



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

De gulden middenweg

Jansen, K.J.O.; Castermans, A.G.; Hijma, Jac.; Memelink, P.; Snijders, H.J.; Stolker, C.J.J.M.

Citation

Jansen, K. J. O. (2009). De gulden middenweg. In A. G. Castermans, J. Hijma, P. Memelink, H. J. Snijders, & C. J. J. M. Stolker (Eds.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis* (pp. 337-351). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14093>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14093>

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

De gulden middenweg

‘Het contractenrecht is een woud van verwachting. Soms bereikt het pad een tweesprong: voldeed de verkochte zaak aan hetgeen de koper mocht verwachten? Ja of nee? Maar er zijn ook open plekken. Daar kan de weg in meer dan twee richtingen worden vervolgd: was de teleurgestelde verwachting te wijten aan de schuld van beide partijen? De stand van de kompasnaald wordt dan bepaald door de vraag in welke mate de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot die teleurstelling hebben bijgedragen.’¹

Nieuwenhuis over de verhouding tussen de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper. Een klassiek vraagstuk van verbintenissenrecht, dat onmiddellijk de spanning blootlegt die aan vele van Nieuwenhuis’ stukken ten grondslag ligt: de spanning tussen eigen en andermans verantwoordelijkheid. Ben ik mijns broeders hoeder? Zo luidde de vraag van Kaïn na het doden van zijn broer Abel,² en zo luidt in essentie ook de vraag die in de rechtsverhouding tussen contracterende partijen rijst.³ Het antwoord van de Hoge Raad ligt niet ver verwijderd van de bijbelse boodschap. In het standaardarrest Baris/Riezenkamp uit 1957 overwoog hij ‘dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrennende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’.⁴

1 J.H. Nieuwenhuis, ‘Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten?’, *WPNR* 6304 (1998), p. 157.

2 Genesis 4, vers 9.

3 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, ‘Ben ik mijns broeders hoeder?’, in: *Orestes in Veghel*, Amsterdam: Balans 2004, p. 57-76.

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

Een rechtsplicht tot wederzijds altruïsme, voortvloeiend uit de precontractuele goede trouw, dat is volgens velen de kern van het hedendaagse contractenrecht.⁵ Maar hiermee rijst wel een probleem. Indien immers partijen zijn gehouden tot wederzijdse belangenbehartiging, impliceert dit behalve de mogelijkheid van een op de verkoper rustende mededelingsplicht ook een potentiële onderzoeksplicht van de koper. De vraag is nu wat de *verhouding* is tussen die wederzijdse informatieplichten. Dient de rechter bij de beoordeling van een vordering van de teleurgestelde koper immer een keuze te maken tussen het pad van de mededelingsplicht en dat van de onderzoeksplicht? Of kan hij, als een ware *mediator*, de gulden middenweg bewandelen, door te oordelen dat koper en verkoper beiden verantwoordelijk zijn wegens schending van een informatieplicht? In een WPNR-artikel uit 1998, waaruit het bovenstaande citaat afkomstig is, geeft Nieuwenhuis een aanzet tot de beantwoording van die vraag. Hij doet dat door de introductie van het onderscheid tussen ‘digitale en analoge werking van redelijkheid en billijkheid’. Dat onderscheid zal hieronder centraal staan bij een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad ter zake.

Mededelingsplicht vs. onderzoeksplicht

Op het terrein van de dwaling (art. 6:228 BW) lijkt over de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten van koper en verkoper weinig misverstand te kunnen bestaan. Vaste rechtspraak van de Hoge Raad leert immers dat de mededelingsplicht van de verkoper in het algemeen prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper.⁶ In een recent arrest heeft de Hoge Raad de gelding van deze vuistregel uitgebreid tot het terrein van de non-conformiteit (art. 7:17 BW), daartoe overwegende:

‘dat in het algemeen aan een koper, ook een onvoorzichtige koper, niet zal kunnen worden tegengeworpen dat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de eigenschappen van het gekochte, wanneer de verkoper dienaangaande naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht had maar heeft nagelaten de koper op de hoogte te stellen van bij de verkoper bekende

5 Vgl. J.B.M. Vranken, ‘Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht’, in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht*, bundel Nieskens-Isphording, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 149 en 153.

