gesproken kan een onderzoeksplicht als hier bedoeld worden aangenomen, indien de wederpartij 'rekening had moeten houden met de mogelijkheid van misverstand', aldus A-G Franx anno 1985.⁶⁷¹ Van belang is dus of de wederpartij reden had tot *twijfel* over de betekenis van het beding,⁶⁷² bijvoorbeeld omdat de door haar veronderstelde betekenis onder de gegeven omstandigheden leidde tot een weinig voor de hand liggend resultaat.⁶⁷³ Illustratief is het arrest Claassen c.s./IKG c.s. uit 2009, waarin het ging om een zogenaamde cashback-actie van keukenleveranciers.⁶⁷⁴ Deze actie bood aan particuliere keukenkopers de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden de koopsom vijf jaar na aankoop terug te krijgen. Deze terugbetaling zou geschieden door een derde, het Amerikaanse bedrijf AAC. Toen het zover was, bleek dit bedrijf echter niet solvabel. In rechte ging het om de vraag of de kopers de overeenkomst aldus hadden mogen begrijpen, dat zij hun recht op teruggave van de koopsom niet alleen tegen AAC, maar ook tegen de keukenleveranciers zelf konden uitoefenen. Het hof beantwoordde die vraag, mede onder verwijzing naar de bewoordingen van de overeenkomst, ontkenkend. Volgens de Hoge Raad lag in 's hofs oordeel besloten 'dat de gemiddelde oplettende koper zich ervan bewust zal (moeten) zijn dat het in het maatschappelijk verkeer niet gebruikelijk is dat de koopprijs van een keuken na verloop van tijd aan hem wordt terugbetaald'. Het ging hier, met andere woorden, om 'een ongebruikelijk aanbod ten gunste van de kopers', zodat 's hofs oordeel in stand kon blijven (r.o. 3.7). Annotator Vranken verwoordt de gedachtegang aldus, dat 'iedereen met een beetje gezond verstand had moeten beseffen dat het beloofde 'geld terug' misschien wel eens niet waar zou kunnen zijn'.⁶⁷⁵

Een nog wat extremer voorbeeld van zulke gereede twijfel deed zich voor in het arrest Vodafone/ETC uit 2007, waarin het ging om ETC, de exploitant van een 'premium rate' betaalnummer, die met behulp van prepaid-telefoniepakketten van Vodafone grote winsten had behaald, door talloze 'korte calls' te genereren naar haar eigen betaalnummer. De Hoge Raad oordeelde dat ETC had moeten begrijpen dat een dergelijk misbruik, dat niet was gericht op communicatie met andere telefoonabonnees maar kennelijk uitsluitend op het

671 Zie zijn conclusie voor HR 13 september 1985, NJ 1987, 98 m.nt. CJHB (Albada Jelgersma/Van Geloven). Overigens liet de Hoge Raad zich in casu over deze onderzoeksplicht, waarop in feitelijke instanties geen beroep was gedaan, niet uit.

672 Vgl. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 267, die de ratio van de onderhavige onderzoeksplicht zoekt in 'het onverwachte'.

673 Vgl. ook het in par. 3.8.1 onder (d) weergegeven gezichtspunt uit het arrest HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens).

674 HR 10 juli 2009, LJN BI3408, NJ 2010, 496 m.nt. J.B.M. Vranken (Claassen c.s./IKG c.s.).

675 Zie de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken, sub 7. Overigens toont Vranken zich kritisch over de uitkomst van het arrest (sub 10b) en bepleit hij een *gedeeltelijke* aansprakelijkheid van de keukenleveranciers (sub 11).

behalen van financieel gewin ten koste van Vodafone, contractueel niet toelaatbaar was, hoewel de tekst van de betrokken overeenkomst de handelwijze van ETC niet met zoveel woorden verbood.⁶⁷⁶

Men kan in de twee zojuist besproken arresten een parallel zien met de wilsvertrouwensleer, waar het voorzienbaar nadeel aan de zijde van de verklaarende partij een belangrijk gezichtspunt vormt voor het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van de vertrouwende partij (par. 3.2.1), en met het dwalingsleerstuk, waar op vergelijkbare wijze gewicht wordt toegekend aan de aanwezigheid van gerede twijfel (par. 3.6.12). In het arrest NBA/Meerhuysen uit 2007, betreffende de uitleg van een kettingbeding in geval van veilingkoop, kwamen de hier bedoelde gezichtspunten eveneens aan de orde.⁶⁷⁷ De Hoge Raad oordeelde dat een kettingbeding als het onderhavige, dat in de algemene veilingvoorwaarden was opgenomen, in beginsel volgens 'een geobjectiveerde maatstaf' moet worden uitgelegd,⁶⁷⁸ maar dat niettemin onder bijzondere omstandigheden van de veilingkoper kan worden gevergd dat hij zich 'door onderzoek nader op de hoogte stelt van de betekenis die naar de bedoeling van de opstellers ervan aan het beding moet worden toegekend, bij gebreke waarvan hij die bedoeling, ook als die van de bewoordingen van het beding afwijkt, tegen zich moet laten gelden'. Ter nadere uitwerking overwoog de Hoge Raad dat een dergelijke onderzoeksplicht bijvoorbeeld kan worden aangenomen in geval van 'onduidelijkheden in de tekst van het beding en vragen die het beding reeds bij eerste lezing aangaande de achterliggende bedoeling van de opstellers ervan oproept, mede in aanmerking genomen de bezwarendheid van het beding voor de verkrijger van de te veilen zaak' (r.o. 3.5.1). Wat betreft die bezwarendheid was in casu van belang dat het kettingbeding NBA als veilingkoper 'in verregaande mate en zonder tegenprestatie' bond ten opzichte van Meerhuysen als derde-belanghebbende (r.o. 3.5.2), hetgeen voor het hof kennelijk aanleiding was geweest om te oordelen dat NBA, als professionele belegger in onroerend goed, nader onderzoek had moeten doen naar de reikwijdte van dat beding.⁶⁷⁹ Dienovereenkomstig wees de Hoge Raad ook op het belang van 'de kennis, ervaring en deskundigheid van de aspirant-veilingkoper', in welk gezichtspunt men de *aard van de rechtsverhouding* herkent, zoals reedsesignaleerd in par. 3.8.1.

676 Althans: dat het hof nader had moeten onderzoeken of ETC dit, mede i.v.m. de aard en strekking van de overeenkomst, had moeten begrijpen. Zie HR 19 oktober 2007, L/JN BA7024, NJ 2007, 565 (Vodafone/ETC), r.o. 3.4.

677 HR 2 februari 2007, L/JN AZ4410, NJ 2008, 104 m.nt. C.E. du Perron (NBA/Meerhuysen).

678 Vgl. par. 3.8.1, waar bleek dat een dergelijke objectieve maatstaf meer in het algemeen geldt t.a.v. overeenkomsten met derdenwerking.

679 Strikt genomen werd hier dus de onderzoeksplicht van NBA gebaseerd op het door haar zelf te lijden nadeel. Dat nadeel vormde echter de logische keerzijde van het nadeel dat Meerhuysen zou lijden ten gevolge van de door NBA voorgestane, meer terughoudende uitleg van het kettingbeding.

3.8.3 Mededelingsplichten bij uitleg

Afgezien van de zojuist besproken onderzoeksplicht van degene die twijfelt over de betekenis van een contractueel beding, kan er ook sprake zijn van een *mededelingsplicht* aan de zijde van de partij die van die betwijfelde betekenis is uitgegaan.⁶⁸⁰ Het aannemen van een dergelijke mededelingsplicht ligt met name voor de hand in de rechtsverhouding tussen particulieren en professionals, zoals Tjittes signaleert.⁶⁸¹ Men denke bijvoorbeeld aan situaties van professionele dienstverlening, waarin de dienstverlener, vanwege zijn professionele deskundigheid (vgl. par. 4.8.2), veelal beter dan zijn particuliere wederpartij in staat zal zijn de inhoud van de dienstverlening te specificeren. Zo werd in het arrest R./Moonen uit 2010 geoordeeld dat een advocaat aan zijn cliënt had moeten mededelen dat hij, zoals hij later in rechte aanvoerde, in zijn opdracht tot incasso van een factuur geen beslaglegging in het buitenland begrepen achtte. De Hoge Raad onderschreef de hier aangenomen mededelingsplicht omtrent de omvang van de opdracht, onder verwijzing naar de voor advocaten geldende gedragsregels.⁶⁸²

Een vergelijkbare mededelingsplicht omtrent de beoogde betekenis van een voor misverstand vatbaar beding dient zich bijvoorbeeld aan indien het beding door een professionele partij is opgesteld in technisch jargon, zodat het in de rechtsverhouding met een ondeskundige wederpartij voorzienbare onduidelijkheid oproept. Illustratief is het arrest Bunde/Erckens, waarin het ging om de uitleg van de term 'belastingshade', die de Gemeente Bunde had gebruikt in een technisch-juridische betekenis, ontleend aan het onteigeningsrecht, welke betekenis voor het echtpaar Erckens nadelige gevolgen had, die zij kennelijk niet hadden onderkend. Het hof koos voor een uitleg ten nadele van de gemeente, daartoe overwegende dat het hier 'niet een niet voor misverstand vatbare uitdrukking' betrof en dat de gemeente aan Erckens niet 'duidelijk heeft gemaakt' wat zij onder belastingshade verstond.⁶⁸³ In par. 3.3.6 werd reeds betoogd dat dit oordeel, wat er zij van de verdere constructie ervan,⁶⁸⁴ steun verdient.

Het voorgaande betekent niet dat een professionele partij die een voor misverstand vatbaar contractueel beding opstelt, altijd is gehouden tot een mededeling omtrent de beoogde betekenis daarvan, zoals Van Dunné sugge-

680 Vgl. de in par. 3.2.2 besproken mededelingsplichten ex art. 3:35 BW.

681 Tjittes 2009, p. 45.

682 HR 8 januari 2010, *LJN* BK0163, *NJ* 2010, 43 (R./Moonen), r.o. 3.5.2-3.5.3. Zie ook r.o. 4.9 van 's hofs bestreden arrest.

683 Zie r.o. 11 sub c van 's hofs bestreden arrest, zoals kenbaar uit HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens).

684 In cassatie volgde vernietiging, kort gezegd omdat het hof het perspectief eenzijdig bij de gemeente had gelegd (par. 3.3.6).

reert.⁶⁸⁵ Goed beschouwd is immers vrijwel ieder contractueel beding voor meer dan één uitleg vatbaar. Zou de professionele opsteller hier telkens tot opheldering verplicht zijn, dan zou het handelsverkeer ernstig worden belemmerd. In par. 3.8.1 bleek reeds dat een categorische toepassing van de *contra proferentem*-regel – behalve op het terrein van de consumentenovereenkomsten (art. 6:238 lid 2 BW) – niet wordt aanvaard. Dienovereenkomstig moet worden aangenomen dat de wederpartij van de professionele opsteller ook een eigen verantwoordelijkheid heeft om de betekenis van onduidelijke bedingen te achterhalen, met name indien die wederpartij zelf óók kwalificeert als professionele en/of deskundige partij.⁶⁸⁶

Illustratief is het arrest Trouwborst/Tollenaar & Wegener uit 1994.⁶⁸⁷ Het ging hier om de uitleg van een verzekeringspolis voor een bedrijfsschadeverzekering, waarin was bepaald dat eiseres tot cassatie, een caféhoudster, ‘eenmaal per 3 jaar’ haar elektrische installatie moest laten controleren door een elektrotechnisch bureau. Ongeveer anderhalf jaar nadat deze clausule van toepassing was geworden, brak in het café van eiseres brand uit, terwijl zij op dat moment de elektrische installatie nog niet had laten controleren. De verzekeraar weigerde op die grond uitkering. In rechte voerde eiseres aan dat zij de clausule aldus had begrepen, dat zij pas na verloop van drie jaren tot een eerste controle gehouden zou zijn. Hof en Hoge Raad gingen daar niet in mee. Volgens het hof mocht eiseres aan de clausule ‘redelijkerwijs geen andere zin toekennen, dan dat zij – op straffe van verval van het recht op uitkering – zich vanaf het tijdstip dat deze clausule gold, ook naar die garantie diende te gedragen’ (r.o. 4.6). De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. De stelling van het cassatiemiddel, ‘dat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de verzekeraar bij het toepasselijk verklaren van een voor de verzekerde bezwarende garantieclausule op niet voor misverstand vatbare wijze aan de verzekerde of diens tussenpersoon de door de verzekeraar aan die clausule toegekende betekenis duidelijk behoort te maken’, kon volgens de Hoge Raad ‘in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard’. ‘In hoeverre een verzekeraar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden is tot het doen van mededelingen omtrent de door hem aan een voor de verzekerde bezwarende bepaling van de verzekeringsovereenkomst toegekende betekenis, hangt af van de omstandigheden van het geval’, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.5.⁶⁸⁸ Annotator Mendel zoekt de ratio van het arrest

685 Zie Van Dunné 2004a, p. 177 (sub f). Overigens erkent Van Dunné verderop alsnog dat deze mededelingsplicht ‘mede afhankelijk’ is van andere omstandigheden, zoals de deskundigheid van de wederpartij.

686 Aldus bijv. Van Joolingen 2002, p. 211; en Tjittes 2009, p. 45.

687 HR 9 september 1994, NJ 1995, 285 m.nt. MMM (Trouwborst/Tollenaar & Wegener).

688 Aldus ook de conclusie van A-G Strikwerda, sub 18.

– conform het bovenstaande – in de professionele status van de verzekerde als caféhoudster.⁶⁸⁹

3.8.4 Basisvereisten en gezichtspunten

Uit de voorgaande inventarisatie van jurisprudentie kan worden afgeleid dat het aannemen van informatieplichten omtrent de uitleg van een voor misverstand vatbaar contractueel beding afhankelijk is van een weging van dezelfde gezichtspunten, die ook in het dwalingsleerstuk een rol spelen (par. 3.6.3). Vooral de *aard van de rechtsverhouding* is op dit terrein van zwaarwegende betekenis. Het gaat hier niet alleen om de deskundigheid en professionele status van partijen, maar ook om de vraag welk van de betrokken partijen het beding in kwestie heeft opgesteld. Als vuistregel kan worden aanvaard dat onduidelijkheden in een eenzijdig opgesteld beding in beginsel voor risico van de opsteller komen (par. 3.8.1). Deze vuistregel wint aan gewicht naarmate de opsteller in termen van professionele status en deskundigheid meer boven zijn wederpartij uitstijgt.⁶⁹⁰ Kwalificeert de wederpartij van de opsteller als consument, dan geldt de vuistregel zelfs onverkort uit kracht van art. 6:238 lid 2 BW. De *aard van de betrokken informatie* kan eveneens een rol spelen, bijvoorbeeld indien het beding is gehanteerd in een specifieke technische betekenis, die voorzienbare onduidelijkheid oproept in de rechtsverhouding met een niet nader geïnformeerde wederpartij. De *aard van de betrokken belangen*, ten slotte, ziet in het bijzonder op het door de wederpartij als gevolg van een bepaalde uitleg te lijden nadeel. Als vuistregel kan worden aanvaard dat het aannemen van een mededelingsplicht omtrent de beoogde betekenis van een contractueel beding eerder voor de hand ligt, naarmate het beding in de desbetreffende betekenis voor de wederpartij nadeliger uitpakt. Op het terrein van de wilsvertrouwensleer wordt op vergelijkbare wijze gewicht toegekend aan het door de wederpartij te lijden nadeel (par. 3.2.1).

Voor het aannemen van een mededelingsplicht omtrent de beoogde betekenis van een contractueel beding is intussen een weging van de zojuist bedoelde gezichtspunten niet zonder meer doorslaggevend. In dit verband moet namelijk ook aan de in par. 3.6.2 besproken *basisvereisten* voor de gelding van een precontractuele mededelingsplicht zijn voldaan. Van belang is met name dat de partij aan wie wordt verweten dat zij de wederpartij niet heeft geïnformeerd over de door haar beoogde betekenis van het beding in kwestie, wist of geacht mocht worden te weten dat daarover een misverstand kon bestaan aan de zijde van de wederpartij én dat het betreffende misverstand de besluitvorming

⁶⁸⁹ Zie de NJ-annotatie van M.M. Mendel, sub 1, die uit het arrest concludeert dat t.a.v. een professionele verzekerde sneller zal worden geoordeeld 'dat hij van het nalaten opheldering te vragen het risico draagt'.

⁶⁹⁰ Aldus ook Hijma 1999, p. 466.

van de wederpartij in relevante mate kon beïnvloeden. Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken arrest Hoog Catharijne uit 1995.⁶⁹¹ Bijzonderheid van dit arrest was overigens dat het hier ging om de uitleg van een als contractuele garantie vormgegeven informatieplicht. Derhalve stonden hier niet zozeer de zojuist geïnventariseerde, ongeschreven informatieplichten uit hoofde van uitleg centraal, als wel de uitleg van een in het contract zélf vervatte informatieplicht.⁶⁹² Het praktische belang van het arrest is vooral gelegen in zijn betekenis voor het zogenaamde *due diligence* onderzoek bij bedrijfsovernames.

3.8.5 Vervolg; Hoog Catharijne

Eiseressen tot cassatie, het pensioenfonds ABP c.s., hebben voor een bedrag van 425 miljoen gulden het Utrechtse winkelcentrum Hoog Catharijne overgenomen van exploitant Hoog Catharijne BV, de vennootschap van verweerders in cassatie, FGH en Breevast. De gemeente Utrecht verleende haar goedkeuring aan deze overname, op voorwaarde dat alle rechten en verplichtingen van Hoog Catharijne BV jegens de gemeente zouden overgaan op ABP c.s. Het ging met name om de verplichtingen uit hoofde van een geldlening à 25 miljoen gulden, die de gemeente aan Hoog Catharijne BV had verstrekt. In de zogenaamde akte van inbreng, waarmee eind 1982 de overname van het winkelcentrum werd bezegeld, hebben FGH en Breevast enkele garanties vastgelegd, onder meer met betrekking tot de juistheid van de balansgegevens. Meer in het bijzonder werd toegezegd dat 'Hoog Catharijne alle informatie heeft verstrekt die van belang was (...) terzake van de beoordeling van de waarde van de ingebrachte onderneming'. Na de overname bleek dat Hoog Catharijne BV, afgezien van de bovengenoemde 'grote' geldlening van 25 miljoen gulden, ook een tweetal 'kleine' geldleningen van respectievelijk 5 en 2,6 miljoen gulden bij de gemeente had uitstaan. Deze leningen, die betrekking hadden op canonverplichtingen, stonden niet op de overnamebalans vermeld.⁶⁹³ ABP c.s., die inmiddels jegens de gemeente tot nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de kleine leningen waren veroordeeld, hebben in de onderhavige vrijwaringsprocedure FGH en Breevast (ieder voor de helft) aansprakelijk gesteld voor het verschuldigde bedrag. Ter onderbouwing voerden ABP c.s. aan dat FGH en Breevast op grond van de door hen verstrekte garantie melding

⁶⁹¹ HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300 (Hoog Catharijne).

⁶⁹² Het verschil is dat de eerstbedoelde (ongeschreven) informatieplichten 'Obliegenheiten' zijn, terwijl de laatstbedoelde (geschreven) informatieplicht een contractuele verbintenis behelst (vgl. par. 2.4.1). In casu was de litigieuze garantiEVERBINTENIS echter zodanig 'open' omschreven, dat het bedoelde verschil nauwelijks een rol speelde.

⁶⁹³ De leningen zouden t.z.t. bij de vaststelling van de definitieve erfpachtcanon worden verrekend en derhalve niet op de overnamebalans worden vermeld. Zie r.o. 4.3.1 van 's hofs bestreden arrest, waarmee de Hoge Raad zich in r.o. 3.4 verenigt.

hadden moeten maken van de bewuste leningen. In rechte stond dus de uitleg van die garantie centraal.

De rechtbank koos de kant van ABP c.s. Daartoe stelde zij voorop 'dat de informatieplicht van de verkoper in beginsel zwaarder weegt dan de onderzoekspllicht van de koper' en dat dit slechts anders is, 'wanneer de koper reden had te twijfelen aan de juistheid en volledigheid van de door de [ver]koper aangebrachte informatie'. In casu hadden ABP c.s. een werkgroep van deskundigen aangesteld, die een uitvoerig onderzoek hadden uitgevoerd. De daarbij gebruikte stukken waren gebundeld in het zogenaamde 'groene boek', dat ter verificatie naar FGH en Breevast was gezonden. Hoewel de bewuste kleine leningen niet in dit groene boek stonden vermeld, hadden FGH en Breevast hierover geen mededeling gedaan. Tegen deze achtergrond achtte de rechtbank de vordering van ABP c.s. toewijsbaar.

Het hof legde de nadruk op de eigen onderzoekspllicht van ABP c.s. en wees de vordering af. Daartoe stelde het hof voorop dat het hier een transactie betrof van 'zeer grote geldelijke omvang' en 'een bijzonder gecompliceerd karakter'. Voorts achtte het hof van belang dat tegenover de deskundigenwerkgroep van ABP c.s., bestaande uit een register-accountant, een advocaat en een belastingadviseur, 'niet een gelijksoortige groep als gesprekspartner' stond aan de zijde van Hoog Catharijne BV (r.o. 4.5). Tegen deze achtergrond oordeelde het hof dat, indien ABP c.s. het verloop van de toekomstige canonverplichtingen (en de daarmee verband houdende kleine leningen) hadden willen kennen, zij een daaraan gewijd rapport van de gemeente, dat ABP c.s. geacht mochten worden te kennen,⁶⁹⁴ zelfstandig hadden moeten raadplegen, althans Hoog Catharijne BV daarnaar hadden moeten vragen (r.o. 4.7.1). Van bewuste verzwijging van de kleine leningen door Hoog Catharijne BV was volgens het hof geen sprake, nu zij wist noch behoorde te weten 'welk gewicht ABP c.s. hechtte aan meer gedetailleerde kennis van de toekomstige canonverplichtingen', terwijl ook niet duidelijk was 'op welke wijze ABP c.s. zijnerzijds tot de waardebepaling van het onroerend goed is gekomen' (r.o. 4.8.1). Om dezelfde reden behoeften FGH en Breevast ook geen actie te ondernemen, toen bleek dat de bewuste kleine leningen niet in het groene boek stonden vermeld (r.o. 4.9). Kennelijk mochten zij er, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, van uitgaan dat ABP c.s. aan het bestaan van deze leningen, die nog geen 2 procent van de totale koopsom beliepen, geen doorslaggevend gewicht hechtten. De kern van 's hofs gedachtegang komt erop neer, aldus r.o. 4.9.1:

⁶⁹⁴ Het bedoelde rapport was opgesteld n.a.v. een voordracht aan de Utrechtse gemeenteraad betreffende het erfpachtsysteem. Deze voordracht, die was opgenomen in het groene boek van ABP c.s., verwees naar een eerdere raadsvoordracht, waarin uitvoerig melding werd gemaakt van de bewuste kleine leningen. Zie r.o. 4.6.1 van 's hofs bestreden arrest en voorts r.o. 3.5.2 van het arrest van de Hoge Raad.

‘dat, gezien de rechtsverhouding waarin partijen in de loop van de onderhandelingen jegens elkaar zijn komen te staan, het eerder op de weg van ABP c.s. lag zich nader te oriënteren omtrent en te verdiepen in de toekomstige canonverplichtingen dan dat het op de weg van HC BV als verkoper lag te onderzoeken of het ABP c.s. dienaangaande wel volledig was geïnformeerd en, na onderzoek, nadere informatie aan het ABP c.s. te verschaffen. Daarbij neemt het Hof in het bijzonder in aanmerking dat het hier ging om een transactie van uitzonderlijk grote omvang met velerlei aspecten en complicaties en dat het ABP c.s. zich liet bijstaan door een werkgroep van hoogwaardige deskundigen die het Groene Boek had samengesteld, waarvan HC BV mocht aannemen dat de deskundigen de inhoud nauwkeurig hadden bestudeerd.’⁶⁹⁵

De Hoge Raad verenigt zich, in navolging van A-G Hartkamp,⁶⁹⁶ met dit contextgebonden oordeel. Volgens de Hoge Raad komt aan het begrip ‘instaan voor’, zoals gebezigd in contractuele garanties als de onderhavige, ‘niet steeds eenzelfde, door ‘vast juridisch spraakgebruik’ bepaalde betekenis toe in die zin dat degeen die instaat, daarmee in beginsel aansprakelijkheid aanvaardt voor (de schadelijke gevolgen van) het uitblijven van gebeurtenissen, handelingen of feiten, voor het intreden of uitblijven waarvan hij instaat’. Het komt bij de uitleg van een dergelijke garantie aan op ‘de zin die partijen bij de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip en de bepaling waarin het is gehanteerd, mochten toekennen, en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’ (r.o. 3.5.2), aldus de Hoge Raad onder verwijzing naar de in par. 3.8.1 besproken Haviltex-maatstaf. In casu berustte ‘s hofs beperkende uitleg van de garantie, zo constateert de Hoge Raad, met name op (i) de deskundigheid aan de zijde van ABP c.s., (ii) de omstandigheid dat FGH en Breevast niet wisten dat ABP c.s. de kleine leningen over het hoofd hadden gezien en (iii) de omstandigheid dat zij evenmin wisten welk belang ABP c.s. hechtten aan een meer gedetailleerde kennis van de toekomstige canonverplichtingen. Aldus beschouwd gaf ‘s hofs oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 3.5.2).

De laatste twee door de Hoge Raad onderscheiden elementen wijzen erop, dat in casu niet was voldaan aan de *basisvereisten* voor het aannemen van een mededelingsplicht aan de zijde van FGH en Breevast (par. 3.6.2), te weten kennis omtrent de mogelijkheid van een misverstand (element ii) en kennis omtrent het belang daarvan (element iii).⁶⁹⁷ In het eerste element dat door de Hoge Raad wordt genoemd, herkent men de *aard van de rechtsverhouding* als gezichtspunt voor het afwijzen van een mededelingsplicht als de onderhavi-

⁶⁹⁵ Zie in gelijke zin ook r.o. 4.11 van ‘s hofs bestreden arrest.

⁶⁹⁶ Zie zijn conclusie, sub 9.

⁶⁹⁷ De hier bedoelde vereisten werden in par. 3.6.2 (toegespitst op het dwalingskader) omschreven als kennis omtrent de mogelijkheid van een dwaling en kennis omtrent het causaal verband.

ge.⁶⁹⁸ De crux van het arrest lijkt dat het in casu ging om een grootschalige bedrijfsovername door een deskundige en kapitaalkrachtige partij. In het ondernemingsrecht is algemeen aanvaard dat een dergelijke bedrijfsovername gepaard moet gaan met een zorgvuldig *due diligence* onderzoek. Brink leidt, in zijn dissertatie over dit thema, uit het arrest af 'dat goed kijken en doorvragen absoluut vereist is wanneer er een *due diligence* onderzoek wordt uitgevoerd'.⁶⁹⁹ De simpele gedachte van de rechtbank, dat de informatieplicht van de verkoper prevaleert boven die van de koper, moge wellicht (als uitgangspunt) passend zijn in geval van kleinschalige en overzichtelijke bedrijfsovernames, zoals aan de orde in het klassieke arrest Baris/Riezenkamp,⁷⁰⁰ in geval van een gecompliceerde bedrijfsovername als de onderhavige, waar de kopende partij zelf deskundigen inschakelt, die toegang krijgen tot de boeken van de onderneming om alle *ins en outs* van de overname te onderzoeken, zal de verkopende partij denkelijk slechts onder bijzondere omstandigheden mededeling behoeven te doen van kwesties die buiten het betreffende *due diligence* onderzoek zijn gehouden. Bij gebrek aan aanwijzingen voor het tegendeel is immers niet duidelijk dat zulke kwesties voor de besluitvorming van de koper van beslissend belang zijn. Met andere woorden: de complexiteit van de contractuele materie brengt hier mee dat de koper zijn bijzondere wensen of verwachtingen omtrent de bedrijfsovername in beginsel zelf kenbaar zal moeten maken, door hierover bij de verkoper navraag te doen (vgl. par. 3.6.2).

3.8.6 Aanvulling en beperking

Volgens art. 6:248 lid 1 BW heeft een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke voortvloeien uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid. Lid 2 bepaalt dat een ingevolge de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Aangenomen dat reeds de *uitleg* van het overeengekomene naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te geschieden (par. 3.8.1), rijst de vraag wat hier de toegevoegde waarde is van redelijkheid en billijkheid in hun aanvullende en beperkende vorm. Verschillende auteurs, zoals Van Dunné en Schoordijk, hebben zich op het standpunt gesteld dat deze toegevoegde waarde nihil is.⁷⁰¹ Uitleg, aanvulling en beperking vormen in hun visie een integraal proces, dat neerkomt op het vaststellen van

698 Strikt genomen zou dat gezichtspunt hier m.i. buiten beschouwing kunnen blijven, nu de mededelingsplicht reeds afstuitte op de bedoelde basisvereisten. Vgl. par. 3.8.4.

699 Brink 2009, p. 143. Zie nader p. 257 e.v. over de juridische aspecten van *due diligence*.

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

701 Zie bijv. Van Dunné 1971, p. 9, 206 e.v.; en Schoordijk 1979, p. 23 e.v.

de rechtsgevolgen van de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De heersende leer verzet zich tegen deze 'normatieve uitleg'⁷⁰² en stelt, conform het wettelijk systeem,⁷⁰³ de door partijen bereikte wilsovereenstemming voorop, om daarvan uitgaande te beoordelen of redelijkheid en billijkheid nopen tot een aanvulling of beperking.⁷⁰⁴ Doel van deze stapsgewijze benadering is te komen tot een inzichtelijke motivering.⁷⁰⁵ Snijders stelt treffend dat er gevallen zijn, waarin 'alles onder uitleg brengen contraproductief wordt'.⁷⁰⁶ Een interpretatie die 'de gehele te interpreteren rechtsverhouding tenietdoet', wordt in zijn visie 'snel een gekunstelde figuur'.⁷⁰⁷

Gelet op het voorgaande verdient mijns inziens het door de heersende leer gemaakte onderscheid tussen uitleg, aanvulling en beperking inderdaad navolging. Dat geldt temeer, omdat de *werking* van redelijkheid en billijkheid in de drie respectieve stadia van de vaststelling van de rechtsgevolgen van de overeenkomst verschilt.⁷⁰⁸ Zo is voor het buiten toepassing laten van een contractuele afspraak op grond van art. 6:248 lid 2 BW niet voldoende, dat de rechter zulks onder de gegeven omstandigheden 'redelijk en billijk' acht. Vereist is volgens het artikel, dat toepassing van de contractuele afspraak onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is. De rechter dient zich hier dus (veel) terughoudender op te stellen dan bij het aanvullen van contractuele leemtes op grond van art. 6:248 lid 1 BW.⁷⁰⁹ De beperkende werking mag, in de woorden van Valk, niet leiden tot 'denaturering' van de gesloten overeenkomst,⁷¹⁰ omdat de partijafpraak het 'hart' van de contractuele rechtsverhouding is.⁷¹¹ Dienovereenkomstig

702 Deze term, gemunt door Van Dunné 1971, is overigens minder gelukkig, omdat (zoals bleek in par. 3.8.1, aan het slot) ook een uitleg volgens de heersende leer tot op zekere hoogte 'normatief' van aard is. Vgl. Nieuwenhuis 1979, p. 20-21.

703 Vgl. Eindverslag I, PG Boek 6, p. 74, waar de regeringscommissaris de normatieve uitleg verwerpt, overigens met de kanttekening dat het hier primair 'een kwestie van rechtstheorie' betreft.

704 Zie bijv. Valk 2002, p. 6; Snijders 2007, p. 7; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 365; Drion 2010, p. 279; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 261. Zie ook HR 12 januari 2001, NJ 2001, 199 (Steinbusch/Van Alphen), r.o. 3.8; en HR 21 januari 2011, L/JN BO5203, NJ 2011, 176 m.nt. M.M. Mendel (Achmea/ABN AMRO), r.o. 3.7. Vgl. echter ter relativering de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 13 november 2009, L/JN BJ8724, RvdW 2009, 1348, die nadrukkelijk betoogt dat het onderscheid tussen de normatieve uitleg en de heersende leer 'lood om oud ijzer' is (sub 13, 15).

705 Vgl. Schut 1987, p. 80, die betoogt dat de normatieve uitleg 'onduidelijk en slordig motiveren' in de hand werkt; en Drion 2010, p. 279, die vreest dat uitleg in deze benadering 'het juridische equivalent van het 'hocus pocus pilatus pas' wordt'.

706 Snijders 2007, p. 7.

707 Snijders 2007, p. 10. Zie in gelijke zin Valk 2009c, p. 391-392.

708 Zie bijv. Schut 1987, p. 80. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 402.

709 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 413; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 278. Vgl. ook MvA II, PG Boek 6, p. 68 (m.b.t. art. 6:2 lid 2 BW).

710 Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 278.

711 Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 261.

vermeldt de Toelichting Meijers bij art. 6:258 BW (althans de voorloper daarvan) dat redelijkheid en billijkheid 'in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord' verlangen en 'slechts bij hoge uitzondering' afwijking daarvan toelaten.⁷¹²

Op het terrein van de uitleg van het overeengekomene is mijns inziens een vergelijkbare terughoudendheid geboden, waar het de toepassing van redelijkheid en billijkheid betreft. Van belang is, zoals Valk benadrukt, dat de (feiten)rechter hier niet aan de daadwerkelijke bedoeling van partijen voorbijgaat met als argument dat 'ook zo wel duidelijk is wat redelijkheid en billijkheid met zich brengen'.⁷¹³ De 'autonome normen' die besloten liggen in de partijafsprake hebben in zoverre het primaat boven de 'heteronome normen' van redelijkheid en billijkheid.⁷¹⁴ Tegen deze achtergrond betoogt Valk dat dergelijke heteronome normen, waaronder hij ook de in par. 3.8.2 e.v. besproken informatieplichten begrijpt, in de uitlegfase slechts een 'aanvullende rol' mogen vervullen, als 'tweede viool'.⁷¹⁵ Tanja-van den Broek betoogt in gelijke zin dat redelijkheid en billijkheid bij de uitleg slechts mogen fungeren als gezichtspunt, en 'geen solo-partij' mogen spelen.⁷¹⁶

De hier bepleite terughoudendheid mag mijns inziens niet worden afgedaan als 'voorlopig', in die zin dat na uitleg, bij de toepassing van art. 6:248 lid 1 en 2 BW, het perspectief van partijen alsnog zou mogen worden verruimd voor een allesoverheersend perspectief van redelijkheid en billijkheid. Aanvulling en beperking zullen, integendeel, altijd in het *verlengde* moeten liggen van de oorspronkelijke partijafsprake.⁷¹⁷ In zoverre betreft het hier inderdaad een integraal proces. De toegevoegde waarde van redelijkheid en billijkheid in hun aanvullende en beperkende vorm, derhalve ná verdiscontering van diezelfde redelijkheid en billijkheid in het kader van de uitleg, is mijns inziens vooral gelegen in een verruiming van het blikveld. In het kader van art. 6:248 lid 1 en 2 BW kunnen immers, anders dan (normaliter) bij uitleg,⁷¹⁸ ook omstandigheden worden meegewogen die zich eerst ná de totstandkoming van de

712 TM, PG Boek 6, p. 969. Deze passage is door de Hoge Raad aangehaald en 'toegepast' in HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493 (Briljant Schreuders/ABP), r.o. 4.3.2.

713 Valk 2009c, p. 397. Aldus ook Tanja-van den Broek 2002, p. 432-433. Vgl. voorts HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 199 (Steinbusch/Van Alphen), r.o. 3.8, waarin een dergelijk oordeel van de feitenrechter werd vernietigd.

