***Culpa in contrahendo*: moet een met § 311 BGB vergelijkbare bepaling in het BW worden opgenomen?**

1. Inleiding

1.1 Introductie

Het gedachtegoed van Rudolf von Jhering ("Jhering") staat aan de basis van het leerstuk van aansprakelijkheid voor precontractuele gedragingen. Het door hem in 1861 geïntroduceerde fenomeen van de *culpa in contrahendo* heeft, nadat de Duitse jurisprudentie en doctrine dit leerstuk dankbaar gedurende tientallen jaren verder hadden ontwikkeld, uiteindelijk eerder deze eeuw een plaats gekregen in het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch ("BGB"). § 311 BGB ("Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse") geeft aan dat een *Schuldverhältnis* ook kan ontstaan door:

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
3. ähnliche geschäftliche Kontakte.¹

Op basis van deze bepaling kunnen naar Duits² recht onder meer vorderingen die zijn gebaseerd op schending van precontractuele informatie- of zorgplichten alsmede vorderingen wegens het ontbreken van onderhandelingen in rechte worden gehonoreerd. Zelfs vorderingen wegens opgelopen letsel bij het binnentreden van een plaats, waar zaken worden verkocht, vallen onder het bereik van het artikel.

-
- 1 Zie over de codificatie van het leerstuk in het BGB V. Rieble, Die Kodifikation der culpa in contrahendo, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln: Heymanns 2003, p. 137-157 alsmede John Cartwright and Martijn Hesselink (Eds.), Precontractual Liability in European Private Law, Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 33 e.v.
 - 2 Het leerstuk heeft ook in veel andere landen met een *civil law* stelsel weerklank gevonden. Zie voor het Belgische recht nader H. Geens, De grondslagen van de culpa in contrahendo, Jura Falconis 2003-2004, p. 433-460; zie voor het Zwitserse recht onder meer I. Fagnoli, Culpa in contrahendo im "Dornröschenschlaf"? Zur vorvertraglichen Haftung beim zustande gekommenen Vertrag, Schweizerische Juristen-Zeitung 2011, 107, p. 173-180, die ook interessante overwegingen wijdt aan de samenloop-problematiek die in situaties van culpa in contrahendo aan de orde kan zijn. Zie voor een lezenswaardige rechtsvergelijkende studie tussen *civil law* en *common law* Friedrich Kessler & Edith Fine, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study, Harvard Law Review Volume 77, January 1964, number 3, p. 406-407.

1.2 Plan van aanpak/leeswijzer

In deze bundelbijdrage wil ik enige gedachten wijden aan de vraag of het Nederlandse recht gebaat zou kunnen zijn bij opname in ons Burgerlijk Wetboek ("BW") van een met § 311 BGB vergelijkbare bepaling. Het beperkte bestek van dit artikel laat uitgebreide beschouwingen op dit punt niet toe. Ik volsta daarom met een korte beschrijving in § 2 van de leer van culpa in contrahendo, zoals die aanvankelijk door Jhering is ontwikkeld, gevolgd door een beknopte uiteenzetting in § 3 over de voortontwikkeling tot op heden van deze leer in de Duitse doctrine en rechtspraak. In § 4 komt de aansprakelijkheid voor precontractuele gedragingen naar Nederlands recht aan bod, waarna in § 5 de hiervoor bedoelde vraag wordt behandeld en beantwoord. § 6 bevat een korte slotbeschouwing, waarmee deze bijdrage wordt afgesloten.

2. Jherings' leer van de culpa in contrahendo in vogelvlucht

De *Dogmengeschichte* van het leerstuk van de culpa in contrahendo vangt aan met Jhering's uit 1861 stammende verhandeling "Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen".³ Kreuzer zet in zijn *Habilitationsschrift* over de culpa in contrahendo uiteen dat Jhering als eerste Duitse rechtsgeleerde een algemene leer over precontractuele aansprakelijkheid ontwikkelde.⁴ Die leer ontwikkelde Jhering vanuit het Romeinse recht:

"Jhering suchte dann im Nachhinein Textstellen in römischrechtlichen Quellen, die sein Prinzip in Einzelfällen zum Ausdruck zu bringen schienen. Von diesen Quellen abstrahierend, fand er mit Hilfe der culpa als "Brücke" das allgemeine (Rechts)Prinzip, das ihm sein Rechtsgefühl bereits vor Beginn der Quellenstudien gezeigt hatte. Dabei fasste Jhering die Haftung als vertraglich auf: "Die culpa in contrahendo ist nichts als die contractliche culpa in einer besonderen Richtung."⁵

3 Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, vol. 4, 1861, pp. 1-112; zie voorts het uit 1971 stammende, maar eerst in 2015 gepubliceerde *Habilitationsschrift* van Karl Kreuzer, *Culpa in contrahendo und Verkehrspflichten*, Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht, p. 12, als te vinden op: https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/opus4-wuerzburg/frontdoor/deliver/index/docId/11645/file/Culpa_in_contrahendo_und_Verkehrspflichten_Habilitationsschrift_150630.pdf.

