

Tilburg University

Art. 6:76 BW

de Vries, Anne

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Publication date:

2016

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

de Vries, A. (2016). Art. 6:76 BW: Aansprakelijkheid voor tussenpersonen in de precontractuele fase. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2016(7093), 107-112.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Art. 6:76 BW: aansprakelijkheid voor tussenpersonen in de precontractuele fase



Mw. mr. A. de Vries-Stotijn*

1. Inleiding

Tussenpersonen, zoals makelaars, reisbureaus en verzekeringsbemiddelaars, vervullen een belangrijke rol in het handelsverkeer. Het Burgerlijk Wetboek kent geen duidelijke regel die bepaalt wanneer een opdrachtgever aansprakelijk is voor fouten van dit soort, niet-gevolmachtigde, tussenpersonen.¹ In de praktijk wordt art. 6:76 BW vaak aangedragen als grond voor aansprakelijkheid van de opdrachtgever. Dit artikel bepaalt dat als een schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis de hulp van een ander inschakelt, hij zelf verantwoordelijk blijft. De principaal heeft profijt bij het inschakelen van de hulppersoon en moet hiervoor ook het risico dragen.² Deze gedachte gaat ook op in de precontractuele fase. Het zou onwenselijk zijn als de opdrachtgever niet hoeft in te staan voor precontractuele werkzaamheden die een tussenpersoon in zijn belang verricht.

In toenemende mate wordt echter door rechters aangenomen dat art. 6:76 BW niet ziet op uitbesteding van precontractuele werkzaamheden aan tussenpersonen. Dit is om meerdere redenen een

* Docent contractenrecht en promovenda op het gebied van aansprakelijkheid voor bemiddelaars, Tilburg University, Departement Privaatrecht. (a.devries@uvt.nl) Dank gaat uit naar mijn collega's D. op Heij, M. Menting en J. Braspenning, alsmede de redactie van het WPNR voor het nuttige commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1. Aansprakelijkheid en toerekening bij volmacht is grotendeels wel geregeld (in art. 3:66 lid 2 en 6:172 BW).
2. Parl. Gesch. Boek 6, p. 266, 268-269; HR 21 mei 1999, *NJ* 1999/733, m.nt. J. Hijma, r.o. 4.1. Zo ook in het kader van de assurantietussenpersoon: R.M. Vriesendorp-van Seumeren, "De dualiteit van de assurantie-tussenpersoon", in: (Y.L.L.A.M. Delfos-Roy e.a. Reds), *Zekerheidshalve*, Deventer: Kluwer 2003, p. 118.

zorgelijke ontwikkeling. Allereerst werkt deze rechtspraak misbruik van tussenpersonen in de hand. Partijen zouden hun verantwoordelijkheid voor de naleving van precontractuele plichten kunnen ontlopen door inschakeling van tussenpersonen. Ten tweede zijn veel privaatrechtelijke remedies, zoals ontbinding en vernietigbaarheid, slechts effectief in relatie tot de wederpartij. Zo zal een koper van een woning, indien hij is bedrogen door een makelaar, de koopovereenkomst met de verkoper willen vernietigen op grond van art. 3:44 BW.³ Als dit niet mogelijk is, dan is dat in het bijzonder problematisch indien de tussenpersoon zelf geen verhaal biedt, bijvoorbeeld door faillissement.⁴

In deze bijdrage wordt een kritische beschouwing gegeven van de lagere rechtspraak over de toepassing van art. 6:76 BW op tussenpersonen (par. 2). Vervolgens wordt aan de hand van de inhoud en strekking betoogd dat art. 6:76 BW ook geschreven is met het oog op de precontractuele fase (par. 3). Aangezien niet alle precontractuele plichten strikt genomen kwalificeren als een verbintenis in de zin van art. 6:76 BW (par. 4), wordt in deze bijdrage voorgesteld om dit artikel analoog toe te passen op de precontractuele fase (par. 5).