714 Zie Valk 2002, p. 6; Valk 2009c, p. 396, 400.

715 Zie Valk 2009c, p. 402; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 278.

716 Tanja-van den Broek 2002, p. 432-433. Zie voor een vergelijkbare benadering art. II-8:102(1)(g) DCFR.

717 Vgl. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 261.

718 Vgl. Asser/Hartkamp 6-III* (2010), nr. 363, waar overigens ter nuancering wordt opgemerkt dat de wijze van *uitvoering* van het overeengekomene uiteraard wel aanwijzingen kan bevatten omtrent de wijze waarop partijen hun afspraak hebben opgevat. Vgl. HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 273 m.nt. PAS (Volvo/Braam), r.o. 3.3 en voorts art. II-8:102(1)(b) DCFR.

betrokken overeenkomst hebben voorgedaan.⁷¹⁹ Men denke aan gevallen van rechtsverwerking of onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW).⁷²⁰ Een helder onderscheid tussen uitleg enerzijds en aanvulling en beperking anderzijds voorkomt dat posterieure omstandigheden als hier bedoeld met terugwerkende kracht worden ‘ingelesen’ in het contract, resulterend in een uitleg die – om in muzikale termen te blijven spreken – ‘losgezongen’ raakt van de oorspronkelijke partijbedoeling.⁷²¹

Het voorgaande heeft ook consequenties voor de uit art. 6:248 lid 1 en 2 BW af te leiden *informatieplichten*. Deze kunnen het tussen partijen gesloten contract zo nodig aanvullen of beperken, in het bijzonder waar het de zojuist bedoelde posterieure omstandigheden betreft, maar zij mogen mijns inziens de kern van de contractuele rechtsverhouding niet aantasten. In de volgende paragrafen wordt dat nader uitgewerkt.

3.8.7 Informatieplichten ex art. 6:248 lid 1 BW

Blijkens art. 6:248 lid 1 BW kunnen uit redelijkheid en billijkheid, in het licht van de ‘aard van de overeenkomst’,⁷²² aanvullende verplichtingen voor contractspartijen voortvloeien.⁷²³ Het laat zich aanzien dat hieronder ook informatieplichten kunnen vallen. Vooral bij *duurovereenkomsten* ligt het voor de hand dat partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden zijn tot een zekere mate van informatievergaring en -verstrekking gedurende de uitvoering van het contract. Zo werd in het arrest *Brusse c.s./Assuradeuren* uit 1959 geoordeeld dat een verzwijging van relevante omstandigheden door verzekerden bij de totstandkoming van een schaderegeling met hun verzekeraar wanprestatie opleverde. ‘s hofs oordeel, dat ‘een redelijke en behoorlijke uitvoering der verzekeringsovereenkomst medebracht en de bij die uitvoering in acht te nemen goede trouw eiste, dat verzekerden assuradeuren volledig op de hoogte hielden van alle in het kader van het overleg voor de schaderegeling van belang zijnde omstandigheden’, werd door de Hoge Raad in stand gelaten.⁷²⁴ Afgezien van dit specifieke geval van verzekeringsfraude laten

719 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 366 en 421.

720 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 425 e.v. resp. 441 e.v.

721 Vgl. par. 3.4.3, over de betekenis van ‘posterieure’ omstandigheden in het kader van art. 3:61 lid 2 BW.

722 De ‘aard van de overeenkomst’ fungeert in art. 6:248 lid 1 BW niet als zelfstandige bron van verbintenissen, maar wel als referentiekader voor de beoordeling van wat wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid meebrengen. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 386; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 275.

723 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 318; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 404 e.v.; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 283.

724 HR 16 januari 1959, NJ 1960, 46 (*Brusse c.s./Assuradeuren*), p. 89 (overwegingen m.b.t. onderdeel a van het cassatiemiddel). Overigens liet de Hoge Raad uitdrukkelijk in het midden of ‘s hofs oordeel in zijn algemeenheid juist was.

informatieplichten uit hoofde van art. 6:248 lid 1 BW zich ook goed indenken in – eveneens duurrelaties betreffende – situaties van professionele dienstverlening,⁷²⁵ gelet op de in die situaties geldende *zorgplicht* van professionele dienstverleners (par. 4.8.2). Illustratief is het arrest Gesnoteg/MeesPierson uit 1995, waarin de Hoge Raad aannam dat een bank die een bankgarantie verstrekt, en constateert dat deze niet voldoet aan de geldende voorwaarden, 'daarvan onverwijld aan degene die de garantie inroept, mededeling dient te doen en daarbij dient aan te geven op welke punten niet aan de voorwaarden is voldaan'.⁷²⁶ Overigens kunnen dergelijke informatieplichten veelal ook reeds bij wege van *uitleg* van de (duur)overeenkomst tussen de dienstverlener en zijn cliënt worden aangenomen.⁷²⁷ Waar het bijvoorbeeld gaat om een overeenkomst van opdracht in de zin van art. 7:400 BW, biedt de open norm van art. 7:401 BW – inzake de 'zorg van een goed opdrachtnemer' – een voor de hand liggende grondslag.⁷²⁸

Voor het overige zullen de hier besproken informatieplichten uit hoofde van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, overeenkomstig hetgeen in par. 3.8.6 werd opgemerkt, vooral betrekking hebben op feiten en omstandigheden die ná de contractssluiting zijn gesitueerd.⁷²⁹ Men denke aan de verplichting tot het verstrekken van een gebruiksaanwijzing of een productwaarschuwing ten behoeve van een goed en veilig gebruik van de verkochte zaak.⁷³⁰ Illustratief is het arrest Merryweather/Hagemeyer, waarin het ging om de vraag of de professionele verkoper van dakbedekkingsmateriaal, dat door onoordeelkundig gebruik van de particuliere koper na aankoop onbruikbaar was geworden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een gebruiksaanwijzing had moeten verstrekken ter voorkoming van de geleden schade, die verband hield met het feit dat de onderhavige dakbedekking een bijzondere opslag en behandeling vergde. De rechtbank nam inderdaad een dergelijke informatieplicht aan, maar het hof wees deze van de hand, met name omdat de koper in casu werd bijgestaan door een architect, die de bestelling had geplaatst en volgens het hof geacht mocht worden de eigenschappen van het materiaal te kennen. De Hoge Raad liet deze beslissing in stand, daartoe overwegende dat het van de omstandigheden van het geval

725 Zie bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 43-44; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 108.

726 HR 9 juni 1995, NJ 1995, 639 m.nt. PvS (Gesnoteg/MeesPierson), r.o. 3.5.

727 Vgl. de NJ-annotatie van P. van Schilfgaarde bij het zojuist genoemde arrest Gesnoteg/MeesPierson, sub 5, die meende dat de Hoge Raad die constructie in casu had gevolgd. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 366, waar meer in algemene zin het onderscheid tussen uitleg en aanvulling wordt gerelativeerd.

728 Vgl. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 43.

729 Dat geldt logischerwijze ook voor de zojuist bedoelde informatiele nevenverplichtingen uit hoofde van duurovereenkomsten.

730 Zie daarover bijv. Van Delft-Baas 1987, p. 207 e.v.; Dommering-van Rongen 1991, p. 163 e.v.; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 26 (ad c), 319. Vgl. ook par. 4.5.6 e.v., over productenaansprakelijkheid.

afhangt, 'of op de verkoper de bijkomende verplichting rust om de koper in te lichten omtrent het gebruik van het verkochte goed'.⁷³¹ De lagere rechtspraak biedt voorbeelden van gevallen, waarin een dergelijke 'postcontractuele' informatieplicht uit hoofde van redelijkheid en billijkheid werd aanvaard. Zo is anno 2005 geoordeeld dat de professionele verkoper van een 'scootmobiel' verplicht was zijn klanten na aankoop te wijzen op het bestaan van een wettelijke verzekeringsplicht voor scootmobiele, omdat over de desbetreffende wetgeving (destijds) onduidelijkheid bestond.⁷³²

Een nadere inventarisatie van informatieplichten uit hoofde van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid blijft hier korthedshalve achterwege.⁷³³ Wel zij gewezen op het *rechtskarakter* van deze informatieplichten, die ingevolge art. 6:248 lid 1 BW kwalificeren als contractuele verbintenissen, waarvan de schending wanprestatie oplevert in de zin van art. 6:74 BW.⁷³⁴ In zoverre verschillen zij van de hieronder te bespreken informatieplichten uit hoofde van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, die als 'Obliegenheiten' kwalificeren (vgl. par. 2.4.1). Ter nuancering van dit onderscheid moet overigens worden opgemerkt dat aanvulling en beperking in de praktijk vaak in elkaar overlopen.⁷³⁵ Zo had koper Merryweather in de zojuist besproken zaak, waarin verkoper Hagemeyer betaling van het dakbedekkingsmateriaal vorderde, zich verweerd met de stelling dat Hagemeyer 'te goeder trouw geen nakoming kan vorderen nu door haar nalaten om Merryweather behoorlijk van een gebruiksaanwijzing met betrekking tot het gekochte goed te voorzien aan hem, Merryweather, schade is toegebracht'. De Hoge Raad las in dit verweer, zoals hierboven bleek, een beroep op een 'bijkomende verplichting' uit hoofde van redelijkheid en billijkheid tot het verstrekken van een gebruiksaanwijzing.

3.8.8 Informatieplichten ex art. 6:248 lid 2 BW

Blijkens art. 6:248 lid 2 BW is een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing, voor zover dit onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁷³⁶ Het laat zich aanzien dat ook de schending van een informatieplicht kan meebrengen dat de verantwoordelijke partij niet te goeder

731 HR 6 april 1973, *NJ* 1973, 459 m.nt. GJS (Merryweather/Hagemeyer).

732 Zie Rb. Zutphen 5 oktober 2005, *NJF* 2006, 37, r.o. 5.7, waar de rechtbank deze verplichting met zoveel woorden op 'de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid' baseert.

733 Zie voor een inventarisatie bijv. Hesselink 1999, p. 255 e.v.; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 6:2, aant. 15.

734 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 407; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 283.

735 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 407.

736 Vgl. ook art. 6:2 lid 2 BW, besproken in par. 3.8.9.

trouw aanspraak kan maken op (onverkorte⁷³⁷) nakoming.⁷³⁸ Een belangrijke toepassing schuilt in de toetsing van *exoneratiebedingen*.⁷³⁹ Volgens vaste rechtspraak is een beroep op een contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, indien de tekortkoming voortvloeit uit een ernstige fout, meer in het bijzonder indien zij te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of diens leidinggevend personeel.⁷⁴⁰ Deze rechtspraak kan worden herleid tot het klassieke arrest Saladin/HBU uit 1967, waarin werd overwogen dat de toelaatbaarheid van een exoneratie onder meer afhangt van 'de zwaarte van de schuld' aan de zijde van de exonerant.⁷⁴¹

Onder omstandigheden kan de 'schuld' van de exonerant gelegen zijn in diens schending van een precontractuele informatieplicht.⁷⁴² Zo betoogden de kopers van een Bloemendaalse villa dat het zwijgen van de verkoper over de aanwezigheid van een ondergrondse olietank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de weg stond aan diens beroep op een exoneratie ter zake van de daardoor veroorzaakte bodemverontreiniging. De Hoge Raad verwierp dit beroep op een precontractuele mededelingsplicht, omdat in casu moest worden aangenomen dat de verkoper ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst wist noch behoorde te weten van het risico van bodemverontreiniging ten gevolge van de aanwezigheid van een ondergrondse olietank.⁷⁴³

Een voorbeeld van een succesvol beroep op een precontractuele informatieplicht in het kader de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid biedt het arrest Van der Laan/Top uit 1976, betreffende de verkoop van een partij hennen die aan de ziekte pseudo-vogelpest bleken te lijden, als gevolg waarvan de kippen van de koper eveneens met die ziekte werden besmet. In rechte ging het om de vraag of verkoper Top, die naar eigen zeggen niet wist van de ziekte, zich te goeder trouw kon beroepen op de overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking tot het bedrag van de koopsom. Het hof meende van wel, omdat koper Van der Laan zich er bij het ophalen van de hennen niet

737 Vgl. HR 17 februari 2006, *LJN* AU9717, *NJ* 2006, 378 m.nt. M.M. Mendel (Royal c.s./Polygram), r.o. 4.7, waarin een 'proportionele toepassing' van art. 6:248 lid 2 BW werd aanvaard. Zie ook Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 22-23.

738 Zie over informatieplichten uit hoofde van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ook Vranken 1989, p. 142 e.v.

739 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 364 e.v.; Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 284a; en De Jong in Brunner e.a. 2011, nr. 186.

740 Zie bijv. HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 (Gemeente Stein/Driessen), r.o. 3.6.1. Vgl. ook HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389 m.nt. CJHB (Matatag/De Schelde), r.o. 3.2, waaruit blijkt dat een exoneratie voor ernstige fouten van niet-leidinggevend personeel onder omstandigheden (met name in de commerciële sfeer) wel toelaatbaar is.

741 HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU).

742 Vgl. (overigens zonder expliciete toespitsing op informatieplichten) Duyvensz 2002, p. 196.

743 HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 527 m.nt. WMK (Kaars Sijpesteijn c.s./ De Marez Oyens c.s.), r.o. 3.3, besproken in par. 3.7.9.

van had vergewist of de voor het vervoer vereiste 'gezondheidsverklaring' was verkregen (quod non). Tegen die achtergrond oordeelde het hof dat Van der Laan 'bewust het risico aanvaardde van besmetting'. De Hoge Raad vernietigde dit oordeel, daartoe overwegende dat 'het feit dat de verkoper of een persoon in zijn dienst een ernstig verwijt treft dat hij van het bestaan van de gebreken in de te leveren zaken onkundig was gebleven, in verband met de eisen van de goede trouw onder omstandigheden (...) kan meebrengen dat de verkoper zich niet op de contractuele uitsluiting of beperking van zijn aansprakelijkheid voor de voorzienbare schadelijke gevolgen van deze gebreken kan beroepen'. In casu had het hof moeten onderzoeken of de besmetting viel te wijten aan 'ernstig verwijtbare onbekendheid' aan de zijde van Top, derhalve of hij ter zake van de besmetting een *onderzoeksplicht* had geschonden.⁷⁴⁴

Een vergelijkbare benadering werd gekozen in het arrest Van Dijk/Bedaux en Stok uit 1982, waarin het ging om de verkoop van een woonhuis door een ingenieur-architect aan een leek. Toen naderhand bleek dat de fundering was aangetast vanwege een door de verkoper onder het huis geïnstalleerde ontwateringspomp (die behalve water ook zand wegzoog), beriep de verkoper zich op een exoneration. Het hof honoreerde dit verweer, ervan uitgaande dat de verkoper evenmin als de koper op de hoogte was geweest van het onderhavige gebrek. Volgens de Hoge Raad had het hof echter moeten onderzoeken, of de verkoper 'als ingenieur en architect een ernstig verwijt trof dat hij het ontzandingsgevolg van het gebruik van de ontwateringspomp niet voorzien had'. In dat geval zou namelijk de verkoper zich niet op de overeengekomen exoneration kunnen beroepen, indien hij de koper 'zelfs niet op de hoogte [had] gesteld van het bestaan van de ontwateringspomp'.⁷⁴⁵ Kennelijk rustte er in casu op de verkoper, als meest deskundige partij, een *onderzoeksplicht* omtrent de mogelijkheid van funderingsschade ten gevolge van de aanwezigheid van de ontwateringspomp, althans (tenminste⁷⁴⁶) een *mededelingsplicht* omtrent de aanwezigheid van die pomp.

Het voorgaande illustreert dat de precontractuele informatieplichten, zoals bekend uit de wilsvertrouwensleer en het dwalingsleerstuk, ook gelden op het terrein van art. 6:248 lid 2 BW. Dat wekt geen verbazing, omdat deze informatieplichten tot de precontractuele redelijkheid en billijkheid kunnen worden herleid (par. 2.2.2). Uit de twee geciteerde arresten blijkt echter dat de Hoge Raad in het kader van art. 6:248 lid 2 BW een extra drempel opwerpt, doordat hij de schending van een informatieplicht slechts als beletsel voor een beroep op een exoneration beschouwt, indien de schuldenaar in termen van

744 HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 m.nt. GJS (Van der Laan/Top).

745 HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509 m.nt. CJHB (Van Dijk/Bedaux en Stok), r.o. 3.4.

746 Annotator C.J.H. Brunner veronderstelt (m.i. terecht) dat de verkoper in casu, als meest deskundige partij, niet alleen had moeten wijzen op de aanwezigheid van de pomp, maar ook op de potentiële consequenties daarvan.

informatievergaring of -verstrekking een 'ernstig verwijt' treft. Dat is in overeenstemming met de terughoudendheid die in par. 3.8.6 reeds werd bepleit, tegen de achtergrond van het wettelijke criterium van onaanvaardbaarheid. Het uitzonderingskarakter van art. 6:248 lid 2 BW brengt mee dat de beperkende werking pas in beeld komt bij *ernstige* vormen van informatieverzuim, meer in het bijzonder in geval van opzettelijke of grof nalatige schending van een precontractuele informatieplicht.

Afgezien van het voorgaande is de toegevoegde waarde van art. 6:248 lid 2 BW voor het leerstuk der informatieplichten vooral gelegen in de mogelijkheid om (ook) omstandigheden mee te wegen, die zich eerst ná de contractssluiting hebben voorgedaan (vgl. par. 3.8.6). Dat gebeurde bijvoorbeeld in het arrest Kroymans/Sun Alliance uit 1996.⁷⁴⁷ Het ging in casu om een brandverzekeraar die zich beriep op een vervalbeding in de polisvoorwaarden, dat inhield dat de verzekerde zijn aanspraak op uitkering verloor, indien hij niet binnen zes maanden na de weigering tot uitkering een geding aanhangig had gemaakt. Volgens verzekerde Kroymans was een beroep op dat beding in casu naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat verzekeraar Sun Alliance hem ten tijde van haar weigering niet op de consequenties ervan had gewezen. Sun Alliance wierp tegen dat Kroymans destijds werd bijgestaan door een advocaat. De Hoge Raad sloot zich aan bij het standpunt van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf, dat een beroep op een vervalbeding als het onderhavige niet kan worden aanvaard 'indien de verzekeraar bij de weigering van betaling niet op niet mis te verstane wijze heeft meegedeeld dat hij een beroep op het vervallen van de aanspraak van de begunstigde zal doen indien de vordering niet binnen de genoemde termijn voor de bevoegde rechter aanhangig is gemaakt' (r.o. 3.13). In dit licht achtte de Hoge Raad het beroep van Sun Alliance op het vervalbeding, ondanks de bijstand van een advocaat aan de zijde van Kroymans, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (r.o. 3.14).⁷⁴⁸

In casu gold dus voor de verzekeraar een uit art. 6:248 lid 2 BW voortvloeiende *mededelingsplicht* omtrent de consequenties van het vervalbeding, niet met het oog op een geldige totstandkoming van dat beding, dus ter voorkoming van een wilsgebrek aan de zijde van de verzekeringnemer, maar ter bescherming van de belangen van de verzekerde in het kader van de *uitvoering* van de verzekeringsovereenkomst. Op vergelijkbare wijze is in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld geoordeeld dat een brandstofleverancier die haar klanten voorzag van 'tankpassen', waarmee bij tankstations van de leverancier brandstoffen konden worden getankt en afgerekend, de klanten had moeten waarschuwen toen anno 2002 bekend werd dat deze passen fraudegevoelig

747 HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 m.nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance).

748 Vgl. de NJ-annotatie van M.M. Mendel, sub 4, die de uitspraak beschouwt als een toepassing van de regel uit HR 9 september 1994, NJ 1995, 285 m.nt. MMM (Trouwborst/Tollenaar & Wegener), r.o. 3.5, besproken in par. 3.8.3.

waren, vanwege het risico van 'skimmen'. Tegen deze achtergrond kon de brandstofleverancier in casu naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen aanspraak maken op betaling van een vijftal facturen, die betrekking hadden op de frauduleuze afname van dieselolie door derden.⁷⁴⁹

3.8.9 Vervolg; beperkende werking in breder verband

De beperkende werking van redelijkheid en billijkheid kent een bredere betekenis dan hierboven, door de toespitsing op art. 6:248 lid 2 BW, werd gesuggereerd. In de eerste plaats bevat de wet bijzondere uitwerkingen van het artikel, die ten dele ook in het teken staan van de problematiek van informatie-vergaring en -verstrekking. Een voorbeeld is de regeling van de *klachtplicht* in art. 6:89 en 7:23 BW, die inhoudt dat een schuldeiser die wist of behoorde te weten van een gebrek in de nakoming, maar desondanks de schuldenaar hierover niet tijdig heeft geïnformeerd, geen beroep kan doen op wanprestatie. De gedachte is dat hij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zijn recht op nakoming heeft verspeeld, door schending van een mededelingsplicht omtrent de gebrekkigheid van de prestatie (de klachtplicht), althans een onderzoeksplicht ten behoeve van de naleving van die mededelingsplicht.⁷⁵⁰ Een nadere uitwerking volgt in par. 3.11.11, toegespitst op de klachtplicht bij koop (art. 7:23 BW).

Een andere specialis van art. 6:248 lid 2 BW is de regeling van de *onvoorziene omstandigheden* in art. 6:258 BW.⁷⁵¹ Het gaat hier om de vraag of partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mogen verwachten, indien er zich ná de contractssluiting onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, die niet door partijen in de overeenkomst waren verdisconteerd.⁷⁵² Bij de beantwoording van die vraag spelen informatieplichten normaliter geen rol, omdat het 'onvoorziene' karakter van de betreffende omstandigheden juist impliceert dat partijen hiermee ten tijde van de contractssluiting geen rekening hebben gehouden, zodat redelijkerwijs van hen ook geen mededeling of onderzoek ter zake kon worden verlangd. Dienovereenkomstig heeft de wetgever opgemerkt dat het begrip 'onvoorziene' in art. 6:258 BW niet ziet op de (on)voorzienbaarheid van

749 Rb. Rotterdam 8 november 2006, LJN AZ2985, NJF 2007, 79, r.o. 5.6-5.7.

750 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 408. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 407, over het verband met art. 6:248 lid 2 BW.

751 Vgl. MvA II, PG Boek 6, p. 973, waar het verband met art. 6:248 lid 2 BW uitdrukkelijk wordt genoemd. Zie ook Reurich 2003, p. 48, die zich echter op p. 52 e.v. kritisch toont over de kwalificatie van art. 6:258 BW als specialis van art. 6:248 lid 2 BW.

752 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 436 e.v.; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 286 e.v. Vgl. ook par. 3.8.6, waar reeds bleek dat in het kader van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid 'posterieure' omstandigheden als hier bedoeld kunnen worden meegewogen.

de wijziging der omstandigheden ten tijde van de contractssluiting, maar op de vraag of partijen een contractuele voorziening ter zake hebben getroffen.⁷⁵³ Overigens kan bij de beantwoording van die vraag, derhalve bij de *uitleg* van het overeengekomene, de bedoelde (on)voorzienbaarheid wel een rol spelen.⁷⁵⁴ Degene die bij het aangaan van een contract zwijgt over de consequenties van een voor partijen voorzienbare wijziging der omstandigheden, zal immers bij zijn wederpartij doorgaans het gerechtvaardigd vertrouwen wekken dat die wijziging stilzwijgend in het contract is verdisconteerd (vgl. art. 3:35 BW). Zo beschouwd zullen algemeen voorzienbare wijzigingen, zoals de gebruikelijke veranderingen in de economische conjunctuur, in de regel geen beroep op art. 6:258 BW rechtvaardigen. Aldus ook Valk, die terecht een uitzondering aanvaardt voor het geval een der partijen onder de gegeven omstandigheden aanleiding had te vermoeden dat de andere partij zich van de voorzienbare wijziging niet bewust was.⁷⁵⁵

Afgezien van de zojuist bedoelde bijzondere uitwerkingen moet hier worden gewezen op de generalis van art. 6:2 lid 2 BW, waarvan art. 6:248 lid 2 BW op zijn beurt een bijzondere uitwerking vormt. Art. 6:2 lid 2 BW bepaalt geheel in algemene zin dat een verbintenisrechtelijke regel 'niet van toepassing' is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het laat zich aanzien dat ook de schending van een informatieplicht tot die conclusie kan leiden. Het leerstuk van de *rechtsverwerking* kan bijvoorbeeld in die sleutel worden geplaatst, wanneer men het opvat als strijd met de goede trouw vanwege het 'ongebruikt laten verstrijken van de tijd'.⁷⁵⁶ Ook de bekende prioriteitsregels inzake het prevaleren van waarheidsplicht en mededelingsplicht vloeien (van origine) voort uit de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (par. 3.6.15 e.v.). Op een meer specifiek niveau zijn talloze toepassingen van art. 6:2 lid 2 BW als grondslag van informatieplichten denkbaar. Zo werd in par. 3.3.4, naar aanleiding van de zaak Postwanorder/Otto, betoogd dat een beroep op een discrepantie van wil en verklaring in de zin van art. 3:33 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn wegens de schending van een informatieplicht door de verklarende partij (en ongeacht het gerechtvaardigd vertrouwen aan de zijde van de wederpartij), bijvoorbeeld omdat de verklarende partij haar discrepantie van wil en verklaring niet onverwijld na de 'ontdekking' ervan heeft hersteld. Overigens verdient het aanbeveling om, overeenkomstig hetgeen in par. 3.8.6 werd betoogd, de hier bedoelde toetsing te reserveren voor de weging van 'posterieure' omstandigheden, die

753 Zie PG Boek 6, p. 968 (TM) en 973 (MvA II).

754 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 441; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 288. Vgl. ook art. III-1:110(3) DCFR, sub b en c.

755 Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 288.

756 Vgl. Vranken 1989, p. 145. Zie ook Valk 1993, p. 128-130, over spreekplichten i.v.m. rechtsverwerking.

zich eerst ná de contractssluiting hebben voorgedaan. Anders resulteert de toepassing van art. 6:2 lid 2 BW denkkelijk in een vruchteloos ‘herkauwen’ van de vertrouwenstoetsing van art. 3:35 BW (vgl. par. 3.3.4).

Voor de praktijk is voorts van belang dat uit de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid een mededelingsplicht kan voortvloeien omtrent het invoeren van een *opschortingsbevoegdheid* in de zin van art. 6:52 of 6:262 BW.⁷⁵⁷ In het arrest Spector/Fotoshop uit 2006 overwoog de Hoge Raad ter zake:

‘Uit de redelijkheid en billijkheid kan onder omstandigheden voortvloeien dat een schuldenaar pas van een hem toekomend opschortingsrecht gebruik mag maken nadat hij zijn wederpartij heeft meegedeeld dat en op welke grond de opschorting plaatsvindt. Daarbij is in het bijzonder van belang hetgeen de wederpartij ten tijde van de opschorting wist of uit de toen bestaande omstandigheden had behoren te begrijpen, en wat degene die opschort, toen met betrekking tot die wetenschap of dit begrijpen mocht aannemen (...).’⁷⁵⁸

Van Schaick heeft, mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief, kritiek geuit op de onderhavige mededelingsplicht, die volgens hem ‘te veel van het goede’ is, mede gezien het feit dat de opschortingsgerechtigde, als schuldeiser van zijn wederpartij, veelal ook reeds een klachtplicht ingevolge art. 6:89 of 7:23 BW heeft.⁷⁵⁹ In zijn meer recente arrest Van Mierlo/OGP heeft de Hoge Raad de onderhavige mededelingsplicht niettemin gehandhaafd, zij het onder toevoeging van het caveat dat ‘in zijn algemeenheid’ niet de eis kan worden gesteld dat het invoeren van een opschortingsbevoegdheid aan de wederpartij kenbaar wordt gemaakt.⁷⁶⁰ De mededelingsplicht geldt dus slechts onder bijzondere omstandigheden, zoals de Hoge Raad reeds had benadrukt in het arrest Gelling/Jessurun uit 1991.⁷⁶¹ Deze (hernieuwde) terughoudendheid verdient inderdaad aanbeveling, gelet op het uitzonderingskarakter van de deroegerende werking van redelijkheid en billijkheid. Onaanvaardbaar zal een beroep op een opschortingsbevoegdheid, enkel vanwege het feit dat daarover geen mededeling is gedaan aan de wederpartij, die zelf de voorwaarden voor het ontstaan van die bevoegdheid in het leven riep, inderdaad niet snel zijn.

757 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 274; De Jong in Brunner e.a. 2011, nr. 154; en Stolp 2011, p. 157. Vgl. ook Bakker 2011, p. 507, die deze mededelingsplicht mede met de *aanvullende* werking van redelijkheid en billijkheid in verband brengt.

758 Aldus HR 17 februari 2006, *LJN* AU5663, *NJ* 2006, 158 (Spector/Fotoshop), r.o. 3.13, onder verwijzing naar het (minder expliciet geformuleerde) arrest HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 723 (Gelling/Jessurun), r.o. 3.2.

759 Zie Van Schaick 2009b, p. 136, die overigens erkent dat mededelingsplicht en klachtplicht in dit verband niet geheel vergelijkbaar zijn. Zie nader over de klachtplicht ex art. 7:23 BW par. 3.11.11.

760 HR 17 september 2010, *LJN* BM6088, *RvdW* 2010, 1051 (Van Mierlo/OGP), r.o. 3.3.3.

761 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 723 (Gelling/Jessurun), r.o. 3.2. In dit arrest werd voor het eerst de mogelijkheid van een mededelingsplicht als de onderhavige aanvaard.

3.9 NAKOMING

3.9.1 Algemeen

Tot zover ging het in dit hoofdstuk om de informatieplichten die betrekking hebben op de totstandkoming (par. 3.2 e.v.), de geldigheid (par. 3.5 e.v.) en de rechtsgevolgen van de overeenkomst (par. 3.8). In zekere zin was dat een preliminaire exercitie. Immers, eerst bij de *uitvoering* van de overeenkomst kan definitief worden vastgesteld of één der partijen zich op de bedongen prestaties heeft verkeken in verband met een informatietekort. De nu te behandelen uitvoeringsfase staat intussen niet op zichzelf. Voorwerp van uitvoering is immers de tot stand gekomen overeenkomst. Het merendeel van de hieronder te behandelen informatieplichten ligt dan ook rechtstreeks in het verlengde van de precontractuele informatieplichten, die in de voorgaande paragrafen aan de orde kwamen. Dat geldt vooral voor de mededelings- en onderzoeksplichten uit hoofde van niet-nakoming en non-conformiteit, die nauw verwant zijn aan de informatieplichten bij dwaling (par. 3.10.3).

Meestal zullen informatieplichten in de uitvoeringsfase aan de orde komen als één der partijen (beweerdelijk) *tekortschiet* in de nakoming van een contractuele verbintenis. De vraag of zulk tekortschieten is te wijten aan de schending van een informatieplicht kan, meer in het bijzonder, tot uitdrukking komen bij de wettelijke vereisten van niet-nakoming c.q. tekortkoming (art. 6:52, 6:74 of 6:265 BW) en toerekenbaarheid (art. 6:74 jo. 6:75 BW). In par. 3.10 wordt dat nader uitgewerkt. De betekenis van informatieplichten voor de uitvoeringsfase van de overeenkomst is echter niet beperkt tot de vaststelling van een contractuele tekortkoming en/of wanprestatie. Ook in het kader van de nakoming als zodanig kunnen plichten tot vergaring en verstrekking van informatie een rol spelen. Over dat (relatief bescheiden) thema handelt de onderhavige paragraaf.

3.9.2 Wettelijk kader

De nakoming van overeenkomsten is geregeld in afdeling 6.3.1 BW. Hier vindt men vooral praktische regels van aanvullend recht, die onderhandelende partijen bevrijden van de last om telkens gedetailleerde afspraken te maken over bijvoorbeeld plaats en tijdstip van nakoming (art. 6:27 e.v. BW). De kennis van partijen en hun gerechtvaardigde verwachtingen spelen bij de toepassing van deze wettelijke regels normaliter geen rol. Een uitzondering vormt art. 6:34 BW, dat voorziet in bescherming van de schuldenaar tegen onbevoegdheid van de ontvanger van de geleverde prestatie. Het artikel biedt, als uitwerking

van art. 3:11 BW inzake de goede trouw,⁷⁶² aanknopingspunten voor het aannemen van wederzijdse informatieplichten van schuldeiser en schuldenaar omtrent de inningsbevoegdheid van de ontvanger.

Als vanzelfsprekende hoofdregel geldt dat nakoming – in dit verband vaak aangeduid als ‘betaling’, ook waar het niet de voldoening van een geldschuld betreft⁷⁶³ – dient plaats te vinden aan het adres van de (werkelijke) schuldeiser. Heeft de schuldenaar echter ‘op redelijke gronden’ aangenomen dat aan een ander moest worden betaald – hetzij omdat hij die ander voor de schuldeiser hield, hetzij omdat hij meende dat die ander *in plaats van* de schuldeiser tot ontvangst bevoegd was⁷⁶⁴ –, dan geldt de betaling krachtens art. 6:34 lid 1 BW als bevrijdend. Het komt er dus op neer dat de schuldenaar die te goeder trouw afgaat op de schijn van schuldeiserschap van de onbevoegde ontvanger wordt beschermd ten koste van de (werkelijke) schuldeiser.⁷⁶⁵ Daartoe is niet vereist dat de schuldeiser zelf door enig ‘toedoen’ aan de vergissing van de schuldenaar heeft bijgedragen.⁷⁶⁶ De achterliggende gedachte is dat van de schuldenaar, gelet op de dwangpositie waarin hij zich bevindt, billijkheidshalve geen diepgravend onderzoek naar de inningsbevoegdheid van de ontvanger kan worden gevergd, terwijl een dergelijk onderzoek ook onwenselijk zou zijn met het oog op het belang van een vlot lopend betalingsverkeer.⁷⁶⁷ Zo beschouwd strekt art. 6:34 BW in algemene zin ook ter bescherming van *schuldeisers*, die (als collectief) niet gebaat zijn bij een tijdrovend onderzoek naar hun inningsbevoegdheid.⁷⁶⁸

Het voorgaande laat onverlet dat de schuldenaar die goede reden heeft tot *twijfel* omtrent de inningsbevoegdheid van de ontvanger, in het licht van

762 Zie bijv. Vranken 1997, p. 18-19; Hartkamp 1999, nr. 48; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221; Scheltema 2008, nr. 20, sub b; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 5. Vgl. ook de verwijzing naar de goede trouw in art. 1422 BW (oud), waarover De Jong 1941, p. 29-40.

763 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 190.

764 Meende de schuldenaar dat de ander náást de schuldeiser tot ontvangst bevoegd was (bijv. krachtens volmacht), dan kan niet worden gezegd dat hij aannam dat aan die ander ‘moest worden betaald’, zoals voorgeschreven door art. 6:34 BW. Zie voor die situatie art. 3:61 lid 2 BW, waarover par. 3.4.1 e.v.

765 Gemakshalve wordt de formule ‘schijn van schuldeiserschap’ hier in ruime zin gehanteerd, ter aanduiding van de schijn ‘dat de ontvanger der betaling als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem moest worden betaald’ (vgl. art. 6:34 lid 1 BW).

766 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221; Scheltema 2008, nr. 20, sub a; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 4. Vgl. par. 3.4.5 over het toedoen-vereiste ex art. 3:61 lid 2 BW.

767 Aldus TM, PG Boek 6, p. 163. Zie verder bijv. Krans in Brunner e.a. 2011, nr. 91; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 220; Scheltema 2008, nr. 20; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 2.

768 Zie bijv. Scheltema 2008, nr. 20. Vgl. ook reeds De Jong 1941, p. 2 (m.b.t. art. 1422 BW).

art. 3:11 BW gehouden zal zijn tot nader onderzoek.⁷⁶⁹ Art. 6:37 BW faciliteert zulk onderzoek, door aan de schuldenaar die 'op redelijke gronden twijfelt aan wie de betaling moet geschieden' een opschortingsbevoegdheid toe te kennen. Aldus kan de schuldeiser tijdelijk ontkomen aan zijn zojuist bedoelde dwangpositie. Nochtans ligt het, gelet op het reeds genoemde belang van een vlot lopend betalingsverkeer, niet voor de hand om in dit verband een uitputtend onderzoek van de schuldenaar te vergen. Welke mate van onderzoek is geboden, zal afhangen van de aard van het betrokken geval.⁷⁷⁰ In navolging van De Jong worden hier meestal vier gevals categorieën onderscheiden,⁷⁷¹ die in de volgende paragraaf nader worden behandeld.