4 Kreuzer 2015, p. 12: "Jhering strebte demgegenüber mit Hilfe der (kontraktlichen) culpa die "principielle Verallgemeinerung" der Schadensersatzklage an. Dieser Tendenz zur Generalisierung entsprechend setzte er sich im kasuistischen Teil seiner Studie ausdrücklich zum Ziel, alle denkbaren Fälle zu entscheiden, die in den Anwendungsbereich seiner Theorie fallen mochten."

5 Kreuzer 2015, p. 13.

De laatste hiervoor weergegeven zin geeft weer dat Jhering de aansprakelijkheid voor precontractuele fouten uitdrukkelijk als contractueel aanduidt; aan elk contract gaat volgens Jhering namelijk een stilzwijgend "Zielvertrag"⁶ vooraf, dat partijen bepaalde bij het contracteren in acht te nemen zorgvuldigheidsverplichtingen oplegt. Geens merkt daarover op:

"Deze doctrine maakt een contractuele vordering mogelijk, daar waar er nog geen geldig contract voorhanden is. Von Jhering houdt de precontractuele fout voor contractueel, aangezien volgens hem, elk aanbod tot contracteren noodzakelijk vergezeld gaat van een stilzwijgend voorcontract. Dit voorcontract verbindt de partijen ertoe de nodige zorgvuldigheid of 'diligentia in contrahendo' aan de dag te leggen, ten einde aan elkaar een geldig contract voor te stellen, vrij van elk wilsgebrek."⁷

De keuze van Jhering voor een op contractuele leest geschoeide aansprakelijkheid voor precontractueel verwijtbaar gedrag houdt ten nauwste verband met de specifieke eigenschappen en beperkingen van het Duitse aansprakelijkheidsrecht ten tijde van Jhering's vinding. Schreuder meldt in dit kader op dat die keuze

"in het geheel niet verwonderlijk (is), als wordt stilgestaan bij de stand van het Duitse aansprakelijkheidsrecht ten tijde van Jhering. Het Duitse recht ging immers uit van een zeer beperkt aquiliaans aansprakelijkheidsregime, dat geen algemeen principe aanreikte en een beroep op specifieke actiones vereiste."⁸

Kessler & Fine merken in vergelijkbare zin op:

"Nevertheless, the classification of culpa in contrahendo liability as contractual, which is constantly emphasized, is of great practical importance due to the inadequacy of tort law. German tort law, in contrast to other civil law systems, has not adopted a general principle of liability wherever there is injury caused by fault. Instead it consists of a number of individual torts, and negligent causing of mere pecuniary harm, as distinct from injury to the person or property, is not one of them."⁹

De leer van Jhering had oorspronkelijk een beperkte reikwijdte; een gehoudenheid tot vergoeding van schade – die overigens beperkt was tot de zogeheten *negative Vertragsinteresse*

6 J.M. van Dunné, Precontractual liability, Netherlands, in: E.H. Hondius (Ed.), Netherlands Reports to the XIIIth congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 august 1990, Kluwer Law: Deventer 1991, p. 225-237, als te vinden op: www.eur.nl/sites/corporate/files/JvD_Web-site_Articles_English_Tab_1_1991_0.pdf (p. 2).

7 Geens 2003, p. 438.

8 A.L.J.A. Schreuder, Precontractuele aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen: een vergelijking tussen Nederlands en Italiaans recht, *VrA* 2008/3, p. 49.

9 Kessler & Fine 1964, p. 406.

(het negatieve contractsbelang)¹⁰ - kon zijns inziens enkel ontstaan, indien een contract als gevolg van een precontractuele fout behept was met *Vertragsnichtigkeit*.¹¹ Jhering stelt in zijn theorie voorop dat de veroorzaker van de schade, die uit die *Vertragsnichtigkeit* voor een ander is voortgevloeid, daarvan een *verwijt* moet kunnen worden gemaakt:

"Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld."¹²

Met de beklemtoning van verwijtbaarheid als centraal ankerpunt van zijn leer toont Jhering zich een (voorbeeldig) kind van zijn tijd. Het Duitse contractenrecht was in de tweede helft van de negentiende-eeuw stevig gefundeerd in een tweetal begrippen dat bij uitstek associaties oproept met het liberale, individualistische zelfbeeld van die tijd: autonomie en vrijheid.¹³ In de op deze begrippen geënte, ook in Duitsland vigerende *wilsleer* berust de gebondenheid aan het overeengekomene op de innerlijke (psychologische) wil van partijen. In de visie van Jhering kon de veroorzaker van de schade die uit de *Vertragsnichtigkeit* voor zijn wederpartij was voortgevloeid, een verwijt worden gemaakt omdat hij deze schade zelf *gewild* had, althans door gebruikmaking van zijn wil had kunnen vermijden. Nogmaals Kreuzer:

"Dass der Urheber eines Schadens diesen nur tragen solle, wenn er ihn gewollt hat oder doch wenigstens durch Willensanstrengung hätte vermeiden können, wird – nicht ohne ein gewisses Pathos – als wesentliche, unverzichtbare Errungenschaft, als kulturelle Tat gepriesen und verteidigt."¹⁴

Kreuzer wijst erop dat Jhering zodanig hardnekkig aan verwijtbaarheid als centraal begrip voor zijn leer vasthoudt, dat het culpoze element in zijn leer soms tot (reine) fictie verwordt. Zo schaart Jhering onder meer onder de culpa in contrahendo gevallen dat een overeenkomst niet tot stand komt, omdat degene die een aanbod tot contractssluiting heeft gedaan ten tijde van het aanvaarden daarvan niet meer onder de levenden is.¹⁵

10 Zie daarover nader onder meer Kreuzer 2015, p. 16 en M.W. Hesselink, De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht (II, slot), WPNR 1996 (6249), p. 906.

11 Kreuzer 2015, p. 16; Geens 2003, p. 439.

12 Rudolph von Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen: Roth 1867, p. 40.

13 Zie onder meer M.Y. Schaub, Wilsgebreken (Mon. BW nr. B3) 2015/3, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41, D.J. van der Kwaak, Een theorie van het privaatrecht (Mon. Pr. nr. 17) 2015/I.6.1 en W. Wilms, De botsing der systemen in het Belgische verbintenissenrecht. Naar een structurele analyse voor de goede trouw, Jura Falconis 1980-1981, p. 9 e.v.

14 Kreuzer 2015, p. 14.

15 Kreuzer 2015, p. 14. Zie over dit voorbeeld ook Kessler & Fine 1964, p. 402.

3. Voortontwikkeling van de culpa in contrahendo in het Duitse recht

In de loop van de twintigste eeuw is, mede door het ontstaan van de "consument" als maatschappelijk verschijnsel, zowel in Duitsland als in andere landen met een *civil law* traditie, in toenemende mate aandacht ontstaan voor het feit dat vrije wilsvorming en autonomie, met name voor zwakkere en minder goed geïnformeerde partijen, zoals consumenten, niet zelden een illusie vormen: het ervaringsfeit dat als slechts één van beide partijen over bepaalde relevante informatie, kennis of ervaring beschikt, deze als sterkste partij geneigd zal zijn de contractsinhoud eenzijdig (en ten detrimente van de ander) te bepalen, deed zijn intrede.

In het Duitse denken over het contractenrecht schoot in de loop van de vorige eeuw steeds meer de gedachte wortel dat de zwakkere partij in een contractuele verhouding niet zelden bescherming behoeft en dat naast autonomie, ook *solidariteit* tussen de contracterende partijen van belang is: partijen die overwegen met elkaar te contracteren, mogen niet enkel oog hebben voor het eigen belang, maar dienen, overeenkomstig de eisen van *Treu und Glauben*, tevens rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen en verwachtingen.¹⁶

Die gewijzigde maatschappelijke opvattingen hebben hun uitwerking op de oorspronkelijk door Jhering ontwikkelde leer van de culpa in contrahendo niet gemist. Deze leer is aanvankelijk, aan het begin van de vorige eeuw, verder ontwikkeld door onder meer Franz Leonhard en Heinrich Stoll.¹⁷ In de tweede helft van de twintigste eeuw zijn latere rechtsgeleerden als (onder meer) Ballerstedt¹⁸ en Canaris¹⁹ en - niet te vergeten - het *Bundesgerichtshof* belangrijk gebleken bij de (voort-)ontwikkeling²⁰ van het leerstuk tot een brede aansprakelijkheidsgrond, die naar huidig Duits recht niet alleen te hulp kan worden geroepen bij schade die het gevolg is van door een precontractuele fout veroorzaakte *Vertragsnichtigkeit*, maar heden ten dage eveneens goede diensten bewijst bij het funderen van aansprakelijkheid

16 Zie nader Cartwright & Hesselink 2008, p. 33. Zie voor een vergelijkbare ontwikkeling in Nederland het hierna te bespreken klassieke arrest HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp), waarover C.K.F. de Jongste & W.H. van Boom, Heeft het BW een politieke kleur?, NTBR 2014/7. Vgl. voorts R. Sefton-Green (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005, p. 4; T. Hartlief, Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht, WPNR 2004 (6564) en Hugh Beale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon and Stefan Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford: Hart 2010, p. 431.

