



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

5 | Een overkoepelend perspectief

5.1 INLEIDING

In het onderhavige hoofdstuk worden de bevindingen uit de voorgaande twee hoofdstukken gecombineerd, in een overkoepelende beschouwing van (pre)contractuele en delictuele informatieplichten. De analyse wordt toegespitst op de ‘ideaaltypische’ informatieplichten die ook in de voorgaande hoofdstukken centraal stonden, te weten de mededelingsplicht bij dwaling en de waarschuwingsplicht bij gevaarzetting. Het perspectief is vergelijkbaar met dat van het tweede hoofdstuk, met dien verstande dat daar vooral preliminaire kwesties aan de orde kwamen. Het onderhavige hoofdstuk heeft juist een afrondend karakter. De materiële kern van het onderzoek ligt besloten in de hoofdstukken 3 en 4.

Allereerst wordt hieronder aandacht besteed aan een thema dat als een rode draad door de voorgaande hoofdstukken liep, te weten de *kennis* van justitiabelen als grondslag van hun juridische verantwoordelijkheid. De toepassing van informatieplichten impliceert dat justitiabelen tot op zekere hoogte worden ‘afgerekend’ op hetgeen zij wisten of behoorden te weten. In dit verband rijst de vraag hoe deze kennis in rechte moet worden vastgesteld. Aan deze problematiek is par. 5.2 gewijd. Aansluitend wordt in par. 5.3 de aandacht gericht op het eigenlijke onderwerp van deze studie, de informatieplichten. Onderzocht wordt welke rol zij spelen in het verbintenissenrecht en hoe zij de rechter houvast kunnen bieden bij het nemen van zijn beslissing. In par. 5.3.3 e.v. wordt een model ontwikkeld voor de aanvaarding van precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten, uitgaande van de basisvereisten en gezichtspunten uit het dwalingsleerstuk. In par. 5.4 komt een andere rode draad uit het onderzoek aan de orde, te weten de spanning tussen zelfredzaamheid en altruïsme, die zich bij de aanvaarding van informatieplichten manifesteert. In par. 5.4.3 e.v. wordt bezien of er in dit opzicht verschil bestaat (of zou moeten bestaan) tussen het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, in die zin dat het ene rechtsgebied wellicht ‘altruïstischer’ zou (moeten) zijn dan het andere. Een slotbeschouwing volgt in par. 5.5.

Het onderhavige hoofdstuk heeft dus de vorm van een drieluik. Waar het middenpaneel (par. 5.3) de informatieplichten frontaal in beeld brengt, als juridisch construct, vertoont het linker zijpaneel (par. 5.2) een aanblik van hun normatieve achtergrond, gelegen in de achterliggende beoordeling van de

kennis van justitiabelen, terwijl het rechter zijpaneel (par. 5.4) de ‘binnenkant’ van de informatieplichten verbeeldt, dat wil zeggen de inhoudelijke afweging van wederzijdse verantwoordelijkheden die erin besloten ligt.

5.2 KENNIS EN VERANTWOORDELIJKHEID

5.2.1 Algemeen

In par. 1.1 werd betoogd dat informatieplichten een belangrijke verbindende schakel vormen tussen kennis en verantwoordelijkheid. De gedachte was dat de rechter, door de toepassing van mededelings-, waarschuwings- en onderzoeksplichten, zijn oordeel over het doen en laten van partijen koppelt aan hetgeen zij wisten of behoorden te weten. De voorgaande hoofdstukken bevestigen dit. In het dwalingsleerstuk gelden voor het aannemen van een precontractuele mededelingsplicht drie basisvereisten, die betrekking hebben op hetgeen de wederpartij wist of geacht mocht worden te weten omtrent de dwaling (par. 3.6.2). In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt op vergelijkbare wijze gewicht toegekend aan de kennis van de laedens (par. 4.2.11). Tegen deze achtergrond heb ik in par. 4.3.2 gepleit voor analoge toepassing van de basisvereisten uit het dwalingsleerstuk op de delictuele waarschuwingsplicht in gevaarzettingsituaties. Meer in het algemeen illustreert het onderzoek dat het belang van de kennis van justitiabelen als een rode draad door het verbintenissenrecht loopt. Zelfs de buitencontractuele risico-aansprakelijkheid bleek in par. 4.5.9 tot op zekere hoogte afhankelijk van de ‘informatie context’.

Met het oog op de praktijk is uiteraard van belang hoe de bedoelde kennis in rechte moet worden vastgesteld. Met name rijst hier de vraag naar het bewijs van kennis (par. 5.2.3) en naar de mate van objectivering die in dit verband is toegestaan (par. 5.2.4 e.v.). Voor een goed begrip van deze materie volgen hieronder allereerst enkele opmerkingen van terminologische aard.

5.2.2 Kennisgradaties

Uit het onderhavige onderzoek meen ik, globaal gesproken, drie gradaties van kennis te kunnen afleiden. De eerste gradatie ziet op hetgeen justitiabelen *weten of geacht mogen worden te weten*. Deze kennisgradatie is subjectief van aard, nu zij aanknoopt bij de daadwerkelijke wetenschap van de betrokken partijen. Tegelijkertijd biedt zij een waarborg tegen chicaneuze verweren van een partij die zich als onwetend voordoet, terwijl de relevante informatie haar

in werkelijkheid moeilijk kan zijn ontgaan.¹ Van een dergelijke partij kan immers worden gezegd dat zij onder de gegeven omstandigheden ‘geacht mocht worden’ met de informatie bekend te zijn. De onderhavige kennisgradatie is bijvoorbeeld, zoals hierboven bleek, aan de orde in het dwalingsleerstuk, waar zij fungeert als basisvereiste voor de gelding van een precontractuele mededelingsplicht (par. 3.6.2). In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt ook wel gewerkt met een (nog) subjectievere vorm van kennis, te weten de *daadwerkelijke bewustheid* van een concreet feit. Dit type kennis is met name vereist in vraagstukken van aansprakelijkheid wegens ‘zuiver nalaten’ ten aanzien van een gevaar dat de aangesproken partij heeft waargenomen, maar niet zelf heeft gecreëerd. Volgens de Hoge Raad is het achterwege laten van voorzorgsmaatregelen in een dergelijke situatie slechts onrechtmatig, indien de ernst van het betrokken gevaar ‘tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen’.² In par. 4.4.3 heb ik kritiek geuit op deze zuiver subjectieve maatstaf, onder verwijzing naar de uitzonderingspositie die deze inneemt ten opzichte van andere leerstukken. Vanuit een processueel perspectief heb ik toegevoegd dat bij het *bewijs* van subjectieve kennis hoe dan ook niet altijd kan worden ontkomen aan een zekere mate van (bewijsrechtelijke) objectivering. In par. 5.2.3 werk ik dat nader uit.

De tweede gradatie van kennis is objectiever van aard en ziet op hetgeen justitiabelen *behoren te weten*. Het gaat hier bijvoorbeeld om de geobjectiverde kennis die aan deskundigen en andere ingewijde partijen wordt toegedicht. Onder omstandigheden kunnen in dit verband ook onderzoeksplichten worden aangenomen. Illustratief is de wettelijke definitie van de goede trouw in art. 3:11 BW, die met zoveel woorden verwijst naar feiten die men ‘behoorde te kennen’, en in het verlengde daarvan naar de mogelijkheid van ‘onderzoek’ (par. 2.2.2). Voor het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht is in het algemeen vereist dat er sprake is van gerede *twijfel* omtrent een bepaalde stand van zaken, zoals de tekst van art. 3:11 BW bevestigt. In zoverre vertoont de onderhavige kennisgradatie nog de sporen van een subjectieve benadering (vgl. par. 5.2.6).

Dat laatste geldt niet voor de derde kennisgradatie, die ziet op hetgeen *objectief bekend* is.³ Het gaat hier om de vraag of de relevante informatie überhaupt door iemand is ontdekt of onderkend, derhalve of zij in generieke zin beschikbaar is, los van de vraag of de verantwoordelijke partij daarover

1 Vgl. Hijma 1991b, p. 663, noot 5; en Asser/Hijma 5-I (2007), nr. 234.

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

3 Men verwarre de hier bedoelde objectief bekende informatie niet met de in par. 5.2.3 besproken algemeen bekende feiten, die in *subjectieve* zin bij (alle) justitiabelen bekend mogen worden verondersteld.

daadwerkelijk beschikte dan wel behoorde te beschikken.⁴ Deze zuiver objectieve kennisgradatie is in essentie feitelijk van aard, nu het objectief bekende in de regel empirisch kan worden vastgesteld. Het normatieve karakter schuilt in de toerekening van het objectief bekende aan de verantwoordelijke partij. Een dergelijke vérgaande vorm van objectivering is bijvoorbeeld aan de orde op het terrein van de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken (art. 6:173 BW), opstallen (art. 6:174 BW) en producten (art. 6:185 BW). Het risicokarakter van deze aansprakelijkheden brengt mee dat de verantwoordelijke partij ook voor *verborgen* gebreken aansprakelijk is, tenzij deze gebreken tot aan het moment van de ontdekking ervan in objectieve zin onbekend waren, in die zin dat zelfs de mogelijkheid van het bestaan ervan door niemand was onderkend. In par. 4.5.9 werd in dit verband gesproken over kennis van de ‘generieke causaliteit’.

Conform het voorgaande kan dus een onderscheid worden gemaakt tussen subjectieve kennis, geobjectiverde kennis en zuiver objectieve kennis. Buiten de hier geschetste orde vallen kwalificaties in termen van ‘kenbaarheid’ of ‘voorzienbaarheid’. Zulke kwalificaties zien immers – strikt genomen – slechts op de feitelijke *mogelijkheid* van kennisvergaring.⁵ Daarmee strekken zij in potentie nog verder dan de zojuist bedoelde zuiver objectieve kennis. Men denke bijvoorbeeld aan het in par. 4.5.4 besproken arrest over de dijkdoorbraak te Wilnis.⁶ Hoewel de mogelijkheid van gebrekkigheid van een dijk door droogte in casu door niemand op voorhand was onderkend, valt te betogen dat die mogelijkheid in theorie wel te ‘kennen’ of te ‘voorzien’ viel. Dat geldt echter voor alle eventualiteiten. Men overschrijdt hier dus de grenzen van het objectief bekende en hecht goed beschouwd geen waarde meer aan de kennis van justitiabelen, zelfs niet in haar meest objectieve variant. Tegen deze achtergrond verdient het mijns inziens de voorkeur om een normatief oordeel niet te verhullen in feitelijke termen van kenbaarheid of voorzienbaarheid. Tegelijkertijd realiseer ik mij dat een meer onbevangen gebruik van deze termen, dat wil zeggen ook in normatieve zin, gangbaar is en voor de hand ligt.⁷ Terecht betoogt Valkhoff dat in ‘de omgang (...) ook bij kunnen weten somtijds een verwijt van, misschien lichtelijke, onbehoorlijkheid’ ligt.⁸

4 Vgl. echter (in het kader van de productenaansprakelijkheid) HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998, 522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk), r.o. 28, besproken in par. 4.5.6, waaruit blijkt dat de informatie wel *toegankelijk* moet zijn voor de verantwoordelijke partij.

5 Aldus ook Valkhoff 1966, p. 38.

6 HR 17 december 2010, LJN BN6236, RvdW 2011, 7 (Dijkdoorbraak Wilnis).

7 Ook in het onderhavige onderzoek heb ik de bedoelde termen wel in die betekenis gebruikt.

8 Valkhoff 1966, p. 38. Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 12 oktober 2007, LJN BA7630, RvdW 2007, 870, sub 7.

5.2.3 Bewijs van kennis

De praktische betekenis van het hiervoor geschetste onderscheid tussen subjectieve, geobjectiveerde en zuiver objectieve kennis ligt vooral op het vlak van de bewijslevering. Het laat zich aanzien dat subjectieve kennis doorgaans moeilijk te bewijzen valt, nu het hier een intern-psychologisch verschijnsel betreft, dat zich uitsluitend in de hoofden van de betrokken partijen afspeelt. Men kan zelfs stellen dat subjectieve kennis naar haar aard niet te bewijzen is.⁹ Tegen deze achtergrond wordt algemeen aanvaard dat in rechte genoeg kan – of zelfs moet – worden genomen met een *presumptie* van subjectieve kennis. Van Schilfgaarde betoogt in dit verband:

‘Weten betekent in het recht *altijd*: redelijkerwijs geacht worden te weten.¹⁰

Schut betoogt dienovereenkomstig dat het erom gaat wat justitiabelen ‘rechtens’ hebben geweten, afgaande op de ‘buitenkant’ van hun gedragingen en andere uiterlijk waarneembare omstandigheden.¹¹ Ook Valkhoff benadrukt dat het bij het bewijs van kennis niet aankomt op ‘bewijs van wiskundige zekerheid van wetenschap’.¹² Meer in het algemeen geldt voor de bewijslevering, dat zij niet is gericht op absolute zekerheid. Het gaat, in de woorden van Asser, slechts om ‘overtuiging van de rechter’.¹³

Zo beschouwd kan men zeggen dat de hierboven onderscheiden categorie van subjectieve kennis, het weten of geacht mogen worden te weten, is onderworpen aan een bewijsrechtelijk voorbehoud, namelijk dat zij in rechte slechts uit objectieve feiten en omstandigheden kan worden afgeleid. Dit voorbehoud geldt mijns inziens ook voor de uiterst subjectieve kennis die in gevallen van ‘zuiver nalaten’ centraal staat, te weten de daadwerkelijke bewustheid van concrete feiten.¹⁴ Illustratief is een arrest van de Hoge Raad uit 2007, waarin het ging om de vraag of er aan de zijde van het slachtoffer van een verkeersongeval sprake was van aan opzet grenzende roekeloosheid vanwege diens ‘bewustheid van het gevaar’. De Hoge Raad overwoog in dit verband dat ‘voor het bewijs van die bewustheid kan worden volstaan met het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit die bewustheid bij een voetganger of fietser vanaf de leeftijd van 14 jaar mag worden afgeleid’.¹⁵ Annotator Hartlief concludeert

9 Vgl. Schut 1979, p. 397-398.

10 Van Schilfgaarde 1984, p. 68.

11 Schut 1979, p. 396, 397-398.

12 Valkhoff 1966, p. 16.

13 Asser 2004, nr. 2. Vgl. ook De Bock 2011, p. 191 e.v., 341 e.v.; en Snijders 2011, nr. 199.

14 In zoverre kunnen mijn in par. 4.4.3 geuite bezwaren tegen deze uiterst subjectieve maatstaf worden gerelativeerd.

15 HR 30 maart 2007, *LJN AZ7863*, *NJ* 2008, 64 m.nt. T. Hartlief (P./Noordhollandsche), r.o. 4.2.

terecht dat de Hoge Raad aldus ruimte laat voor een zekere mate van ‘bewijsrechtelijke objectivering’.¹⁶

Aangenomen dat bij het bewijs van subjectieve kennis altijd een zekere mate van objectivering plaatsvindt, rijst de vraag wat in dit verband de zin is van het in par. 5.2.2 gemaakte onderscheid tussen subjectieve, geobjectiverde en zuiver objectieve kennis. Inderdaad kan dat onderscheid worden gerelativeerd, in die zin dat het hier goed beschouwd een drietal in elkaars verlengde liggende kennisgradaties betreft, die een opklimmende mate van objectivering vertonen. Terecht betoogt Van Schilfgaarde dat in de kwalificatie van ‘geacht worden te weten’ een ‘niet exact aan te geven overgang [zit] naar een norm, die met de term ‘behoren te weten’ tot uitdrukking wordt gebracht’.¹⁷ Toch meen ik dat waar mogelijk een helder onderscheid moet worden gemaakt tussen de drie kennisgradaties.¹⁸ Het belang van dit onderscheid schuilt vooral in de verdeling van de *bewijslast*. Aangezien in rechte slechts feiten behoeven te worden bewezen, en geen normatieve kwalificaties,¹⁹ heeft de bewijslast uitsluitend betrekking op gepresumeerde kennis, en niet op geobjectiverde kennis. Ten aanzien van geobjectiverde kennis geldt veeleer een argumentatielast,²⁰ inhoudend dat procespartijen, en in hun voetspoor de rechter, dienen uit te leggen – zo nodig onder aanvoering van relevante feiten²¹ – waarom één van hen bepaalde informatie al of niet behoorde te kennen. Concreet betekent dit dat de eerste en de derde kennisgradatie (derhalve het ‘weten of geacht mogen worden te weten’, respectievelijk het in objectieve zin ‘bekend’ zijn) zich lenen voor bewijs, terwijl de tweede kennisgradatie (derhalve het ‘behoren te weten’) in rechte moet worden beargumenteerd.

