

het *Rechtskundig Weekblad* analyseert Eric Dirix de vooralsnog gebrekkige mogelijkheden van het transnationaal beslag- en executierecht. Vanwege bestaande cultuurverschillen verwacht hij veel tegenstand tegen de Europese vermogensverklaring.

(Fabrizio Cafaggi, Horatia Muir-Watt (red.), *Making European private law/Governance design*, Cheltenham: Elgar 2008, 355 p.; Eric Dirix, 'Europese initiatieven m.b.t. de invordering van

geldschulden', *Rechtskundig Weekblad* 2007-08, p. 1825-1826; Bénédicte Fauvarque-Cosson, Denis Mazeaud (red.), *European contract law/Materials for a Common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules*, München: Sellier 2008, 614 p.; Nils Janssen, Reinhard Zimmermann, 'Restating the *Acquis Communautaire*? A critical examination of the "Principles of the Existing contract law"', 71 *Modern Law Review* (2008), p. 505-534; Maarten Kroeze en Hélène Vletter-

van Dort, 'History and future of uniform company law in Europe', *European Company Law* 2008, p. 114-122; Peter Sparkes, *European land law*, Oxford: Hart 2008, 634 p.; A.A. van Velten, 'Europese invloeden op ons privaatrechtelijk onroerend goed stelsel', *WPNR* 2008/6747, p. 231-239 en *WPNR* 2008/6748, p. 251-269).

E.H. Hondius
hoogleraar Europees privaatrecht
Universiteit Utrecht

Europese klassiekers

Smith v. Hughes: caveat emptor

Nr. 51

K.J.O. Janssen¹

1. Inleiding

Caveat emptor: een klassieke vermaning aan het adres van de koper, die in het Nederlandse dwalingsleerstuk lijkt te zijn achterhaald. Al enige decennia is het vaste rechtspraak dat ook aan de *onvoorzichtige* koper bescherming toekomt in het kader van art. 6:228 BW.² Deze bescherming komt vooral hierop neer, dat de wederpartij van zo'n onvoorzichtige koper – de verkoper – zich in het algemeen niet tegen een dwalingsactie kan verweren met een beroep op kopers onderzoeksplicht, indien de dwaling (mede) aan hemzélf, de verkoper, te wijten is. Berust de dwaling op een onjuiste inlichting van de verkoper (art. 6:228 lid 1 sub a BW), of op schending van diens mededelingsplicht (art. 6:228 lid 1 sub b BW), dan is volgens de Hoge Raad een beroep van de verkoper op onvoorzichtigheid van de koper in het algemeen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.³ *Caveat venditor*, lijkt hier dus veeleer het devies. Nog vrij recent 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.'*⁴

Hoe anders lijkt de situatie in Engeland, waar het *caveat emptor* (*buyer beware*) nog onverminderd doorklinkt in jurisprudentie⁵ en literatuur.⁶ De *common law* toont openlijke weerzin tegen beschermingsconstructies die de verkoper beroven van lucratieve transacties.⁷ Een mededelingsplicht van de verkoper omtrent essentiële eigenschappen van de verkochte zaak kent het Engelse contractenrecht in beginsel niet. In het gezaghebbende handboek *Chitty on contracts* valt te lezen:

1 PhD-fellow bij de Afdeling burgerlijk recht van de Leidse rechten-faculteit

2 Zie bijv. HR 21 december 1990, NJ 1991, 251 (*Van Geest/Nederlof*), r.o. 3.4; en HR 10 april 1998, NJ 1998, 666, m.nt. W.M. Kleijn (*Offringa/Vinck & Van Rosberg*), r.o. 3.5.

3 Zie voor wat betreft de onjuiste inlichting HR 15 november 1957, NJ 1958, 67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*) en HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183, m.nt. G.J. Scholten (*Booy/Wisman*). Zie voor wat betreft de schending van de mededelingsplicht HR 30 november 1973, NJ 1974, 97, m.nt. G.J. Scholten (*Van der Beek/Van Dartel*), alsmede de in noot 2 genoemde arresten *Van Geest/Nederlof* en *Offringa/Vinck & Van Rosberg*.

4 HR 19 januari 2007, NJ 2007, 63 (*Kranendonk en De Vries/A.*), r.o. 3.5. De overweging is toegespitst op schending van de medede-

lingsplicht, maar aangenomen mag worden dat voor de onjuiste inlichting hetzelfde geldt.

