

# Over Vano/Foreburghstaete en de samenloop van dwaling en tekortkoming

HR 11 oktober 2013, NJ 2013/492 (Vano/Foreburghstaete)

*Mr. M. R. Hebly* \*

## 1 Inleiding

Deze bijdrage bevat een beschouwing naar aanleiding van het arrest Vano/Foreburghstaete. In dit arrest laat de Hoge Raad zich uit over de vraag of naast een geslaagd beroep op dwaling (met vernietiging van een koopovereenkomst als gevolg) ook nog plaats is voor schadevergoeding op grond van aansprakelijkheid wegens tekortkomingen in de overeengekomen garanties. Eerst zullen kort de casus en het procesverloop worden weergegeven (par. 2). Vervolgens wordt een beschouwing gegeven over de samenloop van dwaling en tekortkoming (par. 3). Daarbij wordt ingegaan op de beslissing van de Hoge Raad in Vano/Foreburghstaete, de (on)mogelijkheid van schadevergoeding naast een beroep op dwaling en de vraag of voor het geval van de garantieverbintenis een bijzondere 'samenlooptegel' op zijn plek is. Deze bijdrage wordt besloten met een waardering van het onderhavige arrest (par. 4).

## 2 De Hoge Raad in Vano/Foreburghstaete

### 2.1 Casus

Op 31 december 2007 sluiten Vano Vastgoed B.V. (hierna: Vano) en Foreburghstaete Investments I B.V. (hierna: Foreburghstaete) een koopovereenkomst met betrekking tot een bedrijfspand met ondergrond, erf, parkeergelegenheid en tuin. Het pand is ten tijde van de verkoop verhuurd aan zes verschillende huurders. In de koopovereenkomst garandeert verkoper Vano onder meer dat het bedrijfspand per de transportdatum is verhuurd voor ten minste € 300.220 per jaar, dat de huurovereenkomsten de volledige rechtsverhouding bevatten tussen Vano en de huurders (en er dus geen nadere afspraken of omstandigheden zijn op grond waarvan de betreffende huurovereenkomsten door de koper anders gewaardeerd zouden moeten worden) en dat er per de transportdatum geen achterstanden in de huurbetalingen zijn.

Op 31 januari 2008 krijgt Vano het bedrijfspand geleverd van Hutten Vastgoed B.V. en levert het diezelfde dag door aan Foreburghstaete, waarbij overigens wederzijds afstand wordt gedaan van het recht op ontbinding van de overeenkomst. Naar later blijkt is er – in weerwil van de bedongen garanties – op de transportdatum bij ten minste een van de huurders sprake van een huurachterstand en worden bepaalde huurtermijnen door een andere huurder verrekend in verband met leveringen aan Hutten Vastgoed B.V.

### 2.2 Procesverloop

In eerste aanleg vordert Foreburghstaete (primair gehele en subsidiair gedeeltelijke) vernietiging of ontbinding van de koopovereenkomst wegens dwaling dan wel een tekortkoming met veroordeling van Vano tot terugbetaling van de koopprijs. Meer subsidiair vordert Foreburghstaete een verklaring voor recht dat Vano schadeplichtig is wegens een toerekenbare tekortkoming, bestaande in de schending van de overeengekomen garanties. De Rechtbank Zutphen is van oordeel dat van dwaling geen sprake is en dat de vordering tot ontbinding afstuit op de in de leveringsakte overeengekomen uitsluiting daarvan. Wel veroordeelt de rechtbank Vano tot schadevergoeding ten belope van de waardevermindering van het bedrijfspand wegens het schenden van de garanties.

