

## **Zorgplichten in een drietal bijzondere overeenkomsten (boek 7 BW)**

*Een onderzoek naar de inkleuring van de algemene ongeschreven zorgplicht in een drietal bijzondere overeenkomsten (boek 7 BW) vanuit het perspectief van rechtseenheid.*

A.A.W. van den Brand

350403

Master Rechtsgeleerdheid

Begeleidster: mr. drs. S. van Gulijk

# Inhoudsopgave

|                                                                                                          |                 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| <b>Lijst van gebruikte afkortingen</b>                                                                   | <b>p. 5-6</b>   |
| <b>Hoofdstuk 1 – Inleiding</b>                                                                           | <b>p. 7-10</b>  |
| 1.1 Aanleiding                                                                                           | p. 7-9          |
| 1.2 Leeswijzer                                                                                           | p. 9            |
| 1.3 Terminologie                                                                                         | p. 9            |
| 1.4 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie                                                     | p. 10           |
| <b>Hoofdstuk 2 – De achtergrond van contractuele zorgplichten in dienstverlenende overeenkomsten</b>     | <b>p. 11-16</b> |
| 2.1 Inleiding                                                                                            | p.11            |
| 2.2 Het begrip ‘zorgplicht’                                                                              | p. 11           |
| 2.3 Het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele zorgplichten                               | p. 12-13        |
| 2.4 De redelijkheid en billijkheid                                                                       | p.13-15         |
| 2.5 De opkomst van zorgplichten in de wet                                                                | p. 15-16        |
| 2.6 Tussenconclusie                                                                                      | p. 16           |
| <b>Hoofdstuk 3 –De inkleuring van de civielrechtelijke zorgplicht van de advocaat jegens zijn cliënt</b> | <b>p. 17-30</b> |
| 3.1 Inleiding                                                                                            | p. 17           |
| 3.2 De achtergrond van de regeling van de overeenkomst van opdracht in titel 7.7 BW                      | p. 17           |
| 3.3 De verbintenis tot het verrichten van werkzaamheden                                                  | p. 17-19        |
| 3.4 De zorg van een ‘goed opdrachtnemer’                                                                 | p.19-20         |
| 3.5 Een impliciete waarschuwingsplicht                                                                   | p. 21-22        |
| 3.5.1 Artikel 7:402 BW                                                                                   | p. 21           |
| 3.5.2 De professionele autonomie                                                                         | p. 21-22        |
| 3.6 Informatie- en verantwoordingsplicht                                                                 | p. 22-24        |
| 3.7 Het aanvullende karakter van de bepalingen                                                           | p. 24           |
| 3.8 Inkleuring van de wettelijke zorgplichten in de relatie advocaat-cliënt                              | p. 24-28        |
| 3.8.1 De bijzondere verhouding tussen een advocaat en zijn cliënt                                        | p.24-25         |

|                                                                      |          |
|----------------------------------------------------------------------|----------|
| 3.8.2 Redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot<br>(advocaat) | p. 25    |
| 3.8.3 Aanvullende regelgeving                                        | p. 25-26 |
| 3.8.4 Gedragsregels 1992                                             | p. 26-28 |
| 3.9 Overige (algemene) bronnen ter inkleuring van artikel 7:401 BW   | p. 28-29 |
| 3.10 Tussenconclusie                                                 | p. 29-30 |

|                                                                                                        |                 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| <b>Hoofdstuk 4 – De inkleuring van de civielrechtelijke zorgplicht van de arts jegens zijn patiënt</b> | <b>p. 31-39</b> |
| 4.1 Inleiding                                                                                          | p. 31           |
| 4.2 De achtergrond van de regeling van de behandelingsovereenkomst in boek 7 BW                        | p. 31           |
| 4.3 De verbintenis tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst                 | p. 32           |
| 4.4 De zorg van een ‘goed hulpverlener’                                                                | p. 32-33        |
| 4.5 De informatieplicht                                                                                | p. 33-36        |
| 4.5.1 De dossierplicht                                                                                 | p. 35-36        |
| 4.6 De inkleuring van de wettelijke zorgplichten in aanvullende regelgeving in de relatie arts-patiënt | p. 36-38        |
| 4.6.1 Aanvullende regelgeving                                                                          | p. 36           |
| 4.6.2 Gedragsregels voor artsen                                                                        | p. 36-38        |
| 4.7 Tussenconclusie                                                                                    | p. 38-39        |

|                                                                                                                      |                 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| <b>Hoofdstuk 5 – De reikwijdte van de civielrechtelijke zorgplicht van de bouwaannemer jegens zijn opdrachtgever</b> | <b>p. 40-51</b> |
| 5.1 Inleiding                                                                                                        | p. 40.          |
| 5.2 De achtergrond van de regeling van de aannemingsovereenkomst in titel 7.12 BW                                    | p. 40           |
| 5.3 Het tot stand brengen en opleveren van een stoffelijk werk                                                       | p. 41-42        |
| 5.4 De civielrechtelijke zorgplicht van de aannemer                                                                  | p. 42           |
| 5.5 (Pre)contractuele waarschuwingsplichten van de aannemer                                                          | p. 42-45        |
| 5.6 Het overwegend regelende karakter van de bepalingen                                                              | p. 46           |
| 5.7 De inkleuring van de wettelijke zorgplichten in aanvullende regelgeving in de relatie bouwaannemer-opdrachtgever | p. 46-49        |

|                                                                       |                     |
|-----------------------------------------------------------------------|---------------------|
| 5.7.1 Het gebruik van algemene voorwaarden in de<br>bouwpraktijk      | p. 46-47            |
| 5.7.2 Een analyse van veelgebruikte voorwaarden in de<br>bouwpraktijk | p. 47-49            |
| 5.7.2.1 De UAV 2012                                                   | p. 47-48            |
| 5.7.2.2 De AVA 2013                                                   | p. 48-49            |
| 5.7.2.3 De COVO 2010                                                  | p. 49               |
| 5.8 Wet Kwaliteitsboring in de Bouw                                   | p. 49-50            |
| 5.9 Tussenconclusie                                                   | p. 50-51            |
| <br><b>Hoofdstuk 6 – Conclusie</b>                                    | <br><b>p. 52-54</b> |
| <br><b>Literatuurlijst</b>                                            | <br><b>p. 55-59</b> |
| <br><b>Jurisprudentielijst</b>                                        | <br><b>p. 60-61</b> |

## Lijst van gebruikte afkortingen

|                 |                                                                                               |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| ALIB            | Algemene Leveringsvoorwaarden Installerende Bedrijven                                         |
| art.            | artikel                                                                                       |
| AVA             | Algemene Voorwaarden voor Aannemingen van werk                                                |
| BW              | Burgerlijk Wetboek                                                                            |
| concl. A-G      | Conclusie Advocaat-Generaal                                                                   |
| COVO            | Consumenten Voorwaarden Verbouwingen                                                          |
| diss.           | dissertatie                                                                                   |
| e.a.            | en anderen (et alii)                                                                          |
| HR              | Hoge Raad                                                                                     |
| HvJ EU          | Hof van Justitie van de Europese Unie                                                         |
| IBR             | Instituut voor Bouwrecht                                                                      |
| jo.             | juncto                                                                                        |
| Kamerstukken I  | Kamerstukken, Eerste Kamer der Staten-Generaal                                                |
| Kamerstukken II | Kamerstukken, Tweede Kamer der Staten-Generaal                                                |
| LJN             | Landelijk Jurisprudentienummer ( <a href="http://www.rechtspraak.nl">www.rechtspraak.nl</a> ) |
| losbl.          | losbladig                                                                                     |
| m.nt.           | met noot                                                                                      |
| MvT             | Memorie van Toelichting                                                                       |
| NJ              | Nederlandse jurisprudentie                                                                    |
| NJB             | Nederlands Juristenblad                                                                       |
| par.            | Paragraaf                                                                                     |
| Parl. Gesch.    | Parlementaire geschiedenis BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14<br>1991              |
| red.            | redactie                                                                                      |
| RMThemis        | Rechtsgeleerd Magazijn Themis                                                                 |
| r.o.            | Rechtsoverweging                                                                              |
| Rv              | Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering                                                       |
| RvA             | Raad van Arbitrage voor de bouwbedrijven                                                      |
| RvdW            | Rechtspraak van de week                                                                       |
| Stb.            | Staatsblad                                                                                    |
| TM              | Toelichting Meijers                                                                           |

|         |                                                                                                        |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| UAV     | Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken |
| VBR     | Vereniging voor Bouwrecht                                                                              |
| Wet BIG | Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg                                                   |
| Wgbo    | Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst                                                       |
| Wkkgz   | Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg                                                             |

# 1 Inleiding

## 1.1 Aanleiding

Met het sluiten van overeenkomsten heeft een ieder (bijna) dagelijks te maken. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het sluiten van een koopovereenkomst voor de koop van een auto, een huurovereenkomst voor de huur van een huis, een overeenkomst van opdracht, die vaak ten grondslag ligt aan bijvoorbeeld de behandeling van een arts, bijstand door een advocaat, advies door een accountant, etc. Partijen zijn naar Nederlands recht in beginsel vrij te onderhandelen over het aangaan van een overeenkomst, het bepalen van de inhoud ervan en de daarmee samenhangende gevolgen.<sup>1</sup> De onderhandelings- en contractsvrijheid vindt wel haar grens in enkele dwingendrechtelijke wetsbepalingen, die onder andere zijn neergelegd in de boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Zo mag bijvoorbeeld de strekking en inhoud van hetgeen partijen overeenkomen niet in strijd zijn met de goede zeden of openbare orde (artikel 3:40 lid 1 BW).<sup>2</sup> Daarnaast kan de bijzondere verhouding die tussen partijen ontstaat bij het aangaan van een overeenkomst ertoe leiden dat op partijen bepaalde zorgverplichtingen jegens elkaar rusten<sup>3</sup>, zoals een informatieplicht of een waarschuwingsplicht, ook al zijn partijen die niet overeengekomen. Deze vloeien doorgaans voort uit de algemene voor het verbintenissenrecht geldende ongeschreven grondnorm dat men rekening moet houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.<sup>4</sup> Zorgplichten zijn de laatste jaren in opkomst in het verbintenissenrecht.<sup>5</sup> Zij brengen steeds vaker de wederzijdse verantwoordelijkheden van partijen tot uitdrukking.<sup>6</sup>

Ten aanzien van een aantal overeenkomsten zijn er in de wet – naast de algemene regels van boek 3 en boek 6 BW – bijzondere voorschriften opgenomen, en wel in boek 7 BW. Deze overeenkomsten worden doorgaans ook wel aangeduid als ‘bijzondere overeenkomsten’.<sup>7</sup> Onder de bijzondere voorschriften in boek 7 BW bevinden zich ook zorgplichten. Als men boek 7 BW doorneemt, ziet men dat ten aanzien van een aantal overeenkomsten expliciet als zorgplicht aangeduide verplichtingen in de wet zijn opgenomen, zoals artikel 7:401 BW voor

---

<sup>1</sup> Schelhaas & Wessels 2016, p. 3.

<sup>2</sup> Zie voor meer grenzen in boek 3 en 6: Schelhaas & Wessels 2016, p. 3.

<sup>3</sup> Dit volgde reeds in 1957 uit het arrest *Baris/Riezenkamp*: HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. Rutten (*Baris/Riezenkamp*). Op dit arrest wordt in hoofdstuk 2 verder ingegaan.

<sup>4</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 99-100.

<sup>5</sup> Hartlief 2017, p. 1241; Jansen 2012, p. 3.

<sup>6</sup> Jansen 2012, p. 2.

<sup>7</sup> Schelhaas & Wessels 2016, p. 2.

de opdrachtnemer en artikel 7:453 BW voor de medisch hulpverlener. Expliciete zorgplichten voor bijvoorbeeld de koopovereenkomst (titel 7.1 boek 7 BW) en de aannemingsovereenkomst (titel 7.12 boek 7 BW) zijn in boek 7 BW niet te vinden. Op het eerste gezicht lijkt dus niet echt sprake te zijn van een eenduidige regeling van de zorgplichten in de verschillende bijzondere overeenkomsten in boek 7 BW. In de literatuur bestaat ook de kritiek dat het BW lelijk aan het worden is en er een wildgroei aan bijzondere regelingen heerst.<sup>8</sup> Voorspelbaarheid en rechtszekerheid zijn gebaat bij eenheid in het recht.<sup>9</sup> Het ontbreken van die eenheid kan dan ook problematisch zijn voor deze beginselen.

We zijn inmiddels 25 jaar<sup>10</sup> verder na de inwerkingtreding van boek 7 BW.<sup>11</sup> Een mooi moment om de regeling van een aantal bijzondere overeenkomsten in boek 7 BW en de daarin gelegen zorgplichten eens onder de loep te nemen. De overeenkomsten die zullen worden onderzocht, zijn de overeenkomst van opdracht, de medische behandelingsovereenkomst (hierna aangeduid als: behandelingsovereenkomst) en de aannemingsovereenkomst. Het zijn alle drie overeenkomsten die gericht zijn op het verrichten van werkzaamheden en die in de kern een opdracht tot dienstbetoon inhouden<sup>12</sup>, maar ondanks die gelijke kenmerken een afzonderlijke regeling kennen in boek 7 BW. Daarbij zijn het overeenkomsten die in de praktijk veelvuldig voorkomen en onder meer voor een breed scala aan (vrije) beroepen relevant zijn. Denk hierbij aan het beroep van advocaat, arts, accountant, makelaar, deurwaarder, architect, kapper, etc.<sup>13</sup> Met deze overeenkomsten kunnen voor particulieren en bedrijven grote belangen gemoeid zijn<sup>14</sup>, zoals het gezondheidsbelang van de patiënt. Meer specifiek zal bij de overeenkomst van opdracht worden ingegaan op de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt, bij de behandelingsovereenkomst op de relatie tussen de arts en zijn patiënt, en bij de aannemingsovereenkomst op de relatie tussen de bouwaannemer en zijn opdrachtgever.

---

<sup>8</sup> Van Boom 2003, p. 307. Zie over de verhouding tussen het algemene en bijzonder verbintenissenrecht ook: Van den Berg & Zondag 2003; De Jong 2003.

<sup>9</sup> Aldus ook Van Boom 2003, p. 299.

<sup>10</sup> Het grootste deel van boek 7 BW trad in 1992 in werking. De aannemingsovereenkomst heeft echter langer op zich laten wachten. Deze trad pas in werking in 2003. Stb. 2003, p. 272. Zie ook: Asser/Van den Berg 7-VI 2013/5.

<sup>11</sup> Stb. 1992, 689.

<sup>12</sup> TM 1972, p. 834-835 en p. 985; Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991, p. 305; Asser/Van den Berg 7-IV 2013/27.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II* 1991/1992, 17 779, nr. 13, p. 2.

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 1991/1992, 17 779, nr. 13, p. 2.

De vraag die in dit onderzoek centraal staat luidt:

*Hoe wordt de algemene ongeschreven zorgplicht, inhoudende dat men rekening moet houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, van de advocaat, arts en bouwaannemer jegens respectievelijk de cliënt, patiënt en opdrachtgever ingekleurd in de wet (boek 7 BW), jurisprudentie en zelfregulering, en in hoeverre is dit problematisch met het oog op rechtseenheid?*

De deelvragen die ten aanzien van de centrale vraag zullen worden onderzocht zijn:

1. Wat zijn zorgplichten en wat is de wetgevingsratio bij deze plichten?
2. Hoe wordt de algemene ongeschreven zorgplicht van de advocaat jegens zijn cliënt ingekleurd in de wet (boek 7 BW), jurisprudentie en zelfregulering?
3. Hoe wordt de algemene ongeschreven zorgplicht van de arts jegens zijn patiënt ingekleurd in de wet (boek 7 BW), jurisprudentie en zelfregulering?
4. Hoe wordt de algemene ongeschreven zorgplicht van de bouwaannemer jegens zijn opdrachtgever ingekleurd in de wet (boek 7 BW), jurisprudentie en zelfregulering?

## **1.2 Leeswijzer**

In het tweede hoofdstuk staat de eerste deelvraag centraal. In de hoofdstukken drie, vier en vijf zullen achtereenvolgens de tweede, derde en vierde deelvraag worden behandeld. In elk hoofdstuk is een inleiding opgenomen, waarin duidelijk wordt aangegeven op welke wijze de in het betreffende hoofdstuk te behandelen deelvraag wordt beantwoord. De conclusie, met daarin het antwoord op de centrale vraagstelling, is opgenomen in hoofdstuk 6.

## **1.3 Terminologie**

Wanneer in termen van dienstverlening wordt gesproken, zoals over dienstverleningsovereenkomsten, dan wordt in dat kader zowel de overeenkomst van opdracht, de behandelingsovereenkomst als de aannemingsovereenkomst bedoeld.

## 1.4 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

De maatschappelijke relevantie van dit onderzoek is erin gelegen dat dit onderzoek onder andere beoogt inzicht te vergaren voor de dienstverlenende praktijk, en dan met name voor die van de advocaat, arts en bouwaannemer, omtrent de reikwijdte van bepaalde op hen rustende zorgverplichtingen. Zorgplichten zijn open normen<sup>15</sup> en bieden daardoor in beginsel weinig houvast. Een onderzoek naar de achtergrond en de inkleuring van die normen in de wet (boek 7 BW), literatuur, jurisprudentie en zelfregulering kan hen wellicht handvaten geven voor beantwoording van de vraag wat op grond van die normen van hen wordt verwacht.

De wetenschappelijke relevantie van dit onderzoek is gelegen in het feit dat niet voor één, maar voor een drietal bijzondere overeenkomsten wordt onderzocht hoe de contractuele zorgplicht van de dienstverlener in de betreffende verhouding verder wordt ingekleurd door regelgeving en jurisprudentie. Gekeken zal worden of hierin een eenduidige lijn valt te ontdekken, of dat juiste sprake is van een verschillende uitwerking. Dit onderzoek kan op die manier een bijdrage leveren aan het streven naar rechtseenheid in het vermogensrecht, waarbij voorspelbaarheid van het burgerlijk recht en rechtszekerheid zijn gebaat.<sup>16</sup> Kennis van verschillen en overeenkomsten tussen rechtsnormen is namelijk onmisbaar voor het streven naar rechtseenheid.<sup>17</sup> Er wordt dus vanuit een wat meer “overkoepelend” perspectief naar de regeling van de zorgplichten in boek 7 BW gekeken.