5 Zie bijv. *Bell v. Lever Brothers* (1932), AC 161, p. 227, per Lord Atkin.

6 Zie bijv. J. Cartwright, *Contract Law*, Oxford etc.: Hart Publishing 2007, p. 155. Vergelijk ook B. Nicholas, 'L'obligation précontractuelle de renseignements en droit anglais', in: D. Tallon en D. Harris, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1987, p. 187-188.

7 Vgl. J. Cartwright, 'The rise and fall of mistake in the English law of contract', in: R. Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 83-84.

'(...) there is, in general, no duty on the parties to a contract to disclose material facts to each other, however dishonest such non-disclosure may be in particular circumstances.'⁸

Ter onderbouwing van dit uitgangspunt wordt doorgaans verwezen naar de uit 1871 daterende klassieker *Smith v. Hughes*,⁹ waarin de koper van een partij haver nul op het rekest kreeg toen de haver niet de essentiële eigenschappen bleek te bezitten die hij veronderstelde. De *Court of Queen's bench* oordeelde in algemene termen dat de verkoper niet verplicht was om de koper over diens dwaling te informeren, zelfs niet indien de verkoper welbewust van deze dwaling had geprofiteerd.

Een zo categorische afwijzing van de mededelingsplicht van de verkoper lijkt op het eerste gezicht moeilijk verenigbaar met de in Nederland, en – belangrijker – in de rest van Europa,¹⁰ heersende opvattingen over informatieplichten bij dwaling. Hieronder zal ik echter betogen dat van een werkelijke kloof tussen Engeland en het Europese continent op dit punt geen sprake is. Integendeel: ik meen dat de Engelse benadering een verhelderende blik biedt op het leerstuk van informatieplichten zoals dat ook elders in Europa, en in Nederland, functioneert.

2. Feiten en procesverloop

Aanleiding tot het geschil in *Smith v. Hughes* vormde, zoals zo vaak, een (beweerde) vorm van miscommunicatie tussen partijen. Eiser, boer Smith, had een grote partij jonge haver (*new oats*) te koop. Hij bracht een monster (*sample*) van de partij naar paardentrainer Hughes, met de vraag of deze de partij wilde kopen. Hughes antwoordde, aldus Smith, dat hij 'always a buyer of good oats' was. Nadat Hughes het monster gedurende twee dagen ter observatie onder zich had gehouden, berichtte hij aan Smith dat hij de partij wilde kopen voor een bepaalde prijs, waarmee Smith akkoord ging. Na levering stuurde Hughes de partij evenwel onbetaald retour. Als reden voerde hij aan dat hij geen interesse had in jonge haver (*new oats*), en uitsluitend oude haver (*old oats*) kon gebruiken.

Smith zag zich genooddaakt om in rechte betaling van de partij te vorderen. Ten verweere tegen deze vordering verklaarde Hughes dat hij, anders dan Smith wilde doen geloven, tijdens de onderhandelingen wel degelijk om oude haver had gevraagd. 'I said I was always a buyer of good old oats', aldus Hughes, hiermee de weergave van Smith corrigerend. 'I never buy new oats if I can get old. Trainers, as a rule, use old oats.' Bovendien was de bedongen prijs, aldus Hughes, onwaarschijnlijk hoog voor een partij jonge haver, 'such as a prudent man of business would not have given'. In reactie op dit verweer verklaarde Smith dat hij niet wist dat paardentrainers nooit jonge ha-

ver kopen en dat hij, integendeel, recent nog een partij jonge haver aan een andere trainer had verkocht. De relatief hoge prijs voor de partij werd volgens Smith verklaard door de krapte op de havermarkt ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.

De rechter van de *County court of Surrey* instrueerde de jury¹¹ om, ter beoordeling van het geschil, respectievelijk twee vragen te beantwoorden. Allereerst: of het woord 'old' gedurende de onderhandelingen door een der partijen was gebruikt. Zo ja, dan had volgens de rechter Hughes gelijk en behoefde hij de partij jonge haver niet af te nemen (en te betalen). Ten tweede, voor het geval de jury tot een negatieve beantwoording van de eerste vraag zou komen: of Smith ten tijde van de contractssluiting had begrepen dat Hughes in de veronderstelling verkeerde oude haver te kopen. Zo ja, dan zou – opnieuw – Hughes de zaak winnen. Zo nee, dan trok Smith aan het langste eind, aldus de instructie van de rechter.