2. Verdeeldheid in de rechtspraak

De rechtspraak over de toepassing van art. 6:76 BW op tussenpersonen is verdeeld. Dit blijkt uit de vele effectenlease-zaken waarbij de vraag speelt of de aanbieder aansprakelijk is voor een onjuist advies van een tussenpersoon. Recentelijk wordt echter steeds vaker aangenomen dat aansprakelijkheid niet kan worden gebaseerd op art. 6:76 BW. Deze trend lijkt te zijn ingegeven door de gedachte dat dit artikel slechts ziet op uitbesteding van *contractuele* werkzaamheden en dus per definitie niet op *precontractuele* werkzaamheden. Buiten de hierna besproken effectenlease-jurisprudentie, is er weinig relevante rechtspraak op dit gebied. Echter, bij toepassing van art. 6:76 BW op andere tussenpersonen spelen dezelfde rechtsvragen, zodat de effectenlease-uitspraken ook hiervoor relevant zijn.

Aanvankelijk werd in de lagere rechtspraak vaak aangenomen dat in geval van uitbesteding van precontractuele werkzaamheden naar analogie aansluiting gezocht moest worden bij art. 6:76 BW.⁵ Andere rechters pasten de bepaling rechtstreeks toe op tussenpersonen.⁶ Zo stelt het Gerechtshof Amsterdam:

“Waar Dexia zich bij de uitvoering van de zojuist bedoelde verbintenissen [een precontractuele waarschuwingsplicht – AV] heeft verlaten op tussenpersonen zoals PMA en Spaar Select [...] hebben de desbetreffende tussenpersonen te gelden als hulppersonen (van Dexia) zoals bedoeld in artikel 6:76 Burgerlijk Wetboek.”⁷

Volgens het Hof is het begrip “verbintenis” in dit artikel niet beperkt tot verbintenissen die rechtstreeks voortvloeien uit de overeenkomst tussen partijen, maar omvat het ook verbintenissen die, daaraan voorafgaand, uit bijzondere zorgplichten volgen.⁸

Inmiddels heeft er een omslag plaatsgevonden die is ingezet door het Hof Den Bosch. Het is vaste jurisprudentie van dit Hof dat aansprakelijkheid van een effectenlease-aanbieder voor een incorrect advies van een tussenpersoon niet kan worden gebaseerd op art. 6:76 BW. Volgens het Hof handelt de tussenpersoon niet ter uitvoering van verbintenissen *voortvloeiende uit de overeenkomst tussen de aanbieder en de consument*, aangezien hij slechts betrokken is in de fase voorafgaande aan en ten tijde van het sluiten van die overeenkomst.⁹ Ook het

3. Gelet op art. 3:44 lid 5 BW kan dit in principe slechts indien de verkoper van dit bedrog wist of behoorde te weten. Over de rol van een makelaar bij de uitleg van een contract: HR 27 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0611, NJ 1989/816, m.nt. M.M. Mendel, r.o. 3.2. Over vernietiging vanwege dwaling doordat een makelaar (heimelijk) twee heren diende: HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854.
4. Zo draait het in veel effectenlease-zaken om het slechte advies van Spaar Select, een tussenpersoon die inmiddels failliet is: ‘Laatste twee kantoren Spaar Select failliet’, *De Volkskrant* 25 augustus 2004.
5. Zie o.a.: Rb. Assen 5 augustus 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:BJ6315, r.o. 4.2; Rb. Haarlem 9 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC1786, r.o. 6; Rb. Maastricht 5 december 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BC8453, r.o. 3.4; Rb. Amsterdam 27 april 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA3914, r.o. 8.7.1; Rb. Groningen 8 februari 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BA0366, r.o. 4; Rb. Middelburg 10 september 2006, ECLI:NL:RB MID:2006:AY9167, r.o. 4.3. In sommige zaken is niet duidelijk of art. 6:76 BW rechtstreeks dan wel naar analogie wordt toegepast op tussenpersonen, zie bijvoorbeeld: Rb. Almelo 22 november 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AZ4548, r.o. 19d.
6. Rb. Noord-Nederland 10 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6915, r.o. 4.6; Hof Arnhem 4 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM3282, r.o. 4.5; Rb. Arnhem 28 januari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH2824, r.o. 5.13. Eveneens interessant: Hof Leeuwarden 29 november 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ3645, r.o. 30 waarin wordt overwogen dat Aegon ex art. 6:76 BW slechts aansprakelijk is voor advies van een financiële tussenpersoon voor zover dat advies ziet op Aegon's eigen producten.
7. Hof Amsterdam 6 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB9552, 4.19. Zie ook: Hof Amsterdam 17 april 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9788, r.o. 2.12.
8. Hof Amsterdam 6 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB9552, 4.19.
9. Onder meer: Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2077, r.o. 4.14.3; Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1775, JOR 2014/240, m.nt. Arons, r.o. 4.14.2; Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BH3592, r.o. 4.15.1; Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB7875, r.o. 4.9.2.