Gelet op het voorgaande lijkt het mij van belang dat niet door middel van objectivering gepresumeerde kennis wordt aangenomen, omdat aldus een normatief oordeel in een feitelijke vaststelling wordt verpakt, hetgeen onduidelijkheid kan veroorzaken. Zeker mag objectivering worden gebruikt om bewijsproblemen op te lossen – dat lijkt mij zelfs de belangrijkste bestaansgrond van dit verschijnsel –, maar ik acht het wel van belang dat de rechter in dat geval deugdelijk motiveert *waarom* de verantwoordelijke partij bepaalde feiten ‘behoorde te kennen’, in plaats van te constateren dat zij ‘geacht werd’ deze feiten te kennen. Een dergelijke gepresumeerde kennis zou ik slechts willen

16 Zie zijn NJ-annotatie bij het arrest P./Noordhollandsche, sub 6.

17 Van Schilfgaarde 1984, p. 68.

18 Ik ben het dus niet eens met de stelling van Van Schilfgaarde (eveneens op p. 68) dat in geval van gerede twijfel, die door een ‘eenvoudig te verrichten onderzoek’ kan worden weggenomen, evengoed van daadwerkelijk ‘weten’ kan worden gesproken.

19 Zie bijv. Asser 2004, nr. 3, 6; Snijders e.a. 2011, nr. 206; en Thoe Schwartzenberg 2011, nr. 2. Vgl. over het adagium ‘juridica non sunt probanda’ HR 17 februari 2006, LJN AU9717, NJ 2006, 378 m.nt. M.M. Mendel (Royal c.s./Polygram), r.o. 4.2.

20 Aldus ook (m.b.t. art. 6:228 lid 1 sub b BW) Valk 2010a, p. 914.

21 Voor zover in het kader van de bedoelde argumentatie feitelijke vragen rijzen, kunnen die uiteraard wél voorwerp van bewijs zijn. Vgl. (m.b.t. art. 6:98 BW) Akkermans 2002, p. 18.

aannemen waar deze daadwerkelijk, op grond van afdoende bewijs of bij gebrek aan betwisting door de wederpartij, in rechte is komen vast te staan, dan wel waar het gaat om *algemeen bekende feiten*. Hiermee doel ik op feiten die zonder nader onderzoek, derhalve op basis van alledaagse ervaringsregels, bij (alle) justitiabelen bekend mogen worden verondersteld.²² Deze processuele kwalificatie heeft overigens ook materiële consequenties.²³ Zo werd in par. 4.3.13 betoogd dat de delictuele waarschuwingsplicht géén betrekking heeft op algemeen bekende risico's, omdat zulke risico's ook bij de potentiële slachtoffers bekend mogen worden verondersteld. Hetzelfde geldt voor de precontractuele mededelingsplicht, nu deze slechts van toepassing is ingeval de wederpartij rekening moest houden met een dwaling (par. 3.6.2).

5.2.4 Objectivering

In de voorgaande paragraaf bleek dat objectivering een methode is om bewijsproblemen die bij de vaststelling van subjectieve kennis kunnen rijzen, het hoofd te bieden. Objectivering behelst dat de verantwoordelijke partij niet wordt afgerekend op de kennis die zij in bewijsrechtelijke zin 'geacht werd' te hebben, maar op de kennis die zij in normatieve zin 'behoorde te hebben'. De mate van objectivering bepaalt in hoeverre de in rechte aangenomen kennis zich verwijderd van de daadwerkelijke (althans gepresumeerde) kennis van de verantwoordelijke partij. Hoe sterker de objectivering, hoe meer de in rechte aangenomen kennis onttaardt in fictie. Vandaar dat ik hierboven, en ook elders in dit onderzoek (par. 3.6.1 en 4.2.12), heb gepleit voor een deugdelijke *motivering* van het objectiveringsoordeel.²⁴

Mijns inziens moeten bij deze motivering de concrete omstandigheden van het geval in acht worden genomen. De gedachte dat geobjectiverde kennis in abstracto is gegeven, als absoluut en onveranderlijk gegeven, moet mijns inziens worden verworpen. Zo beschouwd ben ik geen voorstander van de term die Schut voor objectivering gebruikt, namelijk het 'abstraheren', door hem omschreven als 'de casus losmaken (los-trekken) van zekere feitelijke omstandigheden'.²⁵ Inderdaad komt objectivering erop neer dat bepaalde (subjectieve) omstandigheden buiten beschouwing worden gelaten, maar de selectie van die omstandigheden – de objectieve filtering – vindt altijd plaats in een concrete context, uitgaande van de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen. Dienovereenkomstig betoogt Schut, conform de heersende leer

22 Vgl. art. 149 lid 2 Rv, op grond waarvan feiten van algemene bekendheid geen bewijs behoeven. Overigens lijkt die bepaling een ietwat ruimer gebied te bestrijken, namelijk ook feiten die *kenbaar* zijn uit openbare bronnen. Zie Snijders e.a. 2011, nr. 206 (vgl. ook par. 4.3.13).

23 Vgl. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 156-157; en Van Boom e.a. 2010, p. 38.

24 Zie voor een dergelijk pleidooi reeds (m.b.t. het gevaarzettingsleerstuk) Jansen 2006, p. 65.

25 Schut 1966, p. 250.

in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (par. 4.2.12), dat 'speciale kennis of bijzondere deskundigheid' moet worden meegewogen, evenals 'extern-persoonlijke omstandigheden als leeftijd, beroep en gezondheid van de dader'.²⁶ Ook Glastra van Loon verwerpt de gedachte dat objectiviteit iets is 'dat voor iedereen, overal en altijd op dezelfde manier vaststaat, dat voor allen altijd hetzelfde is'. Volgens hem zal objectiviteit 'niet buiten maar alleen tussen subjecten gevonden kunnen worden'. Tegen deze achtergrond spreekt hij treffend van 'intersubjectiviteit'.²⁷

Dat objectivering een contextgebonden verschijnsel is, wil niet zeggen dat de rechter bij zijn motivering kan volstaan met een klakkeloze verwijzing naar de omstandigheden van het geval. Het gaat er juist om, hoe hij deze omstandigheden heeft geïdentificeerd en welke argumenten daaraan ten grondslag liggen. Meer in het bijzonder lijkt het mij van belang dat de rechter waar mogelijk inzicht geeft in het zojuist bedoelde selectieproces van subjectieve en objectieve omstandigheden. *Impliciete* vormen van objectivering, zoals aan de orde in het bekende Natronloog-arrest, waarin de Hoge Raad simpelweg een onrechtmatigheidsoordeel koppelde aan een weergave van de casus, vind ik in dit opzicht minder gelukkig.²⁸ Voorkomen moet worden dat de rechter, op de glijdende schaal van subjectieve naar objectieve kennis (par. 5.2.2), stilzwijgend bekend veronderstelt wat geen redelijk mens had kunnen voorzien. Explicitering en explicatie zijn hier dus geboden. Voor een weloverwogen oordeel is een goed begrip van de figuur van objectivering noodzakelijk. De volgende paragraaf is daarop gericht.

5.2.5 Persoonsgerelateerde en kennisgerelateerde objectivering

Op basis van het onderhavige onderzoek meen ik, globaal gesproken, twee typen van objectivering te kunnen onderscheiden. Deze tweedeling correspondeert met het feit dat kennis altijd enerzijds een subject heeft (degene die iets weet of behoort te weten) en anderzijds een object (datgene wat hij weet of behoort te weten). Objectivering doet zich op beide fronten voor en komt er kort gezegd op neer, dat de geobjectiverde kennis wordt betrokken op iemand anders dan de verantwoordelijke partij zelf, of op iets anders dan de specifieke feitenkennis waarover zij al of niet beschikt. Dienovereenkomstig kan worden gesproken van persoonsgerelateerde en kennisgerelateerde objectivering.²⁹

26 Schut 1966, p. 251.

27 Glastra van Loon 1973, p. 126, 130-131.

28 HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10. Overigens bleek aldaar dat ik de *uitkomst* van dit arrest (mits beter gemotiveerd) verdedigbaar acht.

29 Bezwaar van deze terminologie is dat objectivering *altijd* is gerelateerd aan een persoon én diens kennis. Zuiverder zou het zijn te spreken van 'subjectieve' en 'objectieve' objectivering, maar dat leidt tot een ongelukkige terminologische kwadratuur.

Het eerste type, de persoonsgerelateerde objectivering, behelst een *perspectiefwisseling*. In een zuiver subjectieve benadering ligt het perspectief logischerwijze bij de verantwoordelijke partij zelf. Het gaat hier om de vraag wat zij wist of geacht mocht worden te weten. Kenmerk van objectivering is nu dat veelal voor een ánder perspectief wordt gekozen, bijvoorbeeld door te onderzoeken wat de wederpartij of een willekeurige derde mocht verwachten omtrent de kennis van de verantwoordelijke partij. Schut betoogt in dit verband dat objectivering vanuit een drietal 'gezichtshoeken' kan worden toegepast, namelijk vanuit het perspectief van de handelende persoon zelf, diens medemens of de gemeenschap.³⁰ Het laat zich aanzien dat aldus, naarmate het perspectief verbreedt, de mate van objectivering toeneemt. Uiteindelijk kan dit ertoe leiden dat de geobjectiveerde kennis verschuift van de tweede gradatie naar de derde gradatie, derhalve van hetgeen de verantwoordelijke partij 'behoorde te weten' naar hetgeen in objectieve zin 'bekend' was (par. 5.2.2). Met het oog op de zojuist bedoelde eis van motivering lijkt het mij van belang dat de rechter dit expliciteert, en uitlegt waarom hij aan het subjectieve perspectief van de verantwoordelijke partij voorbijgaat. Daarbij kan hij gebruik maken van de constructie van een *maatman*,³¹ een wijze van rechtsvinding die bij uitstek past bij het onderhavige type van objectivering. Door de geobjectiveerde kennis van de verantwoordelijke partij te relateren aan de kennis van een gemiddelde, vergelijkbare persoon, wordt recht gedaan aan de gerechtvaardigde verwachtingen van anderen omtrent de kennis van de verantwoordelijke partij, zonder dat de concrete omstandigheden van het geval uit het oog worden verloren. De maatman wordt immers, als objectief vergelijkingstype, ín de positie van de verantwoordelijke partij geplaatst. Deze 'personificatie' van de geldende norm verhindert dat de rechter bij zijn objectivering de menselijke maat uit het oog verliest.³²

Het tweede type objectivering, de kennisgerelateerde objectivering, behelst geen perspectiefwisseling maar een *accentoverschuiving*.³³ In een zuiver subjectieve benadering gaat het erom of de verantwoordelijke partij daadwerkelijk beschikte over de in concreto benodigde informatie. Objectivering kan meebrengen dat de rechter in dit verband genoeg neemt met een meer algemene of onzekere vorm van feitenkennis. Illustratief is het arrest Eternit/Horsting uit 2005, waarin werd geoordeeld dat een asbestproducent anno 1971 de gebruikers van de door hem geproduceerde asbestcementplaten had moeten waarschuwen voor het gezondheidsrisico dat zich bij het 'verspanen' van zulke

30 Schut 1979, p. 396. Vgl. ook Lindenberg 2011, p. 212, die m.b.t. de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 BW een onderscheid maakt tussen het perspectief van 'de bezitter in kwestie', een 'kring van bezitters' en 'de stand van de wetenschap'. Daarnaast onderscheidt hij de objectieve bekendheid, die in par. 5.2.2 als derde kennisgradatie werd gepresenteerd.

31 Zie bijv. Pinna 2003, p. 161 (in de contractuele sfeer); en Jansen 2006, p. 15-16 (in de delictuele sfeer).

32 Aldus bijv. Nieuwenhuis 2007, p. 68, 135.

33 Men kan ook zeggen dat hier een *inhoudelijke* perspectiefwisseling plaatsvindt.

platen voordeel.³⁴ Weliswaar was de precieze reikwijdte van dat risico destijds nog omstreden, maar dat ontsloeg de producent niet van zijn verplichting om gebruikers reeds te wijzen op de reële *mogelijkheid* dat asbest gevaarlijk was. De geobjectiveerde kennis werd aldus betrokken op serieuze vermoedens in plaats van op harde feiten. Op vergelijkbare wijze wordt in het dwalingsleerstuk soms een mededelingsplicht omtrent bestaande twijfel aangenomen, zoals in het arrest Gomes/Rental, betreffende de verkoop van een tweedehands auto met een verstoorde kilometerteller.³⁵

5.2.6 Vervolg; onderzoeksplichten en generalisering

De kennisgerelateerde objectivering, die in de voorgaande paragraaf als een accentverschuiving werd gekarakteriseerd, kan ook resulteren in de toepassing van een *onderzoeksplicht*, namelijk indien de geobjectiveerde kennis wordt betrokken op (vermoede) informatie die de verantwoordelijke partij vooralsnog niet kent, maar dient te achterhalen. Een dergelijke onderzoeksplicht zou men bijvoorbeeld kunnen lezen in het hierboven besproken arrest Eternit/Horsting. In het algemeen lijkt het mij van belang dat de rechter, indien hij kiest voor objectivering door toepassing van een onderzoeksplicht, zulks expliciteert en motiveert waarom hij de verantwoordelijke partij tot nader onderzoek gehouden acht. Voor wat betreft de delictuele onderzoeksplicht heb ik in par. 4.3.9 kennis van de 'generieke causaliteit' als basisvereiste gesteld. De gedachte was dat voor het aannemen van een onderzoeksplicht tenminste is vereist dat de laedens wist of behoorde te weten van de theoretische *mogelijkheid* van schade door de verwezenlijking van een bepaald risico. Het gaat dan, meer concreet, om risico's waarvan de potentiële dreiging als zodanig wel bekend is, maar de actuele kans op verwezenlijking nader moet worden onderzocht. Of de laedens, gezien zijn kennis omtrent het betrokken risico, inderdaad is gehouden tot nader onderzoek, zal afhangen van een beoordeling van de in par. 4.3.10 besproken gezichtspunten. Waar het mij in het kader van deze overkoepelende beschouwing om gaat, is de vaststelling dat een onderzoeksplicht ten aanzien van objectief onbekende informatie, waarvan de laedens het bestaan zelfs niet had kunnen vermoeden, moet worden uitgesloten. In het verlengde hiervan zou ik menen dat ook een objectivering ten aanzien van zulke informatie, resulterend in de *stilzwijgende* aanvaarding van een onderzoeksplicht ter zake, moet worden vermeden.

Overigens bleek in par. 4.2.12 dat buitencontractuele aansprakelijkheid voor objectief onbekende risico's wél mogelijk is, voor zover de laedens zijn

34 HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting), besproken in par. 4.2.15.

35 HR 11 juli 2008, LJN BD2410, NJ 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (Gomes/Rental), besproken in par. 3.6.4 (vgl. ook par. 3.7.3).

schadeveroorzakende gedrag reeds achterwege had moeten laten met het oog op andere risico's, waarmee hij wel bekend was of behoorde te zijn. In een dergelijke situatie is ruimte voor *generalisering*, wat inhoudt dat het onrechtmatigheidsoordeel, bij gebreke van specifieke kennis omtrent de in concreto veroorzaakte belangen aantasting, wordt gekoppeld aan hetgeen de laedens in algemene zin wist of behoorde te weten omtrent de aan zijn gedrag verbonden risico's. Het betreft hier een bijzondere variant van de kennisgerelateerde objectivering. Er vindt immers ten aanzien van het voorwerp van de geobjectiverde kennis een accentverschuiving plaats, van specifieke feiten naar algemene noties. In de praktijk kan aldus de aansprakelijkheid vergaand worden opgerekt, omdat in veel gevallen van schadeveroorzaking achteraf kan worden betoogd dat de laedens met het oog op 'enig' (ander) risico zijn gedrag had moeten aanpassen. Tegen deze achtergrond heb ik in par. 4.2.12 gewaarschuwd voor 'klakkeloze' vormen van generalisering, die ertoe leiden dat de laedens wordt afgerekend op een risico dat hij redelijkerwijs niet had kunnen vermijden. Meer in het bijzonder heb ik betoogd dat generalisering beperkt dient te blijven tot voorzienbare *categorieën* van belangen aantasting, waarmee ik bedoel dat de laedens slechts aansprakelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van een onvoorzienbaar risico, indien dat risico kan worden beschouwd als een variant van een ander risico, dat wél voorzienbaar voor hem was.

Al met al zou ik menen dat tussen de twee typen van objectivering, derhalve de persoonsgerelateerde en de kennisgerelateerde variant, een principiële verschil in benadering bestaat, hoezeer zij ook in concrete gevallen verweven en verwant kunnen zijn. Waar de kennisgerelateerde objectivering aanknoopt bij de subjectieve kennis van de verantwoordelijke partij, door deze als het ware extensief te interpreteren, is de persoonsgerelateerde objectivering juist (tot op zekere hoogte) losgekoppeld van dat subjectieve perspectief, en primair gericht op het achterhalen van de kennis die anderen bij de verantwoordelijke partij aanwezig mochten veronderstellen. Ratio van het 'behoren te weten' is hier niet de gedachte dat de geobjectiverde kennis in het verlengde ligt van hetgeen de verantwoordelijke partij 'overigens' al wist of vermoedde, maar dat de buitenwereld in goed vertrouwen die geobjectiverde kennis aan de verantwoordelijke partij mocht toedichten. Zo beschouwd kan de persoonsgerelateerde objectivering worden gekarakteriseerd als een vorm van *toerekening van kennis*. In veel gevallen geschiedt een dergelijke toerekening impliciet en is zij vanzelfsprekend, bijvoorbeeld waar het gaat om de geobjectiverde kennis waarover een ter zake deskundige partij behoort te beschikken (par. 5.3.5). Complicaties kunnen echter ontstaan, indien de toe te rekenen kennis bij derden berust, zoals ondergeschikten, externe adviseurs of andere relaties van de verantwoordelijke partij. In dat geval rijst de vraag of het publiek erop mocht vertrouwen dat de bedoelde derden hun kennis met de verantwoordelij-

ke partij zouden delen. Over deze problematiek, die hier overigens niet in extenso kan worden behandeld,³⁶ handelt de volgende paragraaf.