De jury koos de kant van Hughes (de vordering van Smith werd afgewezen), zonder evenwel expliciet aandacht te besteden aan, en onderscheid te maken tussen, de twee gestelde vragen. Het vonnis in eerste aanleg was bijgevolg niet erg inzichtelijk, zodat het reeds om die reden in appel geen stand kon houden. De rechters van de *Court of Queen's bench* kozen echter, zoals zal blijken in par. 4, voor een 'volle' toetsing van het rechterlijk oordeel en beslisten uitdrukkelijk en breed gemotiveerd dat een vergissing als de onderhavige voor rekening van de koper moest komen. De krasse bewoordingen waarin zij hun uitspraak formuleerden, hebben *Smith v. Hughes* doen uitgroeien tot een standaardarrest.

3. Intermezzo: 'good old oats'

Bij de niet agrarisch onderlegde lezer zou intussen de vraag kunnen rijzen wat eigenlijk de betekenis is van het door Hughes zo benadrukte onderscheid tussen jonge en oude haver. De uitspraak biedt daarover geen uitsluitel. Juridisch gezien laat deze vraag zich vertalen in de vraag naar het causaal verband. Waarom zou Hughes deze overeenkomst niet hebben gesloten indien hij ten tijde van het sluiten van de koop had geweten dat het een partij jonge, en geen oude haver betrof? Het ligt voor de hand om ter beantwoording van deze vraag te rade te gaan bij een bron die dateert uit de levensdagen van partijen zelf. In 1863 verscheen het boek *Cavalry; Its History, Management and Uses in War*, geschreven door de Nederlandse cavalerieofficier Roemer. Uit zijn beschrijving van het verschil tussen jonge en oude haver blijkt dat de laatste werd beschouwd als veel beter paardenvoer dan de eerste:

'New oats are heavier than old ones, owing to the presence of watery matter, which gradually evaporates.'

8 H.G. Beale e.a. (red.), *Chitty on contracts, Volume I, General principles*, London: Sweet & Maxwell 2004, nr. 6-013. Zie in gelijke zin bijv. E. McKendrick, *Contract Law*, Basingstoke: Palgrave 2007, p. 259-260 en Cartwright 2007, p. 70-71 en 166-169.

9 *Smith v. Hughes* (1870-71) LR 6 QB 597. Ook worden soms aangehaald de (nog oudere) zaak *Keates v. Cadogan* (1851), 10 CB 591 en de (iets recentere) zaak *Ward v. Hobbs* (1877-78), LR 3 QBD 150.

10 Vergelijk de rechtsvergelijkende studie van R. Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 16-17 en 395.

11 Destijds was het gebruikelijk dat de vaststelling van de feiten in civiele zaken geschiedde door een jury, op basis van een instructie door de rechter. Tegenwoordig is deze praktijk in Engeland grotendeels achterhaald. Zie Cartwright 2007, p. 154-155, noot 34.

*New oats are not as easily masticated as the old; they form a glutinous pulp, which it is difficult to digest, and when eaten in considerable quantities is apt to occasion colic. Old oats, on the contrary, when chewed, become a smooth and uniform mass, which readily dissolves in the stomach, and yields all the nourishment which they contain.*¹²

Hughes had dus gelijk waar hij stelde dat oude haver voor hem waardevoller was dan jonge haver. Het ligt voor de hand dat Smith, zelf boer, dit heeft begrepen. De vraag was of een en ander Smith ertoe had moeten bewegen om Hughes te waarschuwen voor het feit dat hij jonge haver kocht. De *Court of Queen's bench* meende – unaniem – van niet.

4. Beslissing

Chief Justice Cockburn stelde voorop dat de jury, nu zij de twee aan haar voorgelegde vragen niet (afzonderlijk) had behandeld, haar afwijzende beslissing mogelijk had gebaseerd op een bevestigende beantwoording van de tweede vraag, namelijk op de veronderstelling dat Smith *wist* van Hughes' voorkeur voor *old oats*. Zou de jury zich uitsluitend hebben gebaseerd op de eerste vraag (vermelding van het woord 'old' door één der partijen), dan zou er volgens Cockburn geen probleem zijn geweest,¹³ maar nu moest zekerheidshalve worden gezien of ook een positieve beantwoording van de *tweede* vraag dragend kon zijn voor de afwijzing van Smith's vordering. Om die reden moest volgens Cockburn in appel worden uitgegaan van de veronderstelling dat enerzijds partijen tijdens de onderhandelingen niet hadden gerept van 'old oats', maar anderzijds Smith zich destijds wel bewust was geweest van Hughes' onjuiste veronderstelling op dit punt. 'The question is whether, under such circumstances, the passive acquiescence of the seller in the self-deception of the buyer will entitle the latter to avoid the contract', aldus Cockburn. Zijn antwoord op deze vraag luidde ontkenkend, vooral gezien het feit dat Hughes het ter beschikking gestelde monster in casu gedurende twee dagen had kunnen bestuderen, alvorens de partij te kopen:

'I take the true rule to be, that where a specific article is offered for sale, without express warranty, or without circumstances from which the law will imply a warranty – as where, for instance, an article is ordered for a specific purpose – and the buyer has full opportunity of inspecting and forming his own judgement, if he chooses to act on his own judgement, the rule caveat emptor applies. (...) The oats were what they were sold as, namely good oats according to the sample. The buyer persuaded himself they were old oats, when they were not so; but the seller neither said nor did anything to

*contribute to his deception. He has himself to blame. The question is not what a man of scrupulous morality or nice honour would do under such circumstances.'*¹⁴

Justice Blackburn – de latere Lord Blackburn, die zich in de negentiende eeuw ontwikkelde tot een autoriteit op het gebied van het contractenrecht, en bekend stond om zijn kennis van het Franse en Romeinse recht¹⁵ – huldigde een vergelijkbare opvatting. Hij overwoog in algemene zin dat, wanneer de gekochte zaak niet een bepaalde, voor de koper essentiële kwaliteit bezit, en de koper ter zake van die kwaliteit geen garantie (*warranty*) heeft bedongen, de koper hoe dan ook gebonden blijft aan zijn aankoop, zelfs indien de verkoper zich ervan bewust was dat de koper dwaalde over deze voor hem essentiële kwaliteit van de zaak. Slechts in geval van misleiding of bedrog (*fraud or deceit*) door de verkoper zou dit anders zijn, aldus Blackburn, maar het enkele nalaten om de koper uit de droom te helpen levert nog niet misleiding of bedrog op. In een veel geciteerde *onliner* concludeerde Blackburn:

*'(...) whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor.'*¹⁶

Ook de derde appelrechter, Justice Hannen, kwam tot de conclusie dat het er niet om ging of Hughes, kenbaar voor Smith, geloofde dat hij oude haver kocht, maar of Smith hem *had doen geloven* dat hij oude haver kocht:

*'(...) a belief on the part of the plaintiff that the defendant was making a contract to buy the oats, of which he offered him a sample, under a mistaken belief that they were old, would not relieve the defendant from liability unless his mistaken belief were induced by some misrepresentation of the plaintiff, or concealment by him of a fact which it became his duty to communicate.'*¹⁷

De drie rechters concludeerden dan ook unaniem dat de rechter in eerste aanleg ten onrechte de jury had geïnstrueerd om de vordering van Smith af te wijzen, indien zij zou concluderen (in antwoord op de tweede vraag) dat Smith ten tijde van de contractssluiting had begrepen dat Hughes in de veronderstelling verkeerde oude haver te kopen. Er moest een nieuwe behandeling van de zaak plaatsvinden.

5. Dwaling naar Engels recht

Op het eerste gezicht lijkt *mistake* de meest neutrale vertaling van ons begrip dwaling.¹⁸ Naar Engels recht vormt *mistake* echter een verhoudingsgewijs bescheiden leerstuk. Het omvat enerzijds de gevallen die bij ons bekend staan

12 J. Roemer, *Cavalry; Its History, Management and Uses in War*, New York: 1863, p. 457-458, te raadplegen via <www.books.google.nl>.

13 *Smith v. Hughes* (1870-71) LR 6 QB 597, p. 602.

14 *Smith v. Hughes* (1870-71) LR 6 QB 597, p. 603.

15 Vgl. Cartwright 2005, p. 68-70.

16 *Smith v. Hughes* (1870-71) LR 6 QB 597, p. 607.

17 *Smith v. Hughes* (1870-71) LR 6 QB 597, p. 610-611.