3.9.3 Informatieplichten ex art. 6:34 BW

De eerste categorie betreft de gevallen van betaling aan een gewezen schuldeiser, nadat de vordering, bijvoorbeeld als gevolg van cessie, op een ander is overgegaan. Onder het oude BW, dat voor een rechtsgeldige cessie geen mededeling aan de schuldenaar vereiste,⁷⁷² waren zulke gevallen geenszins denkbeeldig. Aangenomen werd dat de schuldenaar bij gebreke van betekening op grond van art. 668 lid 2 BW (oud) bevrijdend kon blijven betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser, de cedent.⁷⁷³ Met de invoering van het constitutionele mededelingsvereiste in art. 3:94 lid 1 BW leek deze problematiek aanvankelijk achterhaald. De 'stille cessie' zonder mededeling, ingevoerd in 2004 als alternatief voor de 'openbare' variant, deed oude tijden herleven. Het desbetreffende art. 3:94 lid 3 BW bepaalt nu dat een stille cessie – hoewel reeds voltooid door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte – eerst aan de schuldenaar kan worden tegengeworpen na mededeling ervan. Het resultaat is sterk vergelijkbaar met de situatie onder het oude recht. Zolang geen mededeling heeft plaatsgevonden kan de schuldenaar bevrijdend blijven betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser, de cedent.⁷⁷⁴ In zoverre kan men zeggen dat op de nieuwe schuldeiser (de cessionaris) een *mededelingsplicht* rust jegens de schuldenaar. Aangenomen wordt dat deze mededelingsplicht zelfs geldt indien de schuldenaar reeds uit anderen hoofde van de cessie

769 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221; Scheltema 2008, nr. 20, sub b; Krans in Brunner e.a. 2011, nr. 92; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 5. Vgl. ook reeds De Jong 1941, p. 36-37; en TM, PG Boek 6, p. 163.

770 Vgl. Krans in Brunner e.a. 2011, nr. 92.

771 Zie De Jong 1941, p. 41 e.v.

772 Zie bijv. Asser/Mijnssen/De Haan 3-I (2006), nr. 277.

773 Betekening ex art. 668 lid 2 BW (oud) had dus geen goederenrechtelijk maar wel verbintenissenrechtelijk effect. Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 223.

774 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2002/03, 28878, nr. 3, p. 4.

op de hoogte is geraakt.⁷⁷⁵ Kennelijk wordt art. 3:94 lid 3 BW hier beschouwd als specialis van art. 6:34 BW, in die zin dat de schuldenaar bij gebreke van een mededeling hoe dan ook wordt geacht te goeder trouw te zijn. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid in het betalingsverkeer valt voor die benadering veel te zeggen.⁷⁷⁶

Het laat zich aanzien dat goede trouw ná mededeling van de cessie in het algemeen ontbreekt. Deze vaststelling is naar huidig recht ook van belang voor de gevallen van 'openbare cessie' in de zin van art. 3:94 lid 1 BW, die gepaard zijn gegaan met een wettelijk voorgeschreven mededeling aan de schuldenaar. In de literatuur wordt aangenomen dat een betaling aan de cedent ná mededeling van de cessie slechts bevrijdend kan zijn, indien de schuldenaar door toedoen van de cessionaris, bijvoorbeeld wegens een onjuiste inlichting van zijn kant, op het verkeerde been is gezet.⁷⁷⁷ Meer in het algemeen blijkt daaruit dat het toedoen van de schuldeiser, ofschoon niet *vereist* voor bescherming van de schuldenaar op grond van art. 6:34 BW, in dit verband wel degelijk een rol kan spelen.⁷⁷⁸

De tweede categorie van gevallen ziet op de betaling aan een vermeende verkrijger van de vordering, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar veronderstelde dat de vordering was gecedeerd. Was deze veronderstelling gebaseerd op een mededeling van de schuldeiser zelf (de vermeende cedent), dan zal de schuldenaar zich normaliter op de bescherming van art. 6:34 BW kunnen beroepen. Een mededeling van de vermeende cessionaris zal daarentegen niet snel kwalificeren als 'redelijke grond' in de zin van het artikel, aangezien op de schuldenaar die met een dergelijke mededeling wordt geconfronteerd in beginsel de plicht rust om bij de schuldeiser (de vermeende cedent) te verifiëren of de beweerde cessie inderdaad heeft plaatsgevonden.⁷⁷⁹ Een bijzondere uitwerking van deze *onderzoeksplicht* aan de zijde van de schuldenaar is te vinden in art. 4:187 BW, betreffende de betaling aan een vermeende erfgenaam. Volgens lid 2 geldt een dergelijke betaling als bevrijdend indien de schuldenaar daarbij afging op de in een notariële verklaring van erfrecht vermelde feiten. Een dergelijke verklaring levert derhalve een 'redelijke grond' op in de zin van art. 6:34 BW.⁷⁸⁰ Die hoofdregel lijdt echter uitzondering, aldus art. 4:187 lid 3 BW, indien op grond van 'bijzondere omstandigheden' een nader onderzoek van de schuldeiser kon worden gevergd. De parlementai-

775 Zie bijv. Nota, *Kamerstukken II* 2003/04, 28878, nr. 5, p. 10-11, alsmede Rongen & Verhagen 2003, p. 689-690; Asser/Mijnssen/De Haan 3-I (2006), nr. 281e; Scheltema 2008, nr. 20, sub d; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 8.2.

776 Vgl. Rongen & Verhagen 2003, p. 689.

777 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 223; Scheltema 2008, nr. 20, sub d; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 8.1.

778 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221.

779 Zie voor een en ander bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221; Scheltema 2008, nr. 20, sub d; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 9.

780 Vgl. MvA II, PG Boek 4, p. 911.

re geschiedenis noemt hier als voorbeeld het geval waarin de schuldenaar ondanks 'geringe grond om te twijfelen' overgaat tot betaling terwijl de schuld nog niet opeisbaar is.⁷⁸¹ De gedachte is dat de schuldenaar voorafgaand aan de vervaldag zijn eventuele twijfels zonder bezwaar kan wegnemen door het doen van nader onderzoek. Meer in het algemeen zal die gedachte bij de toepassing van art. 6:34 BW een rol kunnen spelen.⁷⁸²

De derde categorie van gevallen ziet op persoonsverwisselingen en dergelijke, waarbij de schuldenaar door een dwaling omtrent de identiteit van zijn schuldeiser aan een onbevoegde betaalt. In beginsel rust op de schuldenaar een zekere *onderzoeksplicht* ter voorkoming van zulke dwalingen. Niettemin is denkbaar dat de schuldeiser, indien hij een dergelijke dwaling aan de zijde van de schuldenaar kan voorzien, is gehouden tot een *waarschuwing*.⁷⁸³ Zo zal de schuldenaar die, onbekend met de persoon van zijn schuldeiser, een verschuldigde geldsom op het afgesproken adres uitbetaalt aan een ter plaatse aanwezige klusjesman die hij voor zijn schuldeiser aanziet, ter onderbouwing van zijn beroep op art. 6:34 BW kunnen aanvoeren dat het op de weg van de schuldeiser lag hem voor deze vergissing te behoeden. Hetzelfde resultaat kan overigens worden bereikt door, rechtstreeks aanknopen bij art. 6:34 BW, te betogen dat de schuldenaar 'op redelijke gronden' heeft aangenomen dat degene die hij aantrof op het afgesproken adres zijn schuldeiser was.⁷⁸⁴

De laatste categorie van gevallen ziet op de betaling aan een schuldeiser wiens recht aantastbaar is, bijvoorbeeld in verband met een wilsgebrek.⁷⁸⁵ Wordt bijvoorbeeld een cessie na betaling aan de cessionaris vernietigd wegens dwaling, dan geldt de ontvanger der betaling – achteraf gezien – als onbevoegd (vgl. art. 3:53 BW). Voor zulke gevallen behelst art. 6:34 lid 2 BW een bijzondere regeling. Indien door vernietiging het recht van de vermeende schuldeiser met terugwerkende kracht aan een ander toekomt, geldt de reeds gedane betaling in beginsel als bevrijdend, tenzij hetgeen de schuldenaar omtrent het rechtsverlies kon voorzien, hem van de betaling had behoren te weerhouden. Vergeleken met art. 6:34 lid 1 BW is hier de bewijslast omgedraaid, in die zin dat de (werkelijke) schuldeiser dient aan te tonen waarom de schuldenaar géén redelijke grond voor betaling had.⁷⁸⁶ Blijkens de parlementaire geschiedenis is daartoe niet voldoende dat de schuldeiser aantoont dat de schuldenaar op de hoogte was of behoorde te zijn van de aantastbaarheid.⁷⁸⁷ Bijkomende omstandigheden zijn vereist, waarbij de wetgever met name heeft gedacht aan de situatie waarin de schuldenaar, gelet op zijn kennis omtrent de aantast-

781 MvA II, PG Boek 4, p. 912.

782 Vgl. TM, PG Boek 6, p. 164; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 221.

783 Vgl. Scheltema 2008, nr. 20, sub d; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 11.

784 Of een dergelijk betoog slaagt, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.

785 Zie hierover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 224; Scheltema 2008, nr. 20, sub d; en Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 12.

786 Vgl. Verbintenissenrecht I (Koot), art. 34, aant. 15.

787 MvA II, PG Boek 6, p. 166.

baarheid van het betrokken recht en de overige omstandigheden van het geval, de (werkelijke) schuldeiser had behoren te *waarschuwen*.⁷⁸⁸ Grote praktische betekenis lijkt deze waarschuwingsplicht intussen niet te hebben.⁷⁸⁹ Derhalve zal bij toepasselijkheid van art. 6:34 lid 2 BW meestal de schuldeiser aan het kortste eind trekken.

Al met al kunnen uit art. 6:34 BW wederzijdse informatieplichten van schuldeiser en schuldenaar omtrent de bevoegdheid van de ontvanger der betaling worden afgeleid. Een (zeldzame) illustratie van de toepassing daarvan in de praktijk biedt het nu te bespreken arrest Van Tholen/Nationale-Nederlanden uit 1994.⁷⁹⁰

3.9.4 Vervolg; Van Tholen/Nationale-Nederlanden

Het ging in casu om een levensverzekering die mevrouw Van Tholen voor zichzelf had afgesloten. De vorderingsrechten uit deze verzekering vielen in de huwelijksgoederengemeenschap met haar echtgenoot, welke gemeenschap in 1986 door diens overlijden was ontbonden. Medio 1992, toen de verzekeraar tot uitkering wilde overgaan, was de gemeenschap nog altijd niet verdeeld, zodat de vraag rees of er bevrijdend kon worden betaald aan mevrouw Van Tholen als deelgenoot-crediteur. De rechtbank beantwoordde die vraag in het licht van art. 3:170 BW ontkennend, daarbij afwijkend van vaste rechtspraak die de Hoge Raad onder het oude recht had ontwikkeld.⁷⁹¹ In cassatie verenigt de Hoge Raad zich met die nieuwe koers. De klacht dat daarmee onvoldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de *bona fide* schuldenaar (in casu de verzekeraar) wordt verworpen onder verwijzing naar art. 6:34 BW, en het genuanceerde regime van wederzijdse informatieplichten dat de Hoge Raad daarin besloten gelegen acht (r.o. 3.3.3):

‘Aangenomen moet (...) worden dat een beding in een overeenkomst waarbij een bepaalde persoon is aangewezen als degene aan wie de ingevolge deze overeenkomst te verrichten betalingen moeten worden gedaan, een ‘redelijke grond’ in de zin van deze wetsebepaling [art. 6:34 BW, *KJO*] oplevert, waarop de schuldenaar zonder tot enig nader onderzoek te zijn gehouden mag afgaan, en dat hij, zulks doende, bevrijdend heeft betaald, ook als deze persoon achteraf blijkt toen deelgenoot in een ontbonden huwelijksgemeenschap te zijn geweest. Dit is slechts anders wanneer de schuldenaar ten tijde van die betaling wist of op grond van een tijdige mededeling van de andere deelgenoot of diens erfgenamen had behoren te begrijpen dat degene die door het beding is aangewezen, jegens die anderen niet tot het ontvangen van de betaling bevoegd was.’

788 Zie PG Boek 6, p. 164 (TM) en 166 (MvA II).

789 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 224.

790 HR 18 maart 1994, NJ 1995, 410 m.nt. WMK (Van Tholen/Nationale-Nederlanden).

791 Vgl. HR 3 februari 1967, NJ 1967, 441 (De Nederlanden van 1845/Janssen).

Kennelijk kan een verzekeraar in een geval als het onderhavige in beginsel bevrijdend betalen aan degene die in de verzekeringsovereenkomst als begunstigde is aangewezen en behoeft hij niet uit eigen beweging te onderzoeken of die persoon (inmiddels) kwalificeert als deelgenoot-crediteur. Slechts indien de verzekeraar weet of behoort te begrijpen dat het recht op uitkering in een onverdeelde gemeenschap valt, ontbeert hij de bescherming van art. 6:34 BW.⁷⁹² Het 'behoren te begrijpen' wordt door de Hoge Raad gekoppeld aan een *mededeling* van de andere deelgenoot c.q. diens erfgenamen omtrent het bestaan van de gemeenschapsvordering. Men kan zich afvragen of het juist is om aldus de onderzoeksplicht van de schuldenaar (de verzekeraar) ondergeschikt te maken aan een 'voorafgaande' informatieplicht van de schuld-eiser(s) (de andere deelgenoot c.q. diens erfgenamen). Ook bij gebreke van een mededeling als hier bedoeld is immers denkbaar dat de schuldenaar 'had behoren te begrijpen' dat het recht op uitkering in een onverdeelde gemeenschap viel.⁷⁹³ Wat hiervan zij, uit het arrest spreekt in elk geval een onmiskenbare terughoudendheid ter zake van de aanvaarding van onderzoeksplichten uit hoofde van art. 6:34 BW, en een dienovereenkomstige ruimhartigheid ter zake van de honorering van een beroep op het artikel.⁷⁹⁴ Dat is in overeenstemming met hetgeen in par. 3.9.2 werd vooropgesteld.

3.10 NIET-NAKOMING

3.10.1 Algemeen; wettelijk kader

Bij de beantwoording van de vraag of een contractspartij in de nakoming van haar contractuele verbintenissen tekortschiet, kunnen informatieplichten op twee manieren een rol spelen. Op *directe* wijze beïnvloeden informatieplichten de vaststelling van niet-nakoming, indien zij tot de contractuele verbintenissen van partijen behoren. Dat is het geval bij overeenkomsten die de vergaring of verstrekking van informatie tot voorwerp hebben (vgl. par. 2.4.1). Nakoming van het overeengekomene impliceert hier de voldoening aan een informatieplicht. Sprekende voorbeelden zijn de 'adviesplicht' van een makelaar en de 'onderzoeksplicht' van een accountant.⁷⁹⁵ De *Principles of European Law on Service Contracts* (PEL SC), die ook (gedeeltelijk) in het *Draft Common Frame of Reference* zijn verwerkt, bevatten een speciale afdeling over de hier bedoelde

⁷⁹² Laatstbedoelde situatie deed zich in casu kennelijk voor, althans in die zin dat de verzekeraar, in afwachting van de uitkomst van de onderhavige proefprocedure, nog niet tot uitkering was overgegaan.

⁷⁹³ Vgl. de door W.M. Kleijn in zijn NJ-annotatie, sub 5, geschetste casusposities.

⁷⁹⁴ Vgl. de NJ-annotatie van W.M. Kleijn, sub 5, aan het slot.

⁷⁹⁵ Zie daarover bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 34 en 131-149; en Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 63.

‘contracts relating to the exchange of information’.⁷⁹⁶ Daarin is bijvoorbeeld bepaald dat op de professionele informatieverstrekker een onderzoeksplicht kan rusten (art. 6:103 PEL SC / art. IV.C-7:103 DCFR) en dat de door hem verstrekte informatie in kwalitatief en kwantitatief opzicht aan de overeenkomst moet voldoen (art. 6:105 PEL SC / art. IV.C-7:105 DCFR).

De hier bedoelde zuiver contractuele informatieplichten, die zich manifesteren bij de uitvoering van de overeenkomst, moeten worden onderscheiden van de precontractuele informatieplichten, die in de onderhandelingsfase zijn gesitueerd.⁷⁹⁷ Laatstbedoelde informatieplichten – die in dit hoofdstuk centraal staan – kunnen op *indirecte* wijze de vaststelling van niet-nakoming beïnvloeden.⁷⁹⁸ Schending ervan levert als zodanig geen contractbreuk op, maar kan wel bijdragen tot het oordeel dat de verantwoordelijke partij tekortschiet in de nakoming van haar contractuele verbintenissen (par. 3.10.2 e.v.). Zo zal de verkoper van een tweedehands auto uit hoofde van non-conformiteit (art. 7:17 BW) aansprakelijk kunnen zijn, indien hij nalaat de koper te waarschuwen voor een verborgen veiligheidsgebrek.⁷⁹⁹ Ratio van deze aansprakelijkheid is niet dat de verkoper op grond van de koopovereenkomst tot een waarschuwing was gehouden – de betreffende waarschuwingsplicht ging immers aan de totstandkoming van de koopovereenkomst vooraf – maar dat zijn zwijgzaamheid de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper uit hoofde van de koopovereenkomst heeft beïnvloed.⁸⁰⁰

Voor beide typen informatieplichten geldt dat zij geen algemene wettelijke regeling kennen. De niet-nakoming van overeenkomsten is als zodanig evenmin geregeld in de wet.⁸⁰¹ De wettelijke remedies in geval van contractbreuk – nakoming (art. 3:296 BW), opschorting (art. 6:52 e.v. en 6:262-263 BW), schadevergoeding (art. 6:74 e.v. BW) en ontbinding (art. 6:265 BW) – stellen telkens het vereiste van niet-nakoming c.q. tekortkoming,⁸⁰² zonder in algemene zin te omschrijven onder welke voorwaarden de schuldenaar in de nakoming van het overeengekomene tekortschiet. Dat ligt voor de hand. De vaststelling van contractuele verbintenissen dient immers op basis van de betrokken overeen-

796 Zie Chapter 6 PEL SC (‘information’), met bijbehorende toelichting op p. 687 e.v. Zie ook art. IV.C-7:101 e.v. DCFR.

797 Vgl. over dit terminologische onderscheid par. 1.5.3.

798 Vgl. over de vraag of aansprakelijkheid wegens schending van precontractuele informatieplichten rechtstreeks op art. 6:74 BW kan worden gebaseerd par. 3.10.7.

799 Vgl. par. 3.7.2, waar deze waarschuwingsplicht tegen de achtergrond van het dwalingsleerstuk maar vooruitlopend op het conformiteitsleerstuk werd behandeld. Zie voorts over informatieplichten ex art. 7:17 lid 2 BW par. 3.11.8.

800 Vgl. Smits 2003, nr. 28.

801 Vgl. Krans 1999, p. 29.

802 Zie over het wetssystematische onderscheid tussen de begrippen ‘niet-nakoming’ en ‘tekortkoming’ bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 422; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 317; De Jong in Brunner e.a. 2011, nr. 131; en Hijma & Olthof 2011, nr. 366. Vgl. ook TM, PG Boek 6, p. 258.

komst zelf te geschieden.⁸⁰³ In zoverre kan hier worden volstaan met een verwijzing naar par. 3.9, inzake uitleg, aanvulling en beperking van het overeengekome.

In drie opzichten is evenwel een nadere uitwerking geboden. Allereerst moet aandacht worden besteed aan de dogmatische inpassing van informatieplichten in het kader der niet-nakoming, en aan de verhouding met andere leerstukken. Meer in het bijzonder rijst hier de veelbesproken vraag hoe de informatieplichten die bij de vaststelling van niet-nakoming een rol spelen, zich verhouden tot de informatieplichten bij dwaling. Die vraag komt aan de orde in par. 3.10.2 e.v. In het verlengde daarvan ligt de vraag of de contractspartij die door schending van een precontractuele informatieplicht is benadeeld, recht heeft op schadevergoeding wegens wanprestatie c.q. onrechtmatige daad. Die vraag wordt behandeld in par. 3.10.5 e.v. In de tweede plaats moet aandacht worden besteed aan de rol van informatieplichten in het kader van de toerekening van de niet-nakoming op grond van art. 6:75 BW. Daarover handelt par. 3.10.9. Ten slotte is ook een meer specifieke, contextgebonden uitwerking van de informatieplichten uit hoofde van niet-nakoming geboden. In de Boeken 7 en 7A BW zijn immers voor een aantal bijzondere overeenkomsten de contractuele verbintenissen van partijen nader ingevuld. In dat kader komen ook diverse informatieplichten aan bod. In par. 3.11 worden deze informatieplichten behandeld, naar gelang van hun betekenis voor het leerstuk der informatieplichten als zodanig. De nadruk ligt daarbij op de koopovereenkomst, en speciaal op het conformiteitsvereiste van art. 7:17 BW (par. 3.11.7 e.v.).

3.10.2 Niet-nakoming vs. dwaling

In de literatuur bestaat van oudsher verdeeldheid over de vraag of en in hoeverre de informatieplichten uit het dwalingsleerstuk (art. 6:228 BW) doorwerken op het terrein der niet-nakoming (art. 6:74 c.q. 7:17 BW).⁸⁰⁴ De meerderheid der auteurs lijkt uit te gaan van een onbeperkte doorwerking, door te stellen dat de bij dwaling en niet-nakoming geldende informatieplichten *identiek* zijn.⁸⁰⁵ Deze laconieke visie is aantrekkelijk, maar niet vanzelfspre-

⁸⁰³ Zie TM, PG Boek 6, p. 258. Vgl. ook Bakels 1993, p. 175; en Haas 2009, p. 59.

⁸⁰⁴ Hetgeen hieronder in algemene zin over de verhouding tussen dwaling en niet-nakoming wordt opgemerkt, geldt meer in het bijzonder ook voor de verhouding tussen dwaling en non-conformiteit (par. 3.11.8).

⁸⁰⁵ Zie bijv. Vranken 1991a, p. 912; Castermans 1992a, p. 172; Tjittes 1994, p. 176-177; Dammingh 1998, p. 568; Nieuwenhuis 1998, p. 156; Dammingh 2002, p. 226-227; Smits 2003, nr. 28; Van Dunné 2004a, p. 284; Valk 2009b, p. 237; en Bakels 2011, nr. 33. Zie in gelijke zin de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 (Paalman/Lampenier), sub 13. Vgl. ook (iets terughoudender) Van Delft-Baas 1987, p. 200; Van Rossum 1994, p. 226-227; Klik & Wijers 1995, p. 81; Smits 1999, p. 32; Van Rossum 2000, p. 464; Klik 2008, p. 34-35; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 231.

kend. Op het eerste gezicht bestaat er immers tussen dwaling en niet-nakoming een significant verschil.⁸⁰⁶ Waar de teleurgestelde contractspartij met een beroep op art. 6:228 BW (enkel) de geldigheid van de overeenkomst betwist onder verwijzing naar een wilsgebrek, stelt zij met een beroep op art. 6:74 BW een contractuele tekortkoming van de wederpartij aan de kaak. De eerste vordering heeft betrekking op de totstandkomingsfase en behelst in beginsel geen verwijt aan het adres van de wederpartij. De tweede vordering ziet op de uitvoeringsfase en impliceert de juridische afkeuring van het gedrag van de wederpartij. De praktische consequenties zijn duidelijk zichtbaar indien de teleurgestelde contractspartij – al of niet in combinatie met een vernietigingsactie – *schadevergoeding* vordert. Een geslaagd beroep op dwaling in de zin van art. 6:228 BW leidt slechts onder bijzondere voorwaarden tot aansprakelijkheid, en alsdan hoogstens tot vergoeding van het negatief contractsbelang (par. 3.10.6). Een geslaagd beroep op contractbreuk in de zin van art. 6:74 BW geeft zonder meer recht op schadevergoeding,⁸⁰⁷ en wel ter hoogte van het positief contractsbelang.⁸⁰⁸

De door de heersende leer bepleite gelijkstelling ligt in zoverre voor de hand, dat het onderscheid tussen dwaling en niet-nakoming bij nader inzien minder scherp is dan geschetst.⁸⁰⁹ Informatieplichten fungeren als dogmatisch bindmiddel tussen de beide leerstukken.⁸¹⁰ In par. 3.5.4 bleek reeds dat het dwalingsleerstuk sinds de opkomst van informatieplichten niet langer als volstrekt ‘neutraal’ terrein kan worden beschouwd. De honorering van een beroep op dwaling berust dientengevolge dikwijls op een vergelijkbaar soort gedragstoetsing als de vaststelling van een contractuele tekortkoming. Ook qua rechtsgevolgen kunnen de verschillen tussen de beide leerstukken worden genuanceerd. De voor dwaling zo karakteristieke vernietigingsactie moet blijkens art. 6:230 BW (desgevorderd) wijken voor een wijziging van het overeengekomene, indien daardoor het nadeel aan de zijde van de dwalende op afdoende wijze kan worden opgeheven. Is het geleden nadeel in verhouding tot de omvang van de transactie gering, dan zal de dwalende waarschijnlijk reeds uit eigen beweging kiezen voor een wijziging (vgl. art. 6:230 lid 2 BW) of voor schadevergoeding op grond van art. 6:228 jo. 6:162 BW (par. 3.10.5 e.v.). Dat de dwalende in dat geval geen recht heeft op vergoeding van het positief contractsbelang, zal in de praktijk geen grote bezwaren opleveren. De meeste

806 Zie bijv. Hijma 1991b, p. 666-667; Bakels 1993, p. 78, 85-86; Hammerstein & Vranken 2003, nr. 39; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 340; Van Baalen 2009, p. 304; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 219.

807 Toerekenbaarheid wordt in dit verband, behoudens tegenbewijs door de wederpartij (de schuldenaar), verondersteld. Zie par. 3.10.9, aan het slot.

808 Zie over het onderscheid tussen positief en negatief contractsbelang bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 26.

809 Zie bijv. Gerbrandy 1990, p. 288; Van Rossum 1994, p. 226-227; Smits 1999, p. 26; Van Laarhoven 2006, p. 11; en Valk 2010a, p. 950.

810 Vgl. Vranken 1989, p. 208.

schadeposten kunnen immers, afhankelijk van de wijze waarop zij worden gepresenteerd, evengoed met een totstandkomingsgebrek als met een uitvoeringsgebrek in verband worden gebracht. Zo kan de als gevolg van dwaling gederfde winst – vaak genoemd als schoolvoorbeeld van positief contractsbelang – in de vorm van negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komen, indien de dwalende aannemelijk maakt dat hij door totstandkoming van de betrokken overeenkomst winst heeft gederfd die hij in het kader van een vergelijkbare overeenkomst met een derde had kunnen behalen.⁸¹¹ Ook in Europees verband wordt algemeen aanvaard dat de hier bedoelde ‘*lost opportunities*’ onder het negatief contractsbelang vallen.⁸¹² Zo beschouwd kan gevoeglijk worden ingestemd met de bekende uitspraak van Gerbrandy, dat de grens tussen dwaling en niet-nakoming in dit verband ‘zo dun als een spinneweb’ is.⁸¹³

Het zou desalniettemin van simplisme getuigen om uit het voorgaande te concluderen dat de leerstukken dwaling en niet-nakoming zich lenen voor inhoudelijke gelijkschakeling.⁸¹⁴ Met inachtneming van de bovenstaande nuanceringen resteert immers een principieel verschil, dat voor het onderwerp van deze studie cruciaal is. Dwaling is een zuiver informatievraagstuk.⁸¹⁵ De gedragstoetsing die in het kader van art. 6:228 BW plaatsvindt, is uitsluitend gericht op de beantwoording van de vraag of de dwalende bij de totstandkoming van de overeenkomst over voldoende informatie beschikte om een onjuiste voorstelling van zaken te voorkomen. Het leerstuk der niet-nakoming kent een bredere insteek.⁸¹⁶ Het gaat hier om de vraag waartoe partijen zich contractueel hebben verbonden, in het licht van hun gerechtvaardigde verwachtingen over en weer. Bij de beoordeling van die gerechtvaardigde verwachtingen kan uiteraard het precontractuele informatievraagstuk, zoals beheerst door art. 6:228 BW, opnieuw een belangrijke – en dikwijls beslissende – rol spelen. Maar het gaat hier uiteindelijk om méér dan alleen een goed geïnformeerde wilsvorming. Dit betekent dat bij de vaststelling van een contractbreuk mede gewicht kan toekomen aan omstandigheden die met de precontractuele verstreking of vergaring van informatie niets van doen hebben.

811 Zie bijv. Tjittes 1994, p. 177; Ruygvoorn 2009, p. 54, 319; Hartlief in Spier e.a. 2009, nr. 203; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 641 aan het slot; en Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 107. Vgl. ook De Kluiver 1992, p. 310-315; en Van Dunné 2004a, p. 285, 554-555, die tegen deze achtergrond menen dat het onderscheid tussen positief en negatief contractsbelang geen betekenis meer heeft.

812 Zie bijv. Hesselink 1996, p. 906; Kötz 2009, nr. 359; Von Bar & Clive 2009, p. 530 (comments bij art. II-7:214 DCFR); en voorts de toelichting bij art. 2.1.15 PICC, sub 2.

813 Gerbrandy 1990, p. 288.

814 Aldus ook Van Rossum 1994, p. 226, 227; en Van Laarhoven 2006, p. 11-12.

815 Vgl. Smits 1999, p. 11.

816 Vgl. (toegespitst op het conformiteitsvereiste van art. 7:17 BW) Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346a; Klik 2008, p. 35; en Meijer 2009, p. 130.

3.10.3 Vervolg; verschillende informatieplichten?

Wat betekent het voorgaande voor de verhouding tussen de informatieplichten bij dwaling en niet-nakoming? Sommige auteurs benadrukken – conform de vooropstelling in par. 3.10.2 – dat een beroep op niet-nakoming verstrekkender is dan een beroep op dwaling, zodat een precontractueel informatieverzuim eerder een beroep op dwaling dan een beroep op niet-nakoming rechtvaardigt.⁸¹⁷ De gedachte is kennelijk dat de informatieplichten uit hoofde van art. 6:228 BW in potentie ‘strenger’ zijn – in die zin dat zij meer bescherming (kunnen) bieden aan de teleurgestelde contractspartij – dan de informatieplichten uit hoofde van art. 6:74 BW. Hijma verwoordt het, toegespitst op de mededelingsplicht ex art. 6:228 lid 1 sub b BW, als volgt:

‘Het aannemen van een mededelingsplicht is in het licht van het wanprestatieleerstuk (...) belastender dan bij de dwaling. Gezien het feit dat het hier om Obliegenheiten gaat, die hun juridische status aan het eraan verbonden rechtseffect ontleen en die dus niet los van dat effect kunnen worden vastgesteld, zal – ook al is in de praktijk wellicht herhaaldelijk een samenvaal te zien – in het kader van de wanprestatie *in essentie* voorzichtiger met het aannemen van een spreekplicht dienen te worden geopereerd dan bij het dwalingsleerstuk.’⁸¹⁸

Dezelfde visie wordt ook wel herleid tot de processuele autonomie van partijen. Voor het aannemen van informatieplichten ter bescherming van de teleurgestelde contractspartij bestaat minder aanleiding, zo is de gedachte, indien die partij zelf kiest voor instandhouding van de overeenkomst in plaats van vernietiging wegens dwaling. Aldus bijvoorbeeld Smits in zijn bekende monografie over de verhouding tussen dwaling en niet-nakoming:

‘Doet de koper [in geval van dwaling wegens schending van een mededelingsplicht door de verkoper; *K/O*] een beroep op ontbinding en/of schadevergoeding, dan kan de verkoper eerder een gebrek aan eigen onderzoek tegenwerpen aan de koper. In dat geval stelt de koper immers om hem moverende redenen geen totstandkomingsgebrek aan de orde: kennelijk acht hij zijn gebrek aan informatie niet van dien aard dat de overeenkomst moet worden vernietigd.’⁸¹⁹

De in deze citaten doorklinkende gedachte dat de precontractuele informatieplichten tussen art. 6:228 en 6:74 BW als het ware van kleur verschieten, spreekt mij niet aan. In beide wettelijke kaders gaat het om een afweging tussen eigen

817 Zie bijv. (toegespitst op onjuiste inlichtingen als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub a BW) Drion 1960, p. 490-491; Hijma 1994, p. 825-826; Bollen 2004, p. 417-418, 426-427; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 340, alsmede (toegespitst op de mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub b BW) Hijma 1991b, p. 666-667; Van Rossum 1994, p. 226, 227; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 342.

818 Hijma 1991b, p. 666-667.

819 Smits 1999, p. 31-32 (vgl. ook p. 19-20, 80-81).

en andermans verantwoordelijkheid ter zake van de precontractuele vergaring en verstrekking van informatie, en in beide wettelijke kaders geschiedt die afweging aan de hand van de precontractuele goede trouw. Zo beschouwd ligt het niet voor de hand te veronderstellen dat die goede trouw, als exponent van het ongeschreven recht als zodanig (vgl. par. 2.2.4), verschillende eisen stelt aan het precontractuele informatiegedrag van partijen naar gelang van het type rechtsvordering dat achteraf wordt ingesteld.⁸²⁰ Tegen diezelfde achtergrond heb ik moeite met de vaste lijn van de bekende effectenlease-jurisprudentie, zoals bevestigd door de Hoge Raad in het Dexia-arrest uit 2009,⁸²¹ die erop neerkomt dat de precontractuele waarschuwingsplicht van beleggingsinstellingen uit hoofde van wanprestatie c.q. onrechtmatige daad verder strekt dan hun mededelingsplicht ter zake van dwaling (par. 4.8.5). Deze benadering, die in wezen het spiegelbeeld vormt van de zojuist besproken zienswijze waarin de informatieplichten bij *dwaling* als verderstrekkend worden beschouwd, komt de inzichtelijkheid van het systeem der informatieplichten niet ten goede. De gedachte dat de precontractuele goede trouw, afhankelijk van het dogmatische kader waarin men zich bevindt, enerzijds wel, anderzijds niet van justitiabelen vergt dat zij bepaalde informatie vergaren c.q. verstrekken, is vanuit een oogpunt van gedragsnormering niet aantrekkelijk.⁸²²

Al met al verdient mijns inziens de heersende leer, die uitgaat van een gelijkschakeling van de precontractuele informatieplichten bij *dwaling* en niet-nakoming, de voorkeur. Dat laat onverlet – en in zoverre hebben de hierboven geciteerde auteurs gelijk – dat hun *uitwerking* op de beide leerstukken verschillend is. Een precontractueel informatieverzuim als bedoeld in art. 6:228 lid 1 BW rechtvaardigt zonder meer een beroep op *dwaling*, maar leidt niet automatisch tot wanprestatie, terwijl omgekeerd het ontbreken van een dergelijk verzuim niet per definitie correcte nakoming impliceert. Een en ander is mijns inziens het gevolg van de *strekking* van precontractuele informatieplichten (vgl. par. 2.3.3). Reeds in de jaren zestig van de vorige eeuw betoogde Drion dat de verschoonbaarheidsnormen bij *dwaling*, evenals andere gedragsnormen, worden gekenmerkt door ‘relativiteit’.⁸²³ Blijkens de door hem gegeven voorbeelden had Drion vooral het oog op wat in het kader van art. 6:163 BW de ‘persoonlijke relativiteit’ wordt genoemd.⁸²⁴ Zijn gedachte was dat een con-

820 Vgl. de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 2 april 1993, *NJ* 1995, 94 m.nt. CJHB (Cattier/Waanders), sub 9.

821 HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.4.5 en 4.10.3.

822 Vgl. Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2168, die in dit verband spreken van een ‘schizofrene informatieplicht’.