5.2.7 Vervolg; toerekening van kennis

Toerekening van kennis doet zich in de praktijk vaak voor ten aanzien van *organisaties*, zoals overheidsinstanties en bedrijven. Dat ligt voor de hand, omdat de kennis van organisaties veelal berust bij de natuurlijke personen die daarvan deel uitmaken. Tjittes signaleert terecht dat dit niet altijd het geval is. Indien het bijvoorbeeld gaat om 'een combinatie van in de organisatie opgeslagen kennis uit het verleden en verspreide kennis bij een aantal personen binnen de organisatie' acht Tjittes het zinvoller om – bij wijze van fictie – te spreken van 'organisatiewetenschap'.³⁷ In andere gevallen komt het aan op een toerekening van de kennis van individuele functionarissen die binnen de organisatie werkzaam zijn.

Voor de onderhavige vorm van toerekening van kennis, als bijzondere variant van het in par. 5.2.5 bedoelde persoonsgerelateerde objectiveringstype, geldt de zogenaamde *vereenzelvigingsmaatstaf* uit het bekende arrest over kleuterschool Babbel.³⁸ Het gaat erom, of de kennis van de functionaris 'in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden' als kennis van de organisatie.³⁹ Volgens Tjittes moet dit met inachtneming van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld, in welk verband hij een aantal gezichtspunten bespreekt.⁴⁰ Globaal gesproken ziet Tjittes voor de toerekening van kennis van functionarissen aan organisaties slechts plaats, indien het gaat om 'functionele kennis', derhalve kennis die de functionaris in het kader van de uitoefening van zijn functie heeft verworven, en de functionaris kwalificeert als 'Wissensvertreter' van de organisatie, derhalve als iemand die tot taak heeft de verworven kennis door te geleiden binnen de organisatie.⁴¹ Het arrest P&F/Peper en De Hart uit 2005 bevestigt dat toerekening van kennis van functionarissen aan organisaties niet iets vanzelfsprekends is.⁴² Het ging in casu om de beweerdelijke totstandkoming van een overeenkomst over de koop van

36 Vgl. de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 11 november 2005, NJ 2007, 231 (Ontvanger/Voorsluijs), sub 9, die wijst op het belang van een 'grondige studie' van toerekening van kennis.

37 Tjittes 2001, p. 44-45. Overigens gaat het ook hier om toerekening van kennis, zij het dat die kennis niet bij individualiseerbare functionarissen binnen de organisatie berust.

38 Zie HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Babbel), r.o. 1, waarin het overigens ging om de toerekening van *gedrag* i.p.v. kennis. De maatstaf uit het Babbel-arrest is recent bevestigd in HR 25 juni 2010, LJN BL5420, NJ 2010, 371 (Gelderland/Vitesse c.s.), r.o. 4.1.1.

39 Zie bijv. Klaassen 1999, p. 92; Tjittes 2001, p. 31-32; en De Valk, 2009, p. 64-65.

40 Tjittes 2001, p. 39-44. Zie in gelijke zin De Valk 2009, p. 66.

41 Aldus Tjittes 2001, p. 40, onder verwijzing naar het Duitse recht.

42 Anders De Valk 2009, p. 67, die betoogt dat in het algemeen 'een ruime toerekening van gedrag en kennis' aan rechtspersonen voor de hand ligt.

kantoormeubilair tussen P&F Project Furniture BV enerzijds en de handelspartners Peper en De Hart anderzijds, waarover laatstgenoemden hadden onderhandeld met De Vries, een handelsagent van P&F. Peper en De Hart ontkenden partij te zijn bij de gesloten koopovereenkomst, omdat zij naar eigen zeggen hadden gecontracteerd in hun hoedanigheid van bestuurders van een door hen gedreven coöperatie. In dit verband rees de vraag of de wetenschap van De Vries, dat Peper en De Hart hun onderneming inderdaad dreven in de vorm van een coöperatie, aan P&F moest worden toegerekend. Volgens de Hoge Raad kwam het 'erop aan of deze wetenschap in het maatschappelijk verkeer als wetenschap van P&F heeft te gelden, waarbij met inachtneming van de omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of Peper en De Hart het ervoor mochten houden dat P&F daarmee van de rechtsvorm van hun onderneming op de hoogte was'. Een eventueel 'gebrek in de interne communicatie' tussen P&F en haar handelsagent kwam volgens de Hoge Raad niet 'zonder meer' voor rekening en risico van P&F.⁴³

Het arrest *Ontvanger/Voorsluijs* uit 2005 bevestigt dat de Hoge Raad bij de toerekening van kennis terughoudendheid betracht.⁴⁴ Meer in het bijzonder blijkt uit dit arrest dat de bovenbedoelde vereenzelvigingsmaatstaf niet mag worden toegepast, indien het gaat om de toerekening van 'externe' kennis, dat wil zeggen kennis die zich bevindt bij externe partijen, buiten de organisatie van de verantwoordelijke partij.⁴⁵ Het ging in casu om een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad van de Ontvanger tegen Voorsluijs, die zijn aandelen in een vennootschap had overgedragen aan partijen die geen zorg droegen voor de afdracht van vennootschapsbelasting. Hierbij rees de vraag of in dit verband aan Voorsluijs moest worden toegerekend dat zijn belastingadviseur wist althans behoorde te weten van het onderhavige risico van 'leeghalen' van de vennootschap, een fiscale constructie die in de jaren tachtig van de vorige eeuw niet ongebruikelijk was. De Hoge Raad stelde dienaangaande voorop 'dat toerekening van kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel die iemand ten aanzien van de behoorlijke afwikkeling van een transactie heeft aan een ander die deze kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel zelf niet had, weliswaar niet onder alle omstandigheden is uitgesloten, maar dat daarbij wel terughoudendheid moet worden betracht'. Dit klemmt temeer in vraagstukken van aansprakelijkheid, aldus de Hoge Raad, 'gezien het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen' (r.o. 3.5). De door het cassatie-

43 HR 11 maart 2005, *NJ* 2005, 576 (P&F/Peper en De Hart), r.o. 3.4.2.

44 HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken (*Ontvanger/Voorsluijs*). De naam van verweerder in cassatie (*Voorsluijs*) is ontleend aan *RvdW* 2005, 123.

45 Deze terminologie is ontleend aan Tjittes 2001, p. 11 e.v. (over toerekening van 'externe' kennis) en p. 30 e.v. (over toerekening van 'interne' kennis).

middel voorgestelde toepassing van de bovenbedoelde vereenzelvigingsmaatstaf werd uitdrukkelijk verworpen (r.o. 3.6):

‘Een dergelijke maatstaf biedt een oplossing voor het probleem dat een juridische constructie als een rechtspersoon slechts door natuurlijke personen aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen. Toerekening van onrechtmatige gedragingen aan de rechtspersoon wordt dan mede gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen. Deze maatstaf leent zich niet voor overeenkomstige toepassing bij de thans te beantwoorden vraag of de (eventuele) kennis omtrent de verdere afwikkeling van de onderhavige op zichzelf niet ongeoorloofde transactie en de fiscale gevolgen daarvan, welke kennis wel bij de adviseur maar niet bij de opdrachtgever aanwezig was, aan de opdrachtgever kan worden toegerekend met het gevolg dat ook het handelen van de opdrachtgever zelf als onrechtmatig moet worden beschouwd. Met betrekking tot de – dikwijls niet naar buiten blijkende – verhouding tussen een adviseur en diens opdrachtgever is de hiervoor bedoelde vereenzelving niet aan de orde, omdat de opdrachtgever ook zelfstandig kan en veelal zal optreden.’

De Hoge Raad predikt dus terughoudendheid,⁴⁶ maar laat het formuleren van een algemeen geldende maatstaf voor de toerekening van ‘externe’ kennis achterwege. Voor wat betreft het contractenrecht is een dergelijke maatstaf te vinden in art. 1:305 PECL en art. II-1:105 DCFR, inzake ‘imputed knowledge’. Deze bepalingen komen er kort gezegd op neer dat alle (veronderstelde) kennis van de bij de totstandkoming of uitvoering van een overeenkomst betrokken personen aan de contractspartijen wordt toegerekend.⁴⁷ Terecht betoogt Vranken dat een zó algemene toerekeningsmaatstaf niet kan worden aanvaard.⁴⁸ De vraag rijst hoe de toerekening van kennis anderszins kan worden gerechtvaardigd, en ingebed in het stelsel van ons verbintenissenrecht.

In dit verband wordt wel gewezen op de norm van art. 3:66 lid 2 BW voor vertegenwoordigingssituaties. Het gaat hier om de *leer van het grootste aandeel*, inhoudend dat bij de beoordeling van een discrepantie tussen wil en verklaring c.q. bij het vaststellen van een wilsgebrek zowel de kennis van de vertegenwoordiger als die van de vertegenwoordigde in aanmerking komen, ‘al naar

46 Vgl. de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij het arrest Ontvanger/Voorsluijs, sub 11. Zie voor pleidooien van gelijke strekking de conclusie van A-G Spier voor HR 9 juli 2010, LfN BL3262, RvdW 2010, 898 (Enschedeese vuurwerkcramp), sub 13.203-13.204; en de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 28 oktober 2011, LfN BQ5986, RvdW 2011, 1314 (Ponzischeme), sub 25.

47 Art. II-1:105 DCFR, dat vrijwel gelijk is aan art. 1:305 PECL, luidt: ‘If a person who with a party’s assent was involved in making a contract or other juridical act or in exercising a right or performing an obligation under it: (a) knew or foresaw a fact, or is treated as having knowledge or foresight of a fact; or (b) acted intentionally or with any other relevant state of mind, this knowledge, foresight or state of mind is imputed to the party.’

48 Zie de NJ-annotatie van J.B.M. Vranken bij HR 11 november 2005, NJ 2007, 231 (Ontvanger/Voorsluijs), sub 8 (m.b.t. art. 1:305 PECL).

gelang het aandeel dat ieder van hen heeft gehad in de totstandkoming van de rechtshandeling en in de bepaling van haar inhoud'.⁴⁹ Castermans heeft gepleit voor overeenkomstige toepassing van dit artikel op overige vraagstukken van toerekening van kennis, althans in de precontractuele sfeer.⁵⁰ Mijns inziens is hier enige voorzichtigheid geboden, omdat de onderhavige maatstaf bij uitstek is toegespitst op situaties van vertegenwoordiging, waarin de relevante gedraging (het sluiten van een overeenkomst) wordt verricht door een ander dan de verantwoordelijke partij (namelijk door de vertegenwoordiger, namens de vertegenwoordigde). Buiten dat kader ligt de gedachte dat een derde een groter of juist een kleiner aandeel heeft gehad in de gedraging van de verantwoordelijke partij, resulterend in het al of niet toerekenen van diens kennis aan laatstgenoemde, niet zonder meer voor de hand. Illustratief is de zojuist besproken casus van het arrest Ontvanger/Voorsluijs.

Het voorgaande neemt niet weg dat de leer van het grootste aandeel als maatstaf kan dienen in situaties die met gevallen van vertegenwoordiging een relevante gelijkenis vertonen.⁵¹ Men denke bijvoorbeeld aan de situatie dat iemand met het oog op de aankoop van een woning een deskundige inschakelt, om hem te vergezellen bij de bezichtiging en hem te adviseren over eventuele bouwkundige gebreken. Naar gelang van het aandeel van deze deskundige in de totstandkoming van de overeenkomst, althans in het daaraan voorafgaande onderhandelingsproces, laat het zich indenken dat diens kennis aan de koper moet worden toegerekend. Dienovereenkomstig overwoog de Hoge Raad in het arrest Bunde/Erckens, betreffende een geval van discrepantie tussen wil en verklaring vanwege een misverstand over de betekenis van een in de overeenkomst gebruikte term, dat voor de uitleg van die term relevant was of de partij bij wie het misverstand bestond, 'zich had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte'.⁵² Voor een dergelijke gerechtvaardigde verwachting dat de deskundige zijn kennis met de verantwoordelijke partij zou delen, is inderdaad de mate van betrokkenheid van de deskundige bij het (onder)handelen van de verantwoordelijke partij – met andere woorden: diens aandeel daarin – van belang.

Afgezien daarvan kunnen mijns inziens ook andere omstandigheden een rol spelen, als gezichtspunten voor de toerekening van toegevoegde deskundigheid. In de literatuur wordt bijvoorbeeld gewezen op de invloed van de *hoedanigheid* van partijen.⁵³ Tjittes pleit in dit verband voor 'toerekening van kennis van een externe deskundige aan een onderneming als regel', terwijl

49 Zie daarover bijv. Tjittes 2001, p. 13-17; Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I (2004), nr. 80 e.v.; en Bloembergen/Van Schendel in Hijma e.a. 2010, nr. 112.

50 Zie Castermans 1992a, p. 78, 98-100.

51 Vgl. Tjittes 2001, p. 28-29 (sub ii).

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

53 Zie bijv. Klaassen 1999, p. 98; en Tjittes 2001, p. 21.

hij ten aanzien van particulieren meer terughoudendheid bepleit.⁵⁴ Zelf zou ik het hoedanigheidsargument hier liever, zoals ook elders in het contractenrecht (par. 3.6.3), hanteren als *gezichtspunt*. Het bovengenoemde arrest P&F/Peper en De Hart illustreert dat zelfs de kennis van een interne handelsagent niet onder alle omstandigheden, en in zoverre niet als *regel*, aan een onderneming mag worden toegerekend.

Vanuit een breder perspectief zou ik menen dat het *vertrouwensbeginsel* uiteindelijk de doorslag moet geven, als overkoepelende maatstaf voor de toerekening van kennis.⁵⁵ Aan het slot van de voorgaande paragraaf bleek reeds dat dit beginsel ten grondslag ligt aan het persoonsgerelateerde type van objectivering, dat zich hier manifesteert. In mijn visie gaat het erom of de wederpartij onder de gegeven omstandigheden mocht aannemen dat iemand anders – een interne functionaris, een externe deskundige of een andere betrokken derde – zijn kennis met de verantwoordelijke partij zou delen. Voor een dergelijk vertrouwen zijn uiteraard goede gronden vereist. Omgekeerd betekent dit dat de wederpartij die redenen had om aan de kennis van de verantwoordelijke partij te twijfelen, omdat het onder de gegeven omstandigheden juist niet voor de hand lag dat interne of externe adviseurs de verantwoordelijke partij (genoegzaam) zouden voorlichten, zich níet op toerekening van kennis kan beroepen. Objectivering van het persoonsgerelateerde type, uitgaande van de kennis die bij de verantwoordelijke partij in goed vertrouwen aanwezig mocht worden verondersteld, is dan immers logischerwijze uitgesloten. Wel is denkbaar dat een beroep op kennisgerelateerde objectivering hier nog soelaas biedt, derhalve een beroep op de kennis waarover de verantwoordelijke partij ‘overigens’ reeds beschikte (par. 5.2.5). Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat op de verantwoordelijke partij, in verband met de bij haar gerezen twijfel omtrent een bepaalde stand van zaken, een onderzoeksplicht rustte. In dat geval kan geobjectiveerde kennis worden aangenomen zonder toerekening van kennis van derden.

5.3 INFORMATIEPLICHTEN

5.3.1 Rol en betekenis

De kennis van justitiabelen, die hierboven centraal stond, ligt aan de basis van hun juridische verantwoordelijkheid. Wat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid of maatschappelijke zorgvuldigheid van justitiabelen mag worden

54 Zie Tjittes 2001, p. 25-27.

55 Ook andere auteurs verwijzen in dit verband naar het vertrouwensbeginsel, zij het niet steeds als ultieme grondslag voor toerekening van kennis. Zie bijv. Castermans 1992a, p. 99; Klaassen 1999, p. 96; Tjittes 2001, p. 21; en Dammingh 2002, p. 245. Vgl. ook de hierboven geciteerde overweging uit HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens).

verwacht, is in belangrijke mate afhankelijk van hetgeen zij onder de gegeven omstandigheden wisten of behoorden te weten. Ook de gelding van een precontractuele mededelingsplicht of delictuele waarschuwingsplicht wordt mede bepaald door de kennis van de verantwoordelijke partij, zoals hieronder in par. 5.3.3 zal worden uitgewerkt. Informatieplichten vormen aldus een verbindende schakel tussen kennis en verantwoordelijkheid (par. 1.1).