---

<sup>15</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 98; Van Ommeren 2011, p. 24.

<sup>16</sup> Van Boom 2003, p. 3. Hij verwijst hierbij naar auteurs als Tjittes, Lindijer, Lubach en Hartkamp.

<sup>17</sup> Zie ook: Stip & Zijlstra 2015, p. 407.

## 2 De achtergrond van contractuele zorgplichten in dienstverlenende overeenkomsten

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: *Wat zijn zorgplichten en wat is de wetgevingsratio bij deze plichten?* Hierbij zal allereerst het begrip ‘zorgplicht’ worden gedefinieerd en worden aangegeven welk typen zorgplichten voor de opdrachtnemer kunnen worden onderscheiden, waarna in een aparte paragraaf kort zal worden ingegaan op het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele zorgplichten. Vervolgens wordt stilgestaan bij een belangrijke bron voor ongeschreven zorgplichten, te weten de redelijkheid en billijkheid. Hierna zal worden ingegaan op de opkomst van wettelijke zorgplichten (boek 7 BW). Tot slot zal een antwoord worden geformuleerd op de deelvraag.

### 2.2 Het begrip ‘zorgplicht’

De zorgplicht is een gedragsnorm die erop is gericht bepaalde belangen te ontzien, te beschermen of zelfs te bevorderen.<sup>18</sup> De zorgplicht kan worden gedefinieerd als een verplichting tot het doen of nalaten van handelingen ten behoeve van zekere belangen van een persoon of object. Hiermee wordt aangesloten bij de definitie die Tjong Tjin Tai aan het begrip geeft.<sup>19</sup> De zorgplicht kan bestaan uit informatie-, mededelings- en waarschuwingsplichten.<sup>20</sup> Tjong Tjin Tai maakt daarbij onderscheidt in drie typen zorgverplichtingen specifiek voor opdrachtnemers:

- 1) maatregelen die het na te streven belang, verzekeren, waarborgen, beschermen;
- 2) verplichtingen die betrekking hebben op het vormgeven en nader invullen van de opdracht of het na te streven belang (informatie- en mededelingsverplichtingen);
- 3) verplichtingen die vereisen dat de schuldenaar aan de verlangens van de schuldeiser weerstand biedt (hierbij kan gedacht worden aan waarschuwingsplichten als uitvloeisel van informatieverplichtingen).

---

<sup>18</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 97.

<sup>19</sup> Zie voetnoot 18.

<sup>20</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 121-122.

### 2.3 Het onderscheid tussen contractuele en buitencontractuele zorgplichten

Buitencontractuele zorgplichten doen zich voor in het kader van het onrechtmatige-daadsrecht. Deze kunnen voortvloeien uit de norm van maatschappelijke betamelijkheid, welke is neergelegd in artikel 6:162 lid 2 BW; in strijd handelen met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt levert een onrechtmatige daad op. Zo vloeiende bijvoorbeeld in het arrest *Bussluis, Diemen/Rep-taks* uit de algemene zorgvuldigheidsnorm een specifiek op verkeersveiligheid gerichte zorgplicht voort.<sup>21</sup>

In het onrechtmatige-daadsrecht lijken zorgplichten vooral gericht te zijn op het *ontzien* van de belangen van een ander en niet zozeer op het *beschermen* of *bevorderen* van die belangen.<sup>22</sup> Met het *ontzien* van belangen wordt bedoeld dat je zodanig moet handelen dat je door jouw gedrag geen, of zo min mogelijk, schade berokkent aan je medemensen.<sup>23</sup> Deze plicht is heel algemeen en geldt dus ten overstaande van al je medemensen. Het is in het onrechtmatige-daadsrecht daardoor afhankelijk van de omstandigheden van het geval tegenover welke belangen die zorg precies bestaat.<sup>24</sup>

In geval van een contract is dat anders. Dan is namelijk een bepaald doel overeengekomen. In beginsel is de zorg van de schuldenaar dan ook gericht op dit overeengekomen doel en niet zozeer op de achterliggende belangen bij dat doel.<sup>25</sup> Let wel, dit geldt *in beginsel*. In sommige gevallen wordt de zorg een expliciet thema en moet de schuldenaar ook tot op zekere hoogte rekening houden met de achterliggende belangen.<sup>26</sup> Volgens Tjong Tjin Tai wordt dan vaak ook expliciet gesproken over een zorgplicht.<sup>27</sup>

De grondslag van contractuele zorgplichten is gelegen in het feit dat door het aangaan van een overeenkomst voor de schuldeiser een de facto afhankelijkheid ontstaat.<sup>28</sup> Denk bijvoorbeeld aan een opdrachtgever die door middel van een opdracht een belang overdraagt aan een opdrachtnemer. De opdrachtgever is dan in beginsel niet meer zelf in staat dat belang

---

<sup>21</sup> HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bussluis, Diemen/Rep-tax*).

<sup>22</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 107, die spreekt van het *ontzien* van de belangen van derden.

<sup>23</sup> Zie Van Maanen 2012, p. 46, waarin hij stelt dat er eigenlijk maar één zorgvuldigheidsnorm geldt, die inhoudt dat je zodanig moet handelen dat je door je gedrag aan je medemensen geen, of in ieder geval zo min mogelijk, schade berokkent.

<sup>24</sup> Wanneer sprake is van een uit de maatschappelijke zorgvuldigheid voortvloeiende *incidentele* verplichting, dient volgens Hartlief niet gesproken te worden van een zorgplicht. Hij constateert dat dat nu wel vaak gebeurt. Zie hierover: Hartlief 2017, p. 1241.

<sup>25</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 100.

<sup>26</sup> Zie voetnoot 25.

<sup>27</sup> Zie voetnoot 25.

<sup>28</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 104.

te beschermen of bevorderen en zal erop moeten vertrouwen dat de schuldenaar dat voor hem doet.<sup>29</sup> De schuldenaar heeft met de overeenkomst het belang naar zich toegetrokken en is om die reden verplicht goed voor dat belang te zorgen.<sup>30</sup> Binnen het contractenrecht geldt dan ook dat een grotere mate van zorg wordt verwacht dan buiten overeenkomst, omdat men die zorg door het aangaan van de overeenkomst als het ware heeft toegezegd.<sup>31</sup>

## 2.4 De redelijkheid en billijkheid

Zorgplichten hebben zich met name ontwikkeld in de jurisprudentie, waarin zij doorgaans hun grondslag vonden in de redelijkheid en billijkheid.<sup>32</sup> De redelijkheid en billijkheid vindt in het huidige recht haar grondslag in artikel 6:2 BW (ten aanzien van alle verbintenissen) en in artikel 6:248 BW (ten aanzien van overeenkomsten) en houdt, kort gezegd, in dat partijen zich jegens elkaar dienen te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Welke eisen dit zijn, is telkens afhankelijk van de omstandigheden van het geval<sup>33</sup> en in geval van het contractenrecht ook van de aard van de overeenkomst.<sup>34</sup>

### *Baris/Riezenkamp*

Een eerste richtinggevend arrest wees de Hoge Raad in 1957, inzake Baris/Riezenkamp.<sup>35</sup> Het ging in die zaak om het volgende. Baris (verkoper) en Riezenkamp (koper) sloten met elkaar een overeenkomst tot koop van een bromfietsmotor. Hierbij had Baris vóór het sluiten van de overeenkomst aan Riezenkamp medegedeeld dat de kostprijs 135 gulden zou bedragen. Na het sluiten van de overeenkomst komt Riezenkamp erachter dat de kostprijs 230 gulden bedraagt en weigert tot betaling over te gaan. Baris stapt daarop naar de rechter en vordert ontbinding van de koopovereenkomst met toekenning van een schadevergoeding. Riezenkamp beroept zich op zijn beurt op dwaling en vordert vernietiging van de koopovereenkomst. Hiertegen verweert Baris zich door te stellen dat Riezenkamp de dwaling aan zichzelf te wijten heeft nu hij – volgens hem – onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de kostprijs. Volgens Baris had Riezenkamp dus zichzelf moeten

---

<sup>29</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 104.

<sup>30</sup> Zie voetnoot 29.

<sup>31</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 100.

<sup>32</sup> Jansen e.a. 2011, p. 14.

<sup>33</sup> Valk 2010, p. 299.

<sup>34</sup> Zie bv. HR 24 februari 2012, LJN BU9855, NJ 2012/44.

<sup>35</sup> HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

behoeden voor de financiële “verrassing” door het doen van onderzoek naar de (daadwerkelijke) kostprijs.

De Hoge Raad neemt bij zijn oordeel het volgende in overweging: ‘dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij; dat dit onder meer medebrengt, dat voor dengene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft, de omvang van welke gehoudenheid mede hierdoor wordt bepaald, dat men in den regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen; dat, indien iemand door het niet in acht nemen van de hierboven bedoelde zorg bij het aangaan van een overeenkomst in dwaling heeft verkeerd, de regels van de goede trouw kunnen meebrengen dat hij zich niet met vrucht op dwaling kan beroepen;’.<sup>36</sup> Aan de hand van deze overweging verwerpt de Hoge Raad de stelling van Baris dat Riezenkamp verwijtbaar zou hebben gedwaald. De door Riezenkamp in acht te nemen zorg om te voorkomen dat hij onder onjuiste veronderstellingen de overeenkomst zou aangaan, vond namelijk haar grens in de door Baris gedane mededeling.

Uit het arrest Baris/Riezenkamp kan worden afgeleid dat de onderhandelingen over een overeenkomst worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid en dat hieruit voortvloeit dat partijen reeds in de onderhandelingsfase rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Om dit te bewerkstelligen, kunnen uit die verplichting bepaalde zorgplichten voortvloeien, zoals, in geval van Baris/Riezenkamp, een precontractuele onderzoeksplicht. Deze plicht roept op tot *informatievergaring* in het *eigen belang*.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. Rutten (*Baris/Riezenkamp*); Het begrip ‘goede trouw’ dat in dit arrest wordt gebruikt, is tegenwoordig ‘redelijkheid en billijkheid’ als bedoeld in artikel 6:2 BW (voor alle verbintenissen) en 6:248 BW (voor overeenkomsten); zie Boom 2017, p. 3.

<sup>37</sup> Jansen 2012, p. 573 (samenvatting).

Uit latere rechtspraak is gebleken dat de redelijkheid en billijkheid ook de grondslag kan vormen voor precontractuele mededelings- en waarschuwingsplichten.<sup>38</sup> Dergelijke plichten roepen op tot informatieverstrekking in het *belang van de wederpartij*.<sup>39</sup>

## 2.5 De opkomst van zorgplichten in de wet

Uit voorgaande paragraaf (2.4) is gebleken dat de redelijkheid en billijkheid een belangrijke bron vormt voor ongeschreven zorgplichten. Hieruit vloeit namelijk de algemene ongeschreven grondnorm voort dat men rekening moet houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, welke verplichting – zoals we hebben gezien – weer bepaalde zorgverplichtingen, zoals informatieplichten, met zich kan brengen. Reeds in 1972 werd in de Toelichting Meijers al opgemerkt dat de algemene verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid doorgaans weinig houvast biedt. De wetgever achtte het dan ook noodzakelijk om voor vaak voorkomende vragen reeds een duidelijkere richtlijn neer te leggen in de wet.<sup>40</sup> Aan deze gedachte is vorm gegeven door voor een aantal bijzondere overeenkomsten aanvullende voorschriften op te nemen in de wet (boek 7 BW). Zo vormt artikel 7:401 BW, waarin de zorgplicht van de opdrachtnemer is gelegen, een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>41</sup> De bepalingen in boek 7 BW beogen een evenwichtige, objectieve toedeling van rechten en plichten te bewerkstelligen.<sup>42</sup> Daarbij wordt met het meer specifiek uitschrijven van bepaalde rechten en plichten beoogd bescherming te bieden aan de belangen van een bepaalde partij<sup>43</sup>, doorgaans de bij een overeenkomst betrokken *zwakke*<sup>44</sup> partij.<sup>45</sup>

De wetgever heeft dus met het stellen van nadere regels in boek 7 BW ten aanzien van een aantal contractuele rechtsverhoudingen beoogd de positie van de zwakkere partij in die verhouding te versterken.<sup>46</sup> Zorgplichten zijn geschikte wetgevingsbepalingen wanneer wordt beoogd de eigen verantwoordelijkheid van degene tot wie de zorgplicht is gericht (ook wel

---

<sup>38</sup> Zie Tjittes 2016, p. 237-268 over precontractuele mededelingsplichten en omtrent precontractuele waarschuwingsplichten zie: HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (*Plas/Valburg*); HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481, *BR* 1997, p. 695, m.nt. M.A.B. Chao-Duivis (*MBO/De Ruiterij*).

<sup>39</sup> Jansen 2012, p. 573 (samenvatting).

<sup>40</sup> TM 1972, p. 829.

<sup>41</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/93.

<sup>42</sup> Schelhaas & Wessels 2016, p. 4.

<sup>43</sup> TM 1972, p. 829.

<sup>44</sup> Onder een zwakke partij moet volgens Schelhaas en Wessels worden verstaan degene die door opleiding, financiële draagkracht of positie in de economische distributieketen onvoldoende geïnformeerd zijn, onvoldoende financiële middelen hebben om alternatieve keuzen te realiseren of zich geplaatst zien tegenover een economische sterke wederpartij: Schelhaas & Wessels 2016, p. 8.

<sup>45</sup> Zie o.a. *Kamerstukken II* 1981, 16 797, nr. 3, p. 7; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/92, *Kamerstukken II* 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 5-6; Schelhaas & Wessels 2016, p. 8.

<sup>46</sup> Zie o.a. *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 2.

aan te duiden als normadressaat) duidelijker te benadrukken.<sup>47</sup> Daarmee kunnen de zorgplichten in de context van boek 7 BW ook wel worden beschouwd als instrumenten om de onevenwichtige verhoudingen tussen partijen te corrigeren.<sup>48</sup>

## **2.6 Tussenconclusie**

Zorgplichten zijn gedragsnormen die erop zijn gericht bepaalde belangen te ontzien, te beschermen of te bevorderen. Ze kunnen dan ook worden gedefinieerd als verplichtingen tot het doen of nalaten van handelingen ten behoeve van zekere belangen van een persoon of object. Die zorgplichten kunnen onder meer bestaan uit informatie-, mededelings- en waarschuwingsplichten. De ontwikkeling van deze plichten heeft met name plaatsgevonden in de jurisprudentie, waarbij zij doorgaans hen grondslag vonden in de redelijkheid en billijkheid. De wetgever was van mening dat deze norm doorgaans onvoldoende houvast bood en achtte het voor een aantal overeenkomsten onder andere noodzakelijk deze norm verder uit te werken in de wet. De aanvullende rechten en plichten in die wetgeving zouden tevens meer evenwicht moeten brengen tussen partijen. Op welke wijze de uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende ongeschreven grondnorm, zijnde dat men rekening moet houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, voor de bijzondere overeenkomsten precies is uitgewerkt in de die aanvullende wetgeving, zal in de volgende hoofdstukken blijken.

---

<sup>47</sup> Rapport Ruimte voor zorgplichten 2004, p. 5.

<sup>48</sup> Zie over zorgplichten als wetgevingsinstrument o.a.: Jansen e.a. 2011, p. 13; Rijnhout e.a. 2013.

### **3 De inkleuring van de civielrechtelijke zorgplicht van de advocaat jegens zijn cliënt**

#### **3.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: *hoe wordt de algemene ongeschreven zorgplicht van de advocaat jegens zijn cliënt ingekleurd in de wet (boek 7 BW), jurisprudentie en zelfregulering?* Allereerst zal kort worden ingegaan op de achtergrond van de regeling in titel 7.7 van boek 7 BW. Vervolgens zal worden onderzocht waartoe een opdrachtnemer zich op grond van de regeling in boek 7 BW bij het aangaan van een overeenkomst in het algemeen verbindt. Hierna zal worden ingegaan op de zorgplichten in titel 7.7 BW en de inkleuring van deze verplichtingen in de literatuur en jurisprudentie voor opdrachtnemers in het algemeen. Vervolgens zal worden ingegaan op de inkleuring van deze algemene regels in de verhouding tussen de advocaat en zijn cliënt. Daarbij zal uitgebreid worden stilgestaan bij de gedragsregels die in de advocatuur hebben te gelden en de betekenis van deze regels voor de civielrechtelijke zorgplicht van de advocaat.

#### **3.2 De achtergrond van de regeling van de overeenkomst van opdracht in titel 7.7 BW**

Voordat titel 7.7 van boek 7 BW werd geïntroduceerd in de wet, kende we geen regeling betreffende de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten.<sup>49</sup> Een dergelijke regeling werd wenselijk geacht vanwege de grote mate waarin deze overeenkomsten in de praktijk voorkomen. Een regeling van deze overeenkomsten zou volgens de wetgever de rechtszekerheid dienen.<sup>50</sup> Daarbij zouden eigen regels voor bepaalde soorten overeenkomsten door de regeling in de wet summier kunnen worden gehouden.<sup>51</sup>

#### **3.3 De verbintenis tot het verrichten van werkzaamheden**

De overeenkomst van opdracht is wettelijk gedefinieerd als de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt

---

<sup>49</sup> TM 1972, p. 985.

<sup>50</sup> TM 1972, p. 985.

<sup>51</sup> TM 1972, p. 985.