17 Daarover Kreuzer 2015, p. 20 e.v.

18 M. Wojtas, *Die Haftung für culpa in contrahendo in Polen und in Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, p. 39 e.v.

19 Wojtas 2017, p. 41 e.v.

20 Zie voor een literatuuroverzicht en uiteenzetting van de ontwikkeling van het leerstuk J. Gernhuber, *Handbuch des Schuldrechts, Das Schuldverhältnis*, Tübingen: Mohr Siebeck 1989, p. 170 e.v.

voor het afbreken van onderhandelingen²¹ of voor het schenden van precontractuele zorgplichten ("Schutzpflichten")²² en informatieplichten ("Wahrheits- und Aufklärungspflichten")²³ van een contractspartij jegens haar (zwakkere en onder-geïnformeerde) wederpartij.²⁴ Ook de problematiek van schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid ("Anscheinsvollmacht")²⁵ valt naar huidig Duits recht onder de reikwijdte van het leerstuk alsmede de schade die aan persoon of goed wordt geleden als gevolg van het (fysiek) binnentreden van een winkel of andere verkoopruimte.²⁶ Gevallen van non-conformiteit ("mangelhafte Leistung") die terug te voeren zijn op verwijtbaar precontractueel gedrag worden eveneens dikwijls met het leerstuk in verband gebracht.²⁷ Het bestek van deze bijdrage laat niet toe nader in te gaan op alle vertakkingen en nuances die in dit kader binnen het leerstuk zijn ontwikkeld c.q. ontstaan. Duidelijk is echter dat het leerstuk – als verbindende schakel tussen het contracten- en aansprakelijkheidsrecht - thans een zeer belangrijke en niet meer weg te denken plaats inneemt in de Duitse rechtspraak en doctrine.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat bij de *Schuldrechtsreform*²⁸ van 2002 de Duitse wetgever het ertoe heeft geleid dat voor het leerstuk een plaats werd ingeruimd in het BGB. Sinds 1 januari 2002 bepaalt § 311 BGB dat een *Schuldverhältnis* ook kan ontstaan als gevolg van het starten van onderhandelingen, dan wel ingeval van het initiëren van een contract, bij gelegenheid waarvan de ene partij de andere partij de mogelijkheid biedt om invloed uit te oefenen op haar "Rechte, Rechtsgüter und Interessen" of deze in dat kader aan de andere partij toevertrouwt. Bij deze categorie valt onder meer te denken aan opgelopen letsel ("vorvertragliche Körperverletzung") bij het binnentreden van een plaats, waar zaken worden verkocht.²⁹ De restcategorie "ähnliche geschäftliche Kontakte" onderstreept het beoogde brede bereik van de bepaling.³⁰

21 Kreuzer 2015, p. 24 en Cartwright & Hesselink 2008, p. 34 e.v.

22 Cartwright & Hesselink 2008, p. 33 en K.J.O. Jansen, Informatieplichten (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 58.

23 Kreuzer 2015, p. 30 e.v. en Jansen 2012, p. 58. Zie over het onderscheid tussen de verschillende typen precontractuele informatieplichten in een Nederlandsrechtelijke context nader Jansen 2012, p. 32-34 en p. 516 e.v.

24 Zie nader Jansen 2012, p. 58 e.v.

25 Waarover Martin Schmidt-Kessel & Ana Baide, Unauthorized Agency in German Law, in: Danny Busch & Laura J. NacGregor (Eds.), *The Unauthorised Agent: Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 118. Zie ook Kreuzer 2015, p. 28 e.v.

26 Zie daarover onder meer H.-B. Schäfer & C. Otto, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin/ Heidelberg/New York: Springer 1986, p. 161.

27 Zie nader Wolfgang Schur, *Leistung und Sorgfalt: zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im bürgerlichen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 190 e.v.

28 Zie daarover nader E.W. Mehring, Het (nieuwe) Duitse verbintenissenrecht, *Contracteren* 2003/4, p. 104 e.v. en Jansen 2012, p. 58 e.v.