Gerechtshof Amsterdam neemt tegenwoordig in effectenlease-zaken aan dat art. 6:76 BW geen betrekking heeft op de precontractuele fase.¹⁰ Deze jurisprudentie heeft veel navolging gekregen onder lagere rechters.¹¹ In veel gevallen wordt daarbij gebroken met eerdere rechtspraak.¹²

Toch wordt ook nu nog sporadisch aangenomen dat een effectenlease-aanbieder wel aansprakelijk is voor gedragingen van tussenpersonen ex art. 6:76 BW.¹³ Vermelding verdient nog dat het Hof Den Haag recentelijk aannam dat een hypotheekverstrekker op voet van art. 6:76 BW aansprakelijk is voor het niet tijdig doorsturen van stukken door een tussenpersoon.¹⁴ De aanvragers waren daarom geen boete verschuldigd die, ingevolge de door hen ondertekende offerte, stond op het te laat retourneren van stukken. In deze zaak werd de onderhandelingsfase echter beheerst door een overeenkomst (de ondertekende offerte) wat mogelijk verklaart waarom art. 6:76 BW zonder problemen kon worden toegepast.¹⁵

De verdeeldheid in de lagere rechtspraak kan tot rechtsonzekerheid leiden. Die onzekerheid wordt versterkt doordat vaak onduidelijk is wie de opdrachtgever van de tussenpersoon is. Zo adviseren sommige tussenpersonen – zoals reisbureaus en tot voor kort ook veel financiële tussenpersonen¹⁶ – de consument, terwijl zij provisie ontvangen en omzettafzet krijgen opgelegd vanuit de aanbieder.¹⁷ Sommige rechters nemen aan dat de aanbieder kwalificeert als opdrachtgever van de financiële tussenpersoon¹⁸, terwijl in andere zaken wordt aangenomen dat dit niet het geval is.¹⁹

Kortom, er is onduidelijkheid over de vraag of onderhandelende partijen op voet van art. 6:76 BW aansprakelijk zijn voor fouten van tussenpersonen. Recentelijk is er sprake van een trend onder lagere rechters om aan te nemen dat dit niet het geval is, hoewel er (gelukkig) nog steeds rechters zijn die hier anders over denken. Deze trend werkt niet alleen misbruik van tussenpersoonconstructies in de hand, maar is daarnaast ook te kort door de bocht, zoals hierna zal blijken. Het is dan ook een goede zaak dat de Hoge Raad binnenkort de kans krijgt om zich over de kwestie uit te laten in een aanhangig cassatieberoep tegen een effectenlease-uitspraak van het Hof Den Bosch.²⁰

3. Art. 6:76 BW: toepassing op de precontractuele fase

Uit het voorgaande blijkt dat in de lagere rechtspraak steeds vaker wordt aangenomen dat art. 6:76 BW niet ziet op uitbesteding in de precontractuele fase. Er zijn auteurs die, net als het Hof Den Bosch, art. 6:76 BW bestempelen als een *contractuele* aansprakelijkheid voor hulppersonen.²¹ Echter, de aanname dat art. 6:76 BW slechts ziet op contractuele verbintenissen kan om verschillende redenen geen stand houden.