*werkzaamheden te verrichten* (artikel 7:400 BW). Door de ruime omschrijving van de opdracht is titel 7.7, afdeling 1, van toepassing op een breed spectrum aan, maar gezien lid 1 van artikel 7:400 BW niet alle, overeenkomsten tot dienstverrichting.<sup>52</sup> Vanwege de uiteenlopende aard van de prestaties die onder de opdrachtregeling kunnen vallen, is ervoor gekozen de algemene bepalingen een zeker globaal karakter te geven.<sup>53</sup> De eerste afdeling bevat dus algemene bepalingen voor de overeenkomst van opdracht. In de daaropvolgende afdelingen zijn ten aanzien van een aantal bijzondere vormen van opdracht meer specifieke bepalingen opgenomen.

De een, de opdrachtnemer, verbindt zichzelf dus tot het verrichten van werkzaamheden ten dienste van de ander, de opdrachtgever. Niet op grond van een arbeidsovereenkomst, maar zelfstandig.<sup>54</sup> Bij de arbeidsovereenkomst geschiedt de dienstverrichting namelijk in ondergeschiktheid. Bij de opdracht is de zelfstandigheid van de opdrachtnemer wezenlijk.<sup>55</sup> Daarbij gaat het niet om werkzaamheden die bestaan uit het tot stand brengen van een stoffelijk werk. Dan zouden we namelijk spreken van een aannemingsovereenkomst (artikel 7:750 BW). Naast deze uitsluitingen, dienen volgens lid 1 van artikel 7:750 BW overeenkomsten, waarbij het gaat om het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken en het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken, niet als een overeenkomst van opdracht te worden gekwalificeerd.<sup>56</sup>

Een belangrijk kenmerk van de overeenkomst van opdracht is dat men als opdrachtnemer in een bepaalde relatie tot iemand staat: het in gaat in beginsel om een persoonlijke verrichting, gericht op een individu.<sup>57</sup> De kenmerkende prestatie van deze overeenkomst is een ‘doen’<sup>58</sup>, waarbij de opdracht er in het algemeen toe strekt een zeker belang van de opdrachtgever te bevorderen.<sup>59</sup> Wat dat ‘doen’ precies inhoudt, wordt in beginsel bepaald

---

<sup>52</sup> *Kamerstukken II* 1982/1983, 17 7779, nr. 3, p. 2-3 (MvT); *Kamerstukken II* 1991/92, 17 779, nr. 13, p. 1-2. Denk bijvoorbeeld aan de overeenkomst met een advocaat, arts, deurwaarder, accountant, architect, makelaar, kapper, researchovereenkomsten, bestuurs- of organisatieopdrachten, etc.

<sup>53</sup> Ernes 2016, p. 230; Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991, p. 307.

<sup>54</sup> In lid 1 van art. 7:400 BW wordt de overeenkomst van opdracht onderscheiden van de arbeidsovereenkomst. In geval van een arbeidsovereenkomst wordt de opdracht niet zelfstandig, maar in ondergeschiktheid vervuld en geldende de daarvoor in titel 10 van boek 7 BW neergelegde bepalingen. Nijland, *GS Bijzondere Overeenkomsten*, art. 7:400 BW, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt 25-05-2016).

<sup>55</sup> TM 1972, p. 986.

<sup>56</sup> Kritisch over de uitsluitingen: Kortmann 1990, p. 742-743.

<sup>57</sup> Het gaat in beginsel om een persoonlijke verrichting. Zie hiervoor o.a. Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991, p. 307. Het kan bij de opdracht overigens ook gaan om vormen van dienstverrichting door ondernemingen jegens elkaar. Denk hierbij aan bijv. de computer-opdrachtsovereenkomst, organisatie-opdrachten, engineeringscontracten. Zie *Kamerstukken II* 1982/1983, 17 7779, nr. 3, p. 3 (MvT).

<sup>58</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/17.

<sup>59</sup> Tjong Tjin Tai merkt hierbij op dat de wijze waarop de opdracht de belangen bevordert niet altijd even duidelijk kan worden vastgelegd als bijvoorbeeld in een koopovereenkomst, of tot op zekere hoogte bij de aanneming van werk, mogelijk is. Zie verder: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/92.

door de opdrachtgever.<sup>60</sup> De opdrachtgever is immers degene die door middel van de opdracht bepaalde verrichtingen aan de opdrachtnemer opdraagt.<sup>61</sup> De opdrachtgever is echter niet altijd even deskundig en de werkzaamheden zijn doorgaans niet voortdurend te controleren, waardoor het zomaar zo kan zijn dat de uitvoering van de opdracht niet tot het gewenste resultaat leidt. De verplichtingen die in afdeling 1 van titel 7.7 zijn neergelegd voor de opdrachtnemer, waaronder ook de zorgplicht, beogen om die reden de rechtspositie van de opdrachtgever te versterken.<sup>62</sup> Dit is in lijn met het beoogde doel van een meer evenwichtige toedeling van rechten en plichten dat de wetgever voor ogen had met de bijzondere voorschriften van boek 7 BW.<sup>63</sup>

Nu de overeenkomst van opdracht in beginsel ziet op het verrichten van werkzaamheden en dus niet zozeer op het bereiken van een bepaald resultaat, kan de primaire verbintenis die uit deze overeenkomst voortvloeit ook wel worden aangemerkt als een inspanningsverbintenis.<sup>64</sup>

### **3.4 De zorg van een ‘goed opdrachtnemer’**

Bij het verrichten van de werkzaamheden dient de opdrachtnemer op grond van artikel 7:401 BW de zorg van een ‘goed opdrachtnemer’ in acht te nemen. Deze norm betreft, zoals al eerder opgemerkt, een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid<sup>65</sup> en is niets meer dan een moderne vertaling van de aloude norm van een ‘goed schuldenaar’.<sup>66</sup> Doordat de overeenkomst van opdracht primair ziet op het behartigen van de belangen van de opdrachtgever<sup>67</sup>, dient de zorgplicht van de opdrachtnemer te worden aangemerkt als hoofdverplichting bij de overeenkomst.<sup>68</sup> Wat in een concreet geval onder deze plicht moet worden verstaan en hoever die reikt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>69</sup> De wetgever noemt hierbij de omstandigheid of de opdrachtnemer al dan niet belangeloos

---

<sup>60</sup> Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991, p. 306; Croes 1995, p. 220.

<sup>61</sup> TM 1972, p. 985.

<sup>62</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/92.

<sup>63</sup> Zie paragraaf 2.5.

<sup>64</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/85.

<sup>65</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/93.

<sup>66</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 102.

<sup>67</sup> Zie par. 3.2 van deze scriptie.

<sup>68</sup> Zie hierover ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/84.

<sup>69</sup> TM 1972, p. 987; Zie ook Ernes 2016, p. 231.

handelt.<sup>70</sup> Daarnaast zijn in de literatuur een aantal aanknopingspunten te vinden voor de inhoud en omvang van de zorgplicht.

Allereerst is de wijze waarop de opdrachtnemer zichzelf presenteert van belang.<sup>71</sup> Doet hij zichzelf voor als een echte deskundige ten aanzien van hetgeen waarop de opdracht ziet, en zo ja, in hoeverre? In de literatuur wordt hiervoor een mooi voorbeeld gegeven: “[...] *van een automonteur die in opdracht van zijn buurman in zijn vrije tijd een reparatie aan diens auto verricht, mag meer worden verwacht dan van de sleutelende overbuurman die het ‘wel eens wil proberen’.*”<sup>72</sup> Niet alleen het voordoen als deskundige, maar ook het daadwerkelijk deskundig zijn, is van invloed op de verwachte mate van zorg: naarmate een opdrachtnemer deskundiger is, kan men dan ook gerechtvaardigd hogere eisen stellen aan de mate van de te betrachten zorg.<sup>73</sup>

Ook het eventuele recht op, dan wel verzoek om een bepaalde, tegenprestatie en de hoogte daarvan, kan van invloed zijn op de betekenis van de zorgplicht.<sup>74</sup> Stel dat de sleutelende buurman uit voorgaand voorbeeld dezelfde beloning vraagt als iemand die van beroep automonteur is, dan zal de opdrachtgever van die buurman een vergelijkbare zorg mogen verwachten als van een beroepsmatige automonteur.<sup>75</sup> De deskundigheid wordt dan als het ware geobjectiveerd. Handelt de opdrachtnemer om niet, bijvoorbeeld in geval van een vriendendienst, dan kan dit de verwachte mate van zorg verkleinen.<sup>76</sup>

Voor beroepsbeoefenaren wordt in de rechtspraak het criterium van ‘een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar’ gehanteerd.<sup>77</sup> Het zogenaamde maatmancriterium.<sup>78</sup> Dit criterium is niet meer dan een uitwerking van de zorg van een goed opdrachtnemer voor beroepsbeoefenaren.<sup>79</sup> De norm houdt in dat opdrachtgever mag veronderstellen dat de opdrachtnemer de deskundigheid van een normale beroepsgenoot bezit.<sup>80</sup> Dit kan vereisen dat de opdrachtnemer zichzelf op de hoogte houdt van de ontwikkelingen in zijn vakgebied.<sup>81</sup>

---

<sup>70</sup> TM Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7, p. 323.

<sup>71</sup> Croes 1995, p. 225.

<sup>72</sup> Croes 1995, p. 225-226.

<sup>73</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/94; Croes 1995, p. 226. Zie meer algemeen over de invloed van de hoedanigheid van contractspartijen bij de vaststelling van de inhoud van de rechtshandelingen: Tjittes 1994.

<sup>74</sup> Zie o.a.: Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting, vierde gedeelte (Boek 7), p. 987; Croes 1995, p. 226.

<sup>75</sup> Croes 1995, p. 225-226.

<sup>76</sup> Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/82 en 98; Van der Grinten, *Lastgeving* (Mon. Nieuw BW nr. B81) 1993/14.

<sup>77</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/93.

<sup>78</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/94.

<sup>79</sup> vgl. *Kamerstukken I* 1992/1993, 17 779, nr. 95b, p. 1; Aldus ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/93.

<sup>80</sup> Croes 1995, p. 226.

<sup>81</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/94.

### **3.5 Een impliciete waarschuwingsplicht**

#### **3.5.1 Artikel 7:402 BW**

Op grond van artikel 7:402 BW kan de opdrachtgever aanwijzingen geven en dient de opdrachtnemer deze in beginsel op te volgen. Op die manier kan de opdrachtgever een nadere invulling geven aan de wijze waarop de opdrachtnemer volgens hem het beste zijn belangen kan dienen.<sup>82</sup> De zorgplicht van de opdrachtnemer kan er onder omstandigheden toe leiden dat op de opdrachtnemer ten aanzien van de gegeven aanwijzingen een waarschuwingsplicht rust. Deze houdt in dat wanneer de opdrachtnemer een aanwijzing krijgt die hem onverantwoord voorkomt, hij de opdrachtgever voor de onverantwoorde aanwijzing moet waarschuwen.<sup>83</sup> Deze plicht geldt blijkens de literatuur ook wanneer de beoogde uitvoering van de opdracht niet tot het beoogde resultaat dreigt te leiden.<sup>84</sup> De zorgplicht van de opdrachtnemer kan er onder omstandigheden ook toe leiden dat niet enkel kan worden volstaan met een waarschuwing van de opdrachtgever voor de risico's van zijn aanwijzingen, maar dat de opdrachtnemer het opvolgen ervan moet weigeren.<sup>85</sup> Een dergelijke plicht kan zich onder andere voordoen als de aanwijzingen zouden leiden tot een averechts resultaat.<sup>86</sup> Hierbij kan gesproken worden van een bijzondere zorgplicht.<sup>87</sup> Van een bijzondere zorgplicht wordt doorgaans gesproken als deze strekt tot bescherming van de opdrachtgever tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.<sup>88</sup>

#### **3.5.2 De professionele autonomie**

Het recht, en in sommige gevallen de verplichting, te weigeren, houdt verband met de 'professionele autonomie', die met name een rol speelt in geval van de gereguleerde beroepen.<sup>89</sup> De 'professionele autonomie' houdt in dat de opdrachtnemer niet simpelweg doet wat de opdrachtgever van hem vraagt, maar ook een zekere eigen verantwoordelijkheid heeft

---

<sup>82</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/103.

<sup>83</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/104.

<sup>84</sup> Zie voetnoot 83.

<sup>85</sup> Zie o.a. Parl Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 4 en 6), Deventer 1991, p. 324; Van Neer-van den Broek 1998, p. 336; Nijland, GS Bijzondere overeenkomsten, art. 7:402 BW, aant.1. (online, laatst bijgewerkt op 25-05-2016).

<sup>86</sup> Van Neer-van den Broek 1998, p. 336; Nijland, GS Bijzondere overeenkomsten, art. 7:402 BW, aant. 1. (online, laatst bijgewerkt op 25-05-2016).

<sup>87</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/105.

<sup>88</sup> HR 23 mei 1997, NJ 1998/192; HR 5 juni 2009, LJN BH2811, NJ 2012/183.

<sup>89</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/106; Van Neer-van den Broek 1998, p. 336.

ten aanzien van de wijze waarop uitvoering dient te worden gegeven aan de opdracht en hetgeen het beroep van hem vergt.<sup>90</sup> Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de aanwijzing in strijd is met de in de betreffende beroepsgroep geldende gedragsregels en om die reden dient te worden geweigerd.<sup>91</sup> Onder andere in de medische wereld en de advocatuur speelt de beroepsethiek een grote rol, wat tot gevolg heeft dat ten overstaande van opdrachtnemers binnen die beroepsgroepen opdrachtgevers vaak beperkt zijn in hun recht om aanwijzingen te geven.<sup>92</sup> Tegelijkertijd vormt het een verruiming van de op de opdrachtnemer rustende zorgplicht.

### **3.6 Informatie- en verantwoordingsplicht**

In artikel 7:403 lid 1 BW is de informatieplicht van de opdrachtnemer neergelegd. Deze plicht houdt volgens de parlementaire geschiedenis in dat de opdrachtnemer de opdrachtgever regelmatig op de hoogte moet houden en wordt ook wel aangeduid als tussentijdse informatieplicht.<sup>93</sup> De inhoud en omvang van deze plicht is afhankelijk van de in het concrete geval gegeven opdracht.<sup>94</sup> Factoren die een rol spelen bij de reikwijdte van de informatieplicht zijn de aard van de opdracht en de redelijkheid van de belasting voor de opdrachtnemer.<sup>95</sup> Bij de informatieplicht hoort ook dat de opdrachtgever in kennis wordt gesteld van volbrenging van de opdracht, voor zover de opdrachtgever hiervan niet reeds op de hoogte is.<sup>96</sup>

Blijkens de literatuur spelen ook beroeps- en gedragsregels een rol bij de bepaling wat in een concreet geval onder de informatieplicht moet worden verstaan<sup>97</sup>, waarop in paragraaf 3.7.4 verder zal worden ingegaan. Daarnaast behelst blijkens de literatuur de informatieplicht meer dan enkel het tussentijds verschaffen van informatie.<sup>98</sup> Enerzijds brengt de verplichting met zich mee dat de opdrachtnemer eventuele vragen van de opdrachtgever beantwoord, aan de hand waarvan de opdrachtgever beter kan bezien of de wijze van uitvoering van de opdracht overeenstemt met hetgeen hij in gedachte had of dat wellicht een andere weg in moet worden geslagen. De informatieplicht kan hierdoor logischerwijs ook leiden tot nieuwe

---

<sup>90</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/106; Van Neer-van en Broek 1998, p. 336; Croes 1995, p. 277.

<sup>91</sup> Croes 1995, p. 227.

<sup>92</sup> Ernes 2016, p. 232.

<sup>93</sup> TM 1972, p. 988.

<sup>94</sup> TM 1972, p. 988.

<sup>95</sup> TM 1972, p. 988.

<sup>96</sup> TM 1972, p. 988.

<sup>97</sup> Ernes 2016, p. 233.

<sup>98</sup> Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/108.

aanwijzingen.<sup>99</sup> Anderzijds kan van de opdrachtnemer worden verwacht dat hij actief informeert bij de opdrachtgever of de werkzaamheden die hij al verricht heeft of nog gaat verrichten, in lijn zijn met wat de opdrachtgever precies voor ogen heeft.<sup>100</sup> Anders gezegd: de opdrachtnemer zal ook op eigen initiatief de opdrachtgever moeten informeren en niet alleen op verzoek informatie verschaffen.<sup>101</sup> Let wel: de informatieplicht mag geen onredelijke belasting vormen voor de opdrachtnemer.<sup>102</sup> Te verwachten valt dat hoe concreter het beoogde doel is dat de opdrachtgever met de opdracht voor ogen heeft, hoe minder omvangrijk de informatieplicht is.<sup>103</sup>

In het tweede lid van artikel 7:403 BW ligt een verantwoordingsplicht voor de opdrachtnemer besloten. Deze houdt in dat de opdrachtnemer de opdrachtgever op de hoogte moet houden van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten.<sup>104</sup> Deze verplichting reikt verder dan de in de vorige paragraaf besproken informatieplicht. De informatieplicht ziet op een goede vervulling van de opdracht. Het biedt de opdrachtgever namelijk de mogelijkheid nadere aanwijzingen te geven of juist van eerdere wensen af te wijken.<sup>105</sup> De verantwoordingsplicht ziet op het herstellen van het evenwicht tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer door de opdrachtgever een controlemogelijkheid te bieden.<sup>106</sup> Het is niet voldoende om enkel te rapporteren wat men als opdrachtnemer heeft gedaan. Er wordt ook van hem verwacht dat hij verklaart waarom hij het op die wijze gedaan heeft.<sup>107</sup>

Voor beantwoording van de vraag of sprake is van een verantwoordingsplicht en hoever deze precies reikt, komt onder andere betekenis toe aan de deskundigheid van de opdrachtgever.<sup>108</sup> Van Neer-van den Broek noemt hierbij als voorbeeld dat een advocaat zijn cliënt in het algemeen niet hoeft bezig te houden met de juridisch details van de zaak. Dat kan anders zijn, wanneer de opdrachtgever zelf kundig is op dat vlak.<sup>109</sup>

---

<sup>99</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/108.

<sup>100</sup> Nijland, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:403, aant. 1 (online, laatst bijgewerkt op 25-05-2016); Van Neer-van den Broek 1998, p. 336; Croes 1995, p. 228.