29 Rieble 2003, p. 141.

30 Kritisch over de gehele regeling en over deze categorie in het bijzonder toont zich Rieble 2003, p. 141: "(...) diese Generalklausel ist nicht nur nicht konturenscharf. Niemand weiß, wozu sie eigentlich gut ist. Die Begründung zu Nr. 3 nennt "Kontakte, bei denen z.B. noch kein Vertrag angebahnt, ein solcher aber vorbereitet werden soll", will also offenbar der Verhandlungsphase und der vorgelagerten Anbahnungsphase noch eine Anbahnungsvorbereitungsphase vorverschalten. Das ist - mit Verlaub - nicht nur "etwas

Wenden wij thans de steven naar het Nederlandse recht.

4. Precontractuele aansprakelijkheid naar Nederlands recht

Het Nederlandse recht kent geen centraal leerstuk of wettelijke regeling van de culpa in contrahendo. Wel wees de Hoge Raad in 1957 een arrest dat tot op heden richtinggevend is gebleken voor het denken over de precontractuele fase en de wijze waarop aspirant-contractanten zich in die fase jegens elkaar hebben te gedragen. In het – inmiddels klassiek geworden – arrest Baris/Riezenkamp maakte de Hoge Raad duidelijk dat 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, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (...)." ³¹

De regel dat partijen hun gedrag in de precontractuele fase mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij heeft de Hoge Raad in latere uitspraken consequent gehandhaafd. ³² Voor de ontwikkeling van het leerstuk van de wilsgebreken (met name de dwaling) is deze op de goede trouw (thans: redelijkheid en billijkheid) gefundeerde regel van grote betekenis geweest: de regel staat aan de basis van de notie dat op aspirant-contractanten precontractuele informatieplichten kunnen rusten teneinde elkaar te behoeden voor een onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken en aldus te vermijden dat onder invloed van een wilsgebrek wordt gecontracteerd. Het schenden van die verplichtingen kan echter, naar algemeen wordt aangenomen, niet alleen leiden tot de vernietigbaarheid van de gesloten overeenkomst op grond van een wilsgebrek (zoals in het arrest Baris/Riezenkamp aan de orde was), maar tevens tot schadeplichtigheid indien aan de eisen van de in art. 6:162

dunkel", sondern Blödsinn: Sobald vorvertragliche Pflichten in Betracht kommen, hat die Anbahnungsphase der Nr.2 bereits eingesetzt. Eine zusätzliche Phase bringt keine Erkenntnis."

31 HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (m.nt. L.E.H. Rutten). Hesselink (De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht (II, slot), WPNR 1996 (6249), p. 909) heeft erop gewezen dat de Hoge Raad deze formule "heeft overgenomen van de Duitse hoogste rechter. Het Reichsgericht heeft al in 1911 uitgemaakt dat men zich in de onderhandelingsfase de belangen van de wederpartij moet aantrekken. Sindsdien komt men in alle uitspraken (thans van de BGH) over culpa in contrahendo de volgende formule tegen: "Schon während der Vertragsverhandlungen über den Abschluss eines Vertrags schuldet jeder Verhandlungspartner dem andern im Hinblick auf das durch die Verhandlungen begründete vertragsähnliche Vertrauensverhältnis zumutbare Rücksichtnahme auf dessen berechtigten Belange"."

32 Deze regel geldt zowel in precontractuele als in contractuele verhoudingen. Zie onder meer HR 5 januari 2001, NJ 2001/79 (Nethou/Multi Vastgoed), HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (CBB/JPO), HR 19 oktober 2007, NJ 2007/565 (Vodafone/ETC) en HR 10 juni 2011, NJ 2011/423 (ING/Kreuger c.s.).

BW geregelde onrechtmatige daad is voldaan.³³ Voorts kan schending van een precontractuele informatieplicht onder omstandigheden leiden tot het oordeel dat sprake is van wanprestatie³⁴ resp. non-conformiteit³⁵ van het verkochte.

Vermelding verdient voorts dat ook in het Nederlandse recht thans algemeen wordt aangenomen dat in een *consumer society* als de onze de zwakkere partij soms niet enkel (deugdelijk) moet worden geïnformeerd, maar soms ook (indringend) moet worden gewaarschuwd en/of (tegen zichzelf) in bescherming moet worden genomen; op grond van een (uit de precontractuele redelijkheid en billijkheid voortvloeiende) *bijzondere zorgplicht* kan de sterkere partij soms worden verplicht om zich de belangen van de zwakke(re) partij (vergaand) aan te trekken.³⁶ Een duidelijk voorbeeld daarvan biedt het in 2009 gewezen arrest Dexia/De Treek, waarin de Hoge Raad op basis van de precontractuele redelijkheid billijkheid in de relatie tussen een financiële dienstverlener en een aspirant-cliënt een dergelijke bijzondere zorgplicht aannam, die de financiële dienstverlener er volgens de Hoge Raad toe verplichtte om