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

feitelijke gegevens die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag welke eigenschappen de koper met het oog op de beoogde bestemming van het gekochte mocht verwachten'.⁷

Op het eerste gezicht getuigt deze overweging van een ijzeren logica. Is eenmaal vastgesteld dat op de verkoper naar de in het verkeer geldende opvattingen een mededelingsplicht rust, dan lijkt de onderzoeksplicht van de koper een gepasseerd station. De mededelingsplicht pleegt immers met inachtneming van de onderzoeksplicht te worden vastgesteld, aan de hand van de tweezijdige benadering die in het arrest Baris/Riezenkamp besloten ligt. Mededelingsplicht en onderzoeksplicht zijn aldus beschouwd complementaire grootheden, die elkaar, als keerzijden van dezelfde medaille, over en weer uitsluiten.⁸

De heersende leer stelt zich tegenwoordig op een ander standpunt. Een promovendus van Nieuwenhuis, thans collega proximus te Leiden, heeft het pad geëffend. In zijn proefschrift over de mededelingsplicht in de onderhandelingsfase betoogt Castermans dat de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper als zelfstandige grootheden moeten worden beschouwd, die elkaar niet noodzakelijkerwijs uitsluiten, maar in potentie overlappen.⁹ Met betrekking tot de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW heeft de Hoge Raad zich uitdrukkelijk bij deze visie aangesloten, door – tot tweemaal toe – te overwegen 'dat het enkele feit dat een partij haar onderzoeksplicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, niet uitsluit dat de andere partij terzake van diezelfde gegevens een mededelingsplicht heeft'.¹⁰

Digitaal vs. analoog

Waarom verkiest de heersende leer de gulden middenweg boven de tweesprong van mededelingsplicht en onderzoeksplicht? Het antwoord wordt gevonden buiten het kader van dwaling en non-conformiteit, in het schadevergoedingsrecht. Indien de teleurgestelde koper schadevergoeding vordert, kan hij bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis worden geconfronteerd met een beroep op eigen schuld (art. 6:101

7 HR 14 november 2008, *NJ* 2008, 588 (Van Dalßen/Gemeente Kampen), r.o. 3.4.2.

8 Zie bijv. Jac. Hijma, *AA* 1991, p. 663-664.

9 A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1992, p. 26-29.

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

BW). In dat kader kan het debat over de verhouding tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht herleven. Anders dan art. 6:228 en 7:17 BW dwingt nu art. 6:101 BW niet tot een alles-of-niets-beslissing in het voordeel van één van beide partijen. Nieuwenhuis karakteriseert dit wetsystematische onderscheid als volgt:

‘Het verschil in behandeling vloeit voort uit het bestaan van digitale en analoge patronen van vraag en antwoord in het recht. Sommige vragen verlangen een digitaal antwoord: 1 of 0. Zijn de voorwaarden voor een beroep op dwaling vervuld? Ja of nee? Beantwoordt de afgeleverde zaak aan de overeenkomst? Is zij conform of non-conform? Hier geldt de wet van het uitgesloten midden. Elders gaat het recht zijn analoge gang: als de wijzers van een klok, die op iedere positie van de wijzerplaat tot staan kunnen worden gebracht. De schade wordt tussen de ‘vergoedingsplichtige’ en de benadeelde verdeeld ‘in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen’ (art. 6:101).¹¹

Waar dus het ‘digitale’ karakter van de dwalings- of conformiteitsvraag dwingt tot het tegen elkaar wegstrepen van wederzijdse informatieplichten, laat het ‘analoge’ karakter van art. 6:101 BW een coëxistentie en onderlinge afweging toe, zo luidt de gedachte. Het is kennelijk tegen die achtergrond, dat de heersende leer ook reeds in het kader van art. 6:228 en 7:17 BW ruimte wil laten voor een (potentiële) overlap tussen de wederzijdse informatieplichten.

Hoe moet over deze ‘analoge toepassing’ van informatieplichten worden gedacht? Vooropgesteld zij dat onvoorzichtigheid aan de zijde van de koper uiteraard kan leiden tot de slotsom dat een gedeelte van de schade wegens eigen schuld voor zijn rekening moet blijven.¹² Naar mijn mening is het echter niet adequaat om een dergelijke *finetuning* te betitelen als de toepassing van een ‘onderzoeksplicht’. Afgezien van de dwingende connotatie van deze term, die uit de toon lijkt te vallen in situaties waarin de *verkoper* primair verantwoordelijk is wegens schending van een mededelingsplicht, heeft de benadering van de heersende leer mijns inziens een ongewenst dogmatisch neveneffect. Het tegelijkertijd hanteren van mededelingsplicht en onderzoeksplicht impliceert een *ontkoppeling* van deze beide informatieplichten. De beoogde overlap kan immers niet worden bereikt zolang men de onderzoeksplicht van de koper blijft beschouwen als de negatieve pendant