<sup>101</sup> Nijland, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:403, aant. 1 (online, laatst bijgewerkt op 25-05-2016).

<sup>102</sup> Zie voetnoot 101.

<sup>103</sup> Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/109.

<sup>104</sup> In deze bepaling ligt ook de verplichting besloten dat de opdrachtnemer rekening en verantwoording dient af te leggen van gelden die hij voor de opdrachtgever heeft uitgegeven of ontvangen. Deze verplichting speelt men name een rol bij de lastgevingsovereenkomst. Aldus ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/114.

<sup>105</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/112.

<sup>106</sup> Zie voetnoot 105.

<sup>107</sup> Nijland *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:403 BW, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 25-05-2016); Van Neer-van den Broek 1998, p. 337.

<sup>108</sup> Van Neer-van den Broek 1998, p. 337.

<sup>109</sup> Zie voetnoot 107.

Volgens Tjong Tjin Tai impliceert de verantwoordingsplicht van artikel 7:403 lid 2 BW nog een aantal nevenverplichtingen<sup>110</sup>, zijnde: het in staat zijn om verantwoording af te leggen; het bijhouden van een dossier en het in algemene zin (bewijs)stukken vergaren en bewaren.

### **3.7 Het aanvullende karakter van de bepalingen**

De zojuist besproken bepalingen zijn allen van regelend recht zijn.<sup>111</sup> Deze bepalingen kunnen worden gezien als een vangnet voor wanneer partijen niets specifiek zijn overeengekomen.<sup>112</sup> Wanneer dat het geval is, kunnen zij namelijk op deze bepalingen terugvallen, maar ze kunnen er desgewenst ook van afwijken.

### **3.8 Inkleuring van de wettelijke zorgplichten in de relatie advocaat-cliënt**

#### **3.8.1 De bijzondere verhouding tussen een advocaat en zijn cliënt**

De overeenkomst tussen een advocaat en zijn cliënt kan onder de overeenkomst van opdracht worden geschaard.<sup>113</sup> Een belangrijk element van deze overeenkomst is de vertrouwensrelatie.<sup>114</sup> Dit vormt de basis van de overeenkomst. Als cliënt vertrouw je erop dat de advocaat jouw belangen op een juiste wijze behartigt en als advocaat moet je erop kunnen vertrouwen dat de cliënt je juist informeert.

De advocaat heeft als hoofzaak het verlenen van advies en bijstand aan individuele cliënten of aan groepen cliënten van wie de belangen parallel aan elkaar lopen.<sup>115</sup> Om die taak goed te verrichten dient de cliënt hem wel alle mededelingen te doen die van belang zijn voor de beoordeling en de behandeling van de zaak.<sup>116</sup> De cliënt draagt dus de gegevens aan, waarna de advocaat vervolgens bepaalt hoe een advies, dan wel procedure, aan de hand van die gegevens wordt ingestoken, welke stukken je al dan niet indient, et cetera. De advocaat heeft dus een zekere eigen verantwoordelijkheid en zelfstandigheid als het gaat om het uitvoeren van de overeenkomst. De cliënt daarentegen legt dus in feite zijn “lot” in handen van de

---

<sup>110</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/113.

<sup>111</sup> Art. 7:413 BW; *Kamerstukken II* 1982/1983, 17 779, nr. 3, p. 2. Zie ook: Croes 1995, p. 228.

<sup>112</sup> Zie ook Croes 1995, p. 224., die spreekt van het aanvullende karakter van de bepalingen.

<sup>113</sup> *Kamerstukken II* 1982/1983, 17 779, nr. 3, p. 3.

<sup>114</sup> Gedragsregels 1992, par. 1.2.

<sup>115</sup> Gedragsregels 1992, par. 1.2.

<sup>116</sup> Gedragsregels 1992, par. 1.2.

advocaat, waarmee de belangen van cliënt in grote mate afhankelijk zijn van het handelen van de advocaat. Daarbij bestaat er tussen beide partijen een onevenwichtigheid, omdat zij over verschillende informatie beschikken.<sup>117</sup> Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat de cliënt te allen tijde de overeenkomst kan opzeggen.<sup>118</sup> In die zin heeft de cliënt nog altijd het spreekwoordelijke “laatste woord”.

### 3.8.2 Redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot (advocaat)

Om als goed opdrachtnemer te handelen en daarmee te voldoen aan de verplichting van artikel 7:401 BW wordt van de advocaat verwacht dat hij zich als *redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot* gedraagt bij de uitvoering van zijn werkzaamheden.<sup>119</sup> Dit stemt overeen met het criterium dat we reeds in paragraaf 3.3 zagen voor beroepsbeoefenaren. In de rechtspraak brengt deze norm met zich mee dat de advocaat in geval van processuele handelingen de cliënt niet onnodig blootstelt aan voorzienbare en vermijdbare risico's.<sup>120</sup> In geval van advisering in het kader van een door de cliënt te nemen beslissing, brengt de zorgvuldigheidsnorm mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen.<sup>121</sup> Bij die advisering wordt van de advocaat verwacht dat hij op de hoogte is van de op dat moment bestaande rechtspraak en literatuur.<sup>122</sup> Of en in welke mate de advocaat zijn cliënt behoort te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In ieder geval komt betekenis toe aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat het zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt er blijk van heeft gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn.<sup>123</sup>

### 3.8.3 Aanvullende regelgeving

Naast voornoemde jurisprudentie kunnen – zoals we hierboven al enkele keren voorbij zagen komen – ook de door de beroepsgroep zelf opgestelde regels bijdragen aan de inkleuring van

---

<sup>117</sup> HvJ EU 15 januari 2015, ECLI:EY:C:2015:14, RvdW 2015/403.

<sup>118</sup> Art. 7:408 lid 1 BW.

<sup>119</sup> HR 29 mei 2015, ECLI:HR:2015:1406, r.o. 3.4.1; HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745; HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429, (concl. A-G L. Strikwerda), NJ 1992/808, m.nt. C.J.H. Brunner.

<sup>120</sup> HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, r.o. 3.4.2.; HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429, m.nt. C.J.H. Brunner; HR 2 april 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4355, m.nt. J.H. Brunner.

<sup>121</sup> HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745, r.o. 3.4.1.; HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, r.o. 3.4.3.; HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92.

<sup>122</sup> HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429, m.nt. C.J.H. Brunner; HR 2 april 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4355, m.nt. J.H. Brunner.

<sup>123</sup> HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406, r.o. 3.4.3.

de zorgplichten in boek 7 BW. Daarnaast kent de advocatuur nog een grote hoeveelheid voorschriften die tevens van belang kunnen zijn. Denk hierbij aan de Advocatenwet, Verordening op de advocatuur, procesreglement, gedragscode voor Europese Advocaten en daarnaast nog de per kantoor geldende eigen algemene voorwaarden.<sup>124</sup> Dit onderzoek zal zich beperken tot de door de beroepsgroep zelf opgestelde gedragsregels: Gedragsregels 1992.<sup>125</sup> Dit zijn regels die met name kunnen worden gezien als een uitwerking van de in artikel 46 van de Advocatenwet neergelegde regel dat de advocaat zorg moet dragen voor de behartiging der toevertrouwde belangen en de regel te handelen overeenkomstig hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt.<sup>126</sup> Daarnaast kunnen zij ook invulling geven aan de zojuist besproken wettelijke zorgplichten.<sup>127</sup> De regels kunnen namelijk worden gezien als een richtsnoer voor hoe een advocaat zich dient te gedragen.<sup>128</sup> Het enkel in strijd handelen met deze regels levert niet direct een grond op voor civielrechtelijke aansprakelijkheid, vanwege de (zelfregulerende) aard van deze regels.<sup>129</sup> Desalniettemin kunnen zij wel richting geven aan de beoordeling of een advocaat al dan niet heeft gehandeld als van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot mag worden verwacht.<sup>130</sup>

### 3.8.4 Gedragsregels 1992

In deze paragraaf zullen een aantal ten aanzien van dit onderzoek relevante gedragsregels kort worden besproken. Men kan stellen dat alle in dit voorschrift neergelegde regels relevant zijn voor de inkleuring van de zorgplicht van de advocaat, nu ze invulling geven aan de regel zorg te dragen voor de behartiging der toevertrouwde belangen en de regel te handelen overeenkomstig hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt (art. 46 Advocatenwet). Desondanks beperkt dit onderzoek zich met name tot de regels die gelden in verhouding tot de cliënt, welke zijn neergelegd in paragraaf 3 van de gedragsregels. Alvorens daarop in te gaan, dient nog wel even stil te worden gestaan bij regel 4 van de gedragsregels. Hierin is namelijk

---

<sup>124</sup> Zie voor nog meer aanvullende voorschriften: <http://regelgeving.advocatenorde.nl>.

<sup>125</sup> In geval een advocaat grensoverschrijdende werkzaamheden verricht binnen de Europese Unie en het Europees Economisch gebied de CCBE is de Gedragscode voor Europese advocaten ook van belang voor hoe de advocaat zich heeft te gedragen. Zie hierover ook Regel 39 van Gedragsregels 1992.

<sup>126</sup> Art. 1.1 Gedragsregels 1992. Zie ook art. 46 Advocatenwet.

<sup>127</sup> HR 23 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1121, (concl. A-G L.A.D. Keus), punt 2.10; Van Emden & De Haan 2014, p. 21.

<sup>128</sup> Aldus ook Keus in HR 23 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1121, (concl. A-G L.A.D. Keus), punt 2.10.

<sup>129</sup> Gedragsregels 1992, par 1.1 (inleiding); HR 23 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1121, (concl. A-G L.A.D. Keus), punt 2.10.

<sup>130</sup> HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1304, NJ 2003/302, r.o. 3.4.2.; HR 26 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0226, NJ 1991/455, r.o.v. 3 (*Benjaddi/Neve*).

de zorgvuldigheidsnorm voor de advocaat neergelegd, inhoudende dat hij de hem opgedragen zaken zorgvuldig behoort te behandelen. Deze plicht omvat tevens de plicht om daarvoor de benodigde kennis te vergaren en te onderhouden. Daarnaast omvat deze plicht dat de advocaat, wanneer hij te maken krijgt met een zaak waarvoor kennis en/of kunde hem ontbreken, zorgdraagt voor de nodige assistentie dan wel de cliënt doorverwijst naar een geschikte collega.<sup>131</sup>

De eerste regel van deze paragraaf, regel 5, maakt meteen duidelijk dat het belang van cliënt in de overeenkomst tussen de advocaat en cliënt voorop staat. Deze regel bepaalt namelijk dat het belang van de cliënt, niet enig eigen belang van de advocaat, bepalend is voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behandelen.

Regel 7 vormt een uitwerking van de algemene in de advocatuur geldende norm dat de advocaat zich onthoudt van de behartiging van strijdige belangen.<sup>132</sup> Lid 4 van dit artikel bepaalt dat het niet is toegestaan tegen een voormalige cliënt of een bestaande cliënt van hem of van een kantoorgenoot van hem op te treden. In lid 6 ligt een de mogelijkheid besloten van die regel af te wijken. Hierin is tevens een impliciete informatieplicht gelegen. Afwijken is namelijk alleen mogelijk als zowel de partij met het verzoek tot belangenbehartiging als de voormalige of de bestaande cliënt tegen wie moet worden opgetreden hiermee *op grond van de aan hun verstrekte behoorlijke informatie* vooraf instemmen. Het betreft hier wel een zeer specifiek geval, waarin een dergelijke informatieplicht zich voordoet.

Een meer expliciete en algemene informatieplicht is gelegen in regel 8 van de gedragsregels en kan worden gezien als een nadere concretisering van de informatieverplichting van artikel 7:403 lid 1 BW. Deze regel bepaalt namelijk dat de advocaat zijn cliënt op de hoogte dient te brengen van belangrijke informatie, feiten en afspraken. Deze regel berust op de gedachte dat de cliënt inzicht in zijn zaak behoort te worden geboden.<sup>133</sup> Daarbij geldt dat waar nodig ter voorkoming van misverstand, onzekerheid of geschil, hij die belangrijke informatie en afspraken schriftelijk aan zijn cliënt bevestigt (regel 8 Gedragsregels 1992).

Regel 9 geeft heel duidelijk invulling aan de professionele autonomie van de advocaat. Dit verschijnsel werd in paragraaf 3.4.2 al besproken in het kader van het instructierecht van de opdrachtgever, als neergelegd in artikel 7:402 BW. Regel 9 bepaalt dat de advocaat volledige verantwoordelijkheid draagt voor de behandeling van de zaak. Hij kan zich hieraan niet

---

<sup>131</sup> Gedragsregels 1992, par 1.2 (inleiding).

<sup>132</sup> Zie hierover par. 1.2 jo. regel 7 Gedragsregels 1992.

<sup>133</sup> Toelichting op regel 8 Gedragsregels 1992.

onttrekken met een beroep op de van zijn cliënt verkregen opdracht. Let wel: de advocaat mag geen handelingen verrichten tegen de kennelijke wil van de cliënt. In dat laatste kan men een versterking van de positie van de cliënt lezen: de advocaat draagt volledige eigen verantwoordelijkheid, maar dat betekent nog niet dat hij daarbij aan de wil van cliënt voorbij kan gaan. Deze bepaling lijkt er dan ook op te zijn gericht de verhouding tussen partijen weer wat meer in evenwicht te brengen.

In regel 11 kan een mededelingsplicht voor de advocaat worden gelezen. Deze regel bepaalt dat een advocaat die bemerkt dat hij is tekortgeschoten in de behartiging van de belangen van zijn cliënt, zijn cliënt hiervan op de hoogte moet stellen. Deze verplichting kan worden gezien als een concretisering van de informatieplicht van artikel 7:403 BW, omdat het tekortschieten in de behartiging van de belangen van cliënt te maken heeft met zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht, waarover op grond van artikel 7:403 lid 1 BW de opdrachtgever op de hoogte dient te worden gehouden.

Tot slot kan nog worden gewezen op de impliciete op financiële aspecten gerichte informatie- en waarschuwingsplicht in respectievelijk lid 1 en 2 van regel 26 (paragraaf 6: financiële regels). Lid 1 bepaalt dat wanneer een advocaat een opdracht aanvaardt, hij de financiële consequenties daarvan met cliënt dient te bespreken en inzicht dient te geven in de wijze waarop en de frequentie waarmee hij zal declareren. Lid 2 bepaalt dat zodra de advocaat voorziet dat de declaratie aanmerkelijk hoger zal worden dan aanvankelijk tegenover de cliënt geschat, hij zijn cliënt daarvan op de hoogte dient te stellen.

### **3.9 Overige (algemene) bronnen ter inkleuring van artikel 7:401 BW**

Wellicht schiet de omschrijving ‘overige’ tekort voor het beschrijven van de bronnen die naast gedragsregels ook een bron kunnen vormen ter inkleuring van de zorgplicht van de advocaat, maar gezien het onderzoek zich met name op die gedragsregels richt, wordt hier gesproken van ‘overige’.

Voor de advocaat is gebleken ook uit het gewoonterecht en ervaringsregels relevant zijn voor de inkleuring van zijn zorgplicht.<sup>134</sup> Zo blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad over te laat betaalde griffierechten. In die zaak ging het om de vraag of een advocaat onzorgvuldig had gehandeld door het tijdstip waarop hij het griffierecht had ingediend. Het Hof oordeelde in deze zaak dat gelet op de data van overmaking en afboeking en de *in het betalingsverkeer*

---

<sup>134</sup> HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159 (*Te laat betaalde griffierechten*).

*in het algemeen geldende praktijk* de advocaat er evenwel van mocht uitgaan dat het griffierecht tijdig door de Raad van State zou worden ontvangen. De advocaat handelde volgens het hof met betrekking tot het betalen van het griffierecht derhalve jegens zijn cliënt niet onzorgvuldig.<sup>135</sup> De Hoge Raad ging in dit oordeel mee.<sup>136</sup>

### 3.10 Tussenconclusie

Voor de opdrachtnemer in het algemeen zijn in titel 7.7 van boek 7 BW diverse zorgplichten te identificeren. Zo behelst artikel 7:401 BW een algemene zorgplicht, ligt in artikel 7:402 BW een impliciete waarschuwings- en weigeringsplicht besloten en bevat artikel 7:403 BW een informatie- en verantwoordingsplicht. Het gaat hierbij om globale verplichtingen, die een regelend karakter hebben. De wetgever heeft hiervoor gekozen, omdat onder afdeling 1 van titel 7.7 van boek 7 BW veel verschillende vormen van overeenkomsten van opdracht kunnen worden geschaard. Dit betekent wel dat de bepalingen in specifieke verhoudingen niet zoveel houvast bieden, althans als men puur naar de wettekst kijkt. In de literatuur en jurisprudentie zijn de normen wel verder geconcretiseerd en worden verschillende aanknopingspunten geboden voor de inhoud en omvang van die verplichtingen. Veelal zien we daarin een belangrijke rol weggelegd voor de deskundigheid van de opdrachtnemer.

Ondanks dat de relatie tussen de advocaat en cliënt wel enigszins kan worden aangemerkt als gecompliceerd, is deze verhouding ook aangewezen op de globale bepalingen van afdeling 1 van titel 7.7 van boek 7 BW. In de jurisprudentie is aan de norm van artikel 7:401 BW voor de advocaat wel enige invulling gegeven. Zo dient de advocaat te zorgen voor een goed geïnformeerde cliënt, zodat de die cliënt verantwoorde beslissingen kan nemen. Ook hier is weer een rol weggelegd voor de deskundigheid van de advocaat, die medebrengt dat van hem wordt verwacht dat hij zijn niveau van kennis op peil heeft. Die kennis kan meebrengen dat de advocaat onder bepaalde omstandigheden bij zijn advisering zijn cliënt moet waarschuwen voor bepaalde risico's.