"als bijzonder deskundig te achten financiële dienstverlener (...) ten aanzien van het onderhavige, risicovolle en complexe aflossingsproduct dat aan een breed publiek is aangeboden, zich adequaat de belangen van De Treek aan te trekken door indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld dat bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst kan optreden."³⁷

Deze waarschuwingsplicht strekt blijkens het arrest niet tot voorkoming van wilsgebreken, maar tot *bewustwording* bij de consument-wederpartij van het financiële "gevaar", dat aan de "aanschaf" van het betreffende financiële product inherent is. Schending van deze precontractuele waarschuwingsplicht bij financiële "gevaarzetting" leidt volgens de Hoge Raad (dan ook) niet tot de vernietigbaarheid van de overeenkomst, maar tot een verplichting de schade die de zwakkere wederpartij als gevolg van het onrechtmatig verzaken van die waarschuwingsplicht heeft geleden, te vergoeden.³⁸

De in het arrest Baris/Riezenkamp geformuleerde regel dat de goede trouw partijen verplicht zich elkaars gerechtvaardigde belangen aan te trekken staat eveneens aan de basis van het

33 Zie over deze samenloop nader Jac. Hijma, GS Verbintenissenrecht, art. 6:228 BW, aant. 1.3.1.1: "Voor de aansprakelijkheidskwestie is de algemene regeling der onrechtmatige daad (art. 162) beslissend: de dwalende heeft jegens zijn wederpartij recht op schadevergoeding indien voldaan is aan de door art. 162 gestelde vereisten (onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, enz.). (...) Aan die eisen zal niet steeds zijn voldaan. Op dit punt verschilt de dwaling van de in art. 3:44 geregelde andere wilsgebreken (bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden), waarbij wel steeds een onrechtmatige daad zal zijn gepleegd."

34 Zie over dit onderwerp nader Jansen 2012, p. 273 e.v.

35 Zie over het verband tussen informatieplichten bij dwaling en non-conformiteit nader Jansen 2012, p. 312 e.v.

36 Daarover nader Jansen 2012, p. 521 e.v. en p. 560 e.v. en P.S. Bakker, De receptiefunctie van de redelijkheid en billijkheid, WPNR 2017 (7133), p. 6.

37 HR 5 juni 2009, NJ 2012/182 (Dexia/De Treek).

38 Zie nader (en kritisch) over dit baanbrekende arrest onder meer W.L. Valk, Dwaling, tekortkoming en effectenlease, NTBR 2009, 29, p. 237, alsmede Jansen 2012, p. 516-521. Zie voorts Bakker 2017, p. 4-7.

in 1982 door de Hoge Raad met het arrest Plas/Valburg³⁹ geïntroduceerde leerstuk van aansprakelijkheid⁴⁰ voor het ontbreken van onderhandelingen. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat

"(n)iet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren."⁴¹

Het bekende arrest HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (CBB/JPO) laat zien dat bij de vraag of de onderhandelingen tussen partijen (nog) mogen worden afgebroken, het in hoge mate aankomt op de afweging van hun gerechtvaardigde belangen en verwachtingen in het licht van de gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid:

"Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen — die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen — vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen (...)." ⁴²

Aldus maakt ook deze uitspraak duidelijk dat ook in Nederland de precontractuele verhouding van partijen wordt geregeerd door de verplichting van partijen om zich gedurende het gehele onderhandelingsproces als fatsoenlijke en zorgvuldige lieden te (blijven) gedragen en met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te (blijven) houden. In de thans volgende paragraaf zal ik stilstaan bij de vraag of c.q. in hoeverre het Nederlandse recht behoefte

39 HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (Plas/Valburg).

40 Naar Nederlands recht kan die aansprakelijkheid zich ook uitstrekken tot vergoeding van het positieve contractsbelang; zie daarover in relatie tot andere rechtsstelsels M.W. Hesselink, De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht (I), WPNR 1996 (6248), p. 881 e.v.

41 HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (Plas/Valburg).

42 HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (CBB/JPO).

heeft aan een overkoepelend leerstuk van aansprakelijkheid voor precontractuele gedragingen en in hoeverre het Duitse voorbeeld van de (codificatie van de) culpa in contrahendo alhier navolging verdient.