11 Nieuwenhuis 1998, p. 156.

12 Vgl. HR 14 november 1997, NJ 1998, 657 m.nt. WMK (Holvrieka/Brunink), r.o. 3.7.

van de mededelingsplicht van de verkoper. De heersende leer kwalificeert de wederzijdse informatieplichten van koper en verkoper dan ook uitdrukkelijk als zelfstandige grootheden. Die visie lijkt moeilijk verenigbaar met de tweezijdige benadering uit het arrest Baris/Riezenkamp, op grond waarvan de verantwoordelijkheden van onderhandelende partijen in het licht van hun gerechtvaardigde verwachtingen over en weer dienen te worden vastgesteld. Daaruit lijkt veeleer te volgen dat de mededelingsplicht van de verkoper ophoudt waar de onderzoeksplicht van de koper begint, en *vice versa*. Kiest men voor ont koppeling, dan kan dat leiden tot de aanvaarding van ‘eenzijdige’ informatieplichten, die niet worden gesteund door de gerechtvaardigde verwachtingen van de wederpartij.

Aan de heersende leer kan worden toegegeven dat mededelingsplicht en onderzoeksplicht *a priori* tegelijkertijd bestaan, in die zin dat koper en verkoper gedurende de onderhandelingsfase in beginsel *beiden* zijn gehouden tot zorg voor elkaars belangen. Het lijkt desalniettemin verkieslijk dat de rechter, eenmaal gesteld voor de vraag welk van beide partijen voor de verstrekking of vergaring van bepaalde informatie (eind)verantwoordelijk is, een beslissing in het voordeel van één van beide partijen neemt. De conclusie dat ter zake van dezelfde informatie op beide partijen een informatieplicht rust, is als uitkomst van een gerechtelijke procedure, en als precedent voor toekomstige gevallen, niet aantrekkelijk. Wat de heersende leer kennelijk beoogt, is de *a priori* gegeven onderzoeksplicht van de koper, nadat die in het kader van art. 6:228 of 7:17 BW door de prevalerende mededelingsplicht van de verkoper is ‘overruled’, in het kader van art. 6:101 BW alsnog mee te wegen ter onderbouwing van een zekere mate van eigen schuld aan de zijde van de koper. Dat is op zichzelf aanvaardbaar, mits duidelijk is dat het hier bedoelde verwijt aan het adres van de koper van een heel ander kaliber is dan de door de verkoper geschonden mededelingsplicht. Het gaat hier om de eigen verantwoordelijkheid van de koper als zodanig, die in verhouding tot de in concreto geldende mededelingsplicht een relatief breed en algemeen karakter heeft. Verheft men haar tot ‘onderzoeksplicht’, om deze in het kader van art. 6:101 BW te hanteren ter mitigatie van de consequenties van de mededelingsplicht, dan stelt men strikt genomen twee verschillende grootheden op één lijn. Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van het arrest Wegerif/Quicker uit 2006.¹³

13 HR 8 december 2006, NJ 2006, 658 (Wegerif/Quicker).

Een Leids beleggingspand

Quicker verkocht aan Wegerif een beleggingspand, gelegen aan de Haarlemmerstraat 259, 261 en 263 te Leiden, waarin zich een verhuurde winkelruimte en twee verhuurde woningen bevonden. Ten tijde van de verkoop was door de huurders van één van de woningen een procedure tot huurprijsvaststelling ingevolge de Huurprijzenwet woonruimte opgestart. Quicker zweeg hierover, door desgevraagd op een door Wegerif verstrekte vragenlijst in te vullen dat er over het verkochte pand geen procedures aanhangig waren. Wegerif, die naderhand werd geconfronteerd met een aanzienlijke verlaging van de huurprijs, vorderde in rechte aanpassing van de overeenkomst wegens dwaling (art. 6:230 BW). Bij de beoordeling van die vordering stelde het hof de eigen verantwoordelijkheid van Wegerif als commerciële koper van een beleggingspand voorop. Volgens het hof rustte op Wegerif een ‘onderzoeksplicht’ ter zake van de vraag of de bestaande huurprijzen boven het wettelijke maximum lagen en of in verband daarmee een procedure tot wijziging kon worden opgestart (r.o. 3.2). Wegerif kreeg desalniettemin gedeeltelijk gelijk, omdat Quicker op haar beurt had moeten mededelen dat ten tijde van de verkoop een procedure tot wijziging van de huurprijs reeds *aanhangig* was gemaakt (r.o. 3.3). In het licht van enerzijds de schending door Quicker van haar mededelingsplicht omtrent de lopende procedure, en anderzijds de schending door Wegerif van zijn onderzoeksplicht omtrent de mogelijkheid tot wijziging van de huurprijs, kwam het hof uiteindelijk tot een gedeeltelijke toewijzing van Wegerifs vordering.