Naast de jurisprudentie komt voor de inkleuring van de zorgplicht van de advocaat ook betekenis toe aan de Gedragsregels 1992. Al deze regels zijn in principe relevant voor de vraag hoe de advocaat zich dient te gedragen, waarbij vrij veel nadruk ligt op de eigen verantwoordelijkheid van de advocaat. In de gedragsregels zien we ook weer de noodzaak terug van het door de advocaat vergaren en onderhouden van kennis. Naast een aantal op

---

<sup>135</sup> HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159 (*Te laat betaalde griffierechten*), r.o. 3.2.

<sup>136</sup> HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159 (*Te laat betaalde griffierechten*), r.o. 3.3.

financiële aspecten gerichte waarschuwingsplichten, is in de gedragsregels ook een expliciete informatieplicht neergelegd, die de informatieplicht van artikel 7:403 lid 1 BW in zekere zin concretiseert.

## **4. De inkleuring van de civielrechtelijke zorgplicht van de arts jegens zijn patiënt**

### **4.1 Inleiding**

Dit hoofdstuk kent in grove lijnen eenzelfde opbouw als het vorige hoofdstuk, maar nu de verhouding tussen de arts en patiënt een specifiekere regeling kent in boek 7 BW, zullen de hierin gelegen verplichtingen niet eerst in zijn algemeenheid worden besproken, maar direct in het kader van de verhouding tussen de arts en de patiënt. De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is: *hoe wordt de algemene ongeschreven zorgplicht van de arts jegens zijn patiënt ingekleurd in de wet (boek 7 BW), jurisprudentie en zelfregulering?*

### **4.2 De achtergrond van de regeling van de behandelingsovereenkomst in boek 7 BW**

De reden om voor de behandelingsovereenkomst een aanvullende regeling in de wet op te nemen, is erin gelegen dat er ten tijde van het wetsvoorstel behoefte bestond aan de versterking van de rechtspositie van de patiënt.<sup>137</sup> Zonder een wettelijke regeling verwachtte de wetgever niet dat een algemeen aanvaard evenwicht van rechten en plichten tussen beide partijen zou ontstaan.<sup>138</sup> Naast het beoogde evenwicht, beoogde de wetgever met de nieuwe regeling ook te bewerkstelligen dat minder behoefte zou bestaan aan de tussenkomst van de rechter ter concretisering van de rechtspositie van de patiënt. Mocht tussenkomst van de rechter toch nodig zijn, dan zou de regeling ertoe moeten leiden dat de rechter minder te raden zou hoeven gaan bij de her en der geldende gedragsregels voor beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg.<sup>139</sup> De regeling zou de nodige duidelijkheid moeten verschaffen voor partijen, wat de handhaafbaarheid van de rechten zou bevorderen en daarmee in het belang van de patiënt zou zijn.<sup>140</sup> De patiënt zou door de verduidelijking van de normstelling gemakkelijker dan voorheen kunnen constateren dat een recht geschonden is.<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 1 (MvT).

<sup>138</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 6 (MvT).

<sup>139</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 24 (MvT).

<sup>140</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 6-7 (MvT).

<sup>141</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 24 (MvT).

### **4.3 De verbintenis tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst**

De rechtsverhouding tussen de arts en de patiënt kan worden gekwalificeerd als een behandelingsovereenkomst in de zin van artikel 7:446 lid 1 BW. Door het aangaan van een dergelijke overeenkomst verbindt de arts zichzelf tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, rechtstreeks betrekking hebbende op de persoon van de opdrachtgever of van een bepaalde derde (art. 7:446 lid 1 BW). Deze overeenkomst is een bijzondere vorm van de overeenkomst van opdracht<sup>142</sup> en vindt zijn regeling in afdeling 5 van titel 7.7 BW; doorgaans ook wel aangeduid als de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo). Doordat de bepalingen in afdeling 5 veelal specifiek zijn en een dwingendrechtelijk karakter bezitten, zijn de algemene bepalingen voor de overeenkomst van opdracht, als neergelegd in afdeling 1 van titel 7.7 van boek 7 BW, niet zo relevant voor de behandelingsovereenkomst.<sup>143</sup>

Een belangrijk kenmerk van dit type overeenkomst is dat zij betrekking heeft op het leven en de gezondheid van de patiënt.<sup>144</sup> De overeenkomst strekt ter behartiging van het individuele gezondheidsbelang van de patiënt.<sup>145</sup> Nu het een bijzondere vorm van opdracht betreft en de arts zichzelf verbindt tot het verrichten van zekere werkzaamheden ('verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst'), kan ook hier primair worden gesproken van een inspanningsverbintenis. De opdrachtnemer dient zich in te spannen het gezondheidsbelang van de patiënt te behartigen en kan daarbij in beginsel niet worden afgerekend op het uiteindelijke resultaat.

### **4.4. De zorg van een 'goed hulpverlener'**

Bij het behartigen van dat gezondheidsbelang, dient de arts als opdrachtnemer de zorg van een 'goed hulpverlener' in acht te nemen (art. 7:543 BW). De wetgever ziet deze verplichting als een overeenkomstige verplichting als die in artikel 7:401 BW is neergelegd voor de opdrachtnemer.<sup>146</sup> In de literatuur wordt die gedachte gedeeld.<sup>147</sup> Het betreft volgens de

---

<sup>142</sup> Aldus ook Stolker 2016, p. 303.

<sup>143</sup> Stolker 2016, p. 303.

<sup>144</sup> Kortmann 1990, p. 746.

<sup>145</sup> Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/387.

<sup>146</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 33 (MvT).

<sup>147</sup> Zie o.a. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/406.

wetgever een algemeen geformuleerde zorgplicht, die betekent dat de hulpverlener de zorg moet betrachten, die een redelijk bekwame vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht.<sup>148</sup> Het betreft een codificatie van de in de rechtspraak op dat moment reeds geldende norm van redelijk bekwaam, redelijk handelend arts.<sup>149</sup> Gedragsregels zouden volgens de wetgever als bouwstenen kunnen dienen voor de toetsing van de norm van artikel 7:453 BW.<sup>150</sup> Die gedachte is opvallend, omdat de rechter – zoals reeds benoemd in paragraaf 4.2 – met de aanvullende regeling van de behandelingsovereenkomst in boek 7 BW beoogde dat de rechter juist minder te raden zou hoeven gaan bij her en der geldende gedragsregels.

## 4.5 De informatieplicht

De informatieverplichting die voor de opdrachtnemer in het algemeen voortvloeit uit artikel 7:403 lid 1 BW, is voor de arts verder uitgewerkt in artikel 7:448 BW.<sup>151</sup> Wat onder de informatieplicht van de arts moet worden verstaan, is in dit artikel vrij specifiek omschreven, in ieder geval veel specifiekere dan in geval van de advocaat. Van de arts wordt verwacht dat hij de patiënt op duidelijke wijze, en desgevraagd schriftelijk, inlicht over het voorgenomen onderzoek en de voorgestelde behandeling en over de ontwikkelingen omtrent het onderzoek, de behandeling en de gezondheidstoestand van de patiënt (art. 7:448 lid 1 BW). De informatieplicht omvat onder andere hetgeen de patiënt *redelijkerwijze* dient te weten over de aard en het doel van het onderzoek of de behandeling, de te verwachten gevolgen en risico's, eventuele andere mogelijke methoden van onderzoek of behandeling en de staat van en de vooruitzichten met betrekking tot diens gezondheid (art. 7:448 lid 2 BW). Het woord 'redelijkerwijze' duidt erop dat de arts de patiënt niet alle denkbare inlichtingen hoeft te geven. Dat blijkt ook uit de memorie van toelichting. Zo hoeft de arts niet in detail te treden over verrichtingen die in de normale lijn van de behandeling liggen en die geen specifieke beslissingen van de patiënt vergen.<sup>152</sup> Veelal is in dergelijke gevallen een aankondiging of een antwoord op een vraag van de patiënt over de verrichting al voldoende.<sup>153</sup> Ook over algemene

---

<sup>148</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 33 (MvT).

<sup>149</sup> HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (*Speeckaert/Gradener*).

<sup>150</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 33 (MvT).

<sup>151</sup> Nijland, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:403, aant. 1 (online, laatst bijgewerkt op 25-05-2016); Van Neer-van den Broek 1998, p. 379.

<sup>152</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 11 (MvT).

<sup>153</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 11 (MvT).

bekende risico's van een ingreep, hoeft de arts niet te informeren.<sup>154</sup> Maar mocht de patiënt daarom vragen, dan dient de arts die informatie vanzelfsprekend te verstrekken.<sup>155</sup>

Een uitzondering op de informatieplicht is gelegen in het derde lid van artikel 7:448 BW. Dit lid bepaalt dat inlichtingen niet hoeven te worden gegeven als de patiënt van de verstrekking van die inlichtingen kennelijk ernstig nadeel zou ondervinden.<sup>156</sup> Wanneer die uitzondering zich voordoet zal per geval moeten worden beoordeeld.<sup>157</sup>

De wetgever heeft met artikel 7:448 BW beoogd dat de arts de patiënt zodanig informeert dat de patiënt op een verantwoorde wijze kan instemmen met een onderzoek of behandeling.<sup>158</sup> Dat die instemming nodig is blijkt uit artikel 7:450 BW, waarin het toestemmingsvereiste is neergelegd. De informatieplicht van art. 7:448 BW en het toestemmingsvereiste van artikel 7:450 BW hangen dus nauw met elkaar samen. In de literatuur wordt dit verband ook wel aangeduid als het leerstuk van de 'informed consent' ('geïnformeerde toestemming').<sup>159</sup> Het opnemen van een wettelijke informatieplicht in samenhang met het toestemmingsvereiste bewerkstelligt de gewenste gelijkwaardige situatie in de hulpverlening.<sup>160</sup> Zonder goed geïnformeerde toestemming van de patiënt, geen onderzoek of behandeling. Het geeft daarmee invulling aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.<sup>161</sup> Voor de vraag wanneer precies sprake is van een 'informed consent' en de hulpverlener dus voldoende heeft geïnformeerd, biedt artikel 7:448 BW enige houvast, maar geeft geen sluitend antwoord.

Ook aan de hand van de literatuur en jurisprudentie kan geen strikte afbakening worden gegeven waarover wel en waarover niet hoeft te worden geïnformeerd<sup>162</sup>, maar er zijn wel enkele factoren te noemen.<sup>163</sup> Denk aan het karakter en de ingrijpendheid van het onderzoek, de algemene aanvaardbaarheid en bekendheid van de behandeling versus de experimentele/niet-reguliere behandeling, de al dan niet medische noodzakelijkheid van een behandeling, de grootte van de kans dat een bepaald risico zich verwezenlijkt en de ernst en

---

<sup>154</sup> Aldus ook Croes 1995, p. 272.

<sup>155</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 11 (MvT).

<sup>156</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 30 (MvT).

<sup>157</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 30 (MvT).

<sup>158</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 11 (MvT); zie ook: Wijne, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:488, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 07-06-2016); Van Neer-van den Broek 1998, p. 379; Croes 1995, p. 271.

<sup>159</sup> Stolker 2016, p. 309; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/413; Croes 1995, p. 271.

<sup>160</sup> Croes 1995, p. 271.

<sup>161</sup> Wijne, *GS Bijzondere overeenkomsten*, artikel 7:448, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 07-06-2016)

<sup>162</sup> Aldus ook Wijne, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:448 lid 2 sub b, aant. 6 (online, laatst bijgewerkt op 07-06-2016).

<sup>163</sup> Wijne geeft hiervan een mooi overzicht in *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:448 lid 2 sub b, aant. 6 (online, laatst bijgewerkt op 07-06-2016), waarbij hij voorbeelden geeft uit de rechtspraak.

de mogelijke gevolgen van de risico's. Daarbij is ook van belang wat op dat moment de stand van de wetenschap is omtrent bepaalde risico's.<sup>164</sup> Hiervan dient de arts dus op de hoogte te zijn; een verplichting die we ook zagen bij de informatieplicht van de advocaat.<sup>165</sup>

Tot slot verdient nog opmerking dat de informatieplicht van de arts verder gaat dan enkel het verstrekken van duidelijke informatie op grond waarvan de patiënt weloverwogen kan besluiten zijn toestemming al dan niet te verlenen. Denk aan het informeren over de uitslag van een test of de door de patiënt in acht te nemen leefregels.<sup>166</sup>

#### **4.5.1 De dossierplicht**

De verantwoordingsplicht voor de opdrachtnemer in het algemeen, als neergelegd in artikel 7:403 lid 2 BW, is voor de arts gedeeltelijk uitgewerkt in de artikelen 7:454 tot en met 7:456 BW.<sup>167</sup> In deze artikelen is expliciet een dossierplicht voor de hulpverlener opgenomen. Hiermee wordt benadrukt dat dossiervorming van groot belang is voor een goed niveau van hulpverlening en voor de continuïteit.<sup>168</sup> Deze plicht betreft geen expliciete zorgverplichting, maar kan wel worden gezien als een (wettelijk) middel om te waarborgen dat de patiënt feitelijk geïnformeerd wordt. Het dossier vormt – met uitoefening van het recht op inzage (art. 7:456 BW) – een belangrijke bron van informatie voor de patiënt. Het biedt de patiënt een manier om inzage te krijgen in de behandeling.<sup>169</sup> De inhoud van het dossier dient beperkt te blijven tot hetgeen voor een goede hulpverlening aan de patiënt noodzakelijk is (art. 7:454 lid 1 BW).<sup>170</sup> De literatuur biedt hiervoor enkele aanknopingspunten: het dossier moet een beeld geven van het onderzoek, het resultaat van dat onderzoek en de behandeling, waaronder de overwegingen die aanleiding tot de betreffende behandeling hebben gegeven alsook de resultaten van de behandeling.<sup>171</sup> Tevens dient volgens Wijne blijkens de jurisprudentie in het dossier te zijn opgenomen welke behandeling wanneer is ingezet, alsook de controlegegevens van de vitale functies.<sup>172</sup> Het opnemen van persoonlijke werkaantekeningen van de arts behoren

---

<sup>164</sup> Zie hierover Wijne, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:448 lid 2 sub b, aant. 6 (online, laatst bijgewerkt op 07-06-2016).

<sup>165</sup> Zie par. 3.7.2 van deze scriptie.

<sup>166</sup> Zie hierover Croes 1995, p. 271.

<sup>167</sup> Nijland, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:403, aant. 2 (online, laatst bijgewerkt op 25-05-2016). Zie ook Ernes 2016, p. 233.

<sup>168</sup> Wijne, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:454 BW, aant. 1 (online, laatst bijgewerkt op 07-06-2016).

<sup>169</sup> Wijne, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:454 BW, aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 07-06-2016).

<sup>170</sup> *Kamerstukken II*, 1989/1990, 21 561, nr. 3, p. 17 en 33 (MvT).

<sup>171</sup> Wijne, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:454 BW, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt op 07-06-2016).

<sup>172</sup> Zie voetnoot 171.

niet tot de inhoud van het dossier.<sup>173</sup> In hoofdstuk 3 zagen we dat voor de opdrachtnemer geen dossierplicht is opgenomen in de wet, maar dat deze in de literatuur wel uit artikel 7:403 lid 2 BW voor de opdrachtnemer wordt afgeleid.

## **4.6 De inkleuring van de wettelijke zorgplichten in aanvullende regelgeving in de relatie arts-patiënt**

### **4.6.1 Aanvullende regelgeving**

Voor wat van de arts wordt verwacht als redelijk handelend en vakbekwaam beroepsbeoefenaar, biedt de regeling in boek 7 BW van de behandelingsovereenkomst meer houvast dan de algemene regeling voor opdracht biedt voor de advocaat, maar ook hier geldt dat de regeling ruime begrippen bevatten als ‘de zorg van een goede hulpverlener’. De voor de branche specifiek geldende voorschriften kunnen bij de invulling van deze begrippen van betekenis zijn.<sup>174</sup> Denk hierbij aan gedragsregels, protocollen, richtlijnen, modelregelingen, etc. Daarnaast dient ook gewezen te worden op de Wet op de Beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG), die bedoeld is om de kwaliteit van de beroepsbeoefening in de individuele gezondheidszorg te bevorderen en te bewaken en de patiënt te beschermen tegen ondeskundig en onzorgvuldig handelen door beroepsbeoefenaren.<sup>175</sup> Daarnaast is er ook de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz), waarin de overheid heeft vastgelegd wat goede zorg precies inhoudt.<sup>176</sup>

### **4.6.2 Gedragsregels voor artsen**

Net als in de relatie advocaat-cliënt, zal het onderzoek zich ook in deze relatie beperken tot de voor de, in dit geval medische, branche geldende gedragsregels. De KNMG is de beroepsorganisatie voor artsen en heeft voor de beroepsgroep gedragsregels en richtlijnen opgesteld, waaronder de ‘Gedragsregels voor artsen’.<sup>177</sup> Deze regels richten zich in het bijzonder op de relatie tussen arts en patiënt.<sup>178</sup> Het doel van deze gedragsregels is het bieden

---

<sup>173</sup> *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p.35.

<sup>174</sup> Aldus ook Stolker 2016, p. 304.

<sup>175</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2014/12/02/toelichting-op-de-wet-big>.

<sup>176</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/kwaliteit-van-de-zorg/inhoud/wet-kwaliteit-klachten-en-geschillen-zorg>.

<sup>177</sup> Zie hierover: <https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/gedragsregels-en-richtlijnen.htm>.

<sup>178</sup> Gedragsregels voor artsen, versie 3.1, 2013, preambule.

van richtlijnen voor het handelen van de arts.<sup>179</sup> Daarbij wordt met deze regels onder andere invulling gegeven aan de in artikel 7:453 BW neergelegde norm ‘zorg van een goed hulpverlener’.<sup>180</sup> De gedragsregels kunnen de rechter dan ook helpen bij de invulling van deze wettelijke norm.<sup>181</sup> De gedragsregels zijn – net als in geval van de advocaat – niet direct door de civiele rechter toepasbaar, maar geven wel inzicht in de mate van zorg dat een arts in acht dient te nemen.<sup>182</sup> In geval sprake is van strijdigheid tussen een gedragsregel en een wettelijke bepaling, prevaleert in het algemeen de wettelijke bepaling.<sup>183</sup> In het navolgende zal worden ingegaan op de wijze waarop de zorgplichten die op grond boek 7 BW op de arts rusten, al dan niet worden geconcretiseerd in de gedragsregels. Daarbij wordt enkel ingegaan op zorgverplichtingen die zijn gericht op het gezondheidsbelang van de patiënt.<sup>184</sup>

Op grond van artikel I.3 van de gedragsregels zijn relevante aspecten te noemen voor de goede kwaliteit van de hulpverlening: de deskundigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid, patiëntgerichtheid, zorgvuldigheid en veiligheid. Daarbij dient de arts zijn medische kennis en vaardigheden van dat deel van de geneeskunst dat hij beoefent op peil te houden en levert waar mogelijk een bijdrage aan de ontwikkeling daarvan. Hierbij zijn na- en bijscholing noodzaak.