18 Vgl. art. II-7:201 Draft Common Frame of Reference (DCFR), waar eveneens het begrip 'mistake' wordt gehanteerd (Study Group on a European Civil Code, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Munich: Sellier 2008).

als 'oneigenlijke dwaling',¹⁹ waarin ten gevolge van een misverstand overeenstemming tussen partijen over de betekenis van het contract ontbreekt.²⁰ In zulke gevallen komt geen overeenkomst tot stand; 'the two minds were not ad idem'. Anderzijds behoort tot het terrein van de *mistake* ook de wederzijdse dwaling van art. 6:228 lid 1 sub c BW. Zulke een *common mistake* of *shared mistake* kan naar Engels recht leiden tot nietigheid van de overeenkomst, zij het slechts onder strikte voorwaarden,²¹ waaronder de eis dat als gevolg van de dwaling nakoming onmogelijk is geworden.²²

De in ons recht zo belangrijke eenzijdige dwaling in de zin van art. 6:228 lid 1 sub a en b BW valt naar Engels recht geheel buiten het leerstuk *mistake* en heeft als zodanig geen gevolgen voor de geldigheid van het contract.²³ Deze situatie wordt begrijpelijk wanneer men zich realiseert dat het merendeel van de eenzijdige dwalingsgevallen door het Engelse leerstuk *misrepresentation* wordt beheerst. *Misrepresentation* is een vernietigingsgrond die geldt in situaties waarin de verkoper de dwaling van de koper op enigerlei wijze heeft veroorzaakt.²⁴ Dat behoort niet noodzakelijkerwijze te zijn gebeurd door middel van opzettelijke misleiding (*fraudulent misrepresentation*) of anderszins verwijtbaar gedrag (*negligent misrepresentation*), maar kan ook het gevolg zijn van het te goeder trouw voorspiegelen van een onjuiste stand van zaken (*innocent misrepresentation*).²⁵ Het leerstuk is voorts niet beperkt tot het geven van onjuiste inlichtingen (*misrepresentation by statement*), maar omvat tevens gevallen waarin de verkoper – meer in het algemeen – door zijn *gedrag* een onjuiste voorstelling van zaken heeft gecreëerd (*misrepresentation by conduct*). Hierbij kan worden gedacht aan 'expliciet' gedrag, zoals het actief verbergen van een gebrek van de verkochte zaak (*concealment*),²⁶ maar ook aan meer impliciete gedragingen, zoals 'a nod or a wink, or a shake of the head, or a smile from the purchaser intended to induce the vendor to believe the existence of a non-existing fact'.²⁷ Al met al kan *misrepresentation* het best worden vertaald met de brede term 'miscommunicatie'.²⁸

Wat is de rol van informatieplichten in dit verband? Die is, zoals bleek in par. 1, relatief beperkt. Het Engelse contractenrecht kent geen 'general duty of disclosure'. Slechts bij wijze van *uitzondering* zal de verkoper soms gehouden

zijn tot het verschaffen van bepaalde informatie aan zijn wederpartij.²⁹ Globaal gesproken kunnen in de jurisprudentie drie uitzonderingscategorieën worden onderscheiden. Allereerst wordt aangenomen dat informatieplichten kunnen voortvloeien uit een bijzondere vertrouwensrelatie tussen partijen.³⁰ Het Engelse contractenrecht kent een aparte categorie van 'contracts *uberrimae fidei*' ('contracts of the utmost good faith'), waarvan de verzekeringsovereenkomst het bekendste voorbeeld is. De aard van zo'n verzekeringsovereenkomst brengt mee dat de verzekerde de hem bekende cruciale feiten omtrent het verzekerde risico aan de verzekeraar zal moeten mededelen.³¹ Een vergelijkbare vertrouwensband kan bijvoorbeeld bestaan tussen familieleden en in kredietrelaties.³² In de tweede plaats kunnen informatieplichten naar Engels recht, evenals in Nederland, voortvloeien uit de wet.³³ Dergelijke *statutory exceptions* op de regel van non-disclosure vloeien dikwijls voort uit – ook bij ons bekende – Europese regelgeving.³⁴ Ten slotte doet de *common law* tegenwoordig voorzichtige pogingen om, ook buiten het kader van vertrouwelijke rechtsverhoudingen en wettelijk gereguleerde contracten, bepaalde informatieplichten aan te nemen. Dat gebeurt meestal impliciet, door het 'oprekken' van bestaande leerstukken. Zo biedt het bovenomschreven leerstuk *misrepresentation by conduct* ruimte voor het creëren van 'a limited duty of disclosure by the back door',³⁵ terwijl de Engelse rechter ook door het inlezen van *implied terms* in een contract³⁶ of door het extensief interpreteren van gedane mededelingen³⁷ soms *de facto* een informatieplicht kan aannemen. Nochtans blijft men deze en dergelijke constructies in Engeland – vooralsnog³⁸ – uitdrukkelijk beschouwen als uitzonderingen op de regel dat een algemene informatieplicht ontbreekt.³⁹

