

Actualia

contractspraktijk

LEERSTUKKEN

De verhouding tussen mededelings- en informatieplichten, de betekenis van contractuele afspraken en de rol van artikel 7:17 BW hierbij, en kan een beroep op dwaling contractueel worden uitgesloten?

(HR 25 mei 2007 LJN BA 2012 (art. 81 RO), HR 12 oktober 2007, C06/164HR, HR 26 oktober 2007 R05/148HR en HR 23 november 2007, C05/323HR)

Inleiding

De betekenis van een (vermeende) schending van mededelings- en/of informatieplichten is in een procedure niet op voorhand altijd duidelijk. Wat ik in de praktijk veelvuldig bemerk, is dat in een procedure wordt gesteld dat een dergelijke ‘plicht’ (die eigenlijk niet een echte plicht is maar meer als een ‘*Obliegenheit*’ wordt aangemerkt) is geschonden, maar dat daaraan niet direct een consequentie wordt verbonden. Veelal is het een verweer op de stelling van de wederpartij waarin wordt verweten dat bepaalde gegevens niet zijn meegedeeld waarop de andere partij dan reageert met het verwijt dat er beter onderzocht had moeten worden. Nu is het ook zo – en dat geef ik graag toe – dat het ‘leerstuk’ mededelings- en informatieplichten zich lastig laat plaatsen in het kooprecht, omdat het (historisch gezien) eigenlijk thuishoort in het leerstuk van dwaling. In artikel 6:228 lid 1 onder b BW ligt de norm besloten dat een partij aan haar wederpartij dient mee te delen wat zij omtrent de dwaling van haar wederpartij weet of behoorde te weten. Dit is natuurlijk een merkwaardige norm, omdat een partij immers niet kan meedelen wat zij behoorde te weten, maar feitelijk niet wist. Hieruit valt al af te leiden dat het behoren te weten van bepaalde aspecten van de dwaling aan een niet ‘feitelijk’ wetende partij kan worden toegerekend. Let wel, binnen artikel 6:228 BW bestaat echter een vaak vergeten correctiemogelijkheid. Dit betreft de bepaling van artikel 6:228 lid 2 BW waaruit kan voortvloeien dat bepaalde omstandigheden – zoals het niet uitvoeren

van onderzoek waar dat verlangd had kunnen worden – voor risico van de dwalende kunnen blijven. Kortom, binnen het dwaling-leerstuk alleen al, is er veel onduidelijkheid over de precieze rol en betekenis van de mededelings- en informatieplichten. Hierbij dient overigens te worden bedacht dat een succesvol beroep op dwaling tot (gehele of gedeeltelijke) vernietiging van de overeenkomst leidt en daarbij nog niets is gezegd over een eventuele schadeplichtigheid van partijen tegenover elkaar. Voor de schade dient ofwel een beroep op artikel 6:162 BW te worden gedaan in de procedure waarvoor dan apart bewijs dient te worden aangedragen, of er dient door de dwalende op grond van artikel 6:230 lid 2 BW aan de rechter te worden gevraagd om de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van het nadeel te wijzigen. Met dit laatste is evenwel niet gezegd dat dit tot toekenning van hetzelfde bedrag (aan compensatie) leidt als met een (succesvol) beroep op artikel 6:162 BW.