In artikel II. 8 ligt een met artikel 7:448 BW vergelijkbare informatieplicht voor de arts besloten. Dit artikel bepaalt dat de arts de patiënt op duidelijke wijze informeert over diens gezondheidstoestand en hulpverlening die de arts voorstelt. Daarbij besteedt de arts aandacht aan de aard, de omvang en het doel van het onderzoek, de behandeling, de begeleiding of de keuring. Die laatste twee aspecten worden in artikel 7:448 BW niet expliciet genoemd. Daar wordt enkel gesproken van behandeling en onderzoek. De arts dient op grond van artikel II.8 – overeenkomstig artikel 7:448 lid 2 sub b BW – ook aandacht te besteden aan de eventueel gevolgen en risico’s voor de patiënt. Tot slot noemt artikel II.8 als aandachtspunt de mogelijke alternatieven, welke ook in artikel 7:448 lid 2 sub c staat genoemd. De staat en de vooruitzichten met betrekking tot de gezondheid van de patiënt, welke punt welk expliciet is opgenomen in de wet (artikel 7:448 lid 2 sub d), is niet expliciet genoemd in de gedragsregels.

Artikel II.9 bepaalt dat de arts slechts tot handelen over mag gaan wanneer de patiënt op grond van voldoende informatie daarvoor zijn toestemming heeft verleend. Hierin zien we het

---

<sup>179</sup> Gedragsregels voor artsen, versie 3.1, 2013, preambule.

<sup>180</sup> Gedragsregels voor artsen, versie 3.1, 2013, preambule.

<sup>181</sup> Gedragsregels voor artsen, versie 3.1, 2013, preambule.

<sup>182</sup> Aldus ook Croes 1995, p. 274.

<sup>183</sup> Gedragsregels voor artsen, versie 3.1, 2013, preambule.

<sup>184</sup> Zo wordt bijvoorbeeld op de informatieplicht van artikel II.14, inhoudende dat de arts de patiënt desgevraagd informeert over de mogelijkheden tot het indienen van een klacht, om die reden niet verder ingegaan.

leerstuk van de informed consent terug, die we ook reeds zagen in de wet (artikel 7:448 BW jo 7:450 BW).<sup>185</sup> Wanneer precies sprake is van een ‘voldoende’ geïnformeerde patiënt, volgt ook niet expliciet uit de gedragsregels. Het feit dat de arts verplicht is zijn medische kennis op peil te houden (artikel I.3 van de gedragsregels), zou wel relevant kunnen zijn voor bijvoorbeeld de vraag of de arts in een specifiek geval bepaalde risico’s had moeten kennen en de patiënt hierover had moeten informeren, en derhalve de vraag of de arts voldaan heeft aan zijn informatieplicht.

In artikel II.13 is een met artikel 7:454 BW vergelijkbare dossierplicht neergelegd. Deze plicht omvat de ‘voor de hulpverlening relevante gegevens’. Verdere aanknopingspunten van wat onder ‘voor de hulpverlening relevante gegevens’ moet worden verstaan, wordt door het artikel niet gegeven. Een verdere concretisering van de in artikel 7:454 BW neergelegde dossierplicht vindt hier niet plaats.

#### **4.7 Tussenconclusie**

Voor beantwoording van de vraag wat van een arts mag worden verwacht in relatie tot zijn cliënt, biedt de regeling in boek 7 BW vrij veel houvast. Ook hier zien we voor de opdrachtnemer, in dit geval de arts, een algemene zorgplicht in de wet neergelegd. Het gaat hier om een met artikel 7:401 BW (voor de opdrachtnemer in het algemeen) vergelijkbare bepaling. Een verschil is dat de bepaling voor de arts een dwingendrechtelijk karakter bezit, in tegenstelling tot het regelende karakter van de algemene zorgplicht van de opdrachtnemer. De gehele afdeling van de behandelingsovereenkomst is overigens van dwingend recht. In de jurisprudentie wordt – net als bij de advocaat – de norm ‘redelijk handelend en bekwaam vakgenoot’ gehanteerd.

De zorgplicht van de arts is in de wet onder andere uitgewerkt in een informatieverplichting, welke vrij specifiek aangeeft wat in dat kader van de arts wordt verwacht. Uit de wet en parlementaire geschiedenis blijkt ook dat om te voldoen aan die verplichting niet alle denkbare inlichtingen hoeven te worden verschaft. Voor de vraag waarover wel en waarover niet hoeft te worden geïnformeerd, kunnen in de literatuur en jurisprudentie wel enkele aanknopingspunten worden gevonden. Ook hier zien we weer dat het van belang is dat de arts zijn kennis op peil houdt. De stand van de wetenschap omtrent bepaalde risico’s is namelijk een omstandigheid die wordt meegewogen of over die risico’s al

---

<sup>185</sup> Par. 4.3 van deze scriptie.

dan niet had moeten worden geïnformeerd. De informatieplicht is er met name op gericht dat de patiënt goed geïnformeerd toestemming kan geven voor eventuele onderzoeken en/of behandelingen. Daarmee wordt de door de wetgever beoogde versterking van de positie van de patiënt bewerkstelligd. Een goede informatieverschaffing wordt in de wettelijke regeling onder andere gewaarborgd door de expliciete dossierplicht.

Naast die beoogde versterking van de positie van de patiënt, beoogde de wetgever met de regeling ook dat de rechter minder te raden zou hoeven gaan bij her en der geldende gedragsregels ter concretisering van de rechtspositie van de patiënt. De vrij specifieke regeling in boek 7 BW biedt een redelijke houvast voor de concretisering van die positie. Daarbij vindt in ieder geval in de Gedragsregels voor artsen ook niet echt een verdere concretisering plaats van de wettelijke zorgplichten. Wel geven de regels inzicht in hoe je als goede arts dient te handelen, maar de informatieplicht krijgt hierin een vrijwel gelijke uitwerking als in de wet. Zij het niet dat de informatieplicht in de gedragsregels ook ziet op begeleiding en keuring, hetwelk niet expliciet uit de wet blijkt. Andersom noemt de wet als onderwerp waarover geïnformeerd dient te worden de staat en vooruitzichten met betrekking tot de gezondheid van de patiënt, die we dan weer niet expliciet in de gedragsregels terugzien. Ook het leerstuk van informed consent zien we terug in de gedragsregels, waarbij ook hier geen nadere invulling wordt geven wanneer kan worden gesproken van een ‘voldoende’ geïnformeerde patiënt.

Tot slot dient nog te worden opgemerkt dat je ook in de gedragsregels terugziet dat het voor de zorgplicht van de arts van belang is dat hij zijn kennis op peil houdt. Er wordt ten slotte een zekere deskundigheid van hem verlangd. Dat aspect wordt ook nog eens expliciet in die regels genoemd.

## **5 De inkleuring van de civielrechtelijke zorgplicht van de bouwaannemer jegens zijn opdrachtgever**

### **5.1 Inleiding**

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is: *hoe wordt de algemene ongeschreven zorgplicht van de bouwaannemer jegens zijn opdrachtgever ingekleurd in de wet (boek 7 BW), jurisprudentie en zelfregulering?* Dit hoofdstuk kent (overwegend) eenzelfde opbouw als het hoofdstuk over de relatie advocaat-cliënt. Bij de inkleuring van de wettelijke zorgplichten in de bouwpraktijk zal alleen niet worden ingegaan op gedragsregels, maar zullen veel gebruikte algemene voorwaarden worden geanalyseerd. Daarbij verdient nog opmerking dat dit onderzoek zich focust op de relatie bouwaannemer in de traditionele bouworganisatievorm. Deze bouworganisatievorm houdt in de opdrachtgever voor het ontwerp eerst contracteert met een adviseur en daarna met een aannemer voor de uitvoering van dat ontwerp.<sup>186</sup>

### **5.2 De achtergrond van de regeling van de aannemingsovereenkomst in titel 7.12 BW**

De bijzondere regeling van de aannemingsovereenkomst is neergelegd in titel 12 van boek 7 BW. Titel 7.12 kent een moeizame totstandkomingsgeschiedenis.<sup>187</sup> Het wetsvoorstel voor titel 7.12 werd al in 1993 ingediend<sup>188</sup>, maar pas in 2003 is de wet in werking getreden<sup>189</sup>. Voorafgaand aan deze wettelijke regeling ontbrak een adequate wettelijke regeling voor de aannemingsovereenkomst, maar de bouwpraktijk had haar eigen regels in de vorm van algemene voorwaarden ontwikkeld waarin de rechten en plichten van de contractspartijen waren vastgelegd.<sup>190</sup> Deze algemene voorwaarden zijn ook van invloed geweest op enkele bepalingen in titel 7.12.<sup>191</sup>

---

<sup>186</sup> Chao-Duivis 2016, p. 2016.

<sup>187</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 2013/5.

<sup>188</sup> *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 1–2.

<sup>189</sup> Stb. 2003, 272.

<sup>190</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 2013/8.

<sup>191</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 2013/8.

### 5.3 Het tot stand brengen en opleveren van een stoffelijk werk

De regeling van de aannemingsovereenkomst bestaat uit twee afdelingen. De eerste afdeling bevat regels voor de aanneming van werk in het algemeen en de tweede afdeling bevat bijzondere bepalingen voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (hierna te noemen: consument).<sup>192</sup>

Onder de aannemingsovereenkomst kunnen zeer gevarieerde overeenkomsten vallen. Te denken valt hierbij aan de overeenkomst tot het repareren van gebruiksvoorwerpen, het stomen en wassen van kleren, het aanleggen van een tuin<sup>193</sup> en het bouwcontract.<sup>194</sup> De aannemingsovereenkomst onderscheidt zich in ieder geval – zoals eerder aangegeven – van de overeenkomst van opdracht, doordat het hier niet gaat om een verbintenis tot het verrichten van werkzaamheden, maar om, blijkens de definitie in artikel 7:750 lid 1 BW, een verbintenis tot het tot stand brengen en opleveren van een werk van stoffelijke aard. De aannemer verbindt zichzelf dus tot een bepaald resultaat; er rust op hem primair een resultaatsverbintenis.<sup>195</sup> Een dergelijke verbintenis zagen we niet bij de andere bijzondere overeenkomsten die in dit onderzoek zijn besproken. In die gevallen was namelijk sprake van een inspanningsverbintenis.

Wat het resultaat is dat moet worden bereikt, wordt bepaald door de eisen die de opdrachtgever stelt. De aannemer brengt het werk namelijk tot stand op basis van de eisen van de opdrachtgever. Dat is de essentie van aanneming van werk.<sup>196</sup> Die eisen kunnen betrekking hebben op de kwaliteit van het resultaat, maar ook op de kwaliteit van de keuzes die de aannemer tijdens het proces zal moeten maken.<sup>197</sup> Het specificeren van die eisen kan daarbij zowel in algemene als gedetailleerde termen.<sup>198</sup> Een en ander bemoeilijkt de beantwoording van de vraag wat de inhoud en reikwijdte is van de primaire prestatieplicht van de aannemer.<sup>199</sup> Het feit dat de aannemer zich bij het aangaan van een aannemingsovereenkomst verplicht tot het tot stand brengen van een door de opdrachtgever bepaald resultaat, schept de verwachting dat de aannemer aan zijn primaire prestatieplicht voldoet als hij gewoon

---

<sup>192</sup> Jansen 2013, p. 135.

<sup>193</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 23 maart 2011, nr. 211405 Ha Za 10 1092, LJN BP9029.

<sup>194</sup> *Kamerstukken II* 1992-1993, 23 095, nr. 3, p. 12.

<sup>195</sup> Aldus ook Van den Berg 2015, p. 146; Wedekind 1998, p. 294. In de literatuur leeft echter de gedachte dat de aannemingsovereenkomst niet altijd als resultaatsverbintenis kan worden gekwalificeerd vanwege de sterke invloed van mate waarin de opdrachtgever van gedetailleerdheid van de door de opdrachtgever gestelde eisen en de mate waarin de aannemer keuzevrijheid wordt gelaten bij de uitvoering van die eisen: Asser/Van den Berg 7-IV 2013/85; Chao-Duivis 2016, p. 392.

<sup>196</sup> Jansen 2013, p. 16.

<sup>197</sup> Zie voetnoot 196.

<sup>198</sup> Jansen 2013, p. 17.

<sup>199</sup> Jansen 2013, p. 16-17.

simpelweg uitvoering geeft aan de door de opdrachtgever gestelde eisen. Dat is niet zonder meer het geval.<sup>200</sup> De eisen van de opdrachtgever kunnen namelijk strijdig zijn met zijn (overige) belangen.<sup>201</sup> Hier komt de zorgplicht van de aannemer en de daaruit af te leiden waarschuwingsplicht om de hoek kijken.

#### **5.4 De civielrechtelijke zorgplicht van de aannemer**

Ook op de aannemer rust de verplichting rekening te houden met andermans belangen. Deze verplichting vormt immers een algemene ongeschreven grondnorm in het verbintenissenrecht.<sup>202</sup> Zoals al in paragraaf 2.4 werd opgemerkt, is in de regeling van de aannemingsovereenkomst in boek 7 BW geen expliciete zorgplicht neergelegd, zoals dat bij de overeenkomst van opdracht en behandelingsovereenkomst wel het geval is. Dit zou kunnen worden verklaard aan de hand van het feit dat de overeenkomst van opdracht primair ziet op belangenbehartiging (inspanningsverbintenis) en de aannemingsovereenkomst primair is gericht op het tot stand brengen van een bepaald resultaat (resultaatsverbintenis) waarbij het behartigen van belangen, en dus ook de zorg daarvoor, een nevenverplichting vormt.<sup>203</sup> De zorg bij een resultaatsverbintenis is erop gericht om in het geval er binnen de door de opdrachtgever gevraagde prestatie strijdigheid bestaat tussen een uitdrukkelijke wens van hem en zijn (overige) belangen, deze strijdigheid weg te nemen.<sup>204</sup> Een plicht die erop is gericht die strijdigheid weg te nemen is de waarschuwingsplicht, die is neergelegd in artikel 7:754 BW. Deze plicht vormt daarmee een afgeleide van de op de aannemer rustende zorgplicht. Alvorens verder op artikel 7:754 BW in te gaan, zal eerst een “totaalpakketje” worden gegeven van de (pre)contractuele waarschuwingsplichten die in titel 7.12 van boek 7 BW zijn te identificeren.

#### **5.5 (Pre)contractuele waarschuwingsplichten van de aannemer**

In verschillende bepalingen van titel 7.12 heeft de wetgever waarschuwingsplichten voor de aannemer opgenomen. In de artikelen 7:752 lid 2 BW, 7:753 lid 3 BW, 7:754 BW en 7:755

---

<sup>200</sup> Van den Berg 2015, p. 148.

<sup>201</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 108.

<sup>202</sup> Zie de inleiding van deze scriptie.

<sup>203</sup> Zie over de zorg als zuivere nevenverplichting bij een resultaatsverbintenis: Tjong Tjin Tai 2006, p. 109.

<sup>204</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 108.

BW liggen expliciete waarschuwingsplichten besloten.<sup>205</sup> In de artikelen 7:753 lid 1 en 2 en 7:762 BW zijn impliciete waarschuwingsplichten te identificeren.<sup>206</sup>

Het betreffen waarschuwingsplichten die beogen verschillende risico's te beheersen.<sup>207</sup> Op grond daarvan kunnen de waarschuwingsplichten in twee categorieën worden opgedeeld: 1) de waarschuwingsplichten die tot doel hebben de opdrachtgever te beschermen tegen het risico dat hij geen op budgettaire redenen gegronde maatregelen meer kan treffen, omdat de aannemer hem niet tijdig gewaarschuwd heeft (artikelen 7:752 lid 2 BW, 7:753 lid 3 BW en 7:755 BW)<sup>208</sup> en 2) de waarschuwingsplichten die beogen de risico's te beheersen die kleven aan de invloed die de opdrachtgever uitoefent op de door de aannemer na te komen primaire verplichting (artikelen 7:754 jo. 7:760 lid 2 BW en 7:753 lid 2 en (ten dele) lid 1 BW).<sup>209</sup> Denk bij deze laatste categorie bijvoorbeeld aan de opdrachtgever die wil dat de kozijnen van zijn huis van een bepaald soort materiaal worden gemaakt, terwijl dat huis zich bevindt in een voor dat materiaal kwetsbare omgeving. Deze eis levert voor de aannemer een risico op voor de nakoming van zijn primaire prestatieplicht om een deugdelijk werk tot stand te brengen. Ter beheersing van dit risico zal de aannemer de opdrachtgever dan ook moeten waarschuwen voor de risico's van het gebruik van een dergelijk materiaal. *Dat* de opdrachtgever invloed uitoefent op de primaire prestatieplicht van de aannemer vloeit rechtstreeks voort uit de overeenkomst; dergelijke invloed is immers de essentie van aanneming van werk.<sup>210</sup>

De waarschuwingsplicht van artikel 7:754 BW kan men ook wel duiden als een afgeleide plicht van de primaire verplichting van de aannemer om een werk tot stand te brengen.<sup>211</sup> Dat sluit aan bij de gedachte van Tjong Tjin Tai dat de hoofdverplichting bij een resultaatsverbintenis het tot stand brengen van het werk is en de zorg daarbij als nevenverplichting dient te worden aangemerkt.<sup>212</sup> Voordat deze plicht expliciet in de wet was opgenomen, werd het bestaan van deze plicht al wel aanwezig geacht.<sup>213</sup> Middels paragraaf 6 lid 14 UAV 2012 (1989) is de waarschuwingsplicht al lange tijd bekend in het bouwrecht.