5. Moet een met § 311 BGB vergelijkbare bepaling in het BW worden opgenomen?

Komen wij thans tot de behandeling van de bij aanvang van deze bijdrage gestelde onderzoeksvraag; heeft de Nederlandse rechtspraktijk behoefte aan een met § 311 BGB vergelijkbare regeling? In de jaren '80 van de vorige eeuw is al eens een wetsvoorstel over de precontractuele fase aanhangig geweest, dat uiteindelijk is ingetrokken. Het concept wetsartikel 6.5.2.8a BW luidde:

"Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of een verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn".⁴³

De eerste zin van deze ontwerp-bepaling vormt een herhaling van de regel uit het arrest Baris/Riezenkamp. De tweede zin is via het arrest VSH/Shell (HR 23 oktober 1987, NJ 1988/1017) eveneens deel van het objectieve recht gaan uitmaken. In dat arrest formuleerde de Hoge Raad namelijk de ook thans nog vigerende maatstaf voor aansprakelijkheid in verband met het afbreken van onderhandelingen:

"Het hof heeft bij de beoordeling van deze grondslag tot uitgangspunt genomen dat Shell en VSH verplicht waren hun gedrag mede te doen bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen en dat het Shell te allen tijde vrijstond de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van VSH in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd — d.w.z. onaanvaardbaar — zou zijn. Dit uitgangspunt is juist."⁴⁴

Door de verankering van deze maatstaf in de (vaste) jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt geen behoefte meer te bestaan aan codificatie van het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen in ons BW.⁴⁵ Mijns inziens is er ook overigens geen prangende reden de aansprakelijkheid voor precontractuele gedragingen wettelijk te verankeren. Zoals Rieble in zijn (uiterst) kritische bespreking van de invoering van § 311 BGB opmerkt: *lex moneat, non*

43 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, p. 1441.

44 HR 23 oktober 1987, NJ 1988/1017 (VSH/Shell).

45 Anders Schreuder 2008, p. 127.

doceat.⁴⁶ Het enkel om redenen van "Anschaulichkeit und Bewußtseinsbildung" codificeren van in de jurisprudentie gevormde rechtsregels dient geen zinnig doel en zou moeten worden vermeden. Codificatie van een regel(ing) moet toegevoegde waarde hebben, die daarboven uitstijgt. Die toegevoegde waarde zie ik niet zo 1-2-3. Zo is bijvoorbeeld de vraag of de relatie tussen partijen in de precontractuele fase als een "rechtsverhouding" (vgl. de in § 311 BGB gebruikte term *Schuldverhältnis*) moet worden beschouwd of niet, weliswaar voorwerp geweest van herhaald dogmatisch debat⁴⁷, maar erg belangrijk voor de rechtsontwikkeling ten aanzien van aansprakelijkheid voor gedragingen in de precontractuele fase is zij mijns inziens niet geweest. Codificatie van een beslissing over dit dogmatische strijdpunt lijkt daarom *prima facie* weinig winst op te leveren. Dat de redelijkheid en billijkheid de precontractuele fase tussen partijen beheersen en de grondslag kunnen vormen voor (soms vergaande) informatie-, waarschuwings- en zorgplichten is voorts heden ten dage een zodanige vanzelfsprekendheid geworden dat codificatie van die notie welbeschouwd niet meer zou behelzen dan het intrappen van een (wijd) openstaande deur. Het feit dat art. 6:2 lid 1 BW als centrale gedragsnorm van het verbintenissenrecht bepaalt dat *schuldeiser en schuldenaar* zich overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid dienen te gedragen (en niet rept over de gedragsnorm voor partijen in de fase voorafgaand aan contractssluiting), levert noch de rechter noch de justitiabelen in dit kader kennelijk problemen op. Ook de vraag naar de grondslag (redelijkheid en billijkheid of onrechtmatige daad) voor de verschuldigdheid van schadevergoeding bij het ontbreken van onderhandelingen is dogmatisch weliswaar uitdagend, maar mijns inziens van onvoldoende praktisch belang (gebleken) om de wetgever thans "aan het werk te zetten". Ook hier geldt dat de rechtspraktijk er geen zichtbare hinder van ondervindt dat op dit punt door de wetgever geen (dogmatische) knopen zijn doorgehakt.⁴⁸

Tot slot moet bij de vraag naar de toegevoegde waarde van een eventuele codificatie van aansprakelijkheid voor precontractuele gedragingen niet uit het oog worden verloren dat de in Duitsland gevoelde behoefte aan de ontwikkeling van het leerstuk van de culpa in contrahendo ten nauwste verband houdt met de specifieke eigenschappen en beperkingen van het Duitse aansprakelijkheidsrecht ten tijde van Jhering's vinding, als aangestipt in § 2 van deze

46 Rieble 2003, p. 138.

47 Zie voor een overzicht en bespreking van de uiteenlopende opvattingen op dit terrein Blei Weissmann, GS Verbintenissenrecht, art. 6:217 BW, aant. 1.28 e.v.