Wat de materie nu lastig maakt, is dat in de praktijk vragen rond mededelings- en informatieplichten vaak spelen bij geschillen die betrekking lijken te hebben op conformiteitsvragen in het kader van artikel 7:17 BW. Hierbij rijst de voorvraag of er in het geheel wel sprake is van een mededelingsplicht van de verkoper. Betoogd kan immers worden dat artikel 7:17 BW – waaruit volgt dat de koper de overeengekomen eigenschappen van de zaak voor normaal gebruik *mag* verwachten tenzij hij reden had daaraan te twifelen – geen ruimte biedt voor mededelingsplichten van de verkoper. Het gaat immers om de *eigenschappen* van de zaak. De zaak heeft deze of niet. Daar doen de *niet-gedane* mededelingen van de verkoper niet aan af. Met andere woorden: als de verkoper van een gebrek (aan eigenschappen) kennis had, maar daarvan geen melding heeft gedaan, loopt hij in het kader van de toets van artikel 7:17 BW toch tegen de lamp, tenminste wanneer dat gebrek tot het oordeel noopt dat de zaak daardoor non-conform is. Hieruit zou dan kunnen worden afgeleid dat er in het leerstuk van artikel 7:17 BW *geen* mededelingsplicht aanwezig is. Daarover wordt in de rechtsliteratuur echter niet eenduidig gedacht. Algemeen wordt aangenomen dat er in artikel 7:17 BW wel een onderzoeksplicht van de *koper* ligt besloten (zie Asser Hijma 5 I, nr. 337). Met betrekking tot door de *verkoper* gedane mededelingen wordt aangenomen dat deze de conformiteit beïnvloeden. Dit is natuurlijk logisch, gedane opmerkingen kunnen immers het gerechtvaardigd verwachtingspatroon van de koper beïnvloeden. Naar mijn mening wordt er echter te gemakkelijk over gedacht dat in artikel 7:17 BW ook een mededelingsplicht ligt besloten. Ten eerste staat dat niet in de tekst van artikel 7:17 BW. Sterker nog, de mededeling zou dan geen betrekking dienen te hebben op de *aanwezigheid* van eigenschappen maar op de *afwezigheid* van die

eigenschappen. Want de vraag die ter beantwoording voor ligt, is of de zaak de eigenschappen heeft voor normaal gebruik die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De woorden ‘mocht verwachten’ slaan terug op de *eigenschappen* van de zaak en naar mijn mening *niet* op het gegeven dat de verkoper de koper op de *afwezigheid* van bepaalde eigenschappen zou dienen te wijzen (mededelingsplicht). Ik kan mij echter wel voorstellen dat de koper op *grond van de overeenkomst* een bepaald verwachtingspatroon van de *gedragingen* van de verkoper mag hebben en dat hij daardoor had mogen verwachten dat de verkoper bepaalde mededelingen zou hebben gedaan, maar daarvoor dient de koper een andere reden dan artikel 7:17 BW aan te voeren. Artikel 7:17 BW is namelijk een niet-prestatieve bepaling. Die verplichting zou dan via uitleg in de overeenkomst kunnen worden gelezen of op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 lid 1 BW (zorgnorm) of die van artikel 6:248 lid 1 BW, op de verkoper te rusten. In dat kader beschouwd, kunnen dan niet-gedane mededelingen *alsnog* het verwachtingspatroon van de koper inkleuren. Hoewel het raar blijft om feiten en omstandigheden die betrekking hebben op het aanlooptraject van de overeenkomst, te benaderen via methodieken die betrekking hebben op de vaststelling van de inhoud. Reden temeer om de mededelingsplicht buiten artikel 7:17 BW te plaatsen.

Waarom is dit van belang? Allereerst ligt het belang in de rechtsvorderingen die kunnen worden ingesteld. Wanneer de mededelingsplicht in artikel 7:17 BW wordt aangewend, dient deze ter beantwoording van de vraag *of* de zaak non-conform is. Als dat zo is, is daarmee in beginsel de mogelijkheid gecreëerd voor de diverse acties van de koper, waaronder die tot schadevergoeding (mits er niet sprake is van overmacht). In het geval de mededelingsplicht geplaatst wordt in het leerstuk van de dwaling, dan behoren daarbij andere rechtsvorderingen en is nog niet op voorhand gezegd dat de verkoper schadeplichtig is. In beginsel zal daartoe tevens een beroep op artikel 6:162 BW nodig zijn, als de koper niet het pad van artikel 6:230 lid 2 BW (nadeelscompensatie), wil bewandelen.

Voorts is er nog een ander punt. In beginsel is het startpunt van de vaststelling bij dwaling gelegen in het *subjectieve* gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper en hetgeen de verkoper redelijkerwijs bij *die* koper *zou hebben* moeten medelen in het licht van artikel 6:228 lid 1 onder b BW. Bij de conformiteitsvraag lijkt mij dat het uitgangspunt van een dispuut veelal de ogenschijnlijk meer objectief vast te stellen *eigenschappen* van de zaak betreft. Dat is niet hetzelfde.