10. Hof Amsterdam 20 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4081, r.o. 3.5-3.6; Hof Amsterdam 1 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1136, r.o. 3.13; Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2830, r.o. 3.24-3.25.
11. Een kleine selectie: Rb. Gelderland 3 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5126, r.o. 4.19; Rb. Amsterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4353, r.o. 5.18; Rb. Den Haag 16 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3079, r.o. 9; Rb. Noord-Nederland 3 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:357, r.o. 5.3; Rb. Zeeland-West-Brabant 18 maart 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2162, 6.8.3. Eerder: Rb. Utrecht 30 juli 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD8744, r.o. 5.17.
12. Vergelijk Rb. Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AT4972, r.o. 43 met Rb. Amsterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4353, r.o. 5.18, Rb. Noord-Nederland 10 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6915, r.o. 4.6 met Rb. Noord-Nederland 9 september 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4381, r.o. 5.3 en Rb. Middelburg 10 september 2006, ECLI:NL:RBMD:2006:AY9167, r.o. 4.3 met Rb. Zeeland-West-Brabant 31 december 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:8979, r.o. 3.19.2.
13. Rb. Rotterdam 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10867, r.o. 2.3 en 6.5 (al is hier niet geheel duidelijk of aansprakelijkheid gebaseerd is op art. 6:76 dan wel 6:171/172 BW). Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 23 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3758, r.o. 6.14.2, waarin het oordeel van de Kantonrechter Tilburg dat een aanbieder ex art. 6:76 BW aansprakelijk was, inmiddels in rechte vaststond.
14. Hof 's-Gravenhage 13 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2163, r.o. 8-12.
15. Dit blijkt expliciet uit r.o. 7. Onjuist is daarom het betoog van Arons dat het Hof hiermee het uitgangspunt dat art. 6:76 BW ziet op de uitvoering van een reeds bestaande (contractuele) verbintenis, loslaat (punt 8 van zijn noot bij Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2014, *JOR* 2014/240).
16. Sinds 2013 geldt bij complexere financiële producten dat tussenpersonen geen provisie mogen ontvangen van de aanbieder (art. 86c en 168a Bgfo). Dit provisieverbod geldt (nog) niet voor eenvoudige financiële producten, zoals schadeverzekeringen.
17. Er kan dan sprake zijn van het dienen van twee heren (art. 7:417 jo. 7:427 BW), wat kan leiden tot verval van recht op loon (recentelijk: HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099).
18. Rb. Rotterdam 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10867, r.o. 2.3 en 6.5; Hof 's-Gravenhage 11 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2163, r.o. 8-12; Rb. Arnhem 28 januari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH2824, r.o. 5.13; Rb. Groningen 8 februari 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BA0366&, r.o. 4; Rb. Leeuwarden (ktr.) 28 november 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AZ4031, r.o. 6.1; Rb. Almelo 20 september 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AY9288, r.o. 18.d; Rb. Almelo 22 november 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AZ4548, r.o. 19d.
19. Rb. Overijssel 23 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3243, r.o. 7.6 en Rb. Amsterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4353, r.o. 5.18, beiden onder verwijzing naar Hof Amsterdam 1 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1135, r.o. 3.15; Rb. Rotterdam 13 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BE2723, r.o. 5.5. In Hof Leeuwarden 13 maart 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV8653, r.o. 37 wordt als hoofdregel aangenomen dat de consument kwalificeert als opdrachtgever.
20. Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1736 (zo blijkt uit een persoonlijke correspondentie met mr. Maliepaard, advocaat in deze zaak).
21. R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 23, 326-328. Zie ook: Haak en Zwitser die in het kader van art. 6:76 BW spreken van *contractspartijen* (K.F. Haak & R. Zwitser, *Van Opdracht aan hulppersonen: over logistieke dienstverlening in het vervoer*, Deventer: Kluwer 2003, p. 103). In gevolge deze opvatting zou art. 6:76 BW slechts zien op tussenpersonen die contractuele werkzaamheden verrichten, zoals premie-incasso's en uitkeringen ten behoeve van een verzekeraar (hierover: Vriesendorp-van Seumeren 2003 (n. 2), p. 122-123; RvT 12 januari 2004, nr. 2004/04 Mo, punt 4). Voor premie-uitbetalingen via een tussenpersoon volgt dit ook uit art. 7:937 BW.

Allereerst strookt deze aannahme niet met de ratio van art. 6:76 BW. Zoals gezegd, beoogt art. 6:76 BW te voorkomen dat de schuldenaar het risico voor fouten bij de nakoming of de voorbereiding van verbintenissen, afwentelt op zijn wederpartij.²² Een eerste argument voor aansprakelijkheid van de opdrachtgever is te vinden in het profijtbeginsel.²³ Aangezien de principaal profijt heeft bij het inschakelen van de hulppersoon en daardoor zijn actieradius vergroot, moet hij hiervoor ook het risico dragen.²⁴ Ware dit anders, dan zouden partijen er belang bij hebben werkzaamheden door een ander te laten verrichten.²⁵ Een tweede, meer pragmatische reden om de principaal verantwoordelijk te houden, is dat hij zich, anders dan de schuldeiser, in zijn verhouding tot de hulppersoon op een contract kan beroepen.²⁶ De opdrachtgever kan daardoor gemakkelijker schade op de hulppersoon verhalen. Een derde reden is dat de principaal door een zorgvuldige selectie van de hulppersoon vaak het best in staat is om schade te voorkomen.²⁷

