CONFORMITEIT BIJ KOOP

Conformity in sales
Responsibilities of the seller concerning quality

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. S.W.J. Lamberts

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

vrijdag 30 mei 2008 om 11.00 uur

door

Peter Klik
geboren te Enschede

Promotiecommissie

Promotor	Prof.mr. J.M. van Dunné
Overige leden	Prof.mr. W.H. van Boom Prof.mr. F.J.M. De Ly Prof.mr. J. Hijma

Inhoudsopgave

Deel 1.	**Conformiteit**	1
1.	INLEIDING	3
1.1	Onderwerp en plan van behandeling	3
	1. Onderwerp	3
	2. Plan van behandeling	4
1.2	Criteria voor conformiteit	5
	3. Criteria voor conformiteit	5
	4. Belang van het onderwerp	7
	5. Maatschappelijke context	8
	6. 'Nederlands recht': Weens Koopverdrag (CISG) – Burgerlijk Wetboek – Europese Richtlijn consumentenkoop	10
	7. Eerdere publicaties	11
1.3	Methode	12
	8. Inleiding	12
	9. Rechtsvergelijking	12
	10. Confrontatie met het oude recht	12
1.4	Perspectieven	13
	11. Inleiding	13
	12. Gebrek of conformiteit?	13
	13. Een enge of ruime benadering	14
	14. Caveat emptor of caveat venditor?	15
	15. Subjectief of objectief? Concreet of abstract?	16
	16. Uitleg: subjectief – objectief	16
	17. De discussie objectief – subjectief in algemene zin en in het kooprecht. Abstract of concreet. Absoluut of relativerend	18
	18. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting	21
1.5	Conformiteit: typen koop. Differentiatie?	22
	19. Inleiding	22
	20. Typen koop/verschillende invalshoeken?	23
	21. Koop en consumentenkoop	24
	22. Law Commission Report	27
	23. De structuur van Titel 7.1	27
	24. Koop van onroerend goed	28
	25. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting	30

1.6	Nadere afbakening onderwerp: wat niet behandeld wordt	30
	26. Niet/niet-tijdig leveren	30
	27. Rechtsgebreken	31
	28. Risico-overgang	31
	29. Dwaling	31
	30. Het gemeenschappelijke element van de spreek- en onderzoeksplichten	34
	31. Oud recht: de verborgen gebreken-regeling.	36
	32. Frans recht	36
	33. Duits recht	38
1.7	Samenvatting en conclusies	41
	34. Samenvatting en conclusies	41
2.	CONFORMITEIT. EEN VERKENNING	43
2.1	Kwaliteitsverplichtingen. Ontwerp NBW. Opbouw van de wet	43
	35. Herkomst van de term conformiteit en definitie. Kwaliteitsverplichting	43
	36. De toelichting bij het Ontwerp (ONBW)	43
	37. Conformiteit: de overeenkomst centraal	46
	38. Art. 7:17 lid 1 en de opsomming van criteria in art. 7:17 lid 2 e.v.	46
	39. Opbouw van de wet	47
	40. De illustraties van art. 7:17 lid 3, 4, en 6	48
	41. Art. 7:17 lid 2: normaal gebruik en bijzonder gebruik	48
	42. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting	50
2.2	De 'kwaliteitsgarantie' gebaseerd op de wet of op de overeenkomst	50
	43. Inleiding	50
	44. 'Kwaliteitsgarantie': gebaseerd op de wet of op overeenkomst? Standpunt in de parlementaire geschiedenis	50
	45. Het internationale (handels)kooprecht	52
	46. Het (internationale) consumentenkooprecht	54
	47. Dwingend karakter conformiteitsvereiste	55
	48. Belang van het onderscheid	55
	49. Relativering van het onderscheid. Kwaliteitsgarantie: èn de overeenkomst, èn de wet	57
	50. Relativering van het onderscheid. Grenzen van de overeenkomst	57
	51. De grenzen van de overeenkomst: de blote mededeling en de implied term	58
	52. Art. 7:17 lid 2: normaal gebruik en bijzonder gebruik	60
2.3	Opvattingen in Nederland over conformiteit	62
	53. Inleiding	62
	54. Weinig aandacht voor conformiteit	62
	55. Vóór de invoering van het NBW	62
	56. Kritiek: onroerend goed	63

	57.	Het proefschrift van Paquay	63
	58.	Na invoering van art. 7:17 BW	65
2.4	Vragen met betrekking tot conformiteit. Opvattingen in Nederland		66
	59.	Inleiding	66
	60.	Wet of overeenkomst?	66
	61.	Objectivering van de norm	67
	62.	Oud BW	69
	63.	Huidig BW. Objectivering van de norm	70
	64.	Subjectief en objectief – ruime of enge leer	70
	65.	Open systeem. Normaal en bijzonder gebruik	71
	66.	Ruime uitleg	72
2.5	Nut en waarde		73
	67.	Inleiding	73
	68.	De verhouding tussen art. 7:17 lid 1 en lid 2 en de betekenis van de term 'eigenschappen'	74
	69.	Terminologie gerelativeerd	75
	70.	Eigenschappen – gebruik – nut – doeleinden	76
	71.	Beperkingen bij een beroep op verborgen gebreken	77
	72.	Dwaling	78
	73.	Beperkingen bij een beroep op dwaling	78
	74.	Waarde en prijs	80
	75.	Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting	80
2.6	Samenvatting en conclusies		81
	76.	Samenvatting en conclusies	81

Deel 2.	**Criteria voor conformiteit**	83
3.	NEDERLANDS RECHT: HET NIEUW BW	85
3.1	Inleiding	85
	77. Inleiding	85
3.2	Conformiteit in het BW. Invloed uniform kooprecht	86
	78. Inleiding	86
	79. De invloed van de internationale koopverdragen	86
	80. Concretisering zoals in het uniforme kooprecht	88
	81. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting	90
3.3	Verwachtingen van de koper	90
	82. Inleiding	90
	83. Verwachtingen van de koper. Uitleg	91
	84. Verwachtingen van de koper versus 'description' door de verkoper	92
	85. Voorbeelden van 'description'	93
	86. 'Description'/mededelingen	94
	87. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting	94

3.4	Concretisering van 'conformiteit' in de parlementaire geschiedenis	95
	88. 'Concretisering'	95
	89. 'Normaal gebruik' als element van concretisering	97
	90. Conclusie uit het voorgaande / Samenvatting	98
3.5	Relatie tussen Boek 7 en Boek 6: 'gemiddelde kwaliteit'(art. 6:28)	99
	91. Inleiding	99
	92. Goede gemiddelde kwaliteit: art. 6:28 BW	99
	93. Relatie Boek 6 en Boek 7	102
	94. Conclusies uit het voorgaande/Samenvatting	104
3.6	Samenvatting en conclusies	105
	95. Samenvatting en conclusies	105
4.	CONFORMITEIT IN INTERNATIONALE CONTEXT	107
4.1	Criteria voor 'conformiteit' in andere rechtsstelsels en -systemen	107
	96. Inleiding	107
	97. Internationale koopverdragen: civil law en common law	107
	98. De te bespreken rechtsstelsels	109
4.2	De kwaliteitsverplichtingen in het internationale handelsverkeer	110
	99. Inleiding	110
	100. De kwaliteitsverplichtingen in het internationale handelsverkeer: identiteit en kwaliteit	110
	101. Algemene kwaliteitsomschrijvingen	111
	102. Opvattingen in de handel(stak) en standaardvoorwaarden	112
	103. Conclusies uit het voorgaande/samenvatting	114
4.3	Vormen van uniform recht (Unidroit Principles, PECL, ontwerp Study Group for a European Civil Code, Draft Common Frame of Reference) en de UCC	114
	104. Unidroit Principles, PECL, ontwerp Study Group, DCFR	114
	105. De Amerikaanse Uniform Commercial Code	116
	106. Conclusies uit het voorgaande/Samenvatting	120
4.4	Engels recht	120
	107. Inleiding	120
	108. Sale of Goods Act: de wettelijke bepalingen	120
	109. Implied conditions and warranties – implied terms	122
	110. Van merchantability naar satisfactory quality	122
	111. Het belang van de voorstellen van de Law Commission	124
	112. Merchantability in de rechtspraak	125
4.5	Het rapport van de Law Commission van 1987 en de huidige Sale of Goods Act	129
	113. Merchantability ter discussie	129
	114. Het 'acceptability' criterium van de Law Commission	130
	115. Relevante factoren	130
	116. De SGA: Satisfactory quality	131
	117. Relevante factoren	132
	118. Prijs	132

4.6	Sale by description	133
	119. Sale by description in het Engelse recht	133
4.7	Conformiteit in het Engelse recht	138
	120. Inleiding	138
	121. Welk gebruik? Ruim of eng	138
	122. Normaal gebruik en bijzonder gebruik	140
	123. Subjectief of objectief? Verwachtingen van partijen of kwaliteit van zaken	141
	124. Objectivering: de 'reasonable buyer'. Normatieve uitleg	141
4.8	Engels contractenrecht: implied terms	143
	125. Inleiding	143
	126. Implied terms en uitleg	143
	127. SGA en implied terms	146
	128. Uitleg en parol evidence	146
4.9	Uitleg in het Engelse contractenrecht	147
	129. Inleiding	147
	130. Objectieve uitleg	148
	131. 'From literalism towards contextualism': de Investors Compensation Scheme-case	149
	132. Feiten en achtergronden van de Investors Compensation Scheme-case	149
	133. Lord Hoffmann's opinion	151
	134. De uitlegregels van de I.C.S.-case	153
	135. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting	154
4.10	Samenvatting en conclusies	155
	136. Samenvatting en conclusies	155
5.	CISG EN EUROPESE RICHTLIJN CONSUMENTENKOOP	159
5.1	Conformiteit in de CISG. Normaal gebruik	159
	137. Inleiding	159
	138. Totstandkomingsgeschiedenis	159
	139. Literatuur	163
	140. Concreet of abstract (subjectief/objectief)	169
	141. Het normaal gebruik criterium: 'minimum'-niveau?	170
	142. Jurisprudentie	171
	143. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting	176
5.2	Een kwestie apart: voldoen aan eisen van (buitenlandse) wetgeving	176
	144. Inleiding	176
	145. Documentary history en literatuur	177
	146. Rechtspraak met betrekking tot de CISG	178
	147. Literatuur: vervolg. Schlechtriem's visie	182
	148. Recente rechtspraak met betrekking tot de CISG	183
	149. BW. Parlementaire geschiedenis en literatuur	186
	150. BW. Uitwerking	187
	151. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting	189

5.3	Bijzonder gebruik (uniform kooprecht en BW)	190
	152. Inleiding	190
	153. Verschillende formuleringen	190
	154. De wetsgeschiedenis van art. 7:17 BW	192
	155. Normaal versus bijzonder	194
	156. Rechtspraak met betrekking tot de CISG	195
	157. Bijzonder gebruik: nadere uitwerking	198
	158. Conclusies uit het voorgaande/samenvatting	201
5.4	De Richtlijn consumentenkoop	202
	159. Inleiding	202
	160. Geschiedenis van de Richtlijn	202
	161. De invloed van het Weens Koopverdrag	202
	162. Minimum-karakter van de Richtlijn	204
	163. Conformiteit. De implementatie in Nederland	204
	164. Aan implementatie te stellen eisen	205
	165. Art. 2 van de Richtlijn	209
	166. Description (art. 2 lid 2 sub a)	210
	167. Bijzonder gebruik	211
	168. Normaal gebruik en quality en performance (lid 2 sub c en d)	213
	169. Redelijke verwachtingen	213
	170. 'Kwaliteit en prestatie'	213
	171. Duurzaamheid (levensduur)	215
	172. Prijs	216
	173. De Richtlijn en de SGA	217
	174. Conclusies ten aanzien van de implementatie van art. 2 in Nederland	217
	175. Uitleg van het uit de Richtlijn geïmplementeerde conformiteitsbegrip	218
	176. Concreet of abstract (subjectief/objectief)	219
	177. Het normaal gebruik criterium: 'minimum'-niveau?	220
	178. Conclusies uit het voorgaande/Samenvatting	221
5.5	Samenvatting en conclusies	222
	179. Samenvatting en conclusies	222
Deel 3.	**Conformiteit en garantie**	225
6.	OUD RECHT. WANPRESTATIE. GARANTIES	227
6.1	Inleiding	227
	180. Inleiding	227
6.2	Wanprestatie onder het oude recht	228
	181. Inleiding	228
	182. Een opmerking vooraf	228
	183. De apparaten-arresten: *Warmedrankautomaten*, *Wasautomaten*, en *Olivetti* (de jaren zeventig)	229

184. Een apart arrest. *Van Kessel/Werklust* (1973). Bewijslast. Typen zaken 234
185. De auto-arresten (de jaren tachtig en negentig) 235
186. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting 237
6.3 De (kwaliteits)garantie onder het oude recht: wat is een garantie? 238
187. De kwaliteitsgarantie 238
188. Ter inleiding 239
189. Het *Verse koe*-arrest 239
190. Literatuur: de jaren vijftig 240
191. Het door Schut gemaakte onderscheid tussen prestatieplicht en garantieplicht. Onderscheid vervallen in NBW 242
192. Latere literatuur: wel of geen onderscheid tussen prestatieplicht en garantieplicht 244
193. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting 248
6.4 De expliciete en de stilzwijgende garantie 248
194. Expliciete en stilzwijgende garantie: oud recht 248
195. Expliciete en stilzwijgende garantie: huidig recht 249
196. Implied terms en uitleg 250
197. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting 252
6.5 Functies van garanties 252
198. Functies van garanties 252
199. Rechtsgevolgen. Overmacht (niet-toerekenbaarheid) en risicoaansprakelijkheid 253
200. Uitweg voor verborgen gebreken-regeling 255
6.6 Impliciete garanties onder het oude recht 256
201. Inleiding 256
202. Vroege rechtspraak van de Hoge Raad: *Verse koe, Sigarettenautomaat, Vouwapparaat* 256
203. Vroege rechtspraak: de weg vrij voor de *Maassluis*-zaken 258
204. Het probleem van bodemverontreiniging 258
205. De *Maassluis*-arresten 259
206. Garantie en exoneratie. De *Maassluis*-arresten 262
207. Schade 263
208. Het belang van de *Maassluis*-zaken 264
209. Het drieluik *Haagse Gasfabriek – Maassluis – Erven Zuidema* 265
210. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting 267
6.7 Recente rechtspraak van de Hoge Raad: een beperkte opvatting van de impliciete garantie? 267
211. Na *Maassluis*. Terughoudender opstelling Hoge Raad 267
212. *Durlinger/Laura Bakens BV* 268
213. Terughoudende opstelling bevestigd (?) 269
214. HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 342 (*Dries/Van Toll*) 269
215. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting 271
6.8 Samenvatting en conclusies 272
216. Samenvatting en conclusies 272

7.	HUIDIG RECHT. ART. 7:17 BW. UITLEG	273
7.1	De Hoge Raad en art. 7:17. Prealabele kwesties	273
	217. Inleiding	273
	218. Tijdsverloop	273
	219. Het voorleggen van (rechts)vragen aan de Hoge Raad	273
	220. Processuele aspecten	274
	221. Art. 7:23 BW. Inspectieplicht, klachtplicht en verjaring	275
	222. Rechtsvragen en feitelijke vragen	276
7.2	De conclusies van het OM in art. 81 RO zaken	277
	223. Art. 81 RO	277
	224. Conclusie voorafgaand aan HR 19 december 2003 inzake de koop van een hotel (en woonhuis) op Schiermonnikoog	278
	225. Conclusie voorafgaand aan HR 10 december 2004 inzake funderingsproblemen	279
	226. Conclusies uit het voorgaande/Samenvatting	282
7.3	Art. 7:17. De arresten van de Hoge Raad	282
	227. Inleiding	282
	228. Een arrest over art. 7:17 lid 1: mededelingen over waterdiepte. HR 11 juni 2004	282
	229. *Kousedghi/Westminster Rental*: vervolg op het *Oldtimer*-arrest. HR 8 juli 2005	283
	230. Conform (bouw)voorschriften. HR 25 februari 2005 (*Fabels/Meenderink*)	284
	231. Het niet-gesaneerde tankstation. HR 23 november 2007 (*X/Y*)	286
	232. Conclusie uit het voorgaande / Samenvatting	287
7.4	Uitleg van de overeenkomst	288
	233. Inleiding	288
	234. Haviltex	288
	235. Uitleg in oud BW	288
	236. Uitleg in Boek 6 en 7. Overeenkomsten met consumenten: transparantie en contra proferentem	289
	237. Uitleg bij koop	290
	238. De discussie over de NVM-akte in het arrest inzake de woonboerderij	290
7.5	'Normaal gebruik' in de NVM-akte. Wet en contract	293
	239. Wet en contract. Inleiding	293
	240. Het arrest van de Hoge Raad van 23 december 2005 (*De Rooij c.s./Van Olphen*). De door de Hoge Raad gegeven regels	294
	241. Het *Woonboerderij*-arrest en *De Rooij c.s./Van Olphen*	295
	242. Uitleg. *Haviltex* of tekstuele uitleg?	296
	243. Het arrest van 23 december 2005: de uitleg-norm. Gangbaar spraakgebruik	299
	244. De betekenis van toevoegingen van partijen aan het model	302

	245. Bijzonder gebruik	303
	246. De garantie	304
	247. Uniforme uitleg	306
	248. De uitkomst van het arrest	306
	249. Wet en contract. Betekenis van het arrest voor de uitleg van art. 7:17	307
	250. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting	309
7.6	Conformiteit en (kwaliteits)garantie. Ruime uitleg. Risico-verdeling	310
	251. Garantie en art. 7:17 BW	310
	252. Ruime uitleg. Meningen over conformiteit bij bodem-verontreiniging	311
	253. Opvattingen in de literatuur	314
	254. De *Maassluis*-arresten. Ruime uitleg van conformiteit	314
	255. Multifunctionaliteit of huidig gebruik	315
	256. Geschiktheid voor bebouwing of (ver)bouw	316
	257. 'Verhandelbaarheid'	317
	258. Keuze voor ruime uitleg	318
	259. Risico-toedeling: inleiding	319
	260. Dwaling	319
	261. Verkeersopvattingen	321
	262. Exoneraties	322
7.7	Samenvatting en conclusies	323
	263. Samenvatting en conclusies	323
8.	CONCLUSIES	325
8.1	Onderwerp en methode	325
	264. Het onderwerp	325
	265. De methode van onderzoek	325
8.2	Typen koop	326
	266. Typen koop: aparte regelingen?	326
	267. Specifieke bepalingen	326
	268. Specifieke bepalingen voor handelskoop?	326
	269. Specifieke bepalingen voor consumentenkoop?	327
	270. De formulering van een regeling van conformiteit	329
	271. Typen koop. Brede toepasbaarheid van conformiteit	329
	272. Het open karakter van het conformiteitsbegrip	330
	273. Eng of ruim	330
8.3	Het begrip 'normaal gebruik' in context	331
	274. Normaal gebruik in context	331
	275. De regeling in het BW. Geschiedenis van totstandkoming	331
	276. CISG en Europese Richtlijn. De Engelse SGA	333
	277. Uniform recht en Europese Richtlijn	333
8.4	Normaal gebruik	334
	278. Conformiteit: gebaseerd op de overeenkomst of op de wet	334
	279. De wettelijke basis. Wettelijke garantie	334

280. Normaal gebruik in de CISG, het Engelse recht, en de Europese Richtlijn 335
281. Redelijke verwachtingen 336
282. Conformiteit bij andere overeenkomsten? 336
283. Prijs 337
8.5 Bijzonder gebruik 338
284 Twee vragen 338
285. De formulering van de 'bijzonder gebruik'-bepalingen 338
286. Bijzonder en normaal gebruik 339
287. CISG: de problematiek van buitenlandse wetgeving 340
8.6 Concreet of abstract 341
288. Inleiding 341
289. CISG – Europese Richtlijn – BW 341
290. Nederlandse jurisprudentie 342
291. Het normaal gebruik-criterium: een 'minimum'-standaard? 343
8.7 Conformiteit naar oud en huidig BW 343
292. Wanprestatie – verborgen gebreken – garantie 343
293. Huidig recht: art. 7:17 344
294. Rechtspraak van de Hoge Raad 344
295. De discussie over bodemverontreiniging. Enge of ruime visie op conformiteit 345

Summary 347

Geraadpleegde literatuur 355

Zakenregister 407

Jurisprudentieregister 411

Curriculum Vitae 419

DEEL 1. CONFORMITEIT

1 Inleiding

1.1 Onderwerp en plan van behandeling

1. Onderwerp

Sinds 1992 geldt voor de kwaliteit van door de verkoper te leveren zaken het zogenaamde 'conformiteitsvereiste' van art. 7:17 BW. De essentie van deze regeling is als volgt. Op grond van lid 1 moet de verkoper een zaak afleveren die aan de overeenkomst beantwoordt. In lid 2 wordt dit verder uitgewerkt. Art. 7:17 lid 2 luidt:

> Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

Op grond van lid 2 beantwoordt een zaak niet aan de overeenkomst indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Als aanvullende regel wordt bepaald dat de koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat rekening gehouden moet worden met alle omstandigheden van het geval, wat art. 7:17, zo wordt daarbij gesteld, tot een soepel artikel maakt.

De vraag is hoe via het conformiteitsbegrip inhoud wordt gegeven aan de verplichtingen van de verkoper. In dit proefschrift wordt nader onderzocht hoe moet worden beoordeeld of de verkoper heeft voldaan aan zijn verplichtingen ten aanzien van de kwaliteit van de te leveren zaken. De belangrijke vraag daarbij is welke criteria bij conformiteit gehanteerd worden en welke betekenis aan deze criteria toekomt. Verder is de vraag in hoeverre met de invoering van het conformiteitsvereiste echt 'nieuw' recht is ingevoerd, en hoe conformiteit zich verhoudt tot de onder het oude recht ontwikkelde 'garantie'. Rekening houdend met de diverse deelterreinen die bij koop kunnen worden onderscheiden, namelijk internationale koop/handelskoop, 'gewone' koop en consumentenkoop, en koop van onroerende zaken, wordt met name aandacht besteed aan de betekenis van de in art. 7:17 lid 2 opgenomen criteria (geschiktheid voor) 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'.

2. *Plan van behandeling*

Het proefschrift omvat drie delen. De drie delen zijn als volgt opgezet.

Deel 1

In dit Deel 1 wordt in een aantal inleidende paragrafen het onderwerp nader uitgewerkt. Een korte meer algemene inleiding op het onderwerp is te vinden in § 1.2. Daarop volgt een verantwoording van de methoden (§ 1.3) en een tweetal meer inhoudelijke paragrafen. In § 1.4 worden enkele perspectieven geschetst die in het vervolg van het betoog ook gehanteerd kunnen worden bij de beschrijving, waardoor meer helderheid kan worden verkregen over de aan de verschillende regelingen ten grondslag liggende gedachten en de gemaakte keuzen meer expliciet worden. In § 1.5 wordt de vraag aan de orde gesteld in hoeverre gelet op het grote aantal typen koop één conformiteitsbegrip mogelijk is, of dat verschillende regelingen (differentiatie) wenselijk zijn. Daarna wordt in § 1.6 kort aangegeven wat niet behandeld wordt. Een korte samenvatting van de eerdere paragrafen is te vinden in § 1.7.

Vervolgens wordt in § 2.1 aandacht besteed aan art. 7:17 BW en de bij het Ontwerp NBW gegeven toelichting. Onderscheid kan worden gemaakt tussen bepalingen die in feite een uitwerking zijn van de regel van art. 17 lid 1 dat het geleverde 'aan de overeenkomst moet beantwoorden', en bepalingen die een meer zelfstandig karakter hebben. Met name het in art. 7:17 lid 2 opgenomen 'normaal gebruik'-criterium lijkt los te staan van het door partijen overeengekomene. In § 2.2 wordt besproken of de kwaliteitsgarantie, de verplichting van de verkoper 'in te staan' voor een geschiktheid voor normaal gebruik, gebaseerd is op de wet of op de overeenkomst, waarbij ook naar de CISG en de Europese Richtlijn consumentenkoop gekeken wordt. Tot slot van dit deel worden ook kort de opvattingen in Nederland over conformiteit weergegeven, waarbij apart aandacht wordt besteed aan enkele kernvragen, zoals wet of overeenkomst als basis, subjectivering en objectivering, en conformiteit als open systeem.

Deel 2

In Deel 2 worden criteria onderzocht, die worden gehanteerd om te bepalen of gelet op de kwaliteit van het geleverde sprake is van een tekortkoming aan de kant van de verkoper. In Hoofdstuk 3 wordt eerst de parlementaire geschiedenis van art. 7:17 BW besproken. Vervolgens wordt naar aanvullende en alternatieve formuleringen gekeken. In aanvulling op de bespreking van art. 7:17 BW komt de regeling van art. 6:28 BW (zie 1428 BW oud) inzake goede gemiddelde kwaliteit, mede in de context van gelijke bepalingen elders, aan de orde. Daarna wordt art. 7:17 in Hoofdstuk 4 in een internationale context geplaatst. Achtereenvolgens worden besproken de normen van het internationale handelsverkeer, ander uniform recht (*Unidroit Principles for International Commercial Contracts* ('Unidroit Principles' of UP), de *Principles of European Contract Law* (PECL), Draft Common Frame of Reference (DCFR) en het ontwerp van de *Study Group for a European Civil Code*) en buitenlands recht. Bij het onderzoek naar buitenlands recht wordt kort aandacht besteed aan de Amerikaanse Uniform Commercial Code (UCC). In aansluiting daarop komt, gelet op de discussie die in

Engeland gevoerd is over de herziening van de 'conformiteitsbepalingen' in de *Sale of Goods Act* (SGA) (*merchantability*-begrip), het Engelse recht meer uitvoerig aan de orde. Vervolgens worden in Hoofdstuk 5 de ervaringen met het Weens Koopverdrag (*United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, CISG) en de erin opgenomen begrippen normaal gebruik en bijzonder gebruik weergegeven. Tot slot wordt de Richtlijn consumentenkoop, waarin ook een conformiteitsbepaling is opgenomen, behandeld.

Deel 3
In Deel 3 wordt eerst oud recht terzake van wanprestatie (bij soortzaken) besproken, met name de jurisprudentie die de opmaat vormt voor de belangrijke *Maassluis*-arresten. In de *Maassluis*-arresten werd echter niet gesproken over wanprestatie, maar over een (impliciete) garantie. Voordat deze arresten aan bod komen daarom eerst aandacht voor de figuur van de garantie, in relatie tot het conformiteitsbegrip.

Eerst wordt bezien wat onder het oude recht een kwaliteitsgarantie was. Vervolgens wordt, vanuit de gedachte dat met name de functie van een garantie van belang is, gekeken naar de rol van (impliciete) garanties onder het oude recht als uitweg voor de verborgen gebreken-regeling. De relevante jurisprudentie, met name de *Maassluis*-arresten, wordt besproken.

In het verlengde van de bespreking van de jurisprudentie onder het oude recht wordt daarna een overzicht gegeven van de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van art. 7:17 BW. Veel aandacht wordt daarbij geschonken aan recente jurisprudentie inzake de NVM-akte, waarin het begrip 'normaal gebruik' is opgenomen.

Tot slot wordt in Deel 3 de keuze voor een ruime uitleg van ('normaal gebruik' in) het conformiteitsbegrip verdedigd, en kort aandacht besteed aan relevante omstandigheden voor risico-toedeling.

1.2 Criteria voor conformiteit

3. Criteria voor conformiteit
Gelet op de enorm grote verscheidenheid aan situaties waarin 'conformiteit' ter discussie kan komen te staan zal duidelijk zijn dat een poging één criterium te ontwikkelen dat in elk gegeven geval dwingend tot een bepaalde oplossing leidt zinloos is. Enkele voorbeelden – aan de rechtspraak ontleend – kunnen de verscheidenheid illustreren:

- aan welke eisen moeten grondstoffen en chemicaliën, zoals staal (kabels, platen), gas, olie (Rijn Blend), mangaan, cobalt sulfaat, voldoen? hoeveel kwik mag er bijvoorbeeld in een olieproduct (Rijn Blend) zitten?
- aan welke eisen moeten (onderdelen van) machines en apparatuur (al dan niet tweedehands) zoals mobile magnetic resonance imaging system MRI, mammografische apparatuur, cathodes, auto's, computers, voldoen? mogen bijvoorbeeld aan een compressor eisen worden gesteld met betrekking tot energieverbruik? moet een video-recorder geleverd worden met snoeren met de

juiste pluggen en een handleiding in alle relevante talen? hoeveel pixels mogen ontbreken op een computer-scherm?
- hoeveel procent mag kleding krimpen?
- hoe zuur mag melkpoeder smaken? hoeveel cadmium mag er in mosselen zitten? mag er suiker aan wijn worden toegevoegd (gechaptaliseerde wijn)?
- leidt een ondergrondse lekkende olietank tot aansprakelijkheid van de verkoper van een woonhuis?[1]

Niet alleen is een poging een criterium te ontwikkelen dat in elk gegeven geval dwingend tot een bepaalde oplossing leidt zinloos, het is zelfs de vraag of gelet op de grote verscheidenheid aan situaties één criterium voldoende is als algemene norm. In algemene termen wordt in Atiyah's *The Sale of Goods* opgemerkt:

> Not surprisingly no simple or single *judicial* definition ever emerged. The contract of sale of goods covers such an extraordinarily wide range of transactions that it seems impossible that a single standard of quality could be formulated which is appropriate to all kinds of goods, extending from consumer durables to agricultural produce, to foods and drinks, to live animals and fish, to commodities like coal or iron ore or oil sold as raw materials, to goods sold for resale as well as for use, and to goods sold to consumers as well as to commercial concerns.[2]

En zie ook, uit hetzelfde handboek, de volgende passage over de (on)mogelijkheid van het definiëren van kwaliteitseisen:

> All vague statements or definitions of the standard of quality required by the law, it may be suggested, are somewhat vacuous in practice. They tend to be replaced with concepts of reasonableness which have substantial flexibility. Most such standards give little guidance as to what kind of defects or damage will render goods unsatisfactory ..., and are unhelpful in the practical application of the law.[3]

In dezelfde zin ook uit de *The Law Commission Report* (1987) inzake de herziening van de *Sale of Goods Act*:

> But sale transactions may take an almost infinite variety of forms. A sale may be of a new jet aircraft from the manufacturers to a major international carrier, of a washing machine still in its packaging from a department store to a young married couple, of a catapult to a child, of an old motor car from a backstreet garage to a student, of a breeding ewe from one farmer to another, of thousands of tons of a primary product, such as wheat, from one trader to another (neither of whom will ever see the goods), of a newspaper or box of matches from a street-vendor to a pas-

1 Vergelijk het handboek P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector MacQueen, *The Sale of Goods*, Harlow, England: Pearson Education (11th ed.; 2005) p. 156 noot 63, waar na een dergelijke opsomming wordt opgemerkt: 'These are 'obvious illustrations' to a lawyer, because they are drawn from decided cases, otherwise the selection may have, for the reader, a somewhat surreal quality.'
2 Atiyah/Adams (2005) p. 164.
3 Atiyah/Adams (2005) p. 175.

> ser-by. The possible circumstances are so varied that a single formula to describe the required quality is hard to define.[4]

Voor de verplichtingen van de verkoper is dus niet één criterium, niet 'a single formula', beslissend.

Of een verkoper in een concreet geval aan zijn verplichtingen ten aanzien van de kwaliteit van de te leveren zaken voldaan heeft zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Wanneer men nader inhoud wil geven aan het conformiteitsbegrip, grijpt men bijna onvermijdelijk terug op beschrijvingen van de rechtspraak met betrekking tot bepaalde zaken, zoals auto's of woningen/onroerend goed. Zo bespreekt Hijma, 'ter afronding van de algemene aspecten', casuïstiek op het terrein van grond (bodemverontreiniging), woonhuizen, en motorrijtuigen.[5] Zelf heb ik in het boek *Koop en consumentenkoop* de rechtspraak inzake bodemverontreiniging als voorbeeld gebruikt.[6] Dergelijke overzichten ontbreken in dit werk. Via casuïstiek krijgt men wel inzicht in wat conformiteit inhoudt, maar voor toepassing bij andere gevallen heeft men uiteindelijk meer algemeen geformuleerde criteria nodig. In Deel 2 wordt onderzocht welke criteria in onze èn in andere wetgeving worden gehanteerd. Een belangrijk criterium in de huidige wetgeving is 'normaal gebruik'. Een dergelijk criterium geeft richting aan de beoordeling. Van groot belang hierbij echter is óók vanuit welke benadering men tot een oordeel komt. Gelet op de verscheidenheid aan situaties laten algemene regels zich moeilijk formuleren. Wèl kunnen uitgangsposities worden gehanteerd, zie hierover verder § 1.4. Weliswaar kan men door middel van de voor conformiteit gehanteerde criteria nog niet tot beslissingen in concrete zaken komen, maar daar staat tegenover dat men voor beslissingen wel gebaat is bij inzicht in de structuur, achtergrond en betekenis van de te hanteren criteria. In het betoog komen overigens uiteraard wel diverse casusposities aan de orde. Zo staat in veel van de beschouwingen in Deel 3 de problematiek van bodemverontreiniging centraal.

4. Belang van het onderwerp

Het conformiteitsbegrip is een centraal begrip in het kooprecht. De vraag welke kwaliteit de verkoper moet leveren is een van de meer wezenlijke vragen in het kooprecht. In het handboek van Atiyah wordt dit geformuleerd als volgt:

> The implied term requiring goods to be of satisfactory quality ... is in many respects the most important part of the law of sale of goods. It is here that the seller's obligation as to the quality of the goods supplied must be found, and this is the very heart of the law of sale.[7]

---

4 Rapport van de Law Commission en Scottisch Law Commission (Law COM. No. 160 en Scot. Law COM. No. 104), nr. 3.7. Zie verder in § 4.4.

5 Asser-Hijma 5-I (2007) nrs. 346b-346e. Zie voor oud recht zeer illustratief E.H. Hondius en W.A.M. van Schendel, *Koopboekje. Leidraad bij de rechtshulp in consumentenzaken*, Nijmegen: Ars Aequi (4e dr.; 1980).

6 Zie P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) § 3.8. In de losbladige *Bijzondere overeenkomsten* wordt ook, na rechtspraak met betrekking tot woningen, de jurisprudentie inzake bodemverontreiniging in een aparte paragraaf behandeld. Zie *Bijzondere overeenkomsten* (losbl.) (M.M. van Rossum) Art. 7:17 aant. 2 en 3.

7 Atiyah/Adams (2005) p. 164.

Al eerder werd opgemerkt dat gelet op de grote verscheidenheid aan situaties één criterium voor conformiteit, dat dwingend tot oplossingen leidt, niet haalbaar is. Wel kunnen verschillende maatstaven en criteria worden ontwikkeld die samen richtinggevend zijn. Daarbij kan hopelijk ook de praktijk gediend zijn, in de zin dat koper en verkoper hier steun vinden.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit wel degelijk ook beoogd is. De verwijzing 'naar de omstandigheden van het geval' was voor de leden van de Kamercommissie onvoldoende. Opvallend is de volgende kritiek:

> Het weergegeven criterium is alleen geschikt als maatstaf voor de rechter en niet als criterium aan de hand waarvan de koper en de verkoper kunnen afleiden wie het gelijk aan zijn zijde heeft.[8]

Vergelijk in dit verband Bridge, die meent dat de relevante wettelijke bepalingen (in Engeland) als richtsnoer voor partijen dienen:

> The statutory scheme of implied terms may be seen as a device that preempts much litigation about quality and fitness, setting a standard against which the parties can define their contractual rights and duties.[9]

Bij dit alles moet worden aangetekend dat de oplossing voor geschillen uiteindelijk geen proces is van automatisch toepassen van deze formules, maar een proces van zorgvuldige afweging. Zoals het rapport van de *Law Commission* het formuleert:

> Above all, there is no 'magic' formula which will provide an instant answer in every case to the question whether goods meet the standard of quality which they should have. (Even if there were, this would not resolve most disputes about defective goods, since most disputes are not about the law but about the facts.)[10]

Uiteindelijk ligt de crux in de toepassing, waaraan in § 7.6 nog kort aandacht wordt besteed.[11]

5. *Maatschappelijke context*

De maatstaven en criteria moeten ook toegesneden zijn op de hedendaagse situatie. Een sprekende opmerking in dit verband is van Bridge die, naar aanleiding van de oudere case *Taylor v Combined Buyers* [1924] meldt dat 'although the case itself concerned manufactured goods', de overwegingen van de rechter 'belong to a world of horse and agricultural produce sales.' Hij voegt hieraan toe dat het cri-

8 PG Boek 7, p. 122. Vergelijk ook de kritiek van Algra, zie N.E. Algra, Soepel dwingend recht, *WPNR* 5691 (1984) p. 189 op p. 191.

9 Michael Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press (1997) p. 273. Zie ook M. Bridge, What is to be done about sale of goods, *L.Q.R.* 2003, p. 173 op p. 175.

10 *The Law Commission Report 1987*, nr. 3.11.

11 Expliciet ook *Green paper on Guarantees for Consumer Goods and After-sales Services* (COM (93) 509), p. 28-29.

terium van *merchantable quality* 'has caused trouble in modern conditions because it does not accommodate goods mass-produced to an attainable standard of perfection.'[12]

De noodzaak van aanpassingen aan veranderende maatschappelijke omstandigheden komt tot uiting in de in 1999 verschenen *Green paper* van de Europese Commissie, waarin het traditionele wettelijke kader als volgt wordt beschreven:

> The provisions were suited to traditional societies based on relations of confidence and trust between consumer and seller, and between the latter and his suppliers. The goods sold to the consumer were normally simple from the technical viewpoint. These national legal provisions are often no longer attuned to conditions in modern consumer societies where, at least in certain consumer sectors, neither the vendor nor the consumer look at or check each individual good (which, moreover, is often highly technical) and where relations with consumers have lost their personal character and generally take place in the anonymity of the hypermarket.[13]

In de *Green paper* wordt ook gesproken van 'a mismatch between some traditional legal rules and life in a modern consumer society'.[14]

In de Nederlandse literatuur is er weinig aandacht voor deze context.[15] Als uitzondering kan met name worden genoemd Köster, die in 1971 in een uitvoerige annotatie bij de twee 'automaten'-arresten een groot aantal voor het kooprecht essentiële vragen stelt, waarbij hij ook duidelijk oog had voor de veranderde context waarbinnen overeenkomsten tot stand komen.[16] Een andere uitzondering is Wachter, die in zijn noot bij het *Van Kessel/Werklust*–arrest[17] uitdrukkelijk ook op de wenselijkheid van consumentenbescherming wijst, en een aantal – aan het buitenland ontleende – suggesties hiervoor doet.[18] Voor het overige zijn beschouwingen hierover met name te vinden in de sfeer van de beschrijving van het onderscheid tussen soortkoop en species-koop, en, in verband met de speciale positie van de consument-koper, de vraag van consumentenbescherming (waarover ook § 1.5). De geringe aandacht staat in contrast tot de literatuur over productaansprakelijkheid, waarin wel ruim aandacht voor de wenselijkheid aansprakelijkheid te verruimen, van alleen aansprakelijkheid van de verkoper tot aansprakelijkheid van de producent.[19] Voor conformiteit is met name van belang de massaliteit van het aan-

---

12 Bridge (1997) p. 296. Verwezen wordt naar *Taylor v Combined Buyers* [1924] *NZLR* 627, zie verder over deze zaak § 4.4.

13 p. 14.

14 p. 82.

15 Zie bijvoorbeeld Asser-Hijma 5-I (2007) die slechts de historische ontwikkeling van de regelgeving schetst, zie nrs. 1-7, voortbouwend op Asser-Schut (1981) § 1, p. 1-8. Zie wel over genuskoop en specieskoop nr. 99.

16 Köster, noot bij Warme-drank automaten- en Wasautomaten-arresten, *AA* 1971, p. 440. Zie ook over productenaansprakelijkheid p. 447-448, p. 452-453, en met name p. 454.

17 HR 11 mei 1973, *NJ* 1974, 109 m.nt. BW.

18 Zie ook G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992). Paquay ziet conformiteit als afspraken die gemaakt worden over de kenmerken van een soort van objecten, in plaats van over een bepaald exemplaar. Zie zijn opmerkingen over de verkoper als 'doorgeefluik', op p. 123-124.

19 Zie hierover ook P. Klik, Koop, in: P.G.J. van den Berg en W. Zondag (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (2003), p. 187 op p. 191-192.

tal transacties, de verschillende schakels die betrokken zijn bij de levering aan de uiteindelijke gebruiker (de verkoper als doorgeefluik), en in verband daarmee de positie van de uiteindelijke gebruiker die veelal een particuliere gebruiker, dat wil zeggen een consument, is. De massaliteit houdt in dat er veelal geen plaats is voor een afstemming aan de hand van een concrete situatie, zodat geen 'geïndividualiseerde transactie' kan ontstaan. Dit element kan, zie verder de discussie in § 1.4, worden weergegeven als een objectivering van koopovereenkomsten. Met name de verschillende posities, professionele verkopers en kopers (handelaren), die veelal internationaal opereren, nationaal opererende verkopers, en uiteindelijke consumenten, vallen samen met het verschil in toepasselijke wettelijke regelingen.

6. *'Nederlands recht': Weens Koopverdrag (CISG) – Burgerlijk Wetboek – Europese Richtlijn consumentenkoop*

Recent is het onderwerp van een tweedeling in het contractenrecht, namelijk een meer algemeen contractenrecht en een meer specifiek consumenten-contractenrecht, in de belangstelling komen te staan. Daarbij is een punt van discussie of de 'eenheid van recht', die het BW na de hercodificatie zou hebben bewerkstelligd, nog wel reëel en in de praktijk hanteerbaar is.[20] Deze discussie is in die zin voor het kooprecht achterhaald, dat in het kooprecht al sinds 1992 sprake is van een duidelijke driedeling.

In titel 7.1 van het huidig BW, zoals in 1992 ingevoerd, valt allereerst de grote aandacht voor de consumentenkoop op. In die zin is sprake van een tweedeling, waarbij aangetekend kan worden dat de kooptitel voor de niet-consumentenkoop weinig uitgewerkt is.[21] In 1992 is echter ook voor Nederland het Weens Koopverdrag (CISG) in werking getreden, waardoor voor internationale koopovereenkomsten (kort gezegd: een koop tussen professionals waarbij aan het vereiste van 'internationaliteit' is voldaan) waarop Nederlands recht van toepassing is, het Weens Koopverdrag het geldende recht is. De driedeling Weens Koopverdrag – algemeen kooprecht – consumentenkoop is met de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop in het BW nog eens nader geaccentueerd. Op complicaties die kunnen ontstaan doordat in een bepaalde situatie mogelijkerwijs zowel Weens Koopverdrag als Richtlijn consumentenkoop van toepassing zijn wordt hier verder niet ingegaan.[22]

---

20 Zie in dit verband onder meer J.M. Smits, Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht. Over het gedetermineerd verleden en de postmoderne toekomst van het privaatrecht, *R & R* 1998, p. 10; E.H. Hondius, De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer (1999), p. 387; T. Hartlief, Beweging in het contractenrecht. Het belang van het algemeen deel, in: G.T. de Jong e.a. (red.), *Algemeen-Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2003), p. 41; M.W. Hesselink, The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch experience, *European Law Journal* 2006, p. 279; en recenter nog W. Snijders, Een blik op het BW, *NJB* 2007, p. 10; W.L. Valk, Europa en de erfenis van Meijers, *NTBR* 2007, p. 45 met reactie van Loos, M.B.M. Loos, De invloed van het Europese richtlijnenrecht op de coherentie van het Nederlandse privaatrecht. Reactie op 'Europa en de erfenis van Meijers', *NTBR* 2007, p. 176 (met naschrift van W.L. Valk, p. 179).

21 Zie hierover ook uitvoeriger Klik (2003), p. 187 op p. 192.

22 In de CISG wordt niet met de begrippen 'merchant' of consument gewerkt, maar wordt slechts in art. 2 sub *a* de 'consumentenkoop' uitgesloten, tenzij de verkoper niet wist of had behoren te weten dat de zaken voor persoonlijk gebruik werden gekocht. Zie wel kort over het begrip consument § 1.5. Zie verder Asser-Hijma 5-I →

Ondanks die driedeling wordt echter met gelijke of gelijkluidende bepalingen gewerkt. Voor wat betreft het onderwerp conformiteit, de kwaliteit van de te leveren zaken, geldt vanaf 1992 voor een nationale koop artikel 7:17 BW, ongeacht of sprake is van een 'gewone' koop of een consumentenkoop. Art. 7:17 heeft verder zeer sterke raakvlakken met art. 35 CISG, het artikel dat van toepassing is bij een internationale koop. Met de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop hoefde art. 7:17 BW slechts op enkele kleine punten te worden aangepast. Daarbij wordt in het artikel nog steeds geen onderscheid gemaakt tussen een 'gewone' koop en een consumentenkoop.[23] De makkelijke aanpassing aan de Richtlijn was mede mogelijk omdat de Richtlijn consumentenkoop ook geïnspireerd is door het Weens Koopverdrag.[24] Dit laat echter uiteraard onverlet dat *bij de toepassing* wel degelijk rekening moet worden gehouden met de concrete omstandigheden.[25]

In dit proefschrift wordt de wettelijke regeling van het BW als uitgangspunt genomen. Evenzeer van belang zijn echter de regelingen in het Weens Koopverdrag en in de Richtlijn consumentenkoop. In de bespreking in Deel 2 zal ook aan de orde komen in hoeverre deze normen verschillend worden geformuleerd en of aan deze normen verschillend inhoud wordt gegeven. In dit eerste deel komen meer algemene vragen met betrekking tot conformiteit aan de orde. In Deel 2 worden achtereenvolgens het BW, de CISG, en de Europese Richtlijn consumentenkoop besproken, overigens ook aangevuld met bespreking van buitenlands recht. De nadruk ligt daarbij op het het 'normaal gebruik'-criterium. Het 'bijzonder gebruik'-criterium zoals geformuleerd in het BW komt uitvoeriger aan de orde in de context van de bespreking van de CISG en de Europese Richtlijn consumentenkoop in Deel 2.[26] In Deel 3 is er bij de bespreking van het oud BW en de toepassing van art. 7:17 BW veel aandacht voor de koop van onroerend goed.

7. *Eerdere publicaties*

Eerder publiceerde ik al over conformiteit. Een gedeelte van Hoofdstuk 3 is eerder gepubliceerd in een facultaire bundel in het kader van het Lex Mercatoria-project.[27] Deel 3 berust ook voor een deel op eerdere publicaties, waaronder twee bijdragen aan bundels,[28] artikelen en annotaties over aansprakelijkheid bij bodemverontreiniging.

(2007) nr. 94. Over mogelijke samenloop zie, met betrekking tot algemene voorwaarden, Duitsland: Bundesgerichtshof 31 oktober 2001, zie Pace database.

23 Vergelijk anders de nieuwe opzet van art. 7:21 en 7:22 BW.

24 Opvallend is bijvoorbeeld dat de wetgever een nieuw lid 5 heeft toegevoegd, dat een 'onderzoeksplicht' van de koper regelt, waarbij er echter van mag worden uitgegaan dat deze onderzoeksplicht beperkt is, zoals het vergelijkbare art. 35 lid 3 CISG ook beperkt wordt opgevat. Zie P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) § 3.6, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

25 Naar Nederlands recht gebeurt dit met inachtneming van alle feiten en omstandigheden (*Haviltex*, waarover uitvoeriger § 7.4) en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW), terwijl bijvoorbeeld in de CISG, nàást uitleg van verklaringen van partijen (art. 8), de context van de internationale handelspraktijk (art. 9) een belangrijke rol speelt. Voor de CISG zal men in eerste instantie naar de artikelen 8 en 9 moeten kijken, terwijl de rol van goede trouw onder art. 7 niet geheel duidelijk is. In § 5.2 wordt specifiek aandacht besteed aan het belang van de verschillende context voor de vraag of geleverde zaken aan wettelijke voorschriften moeten voldoen.

26 Deel 2, Hoofdstuk 5, § 5.3

27 P. Klik, Koop, in: F. De Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (2006), p. 155.

28 P. Klik, De aansprakelijkheid van de verkoper van onroerend goed voor asbest: '(on)bekendheidsclausules' en risicoverdeling in veel gebruikte modellen voor de verkoop van onroerend goed, in: '... *maar dit geheel terzij-* →

1.3 Methode

8. Inleiding

Gekozen is voor de methode waarbij conformiteit in een rechtsvergelijkende context wordt besproken, en in het perspectief wordt geplaatst van het oude, vóór 1992 geldende, recht. Bewust wordt de analyse niet beperkt tot een bepaald type koopovereenkomst (bijvoorbeeld consumentenkoop), maar worden de belangrijkste typen koop in de beschouwingen betrokken.

9. Rechtsvergelijking

In Deel 2 wordt bij de rechtsvergelijking veel aandacht besteed aan het uniforme (koop)recht.

In de eerste plaats wordt aandacht besteed aan de uniforme koopverdragen, de *Loi Uniforme sur la Vente Internationale des objets mobiliers corporels* (LUVI) van 1964 en het Weens Koopverdrag (*United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, CISG) van 1980. Het Nederlandse interne kooprecht is niet te begrijpen zonder kennis te nemen van (de invloed van) de koopverdragen.[29] Dit geldt met name voor het conformiteitsbegrip. Het gaat bovendien bij de CISG om voor Nederland geldend recht, dat van toepassing is op internationale transacties, en zeker – op termijn – in staat is het interne recht te beïnvloeden.[30] Verder zal op enkele punten gerefereerd worden aan de *Unidroit Principles for International Commercial Contracts* ('Unidroit Principles'), de *Principles of European Contract Law* (PECL), de (Draft) Common Frame of Reference (DCFR) en het ontwerp van de *Study Group for a European Civil Code*. Een vergelijking met deze (aanzetten tot) 'codificaties' levert nuttig vergelijkingsmateriaal op. Naast het uniforme kooprecht wordt in Deel 2 aandacht besteed aan Amerikaans recht[31] en Engels recht. Met name het Engelse recht komt uitvoerig aan de orde.[32] Aan het eind van Deel 2 wordt de Europese Richtlijn besproken, die inmiddels als Nederlands recht is geïmplementeerd, maar gelet op de herkomst voor het eigen interne recht ook perspectieven voor vergelijking biedt.

10. Confrontatie met het oude recht

Met de invoering van de kooptitel in 1992 lijkt een heel 'nieuw' recht ingevoerd. Voor een groot deel is dit ook het geval, waarbij de expliciete bescherming van de consument-koper het meest in het oog springt. Ook de regeling van art. 7:17, die

---

de', Opstellen aangeboden aan prof. mr J.M. van Dunné, Lelystad: Vermande (1997), p. 77; P. Klik, Koop, in: P.G.J. van den Berg en W. Zondag (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (2003), p. 187.

29 Zie over de invloed van de uniforme koopverdragen, ook op Boek 6, mijn bijdrage P. Klik, Koop, in: F. De Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (2006), p. 155, op p. 155-161. Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 29 over het belang van kennisneming van het buitenlandse recht.

30 Zie voor een duidelijk voorbeeld R.I.V.F. Bertrams, *Enige aspecten van het Weens Koopverdrag*, (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht) Lelystad: Vermande 1995, p. 1, met name op het punt van overmacht op p. 48 e.v., en zie over vereisten voor ontbinding ook Klik (2006), p. 155 op p. 176 e.v.

31 Recent is van de Amerikaanse Uniform Commercial Code (UCC) een nieuw model verschenen, dat momenteel in de afzonderlijke Staten in de wetgeving geïncorporeerd wordt. Het nieuwe model brengt voor het onderwerp van dit proefschrift geen wijzigingen, zodat steeds naar de tekst van het vorige model verwezen wordt.

32 Zie § 4.4 e.v.

voor elk type koop geldt, is vernieuwend. Dit neemt echter niet weg dat aan het oude recht inzichten ontleend kunnen worden ten aanzien van de te hanteren criteria voor de vraag welke 'kwaliteit' geleverd dient te worden. In Deel 3 wordt de relatie gelegd met het oude recht, toegespitst op de figuur van de garantie. Juist de vergelijking met 'garantie' onder het oude recht biedt inzicht in de reikwijdte van conformiteit onder het huidige recht.

1.4 Perspectieven

11. Inleiding

Het conformiteitsbegrip biedt de mogelijkheid tot verschillende benaderingen: een benadering vanuit de positie van de verkoper, vanuit de verwachtingen van de koper, vanuit het criterium 'normaal gebruik' van de zaak, etc. De soepelheid van art. 7:17 impliceert dat bij de toepassing keuzes gemaakt moeten worden. Een aantal verschillende benaderingen en keuzes wordt hier kort aangegeven. Deze perspectieven zullen in het vervolg van het proefschrift worden gebruikt bij de beschrijving van de invulling van het conformiteitsbegrip.

12. Gebrek of conformiteit?

In het huidig BW is in art. 7:17 gekozen voor het conformiteitsbegrip. Daarmee is afscheid genomen van het gebrek-criterium dat was opgenomen in de verborgen gebreken-regeling van art. 1540 e.v. oud BW en is aangesloten bij het uniforme kooprecht. In de Europese Richtlijn consumentenkoop van 1996 is ook gekozen voor het conformiteitsbegrip, zie art. 2 (en ook art. 3).[33] Een voorontwerp van de Richtlijn bepaalde nog dat een consumentenzaak 'defective' (gebrekkig) diende te zijn wilde de koper een actie kunnen instellen. De deskundigen verwierpen dit criterium, omdat zij aansluiting wilden zoeken bij de CISG en bij enige nationale rechtsstelsels.

Wat is het verschil tussen 'gebrekkig' en 'non-conform'? Het verschil tussen deze twee criteria komt bijvoorbeeld tot uiting bij de levering van een auto van een 2007-model, terwijl inmiddels de 2008-modellen al op de markt zijn. Aangezien een nieuwe auto geleverd wordt, lijkt er geen sprake van een 'defect'. Niettemin is duidelijk dat de koper niet krijgt wat hij mocht verwachten.[34] Als een nieuwe machine niet werkt is er sprake van een gebrek, als de machine in een andere kleur wordt geleverd dan overeengekomen is er geen 'gebrek', maar desondanks is er duidelijk sprake van non-conformiteit.[35]

---

33 Zie E.H. Hondius, De consumentenkoop in Europees perspectief/Naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties, *TvC* 1996, p. 245 op p. 249. De keuze van conformiteit in plaats van gebrek is bewust geweest, zie op dit punt de *Green paper*, zie ook R.H.C. Jongeneel, The sale of goods in the Netherlands Civil Code: A contribution to the discussion about the green paper on guarantees for consumer goods and after-sales services, *Consumer Law Journal* 1995, p. 143.

34 Het voorbeeld is ontleend aan Hondius (1996), op p. 249, met verandering van de jaartallen.

35 Ontleend aan de toelichting op paragraaf 22 Orgalime General Conditions, zoals geciteerd door René Franz Henschel, *The Conformity of Goods in International Sales. An analysis of Article 35 in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, København: Forlaget Thomson (2005) op p. 26.

Gelet op de zojuist gegeven voorbeelden lijkt het alsof er een duidelijk onderscheid gemaakt kan worden tussen gebrek en non-conform. De keuze voor het ene of het andere criterium is echter in feite niet beslissend, het gaat veel meer om de invulling ervan. Via uitleg van deze begrippen kan men tot dezelfde resultaten, of tot verschillende resultaten, komen.[36] Daarbij is van belang, meer nog dan welk criterium men hanteert, vanuit welk perspectief wordt geredeneerd.

13. Een enge of ruime benadering

In algemene termen kan men onderscheid maken tussen een enge of ruime benadering. Bij een 'enge' visie komt men tot een beperkter begrip, waarin bij voorbaat minder omstandigheden relevant worden geacht. Deze visie is potentieel minder in het voordeel van de koper dan een ruimere visie. Hierbij wordt dus van belang in hoeverre men de koper een zekere bescherming wil bieden of wil onthouden: *caveat emptor* of *caveat venditor*? Benadrukt moet echter wel worden dat een 'enge' of 'ruime' visie nog niet dwingend is voor hoe de afweging *in concreto* plaats moet vinden.

Het verschil tussen een ruime of enge uitleg laat zich moeilijk verder meer algemeen beschrijven. Als voorbeeld om het onderscheid nader te illustreren kan men denken aan het volgende. In art. 7:17 lid 2 worden de termen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' gehanteerd. Men kan zich beperken tot een analyse van deze begrippen, of lid 2 zien als een *voorbeeld* van nadere concretisering van de verwachtingen van de koper, die ook door andere termen vorm gegeven had kunnen worden.[37] Mag een consument-koper van een televisie die uitstekend werkt (en waarvan men dus kan zeggen dat deze geschikt is voor normaal gebruik) bijvoorbeeld ook niet verwachten dat het apparaat vrij is van ontsierende krasjes?[38] Verder kan men termen beperkt of ruim uitleggen. Art. 7:17 lid 2 gebruikt de termen 'eigenschappen ... die de koper ... mocht verwachten' en 'normaal gebruik'. Bij 'eigenschap' kan men aan een beperkte term denken, of aan een ruimer begrip waaronder ook (handels)waarde valt. Is bijvoorbeeld bij de koop van grond afwezigheid van bodemverontreiniging een 'eigenschap'? De koper die een woonhuis met tuin koopt, waarbij in de tuin bodemverontreiniging wordt aangetroffen, kan het huis, en wellicht ook de tuin, normaal 'gebruiken', maar moet voor het gebruik dat hem voor ogen stond wel de nodige (sanerings)kosten maken.[39]

---

36 Bij het gebrek-begrip is, algemeen gesteld, een *functionele* benadering gemeengoed. Zie ook de *Green paper*: 'In most member States the core definition is similar: the defect taken into consideration is one that diminishes the product's fitness for normal use envisaged in the contract. The notion of functional defect thus takes priority over the more restrictive notion of intrinsic defect in the statutes or, failing this, in case law. The latter notion means that the product itself has a design or manufacturing defect; however, apart from these broad similarities there are many areas where the legal systems differ.' (p. 28) Het laatste deel van het citaat slaat meer op productaansprakelijkheid.

37 Op de vraag in hoeverre men door taal een zekere precisie kan bereiken kan hier verder niet worden ingegaan. Vergelijk problemen met vertalingen van begrippen zoals in de CISG of de Europese Richtlijn, zie hierover ook nr. 69.

38 Zie hiervoor ook Engels recht, § 4.5.

39 Voorbeeld ontleend aan Hof 's-Gravenhage 8 juli 1999, *TMA* 2000, p. 78 m.nt. M.M. van Rossum, ook besproken in P. Klik, Koop van verontreinigd onroerend goed, *M&R* 2002, p. 73 op p. 76.

14. Caveat emptor of caveat venditor?

Hierboven werd de bescherming die men de koper wil bieden of onthouden al aangeduid met de termen *caveat emptor* of *caveat venditor*. In het huidig BW is duidelijk gekozen voor een bescherming van redelijke verwachtingen van de koper. In de formulering van art. 7:17 lid 2 ligt in ieder geval besloten dat de kwaliteit van het geleverde voorop staat.[40] De suggestie dat de verkoper door de overeengekomen zaken te leveren aan zijn verplichtingen heeft voldaan is daarmee definitief onhoudbaar. Onder het oude recht werd deze gedachte voor species-zaken van oudsher al bestreden en voor soortzaken in het *Wasautomaten*-arrest van 1971 verworpen.[41]

Het adagium *caveat emptor* wordt veelal geassocieerd met Engels recht of meer algemeen de *common law*. Hier is echter sprake van in tijd verschuivende opvattingen. Ondanks dat de oude regel in feite niet meer geldt, wordt deze nog altijd vooropgesteld, hetgeen echter een vertekend beeld geeft. Zie over de huidige betekenis bijvoorbeeld duidelijk Bridge in *The Sale of Goods*:

> ... if it has a meaning today, the maxim does not instruct buyers that they contract at their own risk but that they should take sensible precautions.[42]

en dezelfde ook:

> Difficulties posed in modern times by the meaning of merchantable quality evidence a shift in the law. The prevailing policy is to impose strict liability for defective manufactured goods, in other words, to provide a warranty against latent defects.[43]

In Benjamin's *Sale of Goods* wordt aangegeven dat *implied warranties* 'leave little of the maxim *caveat emptor*'.[44] Sir Roy Goode stelt dat 'the *caveat emptor* rule is now a shadow of its former self'.[45] Naar huidig recht is dus veeleer sprake van *caveat venditor*.[46] Uiteraard gaat het om twee uitersten, en een keuze tussen *caveat emptor* of *caveat venditor* doet geen recht aan de werkelijkheid. Uitgaand van een zekere bescherming die de koper geboden moet worden is de vraag hoever en voor welke risico's die bescherming zich uitstrekt.[47]

---

40 Zie verder § 3.3.

41 HR 29 januari 1971, *NJ* 1971, 221 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK.

42 Michael Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press (1997) p. 273. Zie meer volledig: 'It lingers in section 14 (1) but its pedigree and meaning are both obscure. Translated literally, it subjunctively exhorts buyers to beware, and buyers exhibit proper caution who examine goods carefully before they purchase them or secure from the seller an express warranty. As a general bar to recovery, *caveat emptor* belongs to a primitive economy of specific goods and concrete transactions. Even at its height, it never condoned fraud and other unscrupulous practices; if it has a meaning today, the maxim does not instruct buyers that they contract at their own risk but that they should take sensible precautions.'

43 Bridge (1997) p. 293.

44 A.G. Guest (gen. ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet & Maxwell (7th ed.; 2006) 11-024. Zie § 4.8 voor *(implied) warranties*.

45 Roy Goode, *Commercial Law*, London: Penguin (3rd ed.; 2004) p. 298. Zie anders A-G Huydecoper voorafgaand aan HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 342 (*Dries/Van Toll*) inzake verborgen gebreken.

46 Zie verder § 4.7.

47 Zie in dit verband met name § 3.3 over de keuze bij art. 7:17 voor de verwachtingen van de koper als uitgangspunt, § 4.4 over Engels recht, § 7.5 over risico's.

15. Subjectief of objectief? Concreet of abstract?

Een ander meer algemeen punt is vanuit welke positie men toepassing geeft aan de geldende criteria. De verschillende posities worden daarbij met de termen 'subjectief' en 'objectief' aangeduid. In deze terminologie schuilt echter een gevaar voor spraakverwarring. Dit komt omdat naast een meer algemene discussie over uitleg, die recent weer veel aandacht krijgt, ook in het algemene verbintenissenrecht een andere discussie gespeeld heeft, die met name in het kooprecht van belang is, namelijk de discussie over het toespitsen van een beslissing op de concrete situatie of een beoordeling vanuit een meer algemeen perspectief. De discussies hebben uiteraard raakvlakken, maar leiden ook tot begripsverwarring. Het gebruik van de termen 'subjectief' en 'objectief' zonder nadere uitleg leidt al snel tot misverstanden. Het is daarom goed dit al in de inleiding te expliciteren. Eerst wordt de algemene 'uitleg'-discussie uiteengezet, waarbij vervolgens de discussie 'objectief – subjectief' in het algemeen verbintenissenrecht, en de toepassing ervan in het kooprecht, wordt besproken.

16. Uitleg: subjectief – objectief

Vandaag de dag krijgt de kwestie 'subjectief of objectief' met name veel aandacht in verband met het leerstuk van de uitleg. Op dit punt wordt kort ingegaan op het verschil tussen subjectieve of objectieve uitleg, aan de hand van de bepalingen in de CISG, met verwijzingen naar de Unidroit Principles.

Bij een subjectieve uitleg gaat het om de gemeenschappelijke intentie van partijen. Deze uitleg is nog de basis voor de uitleg van partij-verklaringen in de CISG. Vaak wordt subjectieve uitleg in verband gebracht met de subjectieve wil van één van de partijen. Art. 8 lid 1 CISG corrigeert dit, in de zin dat de bedoeling van de ene partij slechts relevant is voor zover de wederpartij dit wist of daarvan niet onkundig kon zijn.[48] Hoewel de subjectieve uitleg in de CISG nog uitgangspunt is, wordt algemeen erkend dat deze bepaling weinig toegepast zal kunnen worden:

> However, the test of actual intent contained in paragraph (1) will not often be applied in practice. This is because it will not usually be possible for a party to show either that the other party knew or that the other party could not have been unaware of the first party's intent. [49]

48 Art. 8 (1) CISG:
For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.
Vergelijk ook art. 4 UP en art. 5: 101 PECL.

49 Farnsworth in Bianca/Bonell (1987) Art. 8 aant. 2.3. Zie ook UP Comment 1: 'The practical importance of the principle should not be over-estimated, ...'. Zie ook Honnold: '... current references to 'will' as the basis for contract resemble the echoes of a distant thunder from a storm that has passed.', John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (1982) Art. 8 § 106, ook aangehaald door D. Dokter, Interpretation of exclusion-clauses of the Vienna Sales Convention, *Rabelsz Bd.* 68 (2004), p. 430 op p. 434. Vergelijk Harry M. Flechtner, The U.N. Sales Convention (CISG) and MCC Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D'Agostino, S.p.A.: The Eleventh Circuit Weighs in on Interpretation, Subjective Intent, Procedural Limits to the Convention's Scope, and the Parol Evidence Rule, 18 *Journal of Law and Commerce* 1999, p. 259, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner1.html>.

Bij een objectieve uitleg wordt afstand genomen van de bij de overeenkomst betrokken partijen en wordt een maatstaf van 'een redelijke persoon' toegepast. Deze maatstaf kan op diverse verschillende manieren worden ingevuld.[50] Art. 8 lid 2 CISG formuleert het als volgt:

> If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.[51]

Dit is ook de maatstaf die in de Unidroit Principles wordt gehanteerd.[52]

Een volgende stap is normatieve uitleg. Centraal bij normatieve uitleg staat het betrekken van de rechtsgevolgen in de uitleg. In de definitie van Van Dunné: 'Onder de uitleg van een rechtshandeling wordt verstaan het vaststellen van de rechtsgevolgen die de handelende persoon toegerekend worden.' Gelet op deze definitie wordt ook – en wat mij betreft in dit verband verhelderend – gesproken over de toerekeningsleer. Vanuit deze visie wordt uitleg 'concreet' ingevuld: 'Dit betekent de vaststelling – op grond van de *voor het concrete geval* geldende rechtsnorm(en) – dat ten opzichte van de handelende persoon verbintenissen ontstaan zijn en/of teniet gegaan zijn, en in het eerste geval, de bepaling van hun inhoud. (mijn curs., PK)' Daarbij geldt ook dat uitleg steeds een redelijke uitleg is, dat wil zeggen niet bezien vanuit de beleving van de betrokken partij (subjectief), maar vanuit een objectief standpunt.[53]

Ten aanzien van het uitleggen 'op grond van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm' kan worden gewezen op een discussie over hetgeen tot het concrete geval gerekend moet worden, de vraag welke omstandigheden men relevant acht. In het eerder aangehaalde art. 8 CISG worden in lid 3 de volgende omstandigheden genoemd:

> In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

---

50 Voor een overzicht zie ook M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1999), p. 146 e.v., zie ook R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, *RM Themis* 2005, p. 2 op p. 13-14, die een vijftal 'hoofdvormen' van objectieve uitleg weergeeft.

51 Zie ook in relatie to conformiteit Honnold (3rd ed.; 1999) § 225.

52 Zie ook UP Comment 2: 'The test is not a general and abstract criterion of reasonableness, but rather the understanding which could reasonably be expected of persons with, for example, the same linguistic knowledge, technical skill, or business experience as the parties.'

53 Hierover verder J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 2 (oorspronkelijk in J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1971), p. 198).

Vergelijkbaar ook Art. 4.3 (Relevant circumstances) Unidroit Principles:

> In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including (a) preliminary negotiations between the parties; (b) practices which the parties have established between themselves; (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract; (d) the nature and purpose of the contract; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned; (f) usages.[54]

Opgemerkt moet worden dat voor de *common law* een dergelijke bepaling vreemd is. Zie echter verder § 4.8 over Engels recht in verband met de *parol evidence*-regel en recente rechtspraak waarin centraal wordt gesteld dat geredeneerd moet worden vanuit de 'matrix of fact', een begrip dat zeer ruim opgevat dient te worden waarbij van belang is 'all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract'. Bij de vraag vanuit wiens positie, de betrokken partij (subjectief) of vanuit een objectief standpunt, gekeken wordt kent het Engelse recht echter wel een vergaande mate van objectivering.[55] In het verlengde hiervan kent men in het Engelse recht wel de figuur van de *implied term*, die inmiddels ook een plaats heeft gevonden in de Unidroit Principles, in art. 4.8 (Supplying an omitted term).[56]

In de gegeven definitie van uitleg als vaststelling van rechtsgevolgen wordt uitleg 'concreet' ingevuld. Het oordelen op grond van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm speelt ook een rol bij de andere genoemde discussie, namelijk de discussie over een objectieve of subjectieve opvatting bij de regels van het verbintenissenrecht.

17. De discussie objectief – subjectief in algemene zin en in het kooprecht. Abstract of concreet. Absoluut of relativerend

In het algemene verbintenissenrecht is er bij diverse leerstukken discussie over de vraag of bij de toepassing van regels subjectief of meer objectief naar een situatie gekeken moet worden. Van Brakel plaatste in zijn rede *De Subjectieveering van het Recht* van 1929 de discussie in een breed kader, waarbij hij achtereenvolgens dwaling (waar de vraagstelling ontwikkeld werd), verborgen gebreken, en overmacht besprak. Zijn conclusie was dat op het gebied van het verbintenissenrecht een algemene neiging tot subjectivering, 'of wil men liever tot relativeering' is ontstaan.[57]

Een meer specifieke toepassing van een objectieve maatstaf is te vinden in het kooprecht. Bij de vraag wat een 'gebrek' is en tot welk gebruik de zaak bestemd

54 J. Ramberg, *International Commercial Transactions*, ICC Kluwer Law International (2000) p. 33 wijst op het laatste element, waarbij hij aantekent dat hiermee 'the necessity to apply an objective – *depersonalised* – method of interpretation' (mijn curs., PK) wordt aangegeven.