Een voorbeeld: Verkoper verkoopt een tweedehands auto voor een faire prijs, maar vermeldt daar niet bij dat deze auto in het verleden ernstig beschadigd is geweest en daarna is gerestaureerd. Ik zou menen dat dit aspect in het licht van de mededelingsplicht bij dwaling wel relevant kan zijn, waar dit in het geval dat deze auto (verkeers)veilig is in het licht van de conformiteit van artikel 7:17 BW niet aan de verkoper kan worden tegengeworpen. Als namelijk blijkt dat het schadeverleden een gebrek in de eigenschappen oplevert, komt dit er bij de zelfstandige conformiteitstoets toch wel uit, ongeacht de niet-gedane mededeling.

Ik meen derhalve dat het toetsmoment en de meetnorm bij dwaling en artikel 7:17 BW verschillen en dat daarom niet gezegd kan worden dat de rechtspraak die is ontwikkeld rond mededelings-

plichten en onderzoeksplichten bij dwaling zich bij conformiteitsvragen laat toepassen. Is dit erg? Wat mij betreft niet, de koper kan immers ook in het voornoemde geval in beginsel gewoon op grond van dwaling ageren.

Uit het vorenstaande volgt dat de materie al weerbarstig is wanneer partijen nog geen specifieke contractuele afspraken hebben gemaakt die de werking van artikel 6:228 BW of die van artikel 7:17 BW kunnen beïnvloeden. De vraag dringt zich op wat rechtens is als partijen – zoals natuurlijk vaak het geval is – wél dergelijke afspraken in hun overeenkomst hebben opgenomen. Zet zo’n afspraak dan de wettelijke regeling buiten werking of kleurt een dergelijke afspraak de wettelijke regeling slechts in. In *Contracteren* 2006, nr. 1 (p. 14) vroegen Mark Wissink en ik bij de bespreking van het Hoge Raad-arrest van 23 december 2004 (C04/294HR) reeds aandacht voor dit thema. In dat kader borduren een aantal van de door mij geselecteerde arresten hier op voort. Wat nu al gezegd kan worden: er bestaat geen uniforme benadering op dat punt, zodat de arresten ieder op eigen merites dienen te worden beoordeeld.

HR 25 mei 2007 LJN BA 2012 (art.81 RO)

Het arrest betrof – in het kort – een overeenkomst tussen twee professionals die beiden in de desbetreffende branche werkzaam waren. De gekochte machines voldeden niet aan de verwachtingen van de koper, temeer niet, omdat de verkoper had meegedeeld dat de installaties goed functioneerden, wat achteraf niet het geval bleek te zijn.

De kernvraag in de onderhavige zaak was daarom of voor een professionele koper van apparatuur en installaties de ‘plicht’ om voorafgaande aan de koop de goederen te onderzoeken, is komen te vervallen vanwege een mededeling van de verkoper bij een bezichtiging dat de apparatuur en installaties goed functioneren.

Uit de (...) conclusie van A-G Huydecoper valt op te maken dat de koper aan zijn vordering ten grondslag legt, kort samengevat, dat het geleverde niet de eigenschappen bezit die hij op grond van de overeenkomst en de mededelingen van verkoper tijdens de bezichtiging van de zaak mocht verwachten, en dat hij daarom de kosten van herstel die hij heeft moeten maken aan de verkoper in rekening kan brengen, omdat de verkoper (toerekenbaar) is tekortgeschoten in de nakoming van de koopovereenkomst. Eveneens heeft de koper gesteld dat de verkoper (destijds) van de door de koper (later) ontdekte gebreken op de hoogte was, althans diende te zijn.

De rechtbank en het hof oordelen beide echter dat de koper in zijn onderzoeksplicht is tekortgeschoten en dat er *derhalve* niet sprake is van een non-conforme levering.