De uitgangspunten achter art. 6:76 BW gaan eveneens op bij uitbesteding van precontractuele werkzaamheden.²⁸ Mendel stelt in het kader van de verkoop van vastgoed via een makelaar:

“Het zou een onbillijke verdeling van risico’s opleveren indien een verkoper enerzijds alle voordelen zou kunnen genieten van het onderhandelingswerk van de door hem ingeschakelde en voor hem optredende deskundige makelaar, en anderzijds in een mate als door hem (verkoper) gewenst zich ten nadele van de koper eenvoudig zou kunnen distantiëren van datzelfde onderhandelingswerk.”²⁹

Meer in het algemeen dient een partij jegens de toekomstige wederpartij in te staan voor door hem ingeschakelde derden.³⁰ In de literatuur is daarom betoogd dat wetenschap en fouten van hulppersonen in de precontractuele fase moeten worden toegerekend aan de principaal³¹, al is men verdeeld over de juridische grondslag voor een dergelijke toerekening.³²

Naast de ratio blijkt uit de bewoording van art. 6:76 BW dat deze bepaling niet beperkt is tot uitbesteding in de contractuele fase. Het spreekt immers van werkzaamheden ter uitvoering van *een verbintenis* en niet van werkzaamheden ter uitvoering van een *contractuele verbintenis*.³³

Ten derde vormt de *Paalman/Lampenier*-uitspraak³⁴ van de Hoge Raad een indicatie dat art. 6:76 BW eveneens ziet op precontractuele verbintenissen. In deze zaak ging het om een franchisegever die in de onderhandelingsfase aan de franchisenemer een winstprognose had verstrekt, opgesteld door een onderzoeksbureau. Volgens de Hoge Raad was de franchisegever niet op voet van art. 6:76 BW aan-

sprakelijk voor de onjuistheid van deze winstprognose. Er rustte op hem namelijk geen verbintenis tot het verstrekken van die prognose.³⁵ Deze overweging was overbodig geweest als wordt aangenomen dat art. 6:76 BW überhaupt niet ziet op de precontractuele fase. Ook A-G Wesseling-van Gent stelt in haar conclusie dat de grondslagen voor aansprakelijkheid van een schuldenaar voor hulppersonen in de precontractuele fase dezelfde zijn als in de contractuele fase.³⁶

Ten slotte blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat art. 6:76 BW beoogt te voorkomen dat de schuldenaar het risico voor fouten bij nakoming van de verbintenis of *bij de voorbereiding ervan*, afwentelt op zijn wederpartij.³⁷ De term ‘verbintenis’ lijkt hier te worden gebruikt in de zin van ‘overeenkomst’.³⁸

22. Parl. Gesch. Boek 6, p. 268-269.

23. Parl. Gesch. Boek 6, p. 268-269.

24. Parl. Gesch. Boek 6, p. 266, 268-269; HR 21 mei 1999, *NJ* 1999/733, m.nt. J. Hijma, r.o. 4.1. Zo ook in het kader van de assurantietussenpersoon: Vriesendorp-van Seumeren (n. 2), p. 118.

25. Parl. Gesch. Boek 6, p. 266, 268-269. Art. 6:171 BW is op dezelfde gedachte gebaseerd, zie: Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003; Lubach 2005 (n. 21), p. 147-149.

26. HR 21 mei 1999, *NJ* 1999/733, m.nt. J. Hijma, r.o. 4.1.

27. Parl. Gesch. Boek 6, p. 268; HR 21 mei 1999, *JOR* 1999/167, m.nt. C.H. Sieburgh; *NJ* 1999/733, m.nt. J. Hijma, r.o. 4.1; Lubach 2005 (n. 21), p. 156; G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 20; F.H.J. Mijnsen, *Fouten van hulppersonen in contractuele en precontractuele verhoudingen*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1978, p. 49 e.v.