55 Zie verder § 4.9.

56 Zie verder in § 4.8.

57 S. van Brakel, *De Subjectiveering van het Recht*, (oratie) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1929) p. 6-10.

is, heeft in de loop der tijd een verschuiving van inzicht plaatsgevonden, van een 'objectieve' leer naar een meer 'subjectieve' opvatting. In de objectieve leer werd belang gehecht aan wat de 'doorsnee' koper zou verwachten. In de 'subjectieve opvatting' werd gekeken naar de verwachtingen van partijen, en werd rekening gehouden met de omstandigheden van het geval. Men kan ook zeggen dat in de objectieve visie de zaak zelf (het object) centraal staat, terwijl in de subjectieve visie vanuit het perspectief van de betrokken partijen geoordeeld wordt. In de zogenaamde objectieve visie gaat het dus *niet* om de verwachtingen die de betrokken partijen redelijkerwijs in de gegeven omstandigheden mochten hebben, maar gaat het eerder om de kwaliteit van zaken.[58] Zoals Kamphuisen het formuleert:

> Anders gezegd, in deze leer (objectieve leer, PK) moet men bij iedere zaak in abstracto vaststellen, welke eigenschappen daarbij steeds en overal als gebrek moeten worden beschouwd, b.v. dampigheid bij een paard, tuberculose bij een koe enz. ...[59]

De subjectieve leer wordt door Kamphuisen omschreven als volgt:

> Daarnaast heeft men de subjectieve leer, die zich afvraagt of van deze bepaalde koper, gezien de inhoud van deze concrete overeenkomst en de speciale omstandigheden van het geval, aan te nemen is, dat hij de koop toch en wel tegen dezelfde prijs zou hebben gesloten, indien hij de betrokken eigenschap zou hebben gekend. ...[60]

Bij dit onderscheid tussen een objectieve en subjectieve visie kunnen overigens een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Uiteraard bevat de subjectieve visie vaak ook objectiverende elementen, al is het alleen maar dat in de beoordeling van de concrete situatie ook een element van redelijkheid een rol zal spelen, vergelijk hetgeen eerder gezegd werd over objectieve uitleg. Verder lijkt het weliswaar, zie het zojuist geciteerde van Kamphuisen, dat de verwachtingen van de koper centraal worden gesteld[61], maar ook de positie van de verkoper is relevant, zie bijvoorbeeld Kamphuisen die hier ook heel nadrukkelijk op wijst:

> Dus niet alleen de koper, ook de verkoper moet hebben geweten of althans kunnen begrijpen wat de koper met de verkochte zaak voor had.[62]

---

58 Zie in dit verband ook het onderscheid zoals dat in verband met de Europese Richtlijn wordt gemaakt, zie verder § 5.4.

59 Asser-Kamphuisen (1960) p. 96, met verwijzing naar een groot aantal auteurs dat zich met dit verschil in opvatting heeft beziggehouden.

60 Asser-Kamphuisen (1960) p. 96.

61 In die zin bijvoorbeeld J.I. van Doorninck, *Het verborgen gebrek en de handel in dieren*, (diss. Utrecht) Wageningen: H. Veenman & Zonen (1954).

62 Asser-Kamphuisen (1960), p. 97. In feite is dit laatste ook in 1881 al de benadering van Opzoomer (die algemeen tot de 'objectieven' gerekend wordt), die op het belang van de verkoper wijst en zich er slechts tegen verzet om 'de geheel eigenaardige opvatting' van de koper te laten prevaleren, C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek*, achtste deel, 's-Gravenhage: Belinfante (1883), p. 138.

Tot slot kan er op worden gewezen dat de hele discussie zich destijds afspeelde binnen het kader van de verborgen gebreken-regeling. In beginsel gaat het dus om species-zaken. Alle voorbeelden gaan in feite echter over een nog beperktere categorie zaken, de koop van vee.[63] Dit alles rechtvaardigt de vraag in hoeverre naar huidig recht, nu soortzaken de norm zijn en species-zaken de uitzondering, een meer objectieve visie wellicht niet weer op zijn plaats is. Een pleidooi voor objectivering, maar nog steeds in relatie tot wat juridisch-technisch species-zaken zijn, is te vinden bij Wachter in zijn noot bij het *Van Kessel/Werklust*-arrest.[64] Na te hebben geconstateerd dat de verwachtingen van de koper in de sleutel van redelijkheid en billijkheid moeten worden geplaatst, stelt hij dat dit met zich brengt dat in een aantal gevallen het verkochte voorwerp aan objectieve criteria zal moeten voldoen.

> Zeker in die gevallen, waar de handel in individueel bepaalde goederen een omvang van betekenis aangenomen heeft, bestaat er alleszins aanleiding ook aan dergelijke voorwerpen kwaliteitseisen te stellen. Men denke slechts aan de duizenden tweedehands auto's, welke particulieren dagelijks via advertenties of anderszins te koop aanbieden.

Opvallend modern is dat hij aangeeft dat hierbij rekening kan worden gehouden met de maatschappelijke positie van de koper c.q. verkoper, 'en de aan die hoedanigheid gerelateerde verwachtingen met betrekking tot de verkochte zaak'.[65] Vertaald naar een moderne visie kan men voor bepaalde zaken de objectieve elementen als uitgangspunt nemen en vervolgens met de subjectieve elementen waar nodig corrigeren.[66]

Zoals gezegd werd het onderscheid tussen een objectieve en subjectieve leer niet alleen bij verborgen gebreken/koop gemaakt. Een vergelijkbare omschrijving van de subjectieve leer als de omschrijving die hierboven aangegeven werd, zie het citaat van Kamphuisen, is in dezelfde periode te vinden in Asser-Goudoever ten aanzien van dwaling:

> Volgens deze omschrijving ...[67] moet men zich telkens afvragen, of bij deze overeenkomst zekere eigenschap der zaak als van zoodanig belang voor eene der partijen kan gelden, dat die partij de overeenkomst niet zou hebben aangegaan, als zij had geweten, dat de zaak die eigenschap miste.
>
> Ter beantwoording van die vraag kan men de eigenschappen eener zaak niet verdeelen in zulke, welke in het algemeen oorzakelijken invloed hebben op de toestemming, en andere, aan welke

63 Zie E.H. Hondius, De consumentenkoop in Europees perspectief/Naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties, *TvC* 1996, p. 245 op p. 248: 'Toen wij de regeling van de verborgen gebreken afschaften, werd daarmee een stuk Nederlandse agrarische cultuur afgeschaft, waar alleen de repetitoren bedroefd om kunnen zijn geweest.'

64 HR 11 mei 1973, *NJ* 1974, 109 m.nt. BW.

65 *NJ* 1974 p. 264.

66 Hierover verder ook § 2.4.

67 Gerefereerd wordt aan de leer van „la substance de la chose" van Pothier, PK.

deze invloed nimmer kan toekomen, maar moet men telkens letten op het doel, dat met deze bijzondere overeenkomst werd beoogd.[68]

Verwarrend is dat de termen 'subjectief' en 'objectief' dus een dubbele betekenis hebben. In de algemene uitleg-leer staat subjectief voor een uitleg waarbij getracht wordt de subjectieve beleving van de partijen te achterhalen. In de discussie objectief – subjectief betekent subjectief dat vanuit een concrete situatie gekeken wordt. De term objectief betekent in de algemene uitleg-leer dat niet naar het inzicht van de betrokken personen, maar conform de maatstaf van een redelijke persoon of de redelijkheid wordt geoordeeld. In de discussie objectief – subjectief houdt objectief in dat het object van de overeenkomst, bij koop dus (de eigenschappen van) de zaak, centraal staat. Deze discussies over een subjectieve of objectieve uitleg of concrete of abstracte benadering komen op diverse plaatsen in dit proefschrift aan de orde. Zoveel mogelijk zal worden aangegeven welke discussie bedoeld wordt. De discussie objectief – subjectief in algemene zin zoals boven geschetst zal daarbij ook worden aangegeven als abstract en concreet, of absoluut en relativerend.

Bij het verschil in benadering tussen abstract en concreet (absoluut en relativerend) kan men niet *a priori* zeggen welke benadering in het voordeel van de verkoper, en welke in het voordeel van de koper, uitvalt. In de objectieve opvatting kan de koper in ieder geval rekenen op vaste eigenschappen. In de meeste gevallen zal echter het niet rekening houden met subjectieve omstandigheden in het nadeel van de koper zijn.

18. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

De vraag van conformiteit kan vanuit verschillende perspectieven worden benaderd. Deze perspectieven zullen in het vervolg van het proefschrift worden gebruikt bij de beschrijving van de verschillende regelingen van conformiteit, om op die manier meer helderheid te kunnen krijgen over de aan de verschillende regelingen ten grondslag liggende gedachten, en de gemaakte keuzen meer expliciet te maken. In deze paragraaf is in algemene zin aangegeven vanuit welke perspectieven men naar conformiteit kan kijken; in de volgende paragraaf, § 1.5, komt aan de orde of een onderscheid tussen de verschillende typen koop zinvol is.

68 Asser-Van Goudoever (1948) p. 296. Eerder ook Van Brakel (1929) p. 6-7: 'Dezelfde eigenschap, die in het eene geval zonder belang is, kan in een ander van de grootste betekenis zijn.' en 'In de plaats van een maatstaf, afgeleid uit het object der overeenkomst treedt er dus een, geheel ontleend aan de voorstellingen der subjecten, die de overeenkomst aangingen.'

1.5 Conformiteit: typen koop. Differentiatie?

19. Inleiding

Bij de koopovereenkomst zijn verschillende soorten koop te onderscheiden: handelskoop of gewone koop, consumentenkoop, koop van roerende of onroerende zaken. Traditioneel worden de verantwoordelijkheden van verkoper en koper bij de verkoop van een *roerende* zaak besproken, waarbij vervolgens onderscheid wordt gemaakt tussen de handelskoop en de algemene koop.[69]

In Nederland is er een ontwikkeling geweest van een apart recht voor handelaren, met name tot uitdrukking komend in een apart Wetboek van Koophandel (1838) (dat overigens in art. 1 al verklaarde dat het BW van toepassing was voor zover niet anders bepaald), via geleidelijke afschaffing (in 1934 de opheffing van het verschil tussen kooplieden en niet-kooplieden en handelsdaden en niet-handelsdaden), of liever gezegd: sterk doordringen van handelsrecht in het algemene burgerlijk recht ('vercommercialisering'), tot, bij de invoering van de kooptitel in 1992, een apart recht voor consumenten.[70]

Het begrip handelskoop laat zich lastig omschrijven.[71] Van Delden komt niet tot een definitie. Na een aantal opvattingen te hebben verworpen,[72] komt hij tot de volgende criteria:

- de overeenkomst moet roerende, lichamelijke zaken betreffen;
- partijen hanteren in hun koopovereenkomsten in de handel gebruikelijke afkortingen, welke betekenis hebben met betrekking tot levering en/of risico-overgang;
- tenminste de afleveringstermijn (of afroeptermijn respectievelijk afladingstermijn) heeft een fataal karakter;
- het voorwerp van de koop heeft in het algemeen een marktwaarde.[73]

---

69 Zie ook § 4.2 over internationale handelskoop en fabrikatenkoop en § 6.2 over wanprestatie.

70 Over de vraag of dit weer tot verbrokkeling leidt zie A.S. Hartkamp, Het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de eenheid van het privaatrecht, *NJB* 1983, p. 1069. Zie uit velen ook R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht: over de aard en de positie van het handelsrecht, in het bijzonder in verhouding tot het burgerlijk recht, in Nederland in de negentiende en de twintigste eeuw*, (diss. Amsterdam UvA) Nijmegen: Ars Aequi Libri (1998); P. Klik, Koop, in: P.G.J. van den Berg en W. Zondag (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (2003), p. 187 op p. 192.

71 In het studieboek *Inleiding Handelsrecht* wordt de handelskoop expliciet als 'een vaag begrip' bestempeld en wordt geconcludeerd dat het onmogelijk is een eenduidig beeld van de handelskoop te geven, zodat het als juridisch begrip onbruikbaar is, zie Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding Handelsrecht*, deel 1, Groningen: Wolters-Noordhoff (5e dr.; 2006) § 1.2, p. 9-10.

72 Zo beargumenteert hij waarom 'handelskoop' niet, althans niet zonder meer, gelijk kan worden gesteld met bijvoorbeeld een genuskoop, verkoop tussen handelaren, koop waarbij de verkoper ook voor vervoer zorg draagt, koop waarbij het verkochte (bij vervoer) verzekerd wordt, of koop op termijn.

73 Zie voor een beschrijving van het gebied van de handelskoop R. van Delden, *Overzicht van de handelskoop*, Deventer: Kluwer (1983) p. 4-10, met criteria op p. 8-9. Zie ook Jb. Zeylemaker Jzn., *Handelskoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1939), Hoofdstuk 1 met een beschrijving van de handelskoop tegenover de koop van het burgerlijk recht. Zie ook H.F.A. Völlmar, *Nederlandsch Burgerlijk Recht*, deel III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1947) § 829 op p. 498. Oly verstaat onder handelskoop de verkoop van stapelgoederen (commodities) op termijn met gebruikmaking van in de handel gebruikelijke standaardtermen, G.G. Oly, *Koop. Inleiding in het recht van ruil tot handelskoop*, Deventer: Kluwer (1988) p. 31-32. Zie ook B. Wessels, *Koop: Algemeen*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 2003), (Mon. NBW B 65a) nr. 27.

Met het weergeven van deze criteria kan hier worden volstaan, aangezien hiermee voldoende duidelijk wordt wat in het algemeen onder handelskoop kan worden verstaan.

Sinds de jaren zestig van de vorige eeuw is daar de onderscheiding tussen koop in het algemeen en consumentenkoop bij gekomen.[74] Het gaat dan nog steeds om 'kooprecht', maar de vraag is of dit recht niet zozeer verschillend is, zeker als men kijkt naar handelskoop, dat men moet spreken van een ander soort recht, en men in feite 'intern rechtsvergelijkend' te werk gaat. Bij de verplichtingen en aansprakelijkheden van de verkoper zal men zich steeds rekenschap moeten geven van de vraag of, en zo ja hoe, de positie (kennis, deskundigheid, etc.) van koper en verkoper van belang is.

De vraag van de differentiatie naar verschillende typen koop wordt in deze paragraaf nader uitgewerkt.[75] Door middel van een korte schets van de diverse soorten koop waarop de kooptitel van toepassing is, wordt nader geïllustreerd hoe moeilijk het is om algemene criteria voor conformiteit te formuleren. Kan het conformiteitsvereiste bij elke soort van koop worden toegepast en in hoeverre volgen al op voorhand uit de aard van de koopovereenkomst aanwijzingen voor de toepassing?

20. Typen koop/verschillende invalshoeken?

In art. 7:1 wordt koop gedefinieerd als 'de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen'.[76] Ondanks deze zeer ruime definitie lijkt de kooptitel inhoudelijk toegeschreven te zijn op de koop van individueel bepaalde zaken en niet op de handelskoop. Zo ook het oud BW, waar de wetgever de specieskoop voor ogen had.[77] Duidelijk is dat men besefte dat niet alle typen koop echt hun plaats gevonden hadden in het ontwerp voor het NBW. Expliciet werden in dit verband bijvoorbeeld genoemd de fabrikatenkoop, de handelskoop en de compensatiekoop. Van een verdere aanvulling werd echter afgezien omdat dat op dat moment niet opportuun geacht werd.[78]

---

74 Over het consumentenkooprecht zie ook hieronder in deze paragraaf, nr. 21. Zie voor een overzicht van de consumentenkoop R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1988) en latere drukken, meest recente druk P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) en M. van Delft-Baas, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (1992) (Mon. NBW B 65b), M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b).

75 Zo ook G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992) p. 1, die opmerkt dat de regeling van de conformiteit in beginsel op dezelfde wijze werkt voor de consumentenkoop, voor de koop tussen particulieren en voor de handelskoop.

76 Vergelijk de ruilovereenkomst, waarbij de prijs niet in geld betaald hoeft te worden, en de bepalingen betreffende koop overeenkomstige toepassing vinden, zie art. 7:49 en 7:50 BW.

77 De toepasselijkheid van de kooptitel op de genuskoop is onder het oude recht onderwerp geweest van veel discussie, waarbij met name de regeling van de verborgen gebreken een rol speelde. Hierover Asser-Kamphuisen (1960) p. 27-28 en op hoofdlijnen P.A.J. Losecaat Vermeer, Het bizondere deel van het Verbintenissenrecht van 1838 en heden, in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838 - 1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1938), p. 507 en A.S. Hartkamp en J. de Boer, Ontwikkeling van het kooprecht in de laatste 50 jaar, in: *Recht vooruit. 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer (1988) p. 43.

78 PG Boek 7, p. 47. In antwoord op een vraag van het Kamerlid Wolffensperger hierover antwoordt de minister dat een aanvulling van de codificatie denkbaar is. Zie verder F.W. Grosheide, Nieuwe contractsvormen, *WPNR* 6140 (1994) p. 411, die opmerkt dat voor de nieuwe contractsvormen doorgaans gecontracteerd wordt op basis van standaardcontracten, waarbij er mogelijk zijn die tussen brancheorganisaties zijn uit-onderhandeld.

Slechts aan het eind van de kooptitel vindt men enkele bepalingen die specifiek van belang zijn voor de handelskoop.[79] In de toelichting bij het voorontwerp van een wettelijke regeling voor consumentenkoop uit 1978 wordt in verband met de verplichtingen van de verkoper, en met name de regelingen die in de plaats komen voor de 'vrijwaring verplichtingen', (thans) art. 7:15 en 7:17, vermeld dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten zaken, bijvoorbeeld tussen roerende en onroerende zaken of tussen soortzaken en individueel bepaalde zaken. In hoeverre is dit bij de regeling van conformiteit een realistisch standpunt?[80]

In de inleiding werd al aangegeven dat verschillende typen koop kunnen worden onderscheiden.[81] De vraag naar hetgeen de koper 'mocht verwachten' en wat 'normaal gebruik' inhoudt kan men vanuit verschillende invalshoeken benaderen, vanuit de optiek van consumentenbescherming, vanuit het recht van de handelskoop, of vanuit het onroerend goed-recht. In hoeverre komt men wanneer men bijvoorbeeld consumentenbescherming voorop stelt tot een andere invulling van het begrip 'normaal gebruik' dan wanneer men de zaak vanuit de pure handelskoop benadert?

21. Koop en consumentenkoop

Dat op verschillende typen koop verschillende regels van toepassing dienen te zijn is niet omstreden waar het de consumentenkoop betreft. Tekenend in dit verband is de volgende uitlating van de minister:

> Inderdaad zou het onjuist zijn om alle koopovereenkomsten, consumentenkoop of niet, op dezelfde wijze te behandelen waar het de omvang van de verplichtingen van de verkoper c.q. van de rechten van de koper betreft.[82]

In de kooptitel treedt consumentenbescherming zeer sterk naar voren. In art. 7:5 wordt de consumentenkoop gedefinieerd als de koop met betrekking tot een roerende zaak, die wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en een koper, natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.[83]

Aan de discussies over het begrip 'consument', wie wel of niet als consument beschermd dient te worden, ga ik hier voorbij, ik wijs slechts op het feit dat inmiddels een Europees begrip 'consument' onvermijdelijk is.[84] De behoefte aan een

---

79 Zie ook P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) hoofdstuk 8.

80 PG Boek 7, p. 20.

81 Zie § 1.2 en § 1.5.

82 PG Boek 7, p. 121. Zie ook op dezelfde pagina de zinsnede: 'Deze bepaling vormt de spil waarop het – dwingendrechtelijk – stelsel van aansprakelijkheid van de verkoper en rechten van de koper is gebaseerd.'

83 Vergelijk de definitie van de regeling van algemene voorwaarden in Boek 6, waar echter geen eisen worden gesteld aan de hoedanigheid van de 'gebruiker'.

84 Vergelijk het bekende voorbeeld van de tandarts die een 'zitje' koopt voor de wachtkamer. Voor de verschillende opvattingen in de literatuur zie R.H.C. Jongeneel, Koop en consumentenkoop, Deventer: Kluwer (4e dr.; 1997) en Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 78. Zie ook HvJ 20 januari 2005, zaak C-464-01 (*Gruber v. Bay Wa AG*), *NJ* 2006, 278 m.nt. Vlas, *TvC* 2005, p. 194 m.nt. Loos. In het arrest werd voor de toepassing van de bepalin- →

aparte regeling voor de consumentenkoop is destijds door Van Delft-Baas als volgt onder woorden gebracht:

> Wanneer men bedenkt dat de consumentenkoop de meest gesloten overeenkomst is, lijkt een afzonderlijke regeling met voldoende waarborgen voor de consument-koper als zwakkere partij en meer duidelijkheid gerechtvaardigd. Het belang is groot. Als de ongeveer 14 miljoen Nederlanders ieder gemiddeld één consumentenkoop op een dag zouden sluiten, zou het al ongeveer 5 miljard kopen per jaar betreffen.[85]

Deze bescherming heeft bij het ontwerp van de kooptitel geen gestalte gekregen door aparte aan de consumentenkoop gewijde afdelingen.[86] De consument-koper wordt beschermd doordat een groot deel van de kooptitel voor de consumentenkoop tot dwingend recht wordt gemaakt: van de bepalingen in de eerste zeven afdelingen kan niet ten nadele van de consument worden afgeweken, zie art. 7:6. Niet alleen zijn afdeling 1 tot en met afdeling 7 voor de consumentenkoop tot dwingend recht verklaard, tevens bevatten deze afdelingen diverse voor de consumentenkoop apart opgenomen bepalingen.[87]

Voor de regeling van conformiteit is niet een voor consumenten aparte bepaling opgenomen. Al in de ontwerpfase was men blijkbaar van mening dat een specifiek op de positie van consumenten toegesneden regeling van conformiteit niet

---

gen van het EEX een beperkt begrip 'consument' gehanteerd: de overeenkomst moet *uitsluitend* worden gesloten om te voorzien in de consumptiebehoeften van een persoon als particulier. Zie ov. 36: '... waarbij aansluiting moet worden gezocht bij de positie van deze persoon in een bepaalde overeenkomst, rekening houdend met de aard en het doel daarvan, maar niet bij de subjectieve situatie van deze persoon, daar eenzelfde persoon voor sommige verrichtingen als consument en voor andere als economisch subject kan worden beschouwd.' De uitspraak wordt overigens wel expliciet in de context van het EEX, zie ov. 44, geplaatst. Vergelijk recent in dit verband Article 1:202 van de Acquis Principles: Consumer means any natural person who is mainly acting for purposes which are outside this person's business activity.' Zie over de consument in Europa onder meer H.A.G. Temmink, Hoofdstuk 2 Europees consumentenrecht, in: E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Consumentenrecht*, Deventer: Kluwer (1996), p. 9, § 2.4 op p. 11. Vergelijk ook K. Mortelmans en S. Watson, The notion of consumer in community law: a lottery?, *TvC* 1995, p. 229; C.A. Joustra, Naar een uniform begrip 'consument'? in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Consument zonder grenzen*. Opstellen aangeboden aan M. van Delft-Baas, Deventer: Kluwer (1996) p. 201; E.H. Hondius, Wie is consument?, in: P.B. Cliteur e.a. (red.), *It ain't necessarily so*, (Franken-bundel), Deventer: Kluwer (2002), p. 83. Zie recent ook G.J. Rijken, in E.H. Hondius en G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris (2006) Hoofdstuk 1 Ontstaan en positie van het consumentenrecht, p. 21 op p. 28-29 en Hoofdstuk 2, Europees consumentenrecht, p. 31, zie § 2.15 op p. 48-49, verwijzend naar M. de Witte & A. Vermeersch, *Europees consumentenrecht*, Antwerpen: Maklu (2004), p. 14-15 en 55-80, zie ook over het *Gruber*-arrest § 2.23 op p. 54-56, en zie ook M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht*, (oratie) Amsterdam: Vossiuspers UvA (2006) op p. 15-17 en C.C. van Dam, De gemiddelde consument in Europa: een pluriforme verschijning, in: D. Busch en H.N. Schelhaas (red.), *Vergelijkender Wijs*, (afscheidsbundel E.H. Hondius) Deventer: Kluwer (2007), p. 59.

85 M. van Delft-Baas, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (1992) (Mon. NBW B-65b) p. 1-2. Zie ook R.H.C. Jongeneel, Hoofdstuk II Koop, in: C.J. van Zeben (red.), *Compendium Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (9e dr.; 1998), nr. 14 op p. 13, en verder A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (3e dr.; 2002) (Mon. NBW A-1), nr. 18.

86 De afdelingen 9A (Overeenkomsten op afstand) en 10A (Koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken) zijn in hun werking wel beperkt tot consumentenkoop. Deze bepalingen zijn echter later toegevoegd ter implementatie van Europese Richtlijnen.

87 Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over (de noodzaak van) consumentenbescherming PG Boek 7, p. 16-19. Zie ook de heftige discussies destijds over de consumentenbescherming, vergelijk bijvoorbeeld de belangrijke publicatie van N.E. Algra, *Koning Klant, een dwingeland? De koop volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff (1984). Over dwingend recht in meer algemene zin M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Deventer: Kluwer (2000) (Mon. NBW A-19).

nodig was: in het *Advies Consumentenkoop* van 1980 komt men tot het volgende oordeel ten aanzien van het voorgestelde algemene artikel:

> De commissie meent dat dit artikel, dat inmiddels via de rechtspraak van de Hoge Raad (Wasautomatenarrest van 29-1-1971, NJ 1971, 221) al voor een belangrijk deel geldend recht is geworden, ook ten aanzien van de consumentenkoop een belangrijke rol zal vervullen.[88]

Wel werd, 'om de rechter een zekere beoordelingsmaatstaf te geven', door een deel van de commissie aanbevolen niet-limitatieve specificeringen op te nemen. Daarbij werd gedacht niet alleen aan de reeds in lid 3 genoemde afwijkingen in getal, maat of gewicht, maar ook aan 'normale eisen van bruikbaarheid, betrouwbaarheid en levensduur'. In een voetnoot werd hierbij verwezen naar de criteria *merchantable quality* en *fitness for the purpose* in de Engelse *Supply of Goods (Implied Terms) Act*. Een ander deel van de commissie (de ondernemersvertegenwoordigers) verwierp echter de toevoeging van de genoemde normale eisen van de bruikbaarheid, betrouwbaarheid en levensduur, omdat 'deze begrippen slechts kunnen worden gedefinieerd in het kader van de overeenkomst'.[89]

Geconcludeerd kan worden dat er van meet af aan overeenstemming bestond dat aan een specifieke regeling van conformiteit voor consumenten geen behoefte bestond. De wetsgeschiedenis verder volgend (zie § 3.2 en § 3.4), zal echter blijken dat de in het *Advies Consumentenkoop* genoemde elementen van 'normale eisen van bruikbaarheid, betrouwbaarheid en levensduur' niet in de wet zijn opgenomen, en ook niet – zoals in het Advies werd gesuggereerd – in de parlementaire stukken zijn vermeld.[90] Op vragen van de Kamercommissie op dit punt, met slechts een verwijzing naar de relevante pagina van het Advies, werd door de minister gereageerd met een aanpassing conform het uniforme kooprecht.

De Nederlandse wetgever heeft in de wetsgeschiedenis minder oog gehad voor specifieke eisen die consumenten mogen stellen aan de aan hen geleverde zaken. In § 4.4 e.v. zal de geschiedenis van de meest relevante bepalingen in de Engelse *Sale of Goods Act* uiteen gezet worden, waarbij zal blijken dat men in Engeland wèl de weg gevolgd heeft van niet-limitatieve illustraties, waarbij ook genoemd worden 'fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied, appearance and finish, freedom from minor defects, safety, and durability'. Het rapport van de *Law Commission* zal hierbij uitvoerig worden besproken. Op dit punt van het betoog wordt alvast kort aandacht geschonken aan het rapport, met name op het punt van de overwegingen of niet voor consumenten een aparte bepaling moet worden geïntroduceerd.

---

88 Advies Consumentenkoop, SER (1980), p. 30-31.
89 Advies Consumentenkoop, SER (1980), p. 30-31. Zie voor het ontwerp verder Hoofdstuk 3.
90 Zie de volgende passage: 'Zou het opnemen van een specificatie in de wettekst zelf overwegende bezwaren ontmoeten, dan zou deze volgens dit deel [van de Commissie, PK] in ieder geval in de Memorie van Toelichting dienen te worden vermeld.' op p. 30.

22. Law Commission Report

In het rapport van de *Law Commission* wordt, na een algemene afweging of voor verschillende soorten zaken of verschillende typen overeenkomsten verschillende normen moeten gelden, geconcludeerd dat dit niet aan te bevelen is.[91] Daarna volgen overwegingen specifiek ten aanzien van consumentenkoop:

> It may be suggested that there should, at least, be a special implied quality term for transactions in which the buyer acts as a consumer. ... In the case of the implied term as to quality, we can see no special justification for putting the consumer buyer in a different position from other buyers. ... We propose below that the remedies available to a consumer on a breach by the seller may differ from those available to a shopkeeper, but we think that the question whether there was a breach of contract at all should be answered in the same way for both.[92]

Vervolgens wordt er op gewezen dat ook overeenkomsten met consumenten bijzonder verschillend kunnen zijn, en dat men geen 'speciale' criteria heeft kunnen formuleren:

> A further ground which leads us not to recommend that there should be a special implied term for a buyer who deals as a consumer is that the circumstances in which consumers buy goods vary enormously, just as do the circumstances in which buyers generally buy goods. They can buy low quality as well as high quality goods, new or second-hand, from the manufacturer or from the shop round the corner. Consumer transactions, such as the purchase of a motor car, may involve large sums of money and complicated objects with hundreds of parts which may go wrong. No particular term seemed especially appropriate for consumer transactions, and organisations which represented consumers' interests did not press us for a special implied term relating to consumers. We have decided not to recommend such a term.[93]

Dit neemt echter niet weg dat in het Engelse recht, veel meer dan in het Nederlandse recht, de spanning merkbaar is tussen algemene regels die traditioneel toegepast werden op handelskoop en de speciale situatie van de consumentenkoop. In het Engelse recht is in dat verband uitgebreid stilgestaan bij de vraag of met een enkele formule (*a single formula*) kan worden volstaan.[94]

23. De structuur van Titel 7.1

Behalve het onderscheid dat in de kooptitel wordt gemaakt tussen een gewone koop en een consumentenkoop, kan uit de structuur van de kooptitel worden afgeleid dat in de kooptitel een groot aantal typen koop geregeld wordt.

---

91 *The Law Commission Report 1987*, nr. 3.8.
92 *The Law Commission Report 1987*, nr. 3.9.
93 *The Law Commission Report 1987*, nr. 3.10.
94 Zie verder § 4.4. P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector MacQueen, *The Sale of Goods*, Harlow, England: Pearson Education (11th ed.; 2005) p. 164, bijvoorbeeld spreken in dit verband over 'a hopeless quest' en zijn van mening 'that no simple statutory statement or definition of the seller's duties as regards quality could possibly cope with the wide variety of problems which the case law has illustrated'. Zie dezelfden over de ontwikkelingen rond het criterium 'merchantable quality': 'But to many, it appeared less appropriate in modern times when applied to consumer sales.'

De Afdelingen 1-8 van de kooptitel vormen in zekere zin een 'algemeen deel' van het kooprecht.[95] In de afdelingen 9-12 wordt een aantal kooptypen apart geregeld: de koop op proef, de koop op afstand (in werking getreden in 2001), de koop van vermogensrechten, en de koop van time-shares van onroerende zaken.[96] De regelingen van Overeenkomsten op afstand in Afdeling 9A en Koop van rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken in Afdeling 10A houden verband met Europese consument-beschermende regelgeving. Tussen de Afdelingen 9-12 bestaat verder geen onderling verband.[97] Ondanks dat het hier gaat om uiteenlopende typen koop, zijn in deze afdelingen geen van art. 7:17 afwijkende bepalingen opgenomen.

Afdeling 10 geeft een regeling voor de koop van vermogensrechten. De kooptitel is geschreven voor de koop van stoffelijke objecten, zie art. 7:1, waarin staat dat de koper zich verbindt een *zaak* te geven. De koop kan echter ook betrekking hebben op andere goederen, te weten vermogensrechten in de zin van art. 3:6. Voorbeelden hiervan zijn de koop van aandelen of van vorderingen op naam.[98] art. 7:47 (tweede zin) geeft een schakelbepaling: de regels van de 'gewone' koop zijn niet zonder meer van toepassing, maar er moet rekening worden gehouden met de bijzondere aard van de vermogensrechten. Zie verder art. 7:48 over de koop van een nalatenschap, waarin wordt bepaald dat de verkoper van een nalatenschap 'slechts gehouden is voor zijn hoedanigheid van erfgenaam in te staan'.

24. Koop van onroerend goed

Traditioneel worden de verantwoordelijkheden van verkoper en koper bij de verkoop van *roerende* zaken besproken, waarbij vervolgens onderscheid wordt gemaakt tussen de handelskoop en de consumentenkoop. De vraag wat een koper van *onroerend* goed (gemakshalve hanteer ik in het vervolg ook de onder het oude recht gebruikte terminologie) mag verwachten wordt zelden gesteld. Om de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden van de verkoper van onroerend goed te kunnen behandelen zal men te rade moeten gaan bij wat meer algemeen geldt voor 'de koper', te weten de koper van roerende zaken. Het gaat dan nog steeds om

95 'Algemeen deel' moet niet verward worden met de algemene bepalingen van afdeling 1 (art. 1 tot en met 7) van titel 1. Hijma spreekt ook expliciet over 'het algemeen deel van de koop', waarbij hij zich afvraagt of de positie van het algemeen deel gelet op de diverse regelingen niet aan erosie onderhevig is, zie J. Hijma, Het 'algemeen deel' van het kooprecht, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!*, BW-krant Jaarboek 14, Deventer: Gouda Quint (1998) p. 151.

96 Zie verder in Boek 7A nog de koop op afbetaling (incl. huurkoop). UitvoerigAsser-Hijma 5-I (2007) nr. 70 e.v. Bijzondere vormen van koop die niet in de wet zijn geregeld zijn o.a. de koop met recht van teruggave en de koop met recht van terugneming (in het oud-BW nog wel geregeld). De koper respectievelijk de verkoper heeft bij deze bijzondere koopvormen een eenzijdig ontbindingsrecht.

97 Afdeling 9 geeft in twee wetsartikelen een regeling van de koop op proef: art. 45 bepaalt dat de koop op proef wordt geacht te zijn gesloten onder opschortende voorwaarde, en art. 46 geeft een regeling voor risico-overgang. Deze twee artikelen hadden mijns inziens ook in de Afdelingen 1 en 2 geplaatst kunnen worden.

98 Uitvoerig hierover B. Wessels, *Koop: Algemeen*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 2003) (Mon. NBW B 65a), zie ook W.H. van Boom, Koop van vorderingen; over conformiteit, risico en betaling in driepartijenperspectief, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!* BW-krant Jaarboek 14, Deventer: Gouda Quint (1998) p. 65, en recenter nog T.H.M. van Wechem, Koop en verkoop van aandelen: is er (nog) een rol voor het kooprecht weggelegd? (Rb. Utrecht 14 juni 2006, HA ZA 05-208), *Contracteren* 2006, p. 83. Zie ook P. Klik, Annotatie bij Rb. Arnhem 11 april 1999, *M&R* 1999, M&R Jurisprudentie 1999, nr. 123.

'kooprecht', maar de vraag is of dit recht niet zozeer verschillend is, zeker als men kijkt naar handelskoop, dat men moet spreken van een ander soort recht, en men dus in feite 'intern rechtsvergelijkend' te werk gaat.

Opvallend is dat de koop van onroerend goed in de literatuur een specifieke benadering kent.[99] De koop van onroerend goed wordt in het algemeen weinig 'contractueel' benaderd. De aandacht wordt onevenredig gelegd op de overgang van eigendom en (de wettelijke regeling van) risico-overgang en op de relatie tot derden, waaraan recent kan worden toegevoegd de discussie over de wettelijke bedenktijd van art. 7:2 BW. Niet alleen de overdracht van eigendom is echter van belang, maar ook het ongestoord genot ervan, waarbij niet alleen hoeft te worden gedacht aan een garantie tegen inbreuk door derden, maar ook aan de eigenschappen van het gekochte. Onroerend goed is geen verbruiksgoed. Gelet op de 'eeuwige' waarde van onroerend goed blijft er tussen koper en verkoper een langdurige relatie bestaan, totdat duidelijk is dat de verkoper aan zijn verplichtingen heeft voldaan. De verkoop van onroerend goed moet in die zin worden gezien als een langdurige *contractuele* relatie.

Zoals in § 2.3 nog ter sprake zal komen, is een belangrijk punt van kritiek geweest dat de regeling uit het oogpunt van de koop van roerende zaken geschreven is.[100] Daarmee is nog niet gezegd dat de kooptitel ongeschikt is voor toepassing op de koper van onroerende zaken, en dat niet binnen het kader van de wettelijke regeling goede oplossingen bereikt kunnen worden. Zo stelt Hijma dat zich bij de koop van onroerende zaken specifieke omstandigheden kunnen voordoen die van invloed zijn op de manier waarop een algemeen civielrechtelijk probleem moet worden benaderd en opgelost, waarbij hij onder meer wijst op de inschakeling van makelaars. Ten aanzien van de wenselijkheid van speciale wettelijke regels wijst hij op de rol van model-contracten.[101] In dit verband kan er ook op worden gewezen dat bij de totstandkoming van het Ontwerp Beneluxovereenkomst inzake koop en ruil dit punt zeer expliciet aan de orde is geweest en uitdrukkelijk naar voren is gebracht dat de in het ontwerp opgenomen regels zich voor toepassing op beide soorten zaken lenen.[102]

Van belang is dat nu nà invoering van het BW de bruikbaarheid van art. 7:17 BW voor de koop van onroerende zaken nog niet ter discussie heeft gestaan; de rechtspraak lijkt aan hantering van het begrip te wennen.[103] Een aanwijzing voor de bruikbaarheid is dat het 'normaal gebruik' in model-akten voor de koop van

---

99 Zie A.A. van Velten, *Koop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer (3e dr.; 2005) (Mon. NBW B 65c); W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: W.E.J Tjeenk Willink (2e dr.; 2003); J.W.A. Hockx, Koop en levering van vastgoed Editie 2006/2007, Den Haag: SDU (2006). Zie ook M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1991).

100 Zie Asser-Schut V-I (1981) p. 65-67 met verwijzingen en Asser-Hijma 5-I (2007) nrs. 131-132. Zie ook J. de Jong, Gemeentelijke gronduitgifte en bodemverontreiniging, *Gst.* (1989) 6879, p. 237 op p. 240: 'Hoe de invloed van titel 7.1 op de koop en verkoop van onroerende zaken zal uitvallen, moet nog worden afgewacht.'

101 'De overeenkomst wordt meestal beheerst door gedetailleerde standaardcontracten, die in de praktijk hun waarde hebben bewezen.' Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 132, voor een vergelijkbare formulering zie ook Asser-Hijma 5-I (2007).

102 Zie het verslag van de commissie, 113-2. Over het Ontwerp verder § 3.2 en § 3.4.

103 Hierover bijvoorbeeld A.A. van Velten, Kanttekeningen bij de conformiteitseis, *WPNR* 6095 (1993) p. 445. Zie ook H.W. Heyman en M.M. van Rossum, Artikel 7:15 BW: een valkuil voor verkoper en koper van onroerend goed, *WPNR* 6046-6047 (1992) p. 307, p. 329 op p. 308-309. Zie verder ook Hoofdstuk 7.

onroerend goed is opgenomen.[104] Bepalingen in standaardcontracten, met name de NVM-akte, komen in Deel 3 nog uitvoerig aan de orde. In het verleden heb ik betoogd dat de norm van art. 7:17 BW flexibel genoeg is om ook op verantwoorde wijze van toepassing te kunnen zijn op de (ver)koop van onroerende zaken, waarmee echter niet gezegd is dat toepassing geheel probleemloos is.[105] In Deel 3 wordt dit aan de hand van de problematiek van de bodemverontreiniging nader uitgewerkt.

25. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Hoewel duidelijk is dat voor het onderwerp conformiteit differentiatie naar type koop zinvol is bij de concrete toepassing, blijkt op voorhand niet dat een algemene regeling niet mogelijk zou zijn.

Ondanks dat onomstreden is dat in het algemeen op de consumentenkoop andere regels van toepassing moeten zijn dan op de koop in het algemeen, is een specifieke regeling voor conformiteit bij consumentenkoop in Nederland niet bepleit. Hetzelfde geldt voor het Engelse recht. Wel kunnen bij conformiteit in de context van de consumentenkoop specifieke elementen (specificeringen) een belangrijke rol spelen.

De wettelijke regeling van de koop is vanuit het oogpunt van de koop van roerende zaken geschreven. De bruikbaarheid van het conformiteitscriterium van art. 7:17 bij de koop van onroerende zaken heeft echter niet echt ter discussie gestaan. In Deel 3 komt de toepassing van conformiteit bij onroerende zaken in verband met bodemverontreiniging uitvoerig aan de orde.

In het vervolg zal geen strenge scheiding tussen de verschillende typen koop worden aangebracht, behalve dat in Hoofdstuk 4 bij de bespreking van het Weens Koopverdrag (CISG) en de Richtlijn consumentenkoop uiteraard het toepassingsgebied van beide regelingen in de beschouwingen betrokken zal worden. De behandeling van de CISG kan echter naadloos overgaan in een behandeling van de Richtlijn consumentenkoop. Verder zal in Deel 3 blijken dat juist de koop van onroerend goed aanleiding geeft tot interessante vragen die van belang zijn voor het conformiteitsbegrip in algemene zin.

1.6 Nadere afbakening onderwerp: wat niet behandeld wordt

26. Niet/niet-tijdig leveren

Op het onderscheid tussen niet/niet-tijdig en niet-goed leveren wordt niet ingegaan. Conformiteit in de zin van (aansprakelijkheid voor) kwaliteit van de te leveren zaken is een geheel eigen problematiek.

---

104 Dit in tegenstelling tot het oude recht, waar in model-akten juist van de wet werd afgeweken. Zie J.V. van Ophem, annotatie bij HR 22 november 1996, *M&R* 1997, nr 120 nt Klik, in: P. Aland (red.), *Jurisprudentie Milieurecht 1997*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink (1999) p. 29. Zie over uitleg van model-akten § 7.5.

105 Zie eerdere publicaties, vergelijk verder § 7.7.

27. Rechtsgebreken

De verkoper is verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen, zie art. 7:9 BW. In art. 7:15 BW wordt daaraan toegevoegd dat de verkoper verplicht is de verkochte zaak in eigendom over te dragen 'vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen ...'. Wanneer de verkoper niet aan deze verplichtingen voldoet is sprake van een 'rechtsgebrek'. Vergelijk naar oud BW art. 1527 (het rustig en vreedzaam bezit) e.v. Dit onderwerp maakt duidelijk wèl deel uit van een (breder) begrip conformiteit, in de zin van betrekking hebben op de verplichtingen van de verkoper ten aanzien van kwaliteit. Toch wordt dit onderwerp niet behandeld, om verschillende redenen. De eerste reden is dat er over dit onderwerp relatief weinig literatuur en rechtspraak is, zodat het consequent vermelden van rechtsgebreken in relatie tot conformiteit in beperktere zin weinig zinvol is. Bovendien lijkt de problematiek van rechtsgebreken zich toe te spitsen op kenbaarheid, zie in dit verband ook art. 7:15 lid 2. Dit maakt rechtsgebreken weer tot een zodanig apart onderwerp dat bespreking achterwege kan blijven.[106] In het kader van de CISG wordt wel kort aandacht besteed aan rechtspraak met betrekking tot art. 42 CISG.[107]

28. Risico-overgang

Vanaf welk moment aansprakelijkheid van de verkoper kan ontstaan is de essentie van het onderwerp risico-overgang. Hieraan kan men toevoegen de vraag op welke risico's risico-overgang ziet.[108] Risico-overgang wordt in dit proefschrift niet besproken.

29. Dwaling

Naar BW *oud* was een actie uit dwaling mogelijk indien gedwaald was omtrent de zelfstandigheid der zaak die het onderwerp der overeenkomst uitmaakte (art. 1358 oud BW). Op grond van dit wetsartikel werden de volgende eisen geformuleerd:[109]

- zelfstandigheid van de zaak (d.w.z. dwaling moet betrekking hebben op voor de dwalende partij essentiële eigenschappen);
- kenbaarheidsvereiste (het moet voor de wederpartij kenbaar geweest zijn dat het ging om voor de dwalende partij essentiële eigenschappen);
- verschoonbaarheid (de dwalende moet niets te verwijten zijn);
- geen toekomstverwachting.

---

106 Zie verder P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004), § 4.2.

107 Zie § 5.2.

108 In dit verband kan worden gewezen op de feitelijke constellatie van een zaak die tot een arrest van de Hoge Raad geleid heeft, HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17, *JOR* 2006, 117 m.nt. Dammingh (*De Rooij c.s./Van Olphen*), dat in § 7.5 nog uitvoerig aan de orde komt. Het ging het om een aanwijzing als beschermd dorpsgezicht als bedoeld in art. 35 Monumentenwet in de periode tussen koop en levering. Ziet de regeling van art. 7:9 en 7:10 ook op dergelijke risico's?

109 Voor een korte weergave van oud recht zie J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht Leidraad voor het NBW*, Deventer: Kluwer (4e dr.; 1990) nr. 475, voor een iets uitgebreidere samenvatting van oud recht zie H. Drion, J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (8e dr.; 1991) nrs. 250 e.v.

Nadat eerst met name gestreden was over de betekenis van 'zelfstandigheid van de zaak' en aanvaard was dat het hierbij gaat om voor de dwalende partij essentiële eigenschappen, werd vervolgens het 'verschoonbaarheidsvereiste' in de jurisprudentie omgevormd tot een serie criteria met betrekking tot de onderzoeksplicht en spreekplicht van partijen, zie thans ook in het BW art. 6:228. Algemeen wordt gesteld dat de in dit artikel geformuleerde eisen voor een actie op grond van dwaling te beschouwen zijn als een codificatie van in de jurisprudentie ontwikkelde regels.[110]

In art. 6:228 lid 1 BW wordt voor eenzijdige dwaling vereist dat de dwaling het gevolg is van een inlichting van de wederpartij of het niet doen van een mededeling door de wederpartij. In het wetsartikel wordt gesteld dat de overeenkomst vernietigbaar is *a.* indien de dwaling *te wijten is aan een inlichting* van de wederpartij (tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten) of indien *b.* de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende *had behoren in te lichten*. Deze gronden zijn, naast de in lid 1 sub *c* apart genoemde wederzijdse dwaling, limitatief.[111] Daarmee is, in de lijn van Meijers en De Grooth, de beïnvloeding door de wederpartij centraal komen te staan.

Al in het eerste ontwerp was het beroep op dwaling in die zin geclausuleerd, dat geen beroep op dwaling kon worden gedaan 'indien de dwaling naar de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dwalende hoorde te blijven'.[112] In de toelichting werden als voorbeelden genoemd de verkoper die niet weet dat een voorwerp een antiquarische waarde heeft en de inlichting in de vorm van een algemene aanprijzing. Als gevolg van kritiek werd de formulering uitgebreid met 'in verband met de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval'.[113] De drie gezichtspunten kunnen in samenhang met elkaar gelezen worden.[114] Via de formule van lid 2 wordt aangegeven dat bepaald moet worden voor wiens rekening, naar modern taalgebruik voor wiens risico, de dwaling behoort te komen, de dwalende of de wederpartij. In art. 6:228 lid 2 wordt uitdrukkelijk gesproken over 'voor rekening (van de dwalende) behoort *te blijven*', wat aldus moet worden gelezen, dat in beginsel het risico bij de dwalende ligt.[115] De limitatieve gronden van lid 1 wijzen uiteraard ook al in die richting.

---

110 Zie bijvoorbeeld PG Boek 6, p. 901.

111 Zie wellicht nog anders de Hoge Raad in *Van Lanschot/mevrouw Bink* (HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB, *Kw. B. NBW* 1990, p. 132 m.nt. M.M. van Rossum), waarin hij vernietigbaarheid op grond van een verkeerde voorstelling van zaken mogelijk acht 'ook indien de dwaling niet te wijten is aan de wederpartij van de borg'.

112 Zie over verkeersopvattingen verder B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Deventer: Kluwer (3e dr.; 2007) (Mon. NBW A 20), met name nr. 63, zie ook H.J. Rossel, De verkeersopvatting, in: *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer (1994) p. 335.

113 Zie PG Boek 6, p. 907 en p. 910-911. Zie instemmend H. Drion, De dwalingsregeling in het Gewijzigd Ontwerp van boek 6 NBW, *WPNR* 5361 (1976) p. 570 op p. 572-573.

114 Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 241, verwijzend naar PG Boek 6, p. 899-900, 907 en H. Drion, Het tot stand komen van overeenkomsten: afd. 6.5.2 van het ontwerp B.W. (IV), *WPNR* 4829 (1964) p. 427 op p. 429. Zie de kritiek van J.M. van Dunné, Annotatie bij het Slooppand-arrest, *AA* 1981, p. 133, op p. 140: 'Ik mis hier het criterium van de redelijkheid, en acht dat van de omstandigheden van het geval overbodig.'

115 Het bewijsrisico ligt ook bij de dwalende, zie *Verbintenissenrecht* (Hijma) Art. 230 aant. 47, vergelijk echter ook aant. 71. Zie voor de stelplicht HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 222, waarover J. Hijma, Stelplicht bij dwaling en bedrog. HR 17 januari 1997, RvdW 1997, 25C (Geerlofs/Meinsma), *Bb* 1997, p. 61.

Het zou logischer zijn de risico-toedeling in de aanhef van het artikel tot uitdrukking te brengen, bijvoorbeeld door een formulering als 'een verkeerde voorstelling van zaken is voor risico van de dwalende, tenzij ....'.[116] De risico-toedeling op grond van lid 2, oorspronkelijk bedoeld als een 'algemene' correctie, heeft echter aan betekenis ingeboet door de beperking van de mogelijkheid zich op dwaling te beroepen, met name de beperking gelegen in de criteria voor het beroep op eenzijdige dwaling, zie lid 1 sub *a* en *b*. Gesteld wordt dat bij eenzijdige dwaling de risico-toedeling *de facto* al is beslist, terwijl bij gemeenschappelijke dwaling 'op de onder lid 2 te voeren risico-discussie nog geen voorschot is genomen', zodat hier voor de wederpartij meer mogelijkheden liggen.[117] Voor de eenzijdige dwaling zou de risico-correctie zich met name kunnen doen gelden bij verkopersdwaling of waardedwaling.[118]

Tegenwoordig lijkt de samenhang tussen dwaling en wanprestatie algemeen erkend. Internationaal gezien vormt het onderscheid in het kooprecht ook geen probleem meer. In het Weens Koopverdrag vallen vragen omtrent geldigheid (*validity*) weliswaar buiten de werkingssfeer van het verdrag (zie art. 4, op vragen van 'validity' is het verdrag niet van toepassing), maar is duidelijk dat men in concrete situaties van 'dwaling' door middel van het hanteren van 'conformiteit' (art. 35) ook tot een oplossing kan komen.[119] Ook in de Unidroit Principles wordt aan de *remedies* voor wanprestatie voorrang wordt gegeven, zie expliciet art. 3.7:

> A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance.[120]

Dwaling kan dus zonder al te veel bezwaar onbesproken blijven. Wel wordt incidenteel in het betoog verwezen naar opmerkingen die in de context van het leerstuk dwaling zijn gedaan, en zie verder kort § 2.5 over 'waarde-dwaling'.

---

116 Een dergelijke benadering zou discussies over de verhouding tussen art. 6:228 lid 1 en lid 2, zie bijvoorbeeld P. Clausing, De Kantharos en artikel 6:228 BW, *WPNR* 6357 (1999) p. 385 op p. 386, overbodig maken. Zie in verband met toekomstdwaling J.L.P. Cahen, Het toekomstaspect bij de dwaling, in: *Om wille van de consument* (Clausing-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1990) p. 25 op p. 33.

117 Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 241 en nr. 243.

118 Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 244.

119 Zie zeer expliciet Honnold (2nd ed.; 1991) §§ 238-240. Zie verder ook uit velen en met verwijzingen Patrick C. Leyens, CISG and Mistake: Uniform Law vs. Domestic Law. The Interpretatieve Challenge of Mistake and the Validity Loophole, in: Pace International Law Review (ed.), *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004*, München: Sellier (2005) p. 3 en recent J.W. Bitter en M. Bijl, Dwaling en het Weens Koopverdrag, *MvV* 2007, p. 195.

120 Over art. 3.7 zie onder meer U. Drobnig, Substantive Validity, 40 *American Journal of Comparative Law* p. 635 (1992); voor de tekst van de Principles en diverse bijdragen hierover zie A.S. Hartkamp e.a. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi Libri (1994) (2nd ed.: 1998) (3rd ed.:2004). Zie over dit onderwerp onder meer A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 2003) (Mon NBW A-10) nr. 43. Zie ook P. Klik en A.H.F.M. Wijers, Dwaling, conformiteit en garantie: vervagende grenzen in het kooprecht, *TvC* 1995, p. 77 op p. 78 noot 4 en daar geciteerden.

30. *Het gemeenschappelijke element van de spreek- en onderzoeksplichten*

In recente jaren heeft de vraag naar de verhouding tussen dwaling en wanprestatie in de belangstelling gestaan, onder meer door het gemeenschappelijke element van de spreek- en onderzoeksplichten.[121] Spreek- en onderzoeksplichten blijven ook als apart onderwerp onbesproken.

In de literatuur geldt algemeen dat men geen bezwaren ziet in een gelijke toepassing van spreek- en onderzoeksplichten bij wanprestatie of dwaling, maar dat soms onderscheid gemaakt wordt bij het vaststellen van de rechtsgevolgen. In de opvatting van Hijma vormt het verschil in rechtsgevolgen een belangrijke overweging.[122] Smits noemt het (nog in § 6.2 te bespreken) *Oldtimer*-arrest 'schokkend', niet vanwege de uitkomst, maar omdat wordt blootgelegd dat het huidige civielrechtelijk begrippenapparaat niet langer voldoet.[123]

De jurisprudentie is bij uitstek de plaats waar de samenhang tussen dwaling en wanprestatie zichtbaar wordt. Vergelijk reeds de opmerking van Meijers:

> Bij alle behandelde punten hebben wij gezien, dat de wettelijke regeling der verborgen gebreken die van de dwaling vooruit is geweest of nog voor is, maar tevens dat de rechtspraak bij voortduring het verschil, dat uit de wet nog moge volgen, tot een minimum beperkt door gelijke regels, als bij de verborgen gebreken gelden, ook bij de dwaling toe te passen.[124]

In dit verband kan de jurisprudentie met betrekking tot tweedehands auto's worden genoemd, zie met name het *Kilometerteller*-arrest, waarin de koper een beroep deed op dwaling en door het hof een (stilzwijgende) 'garantie' werd aangenomen dat de kilometerteller het aantal gereden kilometers juist aangaf.[125] Verder kan ook de (lagere) rechtspraak inzake bodemverontreiniging, bijvoorbeeld inzake tot lekkende olietanks, worden genoemd, waarin zowel acties uit wanprestatie als op grond van dwaling aan de orde zijn, en spreek- en onder-

---

121 Zie hierover onder meer J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1989), onder meer p. 7 en p. 127-128 en het artikel van Gerbrandy, *De omstandigheden op de grens tussen dwaling en wanprestatie* in WPNR (1990), en eerder ook Kleijn in zijn preadvies *Bescherming van kopers van woningen* (1985) op p. 96. Verder zijn enkele dissertaties van belang, zoals proefschriften van M.M. van Rossum (1991) p. 63-65, Castermans (1992), Paquay (1992), Tjittes (1994) en Chao-Duivis (1996) p. 315-317, zie ook de dissertatie van Bakels (1993), p. 75-99. Zie recenter nog de genoemde monografie A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 2003) (eerste druk 1998) (Mon NBW A-10) en de monografie van Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen* (1999), die geheel aan dit onderwerp is gewijd.

122 Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 340. Zie ook E.H. Hondius, De consumentenkoop in Europees perspectief/Naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties, *TvC* 1996, p. 245 op p. 245.

123 J.M. Smits, Het failliet van de Savignyaanse systematiek: dwaling en wanprestatie, *R & R* 1997, p. 137 op p. 139.

124 E.M. Meijers, Opmerkingen omtrent het leerstuk van de dwaling, *WPNR* 2749-2752 (1922) p. 385, p. 397, p. 405, p. 417, ook in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* derde deel, Leiden: Universitaire Pers 1955, p. 106 op p. 129.

125 Zie verder § 6.2. Zie ook P. Klik en A.H.F.M. Wijers, Dwaling, conformiteit en garantie: vervagende grenzen in het kooprecht, *TvC* 1995, p. 77. Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 346 e.v., die refereert aan oude auto's en bodemverontreiniging.

zoeksplichten een belangrijke rol spelen.[126] De vraag of samenloop tussen een actie wegens dwaling en de acties uit de verborgen gebreken-regeling mogelijk was, werd in *Van Geest-Nederlof* uiteindelijk bevestigend beantwoord.

In de literatuur wordt algemeen de samenloop van wanprestatie en dwaling niet als problematisch ervaren: de vraag of (de verhouding tussen) de spreek- en onderzoeksplicht dezelfde moet zijn in vragen met betrekking tot dwaling en met betrekking tot conformiteit wordt in grote lijnen hetzelfde beantwoord.[127] Ten aanzien van (de verhouding tussen) de spreek- en onderzoeksplicht bij wanprestatie en dwaling moet echter het gevaar van discrepanties mijns inziens niet worden onderschat. Bij dwaling is in de wetgeving, jurisprudentie en literatuur de vraag naar de spreekplicht (mede in relatie tot de onderzoeksplicht) centraal komen te staan. Afhankelijk van de vraag hoe beperkt de spreekplicht wordt gehanteerd en hoe ruim het 'normaal gebruik'-criterium wordt ingevuld, kan dit echter tot verschillende resultaten leiden.

Om verschillende uitkomsten te voorkomen, kunnen spreek- en onderzoeksplicht, die bij conformiteit ook een rol hebben, worden gekoppeld aan het 'normaal gebruik'-criterium. Mijns inziens kan de geschiktheid voor normaal gebruik bij conformiteit worden beschouwd als een gegeven 'waarop men mag afgaan', als een impliciete mededeling. Voor zover de geschiktheid niet aanwezig is, heeft de verkoper dan niet voldaan aan zijn spreekplicht. Zoals ik al eerder heb verdedigd kan hierdoor de gewenste samenhang worden bereikt.[128] Hoewel de regels dan niet verschillen, verloopt de toepassing enigszins anders. De vraag *of* er een spreekplicht is en de vraag van de reikwijdte van de spreekplicht komt slechts aan de orde via de invulling van het begrip 'normaal gebruik'.

Wanneer men de hierboven verdedigde relatie tussen spreek- en onderzoeksplichten bij dwaling en wanprestatie *niet* legt, is de kans op discrepanties groot. De betere oplossing lijkt echter om conformiteit als breder te zien dan spreek- en onderzoeksplicht alleen.[129]

---

126 Zie bijvoorbeeld P. Klik, Wie een olietank begraaft voor een ander ...: enkele opmerkingen over het beroep op dwaling bij bodemverontreiniging, *TMA* 1995, p. 73 en M.M. van Rossum, De problematiek rond ingegraven olietanks, *WPNR* 6331-6332 (1998) p. 649, p. 665. Zie ook W.Th. Braams en P.A. Kottenhagen-Edzes, 'Consument', milieu en zorgvuldigheid, in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Consument zonder grenzen.* Opstellen aangeboden aan M. van Delft-Baas, Deventer: Kluwer (1996) p. 135 op p. 145 e.v., die deze jurisprudentie trachten in te passen in het bredere kader van zorgvuldig gebruik van het milieu.

127 Zie voor een overzicht M.M. van Rossum in annotatie *NTBR* 1994, p. 224 op p. 226, zie ook *Bijzondere overeenkomsten* (losbl.) (M.M. van Rossum) Art. 7:17 aant. 10, zie ook *Verbintenissenrecht* (losbl.) (Hijma) Art. 228 aant. 220.

128 Zie P. Klik en A.H.F.M. Wijers, Dwaling, conformiteit en garantie: vervagende grenzen in het kooprecht, *TvC* 1995, p. 77 op p. 81-82.

129 Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 346a, zie ook Kleijn, die in zijn annotatie bij het *Antilliaanse zwembad* arrest (HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK, *NTBR* 1998, p. 295 m.nt. Klik, *Offringa/Vinck*) voor de situatie waarin geen spreekplicht wordt aangenomen (verwijzend naar de problematiek van olietanks vóór 1990) als mogelijkheden ziet dat er dus een eigen onderzoeksverantwoordelijkheid is van de koper 'óf een toetsing rechtstreeks aan art. 7:17 BW wat betreft de conformiteit van het gekochte, los dus van spreekplicht en onderzoeksverantwoordelijkheid.'

31. Oud recht: de verborgen gebreken-regeling.

De regeling van art. 7:17 BW is in de plaats gekomen van de regeling van de verborgen gebreken, die uit het Franse recht in het oud BW werd overgenomen en tot 1992 heeft gegolden. Gelet op de nadelen is de werking van deze regeling echter in de loop der tijd beperkt tot species-zaken.[130] Het oude recht op dit punt wordt niet apart behandeld, in Deel 3 wordt de toepassing van de wanprestatie-regeling op soortzaken tot uitgangspunt genomen.[131] Er wordt dus geen aandacht besteed aan gedachten omtrent de term 'gebrek', en de relatie met gebruik, in het oude recht. Wel wordt uiteraard op onderdelen gewezen op onder het oude recht ontwikkelde gedachten en wordt ook ingegaan op de ontwikkeling in de rechtspraak waarin de betekenis van de regeling werd teruggedrongen.[132] Zowel Frans als Duits recht staan, kort gezegd, in de traditie van de 'gebreken'-regeling, en worden dus ook, behoudens een korte weergave van enkele karakteristieken in deze paragraaf, verder niet behandeld. Slechts incidenteel wordt bij wijze van illustratie naar Frans of Duits recht verwezen.[133]

32. Frans recht

Allereerst moet worden opgemerkt dat het Franse recht met verschillende bases van aansprakelijkheid nodeloos gecompliceerd is.[134] Het Franse recht kent nog steeds het onderscheid tussen de verplichting te leveren en de verplichting om in te staan voor (de kwaliteit van) het geleverde.[135] De vergelijking met het Franse recht toont aan dat indertijd de keuze in Nederland voor één begrip een gelukkige is geweest.[136]

De verplichting te leveren is een plicht 'conform' te leveren, dat wil zeggen zaken te leveren die conform de afspraken en verwachtingen zijn. Vergelijk art. 1603 CC (art. 1510 oud BW). Bij niet-conforme levering (in de zin van art. 1604 CC e.v.) heeft de koper het recht te ontbinden. Náást deze regeling van (niet-conforme) levering staat de verborgen gebreken-regeling. De verborgen gebreken-regeling valt onder de garantie-verplichting. De verkoper staat in voor het vreed-

130 Zie verder over de voor de koper nadelige toepassing nr. 183.

131 Zie over de verborgen gebreken-regeling uiteraard uitvoerig de handboeken van destijds, vergelijk bijvoorbeeld Asser-Kamphuisen (1960) p. 87 e.v. Zie ook nog het overzicht in A.S. Hartkamp en J. de Boer, Ontwikkeling van het kooprecht in de laatste 50 jaar, in: *Recht vooruit. 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer (1988) p. 43.

132 Zie bijvoorbeeld § 2.4 en § 6.6 nrs. 201-203.

133 Incidentele verwijzingen naar Frans recht zijn te vinden in zowel tekst als voetnoten; verwijzingen naar Duits recht (en ook Oostenrijks recht) zijn te vinden in de voetnoten.

134 In deze beschrijving is nog geen rekening gehouden met de wijzigingen in verband met de implementatie van de Europese Richtlijn consumentenkoop.

135 Zie over de twee verschillende regelingen ook de *Green paper*, p. 20. In het Franse recht wordt gesproken over de diverse verbintenissen waartoe de verkoper gebonden is. Zie met name Ph. Malaurie, L. Aynès & P.-Y. Gautier, Droit civil. *Les contrats spéciaux*, Paris: Défrenois (2e ed.; 2005), waarin aangegeven wordt dat er een vijftiental (!) verbintenissen is te onderscheiden, zie nr. 280 e.v.

136 Korte overzichten van het oude kooprecht zijn te vinden in F.G. von Westphalen (ed.), *Handbuch des Kaufvertragsrechts in den EG-Staaten einschl. Österreich, Schweiz und UN-Kaufrecht*, Keulen: Otto Schmidt (1992), H.J. Snijders e.a., *Toegang tot buitenlands vermogensrecht*, Arnhem: Gouda Quint (1996), Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice. The English System and Continental Comparisons*, The Hague: Kluwer Law International (4th ed.; 2001). Zie ook G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992), p. 50 e.v.; Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 32.

zaam bezit en voor de afwezigheid van verborgen gebreken, art. 1625 CC (art. 1527 oud BW). Art. 1641 CC geeft verder aan wanneer sprake is van een verborgen gebrek.[137] De inhoud van de verplichting om te leveren en van de verplichting om in te staan voor de kwaliteit van het geleverde kan als volgt worden beschreven.

Op grond van de leveringsplicht is de verkoper gehouden conform te leveren.[138] Kort gezegd mag de koper verwachten dat het geleverde conform de overeenkomst is ten aanzien van identiteit, kwaliteit en kwantiteit (materieel) en geschikt is voor zijn bestemming (functioneel).[139] Hoe wordt de verplichting conform te leveren concreet ingevuld?[140] Ten aanzien van kwaliteit is de overeenkomst zelf bepalend. Art. 1246 CC (gemiddelde kwaliteit) speelt slechts een aanvullende rol.[141] Dat de overeenkomst bepalend is, blijkt ook uit de regel dat het voldoen aan technische normen op zich aansprakelijkheid zou uitsluiten.[142] Verder is de verkoper gehouden een zaak te leveren die geschikt is voor het gebruik waarvoor het bestemd is.[143] Deze verplichting geldt echter alleen voor zover de koper op de hoogte was van de bestemming.[144] De verplichting tot conforme levering wordt verder niet gepreciseerd en valt verder slechts te kennen door weergave van jurisprudentie.[145]

Met de boven aangegeven verplichtingen komt men duidelijk ook op het terrein van de 'vices cachés', de verborgen gebreken.[146] Een manier om hier onderscheid te maken is om (de garantie voor) verborgen gebreken op te vatten als *objectief* (une anomalie, une altération de l'objet vendu) en andere gevallen onder te brengen onder de (op het contract gebaseerde) leveringsplicht.[147]

Op grond van de garantieverplichting 'staat de verkoper er voor in' dat het verkochte vrij is van gebreken.[148] Opvallend is overigens dat aan de rechtvaardiging van de regeling niet veel aandacht wordt besteed. Huet wijst op de basis in het

---

137 Bij een verborgen gebrek zijn de rechtsgevolgen dat de koper de koop ongedaan kan maken (*redhibitoria*) of prijsvermindering kan vorderen (*quanti minoris*), art. 1644 CC (art. 1543 oud BW). Schadevergoeding kan ook worden gevorderd, mits de verkoper van de gebreken op de hoogte was, zie art. 1645 CC (vergelijk art 1544 oud BW). Anders dan in Nederland, is de rechtspraak de koper op dit punt tegemoet gekomen: een professionele verkoper wordt geacht het gebrek te hebben gekend. Zie over het vermoeden van kwade trouw in het Franse recht ook HvJ 24 januari 1991, zaak C-339/89 (*Alstom v. Sulzer*).

138 J. Huet, Traité de droit civil *Les principaux contrats spéciaux*, Paris: L.G.D.J. (2001) nr. 11253.

139 J. Ghestin & B. Desché, Traité des Contrats *La vente*, Paris: L.G.D.J. (1990) nr. 707, p. 749, zie voor de uitwerking van de diverse aspecten nrs. 708-711, p. 749-756.

140 Zie hierover J. Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, Paris: L.G.D.J. (1983) nr. 143 e.v.

141 Over art. 1246 CC zie Ghestin & Desché (1990) nr. 708, p. 750. Zie over art. 6:28 BW hieronder in § 3.5.

142 Ghestin & Desché (1990) nr. 709.

143 Ghestin & Desché (1990) nr. 710.

144 Ghestin & Desché (1990) nr. 711. Vereist wordt een 'connaissance exact'. De eisen lijken op 'bijzonder gebruik' in de CISG. Zie ook Ghestin (1983) nr. 144 p. 136.

145 Zie bijvoorbeeld een opsomming van kwesties die binnen het bereik van de leveringsplicht vallen bij Huet (2001) nr. 11254. Zie ook bijvoorbeeld onder art. 1604 CC in Dalloz 2003: esthetische kenmerken vallen hier ook onder, en zie verder rechtspraak over auto's.

146 In die zin ook expliciet Ghestin & Desché (1990) nr. 722, Huet (2001) nr. 11254 op p. 205. Huet acht een principieel onderscheid wel mogelijk, zie op p. 205. Zie ook meer algemeen Malaurie (2005) nr. 284.

147 Ghestin & Desché (1990) nr. 712. Zie ook Malaurie (2005) nr. 285 op p. 185-186.

148 De verborgen gebreken-regeling is niet van toepassing op elke koop; de speciale wettelijke regelingen (inzake schepen, dieren en gebouwen) blijven hier buiten beschouwing. Zie Huet (2001) nrs. 11302 e.v., zie ook Malaurie (2005) nr. 383 over dieren en nr. 384 over risico's voor het milieu.

Romeinse recht en voegt hier slechts aan toe dat dit een algemeen belang is.[149] Art. 1641 CC, het model voor art. 1540 oud BW, luidt als volgt:

> Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

Het gaat bij de verborgen gebreken-regeling in het Franse recht om verborgen gebreken die de zaak ongeschikt maken voor het gebruik waarvoor het bestemd is, of dit gebruik zodanig belemmeren dat de koper het niet gekocht zou hebben, of slechts tegen een lagere prijs.[150]

Bij verborgen gebreken gaat het dus om 'gebrek' en 'gebruik'. Hoe wordt dit in literatuur en jurisprudentie uitgelegd? In een materiële/conceptuele opvatting wordt gebrek beperkt tot situaties van verval of vergaan. In een functionele benadering wordt de nadruk gelegd op alle kwaliteiten of omstandigheden die de zaak ongeschikt maken voor gebruik. Tot slot kan men gebrekkigheid benaderen vanuit de overeenkomst ('la définition du défaut est ici *contractuelle*'): er is sprake van gebrek wanneer een van de overeengekomen eigenschappen (*qualités*) ontbreekt.[151] Ook hier wordt in feite volstaan met deze algemene beschouwingen,[152] en is men verder op jurisprudentie aangewezen om de reikwijdte van het begrip vast te stellen. Als voorbeelden uit de jurisprudentie kunnen worden genoemd situaties zo divers als de aanwezigheid van termieten die schade hebben aangericht, vorstgevoeligheid van dakpannen, buitensporig benzineverbruik van een auto, bodemverontreiniging, 'millennium-probleem' bij software, etc.[153] Meer algemeen kan worden opgemerkt dat levensduur ook iets is dat men mag verwachten en dus onder het 'gebrek'-begrip valt.[154]

De criteria combinerend die bij 'gebrekkige levering' en bij 'verborgen gebrek' worden gehanteerd, lijkt de structuur van de regelingen inhoudelijk niet belemmerend te hebben gewerkt.