Hierboven werd meermaals benadrukt dat de beoordeling van de kennis van justitiabelen een deugdelijke motivering vergt. Bij die motivering spelen informatieplichten een belangrijke rol. Zij stellen de rechter in staat zijn oordeel over de wederzijdse verantwoordelijkheden van partijen te koppelen aan hun kennis, zonder te verzanden in puur casuïstische beschouwingen. Hun contextgebonden aard maakt maatwerk mogelijk, terwijl anderzijds hun normatieve karakter een waarborg tegen willekeur vormt. Informatieplichten houden dus – idealiter – het juiste midden tussen norm en feit.⁵⁶ Men denke bijvoorbeeld aan het dwalingsleerstuk, dat zónder de mededelingsplicht en de waarheidsplicht van art. 6:228 lid 1 sub a en b BW ongetwijfeld een stuk minder inzichtelijk en hanteerbaar zou zijn (par. 3.6.19). Rechtsvergelijking bevestigt dit. In Frankrijk (par. 2.6.1) en Duitsland (par. 2.7.1), waar de precontractuele informatieplichten buiten het dwalingsleerstuk, in het kader van het bedrog zijn gesitueerd, leidt het dwalingsleerstuk een kwijnend bestaan, terwijl het bedrog juist (zogezegd) floreert. In Nederland doet zich precies de omgekeerde situatie voor, zoals bleek in par. 3.5.2. Informatieplichten kunnen dus een geweldige impuls geven aan de leerstukken waarop zij worden toegepast.

De kracht van informatieplichten schuilt enerzijds in hun flexibiliteit en anderzijds in hun hanteerbaarheid. Met flexibiliteit bedoel ik dat zij zich, zoals gezegd, voegen naar de concrete casus. Als zodanig vormen zij een voorbeeld van het door Vranken gesignaleerde verschijnsel van ‘contextualisme’, het ineenvloeiën van normen en feiten.⁵⁷ Met hanteerbaarheid bedoel ik dat informatieplichten breed inzetbaar zijn, in vele leerstukken van het verbintenisrecht. Dit houdt verband met hun ondogmatische karakter. Informatieplichten zijn dialectisch van aard: zij vertalen technische vraagstukken in een concreet communicatievoorschrift voor de betrokken partijen. Redeneren met behulp van informatieplichten ‘praat’ daardoor makkelijk.

Beide krachten van informatieplichten kennen hun keerzijde. *Flexibiliteit*, om te beginnen, bergt het risico van onvoorspelbaarheid in zich. Als informatieplichten geheel op de omstandigheden van ieder afzonderlijk geval worden afgestemd, ontberen zij normerende werking voor andere gevallen. Aldus bieden informatieplichten nog slechts ‘Einzelfallgerechtigkeit’.⁵⁸ Barendrecht

56 Zie meer in het algemeen over de wisselwerking tussen norm en feit Asser/Vranken** (1995), nr. 108.

57 Asser/Vranken*** (2005), nr. 96.

58 Zie over de tegenstelling tussen ‘Normgerechtigkeit’ en ‘Einzelfallgerechtigkeit’ bijv. Lange-meijer 1994, p. 133 (kritisch); en Wiarda/Koopmans 1999, p. 73-74.

heeft in zijn dissertatie van 1992 nadrukkelijk voor dit risico gewaarschuwd, dat volgens hem aan alle vage, contextgebonden normen inherent is. Hij pleit voor de ontwikkeling van 'modellen van rechtvaardigheid', dat wil zeggen scherpe (vuist)regels, die als voorlopig uitgangspunt kunnen dienen bij de beoordeling van concrete geschillen.⁵⁹ Op het terrein van de precontractuele goede trouw heeft Tjittes deze handschoen opgepakt. In navolging van zijn promotor Brunner, die betoogde dat het zakenleven 'zijn eigen regels en zijn eigen moraal' kent,⁶⁰ heeft Tjittes een categorisch beschermingsmodel ontwikkeld, uitgaande van de hoedanigheid van contractspartijen. Tjittes pleit voor een driedeling van contractspartijen in particulieren, ondernemers en overheden, als 'globale en gestandaardiseerde hoedanigheidscategorieën'.⁶¹ De achterliggende gedachte is dat particulieren ten opzichte van professionals moeten worden beschermd, maar dat professionele partijen onderling geen vergaande bescherming behoeven.

Vranken heeft deze benadering van de 'Groningse school' bekritiseerd, bij gebrek aan empirische onderbouwing.⁶² Zelf zou ik menen dat de noden van het zakenleven in hun algemeenheid geen geldig argument kunnen vormen voor de afwijzing van een contextgebonden rechtsbescherming. Ook tussen professionele partijen kan onder omstandigheden immers behoefte bestaan aan het corrigeren van informatieasymmetrie.⁶³ De hoedanigheid van contractspartijen vormt zeker een gewichtig gezichtspunt voor de invulling van de toepasselijke informatieplicht (par. 3.6.3), en in zoverre zál de bescherming van professionele partijen vaak minder ver strekken dan die van particulieren, maar als *regel* zou ik dat toch niet willen aanvaarden. Terecht betoogde Snijders, in zijn recensie van het proefschrift van Barendrecht, 'dat streven naar grotere scherpte gemakkelijk leidt tot normen die de praktijk als willekeurig ervaart'.⁶⁴ Tegen die achtergrond meen ik dat bij de toepassing van informatieplichten de concrete context nooit uit het oog mag worden verloren. Voor 'Einzelfallgerechtigheit' hoeft niet te worden gevreesd, zolang de rechter het juiste midden bewaart tussen norm en feit, door een maatstaf te kiezen die enerzijds recht doet aan de omstandigheden van het geval en anderzijds

59 Zie Barendrecht 1992, p. 12-13. Zie ook p. 92-99, waar Barendrecht het 'vage' karakter van de mededelingsplicht bij dwaling bekritiseert. Ter vermijding van misverstand zij bedacht dat deze kritiek ziet op de vaagheid van (open) *normen*. Het daarop gebaseerde *oordeel* behoeft geenszins vaag te zijn, zal vaak juist aan scherpte winnen door toespitsing op de casus.

60 Zie Brunner 1992, p. 95, die zich overigens toespitst op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

61 Zie Tjittes 1994, p. 248-250. Zie in gelijke zin bijv. Hardy 2009, p. 321-322.

62 Zie Vranken 1997, p. 28 e.v.; en Asser/Vranken*** (2005), nr. 48, waar wordt verwezen naar empirische gegevens die suggereren dat het zakenleven wel degelijk behoefte heeft aan een contextgebonden rechtsbescherming. Zie voorts in kritische zin bijv. Raaijmakers 2002, p. 62-63; en Hesselink 2009, p. 97-99.

63 Aldus ook Hesselink 2009, p. 92-93, 99.

64 Snijders 1992b, p. 1152.

normatief gehalte heeft, in die zin dat deze zich leent voor toepassing in vergelijkbare gevallen.

De andere kracht van informatieplichten, hun *hanteerbaarheid*, heeft eveneens een keerzijde. Deze schuilt in wat Vranken treffend de 'absorberende werking' van informatieplichten heeft genoemd.⁶⁵ Informatieplichten snijden, in zijn woorden, 'dwars door bestaande leerstukken heen'.⁶⁶ Vranken gaat zover te concluderen dat vrijwel alle leerstukken van het verbintenissenrecht kunnen worden 'beschreven en geanalyseerd in termen van mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten'.⁶⁷ Ik onderschrijf die constatering, maar niet de onbezorgde toon ervan.⁶⁸ Uit de voorgaande hoofdstukken leid ik af dat informatieplichten het processuele debat niet altijd verhelder en dat, integendeel, aan hun absorberende werking soms weerstand moet worden geboden. Illustratief is de in het arrest Marks/ASZ aanvaarde 'zorgplicht' van een ziekenhuis met betrekking tot de juistheid van haar foldermateriaal,⁶⁹ welke zorgplicht door de Hoge Raad in het kader van art. 6:228 lid 1 sub a BW is gepositioneerd, maar aldaar goed beschouwd alleen maar overbodige vragen oproept (par. 3.6.8). Ook in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht krijgen informatieplichten soms zozeer de overhand, dat zij het zicht op de materie benemen. Zo bleek in par. 4.3.1 dat in vraagstukken van gevaarzetting de aandacht gemakkelijk verschuift van hetgeen de laedens in termen van risicoschepping heeft gedaan, naar hetgeen hij in termen van informatieverstrekking heeft nagelaten. Het gevaar van die benadering is dat aldus de mogelijkheid van andere voorzorgsmaatregelen dan een waarschuwing buiten beeld raakt (par. 4.3.13).

Een intrigerend voorbeeld van de absorberende werking van informatieplichten, als negatieve keerzijde van hun brede inzetbaarheid, wordt besproken door Stolker in zijn dissertatie over medische beroepsaansprakelijkheid. Hij werpt daar de vraag op of een arts patiënten dient te waarschuwen voor het feit dat hij met een bepaalde ingreep zelf (nog) onvoldoende ervaring heeft. Stolker verwijst naar Duitse rechtspraak uit de jaren tachtig van de vorige eeuw, waarin deze vraag aanvankelijk bevestigend maar uiteindelijk ontkenkend werd beantwoord.⁷⁰ Het achterliggende dilemma is dat een gebrek aan ervaring enerzijds als risicofactor voor de patiënt kwalificeert, terwijl anderzijds het opbouwen van medische ervaring juist onmogelijk zou worden, indien artsen op dit punt tot informatieverstrekking gehouden zouden zijn. De heersende leer, ook in Nederland, stelt zich derhalve op het standpunt dat de patiënt niet hoeft te worden gewaarschuwd voor een gebrek aan ervaring,

65 Vranken 1989, p. 3, 208.

66 Vranken 1989, p. 203, 206.

67 Vranken 1989, p. 197, 206.

68 Vgl. Vranken 2000, p. 154, waar Vranken een benadering in termen van informatieplichten zelfs 'realistischer' noemt dan de klassieke, leerstukgebonden benadering.

69 HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 m.nt. JH (Marks/ASZ), r.o. 3.5.3.

70 Stolker 1988, p. 54-55.

maar dat de onervaren arts zo nodig wel een ervaren collega moet inschakelen, en dat hij in geval van een beroepsfout (uiteraard) hoe dan ook aansprakelijk is.⁷¹ De kwestie illustreert, vanuit een breder perspectief, dat informatieverstrekking niet altijd het ideale voorzorgsmiddel is ter beheersing van risico's en dat – integendeel – bepaalde risico's beter verborgen en onbesproken kunnen blijven.

Al met al zou ik menen dat de primaire betekenis van informatieplichten beperkt is – en moet blijven – tot de rechtsvinding in het concrete geval. Informatieplichten bieden de feitenrechter een bruikbaar instrument bij de onderbouwing van zijn oordeel, en in het verlengde daarvan bieden zij de Hoge Raad een handvat voor de toetsing van een dergelijk oordeel in cassatie.⁷² Zodra informatieplichten echter het zicht op de materie vertroebelen in plaats van verscherpen, of vragen oproepen die in de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen niet aan de orde zijn, is hun betekenis mijns inziens uitgewerkt. Ik beschouw informatieplichten als normen van het type dat Nieuwenhuis aanduidt als 'discussieregels', normen die aangeven 'met behulp van welke argumenten het debat gevoerd moet worden'.⁷³ Dat wil niet zeggen dat informatieplichten, in het verlengde van hun processuele functie, geen normatieve betekenis hebben. Zoals betoogd in par. 2.4.2, vertegenwoordigen informatieplichten mijns inziens een ware rechtsnorm. Zij vormen echter niet de ultieme *belichaming* van die norm en in zoverre geen 'doel op zich'. Idealiter zijn informatieplichten (niet meer, maar ook niet minder dan) een nuttige tussenstap in de rechterlijke motivering, op weg naar een contextgebonden oordeel over het voorliggende geschil. Informatieplichten, kortom, als brug tussen kennis en verantwoordelijkheid (par. 1.1).

5.3.2 Toepassing; uitgangspunt

Bij de concrete toepassing van informatieplichten rijst allereerst de vraag naar het door de rechter te hanteren *uitgangspunt*. Dient beschikbare informatie in beginsel met belanghebbenden te worden gedeeld, of bestaat er voor het aannemen van een dergelijke plicht tot informatieverstrekking slechts onder bijzondere omstandigheden grond? Ten aanzien van de waarschuwingplicht bij gevaarzetting luidt het antwoord duidelijk in laatstbedoelde zin.⁷⁴ Gevaar-

71 Zie bijv. Stolker 1988, p. 31, 55; Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 38, 43-44; en Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 107. Zie nader over de medische beroepsaansprakelijkheid par. 4.8.2.

72 Vgl. Asser/Vranken** (1995), nr. 234.

73 Nieuwenhuis 2007, p. 54. Vgl. ook Vranken 1989, p. 202, die spreekt van 'procedurevoorschriften', maar niet met deze (in zijn ogen te enge) functieomschrijving wil volstaan.

74 Enigszins *anders* Van Dam 2000, nr. 823, die betoogt: 'Indien moet worden aangenomen dat de ander geen weet heeft van een voor hem relevant risico of zich dat risico onvoldoende realiseert, dient hij daartegen in beginsel te worden gewaarschuwd'.

zetting is immers eerst onrechtmatig indien daarmee meer risico wordt genomen dan redelijkerwijs verantwoord is (par. 4.2.10). Voor het aannemen van een delictuele waarschuwingsplicht moeten dus telkens deugdelijke argumenten worden gevonden in de omstandigheden van het geval (par. 4.3.2).

In het dwalingsleerstuk is minder duidelijk, welk uitgangspunt ten grondslag ligt aan de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Castermans neemt in zijn dissertatie het gelijkheidsbeginsel tot uitgangspunt, inhoudend dat een partij die 'meer in haar mars heeft dan de ander', in beginsel is gehouden 'de balans te herstellen door de ander deelgenoot te maken van haar kennis'.⁷⁵ Hij verbindt hieraan als processuele consequentie dat de precontractuele verzwijging van relevante informatie in beginsel kwalificeert als schending van een mededelingsplicht.⁷⁶ In par. 3.6.1 bleek reeds dat ik deze visie niet deel. Meer in het algemeen zou ik menen dat een overwicht in kennis, het beschikken over informatie die andere justitiabelen (mogelijk) niet hebben, een partij niet op voorhand 'verdacht' maakt. Ronduit onaantrekkelijk lijkt mij de gedachte dat een dergelijk overwicht in beginsel zou moeten worden gecompenseerd door middel van informatieverstrekking, nog los van de vraag of justitiabelen gebaat zouden zijn bij de daaruit voortvloeiende 'information overload' (vgl. par. 1.4).

Tegen deze achtergrond heb ik in deze studie tot uitgangspunt genomen dat justitiabelen, zowel in het contractenrecht (par. 3.1.2) als in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (par. 4.1.2), in beginsel zélf verantwoordelijk zijn voor hun goed geïnformeerd gedrag. Dit betekent dat in mijn visie precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten 'in jedem Einzelfall begründungsbedürftig' zijn.⁷⁷ Meer concreet rust mijns inziens op de onwetende partij, die zich op de schending van een dergelijke informatieplicht beroept, een *argumentatielast*,⁷⁸ inhoudend dat zij de argumenten dient aan te dragen, die de gelding daarvan onder de gegeven omstandigheden rechtvaardigen.⁷⁹ Met het oog op de bedoelde argumentatie worden hieronder de voorwaarden voor gelding van een precontractuele mededelingsplicht of delictuele waarschuwingsplicht besproken, aanknopend bij de basisvereisten en gezichtspunten uit het dwalingsleerstuk.

75 Zie Castermans 1992a, p. 10, die overigens op p. 189 toevoegt dat het hier 'slechts om een uitgangspunt gaat'. Zie in gelijke zin bijv. Van Schaick 2009a, p. 14; en Barendrecht 1992, p. 97-98. Vgl. ook art. II-3:103 DCFR over precontractuele informatieplichten i.v.m. 'informational disadvantage' (par. 2.9.2).

76 Castermans 1992a, p. 71-72. Zie in gelijke zin bijv. Cohen Henriquez 1976, p. 631, sub 1.

77 Deze formule is in de Duitse literatuur over de precontractuele *Aufklärungspflicht* gangbaar (par. 2.7.2).

78 Vgl. Valk 2010a, p. 914 (m.b.t. de mededelingsplicht bij dwaling). Zie ook par. 3.6.1.

79 Voor zover in dat kader feitelijke vragen rijzen, rust op de onwetende partij in zoverre ook een *bewijslast*. Vgl. (m.b.t. art. 6:98 BW) Akkermans 2002, p. 18.