In cassatie klaagt Wegerif over deze ‘analoge’ benadering van het hof, door te stellen dat, waar Quicker Wegerif had behoren in te lichten over de lopende procedure tot wijziging van de huurprijs, redelijkheid en billijkheid zich in het algemeen verzetten tegen een beroep door Quicker op de bedoelde onderzoeksplicht. Deze klacht faalt, omdat de beide door het hof aangenomen informatieplichten volgens de Hoge Raad betrekking hebben op *verschillende* omstandigheden (r.o. 3.8):

‘Redelijkheid en billijkheid verzetten zich niet tegen de door het hof aangebrachte splitsing van de omstandigheden waaromtrent Wegerif dwaalde in die ten aanzien waarvan de dwaling voor rekening van Wegerif moet blijven en die ten aanzien waarvan Quicker haar mededelingsplicht heeft geschonden en daarom het beroep van Wegerif op dwaling wel – zij het met minder verstrekkende gevolgen op het punt van het door Wegerif ondervonden nadeel – kunnen dragen.’

Het oordeel van de Hoge Raad staat kennelijk in het teken van de door de heersende leer aanvaarde overlap tussen de wederzijdse informatieplichten. Gezien het ‘analoge’ karak-

ter van art. 6:230 BW – vergelijkbaar met dat van art. 6:101 BW – kon het hof zich vrij voelen om tegelijkertijd een mededelingsplicht van Quicker en een onderzoeksplicht van Wegerif aan te nemen, teneinde het nadeel over beide partijen te verdelen.

Tegen deze genuanceerde uitkomst valt weinig in te brengen. De gehanteerde constructie is daarentegen minder aantrekkelijk. Hof en Hoge Raad kiezen voor een ont koppeling van mededelingsplicht en onderzoeksplicht, door ervan uit te gaan dat de beide informatieplichten in casu op verschillende typen informatie betrekking hadden. De werkelijkheid was overzichtelijker. Het ging om de vraag welk van beide partijen verantwoordelijk was voor een juridisch gebrek van het verkochte pand, gelegen in een op handen zijnde wijziging van de huurprijs. Dat gebrek vormde het object van zowel de (potentiële) mededelingsplicht van Quicker als de (potentiële) onderzoeksplicht van Wegerif.¹⁴ Nu Wegerif uitdrukkelijk naar de aanhangigheid van procedures tot wijziging had geïnformeerd, en in zoverre aan zijn onderzoeksplicht ter zake had voldaan, lag het aannemen van een mededelingsplicht van Quicker, die wist van de lopende procedure tot wijziging, zonder meer voor de hand. Niets weerhield het hof ervan om vervolgens een gedeelte van het nadeel op de voet van art. 6:230 BW voor rekening van Wegerif te laten, alleen lag daartoe de verwijzing naar een ‘onderzoeksplicht’ van Wegerif niet voor de hand. De *a priori* gegeven plicht van Wegerif om de mogelijkheid van huurprijswijzigingen te onderzoeken was immers door de in casu prevalerende mededelingsplicht van Quicker ‘overruled’. Aangenomen dat Wegerif erop mocht vertrouwen dat Quicker hem desgevraagd zou inlichten over de aanhangige procedure, behoefde Wegerif logischerwijze niet (langer) zelfstandig onderzoek te doen naar de mogelijkheid van huurprijswijzigingen. De keuze van het hof om een gedeelte van het nadeel voor rekening van Wegerif te laten had mijns inziens beter kunnen worden onderbouwd door verwijzing naar de algemene notie dat het risico van toekomstige wijzigingen van de huurprijs inherent is aan de koop van een beleggingspand als het onderhavige, zodat dit risico gedeeltelijk voor rekening van de commerciële koper behoort te komen. De globale bewoordingen waarin het hof de ‘onderzoeksplicht’ van Wegerif in zijn arrest omschrijft, doen vermoeden dat dit ook daadwerkelijk ’s hofs onuitgesproken gedachte is geweest.

14 Anders A-G Huydecoper in zijn conclusie voor het arrest, sub 23 en 30.

Mededelingsplicht prevaleert?

Verdient het bewandelen van de gulden middenweg dus reeds vanuit een oogpunt van semantiek en dogmatiek niet de voorkeur, belangrijker is een inhoudelijk bezwaar. De visie van de heersende leer heeft een belangrijke consequentie voor de betekenis van de eerder genoemde vuistregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht. Aanvaardt men dat mededelingsplicht en onderzoeksplicht elkaar overlappen, dan behelst die regel niet langer een *conclusie* – de afwezigheid van een onderzoeksplicht als logisch uitvloeisel van de aanwezigheid van een mededelingsplicht – maar een *norm*. Dat wordt bevestigd door vaste rechtspraak van de Hoge Raad, waarin uitdrukkelijk is overwogen dat de bedoelde vuistregel de strekking heeft om kopers in bescherming te nemen tegen hun eigen onvoorzichtigheid.¹⁵ De consequentie is dat op de rechter die in concreto de *onderzoeksplicht* wil laten prevaleren, een verzwaarde motiveringsplicht rust. Nog in 2007 overwoog de Hoge Raad, in tamelijk stellige bewoordingen:

‘De mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, onder b, BW strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling. Dit brengt mee dat niet te spoedig voorrang aan de onderzoeks-/informatieplicht van die partij boven de mededelingsplicht van de andere partij dient te worden gegeven en dat bij een daartoe strekkend oordeel op alle bijzondere omstandigheden van het geval moet worden gelet en deze ook zo volledig en zo nauwkeurig mogelijk moeten worden vastgesteld’.¹⁶

De aanvaardbaarheid van deze overweging is afhankelijk van de gedachte die erachter schuilgaat. Voor zover is bedoeld dat de feitenrechter geen voorrang behoort te geven aan de onderzoeksplicht van de koper indien reeds op goede gronden is vastgesteld dat de verkoper een mededelingsplicht schond, kan daarmee gevoeglijk worden ingestemd. Een dergelijke interpretatie lijkt echter niet in overeenstemming met de heersende leer, die het bestaan van een omslagpunt tussen mededelingsplicht en onderzoeksplicht juist verwerpt. Kennelijk moet het citaat aldus worden begrepen, dat aan het aannemen van een (prevalerende) onderzoeksplicht daadwerkelijk strengere motiveringseisen worden gesteld dan aan het aannemen van een (prevalerende) mededelingsplicht. Het is de vraag hoe een zo

15 Zie bijv. HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest/Nederlof), r.o. 3.4.

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

principeel overwicht van de mededelingsplicht boven de onderzoeksplicht valt te rechtvaardigen. Ook Nieuwenhuis heeft zich deze vraag gesteld:

‘Op welke afweging berust de rangorde tussen onderzoeksplicht van de koper en mededelingsplicht van de verkoper in geval van dwaling? Waarom niet de omgekeerde regel: indien de koper zijn dwaling aan eigen schuld heeft te wijten, zullen redelijkheid en billijkheid hem beletten zich erop te beroepen dat de verkoper, door hem beter voor te lichten, de dwaling had kunnen voorkomen? Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen (art. 3:12 BW). De thans in Nederland levende overtuiging wordt door de rechtspraak als volgt geduid: het verwijt van lichtvaardigheid ten aanzien van het eigen belang weegt minder zwaar dan het gebrek aan contractuele naastenliefde met betrekking tot het belang van de wederpartij.’¹⁷

Terecht geeft Nieuwenhuis de veronderstelde ratio met de nodige reserve weer. Het is zeer de vraag of naar de thans in Nederland levende rechtsovertuiging contractuele naastenliefde principeel hoger moet worden aangeslagen dan de eigen verantwoordelijkheid die contracteren logischerwijze met zich meebrengt. Nieuwenhuis zal zelf de eerste zijn om dat te bevestigen. Immers: ‘welbegrepen eigen belang is de inzet van het contractspel’ en ‘de spil (...) van het contractmechanisme’.¹⁸ ‘Het opbouwen, en vervolgens uitbaten, van een voorsprong in kennis, is de kern van de koophandel.’¹⁹ Maar ook indien men het *caveat venditor* als normatief postulaat aanvaardt, valt mijns inziens niet te verdedigen dat contractuele naastenliefde *als regel* moet prevaleren boven eigen verantwoordelijkheid. Het enkele feit dat de koper in een bepaald opzicht onwetend is kan immers geen reden zijn om hem juridisch in bescherming te nemen ten koste van de verkoper. Voor het aannemen van een mededelingsplicht – en het laten prevaleren daarvan – zullen steeds goede argumenten moeten worden gevonden in de omstandigheden van het geval.

17 Nieuwenhuis 1998, p. 156.

18 J.H. Nieuwenhuis, *AA* 1986, p. 319.

19 J.H. Nieuwenhuis, ‘Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel’, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 28-29.

Recht of retoriek?

De opgeworpen twijfels kunnen intussen niet verhelen dat het prevaleren van de mededelingsplicht in vele gevallen tot redelijke resultaten leidt. In zoverre bevat de bedoelde vuistregel kennelijk een kern van waarheid. De vraag rijst hoe die regel *anders* kan worden gerechtvaardigd dan door verwijzing naar een algemeen beschermingsregime ten opzichte van onvoorzichtige kopers. Een korte beschouwing van de jurisprudentiële voorgeschiedenis lijkt uitkomst te kunnen bieden.