33. Duits recht[155]

Onder invloed van de Richtlijn consumentenkoop is het Duitse verbintenissenrecht per 1 januari 2002 grondig geherstructureerd. Het oude Duitse recht kende voor niet-nakoming bij koop aparte regels, die los werden gezien van meer alge-

149 'On peut ajouter aussi que, somme toute, il est de l'intérêt général que les choses qui sont dans le commerce soient en bon état de fonctionnement et de qualité marchande.' Zie Huet (2001) nr. 11297, het geciteerde op p. 264.

150 Zie Huet (1996) nr. 11317, Malaurie (2005) nr. 388. De frase 'vermindert de waarde zodanig dat de koper een lagere prijs betaald zou hebben' komt overigens ook in andere wettelijke bepalingen voor. Zie – ontleend aan het overzicht in de *Green paper* – ook wetsartikelen in Spanje, Griekenland, Italië en Portugal.

151 Ghestin & Desché (1990) nr. 722, Ghestin (1983) nr. 10. Ghestin kiest overigens voor een functionele benadering, zie Ghestin (1983) nr. 10 op p.18.

152 Zie wel nog Huet (1996) nr. 11318.

153 Ontleend aan art. 1641 Dalloz 2003. Zie ook Huet (1996) nr. 11319.

154 Huet (1996) nr. 11318.

155 Over het Duits recht en Duits verbintenissenrecht zie kort P. Smits en A.H.F.M. Wijers, *Duits verbintenissenrecht*, Arnhem: Gouda Quint (1995). Korte overzichten van het oude kooprecht zijn te vinden in N. Horn, H. →

mene regels. Het niet-nakomen van kwaliteitsverplichtingen bij koop leidde tot een actie op grond van *Gewährleistung wegens Mängel der Sache*, zie § 463 oud BGB. Schadevergoeding kon alleen worden gevorderd wanneer de verkoper een garantie had gegeven, of in geval van het opzettelijk verzwijgen van een gebrek.[156]

Wanneer was er sprake van een gebrek (*Mangel*)? § 459 lid 1 luidde als volgt:

> Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf dem Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.[157]

Het gaat dus om 'waarde en bruikbaarheid', voor 'gewoon of bij overeenkomst aangenomen gebruik'.[158] Kort zou men – in typisch Duitse terminologie – kunnen zeggen dat het gaat om (het verschil tussen de *Ist-Zustand* en) de *Soll-Zustand*.[159]

Zoals gezegd is het Duitse verbintenissenrecht per 1 januari 2002 onder invloed van de Richtlijn consumentenkoop[160] grondig geherstructureerd.[161] De

---

Kötz en H.G. Leser, *German private and commercial law: an introduction*, Oxford: Clarendon Press (1982); F.G. von Westphalen (ed.), *Handbuch des Kaufvertragsrechts in den EG-Staaten einschl. Österreich, Schweiz und UN-Kaufrecht*, Keulen: Otto Schmidt (1992); H.J. Snijders e.a., *Toegang tot buitenlands vermogensrecht*, Gouda Quint (1996); Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice. The English System and Continental Comparisons*, The Hague: Kluwer Law International (4th ed.; 2001). Zie ook G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992), p. 75 e.v.; Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 32. Uitvoerig D. Reinicke en K. Tiedtke, *Kaufrecht*, Neuwied: Luchterhand (6e Auflage; 1997) (7e Auflage; 2004). Specifiek over conformiteit zie R. Knöpfle, *Der Fehler beim Kauf*, München: Verlag C.H. Beck (1989). Zie ook in relatie tot het uniforme kooprecht J. Heilmann, *Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht*, Berlin: Duncker & Humblot (1994).

156 Zie § 463, 480 oud. Vergelijk het Franse (en ook Nederlandse) recht op dit punt. Bij rechtsgebreken kan wèl schadevergoeding worden gevorderd, zie Reinicke & Tiedtke (1997) nr. 258. Zie § 462 oud voor teruggave van de zaak/prijs of prijsvermindering, § 480 oud voor nakoming/vervanging (alleen voor soortkoop).

157 § 459 lid 2 waarin werd bepaald dat de verkoper instaat voor eigenschappen die hij 'zugesichert' heeft, wordt hier niet verder besproken. Over art. 459 BGB zie ook Ghestin & Desché (1990) nr. 722 die er op wijst dat het eerste lid lijkt op de Franse bepaling, terwijl het tweede lid de situatie dat de verkoper de aanwezigheid van bepaalde eigenschappen verzekerd heeft ook onder de garantie brengt.

158 Uitdrukkelijk moet worden vermeld dat 'Wert' niet 'waarde' in ruime zin, niet 'prijs', impliceert. Zie uitdrukkelijk Von Westphalen (1992) nr. 266: '"Wert" im Sinn von § 459 Abs. 1 BGB ist dabei der objektive Tausch- oder Verkehrswert, der Begriff der "Tauglichkeit" zum gewöhnlichen Gebrauch wird durch die Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung zeitlicher, örtlicher und sonstiger Besonderheiten bestimmt. Festzuhalten ist allerdings, da, der Wert als der Preis der Sache – für sich allein genommen – keine Eigenschaft darstellt, die im Fall ihres 'Mangels' geeignet wäre, Gewährleistungsansprüche auszulösen.' Het gaat dus niet om de (juistheid van de) prijs zelf, maar eerder om waarde-bepalende omstandigheden, zie Putzo in Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch*, München: C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung München (1992) § 459 aant. 9: 'Das ist nicht der KaufPreis selbst, sond sind die Umstände, die den KaufPreis der Sache beeinflussen. (zB Bebaubarheit eines Grundstück, Baujahr und Tachostand des Kfz, Werk eines bestimmtes Malers).' In de Green paper staat dat op grond van § 459 e.v. de verkoper 'must provide products which are free of defects which would diminish their value...'. (p. 10) Zie ook op p. 23: 'diminish or destroy the value of the product...'.

159 Zie R. Knöpfle, *Der Fehler beim Kauf*, München: Verlag C.H. Beck (1989) p. 2 e.v., die opmerkt dat deze definitie geldt voor zowel een subjectief als een objectief gebreksbegrip waarbij echter de toe te passen maatstaf nog ontbreekt, p. 2-3. Zie ook Von Westphalen (1992) nr. 266; Putzo in Palandt (1992) § 459 aant. 8. Zie verder over de subjectieve en objectieve visie § 1.4.

160 Ook de Richtlijnen betalingsachterstand en e-commerce waren van invloed.

161 Voor de herziening van het Duitse verbintenissenrecht volsta ik met te verwijzen naar R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford: Oxford University Press (2005). Meer specifiek over de Richtlijn zie N. Reich, Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deut- →

belangrijkste wijzigingen liggen op het gebied van de *remedies*, een onderwerp dat hier verder buiten beschouwing blijft.[162] In § 437 wordt thans bij niet-nakoming verwezen naar de algemene regels in het verbintenissenrecht. Daarmee is een van de grote bezwaren tegen het oude recht verdwenen.

Welk criterium geldt echter nu voor de kwaliteitsverplichting van de verkoper? In het nieuwe kooprecht geldt *algemeen* (dus niet alleen voor consumentenkoop) het conformiteitsvereiste. Na § 433 lid 1 waarin de verplichtingen van de verkoper, inclusief een algemene verplichting een conforme zaak te leveren, zijn opgesomd[163], wordt dit in § 434 uitgewerkt. Daarbij valt op dat in Duitsland voor koop in het algemeen zeer nauwgezet de Richtlijn gevolgd is.[164]

Oorspronkelijk werd in Duitsland in de rechtspraak een objectief gebreksbegrip gehanteerd: er was sprake van een gebrek bij een afwijking van de normale toestand (*Beschaffenheit*) van gelijksoortige of gelijkwaardige zaken. Reinicke en Tiedtke wijzen er op dat deze opvatting in veel gevallen voldeed: bijvoorbeeld bij bedorven levensmiddelen, met samonella besmet hazenvlees, bouwvallige gebouwen, een huis met zwam, een wankele tafel of stoel. In andere gevallen voldeed het niet, bijvoorbeeld wanneer een verkeerde benaming gekozen was (Qualitätsaliud).[165]

In plaats van de weg van dwaling te volgen, is een subjectief gebreksbegrip geïntroduceerd:

> Ein Fehler ist seitdem eine ungünstige Abweichung der verkauften Sache >>*von derjenigen Beschaffenheit, die für den nach dem Vertrag vorausgesetzen Gebrauch erwartet werden muß* (curs. in het origineel, PK).[166]

Door het objectieve gebreksbegrip te vervangen door een subjectief begrip, is het begrip verruimd. Daarmee is voor de toepassing van dwaling minder plaats, hetgeen ook het doel van de rechtspraak was.[167]

---

sche Recht, *NJW* 1999, p. 2397; H.W. Micklitz, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, *EuZW* 1999, p. 485; G. Brüggemeier, Zur Reform des deutschen Kaufrechts – Herausforderungen durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, *JZ* 2000, p. 529; S. Grundmann, European sales law – reform and adoption of international models in German sales law, *European Review of Private Law* 2001, p. 239 en zie de bijdragen in S. Grundmann e.a. (ed.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln: Carl Heymanns Verlag (2000). In Nederland zie onder meer E.H. Hondius, De herziening van het Duitse verbintenissenrecht, *NJB* 2002, p. 1348; (over onder meer de overvloed aan literatuur) J.M. Smits, De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking, *NTBR* 2002, p. 368; E.W. Mehring, Het (nieuwe) Duitse verbintenissenrecht, *Contracteren* 2003, p. 104.

162 De belangrijkste wijzigingen betreffen de niet-nakoming, verjaring, en het kooprecht.

163 § 433 Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag
(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.
(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

164 Staudemeyer wijst overigens bij de formulering van de *quality* en *performance* op de gelijkenis met Engels en Duits recht, die 'not accidental' zijn, Staudemeyer (2000) p. 552.

165 Zie M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer, p. 144.

166 Reinicke & Tiedtke (1997) nr. 265, met verwijzing naar rechtspraak.

167 Reinicke & Tiedtke (1997) nr. 274. Von Westphalen merkt overigens op dat het verschil 'für die Praxis selten bedeutsam' is. Von Westphalen (1992) nr. 266.

Knöpfle gaat uit van een wettelijk systeem, waarin de wetgever voor ogen stond dat indien door de verkoper geen *zugesicherten Eigenschaft* in de zin van § 459 lid 1 BGB oud is toegezegd, het gebrekscriterium naar objectieve maatstaven ingevuld wordt.[168] Gebrek werd dus gezien als een voor de koper nadelige afwijking van de gewone hoedanigheid van een zaak van de desbetreffende soort.[169]

Aangezien niet snel aangenomen werd dat sprake was van een toezegging (vergelijk in het Nederlandse recht de garantie, waarover Hoofdstuk 6), was het subjectieve gebreksbegrip nodig om het gat tussen toezegging en objectief gebrek te dichten.[170] Terzijde wijst Knöpfle er op dat a-typische gevallen overdreven veel aandacht hebben gekregen, aandacht die beter besteed kon worden aan de meer normale problemen van aansprakelijkheid besteed hadden kunnen worden.[171]

1.7 Samenvatting en conclusies

34. Samenvatting en conclusies

Het onderwerp van dit proefschrift is hoe via het conformiteitsbegrip inhoud wordt gegeven aan de verplichtingen van de verkoper. Nader wordt onderzocht hoe moet worden beoordeeld of de verkoper heeft voldaan aan zijn verplichtingen ten aanzien van de kwaliteit van de te leveren zaken. De methode die daarbij gevolgd wordt is rechtsvergelijking en confrontatie met het oude recht. De wettelijke regeling van het BW wordt tot uitgangspunt genomen, maar ook het Weens Koopverdrag (CISG) en de Richtlijn consumentenkoop, beide voor Nederland geldend recht, worden besproken.

Met name wordt aandacht besteed aan de betekenis van de in art. 7:17 lid 2 BW opgenomen criteria (geschiktheid voor) 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'. Onder het oude recht werd gebruik gemaakt van het 'gebrek'-criterium. In § 1.4 werd kort het verschil tussen een op het gebrek-criterium gebaseerde regeling en conformiteit geschetst. Het conformiteitsbegrip lijkt ruimer te zijn. Het conformiteitsbegrip zelf biedt echter ook de mogelijkheid tot verschillende benaderingen. Zo komt men bij een 'enge' benadering tot een beperkter begrip waarin minder omstandigheden relevant worden geacht, terwijl in een 'ruime' benadering meer omstandigheden in de overwegingen worden betrokken. De enge visie is potentieel minder in het voordeel van de koper dan een ruimere visie. Benadrukt moet echter wel worden dat een 'enge' of 'ruime' visie nog niet dwingend is voor hoe de afweging *in concreto* plaats moet vinden. Bij de invulling van conformiteit

168 R. Knöpfle, *Der Fehler beim Kauf*, München: Verlag C.H. Beck (1989), p. 1. § 459 lid 1 BGB oud luidde: Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf dem Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

169 Knöpfle (1989) p. 1.

170 p. 1.

171 p. 2 noot 5. Zie verder uitvoerig Knöpfle over het onderscheid tussen een *subjektive Fehlerbegriff* en een *objektive Fehlerbegriff*. Zie ik het goed, dan wil Knöpfle het subjectieve gebreksbegrip beperken tot hetgeen door verkoper toegezegd is, en voor het overige het objectieve begrip hanteren, zie op p. 349, p. 350-351.

kan men *caveat emptor* of *caveat venditor* als uitgangspunt nemen. Verder kan men subjectieve of objectieve visies hanteren. Deze verschillende visies zijn onder het kopje 'perspectieven' uiteen gezet. Bij de beschrijving van de verschillende regelingen zullen deze perspectieven worden gebruikt, waarmee meer helderheid kan worden verkregen over de basisgedachten en gemaakte keuzen.

Het onderzoek wordt niet beperkt tot een specifiek soort koop, bijvoorbeeld handelskoop, consumentenkoop, of koop van onroerend goed. art. 7:17 BW geldt voor elke soort koop. Daarmee is echter niet gezegd dat voor elk type koop dezelfde criteria zouden moeten gelden. In dit hoofdstuk is alvast ingegaan op de vraag of voor consumentenkoop niet een aparte bepaling in de wet zou moeten worden opgenomen. In de ontwerpfase van het huidig BW werd deze gedachte niet aangehangen; een deel van de commissie die het *Advies Consumentenkoop* van 1980 uitbracht kwam wel met de aanbeveling, onder verwijzing naar Engels recht, om niet-limitatieve specificeringen in de wet op te nemen. Overigens blijkt uit het rapport van de Engelse *Law Commission* dat men ook daar heeft vast willen houden aan een algemene regeling. Voor onroerend goed is een nadere specificering niet bepleit, maar hier doen zich wel specifieke problemen (bodemverontreiniging bijvoorbeeld) voor.

2 Conformiteit. Een verkenning

2.1 Kwaliteitsverplichtingen. Ontwerp NBW. Opbouw van de wet

35. Herkomst van de term conformiteit en definitie. Kwaliteitsverplichting

Opvallend is dat nergens de herkomst van de *term* 'conformiteit' vermeld wordt. In de parlementaire geschiedenis is hieraan geen aandacht besteed en wordt slechts vermeld dat de formulering 'aan de overeenkomst beantwoorden' is overgenomen uit de LUVI (*Loi Uniforme sur la Vente Internationale des objets mobiliers corporels*).[1] Mogelijk is de term via het Amerikaanse recht geïntroduceerd.[2] Uniform Commercial Code (UCC) § 2-313 spreekt van een 'express warranty that the goods shall *conform* to the affirmation or promise' en in de algemene bepalingen van de UCC is een definitie van 'conforming' opgenomen, in § 2-106 (2):

> Goods or conduct including any part of a performance are 'conforming' or conform to the contract when they are in accordance with the obligations under the contract.[3]

Opvallend is ook dat het begrip 'conformiteit' zelf niet gedefinieerd wordt, zodat niet steeds duidelijk is wat de reikwijdte is. Een tekortkoming van de verkoper kan bestaan uit niet, niet-tijdig of niet goed leveren: het conformiteitsbegrip lijkt met name op het laatste aspect te zien.[4] De verplichting van de verkoper 'conform' te leveren omvat een aantal aspecten. Vaak wordt hierbij gesproken over de verschillende aspecten identiteit, kwantiteit en kwaliteit.[5] In dit proefschrift staat de kwaliteitsverplichting centraal.

---

1 PG Boek 7, p. 118.

2 Zie ook U. Magnus, in: M. Martinek (red.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gezetsbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlijn: Sellier-de Gruiter (1999) Art. 35 aant. 1.

3 De huidige general reporter voor de UCC gaf desgevraagd te kennen dat de term voor de totstandkoming van de UCC al in de rechtspraak gehanteerd werd (mededeling per e-mail aan de auteur, februari 2008).

4 Zie J.H. Herbots, *De transnationale koopovereenkomst. Het Weens koopverdrag van 1980*, Leuven: Acco (1991) p. 46: 'Het Weense Koopverdrag gaat het begrip beantwoording van de koopwaar aan de overeenkomst in feite beperken tot de kwaliteit van de koopwaar.' Zie ook I. Schwenzer in: P. Schlechtriem & I. Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: University Press (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 2.

5 Zie P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) § 3.6 p. 39, eerder R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1988) p. 34-35, zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 333. Vergelijk in het Franse recht ook J. Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, Paris: L.G.D.J. (1983) nr. 209 p. 199.

36. De toelichting bij het Ontwerp (ONBW)

In het ontwerp voor de kooptitel van het NBW, zoals bij de Kamer in 1981 ingediend, werd volstaan met enkele korte kernachtige zinnen om aan te geven welke kwaliteit de verkoper moest leveren.[6] In de toelichting werd een en ander nader uitgewerkt. Het lijkt nuttig om als algemene inleiding op het onderwerp en voorafgaand aan een op de criteria voor conformiteit toegespitste bespreking van de parlementaire geschiedenis de toelichting hier kort te bespreken.

Lid 1 en lid 2 van het voorgestelde art. 7.1.2.7 ONBW luidden als volgt:

> 1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.
> 2. Een andere zaak dan is overeengekomen, een zaak van een andere soort, of een zaak die niet de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten, beantwoordt niet aan de overeenkomst.[7]

De toelichting begint met de vermelding dat het begrip 'beantwoorden aan de overeenkomst' is overgenomen van de LUVI. Vervolgens wordt dit begrip heel duidelijk afgezet tegen het oude recht:

> Het biedt het belangrijke voordeel verscheidene netelige vragen uit te schakelen, zoals het verschil tussen een zichtbaar en een verborgen gebrek en het verschil tussen een zaak met een gebrek en een andere zaak dan was overeengekomen. Bovendien is de regel gelijkelijk van toepassing op soortzaken en op bepaalde zaken, waardoor nog een verschil uitgebannen wordt, dat thans de oorzaak is van een kwalijke onzekerheid.[8]

Ook ten aanzien van rechtsgevolgen wordt afgerekend met het oude recht. Geconstateerd wordt dat het aanvaarden van het begrip 'niet beantwoorden aan de overeenkomst' het tevens mogelijk maakt de splitsing te doen vervallen tussen de vorderingen welke de koper ten dienste staan.[9]

Meer inhoudelijk is de volgende passage, waarin duidelijk gemaakt wordt dat het onderscheid dat naar oud recht gemaakt werd tussen de levering van een gebrekkige zaak en de levering van een *aliud* in het ontwerp vervalt:

> Uit hetgeen hiervoren is gezegd volgt dat het begrip, niet beantwoorden aan de overeenkomst' ieder verschil omvat tussen de zaak die het onderwerp van de overeenkomst uitmaakt en de afgeleverde zaak. Het is dan ook niet alleen het zieke dier, het onechte schilderij of het beschadigde voorwerp dat niet aan de overeenkomst beantwoordt. Een andere zaak dan die welke verkocht is, bij voorbeeld wijn van Anjou in plaats van Bordeaux, evenals een uitstekende viool, maar die niet door Stradivarius gemaakt is, terwijl een Stradivarius verkocht was, valt evenzeer onder het genoemde begrip.[10]

---

6 Zie over de bronnen van het ontwerp nr. 79.
7 Zie over lid 3 - lid 5 verder nr. 40.
8 PG Boek 7, p. 118.
9 PG Boek 7, p. 118. Op dit punt wordt ook verwezen naar Afdeling 3. In de algemene toelichting op deze afdeling wordt expliciet ingegaan op de vorderingen die de koper onder het oude recht had, zie PG Boek 7, p. 133.
10 PG Boek 7, p. 118.

Verder wordt nog, blijkbaar geïnspireerd door de problematiek die met name in het *Warmedrankautomaten*-arrest speelde,[11] een ander in het verleden gemaakt onderscheid verworpen, namelijk tussen enerzijds een bepaalde zaak die niet de eigenschappen bezit waarop de koper mocht rekenen, en anderzijds de geleverde zaak die niet aan de overeenkomst beantwoordt, bijvoorbeeld omdat zij niet de eigenschappen heeft van de soort dan wel de gehele soort de eigenschappen mist die de koper verwachten mocht.[12] En tot slot wordt nog vermeld dat hetgeen het artikel ten aanzien van het ontbreken van een gewenste hoedanigheid bepaalt, eveneens geldt voor de aanwezigheid van een ongewenste hoedanigheid.[13]

Hoewel de toelichting in feite niet veel toevoegt aan hetgeen in het voorgestelde wetsartikel vermeld stond, geeft het wel een indruk van wat algemeen onder conformiteit valt. Het is echter niet meer dan een indruk, en het conformiteitsbegrip wordt verder niet inhoudelijk uitgewerkt.

De passage waarin vermeld wordt dat 'ieder verschil' tussen de zaak die het onderwerp van de overeenkomst uitmaakt en de afgeleverde zaak onder het begrip 'beantwoorden aan de overeenkomst' valt lijkt het meest verstrekkend. In de toelichting wordt het echter vervolgens toegespitst op de problematiek van de levering van een *aliud*. Eerder in de parlementaire geschiedenis was een met 'ieder verschil' vergelijkbare formulering gebruikt. In de algemene toelichting op art. 7.1.2.5, 6 en 7 ONBW, thans art. 7:15 tot en met 7:17 BW, wordt het volgende vermeld:

> De artikelen 7.1.2.5, en 6 hebben het oog op wat men zou kunnen noemen rechtsgebreken, terwijl artikel 7.1.2.7 het oog heeft op andere gebreken. Zoals in de toelichting op dit artikel zal worden uiteengezet, omvat het begrip gebrek niet alleen onvolkomenheden van de geleverde zaak, maar elk niet beantwoorden van de zaak aan hetgeen is overeengekomen.
> Iedere klacht van de zijde van de koper betreffende de geleverde zaak zal dus lopen hetzij over rechtsgebreken, bedoeld in artikelen 7.1.2.5, hetzij over de gebreken waarvan in art. 7.1.2.7 sprake is.[14]

Men heeft dus in die zin een sluitend stelsel willen creëren, maar daarmee is niet gezegd dat *iedere* verwachting van de koper daarmee gehonoreerd wordt.

Pas in een later stadium van de parlementaire behandeling is het conformiteitsbegrip nader gepreciseerd door middel van de term 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'; dit komt aan de orde in § 3.2 en § 3.4. Wel kan hier tot slot worden gewezen op de (niet aan de LUVI ontleende[15]) formulering in het voorgestelde lid 2, waarin gesproken wordt over de verwachtingen van de koper. In de toelichting wordt dit als volgt uitgewerkt:

---

11 HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 252 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK.
12 PG Boek 7, p. 118-119.
13 PG Boek 7, p. 119.
14 PG Boek 7, p. 113.
15 De formulering is ontleend aan het *Wasautomaten*-arrest (*Olde Wolbers/Electrotechniek*), HR 29 januari 1971, *NJ* 1971, 221 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK.

> Lid 2 bepaalt dat de verkoper een zaak moet leveren, die de hoedanigheden heeft welke de koper mag verwachten. Om uit te maken wat de koper mocht verwachten, moet mede rekening gehouden worden met hetgeen de verkoper wist of had behoren te weten omtrent het gebruik waarvoor de zaak bestemd is en omtrent de bedoelingen van de koper.[16]

In § 3.3 wordt nog nader ingegaan op de vraag in hoeverre aan het verwachtingspatroon van de koper betekenis toekomt.

37. Conformiteit: de overeenkomst centraal

Art. 7:17 lid 1 BW stelt uitdrukkelijk dat de afgeleverde zaak 'aan de overeenkomst moet beantwoorden'. De verwijzing naar het overeengekomene is in art. 7:17 BW behalve in het eerste lid ook te vinden in de aanhef van het tweede lid: aangegeven wordt dat een zaak die niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten niet *aan de overeenkomst* beantwoordt. Art. 35 van de CISG kent een gelijke bepaling als lid 1. In de commentaren op art. 35 wordt de nadruk gelegd op het beginsel dat partijen zélf hun contract maken. Vergelijk ook de formulering 'tenzij anders overeengekomen' in de aanhef van art. 35 lid 2 CISG en zie ook art. 19 LUVI (aflevering geschiedt door afgifte van een zaak die aan de overeenkomst beantwoordt), dat voor art. 7:17 model heeft gestaan. Gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:17 moet ook aan lid 1 de betekenis worden toegekend dat de tussen partijen gesloten overeenkomst, met al zijn bijzonderheden, bepalend is. Art. 7:17 kent echter naast lid 1 nog een aantal bepalingen. Bij invoering in 1992 telde art. 7:17, evenals het in het ontwerp van 1981 voorgestelde art. 7.1.2.7, 5 leden[17], het artikel heeft thans als gevolg van de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop 6 leden. Wat voegen leden 2 e.v. toe aan de regel van lid 1 dat het geleverde aan de overeenkomst moet beantwoorden?

38. Art. 7:17 lid 1 en de opsomming van criteria in art. 7:17 lid 2 e.v.

Art. 7:17 lid 1 bepaalt dat het geleverde aan de overeenkomst moet beantwoorden. In lid 2 e.v. wordt dit nader uitgewerkt. De vraag is of de in lid 2 e.v. opgesomde criteria zelfstandige betekenis hebben. Het lijkt zinvol onderscheid te maken tussen bepalingen die als een nadere precisering of uitwerking van lid 1 moeten worden gezien, en bepalingen die meer een zelfstandige betekenis hebben.[18]

In lid 3 is de relatie met de overeenkomst duidelijk. In lid 3 wordt thans geregeld wat in het ontwerp nog in lid 2 was opgenomen, namelijk de bepaling dat een andere zaak dan is overeengekomen, of een zaak van een andere soort, niet aan de overeenkomst beantwoordt. Hetzelfde geldt indien het geleverde in getal, maat of gewicht van het overeengekomene afwijkt.[19] Ook bij lid 4 is de relatie met de over-

16 PG Boek 7, p. 118.

17 In de parlementaire geschiedenis zijn de voorgestelde leden 2 en 3 van art. 7.1.2.7 samengevoegd tot lid 3, en werd een nieuw lid 2, waarin het 'normaal gebruik'-criterium, geïntroduceerd. Zie hierover § 3.2 en § 3.4.

18 Zie anders Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 333, die de criteria van lid 2 meer als wettelijke uitwerking beschrijft.

19 Zie voor een ruimere betekenis die aan lid 3 wordt toegekend de conclusie van het OM, A-G Strikwerda, voorafgaand aan HR 25 februari 2005 (Fabels/*Meenderink*), *LJN* AR 5383, *NTBR* 2005, p. 281 m.nt. Ebbinga, *JOR* 2005, 168, besproken in § 7.2.

eenkomst duidelijk: is aan de koper een monster of model getoond of verstrekt, dan moet de zaak daarmee overeenstemmen, tenzij het slechts bij wijze van aanduiding werd verstrekt.[20] Bij lid 6 (voor de aanpassing aan de Richtlijn in 2003: lid 5) is het verband met de overeenkomst ook nog aanwezig: bij de koop van een onroerende zaak wordt vermelding van de oppervlakte vermoed slechts als aanduiding bedoeld te zijn, *zonder* dat de zaak daaraan hoeft te beantwoorden. In deze regeling van wat vroeger het probleem van 'de over- en ondermaat' werd genoemd, is in feite gekozen voor een uitlegregel. Gesproken wordt over een 'vermelding in de overeenkomst', waaraan uitleg moet worden gegeven.[21]

De genoemde bepalingen worden, als nadere uitwerking of precisering van de regel van lid 1, in dit proefschrift verder niet apart behandeld, evenmin als gelijkluidende bepalingen in art. 33 LUVI en art. 35 CISG of art. 2 van de Richtlijn consumentenkoop.[22]

39. Opbouw van de wet

Vanuit de optiek dat het zinvol is onderscheid te maken tussen bepalingen die als een nadere precisering of uitwerking moeten worden gezien van het beginsel dat partijen zelf in de overeenkomst hun verplichtingen bepalen, en bepalingen die meer een zelfstandige betekenis hebben, is een vergelijking met de Amerikaanse wetgeving verhelderend.

De Amerikaanse Uniform Commercial Code (UCC) lijkt op dit punt logischer van opzet. Er wordt onderscheid gemaakt tussen *express warranties* (§ 2-313), de *implied warranty of merchantability* (§ 2-314) en de *(implied) warranty of fitness for a particular purpose* (§ 2-315).[23] Bij de *express warranty* van § 2-313 gaat het om een bevestiging van de kant van de verkoper, om een gegeven beschrijving (*description*), of een *sample* (monster) of *model* (model) dat aan de koper is verstrekt.[24]

Bij de *implied warranty of merchantability* wordt een aantal criteria opgesomd. Bij deze criteria wordt in een aantal gevallen zijdelings het verband met de overeenkomst gelegd, via formuleringen als 'under the contract description', 'within the description', 'permitted by the agreement' en 'as the agreement may require',[25] maar de bepaling in zijn totaliteit geeft criteria die niet bepaald worden door de overeenkomst, maar die òf in het verlengde van de overeenkomst liggen, òf los daarvan staan. Voor het laatste zie met name onder *c*: 'are fit for the ordinary purposes for which such goods are used'.[26] Met name door de categorie van de

---

20 Vergelijk hierover bijvoorbeeld ook in het kader van de CISG Peter Huber, Vertragswidrigkeit und Handelsgebrauch im UN-Kaufrecht (zu OGH, 27.2.2003 - 2 Ob 48/02a, oben S. 350, Nr. 28), *IPRax* 2004, p. 358 op p 359 r.k., met verdere verwijzingen.

21 Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nrs. 352-353.

22 Zie voor CISG en de Europese Richtlijn verder Hoofdstuk 5.

23 Zie verder ook nr. 105.

24 Zie verder hierover James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, St. Paul Minn. (5th ed.; 2000) § 9-6. Steeds wordt daarbij vereist dat sprake is van 'part of the basis of the bargain', hetgeen de regeling weer gecompliceerd maakt.

25 Zie onder *a*, onder *b*, onder *d* en onder *e*.

26 Vergelijk in dit verband ook de LUVI, waar bij alle criteria sterk een relatie gelegd wordt met het contract, zo ook in het meer algemeen geformuleerde laatste criterium (zie onder *f*): 'in general, goods which do not pos- →

express warranty, die beschrijving, monster en model omvat, en het onderscheid tussen de *express* en de *implied warranty*, wordt in de UCC een duidelijker onderscheid gemaakt tussen de beperkingen die op (uitleg van) de overeenkomst berusten en bepalingen die een meer zelfstandig karakter hebben.

40. De illustraties van art. 7:17 lid 3, 4, en 6

Hoewel de zojuist genoemde bepalingen van art. 7:17 lid 2 e.v. geen zelfstandige functie hebben, helpen zij wel de betekenis van lid 1 te begrijpen, als illustraties. Zo merkt Paquay op dat de vraag naar wat deugdelijke levering is in het wetsartikel eigenlijk alleen maar gediversifieerd is in enkele – voor hand liggende – deelvragen en dat uit het geheel ervan duidelijk wordt wat de aard is van het gebreksbegrip in het kooprecht.[27] Afgezien van de eerder besproken voorbeelden van hetgeen door de overeenkomst wordt bepaald (zie art. 7:17 lid 3, lid 4, en lid 6), die al een beeld geven van 'conformiteit', is er de uitwerking in lid 2, waarin de termen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' worden gehanteerd. Deze termen verdienen, als kern van het conformiteitsbegrip, wèl de aandacht.

41. Art. 7:17 lid 2: normaal gebruik en bijzonder gebruik

Art. 7:17 lid 2 luidt:

> Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

De eerste zin van lid 2 is als een herhaling te beschouwen van lid 1, waarbij echter wel duidelijk wordt dat als relevante omstandigheden moeten worden beschouwd 'de aard van de zaak' en 'de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan'. De crux van lid 2 ligt in de volgende zin:

> De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

---

sess the qualities and characteristics expressly or impliedly contemplated by the contract'. Slechts bij het 'normaal gebruik'-criterium (zie onder *d*: goods which do not possess the qualities necessary for their ordinary or commercial use) ontbreekt de verwijzing naar het contract. Een vergelijking met Engels recht is gelet op de opbouw van de wetsartikelen lastiger, maar in s. 14 waarin normaal gebruik en bijzonder gebruik worden geregeld, ontbreken ook verwijzingen naar het contract. Zie voor een uitvoerige weergave van genoemde bepalingen § 4.4 (Engels recht) en § 5.1 (LUVI).

27 'Er is waarschijnlijk geen betere manier om dat uit te drukken dan door illustrati. Dat doet de wettekst!', G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992) p. 125, verwijzend naar N.E. Algra, Soepel dwingend recht, *WPNR* 5691 (1984) p. 189 op p. 191. Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 333. Zie over de Europese Richtlijn ook Grundmann in Massimo C. Bianca & Stephan Grundmann (eds.), *EU Sales Directive Commentary*, Antwerpen: Intersentia (2002) Art. 2 aant. 18 op p. 130, die vermeldt dat de belangrijkste voorbeelden van art. 2 lid 2 'give life to the basic criteria'.

De koper mag dus verwachten dat de zaak geschikt is voor 'normaal gebruik'. Behalve dat de koper de aanwezigheid van eigenschappen die voor een normaal gebruik nodig zijn niet behoefde te betwijfelen, hetgeen blijkens de parlementaire geschiedenis gezien moet worden als een onderzoeksplicht, stelt het wetsartikel verder geen eisen aan de geschiktheid voor normaal gebruik. Het criterium 'normaal gebruik' lijkt los te staan van de overeenkomst, zeker ook gelezen in samenhang met het criterium 'bijzonder gebruik', dat wel aan de overeenkomst gekoppeld wordt. Welk 'normaal gebruik' mag de koper verwachten? Deze vraag zal in het onderzoek centraal staan. Het gaat daarbij dus om de uitleg van de in de wettekst neergelegde norm.

Opvallend is dat blijkens de wettekst 'bijzonder gebruik' alleen relevant is indien het 'bij de overeenkomst is voorzien'. Dit criterium zou dus verder ook buiten beschouwing kunnen blijven, als slechts een uitwerking van lid 1, op dezelfde voet als de eerder besproken bepalingen van lid 3, lid 4 en lid 6.[28] Zie ook, met betrekking tot de Europese Richtlijn consumentenkoop, het commentaar van Staudenmeyer:

> This clarification is quite a superfluous [one], because it already follows from the general principle established in Article 2 (1). If the seller had not accepted the specific requirement of the consumer, it would not have been part of the contract and therefore could not create a lack of conformity.[29]

De in de Nederlandse wettekst gekozen formulering 'bij de overeenkomst is voorzien' in het 'bijzonder gebruik'-criterium verdient de aandacht. Een bespreking hiervan is echter het meest zinvol in de context van de vergelijking met andere regelingen, waarin dit anders is geregeld (LUVI, UCC). Om deze reden wordt het 'bijzonder gebruik'-criterium van het BW ook uitvoerig aan de orde gesteld in Deel 2 Hoofdstuk 5, tezamen met de bespreking van met name de in het uniforme kooprecht gekozen formulering.[30]

Het is duidelijk dat 'bijzonder' gebruik óók in relatie moet worden gezien tot 'normaal' gebruik. In die context wordt 'bijzonder gebruik' in het volgende ook genoemd. In het vervolg zal blijken dat, afgezien van hetgeen in lid 3 e.v. is geregeld, de Nederlandse wetgever in lid 2, in vergelijking met sommige buitenlandse regelingen, volstaan heeft met een beperkt aantal begrippen. In andere rechtsstelsels is gekozen voor een meer 'open structuur', waarin door middel van een opsomming nader vorm wordt gegeven aan conformiteit. Gelet op deze keuze wint de uitleg van de in lid 2 gehanteerde begrippen alleen maar aan belang.

Voordat de reikwijdte van de 'normaal gebruik'-norm, en daarmee ook de invulling van het 'bijzonder gebruik'-criterium, aan de orde komt in Deel 2, eerst aandacht voor de volgende vraag: wat is de basis voor de verplichting van de ver-

---

28 Zie ook uitvoeriger de bespreking van het 'bijzonder gebruik'-criterium in de context van verschillende regelingen, zoals de CISG en de Europese Richtlijn, in § 5.3.

29 D. Staudenmayer, The directive on the sale of consumer goods and associated guarantees – a milestone in the European consumer and private law, *European Review of Private Law* 2000, p. 547 op p. 552.

30 Zie uitvoeriger hierover § 5.3.

koper om een zaak te leveren die geschikt is voor normaal gebruik? Is de basis voor deze verplichting de wet of de overeenkomst?

42. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

In de toelichting van 1981 bij het Ontwerp (ONBW) wordt met name aandacht besteed aan de relatie met het oude recht, waarbij uiteen gezet wordt dat enkele onderscheidingen die naar oud recht nog werden gemaakt onder de nieuwe regeling hun belang verliezen. Inhoudelijk wordt het conformiteitsbegrip niet uitgewerkt.

Art. 7:17 lid 1 stelt de overeenkomst tussen partijen centraal. Bij bestudering van vorm en inhoud van art. 7:17 blijkt dat lid 1 een algemeen uitgangspunt verwoordt, namelijk dat het geleverde 'aan de overeenkomst moet beantwoorden'. De overige leden van art. 17 zijn als een uitwerking hiervan te beschouwen. Hierbij kan echter wel een onderscheid worden gemaakt tussen bepalingen die puur als een nadere verduidelijking fungeren en in feite uitlegregels zijn, en bepalingen die een meer zelfstandig karakter hebben.

Art. 7:17 lid 3, 4 en 6 zijn in hun functie beperkt tot uitlegregels; deze leden illustreren daarnaast echter ook nader het conformiteitsbegrip. Het in art. 7:17 lid 2 opgenomen criterium 'normaal gebruik' staat duidelijk los (althans losser) van de overeenkomst.

2.2 De 'kwaliteitsgarantie' gebaseerd op de wet of op de overeenkomst

43. Inleiding

In de vorige paragraaf werd bij de beschrijving van het conformiteitsbegrip de nadruk gelegd op de opbouw van de wet, de relatie tussen art. 7:17 lid 1, waarin de overeenkomst centraal staat, en het vervolg van het wetsartikel, waarbij bezien werd in hoeverre sprake was van een uitwerking van lid 1, of van criteria met een meer zelfstandig karakter. In deze paragraaf wordt de vraag wat de basis van het conformiteitsbegrip is, de wet of de overeenkomst, verder uitgewerkt.

44. 'Kwaliteitsgarantie': gebaseerd op de wet of op overeenkomst? Standpunt in de parlementaire geschiedenis

Eerder werd de tekst van het voorgestelde art. 7.1.2.7 ONBW lid 1 en lid 2 al weergegeven. Lid 2 werd in 1983 gewijzigd, waarbij 'gelet op alle omstandigheden van het geval' werd toegevoegd.[31] De gewijzigde tekst luidde als volgt:

> Een andere zaak dan is overeengekomen, of een zaak van een andere soort, beantwoordt niet aan de overeenkomst. Hetzelfde geldt voor een zaak die niet de eigenschappen bezit die de koper, gelet op alle omstandigheden van het geval, mocht verwachten.

31 Zie voor een nadere weergave van de parlementaire geschiedenis op dit punt § 3.2 en § 3.4.

Tegen deze formulering werd door de Kamercommissie als kritiek ingebracht dat onvoldoende duidelijk was dat de verwachtingen van de koper op de overeenkomst gebaseerd moeten zijn. Gesuggereerd werd om 'op grond van de overeenkomst' in de tekst tussen te voegen. Hierbij werd ook verwezen naar de formulering van art. 35 lid 1 CISG en een tweetal publicaties van Algra.[32] Algra had in een tweetal publicaties bezwaren geuit tegen de in de wettekst gebruikte formulering. Zo stelde hij onder meer, onder verwijzing naar het *Wasautomaten*-arrest (*Olde Wolbers/Electrotechniek*),[33] dat in de formulering van lid 2 'op grond van de overeenkomst' moest worden opgenomen, zodat duidelijk zou worden dat subjectieve verwachtingen van de koper niet van belang zijn:

> Daardoor wordt direct duidelijk, dat subjectieve verwachtingen van de koper irrelevant zijn. Het gaat om in het contract wortelende verwachtingen, waarover dus koper èn verkoper het eens geworden moeten zijn.[34]

Naar aanleiding van de vragen van de Commissie werd de huidige eindtekst geïntroduceerd, waarin ook als concretisering het 'normaal gebruik'-criterium is opgenomen. Ter toelichting werd door de minister gesteld dat 'het bij het criterium "een zaak die niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten" inderdaad gaat om de vraag wat de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten.'[35] Krachtens lid 2 eerste zin zoals de wettekst thans luidt gaat het dus om eigenschappen die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, hetgeen echter strikt genomen slechts een terugverwijzing of uitwerking is van lid 1. Ten aanzien van de verdere uitwerking in lid 2, met name het 'normaal gebruik'-criterium, is de basis echter niet duidelijk.

In het antwoord van de minister aan de Kamer lopen de twee door de Kamercommissie aangesneden kwesties, namelijk nadere concretisering van het voorgestelde artikel en het baseren van de verwachtingen van de koper op de overeenkomst, door elkaar. De door de minister gegeven toelichting over de basis van de verwachtingen lijkt uitsluitend gericht op de eerste zin van lid 2, en niet op het geïntroduceerde 'normaal gebruik'-criterium.[36] De tekst van lid 2 letterlijk gele-

---

32 Hierbij wordt verwezen naar N.E. Algra, Soepel dwingend recht, *WPNR* 5691 (1984) p. 189 e.v. en N.E. Algra, *Koning Klant, een dwingeland? De koop volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff (1984), p. 59 e.v.

33 HR 29 januari 1971, *NJ* 1971, 221 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK.

34 N.E. Algra, *Koning Klant, een dwingeland*? (1984) op p. 59. Zie over de subjectieve verwachtingen ook op p. 60: 'Een dergelijke tekst voorkomt dat kopers, die teleurgesteld werden in hun subjectieve verwachtingen, in de wettekst een houvast menen te hebben voor een rechtsvordering. Een oningewijde zal immers in de tekst, zoals hij thans luidt, lezen, dat (ook) niet-normatieve verwachtingen van de koper relevant zijn.' Zie ook N.E. Algra, Soepel dwingend recht, *WPNR* 5691 (1984) p. 189 op p. 189. Algra verwees ook naar (de formulering van) art. 35 lid 1 CISG, waarin de 'description' door de verkoper mede bepalend is, en geeft aan dat het aanbod van de verkoper in verregaande mate beslissend is voor de inhoud van de koopovereenkomst, met name in geval de koper het aanbod zonder meer accepteert. Zie over 'description' uitvoeriger § 3.3.

35 PG Boek 7, p. 125. De minister zag in het toevoegen van de formulering dat het gaat om eigenschappen die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten aanleiding om het eerder geïntroduceerde 'gelet op alle omstandigheden van het geval' weer uit de tekst te laten wegvallen, zie p. 125.

36 Zie verder § 3.2 en § 3.4 voor een weergave van de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de concretisering van het wetsartikel.

zen suggereert een tegenstelling tussen enerzijds op de overeenkomst gebaseerd 'bijzonder gebruik' en anderzijds 'normaal gebruik', waarvan de basis niet geëxpliciteerd wordt. De bij het 'bijzonder gebruik'-criterium gehanteerde formulering wordt echter verder niet toegelicht.[37] De conclusie is mijns inziens dat bij de totstandkoming van de wet op dit punt geen positie is gekozen. Gelet op deze onduidelijkheid is het nuttig dit aspect ook op andere terreinen (CISG, Richtlijn consumentenkoop) te onderzoeken.

Voorafgaand aan dit verder onderzoek kan ook worden gewezen op het oude recht. Bij de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat men op dit punt bewust heeft willen afwijken van het oude recht, waarin de garantie (instaan voor) voor verborgen gebreken in de wet verankerd was. Hier kan op dit punt worden volstaan met een verwijzing naar een overweging van de Hoge Raad in een arrest uit 1879, waarin werd overwogen dat

> de wet echter, blijkens de artt. 1540 en 1541, aan die woorden (verborgen gebreken, PK) eene bepaalde beteekenis hecht, zoodat eene uitleg die woorden in eenen anderen zin, dan de bij de wet daaraan gegevene, zoude zijn eene schending der wet.[38]

Duidelijk wordt hier aangegeven dat het onder het oude recht in de wet opgenomen criterium van het verborgen gebrek een *wettelijk* criterium was. Dit sluit aan bij de traditionele *civil law* opvatting in het algemeen.[39]

45. Het internationale (handels)kooprecht

In het internationale (handels)kooprecht wordt scherp onderscheid gemaakt tussen het contract als basis voor verplichtingen, of de wet (c.q. het Verdrag).[40] Bij de toepassing van art. 35 CISG kan men de criteria van het artikel, met name het 'ordinary use'-criterium van art. 35 lid 2 onder *a*, binnen de uitleg van 'het contract zelf' blijven plaatsen of aanvaarden dat de criteria een *aanvullende* rol spelen.[41] De vraag is, met andere woorden, in hoeverre de CISG verplichtingen oplegt. Men is in het internationale kooprecht wars van 'wettelijke' conformiteitseisen en de voorkeur wordt gegeven aan een invulling aan de hand van het contract in het licht van handelsgebruiken. Ook in de CISG zijn partijen gebonden aan handelsgebruiken, *usages*, waarvan art. 9 lid 2 in essentie zegt dat deze gelden voor zover bij de overeenkomst er niet van is afgeweken en die prevaleren boven de bepalin-

37 Zie uitvoeriger hierover § 5.3.
38 HR 7 november 1879, *W.* 4441 (1879).
39 Zie hierover uitvoeriger de nog te bespreken publicaties van Rabel.
40 Zie hierover uitgebreid R. Hyland, Conformity of Goods to the Contract Under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, in: P. Schlechtriem (Hrgs.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationsrecht*, Baden-Baden: Nomos (1987) p. 305, met name p. 318-320.
41 Zie voor de eerste benadering uitdrukkelijk John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (3rd ed.; 1999) § 225 (zie bijvoorbeeld de zin: 'The role of art. 35 (2) is to aid in construing the contract'). Zie genuanceerder Bianca in: C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna sales convention*, Milan: Giuffrè (1987) Art. 35 note 2.1. Bianca wijst terecht wel op de rol van de artt. 8 en 9 bij de uitleg van het overeengekomene.

gen van het Verdrag zelf.[42] Daar komt nog bij de reserve die men in de internationale handel heeft ten aanzien van nationale rechtssystemen (en toepassingen daarvan door rechters). Een en ander leidt Hyland tot een redelijk kritische houding ten opzichte van art. 35 CISG[43] (zijns inziens verbergt de 'elegant text' een 'wealth of difficulty') en de volgende conclusie:

> The only potentially unifying factor is the international sales contract itself.[44]

In zijn belangrijke publicatie *Das Recht des Warenkaufs* maakt Ernst Rabel onderscheid tussen de wet of het contract als de bron van verbintenissen.[45] Het verschil wordt door Hyland als volgt beschreven:

> If the merchantability requirement is derived *ex lege*, it is conceived as a legal guarantee of the buyer's expectations, a necessary supplement to the obligations undertaken by the parties themselves, a social decision that goods should not be sold at all unless they are fit for certain purposes. If, instead, the derivation is *ex contractu*, merchantability is established by the expectations of the parties as anchored in the agreement, by contract interpretation. In short, either merchantability consists of obligations imposed by law on the seller, or it is derived purely and simply from the agreement.[46]

Hyland meent dat Rabel er de voorkeur aan gaf het vereiste van verhandelbaarheid te zien als *ex lege,* en voorzag dat deze visie ook in de *common law* zou gaan prevaleren, waarbij Hyland echter stelt dat juist de gedachte van het contract als basis aan invloed wint.[47] Hyland verwijst hierbij naar het Duitse (en het Franse) recht, waar de subjectieve of concrete visie toegepast wordt.[48] In dit verband noemt hij ook het Amerikaanse recht.[49] Uit het feit dat in de CISG de eis van 'merchantabi-

---

42 Zie hierover M.J. Bonell, Die Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980, *Österreichische Juristische Blätter* 1985, p. 385, waarin ook aandacht voor de vraag naar de grondslag van de binding.

43 'Rules were snipped from various domestic and international sales laws, altered slightly, and then pasted together. Neither the text of the Convention nor the provision's legislative history defines the policies the rules were designed to implement.' op p. 305.

44 Hyland (1987) op p. 305.

45 E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, 2. Band.Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (1958) p. 106 e.v. en met name p. 161-162, en ook E. Rabel, The nature of the warranty of quality, 24 *Tulane L. Rev.* p. 273 (1950) met veel rechtsvergelijkende gegevens en nuances.

46 p. 318. Zie ook: 'The problem is that the law of contracts does not recognize >>reasonable expectations,<< without more, as a basis for obligation. >>The law and agreements are the two sources of obligation,<< and one must be chosen as the fondement for the merchantability requirement.', op p. 318.

47 'Rabel believed that the civil law and common law were converging in their understanding of the nature of warranty obligations. He believed that the common law was in the process of abandoning the >>fiction<< that warranty obligations can be derived from the will of the parties and was moving toward the open recognition that warranty requirements represent a legal supplement to the contractual obligations directly assumed by the parties. Rabel was correct about the convergence but wrong about the direction. The modern tendency is towards a contractual interpretation of the merchantability obligation, both in Continental doctrine and in American warranty law.' p. 319.

48 Hyland (1987) op p. 319.

49 Hyland stelt, onder verwijzing naar comment 4 van § 2-313, dat ook in de UCC uitleg van de overeenkomst centraal staat; voor een andere visie zie mijn beschrijving van Amerikaans recht in § 4.3. Meer algemeen is op Hyland's conclusie (p. 319-320) dat de *ex contractu* visie in zowel civil law als common law de overhand krijgt wel wat af te dingen.

lity' ook geldt in situaties waarin de verkoper geen 'merchant' is,[50] lijkt Hyland overigens af te leiden dat gekozen is voor een *wettelijke* basis voor conformiteit.[51] In de beschrijvingen van de opvattingen van Rabel worden verschillende accenten gelegd. Hyland stelt dat Rabel er de voorkeur aan gaf het vereiste van verhandelbaarheid te zien als *ex lege,* gelet op het onderscheid tussen 'warranty' en 'promise' (waarbij hij belang hecht aan de mogelijkheid om nakoming te vorderen), en voorzag dat deze visie ook in de *common law* zou gaan prevaleren, hetgeen Hyland echter weer bestrijdt. Het is hier niet de plaats om nader te onderzoeken welke visie in de verschillende rechtsstelsels of verschillende landen heeft geprevaleerd of momenteel prevaleert. Van het internationale handelsrecht kan meteen de sprong gemaakt worden naar de tegenpool, namelijk het internationale consumentenrecht.

46. Het (internationale) consumentenkooprecht

In het 'internationale' consumentenrecht, in de Europese Richtlijn betreffende de verkoop van en de waarborgen voor consumptiegoederen, vindt men een regeling van een *wettelijke* conformiteitseis.[52] Deze wettelijke conformiteitseis dient als aanvulling op de 'handelsgarantie'.

De *Green paper* is opgezet vanuit het onderscheid tussen de *legal guarantee* (de rechtstreeks uit het kooprecht voortvloeiende bescherming)[53] en de *commercial guarantee* (een onverplichte en vrijwillig aangeboden garantie). Het onderscheid wordt beschreven als volgt:

> The legal guarantee is always present and derives directly from the law. The commercial guarantee is offered on a voluntary basis by the producer or vendor of the good or by any other person in the product distribution chain. The legal guarantee produces effects which are laid down by law and its implementation is subject to legally fixed conditions and procedures. ... The commercial guarantee produces effects which are unilaterally determined by the guarantor and its implementation is subject to the conditions and procedures established by that person.[54]

50 Zie uitvoerig, met name over het ter zake ingediende en weer ingetrokken amendement, § 5.1.

51 Op p. 316-320. Vergelijk ook Henry D. Gabriel, *Contracts for the sale of goods: a comparison of domestic and international law*, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana (2004) p. 121.

52 Zie over het voorstel voor de Richtlijn M. van Delft-Baas, Garanties en after-sales service in relatie tot de Consumentenkoop en het Groenboek, *TvC* 1994, p. 179; R.H.C. Jongeneel, Naar een Europees garantiebewijs? Het Groenboek garanties en after-sales service, *TvC* 1995, p. 5; E.H. Hondius, De consumentenkoop in Europees perspectief/Naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties, *TvC* 1996 p. 245; zie ook diverse bijdragen aan *Consumer Law Journal* in 1995, waaronder M. Tenreiro, Guarantees and after-sales service: Brief analysis of the green paper presented by the European Commission, op p. 79; R.H.C. Jongeneel, The sale of goods in the Netherlands Civil Code: A contribution to the discussion about the green paper on guarantees for consumer goods and after-sales services, op p. 143 en over Frans recht F. Jacquot, The legal guarantee under French law - A comparison with the E.C. paper, op p. 138.

53 'Ultimately this guarantee is nothing other than a legal effect arising from the contract of sale by virtue of the law.' *Green paper*, p. 14. Zie ook expliciet Van Delft-Baas: 'De wettelijke garantie is de traditionele garantie. De bescherming van de koper vloeit rechtstreeks voort uit het kooprecht.', Van Delft-Baas (1994) op p. 180.

54 p. 13. Legal guarantee, commercial guarantee en after-sales service worden expliciet genoemd als 'basic concepts' van de *Green paper*, p. 6.

Zo kan worden gesproken over een *wettelijke* garantie, dit in tegenstelling tot de zogenaamde *commerciële* garantie.[55] In het voorstel voor de Richtlijn werd ook in de Engelse tekst nog gesproken over 'commercial guarantee' en 'legal guarantee', waarbij in de laatste werd inbegrepen 'all legal protection of the purchaser in respect of defects in the goods acquired, resulting directly from the law, as a collateral effect of the contract of sale.' Volledigheidshalve werd hieraan toegevoegd dat 'it operates independently of the will of the contracting parties, its effect being binding in law'.[56]

47. Dwingend karakter conformiteitsvereiste

De vraag naar het al dan niet dwingend karakter van de wet is een andere dan de zojuist behandelde kwestie van de basis van de kwaliteitsgarantie, maar is hiervoor wel van belang. De wetgever kan zelf regels formuleren, maar het verder aan partijen overlaten of zij deze regels al dan niet uitsluiten (aanvullend recht). Vanuit met name een beschermingsgedachte gaat de wetgever er soms toe over regels een dwingend karakter te geven: dwingend recht. Het moet hier noodzakelijkerwijs gaan om door de wetgever zelf geformuleerde regels. Het 'dwingend' maken van door partijen zelf opgestelde contractuele regels valt onder het bindende karakter van de overeenkomst, en niet onder dwingend recht.

In dit verband kan worden gewezen op het dwingende karakter van het conformiteitsvereiste bij de consumentenkoop. Bij een consumentenkoop, waaronder in de wet wordt verstaan de koop met betrekking tot een roerende zaak, die wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van een bedrijf, en een koper, natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 7:5 lid 1), kan van art. 7:17 in het geheel niet in het nadeel van de consument worden afgeweken, zie art. 7:6 BW. De betekenis van het dwingend karakter van de consumentenkoop voor art. 7:17 heeft overigens in Nederland weinig aandacht gekregen.

48. Belang van het onderscheid

De conformiteit die in het internationale handelskooprecht bij voorkeur als 'contractueel' wordt gezien, wordt in het internationale consumentenkooprecht als 'wettelijk' gezien. Het verschil tussen een 'kwaliteitsgarantie' gebaseerd op de wet of een garantie gebaseerd op de overeenkomst lijkt wellicht een academische kwestie. Hoewel in de toepassing dezelfde resultaten bereikt kunnen worden, zijn er wel degelijk verschillen aan te wijzen.

De verschillen treden met name op bij de invulling van het conformiteitsbegrip en de betekenis van expliciete en impliciete garanties. Door uit te gaan van de wettelijke garantie kan men komen tot een relativering van het onderscheid tussen

55 Zie bijvoorbeeld Hondius (1996) p. 246 ('de zg. wettelijke garantie in Franse zin'), vergelijk ook (voor common law) R. Bradgate, Harmonisation of legal guarantees: a common law perspective, *Consumer Law Journal* 1995, p. 94, R. Cranston, The green paper on guarantees, *Consumer Law Journal* 1995, p. 110.

56 De handelsgarantie werd eerst gedefinieerd als 'any additional undertaking', in de definitieve tekst is art. 1 lid 2 sub *e* gekozen voor 'undertaking ... given without extra charge'.

expliciete en impliciete garanties. Garanties en het onderscheid tussen expliciete en impliciete garanties komt in Deel 3 aan de orde.[57]

In Deel 2 wordt eerst de invulling van het conformiteitsbegrip nader uitgewerkt. Bij de invulling van het conformiteitsbegrip kan het verschil maken of men als uitgangspunt neemt dat de wet de verkoper bepaalde verplichtingen oplegt: in deze benadering kan men – echter afhankelijk van de concrete invulling van diverse begrippen ('normaal gebruik') en gezichtspunten – eerder tot een ruime uitleg van conformiteit komen. Dit zou moeten betekenen dat men in het internationale handelsrecht eerder een 'enge' invulling geeft aan conformiteit, terwijl men in het consumentenkooprecht eerder aan een 'ruime' invulling toekomt. Zowel het internationale handelsrecht als het consumentenkooprecht komen in Deel 2 aan de orde.

Het onderscheid kan verder van belang zijn in het kader van de discussie over een subjectieve of objectieve invulling van het conformiteitsbegrip. Zo merkt Schlechtriem naar aanleiding van beschouwingen van Rabel op:

> He also exposed the common core of all legal systems: that the seller shall assume responsibility that the goods sold conform to the contractual agreement. The seller's obligation and liability, therefore, are not derived from any special warranty *nor is he always liable for certain objective characteristics of the goods sold.* (mijn curs., PK)[58]

In een 'contractuele' visie zou men minder snel tot objectieve, abstracte, kwaliteitseisen kunnen komen.

Ondanks het pleidooi dat met name in de context van de internationale handelskoop gehouden wordt voor een 'contractuele' benadering van conformiteit, is mijns inziens de conclusie dat sprake is van een op de wet gebaseerde 'garantie' onontkoombaar. Zonder nadere kwaliteitseisen die de wet, of breder geformuleerd: het recht, stelt is men terug bij de situatie dat in principe voldoende zou zijn dat de verkoper de overeengekomen zaak levert zonder dat daarbij aan enige kwaliteitseisen moet zijn voldaan.[59] De wetgever gaat ertoe over om bepaalde verplichtingen in de wet vast te leggen, zie de *implied term* in Engeland.[60] Tot slot blijkt uit het dwingendrechtelijk karakter van het consumentenkooprecht dat de wetgever niet alleen inhoud wil geven aan de verplichtingen van de verkoper, maar dit ook zodanig van belang acht dat dit dwingendrechtelijk wordt voorgeschreven. Dat een en ander in veel situaties contractueel 'ingekleurd' kan en moet worden doet daaraan niet af.

---

57 Zie met name § 6.4.

58 P. Schlechtriem, Chapter 6 The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: N.M. Galston en H. Smit (eds.), *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984) op p. 6-19.

59 Zie in dit verband ook Hijma, die over een 'algemene wettelijke conformiteitsgarantie' spreekt, Asser-Hijma 5-1 (2007) nr. 339. Zie daarbij hetgeen eerder opgemerkt werd in § 1.4 inzake *caveat emptor* of *caveat venditor*. Zie ook in dit verband de oude wettelijke regeling, waarover verder Deel 3.

60 Waarover § 4.4 e.v.

49. Relativering van het onderscheid. Kwaliteitsgarantie: èn de overeenkomst, èn de wet

Voordat in de volgende paragraaf de verschillende visies op conformiteit nader uitgewerkt worden, en met name aandacht besteed wordt aan de objectivering van de norm, is het goed het hierboven geschetste onderscheid tussen de wet of het contract als basis voor verplichtingen te relativeren. Men kan het onderscheid benadrukken, of uitgaan van een visie waarin beiden, wet en overeenkomst, de basis voor de verplichtingen vormen. Niet een kwestie van *of*, maar een kwestie van *èn*.

Het dubbele karakter van de in de wet opgenomen criteria voor kwaliteitsverplichtingen wordt het best verwoord door Bridge, als volgt:

> An examination of the general law of contract shows that it is not easy to pin down the nature of implied contractual terms. Expressed as a crude dichotomy, they come in two different versions: first, terms agreed in fact by the parties that are either so obvious that they do not need to be stated or that the parties have not troubled to record in writing; and secondly, those terms implied by law into contracts to give them a minimum of business efficacy, doubtless in accordance with the paramount intention of the parties to create a workable contractual agreement. One explanation of certain implied terms is that initially they express the actual agreement of contracting parties but that, under the weight of case law and inherited assumptions, they become over time automatic accessories of particular contract types. The final stages in the development of an implied term may then be seen in its incorporation in a statute that codifies the common law and in subsequent attempts by common law and statutory means to prevent its exclusion.[61]

In de commentaren op art. 35 CISG wordt dit impliciet ook tot uitgangspunt genomen. Zo ziet Honnold art. 35 lid 2 als een regeling van dingen zoals partijen die zelf zouden regelen wanneer zij dit niet te vanzelfsprekend ('go without saying') zouden vinden.[62]

50. Relativering van het onderscheid. Grenzen van de overeenkomst

Het onderscheid kan nog verder gerelativeerd worden door er op te wijzen dat de overeenkomst-figuur vaak ook verschillend begrensd wordt. In een klassieke opvatting bestaat de overeenkomst uit hetgeen door partijen (expliciet) is afgesproken, waarbij dit vaak ook beperkt wordt tot de schriftelijke vastlegging ervan. In een ruimere opvatting wordt de overeenkomst meer gezien als een rechtsver-

---

61 Michael Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press (1997) p. 272. Zie ook p. 273, waar hij stelt dat de visie dat de *implied terms* door de 19e eeuwse jurisprudentie 'in an interventionist way' zijn opgelegd ook verdedigbaar is. Zie verder § 4.8. Zie ook het ontwerp van de *Study Group for a European Civil Code*, art. 2: 203 (Implied requirements).

62 Honnold (3rd ed.; 1999) § 222 en § 225, zie ook uitvoerig § 5.1. Zie ook G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992) p. 93 die met verwijzing naar Honnold aangeeft dat in de vorige eeuw in Engeland de rechters al probeerden in het contract te lezen wat partijen normaal gesproken geregeld zouden hebben ('implied terms'). Zie uitvoeriger over de visie op art. 35 § 5.1 en zie ook verder de volgende paragraaf.

houding.[63] Bij een klassiek en beperkt overeenkomst-begrip komt het onderscheid tussen wet en overeenkomst sterker naar voren dan bij een meer flexibel overeenkomst-model. Op het onderscheid wordt hier verder niet uitvoerig ingegaan. Wel kan worden gewezen op enkele elementen die in het vervolg van het betoog naar voren komen. Zo kan bijvoorbeeld worden gewezen op het belang dat in de CISG wordt gehecht aan handelsgebruiken, zie art. 9. De handelsgebruiken derogeren zelfs aan de bepalingen van het verdrag, en maken ook onderdeel uit van de overeenkomst.[64] Verder kan worden gewezen op de kwestie of mededelingen die gedaan zijn voor de sluiting van het contract tot de contractsinhoud zijn gaan behoren. Een specifiek onderdeel van deze vraag speelt een belangrijke rol bij (de formulering van) het bijzonder gebruik-criterium: in dat kader wordt van belang hoe men formuleringen, die in wets- of verdragsbepalingen worden gebruikt, opvat. Het gaat dan om formuleringen als 'bij de overeenkomst voorzien' en 'overeengekomen'. In hoeverre maakt een aan de verkoper bekendgemaakt beoogd gebruik deel uit van de overeenkomst? Dit specifieke element wordt hieronder nog kort toegelicht.

51. De grenzen van de overeenkomst: de blote mededeling en de implied term

Welke mededeling is juridisch relevant? Uiteraard wordt niet alle informatie die vóór de totstandkoming van de overeenkomst is uitgewisseld ook automatisch inhoud van de overeenkomst.[65]

Zonder dat in de rechtspraak scherpe regels zijn ontwikkeld voor het onderscheid tussen een 'blote' mededeling en een mededeling die deel uitmaakt van de contractsinhoud, speelt het thema toch een belangrijke rol, zij het vaak enigszins op de achtergrond. Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren. In het *Warme-drank automaten*-arrest waren bijvoorbeeld de uitlatingen (de vermelding 'absoluut betrouwbaar' in reclame-materiaal) van de verkoper onvoldoende om als garantie te worden gekwalificeerd.[66] In het *Moffenkit*-arrest echter leidde de uitvoerige door de producent gemaakte reclame wel tot aansprakelijkheid. De producent van 'koud-plastische bitumineuze massa' werd aansprakelijk gehouden voor schade ontstaan door lekkage van met de moffenkit gedichte rioleringsbuizen.[67] In het

63 Vergelijk bijvoorbeeld J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 1 § 8, p. 116 e.v., Hoofdstuk 3 § 1 nr. 2 en Hoofdstuk 4 § 1 nr. 2, en meer recent J.M. van Dunné, Normatieve uitleg à l' anglaise. Investors Compensation Scheme (1998) als de Engelse Haviltex-zaak, in: *Contracteren internationaal* (Grosheide-bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006), p. 103 op 113-114. Zie ook J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie*, (diss. Tilburg) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1990).

64 Terzijde kan worden opgemerkt dat voor art. 9 CISG ook een dergelijk onderscheid gemaakt kan worden. Voor art. 9 zie verder § 5.1 en § 5.3. Dit onderscheid bij art. 9 wordt hier verder niet uitgewerkt. Vergelijk hierover wel bijvoorbeeld kort, in het kader van conformiteit, Peter Huber, Vertragswidrigkeit und Handelsgebrauch im UN-Kaufrecht (zu OGH, 27.2.2003 - 2 Ob 48/02a, oben S. 350, Nr. 28), *IPRax* 2004, p. 358.

65 Zie in dit verband het onderscheid tussen *representations* en *contractual terms* in het Engelse recht. Zie hierover Atiyah/Adams (2005) Hoofdstuk 13 sub 2, p. 149 e.v.

66 HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 252 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK. Zie ook HR 12 juni 1970, *NJ* 1970, 383 over mededelingen van een autoverkoper.

67 HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279 m.nt. GJS. Dat de procedure gevoerd wordt door een derde, de schadelijdende gemeente, en niet door de contractspartij, doet in dit verband niet ter zake.

arrest *Durlinger/Bakens* hadden de kopers van een winkelpand aan de verkopers meegedeeld dat zij het pand wilden gaan verbouwen. Deze mededeling bleek onvoldoende als 'garantie' dat de bodem niet-verontreinigd zou zijn.[68] De voorbeelden zijn hier slechts gegeven om te illustreren dat dit in de rechtspraak toch een belangrijk thema is.[69]

Bij de totstandkoming van het NBW is wel een en ander gezegd over de mogelijkheden voor de verkoper om door middel van mededelingen het verwachtingspatroon van de koper te beïnvloeden, maar aan de wetsgeschiedenis is geen maatstaf te ontlenen voor het onderscheid tussen 'blote' mededelingen en juridisch relevante mededelingen.[70] In de bespreking van de parlementaire geschiedenis van art. 7:17 in Deel 2 zal blijken dat in een eerdere formulering van belang werden geacht 'de eigenschappen die de koper, *gelet op alle omstandigheden van het geval*, mocht verwachten'. Dit moet uiteraard niet letterlijk worden genomen: achterliggende gedachte was de flexibiliteit van de voorgestelde bepaling te verduidelijken. Ter toelichting somde de minister een aantal elementen op die van belang zijn bij hetgeen de koper mag verwachten: de aard van de zaak (nieuw of gebruikt, merkartikel of niet, al dan niet beschadigd), de hoogte van de prijs, het soort winkel waarin is gekocht, de persoon van de koper en verkoper (al dan niet deskundig), de omstandigheden waaronder de verkoop plaats vond (uitverkoop), de mededelingen van de verkoper.[71] Een duidelijke afgrenzing is daarmee uiteraard niet gegeven.

In moderne wetgeving is er wel een tendens om mededelingen gedaan vóór het sluiten van het contract expliciet tot de contractsinhoud te rekenen. Daarbij kan als eerste de Nederlandse wetgeving, art. 7:18 lid 1, worden genoemd. Op grond van dit artikel worden bij een consumentenkoop mededelingen van de kant van voorschakels (vaak de producent) aan de verkoper toegerekend. In de Europese Richtlijn is dit later op dezelfde wijze geregeld, voor zowel voorschakels als voor de verkoper zelf. In art. 2 lid 2 sub *d* worden als relevant aangemerkt 'any public statements on the specific characteristics of the goods made by the seller, the producer or his representative, particularly in advertising or on the labelling'.[72] In Scandinavische wetgeving is ook een dergelijke regeling opgenomen, echter niet

---

68 HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 658 m.nt. WMK onder nr. 657, *M & R Jurisprudentie* 1998, nr. 56 p. 152 m.nt. Klik. Zie over het arrest ook § 6.7.

69 Zie ook de rechtspraak besproken in C. Bollen, Onjuiste mededelingen en de samenloop tussen dwaling en wanprestatie: de ene mededeling is de andere niet!, *NTBR* 2004, p. 414.

70 Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 335 en 338-340. Zie eerder ook uitvoerig N.E. Algra, Soepel dwingend recht, *WPNR* 5691 (1984) p. 189.

71 Zie PG Boek 7, p. 121, Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 335.

72 Zie ook PECL Article 6.101 (ex art. 8.101) - Statements giving rise to contractual obligation, lid 2:
2. If one of the parties is a professional supplier who gives information about the quality or use of services or goods or other property when marketing or advertising them or otherwise before the contract for them is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a contractual obligation ...
In de Duitstalige literatuur is er veel aandacht voor wat begrepen moet worden onder 'het overeengekomene', in relatie tot conformiteit. Zie onder meer W. Faber, Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, 121 *Juristische Blätter* (7) 1999, p. 413, op p. 418-419, die er op wijst dat de in art. 2 lid 2 opgenomen criteria meer inhouden dan hetgeen naar Oostenrijks recht als 'overeengekomen' wordt beschouwd. In het Oostenrijkse recht wordt via de vertrouwensleer beslist of sprake is van een blote mededeling of een verklaring die opgevat mocht worden als deel van de contractsinhoud, zie op p. 421.

beperkt tot consumentenkoop (als aanvullend recht, zodat verkopers zich op dit punt kunnen exonereren).[73] Daarmee is echter uiteraard nog niet elke mededeling juridisch relevant.