Met name wat de advocaat-generaal over de conformiteitseis opmerkt, intrigeert:

Verder valt over de verhouding tussen de onderzoeksplicht van de koper en een mededeling van de verkoper ter zake van het verkochte meer in het algemeen het volgende op te merken. In HR 19 september 2003, NJ 2005, 234, m.nt. JH, overmeegt de Hoge Raad in rov. 3.5.2 het volgende:

“(...) Degene die overmeegt een overeenkomst aan te gaan, is tegenover de wederpartij gehouden om binnen redelijke grenzen

maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste voorstellingen zijn toestemming geeft, doch deze gehoudeheid gaat niet zover dat hij niet zou mogen afgaan op de juistheid van door deze wederpartij gedane mededelingen. De onjuistheid van dergelijke mededelingen rechtvaardigt in beginsel een beroep op dwaling, maar de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven (art. 6:228 lid 2 BW).”

De A-G benadrukt vervolgens dat:

‘Deze in verband met een beroep op dwaling geformuleerde regel in aanmerking komt voor overeenkomstige toepassing bij een beroep van de koper op non-conformiteit als bedoeld in artikel 7:17 BW.’

Hij wijst er tevens op dat de conclusie dat de koper ondanks een mededeling van de verkoper tot het doen van nader onderzoek gehouden is of niet, veelal de resultante zal zijn van een wegen en waarden van de relevante omstandigheden van het desbetreffende geval in onderling verband. Dat zal het desbetreffende oordeel als regel een sterk feitelijk karakter geven, waardoor de toetsing in cassatie spoedig beperkt zal zijn tot een toetsing op deugdelijke motivering.

Commentaar

De koper had beter moeten onderzoeken, bij gebreke waarvan hij dus in het totale plaatje bezien, niet had mogen verwachten dat de desbetreffende installaties nog lang zouden blijven functioneren op het door hem gewenste niveau. Duidelijk een oordeel onderhevig aan de feiten, zoals ook door de advocaat-generaal aangegeven. Wat fascineert is dat de advocaat-generaal de in het kader van dwaling geformuleerde regels van overeenkomstige toepassing verklaart bij een beroep van de koper op non-conformiteit. Ook Asser Hijma (5 I, nr. 342) acht deze ‘dwalingsleer-regel’ toepasbaar in het conformiteitsleerstuk. Met andere woorden, het primaat ligt bij de verplichting van de verkoper om mee te delen, tenzij de normschending van de koper om niet tijdig en secuur te onderzoeken in de desbetreffende casus, zwaarder moet wegen. Dit laatste was hier dus het geval. Toch bekruipt het gevoel dat het transponeren van de ‘zwaarte’ van de verhouding tussen mededelingsplichten en informatieplichten van het ene leerstuk (dwaling) naar het andere leerstuk (conformiteit) niet geheel zuiver is. Bij dwaling gaat het er immers om wat de verkoper had moeten meedelen ter zake van een juiste voorstelling van zaken. In het kader van artikel 7:17 BW lijkt het dat de mededeling – zoals hiervoor in de inleiding is uiteengezet – betrekking moet hebben op eigenschappen van de zaak. Dit hoeft niet hetzelfde te zijn. Voorts is hier tevens sprake van een door de wetgever aangebrachte rangorde. Uitgangspunt bij dwaling is (vgl. art. 6:228 lid 1 onder b BW) dat de wederpartij (verkoper) dient mee te delen. Uitgangspunt bij conformiteit is dat de koper in beginsel dient te onderzoeken. Het een-op-een transponeren van de normering van de in het dwalingsleerstuk ontwikkelde rechtspraak, ligt wat mij betreft dus niet zo voor de hand (vergelijk tevens Asser Hijma 5 I nr. 346 a).

HR 12 oktober 2007, C06/164HR (art. 81 RO)

Het onderhavige arrest adresseert de verhouding tussen de contractuele afspraak en de rol van artikel 7:17 BW. De procedure

gaat erover dat de koper klaagt over een gebrek aan de verkochte woning. Hierbij is voor de feiten van belang dat in de koopovereenkomst onder meer de volgende (standaard)bepalingen waren opgenomen.

‘5.1 De onroerende zaak zal aan koper in eigendom worden overgedragen in de staat waarin deze zich bij het tot stand komen van de overeenkomst bevindt.

(...) 5.3 De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. Koper is voornemens de onroerende zaak te gebruiken als: woonhuis. Indien de feitelijke levering eerder plaatsvindt, zal de onroerende zaak op dat moment de eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn, noch voor gebreken die dat normale gebruik belemmeren en die aan koper kenbaar zijn op het moment van het tekenen van deze overeenkomst.