5.3.3 Model; feitelijke toets

In par. 3.6.1 bleek dat voor een geslaagd beroep op dwaling wegens schending van een precontractuele mededelingsplicht in de zin van art. 6:228 lid 1 sub b BW is vereist dat de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of geacht mocht worden te zijn met respectievelijk (i) de feiten waaromtrent werd gedwaald, (ii) het causaal verband tussen die dwaling en de gesloten overeenkomst en (iii) de mogelijkheid van een dwaling. Afgezien van deze drie *basisvereisten* werd aangenomen dat in dit verband een overkoepelende, contextgebonden toetsing aan (iv) de *verkeersopvattingen* is vereist. Ter uitwerking van dit vierde vereiste zijn in par. 3.6.3 diverse gezichtspunten behandeld, die in par. 3.7.1 e.v. aan de hand van concrete casuïstiek zijn geïllustreerd. Voor de beantwoording van de vraag of de wederpartij naar verkeersopvattingen is gehouden tot het mededelen van de haar bekende informatie, bleken telkens de *aard van de rechtsverhouding*, de *aard van de betrokken informatie* en de *aard van de betrokken belangen* relevant. In par. 4.3.2 heb ik dit stelsel van basisvereisten en gezichtspunten ‘vertaald’ naar het gevaarzettingsleerstuk en toegepast op de delictuele waarschuwingsplicht. Dezelfde drie categorieën van gezichtspunten bleken hier een rol te spelen (par. 4.3.4), waarbij de laatste categorie, betrekking hebbend op de aard van de betrokken belangen, meer specifiek kon worden gerelateerd aan de bekende Kelderluikfactoren (par. 4.3.5 e.v.). Een en ander is in par. 4.4.1 e.v. geïllustreerd aan de hand van concrete casuïstiek.

De basisvereisten en gezichtspunten uit het dwalingsleerstuk wijzen mijns inziens in de richting van een algemeen model voor de aanvaarding van precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten.⁸⁰ Het gaat hier om een descriptief model, dat beschrijft welke voorwaarden rechters plegen te stellen aan de gelding van een plicht tot informatieverstrekking. Het model is dus bedoeld als een (schematische) *weergave* van bestaande rechtspraak, niet als alternatief daarvoor.

Het model bestaat uit een feitelijke en een normatieve toets. De feitelijke toets ziet op de *kennis* van de verantwoordelijke partij. Vereist is dat deze weet of geacht mag worden te weten van (a) de mede te delen informatie en (b) de relevantie daarvan voor de onwetende partij. Het eerste element (sub a) bewerkstelligt dat justitiabelen slechts gehouden zijn tot verstrekking van informatie waarover zij (geacht mogen worden te) beschikken. Ik beschouw dit als een eis van logica. De met name in het dwalingsleerstuk wel verdedigde constructie van een ‘obligation de s’informer pour informer’, een onderzoeksplicht ten behoeve van de mededelingsplicht (par. 3.6.4), leidt mijns inziens licht tot geforceerde (want fictieve) en onduidelijke (want impliciete) oordelen.

80 Het model is (indirect) ook van belang voor de vaststelling van *onderzoeksplichten*. Vgl. par. 5.3.6, waar de onderzoeksplicht als logische keerzijde van de mededelings- of waarschuwingsplicht wordt getypeerd.

Tegen deze achtergrond heb ik in deze studie bepleit om de precontractuele mededelingsplicht (par. 3.6.2) en de delictuele waarschuwingsplicht (par. 4.3.3) te koppelen aan de *subjectieve* feitenkennis van de verantwoordelijke partij, derhalve aan hetgeen zij wist of geacht mocht worden te weten. Het gaat hier om kennis van de eerste gradatie, zoals bedoeld in par. 5.2.2. Objectivering is in dit verband niet aan de orde, met dien verstande dat het *bewijs* van subjectieve kennis moet worden geleverd aan de hand van objectieve feiten en omstandigheden, die deze kennis aannemelijk maken (par. 5.2.3). In het verlengde hiervan bewerkstelligt de verwijzing naar hetgeen de verantwoordelijke partij 'geacht mocht worden te weten' een lichte mate van (bewijsrechtelijke) objectivering, die het mogelijk maakt om de verantwoordelijke partij in rechte af te rekenen op de verzwijging van informatie die haar onmogelijk kan zijn ontgaan. In dat geval kan men immers, zonder de subjectieve werkelijkheid geweld aan te doen, zeggen dat deze partij in feitelijke zin 'moest' weten van de betrokken informatie.

Het tweede element van de feitelijke toets (sub b) ziet eveneens op subjectieve feitenkennis. Het gaat hier om de vraag of de verantwoordelijke partij wist dan wel geacht mocht worden te weten dat de verzwegen informatie voor de onwetende partij van belang was. Hieronder valt in de eerste plaats het vereiste van kenbaarheid van het causaal verband uit het dwalingsleerstuk (par. 3.6.2), dat in de delictuele sfeer kan worden vertaald in de kenbaarheid van de mogelijkheid van een belangen aantasting (par. 4.3.2). Ook het derde basisvereiste uit het dwalingsleerstuk, inhoudend dat de wederpartij slechts informatie dient te verstrekken indien zij rekening moet houden met een dwaling, ziet op de kenbare relevantie van de betrokken informatie. Men kan immers zeggen dat bij gebreke van een kenbare mogelijkheid van dwaling, het belang van informatieverstrekking voor de wederpartij niet duidelijk is. Op vergelijkbare wijze wordt in het gevaarzettingsleerstuk aangenomen dat de laedens slechts onrechtmatig handelt door het creëren van gevaar, indien en voor zover hij rekening moet houden met onoplettendheid van de potentiële slachtoffers. In par. 4.3.13 heb ik hieruit afgeleid dat voor algemeen bekende risico's in de regel niet hoeft te worden gewaarschuwd. In het onderhavige model laat zich dat aldus verklaren, dat de relevantie van 'common sense warnings' voor de laedens meestal niet kenbaar is.

5.3.4 Model; normatieve toets

Voor het aannemen van een mededelings- of waarschuwingsplicht is als zodanig niet voldoende dat de verantwoordelijke partij beschikt over kennis van de mede te delen informatie, en kennis van de relevantie daarvan. De zojuist besproken feitelijke toets moet daarom worden aangevuld met een normatieve toets, die ziet op de *gerechtvaardigde verwachtingen* van partijen met betrekking tot hun wederzijdse informatievergaring en -verstrekking. In het

dwalingsleerstuk zijn het de verkeersopvattingen, die deze toets uitmaken (par. 3.6.3). Uit het standaardarrest Baris/Riezenkamp blijkt dat in dit verband een tweezijdige benadering is geboden,⁸¹ uitgaande van de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen over en weer (par. 3.5.4). In het gevaarzettingsleerstuk wordt, bij de invulling van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW), op vergelijkbare wijze gewicht toegekend aan de gerechtvaardigde verwachtingen van laedens en gelaedeerde, in die zin dat in het licht dáárvan wordt beoordeeld of de laedens meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was (par. 4.2.10). Per saldo zou ik menen dat aan iedere precontractuele of delictuele plicht tot informatieverstrekking de gedachte ten grondslag ligt, dat de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht verwachten over de betrokken informatie te worden ingelicht.⁸²

Uiteraard gaat het hier niet om de positieve verwachting van een concrete vorm van informatieverstrekking, omdat de onwetende partij daarop feitelijk niet kón rekenen, althans niet op voorhand. Desalniettemin kan de rechter achteraf oordelen dat zij daarop onder de gegeven omstandigheden mócht rekenen. Deze normatieve constructie kan vanuit het perspectief van partijen aldus worden gerechtvaardigd, dat de onwetende partij mocht vertrouwen op de 'status quo', in die zin dat zij zonder tegenbericht van de wederpartij geen onheil behoefde te verwachten (vgl. par. 4.2.10). De gedachte dat een onwetende partij geen gerechtvaardigde verwachtingen kan koesteren omtrent informatieverstrekking door de wederpartij – een gedachte die bijvoorbeeld doorklinkt in de kritiek van sommige auteurs op de toepassing van mededelingsplichten in het conformiteitsleerstuk (par. 3.11.8) – zou ik tegen deze achtergrond willen verwerpen.

De concrete invulling van de normatieve toets, derhalve de beoordeling van hetgeen partijen over en weer in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mogen verwachten, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uit de bespreking van de casuïstiek op het terrein van dwaling en non-conformiteit (par. 3.7.1 e.v.) respectievelijk gevaarzetting (par. 4.4.1 e.v.) leid ik af dat in dit verband telkens de aard van de betrokken rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen een rol spelen.⁸³ Deze gezichtspunten worden in de volgende paragraaf nader behandeld.

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

82 Vgl. Drion 1973, p. 54-55, die meer in algemene zin betoogt dat rechtsregels fungeren als 'verkeersregels van de samenleving', die het mogelijk maken 'dat mensen kunnen handelen en samenleven op basis van wat zij van anderen (...) aan gedragingen mogen verwachten'.

83 Vgl. Busch 2008, p. 130, die op basis van een analyse van Duits contracten- en mededingingsrecht komt tot een vergelijkbare driedeling. Hij onderscheidt 'der Gegenstand der

5.3.5 Vervolg; gezichtspunten

De aard van de betrokken rechtsverhouding, het eerste gezichtspunt dat bij de invulling van de zojuist besproken normatieve toets een rol kan spelen, ziet met name op hetgeen partijen van elkaar mochten verwachten in het licht van hun deskundigheid en/of professionele hoedanigheid. Vooral in het contractenrecht speelt dit gezichtspunt een prominente rol (par. 3.6.3). Ook in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht komt gewicht toe aan de door de maatschappelijke zorgvuldigheid beheerste 'rechtsverhouding' tussen laedens en gelaedeerde,⁸⁴ en in het verlengde daarvan aan hun wederzijdse deskundigheid en/of hoedanigheid (par. 4.3.4). *Compétence oblige*, is telkens de gedachte.⁸⁵ Nu de ratio daarvan schuilt in een gerechtvaardigde verwachting van competentie, zou ik menen dat dit gezichtspunt overwegend objectief moet worden ingevuld, uitgaande van de 'formele' hoedanigheid waarin partijen zich hebben gepresenteerd, respectievelijk de 'uiterlijke' deskundigheid die zij hebben tentoongespreid (par. 3.6.3). Mocht de rechter gewicht willen toekennen aan het feit dat een partij 'toevallig' meer wist dan haar hoedanigheid of uiterlijke deskundigheid deed vermoeden, dan verdient het mijns inziens de voorkeur om een dergelijke kennis – onverholen – in subjectieve termen te beoordelen.⁸⁶ Daarbij kan gebruik worden gemaakt van het 'clean hands'-argument,⁸⁷ inhoudend dat een partij die, hoewel in objectieve zin beschermenswaardig, feitelijk tegen beter weten in heeft gehandeld, geen beroep kan doen op een door de wederpartij geschonden informatieplicht.⁸⁸

Het tweede gezichtspunt, de aard van de betrokken informatie, ziet met name op de traceerbaarheid van de relevante gegevens. Bij wijze van vuistregel kan worden aanvaard dat informatie minder snel behoeft te worden gedeeld, naarmate zij voor de onwetende partij eenvoudiger te ontdekken valt. In zoverre houdt dit gezichtspunt verband met het hierboven besproken relevantievereiste (par. 5.3.3), aangezien voor de verantwoordelijke partij niet altijd zonder meer valt in te zien dat de onwetende partij belang heeft bij de ver-

Informationspflicht', 'die Person des Informationsberechtigten' en 'die Person des Informationspflichtigen' als gezichtspunten. Men herkent hierin resp. de aard van de betrokken informatie ('Gegenstand') en de aard van de betrokken rechtsverhouding ('Person'). Uit het vervolg van zijn analyse (p. 132 e.v.) blijkt dat Busch ook de aard van de betrokken belangen meeweegt.

84 Zie over de kwalificatie van deze relatie als rechtsverhouding par. 2.2.4 (aan het slot).

85 Aldus Nieuwenhuis 1986a, p. 320.

86 Vgl. Valk 2009a, p. 144, die (in de contractuele sfeer) betoogt dat vertrouwensbescherming eindigt waar een 'subjectieve ondergrens' wordt bereikt.

87 Zie daarover bijv. Raaijmakers 2002, p. 73; Asser/Vranken*** (2005), nr. 38; en Hardy 2009, p. 100. Vgl. ook de NJ-annotatie van W.M. Kleijn bij HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (Offringa/Vinck en Van Rosberg), sub 4. Zie voorts de bespreking van dit arrest in par. 3.7.7.

88 Vgl. HR 14 november 2008, LjN BF0407, NJ 2008, 588 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen), besproken in par. 3.7.8.

strekking van eenvoudig traceerbare gegevens. In het contractenrecht kan dit gezichtspunt overigens ook in tegengestelde richting wijzen, in die zin dat een contractspartij die beschikt over moeilijk traceerbare informatie, soms uit rechtseconomische overwegingen juist gerechtigd is deze informatie voor zich te houden, vanwege de door haar betrachtte onderzoeksinspanningen. Als vuistregel geldt hier dat ten aanzien van informatie die de kostbare vrucht is van weloverwogen onderzoek minder snel een precontractuele mededelingsplicht geldt dan ten aanzien van toevallig verkregen informatie (par. 3.6.3). Analoge toepassing van deze vuistregel in het gevaarzettingsleerstuk ligt niet voor de hand, aangezien de 'marktwaarde' van kennis geen excuus kan zijn om anderen bloot te stellen aan fysieke risico's.

De zojuist besproken vuistregel met betrekking tot kostbaar verworven informatie kan ook in verband worden gebracht met het derde gezichtspunt, de *aard van de betrokken belangen*. Dit gezichtspunt legt vooral veel gewicht in de schaal, indien de veiligheid van onwetende partijen in het geding is (par. 3.6.3). Tegen deze achtergrond heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld in de contractuele sfeer als vuistregel geformuleerd dat bij de koop van een tweedehands auto voor verkeersdeelname de aanwezigheid van een veiligheidsgebrek dat niet eenvoudig te ontdekken en herstellen valt, in beginsel voor rekening van de verkoper komt.⁸⁹ Het ligt voor de hand dat het onderhavige gezichtspunt in het gevaarzettingsleerstuk een prominente rol vervult. Meer in het bijzonder komt de betekenis van de aard van de betrokken belangen hier tot uitdrukking in de bekende Kelderluikfactoren,⁹⁰ die strekken tot een afweging van de belangen van dader en slachtoffer, in het licht van enerzijds de omvang van het betrokken risico (par. 4.3.5) en anderzijds de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen (par. 4.3.6). Bij de bespreking van het Kelderluik-arrest in par. 4.1.3 werd betoogd dat uit het relatief onbezwaarlijke karakter van een waarschuwing niet mag worden afgeleid dat delictuele waarschuwingsplichten licht kunnen worden aanvaard. Van geval tot geval moet worden bezien of de laedens, door het achterwege laten van een waarschuwing, meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was (par. 4.2.10). In dit verband speelt ook de eigen verantwoordelijkheid van potentiële slachtoffers een rol (par. 4.3.3), in die zin dat bijvoorbeeld voor gevaren die 'aanstonds duidelijk' zijn, normaliter niet hoeft te worden gewaarschuwd.⁹¹ Men herkent hier opnieuw het in par. 5.3.3 besproken relevantievereiste, inhoudend dat geen informatie hoeft te worden verstrekt indien op voorhand voor de verantwoordelijke partij niet kenbaar was dat de onwetende partij daarbij belang had.

89 HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB (Schirmeister/De Heus), r.o. 3.3.2, besproken in par. 3.7.2.

90 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik).

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

5.3.6 Afbakening; verhouding wederzijdse informatieplichten

Kort samengevat komt het zojuist besproken model van basisvereisten en gezichtspunten hierop neer, dat voor de aanvaarding van een plicht tot informatieverstrekking is vereist dat de verantwoordelijke partij *wist of geacht mocht worden te weten* van de mede te delen informatie en de relevantie daarvan (par. 5.3.3), en voorts dat de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden *redelijkerwijs mocht verwachten* daarover te worden ingelicht (par. 5.3.4), gelet op de aard van de betrokken rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen (par. 5.3.5).

In dit model ligt besloten, zoals bleek aan het slot van de voorgaande paragraaf, dat de aanvaarding van precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten steeds met inachtneming van de eigen verantwoordelijkheid van de onwetende partij dient te geschieden. Meer in het bijzonder kan op de onwetende partij in dit verband een *onderzoeksplicht* rusten, met name wanneer zij aanleiding had tot twijfel over de ware stand van zaken. In het dwalingsleerstuk komt van oudsher veel gewicht toe aan de gedachte dat contractanten gehouden zijn om 'binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen' ter voorkoming van teleurstellingen (par. 3.6.11). In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht ligt de gedachte dat slachtoffers zich moeten indekken tegen risico's waaraan zij ongewild door anderen zijn blootgesteld, op het eerste gezicht minder voor de hand (par. 4.1.1), maar niettemin speelt ook hier de idee van eigen verantwoordelijkheid een belangrijke rol (par. 4.3.12), met name waar het gaat om de verwezenlijking van algemeen bekende risico's (par. 4.3.13).