In hoger beroep bestrijdt Vano dat zij is tekortgeschoten en stelt zij dat een eventuele tekortkoming niet aan haar kan worden toegerekend en voorts dat Foreburghstaete door een eventuele tekortkoming geen schade heeft geleden. Foreburghstaete komt in hoger beroep op tegen de verwerping van haar beroep op dwaling en de gedeeltelijke afwijzing van haar schadevergoedingsvordering. Daarnaast vermeerdert zij haar eis met een vordering tot vergoeding van de schade die zij lijdt in verband met de te vorderen vernietiging dan wel ontbinding van de koopovereenkomst. Het Hof Arnhem oordeelt

\* Mr. M.R. Hebly is als docent privaatrecht verbonden aan het Molengraaff Instituut voor privaatrecht, Universiteit Utrecht. Zie over dit arrest ook de noot van N. de Boer, JIN 2013/204.

dat het beroep op dwaling slaagt.<sup>1</sup> Vervolgens overweegt het hof:

‘De primaire vordering tot vernietiging van de koopovereenkomst is toewijsbaar, evenals de vordering tot terugbetaling door Vano van de koopsom van € 3.740.000. Ook de vordering tot vergoeding van schade, nader op te maken bij staat, is toewijsbaar nu de mogelijkheid dat FBS door de verkeerde voorstelling van zaken – die gelet op de door Vano gegeven garanties tevens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst oplevert – schade heeft geleden, voldoende aannemelijk is.’<sup>2</sup>

In cassatie voert Vano aan dat het hof hier heeft miskend dat vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling meebrengt dat geen ruimte bestaat voor toewijzing van schadevergoeding wegens tekortkoming. Wanneer de koopovereenkomst wordt vernietigd wegens dwaling, dan hebben – aldus Vano – de daarin opgenomen verbintenissen achteraf bezien nooit bestaan: de vernietiging heeft immers terugwerkende kracht (art. 3:53 Burgerlijk Wetboek; BW). Een tekortkoming in de nakoming van de (garantie)verbintenissen in de vernietigde koopovereenkomst zou dan ook niet ten grondslag kunnen worden gelegd aan de verwijzing naar de schadestaatprocedure. De Hoge Raad is hierover kort (r.o. 3.5.1):

‘Deze klacht treft doel. De vernietiging van de overeenkomst treft immers in beginsel ook de (...) garanties, en dan is geen sprake meer van een tekortkoming in de nakoming daarvan. Als het hof dit heeft miskend, heeft het van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven; als het van oordeel was dat op dit uitgangspunt in het gegeven geval een uitzondering moest worden gemaakt, heeft het zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.’

De Hoge Raad vervolgt (r.o. 3.5.2):

‘De vernietiging van de overeenkomst brengt mee dat de enkele omstandigheid dat Vano – de vernietiging weggedacht – is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst, niet de verwijzing van partijen naar de schadestaat rechtvaardigt. Het slagen van het beroep op dwaling betekent immers niet dat de wederpartij van de dwalende jegens haar schadelijkt is. Daarvoor dient een specifieke rechtsgrond aanwezig te zijn, en het hof heeft het bestaan van een zodanige grond niet vastgesteld.’

De Hoge Raad volgt hiermee de conclusie van A-G Wissink, vernietigt het arrest van het Hof Arnhem en verwijst het geding naar het Hof Den Bosch ter verdere behandeling en beslissing.

### 3 De samenloop van dwaling en tekortkoming

#### 3.1 *Onmiskenbaar logisch ...*

De kernoverwegingen van de Hoge Raad in Vano/Foreburgh-staete zijn kort en duidelijk: wanneer een primair beroep op dwaling slaagt en de overeenkomst derhalve wordt vernietigd, dan worden daardoor in beginsel ook de garanties in die overeenkomst getroffen: van een tekortkoming in de nakoming kan door deze vernietiging dan geen sprake zijn. De vernietiging werkt immers terug tot het tijdstip waarop de rechtshandeling werd verricht (art. 3:53 BW), waardoor de garantieverbintenissen worden geacht nooit tot stand te zijn gekomen.