In de literatuur wordt in dit verband vaak onderscheid gemaakt tussen verschillende typen mededelingen. Zo kan men bijvoorbeeld onderscheid maken tussen een aanprijzing, een misleidende verklaring, een toezegging, en een garantie.[74] Het onderscheid tussen een toezegging en een garantie kan hier buiten beschouwing blijven.[75] De vraag of een verklaring misleidend is ziet ook op een specifiek rechtsgevolg, namelijk dwaling. Van belang is de grens tussen de zogenaamde 'blote' mededeling, de mededeling die geen rechtsgevolg heeft, en de mededeling die tot de contractsinhoud gaat behoren. Toegespitst op dwaling somt Hijma enkele typen mededelingen op. Met weglating van in dit kader minder relevante categorieën kunnen de volgende typen mededelingen worden genoemd:

- aanprijzingen in algemene bewoordingen
- andersoortige onvoldoende gespecificeerde mededelingen
- mededelingen door een wederpartij die kennelijk minder goed op de hoogte is
- mededelingen die niet veel meer dan een meningsuiting behelzen
- opgaven waarin twijfel doorklinkt.[76]

Algra heeft, in een betoog dat in essentie inhield dat bij conformiteit niet naar subjectieve verwachtingen van de koper gekeken mag worden, aangegeven dat het aanbod van de verkoper centraal dient te staan, waarbij hij echter een ruim begrip aanbod (voor het product gemaakte reclame, garantiebewijs, opschriften op een verpakking, e.d.[77]) hanteert.[78]

De grens tussen een 'blote' mededeling en een juridisch relevante mededeling zal vaak lastig te bepalen zijn.[79] In dit verband kan wel worden gewezen op de figuur van de *implied term*. Door in bepaalde situaties een *implied term* aan te nemen kan, met oog voor specifieke context, meer duidelijkheid worden gecreëerd.[80] Naar Nederlands recht kan dit door invulling van het begrip 'normaal gebruik'.

52. *Art. 7:17 lid 2: normaal gebruik en bijzonder gebruik*

In art. 7:17 lid 2 worden de criteria 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' gehanteerd. In de Nederlandse wettekst is daarbij voor het criterium 'bijzonder gebruik' gekozen voor de formulering 'bij de overeenkomst is voorzien', hetgeen overeenkomt met de in de LUVI gebruikte formulering, zonder echter de toevoe-

---

73 J. Ramberg, *International Commercial Transactions*, ICC Kluwer Law International (2000) p. 88.

74 Van Dunné (2004) Hoofdstuk 3 § 1 nr. 2 p. 233 en Hoofdstuk 4 § 3 nr. 2 p. 468-469. Zie ook Hijma 5-I (2001) nr. 338.

75 Vergelijk Van Dunné (2004) p. 233, die nog de beperkte garantie van de verborgen gebreken-regeling weergeeft. Zie over de kwaliteitsgarantie verder § 6.3 e.v.

76 Hijma noemt ook evident onjuiste mededelingen. Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 243. Zie verder het overzicht in *Verbintenissenrecht* (Hijma), Art. 228, aant. 143.

77 Zie ook § 2-314 (2) onder *f*: 'conform to the promise or affirmations of fact made on the container or label if any.'

78 Zie verder in § 3.3.

79 Zie ook Bollen (2004).

80 Zie ook Honnold (3rd ed; 1999) § 224, p. 254.

ging 'uitdrukkelijk of stilzwijgend'. Zoals eerder besproken werd, wordt in de in art. 7:17 lid 2 gehanteerde formulering 'bijzonder gebruik' dus gekoppeld aan de overeenkomst.[81] Opgemerkt moet worden dat in vergelijkbare bepalingen, zie met name art. 35 CISG en de 'warranty'-bepalingen in de Amerikaanse UCC, voor een andere formulering is gekozen. Op de consequenties van een en ander wordt in Deel 2 uitvoeriger ingegaan. Hier kan worden geconstateerd dat door de koppeling die in de Nederlandse wettekst wordt gemaakt tussen bijzonder gebruik en de overeenkomst, de vraag wat onder 'de overeenkomst' moet worden verstaan niet alleen van belang is voor de toepassing van lid 1, maar ook voor lid 2 onder *b*, en dus meer naar de voorgrond komt. In deze constructie lijkt de betekenis van het 'bijzonder gebruik'-criterium verder beperkt tot een begrenzing van het begrip 'normaal gebruik'. Daarbij kan 'normaal gebruik' al snel worden gezien als een minimum, dat door partijen zelf aangevuld dient te worden. Besproken zal echter worden dat ook een ruime uitleg van 'normaal gebruik' mogelijk is, waarbij vervolgens op grond van de overeenkomst ook ten nadele van de koper kan worden afgeweken.[82] Tegenover de constructie waarin bijzonder gebruik gekoppeld wordt aan de overeenkomst, zoals in Nederland gehanteerd, maar vervolgens ook in de Europese Richtlijn, staat een constructie waarin voor 'bijzonder gebruik' aparte maatstaven worden aangelegd. De verschillen treden vaak niet op de voorgrond, doordat in veel beschouwingen de grenzen van het overeenkomstbegrip niet aangegeven worden. Vergelijk echter bijvoorbeeld Schlechtriem, die in zijn beschouwingen over de vraag of onder de CISG de geleverde zaken ook aan de eisen van het publiekrecht van het land van de koper of het land van bestemming moeten voldoen (waarover meer uitvoerig § 5.2) een centrale plaats toekent aan art. 35 lid 2 onder *b*, het in de CISG opgenomen 'bijzonder gebruik'-criterium.[83] Op dit punt kan dus heel duidelijk een verschil worden geconstateerd tussen het interne nationale recht, het BW, en het (ook voor Nederland geldende) internationale kooprecht, de CISG. Anderzijds moet worden toegegeven dat deze verschillen niet snel tot verschillende uitkomsten zullen leiden. In de commentaren van buitenlandse auteurs, die dus niet beïnvloed zijn door art. 7:17 BW, maar hoogstens nog de tekst van de LUVI mede als referentiekader zullen hanteren, komt vaak naar voren dat art. 35 lid 2 onder *b* in grote mate gelijkgesteld wordt aan lid 1. Wel kan worden opgemerkt dat de in art. 35 CISG opgenomen criteria voor bijzonder gebruik zich uitstekend lenen voor risicoverdeling.[84] 'Bijzonder gebruik' zoals geformuleerd in het BW wordt, gelet op de boven aangegeven problematiek, verder besproken in Hoofdstuk 5 in de context van de in het uniforme recht gebruikte formuleringen, zie verder § 5.3.

---

81 Zie § 2.4.

82 Zie de bespreking van opvattingen in Nederland in § 2.3 e.v.

83 Hij bekritiseert daarbij de volgorde die in lid 2 gekozen is voor de criteria onder *a* (normaal gebruik) en *b* (bijzonder gebruik): zijns inziens moet gekeken worden naar de overeenkomst (lid 1), vervolgens (lid 2) eerst naar de criteria voor 'bijzonder gebruik', en pas dan naar de criteria voor 'normaal gebruik'. Zie Peter Schlechtriem, Noch einmal: Vertragsmäße Beschaffenheit der Ware bei divergierenden öffentlich-rechtlichen Qualitätsvorgaben (zu OGH, 13.4.2000 - 2 Ob 100/00w, oben S. 149, Nr. 15), *IPRax* 2001, p. 161 op p. 163.

84 Zie verder § 5.3. Risico-toedeling is een kwestie die aan het eind van Deel 3 kort aan de orde komt, zie nr. 259 e.v.

2.3 Opvattingen in Nederland over conformiteit

53. Inleiding

Voordat in het volgende hoofdstuk de criteria voor conformiteit worden besproken, wordt in dit inleidende hoofdstuk eerst nog aandacht besteed aan de opvattingen in Nederland. In deze paragraaf wordt, als opmaat voor de bespreking van de geschiedenis van de totstandkoming van art. 7:17 in § 3.2 e.v., de bespreking van buitenlandse rechtsstelsels in Deel 2, en de bespreking van oud en huidig Nederlands recht in Deel 3, een kort overzicht van de literatuur tot dusver gegeven.

54. Weinig aandacht voor conformiteit

De wijziging van het kooprecht in het kader van de invoering van het NBW heeft in de literatuur betrekkelijk weinig aandacht gekregen. Slechts in enkele tijdschriftartikelen en een enkel preadvies werd de ontwikkeling gevolgd. Het conformiteitsbegrip dat in de wet werd geïntroduceerd gaf weinig aanleiding tot opmerkingen. Daarbij moet worden bedacht dat het wetsartikel pas in 1985 zijn definitieve vorm, inclusief de term 'normaal gebruik', kreeg.

55. Vóór de invoering van het NBW

Zoals gezegd, is de wijziging van het kooprecht, en meer specifiek het voorgestelde wetsartikel over conformiteit, in de literatuur weinig van commentaar voorzien. Op dit punt kan dan ook worden volstaan met een korte schets, waarna vervolgens de discussie over conformiteit bij de koop van onroerend goed en het proefschrift van Paquay kunnen worden vermeld.[85]

In het boek *Koop en consumentenkoop* van de hand van Jongeneel wordt in de eerste druk (1988), naar aanleiding van de Memorie van Toelichting bij het Ontwerp, onderscheid gemaakt tussen de begrippen identiteit en kwaliteit. Ten aanzien van de vereiste kwaliteit wordt volstaan met een weergave van de parlementaire geschiedenis. In de tweede druk wordt toegevoegd, met verwijzing naar Asser-Schut, dat gebruik voor handelsdoeleinden met een normaal gebruik op één lijn is te stellen. In de derde druk, die na invoering van de kooptitel verscheen,

85 Volledigheidshalve wijs ik nog op de eerdere publicaties R. Overeem, *Consumentenkoop*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink (1976) zie p. 115-116; E.H. Hondius en G. Serraris-Perrick, Het voorontwerp inzake de consumentenkoop, *NJB* 1979, p. 770 op p. 775-776; E.H. Hondius en W.A.M. van Schendel, *Koopboekje. Leidraad bij de rechtshulp in consumentenzaken*, Nijmegen: Ars Aequi (4e dr.; 1980) zie op p. 1, p. 56-59, p. 100-101; R.H. Stutterheim, *Consument en recht*, Deventer: Van Loghum Slaterus (1983) zie p. 104-106; D.P. Ruitinga (red.), *Koop en verkoop*, 's-Gravenhage: Vuga (1988) p. 73-74, G.H.A. Schut, Koop en ruil in het nieuw BW, *NJB* 1981, p. 1141 zie op p. 1144; J.G.A. Linssen, De koopovereenkomst (hoofdstuk 13), in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *Van nieuw BW naar BW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1993) (eerder gepubliceerd in *Advocatenblad* 1993, p. 218), zie op p. 280-283 met verwijzingen naar parlementaire geschiedenis en eerdere rechtspraak. Voor een bespreking van de publicaties van Algra zie § 2.2 nr. 51 en § 3.3, nrs. 84-86. Zie nog na invoering van het huidig BW G.J. Knijp, Verborgen gebrek, garantie, dwaling en conformiteit, *NbBW* 1993, p. 105; R.W. Polak, De Hoge Raad en het conformiteitsvereiste, *NbBW* 1994, p. 82; Ch.E. Bethlem, Een pixeltje meer of minder: garanties in het kader van een consumentenkoop mede bezien in het licht van de implementatie van de richtlijn, *TvC* 2002, p. 217.

wordt in een aparte paragraaf, 'Toepassing van het conformiteitsvereiste', uitgebreider ingegaan op de vraag wanneer een zaak aan de overeenkomst beantwoordt. Daarbij worden met name de onderzoeksplicht van de koper en de spreekplicht van de verkoper via vuistregels en criteria nader belicht.[86]

Hetgeen in de handboeken over conformiteit wordt vermeld hoeft hier verder niet te worden uiteengezet. Aan het slot van dit Deel 1 wordt in een aparte paragraaf nog aandacht besteed aan de opvattingen in Nederland met betrekking tot een aantal kernthema's.[87]

56. Kritiek: onroerend goed

Een belangrijk punt van kritiek is wel geweest dat de regeling uit het oogpunt van de koop van roerende zaken geschreven is.[88] Uiteraard heeft men daarbij de nodige aandacht gehad voor de wenselijkheid van vormvereisten voor de totstandkoming van de koop van onroerend goed.[89] De weergave van de discussie wordt hier beperkt tot algemene kritiek en de regeling van de conformiteit.

In de monografie *Koop van onroerende zaken* (1984) formuleerde Van Velten destijds de kritiek dat de gehele titel duidelijk uit het oogpunt van koop van roerende zaken was geschreven, en daarna nog eens doorweven met bepalingen voor de consumentenkoop, waardoor specifieke bepalingen voor onroerende zaken te veel op de achtergrond waren geraakt.[90] Beeldend stelde Van Velten:

> Er is ... geen enkel onderscheid tussen koop van een doos toffee's en die van een riante villa.[91]

In het preadvies *Bescherming van kopers van woningen* (1985) constateerde Kleijn ook dat de bepalingen van het ontwerp teruggaan op het Haagse Koopverdrag en 'derhalve niet [zijn] toegespitst op de koop van onroerend goed', maar vestigde zijn hoop op aanpassingen; al even beeldend als Van Velten merkte Kleijn op dat de koper van een stofzuiger beter beschermd wordt dan de koper van een nieuwbouwwoning.[92]

---

86 Tevens wordt Paquay aangehaald: de afgeleverde zaak moet voor de koper het nut hebben dat hij op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

87 Zie over conformiteit in het algemeen verder Asser-Hijma 5-I (2007) hoofdstuk VI nrs. 325 e.v., eerder Asser-Schut V-I (1981) hoofdstuk VI p. 179 e.v.

88 Zie Asser-Schut V-I (1981) p. 65-67 met verwijzingen en Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 132.

89 Zie kort en kernachtig mijn standpunt hierover in P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) § 6.4.

90 A.A. van Velten, *Koop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer (1984) (Mon. NBW B 65c) p. 7 (met verdere verwijzingen). Van Velten wees op de invloed van LUVI en Weens Koopverdrag, die naar hun aard slechts betrekking hebben op roerende zaken, en het aan de regeling ten grondslag liggende uit de invalshoek van koop van roerende zaken geschreven (op LUVI gebaseerde) ontwerp van de Benelux-studiecommissie, zie p. 33. Van Velten vermeldt overigens niet dat in de 'parlementaire' geschiedenis van het Benelux-ontwerp dit punt zeer expliciet aan de orde is geweest en uitdrukkelijk naar voren is gebracht dat de in het ontwerp opgenomen regels zich voor toepassing op beide soorten zaken lenen. Zie § 1.5.

91 p. 36.

92 W.M. Kleijn in: W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, Preadviezen voor de gecombineerde vergadering jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985, Deventer: Kluwer (1985) p. 29-31. Zie ook de discussie over samenhang met de aannemingsovereenkomst, zie p. 31. Zie voor eenzelfde vergelijking, 'De koop van een onroerende zaak kan even informeel geschieden als de koop van een fiets of van een nieuwe fluitketel.', O.K. Brahn en W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (8e dr.; 2007) nr. 211 p. 106.

Ondanks de kritiek werd de bruikbaarheid van het voorgestelde wetsartikel, thans art. 7:17, niet echt ter discussie gesteld.[93] In het Rapport van de door de Koninklijke Notariële Broederschap ingestelde Commissie Boek 7 N.B.W. (1974) werd slechts opgemerkt dat het gebruik van de Nederlandse taal in het wetsartikel te wensen overliet.[94] In de eerder genoemde monografie *Koop van onroerende zaken* constateert Van Velten slechts dat het in lid 2-4 bepaalde 'in de eerste plaats voor de levering van roerende zaken [is] bedoeld', terwijl lid 5 [oud, PK] daarentegen specifiek voor de levering van onroerende zaken is geschreven, maar verbindt hieraan verder geen duidelijke conclusies.[95] Van Velten merkt verder op dat wanneer het gekochte minder kwaliteiten blijkt te bezitten dan de verkoper voorspiegelde, de rechter onder oud recht de koper weinig bescherming biedt, waarna hij stelt dat het maar zeer de vraag is of art. 7.1.2.7 veel uitkomst zal bieden.[96] Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat het 'normaal gebruik'-criterium toen nog niet in het ontwerp werd gehanteerd. Pas in 1986, nàdat het ontwerp reeds van diverse kanten van commentaar was voorzien, werd het 'normaal gebruik'-criterium in de wettekst geïntroduceerd. Met andere woorden: de meeste belanghebbenden of geïnteresseerden hadden hun licht reeds over het ontwerp laten schijnen, en de opneming van het 'normaal gebruik'-criterium lijkt verder aan de aandacht ontsnapt. Het blijkt in de praktijk echter dat het aan de internationale handelskoopverdragen ontleende begrip conformiteit bij de koop van onroerend goed zinvol toegepast kan worden.[97]

57. Het proefschrift van Paquay

Centraal thema in het proefschrift *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht* van Paquay uit 1992 lijkt de ontwikkeling van 'gebrek' naar 'functioneel-contractuele benadering'.[98] De objectivering speelt bij Paquay op diverse punten een rol. In verband met de tekstuele aspecten van art. 7:17 merkt Paquay op:

> Het gaat dus om het *nut* dat op grond van de overeenkomst mag worden verwacht. ... het [is] in feite een open norm, die kernachtig aldus zou kunnen worden geformuleerd: 'De afgeleverde zaak moet voor de koper het nut hebben dat hij op grond van de overeenkomst mocht verwachten .'[99]

---

93 Nève heeft slechts de vraag aan de orde gesteld of de regel dat de zaak bij aflevering aan de overeenkomst moet voldoen bij onroerend goed niet tot chicanes kan leiden. P.L. Nève, Drie kanttekeningen bij de titel 'koop en ruil' van het nieuwe B.W., *WPNR* 5253 (1974) op p. 155. 'Ik vrees, dat de regeling teveel op roerend goed is toegespitst.'

94 De kritiek ('waarschijnlijk is de tekst het gevolg van een slechte vertaling van de LUVI') luidde: 'Een zaak kan niet beantwoorden aan een overeenkomst, hoogstens aan het object van de overeenkomst', zie Rapport van door de Koninklijke Notariële Broederschap ingestelde commissie, Boek 7 N.B.W., *WPNR* 5268 (1974) p. 402, zie ook N.E. Algra, Soepel dwingend recht, *WPNR* 5691 (1984) p. 189. Zie over deze kritiek PG Boek 7, p. 125.

95 A.A. van Velten, *Koop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer (1984) (Mon. NBW B 65c) p. 78. Zie anders A.A. van Velten, Kanttekeningen bij de conformiteitseis, *WPNR* 6095 (1993) p. 381.

96 Van Velten (1984) p. 36.

97 Zie hierover verder Deel 3 m.n. § 7.6.

98 G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992). Het boek van Paquay laat zich moeilijk lezen, zie ook de recensie van G.G. Oly, bespreking van G.B.A. Paquay, Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht, *RM Themis* 1996, p. 101.

99 p. 125, verwijzend naar Algra (1984) p. 191.

Paquay ziet conformiteit als afspraken die gemaakt worden over de kenmerken van een soort van objecten, in plaats van over een bepaald exemplaar; in zijn betoog gaat hij uit van soortzaken.[100] Hij legt de nadruk op de verschuiving van het belang van de deugelijkheid van de (individueel bepaalde) gekochte zaak naar de gedragingen van koper en verkoper in het kader van het vastleggen van de functionaliteit van de verkochte soortzaken,[101] waarbij overigens het concrete contract duidelijk uitgangspunt blijft.[102] Paquay legt overigens in zijn hele betoog veel nadruk op de onderzoeksplicht van de koper.[103]

58. Na invoering van art. 7:17 BW

Na invoering van art. 7:17 heeft een aantal auteurs zich nog in meer algemene zin over conformiteit uitgelaten, waarbij soms aandacht voor de vraag hoe 'ruim' conformiteit moet worden opgevat. Zo noemt Van Delft-Baas bijvoorbeeld de wettelijke garantie van art. 7:17 'veelomvattend', zonder dit echter uit te werken.[104] Dit thema is echter niet uitvoerig aan de orde gekomen. Aan de hand van de actualiteit, namelijk de problematiek van bodemverontreiniging, is de reikwijdte van het conformiteitsbegrip en de term 'normaal gebruik' wel onderwerp van discussie geweest. Een bespreking van de opvattingen van de verschillende auteurs komt beter tot zijn recht aan het eind van Deel 3, waarin ook de garantie onder het oude recht en relevante jurisprudentie (de *Maassluis*-zaken) worden besproken.[105]

---

100 p. 1. Onroerend goed wordt expliciet niet behandeld. Zie wel op p. 88, waar hij bij de behandeling van Duits recht verwijst naar de problematiek van bouwgrond. 'Grond die als bouwgrond wordt verkocht, is behept met een 'Fehler' als er niet kan worden gebouwd', met verwijzing naar RGZ 161, 330.

101 Zie zijn voorwoord, p. v, zie ook p. viii, p. x. Zie ook p. 48-49. Paquay merkt overigens op dat de specieskoop de regeling van de genuskoop volgt, zie p. 49: 'Het nieuwe Nederlandse kooprecht ontheft de koper ook voor de specieskoop van het koopprijsrisico.'

102 'De koper heeft geen recht op een goede kwaliteit – een feitelijk begrip – , tenzij daarin is voorzien in het contract. Een hoge prijs doet dat niet anders zijn. Het is geen wettelijke garantie. Ook heeft de koper in het algemeen gesproken geen recht op een gemiddelde kwaliteit, ondanks het bepaalde in art. 6:28', zie p. 157.

103 Opvallend is dat Paquay, na zijn weergave van buitenlands recht, eerst (p. 127-137) elementen van conformiteit bespreekt en vervolgens (p. 138-166) conformiteit geheel plaatst in de sleutel van informatie en onderzoek gericht op 'description'. 'Description' en de (wederzijdse) verplichtingen in verband hiermee worden tot uitgangspunt (zie p. 139, zie ook p. 149). Paquay legt in zijn hele betoog veel nadruk op de onderzoeksplicht van de koper. Hij erkent wel dat naar oud BW de onderzoeksplicht vóór de koop niet zo zwaar is, zie p. 38, voor huidig BW wordt de onderzoeksplicht meer benadrukt, zie p. 45, en zie hoofdstuk III onder D, p. 167 e.v. voor de inspectieplicht.

104 M. van Delft-Baas, Garanties en after-sales service in relatie tot de Consumentenkoop en het Groenboek, *TvC* 1994, p. 179 op p. 179.

105 Bijvoorbeeld Raaijmakers, zie G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames*, (diss. Tilburg) Boom: 's-Gravenhage (2002), samengevat in G.T.M.J. Raaijmakers, Bedrijfsovernames: lijken in kasten en katten in zakken, *AA* 2003, p. 892, zie ook G.T.M.J. Raaijmakers, Twee recente arresten over verkopersaansprakelijkheid, *WPNR* 6507 (2002), p. 729. Zie ook M.M. van Rossum met diverse publicaties, die in Deel 3 worden besproken. Le Roy geeft aan dat voor de beoordeling van non-conformiteit alle omstandigheden van het geval van belang zijn, maar onderscheidt daarbij wel 'drie in elkaar grijpende en ook elkaar beïnvloedende factoren': de feitelijke omstandigheden betreffende het object, de personen van koper en verkoper en hun beider gedragingen, en het koopcontract zelf. Opvallend is dat zij afwisselend de termen koopovereenkomst en koopcontract gebruikt. Zie R.G.N. le Roy, Tekortschieten remedies voor teleurgestelde kopers van woningen. Naar een betere rechtspositie in de precontractuele fase, *NTBR* 2005, p. 249 op p. 250-251. Zie in verband met de vraag in hoeverre er niet een discrepantie is tussen hetgeen partijen overeengekomen zijn en het *schriftelijke* koopcontract § 7.5 inzake uitleg van de NVM-akte.

2.4 Vragen met betrekking tot conformiteit. Opvattingen in Nederland

59. Inleiding

In dit deel werden enkele fundamentele vragen met betrekking tot conformiteit aan de orde gesteld. Na de meer globale bespreking van de opvattingen in Nederland over conformiteit in de vorige paragraaf wordt de bespreking in deze paragraaf toegespitst op deze kernthema's. Het gaat met name om de wet of de overeenkomst als basis voor conformiteit (de garantieverplichting van de verkoper), de vragen over subjectieve of objectieve (concrete of abstracte) uitleg, en de vraag of de in de wet opgenomen regeling van art. 7:17 als een open of een gesloten systeem moet worden gezien.[106] Waar wenselijk wordt een relatie gelegd met het oude recht, met name de opvattingen die ontwikkeld werden bij de toepassing van de verborgen gebreken-regeling.[107]

60. Wet of overeenkomst?

In het eerdere betoog werd een onderscheid gemaakt tussen bepalingen die als een nadere precisering of uitwerking moeten worden gezien van het in art. 7:17 lid 1 opgenomen beginsel dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden, en bepalingen die meer een zelfstandige betekenis hebben.[108] Daarbij werden ook het (internationale) handelskooprecht, het (internationale) consumentenkooprecht, en het dwingende karakter van het conformiteitsvereiste besproken. Bij de totstandkoming van de wet is door de Nederlandse wetgever op dit punt geen positie gekozen.[109] Aan de vraag van wet of contract als basis van de verplichtingen is in Nederland in de literatuur ook weinig aandacht besteed, ook naar nieuw recht niet. Bregstein formuleert het sprekend door te stellen dat de wetgever 'er van uitgaat' dat de verkoper bij de koop de bruikbaarheid van de zaak garandeert.[110] Hijma neemt op dit punt niet duidelijk stelling, maar lijkt toch de wet mede als basis te zien, bijvoorbeeld waar hij stelt dat de wet het basiscriterium dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden in verschillende opzichten nader uitwerkt, en, in verband met door de verkoper gegeven toezeggingen en garanties, meldt dat dit niet wil zeggen dat door de koper niet ook een beroep op de wettelijke conformiteitsregel van art. 7:17 kan worden gedaan.[111]

---

106 Over de wet of de overeenkomst als basis voor conformiteit zie eerder § 2.1 en § 2.2; over subjectieve of objectieve (concrete of abstracte) uitleg zie eerder § 1.4, nrs. 15-17.

107 De verborgen gebreken-regeling wordt niet apart besproken, zie eerder § 1.6, bij de opsomming van onderwerpen die niet worden behandeld.

108 Zie anders Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 333, die de criteria van lid 2 meer als wettelijke uitwerking beschrijft. M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b) nr. 24 p. 49-50 gaat aan de kwestie voorbij.

109 Zie eerder § 2.2.

110 M.H. Bregstein, De samenloop van vorderingen bij gebrekkige levering uit koop, *WPNR* 4487-4489 (1957) p. 169, p. 182, p. 193 op p. 171.

111 Zie respectievelijk Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 333 en nr. 338.

Op grond van art. 7:17 mag de koper geschiktheid voor normaal gebruik verwachten, met andere woorden: net als onder het oude recht dient de verkoper onder het huidige recht 'in te staan' voor de kwaliteit van het gekochte. Onder het oud BW stond de gedachte centraal dat de verkoper moest 'instaan voor' hetgeen verkocht was.[112] Hoewel bij de totstandkoming van de huidige kooptitel wel in meer algemene zin over de bescherming van de (consument)koper is gesproken, wordt aan het element 'instaan voor' in de parlementaire geschiedenis niet veel specifieke aandacht besteed.[113] Onder het oud BW was er in de verborgen gebreken-regeling sprake van een 'wettelijke' garantie. Nergens blijkt dat men het element van 'instaan voor' als essentie van de verborgen gebreken-regeling heeft willen afschaffen. In eerdere publicaties heb ik voor art. 7:17 als basis voor de aansprakelijkheid van de verkoper uitdrukkelijk gewezen op het wettelijk karakter van de conformiteitsnorm.[114]

61. Objectivering van de norm

De vraag van de basis van het conformiteitsbegrip raakt aan een belangrijk punt met betrekking tot de uitleg van de norm. Men kan dit formuleren als de vraag naar de objectivering van de norm.

De *wet* legt dus de verkoper de plicht op te garanderen dat een zaak geschikt is voor normaal gebruik.[115] De achterliggende gedachte is echter dat ervan kan worden uitgegaan dat dit overeenkomstig de bedoeling van partijen is (*implied term*) en de 'transactiekosten' omhoog gaan als partijen worden gedwongen dit bij elke koopovereenkomst weer af te spreken. Lid 2 is een regeling van dingen zoals partijen die zelf zouden regelen wanneer zij dit niet te vanzelfsprekend zouden vinden. In de woorden van Honnold:

> Even a carefully prepared contract will often fail to express the most basic expectations - that a machine will operate or that a steel girder will be structurally sound - because the parties assume that these points are so obvious that they 'go without saying' ... Consequently, courts and codifiers have had to try to describe, in general terms, those understandings that would have been written into the contract if the parties had drafted a contract provision to deal specifically with the question that led to the dispute.[116]

---

112 Zie art. 1542 oud BW: 'Hij moet voor de verborgen gebreken instaan, al ware hij daarvan ook zelf onkundig geweest, ten zij hij, in dat geval, bedongen had dat hij tot geene vrijwaring hoegenaamd zoude gehouden zijn.'

113 De kwestie komt zeer duidelijk naar voren bij de vraag naar de verdeling van risico's tussen producent en verkoper in geval van productaansprakelijkheid. Zie verder P. Klik, Tekortkoming, toerekenbaarheid en het instaan voor de kwaliteit van het verkochte, *NTBR* 1999, p. 247 op p. 251-253.

114 Zie Klik (1999).

115 Zie ook P. Klik, Toerekenbaarheid van de tekortkoming bij non-conformiteit, annotatie bij HR 27 april 2001, RvdW 2001, 96, *NTBR* 2002, p. 210.

116 John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, Deventer: Kluwer (3rd ed.; 1999) § 222. Zie ook P. Schlechtriem, Chapter 6 The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: N.M. Galston en H. Smit (eds.), *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984) op p. 6-20, verwijzend naar de eerste druk van Honnold en de door Honnold geciteerde Lord Justice Brett in *Randall v. Newson*, 2 Q.B. 102 (C.A. 1877): 'Nothing describes this basic principle better than the statement by Lord Justice Brett in 1877: "The governing principle ... is that the thing offered or delivered under a contract of pur- →

De relatie tussen art. 7:17 lid 1 en lid 2 is in Nederland weinig van commentaar voorzien, veelal wordt volstaan met de constatering dat in lid 1 een open norm is opgenomen die via lid 2 nader ingevuld wordt.[117] In de literatuur is de betekenis van het in lid 2 genoemde 'normaal gebruik' als objectiverend element wel onderkend.[118] Ten aanzien van de objectivering stelt bijvoorbeeld Hijma:

> De woorden 'normaal gebruik' hebben een objectiverende lading; het gaat er niet om wat voor deze koper persoonlijk als normaal geldt, maar om hetgeen naar algemene maatstaven als normaal kan worden aangemerkt.

en

> Per saldo gaat het er veeleer om welk gebruik naar algemene maatstaven van de zaak *behoort te kunnen* worden gemaakt ...' (curs. in origineel, PK).[119]

De objectivering waar Hijma op doelt lijkt gelegen in een objectieve uitleg, waarbij niet de maatstaf van de ene koper, maar een algemene maatstaf wordt gehanteerd.

Nieuwenhuis legt duidelijker een relatie met de discussie waarbij in de objectieve opvatting belang gehecht wordt aan wat de 'doorsnee' koper zou verwachten, terwijl in de subjectieve opvatting rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval. In zijn annotatie bij het (in § 6.2 nog te bespreken) *Stavenuiter/Oosterbaan*-arrest constateert Nieuwenhuis een tendens naar subjectivering. Hij wijst daarbij op het cassatiemiddel, waarin getracht werd het 'normaal gebruik'-criterium, dat door Nieuwenhuis 'een betrekkelijk objectieve maatstaf' genoemd wordt, ingang te doen vinden. In dit verband refereert Nieuwenhuis ook zeer expliciet aan het verschil tussen een zuiver objectief en een subjectief criterium, met als voorbeeld een auto: de auto is objectief gebrekkig als hij in ongunstige zin afwijkt van zijn soortgenoten, en subjectief wanneer dit uit de over en weer verklaarde partijbedoelingen blijkt. Als voorbeeld van een subjectieve invulling noemt hij de situatie dat beide partijen ervan uitgingen dat de verkochte auto zonder problemen een zware caravan over de Alpen zou kunnen trekken; is dit niet het geval dan is de auto, hoewel hij niet afwijkt van soortgelijke exemplaren, gebrekkig.[120] Nieuwenhuis geeft kort aan dat onder het oud BW een ontwikkeling

---

chase and sale must answer the description of it which is contained in words in the contract, or which would be so contained if the contract were accurately drawn out.'"

117 R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (4e dr.; 1997) p. 36 spreekt over 'het soepele art. 7:17'. Zie verder A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1992) p. 170. Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 333, waarin Hijma stelt dat aard en strekking van de basisregel (lid 1) pas duidelijk worden na de raadpleging van lid 2.

118 Zie bijvoorbeeld R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss. Groningen) Deventer: Kluwer (1994) p. 168, zie ook R.-J. Tjittes, Koop van een woning. Non-conformiteit. Uitleg artikel 5.3 NVM-koopakte, *VrA* 2006, p. 89. Zie ook Mölenberg in zijn noot bij Rb. Utrecht 27 maart 1996, *TMA* 1997, p. 25 op p. 29.

119 Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 345.

120 Zie ook Smits: '... daar een normale contractspartij een auto met *normale* eigenschappen wenst, dient de auto die los van de inhoud van de door partijen bepaalde contractsinhoud te bezitten.' J.M. Smits, Het failliet van de Savignyaanse systematiek: dwaling en wanprestatie, *R & R* 1997, p. 137 op p. 143.

plaatsvond waarbij een objectief ogend wettelijk criterium door de rechtspraak sterk gesubjectiveerd is, door uit te gaan van het doel waartoe partijen de zaak hadden bestemd. Nieuwenhuis stelt dat het NBW bij deze ontwikkeling aansluit.[121] De ontwikkeling kan hier, in aansluiting ook op hetgeen eerder in § 1.4 werd vermeld, kort uiteen worden gezet.

62. Oud BW

Kort gezegd werd in de rechtspraak als uitgangspunt genomen dat het bij gebrekkigheid moet gaan om alle ongewone hoedanigheden, die het gewone gebruik, waartoe de zaak bestemd is, beletten of verminderen.[122] Onder dat criterium was een 'dampig' paard wel gebrekkig, een te jong paard niet, en een in plaats van een nieuwe auto geleverde oude gebruikte auto wel.[123] In de literatuur is uitvoerig gediscussieerd in hoeverre bij 'het gewone gebruik' vanuit een objectieve positie moest worden gekeken, of vanuit een subjectieve positie, dat wil zeggen met inachtneming van alle concrete omstandigheden. Een arrest van de Hoge Raad van 1917 wordt algemeen gelezen als een aanvaarding van de subjectieve visie.[124] 'Objectieve' elementen spelen hier echter uiteraard toch een rol. Zo stelt Kamphuisen, die voor de 'subjectieve' leer kiest, dat allereerst moet worden vastgesteld welk gebruik partijen zich hebben voorgesteld, uitdrukkelijk ('partijen hebben gesproken van een melkkoe of een slachtpaard, of hebben zelfs uitdrukkelijk gestipuleerd dat het verkochte vaartuig geschikt was om er de kustvaart mee te beoefenen') of zoals uit de omstandigheden blijkt ('als een bereden officier, wiens hoedanigheid aan de verkoper bekend is, een paard koopt, mag men aannemen, dat hij een rijpaard en geen slachtpaard, bedoeld heeft.').[125] Zie verder ook:

> Geven de inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden geen aanwijzigingen, dan zal men objectief te werk moeten gaan en zich afvragen, welk gebruik normaliter van de verkochte zaak gemaakt wordt.[126]

121 Nieuwenhuis *AA* 1986, op p. 318.

122 Zie HR 7 november 1879, *W.* 4441 (1879).

123 In de jaren vóór 1940 waren het met name niet-industriële producten die onderwerp van procedures waren. Voorbeelden zijn het 'dampige' paard, het paard van twee jaar oud verkocht als drie jaar oud, een 'versche kalfkoe', die in plaats van 20 liter melk slecht 10 à 11 liter per dag gaf, een koe, waarbij (met het oog op de melkopbrengst) bedongen was dat zij niet-drachtig was, en koeien die aan mond- en klauwzeer lijden. Respectievelijk HR 7 november 1879, *W.* 4441 (1879); HR 27 januari 1905, *W.* 8174 (1905); HR 18 december 1914, *NJ* 1915, p. 264; HR 26 januari 1917, *NJ* 1917, p. 233, *W.* 10093 (1917); HR 4 maart 1927, *NJ* 1927, p. 765.

124 HR 26 januari 1917, *NJ* 1917, p. 233, *W.* 10093 (1917).

125 Asser-Kamphuisen (1960) p. 96-97. Zie ook J.I. van Doorninck, *Het verborgen gebrek en de handel in dieren*, (diss. Utrecht) Wageningen: H. Veenman & Zonen (1954) op p. 45. Zie ook § 3.3 over 'description'. Vergelijk de *term implied in fact* in het Engelse recht.

126 Asser-Kamphuisen (1960) p. 97.

63. Huidig BW. Objectivering van de norm

Het huidige recht lijkt probleemloos aan te sluiten bij de 'subjectieve' leer uit het oude recht.[127] De vraag is echter of het nieuwe recht, door middel van het 'normaal gebruik'-criterium, weer niet een verschuiving te zien geeft naar een objectieve benadering. Vertaald naar een moderne visie kan men objectieve elementen als uitgangspunt nemen en vervolgens met de subjectieve elementen waar nodig corrigeren, dat wil zeggen aanpassen aan de hand van de concrete omstandigheden.

Een meer objectieve benadering lijkt ook te bespeuren bij Loos die, zonder expliciet op bovengenoemde kwesties in te gaan, stelt dat het antwoord op de vraag wat de koper mag verwachten afhankelijk is van allerlei omstandigheden. Daarbij tekent hij het volgende aan:

> Bijzondere – zowel hogere als lagere – verwachtingen die *deze* koper mag hebben, spelen slechts een rol indien deze voor of bij contractsluiting bij de verkoper bekend waren of hadden moeten zijn. (curs. in origineel, PK)

Uitgangspunt bij Loos is dus mijns inziens een objectieve lezing van art. 7:17, waarin voor subjectieve verwachtingen (*deze* koper) slechts plaats is als aan bijzondere nadere voorwaarden is voldaan.[128] Een interessant punt dat hier wordt aangestipt is dat objectief niet alleen 'minder' hoeft te zijn dan subjectief. Dit punt is ook van belang voor de discussie of objectieve maatstaven een minimum-standaard vormen, zie hierover uitvoeriger § 5.1 in de context van de CISG, en met name bij consumentenkoop is zeer verdedigbaar dat de consument recht heeft op een goed product (objectief) en dat hieraan verder weinig valt te subjectiveren of verminderen, zie op dit punt verder § 5.4.

In het verleden heb ik betoogd dat door de formulering *mocht verwachten* in de aanhef van lid 2 duidelijk wordt aangegeven dat de koper bepaalde verwachtingen mag hebben. De term 'normaal gebruik' heeft een objectiverende betekenis. Gelet op het 'normaal gebruik'-criterium hoeven de verwachtingen van de koper – bezien in relatie tot de prijs – zeker niet als beperkt worden gezien.[129] Alles hangt er echter van af hoe ruim of beperkt men bepaalde begrippen neemt.

64. Subjectief en objectief – ruime of enge leer

In de objectieve visie is in feite alleen de zaak zelf relevant. Wanneer men vervolgens de geschiktheid van de zaak *beperkt* beziet, komt men tot een 'enge' visie op gebrekkigheid. Men zou dus ook het afwijzen van de objectieve visie en het opteren voor een (meer) subjectieve visie kunnen zien als een beweging van een 'enge' naar naar een (meer) 'ruime' visie. Dit lijkt in het verleden te zijn gebeurd.

---

127 Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 368: 'Van de gangbare subjectieve invulling van het gebreksbegrip was de stap naar de hantering van een conformiteitsvereiste (heeft de afgeleverde zaak de eigenschappen die de koper mocht verwachten?) niet groot meer.' en zie ook nr. 369.

128 Loos (2001) nr. 24 p. 46.

129 Zie eerdere publicaties, zoals Klik (1994a), (1997a), (1997c).

Aardig is het om dit te illustreren aan de hand van een tamelijk oude bijdrage, van Zaaijer in *Weekblad van het Recht* van 1914.[130] Zich kerend tegen een arrest van de Hoge Raad van 1905, stelt hij een vonnis van de rechtbank Utrecht, waarin het ging om varkens die vies smaakten en naar vis roken, tot voorbeeld.[131] De rechtbank keek niet naar 'een gebrek in zoölogischen zin', maar oordeelde dat wanneer het vlees wegens gebreken is afgekeurd en geheel vernietigd, daarmee vaststaat dat het ongeschikt was voor gebruik.[132] In die zin past de beweging van objectief naar subjectief dus in een ruime visie op conformiteit. Naarmate men de objectieve kenmerken die de koper mag verwachten ruimer neemt, neemt echter aan de behoefte aan subjectiveren evenredig af. Dan komt ook een situatie in zicht, waarin weliswaar niet aan de objectieve kenmerken is voldaan, maar de verkoper kan betogen dat in de gegeven situatie, subjectief, niet aan alle eisen voldaan hoefde te worden. Veel zal dus afhangen van de uitleg van het begrip 'normaal gebruik'.

65. Open systeem. Normaal en bijzonder gebruik

In de weergave van de parlementaire geschiedenis van art. 7:17 in Deel 2 zal blijken dat de wetgever ten aanzien van de vraag of het wetsartikel een open systeem vormt geen stelling heeft ingenomen; bij de implementatie echter van de Richtlijn consumentenkoop erkende de wetgever impliciet dat de opsomming niet-limitatief is.[133] Hijma stelt enerzijds dat art. 7:17 zich beperkt tot een niet-limitatief opsommen van een aantal gevallen waarin de afgeleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt,[134] maar anderzijds benadrukt Hijma ook het complementaire karakter van de begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik', waarbij hij aantekent dat het terugvallen op de algemeen geformuleerde eerste zin van lid 2 een minder aannemelijk alternatief is.[135]

Ten aanzien van het 'normaal gebruik'-criterium stelt Hijma dat 'een niet te strikte interpretatie' geïndiceerd lijkt. Opvallend is dat Hijma een begrenzing ziet in de onderzoeksplicht van de koper. Zo wil hij in typische twijfelgevallen niet het woord 'normaal' tot bottleneck maken, maar de oordeelsvorming doorschuiven naar het vervolgvereiste van de onderzoeksplicht. Hierbij spelen de aarzelingen die Hijma heeft ten aanzien van het in de wet geformuleerde criterium voor 'bij-

130 C.P. Zaaijer, De Kamper koe gewroken, *W.* 9632 (1914), p. 4. De bijdrage is dus gepubliceerd voordat de Hoge Raad in 1917, zo wordt althans algemeen aangenomen, de subjectieve visie aanvaardde.

131 'Er is de laatste jaren in de jurisprudentie eene strooming, welke aan het begrip „verborgen gebrek' eene zeer beperkte beteekenis toekent. ... Zij stelt zich op een algemeen standpunt. Doch de veehandel stelt zich bij voorkeur op een bijzonder standpunt en noemt „gebrek' al datgene, wat – volgens de getroffen overeenkomst – aan de zaak niet mocht ontbreken of niet aanwezig mocht zijn.'

132 'De Rechtbank vraagt dus niet, of er in casu was een gebrek in zoölogischen zin: dan was het antwoord wellicht geweest, dat een vieze smaak en kwalijk rieken geen afwijkingen vormen van aard of wezen van het varken. Doch zij beslist, dat de verkochte slachtvarkens met een verborgen gebrek behept waren, wanneer het vleesch deze dieren wegens de genoemde eigenschappen ongeschikt blijkt te zijn voor het gebruik, waartoe het bestemd was.'

133 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 4. 'Aldus bevat artikel 2 lid 2 [van de Richtlijn, PK] ook een niet-limitatieve uitwerking van gevallen waarmee bepaald kan worden of aan het conformiteitsvereiste is voldaan. De elementen zoals opgesomd in artikel 2 lid 2 tonen grote gelijkenis met de opsomming van gevallen genoemd (sic) artikel 17 BW.'

134 Vergelijk Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 325 en nr. 333.

135 Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 345 en met name nr. 347.

zonder gebruik' een rol: hij wil voorkomen dat men te snel terechtkomt bij dit criterium, dat overigens door hem als 'nogal specieus' bestempeld wordt.[136]

De interpretatie van het 'bijzonder gebruik'-criterium wordt in het volgende verder niet meer in de hoofdstukken over Nederlands recht besproken. Gelet op de internationale herkomst en omdat bespreking meer zinvol is in een rechtsvergelijkende context, komt het 'bijzonder gebruik'-criterium zoals geformuleerd in het BW pas weer aan de orde in Deel 2, Hoofdstuk 5, het hoofdstuk over de CISG en de Europese Richtlijn consumentenkoop.[137]

Kort samengevat ziet Hijma, en ook in dezelfde zin Loos, 'normaal gebruik' als een begrip dat niet al te beperkt moet worden opgevat, en worden de begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' in art. 7:17 lid 2 onder *a* en *b* als complementair gezien. In deze opvatting ontstaat in feite een gesloten systeem.[138] Daarmee wordt des te meer van belang hoe ruim men het begrip 'normaal gebruik' hanteert.

66. Ruime uitleg

In de Nederlandse literatuur wordt een zeer strikte uitleg van 'normaal gebruik' dus niet verdedigd. Zelf heb ik in het kader van de aansprakelijkheid van de verkoper van verontreinigd onroerend goed een ruime uitleg verdedigd, waarbij ook aan het vereiste van verhandelbaarheid, dat niet expliciet in art. 7:17 BW wordt genoemd, betekenis toekomt.[139] De vraag is wat de koper van onroerend goed 'mag verwachten' en wat in dit verband 'normaal gebruik' is. Uiteraard is hier verschil van inzicht mogelijk en het kan niet los worden gezien van de concrete omstandigheden van een zaak. Wel kan worden besproken wat in meer algemene zin bij de koop en verkoop van onroerend goed moet worden verstaan onder de begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'. Beslissingen onder het oude recht over wat bij onroerend goed een 'gebrek' was, bieden voor het nieuwe recht niet veel opheldering. De rechtspraak is beperkt tot vragen met betrekking tot bouwterreinen en incidentele voorbeelden als de verkoop van een pand met wandluis of het perceel met 'daarin uitgeoefende affaire'.[140] Pas door de problematiek van bodemverontreiniging is de rechtspraak geconfronteerd met de vraag wat een gebrek of 'normaal gebruik' van onroerend goed is.

---

136 Asser-Hijma 5-I (2007)nr. 345 en nr. 347.

137 Zie § 5.3

138 Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 345 e.v. Loos verklaart expliciet dat het begrip 'normaal gebruik' zijns inziens eerder ruim dan beperkt dient te worden uitgelegd, mede om te voorkomen dat al te snel moet worden onderzocht of sprake is van bij de overeenkomst voorzien bijzonder gebruik. Loos (2001) nr. 24 p. 49. Voor de CISG, waarin ook de begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' zijn opgenomen, wordt wel verdedigd dat sprake is van een meer open systeem. Zie verder daarover § 5.1, met verwijzing naar de opvatting van Schlechtriem.

139 Zie meer uitvoerig met name § 7.6. Zie over 'verhandelbaarheid' meer uitvoerig Hoofdstuk 4 met bespreking van Amerikaans en Engels recht.

140 Asser-Schut V-I (1981) p. 170-171. Zie ook Asser-Kamphuisen (1960) p. 94. Zie Rb. Leeuwarden 7 april 1898, *W.* 7169, genoemd door G.H.J. Kuijk, *Vrijwaring bij koop*, (diss. Leiden) Leiden: Batteljee & Terpstra (1918) p. 45. O.J. Lee, *Over de aansprakelijkheid des Verkoopers voor de verborgen gebreken der verkochte zaak*, (diss. Leiden) Leiden: J.J. Groen (1889) p. 21 verwijst naar Cicero die het geval bespreekt dat in een huis overal slangen kwamen, en verwijst naar D'Argentrée, die melding maakt van een huis waarin het spookte. Bij dwaling zijn meer voorbeelden te vinden, zie *Verbintenissenrecht* (losbl.) (Hijma) Art. 228, verschillende aanteke-ningen.

In de praktijk wordt bijna steeds een meer specifieke bestemming gekoppeld aan de neutrale term 'grond': weidegrond, tuinbouwgrond, landbouwgrond, en vergelijk ook termen als akkerbouwland, cultuurland, industrieterrein, bedrijfsterrein etc., of de aanduiding 'woonboerderij'.[141] De bestemming kan volgen uit de eigenschappen van de grond en uit publieke ruimtelijke ordeningsvoorschriften. Hieruit zou men kunnen afleiden dat 'normaal gebruik' bijna steeds een specifiek gebruik impliceert. Op deze manier wordt de term 'normaal gebruik' in de context van onroerend goed vrijwel geheel zonder inhoud en synoniem met 'huidig gebruik'. Wanneer men hiervan uitgaat, zou dit kunnen leiden tot het standpunt dat, gelet op een dergelijke vastliggende bestemming, de koper slechts reden tot klagen heeft wanneer de verontreiniging dusdanig is dat dit specifieke gebruik bezwaarlijk wordt. Nog sterker gesteld: onder omstandigheden kan het zo zijn dat de koper gelet op het specifieke gebruik in het verleden een bepaalde mate van verontreiniging *moet* verwachten. Concrete voorbeelden zijn de koper van een terrein dat als industrieterrein in gebruik is, die slechts kan klagen wanneer de vervuiling zodanig is dat het terrein als bedrijfsterrein onbruikbaar is, of de koper van een stuk grond waarop bloembollen zijn geteeld, die rekening moet houden met verontreiniging door bijvoorbeeld bestrijdingsmiddelen. Dat de koper een bepaalde mate van vervuiling moet accepteren wordt in de literatuur zeker verdedigd. Mijns inziens wordt in deze benadering geen recht gedaan aan een aantal aspecten. Ik heb zelf eerder verdedigd dat in het kader van koop van onroerend goed voor 'normaal gebruik' het criterium van 'verhandelbaarheid' van belang is, en dat mede, gelet op de in wetgeving gestelde eis van multifunctionaliteit, als uitgangspunt een ruime uitleg kan gelden. Aan het slot van Deel 3 wordt dit nader uitgewerkt.[142]

2.5 Nut en waarde

67. Inleiding

In deze paragraaf komt tot slot van dit Deel 1 nog kort aan de orde of het conformiteitsbegrip beperkt is tot gebruik of nut van een zaak, of wellicht ook ruimer opgevat kan worden. Eerst wordt ingegaan op enkele begrippen die gebruikt worden om de essentie en het werkingsbereik van conformiteit aan te geven. Gelet op de samenhang die in het verleden is geconstateerd tussen dwaling, verborgen gebreken en wanprestatie wordt hierbij ook naar dwaling gekeken. Zo komt de vraag aan de orde of en in hoeverre dwaling en conformiteit in hun werking beperkt zijn tot gebruik of nut, of dat ook 'waarde' een rol speelt bij de vraag of een beroep kan worden gedaan op dwaling of non-conformiteit.

141 Zie ook M.W.L. Simons-Vinckx, Wat mag de koper verwachten, *Bodem* 1996, p. 123: 'Het normaal gebruik moet meestal worden afgeleid uit algemene omschrijvingen als woonbebouwing, industrieterrein enzovoorts'.

142 Zie de verdere discussie in § 7.7.

De grens tussen dwalen bij de sluiting van het contract en het niet-ontvangen wat men mocht verwachten bij de uitvoering van het contract is vaag.[143] In dit verband is wel gesproken over 'ragfijn spinneweb.'[144] De samenhang tussen dwaling en wanprestatie (bij koop) is in de literatuur onderkend[145] en komt in de jurisprudentie tot uiting. In zowel de literatuur over de verborgen gebreken-regeling als in de literatuur over dwaling blijkt – als men daar oog voor heeft – de vraag van verschil en samenhang een belangrijk thema te zijn. De verborgen gebreken-regeling werd algemeen gezien als beperkt tot feitelijk gebruik, terwijl dit bij dwaling niet zo was, hetgeen het opportuun maakt in dit verband dwaling in de beschouwingen te betrekken.

68. *De verhouding tussen art. 7:17 lid 1 en lid 2 en de betekenis van de term 'eigenschappen'*

Art. 7:17 lid 1 bepaalt dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. Hiermee is kort en krachtig het belangrijke uitgangspunt geformuleerd dat primair gekeken moet worden naar hetgeen door partijen is overeengekomen. De bepaling is overgenomen uit de LUVI, waar in art. 19 wordt bepaald dat aflevering geschiedt door afgifte van een zaak die aan de overeenkomst beantwoordt. In art. 35 lid 1 CISG wordt van hetzelfde beginsel uitgegaan, waar bepaald wordt dat de verkoper zaken moet afleveren die 'voldoen aan de in de overeenkomst gestelde eisen'. In de Europese Richtlijn is in art. 2 lid 1 gekozen voor de formulering dat de verkoper verplicht is aan de consument zaken af te leveren die met de koopovereenkomst in overeenstemming zijn.[146] In art. 7:17 lid 2 wordt vervolgens bepaald dat een zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt indien zij niet *de eigenschappen* bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De verwijzing naar de overeenkomst is hier gelet op lid 1 niet nodig, en waarschijnlijk slechts opgenomen om een goed lopende zin te maken. Zo gelezen, gaat het in de aanhef van art. 7:17 lid 2 dus om 'eigenschappen'. De term lijkt ook weer overgenomen uit de LUVI, waar in de opsomming van art. 33 onder *c* tot en met *f* telkens gesproken wordt over 'qualities ..' van de zaken (onder *f* wordt gesproken over 'qualities and characteristics'). De CISG hanteert deze term niet, en gebruikt in plaats daarvoor 'geschiktheid', in de zin dat de zaken 'geschikt moeten zijn voor ...', in het Engels 'fit for the purposes', een formulering die wellicht weer ontleend is aan de SGA of UCC.[147] In de Europese Richtlijn wordt in art. 2 lid 2

143 'De grens tussen dwalen bij de sluiting van het contract (wilsgebrek) en niet-ontvangen wat men mocht verwachten, blijkend bij de uitvoering van het contract is uitermate vaag.', S. Gerbrandy, De omstandigheden op de grens tussen dwaling en wanprestatie, *WPNR* 5959 (1990) p. 288.

144 Zie Gerbrandy (1990) op p. 288. Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 340. Zie ook J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink (1999).

145 Zie uitvoerig, met verwijzingen naar oudere literatuur, Hofmann (1936) p. 337 noot 1, zie verder ook J.I. van Doorninck, *Het verborgen gebrek en de handel in dieren*, (diss. Utrecht) Wageningen: H. Veenman & Zonen (1954) p. 57 e.v., zie ook recent Smits (1999). Zie voor literatuur ook *Verbintenissenrecht* (losbl.) (Hijma) Art. 228 aant. 219, zie ook aant. 227.

146 De Richtlijn volgt daarmee de LUVI, en niet de CISG.

147 In UCC § 2-314 (2) wordt onder *c* over 'fit for the ordinary purposes for which such goods are used' gesproken. Zie ook de Engelse SGA.

onder *b* en *c* het voorbeeld van de CISG gevolgd, waar gesproken wordt over geschiktheid voor bijzonder gebruik en normaal gebruik. In lid 2 onder *a* duikt de term 'eigenschappen' weer wel op, er wordt namelijk gesproken over 'eigenschappen ... die ... als monster of model ...'. Verder wordt onder *d* gesproken over 'qualities and performance'.

In art. 7:17 lid 2 is 'eigenschappen' dus, even afgezien van de verdere uitwerking via de begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik', een centrale term. Bij 'eigenschap' kan men aan een beperkte term denken, of aan een ruimer begrip waaronder bijvoorbeeld ook (handels)waarde valt. Wat is de verhouding tussen art. 7:17 lid 1 en lid 2, en welke betekenis komt aan het begrip 'eigenschap' toe?

In Nederland is aan de verhouding tussen art. 7:17 lid 1 en lid 2, en aan het begrip 'eigenschappen', niet veel aandacht besteed. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever in feite de formulering 'een zaak die niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten' (zie lid 2) gelijkstelt aan hetgeen 'de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten' (zie lid 1). Aan het begrip 'eigenschappen' wordt verder geen uitleg gegeven, er wordt in ieder geval geen beperking in gezien. Wel worden 'ongeschiktheid voor gebruik' (zie normaal gebruik en bijzonder gebruik in art. 7:17 lid 2) en 'gebreken die de zaak onveilig maken' (zie art. 7:24) gezien als een species van het criterium dat de zaak niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten.[148] Hijma gaat niet in op de betekenis van de term 'eigenschappen', maar geeft aan, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat het in de verdere uitwerking van lid 2 om 'gebruik' gaat. Hij tekent hierbij aan dat naast discrepanties die de gebruiksmogelijkheden van een zaak beïnvloeden ook andersoortige afwijkingen denkbaar zijn. 'Men denke aan schoonheidsfouten die de feitelijke gebruiksmogelijkheden niet verminderen, of aan een gebrek in authenticiteit of afkomst.'[149] Zijns inziens zal het weinig verschil maken of men toetst aan de eerste volzin van lid 2 (eigenschappen) of de nadere uitwerking (normaal gebruik).[150] Er zijn ook wel redenen aan te geven om het belang van het gebruik van een bepaalde term te relativeren.

69. *Terminologie gerelativeerd*

Hoe moeilijk het is om datgene wat men als essentie of uitwerking van 'conformiteit' ziet te 'vertalen' in een wettekst, wordt uitstekend onder woorden gebracht in het al eerder geciteerde rapport van de Law Commission:

> There is no one word which we have found or which has been suggested to us by which the appropriate standard can be defined.[151]

---

148 Zie PG Boek 7, p. 125 ('species'), in reactie op opmerking van de Commissie, op p. 122. Zie hierover verder ook § 3.4.

149 Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 343.

150 Hijma bepleit de term 'eigenschappen' ruim op te vatten, Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 334. Zo ook P.E.M. Klein, Garantie en conformiteit, in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer (2002) p. 217 op p. 218-219 en M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b) nr. 24 op p. 46. Zie eerder Asser-Schut V-I (1981) p. 182. Bij de bespreking van art. 33 LUVI wijst Schut er op dat het gestelde onder *f* een algemene bepaling is ter aanvulling op hetgeen reeds voortvloeit uit het onder *d* en *e* bepaalde.

151 *The Law Commission Report 1987*, nr. 3.11.

Uit het geciteerde blijkt het probleem hoe in wettelijke formuleringen – laat staan in een enkel criterium – een grote verscheidenheid aan situaties te vangen.[152] Verder kan tijdens de totstandkoming van een bepaling als gevolg van discussies, amendementen, etc. een zekere mate van toeval of willekeur binnensluipen. Vergelijk bijvoorbeeld de totstandkoming van art. 35 CISG (waarover uitvoeriger § 5.1), waar bijvoorbeeld werd voorgesteld om in lid 1 te verduidelijken dat vereist is dat de zaken 'meet the specifications stated in the contract', hetgeen werd opgelost door herformulering van lid 1 en lid 2 aanhef, en werd voorgesteld de term 'characteristics' op te nemen in lid 2 sub *c* met betrekking tot 'monster of model', een voorstel dat hoewel officieel aangenomen uiteindelijk in de Drafting Committee sneuvelde.[153] Tot slot kan het voorkomen dat de regelgever zich niet bewust is van verschillen in formulering, zie in dit verband de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:17, waarbij geen aandacht werd besteed aan verschillen in formulering tussen LUVI en CISG.[154]

Een apart probleem is verder het probleem van vertalingen. In hoeverre is een vertaalde term als een exact equivalent te beschouwen, en in hoeverre sluipen hier nuanceverschillen binnen?[155]

70. Eigenschappen – gebruik – nut – doeleinden

Eerder werd aandacht besteed aan het proefschrift van Paquay, dat als thema de ontwikkeling van 'gebrek' naar een 'functioneel-contractuele benadering' heeft.[156] Paquay legt de nadruk op het vastleggen van de functionaliteit van de verkochte (soort)zaken en het *nut* dat op grond van de overeenkomst mag worden verwacht.[157] De vraag is hoe ruim of beperkt men 'nut' moet begrijpen: omvat dit ook waarde? Welk begrip men ook hanteert, eigenschappen, hoedanigheden,[158] nut, of

---

152 Zie eerder ook § 1.2. In het Engelse recht is vastgehouden aan één begrip ('a single implied term as to the quality of goods'), maar wordt dit vervolgens in een illustratieve opsomming nader uitgewerkt. Hoe lastig het zoeken naar de beste term is blijkt ook al in het Engelse recht, waar eerst de term *merchantability* wordt gehanteerd, die vervolgens in de voorstellen van de Law Commission vervangen wordt door *reasonable quality*, hetgeen echter tot een wettekst leidt waarin het criterium *satisfactory quality* wordt gehanteerd. Zie verder § 4.5. Vergelijk ook de opmerkingen in de *Green paper* p. 28 over Engels recht.

153 Voorstel van Singapore, *Documentary history* p. 537, hoewel officieel aangenomen, zie p. 676, uiteindelijk in de Drafting Committee gesneuveld.

154 Zie § 3.2 en § 3.4.

155 Vergelijk in dit verband de opmerkingen die gemaakt worden in de evaluatie van de implementatie van de Europese Richtlijn over taal en formuleringen. Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de uitvoering van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, inclusief analyse van de mogelijkheid om producenten rechtstreeks aansprakelijk te stellen, 24 april 2007 COM (2007) 210 definitief.

156 G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992). Zie eerder § 2.3

157 Zie zijn voorwoord, p. v, zie ook p. viii, p. x. Zie ook p. 48-49, p. 125.

158 Onder het oud BW werd de term hoedanigheden gebruikt. Het begrip 'hoedanigheid' is niet steeds even duidelijk. Meijers geeft in zijn annotatie bij HR 26 januari 1917 het voorbeeld van het versleten zijn van een fietsband, dat niets ongewoon is, maar bij een fietsband die slechts korte tijd is gebruikt, wél ongewoon is. In het arrest van 27 januari 1905 werd geoordeeld dat de leeftijd van een paard (2 jaar in plaats van 3 jaar) géén ongewone hoedanigheid was. In zijn al genoemde annotatie lijkt Meijers verder 'de soort' waartoe men het gekochte moet rekenen als equivalent van hoedanigheid te zien. De term 'hoedanigheid' wordt nog tamelijk recent in de rechtspraak gehanteerd, zie § 6.2.

zoals in het Anglo-Amerikaanse recht doeleinden (*purposes*), steeds kan men de vraag stellen of 'waarde' hier onder valt. Op de tekst van art. 7:17 toegespitst is de vraag of de termen 'eigenschappen' en 'normaal *gebruik*' zo ruim kunnen worden opgevat dat zij ook 'waarde' omvatten. Gelet op de samenhang die er van oudsher is tussen enerzijds dwaling en anderzijds verborgen gebreken/wanprestatie is het zinvol om ook te kijken hoe ruim het onderwerp van de dwaling (dat wil zeggen: hetgeen waaromtrent gedwaald wordt) genomen wordt.

71. Beperkingen bij een beroep op verborgen gebreken

In het verleden werd, met name in het kader van de verborgen gebreken-regeling, betoogd dat het 'gebruik' dat de koper mocht verwachten beperkt was tot feitelijk gebruik, en niet ruimer moest worden gezien in de zin dat 'waarde' hier ook onder kon worden begrepen. Deze stelling werd met verschillende voorbeelden geïllustreerd.[159] Zoals Bregstein stelt: 'Een merrie, die geen stamboek-merrie blijkt te zijn, heeft geen gebrek; een schilderij, dat niet antiek blijkt te zijn, evenmin.'[160] En zie ook Pitlo: 'Indien ik een klok koop, waarvan het uurwerk naderhand blijkt te haperen, ben ik op de actie uit verborgen gebrek aangewezen. Blijkt echter een als antiek verkochte pendule een imitatie, dan is er geen gebrek in bovenbedoelde zin.'[161] Kamphuisen vermeldt overigens in dit verband al dat er twijfelgevallen zijn, waarbij hij als voorbeeld gebruikt de verkoop van een postzegelverzameling die een bijzondere, zeer kostbare zegel bevat, die echter later vals blijkt te zijn. 'Wat is het 'feitelijk gebruik' van een ouden postzegel? Of van een postzegelverzameling?'[162]

Het geconstateerde verschil blijkt, gezien de verwijzingen, in feite grotendeels gebaseerd op een uitspraak van Meijers. In zijn *WPNR*-artikel van 1922 over dwaling stelt Meijers expliciet dat in de verborgen gebreken-regeling 'gebrek' beperkt is tot *feitelijk gebruik*:

159 Zie bijvoorbeeld Köster in zijn noot bij de *Warme drankautomaten* en *Wasautomaten*-arresten (1971): 'Een beroep op dwaling zal m.i. alleen mogelijk zijn in de zeldzame situaties waarin wel dwaling in de zin van art. 1358 BW doch niet een verborgen gebrek in de zin van art. 1540 ev. aanwezig is, bijv. omdat het niet gaat om een stoffelijk gebrek.', *AA* 1971, op p. 450.

160 M.H. Bregstein, De samenloop van vorderingen bij gebrekkige levering uit koop, *WPNR* 4487-4489 (1957) p. 169, p. 182, p. 193, ook in: *Verzameld werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1960), p. 407, op p. 409. Zie ook Kamphuisen: 'Zoo kan b.v. niet over een verborgen gebrek geklaagd worden, indien een merrie wordt verkocht als stamboekmerrie, terwijl zij het niet is: het feitelijk gebruik immers (als fokmerrie, rijpaard, tuigpaard) wordt er niet door belemmerd.', Asser-Kamphuisen (1960) p. 103.

161 A. Pitlo, Pitlo deel 3A *De benoemde overeenkomsten*, Arnhem: Gouda Quint (8e dr.; 1979) p. 32.

162 'Er blijven twijfelgevallen. Men zie b.v. het geval, dat een postzegelverzameling verkocht was, waarbij speciaal beide partijen hun aandacht geschonken hadden aan een bijzonderen, zeer kostbaren zegel. Deze bleek later valsch te zijn. Is dit nu een verborgen gebrek in de verzameling? Rechtbank den Haag 28 Februari 1941, *NJ* 1941, 607 besliste van niet. Men kan twijfelen, ook als men het hier verdedigde criterium aanlegt. Wat is het "feitelijk gebruik" van een ouden postzegel? Of van een postzegelverzameling? Wederverkoop zegt de Rechtbank, maar dit is zeer de vraag. Wij zouden in casu de vordering liever op dwaling hebben gebaseerd.' Asser-Kamphuisen (1945) p. 103-104.

> Onjuiste opgaven daarentegen betreffende andere waardevolle eigenschappen van het onderwerp der overeenkomst (omvang; afkomst of oorsprong; rentabiliteit; verkoopmogelijkheid, enz.) kunnen alleen tot toepassing der algemeene dwalingsvoorschriften leiden.[163]

De Hoge Raad heeft zich hierover echter nooit uitgelaten.[164]

72. Dwaling

In de discussies over dwaling nam de vraag *waarover* rechtens relevant gedwaald werd vroeger een belangrijke plaats in.[165] Daarbij worden verschillende onderscheidingen gemaakt, zoals, in het voetspoor van de wettekst (art. 1358 oud BW) tussen dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak en omtrent de persoon van de wederpartij. Verder wordt wel als eis gesteld dat gedwaald moet zijn over wezenlijke eigenschappen, en niet over bijkomstig eigenschappen, waarbij vervolgens, op vaak nogal moeizame wijze, moet worden vastgesteld welke eigenschappen als 'wezenlijk' dienen te gelden.[166] Deze discussies worden hier verder terzijde gelaten en de aandacht wordt gericht op de waarde van het geleverde.[167]

73. Beperkingen bij een beroep op dwaling

Voor een beroep op dwaling was naar oud recht niet uitsluitend de onjuiste voorstelling met betrekking tot de 'stoffelijke eigenschappen der zaak' van belang, maar ook dat het gaat om 'omstandigheden ... welke voor haar (de dwalende, PK) den eigenlijken grond voor het aangaan der verbintenis opleveren'. Overigens werd dit door de Hoge Raad ook pas in 1924 expliciet uitgesproken. In casu ging het om dwaling aan de kant van schoonmoeder, die zich borg stelde voor haar schoonzoon, het bekende *Schoonmoeder*-arrest.[168]

In hoeverre is een pure 'waarde-dwaling' rechtens relevant? In de handboeken is er enige aandacht voor het onderwerp, maar de beschouwingen zijn toch rela-

---

163 Zie E.M. Meijers, Opmerkingen omtrent het leerstuk van de dwaling, *WPNR* 2749-2752 (1922) p. 385, p. 397, p. 405, p. 417, ook in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* derde deel, Leiden: Universitaire Pers (1955), p. 106, op p. 116. Anders Eggens in *NJ* 1953, 459, p. 696, in conclusie voorafgaand aan HR 16 mei 1952, het *Sigarettenautomaat*-arrest (*Van der Veen/Arza*). Zie hierover ook J.B.M. Vranken, Zes manieren om een oude dame niet te wekken, *WPNR* 6030 (1991) p. 911 op p. 913.

164 Zie ook A.S. Hartkamp en J. de Boer, Ontwikkeling van het kooprecht in de laatste 50 jaar, in: *Recht vooruit. 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer (1988) p. 43 op p. 45.

165 De onjuiste voorstelling van zaken kan betrekking hebben diverse elementen, zoals de aard, stoffelijke eigenschappen of capaciteit van de verkochte zaak; de omvang, inhoud of hoeveelheid van het verkochte; nauw met de zaak verbonden mogelijkheden, bevoegdheden en rechten; de herkomst, ouderdom, echtheid of antiquiteit van de zaak; de waarde van de zaak; de persoon van de wederpartij; of het objectieve recht. Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 227.

166 Zie hiervoor, uit velen, L.C. Hofmann, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. Eerste deel. De algemeene leer der verbintenissen*, Groningen: J.B. Wolters (6e dr.; 1941) p. 222-226, Asser-Van Goudoever (1948) p. 292-296.

167 De vraag naar wat het onderwerp van de dwaling kan zijn (zelfstandigheid van de zaak) staat niet echt meer in de belangstelling. Een oorzaak hiervoor kan zijn dat naar huidig recht de nadruk veel meer is komen te liggen op de vereisten van lid 1, de spreek- en onderzoeksplicht.