Hiermee rijst de vraag hoe de zojuist besproken mededelings- en waarschuwingsplichten moeten worden afgebakend ten opzichte van de eigen onderzoeksplicht van de onwetende partij. In par. 5.3.4 is die vraag impliciet reeds beantwoord. Uitgaande van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer ligt het voor de hand de wederzijdse informatieplichten als complementaire grootheden te beschouwen, in die zin dat de eigen verantwoordelijkheid van de ene partij begint waar de verantwoordelijkheid van de andere partij eindigt, en *vice versa*. De hierboven uitgesproken gedachte dat een mededelings- of waarschuwingsplicht heeft te gelden, indien de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten over de betrokken informatie te worden ingelicht, heeft als logische keerzijde dat de wederpartij niet tot informatieverstrekking is gehouden, indien zij onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten dat de onwetende partij zelf de benodigde informatie zou vergaren. Zo beschouwd bestaat tussen de 'altruïstische' plicht tot informatieverstrekking en de 'egoïstische' plicht tot informatievergaring (per definitie) een *omslagpunt*. Men kan dit, in het voetspoor van Drion, beschouwen als een uitvloeisel van de relativiteit van informatieplichten, in die zin dat mede-

delings- en waarschuwingsplichten logischerwijze niet strekken tot bescherming van partijen die zelf in termen van informatievergaring zijn tekortgeschoten.⁹²

Tegen deze achtergrond heb ik in de voorgaande hoofdstukken gepleit voor een ‘digitale’ benadering van de wederzijdse informatieplichten bij dwaling (par. 3.6.14) en bij gevaarzetting (par. 4.3.15). Deze visie is niet onomstreden. Met name op het terrein van de dwaling presenteert de heersende leer de wederzijdse informatieplichten bij voorkeur als zelfstandige grootheden, die elkaar in potentie overlappen (par. 3.6.13). Deze ‘analoge’ benadering ligt in zoverre voor de hand, dat een (eenmaal aangenomen) mededelingsplicht of waarschuwingsplicht, zoals bleek in par. 5.3.3, naar haar aard betrekking heeft op de verstrekking van reeds bekende informatie. Niet voor niets worden precontractuele mededelingsplichten in Duitsland en Engeland aangeduid als *Aufklärungspflichten* respectievelijk *duties of disclosure*, termen die de onthulling van reeds beschikbare informatie impliceren.⁹³ De onderzoeksplicht van de onwetende partij is daarentegen in potentie onbegrensd en niet op voorhand gespecificeerd. In die zin kan men zeggen dat het hier om twee verschillende grootheden gaat, die elkaar in abstracto overlappen. Niettemin zou ik de wederzijdse informatieplichten *in concreto*, waar de rechter zich ziet gesteld voor de vraag welk van beide partijen voor de verstrekking of vergaring van bepaalde informatie (eind)verantwoordelijk is, als complementair willen beschouwen. De conclusie dat ter zake van dezelfde informatie op *beide* partijen een informatieplicht rust, acht ik als uitkomst van een gerechtelijke procedure, en als precedent voor toekomstige gevallen, niet aantrekkelijk.

Het voorgaande houdt verband met mijn ‘processuele’ visie op de functie van informatieplichten, zoals uiteengezet in par. 5.3.1. Rechterlijke uitspraken waarin wordt gekozen voor een analoge benadering van de wederzijdse informatieplichten, derhalve voor een overlap tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht, blinken in mijn visie niet altijd uit in duidelijkheid, omdat zij hinken op twee gedachten. Het is veelzeggend dat de heersende leer een ‘prioriteitsregel’ nodig heeft om te concluderen dat de mededelingsplicht prevaleert boven de onderzoeksplicht (par. 3.6.16). In de hier bepleite visie spreekt het vanzelf dat de onderzoeksplicht ná aanvaarding van een contextgebonden mededelingsplicht een gepasseerd station is (par. 3.6.13). Voor wat betreft het Duitse contractenrecht heeft Busch betoogd dat de wederzijdse verantwoordelijkheden van onderhandelende partijen fungeren als ‘Eckpunkte für die Argumentation’, doordat zij ‘eine differenzierte und vor allem transparente und nachvollziehbare Auseinandersetzung mit der Frage nach der Informationslastverteilung im Vorfeld eines vertragsschlusses’ mogelijk maken.⁹⁴ Deze dialectische kwaliteit van informatieplichten – hun onderlinge

92 Zie Drion 1972, p. 50, wiens betoog nader werd besproken in par. 3.10.3 (aan het slot).

93 Vgl. Sefton-Green 2005, p. 1-2. Zie voorts par. 2.7.2 en 2.8.1.

94 Busch 2008, p. 151 (vgl. ook p. 118-119). Overigens zij vermeld dat Busch’ betoog, dat van meer algemene strekking is, als zodanig geen steun biedt voor de hier bepleite opvatting.

verhouding als logische tegenpolen – gaat mijns inziens verloren als men de wederzijdse informatieplichten van elkaar loskoppelt, door hen als zelfstandige grootheden te beschouwen.

Al met al komt naar mijn mening een digitale benadering, uitgaande van een omslagpunt tussen de wederzijdse informatieplichten, de inzichtelijkheid van het rechterlijk oordeel ten goede. Tegelijkertijd realiseer ik mij dat een analoge benadering in de praktijk aantrekkelijk kan zijn, met name in vraagstukken van aansprakelijkheid, indien de feitenrechter een gedeelte van de schade wegens eigen schuld voor rekening van de onwetende partij wil laten. Hoewel ik meen dat een dergelijke uitkomst ook – en zelfs bij voorkeur (par. 3.6.14 en 4.3.16) – zónder toepassing van een onderzoeksplicht aan de zijde van de onwetende partij kan worden bereikt, wil ik de speelruimte van de feitenrechter in dit verband niet onnodig beperken. Waar het mij vooral om gaat, is dat de overlap tussen de wederzijdse informatieplichten niet wordt opgevat als een ‘gebiedsuitbreiding’ van de mededelings- of waarschuwingsplicht. De voor de hand liggende gedachte dat, bij gebreke van een omslagpunt, de voorgeschreven informatieverstrekking vérder reikt, immers ook de eigen onderzoeksplicht van de onwetende partij tot op zekere hoogte overlapt, spreekt mij niet aan, althans niet voor zover aldus de voorgeschreven informatieverstrekking wordt uitgebreid tot buiten de grenzen van wat onwetende partijen redelijkerwijs mogen verwachten (par. 5.3.4). Illustratief is het in par. 4.3.14 besproken arrest Eurosportief/Wesselink, waarin de Hoge Raad oordeelde dat voor het aannemen van een waarschuwingsplicht aan de zijde van de organisator van een skeelercursus omtrent de risico’s van een valpartij niet beslissend was of het slachtoffer in kwestie ‘zelf bedacht had moeten zijn op het risico van een val op het hoofd’.⁹⁵ In casu leidde deze benadering tot een verdedigbaar resultaat (par. 4.3.16), maar in het algemeen zou ik niet willen propageren dat de delictuele waarschuwingsplicht zich mede uitstrekt tot risico’s waarop de potentiële slachtoffers zelf reeds bedacht moeten zijn. Met nutteloze ‘common sense warnings’ is mijns inziens niemand gebaat (par. 4.3.13). Hiermee verschuift de aandacht naar de vraag hoe informatieplichten in concreto moeten worden nageleefd, het onderwerp waaraan de volgende paragraaf is gewijd.

5.3.7 Uitvoering; naleving en bewijs

Op het eerste gezicht ligt het niet voor de hand hier aandacht te besteden aan de ‘uitvoeringsfase’ van informatieplichten, dat wil zeggen aan de vraag hoe zij moeten worden nageleefd. De in dit onderzoek behandelde informatieplichten kwalificeren immers, zoals betoogd in par. 2.4.2, als *Obliegenheiten*, waarvan

⁹⁵ HR 25 november 2005, NJ 2007, 141 m.nt. C.J.H. Brunner (Eurosportief/Wesselink), r.o. 3.4.6.

de onwetende partij – bij gebrek aan kennis – nooit nakoming zal kunnen vorderen. Dat neemt niet weg dat in concrete gevallen wel degelijk de vraag kan rijzen, of de verantwoordelijke partij genoegzaam aan haar verplichting tot informatieverstrekking heeft voldaan. Het gaat dan om situaties waarin de verantwoordelijke partij de gelding van een mededelings- of waarschuwingsplicht als zodanig niet (langer) betwist, maar aanvoert dat zij de onwetende partij genoegzaam heeft geïnformeerd. Alsdan rijst de vraag hoe ver de toepasselijke informatieplicht onder de gegeven omstandigheden reikte.

In het contractenrecht geldt bij de naleving van een precontractuele mededelingsplicht de regel uit het arrest *Gomes/Rental*, inhoudend dat de voorgeschreven informatieverstrekking voldoende *duidelijk* moet zijn.⁹⁶ In par. 3.6.5 werd hieruit afgeleid dat de te verstrekken mededeling zodanig moet worden ingekleed, dat de dwalende geacht mag worden (i) de mededeling te begrijpen en ernaar te handelen en (ii) de mededeling te signaleren en tot zich door te laten dringen. De mededelingsplicht heeft dus een ruime strekking, maar beoogt geen gegarandeerde effectiviteit, zoals in par. 3.6.5 onder verwijzing naar de Franse doctrine werd betoogd. De wederpartij op wie een mededelingsplicht rust, behoeft zich, met andere woorden, niet in absolute zin te *verzeker*en van de goed geïnformeerde toestemming van de dwalende.

Iets dergelijks geldt ook in het gevaarzettingsleerstuk, waar blijkens het *Jetblast*-arrest de toereikendheid van een waarschuwing als voorzorgsmaatregel ter bescherming van potentiële slachtoffers tegen een bepaald gevaar afhangt van de vraag 'of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden'.⁹⁷ In par. 4.3.7 werd betoogd dat deze norm, die aanknoopt bij de *te verwachten effectiviteit* van de waarschuwing, ruimte biedt voor objectivering, in die zin dat een waarschuwing niet op de meest roekeloze slachtoffers behoeft te worden afgestemd. Dit neemt niet weg dat de delictuele waarschuwingsplicht onder omstandigheden bijzonder ver kan gaan, zoals op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen met gevaarlijke machines, waar geldt dat de werkgever bij het verstrekken van instructies erop dient toe te zien dat deze ook daadwerkelijk door zijn werknemers worden nageleefd (par. 4.6.3). Nochtans geldt in het algemeen dat de delictuele waarschuwingsplicht, evenals de precontractuele mededelingsplicht, geen gegarandeerde effectiviteit beoogt (par. 4.3.7).

Gelet op het voorgaande zou ik menen dat de precontractuele mededelingsplicht en de delictuele waarschuwingsplicht inhoudelijk op één lijn kunnen worden gesteld. De maatstaf uit het *Jetblast*-arrest, die goed aansluit bij het in par. 5.3.4 gehanteerde criterium van gerechtvaardigde verwachtingen over en weer, leent zich mijns inziens voor overeenkomstige toepassing in het

96 HR 11 juli 2008, *LJN* BD2410, *NJ* 2010, 258 m.nt. Jac. Hijma (*Gomes/Rental*), r.o. 3.7.3, besproken in par. 3.6.4.

97 HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 m.nt. CJHB (*Jetblast*), r.o. 3.4.3, besproken in par. 4.3.8.

contractenrecht (par. 3.6.5). Omgekeerd kan het delictuele aansprakelijkheidsrecht mijns inziens inspiratie putten uit het 'contractuele' arrest Gomes/Rental, omdat de hierin neergelegde eis van voldoende duidelijkheid logischerwijze een belangrijk gezichtspunt zal vormen bij de beoordeling van de te verwachten effectiviteit van de mededeling of waarschuwing in kwestie. In het verlengde hiervan zou ik menen dat ook de bovengenoemde gezichtspunten van begrijpelijkheid en opvallendheid – in par. 3.6.5 omschreven als 'materiële' en 'formele' duidelijkheid – kunnen dienen ter nadere uitwerking van de overkoepelende maatstaf uit het Jetblast-arrest.

Een praktische vraag die in dit verband resteert, is door wie de correcte naleving van een mededelings- of waarschuwingsplicht moet worden *bewezen*. Indien de verantwoordelijke partij, aangesproken wegens schending van een informatieplicht, zich verweert met de stelling dat zij deze correct heeft nageleefd, rust ingevolge art. 150 Rv de bewijslast ter zake van het beweerde informatieverzuim in beginsel op de onwetende partij.⁹⁸ Beroept deze zich op onvolledige of ontoereikende informatieverstrekking, dan kan dit bewijs waarschijnlijk worden geleverd aan de hand van de informatie die de wederpartij wél heeft verstrekt. Stelt de onwetende partij zich op het (gemotiveerde) standpunt dat zij in het geheel niet is geïnformeerd, dan lijkt het mij denkbaar dat de feitenrechter de bewijslast – in geval van betwisting door de wederpartij – omkeert, dan wel dat hij de wederpartij belast met een verzwaarde stelplicht ten aanzien van de door haar beweerde informatieverstrekking.⁹⁹ In situaties van gevaarzetting zie ik hiervoor temeer aanleiding, omdat de waarschuwing in dit verband strikt genomen – in elk geval vanuit een historisch perspectief – als rechtvaardigingsgrond voor gevaarzettend gedrag moet worden beschouwd, en derhalve als een bevrijdend verweer van de dader, op wie dienovereenkomstig de bewijslast van de beweerde waarschuwing rust (par. 4.3.1).

Wordt de wederpartij inderdaad met het bewijs van informatieverstrekking belast, dan rijst de vraag hoe dit bewijs moet worden geleverd.¹⁰⁰ Sommige auteurs adviseren, vooral met het oog op bedrijven en (overheids)instanties, de ontwikkeling van een standaardprocedure voor informatieverstrekking, bijvoorbeeld in de vorm van een geautomatiseerd proces.¹⁰¹ Giesen signaleert

98 Aldus ook Valk 2010a, p. 915-916, onder verwijzing naar HR 8 oktober 1999, NJ 1999, 781 (Bouman/Rabobank), r.o. 3.3.

99 Vgl. Giesen 1997, p. 22. Zie ook art. 26 CESL, waarin de bewijslast omtrent naleving van precontractuele informatieplichten in de verhouding tussen handelaren en consumenten wordt omgekeerd. Zie in algemene zin over de constructie van een omgekeerde bewijslast respectievelijk een verzwaarde stelplicht bijv. Snijders e.a. 2011, nr. 213 en 214a.

100 Zie over deze bewijsproblematiek bijv. Giesen 1997, p. 21 e.v.; en Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 177 e.v.

101 Zie bijv. Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 181, die menen dat het bestaan van een standaardprocedure voor informatieverstrekking een 'aanknopingspunt' voor bewijs van kennis oplevert. Zie ook Stolker 1988, p. 72-73, die betoogt dat het feit dat informatie 'altijd' wordt verstrekt een vermoeden kan opleveren.

echter terecht dat het feit dat bepaalde informatie normaliter wordt verstrekt, 'feitelijk niets' zegt over de vraag of dat in concreto ook is gebeurd. Hij suggereert zelfs dat de kans op een vergissing des te groter is, indien informatieverstrekking een 'routinehandeling' is.¹⁰² Lagere rechtspraak bevestigt dat de feitenrechter in dit verband geen genoegen neemt met de overlegging van modelbrieven, en de bewering dat zulke brieven 'in een geautomatiseerd proces' plegen te worden gegenereerd.¹⁰³ Ook het bijhouden van informatieverstrekking in een dossier zal tegen deze achtergrond niet altijd soelaas bieden, al lijkt het denkbaar dat een aantekening in het dossier omtrent de verstrekking van informatie wel een begin van bewijs oplevert.¹⁰⁴ Voor het overige is men hier aangewezen op de overlegging van geschriften, zoals een aan de onwetende partij verzonden brief of uitgereikte brochure, en (in geval van mondelinge informatieverstrekking) het horen van getuigen. De enige manier om informatieverstrekking sluitend te bewijzen, is door de onwetende partij een schriftelijke ontvangstverklaring te laten tekenen.¹⁰⁵ Uit het arrest Ammerlaan/Enthoven, over de terhandstelling van algemene voorwaarden op grond van art. 6:234 lid 1 sub a BW, blijkt dat een dergelijke verklaring dwingende bewijskracht heeft op grond van art. 157 lid 2 Rv, derhalve behoudens tegenbewijs voor waar geldt.¹⁰⁶

5.4 ZELFREDZAAMHEID OF ALTRUISME?

5.4.1 Autonomiebeginsel; contextgebonden bescherming

'Nergens wordt onwetendheid zozeer beloond als in het burgerlijk recht', heeft Nieuwenhuis eens gezegd.¹⁰⁷ Valkhoff bezong al eerder de 'Laus ignorantiae', de lof der onwetendheid, onder het motto 'beati nescientes', zalig de onwetenden.¹⁰⁸ Deze uitspraken bevatten een grote kern van waarheid. Door toepassing van informatieplichten wordt inderdaad een vergaande mate van bescherming van onwetende partijen bewerkstelligd, zelfs waar hun onwetendheid is te wijten aan eigen onoplettendheid. De precontractuele mededelingsplicht strekt volgens vaste jurisprudentie 'ter bescherming van een onvoorzichtige

102 Giesen 1997, p. 23-24.

103 Zie Hof Amsterdam 23 september 2008, *LJN* BG8021, *NJF* 2009, 29, r.o. 3.13-3.14.

104 Vgl. Giesen 1997, p. 24 (zie ook zijn voetnoot 134).

105 Zie bijv. Stolker 1988, p. 73; en Van Baalen 2005, p. 10.

106 HR 21 september 2007, *LJN* BA9610, *NJ* 2009, 50 m.nt. Jac. Hijma (Ammerlaan/Enthoven), r.o. 4.4. Zie ook (overigens kritisch) de NJ-annotatie van Jac. Hijma, sub 6. Zie voorts in algemene zin Snijders e.a. 2011, nr. 219 (over art. 157 lid 2 Rv) en 231 (over dwingende bewijskracht).