De overwegingen van de Hoge Raad lijken op het eerste gezicht een vanzelfsprekende uitleg van de terugwerkende kracht van de vernietiging. Hoewel ook A-G Wissink de ‘onmiskenbare interne logica’ ervan benadrukt, vraagt hij zich wel af of dat voldoende is om de uitkomst ook ‘juridisch aanvaardbaar’ te achten en of er geen behoefte bestaat aan een nadere coördinatie van de rechtsgevolgen van vernietiging en ontbinding, in die zin dat zowel vernietiging als schadevergoeding wegens tekortkoming in de nakoming van de garanties zou kunnen worden gevorderd.<sup>3</sup> Wellicht is daar inderdaad een aanleiding voor. De schoen wringt daar waar de in de overeenkomst opgenomen garanties tevens voldoende grondslag vormen voor een geslaagd beroep op dwaling (omdat men die garanties immers ook als inlichtingen van de wederpartij in de zin van art. 6:228 sub a BW zou kunnen aanmerken), terwijl de garanties zelf in het leven zijn geroepen om het risico van onjuiste verklaringen juist bij die wederpartij te leggen. De sanctie die partijen daar in de overeenkomst uitdrukkelijk dan wel impliciet aan hebben willen verbinden – schadevergoeding wegens tekortschieten –, wordt door het beroep op dwaling dus krachteloos.

Waar de Hoge Raad overigens de bewoordingen ‘in beginsel’ bezigt, kan men doorgaans lezen dat hij een slag om de arm houdt: uitzonderingen zijn dan immers denkbaar. De Hoge Raad geeft echter geenszins inzicht in het type uitzondering waar men aan zou kunnen denken. Ik zie daar op dit moment ook geen mogelijkheden voor. Wel benadrukt de Hoge Raad dat voor schadelijkt een specifieke rechtsgrond aanwezig dient te zijn, waaruit men zou kunnen afleiden dat de Hoge Raad voor dit soort gevallen eerder neigt naar aansprakelijkheid op andere gronden dan de aanvankelijk overeengekomen garanties.

#### 3.2 *Samenloop van dwaling en tekortkoming*

Dat een beroep op dwaling en een beroep op wanprestatie elkaar ten aanzien van hetzelfde feitencomplex niet uitsluiten, is reeds lange tijd bekend.<sup>4</sup> Uiteraard is van een samenloop slechts sprake indien ten aanzien van beide rechtsfiguren aan

1. De uitspraak van het Hof Arnhem (ECLI:NL:HR:2013:CA3765) is niet gepubliceerd.  
2. R.o. 4.20.

3. Zie conclusie A-G Wissink onder 3.23.2.

4. Zie HR 5 februari 1932, NJ 1932/399 m.nt. P. Scholten (Confectie-atelier).

de daarvoor geldende vereisten is voldaan.<sup>5</sup> Wel moet er – in laatste instantie door de rechter – tussen beide een keuze worden gemaakt, omdat de rechtsgevolgen van dwaling en tekortkoming niet gelijktijdig kunnen bestaan.<sup>6</sup> Men dient daarbij in het oog te houden dat een actie uit dwaling ziet op de *totstandkomingsfase* en een vordering op grond van wanprestatie de *uitvoeringsfase* van de overeenkomst betreft.<sup>7</sup> Een geslaagd beroep op dwaling maakt een overeenkomst vernietigbaar en de wet kent bij de regels betreffende dwaling en vernietiging geen recht op schadevergoeding aan de dwalende toe. Daarvoor is een zelfstandige grondslag vereist (zie par. 3.3). Door de vernietiging is met terugwerkende kracht sprake van een nietige rechtshandeling, hoeven partijen de daaruit voortvloeiende verbintenissen dus niet meer na te komen en kunnen de eventueel reeds verrichte prestaties als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd (art. 6:203 e.v. BW).

Wanneer daarentegen sprake is van wanprestatie (art. 6:74 BW), dan levert dat een vordering tot schadevergoeding op, die zich uitstrekt tot het *positief contractsbelang*: de omvang van de geleden schade wordt bepaald aan de hand van een vergelijking met de toestand waarin de tekortkoming *niet* heeft plaatsgevonden, waardoor de benadeelde dus in de situatie moet worden gebracht waarin hij zou verkeren wanneer men de tekortkoming wegdenkt c.q. de verbintenis wel correct zou zijn nagekomen.