168 HR 30 mei 1924, *W.* 11229, *NJ* 1924, p. 835, *Schoonmoeder II*-arrest. Zie over het arrest onder meer L.C. Hofmann - P. Abas, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. De algemene leer van de verbintenissen. Deel 1 (Artt. 1269-1387 B.W.). Tweede gedeelte (Artt. 1302-1303 en 1349-1387)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink (9e dr.; 1977) p. 80-81, J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 5, § 1 nr. 2 p. 518 e.v.

tief kort. Duidelijk op dit punt is het handboek van Völlmar, waarin gesteld wordt dat een beroep op 'waarde-dwaling' in het algemeen niet mogelijk zal zijn, omdat de vaststelling van de koopprijs op een subjectieve appreciatie over en weer berust, die niet achteraf gecorrigeerd kan worden. Een beroep op dwaling is echter wel mogelijk wanneer partijen de vaststelling van de koopprijs hebben willen regelen onafhankelijk van hun subjectieve appreciatie, dus bijvoorbeeld door middel van een taxatie of aan de hand van objectieve gegevens.[169] Andere handboeken geven de materie op vergelijkbare wijze weer.[170]

Dwaling omtrent de waarde van de zaak zal volgens Hijma veelal terug te voeren zijn op een eerdergenoemd type dwaling, maar ook een dwaling die uitsluitend de waarde van de zaak betreft komt voor. Deze dwaling zal in principe – maar niet steeds – voor risico van de dwalende komen.[171] Hij illustreert het verschil aan de hand van het voorbeeld van de koop van een schilderij van Van Gogh. Wanneer het geen 'echte' Van Gogh blijkt te zijn, staat het beroep op dwaling open omdat de koper aan primair dwaalde ten aanzien van de authenticiteit van het doek en de mindere waarde niet meer dan een gevolg hiervan is. Bij de koop van een 'echte' Van Gogh ligt een dwaling omtrent de waarde, het risico van een prijs boven de marktwaarde, bij de koper.[172] Hijma geeft uitdrukkelijk aan dat het hier om niet meer dan een vuistregel gaat. Uitzonderingen zijn denkbaar, maar er zal sprake moeten zijn van bijzondere omstandigheden.[173] Als mogelijke bijzondere omstandigheden noemt hij het niet-voldoen aan een spreekplicht (art. 6:228 lid 1 sub *b*), en situaties waarin een zekere *gelijkwaardigheid* van de prestaties door beide partijen centraal wordt gesteld. In dat verband wijst hij op het *Taxatierapport*-arrest van 1937.[174]

Hoewel aan Hijma kan worden toegegeven dat een dwaling omtrent de waarde vaak te herleiden valt tot een dwaling omtrent iets anders, lijkt de grens toch af en toe aardig dun. Zo wordt bijvoorbeeld in een recent arrest uit 2006 inzake de koop van een verhuurd beleggingspand geen enkel onderscheid meer gemaakt tussen 'eigenschappen' van het verhuurde pand of waarde van het pand.[175] Blijkbaar

169 H.F.A. Völlmar, *Nederlandsch Burgerlijk Recht. Handleiding voor studie en praktijk*, derde deel Verbintenissenrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1947), p. 208-209. Hierbij wordt verwezen naar HR 25 februari 1937, *NJ* 1937, 1058.

170 Zo wordt in Hofmann-Abas in een voetnoot, met een beroep op een arrest uit 1937 inzake koop en verkoop van aandelen (HR 25 februari 1937, *NJ* 1937, 1058 m.nt. EMM, *Taxatierapport*) opgemerkt dat ook de waarde dus de 'zelfstandigheid van de zaak' kan zijn, verder nog verwijzend naar een arrest van 1956 inzake de verkoop van een paarlen collier (HR 9 november 1956, *NJ* 1956, 678). Zie L.C. Hofmann - P. Abas, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. De algemene leer van de verbintenissen. Deel 1 (Artt. 1269-1387 B.W). Tweede gedeelte (Artt. 1302-1303 en 1349-1387)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink (9e dr.; 1977) p. 81. In het kader van verkopersdwaling wordt verder gesteld dat een beroep op dwaling ook mogelijk is indien het bij de verkoper duidelijk was, dat partijen beoogden tegen betaling van een prijs overeenkomende met de werkelijke waarde van het verkochte, van eigenaar te doen verwisselen. Zie op p. 84. Zie eerder L.C. Hofmann - S.N. Van Opstall, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen. Eerste gedeelte (artt. 1269-1387 B.W.)*, Groningen: J.B. Wolters (8e dr.; 1959) p. 332, p. 338-339.

171 Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 227, zie nader nr. 247.

172 *Verbintenissenrecht* (losbl.) (Hijma) Art. 228, aant. 183, met verwijzingen naar rechtspraak.

173 Aant. 184.

174 HR 25 februari 1937, *NJ* 1937, 1058 m.nt. EMM (*Taxatierapport*). Zie over het arrest onder meer Van Dunné, (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 5, § 1 nr. 7 p. 562 e.v.

175 HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 658.

uitgaand van de veronderstelling dat de mindere waarde tot een beroep op dwaling kan leiden, wordt in lagere instantie een splitsing aangebracht tussen omstandigheden die wel voor rekening van de koper dienden te blijven, en omstandigheden die, omdat de verkoper haar mededelingsplicht heeft geschonden, wèl een beroep op dwaling kunnen rechtvaardigen. Het belang van het arrest van de Hoge Raad is beperkt: de Hoge Raad is van oordeel dat redelijkheid en billijkheid zich niet tegen de door het hof aangebrachte splitsing van omstandigheden verzetten.[176] Verder kan meer in het algemeen worden gewezen op de uitvoerige jurisprudentie inzake bodemverontreiniging, waar veelal niet beperkingen in het gebruik, al dan niet tijdelijk, centraal staan, maar saneringskosten en waardedaling.[177]

74. Waarde en prijs

Het is duidelijk dat een verkeerde inschatting van de prijs of marktwaarde in beginsel in de risicosfeer van de koper ligt. Verder zijn er goede redenen om de redelijkheid van een overeengekomen prijs niet te toetsen. Dit is niet de plaats om uitvoerig ingegaan op doctrines zoals *lesio enormis*, *iustum pretium*, etc.[178] Wel is het de bedoeling om hier de aandacht te vestigen op het belang om conformiteit niet onnodig te beperken tot feitelijk gebruik, nut, etc. Anders gezegd: voor zover in de praktijk aan waarde een belangrijke rol wordt toegekend dient dit ook erkend te worden. In het vervolg, zie Deel 2 en Deel 3, zal dit gebeuren in de vorm van het wijzen op het belang van de prijs. Een rechtstreekse toetsing van de redelijkheid van de prijs komt men niet tegen, maar het zal wel duidelijk worden dat er steeds op gewezen wordt dat bij de afweging van de omstandigheden de bedongen prijs een belangrijke, zo niet cruciale rol speelt.

75. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Het oude recht kende naast de voor koop specifieke regeling van de verborgen gebreken uiteraard ook de algemene regeling van de dwaling. Vrij algemeen werd daarbij aanvaard dat wanneer het gebrek bestond uit een mindere waarde, de koper aangewezen was op een actie op grond van dwaling. Bij de toepassing van dwaling geldt echter als hoofdregel dat een 'waarde-dwaling' rechtens niet relevant is. Een opvatting waarin slechts geschiktheid voor feitelijk gebruik van belang is voor 'wanprestatie' is gedateerd en een beperking tot feitelijk gebruik lijkt weinig zinvol. De ruimere opvatting vindt men beter weergegeven in de conformiteitseis. In deze paragraaf is aan de orde gesteld of conformiteit niet ook betrekking heeft op 'waarde'. Uiteraard zal veelal een 'waarde-dwaling' voor risico van de koper zijn. Dit neemt niet weg dat waarde een belangrijke rol bij conformiteit speelt. In de volgende delen zal steeds worden gewezen op het belang dat aan de prijs wordt gehecht. Conformiteit kan in die zin ook gekoppeld worden aan *waarde*.

---

176 Voor het overige gaat het arrest over de wijze van begroting van het nadeel, vergelijk met name hierover de conclusie van A-G Huydecoper.

177 Zie uitvoeriger § 6.6 e.v.

178 Voor verwijzingen zie M.W. Hesselink, Naar een (Europees) wetboek van consumentenrecht, *NJB* 2007, p. 850 op p. 855-866, zie met name noot 59.

2.6 Samenvatting en conclusies

76. Samenvatting en conclusies

In Hoofdstuk 2 is het begrip conformiteit nader verkend en de probleemstelling van het proefschrift uitgewerkt.

In de toelichting van 1981 bij het Ontwerp (ONBW) wordt aan het conformiteitsbegrip geen eigen inhoud gegeven. Door de wetgever wordt aandacht besteed aan de relatie met het oude recht, waarbij uiteengezet wordt dat enkele onderscheidingen die naar oud recht nog werden gemaakt onder de nieuwe regeling hun belang verliezen. Pas in een later stadium van de parlementaire geschiedenis is het conformiteitsbegrip nader gepreciseerd door middel van de term 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'.

Art. 7:17 lid 1 stelt de overeenkomst tussen partijen centraal. Lid 1 verwoordt een algemeen uitgangspunt, namelijk dat het geleverde 'aan de overeenkomst moet beantwoorden'. De overige leden van art. 7:17 zijn als een uitwerking hiervan te beschouwen. Hierbij kan echter wel een onderscheid worden gemaakt tussen bepalingen die puur als een nadere verduidelijking fungeren en in feite uitlegregels voor het contract zijn, en bepalingen die een meer zelfstandig karakter hebben.

Art. 7:17 lid 3, 4 en 6 zijn in hun functie beperkt tot uitlegregels; deze leden illustreren daarnaast echter ook nader het conformiteitsbegrip. Het in art. 7:17 lid 2 opgenomen criterium 'normaal gebruik' staat duidelijk los (losser) van de overeenkomst.

Voordat de reikwijdte van de 'normaal gebruik'-norm aan de orde komt in Deel 2, is in dit deel eerst aandacht besteed aan de vraag naar de basis voor de verplichting van de verkoper om een zaak te leveren die geschikt is voor normaal gebruik. Is de basis voor deze verplichting de wet of de overeenkomst? In de discussie in de parlementaire geschiedenis op dit punt lopen twee vraagpunten, namelijk nadere concretisering van het conformiteitsartikel en de basis van de verwachtingen van de koper, door elkaar, zodat in feite geen positie werd gekozen. In het internationale handelskooprecht wordt conformiteit bij voorkeur als 'contractueel' gezien, terwijl conformiteit in het internationale consumentenkooprecht, de Europese Richtlijn consumentenkoop, als 'wettelijk' wordt gezien. Het verschil tussen een 'kwaliteitsgarantie' gebaseerd op de wet of gebaseerd op de overeenkomst lijkt wellicht een academische kwestie. In het vervolg van het betoog zal het verschil echter bij met name de invulling van het conformiteitsbegrip en de betekenis van expliciete en impliciete garanties toch een rol blijken te spelen.

In Nederland is de wijziging van het kooprecht in het kader van de invoering van het NBW slechts in enkele tijdschriftartikelen en een enkel preadvies gevolgd. Het conformiteitsbegrip dat in de wet werd geïntroduceerd gaf daarbij weinig aanleiding tot opmerkingen. Een belangrijk punt van kritiek is wel geweest dat de regeling uit het oogpunt van de koop van roerende zaken geschreven is. Ondanks deze kritiek werd de bruikbaarheid van het voorgestelde wetsartikel, thans art. 7:17, niet echt ter discussie gesteld, waarbij wel moet worden bedacht dat het wetsartikel pas in 1985 zijn definitieve vorm, inclusief de term 'normaal gebruik', kreeg. Het opnemen van het 'normaal gebruik'-criterium lijkt daardoor verder aan

de aandacht ontsnapt. Hoewel er dus blijkbaar niet echt behoefte is aan een verschillend geformuleerd conformiteitsvereiste voor diverse typen koop, is het uiteraard wel van belang dat uit de formulering voldoende duidelijk blijkt dat een brede toepassing bedoeld is. Dit kan worden bereikt door expliciet aan te geven dat de termen die in de regeling gebruikt worden niet-limitatief bedoeld zijn ('open karakter'), en ook door de termen zelf zo te kiezen dat deze ruim toegepast kunnen worden. Na invoering van art. 7:17 heeft een aantal auteurs zich nog in meer algemene zin over conformiteit uitgelaten, waarbij in algemene zin bepleit wordt het 'normaal gebruik'-criterium niet beperkt op te vatten.

DEEL 2. CRITERIA VOOR CONFORMITEIT

3 Nederlands recht: het nieuw BW

3.1 Inleiding

77. Inleiding

Op grond van art. 7:17 lid 1 BW moet de verkoper een zaak afleveren 'die aan de overeenkomst beantwoordt'. Voor zover niet anders in de overeenkomst is voorzien, geldt op grond van art. 7:17 lid 2 als aanvullende regel dat de koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn. Bij conformiteit gaat het dus om op de overeenkomst gebaseerde verwachtingen, waarbij in principe uitgegaan mag worden van geschiktheid voor normaal gebruik. Wat zijn de achterliggende gedachten van de Nederlandse wetgever, en hoe moet deze regeling worden toegepast?

Het conformiteitsvereiste is – via het Ontwerp Beneluxovereenkomst inzake koop en ruil – overgenomen uit de LUVI (*Loi Uniforme sur la Vente Internationale des objets mobiliers corporels*), en bij de uiteindelijke redactie van het wetsartikel is in de parlementaire geschiedenis naar zeggen van de minister ook gekeken naar het Weens Koopverdrag (CISG; *United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*). Uit de wetsgeschiedenis blijkt ook dat men geprobeerd heeft in algemene zin de inhoud van het conformiteitsvereiste nader te bepalen. Uit de weergave van de discussie blijkt dat de wetgever niet veel verder kwam dan de aanwijzing dat rekening gehouden moet worden met alle omstandigheden van het geval, waarbij door de minister ook een aantal omstandigheden werd opgesomd. In het laatste stadium van de parlementaire behandeling werd, zonder enige inhoudelijke toelichting dan dat geen wijziging beoogd werd, het criterium van 'normaal gebruik' aan lid 2 toegevoegd.

De parlementaire geschiedenis is dus ten aanzien van de uitleg (en toepassing) van art. 7:17 weinig dwingend. De Nederlandse regeling wordt daarom vervolgens in Hoofdstuk 4 in de context van in andere rechtsstelsels en -systemen gehanteerde begrippen geplaatst. Allereerst wordt de regeling van art. 6:28 BW, waarin een aparte regeling is opgenomen voor de kwaliteit van naar de soort bepaalde zaken, besproken. Vervolgens komen de kwaliteitsverplichtingen in het internationale handelsverkeer aan de orde. Daarna wordt aandacht besteed aan uniforme regelgeving, waarbij wordt gekeken naar de Unidroit Principles, PECL, het ontwerp van de *Study Group for a European Civil Code* en het onlangs verschenen ontwerp voor een *Common Frame of Reference* (DCFR). In de daarop aansluitende bespreking van buitenlands recht wordt eerst het Amerikaans recht kort op hoofdlijnen geschetst en wordt vervolgens meer uitvoerig ingegaan op Engels recht. Tot slot van Deel 2 richt de aandacht zich in Hoofdstuk 5 op de CISG en de Richtlijn consumentenkoop.

3.2 Conformiteit in het BW. Invloed uniform kooprecht

78. Inleiding

Zoals in de inleiding reeds werd vermeld, is voor de koop in art. 7:17 BW door middel van het conformiteitsvereiste een regeling gegeven voor de verplichtingen van de verkoper ten aanzien van de kwaliteit van de te leveren zaken. In lid 1 wordt bepaald dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. In lid 2 werd, ten tijde van de invoering van art. 7:17 in 1992, dit nader uitgewerkt als volgt:

> Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.'[1]

Wat is de herkomst van deze bepaling en van de in deze bepaling gebruikte begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'?

79. De invloed van de internationale koopverdragen

De kooptitel van Boek 7, zoals ingevoerd in 1992, heeft sterk het karakter van een regeling gericht op consumentenbescherming. Uit de geschiedenis van de totstandkoming blijkt echter dat titel 7.1 ook in hoge mate is geïnspireerd door internationale regelingen.[2] De geschiedenis van art. 7:17, en de herkomst van de in deze bepaling gebruikte begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik', illustreren de invloed van het uniforme recht.[3] Om deze internationale invloed te benadrukken wordt in deze paragraaf eerst de invloed van het uniforme kooprecht op art. 7:17 uiteen gezet, waarna in de volgende paragraaf de concretisering behandeld wordt.

De kooptitel is afkomstig uit twee bronnen: een voorontwerp uit 1972 en een voorontwerp betreffende de consumentenkoop uit 1978.[4] Het eerstgenoemde voorontwerp berust op het Ontwerp Beneluxovereenkomst inzake koop en ruil,[5]

---

1 Tekst bij invoering van het wetsartikel in 1992. Als gevolg van de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop is lid 2 later gewijzigd.

2 Zie hierover bijvoorbeeld Asser-Schut V-I (1981) p. 179 e.v. Zie voor de geschiedenis van de kooptitel M. van Delft-Baas, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (1992) (Mon. NBW B 65b) nr. 2; B. Wessels, *Koop: Algemeen*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 2003) (Mon. NBW B 65a) nr. 4; M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b) nr. 2; P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) § 2.5; Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 23.

3 Zie ook P. Klik, Koop, in: F. De Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (2006), p. 155 op p. 155-161.

4 Titel 1 van het voorontwerp van 1972 was van de hand van Dorhout Mees.

5 PG Boek 7, pp. 13, 20, 25, 30. Over het Ontwerp Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 58, Pitlo deel 3A *De benoemde overeenkomsten*, Arnhem: Gouda Quint (8e dr.; 1979) p. 57-58, R. Herrmann, Koop en ruil, bijzonder nummer *NJB* 23 juni 1973, afl. 24A, p. 8-9. Voor het ontwerp zie de documentatie van de Interparlementaire Beneluxraad, 1970, 113 en Handelingen Beneluxraad nrs. 88 en 89. Veel van de inhoud van deze stukken is letterlijk terug te vinden in de parlementaire geschiedenis van de kooptitel in het huidig BW. Zie ook G.G. Oly, *Algemene beschouwingen over de internationale koop van goederen in historisch perspectief*, (diss. Amsterdam →

dat weer berustte op het internationale handelskoopverdrag LUVI.[6] De twee voorontwerpen zijn samengevoegd tot een wetsontwerp dat in 1981 bij de Tweede Kamer werd ingediend. Het ontwerp werd in juni 1988 door de Tweede Kamer aanvaard, in november 1989 door de Eerste Kamer, en werd op 1 januari 1992 als titel 7.1 ingevoerd, samen met de Boeken 3, 5 en 6.

Niet alleen is het ontwerp van de kooptitel dus in belangrijke mate op uniform recht gebaseerd, regelmatig wordt ook in de parlementaire geschiedenis verwezen naar de uit 1964 daterende *Loi Uniforme sur la Vente Internationale des objets mobiliers corporels* (LUVI), het (nooit in werking getreden) Benelux-ontwerp en de in 1980 tot stand gekomen *United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods* (CISG, het Weens Koopverdrag). In de parlementaire geschiedenis is uitdrukkelijk onder ogen gezien wat de consequenties van de (eventuele) ratificatie van de CISG zouden zijn:

> Wij geven de commissie gaarne toe dat het ongewenst zou zijn indien de praktijk korte tijd na invoering van het onderhavige ontwerp met wijziging daarvan zou worden belast. De eventuele toetreding tot het Weens verdrag zal echter, naar de eerste ondergetekende verwacht, niet tot wijziging van dit wetsvoorstel behoeven te leiden.[7]

In 1996 constateert Oly dan ook:

> [D]e nieuwe Nederlandse kooptitel is niet in een vacuüm tot stand gekomen. Het is niet dan tegen een internationale achtergrond voor te stellen.[8]

In het voorontwerp betreffende de consumentenkoop was geen bepaling over conformiteit opgenomen.[9] Het nog nader te bespreken ontwerp-artikel 7.1.2.7 is dus rechtstreeks te herleiden tot de internationale regelingen, zodat voor art. 7:17 BW ook getuige de verwijzingen in de parlementaire geschiedenis met name de internationale verdragen van belang zijn.[10]

UvA) Deventer: Kluwer (1982). Reehuis en Slob vermelden in de inleiding van PG Boek 7, p. XIII wel de invloed van de LUVI op het voorontwerp van 1972, echter zonder verwijzing naar de tussenliggende schakel van de Ontwerp Beneluxovereenkomst. In het ontwerp voor titel 7.1 werden slechts de artt. 1, 13 en 21 van het Benelux-ontwerp *niet* overgenomen, PG Boek 7, p. 13, zie ook Herrmann (1973) p. 8 noot 2.

6 PG Boek 7, p. 13-14, zie p. 14 voor uitleg waarom de LUVI niet geschikt zou zijn als nationale wetgeving. Zie over het verdrag Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 46, Pitlo 3A (8e dr.; 1979) p. 57-58, Herrmann (1973) p. 8-9, F.J.A. van der Velden, *De eenvormige koopwetten van 1964*, Deventer: Kluwer (1979), Oly (1982).

7 Zie het voorlopig verslag, waarin expliciet gevraagd wordt naar afstemming met het Weens Koopverdrag, en het antwoord van de minister, PG Boek 7, pp. 30 en 32.

8 G.G. Oly, bespreking van G.B.A. Paquay, Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht, *RM Themis* 1996, p. 101 op p. 106.

9 Zie *Advies Consumentenkoop. Advies over een voorontwerp van wet betreffende consumentenkoop uitgebracht aan de minister van Justitie en de staatssecretaris van Economische Zaken door de Commissie voor Consumentenaangelegenheden*, SER (Publicatie 1980 nr. 6), zie ook eerder § 1.5.

10 Zie de diverse verwijzingen in de parlementaire geschiedenis op de pp. 122 en 125. Zie over de invloed van internationale regelingen op de kooptitel Asser-Hijma 5-I (2007) nrs. 23 en 58, zie verder met betrekking tot conformiteit Asser-Hijma 5-I (2007) nrs. 325, 343 en 348. Over de invloed van de CISG op art. 7:17 zie ook A.S. Hartkamp, Einführung in das niederländische Schuldrecht, *AcP* 191 (1991) p. 396 op p. 407, E.H. Hondius & C. Jeloschek, Die Kaufrichtlinie und das niederländische Recht: Für den Westen kaum etwas Neues, in: S. Grundmann e.a. (eds.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Keulen: Carl Heymanns Verlag (2000), p. 197 op p. 200 en p. 207.

80. Concretisering zoals in het uniforme kooprecht

Art. 7.1.2.7 van het ontwerp van Boek 7.1 NBW, op dit punt uit 1972 daterend en overgenomen in het in 1981 aan de Tweede Kamer voorgelegde ontwerp, was gelijk aan art. 10 van het Benelux-ontwerp. Art. 10 Benelux-ontwerp/art. 7.1.2.7 ONBW, lid 1 en lid 2, luidden:

> 1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.
> 2. Een andere zaak dan is overeengekomen, een zaak van een andere soort, of een zaak die niet de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten, beantwoordt niet aan de overeenkomst.[11]

In het artikel was het criterium 'aan de overeenkomst beantwoorden' in de wettekst opgenomen (lid 1). De toelichting bij de verdragstekst vermeldde dat het gebruik van de formule 'aan de overeenkomst beantwoorden' in het voetspoor van de LUVI gebeurde[12] en in de parlementaire geschiedenis van art. 7.1.2.7 NBW werd vermeld dat het begrip 'beantwoorden aan de overeenkomst' was overgenomen van de LUVI.[13]

Het criterium 'aan de overeenkomst beantwoorden' werd verder uitgewerkt door middel van de formulering 'niet de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten' (lid 2). In de toelichting op lid 2 werd vermeld dat, om uit te maken wat de koper mocht verwachten, mede rekening moet worden gehouden met hetgeen de verkoper weet of had behoren te weten omtrent het gebruik waarvoor de zaak bestemd is en omtrent de bedoelingen van de koper.[14] Anders dan in de LUVI werd verder niet aangegeven welke factoren van belang zijn bij de beoordeling van conformiteit. In art. 33 LUVI werd de in art. 19 gestelde eis van conforme aflevering (aflevering geschiedt door afgifte van een zaak die aan de overeenkomst beantwoordt) verder uitgewerkt door een opsomming van gevallen waarin geen sprake is van correcte nakoming: zie onder *d* (niet de eigenschappen bezit, nodig voor een normaal gebruik of voor gebruik voor handelsdoeleinden), onder *e* (niet de eigenschappen bezit nodig voor een bijzonder gebruik dat uitdrukkelijk of stilzwijgend bij de overeenkomst is voorzien) en onder *f* het meer algemene criterium 'in het algemeen, ... niet de eigenschappen en bijzondere kenmerken bezit, die uitdrukkelijk of stilzwijgend bij de overeenkomst zijn bedoeld'.[15]

Naar aanleiding van het rapport van de Commissie Deregulering werd bij Nota van Wijziging aangegeven dat duidelijk is dat de vraag wat de koper aan eigenschappen mag verwachten afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval.

---

11 Zie over lid 3 - lid 5 (thans lid 6) eerder § 2.1.
12 Zie 113-1 op p. 25.
13 Expliciet PG Boek 7, p. 118: 'Het begrip 'beantwoorden aan de overeenkomst' is overgenomen van de LUVI.' Verder werd vermeld dat het begrip 'beantwoorden aan de overeenkomst', in vergelijking met de verborgen gebreken-regeling het belangrijke voordeel bood 'verscheidene netelige vragen uit te schakelen ...' PG Boek 7, p. 118. zie eerder § 2.1.
14 PG Boek 7, p. 118.
15 Zie voor de volledige tekst § 5.1.

In 1983 werd de zinsnede 'gelet op alle omstandigheden van het geval' aan de voorgestelde wettekst toegevoegd. In de nota werd ter verduidelijking een aantal omstandigheden opgesomd.[16] Vanuit de Kamercommissie werd in reactie hierop als kritiek naar voren gebracht dat ten onrechte geen aansluiting was gezocht bij de (Engelse) Supply of Goods (Implied Terms) Act en art. 33 lid 1 LUVI.[17] Opvallend is dat in het Voorlopig Verslag, dat uit 1985 dateert, het al in 1980 tot stand gekomen Weens Koopverdrag niet expliciet genoemd werd.[18] Wel werd onder verwijzing naar art. 35 lid 1 CISG ook bepleit in lid 2 tot uitdrukking te brengen dat het ging om verwachtingen op grond van de overeenkomst.[19]

De minister is aan de kritiek tegemoet gekomen. Naar aanleiding van de vragen van de Kamer is, naar eigen zeggen van de minister[20], de formulering aangepast aan art. 35 van het Weens Koopverdrag.

In het Weens Koopverdrag is het conformiteitsvereiste expliciet neergelegd en uitgewerkt in art. 35. Krachtens art. 35 lid 1 CISG moet de verkoper zaken leveren[21] die *conform* de overeenkomst zijn. Dit wordt in lid 2 als volgt uitgewerkt: tenzij anders overeengekomen moet de verkoper zaken leveren die geschikt zijn voor de doeleinden waarvoor zaken van dezelfde omschrijving gewoonlijk zouden worden gebruikt (fit for the purposes for which goods of the same description would *ordinarily* be used) en geschikt voor een bijzonder doel (fit for any *particular* purpose) dat uitdrukkelijk of stilzwijgend aan de verkoper ter kennis is gebracht op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst, tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de koper niet vertrouwde of redelijkerwijze niet mocht vertrouwen op de vakbekwaamheid en het oordeel (de expertise) van de verkoper.[22]

De aanpassing hield in dat het in 1983 toegevoegde 'gelet op alle omstandigheden van het geval' weer verdween en dat in 1986 bij Memorie van Antwoord het 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' werd geïntroduceerd, leidend tot de eerder weergegeven tekst die in 1992 werd ingevoerd:

> Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.

---

16 PG Boek 7, p. 121. De minister somde een aantal elementen op die van belang zijn bij hetgeen de koper mag verwachten. Zie hierover § 3.4.

17 PG Boek 7, p. 122, onder verwijzing naar de minderheid van de CCA, SER-advies (1980) p. 30 en Asser-Schut V-I (1981) p. 18 (bedoeld wordt: p. 180, PK) e.v.

18 Overigens had Nederland op dat moment het Verdrag niet ondertekend. Nederland heeft lang vastgehouden aan de Haagse verdragen (LUF en LUVI) en zich ten aanzien van het Weens Koopverdrag terughoudend opgesteld. Over de Nederlandse houding zie A.S. Hartkamp, *Het Weense koopverdrag: beschouwing over het VN-verdrag inzake de internationale koop van roerende lichamel?ke zaken*, Deventer: Kluwer (1980) p. 9-10. De minister zoekt in de uit 1986 daterende Memorie van Antwoord uitdrukkelijk aansluiting bij het Weens Koopverdrag, zie verder in de tekst.

19 PG Boek 7, p. 122.

20 Zie verder § 3.4.

21 In de LUVI was conformiteit nog een aspect van levering, zo niet in het Weens Koopverdrag. Dit aspect wordt verder niet besproken, evenmin als de problematiek van levering van een *aliud*.

22 Zie voor de volledige tekst § 5.1.

De minister heeft hierbij expliciet aangegeven dat de wijziging 'mede door artikel 35 van het verdrag is geïnspireerd'[23] en dat hij er geen moeite mee had om het artikel aan te passen aan de uniforme regelgeving.[24]

81. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

De wetgever heeft in eerste instantie voor de regeling van de kwaliteit van de te leveren zaken willen volstaan met de bepaling dat de afgeleverde zaak 'aan de overeenkomst moet beantwoorden', hetgeen verder uitgewerkt werd door middel van de formulering 'de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten'. Deze reeds in 1972 geformuleerde tekst, in 1981 geïncorporeerd in het aan de Tweede Kamer voorgelegde ontwerp, was – via het Benelux-ontwerp – overgenomen van de LUVI, zonder echter de nadere precisering die de LUVI (in art. 33) wel bood. Het in 1984 toegevoegde 'gelet op de omstandigheden' werd door de Kamercommissie onvoldoende bevonden en als gevolg van aandrang van deze Commissie werd in 1986 aansluiting gezocht bij het uniforme kooprecht, waarin de begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' worden gehanteerd. Eerder had de minister wel bij Nota van Wijziging een aantal omstandigheden opgesomd die van belang zijn voor hetgeen de koper mag verwachten. Gelet op de uitdrukkelijke vermelding van de minister dat met de aanpassing van de wettekst geen inhoudelijke wijziging werd beoogd heeft deze toelichting zijn waarde behouden. Opvallend is wel dat de overgenomen criteria verder niet van een toelichting worden voorzien noch aandacht wordt geschonken aan de vraag of deze uit handelskoopverdragen overgenomen criteria voldoende algemene geldingskracht hebben voor art. 7:17, dat bij elk type koop van toepassing is.

3.3 Verwachtingen van de koper

82. Inleiding

Art. 7:17 BW heeft via het uniforme kooprecht zijn huidige vorm gekregen. Centrale norm in art. 7:17 is 'aan de overeenkomst beantwoorden'. In lid 2, dat reeds eerder weergegeven werd, wordt dit uitgewerkt. In deze uitwerking wordt het conformiteitsvereiste nader geconcretiseerd, door, zoals in de vorige paragraaf vermeld, de bepaling dat een zaak die niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten niet aan de overeenkomst beantwoordt, hetgeen weer verder uitgewerkt wordt door middel van de 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' criteria. Meer duidelijkheid ten aanzien van deze concretisering, de elementen die van belang zijn, is aan de parlementaire geschiedenis te ontlenen.

23 Zie voor de vragen vanuit de Kamer PG Boek 7, p. 30, en voor het antwoord van de minister PG Boek 7, p. 32. Zie verder ook § 3.4.

24 PG Boek 7, p. 125. Hieronder wordt nog nader ingegaan op de in de uniforme koopverdragen gehanteerde verschillende terminologie, zie § 4.4 en zie ook Hoofdstuk 5..

83. Verwachtingen van de koper. Uitleg

In het oorspronkelijke ontwerp (1972) werd in lid 2 volstaan met de volgende formulering:

> Een andere zaak dan is overeengekomen, een zaak van een andere soort, of een zaak die niet de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten, beantwoordt niet aan de overeenkomst.

De gekozen formulering stelt de verwachtingen *van de koper* centraal. In de toelichting bij het oorspronkelijke ontwerp wordt hier echter niet een duidelijk principiële keuze gemaakt. De toelichting, voor zover hiervan belang, luidt als volgt:

> Lid 2 bepaalt dat de verkoper een zaak moet leveren, die de hoedanigheden heeft welke *de koper* mag verwachten. Om uit te maken wat de koper mocht verwachten, moet *mede* rekening gehouden worden met hetgeen de verkoper wist of had behoren te weten omtrent het gebruik waarvoor de zaak bestemd is en omtrent de bedoelingen van de koper. (mijn curs., PK)[25]

Een verwijzing naar het oude recht op dit punt ontbreekt.[26]

Aan de formulering moet niet onnodig veel belang worden gehecht. Hoogstens zou men kunnen zeggen dat in ieder geval blijkt dat niet voor het uitgangspunt *caveat emptor* is gekozen.[27] Een onderscheid met de *Haviltex*-norm, waarin gesproken wordt over verwachtingen die partijen over en weer mogen hebben, lijkt ook niet zinvol.

Recentelijk heeft Tjittes kritiek geuit op de *Haviltex*-formule.[28] Allereerst betoogt hij, onder verwijzing naar uniform recht, dat uit de formule ten onrechte niet blijkt dat het achterhalen van de partijbedoeling centraal dient te staan. In dit verband verwijs ik terug naar de bespreking van uitleg in Hoofdstuk 1, waar ten aanzien van art. 8 lid 1 CISG werd geconstateerd dat algemeen erkend wordt dat deze bepaling weinig toegepast zou kunnen worden.[29] Belangrijker in de context van het onderwerp van deze paragraaf is het tweede punt van kritiek, dat de 'over en weer'-formule niet meer past in een tijd waarin het contractsverkeer meer en meer gedepersonaliseerd wordt. Mijns inziens miskent deze kritiek de essentie van de formule, namelijk dat bij de verwachtingen van beide partijen geldt dat verwacht mag worden dat zij ook de positie van de wederpartij in beschouwing nemen. Hetgeen een koper *mag* verwachten moet ook in die zin opgevat worden. Er is dus geen tegenstelling tussen de in art. 7:17 gehanteerde formulering en de *Haviltex*-formule.[30]

---

25 PG Boek 7, p. 118.

26 De formulering is niet aan de LUVI ontleend, maar blijkbaar overgenomen uit het *Wasautomaten*-arrest van 1971. Niet duidelijk is dus of beoogd is hier stelling te nemen in de controverse tussen 'objectieve' (zaak staat centraal) of 'subjectieve' visie zoals die ten aanzien van de verborgen gebreken-regeling was gevoerd. Zie eerder daarover § 1.4.

27 Zie echter de beschouwingen daarover in § 1.4, met verwijzingen ook naar Engels recht.

28 R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, *RM Themis* 2005, p. 2 op p. 7-8.

29 Zie § 1.4 nr. 16.

30 Zie over uitleg en de *Haviltex*-formule verder § 7.4. Loos vermeldt dat de conformiteitseis van art. 7:17 licht afwijkt van het *Haviltex*-criterium: wordt in dat criterium aangesloten bij de verwachtingen die partijen over en →

84. Verwachtingen van de koper versus 'description' door de verkoper

De betekenis van de verwachtingen van de koper is alleen door Algra aan de orde gesteld.[31] Algra was destijds, in 1984, zeer kritisch over de verwijzing naar de koper: hij betoogde dat niet de verwachtingen van de koper, maar de omschrijving door de verkoper uitgangspunt moest zijn.[32] Naar aanleiding van de formulering 'een zaak die niet de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten' formuleerde Algra de kritiek dat teveel gekeken werd naar de (subjectieve) verwachting van de koper, en hij bepleitte, onder verwijzing naar art. 35 lid 1 Weens Koopverdrag, aansluiting te zoeken bij de beschrijving door de verkoper ('goods, which are of the quantity, quality, and *description* required by the contract') en vervolgens ook in de wettekst te noemen dat de zaak geschikt moet zijn voor het doel, waarvoor een dergelijke zaak pleegt te worden gebruikt.[33]

De kern van het betoog van Algra was dat de inhoud van de overeenkomst niet bepaald mag worden door de subjectieve verwachtingen van een koper. Uitgaand van de gedachte dat de verwachtingen van een koper moeilijk te beïnvloeden zijn bepleitte hij, in aansluiting bij de formulering van onder meer art. 35 CISG, de *description* tot uitgangspunt te nemen. Algra geeft helaas niet exact aan wat hij onder *description* verstaat. Hij gebruikt als vertaling de term beschrijving, waarbij hij verwijst naar de in de Memorie van Toelichting gegeven voorbeelden 'nieuw of gebruikt, merkartikel of artikel van onbekende herkomst, beschadigd of uiterlijk onbeschadigd'. Verder geeft hij aan dat het aanbod van de verkoper centraal dient te staan. *Description* wordt door Algra ook gelijkgesteld aan het aanbod van de verkoper 'in ruime zin', zoals dat kan blijken uit voor het product gemaakte reclame, uit het garantiebewijs, uit de opschriften op een verpakking e.d. Hoewel Algra verwijst naar 'in het internationaal rechtsverkeer gebruikelijke formuleringen' geeft hij niet specifiek aan of hij *description* zoals in de internationale handelskoop gehanteerd wordt op het oog heeft.[34] Het is ook niet duidelijk of Algra een zeer ruim begrip *(sale by) description* zoals dat in het Engelse recht geldt[35], of een beperkter begrip *description* in de zin van beschrijving/mededeling voor ogen had, het laatste lijkt het geval.

Hoe dit ook zij, de kritiek van Algra heeft niet tot een aanpassing van de wettekst geleid. Het voorstel 'description' in de wettekst op te nemen, zoals door

---

weer mogen hebben en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mocht verwachten, bij het conformiteitsvereiste gaat het alleen om de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper, zij het dat die verwachtingen uiteraard mede worden beïnvloed door hetgeen de verkoper mocht verwachten. M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b) nr. 24 op p. 46.

31 Zie eerder ook § 2.2.

32 Algra lijkt in zijn betoog sterk te leunen op het Engelse recht, zonder echter te vermelden dat in het Engelse recht óók een 'acceptability'-test (d.w.z.: the article is of such quality and in such condition that a reasonable man acting reasonably would accept it) werd gehanteerd, zie de *Bristol Tramsway*-case uit 1910, zie verder § 4.5. Pas in 1979 werd het begrip *merchantability* losgekoppeld van de figuur *sale by description*, wat door Algra niet wordt vermeld. Zie uitvoeriger § 4.5 en § 4.6.

33 Zie N.E. Algra, Soepel dwingend recht, *WPNR* 5691 (1984) p. 189 op p. 191. Algra legt hier dus een verband tussen *description* en 'normaal gebruik' in objectieve zin. G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992) hecht ook grote betekenis aan 'description', op p. 138 e.v.

34 Zie voor het internationale handelsverkeer verder § 4.2.

35 Over Engels recht nader § 4.6.

Algra geformuleerd, is door de wetgever niet overgenomen. Overigens wordt het element van 'description' in art. 35 CISG, waarnaar Algra verwijst, slechts in lid 1 genoemd en verder niet zelfstandig uitgewerkt, behalve dat in art. 35 lid 2 wordt gesteld dat zaken conform zijn, indien zij 'fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used' zijn, het inmiddels wèl opgenomen 'normaal gebruik'-criterium derhalve.

In de voorganger van de CISG, de LUVI, werd het begrip *description* overigens niet gehanteerd. In art. 33 LUVI werd (onder *b*) slechts gesproken over 'goods which are not those to which the contract relates or goods of a different kind'. In het commentaar van het secretariaat bij de ontwerp-tekst voor de CISG wordt onder het kopje *Fit for ordinary purposes, subparagraph (1) (a)* slechts vermeld:

> 5. Goods are often ordered by general description without any indication to the seller as to the purpose for which those goods will be used. In such a situation the seller must furnish goods which are fit for all the purposes for which goods of the same description are ordinarily used. ...[36]

Het begrip *description* speelde verder bij de beraadslagingen over de verdragstekst geen rol. Ook in de commentaren op de CISG wordt aan *description* weinig aandacht besteed.[37]

85. Voorbeelden van 'description'

De vraag is in hoeverre men voldoende heeft aan de 'description' gegeven door de verkoper. Uiteraard kan de verkoper zelf door de beschrijving nauwkeuriger te maken een en ander preciseren, bijvoorbeeld door te spreken over een melkkoe of een slachtpaard,[38] een zilveren of koperen kandelaar, etc.[39] Al snel wordt echter

---

36 *Documentary history* p. 422. Bij de totstandkoming van de verdragstekst speelde het commentaar van het secretariaat een belangrijke rol, zie uitvoeriger in § 5.1.

37 Kort hierover Bianca in: C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milan: Giuffrè (1987), Art. 35 aant. 1.1 (zie ook: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bianca-bb35.html); John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (3rd ed.; 1999) Art. 35 § 225 (wel met verwijzing naar UCC § 2-314 (2)); I. Schwenzer in: P. Schlechtriem & I. Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: University Press (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 2.3 en aant. 6-10. Zie ook nog René Franz Henschel, *The Conformity of Goods in International Sales. An analysis of Article 35 in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, København: Forlaget Thomson (2005) p. 195-197.

38 Ontleend aan Kamphuisen, die in de betreffende passage in zijn voorbeelden echter ook weer verwijst naar afspraken tussen partijen of naar hetgeen uit de omstandigheden blijkt: allereerst moet worden vastgesteld welk gebruik partijen zich hebben voorgesteld, uitdrukkelijk ('partijen hebben gesproken van een melkkoe of een slachtpaard, of hebben zelfs uitdrukkelijk gestipuleerd dat het verkochte vaartuig geschikt was om er de kustvaart mee te beoefenen') of zoals uit de omstandigheden blijkt ('als een bereden officier, wiens hoedanigheid aan de verkoper bekend is, een paard koopt, mag men aannemen, dat hij een rijpaard en geen slachtpaard, bedoeld heeft.'). Zie Asser-Kamphuisen (1960) p. 96-97.

39 Zie Asser-Goudoever (1948) p. 295: 'De bedrieglijkheid van dit kenteeken heeft OPZOOMER VI, blz. 89-95 op treffende wijze aangetoond. Het valt niet moeilijk, deze voorbeelden van de eene categorie in de andere over te brengen, door zich beurtelings van ruimere of engere benamingen te bedienen: kandelaren blijven kandelaren, of zij van zilver of van koper zijn; ook eene copie is eene schilderij; maar een slecht paard noemt men een knol en een horloge, waarop men niet kan vertrouwen, kinderspeelgoed.'

duidelijk dat dit slechts voor een beperkt aantal zaken (grondstoffen, chemische producten, etc.) voldoende is en dat bij andere zaken het voorgenomen gebruik toch een rol zal spelen in de beschrijving. Een systeem waarin de koper slechts mag verwachten dat het geleverde aan de beschrijving voldoet komt kort aan de orde bij de bespreking van het Engelse recht, met name bij de bespreking van de *sale by description*.[40]

86. 'Description'/mededelingen

Uitgaand van de gedachte dat Algra slechts heeft willen aangeven dat niet de subjectieve verwachtingen van de koper doorslaggevend kunnen zijn, lijkt handhaving van de tekst zonder daarin 'description' op te nemen niet tot grote onevenwichtigheid te hebben geleid, aangezien de 'description' voldoende verdisconteerd kan worden bij hetgeen de koper '*mocht* verwachten'. Verder is het 'normaal gebruik'-criterium, dat Algra zelf ook koppelde aan 'description', wel opgenomen.

Met de komst van de Richtlijn consumentenkoop, waarin 'beschrijving' expliciet als criterium wordt gehanteerd, zie art. 2 lid 2 sub *a*, lijkt duidelijk dat ook in het algemeen 'description' (beschrijving) deel uitmaakt van het conformiteitsbegrip. De Nederlandse wetgever heeft bij de implementatie volstaan met het opnemen van de formulering (mededelingen): zie verder de bespreking van de Richtlijn in Hoofdstuk 5 § 5.4, waarbij de vraag of 'description'/beschrijving niet letterlijk in de tekst van art. 7:17 BW had moeten worden opgenomen aan de orde komt. Opvallend is verder ook dat in art. 2 lid 2 sub *d* van de Richtlijn de redelijke verwachtingen van de koper weer genoemd worden, hetgeen door sommige auteurs als aanknopingspunt wordt gezien voor een ruime uitleg van art. 2.[41]

87. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Hoewel in het oorspronkelijke ontwerp van 1972 in art. 7.1.2.7 lid 2 gekozen werd voor een kernachtige formulering waarin de verwachtingen van de koper tot uitgangspunt genomen worden (' ... een zaak die niet de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten ...) is hiermee niet een principiële keuze gemaakt. Hoogstens zou men kunnen zeggen dat in ieder geval blijkt dat niet voor het uitgangspunt *caveat emptor* is gekozen. Het lijkt ook niet zinvol in de formulering een onderscheid te zien met de *Haviltex*-norm, waarin gesproken wordt over verwachtingen die partijen over en weer mogen hebben. De formulering waarin uitgegaan wordt van de verwachtingen van de koper heeft tijdens de totstandkoming van het NBW verder weinig aandacht gekregen. Algra heeft betoogd dat de inhoud van een overeenkomst niet bepaald mag worden door de subjectieve verwachtingen van een koper, en heeft bepleit om, in aansluiting bij art. 35 CISG, *description* tot uitgangspunt te nemen, hetgeen echter niet tot aanpassing van de wettekst geleid heeft. Wel is in de wettekst later een nadere concretisering aangebracht, waarbij naar het uniforme kooprecht is gekeken.

40 Zie § 4.6, en zie ook de bespreking van kwaliteitsverplichtingen in het internationale handelsverkeer, § 4.2.
41 Op deze materie wordt verder ingegaan in § 5.4.

3.4 Concretisering van 'conformiteit' in de parlementaire geschiedenis

88. 'Concretisering'

Bij Nota van Wijziging werd de formulering 'de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten' in lid 2 gewijzigd in 'de eigenschappen bezit die de koper, *gelet op alle omstandigheden van het geval*, mocht verwachten'. Achterliggende gedachte was de flexibiliteit van de bepaling te verduidelijken, waarbij met name een rol speelde dat bij verkoop tegen een lage prijs de verwachtingen minder mochten zijn.[42] In de parlementaire geschiedenis werd de formulering nader toegelicht. De minister somde een aantal elementen op die van belang zijn bij hetgeen de koper mag verwachten: de aard van de zaak (nieuw of gebruikt, merkartikel of niet, al dan niet beschadigd), de hoogte van de prijs, het soort winkel waarin is gekocht, de persoon van de koper en verkoper (al dan niet deskundig), de omstandigheden waaronder de verkoop plaats vond (uitverkoop), de mededelingen van de verkoper.[43] Dit alles maakt, aldus de minister, art. 7:17 tot een soepel artikel. De verwijzing naar de omstandigheden van het geval blijkt niet zozeer ingegeven door het besef dat de regeling op verschillende soorten koopovereenkomsten van toepassing zal zijn, maar door de verschillende omstandigheden die bij een bepaald soort overeenkomst, namelijk de consumentenkoop, een rol kunnen spelen, en het gegeven dat bij consumentenkoop de regeling dwingendrechtelijk van aard is.[44]

Overigens lijkt gelet op de opsomming 'prijs' het centrale element. Bijna alle andere genoemde omstandigheden hebben invloed op de prijs: een gebruikt artikel zal goedkoper zijn, bij het soort winkel kan worden gedacht aan 'goedkope' en 'dure' winkels, etc. In die zin wordt – enigszins versluierd – uitgegaan van het beginsel dat elke kwaliteit zijn prijs kent. Anders geformuleerd: prijs schept verwachtingen.

De verwijzing naar de omstandigheden van het geval was echter voor de leden van de Kamercommissie nog onvoldoende. Opvallend is de volgende kritiek:

> Het weergegeven criterium is alleen geschikt als maatstaf voor de rechter en niet als criterium aan de hand waarvan de koper en de verkoper kunnen afleiden wie het gelijk aan zijn zijde heeft.[45]

Zoals in een vorige paragraaf, zie § 3.2, al werd uiteengezet, werd vanuit de Kamer aangedrongen op aansluiting bij art. 33 LUVI, met als argument dat koper en verkoper aan meer duidelijkheid en 'concretisering' behoefte hebben,[46] waar-

42 PG Boek 7, p. 120-121. Het rapport van de Commissie Deregulering in verband met de economische ontwikkeling (Commissie-Van der Grinten) speelde hierbij een belangrijke rol.
43 Zie PG Boek 7, p. 121, Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 335.
44 PG Boek 7, p. 120-121.
45 PG Boek 7, p. 122.
46 PG Boek 7, p. 122 en p. 125. Ook de (Engelse) *Supply of Goods (Implied Terms) Act* werd in dit verband genoemd.

aan door de minister tegemoet werd gekomen door een aanpassing van de formulering.

Doordat de Kamercommissie in algemene termen de Engelse *Supply of Goods (Implied Terms) Act* en art. 33 LUVI noemt, met slechts een verwijzing naar de relevante pagina van het advies van de minderheid van de CCA van de SER, is in de parlementaire geschiedenis aan de in het advies van de SER gevoerde discussie geen recht gedaan. De (minderheid van de) CCA sprak over 'normale eisen van bruikbaarheid, betrouwbaarheid en levensduur', waarbij (slechts in een voetnoot) verwezen werd naar de criteria 'merchantable quality' en 'fitness for the purpose' in de Engelse *Supply of Goods (Implied Terms) Act*. Dit element werd in het antwoord van de minister genegeerd, en is vervolgens in de vergetelheid geraakt.[47]

In 1986 werd bij Memorie van Antwoord het 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' geïntroduceerd. Opvallend is dat de minister *inhoudelijk* verder geen enkele toelichting gaf op de wijziging. Wellicht mede hierdoor is niet opgevallen dat de minister weliswaar naar de CISG verwijst, zonder de LUVI te noemen, maar dat de formulering, zowel bij normaal gebruik als bijzonder gebruik, in feite van de LUVI overgenomen lijkt. In de wettekst is weliswaar afgezien van een uitvoerige opsomming zoals art. 33 LUVI die kende, maar door de reeds gekozen formuleringen (in art. 17 lid 1, lid 3 en 4) hoefde slechts hetgeen in art. 33 onder *d* en *e* is vermeld (*ordinary use* en *particular purpose*)[48] te worden overgenomen. In lid 2 is voor 'normaal gebruik' redactioneel blijkbaar meer naar de LUVI gekeken dan naar de CISG,[49] waarbij echter wel, net als in de CISG, de zinsnede 'of voor gebruik voor handelsdoeleinden' ('commercial use') van art. 33 onder *d* is weggelaten. Bij 'bijzonder gebruik' is het verschil nog duidelijker: de meer ingewikkelde constructie voor 'bijzonder gebruik' in art. 35 CISG lid 2 onder *b* is niet overgenomen, maar de eenvoudige constructie van art. 33 onder *e* LUVI.[50] De LUVI en CISG komen in Hoofdstuk 5 nog uitvoerig aan de orde.[51]

Wat ook ontbreekt is de vermelding dat de aansluiting bij het uniforme kooprecht in de rechtspraak al tot stand was gebracht, zij het alleen voor de soortkoop.[52]

47 Vergelijk bijvoorbeeld bijna 25 jaar later de beschouwingen van A-G Verkade in zijn conclusie voorafgaand aan HR 10 december 2004, *LJN* AR3633, waarin de kwestie van verwachtingen ten aanzien van levensduur besproken worden alsof het een nieuwe kwestie betreft, zonder enige verwijzing naar het SER-advies. Zie verder § 7.2.

48 Zie art. 33 LUVI:
...
(d) goods which do not possess the qualities necessary for their ordinary or commercial use;
(e) goods which do not possess the qualities for some particular purpose expressly or impliedly contemplated by the contract;
....

49 Zo wordt de term eigenschappen (*qualities*) uit de LUVI gebruikt in plaats van doeleinden (*purposes*) uit de CISG en is de formulering 'goods of the same description' uit de CISG niet overgenomen.

50 Zie verder uitvoeriger over het verschil in formulering bij normaal gebruik § 5.1 en bij bijzonder gebruik § 5.3.

51 Zie § 5.1 en § 5.3, waarin ook uiteengezet wordt dat destijds voor het 'bijzonder gebruik'-criterium bij de behandeling in de Kamer ten onrechte niet op het verschil in formulering tussen LUVI en CISG gewezen is.

52 Zie wel expliciet het SER-advies (1980), op p. 30.

Immers, al in 1971 anticipeerde de Hoge Raad in het *Wasautomaten*-arrest al op het Benelux-ontwerp.[53] Deze rechtspraak komt in Hoofdstuk 6 § 6.2 nog aan de orde.

89. 'Normaal gebruik' als element van concretisering

Als *uitwerking* van 'hetgeen de koper mag verwachten' wordt dus nu in de tweede zin van het tweede lid gesteld dat de koper mag verwachten dat de zaak 'de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen ...', waarna vervolgens wordt vermeld dat de koper eigenschappen die nodig zijn voor een 'bijzonder gebruik' pas mag verwachten wanneer dat bij de overeenkomst is voorzien.[54]

Buitengewoon opvallend is dat in de parlementaire geschiedenis verder geen enkele inhoudelijke toelichting te vinden is op de begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'. Met name zou men beschouwingen verwachten over de vraag of deze uit internationale (handels)koopverdragen overgenomen begrippen passen binnen het eigen interne recht, en of deze begrippen wel toegepast kunnen worden op alle typen koop die binnen het bereik van de koop-titel vallen.[55] Ook verwijzingen naar andere buitenlandse rechtsstelsels ontbreken. Er wordt bijvoorbeeld geen aandacht besteed aan de vraag of (in commerciële transacties) een norm van 'verhandelbaarheid' binnen het bereik van normaal gebruik valt.[56] De verschillende aspecten die bij een consumentenkoop van belang zijn worden verder ook niet gerelateerd aan het 'normaal gebruik'-criterium. De minister volstaat met de volgende zinsnede:

> Ook hierin schuilt ons inziens geen materiële verandering.[57]

Toegegeven kan worden dat de eerder door de minister ter toelichting op de 'gelet op alle omstandigheden'-formulering gegeven opsomming ook uitstekend geschikt lijkt bij de toepassing van het 'normaal gebruik'-criterium. In die zin is de waarde van de parlementaire geschiedenis op dit punt niet verminderd, ook al omdat, zoals gezegd, duidelijk is aangegeven dat met het overnemen van de terminologie van CISG en LUVI géén inhoudelijke wijziging beoogd werd ten opzichte van de eerdere formulering.

---

53 HR 29 januari 1971, *NJ* 1971, 221 m.nt. GJS; *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK.

54 Zie PG Boek 7, p. 125 ('species'), in reactie op p. 122. Zie ook § 4.5.

55 Zie eerder ook § 1.5.

56 In de literatuur wordt dit, in het voetspoor van het uniforme kooprecht, wel aangenomen, zie Asser-Schut V-I (1981) p. 184, gevolgd door R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e dr.; 1990) p. 38. Zie over verhandelbaarheid in het uniforme kooprecht § 5.1.

57 PG Boek 7, p. 125. Zie ook op dezelfde pagina: 'De in de voormelde toelichting genoemde omstandigheden blijven onverminderd van belang voor de vraag welke eigenschappen de koper op grond van de overeenkomst, die immers niet van die omstandigheden kan worden los gedacht, mag verwachten.' Zie in de literatuur ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 335; R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1988), p. 36; M. van Delft-Baas, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (1992) (Mon. NBW B 65b) nr. 14; M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b) nr. 24.

De minister gaf ook niet expliciet aan of met de introductie van de criteria 'normaal gebruik' (en 'bijzonder gebruik') beoogd werd de opsomming in art. 7:17 lid 2 e.v. een limitatief karakter te geven. Gelet op de voorgeschiedenis lijkt dit zeker niet de bedoeling.[58] In de wetgevingsgeschiedenis van de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop wordt dit overigens ook impliciet bevestigd.[59]
Hoewel dezelfde gezichtspunten een rol kunnen spelen bij beide formuleringen, is het de vraag of met het overnemen van het 'normaal gebruik'-criterium werkelijk geen verandering is aangebracht. De 'normaal gebruik'-formulering lijkt immers, juist door de concretisering èn de objectivering, kopers-vriendelijker dan het meer neutrale 'niet de eigenschappen bezit die de koper, *gelet op alle omstandigheden van het geval*, mocht verwachten'.[60]

90. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Hoewel aan de parlementaire geschiedenis aanknopingspunten te ontlenen zijn voor de uitleg en concretisering van art. 7:17 lid 2, moet toch vooral ook geconstateerd worden dat, gelet op de wijzigingen die nog tijdens de parlementaire behandeling plaatsvonden, het onderwerp 'conformiteit' ten tijde van de totstandkoming van de wet nog niet volledig uitgekristalliseerd was. De parlementaire geschiedenis getuigt deels van een afrekenen met het verleden (de verborgen gebreken-regeling) en deels van een zoektocht naar een formulering die enerzijds de partijen bij de koopovereenkomst meer duidelijkheid verschaft over hun rechten en verplichtingen, maar anderzijds ook de nodige ruimte laat – ook gelet op het dwingendrechtelijk karakter bij consumentenkoop – om rekening te houden met de concrete omstandigheden van het geval. Opvallend is dat beoogd lijkt te zijn tot een *algemene* formulering te komen, maar dat een analyse van de bruikbaarheid van de formulering in verschillende situaties ontbreekt. Bovendien blijkt men zich er geen rekenschap van te geven dat de formulering 'op grond van de overeenkomst mocht verwachten' al sinds 1971 in Nederland in de rechtspraak bij de koop van soortzaken toegepast werd.[61]

De introductie van het criterium 'normaal gebruik' in een zeer laat stadium van het wetgevingsproces, in 1986, valt met name op. In de parlementaire geschiedenis wordt zonder verdere inhoudelijke toelichting volstaan met een verwijzing naar het uniforme kooprecht.

Gelet op de voorgeschiedenis lijkt met de concretisering van 'gelet op alle omstandigheden van het geval' door middel van het normaal gebruik-criterium niet bedoeld de opsomming in art. 7:17 lid 2 e.v. een limitatief karakter te geven. Dit betekent dat – voor zover men bepaalde situaties niet onder het normaal

58 Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 333.
59 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 4. 'Aldus bevat artikel 2 lid 2 [van de Richtlijn, PK] ook een niet-limitatieve uitwerking van gevallen waarmee bepaald kan worden of aan het conformiteitsvereiste is voldaan. De elementen zoals opgesomd in artikel 2 lid 2 tonen grote gelijkenis met de opsomming van gevallen genoemd (sic) artikel 17 BW.'
60 Vergelijk ook de kritiek van Algra. Hijma verbindt minder gevolgen aan deze wijziging, zie (impliciet) Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 335, zie echter nr. 345 over objectivering.
61 Zie wel hierover SER-advies 1980.

gebruik-criterium zou willen laten vallen – er de vrijheid is om via aanvullende criteria aan 'conformiteit' verder inhoud te geven.

3.5 Relatie tussen Boek 7 en Boek 6: 'gemiddelde kwaliteit' (art. 6:28)

91. Inleiding

Bij de bespreking van art. 7:17 is gebleken dat diverse feiten en omstandigheden van belang zijn bij de bepaling van de vraag of sprake is van 'conformiteit'. Naast art. 7:17 kent de wet in art. 6:28 een aparte regeling voor de kwaliteit van 'naar de soort bepaalde' zaken. Het wetsartikel is terug te voeren op de regel dat een 'gemiddelde' kwaliteit moet worden geleverd, een regel die in de meeste *civil law* landen te vinden is, in Nederland al in het oude BW in art. 1428.[62] Wat werd beoogd te regelen in art. 6:28 en wat is de relatie met art. 7:17 BW?

92. Goede gemiddelde kwaliteit: art. 6:28 BW

In Boek 6 BW wordt het begrip 'tekortkoming' verder niet in algemene zin uitgewerkt. Of sprake is van een tekortkoming zal dus, binnen het systeem van Boek 6, in het algemeen moeten worden bepaald aan de hand van (uitleg van) de concrete overeenkomst. Slechts in afdeling 6 vindt men een aantal losse bepalingen waarin de nakoming van verbintenissen (en dus de tekortkoming) nader uitgewerkt wordt. In deze afdeling wordt in art. 6:28 een specifieke regel voor de kwaliteit van af te leveren soortzaken geformuleerd:

> Indien de verschuldigde zaak of zaken slechts zijn bepaald naar de soort en binnen de aangeduide soort verschil in kwaliteit bestaat, mag hetgeen de schuldenaar aflevert niet beneden goede gemiddelde kwaliteit liggen.

In het oorspronkelijke ontwerp, art. 6.1.6.2, was bepaald dat, indien de verschuldigde zaak slechts naar de soort is bepaald, de schuldenaar niet 'een kwaliteit *beneden de middelmaat* mag afleveren. Over deze formulering is tijdens de behandeling in de Tweede Kamer in het geheel niet gesproken. In de toelichting van de minister op het ontwerp werd verwezen naar art. 1428 oud BW, met de kanttekening dat de regel in de meeste moderne wetgevingen is gehandhaafd.[63] In de

62 Zie ook de verwijzingen naar buitenlandse rechtsstelsels in de volgende voetnoten. Het is lastig in het Engelse recht een equivalent aan te wijzen. Zie bijvoorbeeld *Taylor v Combined Buyers* [1924] NZLR 627, zoals geciteerd bij Bridge (1997) p. 296: '[T]he term merchantable does not mean of good, fair, or average quality. Goods may be of inferior or even of bad quality but yet fulfill the legal requirement of merchantable quality. For goods may be in the market in any grade, good, bad, or indifferent, and yet all equally merchantable. On a sale of goods there is no implied condition that they are of any particular grade or standard. If the buyer wishes to guard himself in this respect he must expressly bargain for the particular grade or standard that he requires. If he does not do so, *caveat emptor*; and he must accept the goods, however inferior in quality, so long as they conform to the description under which they are sold and are of merchantable quality.'

63 Met verwijzing naar Duitsland art. 243 lid 1 BGB; Zwitserland, O.R. 71 lid 2; Italië 1178; Griekenland 289 lid 2; Japan 401 lid 1; Rusland 108 lid 1; Mexico 2016; Hongarije 288; Frans-Italiaans ontwerp 180.

Memorie van Antwoord is de minister uit eigener beweging met een redactionele aanscherping gekomen, waarbij vermeld werd dat dit gebeurde in navolging van het Benelux-ontwerp Nakoming.[64] Tijdens de behandeling door de Eerste Kamer is de formulering echter inzet geweest van discussie tussen de minister en de Kamer. De bedoeling van de minister lijkt mij nog het best tot uitdrukking gebracht (in een laat stadium, de uitleg werd pas in een mondeling overleg met de Eerste Kamer-commissie gegeven) in het volgende voorbeeld:

> Vaak zal het gaan om levering van een zaak uit een bepaalde partij of van een hoeveelheid zaken uit een bepaalde partij, bij voorbeeld stammetjes uit een partij hout. Die stammetjes zullen niet alle precies gelijk van kwaliteit zijn. Er moeten dan door elkaar goede en slechte geleverd worden. De koper mag er niet alleen goede uitpikken en hoeft geen genoegen te nemen met alleen slechte. Het totaal mag niet beneden de middelmaat komen. Ook de maatstaf 'gangbare marktkwaliteit' zou niet voldoen; daarmee zou men het probleem verdoezelen.[65]

De Eerste Kamercommissie echter kon niet uit de voeten met de term 'middelmaat' en verwees naar de goederenhandel, waar de debiteur moet leveren op basis van de gangbare marktkwaliteit, eventueel met een rafactie naar boven resp. beneden.[66]

Opvallend is dat door de Kamercommissie expliciet gevraagd werd of het niet beter zou zijn de formulering te laten aansluiten bij de artikelen 7.1.2.7 (thans: art. 7:17) en 7.2.2.2 (een voorgestelde bepaling in de titel over verbruikleen[67]), ontleend aan de LUVI. In zijn antwoord wees de minister er op dat de bepaling bij handelskoop als van regelend recht zou wijken voor een ander beding of gebruik.

> Bij handelskoop zal uit dien hoofde inderdaad vaak gangbare marktkwaliteit met de overeengekomen rafacties beslissend zijn. Het onderhavige artikel staat daaraan niet in de weg.[68]

De aansluiting bij art. 7.1.2.7 (art. 7:17) werd door de minister afgewezen omdat dit artikel voor de koop waarbij de zaak alleen naar de soort bepaald is nog geen antwoord geeft op de vraag *wanneer* de zaak aan de overeenkomst beantwoordt. Bedacht moet worden dat in deze fase van de parlementaire behandeling (1979) in art. 7.1.2.7 slechts werd bepaald dat het geleverde aan de overeenkomst moet beantwoorden, en het conformiteitsvereiste nog niet verder 'geconcretiseerd' was.[69] Wel zegt de minister zelf over de 'middelmaat'-maatstaf:

---

64 PG Boek 6, p. 155. De redactie is in die zin aangescherpt, dat vermeld werd dat de schuldenaar *geen zaak* mag afleveren, waarvan de kwaliteit beneden de middelmaat ligt.
65 PG Boek 6, p. 156. Het overleg vond plaats in 1979, zie PG Boek 6, p. XI (in Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, 1981)
66 PG Boek 6, p. 156.
67 Zie over dit artikel onder meer Hofman-Van Opstall (1976) p. 437.
68 PG Boek 6, p. 155.
69 Zie eerder § 3.2 en 3.4.

> Dit brengt mee dat niet mag worden geleverd een kwaliteit beneden de 'middelmaat' in de zin van 'normaal'.[70]

De Kamercommissie bleek echter niet overtuigd. In het mondelinge overleg komt de regeringscommissie vervolgens tot de volgende toelichting:

> De regeringscommissie stelt voorop dat er geen verschil bestaat tussen 'middelmaat' en 'gemiddelde'. 'Middelmaat' moet niet geassocieerd worden met middelmatig; dit is hier niet bedoeld. Ook bij de handelskoop komen bedingen voor die met de bepaling overeenstemmen, met name het beding FAQ (fair average quality). Tegen de door de commissie gesuggereerde alternatieven bestaan bezwaren. Tegen het hanteren van 'normale kwaliteit' is het bezwaar dat dit een norm veronderstelt. Het gaat erom dat de wet een oplossing geeft voor de vraag hoe te handelen binnen de marge die de omschrijving van de soort – en mogelijk zelfs de omschrijving van kwaliteit – openlaat.[71]

Nadat de regeringscommissie zich bereid had verklaard de redactie van het artikel nog eens te bezien, leidde de laatste passage uiteindelijk wel tot de huidige tekst van art. 6:28. In de gewijzigde tekst werd ten eerste het toepassingsbereik nader gepreciseerd: toegevoegd werd dat het bij de verschuldigde zaak of zaken die slechts naar de soort zijn bepaald moet gaan om een situatie waarbij *binnen de aangeduide soort verschil in kwaliteit bestaat*. Verder werd, en hier ging de minister toch 'om', het criterium 'beneden de middelmaat' vervangen door 'beneden goede gemiddelde kwaliteit'.[72] Door de keuze van het criterium 'beneden goede gemiddelde kwaliteit' lijkt – impliciet[73] – toch aansluiting te zijn gezocht met het in de handelskoop gehanteerde beding FAQ (fair average quality).[74]

Opmerkelijk is dat de regeringscommissie in het kader van de behandeling van art. 6:28 in het eerder weergegeven citaat als bezwaar tegen een criterium 'normale kwaliteit' inbrengt 'dat dit een norm veronderstelt'.[75] De minister had zelf, zie het eerder geciteerde, al de term 'normaal' gebruikt, en, nog afgezien van het feit dat dit bezwaar inhoudelijk niet erg overtuigt (de norm is dan toch hetgeen men in de desbetreffende handelskringen als normaal aanvaardt?),[76] verbaast het

---

70 PG Boek 6, p. 155.

71 PG Boek 6, p. 156.

72 Kritisch over de formulering N.E. Algra, *Koning Klant, een dwingeland? De koop volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff (1984), p. 60. Kritisch over de redactie van de hele titel S.N. van Opstall, Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek afdeling 6.1.6, *WPNR* 4754-4757 (1963) p. 61, p. 73, p. 85, p. 97, zie bijvoorbeeld op p. 62; Van Opstall besteedt verder nauwelijks aandacht aan art. 6.1.6.2 van het ontwerp, zie op p. 73.

73 Anders op dit punt: A.T. Bolt en M.W. Scheltema, *Nakoming*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 1998) (Mon. NBW B 32a) nr. 8 en vergelijk ook C.J.H. Brunner en G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 2004) nr. 60.

74 Zie § 4.2. F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabrikatenkoop*, (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint (1995) p. 453, beschrijft een andere kwestie, namelijk het nemen van een 'gemiddelde' (en niet enkele stuks, eenheden of exemplaren) uit de hele levering bij het bepalen of binnen de toelaatbare grenzen is geleverd.

75 PG Boek 6, p. 156. De minister gaat hiermee ook voorbij aan oude rechtspraak, waarbij bij de toepassing van art. 1428 het criterium van 'normale qualiteit' wordt gehanteerd, vergelijk HR 2 april 1925, *NJ* 1925, p. 653.

76 In C.C. van Dam en E.H. Hondius, *Het Nieuw BW in 400 trefwoorden. Gids bij het hanteren van de boeken 3 tot en met 7 Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 1990) wordt ook gesteld dat art. 6:28 inhoudt dat 'normale' kwaliteit moet worden geleverd.

dat in een later stadium bij de behandeling van art. 7:17 het criterium van 'normaal gebruik' zonder enige vorm van discussie wordt geïntroduceerd. Deze constatering roept ook de vraag op naar de afstemming tussen Boek 6 en Boek 7.