De regel dat de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1 sub b BW prevaleert is in de jurisprudentie van de Hoge Raad voorafgegaan door een vergelijkbare regel met betrekking tot de dwaling als gevolg van een onjuiste inlichting in de zin van art. 6:228 lid 1 sub a BW. Laatstebedoelde regel kwam aan de orde in het bekende arrest Booy/Wisman uit 1966.²⁰ Het ging hier om de verkoop van een mobiele kraan waarover door verkoper Booy was gezegd dat koper Wisman er zeker een kentekenbewijs voor zou kunnen krijgen, aangezien voor dergelijke kranen al eerder een kentekenbewijs was verstrekt. Die mededeling (althans het eerste gedeelte ervan) bleek onjuist: in verband met het gewicht van de onderhavige kraan werd het kentekenbewijs geweigerd. Hof en Hoge Raad honoreerden Wismans beroep op dwaling, waaraan niet in de weg stond dat Wisman geen onderzoek had gedaan naar de juistheid van Booy's mededeling. Na in algemene bewoordingen te hebben vooropgesteld dat op de dwalende een 'gehoudenheid' rust om onderzoek te doen ter voorkoming van een onjuiste voorstelling van zaken, overwoog de Hoge Raad:

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

Het interessante van de geciteerde overweging is dat zij de vuistregel voorziet van een *tweezijdige* ratio. Enerzijds zal de dwalende doorgaans mogen afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen. Anderzijds zal een beroep van de wederpartij op een onderzoeksplicht van de dwalende omtrent de juistheid van gegevens die zij zélf

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

heeft verstrekt veelal in strijd met de goede trouw (lees: naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar) zijn. Deze laatste benadering, die duidelijk aan *common sense* appelleert, was in het Engelse recht reeds bekend sinds de klassieker *Redgrave v Hurd* uit 1881:

‘If a man is induced to enter into a contract by a false representation it is not a sufficient answer to him to say, “If you had used due diligence you would have found out that the statement was untrue. You had the means afforded you of discovering its falsity, and did not choose to avail yourself of them.” (...) “You were not entitled to give credit to my statement.”’²¹

Naar mijn indruk klinkt hier de werkelijke ratio van de beide vuistregels, ook die inzake het prevaleren van de mededelingsplicht. Het gaat niet zozeer om de principiële onderwaardering van de onderzoeksplicht ten opzichte van de mededelingsplicht, maar om de regulering van het processuele debat. Indien de verkoper wordt aangesproken wegens schending van een mededelingsplicht, is de klakkeloze verwijzing naar de onderzoeksplicht van de koper in termen van juridische retoriek ‘not a sufficient answer’. Aangenomen dat die onderzoeksplicht *a priori* gegeven is, is het zaak dat de verkoper, in plaats van met de vinger te wijzen naar de koper, de hand in eigen boezem steekt, door aan te geven waarom hij vanuit zijn positie mocht aannemen dat de koper over voldoende informatie beschikte. Dat is geen kwestie van kopersbescherming, maar van helder debatteren. Het juridische debat over de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten komt uit de verf indien koper en verkoper ieder voor zich aangeven waarom zij zich naar de eisen van goede trouw hebben gedragen, waarna de rechter weloverwogen in het voordeel van één van beiden beslist. Voor de mate van motivering van die beslissing maakt het mijns inziens niet uit of de mededelingsplicht van de verkoper, of juist de onderzoeksplicht van de koper prevaleert. Het aannemen van een precontractuele informatieplicht vergt immers steeds een degelijke onderbouwing. Zolang eenzijdige zwart/wit-redeneringen worden vermeden, zie ik geen grond om de verkoper in dit verband reeds op voorhand kritischer te benaderen dan de onvoorzichtige koper. Het bekende arrest *Offringa/Vinck en Van Rosberg* uit 1998 moge ter illustratie dienen.²²

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

22 HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 m.nt. WMK (*Offringa/Vinck & Van Rosberg*).

Een villa op Curaçao

Voor civilisten is de Bramendiweg 27 waarschijnlijk een minder exotisch adres dan de Haarlemmerstraat 259-263. De casus van de villa op Curaçao, met scheurvorming en een lekkend zwembad, is algemeen bekend. Koper Offringa beriep zich op dwaling in verband met het feit dat verkopers Vinck en Van Rosberg hem niet hadden gewezen op een 'structureel scheurenprobleem', dat door een gebrekkige fundering werd veroorzaakt en tot kostbare maatregelen noopte. De verkopers waren hiervan reeds enkele jaren vóór de verkoop door een aannemer op de hoogte gesteld, maar schrokken er niet voor terug om in het kader van de onderhandelingen aan Offringa een taxatierapport te overhandigen waarin de onderhoudstoestand van de woning werd gekwalificeerd als 'goed'. Tijdens de bezichtiging van de woning door Offringa waren vele grote scheuren bedekt door 'panelling' op de wanden, terwijl een deel van de zichtbare scheuren 'keurig gerepareerd' was. Veelzeggend was ook de toestand van het bij de woning behorende zwembad, dat tijdens de bezichtiging gevuld was en normaal leek te functioneren, terwijl het na aankoop 'al geruime tijd' lek bleek te zijn.