28. Zo ook: Rb. Noord-Nederland 10 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ6915, r.o. 4.6.

29. HR 27 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0611, *NJ* 1989/816, m.nt. M.M. Mendel, punt 4. De HR gaat echter uit van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij (zie r.o. 3.2) en niet van het profijtbeginsel (J.J. Valk, *WPNR* 2012/6949, p. 765-773).

30. Zo ook: Lubach 2005 (n. 21), p. 28-30; Mijnsen 1978 (n. 27), p. 50-55.

31. Mijnsen 1978 (n. 27), p. 51-55; R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis*, Deventer: Kluwer 2001, p. 23; M. van Laarhoven, *WPNR* 2002/6484, p. 293.

32. Naast het profijtbeginsel worden genoemd: verkeersopvattingen, analoge toepassing van de bepalingen omtrent vertegenwoordiging en gerechtvaardigd vertrouwen bij de wederpartij. Voor een mooie opsomming zie: J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken*, Nijmegen: Kluwer 2002, p. 239-251.

33. Zo ook: J.W. Hoekzema, ‘HR 25 januari 2002 Paalman/Lampenier’, *AV&S* 2002-4, p. 120-124.

34. HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7329, *NJ* 2003/31, m.nt. J.B.M. Vranken (*Paalman/Lampenier*).

35. HR *Paalman/Lampenier* (n. 34), r.o. 3.3.3-3.4. Zie ook HR 14 juni 2002, *NJ* 2002/495, m.nt. K.F. Haak (*Geldnet/Kwantum*), r.o. 3.4, waarin de Hoge Raad overweegt dat de kring van personen waar art. 6:76 BW betrekking op heeft, niet te ruim getrokken mag worden.

36. HR *Paalman/Lampenier* (n. 34) (concl. A-G Wesseling-van Gent, punt. 2.16).

37. Parl. Gesch. Boek 6, p. 268-269.

38. Terecht afkeurend over het gebruik van de term verbintenis in de zin van overeenkomst: Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 12.

Het ligt dan ook voor de hand dat de wetgever met de zinsnede “de voorbereiding ervan” op de precontractuele fase doelde.

De gedachte dat art. 6:76 BW niet ziet op precontractuele verbintenissen is om voornoemde redenen onjuist. De standaard overweging van onder meer het Hof Den Bosch, dat art. 6:76 BW slechts betrekking heeft op de contractuele fase, is dus te kort door de bocht. Onderzocht had moeten worden of de tussenpersoon werkzaam is ter uitvoering van een precontractuele verbintenis die op de opdrachtgever rust.³⁹

4. Precontractuele rechtsplichten en Obliegenheiten versus verbintenissen

Hoewel kan worden aangenomen dat art. 6:76 BW ook ziet op de uitvoering van precontractuele verbintenissen, is het de vraag in hoeverre men hiermee geholpen is. Het is namelijk grotendeels onduidelijk welke precontractuele verbintenissen er op onderhandelende partijen rusten. Het BW bevat hierover geen bepalingen. Uit de rechtspraak blijkt dat precontractuele verbintenissen kunnen voortvloeien uit de precontractuele goede trouw c.q. redelijkheid en billijkheid.⁴⁰ Bij veel precontractuele plichten is het echter zeer de vraag of zij kwalificeren als *verbintenis* in de zin van art. 6:76 BW.⁴¹ Dit maakt de rechtstreekse toepassing van deze bepaling op tussenpersonen problematisch.

Een kenmerk van verbintenissen is dat deze in de regel rechtens afdwingbaar zijn.⁴² Daarnaast zien verbintenissen op een *vermogensrechtelijke* betrekking tussen twee of meer personen.⁴³ Vermogensrechten zijn overdraagbaar, ofwel verstrekken de rechthebbende stoffelijk voordeel of zijn verkregen in ruil voor stoffelijk voordeel (art. 3:6 BW). Veel precontractuele rechten en plichten lijken niet aan deze vereisten te voldoen. De crux zit hem er in dat precontractuele plichten vaak slechts kwalificeren als rechtsplicht of als zogeheten ‘Obliegenheit’ en niet als verbintenis.⁴⁴