(...).’

Het hof oordeelde dat het er in deze zaak op aankomt hoe partijen de gemaakte afspraken dienden uit te leggen en wijst mede in verband hiermee op het bepaalde in artikel 5.3.

Het hof oordeelde namelijk dat uit de contractsbepalingen voortvloeit dat verkoper jegens koper in beginsel aansprakelijk is voor de gebreken in kwestie (het betrof aanmerkelijke gebrekkigheid van het dak, inclusief zink- en loodwerk en goten, van de woning); maar dat dat uitzondering lijdt voor zover de gebreken moeten worden beoordeeld als ‘aan de koper kenbaar’ in de zin van het hiervóór aangehaalde artikel 5.3 van de koopovereenkomst.

In het cassatiemiddel wordt er (onder meer) over geklaagd dat het hof niet aan artikel 7:17 BW heeft getoetst. De advocaat-generaal stelt zich op het standpunt dat de klachten van het middel voor zover die op miskennis van de strekking van artikel 7:17 BW berusten, er voor het overgrote deel op afstuiten dat het hof zich niet naar dat wetsartikel heeft gericht, maar naar de hem ter beoordeling voorgelegde uitleg van de specifieke regeling die partijen in deze koopovereenkomst hadden opgenomen en dat wat die uitleg betreft, het bij de beoordeling van de klachten van het middel in aanmerking te nemen is dat die als in overwegende mate aan de ‘feitelijke’ rechter voorbehouden moet worden aangemerkt. Het hof had het derhalve goed gedaan in de ogen van de advocaat-generaal.

Ook het onderdeel dat hier niet de regels betreffende mededelingsplichten en onderzoeksplichten ter zake van dwaling zijn toegepast (waar het onderdeel klaarblijkelijk op doelde), vond geen gehoor bij de advocaat-generaal omdat hij meende dat het hof geoordeeld heeft aan de hand van een specifieke, logisch alleszins verdedigbare uitleg van de koopovereenkomst.

De Hoge Raad ziet hier geen schending van enige rechtsregel en doet de zaak af op grond van artikel 81 RO.

Commentaar

Het hof en ook de A-G (Huyedecoper) zijn van mening dat artikel 7:17 BW regelend recht bevat en dus contractueel op een andere wijze door partijen kan worden ingevuld. Haviltex is in dat geval doorslaggevend, óók voor zover dit betrekking heeft op de betekenis van de eventuele mededelingsplichten en onderzoeksplichten.

Dit lijkt volledig in lijn met het hiervoor in de inleiding genoemde arrest van 23 december 2004, waar de Hoge Raad ook toen Haviltex centraal stelde bij de uitleg van artikel 5.3 NVM koopakte. In de bespreking van dat arrest in dit blad werd toen ook al opgemerkt dat hoewel het niet zeker was, de Hoge Raad bij de uitleg *de clause* doorslaggevend achtte, en niet de tekst van artikel 7:17 BW in die context als leidend beschouwde. Dit heeft mede betrekking op de betekenis van de mededelingsplichten (*if any*) en informatieplichten aldus de advocaat-generaal. Deze benadering acht ik alleszins logisch en bovendien wenselijk. In het kader van de *conformiteit* is er veel voor te zeggen dat de *partijafpraak* (welke inhoudelijk volgens Haviltex wordt bepaald) leidend dient te zijn en daarmee zelfs de vraag regelt of er al dan niet van de koper nog onderzoek had mogen worden verwacht. Waarom dan toch aandacht voor deze zaak? Allereerst omdat de advocaat-generaal zich expliciet achter deze benadering van het hof schaaft. Ook dat hoeft niet per se verwondering te wekken. Echter, de combinatie van de benadering in deze conclusie met die in het navolgende arrest, geeft aan dat de verhouding tussen *uitleg* en *artikel 7:17 BW* van groot belang kan zijn.