48 Zie ook R.P.J.L. Tjittes, De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen – een kritisch overzicht, RM Themis 2016-5, p. 243: "De grondslag van de 'onaanvaardbaarheid' van het afbreken van onderhandelingen kan zijn gelegen in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) en/of de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW. De inhoud van beide normen verschilt bij de beoordeling van het afbreken van onderhandelingen niet."

bijdrage.⁴⁹ Het in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht ontbreken van dergelijke beperkingen voor redres bij geleden (vermogens-)schade draagt evenmin bij aan de noodzaak tot ontwikkeling en codificatie van een met de culpa in contrahendo vergelijkbaar leerstuk ten aanzien van de aansprakelijkheid voor (verwijtbare) precontractuele gedragingen; het algemene, breed geformuleerde art. 6:162 BW maakt een dergelijke ontwikkeling c.q. regeling onnodig.

Om kort te gaan: een wettelijke regeling van aansprakelijkheid voor precontractuele gedragingen zou weliswaar een einde kunnen maken aan bepaalde kwesties die voorwerp zijn (geweest) van dogmatische verhandelingen en debat, maar zou, zoals het mij voorkomt, niet voorzien in een door de rechtspraak werkelijk gevoelde behoefte. Om die reden zou ik – indachtig het (voor wetgevingsjuristen behartigenswaardige) adagium "less is more" – geen voorstander zijn van invoering van een met § 311 BGB vergelijkbare regeling in het Nederlandse BW.

6. Slot

In deze bundelbijdrage heb ik enige gedachten gewijd aan de vraag of het Nederlandse recht gebaat zou kunnen zijn bij opname in ons BW van een met § 311 BGB vergelijkbare bepaling. Na in § 2 een korte beschrijving te hebben gegeven van de leer van de culpa in contrahendo, zoals die aanvankelijk door Jhering is ontwikkeld, heb ik in § 3 een beknopte uiteenzetting gegeven over de voortontwikkeling tot op heden van deze leer in de Duitse doctrine en rechtspraak. Daar bleek dat de aanvankelijk ter redres van schade in verband met *Vertragsnichtigkeit* ontwikkelde leer van Jhering onder de invloed van maatschappelijke ontwikkelingen gaandeweg is uitgegroeid tot een brede aansprakelijkheidsgrond, die naar huidig Duits recht niet alleen te hulp kan worden geroepen bij schade die het gevolg is van door een precontractuele fout veroorzaakte *Vertragsnichtigkeit*, maar eveneens goede diensten bewijst bij het funderen van aansprakelijkheid voor bijvoorbeeld het afbreken van onderhandelingen, het schenden van precontractuele zorg- en informatieplichten, schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid, "vorvertragliche Körperverletzung" en non-conformiteit.

In § 4 kwam vervolgens de aansprakelijkheid voor precontractuele gedragingen naar Nederlands recht aan bod. Geconstateerd werd dat het Nederlands recht geen algemeen leerstuk

49 Zie over de hedendaagse beperkingen van § 823 BGB nader E.H. Hondius, Het onovertroffen Duitse privaatrecht, *Ars Aequi* juli/augustus 2014, p. 552-553, alwaar ook enige opmerkingen aan de *Schuldrechtsreform* van 2002 worden gewijd. Zie in dit kader ook Jansen 2012, p. 60 e.v.

CULPA IN CONTRAHENDO

van de culpa in contrahendo kent, maar dat dit onverlet laat dat ook in Nederland de precontractuele verhouding van partijen wordt geregeerd door de (door de precontractuele redelijkheid en billijkheid opgelegde) verplichting van partijen om zich gedurende het gehele onderhandelingsproces als fatsoenlijke en zorgvuldige lieden te (blijven) gedragen. Niet zelden leidt dit tot het aannemen van (soms vergaande) informatie-, waarschuwings- en zorgplichten in de precontractuele fase.

Tot slot werd in § 5 de onderzoeksvraag behandeld. Uitkomst daarvan was dat een in het BW op te nemen overkoepelende wettelijke regeling van aansprakelijkheid voor precontractuele gedragingen weliswaar een einde zou kunnen maken aan bepaalde kwesties die voorwerp zijn (geweest) van dogmatische verhandelingen, maar niet zou voorzien in een door de rechtspraak werkelijk gevoelde behoefte en daarom denkelijk geen toegevoegde waarde heeft.

P.S. Bakker⁵⁰

Willemstad (Curaçao)

⁵⁰ Mr. dr. Sjoerd Bakker is advocaat bij Spigt Dutch Caribbean te Curaçao en tevens verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Dit artikel bevat passages uit enige eerdere publicaties van de auteur.

P.S. BAKKER