In rechte aangesproken wegens schending van een mededelingsplicht verweerden Vinck en Van Rosberg zich met de stelling dat Offringa nader onderzoek had moeten doen naar de zichtbare scheurvorming, waarop zij hem naar eigen zeggen ook hadden gewezen. Dat laatste werd door Offringa betwist, maar ook afgezien daarvan was het verweer van Vinck en Van Rosberg retorisch niet sterk. Huizen met zichtbare scheurvorming komen in de praktijk veelvuldig voor. Wat de onderhavige woning bijzonder maakte, was het structurele karakter van de scheurvorming, te wijten aan een gebrekkige fundering. Dáárover hadden Vinck en Van Rosberg, ondanks hun kennis ter zake, niets gezegd. De opsteller van het taxatierapport had in rechte verklaard dat hij bij bezichtiging van de woning geen aanwijzingen had gevonden voor een structureel scheurenprobleem, zodat zonder nadere toelichting onduidelijk was waarom Offringa, als leek op bouwkundig gebied, dat probleem wel had behoren te vermoeden. In termen van juridische retoriek was hier, kortom, de verwijzing naar de *a priori* gegeven onderzoeksplicht van Offringa 'not a sufficient answer'. Vinck en Van Rosberg hadden moeten uitleggen waarom zij mochten aannemen dat Offringa over voldoende informatie beschikte om de zichtbare scheuren op waarde te schatten. Zou Offringa bij de bezichtiging bijvoorbeeld zijn vergezeld door een bouwkundige, die de scheuren uitvoerig had geïnspecteerd, dan zou de zwijgzaamheid van de zijde van Vinck en Van Rosberg eerder gerechtvaardigd zijn geweest. Hetzelfde geldt indien Offringa in het kader van de onderhandelingen zou hebben gezegd ter plaatse een nieuwe woning te willen bouwen, of onder verwijzing naar de zichtbare scheuren een

extra lage prijs zou hebben bedongen. Zulke verzachtende omstandigheden waren in casu echter gesteld noch gebleken. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie honoreerde desalniettemin het verweer van Vinck en Van Rosberg. De belangrijkste reden was dat het hof ervan uitging dat Vinck en Van Rosberg (inderdaad) een mededeling omtrent de scheurvorming hadden gedaan. Tegen die achtergrond oordeelde het hof, mede gezien het feit dat het optimistische taxatierapport slechts één pagina besloeg en derhalve ‘zeer summier’ was, terwijl het bovendien was opgesteld in opdracht van de *verkopers*, dat Offringa was tekortgeschoten in zijn onderzoeksplicht ter zake van de zichtbare scheuren in de woning.

In cassatie maakt de Hoge Raad korte metten met dit oordeel. Om te beginnen weigert de Hoge Raad de bedoelde mededeling als vaststaand feit te aanvaarden (r.o. 3.6). Deze feitelijke heroriëntatie is cruciaal, want waar het hof de mededelingsplicht buiten beschouwing liet – er wás immers volgens het Hof een mededeling gedaan – komt in cassatie hierop alsnog de nadruk te liggen. In r.o. 3.5 zet de Hoge Raad zijn visie op de mededelingsplicht principieel uiteen. Na vooropstelling van de bekende vuistregel inzake het prevaleren van de mededelingsplicht, onder toevoeging van de overweging dat bij de toepassing daarvan dient te worden gelet op ‘alle bijzonderheden van het gegeven geval’, ‘maar ook en vooral daarop dat voormelde regel juist ertoe strekt ook aan een *onvoorzichtige* koper bescherming te bieden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens’, volgt in r.o. 3.6-3.8 de inhoudelijke afdoening van de zaak. Het belangrijkste bezwaar van de Hoge Raad tegen ’s Hof’s vonnis is naar mijn indruk te vinden in r.o. 3.7:

‘Het is (...) onjuist om, zoals het Hof heeft gedaan, ervan uit te gaan dat het oordeel dat de koper is tekortgeschoten in de in de gegeven omstandigheden op hem rustende plicht om te onderzoeken hoe ernstig de scheurvorming in het huis was, of deze een structureel karakter droeg en zo ja wat daarvan de oorzaak was, zonder meer de slotsom wettigt dat op de verkopers terzake geen mededelingsplicht rustte. Het Hof had zich, integendeel, de vraag moeten stellen of de verkopers, die (...) *wisten* dat de scheurvorming in het huis van structurele aard is en wordt veroorzaakt doordien de fundering van het huis te wensen overlaat, alsmede dat de oplossing van het probleem zeer kostbaar is waardoor de waarde van het huis ernstig wordt aangetast, toen zij constateerden dat de koper zo onvoorzichtig was om (...) geen vragen omtrent scheurvorming te stellen en daarnaar geen verder onderzoek te doen, naar de in het verkeer geldende opvattingen gehouden waren hem van voormelde, hun bekende feiten mededeling te doen.’