823 Zie Drion 1967, p. 279; en Drion 1974, p. 48-58. Vgl. ook Valk 1993, p. 47, die betoogt dat voor *iedere* norm geldt ‘dat zij strekt tot bescherming van bepaalde belangen’, alsmede Van der Wiel 2004, p. 12, die meent dat ‘Obliegenheiten’ – waarvoor hij overigens de term ‘lasten’ preferereert – per definitie functioneren in een bepaalde rechtsverhouding en derhalve ‘relatief’ werken.

824 Zie bijv. Lindenberg 2007, p. 10. Vgl. ook HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), r.o. 3.4.1.

tractspartij met boter op het hoofd geen beroep kan doen op een informatieplicht van de wederpartij, omdat een dergelijke contractspartij moet worden geacht zich aan het beschermingsbereik van de informatieplicht te hebben onttrokken.⁸²⁵

Deze relativiteitsgedachte kan worden uitgebreid, door aan te nemen dat meer in het algemeen een beroep op een precontractuele informatieplicht slechts mogelijk is, indien en voor zover het geschonden belang onder het beschermingsbereik van de betrokken informatieplicht valt.⁸²⁶ Aldus geformuleerd kan deze relativiteitsgedachte ook dienen ter verklaring van het hier besproken accentverschil tussen dwaling en niet-nakoming. Precontractuele informatieplichten strekken naar hun aard tot bevordering van een zuivere wilsvorming in de aanloop naar het sluiten van het contract. Dienovereenkomstig beschermen zij primair tegen ongewilde overeenkomsten, niet zonder meer tegen contractbreuk. Dat blijkt vooral bij de schending van een *waarheidsplicht* als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub a BW. Het feit dat de dwalende door een onjuiste inlichting van de wederpartij tot het aangaan van een overeenkomst is bewogen, moge voldoende zijn voor vernietiging van die overeenkomst wegens dwaling, het betekent nog niet dat de bedoelde inlichting ook tot de *contractsinhoud* is gaan behoren.⁸²⁷ Illustratief is het nu te bespreken arrest Paalman/Lampenier uit 2002.⁸²⁸

3.10.4 Vervolg; Paalman/Lampenier

Ondernemer Paalman sloot met Lampenier BV, een landelijke keten van verlichtingswinkels, een franchiseovereenkomst betreffende de exploitatie van een Lampeniervestiging te Apeldoorn. Voorafgaand aan het sluiten van deze overeenkomst was hem door Lampenier een 'vestigingsplaatsonderzoek' verschaft, dat in opdracht van Lampenier door een professioneel onderzoeksbureau was opgesteld. De omzet van de Apeldoornse vestiging bleef van meet af aan sterk achter bij de in het onderzoeksrapport vermelde prognose. Partijen hebben hierop in onderling overleg de franchiseovereenkomst voortijdig beëindigd. Vervolgens vorderde Paalman in rechte schadevergoeding ter zake

825 Zie bijv. Drion 1974, p. 49, alwaar Drion aldus de bekende vuistregel inzake het prevaleren van de waarheidsplicht (par. 3.6.15) verklaart.

826 Deze formulering omvat – in de terminologie van art. 6:163 BW – ook de 'zakelijke' en de 'ontstaansrelativiteit'. Vgl. Lindenberg 2007, p. 10.

827 Zie bijv. Bollen 2004, p. 420. Rechtsvergelijking bevestigt deze stelling. Zie bijv. Fabre-Magnan 1992, p. 507 e.v., die betoogt dat een precontractuele inlichting slechts onder bijzondere omstandigheden 'force obligatoire' heeft; en Storme 2003, p. 234-235, die in dit verband een onderscheid bepleit tussen 'Willenserklärungen' en 'Wissenserklärungen'. Vgl. voorts Von Bar & Clive 2009, p. 236, 487 en 583 (comments bij art. II-3:109(2), II-7:204 en II-9:102 DCFR).

828 HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier).

van zijn omzetsderving, daartoe stellende dat Lampenier toerekenbaar was tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de franchiseovereenkomst, althans jegens hem (Paalman) onrechtmatig had gehandeld, door in het kader van de onderhandelingen een onjuiste voorstelling van zaken te geven omtrent de te verwachten omzet van de Apeldoornse vestiging. Na een toewijzend vonnis van de rechtbank wees het hof Paalmans vordering af, kort gezegd omdat het hof van oordeel was dat de beweerdte fouten in het onderzoeksrapport niet aan Lampenier konden worden toegerekend.

In cassatie klaagt Paalman tevergeefs over dit oordeel. In r.o. 3.3.2 stelt de Hoge Raad voorop dat, indien Paalman door fouten in het rapport in dwaling zou zijn gebracht, in beginsel vernietiging van de franchiseovereenkomst op grond van art. 6:228 lid 1 sub a BW mogelijk zou zijn, 'ongeacht of de fouten zijn toe te rekenen aan de franchisegever zelf dan wel aan een of meer derden'.⁸²⁹ Deze overweging is in overeenstemming met de heersende leer op het terrein der dwaling, inhoudend dat overwegingen van verwijtbaarheid ter zake van de schending van een waarheidsplicht irrelevant zijn (par. 3.6.8). Paalman vorderde in casu echter geen vernietiging wegens dwaling, maar schadevergoeding wegens onjuiste informatieverstrekking. De Hoge Raad vat het daartoe strekkende cassatiemiddel als volgt samen (r.o. 3.3.1):

'Het middel berust op de opvatting dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, voortvloeit dat op de franchisegever, in de onderhandelingsfase die aan het sluiten van een franchiseovereenkomst voorafgaat, de plicht rust er voor zorg te dragen dat door hem aan de franchisenemer te verschaffen prognoses omtrent de te verwachten omzetten of resultaten van de door de franchisenemer te stichten onderneming berusten op een deugdelijk onderzoek. Het middel verbindt hieraan klaarblijkelijk de gevolgtrekking dat indien de door de franchisegever aan de franchisenemer verschaft prognose berust op een niet deugdelijk onderzoek, en de franchisenemer daardoor onder invloed van een verkeerde voorstelling van zaken de overeenkomst aangaat, de franchisegever aansprakelijk is voor de schade die de franchisenemer hierdoor lijdt.'

Paalman baseert zijn schadeclaim dus op een precontractuele *zorgplicht* van Lampenier, inhoudend dat zij voldoende deugdelijke omzetprognoses had moeten verschaffen. Deze zorgplicht roept associaties op met de zorgplicht uit het – ruim anderhalf jaar later gewezen – arrest Marks/ASZ,⁸³⁰ waarin werd geoordeeld dat op een ziekenhuis de verplichting rustte om in haar foldermateriaal geen onjuiste informatie te verschaffen over een afvloeiingsregeling voor (oud-)werknemers. In de onderhavige context – de verstrekking van een omzetprognose in het kader van de onderhandelingen over een franchise-

829 De ondeugdelijkheid van het rapport, die door het hof in het midden was gelaten, moest in cassatie tot uitgangspunt worden genomen.

830 HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), (kritisch) besproken in par. 3.6.8.

overeenkomst – weigert de Hoge Raad een dergelijke zorgplicht aan de zijde van Lampenier te aanvaarden. Hij overweegt in r.o. 3.3.3:

‘De opvatting waarvan het middel, zoals hiervoor onder 3.3.1 is vermeld, uitgaat kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. Uit hetgeen redelijkheid en billijkheid eisen, in verband met de aard van de franchiseovereenkomst, vloeit niet de algemene regel voort dat op de franchisegever een verbintenis rust om de franchisenemer in te lichten omtrent de te verwachten omzet of omtrent de winstverwachting. (...) Nu het bestaan van een verbintenis tot het verschaffen van inlichtingen als hiervoor bedoeld niet kan worden aangenomen, kan ook van een tekortkoming in de nakoming ervan geen sprake zijn en derhalve evenmin van een daarop berustende verplichting tot het vergoeden van schade.’

Ter nadere uitwerking voegt de Hoge Raad in r.o. 3.4 toe:

‘Uit de enkele omstandigheid dat een partij bij onderhandelingen die aan het sluiten van een franchiseovereenkomst voorafgaan, de ander een rapport over de te verwachten omzet en de te verwachten winst heeft verschaft, kan niet worden afgeleid dat een daartoe strekkende verbintenis op eerstgenoemde rustte.’

De geciteerde overwegingen lijken niet erg *to the point*. Natuurlijk impliceert het feit dat de wederpartij bepaalde informatie verschaft niet een mededelingsplicht. Het ging hier echter om de vraag of de (al dan niet vrijwillige) verschaffing van *onjuiste* informatie kan leiden tot aansprakelijkheid.⁸³¹ De Hoge Raad erkent dat ook, maar geeft er blijkens het vervolg van r.o. 3.4 de voorkeur aan om deze vraag te behandelen in het kader van art. 6:162 BW:

‘Wel zal de franchisegever die een rapport, zoals hiervoor bedoeld, aan zijn wederpartij verschaft, onder omstandigheden onrechtmatig handelen, indien hij weet dat dit rapport ernstige fouten bevat en hij zijn wederpartij niet op deze fouten opmerkzaam maakt. Op deze grond zou kunnen worden aangenomen dat de franchisegever verplicht is de door zijn wederpartij geleden schade te vergoeden. (...) De vraag of Lampenier op grond van onrechtmatige daad jegens Paalman aansprakelijk is, is in cassatie echter niet aan de orde.’

Zo valt het doek voor Paalman, omdat hij in cassatie over een eventuele onrechtmatige daad van Lampenier niets had aangevoerd. Het cassatiemiddel strekte (kennelijk) ten betoge dat de beweerde strijd met de precontractuele goede trouw rechtstreeks, als wanprestatie in de zin van art. 6:74 BW, tot aansprakelijkheid van Lampenier kon leiden (vgl. par. 3.10.7). Die benadering wordt door de Hoge Raad verworpen. Annotator Vranken toont zich kritisch:

831 Vgl. Bollen 2004, p. 422, die meent de Hoge Raad de zaak beter dienovereenkomstig had kunnen behandelen. Zie over het onderscheid tussen vrijwillig en desgevraagd verschaft onjuiste inlichtingen par. 3.6.6.

‘Er is (...) een overeenkomst tot stand gekomen die Paalman niet oplevert wat hij er, mede op grond van het rapport, naar eigen zeggen van mocht verwachten. Waarom kan die stelling niet beoordeeld worden? (...) Ik begrijp bovenstaande uitspraak niet.’⁸³²

Hoe moet het arrest worden begrepen? Het lijkt erop dat de Hoge Raad bovenal wil voorkomen dat iedere precontractuele inlichting over de band van art. 6:228 lid 1 sub a BW tot contractsinhoud promoveert.⁸³³ Daarvoor behoeft echter niet te worden gevreesd, reeds omdat ook in het dwalingsleerstuk niet elke onjuiste inlichting schending van een waarheidsplicht oplevert (par. 3.6.6). Bovendien – en dat is belangrijker – biedt het leerstuk der niet-nakoming alle ruimte om een eventueel in het kader der dwaling aangenomen waarheidsplicht buiten de inhoud van de gesloten overeenkomst te houden. De sleutel ligt in de *relativiteit* van de geschonden waarheidsplicht (vgl. par. 3.10.3). Illustratief is wat Van Laarhoven opmerkt over het arrest:

‘Ik meen dat het goed verdedigbaar is dat men ten aanzien van dergelijke, in de praktijk gangbare rapporten, niet een normstellend karakter verbindt ten aanzien van de vraag wat een franchisenemer mag *verwachten aan omzet en winst*, maar dat dergelijke rapporten eerst en vooral een norm stellen ten aanzien van wat een franchisenemer mag verwachten *om een goed geïnformeerde beslissing te kunnen nemen* over het al dan niet aangaan van een franchiseovereenkomst.’⁸³⁴

Dit is mijns inziens de kern van het arrest. De waarheidsplicht van Lampenier uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub a BW strekte tot bevordering van *informed consent* aan de zijde van Paalman. Schending ervan, veroorzaakt door de onjuistheid van de verstrekte omzetprognose, leverde dienovereenkomstig grond op voor vernietiging van de franchiseovereenkomst wegens dwaling. Nu Paalman echter opteerde voor schadevergoeding wegens wanprestatie, bracht de relativiteit van de geschonden waarheidsplicht mee dat hij in dat kader enkel recht had op vergoeding van het *negatief* contractsbelang, gelegen in de schade die hij had geleden doordat hij wegens een onjuiste inlichting een overeenkomst was aangegaan die hij op basis van toereikende informatie niet zou hebben gesloten. Voor vergoeding van de omzet die hij (ijdel) hoopte

832 NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 (Paalman/Lampenier), sub 14 en 16.

833 Vgl. Bollen 2004, p. 422.

834 Van Laarhoven 2006, p. 12. Verderop bepleit Van Laarhoven overigens alsnog aansprakelijkheid van de franchisegever indien deze in strijd handelt met zijn ‘zorgplicht om te voorkomen dat de franchisenemer een verkeerde beslissing neemt’.

te kunnen behalen in het kader van die 'ongewilde' overeenkomst was logischerwijze geen plaats.⁸³⁵

3.10.5 Aansprakelijkheid wegens schending informatieplicht?

De dogmatische exercitie in de voorgaande paragrafen dient als basis voor de nu volgende behandeling van een praktisch thema: de aansprakelijkheid wegens schending van precontractuele informatieplichten. In par. 3.10.1 bleek reeds dat de schending van een 'contractuele' informatieplicht rechtstreeks tot aansprakelijkheid op de voet van art. 6:74 BW kan leiden, terwijl 'precontractuele' informatieplichten op indirecte wijze kunnen bijdragen aan de vaststelling van een contractbreuk. In de praktijk rijst dikwijls de vraag of de schending van een precontractuele informatieplicht ook *als zodanig* grond kan opleveren voor een vordering tot schadevergoeding van de daardoor benadeelde partij.

Men denke bijvoorbeeld aan het geval waarin de koper van een tweedehands auto de koopovereenkomst vernietigt wegens dwaling omtrent een door de verkoper verzwegen, onherstelbaar veiligheidsgebrek, en daarbij vergoeding vordert van de kosten van de keuring die dit gebrek aan het licht bracht. Een dergelijke vordering kan niet rechtstreeks op art. 6:228 lid 1 sub b BW worden gebaseerd. Art. 6:230 BW, inzake de wijziging van het overeengekomene, biedt slechts soelaas indien het door de koper geleden nadeel op afdoende wijze kan worden opgeheven door een verlaging van de koopprijs, waarin de kosten van de keuring zijn verdisconteerd.⁸³⁶ Daarvan zal geen sprake zijn indien de auto onherstelbaar gebrekkig is. Schadevergoeding wegens contractbreuk op grond van art. 6:74 BW lijkt evenmin aan de orde, reeds omdat de desbetreffende overeenkomst als gevolg van de vernietiging moet worden geacht niet te hebben bestaan (art. 3:53 BW). Bovendien levert volgens de heersende leer een precontractueel informatieverzuim als zodanig geen contractuele tekortkoming op (par. 3.10.3). De opvatting van De Mol, dat de precontractuele informatieplichten na totstandkoming van de overeenkomst door de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) tot de contractsinhoud gaan behoren,⁸³⁷ kan mijns inziens in haar algemeenheid niet worden

835 Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan art. IV.E-4:102(2) jo. II-7:214(2) DCFR, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat een precontractueel informatieverzuim van de franchisegever hoogstens leidt tot aansprakelijkheid ter zake van het negatief contractsbelang. Terughoudender is par. 129 van de toelichting bij de Unidroit Model Franchise Disclosure Law (te raadplegen via: <www.unidroit.org>), alwaar deze kwestie aan het nationale recht wordt overgelaten. Vgl. overigens hetgeen halverwege par. 3.10.2 werd opgemerkt ter nuancering van het onderscheid tussen positief en negatief contractsbelang.

836 Zie Castermans 1992a, p. 133-134, die een dergelijke verdiscontering denkbaar acht. Vgl. ook MvA II, PG Boek 6, p. 915.

837 De Mol 2002, p. 286.

aanvaard (vgl. par. 3.8.7). Zo rijst de vraag of een precontractueel informatieverzuim *als zodanig* – buiten de inhoud van het overeengekomene om – grond kan opleveren voor schadeplichtigheid.

3.10.6 Vervolg; art. 6:162 BW

In de literatuur is van oudsher omstreden of op basis van de precontractuele goede trouw c.q. redelijkheid en billijkheid aansprakelijkheid kan worden aanvaard.⁸³⁸ Vandaar dat de heersende leer het antwoord op de zojuist bedoelde vraag veiligheidshalve zoekt in de sfeer van de onrechtmatige daad.⁸³⁹ De gedachte is dat het ‘slachtoffer’ van de schending van een precontractuele informatieplicht ter onderbouwing van zijn vordering tot schadevergoeding zal moeten aantonen dat aan de vereisten van art. 6:162 BW is voldaan. Vereist is dus dat de precontractuele fout van de wederpartij tevens kwalificeert als toerekenbare onrechtmatige daad, zodat de dientengevolge geleden schade wegens ‘culpa in contrahendo’ voor vergoeding in aanmerking komt.⁸⁴⁰

Wat betreft het eerste vereiste voor delictuele aansprakelijkheid, de onrechtmatigheid, wordt algemeen aangenomen dat een schending van de precontractuele goede trouw tevens strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW oplevert.⁸⁴¹ Dat is terecht, nu zowel die goede trouw als de maatschappelijke zorgvuldigheid exponenten zijn van het ongeschreven privaatrecht als zodanig. Weliswaar valt te betogen dat de eisen die de maatschappelijke zorgvuldigheid aan het menselijk gedrag in het algemeen stelt, minder streng zijn dan de eisen die de precontractuele goede trouw stelt aan onderhandelingsgedrag in het bijzonder,⁸⁴² maar eenmaal toegespitst op de precontractuele context van de hier bedoelde gevallen zullen de maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen qua gestrengheid denkkelijk niet onderdoen voor de precontractuele eisen van goede trouw (par. 2.2.4). Zo beschouwd kan gevoeglijk worden aangenomen dat met de schending van een precontractuele informatieplicht tevens de onrechtmatigheid is gegeven.

838 Vgl. Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 43 e.v. Zie ook par. 3.10.7 en 3.12.2.

839 Zie bijv. Castermans 1989, p. 136-137; Van Rossum 1989, p. 497; Chao-Duivis 1990, p. 255; Van Rossum 1991, p. 50-51; Castermans 1992a, p. 135; C.J.H. Brunner, NJ-annotatie bij HR 2 april 1993, NJ 1995, 94 (Cattier/Waanders), sub 3; Smits 2003, nr. 28; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 249; Brink 2009, p. 164; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 640; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 176; Valk 2010a, p. 911; Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.1; en Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel), aant. 74. Zie ook MvA II, PG Boek 6, p. 915; en HR 9 juni 1995, NJ 1995, 534 (Visser/Ridderkerk), r.o. 3.4.

840 Zie uitgebreid over ‘culpa in contrahendo’ als grondslag voor precontractuele informatieplichten De Boeck 2000, p. 176-219.

841 Zie de literatuur, vermeld in par. 2.2.4. Vgl. ook Hof Arnhem 7 november 2006, LJN AZ6032, NJF 2007, 118, r.o. 4.18.

842 Vgl. Nieuwenhuis 2010, p. 60.

Het vereiste van toerekenbaarheid (art. 6:162 lid 3 BW) levert ogenschijnlijk meer problemen op. Volgens de heersende leer is de toerekenbaarheid van een precontractueel informatieverzuim afhankelijk van de aard van de geschonden informatieplicht.⁸⁴³ Schending van een *mededelingsplicht* (art. 6:228 lid 1 sub b BW) wordt algemeen beschouwd als een sterke of zelfs dwingende aanwijzing voor aansprakelijkheid.⁸⁴⁴ Dat laatste is juist, nu de toerekenbaarheid in dit verband is verdisconteerd in de basisvereisten voor het aannemen van een mededelingsplicht (par. 3.6.2). Meer in het bijzonder impliceert het feit dat de wederpartij heeft gezwegen over feiten die zij kende of geacht mocht worden te kennen, terwijl zij begreep of geacht mocht worden te begrijpen dat die feiten voor de benadeelde van beslissend belang waren en dat deze er mogelijk over zou dwalen, toerekenbaarheid, zo niet krachtens schuld (indien de wederpartij daadwerkelijk beschikte over de betreffende kennis), dan toch krachtens verkeersopvattingen (indien de wederpartij geacht mocht worden over die kennis te beschikken).

Schending van een *waarheidsplicht* (art. 6:228 lid 1 sub a BW) impliceert niet zonder meer toerekenbaarheid in de zin van art. 6:162 lid 3 BW.⁸⁴⁵ Dat de dwalende in gerechtvaardigd vertrouwen is afgegaan op een onjuiste inlichting van de wederpartij, is als zodanig een kleurloze vaststelling, vrij van enig verwijt aan het adres van de wederpartij. Een precontractuele 'zorgplicht' ter verificatie van verstrekte inlichtingen, zoals aangenomen in het arrest Marks/ASZ uit 2003,⁸⁴⁶ geldt zeker niet in algemene zin (vgl. par. 3.6.8).⁸⁴⁷ Evenmin kan naar mijn mening worden aangenomen dat de verstrekking van een onjuiste inlichting naar verkeersopvattingen immer voor rekening van de wederpartij behoort te komen. De toerekenbaarheid vormt in dit verband dus een zelfstandige toets, zoals ook blijkt uit art. II-7:204 DCFR inzake 'Liability for loss caused by reliance on incorrect information'.⁸⁴⁸ Volgens lid 1 heeft de partij die in goed vertrouwen op een onjuiste inlichting van de wederpartij een overeenkomst is aangegaan recht op schadevergoeding, indien de weder-

843 Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.1-18.4. Anders Chao-Duivis 1990, p. 243; en Chao Duivis 1996, p. 378 e.v., die zonder meer uitgaat van het principe 'de veroorzaker betaalt'.

844 Zie bijv. Castermans 1989, p. 138; Castermans 1992a, p. 136-138; Dammingh 2002, p. 224; De Mol 2002, p. 289 (welke auteurs de schending van een mededelingsplicht zonder meer voldoende achten voor aansprakelijkheid), alsmede (iets terughoudender) Van Rossum 1989, p. 501; Van Rossum 1991, p. 52; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 249; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 640; Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.3; en Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel), aant. 74. Anders De Grooth 1948, p. 73-74, die de onderhavige gelijkshakeling verwierpt.

845 Zie bijv. De Mol 2002, p. 289; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 249; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 640; Van Dam in Hijma e.a. 2010, nr. 165 en 176; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.2.

846 HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ).

847 Anders art. 28 CESL, dat voorziet in een algemene 'duty to ensure that information supplied is correct'.

848 Zie Von Bar & Clive 2009, p. 487-488. Vgl. ook art. 4:106 PECL.

partij (i) wist of behoorde te weten dat de inlichting onjuist was ('believed the information to be incorrect or had no reasonable grounds for believing it to be correct'), en (ii) wist of behoorde te weten dat de inlichting voor de dwalende van beslissend belang was ('knew or could reasonably be expected to have known that the recipient would rely on the information in deciding whether or not to conclude the contract on the agreed terms').

In geval van schending van een waarheidsplicht veronderstelt toerekenbaarheid dus kennis van de onjuistheid van de verstrekte inlichting en kennis van de relevantie ervan.⁸⁴⁹ Nu laatstbedoeld element, de kenbaarheid van het causaal verband, reeds besloten ligt in de schending van een waarheidsplicht als zodanig (par. 3.6.7), resteert per saldo alleen de *kennis van de onjuistheid* als bijkomend vereiste voor aansprakelijkheid. In de literatuur is gesuggereerd om dit vereiste met de nodige soepelheid te hanteren.⁸⁵⁰ Zo heeft Van Rossum gepleit voor omkering van de bewijslast, zodanig dat de wederpartij aansprakelijk is, 'tenzij deze kan aantonen dat zij redelijke gronden had aan te nemen dat haar verklaring juist was'.⁸⁵¹ Deze benadering ligt in zoverre voor de hand, dat meer in het algemeen bij de toepassing van art. 6:162 BW wordt aangenomen dat mét het bewijs der onrechtmatigheid voorshands ook de toerekenbaarheid is gegeven.⁸⁵² Bovendien heeft deze benadering als voordeel dat zij voorkomt dat de wederpartij bewijsrechtelijk wordt beschermd tegen de consequenties van een door haarzelf verstrekte onjuiste inlichting, ten koste van de dwalende die daarop gerechtvaardigd heeft vertrouwd. Gelet op het wettelijk stelsel van art. 6:162 BW jo. 150 Rv geef ik echter, conform de heersende leer op het terrein van de onrechtmatige daad, de voorkeur aan de hanteling van een *feitelijk vermoeden* van toerekenbaarheid.⁸⁵³ Deze constructie verschilt in zoverre van een omkering van de bewijslast, dat het bewijsrisico hier, conform de hoofdregel van art. 150 Rv, blijft rusten bij de dwalende. Dientengevolge kan de wederpartij bij het leveren van tegenbewijs volstaan met het 'ontzenuwen' van het vermoeden van toerekenbaarheid.⁸⁵⁴ Zij behoeft niet te bewijzen dat zij wist noch behoorde te weten van de onjuistheid, maar kan ermee volstaan aannemelijk te maken – in zoverre conform het pleidooi van Van Rossum – dat zij redelijke gronden had om aan te nemen dat haar inlichting juist was. Slaagt de wederpartij erin om aldus voldoende twijfel te

849 Aldus reeds Castermans 1989, p. 137; en Castermans 1992a, p. 136.

850 Vgl. Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.2; en Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel), aant. 74.

851 Van Rossum 1989, p. 500; en Van Rossum 1991, p. 51. Zie instemmend Van Velten 1992, p. 240. Zie kritisch Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 249; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 640.

852 Zie bijv. Van Maanen in Spier e.a. 2009, nr. 74; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 107; en Onrechtmatige daad I (Jansen), art. 162, lid 3, aant. 57.

853 Zie daarover bijv. Asser 2004, nr. 32 e.v.; Snijders e.a. 2011, nr. 214; en Thoe Schwartzenberg 2011, nr. 20, 22.

854 Vgl. Snijders e.a. 2011, nr. 199, 214.

zaaien, dan moet de vordering van de dwalende bij gebrek aan bewijs worden afgewezen.

Het hier bepleite feitelijk vermoeden van toerekenbaarheid impliceert overigens niet dat ook de *onrechtmatigheid* in geval van de verstrekking van een onjuiste inlichting voorshands kan worden aangenomen. In par. 3.6.6 bleek reeds dat de gelding van een precontractuele waarheidsplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub a BW afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het ligt mijns inziens voor de hand dat de dwalende zulke omstandigheden, overeenkomstig de hoofdregel van art. 150 Rv., zal moeten stellen en (zo nodig) bewijzen. Slaagt hij daarin, dan staat – conform het bovenstaande – de toerekenbaarheid van het precontractuele informatieverzuim voorshands, bij wege van feitelijk vermoeden, vast.

Wat betreft de gevallen van *wederzijdse dwaling* (art. 6:228 lid 1 sub c BW) wordt meestal aangenomen dat aansprakelijkheid hier in beginsel niet aan de orde is.⁸⁵⁵ De gedachte is blijkbaar dat bezwaarlijk kan worden gesproken van toerekenbaar onrechtmatig handelen, indien geen der partijen de dwaling heeft veroorzaakt. Uitgaande van de in par. 3.6.9 verdedigde opvatting dat ook in gevallen van wederzijdse dwaling dikwijls een der partijen verantwoordelijk kan worden gehouden voor (het voortbestaan van) de dwaling, namelijk wegens schending van een *onderzoeksplicht*, kan die gedachte worden genuanceerd. Meer in het bijzonder zou ik menen dat een partij die in strijd met de precontractuele goede trouw nalaat een wederzijdse onwetendheid door het doen van nader onderzoek op te heffen, toerekenbaar onrechtmatig handelt jegens haar wederpartij, de dwalende. Onrechtmatig, omdat de precontractuele goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid in dit verband op één lijn kunnen worden geplaatst. Toerekenbaar, omdat de gelding van een onderzoeksplicht verschoonbaarheid per definitie uitsluit. Een en ander betekent (uiteraard) niet dat aansprakelijkheid in geval van wederzijdse dwaling licht kan worden aanvaard. Het aannemen van een onderzoeksplicht als hier bedoeld vergt, integendeel, een zorgvuldige onderbouwing aan de hand van de omstandigheden van het geval (par. 3.6.9). Wel meen ik te kunnen concluderen dat aansprakelijkheid in gevallen van wederzijdse dwaling minder uitzonderlijk is dan dikwijls wordt verondersteld.

Al met al levert mijns inziens de schending van een precontractuele mededelingsplicht (art. 6:228 lid 1 sub b BW) of onderzoeksplicht (art. 6:228 lid 1 sub c BW) per definitie een toerekenbare onrechtmatige daad op, terwijl de schending van een precontractuele waarheidsplicht (art. 6:228 lid 1 sub a BW) voorshands, bij wege van feitelijk vermoeden, als delictuele fout kan worden

⁸⁵⁵ Zie bijv. Castermans 1989, p. 137; Van Rossum 1989, p. 497; Van Rossum 1991, p. 51; Castermans 1992a, p. 135; De Mol 2002, p. 289; Asser/Hijma nr. 249; Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 18.4; en Onrechtmatige daad II.3 (Van der Wiel), aant. 74. Anders Chao-Duivis 1990, p. 260, die meent dat de eventuele schade 'naar billijkheid' moet worden verdeeld.

gekwaliceerd. Zo bezien is bij een schadeclaim op grond van art. 6:162 BW wegens schending van een precontractuele informatieplicht de praktische betekenis van de vereisten onrechtmatigheid en toerekenbaarheid gering, althans in die zin dat mét het bewijs van de schending van een precontractuele informatieplicht ook het (al of niet voorlopige) bewijs van een delictuele fout is geleverd.

Toegevoegde waarde hebben hier vooral de overige vereisten voor delictuele aansprakelijkheid: schade, causaal verband en relativiteit. Nu de eerste twee daarvan geen wezenlijk andere rol spelen dan in andere vraagstukken van aansprakelijkheid, lijkt het *relativiteitsvereiste* (art. 6:163 BW) per saldo de meest principiële begrenzing te vormen van de aansprakelijkheid wegens schending van een precontractuele informatieplicht. Meer in het bijzonder vormt dit vereiste de verklaring van de heersende leer, die ervan uitgaat dat de schending van een precontractuele informatieplicht slechts kan leiden tot vergoeding van het *negatief contractsbelang*.⁸⁵⁶ Aangenomen dat precontractuele informatieplichten naar hun aard strekken tot bevordering van een zuivere wilsvorming in de aanloop naar het contract (par. 3.10.3), ligt het voor de hand dat een schending ervan nooit méér kan rechtvaardigen dan de vergoeding van de schade die is ontstaan door de totstandkoming van een overeenkomst die op basis van voldoende c.q. juiste informatie niet gesloten zou zijn. De opvatting van Castermans, die onder verwijzing naar het leerstuk van afgebroken onderhandelingen betoogt dat vergoeding van het positief contractsbelang mogelijk moet zijn,⁸⁵⁷ deel ik niet.⁸⁵⁸ Integendeel zou ik menen dat de relativiteit van de precontractuele informatieplichten, derhalve hun strekking tot bevordering van ‘informed consent’ in de onderhandelingsfase, meebrengt dat een precontractueel informatieverzuim nimmer aansprakelijkheid ter hoogte van het positief contractsbelang kan opleveren, ook niet waar het gaat om afgebroken onderhandelingen (par. 3.12.2).

3.10.7 Vervolg; art. 6:74 BW

Tot zover stond hierboven, conform de heersende leer, art. 6:162 BW centraal als grondslag voor de aansprakelijkheid wegens schending van een precontractuele informatieplicht. Van tijd tot tijd rijst in rechtspraak en literatuur de vraag of deze ‘*by-pass*’ via de onrechtmatige daad – de formulering is van

⁸⁵⁶ Zie bijv. Chao-Duivis 1990, p. 255; Barendrecht 1995, p. 360; Hesselink 1999, p. 257; Van Rossum 2000, p. 463; Van Baalen 2006, p. 254; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 249; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 641; en Verbintenissenrecht I (Hijma), art. 228, aant. 19.1. Vgl. ook art. 4:117 PECL en art. II-7:214(2) DCFR, waarover Von Bar & Clive 2009, p. 529-530 en 532.

⁸⁵⁷ Zie Castermans 1989, p. 141-143; en Castermans 1992a, p. 141-143. Aldus ook De Mol 2002, p. 290.

⁸⁵⁸ Zie eveneens kritisch Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 641.

Wessels⁸⁵⁹ – kan worden omzeild door de aansprakelijkheid rechtstreeks te baseren op art. 6:74 BW. De gedachte is dat precontractuele informatieplichten zouden kunnen kwalificeren als ‘verbintenissen’ in de zin van art. 6:1 jo. 6:2 BW,⁸⁶⁰ zodat de schending ervan zonder meer wanprestatie zou opleveren. In het arrest *Cattier/Waanders* uit 1993, dat in de navolgende paragraaf wordt besproken, lijkt de Hoge Raad die constructie te hebben aanvaard.⁸⁶¹ Niettemin blijft naar mijn mening de door de heersende leer verkozen weg van de onrechtmatige daad de voorkeur genieten.⁸⁶² In de meeste gevallen van schending van een precontractuele informatieplicht roept immers de toepassing van art. 6:74 BW – en het gebruik van de in dat kader ingeburgerde term ‘wanprestatie’ – ongewenste associaties op met de aanwezigheid van een *contractbreuk*, waarvan in dit verband doorgaans juist geen sprake zal zijn (vgl. par. 3.10.1). Alleen indien de contractuele terminologie zich als het ware opdringt, omdat partijen elkaar onder de gegeven omstandigheden zo dicht waren genaderd dat hun precontractuele verhouding zich nauwelijks van een contractuele liet onderscheiden, kan mijns inziens de constructie van precontractuele informatieplichten als verbintenissen verhelderend zijn. Een dergelijke situatie was inderdaad aan de orde in het arrest *Cattier/Waanders* (par. 3.10.8).

Hoe dan ook meen ik dat de keuze voor de contractuele of delictuele terminologie – voor art. 6:74 of 6:162 BW als grondslag voor aansprakelijkheid – *materieel* geen consequenties zou moeten hebben. In par. 3.10.6 bleek reeds dat de precontractuele goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid in dit verband op één lijn kunnen worden geplaatst. Wat betreft de toerekening der normschending bestaat er op het eerste gezicht een processueel verschil, omdat in het kader van art. 6:74 BW de toerekenbaarheid – behoudens tegenbewijs van overmacht door de wederpartij (art. 6:75 BW) – wordt verondersteld (par. 3.10.9), terwijl in het kader van art. 6:162 BW de bewijslast op de benadeelde partij rust.⁸⁶³ Dit verschil wordt echter tot minimale proporties gereduceerd, wanneer men ervan uitgaat dat, zoals werd betoogd in par. 3.10.6, mét het bewijs van de schending van een precontractuele informatieplicht tevens het (al of niet voorlopige) bewijs van toerekenbaarheid in de zin van art. 6:162 lid 3 BW is gegeven. De vaststelling van schade en causaal verband zal in het

859 Wessels 1995, p. 476.

860 Vgl. HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel), p. 1145, waar de Hoge Raad de mogelijkheid aanvaardde van een uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verbintenis. Zie in gelijke zin *MvA II Inv.*, PG Boek 6 (Inv.), p. 1438.

861 HR 2 april 1993, *NJ* 1995, 94 m.nt. CJHB (*Cattier/Waanders*). Zie nader over de ‘bestaanszekerheid’ van deze constructie par. 3.10.8.

862 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 205 jo. 642, alwaar de precontractuele goede trouw kennelijk vooral geschikt wordt geacht als grondslag voor aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen (nr. 205), terwijl voor overige gevallen van ‘onbehoorlijk gedrag’ in de precontractuele fase in beginsel wordt verwezen naar het leerstuk van de onrechtmatige daad (nr. 642).

