

Is de zorgplicht ons een zorg?

18 Zij vielen deze week op de deurmat: het *NJB* met een vooraf over Cybersecurity en Zorgplichten, *AV&S* met een redactioneel over hoe het verder moet met de zorgplicht van de assurantietussenpersoon en *Verkeersrecht* met een artikel over de zorgplicht van scholen. Het is geen toeval. Het aantal malen dat de term 'zorgplicht' valt, is explosief gegroeid. Dat komt onder meer doordat regelgevers tegenwoordig vaak afzien van concrete voorschriften en kiezen voor bepalingen die de zorg voor een bepaald doel of resultaat bij iemand neerleggen die zijn deskundigheid vervolgens mag benutten (Timmer, *Regelmaat* 2013, p. 354 e.v.) Dit voorkomt dat de regelgever alle denkbare situaties moet voorzien en geeft flexibiliteit. Voor toezichhouders kan een zorgplicht juist grondslag voor optreden zijn. Zorgplichten komen we bijvoorbeeld tegen in het omgevingsrecht, het financieel recht, bij voedselveiligheid en *cybersecurity*.

Maar het heeft ook met ons taalgebruik te maken. Zo valt de term zorgplicht ook in het aansprakelijkheidsrecht steeds vaker. Regelmatig zonder goede zin: dan bedoelen we daar enkel mee dat iemand tot zorg verplicht was. Zo mocht Sjouwerman het beruchte kelderluik niet zomaar laten openstaan (*NJ* 1966/136). Het heeft geen zin om hier te spreken van een *zorgplicht*. Toch is dat wat rechters tegenwoordig doen: 'zorgplicht' in de mond nemen, terwijl zij eigenlijk een uit de maatschappelijke zorgvuldigheid voortvloeiende incidentele verplichting bedoelen.

Dit is geen spijkers op laag water zoeken. 'Zorgplicht' schept verwachtingen. De term werd tot voor kort in het aansprakelijkheidsrecht gereserveerd voor een verantwoordelijkheid die verder gaat dan de normale maatschappelijke zorgvuldigheid. Denk behalve aan de zorgplicht van de werkgever voor een veilige werkomgeving aan die van de wegbeheerder (*NJ* 1993/547): dit is een *specifieke* op verkeersveiligheid gerichte zorgplicht die haar bron vindt in de algemene zorgvuldigheidsnorm. Zo'n bijzondere verantwoordelijkheid verdient het predikaat zorgplicht. Spreken van een *bijzondere* zorgplicht zoals lagere rechtspraak bij scholen doet, is echter teveel van het goede (Paijmans, *De zorgplicht van scholen*, 2013).

Het aansprakelijkheidsrecht kent wél speciale zorgplichten. De rechtspraak over hun betekenis draagt bij aan het beeld dat het zorgplicht is wat de klok slaat. Vaste rechtspraak is dat op de *notaris* bij het verlijden van een akte een *zwaarwegende* zorgplicht rust (*NJ* 1991/473). Zij wordt in verband gebracht met zijn monopolie, het vertrouwen dat deelnemers aan het rechtsverkeer in zijn akten hebben en zijn positie in het maatschappelijk verkeer. Ook *banken* staan in het brandpunt onzer belangstelling. Illustratief is de verplichting om een particuliere aspirant-borg voor te lichten over de risico's verbonden aan de borgtocht (*NJ* 1991/759). Anno 2017 wordt deze voorlichtingsplicht gepresenteerd als *bijzondere* zorgplicht van een professionele kredietverlener jegens een particuliere borg (*NJ* 2016/190). Zo krijgt de bij optiehandel en aandelenlease geïntroduceerde *bijzondere* zorgplicht (*NJ* 1998/192 en 2012/182) een steeds bredere betekenis. Zij beoogt bescherming van de afnemer tegen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht en wordt gebaseerd op professionaliteit, deskundigheid en maatschappelijke functie van de aanbieder.

Waarin *zwaarwegend* (notaris) verschilt van *bijzonder* (bank) is niet duidelijk. De aanknopingspunten voor hun speciale verantwoordelijkheden missen een zekere scherpte (maatschappelijke functie) en kunnen ook anderen (be)treffen. Vragen over hun reikwijdte blijven daarom niet uit.

Geldt de bijzondere bancaire zorgplicht bijvoorbeeld alleen jegens particulieren? Een bevestigend antwoord ligt, gelet op de fundering, voor de hand. Een professionele borg kan dus niet rekenen op bescherming (*NJ* 1997/287). Opvallend is echter de trend in de feitenrechtspraak om bij renteswaptransacties juist ondernemingen, kleine én grote, te laten profiteren van de bijzondere zorgplicht (o.m. Hof Den Haag ECLI:GHDHA:2017:255).

Soms is de vraag eerder *op wie* een zorgplicht rust. Toen een faillissementscurator te maken kreeg met een voorganger die gelden aan de boedel had onttrokken, sloot hij behalve een vaststellingsovereenkomst met de dader ook een borgtochtsovereenkomst met diens echtgenote. Tot nakoming aangesproken beriep zij zich op (oneigenlijke) dwaling. Toen de curator dit wilde pareren ('geen borgtocht zonder risico's'), oordeelde het hof dat hem dit alleen vrijstaat wanneer hij voorlichting heeft gegeven over de borgtocht. De Hoge Raad besliste anders. Deze borgtocht is niet in het kader van professionele kredietverstrekking tot stand gekomen. De curator vervult zijn taken in het belang van de schuldeisers en op hem rust niet de bijzondere zorgplicht die voor banken geldt en die op hun maatschappelijke positie en professionele deskundigheid is gebaseerd (*NJ* 2014/266). Een curator is geen bank.

In een andere zaak dreigde een makelaar op één lijn gesteld te worden met een notaris. Aanleiding is de koop via een verkopersmakelaar van een kavel op Curaçao. Nadat levering uitblijft, blijkt van een reeds ten tijde van de koop uit de registers kenbaar hypotheekrecht. Omdat de verkoper failliet is, komt de makelaar in beeld. Hem wordt verweten dat hij geen zelfstandig onderzoek naar bezwaardheden heeft gedaan. Het GEA neemt aansprakelijkheid aan: van de makelaar valt een hoge mate van zorgvuldigheid jegens kopers te verwachten. Het hof vernietigt echter: zelfstandig raadplegen van de registers is niet zonder meer te vergen van een makelaar. Niet alleen was *online* raadpleging op Curaçao onmogelijk, de vraag is ook op welk moment raadpleging zou moeten gebeuren. Het blijft een momentopname. Dit houdt stand in cassatie (*NJ* 2014/457). Een makelaar is geen notaris.

Zorgplichten zijn in opkomst en vragen met betrekking tot hun beschermings- en toepassingsbereik onvermijdelijk. Heeft een franchisegever eenzelfde zorgplicht als een bank (A-G Valk voor *RvdW* 2017/340)? Met welke derden hebben notarissen (*NJ* 2015/479) en banken (*NJ* 2006/289) naast cliënten rekening te houden? Omdat de 'aanknopingspunten' voor deze zorgplichten scherpte missen, zijn de antwoorden niet altijd eenvoudig te geven. Dat is niet alleen onhandig voor diegenen die willen weten of zij aanspraak kunnen maken op extra aandacht en voor hen die willen weten of zij daartoe gehouden zijn, het kan ook leiden tot ongerechtvaardigde verschillen en inconsistentie. Dat zou ons een zorg moeten zijn.

Ton Hartlief