Waar vorderingsrechten uit verbintenissen in principe overdraagbaar zijn, is dit niet het geval bij rechtsplichten.⁴⁵ Bij een rechtsplicht kan gedacht worden aan de plicht om niet onrechtmatig jegens een ander te handelen. Zo volgt uit Afdeling 6.3.3A BW enkel een rechtsplicht om geen oneerlijke handelspraktijken te begaan, maar geen verbintenis daartoe. Hetzelfde geldt voor in de rechtspraak ontwikkelde precontractuele zorgplichten, zoals de plicht van een affectenlease-aanbieder om te waarschuwen voor een mogelijke restschuld.⁴⁶ Sommige rechters nemen aan dat de schending van een dergelijke waarschuwingplicht door een tussenpersoon leidt tot een onrechtmatige daad. Aansprakelijkheid van de opdrachtgever moet dan worden gebaseerd op het restrictievere art. 6:171 BW, wat meestal niet succesvol is.⁴⁷ Opvallend is overigens

dat sommige rechters in dit soort gevallen niettemin aansprakelijkheid ex art. 6:76 BW aannemen.⁴⁸

Naast rechtsplichten bestaan er nog zogeheten ‘Obliegenheiten’. Dit houdt in dat iemand zich op een bepaalde manier moet gedragen op straffe van verval of beperking van aan hem toekomende rechten of bevoegdheden.⁴⁹ Een schoolvoorbeeld is de onderzoeksplicht bij dwaling.⁵⁰ Dit is geen vermogensrechtelijke verplichting en evenmin kan nakoming worden gevorderd, zodat ook hier niet van een

39. Zo ook: Arons in zijn noot, punt 6-8, bij Hof ‘s-Hertogenbosch 17 juni 2014, *JOR* 2014/240. Dit werd wel juist gedaan in Hof Amsterdam 8 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP8466, r.o. 4.3 en Hof Amsterdam 1 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7898, r.o. 4.10.2.
40. HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*). Een bekend voorbeeld van een precontractuele verbintenis is de schadevergoedingsplicht bij het afbreken van onderhandelingen (HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, *NJ* 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner (*Plas/Valburg*), r.o. 3.4-3.5).
41. Overigens ontbreekt een eenduidige definitie van het begrip verbintenis: Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 10; G.T. de Jong, H.B. Krans, M.H. Wissink, *Verbintenisrecht algemeen*, Kluwer: Deventer 2014, nr. 5.
42. De Jong, Krans & Wissink 2014 (n. 41), nr. 9; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 14.
43. De Jong, Krans & Wissink 2014 (n. 41), nr. 7-8; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 6.
44. J.B. Zeijlemaker, *WPNR* 1974/5277, p. 617-621; De Jong, Krans & Wissink 2014 (n. 41), nr. 10-11; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 6, 8-11, waar zij overigens opmerken dat de scheidslijn tussen verbintenissen en rechtsplichten niet altijd duidelijk is.
45. Uitgebreid over de verschillen tussen rechtsplichten en verbintenissen: Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 6, 8-11.
46. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Dexia*), r.o. 5.7.
47. Rb. Utrecht 30 juli 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD8744, r.o. 5.17; Rb. Utrecht 24 september 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BF3230, r.o. 6.7; Rb. Utrecht 18 februari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH3354, r.o. 5.1.
48. Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 1 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP7898, r.o. 4.10.2; Rb. Almelo 20 september 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AY9288, r.o. 18.d; Rb. Leeuwarden (ktr.) 28 november 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AZ4031, r.o.6.1. Van Baalen merkt op dat rechters inconsistent zijn door aan te nemen dat de schending van precontractuele zorgplichten door tussenpersonen leidt tot een tekortkoming ex art. 6:76 BW, terwijl een schending door de aanbieder zelf leidt tot een onrechtmatige daad (S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de Effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 95).
49. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 11.
50. J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 168. Uitgebreid over het onderscheid tussen Obliegenheiten en rechtsplichten in het kader van precontractuele informatieplichten: K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Diss. Universiteit Leiden 2012 (open access versie), p. 36-42.