863 Zie bijv. *TM*, PG Boek 6, p. 618; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (2011), nr. 107.

kader van art. 6:74 en 6:162 BW identiek zijn, gelet op de algemene regeling die daarvoor is gegeven in afdeling 6.1.10 BW. Wat betreft het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW zou ik menen dat dit inherent is aan het verschijnsel van informatieplichten als zodanig (par. 3.10.3), zodat vergoeding van het positief contractsbelang wegens schending van een precontractuele informatieplicht óók in het kader van art. 6:74 BW mijns inziens niet tot de mogelijkheden behoort (vgl. par. 3.10.6).⁸⁶⁴ Zo beschouwd is de keuze tussen de contractuele en de delictuele weg in dit verband lood om oud ijzer.⁸⁶⁵ Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken arrest *Cattier/Waanders*.⁸⁶⁶

3.10.8 Vervolg; *Cattier/Waanders*

Waanders kocht van Cattier een Twentse boerderij, met de bedoeling de door Cattier aldaar geëxploiteerde varkenshouderij voort te zetten. Krachtens de 'Interimwet beperking varkens- en pluimveehouderijen' mocht op het perceel slechts een beperkt aantal 'varkenseenheden' worden geëxploiteerd, afhankelijk van het aantal geëxploiteerde varkenseenheden op een bepaalde peildatum. De vaststelling daarvan was blijkbaar geen sinecure, want na het sluiten van de koopovereenkomst had Waanders de grootste moeite om bij de bevoegde instanties te weten te komen hoeveel varkens hij mocht houden op zijn boerderij. Toen hij uit inlichtingen van het ministerie van landbouw meende te mogen afleiden dat het aantal varkenseenheden 200 bedroeg, in plaats van de 400 die Cattier hem – aldus Waanders – aanvankelijk had voorgespiegeld, trad Waanders met Cattier in onderhandeling over een 'nadere overeenkomst' tot aanpassing van de koopprijs. Cattier ging hierop akkoord met een verlaging van de koopprijs van f 325.000 tot f 290.000. Enkele maanden later werd duidelijk dat het toegestane aantal varkenseenheden in werkelijkheid slechts 100 bedroeg, derhalve nog minder dan ten tijde van het sluiten van de nadere overeenkomst verondersteld. Volgens Waanders wist Cattier hiervan en had hij het hem moeten melden. Waanders koos nu voor de gerechtelijke weg en sprak Cattier aan tot schadevergoeding wegens wanprestatie, althans onrechtmatige daad.

Het hof wees Waanders' vordering toe, daartoe overwegende dat Cattier tijdens de onderhandelingen over de nadere overeenkomst, gelet op de hem toen bekende informatie, in redelijkheid niet ervan had mogen uitgaan dat het door Waanders veronderstelde aantal varkenseenheden op juiste gegevens berustte (r.o. 6.1.6), dat het voor Cattier duidelijk moest zijn geweest dat het

⁸⁶⁴ Dat is uiteraard anders indien het precontractuele informatieverzuim (tevens) resulteert in een contractbreuk (vgl. par. 3.10.1).

⁸⁶⁵ Aldus ook Smits 2003, nr. 28.

⁸⁶⁶ HR 2 april 1993, NJ 1995, 94 m.nt. CJHB (*Cattier/Waanders*).

veronderstelde aantal voor Waanders van essentieel belang was (r.o. 6.1.7), en dat onder die omstandigheden de goede trouw hem gebood om Waanders in kennis te stellen van de onjuistheid van zijn veronderstelling (r.o. 6.1.7). Het hof leidde deze mededelingsplicht af uit de 'nieuwe verplichtingen' die de nadere overeenkomst – door het hof overigens aangeduid als een overeenkomst van 'schuldvernieuwing' – voor partijen meebracht, 'zowel in haar gevolg als in de fase van haar totstandkoming' (r.o. 6.2.1).

In cassatie klaagt Cattier dat het niet-nakomen van een mededelingsplicht als door het hof aanvaard slechts grond kan opleveren voor vernietiging wegens dwaling of bedrog, niet voor een vordering tot schadevergoeding. De Hoge Raad verwerpt deze klacht (r.o. 3.5.1):

'Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. Niet-nakoming van een zodanige, op de eisen van redelijkheid en billijkheid (goede trouw) berustende mededelingsplicht kan ook een verplichting tot schadevergoeding in het leven roepen.'

Voorts klaagt Cattier 'dat schadevergoeding wegens het niet nakomen van een mededelingsplicht als door het Hof aangenomen slechts voor toewijzing vatbaar is, indien zodanige niet-nakoming in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt'. Ook deze klacht faalt (r.o. 3.6.4):

'Dit betoog kan (...) niet als juist worden aanvaard. Een schadevergoedingsplicht kan evenzeer intreden, indien het niet nakomen van de mededelingsplicht, zoals het Hof in het onderhavige geval heeft aangenomen, strijdig is met de goede trouw.'

Kennelijk behoefde Waanders in casu niet de gebaande paden van de onrechtmatige daad te bewandelen. A-G Hartkamp concludeerde in gelijke zin:

'Uit hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt kan een mededelingsplicht voortvloeien; schending daarvan (...) is dan onrechtmatig en verplicht tot schadevergoeding. Maar dit rechtsgevolg kan ook intreden bij een door de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) beheerste rechtsbetrekking. Dit laatste doet zich hier voor; het hof heeft immers aangenomen (zie r.o. 6.1.7) dat de mededelingsplicht in casu op de goede trouw berust. Dan kan er sprake zijn van een verbintenis, waarvan de niet-nakoming verplicht tot schadevergoeding op grond van de algemene regels inzake het niet nakomen van verbintenissen.'⁸⁶⁷

Met deze algemeen geformuleerde overwegingen lijken Hoge Raad en Hartkamp de mogelijkheid te erkennen van een uit de precontractuele goede trouw voortvloeiende *verbintenis* tot informatieverstrekking, die rechtstreeks tot

867 Conclusie van A-G Hartkamp, sub 10. Vgl. ook sub 9.

aansprakelijkheid op grond van art. 6:74 BW leidt.⁸⁶⁸ Sommige auteurs hebben deze constructie bekritiseerd.⁸⁶⁹ Het is echter onzeker of zij werkelijk tot het geldende recht behoort, althans in algemene zin en tot op de dag van vandaag. Een eerste grond voor twijfel is gelegen in de bijzondere casuïstiek van het arrest. 's hofs hierboven weergegeven oordeel laat evengoed een lezing toe waarin de mededelingsplicht van Cattier in de aanloop naar de nadere overeenkomst voortvloeide uit de toen reeds tot stand gekomen koopovereenkomst. Alsdan zou het hier 'gewoon' gaan om een contractbreuk ter zake van die eerste overeenkomst, als gevolg van aanvulling van het overeengekomene op grond van art. 6:248 lid 1 BW.⁸⁷⁰

Een tweede grond voor twijfel is gelegen in de meer recente jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin het college als vanouds lijkt aan te knopen bij de onrechtmatige daad als (exclusieve) grondslag voor aansprakelijkheid. Reeds in 1995, iets meer dan twee jaar na het wijzen van Cattier/Waanders, overwoog de Hoge Raad – overigens in het kader van art. 1489 BW (oud), dat echter op dit punt niet principieel van het huidige recht verschilde – dat van een grond voor schadevergoeding wegens dwaling 'slechts sprake is indien de dwaling is veroorzaakt door gedragingen van de wederpartij die jegens de dwalende onrechtmatig zijn.'⁸⁷¹ Bijna zeven jaar later hanteerde hij in het arrest Paalman/Lampenier,⁸⁷² dat een geval van schending van een waarheidsplicht betrof, kennelijk hetzelfde uitgangspunt (par. 3.10.4). Al met al lijkt de *shortcut* van art. 6:74 BW hier vooralsnog geen garantie voor succes.

Zelf ben ik, zoals bleek in de voorgaande paragraaf, geneigd de constructie van precontractuele informatieplichten als verbintenissen in de zin van art. 6:1 BW niet principieel te verwerpen, maar te reserveren voor bijzondere gevallen waarin de contractuele terminologie zich als het ware opdringt. De onderhavige zaak lijkt mij daarvan een goed voorbeeld. Doordat partijen na de totstandkoming van de koopovereenkomst in onderling overleg besloten hun onderhandelingen over de koopprijs te heropenen, ontstond een soort duurrelatie *sui generis*, met zowel contractuele als precontractuele trekken. Koopovereenkomst en nadere overeenkomst vloeiden als het ware ineen, zodat de tussenliggende onderhandelingsperiode vrijwel volledig in de contractuele sfeer werd getrokken. Het spreken in termen van 'onrechtmatigheid' en 'strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' klonk daardoor onnodig afstandelijk. Dat neemt niet weg dat de *uitkomst* van toepassing van art. 6:162 BW hier mijns inziens identiek zou (moeten) zijn.

868 Vgl. Wessels 1995, p. 476; De Boeck 2000, p. 385-386; Van Rossum 2000, p. 458; De Mol 2002, p. 288; Smits 2003, nr. 28; Van Baalen 2006, p. 250; en de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij Cattier/Waanders, sub 1 en 3.

869 Zie bijv. de bijbehorende NJ-annotatie van C.J.H. Brunner, sub 3.

870 Aldus bijv. Wessels 1995, p. 476; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 204. Vgl. ook par. 3.8.7.

871 HR 9 juni 1995, NJ 1995, 534 (Visser/Ridderkerk), r.o. 3.4.

872 HR 25 januari 2002, NJ 2003, 31 m.nt. JBMV (Paalman/Lampenier), besproken in par. 3.10.4.

Noch uit hoofde van wanprestatie, noch uit hoofde van onrechtmatige daad had Waanders in casu recht op vergoeding van de winst die hij had kunnen boeken door de exploitatie van 200 varkensseenheden. Het relativiteitsvereiste stond aan een dergelijke vergoeding van het positief contractsbelang in de weg. De door Cattier geschonden mededelingsplicht strekte immers enkel ter voorkoming van de totstandkoming van de nadere overeenkomst op basis van een onjuiste voorstelling van zaken (vgl. par. 3.10.6).

3.10.9 Toerekening (art. 6:75 BW)

De toerekeningsvraag kwam hierboven al zijdelings aan de orde in verband met de aansprakelijkheid wegens schending van een precontractuele informatieplicht (par. 3.10.6). Afgezien daarvan kunnen informatieplichten ook een rol spelen bij de toerekening van de niet-nakoming als zodanig, zonder dat zij zelf het voorwerp van toerekening vormen. Voor schadevergoeding wegens wanprestatie is blijkens art. 6:74 jo. 6:75 BW vereist dat de geleden schade voortvloeit uit een tekortkoming die aan de schuldenaar kan worden toegerekend, hetzij omdat deze aan zijn schuld is te wijten, hetzij omdat deze krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.⁸⁷³ Schiet de schuldenaar door onwetendheid of onachtzaamheid in de nakoming van zijn contractuele verbintenissen tekort, dan kan een beroep op overmacht afstuiten op de overweging dat de schuldenaar ter voorkoming van contractbreuk nader onderzoek had moeten doen. In de lagere rechtspraak is bijvoorbeeld aanvaard dat de huurder van een bedrijfsruimte, die deze aan een derde onderverhuurt, jegens de elektriciteitsnetbeheerder is gehouden 'te controleren of er geen ongeoorloofde handelingen worden verricht met de meter door anderen die met zijn toestemming gebruik maken van de ruimte waarvoor de energie wordt geleverd'. Schending van deze onderzoeksplicht leidt ertoe dat eventuele fraude van de kant van de onderverhuurder – bijvoorbeeld de exploitatie van een illegale hennepkwekerij, zoals in casu aan de orde – krachtens art. 6:75 BW voor rekening van de huurder komt.⁸⁷⁴

Behalve onderzoeksplichten laten zich in het kader van art. 6:75 BW ook mededelings- of waarschuwingsplichten indenken. Zo zal de schuldenaar voor wie een verhindering van de nakoming voorzienbaar is, de onwetende schuld-eiser hierop onder omstandigheden moeten wijzen. Men denke bijvoorbeeld aan een Brabantse hotelier die tijdens de carnavalsperiode een hotelkamer verhuurt aan een buitenlandse zakenman, zonder hem te waarschuwen voor

873 Zie daarover bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 332 e.v.

874 Rb. Arnhem 7 november 2007, *LJN* BB7911, *NJF* 2008, 7, r.o. 4.5. In de buitencontractuele sfeer geldt deze onderzoeksplicht overigens niet. Vgl. Hof 's-Gravenhage 25 oktober 2011, *LJN* BU3325, *NJF* 2011, 499, r.o. 10.

de (geluids)overlast die met de carnavalsfestiviteiten gepaard gaat. Hoewel een dergelijke vorm van overlast – afkomstig van derden – de hotelier als zodanig niet kan worden toegerekend, zal het verzuim hiervan melding te maken jegens een onwetende hotelgast niettemin resulteren in een wanprestatie.⁸⁷⁵ Omgekeerd is denkbaar dat een beroep op overmacht in de zin van art. 6:75 BW juist slaagt, omdat de *schuldeiser* onder de gegeven omstandigheden – in verband met diens bijzondere kennis of deskundigheid – de schuldenaar had moeten waarschuwen voor een dreigende contractbreuk. Men denke bijvoorbeeld aan de opslag van kostbare zaken die een speciale behandeling vergen, waarmee de schuldeiser (de eigenaar van de zaken) wel bekend mocht worden verondersteld, maar de schuldenaar (het opslagbedrijf) niet.

Conform het bovenstaande wordt in de literatuur aangenomen dat bij de beoordeling van de toerekenbaarheid op grond van art. 6:75 BW wederzijdse informatieplichten een rol kunnen spelen.⁸⁷⁶ Het ligt voor de hand deze informatieplichten, evenals in het dwalingsleerstuk (par. 3.6.3), te herleiden tot de *verkeersopvattingen*, waarnaar art. 6:75 BW met zoveel woorden verwijst.⁸⁷⁷ Volgens de parlementaire geschiedenis komen verhinderingen die de schuldenaar bij het aangaan van de verbintenis 'heeft voorzien of had behoren te voorzien', in het algemeen naar verkeersopvatting voor rekening van de schuldenaar.⁸⁷⁸ Ratio is de gedachte dat zulke voorzienbare verhinderingen mogen worden geacht te zijn verdisconteerd in het contract.⁸⁷⁹ Toegespitst op het leerstuk der informatieplichten – en in het verlengde van de bovengenoemde voorbeelden – kan deze gedachte aldus worden verwoord, dat de schuldenaar die gevrijwaard wenst te blijven van de gevolgen van een voorzienbare verhindering, ter zake voldoende onderzoek zal moeten doen, respectievelijk zijn schuldeiser op voorzienbare verhinderingen zal moeten wijzen, meer in het bijzonder door ter zake een contractueel voorbehoud te maken.⁸⁸⁰

Bij de beoordeling van de voorzienbaarheid van de verhindering speelt logischerwijze de *aard van de betrokken rechtsverhouding*, en meer in het bijzonder de hoedanigheid en deskundigheid van de betrokken partijen, een belangrijke rol.⁸⁸¹ In het arrest Oerlemans/Driessen uit 2001, betreffende de verkoop van een kunstmatige meststof die door toedoen van de producent – buiten medeweten van de professionele verkoper – was verontreinigd met een herbi-

875 Vgl. ook Hijma 1988, p. 89 e.v., die het (ingevolge art. 3:40 BW thans niet langer actuele) voorbeeld bespreekt van veevervoer in strijd met een wettelijk verbod, waarmee (alleen) de schuldenaar bekend is of behoort te zijn. Hijma betoogt dat hier de 'spreekplicht' van de schuldenaar diens overmachtsberoep verloren doet gaan (p. 91).

876 Zie bijv. Castermans 1992a, p. 176-181; en Krans 1999, p. 15.

877 Zie meer in het algemeen over de hier bedoelde grondslag par. 2.2.3.

878 TM, PG Boek 6, p. 265. Aldus ook bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 354; en De Jong in Brunner e.a. 2011, nr. 173, 177.

879 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 354.

880 Vgl. Hijma 1988, p. 91.

881 Zie bijv. De Jong in Brunner e.a. 2011, nr. 177. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 354; en Hijma 2009b, p. 316-318.

cide, heeft de Hoge Raad in dit verband een belangrijke vuistregel geformuleerd. Deze houdt in dat een tekortkoming bestaande in een gebrek van een industrieel vervaardigd product 'in beginsel voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen'.⁸⁸² Op de verkoper rust dus een risicoaansprakelijkheid voor verborgen gebreken van een industrieel vervaardigd product, waarop de Hoge Raad slechts onder 'bijzondere omstandigheden' een uitzondering wil maken. In de literatuur wordt de ratio van deze vuistregel onder meer gezocht in de omstandigheid dat de verkoper veelal beter dan de koper in staat is de door hem verkochte producten op gebrekkigheid te controleren.⁸⁸³ Dienovereenkomstig moet mijns inziens worden aangenomen dat de verkoper die het gebrek hoe dan ook niet had kunnen ontdekken, omdat het gebrek in objectieve zin onbekend was, níet aansprakelijk is.⁸⁸⁴ Deze verfijning is met name van belang in situaties waarin ook de producent vrijuit zou gaan, in verband met een beroep op het ontwikkelingsrisicoverweer van art. 6:185 lid 1 sub e BW.⁸⁸⁵ Ook in een ander opzicht verdient mijns inziens de vuistregel verfijning, namelijk in die zin dat deze slechts zou moeten gelden voor professionele verkopers, van wie mag worden verwacht dat zij het betrokken gebrek door voldoende onderzoek ook daadwerkelijk hadden kunnen ontdekken. Dienovereenkomstig betoogt Hijma, mijns inziens terecht, dat toepassing van de onderhavige vuistregel op een 'consument-verkoper' minder voor de hand ligt.⁸⁸⁶ In par. 3.7.2 werd een vergelijkbare verfijning bepleit van de vuistregel uit het arrest Schirmeister/De Heus, betreffende de verkoop van een tweedehands auto met een verborgen veiligheidsgebrek.⁸⁸⁷

Afgezien van de zojuist besproken vuistregel uit het arrest Oerlemans/Driessen bestaan er ook *wettelijke* vormen van contractuele risicoaansprakelijkheid. Blijkens art. 6:76 en 6:77 BW is de schuldenaar aansprakelijk voor fouten respectievelijk voor gebreken van de door hem bij de uitvoering van het contract ingezette hulppersonen of hulpzaken.⁸⁸⁸ Het tweede artikel is terughoudender geformuleerd dan het eerste, nu het een uitzondering maakt voor het geval aansprakelijkheid voor de gebreken van een gebruikte hulpzaak onder de gegeven omstandigheden 'onredelijk zou zijn'. Een bekende illustratie is te vinden in het Vliegtuigvleugel-arrest, waarin het ging om de beschadiging

882 HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (Oerlemans/Driessen), r.o. 3.6.

883 Aldus bijv. Hartlief 2001, p. 986, onder (i).

884 Vgl. par. 5.2.2, over objectieve bekendheid als kennisgradatie.

885 Ter vermijding van misverstand zij vermeld dat de onderhavige kwestie zich blijkens art. 7:24 lid 2 BW (vrijwel) alleen voordoet in geval van kleinschalige zaakschade in de privé-sfeer (sub c). Zie over art. 6:185 lid 1 sub e BW ook par. 4.5.6. Zie voorts in dit verband Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 455, waar verkopersaansprakelijkheid terecht wél voor mogelijk wordt gehouden ingeval het gebrek tussen productie en verkoop alsnog is ontdekt.

886 Hijma 2009b, p. 317. Vgl. ook de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (Oerlemans/Driessen), sub 5; en voorts Hartlief 2001, p. 987, onder (c).

887 Zie HR 15 april 1994, NJ 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.3.2.

888 Zie nader bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 346 e.v.

van een kostbare vliegtuigvleugel door het gebruik van een gebrekkige hijskraan, resulterend in een schadeclaim die de bedongen contra-prestatie vele malen overtrof.⁸⁸⁹ Een andere – omstreden – uitzondering op de risicoaansprakelijkheid van art. 6:77 BW is te vinden in de parlementaire geschiedenis, waar de wetgever suggereert dat de gebruiker van medische apparatuur niet aansprakelijk is voor een ‘ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek’.⁸⁹⁰ In rechtspraak en literatuur wordt deze opvatting – die door de wetgever zelf al met enige terughoudendheid werd gepresenteerd⁸⁹¹ – als achterhaald beschouwd.⁸⁹² Wel wordt in de literatuur een uitzondering op art. 6:76 en 6:77 BW denkbaar geacht, indien onder de gegeven omstandigheden de *schuldeiser* beter dan de schuldenaar kon beoordelen of de gekozen hulppersoon of –zaak voor de beoogde uitvoering van het overeengekomene geschikt was. Aangenomen wordt dat onder zulke omstandigheden op de schuldeiser een *waarschuwingsplicht* kan rusten omtrent de voorzienbare ongeschiktheid van de gekozen hulppersoon of –zaak.⁸⁹³ Dat is in overeenstemming met hetgeen hierboven werd vooropgesteld.

Tot besluit van deze paragraaf verdient – ter relativering van het voorgaande – opmerking dat de informatieplichten uit hoofde van art. 6:75 BW in de praktijk een betrekkelijk geringe rol spelen. De reden is dat bij de beoordeling der niet-nakoming – derhalve bij de beantwoording van de vraag of de prestatie van de schuldenaar voldoet aan hetgeen de schuldeiser daarvan onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten – vaak in belangrijke mate reeds een voorschot wordt genomen op de hierboven geschetste afweging van informatieplichten over en weer. De hieruit voortvloeiende overlap tussen tekortkoming en toerekening – die zich op vergelijkbare wijze manifesteert in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (par. 4.2.17) – komt in het bijzonder tot uitdrukking op het terrein van de koop, waar het conformiteitsvereiste van art. 7:17 BW een brede, contextgebonden toetsing behelst (par. 3.11.7), die – eenmaal uitgedrukt in het nadeel van de verkoper – weinig ruimte laat voor een geslaagd beroep op overmacht. Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat het bestaan van non-conformiteit in de praktijk reeds een belangrijke indicatie voor toerekenbaarheid vormt.⁸⁹⁴ Dat geldt overigens ook in bewijsrechtelijke zin, omdat blijkens de formulering van art.

889 HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 m.nt. GJS (Vliegtuigvleugel).

890 Zie MvA II, PG Boek 6, p. 271.

891 Zie MvA II, PG Boek 6, p. 272, waar de wetgever uitdrukkelijk ruimte laat voor heroverweging van zijn opvatting.

892 Zie bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 456; Wijne 2011, p. 12 e.v.; en Verbintenissenrecht I (Broekema-Engelen), art. 77, aant. 15. Zie voorts bijv. Rb. Breda 3 januari 2011, LJN BO9631, NJF 2011, 225, r.o. 3.7 e.v.

893 Zie bijv. Krans 1999, p. 15; Verbintenissenrecht I (Broekema-Engelen), art. 76, aant. 20; en Verbintenissenrecht I (Broekema-Engelen), art. 77, aant. 17.

894 Zie bijv. Hartlief 2001, p. 985, noot 7; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 436; en de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 m.nt. JH (Oerlemans/Driessen), sub 9.

6:74 BW de bewijslast omtrent het ontbreken van toerekenbaarheid – derhalve omtrent de aanwezigheid van overmacht in de zin van art. 6:75 BW – op de schuldenaar rust.⁸⁹⁵ Nochtans beschouwt de Hoge Raad de toerekenbaarheid, óók in gevallen van non-conformiteit, als een zelfstandig vereiste voor aansprakelijkheid.⁸⁹⁶ In zoverre heeft Krans gelijk, waar hij stelt dat de onderzoeks- en mededelingsplichten uit hoofde van art. 6:75 BW ‘relatief onderbelicht’ zijn.⁸⁹⁷

3.11 BIJZONDERE OVEREENKOMSTEN

3.11.1 Algemeen

In de Boeken 7 en 7A BW zijn voor een aantal bijzondere overeenkomsten de contractuele verbintenissen van partijen nader ingevuld. Daarbij passeren diverse informatieplichten de revue, al of niet door uitdrukkelijke vermelding in de wet. Sommige zijn in de uitvoeringsfase gesitueerd, zoals de mededelingsplicht van de huurder omtrent gebreken van het gehuurde (art. 7:222 BW), de informatieplicht van de opdrachtnemer omtrent de voortgang van de werkzaamheden (art. 7:403 BW) en de mededelingsplicht van de werkgever bij overgang van onderneming (art. 7:665a BW).⁸⁹⁸ Andere hebben een precontractueel karakter, zoals de informatieplichten van koper en verkoper uit hoofde van art. 7:17 BW (par. 3.11.8), de informatieplichten van de aanbieders van ‘timeshares’ (art. 7:50b BW) en consumentenkrediet (art. 7:60 BW) en de mededelingsplicht van de verzekeringnemer uit hoofde van art. 7:928 BW (par. 3.11.4). Bijzondere vermelding verdient art. 7:658 BW, inzake de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving. Hieruit kunnen waarschuwingsplichten en andere contextgebonden zorgvuldigheidsnormen worden afgeleid, die een nauwe samenhang vertonen met de veiligheidsnormen uit het gevaarzettingsleerstuk. Gelet op deze samenhang wordt art. 7:658 BW, niettegenstaande zijn contractuele context, in hoofdstuk 4 behandeld (par. 4.6.1 e.v.). Hetzelfde geldt voor de informatieplicht van de arts uit hoofde van art. 7:448 BW omtrent de risico’s van een medische behandeling, die, als onderdeel van de medische beroepsaansprakelijkheid, aan de orde komt in par. 4.8.2.

Gemeenschappelijk kenmerk van de ‘bijzondere’ informatieplichten uit de Boeken 7 en 7A BW is dat zij merendeels strekken tot bescherming van de

⁸⁹⁵ Zie bijv. TM, PG Boek 6, p. 618; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 432; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 370; en HR 20 april 2007, *LJN AZ6092*, *RvdW* 2007, 421 (Zweedsestraat c.s./Torenstad), r.o. 3.6. Vgl. ook (impliciet) TM, PG Boek 6, p. 264.

⁸⁹⁶ Zie HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 272 (Brok/Huberts), r.o. 3.3. Vgl. ook de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213 m.nt. JH (Oerlemans/Driessen), sub 2.

⁸⁹⁷ Krans 1999, p. 15.

⁸⁹⁸ Het is uiteraard niet toevallig dat deze ‘contractuele’ informatieplichten – betrekking hebbend op de uitvoeringsfase – zich vooral bij duurovereenkomsten voordoen.

zwakkere contractspartij.⁸⁹⁹ Dat maakt deze informatieplichten, bezien vanuit een meer algemeen perspectief, tot interessant vergelijkingsmateriaal. Hieronder worden zij nader behandeld, naar gelang van hun betekenis voor het leerstuk der informatieplichten als zodanig. Daarbij ligt de nadruk op de precontractuele informatieplichten, die zich het meest lenen voor vergelijking met de informatieplichten uit het dwalingsleerstuk.

3.11.2 Opdracht, lastgeving en bruikleen

Een voor de praktijk belangrijke bijzondere overeenkomst is de overeenkomst van *opdracht*, geregeld in art. 7:400 e.v. BW. Blijkens art. 7:401 BW is de opdrachtnemer verplicht bij de uitvoering van zijn werkzaamheden 'de zorg van een goed opdrachtnemer' in acht te nemen. Uit deze zorgplicht kunnen onder omstandigheden ook informatieplichten voortvloeien.⁹⁰⁰ Een voorbeeld is te vinden in art. 7:403 lid 1 BW, dat bepaalt dat de opdrachtnemer zijn wederpartij op de hoogte moet houden van de werkzaamheden en hem onverwijld in kennis moet stellen van de voltooiing van de opdracht.⁹⁰¹ De Toelichting Meijers vermeldt dat het hier een contractuele informatieplicht betreft, die 'tijdens de vervulling van de opdracht' is gesitueerd.⁹⁰² Niettemin wordt in de literatuur aangenomen dat uit de zorgplicht van de opdrachtnemer onder omstandigheden ook *precontractuele* informatieplichten kunnen voortvloeien, met name indien de opdrachtnemer in kwestie kwalificeert als professioneel en deskundig dienstverlener. De gedachte is dat art. 7:401 BW hier als het ware zijn schaduw vooruit werpt, zodat de (deskundige) opdrachtnemer ook voorafgaand aan de totstandkoming van de opdracht zijn (ondeskundige) wederpartij tot op zekere hoogte zal moeten helpen bij het maken van de juiste keuzes.⁹⁰³ In par. 4.8.1 e.v. wordt de onderhavige zorgplicht nader behandeld, tegen de achtergrond van de aansprakelijkheid van dienstverleners.⁹⁰⁴

Een bijzonder soort opdracht is geregeld in art. 7:414 e.v. BW, inzake *lastgeving*. Speciale aandacht verdient art. 7:418 BW, waarin is bepaald dat de lasthebber die direct of indirect belang heeft bij de totstandkoming van de

899 Vgl. Hartlief 2003b, p. 43; Wessels in Wessels & Verheij 2010, nr. 6; en Hijma & Olthof 2011, nr. 460.

900 Zie bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 99, 104 en 108. Vgl. ook Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 29.

901 Zie daarover bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 108; en Ernes in Wessels & Verheij 2010, nr. 193.

902 TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 326.

903 Aldus Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 74. Zie ook nr. 83, waar meer in het algemeen wordt betoogd dat de scheiding tussen precontractuele en contractuele fase hier 'niet strikt te maken' valt.

904 Vanwege de gemengde grondslag van de hier bedoelde aansprakelijkheid – deels (pre)contractueel, deels buitencontractueel (vgl. par. 4.8.3) – is gekozen voor een behandeling in hoofdstuk 4.

betrokken rechtshandeling, op straffe van verlies van zijn loon (lid 2) verplicht is 'de lastgever daarvan in kennis te stellen' (lid 1). Deze mededelingsplicht van de belanghebbende lasthebber strekt ter voorkoming van een eventuele belangenverstrengeling aan diens zijde, waardoor hij de belangen van de lastgever mogelijk niet optimaal zou kunnen behartigen.⁹⁰⁵ Conform de wettekst heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de onderhavige mededelingsplicht geldt 'onafhankelijk van de vraag of het eigen belang van de lasthebber daadwerkelijk in strijd is met de belangen van de lastgever'.⁹⁰⁶ Volgens de Hoge Raad is het dus aan de lastgever om, na mededeling door de lasthebber van diens bij de rechtshandeling betrokken belang, te beoordelen of er zich naar zijn mening een ongewenste belangenverstrengeling voordoet. Concreet betekent dit dat de lasthebber óók mededeling van zijn belang moet doen, indien voor hem niet te verwachten valt dat de lastgever daardoor zal worden benadeeld.⁹⁰⁷ Ter voorkoming van chicaneuze verweren van lasthebbers met een dubbele agenda is een dergelijke benadering inderdaad aantrekkelijk.⁹⁰⁸ Slechts indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen beider belangen geheel is uitgesloten, vervalt ingevolge art. 7:418 lid 1 BW de onderhavige mededelingsplicht.⁹⁰⁹

Een vergelijkbare mededelingsplicht bij de uitvoering van de overeenkomst is te vinden in art. 7A:1790 BW, betreffende de overeenkomst van *bruikleen*. Hier is bepaald dat de uitlener aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van gebreken van de uitgeleende zaak, 'zoo hij die gebreken gekend, en daarvan aan den gebruiker geene kennis gegeven heeft'.⁹¹⁰ De bepaling wordt in de literatuur opgevat als een aansprakelijkheidsleniging, in die zin dat de uitlener niet aansprakelijk is voor *verborgen* gebreken van de uitgeleende zaak.⁹¹¹ Dienovereenkomstig oordeelde de Hoge Raad in het arrest Bos/Althuisius, betreffende een ongeval met een door Althuisius aan Bos uitgeleende ladder, die gebrekkig bleek te zijn zonder dat eigenaar Althuisius dit wist, dat de aansprakelijkheid van art. 7A:1790 BW zich niet uitstrekt tot gebreken die de uitlener 'had behoren te kennen' of waarmee hij onder de gegeven omstandigheden 'rekening had dienen te houden' (r.o. 3.6). Belangrijk was in dit verband het oordeel van de Hoge Raad dat art. 7A:1790 BW in gevallen als het onderhavige 'bij uitsluiting van toepassing is', zodat een verderstrekken-

905 Zie MvA, *Kamerstukken II* 1991/92, 17779, nr. 8, p. 6. Vgl. ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* (2009), nr. 231.

906 HR 6 april 2007, *LJN* AZ5440, *NJ* 2008, 493 m.nt. Jac. Hijma (Savills/B&S), r.o. 3.3.

907 Aldus uitdrukkelijk r.o. 3.8 van het arrest Savills/B&S.

908 Aldus ook (instemmend) de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij het arrest Savills/B&S, sub 4.

909 Overigens acht Jac. Hijma ook een uitzondering o.g.v. redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) denkbaar. Zie zijn NJ-annotatie bij het arrest Savills/B&S, sub 5.

910 De bepaling stamt nog uit het oude BW. Zie over haar beoogde opvolger, art. 7.6.10 (ontwerp) BW, Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 91. Vgl. ook Wessels in Wessels & Verheij 2010, nr. 10, die opmerkt dat het voornemen bestaat om zowel de oude als de nieuwe regeling in te trekken.

911 Zie bijv. Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 91.

de aansprakelijkheid op delictuele grondslag – bijvoorbeeld krachtens art. 6:162 of 6:173 e.v. BW – is uitgesloten (r.o. 3.3).⁹¹² Ratio van deze terughoudendheid is de gedachte dat de ‘vriendendienst’ die veelal in de (kostenloze) uitleen van een zaak besloten ligt, geen vérgaande aansprakelijkheid rechtvaardigt.⁹¹³ Tegen die achtergrond behoeft de uitlener in dit verband slechts mededeling te doen van gebreken die hij *kent*, en rust er op hem geen *onderzoeksplicht* omtrent verborgen gebreken.

Overigens aanvaardde de Hoge Raad in het arrest Bos/Althuisius wel de mogelijkheid ‘dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de uitlener van een gebrekkige zaak, indien deze naar haar aard door dit gebrek een bijzonder gevaar voor personen oplevert, zich op de in art. 1790 geregelde beperking van zijn aansprakelijkheid beroept’.⁹¹⁴ Het lijkt aannemelijk dat langs deze weg toch een zekere mate van objectivering van de kennis van de uitlener kan worden bewerkstelligd, met name waar het gaat om gebreken die de uitlener onmogelijk kunnen zijn ontgaan.⁹¹⁵ Verder wijst Brunner terecht op een potentiële aansprakelijkheid van de uitlener voor verborgen gebreken – via de omweg van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid – in geval van bruikleen van een zaak ‘op verzoek en in het belang van de uitlener en zonder enig eigen belang van de inlener’.⁹¹⁶

3.11.3 Aanneming van werk

Art. 7:754 BW verplicht de aannemer bij het aangaan of uitvoeren van een overeenkomst van aanneming van werk zijn opdrachtgever ‘te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen’.⁹¹⁷ In de tweede volzin wordt deze waarschuwingsplicht mede betrokken op ‘gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever’, alsmede op ‘fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften’. De sanctie op schending van de waarschuwingsplicht is te vinden in art. 7:760 leden 2 en 3 BW.⁹¹⁸ Waar normaliter de opdrachtgever logischer-

912 HR 22 november 1996, NJ 1998, 567 m.nt. CJHB (Bos/Althuisius). Zie kritisch Nieuwenhuis 1997b, p. 42.

913 Zie bijv. de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het arrest Bos/Althuisius, sub 3; Nieuwenhuis 1997b, p. 41 (onder verwijzing naar het Romeinse recht); Van Schaick 1997, p. 314-315; en Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 91.

914 HR 22 november 1996, NJ 1998, 567 m.nt. CJHB (Bos/Althuisius), r.o. 3.6. Aldus ook de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, sub 9.