HR 23 november 2007, C05/323HR

Dit arrest is – vanwege een aantal andere aspecten – ook in de vorige *Actualia* aan bod gekomen (*Contracteren* 2007, 4, p. 97 e.v.). Bij de verkoop van een tankstation waarbij na de koop aan partijen duidelijk werd dat er van vervuiling sprake was, was de volgende contractsbepaling in de overeenkomst opgenomen.

‘Het verkochte wordt aanvaard in de feitelijke staat, waarin het zich ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst bevond, (...)’ Ook in dit geval werd er door de koper onder meer over geklaagd dat de verkoper zijn mededelingsplicht heeft verzaakt.’

De rechtbank oordeelde dat het beroep op artikel 7:17 BW en dat op dwaling afstuiten op de hiervoor genoemde, in de transportakte opgenomen, exoneratieclausule en wees ook het beroep op een garantie van de hand.

Het hof heeft de grieven van de koper hiertegen verworpen, omdat de verkoper geen garantie heeft gegeven en de clause ‘het verkochte wordt aanvaard in de feitelijke staat, waarin het zich ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst bevond’ slechts redelijkerwijs (volgens dit hof) betekent dat de verkoper niet aansprakelijk is voor eventuele zichtbare gebreken, maar niet dat de verkoper evenmin instaat voor onzichtbare gebreken.

De Hoge Raad casseert, omdat het hof bij zijn beantwoording van de vraag of het tankstation ondanks de bodemverontreiniging voldoet aan het conformiteitsvereiste van artikel 7:17 BW, alle van belang zijnde omstandigheden in aanmerking had behoren te nemen, waaronder ook de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, alsmede een aantal andere stellingen van de koper. De Hoge Raad oordeelde dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot artikel 7:17 BW als het heeft miskend dat het alle van belang zijnde omstandigheden in aanmerking had behoren te nemen, dan wel, dat het hof zijn oordeel ontoereikend heeft gemotiveerd door niet op vorenbedoelde stellingen van de koper in te gaan. Daarbij achtte de Hoge Raad van belang dat ook indien de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet in de weg zou staan aan het gebruik van het tankstation (zoals het hof oordeelde), er toch sprake kan zijn van non-confor-

miteit indien koper op grond van mededelingen van de verkoper de aanwezigheid van bodemvervuiling niet hoefde te verwachten.

Commentaar

De rechtbank wijst de vorderingen voor zover gebaseerd op dwaling en op non-conformiteit af op grond van de strekking van de clause in de transportakte. Het hof bevestigt dit vonnis alleen met aanvulling van de rechtsgronden, omdat het hof de clause niet zo uitlegt als ware daarmee ook een claim gebaseerd op niet zichtbare gebreken daaronder gebracht zou kunnen worden. *Daarom* kan er aan artikel 7:17 BW worden getoetst, waarbij dan de door de verkoper gedane mededelingen kunnen worden meegewogen. Het is begrijpelijk dat de Hoge Raad oordeelt dat het hof artikel 7:17 BW te eng heeft toegepast.

Wat opvalt, is dat eerst na beperkte *uitleg* van de clause de weg voor artikel 7:17 BW is vrijgemaakt. Ook is bijzonder dat de rechtbank het mogelijk acht dat een beroep op dwaling kan worden weggecontracteerd. Het cassatiemiddel keert zich tegen de afwijzing van de grieven door het hof, waaronder mede begrepen dat het beroep op dwaling is afgewezen. De Hoge Raad casseert op de grond dat het hof artikel 7:17 BW onjuist heeft toegepast. Kan hieruit nu impliciet worden afgeleid dat het mogelijk is om een beroep op dwaling weg te contracteren? De Hoge Raad wijdt hieraan geen rechtsoverweging. Evenmin komt dit onderwerp in de conclusie aan bod. Dit, terwijl deze vraag in de rechtsliteratuur breed in de belangstelling staat. In dat kader is het volgende arrest vermeldenswaardig.

HR 26 oktober 2007, R05/148HR

In het kort gaat de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt erover dat bij een verkocht huis zodanig ernstige gebreken aan de fundering aan het licht waren gekomen dat de koop als gevolg van de bij dwaling geldende hoofdregel, in beginsel vernietigbaar zou zijn.