### 3.3 Schadevergoeding bij dwaling

De bevoegdheid tot vernietiging wegens dwaling impliceert dus geenszins een recht op schadevergoeding. In geval van dwaling is voor een recht op schadevergoeding *meer* nodig, namelijk een zelfstandige grondslag, zoals een vordering uit onrechtmatige daad.<sup>8</sup> Niet in alle gevallen waarin een beroep op dwaling slaagt, zal tevens sprake zijn van een onrechtmatige daad van de wederpartij. Hierin verschilt de dwaling van de andere wilsgebreken: bij bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) zal in de regel *wél* steeds een onrechtmatige daad zijn gepleegd jegens degene die zich op het wilsgebreuk beroept.

De gevallen waarin naast dwaling ook sprake is van een onrechtmatige daad zijn niet eenduidig af te bakenen. Voor het geval waarin de wederpartij haar spreekplicht schendt (art. 6:228 lid 1 sub b BW), ligt een onrechtmatige daad steeds voor de hand omdat in de regel sprake zal zijn van verwijtbaarheid, terwijl het omgekeerde geldt voor de gevallen van weder-

zijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 sub c BW).<sup>9</sup> Wanneer echter een dwalingsactie kan worden ingesteld op grond van de verschafte inlichting van de wederpartij (sub a), dan valt op voorhand niet in te schatten of de wederpartij door het afleggen van die verklaring feitelijk ook handelde in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.<sup>10</sup> Daar kan men in de regel niet van uitgaan: de dwaling is in het geval van art. 6:228 lid 1 sub a BW weliswaar het gevolg van een onjuiste mededeling van de wederpartij, maar het is de vraag of dit ook aan haar *schuld* te wijten is of anderszins aan haar kan worden toegerekend (art. 6:162 lid 3 BW). Of er inderdaad sprake is van schuld zal afhangen van de vraag of de wederpartij wist (of moest weten) dat de informatie onjuist was en daar de ander niet opmerkzaam op maakt.<sup>11</sup> Er is overigens wel voor gepleit om hier in de regel juist wel aansprakelijkheid aan te nemen,<sup>12</sup> maar deze ‘omkering’ – in de zin van het *aannemen* van verwijtbaarheid – wordt doorgaans niet aangenomen.<sup>13</sup> Indien de onjuiste verklaring als een onrechtmatige gedraging kan worden aangemerkt, die kan worden toegerekend aan de wederpartij (en ook aan de andere vereisten van art. 6:162 BW is voldaan), dan kan naast vernietiging op grond van dwaling ook schadevergoeding worden gevorderd op grond van onrechtmatige daad; deze rechtsfiguren staan elkaar immers in het geheel niet in de weg. Deze schadevergoedingsverplichting bestaat dus ook indien de gelaedeerde zich niet op de vernietigingsgrond beroept. Belangrijk is hierbij dat in beginsel alleen het *negatief contractsbelang* voor vergoeding in aanmerking komt: de benadeelde moet in de positie worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd zonder de normschending (dus zonder de onjuiste verklaring), oftewel in de positie waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij niet dwalende was en het contract dus niet zou zijn gesloten.<sup>14</sup> Er is in dat geval dus

5. Zie over samenloop in algemene zin F.B. Bakels, Aspecten van samenloop (I), WPNR (2009) 6796, p. 337-346. Bakels benadrukt onder meer het ‘instrumentele karakter’ van de samenloop (het komt erop neer om de voor het concrete geval beste regel te vinden), maar ook het risico dat deze methode van rechtsvinding kan ‘haperen’.

6. Vgl. conclusie A-G Wissink onder 3.20.

7. Jac. Hijma (Verbindenissenrecht), Boek 6 BW, art. 228, aant. 219.1.

8. Vgl. Rb. Middelburg 14 maart 2007, NJF 2007/262; Rb. Rotterdam 10 februari 2010, NJF 2010/153; Hof Den Haag 26 juni 2012, NJF 2012/348. Zie hierover ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, 1981, p. 915.