93. Relatie Boek 6 en Boek 7

De discussie tussen de minister en de Eerste Kamercommissie illustreert ook de vraag van de relatie tussen Boek 6, art. 28, en Boek 7, art. 17. Nadat in de Memorie van Antwoord is vermeld dat de redactie is aangescherpt 'in navolging van het Benelux-ontwerp Nakoming (artikel 1.2)', kwam de Eerste Kamercommissie met de vraag of niet beter aansluiting gezocht kon worden met het ontwerp voor Boek 7 (zoals geïnspireerd door de LUVI). De minister ging in zijn antwoord verder niet inhoudelijk in op de verhouding tussen Boek 6 en Boek 7. De vraag ten principale of er, náást de in Boek 7 te regelen gevallen, echt behoefte was aan een bepaling als art. 6:28, is in de parlementaire geschiedenis dus niet gesteld. Bij een andere bepaling over nakoming, art. 6:27 (waarin is vermeld dat degene die een individueel bepaalde zaak moet afleveren verplicht is tot de aflevering voor deze zaak zorg te dragen op de wijze waarop een zorgvuldig schuldenaar dit zou doen), werd nog wel vermeld dat die norm in Boek 7 voor enkele bijzondere overeenkomsten enigszins zou worden gespecificeerd.[77]

De plaatsing in Boek 6 lijkt meer historisch bepaald. Ten eerste is het artikel geïnspireerd op artikel 1428 oud BW, een bepaling buiten de kooptitel.[78] Art. 1428 oud BW is te herleiden tot het Franse art. 1246 CC, te vinden in de afdeling over nakoming ('Paiement'). Ook in andere rechtsstelsels, waar in de parlementaire geschiedenis ook naar verwezen wordt, vindt men gelijkluidende bepalingen, die ook buiten het specifieke kooprecht kunnen gelden.[79] Zo maakt § 243 in het Duitse BGB als een bepaling omtrent een soortschuld ('Gattungsschuld') onderdeel uit van meer algemene bepalingen over de inhoud van verbintenissen, regels met betrekking tot nakoming. De regel lijkt verder met name van belang voor de handelskoop, maar in de structuur van het NBW is voor de handelskoop geen aparte plaats ingeruimd.[80]

Opvallend is dat de regeling niet uitvoerig is, en men zich in feite beperkt heeft tot een hercodificatie van de eerder in *civil law* landen geformuleerde regel. Men had hier ook inspiratie kunnen zoeken in het Amerikaanse recht, waar in UCC § 2-314 (2) als deel van de *implied warranty of merchantability* onder meer wordt bepaald dat het geleverde moet voldoen aan de volgende eisen:

77 PG Boek 6, p. 154.

78 Een andere gelijksoortige bepaling als art. 1428, ook buiten de koop-titel, was art. 1016 oud BW over levering door een legataris. Dit artikel behoeft hier verder geen bespreking. De bepaling is in Boek 4 niet overgenomen.

79 Zie de eerdere verwijzing in nr. 92. Zie ook V.A.M. van der Burg, De prestatieplicht bij soortzaken, *WPNR* 5172 (1972) p. 209

80 Vergelijk overigens het Duitse recht, waarin het criterium 'mittlerer Art und Güte' van BGB § 243 vrijwel letterlijk wordt herhaald in het HGB, in § 360.

(a) ...
(b) in the case of fungible goods, are of fair average quality within the description; and
(c) ...
(d) run, within the variations permitted by the agreement, of even kind, quality and quantity within each unit and among all units involved;[81]
(e) ...
(f) ...

Technisch gezien, heeft art 6:28 inderdaad een wijder bereik dan koop alleen.[82] In de parlementaire geschiedenis ontbreken echter concrete voorbeelden.[83]

Een door Schoordijk gebruikt voorbeeld is het volgende: een spreker ontvangt als tegenprestatie voor het houden van een lezing voor een gezelschap van bankiers een fles wijn. Het voorbeeld illustreert meteen echter ook hoe ver verwijderd deze situatie is van de context waarbinnen normaal gesproken – zie óók de parlementaire geschiedenis – dit zal spelen. Het gegeven voorbeeld zal even gemakkelijk, zo niet beter, via analogie aan art 7:17 opgelost kunnen worden, namelijk door toepassing van 'hetgeen men op grond van de overeenkomst mag verwachten'.[84] Ook in het oude recht werd het artikel in feite alleen maar toegepast bij koop.[85] Zie voor het oude recht het *Wasautomaten*-arrest (1971), waarin de Hoge Raad zich moest uitspreken over het criterium voor wanprestatie bij soortzaken.[86] In de conclusie van het OM, A-G Van Oosten, wordt gewezen op de artt. 1427 en 1428 oud BW en het in die artikelen gemaakte onderscheid tussen species-zaken en soortzaken: bij soortzaken kan op grond van art. 1428 worden volstaan met niet de beste, maar ook niet de slechtste.[87] In de noot bij het arrest gaat G.J. Scholten ook nog in op de functie van art. 1428 oud BW:

> Die bepaling kan helpen als de soort heel weinig exact omschreven is; klassiek zijn de voorbeelden van een (willekeurig) paard, van wijn, olie en graan. Een modern voorbeeld: whisky (Hof Amsterdam 4 juni 1952, 727).

81 Voor een volledige weergave van het wetsartikel zie § 4.3. De bepalingen hebben kennelijk model gestaan voor een voorgesteld amendement bij de totstandkoming van art. 35 CISG, zie § 5.1.
82 Te denken valt bijvoorbeeld aan lease, aanneming van werk. Voor ruil zie art. 7:50 (de bepalingen betreffende koop vinden overeenkomstig toepassing).
83 Zo ook J.L.P. Cahen, Pitlo *Het Nederlands burgerlijk recht Deel 4 Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Arnhem: Gouda Quint (9e dr.; 2002) nr. 29, waarin begonnen wordt met 'Het eerste waar we hier aan denken is koop...', maar verder geen andere voorbeelden worden gegeven. Zie ook Brunner/De Jong nr. 60, die in het kader van het onderscheid tussen generieke en specifieke verbintenissen opmerken dat het belang van dit onderscheid beperkt is tot verbintenissen om te geven, waarbij zij aantekenen: 'Het gaat dus nagenoeg steeds om verbintenissen uit koop of ruil.' Als voorbeeld zou men kunnen noemen, ontleend aan het Duitse recht, de situatie waarin een bepaald type woning verhuurd wordt.
84 Zie H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (1979) p. 115 voor het voorbeeld. Zijn kritiek is ook dat – kort gezegd – het gekozen criterium de blik op alle omstandigheden van het geval kan verduisteren.
85 Zie de jurisprudentie in het kaartsysteem van de *NJ*. Zie Van der Burg (1972).
86 Zie verder § 6.2.
87 Zie voor huidig recht ook Pitlo-Cahen (2002) nr. 29 en Brunner/De Jong (2004) nrs. 81 en 60.

Algra heeft in zijn kritiek op het Ontwerp voor de kooptitel, ook kort verwezen naar het voorgestelde art. 6.1.6.2.[88] Hierbij stelt hij dat de weinigzeggende kwaliteitseis 'niet onder de gemiddelde goede kwaliteit' meestal nader uitgewerkt wordt door te bepalen, dat de zaak geschikt moet zijn voor 'een normaal of commercieel gebruik' en dat het niet opnemen van deze norm een 'verarming' is.[89]

Gelet op de herkomst van art. 6:28 en de parlementaire geschiedenis lijkt mij dat deze bepaling voor de koop ingepast had moeten worden in art. 7:17.[90] Een voorbeeld van een dergelijke inpassing is te vinden in de kort genoemde bepaling in de Amerikaanse *Uniform Commercial Code* (UCC), § 2-314, waarin het criterium 'of fair average quality within the description' deel uitmaakt van een meer algemeen conformiteitsartikel.[91]

94. Conclusies uit het voorgaande/Samenvatting

In art. 6:28 BW wordt een regeling gegeven voor de situatie waarin bij de verschuldigde zaak of zaken die slechts naar de soort zijn bepaald binnen de aangeduide soort verschil in kwaliteit bestaat. In die situatie moet de schuldenaar zaken afleveren die 'niet beneden een goede gemiddelde kwaliteit' liggen, waarmee aansluiting lijkt te zijn gezocht met het in de handelskoop gehanteerde beding FAQ (fair average quality). Opvallend is dat men zich in feite beperkt heeft tot een hercodificatie van de eerder in *civil law* landen geformuleerde regel, zonder hierbij bijvoorbeeld de uitgebreidere regeling in het Amerikaanse recht in de beschouwingen te betrekken. Overigens werd het 'goede gemiddelde kwaliteit'-criterium pas in laatste instantie in de wet overgenomen; de minister gaf steeds de voorkeur aan het criterium '(niet) een kwaliteit beneden de middelmaat', waarbij het bovendien verbaast dat de minister zich verzette tegen een criterium 'normale kwaliteit', met als bezwaar dat dit een norm veronderstelt, een enigszins vreemde constatering in het licht van de (latere) formulering van art. 7:17 lid 2 onder *a*, het 'normaal gebruik' criterium. De afstemming met Boek 7 ontbreekt, dit ondanks de vragen hierover van de Kamercommissie. Tekenend voor het gebrek aan analyse in de parlementaire geschiedenis is dat bij de behandeling van art. 7:17 in Boek 7 in het geheel geen aandacht is besteed aan de samenhang met art. 6:28, waarin ten aanzien van de te leveren kwaliteit als criterium 'niet beneden goede gemiddelde

88 N.E. Algra, *Koning Klant, een dwingeland? De koop volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff (1984), p. 60-61. Zie ook de eerdere bespreking in § 2.2 en § 3.3.

89 Algra leest deze criteria in in art. 1540 oud BW.

90 De verhouding tussen art. 6:28 en art. 7:17 komt in de literatuur niet uitvoerig aan de orde. Zie zeer kort A.T. Bolt en M.W. Scheltema, *Nakoming*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 1998) (Mon. NBW B 32a) nr. 8, waar ook niet ingegaan wordt op de introductie van het 'normaal gebruik'-criterium in art. 7:17, zie eerder in de tekst. Zie eerder wel uitvoerig over de betekenis van aan soortzaken te stellen eisen en 'conformiteit', naar aanleiding van het *Wasautomaten*-arrest, Hofmann-Van Opstall (1976) p. 436-437. Hijma noemt art. 6:28 in eerste instantie slechts in verband met het onderscheid tussen genus- en speciesovereenkomsten, zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 104 en 105, maar plaatst het artikel verderop wel in de context van art. 7:17, zie nr. 349. Zie ook Asser-Hartkamp 4-I (12e dr.; 2004) nrs. 150 en 227, die art. 6:28 als aanvullende regel op art. 7:17 weergeeft.

91 Zie P. Klik, Koop, in: P.G.J. van den Berg en W. Zondag (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (2003), p. 187 op p. 217: 'De bepaling lijkt niet erg op zijn plaats in Boek 6 en zal voor de koop ingepast moeten worden in art. 7:17, terwijl art. 7:17, gelet op de brede strekking, meer in Boek 6 lijkt thuis te horen, uiteraard in een meer algemene formulering.'

kwaliteit' wordt gehanteerd. Het in art. 6:28 gehanteerde criterium hoort deel uit te maken van het conformiteitsbegrip van art. 7:17 BW.

3.6 Samenvatting en conclusies

95. Samenvatting en conclusies

In het eerste gedeelte van Deel 2 is de aandacht gericht op de in het Nederlands recht, in het nieuwe BW, opgenomen criteria voor conformiteit.

Ten aanzien van art. 7:17 blijkt dat het interne recht in grote mate beïnvloed is door de internationale koopverdragen. In het ontwerp werd het gebreksbegrip uit het oude recht verlaten, en werd het conformiteitsbeginsel overgenomen. Het conformiteitsbeginsel werd – via het Benelux-ontwerp – overgenomen van de LUVI, zonder echter de concretisering die art. 33 van de LUVI wel bood. In antwoord op kritiek van de Kamercommissie, die aandrong op nadere concretisering, werd de aansluiting bij het uniforme kooprecht nog sterker door de introductie in art. 7:17 lid 2 van de begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'. Wat opvalt is dat in een eerder stadium de (later weer vervallen) toevoeging 'gelet op de omstandigheden' door de minister wèl van een toelichting werd voorzien, maar dat de 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'-criteria verder in het geheel niet werden toegelicht, anders dan dat de minister stelde er geen moeite mee te hebben om de nationale wetsbepaling aan te passen aan de uniforme regelgeving. De termen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' werden geïntroduceerd in 1986, op een moment dat de CISG al wel duidelijk zijn invloed deed gelden, maar Nederland nog steeds aangesloten was bij de LUVI. De minister heeft verzuimd de verschillen tussen enerzijds art. 33 LUVI en anderzijds art. 35 CISG duidelijk aan te geven, en de in de formulering van art. 7:17 lid 2 gemaakte keuzes van een toelichting te voorzien.

Het BW kent, naast art. 7:17, nog een andere 'conformiteits'-bepaling, namelijk art. 6: 28 BW (vergelijk art. 1428 BW oud). In dit artikel wordt bepaald dat indien de verschuldigde zaak of zaken slechts zijn bepaald naar de soort, de schuldenaar zaken moeten afleveren die niet beneden een goede gemiddelde kwaliteit leveren. Aangezien het gaat om een bepaling in Boek 6 BW, mag het geacht worden een wijdere strekking te hebben. In de parlementaire geschiedenis echter is de vraag ten principale of er, naast in Boek 7 te regelen gevallen, echt behoefte was aan een bepaling als art. 6: 28 niet gesteld. Technisch gezien, heeft art 6:28 inderdaad een wijder bereik dan koop alleen. In de parlementaire geschiedenis ontbreken echter concrete voorbeelden. De plaatsing in Boek 6 lijkt meer historisch bepaald. Gelet op de herkomst van art. 6:28 en de parlementaire geschiedenis lijkt mij dat deze bepaling voor de koop (ook) ingepast had moeten worden in art. 7:17. Een voorbeeld van een dergelijke inpassing is te vinden in de kort genoemde bepaling in de Amerikaanse *Uniform Commercial Code* (UCC), § 2-314, waarin het criterium 'of fair average quality within the description' deel uitmaakt van een meer algemeen conformiteitsartikel.

Samenvattend kan men zeggen dat de Nederlandse wetgever in een verlangen naar meer concretisering van de formulering 'gelet op alle omstandigheden van

het geval' begrippen uit het uniforme kooprecht, normaal gebruik en bijzonder gebruik, zonder nadere analyse van deze begrippen heeft overgenomen. Gelet op de voorgeschiedenis lijkt met deze concretisering niet bedoeld de opsomming in art. 7:17 lid 2 e.v. een limitatief karakter te geven, hetgeen inmiddels ook in de recente parlementaire behandeling van de aanpassing wetgeving van de Europese Richtlijn is bevestigd. Dit betekent dat – voor zover men bepaalde situaties niet onder het normaal gebruik-criterium zou willen laten vallen – er de vrijheid is om via aanvullende criteria aan 'conformiteit' verder inhoud te geven.

4 Conformiteit in internationale context

4.1 Criteria voor 'conformiteit' in andere rechtsstelsels en -systemen

96. Inleiding

In de parlementaire geschiedenis is er voor gekozen om het conformiteitsvereiste in art. 7:17 lid 2 te concretiseren door middel van de termen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'. In dit hoofdstuk wordt deze in het voetspoor van het uniforme recht gemaakte keuze geconfronteerd met de in andere rechtsstelsels gekozen oplossingen. Een centrale vraagstelling is in hoeverre deze begrippen ruim of eng moeten worden opgevat. De invalshoeken bij de bespreking van het buitenlands recht zijn dus met name welke andere, meer uitgebreide, formuleringen in aanmerking zouden kunnen komen, en hoe ruim de uitleg onder deze alternatieve formuleringen is.

97. Internationale koopverdragen: civil law en common law

Bij de bestudering en de weergave van het buitenlands recht zou het op het eerste gezicht wellicht voor de hand liggen om het verschil tussen *civil law* en *common law* bij de analyse tot uitgangspunt te nemen.

Een opvallend aspect van LUVI en in versterkte mate ook het Weens Koopverdrag is dat deze verdragen een brug vormen tussen de *civil law* en de *common law* landen.[1] Bij de regeling van de conformiteit is dit duidelijk te zien.[2] Gelet op de verscheidenheid in de nationale regelingen is hier een eigen regeling getroffen.[3] Er is uiteraard verschil van inzicht mogelijk over de vraag op welk systeem art. 35 CISG het meest lijkt.

Mij beperkend tot de (omschrijving van) de wezenlijke verplichting ten aanzien van de kwaliteit van de te leveren zaken,[4] kan mijns inziens worden gezegd

---

1 Zie ook eerder mijn recensie van S.A. Kruisinga, (Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?, in *NTBR* 2005, p. 470 en zie ook eerder P. Klik, Koop, in: F. De Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (2006), p. 155 op p. 165.

2 S.A. Kruisinga, *(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, (diss. Utrecht) Antwerpen: Intersentia (2004) heeft weinig aandacht voor dit aspect, zie verder mijn recensie in *NTBR* 2005, p. 470.

3 D. Tallon, La consécration de la notion de conformité après la Convention des Nations-Unis sur les contrats de vente internationale de merchandise, in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration.* Gedächtenisschrift für Leontin-Jean Constantinesco, Köln: Carl Heymansverlag (1983), p. 753 spreekt in dit verband over conformiteit als een autonoom begrip. Hij stelt dat ondanks kritiek bij de totstandkoming van het Weens Koopverdrag het begrip 'conformiteit' winnend uit de strijd is gekomen, waarschijnlijk omdat het niet met een bepaald rechtssysteem verbonden is, zie p. 754 en 756.

4 Ik ga dus niet in op de vraag of levering van een *aliud* als levering kan worden beschouwd of daaraan gerelateerde vragen.

dat het conformiteitsbeginsel, met name ook het 'normaal gebruik'-criterium, dichter bij de regeling in de *common law* landen lijkt te liggen dan bij de regeling van het verborgen gebrek (*vice caché*) in *civil law* landen.[5] In art. 35 van het Weens Koopverdrag kan men bijvoorbeeld de *warranties* uit de Amerikaanse Uniform Commercial Code herkennen,[6] waarbij echter een andere indeling en opbouw wordt gehanteerd, vergelijk de UCC § 2-313 (*express warranty*, waaronder ook *sample or model*), § 2-314 (*implied warranty of merchantability*; *fit for ordinary purposes)* en § 2-315 (*implied warranty*; *particular purpose*). Met name kan worden gedacht aan § 2-314 van de UCC, waarin wanneer de verkoper een 'merchant' is het vereiste van 'merchantability' wordt gesteld, hetgeen onder meer inhoudt dat de zaken 'fit for the ordinary purposes for which such goods are used' moeten zijn. Vergelijk ook art. 33 LUVI, dat meer door het Engelse recht lijkt te zijn geïnspireerd. Voor het Engelse recht, de 'implied terms of quality', kan men nog iets verder teruggaan tot de *Sale of Goods Act* (1893).[7] Het uniforme kooprecht komt nog uitvoerig aan de orde. Hier moet al wel worden opgemerkt dat het feit dat een bepaald begrip in het uniforme recht duidelijk aan een bepaald rechtssysteem is ontleend, nog niet betekent dat het dezelfde betekenis dient te hebben.[8] Concreet: het feit dat de common law 'warranty' model lijkt te hebben gestaan voor het conformiteitsbegrip in art. 35 CISG betekent nog niet dat het op dezelfde wijze geïnterpreteerd of toegepast dient te worden.

Men zou dus ter wille van een analyse een onderscheid kunnen maken tussen enerzijds *civil law* en anderzijds *common law*, waarbij in het eerstgenoemde systeem gedacht wordt in termen van verborgen gebrek en in het laatste systeem in termen van *warranties*, waarin 'gebruik' een cruciaal element is. De werkelijkheid ligt iets gecompliceerder, omdat ook in de *civil law* het begrip 'normaal gebruik' niet onbekend is.[9] Vergelijk het (oude) Duitse recht, waar in § 459 oud BGB 'gebrek' *gekoppeld* werd aan 'normaal gebruik':

---

5 Opgemerkt moet worden dat het recht van de common law landen op dit terrein zeker niet uniform is, alleen al gelet op het verschil tussen Engeland en de Verenigde Staten ten aanzien van het onderscheid tussen 'conditions' en 'warranties'. Ik ga aan de (beperkte) rechtsgevolgen die worden verbonden aan 'breach of warranty' voorbij. Het onderscheid tussen *warranties* en *conditions* is in de Verenigde Staten niet overgenomen.

6 Zie anders R. Hyland, Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, in: P. Schlechtriem (Hrgs.), *Einheitliches Kaufrecht und internationales Obligationenrecht*, Baden Baden: Nomos (1987) p. 305.

7 Zie Section 14 § 2 voor geval van verkoop 'in the course of business'.

8 Zie René Franz Henschel, *The Conformity of Goods in International Sales. An analysis of Article 35 in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, København: Forlaget Thomson (2005) § 1.1.4.4, p. 42.

9 Bianca stelt bijvoorbeeld: 'But perhaps it is more correct to say that the Convention has adopted a solution which responds properly to the needs of international trade and which *in substance* does not bring about a dramatic contrast with any national sale rule.' (mijn curs., PK). Zie Bianca in: C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milan: Giuffrè (1987), Art. 35, aant. 1.4.

> Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf dem Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.[10]

Het Franse en Nederlandse recht kennen en kenden in de wettelijke regeling van de verplichting tot vrijwaring ook een 'geschiktheid voor gebruik'-criterium, zie in art. 1641 CC 'qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine'[11], in Nederland vertaald in art. 1540 oud BW als 'het gebruik waartoe het bestemd is'.

98. De te bespreken rechtsstelsels

Met de voorlopige constatering dat het conformiteitsvereiste dichter bij de figuur van de 'warranty' ligt dan het verborgen gebrek *(vice caché)* is ook de onderzoeksmethode gegeven. In dit deel, waarin gezocht wordt naar criteria voor conformiteit, wordt gekeken naar rechtsstelsels en –systemen waarin het conformiteitscriterium wordt vormgegeven door middel van een wettelijke opsomming van criteria. Eerst passeren recente voorbeelden van uniform recht (Unidroit Principles, PECL, ontwerp van de *Study Group for a European Civil Code*, DCFR) kort de revue, gevolgd door buitenlands recht. Bewust is gekozen voor een beperkt aantal stelsels.[12] Als voorbeeld van een rechtssysteem waarin conformiteit via een meer uitgebreide formulering wordt beschreven, wordt de Amerikaanse *Uniform Commercial Code* (UCC) kort besproken. Het Engelse recht verdient een meer uitvoerige behandeling, omdat enkele belangrijke thema's hierin aan de orde komen: rechtspraak omtrent het begrip verhandelbaarheid, de beperkingen van wettelijke criteria, en de bewuste poging om de wettelijke criteria te verruimen.

Na de bespreking van deze twee *common law* systemen in Hoofdstuk 5 wordt de aandacht gericht op het Weens Koopverdrag (CISG) en de Richtlijn consumentenkoop. Gelet op het belang van de CISG en LUVI als model bij de totstandkoming van het huidig BW, en omdat het voor Nederland geldend recht is, wordt ingegaan op de totstandkomingsgeschiedenis, de literatuur en de rechtspraak met betrekking tot de CISG. Zo wordt in het kader van de bespreking van de CISG in § 5.3 'bijzonder gebruik' in het BW in de context van de CISG nader besproken. De Europese Richtlijn wordt in de afsluitende paragraaf besproken. Strikt genomen is bij de bespreking van de CISG en de Richtlijn geen sprake van rechtsvergelijking, aangezien beide voor Nederland geldend recht zijn. De confrontatie met CISG en Richtlijn kan echter ook inzichten opleveren voor het interne recht.

In het nu volgende worden echter eerst de kwaliteitsverplichtingen in het internationale handelsverkeer besproken.

---

10 Over art. 459 BGB zie ook J. Ghestin en B. Desché, *Traité des Contrats. La vente*, Paris: L.G.D.J. (1990) nr. 722: het eerste lid lijkt op de Franse bepaling, terwijl in het tweede lid de situatie dat de verkoper de aanwezigheid van bepaalde eigenschappen verzekerd heeft ook onder de garantie brengt.

11 Zie helder J.Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, Paris: L.G.D.J. (1983) no. 10, p. 16.

12 Voor een uitgebreid overzicht op hoofdlijnen zie ook de *Green paper* p. 23-28.

4.2 De kwaliteitsverplichtingen in het internationale handelsverkeer

99. Inleiding

Naast het eigen nationale kooprecht en het uniform kooprecht is er ook het recht dat in de praktijk van het internationale handelsverkeer wordt toegepast. Hoe worden in (contracten in) het internationale handelsverkeer de verplichtingen ten aanzien van kwaliteit geformuleerd?[13] Hierna wordt in algemene zin gesproken over internationaal handelsverkeer, zonder daarbij expliciet onderscheid te maken tussen bijvoorbeeld internationale handelskoop en fabrikatenkoop.[14] Tussen beide vormen is echter wel een onderscheid te maken, en dit onderscheid heeft ook relevantie voor het onderwerp conformiteit. Bij de fabrikatenkoop worden hogere eisen gesteld aan de kwaliteit en in het bijzonder aan de bruikbaarheid van het verkochte voor een bepaald doel, en worden dus ook garantiebepalingen gehanteerd. Bij de handelskoop ligt het meer op de weg van de koper om te bepalen welke bestemming hij aan het gekochte geeft en liggen eventuele risico's meer bij hem.[15] Een strikt onderscheid tussen deze vormen van koop is echter niet te maken en mede gelet op het feit dat beide vormen van koop onder de werking van het Weens Koopverdrag (dat hieronder nog uitvoerig aan de orde komt) vallen wordt in deze paragraaf het onderscheid ook niet gemaakt.[16] Hetgeen over kwaliteitsverplichtingen gezegd wordt, ziet in eerste instantie met name op de handelskoop, maar vervolgens wordt ook aandacht besteed aan in de praktijk gebruikte algemene voorwaarden bij fabrikatenkoop.

100. De kwaliteitsverplichtingen in het internationale handelsverkeer: identiteit en kwaliteit

In het internationale handelsverkeer[17] is het onderscheid tussen identiteit en kwaliteit van belang.[18] De identiteit (soort) wordt door omschrijving[19] (descriptie)

---

13 Zie ook algemeen J.H. Dalhuisen, *Dalhuisen on International, Commercial, Financial and Trade Law*, Oxford: Hart (2000) Chapter II § 2.1.8 p. 226 die slechts ingaat op de situatie waarin partijen de verplichtingen niet expliciet hebben geformuleerd, en kort de *common law* en *civil law* regels schetst.

14 Voor opmerkingen over de definiëring van handelskoop zie § 1.5. Voor een definiëring van fabrikatenkoop zie F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabrikatenkoop*, (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint (1995) nr. 19 p. 21 e.v., met uitvoerige verwijzingen naar Van Delden. Zie ook B. Wessels, *Koop: Algemeen*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 2003) (Mon. NBW B 65a) nr. 18.

15 R. van Delden, Hoofdstuk 13 Handelskoop en fabrikatenkoop, in: J.E.M. Akveld e.a. (red.), *Hoofdstukken handelsrecht*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 1993), p. 269 e.v., zie nr. 389 op p. 273.

16 Van Delden (1993) p. 273 merkt op dat bij de koop van 'commodities' voor menselijke consumptie (consumptiegrondnoten) strengere normen gelden.

17 De term 'handelskoop' wordt hier vermeden.

18 D. Dokter, Hoofdstuk 8 Handelskoop, in: J.E.M. Akveld e.a. (red.), *Hoofdstukken handelsrecht*, Deventer: Kluwer (4e dr.; 2001), § 401. Het onderscheid tussen identiteit en kwaliteit is van belang voor de rechtsmiddelen van de koper: wanneer iets anders is geleverd kan de koper weigeren te aanvaarden, terwijl wanneer een mindere kwaliteit geleverd is de koper in beginsel alleen recht heeft op schadevergoeding. Dit onderscheid, dat ook in de CISG is verlaten, blijft hier verder buiten beschouwing.

19 In de context van de handelskoop gebruik ik hier, in navolging van Van Delden, de term 'omschrijving'. Gelet op het feit dat Engels de voertaal is op dit terrein lijkt het lastig om te spreken over een gevestigd taalgebruik. In andere passages, zie bijvoorbeeld de bespreking van het standpunt van Algra, maar ook in meer algemene passages, wordt ook de term 'beschrijving' gebruikt. Een inhoudelijk verschil is daarmee niet bedoeld.

vastgesteld.[20] Binnen de soort zijn verschillende kwaliteitsgraderingen (kwaliteitseisen) mogelijk.[21] Soms wordt met specificaties gewerkt, en voor bepaalde goederen bestaan classificaties of graderingen.[22] Op dit punt lijkt het internationale handelsrecht sterk beïnvloed door in het Engelse recht gemaakte onderscheidingen.[23]

101. Algemene kwaliteitsomschrijvingen

Meer algemene aanduidingen zijn 'good merchantable quality' (goede verhandelbare kwaliteit) en 'fair average quality' (goede doorsneekwaliteit).[24]

Bij gemiddelde kwaliteit gaat het om een meer veranderlijk begrip, omdat het gerelateerd is aan de gemiddelde kwaliteit van een bepaalde oogst van een bepaalde oorsprong.[25] Goede gemiddelde kwaliteit wordt ook wel met F.A.Q. (fair average quality) aangeduid.[26] Bij 'good merchantable quality' (goede verhandelbare kwaliteit) is het criterium objectief en van min of meer blijvende aard.[27] Volgens Bakkers wordt de aanduiding 'verhandelbaar' (of leverbaar) soms gekoppeld aan doorsnee-kwaliteit, maar soms ook als zelfstandige aanduiding gebruikt.[28] Bakkers merkt op dat de precieze betekenis afhangt van het in een bepaalde productenhandel heersend gebruik, en dat dit in geval van geschillen door deskundigen moet worden uitgemaakt.[29]

Naast de begrippen soort (identiteit, te bepalen door descriptie) en kwaliteit wordt in sommige takken van handel ook nog gewerkt met 'conditie'. Bij kwaliteit gaat het om inherente, structurele eigenschappen, terwijl conditie gaat om de toestand van het goed. Kwaliteit en conditie gaan soms in elkaar over: de grens tussen beide is vaak moeilijk te trekken.[30]

---

20 R. van Delden, *Overzicht van de handelskoop*, Deventer: Kluwer (1983) p. 50, Zie ook kort over koop op omschrijving D. Dokter, Verzendingskoop en vervoer; gevolgen van hun verstrengeling, in: K.F. Haak e.a. (red), *Recht in bedrijf*, Gouda Quint (1997), p. 143 op p. 146-147, Dokter (2001) § 401.

21 Dokter (2001) § 401: 'Wanneer de soort is omschreven moet tevens in de koopovereenkomst vaststaan welke kwaliteit van de omschreven soort verkocht is. De omschrijving van de verkochte zaak stelt vast *wat* is verkocht en de kwaliteitseis in de koopovereenkomst bepaalt welke eigenschappen de zaak van die soort moet hebben.' Zie ook *Inleiding tot het Nederlandse Handelsrecht* van Molengraaff: goederen van overeengekomen hoedanigheid (kwaliteit) moeten worden geleverd, of wanneer alleen de soort is aangegeven, gemiddelde hoedanigheid (art. 1428), W.L.P.A. Molengraaff, *Inleiding tot het Nederlandse handelsrecht*, bewerkt door T.J. Dorhout Mees, Haarlem: F. Bohn (7e dr.; 1948) p. 48, zie ook p. 51.

22 Van Delden (1983) p. 50-51.

23 Zie verder ook de bespreking van het Engelse recht in § 4.5 en § 4.6, waarin omschrijving (*description*) traditioneel een zeer belangrijke rol speelde. In § 3.3 wordt ook aandacht besteed aan de achtergrond van de eerder besproken kritiek van Algra, zie eerder § 2.2, op het ontwerp NBW dat niet de verwachtingen van de koper, maar de beschrijving door de verkoper uitgangspunt moest zijn.

24 Van Delden (1983) p. 51; Dokter (2001) § 401.

25 Dokter (2001) § 401, nr. 412.

26 Jb. Zeylemaker Jzn., *Handelskoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1939) p. 29, R. Bakkers, *Rechtsgewoonten betreffende de handelskoop*, Amsterdam: Noord-Hollandsche uitgevers (1961) nr. 412.

27 Van Delden (1983) p. 51.

28 Bakkers (1961) nr. 413.

29 Bakkers (1961) nr. 413. Hij merkt op dat in de contracten van de Oliebond verschil bestaat tussen doorsnee- en leverbare kwaliteit.

30 Van Delden (1983) p. 54.

102. Opvattingen in de handel(stak) en standaardvoorwaarden

Op dit gehele terrein, en bij concretisering van de aan de kwaliteit te stellen eisen, zijn met name de opvattingen in de handel(stak) van belang.[31] Vergelijk de erkenning van het belang van handelsgebruiken in art. 9 Weens Koopverdrag, en zie ook de opmerking hierover bij de bespreking van de UCC (vergelijk de *Ambassador Steel*-case) in § 4.3. Verder kan als voorbeeld genoemd worden het arrest inzake het Weens Koopverdrag van het Bundesgerichtshof inzake *Vine wax*, dat zijn bekendheid dankt aan de beslissing met betrekking tot andere issues, maar waarin het belang van handelsgebruiken ook duidelijk tot uitdrukking komt:

> Zu Recht stellt nämlich das Berufungsgericht darauf ab, daß die Beklagte gemäß Art. 35 Abs. 2 Buchst. a CISG Wachs zu liefern hatte, das sich für die Behandlung von Reben eignet, daß das von der Beklagten 1994 gelieferte schwarze Rebwachs aber den - beiden Parteien bekannten und von ihnen auch vorausgesetzten - Anforderungen in der Praxis nicht gerecht wurde und deshalb nicht vertragsgemäß im Sinne des Art. 35 CISG war.[32]

Voor het overige valt op dat aan het aspect van kwaliteitsbepaling in de literatuur bijzonder weinig aandacht besteed wordt. In het voorwoord van zijn proefschrift over Standaardvoorwaarden vermeldt Hondius dat een hoofdstuk uit een proefschrift over 'Ondeugdelijke levering bij koop' ('een onvoltooide symfonie') uitgroeide tot een proefschrift over standaardvoorwaarden:[33]

> Niet de artikelen 1493-1575 of de algemene verbintenisrechtelijke wetsbepalingen bleken dit gebied te beheersen, maar het 'selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft', de usances, standaardvoorwaarden en reglementen der handelsverenigingen.[34]

Inhoudelijk bieden de in de handel gebruikte standaardvoorwaarden echter weinig aanknopingspunten voor criteria voor te leveren kwaliteit, zoals ook blijkt uit de korte behandeling van dit aspect in het proefschrift van Hondius.[35]

De studie van Sandee naar algemene voorwaarden bij fabrikatenkoop geeft hetzelfde beeld.[36] De door Sandee beschreven bedingen die door verkopers wor-

---

31 Zie Van Delden (1983); Dokter (2001) § 401. Zie ook expliciet K. Kanzaki & W. Jones, Problems of performance of sales contracts under Japanese and American law, 42 *Wash. L. Rev.* p. 415 op p. 421 (1966-1967), over de betekenis van handelstermen/gebruiken (voorbeeld van kwaliteit graan). Over het belang van handelsorganisaties en door deze organisaties opgestelde standaardvoorwaarden vergelijk o.a. H. Craandijk, *Het koopcontract in den overzeeschen handel*, Amsterdam: J.H. de Bussy (1921) p. 7-8, p. 10-11, p. 14-17, zie ook Zeylemaker (1939) p. 28-29.

32 The lower court held that the vine wax delivered by the defendant did not meet the industry standards – of which both parties were aware and which both parties applied – and that therefore the wax was not in conformity with the contract within the meaning of CISG art. 35. Zie CLOUT nr. 271 Bundesgerichtshof 24 maart 1999, zie Pace en Unilex-databases.

33 E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1978) p. VIII – IX. Zie ook Hondius in zijn Kroniek Algemeen, *NTBR* 2005, p. 209 op p. 210.

34 p. VIII

35 Zie p. 83-84, met verwijzingen naar Bakkers (1961).

36 F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabrikatenkoop*, (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint (1995) expliciteert het nationale of internationale karakter van de door hem onderzochte algemene voorwaarden niet. Voor behandeling in deze paragraaf lijkt dit echter niet problematisch.

den gehanteerd zijn over het algemeen zeer specifiek en hebben vooral de functie aansprakelijkheid uit te sluiten. Sandee noemt o.a. bedingen met betrekking tot door de verkoper verstrekte gegevens of omschrijvingen, die niet bindend zijn, en wijzigingsbevoegdheden.[37] Inkoopvoorwaarden strekken er toe om 'conforme' levering te verzekeren; Sandee noemt een voorbeeld waarin 'goede kwaliteit' gegarandeerd moet worden en het geleverde verder 'geheel in overeenstemming moet zijn' met koper's eisen, etc.[38]

Uit recente jaren is verder geen literatuur beschikbaar en in de oudere literatuur komen vooral figuren aan bod die aan betekenis hebben ingeboet, zoals de koop op monster.[39] Interessant zijn nog wel enkele opmerkingen die gemaakt worden in een uit 1986 daterend boek *Inkoopvoorwaarden in de praktijk*.[40] Vermeld wordt dat de gebruikelijke omschrijvingen die men in inkoopvoorwaarden aantreft buitengewoon globaal zijn: 'van goede kwaliteit', 'geschikt voor het doel waarvoor ze zijn bestemd', 'van deugdelijke materialen en goede uitvoering', 'vrij van constructie-, materiaal- of fabricagefouten'. Geadviseerd wordt zoveel mogelijk naar objectieve maatstaven te verwijzen: 'in overeenstemming met de overeengekomen eisen, specificaties, voorwaarden, tekeningen, monsters, enz.'[41]

Aan de praktijk vallen verder dus geen inzichten te ontlenen.[42] Vergelijk ook de analyse van de *Groupe de travail*, een studiegroep uit wetenschap en praktijk, die op breed terrein in de praktijk gehanteerde clausules onderzocht hebben.[43] Bepalingen waarin conformiteit nader omschreven wordt treft men in het verslag niet aan, wel bepalingen ten aanzien van rechtsgevolgen (gevolgschade).[44] Verder kan nog worden genoemd *The ICC Model International Sale Contract*, waarin in het model-contract onder A-1 de 'description of the goods' moet worden ingevuld. In de toelichting wordt onder het kopje 'Characteristics of the goods' vermeld:

> It is agreed that any information relating to the goods and their use, such as weights, dimensions, capacities, prices, colours and other data contained in catalogues, prospectuses, circulars, advertisements, illustrations, price-lists of the Seller, shall not take effect as terms of the Contract unless expressly referred to in the Contract.

Uiteenlopende aspecten die mogelijk een rol spelen bij conformiteit (gewicht, afmetingen, *capacities*, prijs, kleur etc.) zijn in de toelichting opgesomd. In het ICC-model is dus ook niet een specifieke uitwerking van conformiteit te vinden.

---

37 p. 450-451.
38 p. 454.
39 Zie Bakkers (1961) Hoofdstuk IV.
40 J. van der Puil, *Inkoopvoorwaarden in de praktijk*, Deventer: Kluwer (1986). Hoewel het boek niet echt gericht is op de internationale handel, vergelijk p. 16, leek een bespreking in deze paragraaf op zijn plaats.
41 Van der Puil (1986) p. 78-79; vergelijk meer recent ook kort R.H.C. Jongeneel, Hoofdstuk 22 In- en verkoopvoorwaarden, in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer (2006), p. 409 op p. 428.
42 Een impressionistische rondgang op het internet levert verder geen aanknopingspunten op voor omschrijvingen van conformiteit.
43 Marcel Fontaine & Filip De Ly, *Drafting International Contracts: Analysis of Contract Clauses*, Ardsley, NY: Transnational Publishers (2006).
44 Hoofdstuk 7 over exoneratie-clausules, over rechtsgevolgen p. 369 e.v.

103. Conclusies uit het voorgaande/samenvatting
In het internationale handelsverkeer wordt een 'eigen' manier gehanteerd om de verplichtingen van de verkoper aan te geven, waarbij de begrippen identiteit en kwaliteit van belang zijn. 'Kwaliteit' wordt wel via meer algemene termen als 'good merchantable quality' en 'fair average quality' nader gepreciseerd, maar vaste en meer algemeen toepasbare criteria zijn niet echt te vinden: bij alle termen zijn de opvattingen in de handel(stak) bepalend.

4.3 Vormen van uniform recht (Unidroit Principles, PECL, ontwerp Study Group for a European Civil Code, Draft Common Frame of Reference) en de UCC

104. Unidroit Principles, PECL, ontwerp Study Group, DCFR
In diverse recente vormen van (ontwerpen voor) uniform recht is de term 'gebrekkig' verlaten, en vindt men in mindere of meerdere mate uitgewerkte criteria voor 'Quality of Performance'. Daarbij komen zowel de in de Nederlandse wetgeving in Boek 6 opgenomen norm van de goede gemiddelde kwaliteit als de in Boek 7 geïncorporeerde criteria van 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' voor. In het volgende wordt een summier overzicht gegeven.

De *Unidroit Principles of Commercial Contracts* (UP) en de *Principles of European Contract Law* (PECL) volstaan beide met één algemeen geformuleerd artikel voor de 'kwaliteit' van de nakoming.[45] De algemene formulering heeft uiteraard ook te maken met het toepassingsgebied van de regelingen. Anders dan de CISG hebben beide regelingen het algemene contractenrecht als onderwerp.

In de UP wordt in art. 5.1.6 voor *quality of performance* een algemeen kwaliteitscriterium gehanteerd, namelijk 'a quality that is reasonable and not less than average in the circumstances'.[46] Ook in de PECL wordt volstaan met één artikel, Article 6:108, waarin voor *quality of performance* een minimum wordt gehanteerd, 'at least average quality'.[47] Beide criteria roepen uiteraard onmiddellijk associaties op met de eerder besproken criteria van art. 6:28 (waarbij ter sprake

45 Ik ga voorbij aan mogelijk gebruik van andere, meer algemeen geformuleerde, bepalingen bij de invulling van de verplichtingen. Vergelijk bijvoorbeeld O. Lando, International Trends: Requirements concerning the quality of movable goods and remedies for defects under the Principles of European Contract Law, in: S. Grundmann e.a. (eds.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln: Carl Heymanns Verlag (2000), p. 61, zie over Art. 6:101 en 6:102 (in relatie tot de Europese richtlijn) op p. 65-66. Uitvoerig ook Réné Franz Henschel, Interpreting or supplementing Article 35 of the CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, November 2004 <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel.html>.

46 Henry D. Gabriel, *Contracts for the sale of goods: a comparison of domestic and international law*, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana (2004) p. 121 noemt ook art. 5.4 (1) inzake de resultaatsverbintenis.

47 Voorheen, in de vorige nummering, art. 2.105. Overigens wordt in de comments verwezen naar art. 1:302. Zie ook Réné Franz Henschel, Interpreting or supplementing Article 35 of the CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, November 2004 <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel.html> onder i. Zie verder H. Schelhaas (gen. ed.) e.a., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A commentary*, Nijmegen: Ars Aequi Libri (2002) p. 62 e.v. en p. 276 e.v.

kwam dat de regel ook in andere buitenlandse wetgeving is gehandhaafd) en de kwaliteitsverplichtingen in het handelsverkeer.[48]

De hier tezamen te bespreken *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) (in december 2007 bekend gemaakt) en het ontwerp van de *Study Group for a European Civil Code*, ontwerp voor *Sales* (Draft articles as at December 2004) vormen al weer een nieuwe generatie (ontwerpen voor) voor uniform recht.[49] Beide ontwerpen zijn ten aanzien van conformiteit uitvoeriger. In beide ontwerpen is een tweetal bepalingen van belang, een meer algemeen geformuleerd artikel en vervolgens een artikel waarin conformiteit verder uitgewerkt wordt. In de DCFR gaat het om de artikelen 2:301 (*Conformity of the goods*) en 2:302 (*Fitness for purpose, qualities, packaging*),[50] in het ontwerp van de *Study Group* gaat het om Article 2:201 (*Conformity with the contract*) en Article 2:203 (*Implied requirements*). Voor beide ontwerpen behoeft alleen de laatstgenoemde bepaling bespreking. Beide bepalingen bieden een aantal gezichtspunten. Met weglating van factoren die voor de lijn van het betoog niet relevant zijn[51], wordt in Article 2:302 van de DCFR het volgende bepaald:

> The goods must:
> (a) be fit for any particular purpose made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for the buyer to rely, on the seller's skill and judgement;[52]
> (b) be fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;[53]
> (c) ...[54]
> (d) ...[55]
> (e) ...[56]
> (f) 'possess such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect.'[57]

48 Zie Schelhaas (gen. ed.) (2002) voor een vergelijking met Nederlands recht. Zie verder het rechtsvergelijkend overzicht in de comments bij art. 6:108 PECL.

49 Zie voor de Draft Common Frame of Reference (DCFR), getiteld Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Interim Outline Edition) <www.law-net.eu> en voor het ontwerp van de Study group <www.sgecc.net>. Ik zie af van verdere verwijzingen naar literatuur over geschiedenis van de netwerken die zich in Europees verband bezighouden met het ontwerpen van moderne wetgeving, de relaties tussen deze ontwerpen en de uiteindelijke doelstelling (Restatement of wetgeving). Aan het ontwerp van de Gandolfi-groep wordt hier verder geen aandacht besteed, zie <www.accademiagiusprivatistieuropei.it/docs/Norme-Libro-II-italiano.pdf>, met name art. 187 sub *b* en art. 199.

50 De artikelen 2:301 en 2:302 zijn algemeen van aard, 2:303 en 2:304 gaan over mededelingen van derden en installatie.

51 Zie hetgeen eerder is opgemerkt over criteria die rechtstreeks tot de overeenkomst kunnen worden herleid, § 2.2

52 Zie behoudens op een ondergeschikt redactioneel punt hetzelfde Study Group Article 2:201 a.

53 Zie Study Group Article 2:201 c: they are fit for the purposes for which goods of the same type would ordinarily be used.

54 possess the qualities of goods which the seller held out to the buyer as a sample or model; zie ook Study Group Article 2:201 b.

55 be contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods; zie ook Study Group Article 2:201 d.

56 be supplied along with such accessories, installation instructions or other instructions as the buyer may reasonably expect to receive; zie ook Study Group Article 2:201 e.

57 Zie ook Study Group Article 2:201 f: they possess the qualities and performance capabilities the buyer could otherwise (reasonably) expect.

Niet duidelijk is of de bepalingen limitatief zijn. Zij kunnen echter zo gelezen worden dat de zaken in ieder geval aan de opgesomde eisen moeten voldoen, en er dus naast deze eisen ruimte is voor aanvullende criteria. In de opsomming valt naast de inmiddels bekende criteria van geschiktheid voor normaal en bijzonder gebruik, de ruime restbepaling onder *f* op, namelijk het criterium van redelijke verwachtingen ('possess such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect').[58] Een bepaling over 'gemiddelde kwaliteit' (vergelijk art. 6:28) ontbreekt, evenals overigens in de in Hoofdstuk 5 § 5.4 nog te bespreken Europese Richtlijn. De voorgestelde regelingen behoeven verder geen uitvoerige bespreking. De 'normaal gebruik'-formulering onder *b* sluit aan bij de in andere regelingen gebruikte formulering (zie bijvoorbeeld de nog te bespreken CISG en Europese Richtlijn), de 'bijzonder gebruik'-formulering onder *a* sluit aan bij de nog te bespreken formulering van art. 35 lid 2 sub *b* CISG. De onder *f* gebruikte formulering lijkt op de in de Europese Richtlijn in art. 2 lid 2 sub *d* gebruikte formulering en kan verder bij de bespreking van de Richtlijn aan de orde komen.[59]

105. De Amerikaanse Uniform Commercial Code

De Amerikaanse *Uniform Commercial Code* (UCC) wordt hier onder het kopje 'uniform recht' besproken, wat technisch gezien niet eens onjuist is.[60] Voorop staat echter de bedoeling om de UCC te bespreken als voorbeeld van een rechtssysteem waarin conformiteit via een meer uitgebreide formulering wordt beschreven.

In de Amerikaanse *Uniform Commercial Code* (UCC) wordt onderscheid gemaakt tussen *express warranties* (§ 2-313), de *implied warranty of merchantability* (§ 2-314) en de *implied warranty of fitness for a particular purpose* (§ 2-315).[61]

Bij de *express warranty* van § 2-313 gaat het om een bevestiging van de kant van de verkoper, om een gegeven beschrijving (*description*),[62] of een *sample* (monster) of *model* (model) dat aan de koper is verstrekt. Steeds wordt daarbij vereist dat sprake is van 'part of the basis of the bargain', hetgeen de regeling weer gecompliceerd maakt.[63]

De eerdergenoemde *implied warranty of merchantable quality*, zie § 2-314, wordt duidelijk als een *wettelijke* garantie gezien.[64] UCC § 2-314 (1) luidt als volgt:

---

58 De formulering verschilt met de formulering in het nog te bespreken Engelse recht, zie § 4.4. Zie ook art. 33 LUVI sub (f): in general, goods which do not possess the qualities and characteristics expressly or impliedly contemplated by the contract, vergelijk § 5.1.

59 Zie verder § 5.3 en 5.4.

60 Zie P. Klik, *Onderzoek doen naar Amerikaanse recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri (1994) § 5.3 op p. 53.

61 Het onderscheid tussen *express* en *implied warranties* is overigens primair van belang voor de werking van exoneraties: bij de *express warranties* wordt het beroep op een exoneratie minder snel gehonoreerd, zie James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, St. Paul Minn. (5th ed. 2000) § 9-6 p. 359.

62 Hier wordt niet een zeer ruim begrip *(sale by) description* zoals dat in het Engelse recht geldt (waarover nader § 4.6), bedoeld.

63 Zie verder hierover White & Summers (5th ed.; 2000) § 9-6.

64 Zie bijv. *Limestone Farms, Inc. v. Deere & Co.*, 29 P. 3d 457, 29 Kan. App. 2d 609 (2001); *Dietz v. Waller*, 685 P. 2d 744, 141 Ariz. 107 (1984). Zie ook Gabriel (2004) p. 121, p. 125. Gabriel gebruikt in de beschrijving van →

> Unless excluded or modified (Section 2-316), a warranty that the goods shall be merchantable is implied in a contract for their sale if the seller is a merchant with respect to goods of that kind.
> ...

Het vereiste van *merchantability* wordt nader uitgewerkt in § 2-314 (2) als volgt:

> Goods to be merchantable must be at least such as
> (a) pass without objection in the trade under the contract description; and
> (b) in the case of fungible goods, are of fair average quality within the description; and
> (c) are fit for the ordinary purposes for which such goods are used; and
> (d) run, within the variations permitted by the agreement, of even kind, quality and quantity within each unit and among all units involved; and
> (e) are adequately contained, packaged, and labelled as the agreement may require, and
> (f) conform to the promise or affirmations of fact made on the container or label if any.[65]

Het vereiste van *merchantability* is dus in de Amerikaanse wet een verzamelbegrip en niet een apart eigen begrip.[66] *Onderdeel van* deze *warranty* vormen de eisen van 'pass without objection in the trade' (een meer strikt begrip verhandelbaarheid), 'fair average quality' (voor 'fungible goods') (gemiddelde kwaliteit)[67] en 'ordinary purposes for which such goods are used' (normaal gebruik).

De opsomming is niet uitputtend bedoeld, zo blijkt ook uit het begeleidende officiële commentaar.[68] In een uitspraak van het Nederlands Arbitrage Instituut uit 2002 (inzake *Rijn blend*), die in bij de bespreking van de CISG nog uitvoerig aan de orde komt, wordt de bepaling dan ook 'an open-textured provision' genoemd.[69]

Het lijkt duidelijk dat de zojuist genoemde gezichtspunten van § 2-314 (2) voor diverse uitleg vatbaar zijn. Gabriel heeft in dit verband opgemerkt:

> Common sense suggests that the list is susceptible to varying interpretations. Courts often look to the following factors when determining the merchantability of goods: the parties' course of a performance and dealings; trade usage and custom; the goods' new or used status; the goods' price relative to the market price of similar goods; the characteristics and utility of similar brands; and, relevant government regulations and standards. The malleable nature of these factors leads to shifting interpretations of 'merchantability' over time.[70]

---

art. 35 lid 2 de in de VS gebruikelijke term 'default standards', p. 120. Hij heeft het verder over 'presumptions that are implied in the law', p. 121. Zie ook in de context van de Europese Richtlijn Grundmann in Massimo C. Bianca & Stephan Grundmann (eds.), *EU Sales Directive Commentary*, Antwerpen: Intersentia (2002) Art. 2 aant. 5 op p. 122.

65 Lid 3 voegt hier aan toe: (3) Unless excluded or modified (Section 2-316) other implied warranties may arise from course of dealing or usage of trade.

66 Zie uitvoeriger over de *implied warranty of merchantability* White & Summers (5th ed.; 2000), § 9-7 - 9-10. Zie Engels recht in § 4.4.

67 De 'fair average quality' is in het Nederlandse recht terug te vinden in Boek 6. Zie § 3.5.

68 UCC § 2-314 Comment 6.

69 '... the text of § 2-314 of the U.S. Uniform Commercial Code which is not a strict merchantability criterion but more an open-textured provision, referring also to average quality ...'., The Netherlands: Netherlands Arbitration Institute Arbitral Award Case No. 2319 Rotterdam, October 15, 2002 (*Rijn blend*), ov. 115. Zie verder § 5.1

70 Gabriel (2004) p. 125 noot 555.

Opvallend is dat de genoemde criteria *niet* als onderling verschillend worden gezien, maar veeleer als gelijkluidend (White en Summers spreken zelfs over synoniemen[71]), of in ieder geval in elkaars verlengde.[72] In de rechtspraak worden de criteria ook in één adem genoemd, zonder dat onderscheid wordt gemaakt. Verder valt op dat dikwijls het verband gelegd wordt met de standaard voor 'defective' zoals gehanteerd in productaansprakelijkheid.[73]

De rechters zijn in geval van discussie over de reikwijdte van de *warranty* bereid kopers het voordeel van de twijfel te gunnen.[74] Wel zijn er legio uitspraken waarin benadrukt wordt dat het verkochte niet 'perfect', of 'best quality', etc. hoeft te zijn. In het Amerikaanse recht wordt ook expliciet erkend dat handelsgebruiken hier bepalend zijn (en bewijs geleverd wordt door middel van het horen van experts).[75]

Bij wijze van illustratie van dit laatste noem ik een Amerikaans vonnis, waarin dit duidelijk tot uitdrukking komt, *Ambassador Steel Co. v. Ewald Steel Co.*[76] In casu gaat het om staal dat doorverkocht wordt, en bij het uiteindelijke gebruik (laswerkzaamheden aan treinwagons) blijkt het staal niet goed te zijn. In een actie voor betaling van de prijs verweert koper zich met het argument dat er geen staal van 'commercial quality' is geleverd, en dat derhalve de *implied warranty of merchantable quality* is geschonden. Door middel van getuigenbewijs stelt de rechtbank, onder verwijzing naar 'course of dealing between parties and any usage of trade in the vocation in which they are engaged or of which they are or should be aware', vast dat onder 'commercial quality' steel moet worden verstaan staal met een 'carbon content' van 1010 – 1020:

> there was also ample testimony below to the effect that when an order is placed without specification as to the particular quality desired, custom and usage of the steel business is that a 'commercial quality' steel, that is, steel with a carbon content between 1010 and 1020, is to be used. Further testimony was to the effect that if one desired steel other than 'commercial quality' it must be specified in the order, according to local custom and usage.[77]

Voor een vergelijkbare benadering in Engeland zie het handboek van Atiyah/Adams, waarin aan de hand van de case *Pinnock Bros v Lewis and Peat Ltd*[78] (contract voor copra, geleverd werd copra cake en castor beans) wordt gesteld:

---

71 White & Summers (5th ed.; 2000) § 9-8 p. 366.
72 Zie ook Gabriel (2004) p. 125.
73 White en Summers hangen hun beschouwing over 'merchantability' op aan het voorbeeld van cigaretten, zie (5th ed.; 2000) § 9-8.
74 Zie de cases in U.L.A. deel 1A, § 2-314, aant. 15.
75 White & Summers (5th ed.; 2000) § 9-8 p. 366-367.
76 33 Mich. App. 495; 190 N.W.2d 275; 1971 Mich. App. LEXIS 1794; 9 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1019 (1971).
77 De verkoper voert als verweer dat de koper hem niet verteld had waarvoor het staal gebruikt zou worden. De rechtbank maakt duidelijk onderscheid tussen de *implied warranty of merchantability* en de *warranty of fitness for a particular purpose*. Alleen bij de laatste moet de verkoper geïnformeerd zijn. In casu was de verkoper niet geïnformeerd, dus kon koper daar geen beroep op doen, hetgeen echter ook niet nodig was, aangezien de koper zich *wel* op de *warranty of merchantability* kon beroepen.
78 [1923] 1 KB 690.

> But he [Lord Wilberforce, PK] went on to say that the Sale of Goods Act was not intended to provoke metaphysical discussions as to the nature of what was delivered as compared with what was sold. The question whether the goods correspond with their description is intended to be a broader, more commonsense, test of a merchantile character. The question whether that is what the buyer bargained for has to be answered according to such tests as men in the market would apply, ...[79]

De *warranty of fitness for a particular purpose* is in de UCC geregeld in § 2-315. Vereist wordt dat

> the seller ... has reason to know any particular purpose for which the goods are required and that the buyer is relying on the seller's skill and judgment ...

Zie verder Hoofdstuk 5 § 5.3, waarin de regeling in het BW op dit punt vergeleken wordt met LUVI, CISG, en § 2-315 UCC. In de Verenigde Staten is algemeen erkend dat normaal gebruik en bijzonder gebruik elkaar overlappen.[80]

Bij de verkoop van onroerend goed blijft in de Verenigde Staten de UCC in beginsel buiten toepassing.[81] Bij de verkoop van woningen heeft zich echter wel de 'warranty of habitability' ontwikkeld.[82]

De normen van de *implied warranty of merchantable quality* gelden overigens alleen bij verkoop door een *merchant*: a merchant 'with respect to goods of that kind.'[83] In de Americaanse Uniform Commercial Code wordt niet met een begrip 'consument' gewerkt, maar met het 'merchant'-begrip, ontleend aan het 'law merchant' concept van een professional.[84] Wie wel of niet als een 'merchant' moet gelden is onderwerp van discussie in de Verenigde Staten.[85] Hoewel er wel kritiek geweest is op de beperking van 'warranties' tot de situatie waarin de verkoper een *merchant* is,[86] is dit vereiste ook bij de laatste herziening van de UCC gehandhaafd.[87]

---

79 Atiyah/Adams (2005) p. 159.

80 Voor een overzicht van rechtspraak zie Uniform Commercial Code: Implied warranty of fitness for particular purpose as including fitness for ordinary use, 83 *A.L.R.* 3d 656 (1978).

81 White & Summers (5th ed.; 2000) § 9-2 p. 345.

82 Voor een verzameling van rechtspraak vergelijk Liablity of builder-vendor or other vendor of new dwelling for loss, injury, or damage occasioned by defective condition thereof, 25 *A.L.R.* 3d 383 (1969), m.n. § 6. De *warranty of habitability* heeft zich vanaf de jaren zestig ontwikkeld, en wordt bijvoorbeeld ook toegepast bij bodemverontreiniging, zie bijvoorbeeld met verdere verwijzingen Fiona M. Powell, Builder-vendor liability for environmental contamination in the sale of new residential property, 58 *Tenn. L. Rev.* p. 231 (1991).

83 Zie voor deze beschouwingen ook mijn eerdere publicatie The consumer in consumer law: who needs him? Some reflections on the consumer's counterpart, *TvC* 2005, p. 39.

84 Zie Section 2-104 Official Comment 2. Opgemerkt moet nog worden dat in de UCC gebruik gemaakt wordt van wisselende begrippen 'merchant'. Zie verder sections 2-205, 2-209, 2-314, 2-402, 2-509, 2-603, 2-605, 2-609. Zie ook in verband met de *implied warranty* Gabriel (2004) p. 125.

85 Voor een jurisprudentie-overzicht zie Who is 'merchant' under UCC § 2-314(1) dealing with implied warranties of merchantability, 91 *A.L.R.* 3d 876 (1979).

86 Ingrid Michelsen Hillinger, The Merchant of Section 2-314: Who Needs Him? 34 *Hastings L.J.* p. 747 (1983), zie ook Ingrid Michelsen Hillinger, The Article 2 Merchant Rules: Karl Llewellyn's Attempt to Achieve The Good, The True, The Beautiful in Commercial Law, 73 *Georgetown L.J.* p. 1141 (1985). Hillinger betoogt dat kopers (inclusief consumenten) bij koopcontracten zekere verwachtingen hebben, ook als de verkoper niet professioneel handelt. Zie ook R. Hyland, Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, in: P. Schlechtriem (Hrgs.) *Einheitliches Kaufrecht und internationales Obligationenrecht*, Baden Baden: Nomos (1987) p. 305 op p. 316-317.

87 Schrappen van het vereiste is zelfs niet eens overwogen (informatie gegeven aan de auteur door de general reporter, april 2004). Ook een aanpassing zoals in Engeland heeft plaats gevonden, zie § 4.4 e.v, is niet over- →

106. Conclusies uit het voorgaande/Samenvatting
De Unidroit Principles en PECL volstaan beide met één algemeen geformuleerd artikel voor de 'kwaliteit' van de nakoming. Het ontwerp van de Study Group bevat wel een op levering van zaken toegesneden artikel, art. 2:203. De regelingen van UP en PECL hebben voor het onderwerp conformiteit geen toegevoegde waarde. Art. 2:203 van de Study Group kan model staan voor moderne regelingen van conformiteit, maar behoeft geen afzonderlijke bespreking.

Als voorbeeld van een rechtssysteem waarin conformiteit via een meer uitgebreide formulering wordt beschreven is de Amerikaanse *Uniform Commercial Code* (UCC) kort besproken. In de UCC wordt onderscheid gemaakt tussen *express warranties* (§ 2-313), de *implied warranty of merchantability* (§ 2-314) en de *implied warranty of fitness for a particular purpose* (§ 2-315). Bij de *express warranty* van § 2-313 gaat het om een bevestiging van de kant van de verkoper, om een gegeven beschrijving (*description*), of een *sample* (monster) of *model* (model) dat aan de koper is verstrekt. In de *implied warranty of merchantable quality* van § 2-314 is het vereiste van *merchantability* een verzamelbegrip, waaronder eisen als 'pass without objection in the trade' (een meer strikt begrip verhandelbaarheid), 'fair average quality' (voor 'fungible goods') (gemiddelde kwaliteit) en 'ordinary purposes for which such goods are used' (normaal gebruik) worden gebracht. De opsomming is niet uitputtend bedoeld.

4.4 Engels recht

107. Inleiding
Tot dusver in Engels recht buiten beeld gebleven. Op dit punt van het betoog wordt het Engelse recht belicht, waarbij met name aandacht zal worden besteed aan het 'merchantibility'-criterium. In het Engelse recht kent men *implied terms* (*warranties* en *conditions*), waarbij vroeger de verkoper moest instaan voor *merchantable quality*, en thans voor *satisfactory quality*. Centraal staat de vraag is in hoeverre de in het Engelse recht ontwikkelde criteria behulpzaam kunnen zijn bij de invulling van (het 'normaal gebruik'-criterium van) het conformiteitsvereiste in Nederland. Eerst worden de relevante bepalingen van de *Sale of Goods Act* (SGA) weergegeven. Daarna wordt de jurisprudentie met betrekking tot 'merchantability' op hoofdlijnen weergegeven, gevolgd door een bespreking van het belangrijke rapport van de *Law Commission*, dat de aanzet was tot de wijziging naar *satisfactory quality*.

108. Sale of Goods Act: de wettelijke bepalingen
Voor het Engelse recht zijn de bepalingen van de *Sale of Goods Act* (SGA) van belang. In het volgende wordt het Engelse recht beschreven zoals dit intern werkt.

---

wogen (informatie door de general reporter gegeven aan de auteur per e-mail, augustus 2007). Zie verder in relatie tot de CISG Henry D. Gabriel, The Inapplicability of the United Nations Convention on the International Sale of Goods as a Model for the Revision of Article Two of the Uniform Commercial Code, 72 *Tulane L. Rev.* p. 2001 (1998).

Het beeld zou voor internationale transacties overigens niet veel verschillen.[88] De SGA dateert van 1893 en is, óók op het gebied van de verplichtingen van de koper, enkele malen aangepast. Een eerste wijziging vond plaats via de *Supply of Goods (Implied Terms) Act* van 1973, die in 1979 in de SGA werd geïncorporeerd. Vervolgens is de wet in 1994, door middel van de *Sale and Supply of Goods Act 1994* en de *Sale of Goods (Amendement) Act 1994* opnieuw aangepast. Meer recent is de wetgeving aangepast aan de Richtlijn consumentenkoop, via Regulations die per 1 april 2003 in werking zijn getreden. Voor de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop is – uiteindelijk – gekozen voor een aanpassing van de SGA.[89] Dit in tegenstelling tot de implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, die als aparte regeling *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999* is geïmplementeerd, nádst de eerdere *Unfair Contract Terms Act 1977*.[90] Overigens is de inpassing van de Richtlijn in de SGA ook niet zonder problemen: (mede) naar aanleiding hiervan wordt wel gesuggereerd dat het overweging verdient aparte consumentenwetgeving in het leven te roepen.[91]

---

88 Voor internationale transacties zie bijvoorbeeld de beschrijving van Engels recht in de context van internationale handelskoop in M. Bridge, *The international sale of goods. Law and practice*, Oxford: Oxford University Press (1999). Zie echter wel Bridge in § 1.27, waarin wordt opgemerkt dat het begrip in de internationale handelskoop ruimer werd uitgelegd dan in een gewone nationale koop. Voor de beschrijving van het Engelse koopрecht zal met name worden verwezen naar Michael Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press (1997), P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector MacQueen, *The Sale of Goods*, Harlow, England: Pearson Education (11th ed.; 2005) en de laatste drukken van *Benjamin's Sale of Goods*, zie met name A.G. Guest (gen. ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet & Maxwell (6th ed.; 2002) (met name nummers 11-032 tot en met 11-046, die in de volgende druk zijn geschrapt), C.J. Miller (gen. ed.), Benjamin's Sale of Goods Special Supplement to the 6th edition, London: Sweet & Maxwell (2003), en A.G. Guest (gen. ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet & Maxwell (7th ed.; 2006); de relevante hoofdstukken uit *Benjamin's Sale of Goods*, zijn van de hand van F.M.B. Reynolds. Voor de voor het algemene contractenrecht geraadpleegde literatuur zie § 14.

89 Zie Atiyah/Adams (2005) Hoofdstuk 1 § 1 voor een overzicht van bronnen en het overzicht aan het begin van Hoofdstuk 13, en zie ook Benjamin's supplement (2003). In de appendix van Benjamin's (2002) vindt men de wetteksten afgedrukt, ook van de wet van 1893. In Benjamin's (2006) is alleen de huidige tekst opgenomen. Zie over de opzet van de wet van 1893 Benjamin's (2006) 11-025.

90 Over de implementatie van de Richtlijn in Engeland zie onder meer: R. Bradgate, Harmonisation of legal guarantees: a common law perspective, *Consum. L.J.* 1995, p. 94; H. Beale & G. Howells, EC harmonization of Consumer Sales Law – A missed opportunity?, *Journal of Contract Law* 1997, p. 21; E. Deards, The Proposed Guarantees Directive: Is It Fit for the Purpose?, 21 *Journal of Consumer Policy* 1998, p. 99 op p. 109 e.v.; G. Howells, in S. Grundmann e.a. (eds.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln: Carl Heymanns Verlag (2000), p. 161; Stephen Watterson, Consumer Sales Directive 1999/44/EC – The impact on English law, *European Review of Private Law* 2001, p. 197; G. Howells & C. Twigg-Flesner, Much ado about nothing?, in: M. Schermaier (ed.), *Verbraucherkauf in Europa: Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Rechtslinie 1999/44/EG*, München: Sellier (2003), p. 303. Zie verder Thomas Zerres, *Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel des deutschen und englischen Kaufrechts*, München: Sellier (2007).

91 Zie eerder hierover § 1.5. Zie heel expliciet op dit punt M. Bridge, What is to be done about sale of goods, *L.Q.R.* 2003, p. 173, en zie bijvoorbeeld ook Benjamin's supplement (2003) p. 4.

109. Implied conditions and warranties – implied terms

De SGA voorzag traditioneel in 'implied conditions and warranties', waaraan de verkoper gebonden is, zie sections 13-16 SGA.[92] De meer algemene regeling van sections 10-12, waarin ook wordt aangegeven wanneer een *implied term* als een 'condition' of als een 'warranty' moet worden gezien (het onderscheid is van belang voor acties die een koper mogelijk kan instellen in geval van *breach*)[93] wordt hier verder niet besproken. In section 12 vindt men *conditions* en *warranties* met betrekking tot beschikkingsbevoegdheid en rechtsgebreken. Voor feitelijke gebreken geven sections 13-15 een regeling. Daarbij wordt thans met het begrip 'implied term' gewerkt.[94] In de wetsartikelen wordt nu eerst de *implied term* beschreven, en vervolgens apart aangegeven of sprake is van een *warranty* of een *condition*.[95] In section 13-15 wordt onderscheid gemaakt tussen *sale by description* (s. 13), *sale* (koop in het algemeen) (s. 14), en *sale by sample* (s. 15). Voor elk type koop wordt in de wet een aparte *condition* of *warranty* beschreven.Voor welke *implied conditions* of *warranties* moet de verkoper op grond van de wet bij de koop in het algemeen[96] instaan?

110. Van merchantability naar satisfactory quality

Het uitgangspunt in de algemene bepaling section 14 was, en is, dat de merchant-seller[97] geen verantwoordelijkheid draagt voor de kwaliteit van de zaken, zie s. 14 (1):

---

92 Voor een historisch overzicht inclusief de periode voor de SGA zie ook Marco Pistis, From Caveat Emptor to Caveat Venditor - a Brief History of English Sale of Goods Law, 04 June 2006 (zie www.mondaq.com). Zie verder ook § 4.8 over *terms implied by law* en *terms implied in fact*. Bridge (1997) p. 273 merkt op dat er, ondanks de formulering van s. 14, nog plaats kan zijn voor *terms implied in fact*, naast de wettelijke *implied terms of fitness and quality*, hieraan echter toevoegend: 'though one should not underestimate the flexibility and range of the statutory implied terms'.

93 Het onderscheid is van belang voor de bevoegdheid tot *rejection* en *termination*. Zie over *conditions* en *warranties* onder meer D. Dokter, *Risico bij koopovereenkomsten. De samenhang tussen verbintenissen voorspruitend uit internationale commerciële koopovereenkomsten in verband met vervoer en verzekering*, (diss. Rotterdam) Den Haag: Boom (2001), M.P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Butterworths LexisNexis (14th ed.; 2001) p. 166-171. Op de verschillende rechtsgevolgen wordt in onderstaande niet ingegaan.

94 Zie Benjamin's (2002) 11-026: 'The use of the word "term" rather than "condition" ... makes no difference.'

95 S. 13 (1A), s. 14 (6), s. 15 (3). Bij de drie genoemden is er sprake van een *condition*. Zie ook Benjamin's (2002) 11-026.