verbintenis gesproken kan worden. Als een tussenpersoon een Obliegenheit schendt, is het dus maar de vraag of de opdrachtgever hier op voet van art. 6:76 BW aansprakelijk voor is. Overigens zal de opdrachtgever in dat geval simpelweg niet voldoen aan de Obliegenheit, met als gevolg verval of beperking van zijn rechten of bevoegdheden. Hij zal daarom ook los van art. 6:76 BW het risico dragen voor de naleving van Obliegenheiten door de tussenpersoon.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat veel precontractuele plichten niet zullen kwalificeren als verbintenis in de zin van art. 6:76 BW, maar slechts als rechtsplicht of Obliegenheit. Dit vormt een belemmering bij de toepassing van art. 6:76 BW op tussenpersonen. Met name een strikt onderscheid tussen verbintenissen en rechtsplichten zou de verantwoordelijkheid van opdrachtgevers voor tussenpersonen wezenlijk kunnen beperken.

5. Aansprakelijkheid voor tussenpersonen ex art. 6:76 BW is wenselijk

Mijns inziens dient het onderscheid tussen precontractuele rechtsplichten enerzijds en verbintenissen anderzijds, te worden losgelaten in het kader van art. 6:76 BW. Hiervoor zijn al een aantal argumenten genoemd. Zoals gezegd beoogt art. 6:76 BW onder meer te voorkomen dat de schuldenaar het risico voor fouten bij *de voorbereiding* van verbintenissen, afwentelt op zijn wederpartij.⁵¹ Een grote mate van terughoudendheid bij de toepassing van art. 6:76 BW op de precontractuele fase zou deze doelstelling ondermijnen. Dit werkt misbruik van tussenpersoonconstructies in de hand.

Een aanvullende reden voor toepassing van art. 6:76 BW op tussenpersonen is dat de precontractuele fase een individuele en afgebakende verhouding behelst, net zoals de verhouding schuldenaar-schuldeiser uit art. 6:76 BW. Dit is een wezenlijk verschil met de risicoaansprakelijkheden in art. 6:170-172 BW, die zien op een onbepaalde groep van potentieel benadeelden. Het ligt daarom meer voor de hand om aan te sluiten bij art. 6:76 BW.

Er is dan ook alle reden om bij uitbesteding van precontractuele werkzaamheden naar analogie aan te knopen bij art. 6:76 BW. In de literatuur is al eerder betoogd dat art. 6:76 BW analoog moet worden toegepast op de precontractuele fase.⁵² Dit zou een goede manier zijn om de netelige discussie over het verschil tussen rechtsplichten en verbintenissen te vermijden. Daarnaast blijft rechtstreekse toepassing uiteraard mogelijk in gevallen waar een tussenpersoon wel duidelijk uitvoering geeft aan een verbintenis die rust op de opdrachtgever.

Een andere mogelijkheid is de oorspronkelijke aanpak van onder meer het Hof Amsterdam. Hierbij werden precontractuele verbintenissen afgeleid uit bijzondere zorgplichten (zie par. 2). Door het ruimhartig aannemen van precontractuele verbintenissen kan art. 6:76 BW rechtstreeks worden toegepast op tussenpersonen. Een nadeel van deze aanpak is dat er discussie mogelijk blijft over de vraag welke precontractuele verbintenissen er nu precies op partijen rusten. Bij een analoge toepassing van art. 6:76 BW op precontractuele rechtsplichten wordt deze discussie vermeden. Mijns inziens heeft dit laatste daarom de voorkeur.

Kortom, er zijn overtuigende argumenten om de opdrachtgever ex art. 6:76 BW (analoog) aansprakelijk te houden voor tussenpersonen. Het is dan ook een slechte zaak dat lagere rechters hiertoe steeds minder vaak geneigd lijken. Los van de vraag of aansprakelijkheid voor tussenpersonen op voet van art. 6:76 BW wenselijk is, is de rechtspraktijk in elk geval gebaat bij meer duidelijkheid. Binnenkort zal de Hoge Raad de kans krijgen om zich over de kwestie uit te laten.⁵³ Hopelijk komt daarmee een einde aan de huidige onzekerheid over de toepassing van art. 6:76 BW op tussenpersonen in de precontractuele fase.

51. Parl. Gesch. Boek 6, p. 268-269.

52. M. van Laarhoven, *WPNR* 2002/6484, p. 293; Tjittes 2001 (n. 31), p. 23. Over de mogelijkheid om de regels van Boek 6 BW analoog op rechtsplichten toe te passen: Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 11.

53. Zie noot 20.