Vanwaar deze terughoudende opstelling? De ratio is driedelig. In de eerste plaats vertoont de Engelse *common law* in het algemeen weerzin tegen het formuleren van *broad principles*.⁴⁰ Deze weerzin houdt verband met het tamelijk strikte precedentenstelsel, zoals dat in Engeland geldt.⁴¹ Een dergelijk stelsel nodigt van nature niet uit tot de vorming van *Generalklauseln*, maar tot een voorzichtige *case by case*-benadering. In de tweede plaats (en samenhangend met het voorgaande) leeft in Engeland de gedachte dat een algemeen geldende informatieplicht moeilijk defi-

19 Zie Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 121.

20 Vgl. Cartwright 2007, p. 149 e.v. Overigens vallen onder het leerstuk *mistake* nog enkele andere discrepantiegevallen, zoals *mistake as to the person*. Zie bijv. Cartwright 2007, p. 151 e.v.

21 Zie Cartwright 2007, p. 156-158.

22 Zie *The Great Peace* (2003) QB 679, p. 703, sub 76, *per* Lord Phillips of Worth Matravers MR.

23 Zie Cartwright 2007, p. 155.

24 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 144, 159.

25 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 159, 161.

26 Zie bijv. *Schneider v. Heath* (1813) 3 Campo. 506, waarover E. McKendrick, *Contract Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford etc.: Oxford University Press 2008, p. 601.

27 *Walters v. Morgan* (1861) 3 D F & G 718, p. 723-724, *per* Lord Campbell.

28 Vgl. Cartwright 2007, p. 159.

29 Zie het in noot 8 genoemde bronnenmateriaal.

30 Zie bijv. Beale e.a. 2004, nr. 6-139 e.v.; Cartwright 2007, p. 167 en McKendrick 2007, p. 263.

31 Zie bijv. *Banque Keyser Ullmann v. Skandia Insurance* (1990), 1 QB 665.

32 Zie Cartwright 2007, p. 167.

33 Zie bijv. Nicholas 1987, p. 192-194; Beale e.a. 2004, nr. 6-013 en Cartwright 2007, p. 167.

34 Vgl. Cartwright 2007, p. 167.

35 Aldus McKendrick 2007, p. 261. Vergelijk ook Beale e.a. 2004, nr. 6-013 e.v.

36 Zie bijv. Nicholas 1987, p. 188-189 en Cartwright 2007, p. 168.

37 Zie bijv. Nicholas 1987, p. 189-190 en Beale e.a. 2004, nr. 6-016.

38 Er zijn Engelse auteurs die een kentering voor mogelijk houden. Zie Cartwright 2005, p. 67; McKendrick 2007, p. 265 en McKendrick 2008, p. 604. Vergelijk recentelijk *Conlon v. Simms* (2008) 1 WLR 484 (m.n. p. 514-515 *per* Jonathan Parker LJ), betreffende een geval van 'dishonest non-disclosure' door een advocaat bij het aangaan van een 'partnership' met een andere advocaat.

39 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 167 en 169.

40 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 66-67 en McKendrick 2007, p. 267.

41 Vgl. W.J. Zwalve, *C.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 72-73.

nierbaar is en tot rechtsonzekerheid kan leiden.⁴² Men kan dit het *floodgates*-argument noemen: de aanvaarding van een algemeen regime van informatieplichten zet de sluizen open naar een ongelimiteerde bescherming van onvoorzichtige kopers.⁴³ Het derde en meest belangrijke argument voor afwijzing van een algemene informatieplicht is volgens Engelse juristen gelegen in de aard van het contractenrecht. In de *common law* overheerst de gedachte dat contracterende partijen onderhandelen 'at arm's length', en dat zij in het licht van de contractsvrijheid primair hun eigen belangen mogen nastreven, 'seeking to make the best bargain they can'.⁴⁴ Informatie is een economisch goed, dat niet – althans niet in beginsel – door partijen behoeft te worden gedeeld.⁴⁵ Hier weerklinkt de reputatie van het Engelse recht als streng koopmansrecht, zoals die ook (meer in het algemeen) tot uitdrukking komt in de categorische verwerping van de redelijkheid en billijkheid (*good faith*) als onderhandelingsnorm.⁴⁶ Bollen rapporteerde daarover in deze rubriek al eerder.⁴⁷