Het hof heeft artikel 3 van de koopovereenkomst, luidende: ‘De verkoper verleent geen vrijwaring voor zichtbare en verborgen gebreken’, aldus *uitgelegd* dat daarin ook een beroep op dwaling wegens verborgen gebreken wordt uitgesloten en dat een beroep hierop niet in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Hieruit volgde, aldus het hof, dat het risico van verborgen gebreken krachtens de gesloten overeenkomst bij de koper ligt.

In cassatie wordt het hof onduidelijkheid verweten omdat het eerst had geoordeeld dat artikel 3 niet op dwaling zag, maar vervolgens toch tot dit oordeel is gekomen. De Hoge Raad oordeelt echter anders. ‘Bij deze lezing is van de gestelde tegenstrijdigheid geen sprake, zodat het onderdeel wegens gemis aan feitelijke grondslag niet tot cassatie kan leiden’, aldus de Hoge Raad.

Commentaar

Kan uit dit arrest nu worden afgeleid dat het in beginsel mogelijk is een beroep op ‘dwaling’ weg te contracteren? Hierover zijn de meningen in de rechtsliteratuur verdeeld (zie voor vindplaatsen Asser Hijma 5 I, nr. 244 e.v.). Deze vraag laat zich dan ook lastig uniform beantwoorden, omdat de rol van de desbetreffende clause dan moet worden beschouwd. Voorkomt de clause het ontstaan van de dwaling (‘mij is geen vervuiling bekend, als je zekerheid over vervuiling wenst, dan moet je daar onderzoek naar doen’) of alloceert deze de gevolgen van de dwaling (‘een eventueel gebrek, is voor jouw risico’), of verhindert de clause de desbetreffende rechtsgevolgen (‘vernietiging is uitgesloten’). Het

lijkt erop dat de Hoge Raad geen problemen heeft met clausules waarbij de gevolgen van de dwaling aan een van de partijen wordt toegerekend (vgl. hierbij artikel 6:228 lid 2 BW). Daarmee is overigens nog niet gezegd dat andere varianten op voorhand houdbaar zijn.

Overall conclusie

De mededelingsplichten en onderzoeksplichten kennen een duidelijke omlijning in het dwalingsleerstuk. Het is echter technisch mogelijk om de gevolgen van een *onjuiste* mededeling die tot dwaling zou leiden, in de overeenkomst te verdisconteren. De Hoge Raad acht zo'n clause niet op voorhand nietig. Welke plaats hebben de (niet-gedane) mededelingen van de verkoper en het niet-gedane onderzoek (ten aanzien van de eigenschappen van de zaak) in het kader van artikel 7:17 BW? Ik zet vraagtekens bij het een-op-een transponeren van de normering die bij dwaling ter zake geldt, naar het leerstuk van de conformiteit. Ik neig ernaar om juist bij het leerstuk van de conformiteit, de nadruk bij de onderzoeksplicht van de koper te leggen. Dit volgt immers uit de tekst van de wet. Ik zie slechts ruimte voor een mededelingsplicht van

de verkoper wanneer dat uit de *overeenkomst* zou voortvloeien. Dit dient aan de hand van ofwel Haviltex ofwel aan de hand van de regels ter zake de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid te worden vastgesteld en niet *louter* op grond van artikel 7:17 BW. In dat kader beschouwd, kunnen dan niet-gedane mededelingen *alsnog* het verwachtingspatroon van de koper inkleuren. Wanneer partijen afspraken op schrift hebben gesteld, dient eerst te worden vastgesteld of die *afpraak* in de plaats komt van artikel 7:17 BW, doordat in de afspraak van artikel 7:17 BW wordt afgeweken. Nu wordt het lastig. Want artikel 7:17 bepaalt dat de zaak de eigenschappen dient te bezitten die de koper op grond van de *overeenkomst* mag verwachten. De vraag die dan nog ter beantwoording ligt, is of via uitleg moet worden vastgesteld of partijen van artikel 7:17 BW hebben willen *afwijken* (door bijvoorbeeld het contractueel opnemen van een andere definitie van gebrek), of dat artikel 7:17 BW ook normstellend binnen de toepassing van Haviltex moet worden betrokken. Uit een aantal van de hiervoor besproken arresten, lijkt het eerste te volgen.

T.H.M. van Wechem