9. Asser/Hijma 7-I\* 2013/249. Overigens kon men in de Effectenlease-arresten ook van een zekere samenloop spreken, ervan uitgaande dat zowel de mededelingsplicht in het kader van art. 6:228 BW als een precontractuele waarschuwingsplicht op grond van art. 6:162 BW geschonden was. In die arresten is echter tussen beide een onderscheid aangenomen omdat – zo wordt aangenomen – vernietiging op grond van de geschonden mededelingsplicht (art. 6:228 BW) een onwenselijk resultaat zou opleveren en omdat via de instrumenten van afdeling 6.1.10 BW een betere verdeling van de schade kan worden gerealiseerd. Zie W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding, AA 2010, p. 188-196.

10. En dat terwijl het bij deze gevallen van dwaling vrijwel altijd in wezen een wanprestatie betreft. Vgl. P.W. Kamphuisen, Dwaling bij obligatoire overeenkomsten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961, p. 135 en meer recent C. Bollen, Onjuiste mededelingen en de samenloop tussen dwaling en wanprestatie: de ene mededeling is de andere niet!, NTBR 2004, p. 414 en I. van Loo, Vernietiging van overeenkomsten op grond van *laesio enormis*, dwaling of misbruik van omstandigheden (diss. Heerlen), 2013, p. 155-156.

11. Zoveel valt ook op te maken uit HR 25 januari 2002, NJ 2003/31 m.nt. J.B.M. Vranken (Paalman/Lampenier), hoewel in die zaak niet een dergelijke onrechtmatige daad is gesteld.

12. Zie M.A.B. Chao-Duivis, Schadevergoeding bij dwaling: de veroorzaker betaalt, RMThemis 1990, p. 243-264 en M.M. van Rossum, De schadevergoedingsplicht bij dwaling en de negligent misrepresentation, WPNR (1989) 5928, p. 497-502.

13. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010/640.

14. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010/641.

in beginsel geen plaats voor vergoeding van de winst die de dwalende partij had kunnen maken.

Naast de onrechtmatige daad zou wellicht ook een grondslag voor aansprakelijkheid kunnen liggen in de schending van de precontractuele goede trouw (de redelijkheid en billijkheid): het onjuist verklaren zou dan een tekortkoming kunnen opleveren.<sup>15</sup> Dit wordt echter minder passend geacht bij ons systeem van verbintenissenrecht en bij het recht van de ons omringende landen.<sup>16</sup> Het gaat dan, net als bij de onrechtmatige daad als grondslag voor aansprakelijkheid, om de schending van een rechtsplicht of een verbintenis die meebrengt dat de betreffende verklaring niet op deze wijze had mogen worden afgelegd. Ook dan zal het voor de mogelijke aansprakelijkheid aankomen op de vraag of de onjuiste mededeling *bewust* is gedaan.

### 3.4 Het bijzondere karakter van de garantieverbintenis?

Wanneer kan worden aangenomen dat de wederpartij bij het aangaan van de garantieverbintenis *bewust* onjuist verklaarde, dan kan er sprake zijn van een 'drievoudige samenloop': de garanties kunnen (1) als de inlichting van de wederpartij worden beschouwd waaraan de dwaling te wijten is, (2) als geschonden garantieverbintenissen een tekortkoming opleveren en (3) als feitelijke gedraging onrechtmatig zijn. Kiest men in dat geval voor vernietiging op grond van dwaling, dan zal volgens de Hoge Raad in het onderhavige arrest aansprakelijkheid wegens een tekortkoming in de garantieverbintenis daarmee uitgesloten zijn en ligt 'slechts' de vergoeding van het negatief contractsbelang voor de hand. De andere route is die van schadevergoeding op grond van een tekortkoming in de garantieverbintenis, waarbij juist het positief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komt (reden waarom de laatste optie in de regel het meest voor de hand zou liggen). Wat de door de dwalende *gederfde winst* betreft bestaat overigens de mogelijkheid dat aannemelijk kan worden gemaakt dat de dwalende, indien de vernietigde overeenkomst niet zou zijn gesloten, een vergelijkbare overeenkomst met een derde zou hebben gesloten: lukt het de dwalende om dit aannemelijk te maken, dan kan deze vorm van *gederfde winst* vallen onder het negatief contractsbelang ter zake van de wél gesloten overeenkomst. Wanneer men de dwalende in dat geval in de toestand dient te brengen waarin hij zou verkeren als de vernietigde overeenkomst niet was gesloten, dan ligt het voor de hand om ook die overeenkomst met de derde in die toestand te verdisconteren.<sup>17</sup> Dit zal slechts ten dele een uitkomst bieden voor het probleem dat de *gederfde winst* in de regel niet voor vergoeding in aanmerking komt bij een beroep op dwaling en onrechtmatige daad. Als er geen vergelijkbare overeenkomst zou zijn gesloten, wat in de regel het geval zal zijn of niet bewe-