107 Nieuwenhuis 1988b, p. 491.

108 Valkhoff 1966, p. 29.

contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling'.¹⁰⁹ Ook in het gevaarzettingsleerstuk geldt dat de laedens bij het treffen van voorzorgsmaatregelen in aanmerking dient te nemen dat niet alle slachtoffers 'steeds de nodige voorzichtigheid en oplettendheid zullen betrachten'.¹¹⁰ Het zou van weinig realiteitszin getuigen, om te suggereren dat het hier een randverschijnsel betreft. Bescherming van onwetende partijen komt in de praktijk juist op grote schaal voor.

Toch heb ik in de voorgaande hoofdstukken gewaarschuwd voor de conclusie dat door de toepassing van informatieplichten de bescherming van onwetende partijen tot *regel* is verheven.¹¹¹ In mijn visie staan informatieplichten – van oudsher en tot op de dag van vandaag – in het teken van het *autonomiebeginsel*, doordat zij strekken tot de bevordering van goed geïnformeerd gedrag (par. 2.3.3). Respect voor andermans autonomie impliceert dat men onder omstandigheden de onwetende partij wijst op relevante informatie, teneinde haar in staat te stellen tot een goed geïnformeerde keuze.¹¹² Een dergelijke plicht tot informatieverstrekking doet zich echter mijns inziens slechts voor, indien de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht verwachten te worden geïnformeerd (par. 5.3.4). In zoverre vormen informatieplichten – ongeacht hun toepassingsfrequentie – een 'uitzonderlijk' en niet een 'regelmatig' verschijnsel, omdat zij samenhangen met de omstandigheden van het geval. Bij de toepassing van informatieplichten staat, met andere woorden, de idee van zelfredzaamheid voorop (par. 5.3.2).

5.4.2 Zorgplichten; categorische bescherming

Intussen kan men zich afvragen of het zojuist geschetste beeld nog representatief is voor het *gehele* verbintenissenrecht. In par. 1.2 en 2.1.4 bleek immers dat het verbintenissenrecht tegenwoordig in toenemende mate wordt beïnvloed door ongeschreven 'zorgplichten', die in algemene termen oproepen tot de behartiging van andermans belang. Het onderhavige onderzoek bevestigt dat op deelterreinen van het verbintenissenrecht, bijvoorbeeld in de sfeer van de borgtocht (par. 3.7.15), de financiële dienstverlening (par. 4.8.3) en de werkgeversaansprakelijkheid (par. 4.6.1), de eigen verantwoordelijkheid van justitiabelen vérgaand door zulke zorgplichten wordt overschaduwd. De ratio ervan schuilt veelal in de professionele status en beroepsmatige deskundigheid van

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

110 Zie bijv. HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 m.nt. CJHB (Bussluis), r.o. 3.3, besproken in par. 4.4.6. Zie ook par. 4.3.3.

111 Tot die conclusie neigen bijv. Hondius 1999, p. 387, 393; Vranken 2000, p. 149 en 153; en Keirse 2009b, p. 100. Zie voorts de in par. 1.2 genoemde literatuur.

112 Zie voor een vergelijkbare visie op het autonomiebeginsel bijv. Hartlief 1999, p. 14-15, 38; en Nieuwenhuis 2009, p. 2263.

de verantwoordelijke partijen, respectievelijk in het ontbreken van een dergelijke status en deskundigheid bij hun (particuliere) wederpartijen. Onverschillig lijkt daarbij of de rechtsverhouding tussen partijen (pre)contractueel dan wel delictueel van aard is.¹¹³ De opkomst van zorgplichten vormt dus een uitgelezen voorbeeld van het door Tjittes c.s. bepleite 'hoedanigheidsdenken' (par. 5.3.1). In afwijking van het hierboven geschetste stelsel van contextgebonden rechtsbescherming staan zorgplichten in het teken van 'massagerechtigheid'.¹¹⁴ Zij bewerkstelligen, in de woorden van Hartlief, een 'categoriale bescherming'.¹¹⁵

De opkomst van zorgplichten geeft een rechtssystematische dimensie aan de hier behandelde spanning tussen zelfredzaamheid en altruïsme. In rechtspraak en literatuur op het terrein van de financiële dienstverlening wordt de zorgplicht van financiële dienstverleners steevast als een *bijzondere* zorgplicht gepresenteerd (par. 4.8.3), kennelijk op grond van de gedachte dat deze zorgplicht een eigen, afzonderlijke positie inneemt binnen het privaatrechtelijke stelsel.¹¹⁶ In het Dexia-arrest uit 2009 heeft de Hoge Raad deze gedachte bevestigd, door te overwegen dat de waarschuwingsplicht van de aanbieders van effectenlease-producten, voortvloeiend uit hun bijzondere zorgplicht ten opzichte van particuliere beleggers, 'verder reikt' dan de precontractuele mededelingsplicht uit hoofde van art. 6:228 lid 1 sub b BW.¹¹⁷ In par. 2.3.2 en 4.8.5 werd kritiek geuit op dit tweesporenbeleid van de Hoge Raad, dat moeilijk valt in te passen in de civielrechtelijke systematiek.

Meer in het algemeen noopt de opkomst van zorgplichten tot een bezinning op de structuur van het verbintenissenrecht, en op de positie van informatieplichten in dat kader. Van zorgplichten wordt gezegd dat zij fungeren als 'algemene grondnorm' van het verbintenissenrecht, die als 'overkoepelende eenheid' de verschillende gebieden van het recht verbindt.¹¹⁸ De vraag rijst of voor informatieplichten hetzelfde geldt. In hoofdstuk 3 werd gepleit voor een inhoudelijke gelijkschakeling van de precontractuele informatieplichten op het terrein van dwaling en wanprestatie (par. 3.10.3), respectievelijk non-conformiteit (par. 3.11.8). In het verlengde daarvan wordt in de volgende paragrafen onderzocht, mede op basis van de resultaten van het vierde hoofdstuk, of voor een dergelijke synthese ook plaats is op algemeen verbintenissenrechtelijk niveau, derhalve of precontractuele informatieplichten zich lenen voor

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

114 Vgl. voor deze terminologie (instemmend) Tjittes 1994, p. 243.

115 Aldus (kritisch) Hartlief 2003b, p. 7. Vgl. ook Hartlief 2002, p. 501; Hartlief 2003a, p. 7; en Hartlief 2003c, p. 936-937.

116 Vgl. in die zin bijv. Cherednychenko 2010, p. 66; Van der Wiel 2010, p. 151; en de NJ-annotatie van T.F.E. Tjong Tjin Tai bij het arrest Fortis/Bourgonje c.s., sub 2.

117 HR 5 juni 2009, LjN BH2815, *RodW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.4.5, besproken in par. 4.8.5.

118 Aldus Tjong Tjin Tai 2006, p. 100.

inhoudelijke gelijkschakeling met delictuele informatieplichten.¹¹⁹ In par. 5.4.6 wordt vervolgens gezien of informatieplichten inderdaad fungeren als ‘algemene grondnorm’ van het verbintenissenrecht.

5.4.3 Precontractuele vs. delictuele informatieplichten

Wanneer men precontractuele informatieplichten met delictuele informatieplichten vergelijkt, springt allereerst een verschil in consequenties in het oog. Het gaat hier om de *aard van de betrokken sancties*. Het laat zich aanzien dat een informatieplicht niet steeds dezelfde rechtsgevolgen heeft, indien zij respectievelijk aan een vordering tot vernietiging wegens dwaling, een vordering tot ontbinding wegens wanprestatie of een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad ten grondslag wordt gelegd.¹²⁰ In mijn visie zijn zulke verschillen in sanctionering niet van wezenlijke betekenis voor de materiële inhoud van de geldende informatieplichten. Het gaat hier immers om hetgeen partijen in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mogen verwachten (par. 5.3.4). Het ligt niet voor de hand dat de beoordeling daarvan van kleur verschiet naar gelang van het type rechtsoverheidsvordering dat achteraf wordt ingesteld (par. 3.10.3). Precontractuele en delictuele informatieplichten vinden hun gemeenschappelijke grondslag in het ongeschreven recht. In par. 2.2.4 bleek reeds dat de precontractuele goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid in dit verband op één lijn kunnen worden gesteld.

Bij de vraag naar de verhouding tussen precontractuele en delictuele informatieplichten gaat het mij dus niet om de leerstuksgebonden uitwerking ervan, maar om hun autonome inhoud. De vraag is of er wezenlijke karakterverschillen bestaan tussen precontractuele en delictuele informatieplichten, die een verschil in de concrete invulling ervan rechtvaardigen. Vanuit dit perspectief dienen zich mijns inziens twee (potentiële) verschillen aan.

5.4.4 Vervolg; vrijwilligheid

Het meest opvallende inhoudelijke verschil tussen precontractuele en delictuele informatieplichten is gelegen in de *aard van de betrokken rechtsverhouding*. Waar (pre)contractuele rechtsverhoudingen normaliter op vrijwilligheid berusten, is de delictuele rechtsverhouding in de regel niet door partijen beoogd. Con-

119 Zuiver contractuele informatieplichten, derhalve contractuele verbintenissen tot informatievergaring of -verstrekking (par. 3.10.1), laat ik in deze vergelijking buiten beschouwing.

120 Vgl. par. 3.10.2 en 3.11.8, waar bleek dat de precontractuele mededelingsplicht in vraagstukken van wanprestatie resp. non-conformiteit niet zonder meer doorslaggevend is voor het aannemen van aansprakelijkheid.

tracteren is een keuze, onrechtmatig handelen is daarentegen iets dat mensen – in elk geval de potentiële slachtoffers – overkomt. Zo beschouwd kan men zeggen dat precontractuele informatieplichten worden ‘aangegaan’, in die zin dat zij voortvloeien uit een zelfverkozen rechtsverhouding, terwijl delictuele informatieplichten door de rechtsorde worden ‘opgelegd’. Op het eerste gezicht zou men hieruit kunnen afleiden dat precontractuele informatieplichten gemiddeld genomen ‘egoïstischer’ zijn dan delictuele informatieplichten. De gedachte is dan dat iemand die welbewust een contractueel avontuur begint, met alle risico’s van dien, meer oplettendheid dient te betrachten dan degene die ongewild het slachtoffer wordt van een onrechtmatige daad.¹²¹ Aldus wordt de nadruk gelegd op de keuze van de *onwetende* partij om al of niet een rechtsverhouding aan te gaan.

Men kan dit perspectief ook omdraaien. De gedachte is dan dat in een contractuele context ook de *wederpartij* een keuze heeft gemaakt, namelijk de keuze om met *déze* onwetende contractspartij in zee te gaan, terwijl zij in een delictuele context veelal niet haar eigen slachtoffer kan uitkiezen. Vanuit dit perspectief zou men kunnen menen dat precontractuele informatieplichten in de regel juist ‘altruïstischer’ zijn dan delictuele informatieplichten. De gedachte is dan dat contractanten, die voor elkaar hebben gekozen, hun onderlinge communicatie logischerwijze zoveel mogelijk op elkaars kennis en kunde moeten afstemmen, terwijl dader en slachtoffer van een onrechtmatige daad, die elkaar min of meer toevallig treffen, kunnen volstaan met een afstandelijker vorm van communicatie.¹²² In concreto is deze gedachte intussen niet dwingend. De zelfverkozen samenwerking tussen contractanten – Schoordijk spreekt met enig aplomb van een ‘gevangengemeenschap’¹²³ – kan immers evengoed een mindere mate van altruïsme rechtvaardigen, bijvoorbeeld waar het gaat om commerciële transacties tussen deskundige partijen.¹²⁴ Omgekeerd kan de afstandelijkheid van een delictuele rechtsverhouding – het feit dat de betrokken partijen niet op voorhand voor elkaar hebben gekozen – juist nopen tot extra voorzorg aan de zijde van de laedens, bijvoorbeeld in geval van afgifte van gevaarlijke stoffen aan de vuilnisophaaldienst.¹²⁵

121 Zie in die zin bijv. Schut 1997, p. 15, die betoogt dat gelijkwaardige contractspartijen ‘zelf [kunnen] zorgen voor een voldoende rechtsbescherming’, terwijl bij een onrechtmatige daad ‘de wet de rechtsbescherming [moet] waarborgen’.

122 Zie in die zin bijv. Tjong Tjin Tai 2006, p. 100, die betoogt dat men in de delictuele sfeer slechts belangen behoeft te ‘ontzien’, terwijl men deze in de contractuele sfeer actief dient te ‘bevorderen’. Vgl. ook reeds Grotius, Boek II, hoofdstuk XII, par. IX, zoals geciteerd in par. 3.1.1.

123 Schoordijk 1979, p. 198.

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

125 Vgl. HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 m.nt. CJHB (Natronloog), besproken in par. 4.4.10. Zie ook Vranken 1989, p. 157, die de verklaring van dit arrest zoekt in de ‘afhankelijke positie’ waarin een vuilnisman zich bevindt t.o.v. degene die het vuilnis neerzet.

Tegen deze achtergrond zou ik menen dat aan de (on)vrijwilligheid van de betrokken rechtsverhouding als zodanig geen doorslaggevende consequenties kunnen worden verbonden ten aanzien van de inhoud van de toepasselijke informatieplichten. Dat geldt temeer, omdat de tegenstelling tussen het contract als keuze en de onrechtmatige daad als opgelegde rechtsverhouding in concreto niet altijd even sterk spreekt. In voorkomende gevallen kunnen immers dader en slachtoffer van een onrechtmatige daad op voorhand zozeer bij elkaar 'in beeld' zijn, dat hun relatie in termen van nabijheid nauwelijks verschilt van de verhouding tussen contracterende partijen. Een sprekend voorbeeld is de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten, die zich dan ook op het grensvlak van contract en onrechtmatige daad bevindt (par. 4.6.1). Voorts kan hier worden gedacht aan de delictuele zorgplicht van terreinbeheerders, die volgens vaste jurisprudentie moet worden afgestemd op de te verwachten bezoekers van het terrein, als waren zij een soort contractspartijen (par. 4.4.6). Men denke verder bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid bij sport en spel en in de privésfeer (par. 4.3.4). Illustratief is het zwiepende tak-arrest, waarin het ging om de rechtsverhouding tussen twee bevriende boswandelaars.¹²⁶ De overweging dat zulke partijen niet, zoals contractanten, voor hun onderlinge rechtsverhouding hebben gekozen, doet hier enigszins geforceerd aan en lijkt in elk geval geen doorslaggevende argumenten te bieden voor de beantwoording van de vraag waartoe zij over en weer gehouden waren.

5.4.5 Vervolg; wederkerigheid

Een tweede verschil tussen precontractuele en delictuele informatieplichten, dat mogelijk gevolgen heeft voor de inhoud ervan, is gelegen in de *aard van de betrokken belangen*. Contracteren heeft een wederkerig karakter: partijen gaan in onderhandeling teneinde een overeenkomst te sluiten waar zij beiden beter van hopen te worden. Een onrechtmatige daad is daarentegen naar haar aard niet wederkerig: zij berust op het eenzijdige initiatief van de dader en behartigt vanzelfsprekend niet (mede) het belang van de potentiële slachtoffers. Tegen deze achtergrond wordt wel gezegd dat, waar het contractenrecht is gericht op zelfontplooiing, progressie en prestatie, het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht strekt tot handhaving van de status quo, protectie en bescherming.¹²⁷ Dit lijkt erop te duiden dat delictuele informatieplichten in de regel 'altruïstischer' zijn dan precontractuele informatieplichten. Dat is in zoverre juist dat bijvoorbeeld in het gevaarzettingsleerstuk de bescherming van de fysieke integriteit van personen en zaken centraal staat, een belang dat in het algemeen zwaarder weegt dan de zuiver financiële belangen die in (pre)con-

126 HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepende tak), besproken in par. 4.4.2.

127 Zie bijv. Krans 1999, p. 35-36; en Hartlief 2004b, p. 107.

tractuele geschillen vaak aan de orde zijn. Niettemin biedt ook het contractenrecht een verhoogde mate van bescherming, indien de veiligheid van contractanten in het geding is (par. 3.6.3). In zoverre betreft het hier dus slechts een toevallig verschil in casuïstiek tussen de contractuele en de buitencontractuele gevalstypen. Waar het gaat om één en dezelfde casus, die langs beide wegen kan worden benaderd,¹²⁸ moet de inhoud van de toepasselijke informatieplichten mijns inziens identiek zijn.