915 Vgl. Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 91, aan het slot.

916 Zie de NJ-annotatie van C.J.H. Brunner bij het arrest Bos/Althuisius, sub 4.

917 Zie daarover bijv. Chao-Duvis in Wessels & Verheij 2010, nr. 338.

918 Zie daarover bijv. Chao-Duvis in Wessels & Verheij 2010, nr. 337.

wijze het risico draagt van onjuistheden in de opdracht, respectievelijk van gebreken of ongeschiktheid van de door hem ter beschikking gestelde zaken, is de *aannemer* hiervoor aansprakelijk, indien hij, aldus lid 2, 'zijn in artikel 754 bedoelde waarschuwingsplicht heeft geschonden of anderszins met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten'.

Art. 7:754 BW, dat in 2006 is ingevoerd, vormt de codificatie van hetgeen voorheen reeds uit rechtspraak van de Hoge Raad voortvloeide.⁹¹⁹ Ratio van de onderhavige waarschuwingsplicht is dat de aannemer bij uitstek degene is die geacht mag worden te beschikken over de kennis en deskundigheid, die voor een goede beoordeling van de opdracht zijn vereist.⁹²⁰ Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding* als gezichtspunt voor het aannemen van een informatieplicht (vgl. par. 3.6.3). De Hoge Raad hanteert dat gezichtspunt hier overigens tamelijk categorisch, in die zin dat volgens vaste jurisprudentie óók een deskundige opdrachtgever – bijvoorbeeld een hoofdaannemer, die het werk aan een onderaannemer heeft uitbesteed – voor fouten in de opdracht moet worden gewaarschuwd. Dat is althans het uitgangspunt: volgens de Hoge Raad ontslaat de enkele omstandigheid dat de opdrachtgever voldoende deskundig is om fouten in het ontwerp te ontdekken, de aannemer niet van zijn waarschuwingsplicht.⁹²¹

In de literatuur zijn vraagtekens geplaatst bij deze benadering,⁹²² die inderdaad afwijkt van de gangbare, wederzijdse toepassing van het deskundighedsargument (vgl. par. 3.6.3). Het voordeel van de benadering van de Hoge Raad is echter dat de primaire verantwoordelijkheid voor de beoordeling van het ontwerp komt te rusten bij één persoon, en wel de meest voor de hand liggende, namelijk degene die zich contractueel heeft verbonden tot de uitvoering daarvan. Aldus wordt 'dubbel werk' van opdrachtgever en aannemer vermeden. De deskundige opdrachtgever is intussen niet van iedere vorm van eigen verantwoordelijkheid ontheven, nu in de visie van de Hoge Raad zijn deskundigheid aanleiding kan vormen tot vermindering van de aansprakelijk-

919 Vgl. HR 25 november 1994, NJ 1995, 154 (Stokkers/Vegt), r.o. 3.4. Zie ook de conclusie van A-G Huydecoper voor het arrest HR 8 september 2006, LJN AX9511, NJ 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink), sub 9.

920 Zie bijv. de conclusie van A-G Koopmans voor HR 25 november 1994, NJ 1995, 154 (Stokkers/Vegt), sub 5; en de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 8 september 2006, LJN AX9511, NJ 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink), sub 10.

921 Aldus HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba), r.o. 3.4; en HR 8 september 2006, LJN AX9511, NJ 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink), r.o. 3.3. Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Hartkamp voor het arrest KPI/Leba, sub 9; en de conclusie van A-G Huydecoper voor het arrest Körkemeyer/Ottink, sub 13.

922 Zie bijv. Tijssens 2009, p. 709-710, die onder verwijzing naar Duitse rechtspraak pleit voor een benadering waarin de omvang van de waarschuwingsplicht afhangt van de mate van deskundigheid van de opdrachtgever. Vgl. ook Drion & Van Wechem 2007, p. 731.

heid wegens *eigen schuld* (art. 6:101 BW).⁹²³ Men bedenke voorts dat de deskundigheid van de opdrachtgever in combinatie met andere omstandigheden wel degelijk aan het aannemen van de in art. 7:754 BW bedoelde waarschuwingsplicht in de weg kan staan. Dat zal met name het geval kunnen zijn wanneer beide partijen bekend waren (of geacht mochten worden te zijn) met de fout in de opdracht.⁹²⁴

Illustratief is het arrest NSC/Pongers uit 2004, waarin het ging om de ontmanteling van een industrieterrein door aannemer Pongers in opdracht van eigenaar NSC. Partijen kozen in onderling overleg voor een werkwijze die – gelet op de aanwezigheid van asbest op het terrein, waarmee beide partijen bekend waren – niet verantwoord was. Volgens hof en Hoge Raad kwamen de schadelijke gevolgen hiervan voor rekening van NSC, omdat zij (a) ten aanzien van de aanwezigheid van asbest over ‘dezelfde wetenschap’ beschikte als Pongers, (b) bovendien werd bijgestaan door een deskundige, (c) geen nader onderzoek had ingesteld naar de asbestvervuiling en (d) voor de onderhavige wijze van ontmanteling had gekozen, terwijl ook voor haar inzichtelijk moest zijn geweest dat daaraan risico’s verbonden waren.⁹²⁵ A-G Verkade betoogde dienooreenkomstig dat een opdrachtgever als NSC geen beroep toekomt op art. 7:754 BW, indien deze, zoals in casu, ‘de desbetreffende, hem bekende risico’s bewust heeft ingecalculeerd’.⁹²⁶ Men herkent hier de ook elders aanvaarde gedachte, dat voor risico’s die reeds bekend zijn bij de belanghebbende, in het algemeen niet behoeft te worden gewaarschuwd.⁹²⁷

Voor de volledigheid zij hier gesignaleerd dat de waarschuwingsplicht van art. 7:754 BW geen betrekking heeft op (de onvoorziene kosten van) *meerwerk*. Daarvoor is een specifieke – en voor de praktijk zeer belangrijke – regeling getroffen in art. 7:755 BW, dat bepaalt dat de aannemer slechts de kosten van meerwerk in rekening kan brengen, indien hij de opdrachtgever ‘tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging’.⁹²⁸ Op de aannemer die zich genoodzaakt ziet tot een prijsverhoging in verband met door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk rust dus een *waarschuwingsplicht*, tenzij, zo vervolgt het artikel, de opdrachtgever de noodzaak van die prijsverhoging ‘uit zichzelf had moeten begrijpen’. Aangenomen wordt dat in dit verband

923 Zie HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba), r.o. 3.4; en voorts bijv. Chao-Duivis in Wessels & Verheij 2010, nr. 338, alsmede de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 8 september 2006, LJN AX9511, NJ 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink), sub 13.

924 Vgl. de conclusie van A-G Verkade voor HR 8 oktober 2004, NJ 2005, 52 (NSC/Pongers), sub 3.4; en de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 8 september 2006, LJN AX9511, NJ 2006, 494 (Körkemeyer/Ottink), sub 11.

925 HR 8 oktober 2004, NJ 2005, 52 (NSC/Pongers), r.o. 3.3.2.

926 Zie zijn conclusie voor het arrest, sub 3.6.

927 Zie par. 3.6.2, waar bleek dat voor het aannemen van een mededelingsplicht ex art. 6:228 lid 1 sub b BW is vereist dat de wederpartij rekening moest houden met een dwaling. In de delictuele sfeer geldt iets dergelijks (par. 4.3.3 en 4.3.13).

928 Zie daarover bijv. Chao-Duivis in Wessels & Verheij 2010, nr. 347.

de deskundigheid van de opdrachtgever een belangrijke rol speelt, zodat bijvoorbeeld een professionele opdrachtgever niet snel behoeft te worden gewaarschuwd voor (normale) prijsverhogingen wegens meerwerk.⁹²⁹

3.11.4 Verzekering

Het verzekeringsrecht vormt een van de meest klassieke toepassingsgebieden van de precontractuele informatieplicht.⁹³⁰ Van oudsher geldt hier – mede in het licht van het kanskarakter van de verzekeringsovereenkomst⁹³¹ – de verzwijgingsregeling, die inhoudt dat op de verzekeringnemer voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst een *mededelingsplicht* rust jegens de verzekeraar. Onder het oude regime van art. 251 WvK leidde schending van deze mededelingsplicht tot vernietigbaarheid van de gesloten verzekeringsovereenkomst. De huidige regeling van art. 7:928 e.v. BW voorziet in een meer genuanceerd arsenaal van sancties,⁹³² variërend van vermindering van het recht op uitkering (art. 7:930 BW) tot opzegging van de overeenkomst (art. 7:929 BW). Laatstgenoemde bevoegdheid komt aan de verzekeraar slechts toe in geval van opzettelijke misleiding van de kant van de verzekeringnemer, of indien de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken in het geheel geen verzekeringsovereenkomst zou hebben gesloten (lid 2). De verzwijgingsregeling vindt haar grondslag in de precontractuele redelijkheid en billijkheid.⁹³³ Zij kan worden beschouwd als een specialis van de dwaling en derogeert, aldus art. 7:931 BW, aan de algemene vernietigingsgronden van art. 3:44 lid 3 en 6:228 BW.⁹³⁴

Art. 7:928 lid 1 BW bepaalt dat de verzekeringnemer verplicht is voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst aan de verzekeraar 'alle feiten mede te delen die hij kent of behoort te kennen, en waarvan, naar hij weet of behoort te begrijpen, de beslissing van de verzekeraar of, en zo ja, op welke voorwaarden, hij de verzekering zal willen sluiten, afhangt of kan afhangen.' De bepaling verwijst naar twee vereisten voor de gelding van de onderhavige mededelingsplicht, die ook in het kader van art. 251 WvK reeds een prominente rol vervulden, te weten het *kennisvereiste* en het *kenbaar-*

929 Men denke bijv. aan situaties van onderaanneming. Zie Chao-Duivis in Wessels & Verheij 2010, nr. 347.

930 Zie bijv. Vranken 1989, p. 3, 17 e.v. Vgl. ook par. 2.1.2.

931 Vgl. Cohen Henriquez 1976, p. 632. Zie nader over de kwalificatie 'kanscontract' par. 3.7.13.

932 Zie bijv. Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 170; Wery & Mendel 2010, p. 16; en Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 449. Vgl. ook MvT, PG Boek 7, Titel 17, p. 14.

933 Zie bijv. Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 145; en Wery & Mendel 2010, p. 17.

934 Zie bijv. NMvA I, PG Boek 7, Titel 17, p. 25; en Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 146.

heidsvereiste.⁹³⁵ Het eerste vereiste ziet op de kennis van de mede te delen informatie en het tweede vereiste ziet op de kenbaarheid van de relevantie daarvan. De vereisten staan op één lijn met de eerste twee basisvereisten voor de gelding van een precontractuele mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 sub b BW (par. 3.6.2). Wat betreft de mate van objectivering van de hier vereiste kennis is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt 'dat bij de beoordeling van de vraag welke feiten een verzekeringnemer behoort te kennen of wat hij behoort te begrijpen, moet worden uitgegaan van een behoorlijk en zorgvuldig verzekeringnemer en dat daarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen'. Naarmate bepaalde feiten 'verder buiten zijn gezichtskring liggen', kan minder snel worden aangenomen dat de verzekeringnemer deze feiten behoort te kennen, aldus de wetgever, die in dit verband niet uitsluit dat 'van de verzekeringnemer kan worden gevergd zich te dien aanzien te laten voorlichten'. Voor de aanvaarding van een dergelijke *onderzoeksplicht* uit hoofde van de mededelingsplicht aan de zijde van de verzekeringnemer acht de wetgever 'mede van belang (...) om wat voor soort verzekering het gaat'.⁹³⁶

De leden 2 en 3 van art. 7:928 BW geven een bijzondere uitwerking van de vereisten van kennis en kenbaarheid voor het geval een *derde* – bijvoorbeeld een minderjarig kind van de verzekeringnemer – als begunstigde van de verzekering fungeert. De kennis van deze derde wordt in dat geval aan de verzekeringnemer toegerekend (lid 2), met dien verstande dat hiervoor bij personenverzekeringen is vereist dat de derde minimaal zestien jaar oud is (lid 3).⁹³⁷ De wetgever verduidelijkt dat het hier aan de *verzekeringnemer* is overgelaten om ervoor te zorgen dat hij de betreffende gegevens aan de verzekeraar kan mededelen en dat het voor de hand ligt dat hij daartoe 'navraag doet bij de derde'.⁹³⁸

Het kenbaarheidsvereiste – equivalent van het vereiste van kenbaarheid van het causaal verband uit het dwalingsleerstuk (par. 3.5.5) – kent voor de praktijk een belangrijke uitwerking in lid 6 van art. 7:928 BW. Hier is bepaald dat ingeval de verzekering is gesloten op basis van een door de verzekeraar opgestelde *vragenlijst*, de verzekeraar géén beroep kan doen op verzwijging van feiten waarnaar hij niet had gevraagd, tenzij de verzekeringnemer deze feiten opzettelijk verzweg.⁹³⁹ De verzekeringnemer behoeft dus bij het

935 Zie daarover bijv. Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 151-152; Wery & Mendel 2010, p. 20-22; en Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 447.

936 Aldus MvA I, PG Boek 7, Titel 17, p. 23. Vgl. par. 3.6.4, waar een dergelijke onderzoeksplicht uit hoofde van de mededelingsplicht in het dwalingsleerstuk werd verworpen.

937 Zie bijv. PG Boek 7, Titel 17, p. 14 (MvT) en p. 24-25 (MvA I). Zie meer in het algemeen over toerekening van kennis par. 5.2.7.

938 NMvA I, PG Boek 7, Titel 17, p. 26.

939 Zie bijv. Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 152; Wery & Mendel 2010, p. 21; en Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 447.

gebruik van een vragenlijst niet ongevraagd mededeling te doen van de hem bekende feiten, die voor de verzekeraar mogelijk van belang zijn, tenzij het belang van deze feiten volgt uit hetgeen bij de verzekeringnemer bekend mag worden verondersteld omtrent het acceptatiebeleid van de verzekeringsbranche in het algemeen of van de betrokken verzekeraar in het bijzonder.⁹⁴⁰ Wat betreft een eventueel strafrechtelijk verleden van de verzekerde – een feit dat, in verband met de problematiek van het morele risico,⁹⁴¹ voor verzekeraars vrijwel altijd van belang is – bepaalt art. 7:928 lid 5 BW dat dit alleen gemeld moet worden in antwoord op een uitdrukkelijke en niet voor misverstand vatbare vraag van de verzekeraar, en uitsluitend voor zover de strafbare feiten in kwestie binnen de acht jaren voorafgaand aan het sluiten van de verzekeringsovereenkomst hebben plaatsgevonden. De ratio van deze regeling schuilt in de wens tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de verzekeringnemer.⁹⁴²

Art. 7:928 lid 4 behelst een tweetal beperkingen van de mededelingsplicht, die in de literatuur – conform de heersende leer onder het regime van art. 251 WvK – in positieve zin plegen te worden aangeduid als het *verschoonbaarheidsvereiste* en het *relevantievereiste*.⁹⁴³ Het relevantievereiste houdt in dat een verzwijging van irrelevante feiten, namelijk feiten die ‘niet tot een voor de verzekeringnemer ongunstiger beslissing zouden hebben geleid’, niet kwalificeert als schending van de mededelingsplicht. In het dwalingsleerstuk volgt hetzelfde uit de eis van causaal verband (par. 3.5.5). Het verschoonbaarheidsvereiste, dat eveneens bekend is uit het dwalingsleerstuk (par. 3.6.11), houdt in dat de mededelingsplicht van de verzekeringnemer zich niet uitstrekt tot feiten die de verzekeraar ‘reeds kent of behoort te kennen’.⁹⁴⁴ Men denke bijvoorbeeld aan feiten van algemene bekendheid, feiten die in de betreffende verzekeringsbranche bekend mogen worden verondersteld of feiten die de verzekeraar onder de gegeven omstandigheden had moeten onderzoeken.⁹⁴⁵ Gelet op het voorgaande rust er op de verzekeraar in dit verband een zekere *onderzoeksplicht*, vergelijkbaar met de onderzoeksplicht van de dwalende uit hoofde van art. 6:228 lid 2 BW. Dienovereenkomstig wordt in de literatuur bijvoorbeeld aangenomen dat de verzekeraar in geval van onduidelijke beantwoording van een door hem gestelde vraag is gehouden tot nader onderzoek, behoudens in geval van opzettelijke misleiding door de verzekeringnemer.⁹⁴⁶

940 Aldus MvT, PG Boek 7, Titel 17, p. 14.

941 Vgl. Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 448.

942 Zie NvW 1, toelichting, PG Boek 7, Titel 17, p. 20-21.

943 Zie daarover bijv. Asser/Clausing & Wansink 5-VI (2007), nr. 154, 160; Wery & Mendel 2010, p. 18-19, 22-23; en Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 447.

944 Vgl. MvT, PG Boek 7, Titel 17, p. 15, waar wordt betoogd dat deze beperking ‘voor zichzelf’ spreekt.

945 Aldus Wery & Mendel 2010, p. 22-23.

946 Aldus Van Ardenne-Dick & Tiggele-van der Velde in Wessels & Verheij 2010, nr. 447.

Een nadere verfijning is te vinden in art. 7:928 lid 4 BW, waar is bepaald dat de verzekeringnemer zich er niet op kan beroepen dat de verzekeraar bepaalde feiten kende of behoorde te kennen, 'indien op een daarop gerichte vraag een onjuist of onvolledig antwoord is gegeven'. Men herkent hier de prioriteitsregels inzake het prevaleren van mededelingsplicht en waarheidsplicht, afkomstig uit het dwalingsleerstuk (par. 3.6.15 e.v.). De wetgever hanteert in art. 7:928 lid 4 BW overigens een wat beperktere invalshoek, door de toespitsing op een 'onjuist of onvolledig' antwoord. Dit laat de mogelijkheid open, aldus de wetgever, 'dat de verzekeringnemer die weet dat bepaalde feiten bij de verzekeraar bekend zijn op een daarop gerichte vraag *geen* antwoord geeft'.⁹⁴⁷ Met andere woorden: de verzekeraar die een verzekeringsovereenkomst sluit met miskenning van feiten die de verzekeringnemer desgevraagd heeft verzwegen, omdat ze bij de verzekeraar reeds bekend waren, voldoet niet aan het vereiste van verschoonbaarheid. De verzekeringnemer gaat in dat geval vrijuit. In het dwalingsleerstuk kan een vergelijkbaar resultaat – behalve door toepassing van art. 6:228 lid 2 BW (par. 3.6.11) – worden bereikt door toepassing van het derde basisvereiste voor de gelding van een mededelingsplicht (par. 3.6.2), namelijk door te oordelen dat de verzekerde onder de gegeven omstandigheden geen rekening behoefde te houden met een dwaling aan de zijde van de verzekeraar.

3.11.5 Koop

De koop is in de praktijk één van de meest gesloten overeenkomsten, hetgeen de prominente regeling aan het begin van Boek 7 BW verklaart. De hoofdverbintenissen van de verkoper zijn vastgelegd in art. 7:9 BW.⁹⁴⁸ Blijkens lid 1 is de verkoper verplicht tot eigendomsoverdracht en aflevering van de verkochte zaak. De eerstgenoemde verbintenis is nader uitgewerkt in art. 7:15 BW, dat de verkoper verplicht de zaak in eigendom over te dragen vrij van bijzondere lasten en beperkingen. De tweede verbintenis is nader uitgewerkt in art. 7:17 BW, waar het bekende conformiteitsvereiste is vastgelegd.⁹⁴⁹ Uit beide artikelen kunnen precontractuele informatieplichten worden afgeleid, die nauw

⁹⁴⁷ Aldus NvW 1, toelichting, PG Boek 7, Titel 17, p. 20 (curs. toegevoegd).

⁹⁴⁸ Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 268 e.v. De hoofdverbintenis van de *koper* – betaling van de koopprijs (art. 7:26 e.v. BW) – behoeft hier geen nadere behandeling. Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 563 e.v.

⁹⁴⁹ Het conformiteitsvereiste wordt overigens ook wel als zelfstandige hoofdverbintenis van de verkoper beschouwd. Zie in die zin bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 331; en Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 24.

verwant zijn aan de informatieplichten uit het dwalingsleerstuk.⁹⁵⁰ Art. 7:15 en 7:17 BW worden hieronder afzonderlijk behandeld in par. 3.11.6 e.v.

Uit de koopovereenkomst kunnen ook 'contractuele' of 'postcontractuele' informatieplichten worden afgeleid. In par. 3.8.7 werd reeds de aandacht gevestigd op de contractuele verplichting van de verkoper tot verstrekking van een gebruiksaanwijzing of productwaarschuwing, welke verplichting overigens niet met zoveel woorden in titel 7.1 BW is vastgelegd, maar wel kan worden gebaseerd op art. 6:248 lid 1 BW. Vermeldenswaard is voorts art. 7:23 BW, waarin de postcontractuele klachtplicht van de koper omtrent gebreken van het gekochte is vervat. Een nadere behandeling daarvan volgt in par. 3.11.11.

Voor de volledigheid zij hier nog gewezen op een specifieke informatieplicht aan verkoperszijde, die van Europese herkomst is. Ik doel op art. 7:46c BW, inzake gegevensverstrekking bij koop op afstand.⁹⁵¹ Lid 1 heeft betrekking op de precontractuele fase en bepaalt dat de verkoper tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten op duidelijke en begrijpelijke wijze gegevens dient te verstrekken over onder meer zijn eigen identiteit (sub a), de belangrijkste kenmerken van de zaak (sub b), de prijs (sub c) en de eventuele toepasselijkheid van een bedenktijd in de zin van art. 7:46d BW (sub f). Lid 2 bestrijkt de uitvoeringsfase en bepaalt dat de verkoper tijdig bij de nakoming van de koop op afstand op duidelijke en begrijpelijke wijze gegevens dient te verstrekken over onder meer de wijze waarop de koper gebruik kan maken van zijn recht op bedenktijd (sub b) en de locatie waar hij terecht kan met eventuele klachten (sub c). De hier gecodificeerde informatieplicht is van het formalistische type, dat in par. 2.9.1 werd aangeduid als 'documentatieplicht'. Als zodanig heeft deze informatieplicht weinig gemeen met de open, contextgebonden informatieplichten die in het onderhavige onderzoek centraal staan. In de nu volgende paragrafen wordt de aandacht dáárop gericht.

3.11.6 Vervolg; vrijwaring tegen rechtsgebreken (art. 7:15 BW)

Art. 7:15 lid 1 BW bepaalt dat de verkoper verplicht is de zaak in eigendom over te dragen 'vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen'. Het artikel strekt aldus tot bescherming van de koper tegen *rechtsgebreken*,⁹⁵² zoals het bestaan van een erfdienstbaarheid, hypotheekrecht of kettingbeding. Op de

950 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, nr. 3, p. 4 (m.b.t. de bedenktijd bij woningkoop ex art. 7:2 BW), waar de wetgever de informatieplichten van de verkoper ex art. 7:15 en 7:17 BW op één lijn stelt met de informatieplichten ex art. 3:44 lid 3 en 6:228 lid 1 sub b BW. Zie nader over de bedoelde verwantschap par. 3.11.8.

951 Blijkens art. 7:46a sub a-b BW gaat het hier om een vorm van consumentenkoop, waarbij tot en met het sluiten van de koop uitsluitend gebruik wordt gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand. Zie over de bedoelde informatieplicht bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 94h.

952 Vgl. TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 113.

verkoper rust in dit verband een vrijwaringsplicht. Zoals de wettekst bevestigt, vallen daaronder alleen ‘bijzondere’ lasten en beperkingen, niet die welke drukken op alle zaken van dezelfde soort, zoals belastingen en retributies.⁹⁵³ Bedacht zij dat zulke algemeen geldende lasten en beperkingen ook bezwaarlijk als rechtsgebreken in de zojuist bedoelde zin kunnen worden gekwalificeerd. Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat lasten en beperkingen van publiekrechtelijke origine – die veelal algemeen van aard zijn – niet zonder meer onder het bereik van art. 7:15 BW vallen.⁹⁵⁴ Afgezien daarvan behoeft de verkoper ook niet in te staan voor de afwezigheid van lasten en beperkingen ‘welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard’, aldus art. 7:15 lid 1 BW.

De bepaling impliceert de gelding van een op de verkoper rustende *mededelingsplicht*,⁹⁵⁵ inhoudend dat deze eventuele bijzondere lasten en beperkingen onder de aandacht van de koper dient te brengen, teneinde hem in staat te stellen deze al of niet te aanvaarden. Strikt genomen eist de wet dat aanvaarding door de koper ‘uitdrukkelijk’ geschiedt, hetgeen lijkt te betekenen dat de onderhavige mededelingsplicht zover gaat, dat de verkoper zich daadwerkelijk dient te verzekeren van de (uitdrukkelijke) instemming van de koper. Terecht kiest de literatuur in dit verband een meer genuanceerde benadering, waarin ruimte bestaat voor de gedachte dat een koper die zonder protest een koopovereenkomst aangaat, hoewel hij op het bestaan van bijzondere lasten of beperkingen is gewezen, geen beroep toekomt op de bescherming van art. 7:15 BW.⁹⁵⁶ Het uitdrukkelijkheidsvereiste heeft in deze benadering niet zozeer betrekking op de aanvaarding door de koper, als wel op de mededeling door de verkoper. Het gaat erom dat de aanvaarding door de koper een reëel karakter draagt, in die zin dat zij berust op daadwerkelijke kennis van de betrokken last of beperking, zoals voortvloeiend uit een niet mis te verstane mededeling van de verkoper.⁹⁵⁷

Conform het voorgaande wordt in de parlementaire geschiedenis de gelding van een *onderzoekspflicht* aan de zijde van de koper omtrent het bestaan van bijzondere lasten of beperkingen in de zin van art. 7:15 BW verworpen. Volgens

953 Aldus TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 113. Zie voorts bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 274; Huijgen 2008, nr. 18; Wessels 2010, nr. 32; en Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 26.

954 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 275, met verdere vindplaatsen. Overigens sluit de Hoge Raad toepassing op publiekrechtelijke lasten niet uit. Zie HR 27 februari 2004, NJ 2004, 635 m.nt. WMK (Bos/Smeenk c.s.), r.o. 3.3.

955 Aldus MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 116. Zie voorts bijv. Dammingh 2002, p. 207; Breedveld-de Voogd 2007, p. 178; Huijgen 2008, nr. 18; en Wessels 2010, nr. 32. Vgl. ook (impliciet) Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 278.

956 Zie in die zin bijv. Dammingh 2002, p. 209; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 278; en Wessels 2010, nr. 32. Anders W.M. Kleijn, die het uitdrukkelijkheidsvereiste in zijn NJ-annotatie bij HR 27 februari 2004, NJ 2004, 635 m.nt. WMK (Bos/Smeenk c.s.), sub 3, strikter opvat.

957 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 278, waar de mogelijkheid van impliciete aanvaarding t.a.v. niet-medegedeelde lasten wordt uitgesloten. Zie hieronder voor een enigszins andere benadering.

de wetgever is de vrijwaringsplicht van de verkoper 'zo fundamenteel, dat het niet wenselijk geacht wordt een uitzondering te maken voor de lasten die de koper had kunnen kennen, met name door onderzoek te doen in de openbare registers, welk onderzoek zo dikwijls mogelijk is'.⁹⁵⁸ Dit laat mijns inziens onverlet dat, zoals hierboven bleek, de verkoper die de koper op duidelijke wijze over bijzondere lasten of beperkingen heeft geïnformeerd, in het kader van art. 7:15 BW vrijuit zal (moeten) gaan, ook indien de koper die lasten of beperkingen niet met zoveel woorden heeft aanvaard. Weliswaar zal de verkoper een uitdrukkelijke aanvaarding door de koper zoveel mogelijk moeten faciliteren, door zijn informatieverstrekking af te stemmen op de kenbare deskundigheid en begripsvermogens van de koper, en door zo nodig te verifiëren of de mededeling omtrent bijzondere lasten of beperkingen bij de koper is 'overgekomen',⁹⁵⁹ maar de vrijwaringsplicht gaat mijns inziens niet zover dat de verkoper die zich dergelijke inspanningen heeft getroost, en in goed vertrouwen heeft aangenomen dat de koper geen doorslaggevende bezwaren koesterde tegen de lasten of beperkingen in kwestie, zich daarenboven nog dient te verzekeren van de uitdrukkelijke instemming door de koper met iedere afzonderlijke last of beperking.⁹⁶⁰ Evenals in het kader van het dwalingsleerstuk zou ik de onderhavige mededelingsplicht dus willen typeren als een *inspanningsverplichting*, die geen gegarandeerde effectiviteit beoogt (par. 3.6.5).

Voor een goed begrip van het voorgaande zij overigens bedacht dat de toetsing aan art. 7:15 BW niet *altijd* resulteert in de toepassing van een mededelingsplicht als hier bedoeld. Het artikel vereist immers als zodanig niet een mededeling door de verkoper omtrent lasten of beperkingen, maar slechts een overdracht vrij van lasten en beperkingen welke de koper niet uitdrukkelijk heeft aanvaard. Veelal zal de verkoper een dergelijke aanvaarding (slechts) kunnen bewerkstelligen door de koper op lasten of beperkingen te wijzen, maar denkbaar is ook dat een beroep op art. 7:15 BW faalt, omdat de koper uit eigen wetenschap reeds bekend was met de lasten of beperkingen in kwestie, en deze desalniettemin aanvaardde. Men denke bijvoorbeeld aan lasten of beperkingen die de koper kende uit hoofde van een eerdere (vergelijkbare of samenhangende) transactie, of die in kringen van de (deskundige)

958 TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 113. Zie in gelijke zin bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 278; en Hof Arnhem 21 oktober 2008, *LJN* BH1293, *NJF* 2009, 93, r.o. 4.6. Enigszins *anders* Huijgen 2008, nr. 18c.

959 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 279, waar tegen deze achtergrond wordt betoogd dat jegens leken een waarschuwing in algemene termen voor bijzondere lasten en beperkingen niet altijd volstaat. Zie ook par. 3.6.5.

960 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 279, waar wordt betoogd dat 'in principe niet [is] vereist dat iedere last afzonderlijk wordt geaccepteerd'. Zie in gelijke zin bijv. Huijgen 2008, nr. 18b.

koper algemeen bekend waren.⁹⁶¹ In lijn met het voorgaande zou ik menen dat de aanvaarding van zulke bekende lasten en beperkingen niet uitdrukkelijk behoeft te geschieden, derhalve besloten kan liggen in het onderhandelingsgedrag van de koper, zolang maar duidelijk is dat de aanvaarding berust op daadwerkelijke kennis aan diens zijde, en niet het fictieve resultaat is van de toepassing van een onderzoeksplicht.

3.11.7 Vervolg; conformiteitsvereiste (art. 7:17 BW)

Art. 7:17 lid 1 BW bepaalt dat de afgeleverde zaak 'aan de overeenkomst [moet] beantwoorden'. Het betreft hier het conformiteitsvereiste, dat in aanvulling op art. 7:15 BW voorziet in een vrijwaring tegen *materiële gebreken* van het gekochte.⁹⁶² In de eerste volzin van art. 7:17 lid 2 BW is omschreven wanneer er sprake is van non-conformiteit, namelijk indien de zaak 'niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten'. Beslissend is dus het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper, dat in het licht van de omstandigheden van het geval moet worden vastgesteld.⁹⁶³ De wettekst verwijst in dit verband naar de 'aard van de zaak' en de 'mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan'. De parlementaire geschiedenis vermeldt voorts als gezichtspunten onder meer de 'hoogte van de prijs', 'het soort winkel waarin de zaak is verkocht' en de 'omstandigheden waaronder de koop plaatsvond'.⁹⁶⁴

De tweede volzin van art. 7:17 lid 2 BW geeft een nadere uitwerking aan de conformiteitsregel uit de eerste volzin, door te bepalen dat de koper mag verwachten dat de zaak 'de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien'.⁹⁶⁵ Deze uitwerking ter zake van normaal en bijzonder gebruik dient ter concretisering van het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper, maar behelst geen limitatieve invulling

961 Vgl. Wessels 2010, nr. 32, die meent dat aan het uitdrukkelijkheidsvereiste is voldaan indien de koper 'niet een vreemde in Jeruzalem is (deskundig is of vaker dergelijke transacties heeft verricht)'.

962 Vgl. TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 113, 118.

963 Aldus NvW 1, PG Boek 7 (Inv.), p. 121. Zie voorts bijv. HR 21 mei 2010, *LJN* BL8295, *NJ* 2010, 275 (KTDC/Impro), r.o. 4.1.2; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 335.

964 Zie NvW 1, PG Boek 7 (Inv.), p. 121. Bij het laatstgenoemde gezichtspunt denkt de wetgever bijv. aan gevallen van uitverkoop.

965 Zie over de geschiktheid voor bijzonder gebruik bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 347 e.v., waar uit het vereiste van een contractuele voorziening wordt afgeleid dat op de koper in dit verband een *mededelingsplicht* rust (nr. 348). Vgl. ook par. 3.6.2.

daarvan.⁹⁶⁶ Ook zónder ongeschiktheid voor normaal of bijzonder gebruik kan er dus sprake kan zijn van non-conformiteit, bijvoorbeeld indien de koper op grond van mededelingen van de verkoper mocht verwachten dat een bepaalde (niet aan het gebruik gerelateerde) eigenschap aanwezig was.⁹⁶⁷

Aangenomen wordt dat de objectieve formulering van de eerste volzin van lid 2 – verwijzend naar hetgeen de koper ‘mocht verwachten’ – de potentiële gelding van een *onderzoeksplicht* aan de zijde van de koper impliceert.⁹⁶⁸ In de tweede volzin van lid 2 komt deze onderzoeksplicht meer expliciet tot uitdrukking, nu de geschiktheid voor normaal gebruik hier wordt betrokken op eigenschappen waarvan de koper de aanwezigheid ‘niet behoefde te betwijfelen’.⁹⁶⁹ De wetgever ziet voor de onderhavige onderzoeksplicht met name een rol weggelegd bij de koop van gebruikte zaken.⁹⁷⁰ Inderdaad ligt het, gezien de verwijzing naar de ‘aard van de zaak’ in de eerste volzin van lid 2, voor de hand van de koper van een tweedehands zaak te vergen dat hij tot op zekere hoogte bedacht is op (en zo nodig onderzoek doet naar) verborgen gebreken, althans zijn verwachtingen dienovereenkomstig bijstelt.⁹⁷¹ In dit verband zal logischerwijze de waarneembaarheid c.q. traceerbaarheid van die gebreken een belangrijke rol spelen.⁹⁷² Illustratief is het arrest Rebel/Resim c.s. uit 2009, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de aanwezigheid van zichtbaar asbesthoudend materiaal in de huisjes van een bungalowpark voor de (professionele) koper aanleiding had moeten zijn tot het doen van nader onderzoek naar de mogelijke aanwezigheid van onzichtbaar asbest.⁹⁷³ Voor het overige is de onderhavige onderzoeksplicht in belangrijke mate afhankelijk van de hoedanigheid van partijen, aldus de wetgever, die in dit verband als vuistregel formuleert dat ‘op een professionele koper een zwaardere onder-

966 Vgl. MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 125, waar de gevallen van ongeschiktheid voor gebruik worden betiteld als ‘species’ van het geval dat de zaak niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten.

967 Zie bijv. HR 23 november 2007, *LJN* BB3733, *NJ* 2008, 552 m.nt. H.J. Snijders onder 553 (Ploum/Smeets), r.o. 5.2. Vgl. ook Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 343.

968 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 337; Brink 2009, p. 176; en Valk 2010a, p. 956. Vgl. ook Wessels 1995, p. 475; Dammingh 2002, p. 204; Huijgen 2008, nr. 22b; Wessels 2010, nr. 33; en Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 30, welke auteurs de bedoelde onderzoeksplicht baseren op de tweede volzin van art. 7:17 lid 2 BW.