zen kan worden, dan blijft deze vergoeding van *gederfde winst* immers achterwege.

Een vraag die rijst, is of deze consequentie voor wat betreft de schade die voor vergoeding in aanmerking komt ook de juridisch meest aanvaardbare oplossing is, en vooral voor de gevallen waarin door de wederpartij *bewust* onjuist is verklaard. Ook in die gevallen komt immers in beginsel alleen het negatief contractsbelang voor vergoeding in aanmerking. Men heeft weliswaar het 'voordeel' dat er een garantieverbintenis is, maar staat voor de (lastige) keuze tussen een beroep op dwaling en een beroep op een tekortkoming in de garantieverbintenis. Men zou zich kunnen afvragen of het wenselijk is dat de benadeelde dan tussen beide rechtsfiguren moet kiezen en of niet de mogelijkheid zou moeten bestaan om in die gevallen zowel vernietiging als vergoeding van het positief contractsbelang te vorderen. Voor het bieden van deze beide voordelen zou een rechtvaardiging kunnen worden gevonden in het karakter van de garantieverbintenis. De schuldenaar zegt immers aan zijn schuldeiser uitdrukkelijk of stilzwijgend toe dat hij zal instaan voor bepaalde feiten of gebeurtenissen, waarvan het voorvallen of juist uitblijven aan correcte nakoming in de weg staat, met als gevolg dat hij zich ter zake daarvan niet op overmacht zal kunnen beroepen en dus sprake is van wanprestatie.<sup>18</sup> De schuldenaar neemt met een garantie dus een specifiek *risico* op zich, ongeacht of hij wist dat er tekortkomingen waren in het gegarandeerde, en bovendien zal het doorgaans aannemelijk zijn dat de overeenkomst zonder deze garantie niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou worden gesloten (vergelijk art. 6:228 lid 1 sub a BW). Wanneer de schuldenaar dit dan ook nog *bewust* heeft gedaan, bijvoorbeeld om daarmee de wederpartij tot het aangaan van de overeenkomst te bewegen, dan lijkt het op het eerste gezicht wenselijk dat hij door zowel de vernietigingsactie op grond van dwaling als de schadevergoedingsvordering uit hoofde van zijn tekortkoming in de garantieverbintenis getroffen zou moeten worden. Mogelijk heeft het hof in Vano/Foreburghstaete een vergelijkbare gedachte gevolgd, of in ieder geval waarde gehecht aan het feit dat het hier garantieverbintenissen betrof; omtrent de vraag of Vano over kennis beschikte die haar van haar verklaringen had behoren te weerhouden, had het hof evenwel niks vastgesteld.