---

<sup>205</sup> Jansen 2013, p. 36. Hij noemt ook nog artikel 7:760 lid 2 BW, maar in principe bevat dit artikel geen "nieuwe" waarschuwingsplicht ten opzichte van de eerder genoemde waarschuwingsplichten, maar regelt het de gevolgen van de schending van de waarschuwingsplicht van artikel 7:754 BW ('voor zover de aannemer niet zijn in artikel 754 bedoelde waarschuwingsplicht heeft geschonden').

<sup>206</sup> Jansen 2013, p. 36.

<sup>207</sup> Zie voetnoot 206.

<sup>208</sup> Jansen 2013, p. 37. Zie ook *Kamerstukken II* 1992/1993, 23 095, nr. 3, p. 20-23 (MvT).

<sup>209</sup> Zie voetnoot 206.

<sup>210</sup> Aldus Jansen 2013, p. 38.

<sup>211</sup> Op die manier heeft de waarschuwingsplicht zich volgens Jansen ook ontwikkeld in de jurisprudentie en doctrine: Jansen 2013, p. 40.

<sup>212</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 109.

<sup>213</sup> Van den Berg 2015, p. 148, voetnoot 54.

Daarnaast anticipeerde de Hoge Raad reeds in 1995 op artikel 7:754 BW in de zaak Stokkers/Vegt Vloeren<sup>214</sup>, en later ook (1998) in de zaak KPI/Leba<sup>215, 216</sup>.

De waarschuwingsplicht van artikel 7:754 BW houdt in dat de aannemer moet waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht, gebreke en ongeschiktheid van zake afkomstig van de opdrachtgever en fouten of gebreken in de opdracht verstrekte gegevens. De ratio bij deze plicht is dat de waarschuwing de opdrachtgever in de gelegenheid stelt om maatregelen te treffen ter voorkoming van schadelijke gevolgen.<sup>217</sup> Uit de bewoordingen van artikel 7:754 BW vloeit voort dat van een dergelijke verplichting sprake is als de aannemer bepaalde onjuistheden in de opdracht *kende of redelijkerwijs behoorde te kennen*.<sup>218</sup> Of dat het geval is, hangt volgens de wetgever af van de deskundigheid die van de aannemer mocht worden verwacht en van de omstandigheden van het geval.<sup>219</sup>

In de literatuur zijn wel enkele gezichtspunten te vinden voor de beoordeling van die omstandigheden, zoals de mate van evidentie van de fout in kwestie en de mate van deskundigheid die bij de *betreffende* aannemer aanwezig mocht worden geacht (subjectieve toets).<sup>220</sup> Chao-Duivis noemt naast voornoemde factoren nog enkele aanknopingspunten, zijnde de vereiste diepgang van de toetsing van het ontwerp en aanwijzingen; de deskundigheid van de opdrachtgever en de directie; de deskundigheid van degene die in opdracht en onder verantwoordelijkheid van de aannemer werkzaamheden heeft verricht; en tot slot noemt hij ‘het antwoord op de vraag of de aannemer ervan mocht uitgaan dat door de directie was ingecalculeerd, dat zich bij de uitvoering van het door lage kosten gekenmerkte werk gebreken zouden voordoen, waarvan het herstel dan tegen vergoeding zou plaatsvinden’.<sup>221</sup>

De Raad van Arbitrage<sup>222</sup> en de Hoge Raad zitten ten aanzien van de vraag in hoeverre de deskundigheid van de opdrachtgever een rol mag spelen in de beoordeling of de aannemer

---

<sup>214</sup> HR 25 november 1994, NJ 1995, 154 (*Stokkers/Vegt Vloeren*).

<sup>215</sup> HR 18 september 1998, NJ 1999, 818 (*KPI/Leba*).

<sup>216</sup> Chao-Duivis 2016, p. 400.

<sup>217</sup> *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 33 (MvT).

<sup>218</sup> Aldus ook Asser/Van den Berg 7-IV 2013/99.

<sup>219</sup> *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 33 (MvT).

<sup>220</sup> Van den Berg 2015, p. 149; Asser/Van den Berg 7-IV 2013/99. Chao-Duivis merkt op dat er in de literatuur verschillend gedacht wordt over de vraag of het criterium aan de hand waarvan geoordeeld wordt of de aannemer had moeten waarschuwen een objectief dan wel een subjectief criterium is: Chao-Duivis 2016, p. 394.

<sup>221</sup> Chao-Duivis 2016, p. 401.

<sup>222</sup> In geval van een geschil binnen de bouwpraktijk is het niet alleen mogelijk naar de civiele rechter te stappen, maar bestaat ook de mogelijkheid het geschil aan te brengen bij de Raad van Arbitrage (hierna: RvA). De RvA is een onafhankelijke stichting die zaken behandelen die verband houden met de bouw in de ruimste zin van het woord. Zie: <http://www.raadvanarbitrage.nl>.

had moeten waarschuwen niet altijd helemaal op één lijn.<sup>223</sup> De Hoge Raad is over het algemeen van mening dat de deskundigheid van de opdrachtgever irrelevant is voor de vraag *of* op de aannemer een waarschuwingsplicht ruste en *of* deze is geschonden (de fase van vestiging van aansprakelijkheid), maar die omstandigheid wel een rol kan spelen bij de *omvang* van de aansprakelijkheid van de aannemer.<sup>224</sup> De Raad van Arbitrage vindt daarentegen de deskundigheid van de opdrachtgever wel een relevante factor voor de vraag *of* had moeten worden gewaarschuwd, zij het niet dat er inmiddels ook voorbeelden in de rechtspraak van de Raad van Arbitrage zijn, waarbij de deskundigheid daarbij geen rol speelde.<sup>225</sup> Naar aanleiding van voorgaande kan wel worden gesteld dat de reikwijdte van de waarschuwingsplicht - in geval van een geschil hieromtrent – ook in zekere zin afhankelijk is van de instantie waarvoor geprocedeerd wordt.

Opvallend is, ten opzichte van de waarschuwingsplicht die we bij de overeenkomst van opdracht zagen, dat voor de aannemer op grond van boek 7 BW ook een precontractuele waarschuwingsplicht kan rusten.<sup>226</sup> Dat die mogelijkheid bestaat, blijkt onder andere duidelijk uit de bewoordingen van artikel 7:754 BW: ‘bij het *aangaan* of uitvoeren van de overeenkomst’. Voor beantwoording van de vraag of de aannemer in een concreet geval precontractueel dient te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht, kunnen een paar algemene factoren worden genoemd: het ontwerp hoeft slechts marginaal door de aannemer te worden getoetst; er wordt minder verwacht van een niet deskundige aannemer dan van een deskundige aannemer; kennelijke fouten moeten de aannemer opvallen; dat een fout zich voordoet dient sneller op te vallen naarmate deze ernstiger is; de aannemer hoeft niet te waarschuwen voor een risico die bewust is genomen of voor een bewuste keuze voor een experimenteel ontwerp.<sup>227</sup> Wat betreft de deskundigheid van de opdrachtgever kan worden verwezen naar hetgeen hierboven reeds is geschreven over de contractuele waarschuwingsplicht.

---

<sup>223</sup> Van den Berg 2015, p. 149.

<sup>224</sup> HR 18 september 1998, *NJ* 1998, 818 (*KPI/Leba*); HR 8 oktober 2004, *BR*, 2005, m.nt. M.A.M.C. van Berg, p. 634 (*NSC/Pongers*); HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 494 (*Körkemeyer/Ottink*).

<sup>225</sup> Chao-Duivis 2016, p. 402.

<sup>226</sup> Over die mogelijkheid ook Asser/Van den Berg 7-IV 2013/107. Blijkt ook uit: HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723, m.nt. C.H.J. Brunner, *BR* 1983, p. 398, m.nt. L.D. Pels Rijcken (*Plas/Valburg*); HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481, *BR* 1997, p. 695, m.nt. M.A.B. Chao-Duivis (*MBO/De Ruiterij*).

<sup>227</sup> Chao-Duivis 2016, p. 394.

## **5.6 Het overwegend regelende karakter van de bepalingen**

In de eerste afdeling is geen aparte bepaling opgenomen die iets zegt over de dwingendheid van de bepalingen, welke bepaling je wel ziet in de tweede afdeling van titel 7.12: artikel 7:769 BW. Nu daarnaast bijvoorbeeld bij artikel 755 BW expliciet is opgenomen dat afwijking van deze bepaling ten nadele van de opdrachtgever niet is toegestaan, kan hieruit worden afgeleid dat de bepalingen waarin een dergelijke aanvulling niet is opgenomen van regelend recht zijn. Zo ook artikel 7:754 BW. Daarbij wordt wat betreft de dwingendheid van titel 7.12 in de memorie van toelichting gewezen op art. 7:755, 7:762 en afdeling 2 van titel 12 van boek 7 BW.<sup>228</sup>

## **5.7 De inkleuring van de wettelijke zorgplichten in aanvullende regelgeving in de relatie bouwaannemer-opdrachtgever**

### **5.7.1 Het gebruik van algemene voorwaarden in de bouwpraktijk**

De regeling van de aannemingsovereenkomst in titel 7.12 is onder andere relevant voor de relatie tussen de opdrachtgever en de bouwaannemer.<sup>229</sup> Zij het niet dat die partijen in de praktijk doorgaans contracteren door middel van een van de in de bouwpraktijk zelf ontwikkelde sets algemene voorwaarden.<sup>230</sup> Deze zijn in de bouwpraktijk ontwikkeld bij gebrek aan specifiekere wettelijke regels.<sup>231</sup> De wetgever heeft het om die reden ook niet nodig geacht om een hele uitgebreide wettelijke regeling op te nemen voor de aanneming van werk.<sup>232</sup> Met name de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 2012 (UAV 2012) worden in de praktijk in geval van twee professionele partijen veelvuldig gebruikt.<sup>233</sup> Voor de aannemingsovereenkomst met een consument als opdrachtgever kent de praktijk de Algemene Voorwaarden voor Aanneming van werk (AVA) 2013 (ook relevant in geval van professionele opdrachtgever), de Consumenten Voorwaarden Verbouwingen (COVO) 2010 en de Algemene Leveringsvoorwaarden Installerende Bedrijven (ALIB)

---

<sup>228</sup> *Kamerstukken II* 1992/1993, 23 095, nr. 3, p. 15 (MvT).

<sup>229</sup> TM 1972, p. 1062; *Kamerstukken II* 1992/1993, 23 095, nr. 3, p. 12 (MvT).

<sup>230</sup> Chao-Duivis 2016, p. 393.

<sup>231</sup> Titel 7.12 BW is pas in 2003 in werking getreden.

<sup>232</sup> Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991, p. 18.

<sup>233</sup> Zie ook Chao-Duivis 2016, p. 393; *Kamerstukken II* 1992/1993, 23 095, nr. 3, p. 12.

2007.<sup>234</sup> In deze sets voorwaarden zijn meer specifieke verplichtingen neergelegd voor de opdrachtgevers en aannemers. Hierna zal worden ingegaan op de met betrekking tot de zorgplicht van de aannemer relevante bepalingen in de UAV 2012, de AVA 2013 en de COVO 2010.<sup>235</sup>

## **5.7.2 Een analyse van veelgebruikte voorwaarden in de bouwpraktijk**

### *5.7.2.1 De UAV 2012*

Ook in de UAV 2012 is voor de aannemer geen expliciete zorgplicht opgenomen, zoals die van de opdrachtnemer en medisch hulpverlener in artikel 7:401 respectievelijk artikel 7:453 BW. Ook een algemene (expliciete) informatieverplichting van de aannemer jegens de opdrachtgever ontbreekt.<sup>236</sup> Wel zijn er enkele verplichtingen te onderscheiden die impliciet een zekere informatieplicht behelzen, zoals de verplichting een tijdschema op te stellen waarin duidelijk wordt aangegeven op welke wijze, in welke volgorde, met welk materieel en met welke hulpmiddelen de aannemer voornemens is het werk en zijn onderdelen uit te voeren, alsmede welke tijdsduur hij nodig acht voor elk onderdeel (par. 26.1 UAV 2012). De aannemer dient dit tijdschema ook van een behoorlijke toelichting te voorzien (par. 26.1 UAV 2012). Ook in paragraaf 27.7 UAV 2012 kan een informatieverplichting worden gelezen, die inhoudt dat de aannemer – indien dit in de overeenkomst is voorgeschreven of door de directie wordt verlangd – aan het einde van elke werkweek een lijst aan de directie verstrekt met opgaven omtrent het personeel en eventueel andere mededelingen voor zover door de directie gewenst.

Naast voornoemde impliciete informatieplichten zijn er voor de aannemer in de UAV 2012 diverse waarschuwingsplichten te vinden, zoals in paragraaf 2.5, paragraaf 6.14 en paragraaf 29.1 en 29.2 van de UAV 2012. Paragraaf 2.5 UAV 2012 ziet op het waarschuwen voor klaarblijkelijke tegenstrijdigheden tussen onderdelen van het bestek. Paragraaf 29.1 en 29.2 UAV 2012 zien op het waarschuwen voor verschillen in afmetingen tussen de werkelijkheid en die in de beschrijving van het werk zijn weergegeven (par. 29.1) of het bestek (par. 29.2). In paragraaf 6.14 UAV 2012 ligt een met artikel 7:754 BW vergelijkbare waarschuwingsplicht besloten. Ook deze waarschuwingsplicht ziet blijkens de tekst van de

---

<sup>234</sup> Zie voor een bundeling van een aantal van deze sets voorwaarden: Chao-Duivis 2014.

<sup>235</sup> Op de ALIB 2007 wordt verder niet ingegaan, omdat deze volledig is gericht op de technisch aannemer (artikel 1 lid 1 ALIB 2007 en daarmee maar op een beperkte groep aannemers van toepassing is.

<sup>236</sup> Van Gulijk 2014, p. 22.

bepaling op het waarschuwen voor fouten in de door of namens de opdrachtgever gemaakte ontwerpkeuzes, uitvoeringsvoorschriften en van hem afkomstige zaken. In de wetsbepaling wordt hiernaast – anders dan bij paragraaf 6.14 UAV 2012 – ook expliciet de grond genoemd als een zaak waarvoor de aannemer bij ongeschiktheid of gebreken daarvan moet waarschuwen. Wel noemt paragraaf 6.14 UAV 2012 de omstandigheid dat de afstemming tussen ontwerp en bodemgesteldheid een fout bevat, als een omstandigheid waarvoor gewaarschuwd moet worden. Paragraaf 6.14 UAV 1012 spreekt van *klaarblijkelijke* fouten. Bij artikel 7:754 BW gaat het om fouten die de aannemer *kende of redelijkerwijs behoorde te kennen*. Volgens de RvA is voor beide criteria in ieder geval van belang welke deskundigheid naar redelijkheid van de aannemer in de gegeven omstandigheden kon worden geleverd.<sup>237</sup> Een belangrijk verschil tussen beide bepalingen is dat op grond van de wet de waarschuwingsplicht al bij het aangaan van de overeenkomst geldt. De UAV 2012 noemt een dergelijke plicht niet, maar sluit deze ook niet uit, waardoor in geval er op grond van de UAV 2012 gecontracteerd wordt, die precontractuele waarschuwingsplicht ook geldt.<sup>238</sup>

Voornoemde waarschuwingsplichten zien, kort gezegd, op het waarschuwen in belang van het tot stand brengen van een deugdelijk werk. In de UAV 2012 zijn ook nog waarschuwingsplichten ten aanzien van financiële aspecten van de overeenkomst opgenomen, zoals we die ook in titel 7.12 BW zagen.<sup>239</sup> Zo dient de aannemer te waarschuwen voor een prijsverhoging wegens de door de opdrachtgever gewenste wijzigingen in het bestek om betaling van deze prijsverhoging van de opdrachtgever te kunnen vorderen, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen (par. 36.1a UAV 2012).

#### 5.7.2.2 De AVA 2013

Op grond van artikel 4 lid 1 van de AVA 2013 rust op de aannemer een algemene zorgverplichting<sup>240</sup>, inhoudende dat de aannemer verplicht is het werk goed en deugdelijk en naar de bepalingen van de overeenkomst uit te voeren.

Daarnaast is in de AVA 2013 een met artikel 7:754 BW en paragraaf 6.14 UAV 2012 vergelijkbare waarschuwingsplicht neergelegd voor onvolkomenheden in de door de opdrachtgever voorgeschreven constructies en werkwijzen en in door of namens de opdrachtgever gegeven orders en aanwijzingen, alsmede op gebreken in door de

---

<sup>237</sup> RvA Bouw 31 oktober 2013, nr. 34.037.

<sup>238</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 20123/108.

<sup>239</sup> Zie par. 5.5 van deze scriptie.

<sup>240</sup> Zie ook Van Gulijk 2014, p. 24.

opdrachtgever ter beschikking gestelde of voorgeschreven bouwstoffen en hulpmiddelen (art. 4 lid 5 AVA 2013). Deze plicht geldt voor zover de aannemer die onvolkomenheden *kende of redelijkerwijs behoorde te kennen*. Blijkens de toelichting wordt hiermee bedoeld dat het moet gaan om *duidelijke* gebreken. Het werk van een constructeur of architect hoeft door de aannemer niet over te worden gedaan.<sup>241</sup> Ook in de AVA 2013 is geen algemene informatieplicht voor de aannemer neergelegd.<sup>242</sup>

### 5.7.2.3 De COVO 2010

Een dergelijke waarschuwingsplicht ziet men ook in de COVO 2010. Artikel 5 lid 10 COVO 2010 bepaalt dat de ondernemer verplicht is de consument te wijzen op onvolkomenheden in het door of namens de consument vervaardigde ontwerp en in de door hem ter beschikking gestelde bouwmaterialen, een en ander voor zover de ondernemer deze *kende of redelijkerwijs behoorde te kennen*. Daarnaast zijn er ook in deze set algemene voorwaarden op financiële aspecten gerichte waarschuwingsplichten te vinden, zoals in artikel 7 lid 2 COVO 2010. Een dergelijke met paragraaf 36.1a UAV 2012 en artikel 7:755 BW vergelijkbare waarschuwingsplicht is te vinden in artikel 8 lid 1 COVO 2010.<sup>243</sup> Ook in de COVO 2010 zijn geen algemene informatieplichten te identificeren.