969 Zie MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 125, sub 2; en MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 5 en 18, waar de wetgever met zoveel woorden verklaart dat deze zinsnede een onderzoeksplicht voor de koper behelst. Zie daarover voorts bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346.

970 MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 125, sub 2.

971 Vgl. ook Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 30, die – omgekeerd – betoogt dat de koper van een *nieuwe* zaak deze normaliter niet op gebreken behoeft te controleren.

972 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346, waar wordt betoogd dat de geschiktheid voor normaal gebruik in de regel niet behoeft te worden onderzocht, tenzij er op dit punt ‘reden tot twijfel’ bestaat, zoals een ‘zichtbaar slechte staat’.

973 HR 20 maart 2009, *LJN* BG8788, *RvdW* 2009, 448 (Rebel/Resim c.s.), r.o. 4.2.4, besproken in par. 3.7.9.

zoeksplicht [zal] rusten dan op een particuliere koper, met name indien eerst-bedoelde koper de zaak van een particuliere verkoper heeft gekocht'.⁹⁷⁴ In het verlengde hiervan moet worden aangenomen dat in geval van *consumenten-koop* in de zin van art. 7:5 BW – de koop van een roerende zaak door een particulier van een professional – de onderzoeksplicht van de koper gering is.⁹⁷⁵

Een en ander kan worden herleid tot de gezichtspunten die ook in het dwalingsleerstuk een rol spelen (par. 3.6.3), namelijk de *aard van de rechtsverhouding*, in het bijzonder de hoedanigheid en deskundigheid van partijen, en de *aard van de betrokken informatie*, in het bijzonder de waarneembaarheid of traceerbaarheid van het gebrek in kwestie. Voor een nadere bespreking van de betreffende casuïstiek zij hier verwezen naar par. 3.7, waar – tegen de achtergrond van het dwalingsleerstuk – ook diverse gevallen van non-conformiteit zijn behandeld. Bijzondere vermelding verdient de jurisprudentie over (non-)conformiteit van tweedehands auto's, besproken in par. 3.7.1 e.v., waaruit blijkt dat veiligheidsgebreken niet snel wegens schending van een onderzoeksplicht voor rekening van de koper worden gebracht. Hiermee zij geïllustreerd dat ook de *aard van de betrokken belangen* in dit verband een rol speelt (vgl. par. 3.6.3).

Waar het bij de toepassing van de onderzoeksplicht van de koper vooral op aankomt, is de vraag hoe zij zich verhoudt tot de verantwoordelijkheid van de verkoper. Gelet op de verwijzing in de eerste volzin van art. 7:17 lid 2 BW naar 'de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan', wordt aangenomen dat de koper normaliter géén onderzoek behoeft te doen naar de juistheid van door de verkoper verstrekte inlichtingen over de eigenschappen van de zaak, althans indien die inlichtingen zodanig specifiek, serieus en (ook overigens) vertrouwenwekkend waren, dat de koper daarop in redelijkheid mocht afgaan.⁹⁷⁶ Men herkent hier de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de waarheidsplicht uit het dwalingsleerstuk (par. 3.6.15), die in het conformiteitsleerstuk van overeenkomstige toepassing wordt geacht.⁹⁷⁷

In het verlengde hiervan wordt aangenomen dat de onderzoeksplicht van de koper eveneens vervalt, indien de verkoper hem (niet onjuist maar) *onvoldig* heeft voorgelicht, door de verzwijging van feiten die hij naar verkeersopvat-

974 MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 125, sub 2. De wetgever verwijst in dit verband naar HR 15 november 1985, NJ 1986, 213 m.nt. G (Stavenuiter/Oosterbaan), besproken in par. 3.7.2. Zie voorts bijv. in gelijke zin Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 337.

975 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 5, waar wordt opgemerkt dat bij consumentenkoop 'op de koper niet snel een onderzoeksplicht rust'. Zie ook (nog wat stilliger) Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346, onder verwijzing naar art. 2 lid 3 Richtlijn consumentenkoop (waarover par. 3.11.9).

976 Aldus bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 340. In het dwalingsleerstuk geldt in het kader van art. 6:228 lid 1 sub a BW een vergelijkbare benadering (par. 3.6.6).

977 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 337; Schelhaas in Wessels & Verheij 2010, nr. 30; en voorts de conclusie van A-G Wuisman voor HR 25 mei 2007, LJN BA2012, RvdW 2007, 505, sub 3.4.

tingen had moeten mededelen.⁹⁷⁸ Ook de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht (par. 3.6.16) is dus op het onderhavige terrein van kracht. In het arrest Van Dalfsen/Gemeente Kampen uit 2008, betreffende de beweerde non-conformiteit van een monumentaal bedrijfspand, dat niet geschikt bleek voor het beoogde gebruik als restaurant annex feestzaal, heeft de Hoge Raad dit met zoveel woorden bevestigd, door te overwegen 'dat in het algemeen aan een koper, ook een onvoorzichtige koper, niet zal kunnen worden tegengeworpen dat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de eigenschappen van het gekochte, wanneer de verkoper dienaangaande naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht had maar heeft nagelaten de koper op de hoogte te stellen van bij de verkoper bekende feitelijke gegevens die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag welke eigenschappen de koper met het oog op de beoogde bestemming van het gekochte mocht verwachten'.⁹⁷⁹

3.11.8 Vervolg; informatieplichten ex art. 7:17 lid 2 BW

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de precontractuele informatieplichten uit het dwalingsleerstuk – met name de waarheidsplicht en de mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub a en b BW – doorwerken in het conformiteitsleerstuk, als complement van de onderzoeksplicht die ingevolge art. 7:17 lid 2 BW op de koper rust. De bedoelde doorwerking manifesteert zich aldus, dat een onjuiste of onvolledige informatieverstrekking door de verkoper in de precontractuele fase van invloed kan zijn op hetgeen de koper omtrent de eigenschappen van het gekochte mocht verwachten. Bij de invulling van het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper is, met andere woorden, niet alleen relevant wat de verkoper omtrent de eigenschappen van het gekochte aan de koper heeft medegedeeld (het gezichtspunt waarnaar de eerste volzin van art. 7:17 lid 2 BW met zoveel woorden verwijst), maar ook – in voorkomende gevallen – wat hij ter zake heeft verzwegen.

Deze visie is niet onomstreden. Met name het tweede element – de aanvaarding van een (impliciete) *mededelingsplicht* aan de zijde van de verkoper in het kader van de conformiteitstoetsing – wordt door sommige auteurs bekritiseerd.⁹⁸⁰ Zij benadrukken dat het bij de toepassing van art. 7:17 BW gaat om

978 Zie bijv. Dammingh 2000, p. 217; Dammingh 2002, p. 226; Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 342; Huijgen 2008, nr. 22b; en Meijer 2009, p. 130.

979 HR 14 november 2008, *LJN* BF0407, *NJ* 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), r.o. 3.4.2. In casu prevaleerde overigens de eigen verantwoordelijkheid van de koper, omdat deze onder de gegeven omstandigheden niet had mogen aannemen dat het pand voor het beoogde gebruik geschikt was (par. 3.7.8).

980 Zie bijv. Bongard & Van Wechem 1995, p. 115; Van Wechem 2008, p. 19; en Van Wechem 2009a, p. 222-223. Vgl. ook (iets terughoudender) Valk 2009a, p. 137-138; Meijer 2009, p. 130-131; en Valk 2010a, p. 956.

uitleg van het overeengekomene, namelijk de vaststelling van de eigenschappen die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. In hun visie horen mededelingsplichten in dat kader niet thuis, omdat de koper geen (gerechtvaardigde) verwachtingen zou kunnen koesteren omtrent eigenschappen die de verkoper heeft verzwegen. Van Wechem verwoordt het als volgt:

‘Betoogd kan (...) worden dat artikel 7:17 BW (...) geen ruimte biedt voor mededelingsplichten van de verkoper. Het gaat immers om de *eigenschappen* van de zaak. De zaak heeft deze of niet. Daar doen de *niet-gedane* mededelingen van de verkoper niet aan af.’⁹⁸¹

Ook Valk betwijfelt of ‘hetgeen zich in het hoofd van de verkoper afspeelt (zijn wetenschap omtrent een gebrek en zijn keuze om daarover te zwijgen) de verwachtingen van de koper [kan] beïnvloeden’.⁹⁸² Ik meen dat de zaken hier onnodig op de spits worden gedreven.⁹⁸³ Op zichzelf acht ik het, zoals bleek in par. 3.8.6, juist om terughoudendheid te betrachten bij de toepassing van precontractuele informatieplichten in het kader van de uitleg van overeenkomsten, teneinde te voorkomen dat die uitleg zich te ver verwijderd van de subjectieve partijbedoeling. Met inachtneming daarvan zie ik echter niet in waarom bijvoorbeeld het verzwijgen van een veiligheidsgebrek door de verkoper van een tweedehands auto niet het gerechtvaardigd vertrouwen bij de koper zou kunnen wekken dat hij een veilige auto koopt.⁹⁸⁴ In par. 3.8.3 bleek reeds dat meer in het algemeen bij de uitleg van overeenkomsten op vergelijkbare wijze (impliciete) mededelingsplichten kunnen worden aanvaard. Toegespitst op art. 7:17 BW zou ik menen dat het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper in het licht van de algehele communicatie tussen partijen moet worden beoordeeld, waaronder behalve uitdrukkelijke inlichtingen van de verkoper ook de door hem gewekte, onuitgesproken suggesties kunnen vallen.⁹⁸⁵

Voorts zijn er ook auteurs die zich niet verzetten tegen de toepassing van precontractuele informatieplichten in het conformiteitsleerstuk als zodanig, maar wel tegen een klakkeloze *gelijkschakeling* van informatieplichten uit hoofde van art. 6:228 en 7:17 BW. Zo betoogt Van Rossum dat de uitdrukkelijke verwijzing naar de onderzoeksplicht van de koper in het kader van art. 7:17 lid 2 BW (par. 3.11.7) meebrengt dat die onderzoeksplicht hier ‘een grotere rol speelt

981 Van Wechem 2008, p. 19.

982 Valk 2009a, p. 137. Zie echter ook p. 144, waar Valk na ampele overweging concludeert dat de mededelingsplicht binnen het conformiteitsleerstuk ‘geen Fremdkörper’ is.

983 Zie par. 5.3.4 voor een nadere uitwerking (vanuit een breder perspectief).

984 Overigens zullen de bedoelde auteurs dit ook aanvaarden, maar niet als bewijs van de gelding van een mededelingsplicht aan de zijde van de koper ex art. 7:17 BW. Vgl. Valk 2010a, p. 956, die betoogt dat in een dergelijke situatie de non-conformiteit reeds volgt uit de aantasting van het normaal gebruik.

985 Zie in gelijke zin Brink 2009, p. 177.

dan in geval van dwaling'.⁹⁸⁶ Van gelijke strekking is het betoog van Hijma, die benadrukt dat in het kader van non-conformiteit meer en zwaardere sancties gelden, zodat men 'in het kader van art. 7:17 sterker de belangen van (ook) de verkoper voor ogen moet houden'.⁹⁸⁷ In par. 3.10.3 bleek reeds dat ik deze visie niet deel. Het antwoord op de vraag welk van beide partijen verantwoordelijk is voor de precontractuele vergaring of verstrekking van informatie omtrent de eigenschappen van het gekochte, moet mijns inziens in beide wettelijke kaders gelijk luiden, als eenvormig uitvloeisel van de precontractuele goede trouw. Dat art. 7:17 BW de onderzoeksplicht van de koper meer vooropstelt dan art. 6:228 BW,⁹⁸⁸ doordat het artikel uitgaat van de eigenschappen die de koper 'mocht verwachten', in plaats van de mededelingen die de verkoper daarover had moeten doen, is mijns inziens een kwestie van wetgevingstechniek,⁹⁸⁹ waaraan geen materiële consequenties mogen worden verbonden met betrekking tot de zwaarte van de toepasselijke informatieplichten. Ten aanzien van het verschil in sancties heb ik in par. 3.10.2 reeds betoogd dat dit in de praktijk kan worden gerelativeerd. Al met al lijkt mij een 'tweesporenbeleid' met betrekking tot de precontractuele informatieplichten uit hoofde van art. 6:228 en 7:17 BW niet gewenst.

Overigens hebben de zojuist bedoelde auteurs in zoverre gelijk, dat voor een inhoudelijke gelijkschakeling van dwaling en non-conformiteit op *leerstukniveau* geen plaats is (vgl. par. 3.10.2). Waar immers de precontractuele informatieplichten in het kader van art. 6:228 BW geheel centraal staan, vervullen zij in het kader van art. 7:17 BW slechts een enuntiatieve functie. Het antwoord op de vraag welke eigenschappen de koper op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten, laat zich immers zeker niet in alle gevallen (uitsluitend) beantwoorden door een beoordeling van hetgeen de verkoper ter zake aan de koper heeft medegedeeld c.q. had moeten mededelen. Dienovereenkomstig betoogt Hijma dat 'het *gehele* (gerechtvaardigde) verwachtingspatroon van de koper' beslissend is.⁹⁹⁰ Men denke bijvoorbeeld aan de koop van een zaak die kort na het sluiten van de koopovereenkomst een gebrek begint te vertonen, resulterend in ongeschiktheid voor normaal gebruik. Hoewel men de verkoper hier – behoudens gevallen van opzettelijke camouflage – bezwaarlijk kan

986 Zie Van Rossum 1994, p. 226; en meer recent (onder verwijzing naar art. 7:17 lid 5 BW) Van Rossum 2011, p. 1620. Zie in gelijke zin bijv. Bongard & Van Wechem 1995, p. 116; Van Wechem 2008, p. 21; Van Wechem 2009a, p. 222; en Van Wechem 2009b, p. 45, 48.

987 Zie Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 340, 342. Zie in gelijke zin reeds Hijma 1991b, p. 666-667.

988 Vgl. overigens par. 3.1.3, waar werd betoogd dat de onderzoeksplicht óók in dwalingsvraagstukken principieel voorop staat.

989 Onwillekeurig is die wetgevingstechniek overigens niet, omdat art. 7:17 BW ziet op de uitleg van de overeenkomst in het licht van de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper, terwijl art. 6:228 lid 1 sub b BW ziet op de aantasting van de overeenkomst i.v.m. het onderhandelingsgedrag van de wederpartij.

990 Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346a. Hijma signaleert in dit verband terecht dat de mededelingsplicht de discussie pas gaat beheersen, indien de verkoper een (vergeefs) beroep doet op schending van een onderzoeksplicht door de koper (vgl. par. 3.11.7).

tegenwerpen dat hij de koper ten tijde van de contractssluiting onjuist of onvolledig heeft geïnformeerd, is een beroep op non-conformiteit geenszins uitgesloten.⁹⁹¹ Het conformiteitsleerstuk kent dus een bredere insteek dan de dwaling,⁹⁹² maar dat neemt niet weg dat mijns inziens de precontractuele informatieplichten in de beide wettelijke kaders op gelijke leest moeten worden geschoeid.

3.11.9 Vervolg; uitsluitingsgronden (art. 7:17 lid 5 BW)

Blijkens het voorgaande gaat het bij de toepassing van art. 7:17 BW om een contextgebonden afweging van wederzijdse verantwoordelijkheden van koper én verkoper. In par. 3.11.7 werd reeds vooropgesteld dat op de koper in dit verband een onderzoeksplicht rust, inhoudend dat hij gereede twijfel omtrent de eigenschappen van het gekochte dient weg te nemen door het doen van onderzoek. Art. 7:17 lid 5 BW werkt deze idee van eigen verantwoordelijkheid nader uit, door een tweetal specifieke situaties te omschrijven waarin de koper 'zich er niet op [kan] beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt', kennelijk in verband met het feit dat de afwijking van het gekochte in zijn risicosfeer valt. De bepaling is bedoeld ter implementatie van art. 2 lid 3 Richtlijn consumentenkoop,⁹⁹³ maar de wetgever heeft ervoor gekozen het toepassingsbereik uit te breiden tot de koop in algemene zin.⁹⁹⁴

Allereerst zij hier de aandacht gevestigd op de tweede volzin van art. 7:17 lid 5 BW, die de minste vragen oproept. Het gaat hier om de situatie dat de non-conformiteit te wijten is aan 'gebreken of ongeschiktheid van grondstoffen afkomstig van de koper'.⁹⁹⁵ Inderdaad ligt het in die situatie, waarin de oorzaak van de non-conformiteit bij de koper rust, voor de hand dat hij geen beroep kan doen op art. 7:17 BW. Zou de koper ten aanzien van de gebrekkigheid of ongeschiktheid van de grondstoffen te goeder trouw zijn geweest, dan zou men kunnen volhouden dat hij wel 'mocht verwachten' dat de zaak aan de overeenkomst beantwoordde (vgl. art. 7:17 lid 2, eerste volzin BW), maar hoe dan ook zou zijn beroep op non-conformiteit dan denkkelijk moeten falen wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁹⁹⁶ Door de levering van eigen

991 Vgl. Valk 2010a, p. 956, die betoogt dat met de aantasting van normaal gebruik de non-conformiteit gegeven is, ongeacht de eventuele schending van een mededelingsplicht. Zie nader over de hier bedoelde gevallen van naderhand gebleken non-conformiteit Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 232 e.v.

992 Zie in gelijke zin bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 346a; Klik 2008, p. 35; en Meijer 2009, p. 130.

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

994 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 6, 18.

995 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 356.

996 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355, waar art. 7:17 lid 5 BW als een toepassing van de derogerende redelijkheid en billijkheid wordt gepresenteerd.

grondstoffen aanvaardt de koper immers het risico van non-conformiteit wegens de gebrekkigheid of ongeschiktheid daarvan. De wet maakt een uitzondering op deze risicoverdeling, voor het geval de verkoper de koper 'voor deze gebreken of ongeschiktheid had moeten waarschuwen'. De bedoelde *waarschuwingplicht* van de verkoper komt in de richtlijn niet voor, maar de wetgever heeft het 'redelijk' geacht haar toe te voegen, gelet op de samenhang van de hier geregelde situatie met gevallen van aanneming van werk.⁹⁹⁷ In par. 3.11.3 bleek reeds dat in dat kader op grond van art. 7:760 lid 2 BW een ondeugdelijke uitvoering van de opdracht ten gevolge van gebreken of ongeschiktheid van zaken, afkomstig van de opdrachtgever, voor diens eigen rekening komt, tenzij de aannemer zijn in art. 7:754 BW bedoelde waarschuwingplicht heeft geschonden. In het onderhavige artikel heeft de wetgever bij die regeling aansluiting gezocht. Voor een nadere uitwerking zij hier verwezen naar par. 3.11.3.

Minder gemakkelijk te doorgronden is de eerste volzin van art. 7:17 lid 5 BW. Hier is bepaald dat de koper zich er evenmin op kan beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hem dit 'ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn'.⁹⁹⁸ Strikt genomen lijkt deze uitzondering voor gevallen van *wetenschap* aan de zijde van de koper omtrent het ontbreken van bepaalde eigenschappen overbodig, omdat – zoals de wetgever erkent – 'in die situatie niet gezegd [kan] worden dat de koper die gemiste eigenschappen mocht verwachten'.⁹⁹⁹ Zo beschouwd is hier van non-conformiteit helemaal geen sprake.¹⁰⁰⁰ In de woorden van Valk zou men kunnen zeggen dat de bescherming van de koper hier een 'subjectieve ondergrens' bereikt.¹⁰⁰¹

De wetgever heeft het niettemin 'raadzaam' geacht het voorgaande te expliciteren in art. 7:17 lid 5 BW,¹⁰⁰² kennelijk om een zo volledig mogelijke implementatie van de richtlijn te realiseren. Die implementatie is echter ongelukkig uitgevallen, zoals Hijma heeft gesignaleerd.¹⁰⁰³ De formulering van de eerste volzin wijkt namelijk af van art. 2 lid 3 van de richtlijn, dat slechts een uitzondering maakt voor gevallen waarin de koper 'bekend was of redelijkerwijs niet onbekend kon zijn' met het ontbreken van een bepaalde eigenschap.¹⁰⁰⁴ Laatstgenoemde – dubbel ontkennende – formule is subjectiever

997 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 18.

998 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355-355a.

999 MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 6, 18.

1000 Anders Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355, waar wordt betoogd dat een 'toevallige en intern gebleven wetenschap' het doel voor art. 7:17 BW niet doet vallen. Vgl. ook Hijma 2005, p. 100-101.

1001 Vgl. Valk 2009a, p. 144.

1002 Zie MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 6, 18.

1003 Zie Hijma 2005, p. 100-101; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355a.

1004 In de (authentieke) Engelse versie luidt deze zinsnede 'was aware, or could not reasonably be unaware'.

gekleurd dan het 'redelijkerwijs bekend kon zijn' van art. 7:17 lid 5, eerste volzin BW. De parlementaire geschiedenis doet vermoeden dat de wetgever wel degelijk de subjectieve benadering van de richtlijn voor ogen heeft gehad, nu hij met zoveel woorden heeft verklaard dat de bepaling 'geen onderzoeksplicht' voor de koper behelst en dat de uitbreiding voor gevallen waarin de koper redelijkerwijs bekend kon zijn met de gebrekkigheid van het gekochte, slechts beoogt te voorkomen 'dat de koper zich er op beroept dat hem het gebrek onbekend was terwijl het gebrek hem vrijwel onmogelijk kon zijn ontgaan'.¹⁰⁰⁵

Gelet op het voorgaande verdient het mijns inziens aanbeveling de eerste volzin van art. 7:17 lid 5 BW aldus te verstaan, dat de onderhavige uitsluitingsgrond slechts opgaat indien de koper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst *wist of geacht mocht worden te weten* dat een bepaalde, door hem gewenste eigenschap ontbrak.¹⁰⁰⁶ In par. 3.6.2 werd een vergelijkbare formulering gekozen ter invulling van de basisvereisten voor het aannemen van een mededelingsplicht op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW.¹⁰⁰⁷ In de hier bepleite interpretatie lijkt overigens de praktische betekenis van art. 7:17 lid 5, eerste volzin BW gering.¹⁰⁰⁸ Men denke met name aan situaties waarin, zoals Hijma betoogt, de koper een bepaalde eigenschap van het gekochte 'de facto niet verwacht omdat hij – op basis van een aan de verkoper niet gebleken deskundigheid of feitenkennis – *weet* dat die eigenschap in casu ontbreekt',¹⁰⁰⁹ en overigens aan situaties waarin, zoals Brink het uitdrukt, 'niet met zoveel woorden bewezen kan worden dat de koper iets wist, maar het er toch wel erg dik op ligt dat dit wel het geval is'.¹⁰¹⁰ In alle overige gevallen waarin de gebrekkigheid van het gekochte voor rekening van de koper moet komen, bijvoorbeeld omdat hij ter zake *twijfel* koesterde of behoorde te koesteren, is mijns inziens art. 7:17 lid 2 BW het aangewezen beoordelingskader. Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het nu te bespreken arrest KTDC/Impro uit 2010.¹⁰¹¹

1005 MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27809, nr. 3, p. 18. Enigszins *anders* Huijgen 2008, nr. 22b, die meent dat art. 7:17 lid 5, eerste volzin BW wel degelijk een 'lichte' onderzoeksplicht behelst.

1006 Zie in gelijke zin Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355a.

1007 Zie ook par. 3.6.4, waar werd betoogd dat uit deze formulering geen onderzoeksplicht voortvloeit.

1008 Vgl. de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor HR 21 mei 2010, *LJN* BL8295, *NJ* 2010, 275 (KTDC/Impro), besproken in par. 3.11.10, waar zij betoogt dat voor art. 7:17 lid 5 BW 'slechts een zeer bescheiden rol is weggelegd voor bijzondere gevallen' (sub 4.11).

1009 Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355 (curs. toegevoegd).

1010 Brink 2009, p. 178.

1011 HR 21 mei 2010, *LJN* BL8295, *NJ* 2010, 275 (KTDC/Impro).

3.11.10 Vervolg; KTDC/Impro

Eiseres tot cassatie KTDC is distributeur van de in Korea geproduceerde 'Fuel Saver', een product dat is bedoeld om het brandstofverbruik van auto's te verminderen. In de periode maart tot en met mei 1994 heeft KTDC een aantal partijen Fuel Savers verkocht en geleverd aan verweerster Impro, op grond van een tweetal in dezelfde periode gesloten distributieovereenkomsten. Uit deze distributieovereenkomsten vloeide voor Impro enerzijds het exclusieve recht voort om de Fuel Savers binnen Europa te distribueren en anderzijds de verplichting om maandelijks een bepaald aantal Fuel Savers van KTDC af te nemen. Eind maart, na het sluiten van de eerste distributieovereenkomst en de eerste twee koopovereenkomsten, heeft Impro de Fuel Saver laten testen door onderzoeksbureau TNO. De testresultaten, die aanvankelijk mondeling aan Impro ter beschikking zijn gesteld en begin mei, na twee herhaalde tests, ook in een onderzoeksrapport zijn gepresenteerd, wezen uit dat 'niet geconcludeerd [kan] worden dat het produkt daadwerkelijk brandstofbesparend werkt'. Ondanks deze ongunstige uitkomst besloot Impro nadien een tweede distributieovereenkomst en een derde koopovereenkomst met KTDC aan te gaan. Nadat in de daarop volgende maanden twee andere onderzoeksbureaus eveneens hadden geconcludeerd dat de Fuel Saver geen meetbaar brandstofbesparend effect had, heeft Impro de afname van Fuel Savers gestaakt.

In de onderhavige procedure vordert Impro ontbinding van de koop- en distributieovereenkomsten en schadevergoeding wegens non-conformiteit. KTDC, stellende dat de geleverde Fuel Savers aan de overeenkomst beantwoordden, vordert in reconventie schadevergoeding wegens niet-nakoming van de contractuele afnameverplichting uit de distributieovereenkomsten. In eerste aanleg wijst de rechtbank de vordering van Impro gedeeltelijk toe, namelijk voor zover deze betrekking heeft op de afname van Fuel Savers voorafgaand aan het sluiten van de tweede distributieovereenkomst. Voor wat betreft de nadien gelegen periode wordt de vordering van Impro afgewezen en wordt Impro bovendien (in reconventie) veroordeeld tot schadevergoeding jegens KTDC, omdat Impro volgens de rechtbank inmiddels kwalificeerde als een 'onvoorzichtig koper', nu zij ondanks haar bekendheid met de verontrustende testresultaten een tweede distributieovereenkomst met KTDC was aangegaan.

In hoger beroep kiest het hof een andere benadering, die voor koper Impro gunstiger uitpakt. Het hof overweegt, in navolging van de rechtbank, dat Impro ten tijde van het sluiten van de tweede distributieovereenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn met het ontbreken van een brandstofbesparende werking van de Fuel Saver. Hieruit volgt echter volgens het hof niet dat vanaf dat moment geen sprake meer was van non-conformiteit. Het hof oordeelt dat Impro, ook na het bekend worden van de verontrustende testresultaten, 'op grond van de mededelingen/informatie van KTDC wel mocht verwachten dat de Fuel Saver een brandstofbesparende werking had' en voorts

dat 'ter zake op haar geen onderzoeksverplichting rustte' (r.o. 17). Tegen deze achtergrond concludeert het hof dat KTDC 'in de nakoming van haar verplichting tot het leveren van Fuel Savers met brandstofbesparende werking toerekenbaar is tekortgeschoten' (r.o. 22). De bedoelde wetenschap van Impro leidt er slechts toe 'dat het beroep op die non-conformiteit door Impro, althans op de gevolgen die Impro daaraan verbindt (ontbinding en schadevergoeding), naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn', aldus het hof onder verwijzing naar art. 7:17 lid 5, eerste volzin BW (r.o. 17, aan het slot). Per saldo moet Impro, als 'onvoorzichtig koper', genoeg nemen met de door haar op grond van de tweede distributieovereenkomst afgenomen, gebrekkige Fuel Savers, maar is zij voor het overige niet aansprakelijk jegens KTDC wegens schending van haar contractuele afnameverplichting.

In cassatie klaagt KTDC dat het hof art. 7:17 BW onjuist heeft toegepast, door (kort gezegd) non-conformiteit aan te nemen ondanks bekendheid van Impro met het ontbreken van een brandstofbesparende werking van de Fuel Saver. De Hoge Raad honoreert deze rechtsklacht (r.o. 4.1.2):

'Deze klacht slaagt. Of de Fuel Savers, ofschoon zij geen brandstofbesparing realiseren, aan de overeenkomst beantwoorden, dient, zoals het onderdeel terecht aanvoert, te worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval (...). Het hof heeft bij de beantwoording van de vraag of Impro bij het aangaan van de tweede distributieovereenkomst (en de derde koopovereenkomst) mocht verwachten dat de Fuel Saver een brandstofbesparende werking had, slechts van betekenis geacht hetgeen waarvan KTDC zelf met betrekking tot die eigenschap uitging en hetgeen KTDC daarover aan Impro heeft meegedeeld, maar niet tevens de omstandigheid dat Impro, toen zij met KTDC de tweede distributieovereenkomst aanging, met de afwezigheid van het brandstofbesparend effect bekend was dan wel redelijkerwijs bekend had kunnen zijn. Nu deze omstandigheid mede bepalend is voor het antwoord op de vraag welke eigenschappen Impro op grond van de overeenkomst mocht verwachten, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.'

De Hoge Raad benadrukt het brede, contextgebonden karakter van de conformiteitstoetsing. Het gaat om de vraag of het gekochte, in het licht van 'alle relevante omstandigheden van het geval', voldeed aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper (par. 3.11.7). Tegen deze achtergrond had het hof bij de beantwoording van de conformiteitsvraag in casu niet buiten beschouwing mogen laten dat Impro ten tijde van het sluiten de tweede distributieovereenkomst bekend was dan wel redelijkerwijs bekend had kunnen zijn met de afwezigheid van het brandstofbesparend effect. Vergelijkbare kritiek op 's hofs arrest werd vertolkt door A-G Rank-Berenschot, die in haar conclusie bepleitte 'de wetenschap van de koper te situeren binnen het vraagstuk van de vaststelling van non-conformiteit en niet binnen het vraagstuk van de eventuele ontzegging van een beroep van de koper op (eenmaal vastgestelde) non-conformiteit' (sub 4.8). Wetenschap aan de zijde van de koper, aldus Rank-

Berenschot, ‘past onmiddellijk het gerechtvaardigd verwachtingspatroon aan – doet de zaak conform zijn – zodat aan een beroep op non-conformiteit niet meer wordt toegekomen’ (sub 4.10). Slechts in het uitzonderlijke geval van ‘toevallige en intern gebleven wetenschap’ ziet zij ruimte voor toepassing van art. 7:17 lid 5, eerste volzin BW.¹⁰¹²

Terecht oordeelde de Hoge Raad dat een dergelijke situatie zich in casu niet voordeed. In het onderhavige geval leek aan de zijde van Impro veeleer sprake te zijn van gerede *twijfel* omtrent de brandstofbesparende werking van de Fuel Saver, welke *twijfel* bovendien aan KTDC kenbaar was gemaakt. Onder die omstandigheden ligt het mijns inziens meer voor de hand om, zoals de Hoge Raad voorschrijft, de bekendheid van Impro met de ongunstige testresultaten, die de grond vormde van de bedoelde *twijfel*, te betrekken in het conformiteitsoordeel op de voet van art. 7:17 lid 2 BW, als omstandigheid die het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van Impro mede heeft beïnvloed. Na verwijzing zal moeten blijken of, gelet op de eigen wetenschap van Impro, alsnog conformiteit van de na het sluiten van de tweede distributieovereenkomst geleverde Fuel Savers moet worden aangenomen. Een bevestigend antwoord, in lijn met het vonnis van de rechtbank, ligt mijns inziens voor de hand. Men bedenke dat Impro de Fuel Savers kocht als *handelswaar* en dat de gebrekkige werking ervan (althans het ontbreken van een bewezen brandstofbesparend effect) nog niet impliceert dat de Fuel Savers ongeschikt waren voor het beoogde commerciële gebruik (vgl. art. 7:17 lid 2, tweede volzin BW). Dit verklaart wellicht waarom Impro, ondanks de verontrustende testresultaten, een tweede distributieovereenkomst aanging.

3.11.11 Vervolg; klachtplicht (art. 7:23 BW)

Aangenomen dat er sprake is van non-conformiteit in de zin van art. 7:17 BW, rijst de vraag naar de rechtsgevolgen daarvan.¹⁰¹³ Art. 7:23 BW bepaalt in dit verband dat de koper geen beroep toekomt op non-conformiteit, indien hij de verkoper daarvan niet ‘binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven’.¹⁰¹⁴ De hier bedoelde *klachtplicht* van de koper – ook wel aangeduid als waarschuwingsplicht, mededelingsplicht of protestplicht – heeft een postcontractueel karakter, in die zin dat zij ná totstandkoming en uitvoering van de koopovereenkomst is gesitueerd.¹⁰¹⁵ De klachtplicht strekt er volgens de wetgever

1012 Zie haar conclusie, sub 4.10, onder verwijzing naar Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 355.

1013 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 372 e.v.

1014 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 541 e.v.

1015 Vgl. HR 13 juli 2007, LjN BA3520, NJ 2007, 408 (WRA/Oldenhoeck), r.o. 4.1.2, waaruit overigens blijkt dat de in art. 7:23 BW besloten liggende onderzoeks- en mededelingsplicht onder omstandigheden ook op de periode vóór aflevering kunnen worden betrok-

toe, 'de verkoper voor late en moeilijk meer betwistbare klachten te behoeven'.¹⁰¹⁶ Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan het meer algemene art. 6:89 BW, waarvan art. 7:23 BW een uitwerking vormt.¹⁰¹⁷ Blijkens de wettekst treedt de klachtplicht – dat wil zeggen de gehoudenheid om binnen bekwame tijd te klagen – in werking zodra de koper de tekortkoming heeft 'ontdekt' of 'redelijkerwijs had behoren te ontdekken'.

Laatstgenoemde zinsnede duidt op de gelding van een *onderzoeksplicht* aan de zijde van de koper omtrent eventuele gebreken van het gekochte.¹⁰¹⁸ De Toelichting Meijers wijst erop dat sommige gebreken reeds bij aflevering van de zaak behoren te worden ontdekt, door middel van 'een oppervlakkig onderzoek gelijk men van de koper bij de aflevering mag verlangen', terwijl andere gebreken eerst 'door het gebruik van de zaak blijken'.¹⁰¹⁹ Over zulke gebreken moet de koper klagen 'binnen zo korte tijd als in de gegeven omstandigheden in verband met zijn onderzoeksplicht van hem kan worden gevergd'.¹⁰²⁰ In het standaardarrest Pouw/Visser uit 2007 heeft de Hoge Raad in dit verband, ter nadere invulling van de bedoelde onderzoeksplicht, gewezen op het belang van 'de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit aan het licht treedt en de deskundigheid van de koper'.¹⁰²¹ In het arrest Ploum/Smeets uit 2011 werden bovendien 'de aard van de gekochte zaak', 'de inhoud van de koopovereenkomst', en 'de ingewikkeldheid van het onderzoek' meegewogen.¹⁰²² Men herkent hier de *aard van de rechtsverhouding*, meer in het bijzonder de deskundigheid van partijen, en de *aard van de betrokken informatie*, meer in het bijzonder de traceerbaarheid van het gebrek,¹⁰²³ als gezichtspunten voor de invulling van de onderhavige onderzoeksplicht (vgl. par. 3.6.3). Ook de *aard van de betrokken belangen* speelt een rol, nu er volgens de Hoge Raad niet spoedig voldoende reden zal zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten, indien de belangen van

ken, bijv. i.v.m. een voorafgaande inspectie van de zaak. Zie nader Van Kogelenberg 2007, p. 1008-1009.

1016 MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 152.

1017 Zie MvA I, PG Boek 7 (Inv.), p. 157; en voorts bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 543. Zie over art. 6:89 BW bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* (2008), nr. 408. Vgl. ook par. 3.8.9, waar beide artikelen als uitwerking van art. 6:2 lid 2 BW werden gepresenteerd.