Meer in het algemeen zou ik menen dat de wederkerigheid van de precontractuele rechtsverhouding als zodanig geen beslissende consequenties mag hebben voor de invulling van de daaruit voortvloeiende informatieplichten. Bij de toepassing van de hier bedoelde informatieplichten gaat het immers juist om situaties waarin die wederkerigheid tot op zekere hoogte is verstoord, doordat de onwetende partij bij gebrek aan kennis een teleurstellende overeenkomst is aangegaan. Het argument dat overeenkomsten in het algemeen zijn gericht op zelfontplooiing en progressie, maakt dan in concreto weinig indruk. Omgekeerd vind ik de gedachte, dat het niet-wederkerige karakter van de onrechtmatige daad als zodanig reeds een hogere mate van bescherming rechtvaardigt, evenmin overtuigend. Uitgangspunt is hier immers dat, behoudens goede redenen voor het tegendeel, ieder in beginsel zijn eigen schade draagt, ook zónder dat daaraan een tegenprestatie is gekoppeld (par. 4.1.2).

Afgezien van het voorgaande geldt dat de tegenstelling tussen contract en onrechtmatige daad als wederkerig respectievelijk eenzijdig verschijnsel niet altijd recht doet aan de werkelijkheid. Zo zoekt Nieuwenhuis de verklaring van de verhoogde aansprakelijkheidsdrempel bij sport en spel (par. 4.3.4) in het feit dat de hier gecreëerde gevaren – bijvoorbeeld de stoot van een bokser in het kader van een bokswedstrijd – wederkerig zijn.¹²⁹ Meer in het algemeen loopt de idee van wederkerigheid óók als een rode draad door het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, nu het bij de toepassing van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen gaat om de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer (par. 4.2.10). Deze maatstaf duidt weliswaar niet op een zo letterlijke vorm van wederkerigheid als het ‘do ut des’ van het contractenrecht, maar in meer figuurlijke zin, dat wil zeggen juridisch-inhoudelijk, ligt zij rechtstreeks in het verlengde van de tweezijdige benadering, die bij de toepassing van precontractuele informatieplichten gangbaar is (par. 3.5.4). Zo beschouwd kan men zeggen dat de precontractuele relatie tussen contracterende partijen in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht haar equivalent vindt in ‘de verbondenheid van alle mensen in een samenleving’.¹³⁰

128 Zie bijv. Rb. Breda 10 november 2004, *NJF* 2004, 610, betreffende de verkoop van een tweedehands auto met een defecte uitlaat, ten gevolge waarvan de kopers een koolmonoxidevergiftiging opliepen.

129 Nieuwenhuis 1999b, p. 102.

130 Deze formulering is ontleend aan Tjong Tjin Tai 2006, p. 219.

Al met al meen ik dat de hierboven besproken verschillen tussen precontractuele en delictuele informatieplichten – betrekking hebbend op respectievelijk de (on)vrijwilligheid van de onderliggende rechtsverhouding en de (niet-)wederkerigheid van de betrokken belangen – slechts bestaan op een abstract en conceptueel niveau. Bij de concrete toepassing van informatieplichten mag mijns inziens hun precontractuele of delictuele signatuur niet ter zake doen, behalve voor zover deze gepaard gaat met feitelijke omstandigheden die van invloed zijn op hetgeen partijen in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mochten verwachten (vgl. par. 5.3.4). Zo beschouwd kan men bijvoorbeeld zeggen dat de contractant die een kat in de zak koopt, niet dezelfde bescherming verdient als de vuilnisman die natronloog in een vuilniszak aantreft, en dat de verkoper van een huis met scheurvorming niet dezelfde informatieplicht heeft als de beheerder van een weg die scheuren vertoont. Dergelijke casuïstische verschillen duiden echter niet op een structureel onderscheid tussen de (pre)contractuele en de buitencontractuele benadering, al was het maar omdat zij zich ook binnen het contractenrecht en binnen het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht op grote schaal voordoen.

5.4.6 Vloeiend verbintenissenrecht?

In de voorgaande paragraaf werd gepleit voor een inhoudelijke gelijkshakeling van precontractuele en delictuele informatieplichten. Dit betoog lag in het verlengde van de in hoofdstuk 3 bepleite gelijkshakeling van precontractuele informatieplichten op het terrein van dwaling en wanprestatie (par. 3.10.3), respectievelijk non-conformiteit (par. 3.11.8). Voorts werd hiermee een nadere uitwerking gegeven aan de in par. 2.3.2 bepleite gelijkshakeling van mededelingsplichten en waarschuwingsplichten. Achtergrond was de in par. 2.2.4 verdedigde stelling dat de precontractuele goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid op één lijn kunnen worden gesteld. Ervan uitgaande dat precontractuele en delictuele informatieplichten hun gemeenschappelijke grondslag vinden in het ongeschreven recht, ligt het voor de hand hun inhoud autonoom vast te stellen. Met andere woorden: het antwoord op de vraag wie onder bepaalde omstandigheden voor de vergaring c.q. verstrekking van informatie verantwoordelijk is, moet, uitgaande van de gerechtvaardigde verwachtingen over en weer (par. 5.3.4), eenduidig en uniform zijn, ongeacht het dogmatische kader waarin men zich bevindt.

De vraag rijst wat de hier bepleite synthese van precontractuele en delictuele informatieplichten betekent voor de systematiek van het verbintenissenrecht, en meer in het bijzonder voor het klassieke onderscheid tussen contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. In de literatuur wordt aangenomen – en aanvaard – dat wij leven in een tijd van vervlechting van

rechtsgebieden en vervaging van dogmatische grenzen.¹³¹ Bakels spreekt treffend van 'vloeiend verbintenissenrecht'.¹³² Van Laarhoven omschrijft dit, in zijn voetspoor, als 'een verbintenissenrecht waarin de samenhang niet wordt gevonden door het bijhouden van een keurig geordend systeem van juridische begrippen, maar door een samenstel van beginselen en gezichtspunten die dwars door dat systeem 'heengrijpen'.¹³³ Een belangrijk gevolg van deze grensvervaging is het naar elkaar toegroeien van wanprestatie en onrechtmatige daad.¹³⁴ Deze ontwikkeling is niet nieuw en ook niet uniek voor Nederland.¹³⁵ De Amerikaanse auteur Grant Gilmore verkondigde anno 1974 in een beroemd geworden opstel 'the death of contract'. In zijn visie is het contractenrecht een negentiende eeuws product, ontwikkeld onder invloed van het liberalisme, met een sterke nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van justitiabelen. Door de opkomst van het altruïsme in de twintigste eeuw voldoet deze benadering volgens Gilmore niet langer. Het contractenrecht 'is being reabsorbed into the mainstream of 'tort'', als 'residual category of civil liability'. Tegen deze achtergrond doet Gilmore het verrassende voorstel 'to merge the first-year courses in Contracts and Torts into a single course which we could call Contorts'.¹³⁶

Voor het doodverklaren van het Nederlandse contractenrecht lijkt het voorsnog te vroeg.¹³⁷ Toch herkent men in de zojuist bedoelde kwalificatie van het verbintenissenrecht als 'vloeiend' het standpunt van Gilmore. De gedachte is kennelijk dat het onderscheid tussen contract en delict is verruild voor een overkoepelende benadering in termen van ongeschreven zorg- en informatieplichten. Vranken betoogt in dit verband:

'Onrechtmatige daad en contract hebben hun betekenis als dichotomische grondcategorieën van het verbintenissenrecht verloren. (...) Gemeenschappelijke basis van dit alles is de plicht zich mede de belangen van anderen aan te trekken, bijv. door tijdig te waarschuwen, mededelingen te doen of zich van de juiste stand van zaken te vergewissen alvorens tot handelen over te gaan.'¹³⁸

131 Zie bijv. Snijders 1992a, p. 5-6; Asser/Vranken** (1995), nr. 124; Bakels 1996, p. 44; Van Laarhoven 2006, p. 2 e.v. Vgl. overigens ook Telders 1937, p. 453, waaruit blijkt dat dit verschijnsel minder modern is dan het lijkt. Vgl. ook Hartkamp 2010a, nr. 21, die het verschijnsel in een bredere context van 'relativering' plaatst.

132 Bakels 1996, p. 44.

133 Van Laarhoven 2006, p. 2.

134 Zie bijv. Vranken 1989, p. 97; Vranken 1991b, p. 323 e.v.; Asser/Vranken** (1995), nr. 124; Bakels 1996, p. 43-44; Van Dunné 2004a, p. 24, 282; Van Dunné 2004b, p. 33; en Van Laarhoven 2006, p. 15 e.v. Zie ook de NJ-annotatie van I. Giesen bij HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 (Eternit/Horsting), sub 8.

135 In par. 2.5.1 e.v. bleek reeds dat informatieplichten ook elders in Europa de structuur van het verbintenissenrecht op de proef stellen.

136 Zie Gilmore 1974, p. 87, 90.

137 Overigens sluit Gilmore een 'resurrection' van het Amerikaanse contractenrecht niet uit. Zie Gilmore 1974, p. 103.

138 Vranken** (1995), nr. 124. Vgl. ook reeds Vranken 1989, p. 201.

Hoe moet hierover worden gedacht? De resultaten van het onderhavige onderzoek bevestigen dat het verbintenissenrecht zich op deelterreinen ontwikkelt tot een soort 'zorgplichtenrecht', waarin de grenzen van leerstukken vervagen omwille van een categorische bescherming van het kwetsbare individu (par. 5.4.2). Informatieplichten spelen in dit verband een onmiskenbare rol. Toch zou ik hieruit niet willen concluderen – al erken ik dat het hier een kwestie van perceptie betreft – dat door de toepassing van informatieplichten de dichotomie van het verbintenissenrecht, het klassieke onderscheid tussen contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, is achterhaald. Er blijven immers belangrijke verschillen bestaan tussen de beide rechtsgebieden, al was het maar omdat in het contractenrecht de tussen partijen gesloten (of te sluiten) overeenkomst centraal staat als aanknopingspunt voor de invulling van hun wederzijdse verplichtingen, welk aanknopingspunt in delictuele rechtsverhoudingen ten enenmale ontbreekt.

Hoe dan ook lijkt het mij een 'overstatement' te zeggen dat informatieplichten de 'gemeenschappelijke basis' van het verbintenissenrecht vormen, zoals Vranken in het hierboven weergegeven citaat suggereert,¹³⁹ of dat zij, zoals Tjong Tjin Tai ten aanzien van zorgplichten heeft opgemerkt, als 'algemene grondnorm' van het verbintenissenrecht fungeren.¹⁴⁰ Veeleer zou ik informatieplichten – evenals zorgplichten – willen beschouwen als een contextgebonden uitvloeisel van het ongeschreven recht, als een normatieve onderstroom die niet ontwrichtend werkt, in die zin dat leerstukken erdoor worden overspoeld, maar juist funderend, in die zin dat zij erdoor worden gelaafd. Dat informatieplichten geen 'algemene grondnorm' van het verbintenissenrecht zijn, blijkt uit het simpele feit dat vraagstukken van contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht over zoveel méér gaan dan alleen de vergaring en verstrekking van informatie. Goed beschouwd is slechts de dwaling een zuiver informatievraagstuk (par. 3.10.2). Op de andere deelterreinen van het verbintenissenrecht, zoals wanprestatie en onrechtmatige daad, komt eveneens gewicht toe aan hetgeen partijen in termen van informatievergaring en -verstrekking van elkaar mochten verwachten, maar informatieplichten hebben hier zeker niet het laatste woord.

5.5 SLOTBESCHOUWING

In dit onderzoek heb ik de rol van informatieplichten in het contractenrecht en het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht onderzocht. Ik heb gepleit voor een inhoudelijke gelijkschakeling van precontractuele en delictuele informatieplichten (par. 5.4.3 e.v.). Daarmee heb ik niet beoogd het onderscheid tussen contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht te onder-

¹³⁹ Zie in die zin ook Vranken 1989, p. 206.

¹⁴⁰ Tjong Tjin Tai 2006, p. 100.

graven (par. 5.4.6). Doel was om een uniforme 'architectuur' van informatieplichten in het verbintenissenrecht te creëren.¹⁴¹ Met het oog daarop heb ik in par. 5.3.3 e.v. een model voor de aanvaarding van precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten ontwikkeld. Kort gezegd komt dit model erop neer dat voor de aanvaarding van een plicht tot informatieverstrekking is vereist (i) dat de verantwoordelijke partij *wist of geacht mocht worden te weten* van de mede te delen informatie en de relevantie daarvan, en (ii) dat de onwetende partij onder de gegeven omstandigheden *redelijkerwijs mocht verwachten* daarover te worden ingelicht, gelet op de aard van de betrokken rechtsverhouding, de aard van de betrokken informatie en de aard van de betrokken belangen.

Een hoofdlijn van mijn betoog is de gedachte dat informatieplichten nooit in abstracto gegeven zijn. Ik beschouw informatieplichten als contextgebonden uitvloeisel van het ongeschreven recht, en niet als manifestatie van een categorische beschermingstendens. Dienovereenkomstig staat mijns inziens bij de toepassing van informatieplichten het autonomiebeginsel voorop, inhoudend dat justitiabelen in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor hun goed geïnformeerd gedrag, behoudens goede redenen voor het tegendeel (par. 5.4.1). Vandaar dat ik in dit onderzoek de precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten steeds tegen de achtergrond van de daarmee corresponderende onderzoeksplichten van de onwetende partij heb beschouwd. In mijn visie fungeren deze wederzijdse informatieplichten als complementaire grootheden, in die zin dat een plicht tot informatieverstrekking logischerwijze eindigt waar de eigen verantwoordelijkheid van de onwetende partij begint (par. 5.3.6). In zoverre is het zojuist geschetste model voor de aanvaarding van precontractuele mededelingsplichten en delictuele waarschuwingsplichten ook relevant voor de vaststelling van hun pendant, de onderzoeksplicht.

Het onderzoek gaat dus over de spanning tussen autonomie en solidariteit, maar ook over de spanning tussen techniek en moraal, zoals die zich bij de dogmatische inbedding van informatieplichten manifesteert. Informatieplichten zetten het systeem van het verbintenissenrecht onder druk, doordat zij dwars door bestaande leerstukken heen snijden en op die leerstukken een absorberende werking uitoefenen (par. 5.3.1). In dit onderzoek heb ik getracht weerstand te bieden aan deze absorberende werking, door te benadrukken dat informatieplichten in dienst staan van de rechtsvinding in het concrete geval. Tegen deze achtergrond heb ik betoogd dat zij geen eigen leven mogen leiden als 'algemene grondnorm' van het verbintenissenrecht (par. 5.4.6). Mijn visie op de inhoud van informatieplichten houdt dus rechtstreeks verband met mijn visie op hun vorm: altruïsme vraagt mijns inziens om een contextgebonden argumentatie. Een dergelijke verbinding tussen techniek en moraal is anno 1976

141 Vgl. Busch 2008, p. 154, die op basis van een vergelijking van informatieplichten in het Duitse mededingings- en contractenrecht pleit voor een 'ähnliche(n) Architektur der normativen Grundlagen'.

reeds gelegd door de Amerikaanse hoogleraar Duncan Kennedy, in een opstel getiteld 'Form and Substance in Private Law Adjudication'. Kennedy betoogde dat altruïsme (als 'substance') logischerwijze gepaard gaat met contextualisme (als 'form'), doordat altruïstische normen naar hun aard 'open' geformuleerd en afgestemd zijn op de omstandigheden van het geval.¹⁴² Ik meen dat het onderhavige onderzoek bevestigt, dat de bescherming van onwetende justitiabelen alleen effectief en overtuigend kan plaatsvinden op een casuïstisch niveau. Individuele rechtsbescherming vraagt – per definitie, zou ik menen – om aandacht voor de omstandigheden van het geval. In die zin gaan 'form' en 'substance' hier inderdaad hand in hand.

Al met al zoek ik het compromis tussen autonomie en solidariteit – en daarmee tussen vorm en inhoud – in het rechterlijk oordeel, als contextgebonden vertolking van de wederzijdse verantwoordelijkheden van partijen. Tegen deze achtergrond heb ik in dit onderzoek veel nadruk gelegd op motiverings-eisen, op transparantie en zuiverheid van redenering. Ik ben mij ervan bewust dat deze procedurele benadering een keerzijde heeft, namelijk dat zij weinig pasklare antwoorden oplevert. De (voorspelbare) uitkomst van dit onderzoek luidt dan ook dat bij de toepassing van informatieplichten alles afhangt van de omstandigheden van het geval. Ik beschouw dat niet als een zwaktebod. Naar mijn mening is de rechter de aangewezen persoon om in concrete gevallen een brug te slaan tussen de kennis van justitiabelen en hun juridische verantwoordelijkheid. Daarbij neem ik een zekere vaagheid voor lief. Rechtszekerheid is hier niet de zekerheid van een bepaalde uitkomst, maar de zekerheid dat *recht* wordt gedaan, rekening houdend met de omstandigheden van het geval.

142 Zie Kennedy 1976, p. 1685, 1776.