6. Europees perspectief

Heeft het Engelse recht inzake de informatieplichten bij dwaling exportwaarde? Indien dat het geval is, heeft het die exportwaarde niet verzilverd. In Europa heeft de continentale visie op het contract, als een door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, het pleit gewonnen. De recente *Draft Common Frame of Reference* (DCFR⁴⁸) van de *Study Group on a European Civil Code* stelt in art. II-1:102 (1) voorop dat partijen vrij zijn om overeenkomsten aan te gaan 'subject to the rules on good faith and fair dealing'. Art. II-7:201 DCFR (*mistake*) bepaalt dat vernietiging van een overeenkomst wegens dwaling mogelijk is (onder meer) indien de wederpartij van de dwalende in strijd met een informatieplicht, of anderszins in strijd met de precontractuele goede trouw, de dwaling heeft laten ontstaan of voortbestaan (lid 1 sub b (ii) en sub b (iii)). De bedoelde informatieplicht wordt uitgewerkt in afdeling II-3.1 (*Information duties*). Art. II-3:101 (1) DCFR bevat, voor wat betreft overeenkomsten tot levering van goederen en diensten tussen particuliere kopers enerzijds en bedrijfsmatige professionals anderzijds, onmiskenbaar een 'general duty of disclosure':

'Before the conclusion of a contract for the supply of goods or services by a business to another person, the

business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances.'

Toch is het verschil tussen de Engelse benadering en de continentale visie niet zo groot als het lijkt. Bij lezing van art. II-7:201 DCFR valt op dat voor vernietiging wegens dwaling, afgezien van de gevallen van wederzijdse dwaling, steeds vereist is dat de wederpartij van de dwalende op enigerlei wijze *verantwoordelijk* was voor het (voort)bestaan van de dwaling.⁴⁹ Het is juist dat element, dat ook in *Smith v. Hughes* doorklinkt: 'there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor'.⁵⁰ Het beginsel dat de *common law* hieruit afleidt ('no general duty of disclosure') moge op de continentale jurist wat ongenaakbaar overkomen, de resultaten die de Engelse rechter er in concrete gevallen mee bereikt, zijn vergelijkbaar.⁵¹ Om te blijven bij het voorbeeld van *Smith v. Hughes*: ook naar continentale opvattingen zou hier de dwalingsactie van Hughes afstuiten op het feit dat hij voorafgaand aan de koop het monster had kunnen bestuderen.⁵² Per saldo lijkt dus het verschil tussen beide stelsels 'more one of technique than result'.⁵³

7. Conclusie

Aangenomen dat de beslissing in *Smith v. Hughes* in Nederland niet (wezenlijk) anders zou zijn uitgevallen, rijst de vraag wat er van deze klassieker valt te leren. Dat is naar mijn mening meer dan men op het eerste gezicht zou denken. De in par. 1 bedoelde jurisprudentie op grond waarvan – kort gezegd – een spreekplicht van de verkoper in beginsel prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper, dreigt ten onzent het zicht te ontnemen op de nog immer actuele betekenis van het adagium *caveat emptor*. De ontegenzeggelijke hoofdregel van ons contractenrecht is nog altijd dat contractanten in de eerste plaats hun eigen belangen moeten bewaken.⁵⁴ Dat is geen kwestie van rechtspolitiek, maar praktische noodzaak. 'No legal system will start from a general duty of disclosure for all contractual negotiations', aldus Cartwright.⁵⁵ Een ander uitgangspunt zou onverenigbaar zijn met de aard van het contractenrecht, waarin het gaat om partijen die elkaar

42 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 67-69 en McKendrick 2007, p. 268.