1018 Zie daarover bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 544a; Van Kogelenberg 2007, p. 1009-1010; en Tjittes 2007, p. 18.

1019 TM, PG Boek 7 (Inv.), p. 146.

1020 MvA II, PG Boek 7 (Inv.), p. 152.

1021 HR 29 juni 2007, *LJN* AZ7617, *NJ* 2008, 606 m.nt. Jac. Hijma (Pouw/Visser), r.o. 3.3.3. Zie in gelijke zin (m.b.t. art. 6:89 BW) HR 8 oktober 2010, *LJN* BM9615, *NJ* 2010, 545 (Tan c.s./Forward en Chipshol), r.o. 3.4.

1022 HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991, *RvdW* 2011, 419 (Ploum/Smeets), r.o. 3.3.2.

1023 Vgl. ook r.o. 3.3.2 van het arrest Ploum/Smeets, waar de Hoge Raad bij wijze van vuistregel overweegt: 'Als de koper op eenvoudige wijze kan (laten) vaststellen of een vermoed gebrek ook werkelijk bestaat, zal dat onderzoek niet lang mogen duren.'

de verkoper daardoor niet zijn geschaad.¹⁰²⁴ In dit verband heeft de Hoge Raad voorts gewezen op het belang van ‘de ernst van de tekortkoming’ aan de zijde van de verkoper, die kan meebrengen ‘dat een nalatigheid van de koper hem niet kan worden tegengeworpen’.¹⁰²⁵ Meer in het algemeen moet mijns inziens bij de onderhavige belangenafweging acht worden geslagen op de ernst van de sanctie, die art. 7:23 BW behelst, te weten een algeheel rechtsverlies aan koperszijde, zelfs waar het een vordering uit hoofde van dwaling of onrechtmatige daad betreft,¹⁰²⁶ en dat óndanks de gegeven non-conformiteit van het gekochte. Terecht betoogt A-G Wuisman dat deze vérstrekkende consequentie repercussies moet hebben voor de invulling van de onderzoekspllicht van de koper uit hoofde van art. 7:23 BW.¹⁰²⁷

In het eerder genoemde arrest Pouw/Visser heeft de Hoge Raad, in navolging van de parlementaire geschiedenis,¹⁰²⁸ een belangrijke uitwerking gegeven aan de onderhavige onderzoekspllicht, door te overwegen dat een ondeskundige koper gerechtigd is een *externe deskundige* in te schakelen, zonder gehouden te zijn de verkoper hierover (direct) te informeren. Volgens de Hoge Raad volgt echter uit de strekking van art. 7:23 lid 1 BW dat, wanneer mag worden verwacht of blijkt dat met het deskundigenonderzoek langere tijd is gemoeid, de koper zijn wederpartij ‘onverwijld kennis dient te geven van dat onderzoek en de verwachte duur ervan’.¹⁰²⁹ Hijma spreekt in dit verband van een *communicatiepllicht*, die in zijn visie als ‘afgeleide kennisgevingspllicht’ aan de eigenlijke klachtpllicht voorafgaat.¹⁰³⁰ Uit het meer recente arrest Ploum/Smeets blijkt dat deze communicatiepllicht ook een rol kan spelen in ándere gevallen waarin het onderzoek – anders dan vanwege het inschakelen van een externe deskundige – voorzienbare vertraging oploopt.¹⁰³¹ In casu ging het om de koop van een tankstation, waarover koper Smeets – met het oog op een eventuele bodemverontreiniging – informatie had ingewonnen

1024 Aldus HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991, *RvdW* 2011, 419 (Ploum/Smeets), r.o. 3.3.2. Vgl. ook HR 8 oktober 2010, *LJN* BM9615, *NJ* 2010, 545 (Tan c.s./Forward en Chipshol), r.o. 3.4, waar de Hoge Raad (in het kader van art. 6:89 BW) belang hechtte aan ‘het nadeel als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen de afwijking is geprotesteerd’. Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Wissink voor HR 2 september 2011, *LJN* BQ3876, *RvdW* 2011, 1041 (VDE c.s./Fuchs c.s.), sub 2.50.3.

1025 Aldus HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991, *RvdW* 2011, 419 (Ploum/Smeets), r.o. 3.3.2.

1026 Zie HR 21 april 2006, *LJN* AW2582, *NJ* 2006, 272 (Inno/Sluis), r.o. 4.3; en HR 23 november 2007, *LJN* BB3733, *NJ* 2008, 552 m.nt. H.J. Snijders onder 553 (Ploum/Smeets), r.o. 4.8.2.

1027 Zie diens conclusie voor HR 29 juni 2007, *LJN* AZ7617, *NJ* 2008, 606 m.nt. Jac. Hijma (Pouw/Visser), sub 3.2. Vgl. ook Bollen en Hartlief 2009, p. 2809 e.v., die meer in het algemeen kritiek uiten op de ‘botte bijl’ van de klachtpllicht en pleiten voor een proportionele benadering.

1028 Vgl. MvA I, PG Boek 7 (Inv.), p. 157-158.

1029 HR 29 juni 2007, *LJN* AZ7617, *NJ* 2008, 606 m.nt. Jac. Hijma (Pouw/Visser), r.o. 3.3.3.

1030 Zie de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij het arrest Pouw/Visser, sub 5. Tegen deze achtergrond verklaart Hijma dat de mededeling omtrent onderzoek volgens de Hoge Raad niet ‘binnen bekwame tijd’ (vgl. art. 7:23 lid 1 BW), maar ‘onverwijld’ dient te geschieden.

1031 HR 25 maart 2011, *LJN* BP8991, *RvdW* 2011, 419 (Ploum/Smeets).

bij BP, de voormalige huurder van het tankstation. Het betrof hier dus een eigen onderzoek van de koper, door middel van navraag bij een *derde*.¹⁰³² De Hoge Raad verenigde zich met 's hofs oordeel dat, nu Smeets bij BP had 'aangedrongen op beantwoording van haar vraag' en 'toen dit antwoord kwam dadelijk met Ploum contact heeft opgenomen', genoegzaam aan haar verplichtingen uit hoofde van art. 7:23 BW had voldaan (r.o. 3.3.3).

In het arrest Ploum/Smeets formuleerde de Hoge Raad voorts nog een aansprekende vuistregel voor de invulling van de onderzoeksplicht uit hoofde van art. 7:23 BW, namelijk dat die onderzoeksplicht minder ver strekt, naarmate de koper 'op grond van de inhoud van de koopovereenkomst en de verdere omstandigheden van het geval sterker erop mag vertrouwen dat de zaak beantwoordt aan de overeenkomst'.¹⁰³³ Inderdaad is dat waar het hier op aankomt: het gerechtvaardigd vertrouwen van de koper omtrent de conformiteit van het gekochte. Ter uitwerking overwoog de Hoge Raad dat de koper 'in het algemeen mag afgaan op de juistheid van de hem in dit verband door de verkoper gedane mededelingen'. Men herkent hier de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de *waarheidsplicht*, afkomstig uit het dwalingsleerstuk (par. 3.6.15). Aangenomen moet worden dat een verkoper die zijn waarheidsplicht schendt, door het doen van geruststellende verklaringen omtrent de aan- of afwezigheid van bepaalde eigenschappen van het gekochte, waarop de koper onder de gegeven omstandigheden mocht afgaan (vgl. par. 3.6.6), niet alleen een geslaagd beroep van de koper op dwaling of non-conformiteit riskeert, maar tevens zijn eigen rechten uit hoofde van art. 7:23 BW gedeeltelijk verspeelt, in die zin dat hij de koper naderhand niet kan tegenwerpen dat deze de gebreken van het gekochte eerder had moeten ontdekken.¹⁰³⁴

De tweede volzin van art. 7:23 lid 1 BW bevestigt dat de onderzoeksplicht van de koper in de zojuist bedoelde situatie, namelijk indien aan de zaak een eigenschap ontbreekt 'die deze volgens de koper bezat', is uitgeschakeld. De klachtplicht neemt in dat geval eerst een aanvang na de daadwerkelijke 'ontdekking' van het gebrek, en niet reeds zodra de koper het gebrek redelijkerwijs had behoren te ontdekken. Hetzelfde geldt, zo vervolgt de tweede volzin, indien de non-conformiteit betrekking heeft op feiten die de verkoper 'kende of behoorde te kennen doch die hij niet heeft meegedeeld'. Men herkent hier de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de *mededelingsplicht* (par. 3.6.16), die evenals de prioriteitsregel inzake het prevaleren van de waarheidsplicht

1032 Vgl. de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, sub 14, die deze situatie op één lijn wil plaatsen met een extern deskundigenonderzoek, zoals aan de orde in het arrest Pouw/Visser. De Hoge Raad overweegt ter zake dat, indien de koper voor het verrichten van onderzoek 'afhankelijk is van de medewerking van derden', daarmee 'rekening [moet] worden gehouden' (r.o. 3.3.2 van het arrest Ploum/Smeets).

1033 HR 25 maart 2011, *LJN BP8991*, *RvdW* 2011, 419 (Ploum/Smeets), r.o. 3.3.2.

1034 Wel blijft denkbaar dat hij de koper tegenwerpt dat deze, na de (daadwerkelijke) ontdekking van gebreken, daarover niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd.

doorwerkt op het terrein van art. 7:23 BW.¹⁰³⁵ Met andere woorden: de verkoper die in de precontractuele fase zwijgt over gebreken van het gekochte, terwijl hij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid was gehouden tot mededeling daarvan, kan zich naderhand niet tegen een beroep op non-conformiteit verweren met de stelling dat de koper de door hemzelf (de verkoper) verzwegen gebreken eerder had moeten ontdekken.

Voor de volledigheid zij ten slotte vermeld dat hetgeen hierboven is opgemerkt over de onderzoeksplicht van de koper, niet geldt voor de *consumentkoper*. Blijkens de derde volzin van art. 7:23 lid 1 BW is hij (in alle gevallen) pas na de daadwerkelijke ‘ontdekking’ van het gebrek gehouden hierover binnen bekwame tijd bij de verkoper te klagen. In dit verband wordt een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden in elk geval als ‘tijdig’ gekwalificeerd.¹⁰³⁶

3.12 AFGEBROKEN ONDERHANDELINGEN

3.12.1 Algemeen

In de voorgaande paragrafen werd de onderhandelingsfase gezien vanuit het perspectief van een tussen partijen gesloten overeenkomst. Aan de orde kwamen achtereenvolgens de totstandkoming van de overeenkomst (par. 3.2 e.v.), de geldigheid ervan (par. 3.5 e.v.), de daaraan verbonden rechtsgevolgen (par. 3.8) en de uitvoering van het overeengekomene (par. 3.9 e.v.). De ‘precontractuele’ fase – opgevat in de letterlijke betekenis, als de periode voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst¹⁰³⁷ – bleek van groot belang voor de beoordeling van hetgeen contractspartijen in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mogen verwachten, in de aanloop naar én bij de uitvoering van het contract. Als *Leitmotiv* fungeerde de regel uit het arrest Baris/Riezenkamp, dat partijen, ‘door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’.¹⁰³⁸ Die regel is óók van toepassing – en krijgt zelfs een bijzondere lading – indien partijen géén overeenstemming bereiken en de onderhandelingen afbreken. In dat geval rijst de vraag of zij, rekening houdend met elkaars gerechtvaardigde belangen, gehouden zijn tot voortzetting van

1035 Vgl. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 546-547.

1036 Zie over deze regeling (van Europese origine) bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 545b.

1037 Met de aanduiding ‘precontractuele fase’ wordt gemeenlijk bedoeld op de onderhandelingsfase als zodanig, ongeacht de al of niet daarop volgende totstandkoming van een overeenkomst. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 189.

1038 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

de onderhandelingen, op straffe van aansprakelijkheid voor gemaakte kosten of gederfde winst.

Logisch uitgangspunt is in dit verband het beginsel van *contractsvrijheid* (par. 3.1.2), dat meebrengt dat partijen, zolang zij nog geen overeenstemming hebben bereikt, zich in principe straffeloos kunnen terugtrekken uit het onderhandelingsproces.¹⁰³⁹ In het arrest Plas/Valburg uit 1982 heeft de Hoge Raad op dit uitgangspunt een belangrijke uitzondering gemaakt, door te overwegen dat de onderhandelingen in een zodanig stadium kunnen komen, 'dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren'. Bovendien overwoog de Hoge Raad dat het 'stadium' van de onderhandelingen kan meebrengen dat de afbrekende partij, ook indien geen sprake is van een dergelijk vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst, de door haar contractspartner gemaakte kosten dient te vergoeden.¹⁰⁴⁰ Tegen deze achtergrond werd (tot voor kort) aangenomen dat het onderhandelingsproces in drie fasen kan worden verdeeld: een eerste fase waarin het partijen vrijstaat de onderhandelingen af te breken, een tweede fase waarin het afbreken van de onderhandelingen met een kostenvergoeding gepaard moet gaan en een derde fase waarin het afbreken van de onderhandelingen niet langer geoorloofd is.¹⁰⁴¹ Vooral deze derde fase, resulterend in een potentiële aansprakelijkheid ter hoogte van het 'positief contractsbelang',¹⁰⁴² was in de literatuur omstreden, vanwege haar gespannen verhouding met het beginsel van contractsvrijheid.¹⁰⁴³ Bovendien wees rechtsvergelijking uit dat Nederland met deze figuur van 'precontractuele gebondenheid' vrijwel alleen stond.¹⁰⁴⁴

Het arrest CBB/JPO uit 2005 doet vermoeden dat de Hoge Raad gevoelig is geweest voor deze kritiek, en afstand heeft genomen van het categorische drie fasen-model.¹⁰⁴⁵ Als 'maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen' stelt hij thans voorop 'dat ieder

1039 Zie bijv. Hartlief 2005, p. 1027, 1033; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 193; en Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 41. Zie ook MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1440 (m.b.t. art. 6.5.2.8a (ontwerp) BW).

1040 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.nt. CJHB (Plas/Valburg), r.o. 3.4-3.5.

1041 Zie bijv. Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 160; Ruygvoorn 2009, p. 55 e.v.; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 80, welke auteurs doen doorklinken dat de indeling inmiddels, gelet op het hieronder te bespreken arrest HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), niet langer als categorisch mag worden beschouwd.

1042 Zie bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 197. Vgl. ook par. 3.10.2, waar bleek dat het onderscheid tussen positief en negatief contractsbelang kan worden gerelativeerd.

1043 Zie bijv. Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 80a.

1044 Zie bijv. Hesselink 1996, p. 907-908; Vranken 1997, p. 17; en Hartlief 2005, p. 1028.

1045 Zie in die zin bijv. Hartlief 2005, p. 1032-1033; Ruygvoorn 2009, p. 55; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 80a. Overigens wees eerdere rechtspraak ook al in die richting.

van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.¹⁰⁴⁶ De Hoge Raad benadrukt het uitzonderingskarakter van de onderhavige aansprakelijkheid, door toespitsing op gevallen waarin het afbreken van de onderhandelingen *onaanvaardbaar* is. In r.o. 3.7 bevestigt hij dat het hier een ‘strengere en tot terughoudendheid nopenende’ maatstaf betreft. Van die terughoudendheid getuigt ook de overweging, dat bij de invulling van de onderhavige maatstaf rekening dient te worden gehouden met de ‘gerechtvaardigde belangen’ van de afbrekende partij en met eventuele ‘onvoorziene omstandigheden’ die zich in de loop van het onderhandelingsproces hebben voorgedaan (r.o. 3.6).¹⁰⁴⁷ In het verlengde hiervan benadrukt de Hoge Raad dat in geval van langdurige onderhandelingen beslissend is hoe ‘ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen’ over het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij moet worden geoordeeld, tegen de achtergrond van ‘het gehele verloop van de onderhandelingen’ (r.o. 3.6). De Hoge Raad bevestigt hiermee, zoals ook in de literatuur werd aangenomen, dat de onderhandelingsfase niet noodzakelijk een ‘lineair verloop’ kent, waarbij elk van de bovenbedoelde fasen achtereenvolgens wordt doorlopen, maar veeleer een dynamisch karakter heeft, dat meebrengt dat het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst gedurende de loop van het onderhandelingsproces kan fluctueren.¹⁰⁴⁸

3.12.2 Contractuele of delictuele aansprakelijkheid?

In de literatuur bestaat van oudsher discussie over de dogmatische grondslag van de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen, en meer in het bijzonder over de vraag of het hier een contractuele dan wel delictuele aansprakelijkheid betreft.¹⁰⁴⁹ De rechtspraak biedt in dit verband geen eenduidige aanknopingspunten en ook de wetgever heeft het antwoord op de bedoelde vraag uitdrukkelijk in het midden gelaten.¹⁰⁵⁰

1046 HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), r.o. 3.6. Een vergelijkbare maatstaf is te vinden in HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 m.nt. CJHB (VSH/Shell), r.o. 3.1, waar de Hoge Raad aansluiting zoekt bij art. 6.5.2.8a (ontwerp) BW.

1047 Zie in gelijke zin reeds HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 m.nt. HJS (De Ruijterij/MBO), r.o. 3.6.

1048 Zie bijv. Hartlief 2005, p. 1033; en Ruygvoorn 2009, p. 156.

1049 Zie bijv. Ruygvoorn 2009, p. 284 e.v.; en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 201 e.v. Zie voorts uitvoerig Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 43 e.v.

1050 Zie MvA II Inv., PG Boek 6 (Inv.), p. 1439 (m.b.t. art. 6.5.2.8a (ontwerp) BW).

Mijns inziens verdient het de voorkeur om in de (zeldzame) situaties die voorheen als de ‘derde fase’ van het onderhandelingsproces werden aangeduid – derhalve de situaties waarin partijen een zodanige mate van overeenstemming hebben bereikt, dat zij zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer kunnen terugtrekken uit het onderhandelingsproces – uit te gaan van het bestaan van een *rompovereenkomst*, waaruit een contractuele verbintenis tot dooronderhandelen kan worden afgeleid.¹⁰⁵¹ Daarvoor is wel vereist dat deze verbintenis voldoende bepaalbaar is in de zin van art. 6:227 BW – derhalve dat duidelijk is waarover partijen nog moeten onderhandelen, respectievelijk waarover zij reeds definitieve overeenstemming hebben bereikt – én dat *uitleg* van de bedoelde rompovereenkomst, overeenkomstig de zin die partijen daaraan over en weer redelijkerwijs mochten toekennen,¹⁰⁵² inderdaad een dergelijke verbintenis tot dooronderhandelen met zich meebrengt. De vraag of in het verlengde daarvan op grond van art. 6:74 BW aansprakelijkheid ter hoogte van het positief contractsbelang kan worden aangenomen, moet mijns inziens eveneens door uitleg van de bedoelde rompovereenkomst worden beantwoord, derhalve uitgaande van de door partijen ten tijde van het afbreken van de onderhandelingen reeds bereikte wilsovereenstemming. Gelet op het in par. 3.12.1 gesignaleerde dynamische karakter van het onderhandelingsproces, meebrengend dat een voorlopige en partiële overeenstemming in de regel niet het vertrouwen rechtvaardigt dat partijen ook definitief en in alle opzichten tot een akkoord zullen komen, laat een dergelijke aansprakelijkheid zich mijns inziens slechts in zeer uitzonderlijke situaties indenken.¹⁰⁵³

Voor het overige zou ik menen dat de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen bij voorkeur op buitencontractuele leest dient te worden geschied. Afgezien van de gevallen waarin de afbrekende partij in het kader van de onderhandelingen ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de wederpartij – in welke gevallen art. 6:212 BW zich aandient – biedt mijns inziens het leerstuk van de *onrechtmatige daad* de meest geschikte grondslag. De precontractuele zorgvuldigheidsnorm uit het arrest Baris/Riezenkamp,¹⁰⁵⁴ uitgewerkt in een lange reeks jurisprudentie op het gebied van dwaling, wanprestatie en precontractuele aansprakelijkheid, kan in dit verband dienen

1051 Zie over de figuur van de rompovereenkomst bijv. Ruygvoorn 2005, p. 11 e.v.; en Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 79.

1052 Vgl. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex), besproken in par. 3.8.1.

1053 Vgl. HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 m.nt. CJHB (VSH/Shell), r.o. 3.2, waar de Hoge Raad overwoog dat voor vergoeding van ‘schade ter zake van het feit dat tussen pp. een zekere overeenkomst niet is tot stand is gekomen’ slechts ruimte bestaat ‘indien aannemelijk is dat bij voortzetting van de onderhandelingen een dergelijke overeenkomst tot stand gekomen zou zijn.’ Zie voor enkele zeldzame illustraties bijv. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* (2010), nr. 198.

1054 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), besproken in par. 3.1.3.

ter nadere invulling van hetgeen tussen onderhandelende partijen ‘volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ (art. 6:162 lid 2 BW).¹⁰⁵⁵

Toegespitst op het onderwerp van deze studie is van belang dat de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad wegens het afbreken van onderhandelingen onder meer haar grond kan vinden in een door de afbrekende partij geschonden *informatieplicht*, zoals in de volgende paragraaf zal worden uitgewerkt. Het gaat hier om situaties waarin de wederpartij schade heeft geleden doordat zij, ten gevolge van een onjuiste of onvolledige informatieverstrekking in de onderhandelingsfase, is betrokken – of langer dan nodig is betrokken gebleven – in een vruchteloos onderhandelingsproces. Het verwijt dat hier de afbrekende partij wordt gemaakt schuilt dienovereenkomstig niet in het feit dat zij de onderhandelingen heeft *afgebroken*, maar in de wijze waarop zij de onderhandelingen heeft *gevoerd*, namelijk zonder de wederpartij afdoende te informeren over haar onderhandelingspositie. Dit betekent dat de hier geldende informatieplichten op hun beurt niet strekken tot bevordering van de totstandkoming van een overeenkomst tussen de betrokken partijen, maar enkel tot bevordering van goed geïnformeerd onderhandelingsgedrag.¹⁰⁵⁶ Voor aansprakelijkheid ter hoogte van het positief contractsbelang is daarom in geval van schending van de hier bedoelde informatieplichten logischerwijze geen plaats.¹⁰⁵⁷ Slechts in geval van het bestaan van een romp-overeenkomst in de bovenbedoelde zin kan daarvan mijns inziens sprake zijn, maar alsdan gaat het in mijn visie om een (zeldzame) vorm van contractuele aansprakelijkheid.

De volgende paragraaf behelst een inventarisatie van precontractuele informatieplichten als grondslag voor de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen. Voor de volledigheid zij hier vermeld dat informatieplichten – omgekeerd – ook kunnen dienen ter *rechtvaardiging* van het afbreken van onderhandelingen, derhalve als grond voor afwijzing van aansprakelijkheid. Die situatie doet zich voor indien de afbrekende partij de onderhandelingen beëindigt vanwege een door de wederpartij geschonden informatieplicht.¹⁰⁵⁸ Alsdan rijst niet zozeer de vraag of de onderhandelingen mogen worden afgebroken – dat zal veelal het geval zijn, aangenomen dat het informatieverzuim een (kenbaar) relevante kwestie betrof –, als wel de vraag of de afbrekende partij, als ‘slachtoffer’ van de geschonden informatieplicht, aanspraak kan maken op schadevergoeding. Die vraag is reeds behandeld in par. 3.10.5 e.v.,

1055 Vgl. voor een verrassend alternatief Valk in Hijma e.a. 2010, nr. 80a, die analoge toepassing van de Kelderluikfactoren uit het gevaarzettingsleerstuk bepleit.

1056 Vgl. par. 2.3.3, waar bleek dat deze strekking tot bevordering van ‘informed consent’ meer in het algemeen kenmerkend is voor de in dit onderzoek behandelde informatieplichten.

1057 Vgl. par. 3.10.6, waar hetzelfde werd betoogd t.a.v. de aansprakelijkheid wegens schending van precontractuele informatieplichten in het algemeen.

1058 Zie daarover bijv. De Kluiver 1992, p. 77 e.v. Zie voor een illustratie in de lagere rechtspraak bijv. Hof ‘s-Hertogenbosch 29 november 2005, *NJF* 2006, 249.

over de aansprakelijkheid wegens schending van precontractuele informatieplichten. Ook in dat kader werd gekozen voor de onrechtmatige daad als primaire grondslag.¹⁰⁵⁹

3.12.3 Informatieplichten bij afgebroken onderhandelingen

In het eerder genoemde arrest CBB/JPO overwoog de Hoge Raad dat het afbreken van onderhandelingen onaanvaardbaar kan zijn in verband met 'het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst'.¹⁰⁶⁰ Het laat zich aanzien dat dit vertrouwen in belangrijke mate wordt beïnvloed door de onderlinge *communicatie* van partijen gedurende het onderhandelingsproces.¹⁰⁶¹ Tegen deze achtergrond is het denkbaar dat de afbrekende partij in haar communicatie met de wederpartij een te rooskleurig beeld heeft geschetst (of laten voortbestaan) van de onderhandelingspositie van de wederpartij, resulterend in een gerechtvaardigd vertrouwen van laatstgenoemde in het totstandkomen van de beoogde overeenkomst. Kennelijk met het oog op die situatie overwoog de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO dat rekening moet worden gehouden met 'de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen'.¹⁰⁶² In de literatuur wordt aangenomen dat een dergelijk 'toedoen' van de afbrekende partij niet alleen besloten kan liggen in uitdrukkelijke mededelingen en actieve gedragingen, maar ook in stilzwijgen en andere vormen van passief onderhandelingsgedrag.¹⁰⁶³ Dienovereenkomstig betoogde Vranken reeds in 1989 dat de toelaatbaarheid van het afbreken van de onderhandelingen 'afhangt van wat partijen elkaar over en weer hebben gezegd of hadden behoren te vertellen dan wel wat partijen verondersteld konden worden te weten of zelf hadden behoren te onderzoeken'.¹⁰⁶⁴ Een en ander impliceert de gelding van wederzijdse informatieplichten, die de aansprakelijkheid van de afbrekende partij (en haar eventuele gehoudenheid tot dooronderhandelen) nader vormgeven.¹⁰⁶⁵

1059 Zie par. 3.10.7, waar overigens werd betoogd dat in uitzonderlijke gevallen ook art. 6:74 BW zich aandient.

1060 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO), r.o. 3.6. Overigens wees de Hoge Raad in dit verband ook op de 'andere omstandigheden van het geval'.

1061 Vgl. De Kluiver 1992, p. 76, die informatieuitwisseling als het 'meest wezenlijke aspect van onderhandelingsgedrag' beschouwt.

1062 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO), r.o. 3.6.

1063 Zie bijv. *Verbintenissenrecht I* (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 69. Zie ook par. 3.4.2, voor een vergelijkbare ruime interpretatie van het toedoen-vereiste ex art. 3:61 lid 2 BW.

1064 Vranken 1989, p. 98.

1065 Zie voor een investarisatie bijv. Vranken 1989, p. 97 e.v.; en *Verbintenissenrecht I* (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 138.

Om welk soort informatieplichten gaat het hier concreet? In de literatuur wordt bijvoorbeeld aangenomen dat het onzorgvuldig is de onderhandelingspartner onnodige kosten te laten maken, in de wetenschap dat deze in werkelijkheid geen kans (meer) maakt op de verwerving van het contract.¹⁰⁶⁶ De achterliggende gedachte is dat op de afbrekende partij in dit verband een *mededelingsplicht* rust. Telders schetste anno 1937 de kleurrijke casus van een handelaar in Packard-automobielen, die een klant aanbiedt hem naar een voetbalwedstrijd in Amsterdam te rijden, om te 'ervaren hoe de wagen rijdt', van welk aanbod de klant gebruikmaakt, hoewel hij daags tevoren al een Studebaker heeft gekocht. Volgens Telders heeft de handelaar recht op schadevergoeding 'voor den vruchtelozen rit naar Amsterdam'. Ter onderbouwing stelt hij het volgende beslismodel voor:

'Wij moeten ons dus m.i. houden aan het criterium: aansprakelijkheid wanneer kan worden aangetoond 1° dat de wederpartij in de hoop op het tot stand komen eener overeenkomst extra-moeite heeft gedaan en/of extra-kosten heeft gemaakt; 2° dat men dit wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen en 3° dat men niettemin niet heeft gewaarschuwd, toen eigen wensch om met die wederpartij overeen te komen niet meer bestond (of *nimmer* ernstig had bestaan).'¹⁰⁶⁷

Men herkent hier de *aard van de betrokken belangen* als gezichtspunt (vgl. par. 3.6.3), namelijk het voorzienbaar nadeel aan de zijde van de wederpartij, dat in de praktijk vaak – zoals ook in het voorbeeld van Telders – gepaard zal gaan met een navenante bevoordeling van de afbrekende partij. Daarnaast lijkt vooral de *aard van de betrokken informatie* van belang, nu de onderhavige mededelingsplicht betrekking heeft op een zuiver subjectieve, innerlijke keuze van de afbrekende partij, namelijk de keuze om niet langer met de betrokken wederpartij in zee te willen. Het ligt voor de hand van de afbrekende partij te verlangen dat zij deze keuze onverwijld aan de wederpartij mededeelt, althans indien voorzienbaar is dat laatstgenoemde anders nodeloze kosten zal maken.

De vraag rijst of in het verlengde van de zojuist bedoelde situatie, waarin een afgeschreven onderhandelingspartner onnodig 'aan het lijntje' wordt gehouden,¹⁰⁶⁸ ook een mededelingsplicht kan worden aanvaard in andere gevallen, waarin de afbrekende partij weet of zich behoort te realiseren dat de kansen op het totstandkomen van de beoogde overeenkomst gering zijn. Vranken betoogt in dit verband 'dat wanneer een partij tijdens de onderhandelingen ziet aankomen dat er wellicht omstandigheden rijzen die de totstandkoming van een overeenkomst kunnen verhinderen, op haar een mededelings-

1066 Zie bijv. Vranken 1989, p. 98; Ruygvoorn 2005, p. 38; Ruygvoorn 2009, p. 140; en Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 129 (met diverse verwijzingen).

1067 Telders 1937, p. 461-462 (citaat op p. 462).

1068 Zie in die bewoordingen ook Vranken 1989, p. 98.

plicht rust jegens de andere partij'.¹⁰⁶⁹ Naar mijn mening voert een dergelijke regel in zijn algemeenheid te ver. Zouden partijen verplicht zijn alle voorzienbare verhinderingen terstond aan elkaar mede te delen, dan zou dat denkkelijk niet alleen hun eigen onderhandelingspositie aantasten, maar ook een vlot verloop van de onderhandelingen bemoeilijken.

Mijns inziens moet hier met name worden gelet op de *aard van de betrokken informatie* (vgl. par. 3.6.3), in die zin dat alleen doorslaggevende verhinderingen, die duidelijk en onvermijdelijk in de weg staan aan de totstandkoming van een overeenkomst met de betrokken wederpartij, dienen te worden vermeld. Dienovereenkomstig wordt in de literatuur bijvoorbeeld aangenomen dat de onderhandelingspartner moet worden ingelicht indien een andere gegadigde een beter bod heeft gedaan, teneinde de eerste gegadigde de gelegenheid te bieden op dat bod te reageren.¹⁰⁷⁰ Op vergelijkbare wijze wordt aangenomen dat de afbrekende partij duidelijkheid moet verschaffen over concrete breekpunten, die zij als doorslaggevend beschouwt.¹⁰⁷¹ Illustratief is een vonnis van de Rechtbank Dordrecht uit 2008, waarin het ging om afgebroken onderhandelingen over de aankoop en exploitatie van een winkelruimte in een nog te renoveren flatgebouw. Kopers hadden geen specifieke eisen gesteld omtrent het moment waarop de renovatiewerkzaamheden konden aanvangen, maar braken niettemin de onderhandelingen af, toen bleek dat dit lang op zich liet wachten. De rechtbank veroordeelde kopers tot dooronderhandelen, daartoe overwegende dat bij 'langdurige onderhandelingen' als de onderhavige van een partij die twijfelt over het sluiten van de beoogde overeenkomst mag worden verwacht dat zij 'duidelijk is over de breekpunten en de termijn waarbinnen deze dienen te worden opgelost'.¹⁰⁷²

Behalve de aard van de betrokken informatie moet mijns inziens ook de *aard van de betrokken belangen* worden meegewogen. Meer in het bijzonder kunnen de 'gerechtvaardigde belangen' van de afbrekende partij – het gezichtspunt waarnaar de Hoge Raad in het arrest CBB/JPO met zoveel woorden verwijst – meebrengen dat op de afbrekende partij géén mededelingsplicht rust omtrent een voorzienbare verhindering van de totstandkoming van de overeenkomst. Men denke bijvoorbeeld aan *prijsgerelateerde* breekpunten, die naar verkeersopvatting niet op voorhand met de wederpartij behoeven te worden gedeeld (par. 3.6.3). Ook de *aard van de betrokken rechtsverhouding* kan denkkelijk een rol spelen, bijvoorbeeld indien de wederpartij een deskundige en ervaren onderhandelingspartner is, van wie mag worden verwacht dat zij haar eigen onderhandelingspositie genoegzaam kan inschatten. In het algemeen

1069 Vranken 1989, p. 100. Zie in gelijke zin bijv. (onder verwijzing naar Vranken) De Boeck 2000, p. 170.

1070 Zie bijv. Vranken 1989, p. 104; De Kluiver 1992, p. 304; en Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 91, 138.

1071 Zie bijv. Verbintenissenrecht I (Blei Weissmann), art. 217-227, I: Precontractuele fase, aant. 138.

1072 Rb. Dordrecht (vzr.) 18 september 2008, *LJN* BF1260, r.o. 4.13.

ligt het voor de hand van een dergelijke partij te vergen dat zij rekening houdt met voorzienbare verhinderingen, en zo nodig ter zake navraag doet bij haar onderhandelingspartner, bijvoorbeeld waar het gaat om breekpunten die in de betreffende branche of bij het betreffende type transactie gangbaar zijn.

Overigens komt het in de praktijk niet vaak tot een dergelijke afweging van wederzijdse informatieplichten. De meeste feitenrechters baseren zich in dit verband, conform het voorschrift van de Hoge Raad, op 'het gehele verloop van de onderhandelingen',¹⁰⁷³ zonder met zoveel woorden te wijzen op een informatieverzuim, dat de aansprakelijkheid van de afbrekende partij (al of niet) rechtvaardigt. Tegen een dergelijke, meer diffuse benadering zie ik weinig bezwaar, omdat hier inderdaad, zoals bleek aan het begin van deze paragraaf, het totaalbeeld van de precontractuele communicatie beslissend is. Het voert mijns inziens te ver om van de feitenrechter te verlangen dat hij zijn oordeel over de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen telkens uitdrukt in termen van een concreet informatieverzuim aan de zijde van de afbrekende partij c.q. haar wederpartij, nog daargelaten dat een dergelijke benadering uiteraard niet in alle gevallen soelaas biedt. Dit neemt niet weg dat in sommige gevallen een redenering in termen van wederzijdse informatieplichten verhelderend kan zijn voor een goed begrip van de onderhavige aansprakelijkheid.

3.12.4 Afronding

De aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen vormt de ultieme bevestiging van het principe dat aan het begin van dit hoofdstuk voorop werd gesteld, namelijk dat contracterende partijen rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Tegelijkertijd vormt deze aansprakelijkheid de uitzondering die de regel bevestigt, dat partijen in beginsel vrij zijn om naar eigen inzicht, en met het oog op het eigen belang, onderhandelingen aan te gaan en af te breken (vgl. par. 3.1.2). Het feit dat hierboven de onrechtmatige daad als grondslag voor de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen werd gekozen (par. 3.12.2), illustreert dat deze spanning tussen altruïsme en zelfredzaamheid zich ook in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht kan voordoen. In het volgende hoofdstuk wordt dat nader onderzocht, waarbij zoveel mogelijk het stramien van het onderhavige hoofdstuk wordt aangehouden. De nadruk ligt op de waarschuwingsplicht bij gevaarstelling, als het delictuele equivalent van de mededelingsplicht bij dwaling.

¹⁰⁷³ Zie HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO), r.o. 3.6.