96 De *sale by description* en *sale by sample* worden in § 4.4 en 4.5 niet apart besproken. De *sale by description*, die later nog aan de orde komt, laat zich het makkelijkst toepassen op de genus-koop, vergelijk de beschrijving in Atiyah/Adams (2005) p. 156-158, Benjamin's (2006) 11-003. Het werkingsgebied van s. 13 is dus ruimer dan dat van s. 14, dat beperkt wordt door het vereiste dat er verkocht is door een *merchant-seller*. Zie ook Benjamin's (2006) 11-001 en 11-002, waar overigens ook opgemerkt wordt dat eerder sprake is van een *express term* dan van een *implied term*. In de *sale by description* is echter – thans – de *warranty*-verplichting van de verkoper niet in detail uitgewerkt. Zie voor bescherming van de koper binnen de context van *sale by description* verder § 4.6, met verdere verwijzingen. Over samenloop van *sale by description* en *sale by sample* zie Benjamin's (2006) 11-022 en *Chitty on Contracts. Volume II Specific Contracts*, London: Sweet & Maxwell (29th ed.; 2004) 43-079.

97 De wettelijke kwaliteitsverplichting van s. 14 geldt, anders dan bij de sale by description zie s. 13, alleen voor de merchant-seller. Over het begrip merchant-seller zie Michael Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press (1997) p. 290-294, Benjamin's (2006) 11-027 en 11-028, Atiyah/Adams (2005) p. 167-168, Chitty II (2004) 43-083 e.v. Aan dit aspect wordt hier verder geen aandacht besteed. Zo overigens ook het Amerikaanse recht, vergelijk hierover P. Klik, The consumer in consumer law: who needs him? Some reflections on the consumer's counterpart, *TvC* 2005, p. 39. Wel moet worden opgemerkt dat de omschrijving van *merchant-seller* in Engeland en de Verenigde Staten verschilt. Zie ook § 5.1 over de CISG, het amendement van Canada ter introductie van het begrip *merchant-seller*.

> ... there is no implied condition or warranty about the quality or fitness for any particular purpose of goods ...[98]

Section 14 (1) geeft duidelijk aan dat de opsomming van *implied terms* in de wet limitatief is.[99] Hieruit volgt echter nog niet dat de rechten van de koper erg beperkt zijn. In het volgende lid van het artikel werd de *merchant-seller* (where the seller sells goods in the course of business) die zaken *by description* verkocht[100] namelijk wèl gebonden aan een eis van *merchantable quality*, zie s. 14 (2):

> Where goods are bought by description from a seller who deals in goods of that description (whether he be the manufacturer or not), there is an implied condition that the goods shall be of merchantable quality ... .[101]

Uitzondering hierbij is de situatie dat de koper op de gebreken attent is gemaakt, of de koper de zaken onderzocht heeft en de gebreken bij onderzoek aan het licht komen ('provided that if the buyer has examined the goods, there shall be no implied condition as regards defects which such examination ought to have revealed'), zie voorheen SGA s. 14 (2), thans SGA s. 14 (2C).

In de SGA 1979 s. 14 verviel het vereiste dat de zaken *by description* verkocht waren.[102] Het begrip *merchantable quality* werd vanaf 1973 in de wet gedefinieerd als volgt:

> Goods of any kind are of merchantable quality ... if they are as fit for the purpose or purposes for which goods of that kind are commonly bought as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.[103]

Met het opnemen van een wettelijke definitie werd niet bedoeld de jurisprudentie inhoudelijk te wijzigen.[104]

Het Engelse recht kende dus in de SGA 1979 een algemene regeling van aansprakelijkheid van de merchant-seller voor *merchantable quality*. In 1994 is *mer-*

98 Zie ook Benjamin's (2006) nr. 11-024.

99 Zie Bridge (1997) p. 273. Het limitatieve karakter van het stelsel van sections 13 tot en met 15 moet niet worden verward met het 'open' karakter van de in s. 14 (2) opgesomde elementen, zie verder § 4.5.

100 In de SGA kende men vroeger dus de *sale by description* in s. 13, èn werd in s. 14 als vereiste gesteld dat er een *sale by description* was, door een *merchant-seller*.

101 Schut merkt terecht op dat het beginsel van *caveat emptor* hierdoor wordt 'uitgehold', Asser-Schut 5-I (1981), p. 185. Zie ook Atiyah/Adams (2005) op p. 145 (het begin van Hoofdstuk 13 dat als kopje heeft 'From *caveat emptor* to *caveat venditor*?') en Benjamin's (2006) 11-024.

102 Over de geschiedenis van section 14 zie Benjamin's (2006) 11-025, zie ook Benjamin's (2002) 11-029: 'the restriction reflected the earlier form of the law as to implied warranties or promises and was inappropriate to a more generalised formulation of the seller's duties.' Voor de *sale by description* van s. 13 werd volstaan met (de al in de wet opgenomen) *implied condition* dat de zaken 'will correspond with the description'. Zie ook Atiyah/Adams (2005) p. 157-158.

103 Zie eerst de *Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973*, in 1979 geïncorporeerd als s. 14 (6). Onder 'quality' werd ook verstaan 'the state or condition of the goods', s. 61 van de Act. Zie thans s. 14 (2B).

104 Atiyah/Adams (2005) p. 165, Benjamin's (2002) 11-039.

chantability als centraal begrip vervangen door een ander criterium, namelijk *satisfactory quality*. Het nieuwe s. 14 (2) luidt nu:

> Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality.

De termen *satisfactory quality* en *quality* worden als volgt gedefinieerd:

> (2A) For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.
>
> (2B) For the purposes of this Act, the quality of goods includes their state and condition and the following (among others) are in appropriate cases aspects of the quality of goods
> (a) fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied,
> (b) appearance and finish,
> (c) freedom from minor defects,
> (d) safety, and
> (e) durability.[105]

Het *satisfactory quality*-criterium geldt ook voor de *sale of sample*, s. 15 (2). Verder is voor de consumentenkoop toegevoegd dat mededelingen van voorschakels tot de omstandigheden van s. 14 (2A) horen, zie s. 14 (2D)-(2F).

De bepaling over bijzonder gebruik is inhoudelijk verder ongewijzigd. De merchant-seller staat op grond van s. 14 (3) ook in voor geschiktheid voor bijzonder gebruik wanneer dit gebruik is 'made known to the seller'. In dat geval moeten de geleverde zaken 'reasonably fit' zijn voor het bijzonder gebruik, 'whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied'.[106] Uitzondering is de situatie dat de koper niet op de deskundigheid *(skill and judgement)* van de verkoper afging.[107]

111. Het belang van de voorstellen van de Law Commission

Aan de wijziging van de SGA ligt een belangwekkend rapport van de *Law Commission* ten grondslag. Voordat de voorstellen van de *Law Commission* inhoudelijk aan bod komen, eerst een overzicht van *merchantability* in de rechtspraak.

---

105 Zie *The Law Commission Report 1987* voor de voorgestelde lijst van factoren. Niet overgenomen werden *Suitability for immediate use, Spare parts and servicing facilities*.

106 Opvallend is dat door het criterium 'reasonably fit' toch een zeker objectiverend element is ingebracht. De volledige bepaling luidt: For any particular purpose for which the goods are being bought, there is an implied term that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied, except where the circumstances show that the buyer does not rely, or that it is unreasonable for him to rely, on the skill or judgement of the seller or credit broker.

107 Over bijzonder gebruik zie verder § 5.3.

112. Merchantability in de rechtspraak

Ondanks het feit dat het begrip *merchantability* vanaf 1979 in de wet is gedefinieerd, blijft uiteraard van belang hoe dit begrip vanaf 1893 in de jurisprudentie werd uitgelegd, zeker ook gelet op het feit dat, zoals eerder opgemerkt, met het opnemen van het begrip in de wet niet een inhoudelijke wijziging werd beoogd, en de oude jurisprudentie bijna onvermijdelijk een rol zal blijven spelen in de uitleg en toepassing van de nieuwste bepalingen.[108] De rechtspraak onder de oude SGA ten aanzien van '*merchantability*', tot de invoering van de wettelijke definitie, wordt hier in vogelvlucht beschreven.

In feite worden er twee benaderingen gevolgd: de eerste is de benadering waaruit vanuit het gezichtspunt van de redelijke koper wordt geredeneerd ('acceptability test'), in de tweede benadering staat het begrip '*fitness for purpose*' ('usability test') meer centraal.[109] Hierbij kan worden aangetekend dat in de rechtspraak wel in dezelfde uitspraak naar beide benaderingen verwezen wordt, en het verschil zelfs ook als 'no more than a matter of semantics' bestempeld is.[110] Een kort overzicht op hoofdlijnen geeft het volgende beeld.[111]

De term *merchantability* kan ruwweg worden begrepen als 'verkoopbaar' (commercial saleable)[112], maar dit kan zeer beperkt of zeer ruim worden uitgelegd. Aan de ene kant van het spectrum staat een uitleg waarbij de koper moet kunnen doorverkopen zoals hij in gedachten had, aan de andere kant staat de uitleg waarbij de zaak technisch gezien verkoopbaar is, in de zin dat er altijd wel een koper te vinden is. De jurisprudentie moest hier een acceptabele middenweg vinden.[113]

---

108 In de handboeken wordt *satisfactory quality* in de context van de voorgeschiedenis van *merchantability* besproken, zie bijvoorbeeld Bridge (1997) p. 290. Benjamin's (2006) 11-044 wijst er wel op dat met het verschil in formulering rekening moet worden gehouden. Explicieter is *Chitty on Contracts. Volume II Specific Contracts*, London: Sweet & Maxwell (29th ed.; 2004), 43-086 waar de oude rechtspraak als 'unlikely to be of direct assistance' bij de uitleg van het nieuwe recht wordt bestempeld. Atiyah/Adams (2005) p. 164-165 wijst in dit verband ook op rechtspraak in andere jurisdicties over *merchantability*, die bij nieuwe ontwikkelingen (bijv. computer software) in Engeland van invloed zal zijn. In het volgende wordt, naast de laatste druk van *Benjamin's* uit 2006, ook verwezen naar passages uit de druk van 2002, zie met name 11-032 tot 11-046, die in de nieuwste druk zijn vervallen.

109 Benjamin's (2002) 11-033. Zie ook *The Law Commission Report 1987*, nr. 2.7, waar gesproken wordt over de 'acceptability test', als geformuleerd in de Australische High Court case *Australian Knitting Mills Ltd v Grant* [1936] A.C. 85 (een herformulering van *Bristol Tramways v Fiat Motors Ltd*) en de 'usability test', geformuleerd in *Henry Kendall & Sons v William Lillico & Sons Ltd.* [1969] 2 A.C. 31.

110 Benjamin's (2002) 11-033, voor het laatste verwijzend naar *Bartlett v Sidney Marcus Ltd* [1965] 1 W.L.R. 1013 at 1018. Zie ook *The Law Commission Report 1987*, nr. 2.7 noot 14, met verdere verwijzingen.

111 Zie Atiyah/Adams (2005) p. 175-199, Benjamin's (2002) nrs. 11-032 – 11-043, zie ook G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992) p. 108-110.

112 In Engeland heeft men (inmiddels) zelf ook moeite met het begrip dat in feite buiten de wet geen zeggingskracht meer heeft. Zie uitvoerig *The Law Commission Report 1987*, p. 11, waarover ook § 4.5. Zie ook Atiyah/Adams (2005) p. 164: 'Under the 1893 Act no attempt to define the concept of "merchantable quality" was made, and the matter was left entirely to case law. Probably the word "merchantable" seemed sufficiently precise and appropriate to most lawyers and judges of the time, especially when the cases coming to their attention were mostly commercial contracts between businessmen. But to many, it appeared less appropriate in modern times when applied to consumer sales.' Bridge wijst op de moeilijke toepassing op 'manufactured goods, especially sophisticated goods capable of multiple uses', M. Bridge, What is to be done about sale of goods, *L.Q.R.* 2003, p. 173 op p. 174.

113 Zie helder Benjamin's (2002) 11-032.

Merchantability was tot 1979 nauw verbonden met *description*. Kort gezegd: de zaken moesten onder dezelfde noemer als ze waren gekocht kunnen worden (door)verkocht.[114] Uitdrukkelijk was daarbij niet inbegrepen de eis dat de zaken vrij van gebreken waren.[115] In vroege rechtspraak waren de rechten van de koper beperkt. Met name *Jones v Bright* (1829) gaat van een beperkte visie uit: zolang de zaken maar geschikt zijn voor één van de vele mogelijke doeleinden, is voldaan aan de eis van *merchantability*.[116] Met de case *James Drummond and Sons v E.H. van Ingen & Co* (1887) leken ook andere criteria dan beschrijving en verkoopbaarheid in beeld te komen.[117]

Een belangrijke stap werd in 1910 gezet in *Bristol Tramway Carriage Co Ltd v Fiat Motors Ltd*, waarin *merchantable quality* werd omschreven als:

> ... meaning that the article is of such quality and in such condition that a reasonable man acting reasonably would after a full examination accept it under the circumstances of the case in performance of his offer to buy that article whether he buys for his own use or to sell again.[118]

In *Bristol Tramway* werd dus als criterium gehanteerd of het geleverde 'acceptable' is voor een redelijke koper.[119] Kritiek op deze benadering is dat het criterium 'somewhat circular' is.[120]

De vernieuwing van *Bristol Tramway* werd niet onmiddellijk geaccepteerd, vergelijk de enge visie in *Taylor v Combined Buyers* uit 1924:

> [T]he term merchantable does not mean of good, fair, or average quality. Goods may be of inferior or even of bad quality but yet fulfill the legal requirement of merchantable quality. For goods may be in the market in any grade, good, bad, or indifferent, and yet all equally merchantable. On a sale of goods there is no implied condition that they are of any particular grade or standard. If the buyer wishes to guard himself in this respect he must expressly bargain for the particular grade or standard that he requires. If he does not do so, *caveat emptor*; and he must accept the goods, however inferior in quality, so long as they conform to the description under which they are sold and are of merchantable quality.[121]

Impliciet in de 'acceptability'-benadering van *Bristol Tramways* is de overweging of de koper gelet op de vastgestelde prijs de zaken zou aanvaarden. Het belang van de prijs wordt expliciet in *Australian Knitting Mills Ltd v Grant* waarin als maat-

114 Zie verder over *sale by description* § 4.6.
115 Bridge (1997) p. 293.
116 (1829) 5 Bing. 333. Zie Bridge (1997) p. 294.
117 (1887) 12 App. Cas. 284, Bridge (1997) p. 295.
118 [1910] 2 KB 831.
119 Zie Benjamin's (2002) 11-034.
120 Benjamin's (2002) 11-034, zie ook Atiyah/Adams (2005) p. 175.
121 [1924] NZLR 627, zoals geciteerd bij Bridge (1997) p. 296. Bridge is kritisch ten aanzien van deze beperkte visie: 'Although the case itself concerned manufactured goods, Salmond J's observations belong to a world of horse and agricultural produce sales. Merchantable quality has caused trouble in modern conditions because it does not accommodate goods mass-produced to an attainable standard of perfection.' Bridge (1997) p. 296. Zie vergelijkbaar *Cammell Laird & Co Ltd v Manganeze Bronze and Brass Ltd*, besproken in Benjamin's (2002) 11-038.

staf wordt gehanteerd de prijs die de koper zou betalen wanneer 'fully acquainted with the facts', inclusief 'knowing what hidden defects exist and not being limited to their apparent conditions'.[122]

Prijs is dus wel een element, maar uiteraard is niet bepalend of het geleverde conform de marktprijs (verkoopprijs op de markt) is. Prijs is eerder een indicatie. Als zaken niet geschikt zijn voor een bepaald doel, en bij verkoop voor andere bestemmingen geen prijs die ook maar te vergelijken is met de contractsprijs te realiseren is, kunnen de geleverde zaken als *unmerchantable* worden bestempeld. Als de prijs zodanig laag is dat daarvoor geen zaken met een bepaalde bestemming gekocht kunnen worden, zullen de zaken ook niet voor die bestemming geschikt hoeven zijn.[123]

De verschillende elementen komen samen in de – naar Engelse begrippen – tamelijk recente case, *Henry Kendall & Sons v Williams Lillico & Sons Ltd*[124] uit 1969. In *Henry Kandall* ging het om een extract van Braziliaanse aardnoten, gekocht om te worden verwerkt in vee- en kippenvoer. Het extract bevatte gif, dat het ongeschikt maakte voor kippenvoer, het kon echter wèl in veevoer worden verwerkt.[125] Overigens was het veilige gebruik bij sommige dieren pas nà levering bekend geworden.[126] Het extract werd *merchantable* geacht, omdat het onder dezelfde beschrijving, 'aardnoten extract', tegen een gelijke prijs verkocht kon worden (alleen voor een ander doel dan koper voor ogen had).[127]

Samenvattend kan men zeggen dat het begrip *merchantability* op verschillende manieren ingevuld kan worden, zodat het ook lastig is om te bepalen hoe streng de eisen zijn die aan het geleverde worden gesteld. Dit aspect is onder meer van belang in het kader van de vergelijking met criteria in andere stelsels, zoals bijvoorbeeld het criterium van de gemiddelde kwaliteit (*average quantity*) en de invulling van de autonome begrippen van de CISG. In discussies over art. 35 CISG wordt er vaak van uitgegaan dat *merchantability* inhoudt dat *mindere* kwaliteit geleverd mag worden, mits het maar verhandelbaar is.[128]

De jurisprudentie liet dus twee benaderingen zien, 'geschiktheid' en 'de (redelijke) verwachtingen van de koper'. Beide elementen lijken terug te vinden in de in 1973 in de wet opgenomen definitie van *merchantable quality*:

---

122 (1933) 50 CLR 387. Zie ook Benjamin's (2002) 11-035. Zie Benjamin's (2002) 11-035, die er op wijst dat van belang is 'whether he would *buy* them'. Zie ook Atiyah/Adams (2005), p. 191 e.v., waar er op wordt gewezen dat zaken ook *merchantable* werden geacht wanneer zij doorverkocht konden worden, maar onder (only at a discount) de prijs van het contract. In deze zaak wordt ook uitgesproken dat sprake is van 'strict liability', zie Chitty II (2004) 43-086.

123 Benjamin's (2002) 11-036, zie ook 11-037 en zie ook Benjamin's (2006) 11-032.

124 [1969] 2 *AC* 31. Zie ook *The Law Commission Report 1987*, nr. 2.7 noot 14: Lord Reid adapted an earlier test of Lord Wright in *Cammell Laird & Co Ltd v The Manganese Bronze and Brass Co Ltd* [1934] A.C. 402, 430.

125 Asser-Schut 5-I (1981), p. 185 vermeldt abusievelijk kattevoer in plaats van veevoer (food for cattle).

126 Zie Benjamin's (2006) 11-045. Deze kwestie wordt hier verder niet besproken.

127 Zie Benjamin's (2002) 11-032. Zie ook Atiyah/Adams (2005) p. 176-177, waar het arrest in het kader van 'gebruik' wordt geplaatst. Verder wordt *Sumner Permain & Co Ltd v Webb & Co Ltd*, [1922] 1 KB 55 inzake verkoop van tonic met een in Argentinië verboden ingredient besproken. De verkoper werd niet aansprakelijk geacht.

128 Zie verder § 5.1. Zie daar ook het NAI-vonnis van 15 oktober 2002 inzake *Rijn blend*, dat nog in § 5.1 aan de orde komt, waarin naar *Bristol Tramways* en *Henry Kendall* wordt verwezen, zie ov. 88 zoals daar geciteerd.

> Goods of any kind are of merchantable quality ... if they are as fit for the purpose or purposes for which goods of that kind are commonly bought as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.

In Engeland was echter de kritiek dat de nadruk teveel was komen te liggen op de 'usability test'.[129] Daarbij is van belang dat de term *merchantability* zelf zwaar onder vuur lag. Zie bijvoorbeeld het Rapport van de *Law Commission*:

> 2.10 If the word 'merchantable' has any real meaning today, it must strictly be a meaning which relates to 'merchants' and trade; the word must be inappropriate in the context of a consumer transaction. The expression 'merchantable quality' is, 'and always has been a commercial man's notion: this explains why the original Act [the Sale of Goods Act 1893] did not define it – commercial juries needed no direction on how to make the appropriate findings'. But even in the context of commercial transactions the expression 'merchantable quality' has been criticised. Shortly after the 1893 Act was passed it was pointed out that the words were 'more appropriate ... to natural products, such as grain, wool or flour, than to a complicated machine'. [verwijzend naar in *Bristol Tramways v Fiat Motors Ltd* [1910] 2 K.B. 831, 840, PK] It would seem quite inappropriate today to ask whether a custom-built computer was of 'merchantable' quality. ...
> ... but even in those trades where experts can meaningfully reach a conclusion on this matter, we doubt how far the word 'merchantable' is used other than in the particular context of the Sale of Goods Act because it is the word used in that Act. For all ordinary purposes, the word 'merchantable' is largely obsolete today.

Het verbaast dus niet, dat de term 'merchantability' spoedig uit de wet zou verdwijnen.[130]

De definitie van 1973 kende nog enkele problemen. De vraag was bijvoorbeeld of de definitie ook zag op de situatie dat zaken die voor hun doel geschikt zijn, maar anderszins gebreken vertonen. Met name bij de consumentenkoop kunnen er kleine gebreken in het uiterlijk optreden, hulpstukken ontbreken, etc.[131] Verder kon de definitie zo worden gelezen, dat zaken niet *merchantable* waren indien zij niet geschikt waren voor *alle* mogelijke doeleinden.[132] In *Rogers v Parish (Scarborough) Ltd* gaf de Court of Appeal echter ten aanzien van het eerste probleem een duidelijke aanwijziging. Overwogen werd als volgt:

> Starting with the purpose for which goods of that kind are commonly bought, one would include in respect of any passenger verhicle not merely the buyer's purpose of driving the car from one place to another but of doing so with the appropriate degree of comfort, ease of handling and reliability, and, one may add, of pride in the vehicle's outward and interior appearance. What

129 Zie Benjamin's (2002) 11-040, die stelt dat het element van geschiktheid overheerst, terwijl in een eerdere versie meer de nadruk lag op de verwachtingen van de koper. Zie uitvoeriger *The Law Commission Report 1987* nrs. 2.8 en 2.9.

130 In *Benjamin's* wordt vermeld dat de wijziging in terminologie er duidelijk op is gericht om een formulering te vinden die geschikt is voor zowel consumenten als handelskoop. Benjamin's (2002) 11-049.

131 Zie Benjamin's (2002) 11-040, 11-041 over handelskoop.

132 Benjamin's (2002) 11-042. Zie verder hierover § 4.7.

is the appropriate degree and what relative weight is to be attached to one characteristic of the car rather than another will depend on the market at which the car is aimed.[133]

4.5 Het rapport van de Law Commission van 1987 en de huidige Sale of Goods Act

113. Merchantability ter discussie

In 1987 presenteerden *The Law Commission and The Scottisch Law Commission*, na eerdere consultatie via een *Consultative Document*, een rapport inzake *Sale and Supply of Goods*.[134] In het rapport wordt onder meer de *implied term as to quality*, s. 14 (2) jo. 14 (6), onderzocht.[135] Twee vragen staan centraal:

- is verandering nodig?
- zo ja, in welke zin?[136]

Ten aanzien van de eerste vraag wordt opgemerkt dat voordat een wettelijke definitie van *merchantable* was opgenomen, de term slechts kon worden begrepen via *case law*.[137] De in de wet opgenomen definitie van *merchantability* stuit echter op bezwaren, die als volgt worden samengevat:

> The reasons we gave for this view are set out in Part 2 above, but it may be helpful to summarise them here:
> (i) The word 'merchantable' refers to transactions between merchants and is not suitable for consumer transactions, even in its dictionary meaning. In any event it is also a word of uncertain meaning which is largely obsolete.
> (ii) The present definition relies only on the fitness of goods for their purpose and not on their other characteristics. Despite the recent Court of Appeal decision in *Rogers v Parish (Scarborough) Ltd*, the exact extent to which minor defects and defects of appearance and finish fall within the definition remains unclear.
> (iii) The present definition does not expressly say that the goods must be reasonably durable. There is no doubt that if goods are to be 'merchantable' they must be reasonably durable, but this important point is found only in cases. (nr. 35)

Het geheel schrappen van de definitie in de wet werd niet raadzaam geacht:

> It would not, we thought, be helpful to ask sellers and buyers to rely once again upon a single word to express the required standard of quality, whatever that word might be. (nr. 3.6)

---

133 Zoals geciteerd in Benjamin's (2002) 11-043, ook met instemming geciteerd in *The Law Commission Report 1987* nrs. 2.12 en 2.13.

134 Het rapport is van de *Law Commission* en *Scottisch Law Commission* gezamenlijk (Law COM. No. 160 en Scot. Law COM. No. 104). Gemakshalve refereer ik aan *Law Commission* in het enkelvoud en verwijs naar het rapport als *The Law Commission Report 1987*. De tekst van het rapport is via de *Law Commission's* website niet te raadplegen, maar wordt op verzoek toegezonden.

135 In Part 2 wordt het huidig recht weergegeven, gevolgd door aanbevelingen in Part 3 op dit punt. Part 4 en 5 gaan over *remedies* (*remedies* en *right to reject/terminate*).

136 nr. 3.3.

137 'Different interpretations of the word 'merchantable' had been given by the courts, so that the word could be understood only by reference to the cases.', zie nr. 3.4.

In de aanloop naar de voorgestelde wijzigingen wordt opgemerkt dat de term *merchantable* te zeer is toegesneden op de handelskoop.[138] Het ontwikkelen van verschillende criteria voor verschillende typen koopovereenkomst wordt echter niet haalbaar geacht[139], óók niet voor de consumentenkoop.[140]

De door de Commission gekozen oplossing is als volgt: de wet bevat een bepaald criterium (*a basic principle formulated in language sufficiently general to apply to all kinds of goods and all kinds of transaction*) èn een opsomming, niet-limitatief, van relevante factoren.[141]

114. Het 'acceptability' criterium van de Law Commission

Voor het algemene criterium komt de Commission uit op *a standard of acceptability*, waarbij het geleverde 'fully acceptable' moet zijn.[142] Hierbij wordt uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij *the reasonable person.*

Opgemerkt wordt dat hiermee afstand genomen wordt van het teveel ('extreme reliance') vertrouwen op termen als '*fitness for purpose*' en de '*usability*' test, en meer aansluiting wordt gezocht bij de richting van *Australian Knitting Mills Ltd.* (de 'acceptability'-test). De achterliggende gedachte is dat ook niet-functionele gebreken (*minor or cosmetic imperfections*) niet-aanvaardbaar kunnen zijn.[143] Verder wordt duidelijk gemaakt dat een reden om niet uit te gaan van de (subjectieve) verwachtingen van de koper is dat dit het risico meebrengt dat het kwaliteitscriterium daardoor onnodig verlaagd wordt.[144]

115. Relevante factoren

De opsomming van relevante factoren maakt wellicht beter duidelijk wat hier bedoeld wordt. Naast – uiteraard – *fitness for purpose*, worden meer specifieke elementen opgesomd, namelijk *state or condition, appearance and finish, freedom from minor defects, safety, durability, suitability for immediate use, spare parts and servicing facilities*.[145] Opvallend is dat *fitness for purpose* van centraal element verworden is tot een gezichtspunt:

---

138 'On its face the word is not suitable for non-mercantile transactions.', zie nr. 3.7. Zie verder ook het citaat uit nr. 3.7 in § 1.2.

139 Zie uitvoerig nr. 3.8.

140 Zie nrs. 3.9-3.10.

141 nr. 3.12.

142 Zie de uitvoerige discussie in nrs. 3.14 - 3.27. Drie alternatieven worden achtereenvolgens besproken: een kwalitatief criterium, een neutraal criterium, en het inhoudelijke criterium 'fully acceptable'.

143 Zie nr. 3.24, zie ook nr. 329.

144 Finally, goods which meet a standard acceptable to a reasonable buyer will also, no doubt, conform to his reasonable expectations about their quality. We do not think, however, that the buyer's expectations should form the basis of the test. The reason for this has been mentioned in paragraph 2.11 above: the fear is that reliance on the buyer's expectations would allow the required standard of quality to decline, because if the seller were able to establish that goods of a particular type could reasonably be expected to possess a number of minor defects on delivery, it could then also be argued that such defects were not breaches of contract. In our view such defects should be breaches of contract. *The Law Commission Report 1987*, nr. 3.26.

145 Te vertalen als 'toestand', uiterlijk/aangezicht en afwerking, afwezigheid van kleine gebreken, veiligheid, duurzaamheid/levensduur, onmiddellijke bruikbaarheid, reserve-onderdelen, en service-faciliteiten.

> Although 'fitness for purpose' does extend beyond mere functional fitness, and is, of course, almost always relevant, it is only one among many aspects of quality. Specific mention of fitness for purpose but not of the other aspects may obscure the relevance of those other aspects. (nr. 3.29)[146]

Interessant is ook hoe de lijst wordt beschreven:

> We recommend a wider list, in which no one element would have priority, in which not all the elements would always be relevant, and which would leave room for other, unlisted, matters to be taken into account.[147]

Opmerkelijk daarbij is overigens dat – onder meer – naar § 2-314 UCC wordt verwezen,[148] omdat de opgenomen elementen concreter zijn dan de in de UCC gehanteerde formuleringen.

116. De SGA: Satisfactory quality

Na de publicatie van het rapport van *Law Commission* in 1987 duurde het tot 1994 voordat de wetgeving werd aangepast, zie de eerder genoemde *Sale and Supply of Goods Act 1994* en de *Sale of Goods (Amendement) Act 1994*.[149] De relevante bepalingen kwamen hierboven al aan de orde. Één punt dient hier nog te worden besproken, en dat is de gekozen formulering. In het rapport van de *Law Commission* werd consequent gesproken over 'acceptability'. Uiteindelijk is echter in de wettekst een ander criterium opgenomen, namelijk 'satisfactory quality'. In *Anson* wordt vermeld dat het criterium *acceptable quality* niet werd overgenomen, onder meer omdat dit een te lage standaard zou zijn die de koper er wellicht toe zou brengen om met de geleverde kwaliteit genoegen te nemen, terwijl deze niet 'satisfactory' was.[150] Een andere invulling van de begrippen is echter ook mogelijk, vergelijk Atiyah/Adams, waar ten aanzien van 'satisfactory quality' wordt opgemerkt:

> The 1994 Act substantially adopts these recommendations, but substitutes the words 'satisfactory quality' for the Law Commissions' 'acceptable quality'. It is not altogether easy to understand the reason for this change, as the word 'satisfactory' in many modern contexts tends to be associated with mediocrity.[151]

---

146 Zie ook de bondige samenvatting in Benjamin's (2002) 11-049 en Benjamin's (2006) 11-031.

147 nr. 3.29. Na de stelling "fitness for purpose" does extend beyond mere functional fitness' wordt in een voetnoot verwezen naar *Rogers v Parish (Scarborough) Ltd* [1987] 2 W.L.R. 353.

148 Zie noot 24: For example: U.S. Uniform Commercial Code, s. 2-314; and the proposed Canadian Uniform Sale of Goods Act, s. 5.13(1), adopted by the Uniform Law Conference of Canada (1981).

149 Zie hierover Atiyah/Adams (2005) p. 164-165, waar gewezen wordt op de invloed van andere jurisdicties, waar de oude *merchantability warranty* nog wèl geldt: 'It will not be so easy to apply that case law directly, however, because of the new wording'.

150 Anson (2002) p. 156, onder verwijzing naar 237 H.C. Deb (1993/94), col. 633. Zie verder 139 H.C. Deb. (1987/88) W.A. 705; 165 H.C. Deb (1989/90), vol. 1225.

151 Atiyah/Adams (2005) p. 166. Zie de eerdere opmerking van de *Law Commission* over de term 'reasonable' quality: 'On the other hand a phrase such as "reasonable" quality might imply that goods never had to be of good or high quality.' *The Law Commission Report 1987* , nr. 3.14.

In de andere formulering wordt toch ook een probleem voor toepassing van de oude jurisprudentie gezien.[152] Bradgate echter relativeert het verschil weer, zie zijn opmerking, naar aanleiding van de voorgestelde Europese Richtlijn:

> It is submitted that the requirement that goods be of satisfactory quality, like the previous requirement that they be of merchantable quality (as interpreted in recent reported cases) is, in essence, a requirement that they meet the buyer's legitimate expectations.[153]

117. Relevante factoren

De in de wet opgenomen relevante factoren werden eerder al weergegeven. Het gaat, naast de in de aanhef van s. 14 (2B) genoemde *state and condition*, om de volgende factoren: (a) fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied, (b) appearance and finish, (c) freedom from minor defects, (d) safety, and (e) durability. Van de in het *Law Commission Report* voorgestelde lijst van factoren werden dus niet overgenomen *Suitability for immediate use* en *Spare parts and servicing facilities*.[154] Wèl duidelijk overgenomen is de gedachte van de *Law Commission* dat hierbij tot uitdrukking moet worden gebracht dat het een niet-limitatieve opsomming betreft. In de aanhef van s. 14 (2B) is dit via de vermelding 'among others' duidelijk gemaakt.

Het voert te ver om hier de individuele factoren nader te bespreken.[155] Wel kunnen enkele opmerkingen gemaakt worden over een meer algemeen gezichtspunt, namelijk de prijs.

118. Prijs

In de definitie van *satisfactory quality* speelt prijs een rol, zie s. 14 (2A):

> For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, *the price (if relevant)* and all the other relevant circumstances. (mijn curs., PK) [156]

152 Atiyah/Adams (2005) p. 175-176, zie ook Benjamin's (2006) 11-044, Bridge (2003) op p. 174.

153 Bradgate (1995) p. 100-101.

154 In dit verband kan ook nog worden gewezen op art. 2:203 (Implied requirements) van het ontwerp van de *Study Group for a European Civil Code*, zie met name
(1) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform to the contract unless:
...
(d) they are contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate toe preserve and protect the goods;
(e) they are accompanied by such accessories, installation instructions or other instructions as the buyer could reasonably expect to receive; and
(f) they possess the qualities and performance capabilities the buyer could otherwise (reasonably) expect.

155 Zie bijvoorbeeld Bridge (1997) p. 307-313. Over veiligheid (*safety*) zie Atiyah/Adams (2005) p. 179-181 (het begrip is niet beperkt tot veiligheid voor personen).

156 Zie eerder s. 14 (6): Goods of any kind are of merchantable quality ... if they are as fit for the purpose or purposes for which goods of that kind are commonly bought as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.

De invloed van de prijs komt uitvoerig aan bod in Atiyah's *The Sale of Goods*.[157] Allereerst wordt er op gewezen dat gekeken moet worden naar de soort zaken: een auto die aangeprezen wordt als volkomen geschikt om mee te rijden kost meer dan een autowrak. 'So the price is an important indicator as to what the buyer could reasonably expect.'[158] Wanneer echter de auto als een collector's item wordt verkocht, ligt de zaak weer anders. Als uitgangspunt kan echter gelden dat de koper recht heeft op kwaliteit voor zijn geld: 'The implications of the present law are that a buyer is entitled to value for money.'[159] Daarbij geldt echter ook weer dat de koper zich er niet over kan beklagen dat hij net iets teveel ('paid slightly over the odds') betaald heeft. Zie ook *Benjamin's*:

> Equally, the price may be an indicator of expected quality. But it cannot be conclusive: the buyer might have agreed to pay too high a price. What he is entitled to is something reasonably in line with what he had paid: 'if not to the value of his money, at least to a grade not entirely and hopelessly out of line with what he has paid'. On the other hand, goods may be of unsatisfactory quality though the difference between their price and their actual sale value is slight.[160]

Zie ook het Rapport van de *Law Commission*:

> The factors mentioned are indeed essential in setting the required standard of quality. Clearly goods of a different description may well be expected to be of a different quality, and the price will often be a guide to the quality of the goods.[161]

Kamphuisen lijkt op dit punt ook beïnvloed door het Engels recht, zie zijn (reeds eerder weergegeven) formulering van het verschil tussen een objectieve en een subjectieve leer:

> Daarnaast heeft men de subjectieve leer, die zich afvraagt of van deze bepaalde koper, gezien de inhoud van deze concrete overeenkomst en de speciale omstandigheden van het geval, aan te nemen is, dat hij de koop toch *en wel tegen dezelfde prijs* zou hebben gesloten, indien hij de betrokken eigenschap zou hebben gekend. ... (mijn curs., PK)[162]

4.6 Sale by description

119. Sale by description in het Engelse recht

Momenteel is de *sale by description* het type koop dat aan de verkoper de minste verplichtingen oplegt, de verkoper hoeft alleen maar in te staan voor het feit dat de geleverde zaken aan de omschrijving voldoen. De *sale by description* wordt

157 Atiyah/Adams (2005) p. 190 e.v.
158 Atiyah/Adams (2005) p. 190.
159 Atiyah/Adams (2005) p. 191.
160 Benjamin's (2006) 11-032.
161 Zie *The Law Commission Report 1987*, nr. 3.27.
162 Asser-Kamphuisen (1960) p. 96, zie eerder § 1.4.

hier besproken omdat in een eerder stadium bij de bespreking van het Nederlandse recht de term *description* al ter sprake is gekomen, en de term gebruikt wordt in de voor ons onderwerp relevante bepalingen van de CISG en de Richtlijn consumentenkoop.[163] Voor de vraag wat de verplichtingen van de verkoper ten aanzien van kwaliteit zouden zijn zonder een bepaling zoals art. 7:17 lid 2 met daarin nadere criteria (normaal gebruik) kan in het Engelse recht worden gekeken naar de figuur van *sale by description*, waarbij men zich echter dient te realiseren dat de hierboven al weergegeven rechtspraak met betrekking tot *merchantability* tot ontwikkeling is gekomen deels via de figuur van de *sale by description*.

De *implied term* bij koop op basis van *description* is te vinden in Section 13, waarin wordt bepaald dat 'where there is a contract of the sale of goods by description, there is an implied term that the goods will correspond with the description'.[164] Dit type koop zal zich het meeste voordoen, aangezien hier niet het vereiste gesteld wordt, anders dan bij de 'gewone' koop bedoeld in s. 14, dat de verkoper een *merchant* is.[165]

Wanneer is sprake van een *sale by description*?[166] In de eerste plaats is hiervan sprake wanneer de koper de zaken niet heeft gezien. Maar ook wanneer de koper de zaken gezien heeft en zelf kiest kan er sprake zijn van een *sale by description*, zie s. 13(3). Er hoeft niet sprake te zijn van een expliciet door de verkoper gehanteerde omschrijving.[167] Zoals Lord Wright in *Grant* v *Australian Knitting Midds Ltd* (1936) stelt:

> It may also be pointed out that there is a sale by description even though the buyer is buying something displayed before him on the counter: a thing is sold by description, though it is specific, so long as it is sold not merely as the specific thing, but as a thing corresponding to a description, e.g. woollen undergarments, a hot-water bottle, a second-hand reaping machine, to select a few obvious illustrations.[168]

163 Zie achtereenvolgens § 3.3, § 5.1, en § 5.4.

164 Zie ook Benjamin's (2006) 11-001 en 11-002, waar overigens ook opgemerkt wordt dat eerder sprake is van een *express term* dan van een *implied term*.

165 Atiyah/Adams (2005) p. 146: 'In one sense the three main implied terms in s. 13, s. 14 (2) and s. 14 (3), taken in that order, lay down a series of graduated duties upon the seller, In the first place, there is the implied term that were goods are sold by description the goods must correspond with their description. This applies in far wider circumstances than those in which the two other terms apply but, on the other hand, it does not afford a great deal of protection to the buyer, especially where the description of the goods is not a detailed one. Obviously, for example, a car may be described as a car, potatoes as potatoes, a reaping machine as a reaping machine, but in all cases the goods may be seriously defective.' Over samenloop van *sale by description* en *sale by sample* zie Benjamin's (2006) 11-022.

166 Zie voor deze lastige materie met name Bridge (1997) p. 276 e.v.

167 Niet elke beschrijving wordt echter deel van de inhoud van het contract. In het Engelse recht wordt hier onderscheid gemaakt tussen *pre-contractual misrepresentations* en termen die deel uitmaken (als *condition* of *warranty*) van het contract. Benjamin's (2006) 11-012 e.v. Gewezen wordt ook op de figuur van de *non-promissory condition precedent*. Uitvoerig over de vraag wanneer verklaringen van partijen deel worden van het contract Furmston (2001) p. 139-145.

168 [1936] A.C. 85, 100, zoals geciteerd in Bridge (1997) p. 277, Atiyah/Adams (2005) p. 156, zie ook Benjamin's (2006) 11-010.

De *sale by description* laat zich dus (hoewel *description* ook een rol speelt bij *specific goods*)[169] voor wat betreft de toepassing nog het beste vergelijken met de genus-koop.[170] In het Engelse recht wordt ook wel gezegd dat alleen geen sprake is van een *sale by description* wanneer de koper duidelijk maakt dat hij een bepaalde zaak koopt vanwege unieke kwaliteiten, en dat geen andere zaak zal voldoen.[171]

Een omschrijving (*description*) kan uit de context van een situatie worden afgeleid, en in abstracto is er een onderscheid te maken tussen de omschrijving van een zaak en de kwaliteit ervan. Zie het volgende citaat uit Bridge:

> To revert to Salmond J's example in *Taylor v Combined Buyers Ltd*, a buyer may take the chance of an item proffered being either diamond or glass, but it would be a most unusual contract. Expensive jewellery stores sell gems, not pieces of glass, and the price demanded of the buyer will be the price commanded by a gem and not a piece of glass. In such circumstances, even if the word diamond is not used, the sale of an item got up to look like a diamond and priced like a diamond will be a sale by description of an diamond; the quality of the diamond, however, will be a different matter. Similarly, if a customer picks up in a supermarket a banana that turns out to be made of wax, it will not avail the seller to argue that the customer bought the specific article *tale quale*, taking the chance of it being real or waxen. The contract would be for the sale of a banana.[172]

en:

> The line between defining an obligation and excluding it can be a very difficult one to draw, expecially the closer one gets to the rudimentary descriptive core of an item. It should not be forgotten that a contract may give the seller the right to tender peas or beans; but the description would still be 'peas or beans' and the seller could not tender cabbages.[173]

In de *sale by description* is – thans[174] – de *warranty*-verplichting van de verkoper niet in detail uitgewerkt.[175] Wanneer een geleverde zaak niet aan de *description*

---

169 Zie Bridge (1997) p. 279-283, Chitty II (2004) 43-073.

170 Zie Bridge (1997) p. 279-283.

171 Atiyah/Adams (2005) p. 157: In fact, it is probably true to say that the *only* case of sale not being by description occurs where the buyer makes it clear that he is buying a particular thing because of its unique qualities, and that no other will do. Zie de beschrijving in Atiyah/Adams (2005) p. 156-158, Benjamin's (2006) 11-003. Zie ook Chitty II (2004) 43-074. Vergelijk ook de definities van soortzaken en species-zaak in Nederland. Het lijkt er op dat *description* in het Engelse recht bij species-zaken een soortgelijke functie heeft als garanties in het Nederlands recht. Chitty II (2004) 43-074 geeft het voorbeeld dat tafellinnen beschreven wordt als 'oorspronkelijk in bezit geweest van Charles I' of de verzekering dat een schilderij van een bepaalde artiest afkomstig is.

172 Bridge (1997) p. 277-278.

173 Bridge (1997) p 278.

174 Zie eerder § 4.4.

175 Er wordt wel op gewezen dat in het Engelse recht *description* beperkt is tot essential characteristics. Zie H. Beale & G. Howells, EC harmonization of Consumer Sales Law – A missed opportunity?, *Journal of Contract Law* 1997, p. 21 op p. 28-29, verwijzend naar *T & Harrison v. Knowles and Foster* [1910] 1 KB 608 en *Reardon Smith Line Ltd v Hansen-Tangen* [1976] 1 *WLR* 989; C. Twigg-Flesner, The E.C. Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *Consum. L.J.* 1999, p. 177 op p. 180, verwijzend naar *Ashington Piggeries Ltd v Christopher Hill Ltd* [1971] 1 All ER 847, HL.

voldoet, kan de koper de zaak weigeren. In handelszaken is een zeer geringe afwijking van de *description* hiervoor voldoende.[176] Of het geleverde aan de *description* voldoet hangt af van *trade custom* en *normal commercial understanding*.[177] Wanneer er geen gedetailleerde *description* gegeven is, kan een duidelijke afwijking echter ook voldoende zijn. Een auto werd als 'Herald, convertible, white, 1961, twin carbs' geadverteerd: de geleverde auto die uit twee aan elkaar gelaste delen bestond voldeed niet. Een stier die 'proved to be an bull in name only' voldeed niet.[178] Uit het laatste voorbeeld blijkt echter weer dat de grens met *quality* vaag is.

Hoewel men kan proberen in abstracto het onderscheid tussen hoedanigheid en kwaliteit te maken, lopen in de praktijk de twee toch in elkaar over. Een onderscheid maken tussen de twee wordt door Bridge als 'the chief difficulty' aangeduid.[179]

Hoe verwarrend het onderscheid tussen *identity (description)* en *quality (merchantability)* is blijkt ook uit de volgende passage uit *Benjamin's*:

> In principle, identity and quality are separate notions, and statements as to quality are not to be regarded as part of the description of goods. ... But the line between the two is not easily drawn: where a defect is as to composition or analysis it will frequently be regarded as relevant to the description of the goods, and it is possible for goods to be of such poor quality that they cannot come within the contractual description at all. And it is certainly possible for words relating to quality to form part of the description of goods.[180]

Zie ook het volgende sprekende voorbeeld:

> But the general purpose for which goods are to be used may sometimes be an element in their description; thus it has been suggested that goods described as oysters which were not fit for human consumption might not conform with their description, and it is submitted that goods described by such terms as 'baby food', 'cough mixture', 'cold cure' would not conform with description if they proved totally unsuitable to the purposes indicated by those words.[181]

176 Zie bijvoorbeeld Bridge (1997) p 284-285, Chitty II (2004) 43-076.

177 Benjamin's (2006) 11-021. Problemen of daarmee 'conform' geleverd is blijven. Vergelijk *Pinnock Bros v Lewis and Peat Ltd*, [1923] 1 KB 690 (contract voor copra, geleverd werd copra cake en castor beans). Zie ook over *Ashington Piggeries Ltd v Christopher Hill Ltd*, [1972] AC 441, Bridge (1997) p. 285-286 en Atiyah/Adams (2005) p. 159: 'But he [Lord Wilberforce, PK] went on to say that the Sale of Goods Act was not intended to provoke metaphysical discussions as to the nature of what was delivered as compared with what was sold. The question whether the goods correspond with their description is intended to be a broader, more commonsense, test of a merchantile character. The question whether that is what the buyer bargained for has to be answered according to such tests as men in the market would apply, leaving more delicate questions of condition, or quality, to be determined under other clauses of the contract or sections of the Act.'

178 Zie Benjamin's (2006) 11-018 e.v., zie ook Bridge (1997) p. 283-284, Chitty II (2004) 43-076.

179 Bridge (1997) p. 279: 'In the modern law, the most important issue is the range of the contractual description, the chief difficulty being the separation of words of description and of quality.' Zie ook Chitty II (2004) 43-077.

180 Benjamin's (2006) p. 545. Zie over verschil in samenstelling ook Chitty II (2004) 43-077, waar voor de uiteindelijke beslissing of voldaan is aan de *description* wordt verwezen naar *Christopher Hill Ltd v Ashington Piggeries Ltd* [1972] A.C. 441.

181 Benjamin's (2006) 11-017.

Wanneer de bescherming van de koper alleen bepaald wordt door de *description*, is de koper afhankelijk van de duidelijkheid of gedetailleerdheid daarvan. Niet in elke transactie zal sprake zijn van een duidelijke *description*:

> Express terms relating to the description, quality and fitness of goods sold are, of course, relatively common in commercial transactions. No doubt they are less common in consumer sales other than in the case (sic) technically complex goods such as computers and audio equipment, and goods sold through advertisements placed in news papers of other media.[182]

Voor wat de verplichtingen van de verkoper exact zouden inhouden bij een *sale by description* (zonder het vereiste van *merchantability*, dat tot 1979 ook via s. 14 verbonden was met *sale by description*)[183] kan men in het Engelse recht bij de jurisprudentie te rade gaan.[184]

Bij de jurisprudentie die hierop betrekking heeft kan men onderscheid maken tussen twee typen situaties. In de eerste situatie is er sprake van een kleine afwijking. In deze groep gaat het vooral om handelszaken, waarin – zoals gezegd – streng wordt vastgehouden aan het vereiste dat aan de contractuele specificaties voldaan moet zijn. In de tweede situatie ontbreekt een gedetailleerde omschrijving en is het geleverde zodanig dat het nog de vraag is of aan de omschrijving (hoedanigheid) wordt voldaan. De al genoemde zaken van de stier en de convertible Herald van 1961 vallen in deze categorie.[185] In Atiyah's *The Sale of Goods* wordt het voorbeeld gebruikt van de koop van een 'pure wool' kostuum, dat van een andere stof blijkt te zijn maar wel van goede kwaliteit. De koper zou onder s. 14 geen actie hebben, maar wel onder s. 13.[186]

Hieruit blijkt dat het hanteren van *description* als enige bepalende factor weinig zinvol is. Slechts in situaties waarin men gewend is de zaken 'op omschrijving' aan te duiden, waarbij gedetailleerde specificaties worden gehanteerd, kan conformiteit op die manier bepaald worden. Vergelijk de boven genoemde eerste categorie, en hetgeen eerder is vermeld bij kwaliteitsverplichtingen in het internationale handelsverkeer. In andere situaties komt het gebruik – al dan niet *mede* blijkend uit de beschrijving – al snel in beeld.[187]

---

182 Atiyah/Adams (2005) p. 148. Zie ook Benjamin's (2006) 11-001: 'The case law mixes commercial and consumer transactions with the former heavily predominating', waaraan wordt toegevoegd dat in handelszaken gewoonlijk van 'the strictest applications' sprake is.

183 Bridge (1997) p. 274: '... section 13 therefore operated as a gateway into the merchantable quality condition in section 14 (2).' Zie ook p. 290. Zie verder over de verhouding description-merchantability Bridge (1997) p. 275, Benjamin's (2006) 11-003, verwijzend naar Goode (2004) p. 281-282, 290, 298.

184 Zie bijvoorbeeld voor een overzicht van rechtspraak Benjamin's (2006) 11-018 en 11-019, Atiyah/Adams (2005) p. 158-162.

185 Zie Benjamin's (2006) 11-018 en 11-019.

186 Atiyah/Adams (2005) p. 159.

187 Vergelijk de ook later nog te citeren passage uit het commentaar van het Secretariaat bij de ontwerp tekst voor de CISG: 'Goods are often ordered by general description without any indication to the seller as to the purpose for which those goods will be used. In such a situation the seller must furnish goods which are fit for all the purposes for which goods of the same description are ordinarily used.' Zie *Documentary history*, p. 422.

4.7 Conformiteit in het Engelse recht

120. Inleiding

Na dit algemene overzicht ten aanzien van de formulering van 'conformiteit' in het Engels recht wordt in deze paragraaf de bespreking van het Engelse recht toegespitst op de eerder in Hoofdstuk 1 § 1.4 aangegeven perspectieven.

121. Welk gebruik? Ruim of eng

Naar Engelse recht is al lang onduidelijk of de geleverde zaken geschikt moeten zijn voor *alle* doeleinden waarvoor dergelijk zaken gewoonlijk gebruikt worden.[188] Is er *merchantability* wanneer het geleverde voor sommige doeleinden wèl, en sommige doeleinden niet geschikt is?[189] Atiyah noemt in dit verband een drietal cases.

In de eerst genoemde zaak, *Aswan Engineering Establishment Co v Lupdine Ltd* gaat het om plastic emmers ('pails'), waarin chemisch materiaal vervoerd werd met bestemming Koeweit.[190] In Koeweit worden de emmers gestapeld, in stapels van 6, enkele dagen in de brandende zon bij 60-70°C op de kade gezet, waardoor de emmers het door de hitte begeven en het chemisch materiaal verloren gaat.[191] De Court of Appeal was van oordeel dat de emmers desondanks aan het vereiste van *merchantable quality* voldeden. Atiyah tekent hierbij aan dat de *Law Commission* deze uitkomst wilde wijzigen:

> They took the view, though not without some doubt, that the goods should always be fit for *all* their common purposes, and that the buyer should only be compelled to fall back on s. 14 (3) (particular purpose, PK) when his purpose is an *uncommon* one. Section 14 (2B)(a) is designed to achieve this result by requiring fitness 'for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied'.[192]

De twee andere zaken zijn de eerder (kort) besproken *Kendall*-case en *Sumner Permain*. In de *Henry Kendall*-case ging het om een extract van Braziliaanse aardnoten dat gif bevatte dat het ongeschikt maakte voor kippenvoer, echter niet ongeschikt voor verwerking in veevoer; het extract werd *merchantable* geacht. De *Sumner Permain*-case, *Sumner Permain & Co Ltd v Webb & Co Ltd*, draait om de vraag of overheidsvoorschriften in een ander land relevant zijn voor de verplichtingen van de verkoper.[193] Het ging om verkoop van een drank, tonic, met in Argentinië verboden ingredient, waarvoor de verkoper niet aansprakelijk wordt gehouden.[194] Het lijkt lastig uit deze drie zaken algemene conclusies te trekken. De discussie heeft enigszins een nieuwe dimensie gekregen doordat thans in de

188 In Atiyah/Adams (2005) p. 176 wordt gesproken over 'one major ambiguity', zie ook p. 193.
189 De vraag blijft van belang, ook onder het nieuwe criterium 'satisfactory quality'.
190 Aswan Engineering Establishment Co v Lupdine, Ltd Aswan Engineering [1987] 1 WLR 1.
191 Atiyah/Adams (2005) p. 176.
192 Atiyah/Adams (2005) p. 178.
193 [1922] 1 KB 55.
194 Uitvoerig hierover in de context van de CISG § 5.1.

wet uitdrukkelijk, bij het 'normaal gebruik'-criterium, vereist wordt dat de zaak geschikt is voor '*all* the purposes for which goods of the kind in question ...' Het begrip *merchantable quality* was al vanaf 1973 in de wet gedefinieerd, echter neutraler geformuleerd ('fit for the purpose or purposes for which goods of that kind ...').[195] In de huidige wettekst wordt echter onder art. 2B sub *a* niet alleen gesproken over '*all* the purposes ...', maar over '*all* the purposes for which goods of the kind in question are *commonly* supplied'.[196] Bovendien gaat het, zie thans s. 14 (2A), om de redelijke verwachting (*reasonable to expect*) van de koper.[197]

De hele discussie lijkt dus enigszins academisch, aangezien ook hier een redelijkheidstoets te vinden is in het gehanteerde criterium. Dit besef is ook duidelijk te vinden in Atiyah's *The Sale of Goods*:

> The word 'commonly' which was found in s. 14 (6) and is found in s. 14 (2B)(a) is of course a very difficult word to apply because all depends on the standards of comparison. Some uses, which may appear very uncommon in certain contexts, are perfectly common in a different context.[198]

Uitvoerig wordt daarbij ingegaan op het voorbeeld van de verkoop van oude auto's, waarbij een auto die volstrekt ongeschikt is om mee te rijden nog zeker een waarde kan hebben voor het gebruik van de onderdelen; oude auto's worden zelfs hiervoor speciaal opgekocht omdat de onderdelen gewild zijn, met name bij 'vintage cars'.[199] Het komt dus aan op de uitleg van het woord 'commonly' in voor-

---

195 Vroeger luidde de definitie: 'Goods of any kind are of merchantable quality ... if they are as fit for the purpose or purposes for which goods of that kind are commonly bought as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.'

196 Zie ook, in relatie tot de Europese richtlijn, H. Beale & G. Howells, EC harmonization of Consumer Sales Law – A missed opportunity? *Journal of Contract Law* 1997, p. 21 op p. 29-30. In feite is in de Europese richtlijn ook niet duidelijk of het geleverde geschikt moet zijn voor *alle* 'normale' doeleinden. Zie ook C. Twigg-Flesner, The E.C. Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *Consum. L.J.* 1997, p. 177 op p. 181. Een poging van het Parlement om *quality* nader te bepalen via een lijst met voorbeelden, zoals in de SGA, mislukte. Zie Twigg-Flesner (1997) p. 181-182, verwijzend naar First Report (A4-0029/98, Amendment 22) en Amended Proposal COM (1998) 217 Final.

197 For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.

198 Zie over de eerder besproken cases: 'On the other hand, it is clear that the judges in het above two cases thought this would be an unreasonable result, and where judges find this result unreasonable, it may still be possible in some cases for them to hold the particular purpose in qustion to be an uncommon one, so as to exclude liability under the new provisions. It seems likely that the judges in the *Aswan Engineering* case would have held that the particular use to which the pails were there subjected was very uncommon.'

199 'To take an extreme example, the sale of wrecked cars which will not go, and are totally unroadworthy, for use as a source of spare parts is no doubt a relatively uncommon use in relation to the number of cars which are sold for ordinary use. But the sale of such cars as a source of spare parts is quite common if some different standard of comparison is used. Indeed, a thriving industry exists in which traders buy up old wrecks for this purpose, and sell spares to consumers, especially where the cars are out-of-date models. It is even more common where vintage cars are concerned. But under the present law there is no doubt that a car which was only fit for use as a source of parts would not be regarded as of unsatisfactory quality if it was sold as such, either expressly or by implication.' Zie p. 178. Zie ook P. Schlechtriem, Chapter 6 The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: N.M. Galston en H. Smit (eds.), *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984) op p. 6-20: 'If a car is sold, the seller's obligations with respect to its qualities will depend on whether it is to be employed as a road vehicle, used as scrap metal, or exhibited in the Museum of Modern Act.'

heen s. 14 (6) en thans s. 14 (2B) (a).[200] Bij de bepaling hiervan is de prijs een belangrijke factor.[201]

Zie ook helder op dit punt *Benjamin's*:

> It should be noted however that the fitness required is for '*all* the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied.' This would seem to require the goods to be fit for all normal purposes, but not for abnormal ones. As such it appears to go somewhat further than the previous law, and it was intended to do so. However, the reference to the purpose for which such goods are *commonly* supplied may preserve some flexibility for the courts.[202]

Voor een vergelijkbaar standpunt zie *Chitty on Contracts*.[203]

122. Normaal gebruik en bijzonder gebruik

Deze discussie raakt ook aan en vloeit naadloos over in een ander thema, namelijk de verhouding tussen 'normaal gebruik' en bijzonder gebruik.[204] Uit de constatering dat iets inbegrepen is in de term 'normaal gebruik', of een vergelijkbare term, volgt dat wanneer de verkoper hiervoor geen verantwoordelijkheid wil dragen, hij dit met de koper zal moeten regelen. Zie de volgende constatering:

> The present provision requires 'fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied', so that if the seller knows that goods are not fit for one of the purposes for which goods of the kind are commonly supplied, he must make this known to the buyer.[205]

In de andere situatie zal de koper actie moeten ondernemen:

> A buyer whose complaint was that the goods were unsuitable just for the one use he had in mind must try to bring his case under s. 14 (3) (particular purpose, PK) if he could do so (which would normally mean that he would have to show that he told the seller the particular purpose he had in mind), and could not expect to persuade the court that the goods were altogether unmerchantable.[206]

In het Engelse recht overlappen normaal gebruik en bijzonder gebruik elkaar, dit wordt hier verder niet uitgewerkt.[207]

---

200 Atiyah/Adams (2005) p. 178.
201 'The main reason for this is that regard must be had to the price when considering the question of unsatisfactory quality.' Atiyah/Adams (2005) p. 178.
202 Benjamin's (2006) 11-038, zie ook Goode (2004) p. 299.
203 Chitty II (2004) 43-087.
204 Zie ook uitvoerig § 5.3.
205 Atiyah/Adams (2005) p. 176.
206 Atiyah/Adams (2005) p. 177.
207 Zie Atiyah/Adams (2005) p. 176 en ook, met voorbeelden uit de rechtspraak, Bradgate (1995), p. 99, noot 40 en Bridge (1999) § 1.28. Zie ook Atiyah/Adams (2005) p. 168-170. Vergelijk de voorbeelden uit de jurisprudentie zoals gegeven in *Benjamin's* (2006) 11-057, waar vermeld wordt: 'Many of these involve a concurrent breach of section 14 (2).' Zie ook *Chitty on Contracts*: 'There is a considerable overlap between ss. 14 (2) and 14 (3) and claims under both subsections are frequently made.' Chitty II (2004) 43-100.

123. Subjectief of objectief? Verwachtingen van partijen of kwaliteit van zaken

Zoals gezegd werden in het oude recht bij de invulling van het *merchantability*-concept twee benaderingen gevolgd: de eerste is de benadering waaruit vanuit het gezichtspunt van de redelijke koper wordt geredeneerd ('acceptability test'), in de tweede benadering staat het begrip '*fitness for purpose*' ('usability test') meer centraal.[208] Men zou in het verschil in beide opvattingen ook het verschil tussen een subjectieve en een objectieve visie kunnen zien: de 'usability test' is meer objectief omdat het gebruik in het algemeen centraal staat, terwijl in de 'acceptability test' meer naar de omstandigheden wordt gekeken.

Ten aanzien van het *satisfactory quality*-criterium is er geen duidelijkheid. Volgens sommigen gaat het uitdrukkelijk om een 'subjectief' criterium:

> The reasonable person must be one who is in the position of the buyer, with his knowledge; it would not be appropriate for the test to be based on a reasonable third party observer not acquainted with the transaction and its background.[209]

Zie ook *Chitty on Contracts* voor een dergelijke invulling:

> The reference to 'a reasonable person' suggests an objectieve standard, but presumably must take into account the position of the individual buyer and must necessarily presuppose that the reasonable person is fully acquainted with the condition of the goods (including any hidden defects) and would with that knowledge regard them as being of a satisfactory standard.[210]

In *Chitty* wordt daarbij opgemerkt dat *description* en prijs relevant zijn voor de bepaling van wat de koper mag verwachten.[211]

124. Objectivering: de 'reasonable buyer'. Normatieve uitleg

Uitgaand van een beoordeling vanuit een concrete situatie, is de vraag of de conformiteit moet worden beoordeeld vanuit het perspectief van *deze* koper of van een redelijke koper in deze situatie.[212]

Het perspectief van beoordeling wordt tamelijk uitvoerig besproken in het rapport van de *Law Commission*, in de beschouwingen over het aan te leggen 'basis'-criterium. De *Law Commission* komt daarbij, zoals eerder besproken, uit op *a standard of acceptability*,[213] waarbij uitdrukkelijk aansluiting wordt gezocht bij

---

208 Benjamin's (2002) 11-033 (niet in 2006 editie overgenomen).
209 Benjamin's (2006) 11-031, zie ook Benjamin's (2002) 11-049.
210 *Chitty on Contracts. Volume II Specific Contracts*, London: Sweet & Maxwell (29th ed.; 2004) 43-086.
211 In determining the appropriate standard, it will obviously be relevant to take account of any description of the goods: this is particularly the case where the goods are described as having certain characteristics, e.g. 'heavy duty' equipment, or are described as second-hand or sub-standard goods. The price may also be relevant in that the buyer may reasonably expect a standard of quality that is not grossly out of line with the price that he has paid. But all other relevant circumstances may be taken into account. *Chitty on Contracts. Volume II Specific Contracts*, London: Sweet & Maxwell (29th ed.; 2004) 43-086.
212 Zie ook eerder § 4.4 en § 4.5
213 Zie de uitvoerige discussie in nrs. 3.14 - 3.27, zie ook eerder § 4.5.

the reasonable person. De verwachtingen van de individuele koper zijn niet relevant.

> Like the other tests discussed above, and like the present standard of quality in section 14 (6) of the 1979 Act, this test is an objective one because it turns on what is acceptable to a *reasonable* person. The goods in question may not be acceptable to the actual buyer, but this will not be sufficient to justify a claim for breach of contract. [214]

Het gaat dus om het volgende:

> ... would the reasonable person regard the quality of the goods as meeting an acceptable standard in the circumstances?[215]

Daarbij wordt opgemerkt dat dit criterium voor de praktijk, zowel in de sfeer van consumentenkoop als bij 'more sophisticated buyers and sellers', duidelijk betekenis heeft ('it is a question which has a meaning, and one which it is possible to answer').[216]

In het rapport van de *Law Commission* wordt de noodzaak van een onderscheid tussen subjectieve verwachtingen en redelijke verwachtingen als volgt geformuleerd:

> In one sense any objective test which does not depend on the viewpoint of the *actual* buyer must contain some concept of reasonableness whether it is made express or not. An inevitable distinction will have to be drawn between the buyer's actual claim and what it is reasonable that he should be entitled to claim. The courts will therefore have to apply some standard of what is reasonable in any event. It seems preferable to us that this should be brought into the open, as it is in the existing definition in section 14(6) of the 1979 Act.[217]

De *Law Commission* opteert voor het criterium van de redelijke verwachtingen. Het belang van criteria ('standards') wordt in Atiyah's *The Sale of Goods* gerelativeerd als volgt:

> All rely heavily upon the test of reasonableness: would a reasonable buyer, if he knew the condition of the goods, accept them under the contract? Would a reasonable buyer expect goods of the condition to be delivered under that sort of contract?[218]

---

214 nr. 3.20.

215 *The Law Commission Report 1987*, nr. 3.22. De CISG hanteert als standaard niet de reasonable person, maar 'persons buying goods of this contract description' Zie het commentaar van het secretariaat: 'The standard of quality which is implied from the contract must be ascertained in the light of the normal expectations of persons buying goods of this contract description.' *Documentary history* p. 422. Zie verder § 5.1.

216 This basic principle asks a question: would the reasonable person regard the quality of the goods as meeting an acceptable standard in the circumstances? This question does not, of course, lay down an objectively ascertainable standard of quality, but it is a question which has a meaning, and one which it is possible to answer. We think therefore that this test is a more helpful one for retailers, consumers and their advisers while remaining appropriate for more sophisticated buyers and sellers. *The Law Commission Report 1987*, nr. 3.22. Zie verder uitvoeriger over het rapport eerder § 4.5.

217 nr. 3.21.

218 Atiyah/Adams (2005) p. 175.

Daarmee is de cirkel rond:

> Tests which depend so heavily upon standards of reasonableness tend to be somewhat circular in practice. What is the buyer entitled to expect under the contract? Answer – goods of satisfactory/merchantable quality. What is satisfactory/merchantable quality? Answer – goods of that quality (roughly speaking) which it is reasonable to expect. What would the buyer reasonably expect? Answer – goods suitable for reasonable use. What is reasonable use? Answer – the sort of use which a reasonable buyer would intend. And so on.

De toe te passen criteria worden daarmee *juridische* normen. Zie, naar aanleiding van de beslissing van de Court of Appeal in *Rogers* v *Parish (Scarborough) Ltd*, waarin de norm van 'merchantable quality' uit de 1973 Act los werd gezien van case law, in Atiyah's *Sale of Goods*:

> It must be suggested that the reasoning in this case was fallacious. The court assumed here that the application of the statutory definition in the old s. 14 (6) was a *question of fact* but the introduction of reasonableness into the definition meant that questions of evaluation were necessarily involved. It is not possible to posit the 'reasonable man' and ask how he would behave as though that were a question of *fact*. How a reasonable man would behave in any given circumstances is not a fact, but an *evaluation*. Questions of reasonableness require the court to provide the answer from its sense of justice, but that means that detailed analaysis and illustration must remain necessary unless every case is to be disposed of by an appeal to the court's idiosyncratic views on what justice demands. That would, surely, be quite unacceptable in such a large and important area of law as this. This same point can be made in relation to the new section, which provides that goods are satisfactory if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory.[219]

4.8 Engels contractenrecht: implied terms

125. Inleiding

Met name de in de vorige paragraaf weergegeven standpunten kunnen ook in een bredere context worden geplaatst, namelijk uitleg van overeenkomsten en het algemeen contractenrecht. In deze paragraaf wordt eerst kort aandacht besteed aan positie en functie van *implied terms* in het Engelse recht, waarna in de volgende paragraaf het onderwerp uitleg uitvoeriger aan de orde komt.

126. Implied terms en uitleg

Eerder werd al kort aangegeven dat de voor conformiteit relevante bepalingen in de SGA in het Engelse recht als *implied term* worden aangeduid.[220] In aanvulling op hetgeen eerder is opgemerkt ten aanzien van de uitleg van met name het *mer-*

219 Atiyah/Adams (2005) p. 175. Voor Nederlands recht zie J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 2 § 15, p. 193 e.v.

220 Zie § 4.4,

chantability criterium en de meer recente bepaling s. 14 met het *satisfactory quality*-criterium, is het zinvol ook de positie en uitleg van *implied terms* in Engels recht in het algemeen kort uiteen te zetten.[221]

Beschrijving van de inhoud van een contract en de uitleg ervan wordt in het Engelse recht sterk bezien vanuit het onderscheid tussen *express terms* en *implied terms*.[222] Dit onderscheid, dat bijvoorbeeld van belang is voor de werking van de *parol evidence rule*[223] hoeft hier verder geen behandeling. In het volgende staat de *implied term* centraal.

Bij *implied terms* gaat het om drie groepen:

- *terms implied in fact*
- *terms implied in law*
- *custom or usage*.

Wanneer is er sprake van een *term implied in fact*, dat wil zeggen een bepaling die, hoewel niet expliciet opgenomen, vanuit de feiten ingelezen wordt in het contract? Met name de *officious bystander test* en de *business efficacy test* leiden tot een *term implied in fact*.[224] Bij de eerste situatie gaat het om 'something so obvious that it goes without saying', zodanig dat als een derde bij de totstandkoming van de overeenkomst aanwezig was geweest en gesuggereerd had dit in het contract op te nemen, de contractspartijen enigszins korzelig met een 'Oh, of course!' zouden reageren.[225] Bij de tweede situatie gaat het om een contractsbepaling nodig voor 'business efficacy', om zakelijk gezien de overeenkomst zin te geven of zinnig te doen zijn. Bij beide tests gaat het om een subjectieve benadering, en niet om de vraag wat redelijke partijen in die situatie zouden oordelen.[226]

De eerste 'leading case' met betrekking tot een *term implied in fact* is *The Moorcock*-case uit 1889.[227] Een weergave van de feiten helpt illustreren wat een

221 Voor de beschrijving van het Engelse contractenrecht in het algemeen zal voor wat betreft handboeken met name worden verwezen naar *Chitty on Contracts. Volume I General Principles*, London: Sweet & Maxwell (29th ed.; 2004) en *Chitty on Contracts. Volume II Specific Contracts*, London: Sweet & Maxwell (29th ed.; 2004) (Chitty I is van de hand van A.G. Guest en Chitty II van A.G. Guest, F.M.B. Reynolds and D.R. Harris); G. Treitel, *The law of contract*, Thomson Sweet & Maxwell (11th ed.; 2003); J. Beatson, *Anson's law of contract*, Oxford: Oxford University Press (28th ed.; 2002); M.P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Butterworths LexisNexis (14th ed.; 2001); en P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press (5th ed.; 1995). Zie ook H.G. Beale, W.D. Bishop & M.P. Furmston, *Contract. Cases & Materials*, Butterworths Lexis Nexis (4th ed.; 2001) en H. Beale e.a., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart (2002).