## 5.8 Wet Kwaliteitsborging in de Bouw

Ten tijde van het schrijven van deze scriptie is het wetsvoorstel Wet Kwaliteitsborging in de bouw in behandeling bij de Eerste Kamer.<sup>244</sup> Het wetsvoorstel is erop gericht meer evenwicht te creëren in de relatie tussen de opdrachtgever (met name de consument) en de bouwende partijen door het versterken van de positie van de opdrachtgever.<sup>245</sup> Het voorstel introduceert een precontractuele informatieplicht voor de aannemer. Deze houdt in dat de aannemer de opdrachtgever voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst moet informeren of, en zo ja, op welke wijze de risico's op schade door het niet nakomen van verplichtingen of gebreken in het werk door een verzekering dan wel een andere financiële zekerheid is of zal worden gedekt. De informatie ziet in ieder geval op de omvang van de verzekering of

---

<sup>241</sup> Toelichting AVA 2013.

<sup>242</sup> Van Gulijk 2014, p. 24.

<sup>243</sup> Van Gulijk 2014, p. 24.

<sup>244</sup> [https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34453\\_wet\\_kwaliteitsborging\\_voor](https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34453_wet_kwaliteitsborging_voor). Geraadpleegd op 22 mei 2017.

<sup>245</sup> *Kamerstukken II* 2015/2016, 34 453, nr. 3, p. 13. (MvT).

financiële zekerheid, de dekkingsgraad, de som waarvoor de verzekering is afgesloten dan wel financiële zekerheid is verstrekt en de looptijd.<sup>246</sup>

## 5.9 Tussenconclusie

In de regeling van de aannemingsovereenkomst in boek 7 BW is geen algemene zorgplicht opgenomen als in de regeling van de overeenkomst van opdracht en de medische behandelingsovereenkomst. Op grond van de algemene in het verbintenisrecht geldende norm dat men rekening moet houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, kan wel worden gesteld dat ook van de aannemer een zekere zorg wordt verwacht bij dan aan hem opgedragen opdracht: het tot stand brengen van het werk. Vanwege het resultaatgerichte karakter van de verbintenis die door het aangaan van de overeenkomst op de aannemer rust, kan deze zorgplicht – anders dan bij de overeenkomst van opdracht en behandelingsovereenkomst – worden gezien als een nevenverplichting bij de overeenkomst. Ook informatieplichten ontbreken. Waarschijnlijk niet lang meer, want de Wet Kwaliteitsborging is in aantocht en daarin is voor de aannemer een precontractuele informatieplicht opgenomen.

In de huidige wettelijke regeling zijn wel enkele waarschuwingsplichten te identificeren. Enerzijds een waarschuwingsplicht die ziet op het waarschuwen voor fouten in de opdracht en anderzijds waarschuwingsplichten ten aanzien van financiële aspecten van de overeenkomst. De eerstgenoemde waarschuwingsplicht kan worden gezien als een afgeleide verplichting van de primaire prestatieplicht van de aannemer. Deze verplichting is van regelend recht. Daarbij kan van deze verplichting zowel sprake zijn bij het aangaan van de overeenkomst (precontractueel) als bij het uitvoeren van de overeenkomst (contractueel). Wanneer moet worden gewaarschuwd, hangt ervan af of de aannemer de fout in de opdracht kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Dit is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In de literatuur zijn hiervoor wel aanknopingspunten te vinden. Ook hier is weer een rol neergelegd voor het criterium deskundigheid. Dit keer gaat het echter niet om objectieve deskundigheid, maar om de daadwerkelijke deskundigheid bij de betreffende aannemer.

In de algemene voorwaarden, waarvan in de praktijk doorgaans veel gebruik gemaakt wordt, is alleen in de AVA 2013 een algemene zorgplicht te vinden voor de aannemer. In geen van de onderzochte sets algemene voorwaarden zijn algemene informatieplichten te vinden, behoudens de impliciete informatieplichten in de UAV 2012. Wel is in alle

---

<sup>246</sup> *Kamerstukken I 2016/1027, 34 453, A.*

onderzochte sets een met de wettelijke zorgverplichting van artikel 7:754 BW vergelijkbare waarschuwingsplicht te vinden. In de wet wordt hierbij ook gesproken van een precontractuele waarschuwingsplicht. Dat is in de algemene voorwaarden niet zo. Desalniettemin sluiten die algemene voorwaarden een dergelijke plicht ook niet uit en kan gezien het aanvullende karakter van de bepalingen van titel 7.12 van boek 7 BW de precontractuele waarschuwingsplicht ook van toepassing worden geacht als partijen contracteren middels een van de onderzochte sets voorwaarden. Naast deze waarschuwingsplicht bevatten de UAV 2012 en de COVO 2010 – net als de wettelijke regeling – waarschuwingsplichten die zijn gericht op financiële aspecten van de overeenkomst.

## 6 Conclusie

Centraal in deze scriptie stond de volgende vraag:

*Hoe wordt de algemene ongeschreven zorgplicht, inhoudende dat men rekening moet houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, van de advocaat, arts en bouwaannemer jegens respectievelijk de cliënt, patiënt en opdrachtgever ingekleurd in de wet (boek 7 BW), jurisprudentie en zelfregulering, en in hoeverre is dit problematisch met het oog op rechtseenheid?*

In de regelingen in boek 7 BW van de overeenkomsten die in dit onderzoek zijn onderzocht, is de algemene ongeschreven zorgplicht op verschillende wijze uitgewerkt, in die zin dat:

- de regeling van de overeenkomst van opdracht (titel 7.7 van boek 7 BW) een algemene zorgplicht, een informatie-, verantwoordings- en (impliciete) waarschuwingsplicht bevat, die allen zeer algemeen zijn;
- de regeling van de behandelingsovereenkomst (titel 7.7, afdeling 5, van boek 7 BW) een algemene zorgplicht, een vrij specifieke informatieplicht en een dossierplicht ter waarborging van die informatieplicht bevat;
- de regeling van de aannemingsovereenkomst (titel 7.12 van boek 7 BW) geen algemene zorgplicht bevat, maar wel een expliciete (pre)contractuele waarschuwingsplicht, die redelijk specifiek is.

In de ene regeling zijn dus wat meer zorgplichten opgenomen, in de ander wat minder. Daarnaast zijn sommige vrij open, terwijl andere weer een stuk specifiek zijn. Voor die verschillen kunnen aan de hand van dit onderzoek wel enkele verklaringen worden gegeven, die laten zien dat de verschillen met het oog op rechtseenheid niet zo problematisch zijn als op het eerste gezicht lijkt.

### *Inspanningsverbintenis vs. resultaatsverbintenis*

Het verschil dat in de ene regeling wel een algemene zorgplicht ligt en in de andere niet kan worden teruggevoerd op het verschil in de primaire verbintenissen die uit de onderzochte overeenkomsten voortvloeien. Bij de overeenkomst van opdracht en de medische

behandelingsovereenkomst is sprake van een inspanningsverbintenis, waarbij belangenbehartiging de kern van de overeenkomst vormt en dus te betrachten zorg als hoofdverplichting kan worden aangemerkt. Bij de aannemingsovereenkomst vloeit er voor de aannemer primair een resultaatsverbintenis voort uit de overeenkomst, waardoor de kern van die overeenkomst bestaat uit het tot stand brengen van een bepaald resultaat, en de zorg voor de belangen van de opdrachtgever hierbij een nevenverplichting is. De rol van de zorgplicht is in de twee eerstgenoemde overeenkomsten dus groter dan bij laatstgenoemde overeenkomst. Dit vertaalt zich in de uitwerking in de wet.

#### *De bedoeling van de wetgever*

Daarbij lijkt de uitwerking in de wet ook een vertaling te zijn van de mate waarin de wetgever noodzakelijk achtte om met de regeling de positie van de bij de overeenkomst betrokken ‘zwakke’ partij te versterken. In principe vormt de versterking van de positie van de zwakke partij een grondslag voor de gehele regeling in boek 7 BW, maar bij de een komt dit sterker naar voren dan bij de ander. Als men naar de parlementaire geschiedenis kijkt, dan kan men zien dat bij de overeenkomst van opdracht de wetgever met de regeling met name voor ogen had partijen meer rechtszekerheid te bieden; versterking van de positie van de zwakke partij kwam hierin niet expliciet naar voren. Dat geldt ook voor de aannemingsovereenkomst, althans als we het hebben over afdeling 1. In afdeling 2 zien we dat wel meer terug, maar daarin zijn dan weer geen zorgverplichtingen voor de aannemer te identificeren. Bij de regeling van de medische behandelingsovereenkomst daarentegen kan men niet aan de beoogde versterking van de rechtspositie van de patiënt heen. De nadruk hierop is groot; de uitwerking van de zorgplichten in de wet vrij specifiek.

#### *Concretisering in de praktijk*

Waar een specifiekere wettelijke uitwerking van de zorgverplichtingen mist, zie je dat de praktijk dit aardig opvangt. Zo vormen in geval van de relatie advocaat-cliënt de gedragsregels een zekere concretisering van wat in de wet staat. Bij de relatie arts-patiënt is dat minder, maar voor die verhouding is de wettelijke uitwerking weer een stuk specifiek. Bij de uitwerking in de praktijk van voornoemde overeenkomsten ziet men dat veelal aan de hand van dezelfde factoren invulling wordt gegeven aan de te betrachten zorg. Zo speelt in die overeenkomsten de kennis van de opdrachtnemer een belangrijke rol.

Voor de te betrachten zorg van de aannemer maakt het niet zoveel uit of men nu contracteert op basis van een van de in deze scriptie onderzochte algemene voorwaarden of

dat men terugvalt op de wet. In beide liggen in principe dezelfde zorgverplichtingen besloten. Ondanks dat de wet wellicht wat verder gaat doordat de waarschuwingsplicht op grond daarvan ook precontractueel geldt, zal die verplichting hoogstwaarschijnlijk ook aan de orde zijn als men op grond van een van de sets algemene voorwaarden contracteert. Die voorwaarden sluiten een dergelijke verplichting namelijk niet uit, waardoor de wet op dat punt hetgeen is overeengekomen kan aanvullen.

#### *Tot slot*

De wijze waarop de algemene ongeschreven grondnorm, inhoudende dat men rekening moet houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, wordt ingekleurd in de wet (boek 7 BW), jurisprudentie en zelfregulering is niet problematisch met het oog op rechtseenheid. Zorgplichten zijn er in het algemeen op gericht het evenwicht in de verhouding tussen partijen te herstellen. Dat zie je in de kern van de wijze waarop de zorgplichten worden ingekleurd ook telkens weer terug. Zo brengt de aard van de behandelingsovereenkomst mede dat het voor de patiënt haast onmogelijk is te beoordelen of de arts zijn werk al dan niet goed heeft gedaan. In die relatie zie je dan ook meer waarborgen in de wet om die onevenwichtigheid weg te nemen, dan wel te verkleinen. In geval van een aannemingsovereenkomst is voor te stellen dat het doorgaans makkelijker zal zijn voor een opdrachtgever om te beoordelen of de aannemer zijn werk al dan niet goed heeft uitgevoerd. De onevenwichtigheid is daar doorgaans kleiner.

## Literatuurlijst

### **Asser/Van den Berg 7–VI 2013**

M.A.M.C. van den Berg, *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Van den Berg 2015**

M.A.M.C. van den Berg, 'Aanneming van werk', in: Van den Berg e.a. (red.), *Bouwrecht in kort bestek (Studenteneditie)*, 's-Gravenhage: IBR 2015, p. 139-214.

### **Van den Berg & Zondag 2003**

P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

### **Van Boom 2017**

W.H. van Boom, *Rechtspraakverkort.nl*, p. 3.

### **Van Boom 2003**

W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RM Themis* 2003, p. 297-307.

### **Chao-Duivis 2016**

M.A.B. Chao-Duivis, 'Aanneming van werk' in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, p. 391-424.

### **Chao-Duivis 2014**

M.A.B. Chao-Duivis, *Privaatrechtelijke Bouwregelgeving I*, Den Haag: IBR, 2014/15.

### **Croes e.a. 1995**

A.L. Croes e.a., Pitlo: *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, deel 6, *Bijzondere overeenkomsten* (9<sup>e</sup> druk), Gouda Quant: Arnhem 1995.

**Van Emden & De Haan 2014**

E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014.

**Ernes 2016**

A.L.H. Ernes, 'Opdracht', in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, p.229-248.

**Van der Grinten, *Lastgeving* (Mon. Nieuw BW nr. B81) 1993**

W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving* (Monografieën BW nr. B81), Deventer: Kluwer 1993.

**Van Gulijk 2014**

S. van Gulijk, 'De rol van het privaatrecht - contact in plaats van contract' in: S. van Gulijk & A.R. Neerhof, *Constructieve veiligheid: een onderzoek naar communicatie en borging in bouwprocessen. Voorkomen is beter dan genezen* (VBR preadvies), nr. 42 's-Gravenhage: IBR 2014, p. 9-106 (deel 1).

**Hartlief 2017**

T. Hartlief, 'Is de zorgplicht ons een zorg?', *NJB* 2017/965, afl. 18, p. 1241.

**Jansen 2013, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013**

C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84), Deventer: Kluwer 2013.

**Jansen 2012**

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

**Jansen e.a. 2011**

C.E.C. Jansen e.a. (red), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

**De Jong 2003**

G. T. De Jong et al., *Algemeen-Bijzonder (De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht)*, Den Haag: BJU 2003.

**Kortmann 1990**

Kortmann, 'De overeenkomst van opdracht, de lastgeving en de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 5982 (1990).

**Van Maanen 2012**

G.E. van Maanen, 'Aansprakelijkheid voor eigen gedrag op grond van art. 6:162', in: J. Spier e.a. (red.), *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 20-92.

**Van Neer-van den Broek 1998**

J.M.H.P. van Neer-van den Broek, 'De overeenkomst van opdracht' in: Van e.a.(red), *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 331-388.

**Nijland, GS Bijzondere overeenkomsten**

J. Nijland in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (losbl. en online).

**Van Ommeren 2011**

F.J. van Ommeren, 'Zorgplichten: wat zijn dat?' in: C.E.C. Jansen e.a. (red), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 23-45.

**Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991**

C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

**Rapport Ruimte voor zorgplichten 2004**

*Rapport Ruimte voor zorgplichten*, Justitie 2004.

**Rijnhout e.a. 2013**

R. Rijnhout e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2013/20.

**Schelhaas & Wessels 2016**

H.N. Schelhaas & B. Wessels, 'Algemene inleiding' in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, p. 1-20.

**Stip & Zijlstra 2015**

M.J.C. Stip & S.E. Zijlstra, 'Rechtseenheid: concepten, motieven, actoren en instrumenten', *RegelMaat* 2015 (6), 406-421.

**Stolker 2016**

C.J.J.M. Stolker, 'De overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling' in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, p. 303-325.

**Tjittes 2016**

R.P.J.L. Tjittes, 'De aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen – een kritisch overzicht', *RMThemis* 2016-5, p. 237-268.

**Tjittes 1994**

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss. RUG 1994), serie Recht en Praktijk nr. 77, Deventer 1994.

**Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2014.

**Tjong Tjin Tai 2006**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2006.

**TM 1972**

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting, vierde gedeelte, Boek 7*, 1972.

**Valk 2010**

W.L. Valk, 'Rechtsgevolgen van de overeenkomst ten aanzien van partijen' in: Hijma e.a. (red.), *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, p. 283-323.

**Wedekind 1998**

W. Wedekind, 'Aanneming van werk' in: Van Zeben e.a.(red), *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1998, p. 289-330.

**Wijne, *GS Bijzondere overeenkomsten***

R.P. Wijne in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (losbl. en online).

## Jurisprudentielijst

### Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 15 januari 2015, ECLI:EY:C:2015:14, RvdW 2015/403.

### Hoge Raad der Nederlanden

HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67, m.nt. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

HR 2 april 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4355, m.nt. J.H. Brunner.

HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (*Plas/Valburg*).

HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 (*Speeckaert/Gradener*).

HR 26 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0226, *NJ* 1991/455 (*Benjaddi/Neve*).

HR 29 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0429, (concl. A-G L. Strikwerda), *NJ* 1992/808, m.nt. C.J.H. Brunner.

HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549, m.nt. C.J.H. Brunner (*Bussluis, Diemen/Rep-taks*).

HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 154 (*Stokkers/Vegt Vloeren*).

HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481, *BR* 1997, p. 695, m.nt. M.A.B. Chao-Duivis (*MBO/De Ruiterij*).

HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 818 (*KPI/Leba*).

HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159 (*Te laat betaalde griffierechten*).

HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1304, *NJ* 2003/302.

HR 8 oktober 2004, *BR*, 2005, m.nt. M.A.M.C. van Berg, p. 634 (*NSC/Pongers*).

HR 8 september 2006, *NJ* 2006, 494 (*Körkemeyer/Ottink*).

HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, *NJ* 2007/92.

HR 5 juni 2009, LJV BH2811, *NJ* 2012/183.

HR 24 februari 2012, LJV BU9855, *NJ* 2012/44.

HR 29 mei 2015, ECLI:HR:2015:1406.

HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745.

HR 23 december 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1121, (concl. A-G L.A.D. Keus).

### Rechtbanken

Rb. 's-Hertogenbosch 23 maart 2011, nr. 211405 Ha Za 10 1092, LJV BP9029.

## **Raad van Arbitrage**

RvA Bouw 31 oktober 2013, nr. 34.037.