De vraag die dan rijst, is of en hoe deze wens vervolgens juridisch tot uiting zou kunnen komen. Men moet immers om de 'onmiskkenbare interne logica' van de Hoge Raad heen: vernietiging treft in beginsel ook de in de overeenkomst opgenomen garanties, waardoor daarop geen beroep meer mogelijk is. Dogmatisch loopt het ook spaak op twee tegenstrijdige wensen die men met een cumulatie van deze sancties zou willen realiseren: de teleurgestelde partij wil daarmee zowel in de positie worden gebracht waarin niet zou zijn gecontracteerd als in de positie waarin het contract wel correct zou zijn nagekomen. Daar komt nog bij dat men zich kan afvragen of de

15. Door A-G Wissink wordt deze mogelijkheid besproken onder 3.21.1.

16. Zie hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010/642.

17. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010/641, waarin wordt benadrukt dat wanneer aan het bewijs hiervan niet te hoge eisen worden gesteld, een bevredigende uitkomst kan worden verkregen.

18. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2012/21.

schuldenaar, ondanks de bewuste onjuiste verklaring in de vorm van een garantieverbintenis, niet te zwaar getroffen wordt wanneer hij door beide sancties (vernietiging en vergoeding van het positief contractsbelang) getroffen zou kunnen worden. Men zou bovendien kunnen stellen dat dit samenloopprobleem zijn oorzaak vindt in het contractueel uitsluiten van de mogelijkheid tot ontbinding (art. 6:265 BW), die voor dergelijke gevallen tot bevredigende uitkomsten had kunnen leiden. Ontbinding heeft immers geen terugwerkende kracht (art. 6:269 BW), roept ongedaanmakingsverbintenissen in het leven (art. 6:271 BW) en kent de mogelijkheid van aanvullende schadevergoeding (art. 6:277 BW). Moeten er dan wel uitzonderingen worden gecreëerd om – nadat de ontbinding door partijen is uitgesloten – alsnog tot een vergelijkbaar resultaat te kunnen komen? Ik betwijfel dat. Hoewel de mogelijkheid van ontbinding in de meeste aktes van levering waarbij een overdracht van een onroerende zaak plaatsvindt, wordt uitgesloten, hoeft dat op zichzelf natuurlijk nog niet af te dwingen dat voor die gevallen een uitzondering moet worden gemaakt ten aanzien van de rechtsgevolgen van een beroep op dwaling. De Hoge Raad lijkt hier in Vano/Foreburghstaete ook niet toe geneigd.

#### 4 Slot

De Hoge Raad heeft in Vano/Foreburghstaete een heldere overweging gegeven ten aanzien van de samenloop van enerzijds dwaling en anderzijds de tekortkoming in de garantieverbintenis: wanneer het primaire beroep op vernietiging wegens dwaling slaagt, dan treft die vernietiging ook de garanties die in de overeenkomst zijn opgenomen, en kan geen sprake meer zijn van een tekortkoming in de nakoming daarvan. Op beide rechtsfiguren kan dan weliswaar een beroep worden gedaan (er is sprake van een samenloop), maar ze gaan niet tegelijk op. De gevolgen van een beroep op dwaling en een beroep op een tekortkoming in de garantieverbintenis verschillen duidelijk van elkaar: langs de eerste weg kan men (daarnaast) in beginsel hooguit een vergoeding van het negatief contractsbelang vorderen, terwijl de tekortkoming in de garantieverbintenis een grondslag voor vergoeding van het positief contractsbelang oplevert. Hoewel er wel degelijk argumenten aan te voeren zijn die pleiten voor een cumulatie van deze sancties wanneer het om garantieverbintenissen gaat, stuit dit af op ons systeem van verbintenissenrecht.

Voor de praktijk benadrukt dit arrest dat het voor deze samenloopgevallen belangrijk is om een juiste processtrategische keuze te maken ten aanzien van de primaire vordering – vernietiging op grond van dwaling dan wel schadevergoeding wegens tekortkomingen in de garanties – en dat de (bij de levering van onroerende zaken niet-ongebruikelijke) uitsluiting van de ontbinding de koper in zekere mate tot deze keuze ‘dwingt’. Hoewel Vano/Foreburghstaete stemt tot nadenken over de vraag of aan de koper niet een sterkere positie zou moeten toekomen, getuigt het arrest van een duidelijke systematische beslissing waarop weinig af te dingen valt.