Kennelijk heeft de Hoge Raad vooral moeite met *eenzijdige* oordelen zoals hier bestreden, waarin een onderzoeksplicht van de onvoorzichtige koper wordt aanvaard zonder noe-

menswaardige aandacht te besteden aan de potentiële mededelingsplicht van de verkoper.²³ Terecht benadrukt de Hoge Raad in dit verband het belang van een degelijke motivering. Wat mij betreft schuilt daarin de kern van het arrest. Het lijkt mij minder juist om uit het arrest af te leiden, zoals wel gebeurt,²⁴ dat de onderzoeksplicht van de koper slechts een marginale rol vervult. Voor een dergelijk principiële overwicht van de mededelingsplicht boven de onderzoeksplicht bestaat mijns inziens – althans in abstracto – onvoldoende grond.

Slot

Op de tweesprong van mededelingsplicht en onderzoeksplicht is een heldere navigatie geboden. Wie hier de gulden middenweg kiest, belandt gemakkelijk op een dwaalspoor. De vuistregel van de Hoge Raad inzake het prevaleren van de mededelingsplicht biedt niet in alle gevallen een bruikbaar kompas. ‘Blindvaren’ op die regel is in elk geval riskant, omdat een inhoudelijke rechtvaardiging voor het principiële overwicht van de mededelingsplicht ontbreekt. In mijn visie dient die regel slechts ter regulering van het processuele debat, in die zin dat een wegens schending van een mededelingsplicht aangesproken verkoper zich niet *enkel* onder verwijzing naar de onderzoeksplicht van de koper kan verweren. Uitgangspunt blijft dat de verhouding tussen de wederzijdse informatieplichten van koper en verkoper slechts op basis van de concrete omstandigheden van het geval kan worden beoordeeld. Er bestaat mijns inziens geen goede grond om aan het prevaleren van de onderzoeksplicht zwaardere motiveringseisen te stellen dan aan het prevaleren van de mededelingsplicht.

In het verbintenisrecht draait het regelmatig om de keuze tussen uitersten en het (soms) aanlokkelijke perspectief van de gulden middenweg. *Confrontatie of compromis* is dan de vraag.²⁵ Nieuwenhuis heeft eerder aangetoond dat de middenweg niet altijd de koninklijke weg is. In het verleden verzette hij zich principiële tegen het ‘hellend vlak’ als model voor precontractuele gebondenheid (Plas/Valburg)²⁶ en tegen proportionele aan-

23 Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma bij HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 (L.E. Beheer/Stijnman), sub 3.

24 Vgl. bijv. M. de Mol, ‘Garantie en dwaling’, in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties*, Deventer: Kluwer 2002, p. 259.

25 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis*, Deventer: Kluwer 2007.

26 J.H. Nieuwenhuis, ‘Point of no return’, *RM Themis* 1989, p. 467-468. Vgl. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.nt. CJHB (Plas/Valburg).

sprakelijkheid als oplossing voor causaliteitsproblemen (Nefalit/Karamus).²⁷ Wie daarvoor nog niet is overtuigd, raadplege zijn recente NJV-pleadvies, waarin Nieuwenhuis een verrassend argument tegen het bewandelen van de gulden middenweg noemt:

'Je hoort nog wel eens: *in medio tutissimus ibis* (in het midden gaat ge het veiligst). Vergeet het maar: wie de middenweg kiest, krijgt van twee kanten de volle laag.'²⁸

Ben ik mijns broeders hoeder? Het was het antwoord van Kaïn op de vraag van God waar zijn broer was. In plaats van uitsluitel te geven, stelde Kaïn een wedervraag. Een intrigerender antwoord is nauwelijks denkbaar. Zulke antwoorden zijn een specialiteit van Hans Nieuwenhuis. Hopelijk zullen wij daarvan in Leiden nog lang mogen profiteren.

K.J.O. Jansen

27 J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RM Themis* 2006, p. 177-178. Vgl. HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (Nefalit/Karamus).

28 J.H. Nieuwenhuis, 'Multicultureel recht: hoe is het mogelijk?', *Preadvies NJV* 2008, p. 162.