43 Vgl. McKendrick 2007, p. 260.

44 Zie bijv. Cartwright 2007, p. 69-70 en McKendrick 2007, p. 260.

45 Vgl. Nicholas 1987, p. 199-201 en McKendrick 2007, p. 260.

46 Zie bijv. *Walford v. Miles* (1992), 2 AC 128, HL (m.n. p. 138, per Lord Ackner).

47 C. Bollen, 'Walford v Miles [1992] 1 All ER 453, [1992] 2 AC 128', *NTBR* 2005, 67, p. 386-392 (zie m.n. p. 388).

48 Zie noot 18.

49 Zie lid 1 sub b(i) ('caused the mistake') respectievelijk lid 1 sub b(ii) en sub b(iii) ('caused the contract to be concluded in mistake'). Dit is in overeenstemming met de bevinding van Sefton-Green 2005, p. 384, dat Europese rechtsstelsels tegenwoordig bij dwaling vooral nadruk leggen op het *gedrag* van partijen, meer dan (enkel) op het wilsgebrek van één der partijen.

50 *Smith v. Hughes* (1870-71) LR 6 QB 597, p. 607, per Justice Black-

burn (curs. toegevoegd).

51 Vgl. Sefton-Green 2005, p. 370, die op basis van rechtsvergelijkend onderzoek concludeert dat de hantering van informatieplichten bij dwaling in de verschillende Europese landen qua resultaat grotendeels vergelijkbaar is.

52 Vgl. Asser/Hijma (5-1), nr. 106 e.v. over 'koop op monster'. Hierbij geldt, blijkens nr. 109, dat de koper niet kan klagen wanneer het afgeleverde gebreken heeft die ook aan het monster eigen zijn.

53 Aldus McKendrick 2007, p. 267. Tot die conclusie kwam ook, meer in het algemeen met betrekking tot de precontractuele redelijkheid en billijkheid, Bollen 2005, p. 391-392.

54 Vgl. HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Barris/Riezenkamp*), en meer recent HR 19 september 2003, *NJ* 2005, 234, m.nt. J. Hijma (*Marks/ASZ*), r.o. 3.5.2.

55 Cartwright 2007, p. 70-71.

opzoeken teneinde – ieder voor zich – hun eigen belangen na te streven.

Natuurlijk kent het Nederlandse contractenrecht belangrijke informatieplichten,⁵⁶ die maken dat contracterende partijen in hun onderlinge rechtsverhouding niet geheel vogelvrij zijn. Het gaat echter te ver om daaruit af te leiden, zoals dikwijls gebeurt, dat bescherming van de zwakkere partij tegenwoordig ‘als leidend beginsel’ van het Nederlandse contractenrecht kan worden gezien (Hondius)⁵⁷ en dat de kern van het huidige contractenrecht is gelegen in ‘de gehoudenheid rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’ (Vranken).⁵⁸ Voor het aannemen van een precontractuele informatieplicht zullen steeds goede argumenten moeten worden gevonden.⁵⁹ Immers: ‘Het opbouwen, en vervol-

gens uitbaten, van een voorsprong in kennis, is de kern van de koophandel’ (Nieuwenhuis).⁶⁰

Smith v. Hughes is een Europese Klassieker omdat de uitspraak op het klassieke vraagstuk van informatieplichten bij dwaling een nog immer actueel en verhelderend perspectief biedt. Als uitgangspunt geldt dat onderhandelende partijen zélf de benodigde informatie vergaren. Bij wijze van uitzondering zullen zij er soms op mogen vertrouwen dat de wederpartij hen zal attenderen op relevante informatie. De enkele omstandigheid dat de wederpartij van enig kennisgebrek bij de dwalende op de hoogte is, is daarvoor evenwel onvoldoende. Bescherming van onvoorzichtige kopers is een belangrijke doelstelling van het contractenrecht, maar zal nooit als uitgangspunt daarvan kunnen fungeren.⁶¹

56 Zie voor een overzicht Jac. Hijma, *Verbintenissenrecht* (losbl.), art. 6:228 BW, aant. 89 e.v.

57 E.H. Hondius, ‘De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma van het privaatrecht’, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 393.

58 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*, Nieskens-Isphording-bundel, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 149 en 153.

59 Vgl. HR 10 april 1998, NJ 1998, 666, m.nt. W.M. Klein (*Offringa/*

Vinck & Van Rosberg), r.o. 3.5.

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

61 Vgl. *First Energy v. Hungarian International Bank* (1993), 2 LR 194, p. 196, per Lord Justice Steyn: ‘a theme that runs through our law of contract is that the reasonable expectations of honest men must be protected. It is not a rule or a principle of law. It is the objective which has been and still is the principal moulding force of our law of contract.’