222 Zie Treitel (2003) Hoofdstuk 6, Anson (2002) Hoofdstuk 4 II en III, Atiyah (1995) Hoofdstukken 10 en 11. Zie ook M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer, p. 134, p. 175-176.

223 Treitel (2003) p. 195.

224 Zie Treitel (2003) p. 201-203, Anson (2002) beschrijft beide onder het kopje *business efficacy and necessity*.

225 De test is ontleend aan *Shirlaw v Southern Foundries* uit 1926, zie verder Treitel (2003) p. 201 noot 10. Zie overigens ook Honnold (3rd ed.; 1999) die de frase 'it goes without saying' leent, zie nr. 139.

226 Treitel (2003) p. 203-204. Zie ook Bridge (1997) p. 272.

227 (1889) 14 PD 64. Zie onder meer Beale, Bishop & Furmston (2001) p. 412-414, Anson (2002) p. 146-147. Zie ook H. Beale e.a., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart (2002) p. 585. Algemeen aanvaard is dat redelijkheid alleen onvoldoende basis is voor een *term implied in fact*. Zie hierover, met vermelding van het andere standpunt van Lord Denning, Gerard McMeel, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, Oxford: Oxford University Press (2007) § 11.18 en 11.19. Zie ook J.M. van Dunné, Normatieve uitleg à l' anglaise. Investors Compensation Scheme (1998) als de Engelse Haviltex-zaak, in: *Contracteren internationaal* (Grosheide-bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006) p. 103 op p. 116. Zie ook N. Kornet, The Moorcock (1889) LR 14 P.D. 64 ('Europese klassiekers'), *NTBR* 2005, p. 108.

implied term inhoudt. Een reder kreeg toestemming van de eigenaar van een werf om een schip te laden en te lossen. Het waterpeil aan de aanlegsteiger was zodanig dat bij eb het schip droog kwam te liggen en schade opliep. In lagere instantie werd aangenomen dat er een *implied undertaking* aan de kant van de werf-eigenaar was 'to take reasonable care to ascertain that the bottom of the River at the jetty was in such a condition as not to endanger the vessel using their premises in the ordinary way', hetgeen bevestigd werd door de Court of Appeal.[228]

Bij een *term implied in law* gaat het om een algemene bepaling of regel, die steeds in een bepaald type overeenkomst 'ingelezen' wordt.[229] Het kan hierbij gaan om een wettelijke regel (neergelegd in een *statute*) of een regel die in de jurisprudentie toegepast (en verder ontwikkeld) wordt.[230] Het gaat hier dus om de functie die in het Nederlandse recht ten dele vervuld wordt door aanvullend recht (vergelijk in de *common law* het begrip *default rules*), ten dele door rechtersrecht.[231] Recent is het onderscheid tussen *terms implied by law* en *terms implied in fact* door Lord Steyn ook omschreven als het verschil tussen 'general default rules' en 'ad hoc gap fillers.'[232]

In het Engelse recht wordt het verschil tussen een *term implied in fact* en een *term implied in law* gepresenteerd als niet echt fundamenteel. Opgemerkt wordt wel dat het bij *terms implied in law* soms om dusdanig complexe bepalingen gaat dat niet aan de 'Oh, of course'-test voldaan zou worden. Wel worden ook bij erkenning van een *implied term in law* ruimere maatstaven en overwegingen (*wider considerations*) gehanteerd. Treitel noemt als voorbeeld s. 14 SGA, waarvoor de rechtvaardiging niet gevonden kan worden in de *business efficacy-test*:

> ... it is perfectly possible to imagine a workable contract of sale which did not contain such a term.[233]

In de literatuur ontkomt men er dan ook niet aan te erkennen dat het voor hetzelfde geld gezegd kan worden dat het bij de *term implied in law* in feite gaat om het opleggen van een wettelijke verplichting[234], en dat hierbij policy-overwegingen bepalend zijn.[235] Een gemeenschappelijke noemer zou liggen in het perspectief van 'the reasonable expectations of the contracting parties'.[236]

---

228 Voor discussie over de basis voor de *implied term* in deze zaak zie o.a. McKendrick (2003) p. 377. Zieverder Furmston (2001) p. 157 e.v.; Van Dunné (2006) op p. 115-116.

229 Over de criteria hiervoor zie – niet geheel duidelijk – McKendrick (2003) p. 374.

230 Anson (2002) p. 149. Voor voorbeelden zie Furmston (2001) p. 148-153.

231 Vergelijk in dit verband de term 'default rule', gebruikt in Anson (2002) p. 149. Ter vermijding van misverstanden: van een *term implied in law* kan in het Engelse recht niet steeds worden afgeweken en deze is in die zin dus ook dwingend. Zie Treitel (2003) p. 207 noot 67 en p. 251 e.v. Zie ook M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer, p. 136 over het onderscheid tussen autonome en heteronome verplichtingen, en over de aanvullende wet.

232 Zie McMeel (2007) § 10.02 met verwijzingen.

233 Treitel (2003) p. 208.

234 Treitel (2003) p. 208-209.

235 Treitel (2003) p. 210-211, Anson (2002) p. 149, zie ook McKendrick (2003) p. 365. Zie ook McMeel (2007) § 10.07 en 10.08. Zie uitvoeriger ook over ontwikkeling van nieuwe *implied terms* § 10.09 e.v.

236 McKendrick p. 394. Zie verder over 'default rules' onder meer Beale, Bishop & Furmston (2001) p. 456 e.v.

Tot slot moet worden opgemerkt dat in het Engelse recht ook niet consequent onderscheid gemaakt wordt tussen de categorieën *terms implied in law* en *terms implied in fact*. Treitel noemt in dit verband bijvoorbeeld de *Moorcock*-case, waarin sommige formuleringen, hoewel er geen sprake was van een *terms implied in law*, duidden op een sterk objectiverende benadering van de test(s) voor een *term implied in fact*.[237] Er is uiteraard een verband tussen *implied terms* en uitleg. Zie McMeel:

> The synergy between the objective principle (bij uitleg, PK) and English law's default regime of implied terms by law both ensures that it is difficult to argue that no contract had been formed and supplies the presumptive content of the resulting obligations. Implication is also an objective process.[238]

127. SGA en implied terms

Vermeld werd reeds dat Treitel s. 14 SGA als voorbeeld noemt van een *implied term*. In *Anson* wordt in het hoofdstuk over de contractsinhoud uitvoerig stilgestaan bij de diverse *implied terms* in de SGA. De rationale wordt weergegeven als volgt:

> Contracts for the sale of goods are of such everyday occurrence, and are commonly made with so little consideration of the exact legal results which the parties would desire to produce by it, that if their rights and obligations were to be determined only by what they say or do when they make the contract their reasonable expectations would often be defeated. Consequently certain conditions and warranties are *implied* in a contract of sale, originally by common law, but since 1893 in sections 12-15 of the Sale of Goods Act 1893. The provisions are now re-enacted (with amendments) in the Sale of Goods Act 1979.[239]

In *Anson* wordt vermeld dat er bij een zorgvuldig geredigeerd en gedetailleerd contract weinig plaats is voor het inlezen van een *term implied in fact*.[240] Deze laatste opmerking in *Anson* duidt op een verschil tussen Engels en Nederlands recht dat hier aangestipt moet worden, voordat uitleg in Engeland en Nederland meer algemeen kan worden vergeleken, namelijk de *parol evidence*-rule.

128. Uitleg en parol evidence

In het Engelse recht geldt de *parol evidence*-regel, op grond waarvan bij een schriftelijke overeenkomst bewijs van eerdere (mondelinge) verklaringen is uitgesloten.[241] De regel kent echter zoveel uitzonderingen, dat de vraag gerechtvaardigd

237 Treitel (2003) p. 211-212, zie ook verder op p. 212-213.
238 McMeel (2007) § 3.38.
239 Anson (2002) p. 153, zie ook McKendrick (2003), die op p. 365-370 uitvoerig ingaat op de *implied terms* in de SGA.
240 Anson (2002) p. 147-148.
241 Zie over de *parol evidence*-regel Anson (2002) p. 38-39, zie ook op p. 160-161, Treitel (2003) p. 192, McKendrick (2003) p. 329-334, McMeel (2007) § 5.24 e.v.

is of men hier nog van een regel kan spreken.[242] Een 'uitzondering' is de situatie dat de tekst van het contract onduidelijk is: in die situatie is aanvullend bewijs toegestaan. De regels omtrent *parol evidence* kunnen hier verder onbesproken blijven.[243]

4.9 Uitleg in het Engelse contractenrecht

129. Inleiding

In het Engelse recht wordt meer dan in het Nederlandse recht bij uitleg onderscheid gemaakt tussen verschillende situaties. Zo wordt uitleg van verklaringen bij de totstandkoming van de overeenkomst als een apart onderwerp gezien, evenals de uitleg van bedoeling van partijen ten aanzien van het onderscheid tussen een *term* en een *representation*. Bij de totstandkoming van de overeenkomst wordt een objectieve maatstaf aangelegd.[244] Aangezien bij de uitleg van een overeenkomst ook een (dezelfde) objectieve maatstaf wordt aangelegd, is in Nederlandse ogen het onderscheid niet zinvol.[245] Het onderscheid tussen een *term* en een *representation* is van belang voor de basis voor de mogelijke actie van de wederpartij: breach of misrepresentation.[246] Bij het onderscheid tussen een *term* en een *representation* wordt ook een objectieve test toegepast.[247] Zoals McKendrick stelt:

> The disctinction therefore depends on the words used by the parties and their behaviour; it does not depend upon their innermost thoughts.[248]

Op het onderscheid tussen een *term* en een *representation*, dat naar het onderwerp dwaling leidt, wordt hier verder niet ingegaan.

---

242 Uitvoerig over de uitzonderingen Treitel (2003) p. 193-201, waar maar liefst 13 (!) uitzonderingen worden opgesomd. Zo ook Furmston (2001) op p. 137-138. Zie ook Van Dunné (2006) op p. 113-114.

243 Zie wel nog de bespreking van de I.C.S.-case, waar onder nr. 3 van de door Lord Hoffmann gegeven regels aan de *parol evidence*-regel wordt gerefereerd.

244 Zie McKendrick (2003) Chapter 2, Treitel (2003) p. 171-175 (die alleen aandacht besteedt aan uitleg in verband met de totstandkoming, en niet echt ingaat op uitleg van het contract zelf, vergelijk Chapter 6), Anson (2002) p. 31 en p. 71, Beale, Bishop & Furmston (2001) p. 196-199. De maatstaf wordt ook als volgt weergegeven: 'Our law is generally based on an objective theory of contract. This involves adopting an external standard given life by using the concept of the reasonable man.' Lord Steyn, Contact Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men, 113 *L.Q.R.* 433 (1997), geciteerd door McKendrick (2003) op p. 24. Zie overigens ook nog de totstandkomingsgeschiedenis van de CISG, zie Farnsworth in: C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milan: Giuffrè (1987) Art. 8 aant. 1.

245 Voor Nederlands recht zie het *Misverstands*-arrest (HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS, *AA* 1977, p. 654 m.nt. Van Schilfgaarde) inzake totstandkoming en *Ram/Matser* (HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 125 m.nt. GJS) inzake uitleg, vergelijk Asser-Hartkamp 4-II (1989) nr. 281. Zie ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 2 § 10, p. 159 e.v.

246 Zie hierover McKendrick (2003) p. 315 e.v.

247 Vergelijk bijvoorbeeld Lord Denning in *Oscar Chess Ltd v Williams* [1957] 1 WLR 370, zie McKendrick (2003) op p. 317 e.v., Zie ook Van Dunné (2006) op p. 116.

248 McKendrick (2003) p. 322.

130. Objectieve uitleg

Uitgangspunt bij de uitleg van een contract in Engeland is het vaststellen van de (gezamenlijke) bedoeling van partijen, waarbij echter sterk de nadruk wordt gelegd op het feit dat het gaat om de *door partijen tot uitdrukking gebrachte* bedoelingen.[249] Zoals uitgedrukt, om slechts één voorbeeld uit velen te noemen, door Lord Steyn in *Deutsche Bank*: 'Intention is determined by reference to expressed rather than actual intention.'[250] Of de uitleg van de verklaringen van partijen strookt met hetgeen zij in werkelijkheid bedoelden wordt hierbij niet relevant geacht. Enkele treffende zinsneden van de Amerikaanse Justice Holmes worden in dit verband vaak geciteerd. Bijvoorbeeld de volgende passage:

> Nothing is more certain than that parties may be bound by a contract to things which neither of them intended, and when one does not know of the other's assent.[251]

Bij de uitleg van de verklaringen gaat het niet om hetgeen de spreker bedoelde, maar hetgeen iemand normaal gesproken zou bedoelen. Ook hier wordt vaak verwezen naar Justice Holmes:

> The objective approach on interpretation has been well described by Oliver Wendell Holmes in an article about legal interpretation: 'we ask, not what this man meant, but what those words would mean in the mouth of a normal speaker of English, using them in the circumstances in which they were used'.[252]

De objectieve interpretatie blijft voorop staan. Zie bijvoorbeeld Hughes:

> This is not to say, however, that a person 'you, me or the judge' who is construing a text has to pretend to be in the situation in which the parties found themselves. In other words, the enquiry really is objective. The question is not 'what was it like to be there' but, given the circumstances, 'what do I, a reasonable person, think the parties achieved, what was the bargain they struck'?[253]

---

249 McMeel (2007) § 1.124, § 2.10 e.v., § 3.32. Zie rechtsvergelijkend en met verwijzingen naar CISG, UP en PECL § 2.13 e.v. Zie J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1971) op p. 358 e.v., Van Dunné (2006) op p. 115. Zie ook Marco Pistis, Commercial Contracts: Literal and Purposive Approach, 4 June 2006 (zie www.mondaq.com): 'The English approach to interpretation is based on the intention of the parties in the construction of contracts and commercial textbooks confirm this assumption. However this assumption is modified by the idea that the intention of the parties is relied upon by the law only to extent of the outward manifestations of contractual intent. This means that there is no space for subjective considerations.'

250 Zie Pistis (2006).

251 Holmes, The Path of the Law, 19 *Harvard L. Rev.* 457 (1897), zoals geciteerd door Pistis (2006). Zie echter in dit verband de vierde en vijfde uitlegregel in de *I.C.S.*-case.

252 Pistis (2006).

253 Martin Hughes, Standby Letters of Credit and Demand Guarantees, *Butterworth Journal* May 2005, ook in Mondaq Business Briefing (zie www.mondaq.com).

131. 'From literalism towards contextualism': de Investors Compensation Scheme-case

De traditionele visie is dat bij de uitleg van schriftelijke contracten een op de tekst gerichte uitleg prevaleert.[254] Met de belangrijke case *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* uit 1998[255] lijkt een andere weg ingeslagen, de weg 'from literalism towards contextualism.'[256] In de case zelf wordt aangegeven dat 'almost all the old intellectual baggage of 'legal' interpretation has been discarded.'[257] Aangezien in het volgende slechts beoogd wordt om het kooprecht te plaatsen in de context van het algemene contractenrecht, wordt volstaan met bespreking van deze case, waarin bij wijze van 'restatement' de regels voor uitleg van schriftelijke contracten worden neergelegd.[258]

132. Feiten en achtergronden van de Investors Compensation Scheme-case

In de *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society*-case gaat het om een zeer specifieke procedure.[259] In de jaren '80 werd een groot aantal oudere (60 tot 70 jaar) huiseigenaren door tussenpersonen ('independent financial advisers') (leden van de Financial Intermediaries, Managers and Brokers Regulatory Association, FIMBRA) bewogen tot deelname aan 'home income plans', waarbij hypothecaire zekerheid werd gevraagd voor leningen, aangegaan om te investeren in 'equity-linked bonds'.[260] Door prijsdaling van de equities en huizenprijzen, en rentestijgingen, kwamen de huiseigenaren in grote problemen.[261] De gedupeerde huiseigenaren startten juridische procedures. Er werd een *wettelijke* regeling getroffen, op grond waarvan claims tegen tussenpersonen via een

254 Zie McKendrick (2003) p. 398. Zie ook M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer, p. 159.

255 [1998] 1 WLR 896, 1 All E.R. 98. De case wordt wel aangeduid als 'the most cited contract case in recent years', zie McKendrick (2003) p. 314. Zie ook Van Dunné (2006) op p. 104. Zie ook Kim Lewison, *The interpretation of contracts*, London: Sweet & Maxwell (3rd ed.; 2004) Chapter 1.

256 McKendrick (2003) p. 398. Zie ook de eerdere cases, *Prenn v Simmond*, [1971] 1 WLR 1381, waar 'de context' al van belang werd geacht, en *Reardon Smit Line Ltd v Yngvar Hansen-Tangen* [1976] 1 WLR 989. Lord Wilberforce gaf in beide cases een speech, en Lord Hoffmann verwijst in zijn speech in *Investors* naar beide cases. Zie ook McKendrick (2003) p. 399-400. Zie echter Anson (2002) p. 161-162 waar de 'oude' regels voor uitleg nog worden weergegeven. Zie verder Lewison (2004), die in § 1.01 de regels uit *Investors Compensation Fund* weergeeft, en in § 1.02 enkele latere nuancerende uitspraken. Zie ook McMeel (2007) § 1.93 - 1.103 en § 1.104 e.v. voor een weergave van (latere) rechtspraak waarin de moderne visie wordt neergelegd en bevestigd. In Chitty I (2004) wordt, onder verwijzing naar *Investor Compensation Fund*, de betekenis van uitlegregels gerelativeerd, zie 12-045. Zie ook Van Dunné (2006) op p. 107 en 113 voor een bespreking van andere cases.

257 Zie McKendrick (2003) p. 404, die wijst op de invloed op de uitleg van exoneraties. Zie ook Van Dunné (2006) op p. 116-117.

258 Zie verder uitvoerig McMeel (2007) Chapters 7 en 8. Zie ook McMeel (2007) § 1.121 e.v., met vermelding van de vier regels voor uitleg geformuleerd in *The Starsin*-case; in de vierde regel wordt het belang van rechtszekerheid benadrukt.

259 Uitvoerig Lord Hoffmann, p. 108 e.v., zie ook J.M. van Dunné, Humpty Dumpty en uitleg van overeenkomsten, *AA* 2007, p. 557.

260 Onder het Home Insurance Plan (HIP) kan de huiseigenaar tot 50% van de waarde van zijn woning lenen, waarmee vervolgens belegd kan worden. Gedaagde W.B.B.S. verkocht nog HIP's, terwijl al van officiële kant waarschuwingen werden uitgebracht. Zie *The Independent (London)* 29 mei 1998, p. 26. De HIP is inmiddels verboden.

261 p. 108 h e.v.

schadefonds afgewikkeld konden worden. Het fonds kan vervolgens op basis van cessie van vorderingen van de gedupeerden zich verhalen. In het arrest *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* van 1998 inzake het schadefonds, Investors Compensation Scheme Limited (hierna: I.C.S.) en gedupeerden[262] tegen hypotheekhouder West Bromwich Building Society (W.B.B.S.) staat de reikwijdte van de cessie van claims van gedupeerden aan I.C.S. centraal.[263] Dit hangt af van de uitleg van een bepaling in een Claim Form. Dit is het formulier dat de gedupeerden moesten ondertekenen om voor vergoeding uit het fonds in aanmerking te komen.[264] In genoemd Claim Form werd duidelijk verwezen naar section 3(b) ('subject to section 3(b) ...'), waarin expliciet bepaald wordt door I.C.S. dat de gedupeerde een recht op 'abatement' jegens hypotheekhouder West Bromwich Building Society ('W.B.B.S.') behoudt. De vraag is wat de reikwijdte van section 3(b) is. Section 3(b) luidde als volgt:

> I.C.S. agrees that the following claims shall not be treated as a 'Third Party Claim' [as defined in section 4 of this form] for the purposes of this agreement and that the benefits of such claims shall enure to you absolutely:
> *Any claim (whether sounding in rescission for undue influence or otherwise) that you have or may have against the West Bromwich Building Society* in which you claim an abatement of sums which you would otherwise have to repay to that Society in respect of sums borrowed by you from that Society in connection with the transaction and dealings giving rise to the claim (including interest on any such sums). (mijn curs., PK)[265]

Abatement betekent 'reduction', en op grond van deze bepaling behielden gedupeerden dus de mogelijkheid de hypotheekschuld te verminderen.[266] Het geschil draait om de vraag of de bewuste passage letterlijk moet worden gelezen, of dat

---

262 In de procedure is niet alleen I.C.S. eiser, maar ook twee groepen gedupeerden, aangeduid als 'Alford' en 'Armitage', die 380 gedupeerden vertegenwoordigen. Zie ook Who's suing who in *The (London) Times* van 31 januari 1998.

263 Lopende de procedure bereikte het schadefonds, Investors Compensation Scheme Limited (hierna: I.C.S.) met hypotheekhouder West Bromwich Building Society (W.B.B.S.) een schikking, waarbij W.B.B.S. 13 miljoen pond betaalde aan I.C.S. Berichten in *The Times*, 26 mei 1998, Business section, *The Guardian City*, 4 juni 1998, p. 25, en *Birmingham Post*, 9 juli 1998. Ook hier is het schokkend hoe lang gedupeerden een juridische strijd hebben moeten voeren. Zie een bericht in *The Times (London)* van 16 januari 1999 inzake een beslissing van Justice Evans-Lombe over de 'joint enterprise' van W.B.B.S. en Fisher Prew-Smith. Over de moeilijke positie van de gedupeerden wordt in het bericht opgemerkt: 'If money has been tight, justice has been in even-shorter supply', en refererend aan de tijdsduur: 'But this appalling episode of mis-selling has taken an unconscionable time to be addressed. Cynics might have divined an unspoken wish that the complaints might expire with the complainants.'

264 De relevante bepaling luidde:
I/we understand that subject to section 3(*b*) below
1. I/we are not obliged to make a claim under this scheme.
2. Investors' Compensation Scheme Ltd. ... will take over my/our rights and claims against Fisher Prew-Smith and other third parties on the payment of any compensation as described in the Transfer of Rights at section 4 of this form... .
Zie p. 101 j – 102 a, p. 110 f e.v.

265 Zie p. 102 b en p. 110 j. zie p. 104 g e.v. Zie overigens ook de omschrijving van 'Third Party Claim' onder nr. 12 van de Claims Form, zie p. 112 a.

266 Zie McMeel (2007) § 1.114 - 1.116.

de eigenlijke bedoeling was dat de tekst, met de woorden 'sounding in rescission' buiten de haakjes geplaatst, zou luiden:

> Any claim sounding in rescission (whether for undue influence or otherwise) ...[267]

Het gaat hier dus om een situatie van massa-claims, in een zeer specifieke procedure, die ook voor een speciaal aangewezen rechter, Evens-Lombe J., gevoerd wordt. Evens-Lombe oordeelde in een eerdere procedure dat 'the more natural meaning of the words' de door de gedaagden voorgestane uitleg was, maar dat dit een 'ridiculous result' zou opleveren, en wees vonnis in het voordeel van I.C.S.[268] In de procedure die naar het House of Lords ging kwam hij tot hetzelfde oordeel over de uitleg: de door I.C.S. voorgestane uitleg prevaleerde wegens 'the need for an efficient system to enable I.C.S. to recover its outlay'.[269]

In hoger beroep kwam de Court of Appeals, Leggatt LJ, tot hetzelfde oordeel over de 'natural meaning of the words', maar vond de gevolgen niet 'commercially ridiculous'.[270]

133. Lord Hoffmann's opinion

Lord Hoffmann gaat, voordat hij de regels over uitleg formuleert, uitgebreid in op de achtergrond van de zaak. Hij geeft de gebruikte formulieren weer, en besteedt daarbij met name aandacht aan de door I.C.S. aan gedupeerden verstrekte Explanatory Note:

> 1. Under this document, once you have received your compensation from I.C.S., you will not be able to sue the 'Participant Firm' mentioned above in relation to the claim which led to that compensation. This is because your claim is being met by I.C.S. instead. (Paragraphs 2 and 3).
> 2. But I.C.S. in turn may wish to recover some or all of its outlay to you by suing the firm, and you promise to help I.C.S. if I.C.S. decides to do so (Paragraph 8).
> 3. Further, since you are being compensated in relation to this claim, you should not expect any more money for it from the firm (or liquidator) (second half of paragraph 3); and any money sent to you because of it (e g by the liquidator) is really due to I.C.S. instead of to you, so you must pay the money to I.C.S. (paragraph 5).
> 4. You also agree that I.C.S. should be able to use any rights which you now have against anyone else in relation to the claim. Examples might be directors of the firm or other persons also

267 Section 3(b) letterlijk lezend houden de gedupeerden het recht om van W.B.B.S. 'abatement' te eisen, waarbij zij elke juridische basis aan hun vordering ten grondslag kunnen leggen. In de lezing van I.C.S. en W.B.B.S. werd *elke* 'claim sounding in rescission' aan I.C.S. overgedragen, waardoor veel meer aan I.C.S. werd gecedeerd en de basis voor een actie van de gedupeerden sterk werd beperkt. De meerderheid van het House of Lords (per Lord Hoffmann) kiest voor de door I.C.S. en W.B.B.S. bepleite uitleg, terwijl in de *dissenting opinion* van Lord Lloyd via een zeer objectieve uitleg voor de 'plain meaning' wordt gekozen. Vergelijk Lord Lloyd op p. 105 f – 106 a. Zie bijvoorbeeld McMeel (2007) § 1.115 – 1.116.

268 p. 103 c-e, p. 113 – p. 114.

269 p. 103 f. Verder oordeelde hij dat een gedeeltelijke cessie ongeldig was. Het is dus I.C.S. die in beroep ging. De overwegingen ten aanzien van cessie worden hier verder buiten beschouwing gelaten.

270 p. 103 h en p. 114 d. Legatt LJ verwees hierbij naar *Alice Through the Looking Glass,* zie ook Van Dunné (2006) en met name Van Dunné (2007).

responsible for causing the loss for which you are being compensated. You give up all those rights and transfer them to I.C.S. (paragraph 6).[271]

Pas daarna zet hij de regels voor uitleg uiteen, daarbij overigens er zorgvuldig voor wakend de regels niet als 'nieuw' te presenteren, maar als volgend uit eerdere jurisprudentie en als voldongen feit.[272]
De door lord Hoffmann geformuleerde regels over uitleg van een schriftelijke overeenkomst zijn:[273]

(1) Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract.
(2) The background was famously referred to by Lord Wilberforce as the 'matrix of fact,' but this phrase is, if anything, an understated description of what the background may include. Subject to the requirement that it should have been reasonably available to the parties ... it includes absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man.
(3) ...[274]
(4) The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. The background may not merely enable the reasonable man to choose between the possible meanings of words which are ambiguous but even (as occasionally happens in ordinary life) to conclude that the parties must, for whatever reason, have used the wrong words or syntax. ...[275]
(5) The 'rule' that words should be given their 'natural and ordinary meaning' reflects the common sense proposition that we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents. On the other hand, if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had.[276]

---

271 p. 112 c. 'Although the form was obviously trying not to use too much legalese, it could not have been easy for the ordinary retired home owner to understand. It referred to technical concepts like 'sounding in rescission' and 'in debt, breach of contract, tort, breach of trust or in any other manner whatsoever.' I.C.S. therefore also provided an Explanatory Note which was a model of clarity ...', p. 112 b.

272 Vergelijk in de Verenigde Staten Justice Cardozo in de befaamde *MacPherson*-case, zie hierover Klik (2005) op p. 177 e.v., m.n. p. 178.

273 Uitvoerig hierover Van Dunné (2006), met weergave van het arrest op p. 105-106. Zie ook Tjittes (2007 WPNR) op. p. 420-421. De tekst van de relevante overwegingen van het arrest is ook te vinden in de Engelse handboeken, zie McKendrick (2003) p. 400-401, Furmston (2001) p. 136-137, Beale, Bishop & Furmston (2001) p. 403-404.

274 (3) The law excludes from the admissible background the previous negotiations of the parties and their declarations of subjective intent. They are admissible only in an action for rectification. The law makes this distinction for reasons of practical policy and, in this respect only, legal interpretation differs from the way we would interpret utterances in ordinary life. The boundaries of this exception are in some respects unclear. But this is not the occasion on which to explore them.
Vergelijk in dit verband ook art. 8 lid 3 CISG, vergelijk verder § 1.4. Bij deze derde regel zijn de nodige kanttekeningen te plaatsen. Zie ook Van Dunné (2006) op p. 118.

275 Van Dunné (2006) op p. 107 ziet in regel 4 de kern van de nieuwe leer.

276 p. 114 e.v.

Op basis van deze regels concludeert Lord Hoffmann dat de in eerste instantie gegeven uitleg (waarbij aan het resultaat dat letterlijke lezing van de tekst zou opleveren voorbij werd gegaan) correct was.[277]

134. De uitlegregels van de I.C.S.-case

Hoewel Lord Hoffmann – uiteraard – eerst de feitelijk context van de procedure uitvoerig schetst, en vervolgens ook uitvoerig ingaat op de consequenties van de door hem voorgestane uitleg, zijn de regels algemeen geformuleerd, en zoals ook blijkt uit zijn aanhef, ook duidelijk bedoeld als een 'restatement'.

Bij elke regel kan men kanttekeningen of aanvullende opmerkingen plaatsen.[278] Hier kan echter worden volstaan met twee constateringen, namelijk dat het bij uitleg om de 'reasonable person' gaat, en dat een letterlijke of grammaticale uitleg ook hier expliciet is afgewezen.

In de eerste regel wordt gerefereerd aan de 'reasonable person'. Eerder werd al geconstateerd dat bij de in het kooprecht gehanteerde begrippen steeds uitgegaan werd van een 'redelijke' uitleg, en dat ook de figuur van de *implied term* gebaseerd is op gedachten over hetgeen partijen wensen overeen te komen, waarbij bij de *implied term by statute*, zoals de kwaliteits-*warranty*, duidelijk ook policy-overwegingen een rol spelen.

Een letterlijke of grammaticale uitleg wordt afgewezen, waarbij, zie de vierde en vijfde regel, ook expliciet erkend wordt dat mensen in hun taalgebruik fouten maken. Lord Hoffman werkt dit in zijn speech verder uit met literaire verwijzingen.[279] De toehoorder die hetgeen gezegd wordt juist begrijpt, doet het niet fout, maar begrijpt dat de ander een fout gemaakt heeft.[280] De vijfde regel, die slechts een uitwerking is van de vierde regel waarin al erkend wordt dat mensen soms verkeerde woorden gebruiken òf syntactische fouten begaan, is gericht tegen het oordeel in de lagere instantie, waarin uitgegaan wordt van de 'natural meaning of words'.[281]

Wat toch enigszins verbaast, is dat in de overwegingen van Lord Hoffmann ten aanzien van de uitleg van de Claims Form en de redelijkheid van de uitkomst niet echt gerefereerd wordt aan het feit dat het hier niet om een normale commerciële transactie gaat, maar om de afwikkeling van massa-schade waarvoor zelfs een wettelijke regeling is getroffen.[282]

---

277 'If one applies these principles, it seems to me that the judge must be right and, as we are dealing with one badly drafted clause which is happily no longer in use, there is little advantage in my repeating his reasons at greater length.' p. 115 e-f. Lord Hoffman merkt dus terzijde op dat de bepaling niet meer gebruikt wordt. Zie ook op p. 110 e, waar vermeld wordt dat in de loop der tijd verschillende versies zijn gebruikt.

278 Zie bijvoorbeeld McKendrick (2005 b) p. 204-207. Zie ook voor kritiek, naar aanleiding van de *Sirius*-case, *The Lawyer*, 14 februari 2005, de rubriek Commercial and Chancery p. 20.

279 O.a. onder verwijzing naar naar Mrs. Malaprop. Hierover met uitleg Van Dunné (2006) op p. 107-108, en ook Van Dunné (2007). Zie ook McMeel (2007) § 2.05 - 2.09.

280 Zie ook Van Dunné (2006) op p. 107.

281 Zie de Court of Appeals, Legatt L.J., en zie ook de nog te bespreken *dissenting opinion* van Lord Lloyd. Anders in eerste instantie Evens-Lombe J, die gelet op het resultaat ('ridiculous result') aan de letterlijke betekenis voorbijgaat.

282 Zie bijvoorbeeld de door Lord Hoffmann eerder gegeven uiteenzetting van de wetgeving, met name § 2.10 van de in 1990 door de Securities and Investments Board opgestelde Financial Services (Compensation of→

135. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Om de veranderingen helder aan te geven worden in de literatuur verschillende termen gebruikt. De 'strict objective approach' is vervangen door 'a so-called 'purposive', 'commercial' or 'modern' approach'.[283] Hoewel deze aanpak in het algemeen met instemming lijkt te zijn ontvangen, zijn er uiteraard ook kritische geluiden ten aanzien van de ommezwaai, waarbij onder meer wordt gewezen op het belang van rechtszekerheid en in dat verband 'English law's historical status as the pre-eminent law of choice for international commercial transactions'.[284] Het belang dat in de commerciële praktijk gehecht zou worden aan de (rechts)zekerheid van letterlijke interpretatie kan echter ook worden gerelativeerd. Vergelijk het volgende citaat:

> The idea of Sir Staughton (een van de meer traditionele Lords, PK[285]) that business men would prefer a general rule that words mean what they say in ordinary English can be quite easily subjected to criticism if we think about the language used in drafting a modern contract. It is indeed a very technical and obscure language, exceptionally difficult to understand for people who do not have a legal background. In this particular situation the parties can often write something which is unclear or that they did not mean or that they did not completely understand. When this happens the modern approach is welcome so as to protect the real common intention of the parties and if the legal interpretation is a tool so as to fulfil the reasonable expectations of honest men, the courts should use this tool.[286]

Een mooie conclusie ten aanzien van de moderne opvatting kan zijn:

> ... the modern approach is probably formed by elements of the objective approach and purposive approach together in order to better accomplish and give effect to the reasonable expectations of commercial people.[287]

Investors) Rules 1990, inzake cessie, zie p. 109-110. Zie ook de verwijzing naar de eerdere procedure over de beslissing van I.C.S. bepaalde schadeposten niet te honoreren, waarbij het House of Lords oordeelde 'that the I.C.S. had acted withing its powers', zie op p. 112 g-h. In de literatuur wordt ook vaak gewezen op het verschil tussen uitleg van een contract en uitleg van wetgeving.

283 Gerard McMeel, The rise of commercial construction in contract law [1998] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* p. 382 op p. 383, zie ook Marco Pistis, Commercial Contracts: Literal and Purposive Approach, 4 June 2006 (zie www.mondaq.com). Zie ook uitvoerig McMeel (2007) § 1.23 - § 1.35. Voor een duidelijke afwijzing van 'literalism' zie de *Sirius*-case, de *opinion* van Lord Steyn.

284 'From this perspective, Lord Steyn's statement (in paragraph 19 of the Sirius case report) that 'If possible it [literalism] should be resisted in the interpretative process' is quite shocking. It remains to be seen whether a development which seems, at least to me, to introduce into English law a healthily pragmatic approach to the construction of contracts will impair English law's historical status as the pre-eminent law of choice for international commercial transactions'. Zie Hughes (2005).
Zie ook Pistis, onder verwijzing naar de volgende passage in de *opinion* van Lord Lloyd in *I.C.S.*: 'Purposive interpretation of a contract is a useful tool where the purpose can be identified with reasonable certainty. But creative interpretation is another thing altogether. The one must not be allowed to shade into the other'. Pistis (2006). Zie ook Van Dunné (2006) op p. 115 (die van 'stemmingmakerij' spreekt).

285 Zie McMeel (2007) § 1.107.

286 Pistis (2006).

287 Pistis (2006).

4.10 Samenvatting en conclusies

136. Samenvatting en conclusies

De vraag of een algemene werkbare definitie van de kwaliteitsverplichting van de verkoper mogelijk is, is in Engeland onderwerp van uitvoerig debat geweest.[288] Een deel van de uiteenzettingen in bijvoorbeeld Atiyah's *The Sale of Goods* staat in de sleutel van deze vraag, waarbij onder meer uit de rechtspraak het volgende wordt geciteerd:

> Any attempt to forge some exhaustive, positive and specific definition of such a term, applicable in all cases, would soon be put to mockery by some new undreamt of set of circumstances.[289]

Het thans voor het meer algemene type koop, *sale*, geldende conformiteitsbegrip laat een opmerkelijke ontwikkeling zien. Vanuit de handelskoop is op verschillende manieren inhoud gegeven aan het *merchantability*-criterium, vroeger gekoppeld aan *sale by description*. Daarbij was sprake van twee benaderingen, 'geschiktheid' en 'de (redelijke) verwachtingen van de koper', zowel een objectieve (op de zaak gericht) als een subjectieve invulling (op partijen in de concrete situatie) derhalve, die beide in de in 1973 in de wet opgenomen definitie van *merchantable quality* zijn terug te vinden. Het voordeel van een duidelijke wettekst, ook in de rechtspraak, wordt in Engeland (een *common law* jurisdictie!) ook onderkend.[290]

Het begrip *merchantability* zelf bleek echter steeds minder betekenis te hebben, en niet geschikt te zijn voor consumentenkoop. In het Rapport van de *Law Commission* van 1987 werd voor de volgende oplossing gekozen: de wet bevat een basis-criterium en een niet-limitatieve opsomming van relevante factoren. Voor het algemene criterium werd voor een 'standard of acceptability' gekozen, dat echter in de in 1994 tot stand gekomen wetgeving vervangen is door een ander basis-criterium, namelijk *satisfactory quality* (ten aanzien van *state and condition*). Dit basis-criterium wordt verduidelijkt door middel van een niet-limitatieve opsomming van relevante elementen. Het niet-limitatieve karakter van de opsomming wordt via de formulering 'among others' in de aanhef van s. 14 (2B) expliciet gemaakt. De door de *Law Commission* opgesomde factoren zijn grotendeels overgenomen. Naast *fitness for purpose* worden meer specifieke elementen opge-

288 Zie hierover ook § 1.2

289 Rougier J, in de *Aswan Engineering*-case, [1987] 1 WLR 1, zoals geciteerd in Atiyah/Adams (2005) p. 165. Zie verder m.n. p. 164-167, zie ook p. 174-175.

290 Zie bijvoorbeeld (naar aanleiding van het opnemen van het element 'freedom from minor defects' in de wettekst) de opmerking: 'It may be that they are unnecessary: dicta on the 1973 definition of Mustill L.J. in *Rogers v Parish (Scarborough) Ltd* had sought to give guidance on this very point. But the Court of Appeal is not always invoked in disputes over the quality of goods supplied. The guidelines should make it clearer to all tribunals at every level, especially in consumer cases, that such defects may render goods of unsatisfactory quality, without the need for guidance from appellate courts.' Benjamin's (2006) 11-038. In *Rogers* [1987] Q.B. 933, zoals geciteerd in Benjamin's (2006) 11-038 noot 95, werd als relevent aangemerkt: '... not merely the buyer's purpose of driving the car from one place to another, but of doing so with an appropriate degree of comfort, ease of handling and reliability, and, one may add, of pride in the vehicle's outward and interior appearance.'

somd, zoals *appearance and finish, freedom from minor defects, safety, durability*. Niet overgenomen werden *Suitability for immediate use, Spare parts and servicing facilities*.

In het Engelse recht is inmiddels heel duidelijk 'fitness for a purpose' als centraal element vervangen door een lijst met criteria, waarvan 'fitness for purpose' slechts onderdeel is. Met andere woorden: geschiktheid voor gebruik is niet langer de 'controlling notion'.[291]

Uiteraard is met een heldere formulering in de wet de uitkomst in specifieke zaken niet bepaald.[292] Zo ook de volgende constatering in Atiyah's *The Sale of Goods*:

> There is still plenty of scope for a judge to manoeuvre, so that the outcome of particular cases will no doubt continue to be influenced by the view the judge forms of the *reasonableness* of the plaintiff's behaviour. (mijn curs., PK)[293]

In het Engelse recht worden verschillende typen koop onderscheiden: *sale by description*, *sale*, en *sale by sample*. Voor het onderwerp conformiteit lijkt dit onderscheid niet relevant. De verschillende typen laten zich – zoals in het Nederlandse recht, de CISG, en de Europese Richtlijn consumentenkoop – zeer goed verenigen. De *sale by description* werd apart beschreven, onder meer om te onderzoeken in hoeverre een algemene aanduiding of omschrijving (de begrenzing van *sale by description* is lastig te beschrijven) door de verkoper voldoende duidelijkheid biedt over conformiteit. Hoedanigheid en kwaliteit laten zich echter moeilijk afbakenen en het hanteren van *description* als enige bepalende factor blijkt weinig zinvol. Ook in het Engelse recht komen de verwachtingen die de koper mag hebben ten aanzien van kwaliteit alweer snel in beeld.

De antwoorden in het Engelse recht op enkele meer algemeen geformuleerde vragen zijn als volgt.

Aangegeven wordt dat onduidelijk is of geleverde zaken geschikt moeten zijn voor *alle* doeleinden waarvoor dergelijk zaken gewoonlijk gebruikt worden. Dit lijkt echter eigenlijk meer een academische kwestie, aangezien in het relevante criterium wordt gesproken over '*all* the purposes for which goods of the kind in question are *commonly* supplied'; ook hier gaat het om de redelijke verwachting (*reasonable to expect*) van de koper. De prijs is overigens hierbij een belangrijk element.

Het spanningsveld dat al bij de toepassing van het *merchantability*-concept bestond tussen twee benaderingen blijft. In de eerste benadering wordt vanuit het gezichtspunt van de redelijke koper geredeneerd ('acceptability test'), in de tweede benadering staat het begrip '*fitness for purpose*' ('usability test') meer centraal. Ten aanzien van het *satisfactory quality*-criterium is er op dit punt geen duidelijkheid, hoewel aangetekend kan worden dat in het belangrijke rapport van de *Law*

291 Zie Benjamin's (2006) 11-031, zie ook 11-038.
292 Zie eerder hierover § 1.2
293 Atiyah/Adams (2005) p. 164.

Commission afstand werd genomen van de beperkte opvatting van 'usability' en de aandacht meer verlegd werd naar 'acceptability test'; dit moet echter ook vooral in het kader geplaatst worden van de aanpassing die nodig werd geacht om de bij een consumentenkoop te stellen eisen meer tot zijn recht te laten komen.

Vanuit een concrete situatie is de vraag hoe de conformiteit moet worden beoordeeld. Hier wordt zeer nadrukkelijk aansluiting gezocht bij *the reasonable person*. Het belang van verschillende gehanteerde criteria ('standards') wordt overigens gerelativeerd ('All rely heavily upon the test of reasonableness ...'). De beoordeling van de *reasonable man* is daarbij niet een feitelijke kwestie, maar een juridische oordeel.

In het slot van het deel over Engelse recht wordt als algemene achtergrond aandacht besteed aan de positie van *implied terms* (zoals s. 14 SGA) in het Engelse recht en de algemene uitleg-problematiek. Daarbij wordt erop gewezen dat bij de in het kooprecht gehanteerde begrippen steeds uitgegaan werd van een 'redelijke' uitleg, en dat ook de figuur van de *implied term* gebaseerd is op gedachten over hetgeen partijen redelijkerwijs wensen overeen te komen, waarbij bij de *implied term by statute*, zoals de kwaliteits-*warranty*, duidelijk ook policy-overwegingen een rol spelen. Een letterlijke of grammaticale uitleg, of een uitleg vanuit de 'natural meaning of words', wordt zeer expliciet afgewezen.

5 CISG en Europese Richtlijn consumentenkoop

5.1 Conformiteit in de CISG. Normaal gebruik

137. Inleiding

Gelet op het grote belang van het uniforme kooprecht voor het eigen interne Nederlandse recht wordt de regeling van de conformiteit in art. 35 van het Weens Koopverdrag besproken. Hierbij zal aandacht worden besteed aan de *documentary history* (totstandkoming van de Verdragstekst), de literatuur, en rechtspraak. De begrippen 'normaal gebruik' en *merchantability* staan hierbij centraal.[1] Of geleverde zaken aan eisen van buitenlandse wetgeving moeten voldoen wordt apart in § 5.2 besproken. Het begrip 'bijzonder gebruik' wordt in § 5.3 behandeld, waarbij een vergelijking wordt gemaakt tussen diverse rechtssystemen (LUVI en UCC enerzijds, CISG en BW anderzijds). In § 5.4 e.v. wordt de Europese Richtlijn consumentenkoop besproken. Daarbij wordt met name aandacht bestaan aan de naast de 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' opgenomen aanvullende criteria.

138. Totstandkomingsgeschiedenis

Een weergave van de geschiedenis van bepalingen van het Weens Koopverdrag begint onvermijdelijk met de corresponderende bepalingen van LUF en LUVI.[2] In art. 33 LUVI werd de verplichting van art. 19 (aflevering geschiedt door afgifte van een zaak die aan de overeenkomst beantwoordt) nader uitgewerkt, als volgt:

> *Article 33*
>
> 1. The seller shall not have fulfilled his obligation to deliver the goods where he has handed over:
>
> (a) part of the goods sold or a larger or a smaller quantity of the goods than he contracted to sell;
>
> (b) goods which are not those to which the contract relates or goods of a different kind;
>
> (c) goods which lack the qualities of a sample or model which the seller has handed over or sent to the buyer, unless the seller has submitted it without any express or implied undertaking that the goods would conform therewith;

---

1 Voor een eerdere bespreking van het in art. 35 gehanteerde begrip *description* zie § 4.6.

2 Zie John O. Honnold, *Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (1989) p. 1. Zie ook Bianca in: C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milan: Giuffrè (1987), Art. 35 aant. 1.1, I. Schwenzer in: P. Schlechtriem & I. Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 1, René Franz Henschel, *The Conformity of Goods in International Sales. An analysis of Article 35 in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, København: Forlaget Thomson (2005) Chapter 2, p. 53 e.v.

(d) goods which do not possess the qualities necessary for their ordinary or commercial use;
(e) goods which do not possess the qualities for some particular purpose expressly or impliedly contemplated by the contract;
(f) in general, goods which do not possess the qualities and characteristics expressly or impliedly contemplated by the contract.
2. No difference in quantity, lack of part of the goods or absence of any quality or characteristic shall be taken into consideration where it is not material.

Met art. 33 LUVI als uitgangspunt werd in de Working Group, die van 1970 tot 1976 aan voorstellen voor de 1976 Draft Convention werkte, al snel, in de derde sessie in 1972, besloten om de opsommming van art. 33 lid 1 *a* tot en met *f* te vereenvoudigen:

> The opinion was also expressed that subparagraphs 1 (a) to 1 (f) were too complex and that it was not desirable to attempt to enumerate, in an exhaustive list, all possible cases of non-conformity. In the view of some representatives, a preferable approach would be to set forth a short statement of a general principle coupled with a few specific examples.[3]

Een concept van de hand van een 'drafting party' (bestaande uit de *common law* landen Groot-Brittanië en de Verenigde Staten) bevatte in essentie de tekst zoals die thans ook luidt.[4] De tekst geeft, in vergelijking met art. 33 LUVI, in lid 1 beter weer dat de verplichtingen van de verkoper uit het contract moeten worden afgeleid,[5] en de onderverdeling in 6 elementen is teruggebracht tot 3[6] (een nieuw vierde element, de eisen die aan de verpakking mogen worden gesteld, is later toegevoegd).[7] Opvallend is dat 'verhandelbaarheid', zie LUVI art. 33 lid 1 sub *d* (*ordinary or commercial use*), weggevallen is.[8] De opsomming is cumulatief.[9]

Tijdens de jaarlijkse bijeenkomst van UNCITRAL in 1977, waarin de Working Group 'Sales' draft werd besproken, is, voor zover hier van belang, de tekst niet meer gewijzigd. Na goedkeuring door de Commissie[10] in 1978, verzorgde het secretariaat een commentaar, waarin bij het conformiteitsartikel onder meer wordt vermeld:

---

3 *Documentary history* p. 103, nr. 49. Een door de Noorse delegatie voorgestelde korte tekst werd door sommigen echter weer te beknopt gevonden, zie nr. 51: Several representatives did not find the above proposal entirely satisfactory. In the view of these representatives, it was important to have a precise and exhaustive list of what constituted non-conformity so that the buyer could determine whether or not the seller was in breach of his obligation. Zie ook Henschel (2005) p. 54.
4 *Documentary history* p. 103 nrs. 52 en 53.
5 *Documentary history* p. 121 nr. 58, zie ook nr. 60. Zie later ook het commentaar van het secretariaat op p. 422.
6 *Documentary history* p. 121 nr. 60.
7 Zie hierover bijvoorbeeld Bianca/Bonell (1987) Art. 35 aant. 1.1.
8 Vergelijk echter wel het hierna nog te citeren commentaar van het Secretariaat: 'In particular, the obligation to furnish goods which are fit for all the purposes for which goods of the contract description are ordinarily used also covers a buyer who has purchased the goods for resale rather than use. For goods to be fit for ordinary purposes, they must be honestly resaleable in the ordinary course of business.'
9 *Documentary history* p. 142 nr. 40. De discussie was of de criteria (van thans lid 2) cumulatief of alternatief waren. 'Most representatives, however, were of the opinion that these requirements were cumulative.'
10 De commissie bestaat uit een groep van 36 landen, zie *Documentary history* p. 3.

Fit for ordinary purposes, subparagraph (1) (a)

> 5. Goods are often ordered by general description without any indication to the seller as to the purpose for which those goods will be used. In such a situation the seller must furnish goods which are fit for all the purposes for which goods of the same description are ordinarily used. The standard of quality which is implied from the contract must be ascertained in the light of the normal expectations of persons buying goods of this contract description. The scope of the seller's obligation under this subparagraph is not determined by whether the seller could expect the buyer himself to use the goods in one of the ways in which such goods are ordinarily used. In particular, the obligation to furnish goods which are fit for all the purposes for which goods of the contract description are ordinarily used also covers a buyer who has purchased the goods for resale rather than use. For goods to be fit for ordinary purposes, they must be honestly resaleable in the ordinary course of business. ...[11]

Het commentaar van het secretariaat, dat overigens niet steeds (exact) te herleiden is tot de beraadslagingen,[12] diende tijdens de conferentie te Wenen als uitgangspunt.[13]

In het commentaar wordt in een kort zinnetje vermeld vanuit welk gezichtspunt moet worden beoordeeld hoe invulling moet worden gegeven aan het 'normaal gebruik'-criterium:

> The standard of quality which is implied from the contract must be ascertained in the light of the normal expectations of persons buying goods of this contract description.[14]

Men zou in deze passage een enigszins objectiverende tendens kunnen lezen, omdat toch sterk een relatie gelegd wordt met de gekochte zaken, de 'goods of this contract description'. In de literatuur wordt aan deze passage verder weinig aandacht geschonken, en toepassing ervan lijkt ook verder niet tot veel verschil te leiden met de toepassing van art. 8, waar in de literatuur wel vaak naar verwezen wordt.[15]

Tijdens de totstandkoming van art. 35 is redelijk uitvoerig aan de orde geweest of het artikel een bepaling moest bevatten waarin duidelijk werd dat 'minor differences' niet in aanmerking hoeven te worden genomen. Uiteindelijk haalde een dergelijke bepaling het niet.[16]

---

11 *Documentary history* p. 422.

12 Zie bijvoorbeeld ook kritisch, met verwijzingen, Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 10 (over de kwestie of levering van een *aliud* als levering geldt).

13 Voor het commentaar van het secretariaat zie ook artikelgewijs http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cisg-toc.html.

14 Ik laat terzijde dat in het citaat gesproken wordt over een contractuele norm (standard of quality which is *implied from the contract*, mijn curs., PK), terwijl het in feite gaat over de toepassing van art. 35 lid 1 onder *a*, de 'wettelijke' norm, zie uitvoeriger § 2.2.

15 Zie wel Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 14. Zie § 1.4 voor een weergave van art. 8 CISG.

16 P. Schlechtriem, Chapter 6 The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: N.M. Galston en H. Smit (eds.), *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984) op p. 6-22: 'Maybe it was feared that such a provision could be a temptation for national tribunals to excuse quality defects →

Art. 35 bevat verder ook geen bepaling of concrete aanwijzingen over de te verwachten levensduur van zaken. Bij de voorbereidingen voor de tekst is dit slechts zijdelings, zie het nog te bespreken Canadese amendement, aan de orde geweest. Schlechtriem geeft aan dat dit zich moeilijk in een verdragstekst laat regelen.[17]

Tijdens de conferentie in 1980 werden diverse amendementen ingediend. Een amendement van Canada is interessant, omdat het twee nieuwe elementen trachtte te introduceren.[18] Het eerste was dat lid 2 het vereiste zou stellen dat de verkoper 'a person who deals in goods of the description supplied under the contract' moest zijn (vergelijk het eerder besproken 'merchant'-vereiste onder de UCC). De Verenigde Staten (Farnsworth) steunde het voorstel, Groot-Brittanië echter verwees naar de omschrijving in de eigen wetgeving ('seller who sells goods in the course of business').[19]

De tweede voorgestelde inhoudelijke vernieuwing was dat in een voorgesteld lid 4 nader gepreciseerd zou worden wat 'reasonably fit for ... ordinary use' is. Blijkens de toelichting werd lid 4 nodig geacht omdat 'the comparable concept of 'merchantability" tot veel rechtszaken geleid had, 'and in the absence of clearer guidance, simular difficulties might be encountered ...'[20] De nadere preciseringen van 'ordinary use' werden gezocht in een volgende algemene formule (waarin als verder vereiste werd gesteld dat de zaken 'are of such quality and in such condition as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price, and all other relevant circumstances'), en in een aantal aanvullende specifieke factoren.[21] Als aanvullende factoren werden onder andere genoemd:

(i) are such as pass without objection in the trade under the contract description,
(ii) in the case of fungible goods, are of fair average quality within the description,
(iii) within the variations permitted by the agreement, are of even kind, quality and quantity within each unit and among all units involved,
(iv) ...
(v) ...
(vi) will remain fit or perform satisfactorily, as the case may be, for a reasonable length of time having regard to all the circumstances.

De drie eerst genoemde factoren bepalingen zijn duidelijk ontleend aan de UCC (zie de eerder in § 4.3 besproken uitwerkingen van merchantability in UCC § 2-314) en de factor onder (vi) ziet op de levensduur. Zonder verder enige discussie werd het hele amendement, na overleg met andere *common law* delegaties, weer

too generously. On the other hand, the corresponding provision of the German Civil Code (§ 459(1) cl. 2) has raised no problems in its practical application.'

17 Schlechtriem (1984) op p. 6-25 (is a tricky issue that cannot be solved in an international convention) en p. 6-27 (defies regulation in a sales convention).

18 Voor de tekst van het amendement zie *Documentary history* p. 675-676. Zie ook over andere amendementen uitvoerig Henschel (2005) § 2.2.4 p. 58-65.

19 Zie ook eerder in § 4.4 de bespreking van Engels recht.

20 *Documentary history* p. 529 nr. 30.

21 Voor de tekst van het amendement zie *Documentary history* p. 675-676.

ingetrokken.[22] Over de vraag of hieruit de conclusie kan worden getrokken dat het *common law* concept *merchantability* in de CISG niet is overgenomen bestaat geen eenstemmigheid, zie nog verder in deze paragraaf. Het als laatste factor genoemde element van levensduur kwam verder ook niet meer ter sprake.

Tijdens de conferentie vonden verder de nodige tekstuele schermutselingen plaats, maar (afgezien van een redactionele wijziging van [thans] lid 2 sub *d* en een nog te bespreken aanvulling van lid 2 sub *b*) bleef het artikel in essentie ongewijzigd.[23] Art. 35 CISG kwam dus als volgt te luiden:

> *Article 35*
> (1) The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.
> (2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:
> (a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;
> (b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement;
> (c) possess the qualities of goods which the seller has held out to the buyer as a sample or model;
> (d) are contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods.
> (3) The seller is not liable under subparagraphs (a) to (d) of the preceding paragraph for any lack of conformity of the goods if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity.

139. Literatuur

De meeste handboeken grijpen in belangrijke mate terug op de geschiedenis van de Verdragsbepaling, zodat hier kan worden volstaan met een korte weergave, waarbij met name aandacht voor de concrete invulling van art. 35 lid 2 sub *a*. Wel

---

22 *Documentary history* p. 536 nr. 45. Het amendement werd op 19 maart 1980 (14th meeting) toegelicht, zie p. 529, maar reeds een dag later, op 15 maart (15th meeting) al weer ingetrokken, zie p. 536. Tijdens de zevende plenaire vergadering op 8 april 1980 verklaart Canada zich ten aanzien van art. 33 (thans: art. 35) van stemming te zullen onthouden. De delegatie was nog steeds van mening dat lid 2 alleen van toepassing zou moeten zijn op 'commercial sellers dealing in the type of goods concerned'. Hierbij werd aangetekend dat in Noord-Amerika gebruikte zaken, bijvoorbeeld apparatuur (machinery), vaak verkocht worden, eventueel op de internationale markt, ook wanneer de verkoper normaliter niet in deze zaken handelde. Zie p. 742 nr. 46. Zie over het feit dat de 'merchantability' eisen niet zijn beperkt tot goederen verkocht door 'merchants' ook R. Hyland, Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, in: P. Schlechtriem (Hrgs.), *Einheitliches Kaufrecht und internationales Obligationenrecht*, Baden Baden: Nomos (1987) p. 305 op p. 317: 'The UN Convention had adopted the wording, but not the rationale, of the UCC's warranty of merchantability.'

23 Zo werd voorgesteld om in lid 1 te verduidelijken dat vereist is dat de zaken 'meet the specifications stated in the contract' (Voorstel van USSR, *Documentary history* p. 536-537), hetgeen werd opgelost door herformulering van lid 1 en lid 2 aanhef (zie op p. 676), werd voorgesteld de term 'characteristics' op te nemen in lid 2 sub *c* (Voorstel van Singapore, *Documentary history* p. 537, hoewel officieel aangenomen, zie p. 676, uiteindelijk in de Drafting Committee gesneuveld) en werd de redactie van lid 2 sub *d* aangepast (Voorstel van Australië, *Documentary history* p. 537-538, 676). Zie hierover ook Henschel (2005) p. 62-63.

moet nog vermeld worden dat bij de uitleg van de overeenkomst, zie de aanhef van art. 35, de artikelen 8 en 9 CISG uiteraard van belang zijn.[24] Art. 8 geeft regels omtrent de uitleg van handelingen en verklaringen van partijen, en art. 9 ruimt een plaats in voor (handels)gebruiken, zowel in de vorm van een vaste handelswijze tussen partijen als handelsgebruiken (denk in dit verband ook aan de Incoterms). Voor de uitleg van de overeenkomst kan met name van belang zijn hetgeen in de branche of industrie gebruikelijk is: diverse auteurs verwijzen hiernaar. Een voorbeeld dat hier genoemd kan worden is de zaak in het arrest van het OGH in Oostenrijk. In 1997 komt een koopovereenkomst tot stand voor diepgevroren vis. De verkoper levert vis uit het quotum 1996, terwijl de koper meende recht te hebben op vis uit het quotum 1997. Beslissend voor de uitkomst van de procedure is of er in de internationale vishandel een handelsgebruik bestaat op grond waarvan vis uit hetzelfde jaar geleverd moet worden; de zaak wordt terugverwezen naar een lagere instantie om te bepalen of dit het geval is.[25] Het praktisch belang van dergelijke handelsgebruiken, en de moeite die het juristen kost om dergelijke informatie te verzamelen en te waarderen, kan niet worden overschat. Een ander aardig voorbeeld: welke jurist zou verwachten dat in de vishandel het gebruik is om de soorten vis in het Latijn aan te duiden?[26] De rol van de artt. 8 en 9 wordt hier verder niet behandeld.

Honnold wijst er op dat verschil van inzicht over conformiteit vaak aan geschillen ten grondslag ligt.[27] In zijn bespreking van art. 35 benadrukt hij dat partijen vaak vooronderstellingen ten aanzien van de kwaliteit van de te leveren zaken niet expliciet maken:

> Disputes over quality ... cannot always be resolved simply by measuring the goods against the specific terms of the contract. When an order is routine and calls for speedy shipment the parties may not even attempt to articulate the expectations that are associated with transactions in such goods. Even a carefully prepared contract will often fail to express the most basic expectations — that a machine will operate or that a steel girder will be structurally sound — because the parties assume that these points are so obvious that they 'go without saying.' ... Consequently, courts and codifiers have had to try to describe, in general terms, those understandings that would have been written into the contract if the parties had drafted a contract provision to deal specifically with the question that led to dispute.[28]

24 Zie ook Henschel (2005) die op het belang van uitleg wijst, § 1.1.1, p. 19 en p. 21, § 1.1.3, p. 32.

25 CLOUT nr. 477 Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 27 februari 2003, *IPRax* 2004, p. 350 (vis van vorig jaar), waarin de zaak echter beslist wordt op basis van art. 9. Zie naar aanleiding van het arrest Peter Huber, Vertragswidrigkeit und Handelsgebrauch im UN-Kaufrecht (zu OGH, 27.2.2003 - 2 Ob 48/02a, oben S. 350, Nr. 28), *IPRax* 2004, p. 358. Zie ook de vermelding verder in deze paragraaf en in § 5.2. Waar mogelijk wordt bij vermelding van rechtspraak het CLOUT-nummer vermeld, zie verder <www.uncitral.org>.

26 H. Bernstein & J. Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, The Hague: Kluwer Law International (2nd ed.; 2003) § 4-4, onder verwijzing naar een Deense zaak.

27 John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (3rd ed.; 1999) Art. 35 § 222: 'Most sales controversies grow out of disputes over whether the goods conform to the contract. In many cases these disputes present only a question of fact: What was the condition of the goods?' Zie onder meer ook J. Ramberg, *International Commercial Transactions*, ICC Kluwer Law International (2000) op p. 87.

28 Honnold (3rd ed.; 1999) Art. 35 § 222.

Honnold's commentaar is duidelijk een echo van de *documentary history*,[29] waarin de impliciete veronderstellingen van partijen van belang worden geacht, zie de volgende passage:

> Implied expectations are of importance, since it is not normal or feasible for a contract to specify all of the various flaws from which goods shall be free. (E.g., it would be normal for a contract involving steel beams to state that the beams shall be free of cracks even though that would be a basic expectation of the parties).[30]

In een nadere toelichting wordt in de *documentary history* gesproken over 'the expectations that are normal, but which may not be expressly stated in the contract'.[31] Ook deze gedachte is bij Honnold terug te vinden:

> Commercial law does not impose standards of quality: it accomodates sales of cars for scrap as well as sales of new cars for resale to consumers. Often, detailed specifications in the contract will resolve any question as to quality, but in routine transactions the parties would think it needless and a bit absurd to say things that 'go without saying.' In these situations interpretation of the contract calls for finding the full meaning of the contract description in the light of the expectations that have developed for such sales.[32]

Honnold wijst er op dat *commodities* gekocht worden om te worden doorverkocht, maar is verder enigszins vaag over de (exacte) betekenis van art. 35 lid 2 onder *a*:

> The basic standard in [art. 35, PK] paragraph (2) (a) is *similar* to the warranty of 'merchantable quality' ...'[33]

Voor het overige benadrukt Honnold vooral het belang van uitleg van de overeenkomst via art. 8.

In het handboek Bianca/Bonell wijst Bianca eerst op het verband van art. 35 CISG met de bepalingen van de LUVI. Bij de bespreking van lid 2 onder *a* wijst hij er op dat de verwijzing naar geschiktheid voor *commercial use of the goods*, zoals vermeld in de LUVI, in de CISG als overbodig werd beschouwd.[34] Bianca beschrijft verder de aanvullende criteria van lid 2 als 'objective standards'.[35]

---

29 Honnold was als secretary van UNCITRAL betrokken bij de totstandkoming van de CISG.
30 *Documentary history* p. 121 nr. 60.
31 *Documentary history* p. 123 nr. 75.
32 Honnold (3rd ed.; 1999) Art. 35 § 225.
33 Honnold (3rd ed.; 1999) Art. 35 § 225.
34 Bianca in: Bianca & Bonell (1987), Art. 35 aant. 2.5.1: 'ULIS (Article 33 (d)) mentioned the qualities necessary for the ordinary or commercial use of the goods. The Convention has suppressed as superfluous this reference to commercial use, which is covered by the reference to ordinary use.' Zie ook F. Enderlein & D. Maskow, *International sales law. United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sales of Goods*, New York: Oceana Publications (1992) Art. 35 aant. 8.
35 Bianca in Bianca/Bonell (1987) Art. 35 aant. 2.1.

Bianca gaat uivoerig in op het eerder genoemde Canadese amendement, en acht een uitleg van art. 35 conform het amendement mogelijk.[36] Hij lijkt voor de invulling van art. 35 lid 2 onder *a* te kiezen voor het criterium *average quality*:

> The goods can be more or less fit for their purposes, but the seller must on the whole deliver goods of average fitness ...[37]

Na een uiteenzetting over *average quality* en *merchantability* concludeert hij echter:

> In the absence of an express Convention provision it is not possible to determine once and for all the precise degree of quality to which the buyer is entitled. It must be said, however, that the quality can be more or less good within a tolerable degree, at least not conspicuously below the standard reasonably expected according to the price and other circumstances.[38]

Hij tekent daarbij aan dat arbiters in het algemeen bekend zijn met wat acceptabel is. Ten aanzien van levensduur concludeert hij dat de koper, ook zonder een expliciete garantie (vergelijk art. 36 CISG) een redelijke levensduur, zijnde een *ordinary quality*, mag verwachten.[39]

Enderlein/Maskow stellen onder meer dat ook wanneer zaken gebruikt kunnen worden er toch sprake is van non-conformiteit wanneer de gebreken 'considerably lessen their trade value'.[40]

Magnus wijst expliciet op het verschillende karakter van art. 35 lid 1 en lid 2. Bij lid 1 gaat het om 'subjectiven Festlegungen der Parteien' en in lid 2 om 'der objektive Mindeststandard'. Art. 35 als geheel hanteert dus een subjectief/objectief criterium. 'Insgesamt folgt das WKR damit einem subjektiven/objektiven Fehler-begriff.'[41]

Schwenzer, in het commentaar onder redactie van Schlechtriem/Schwenzer, onderstreept ook het belang ('primary test') van de overeenkomst,[42] waarbij zij tevens wijst op impliciete elementen, zoals industry standards.[43] De criteria van lid 2 zijn objectieve criteria.[44] Vereist is geschiktheid voor handelsdoeleinden (com-

36 Aant. 1.5, zie echter ook aant 3.1.
37 Aant. 2.5.1.
38 Aant. 3.1.
39 Art. 36 aant. 3.2, op dit punt gevolgd door bijvoorbeeld U. Magnus, in: M. Martinek (red.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gezetsbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: Sellier-de Gruiter (1999) Art. 35 aant. 23. Zie ook S.A. Kruisinga, *(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, (diss. Utrecht) Antwerpen: Intersentia (2004) p. 32.
40 Enderlein/Maskow (1992) Art. 35 aant. 8.
41 U. Magnus, in: H. Honsell, *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Vertrage über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin: Springer (1997) Art. 35 aant. 10 en 12.
42 Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 6. Zie eerder U. Huber & I. Schwenzer in: P. Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (translated by G. Thomas), Oxford: Clarendon (1998).
43 Art. 35 aant. 7. Schwenzer wijst op verwijzingen naar 'industry standards' Vergelijk ook UCC § 2-314 (3): Unless excluded or modified (Section 2-316) other implied warranties may arise from course of dealing or usage of trade.
44 Art. 35 aant. 12, zie ook aant. 14. Schwenzer wijst in dit verband ook op de eisen die de Richtlijn consumentenkoop stelt. Zie ook verder deze paragraaf.

mercial purposes): dit houdt in dat zaken verhandeld (doorverkocht) moeten kunnen worden.[45] Schwenzer herhaalt de stelling uit het commentaar van het secretariaat dat bij normaal gebruik de geleverde zaken geschikt voor elke gebruik moeten zijn, met slechts de relativering dat wanneer de zaken ongeschikt zijn voor een gebruik dat er bij gelegenheid (occasionally) van gemaakt kan worden, maar dat niet normaal gebruik, is de situatie onder lid 2 sub *b* valt.[46] De keus tussen *average quality* en *merchantability* komt, met uitvoerige verwijzingen, aan de orde. Schwenzer wijst op een tegenstelling tussen enerzijds Europa en Amerika ('average quality' volstaat) en anderzijds Engeland (merchantability).[47] In deze beschrijving wordt uitdrukkelijk vermeld dat *merchantability* inhoudt dat *mindere* kwaliteit geleverd mag worden, mits het maar verhandelbaar is.[48] Uit een door Schwenzer gegeven overzicht blijkt de verdeeldheid over de vraag of aan de vereisten van lid 2 sub *a* voldaan is door levering van 'average quality'.[49] Schwenzer zelf laat de vraag in feite ook open, maar constateert slechts dat met verschil in interpretatie rekening zal moeten worden gehouden. 'Ultimately, differences in interpretation are likely'.[50] In de meeste recente versie wordt hieraan toegevoegd dat in de Sale of Goods Act 1994 het begrip merchantability vervangen is door het criterium van de 'satisfactory quality', hetgeen tot een toenadering in standpunten kan leiden.[51] Verder wordt de – hieronder nog te bespreken – uitspraak van het NAI van 15 oktober 2002 vermeld, onder de aantekening dat het gehanteerde criterium 'die sich nach den berechtigten Erwartungen des Käufers richtet', dicht in de buurt komt van lid 2 sub *b* ('Damit nähert man sich allerdings bereits Abs. 2 b'). Schwenzer stelt in het kader van lid 1 dat 'value' alleen van belang is voor de vraag van 'wezenlijke' tekortkoming, en expliciet niet voor conformiteit,[52] zonder zich verder uit te laten over de betekenis voor lid 2.

Bernstein en Lookofsky, tot slot, wijzen ook op de verwachtingen die de koper mag hebben.[53] De 'ordinary use'-formulering van art. 35 lid 2 onder *a* wordt gelijk gesteld met de in Europa gehanteerde norm (usage habituel, gewöhnlichen Gebrauch), maar uitdrukkelijk onderscheiden van '*average quality*' èn 'merchan-

45 Art. 35 aant. 14.
46 Art. 35 aant. 13.
47 Zie eerder ook § 3.5 over art. 6:28.
48 Zie ook S.A. Kruisinga, *(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, (diss. Utrecht) Antwerpen: Intersentia (2004) p. 30-31 met verwijzing naar rechtspraak. Zie ook Réné Franz Henschel, Interpreting or supplementing Article 35 of the CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, November 2004 <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel.html> onder *f.*
49 De vraag wordt door een aantal auteurs bevestigend beantwoord: Herber/Czerwenka, Piltz, Staudinger/Magnus, Aue, Heilmann, Otto, (over LUVI) Hamm. Een aantal auteurs laat de vraag open: Bianca in Bianca/Bonell, en Audit. Tegen: Strohbach in Enderlein/Maskow, Heuzé, Soergel/Lüderitz.
50 Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 15.
51 Art. 35 aant. 15. Zie hierover eerder § 4.5.
52 Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 9, met vermelding van een andere visie van Strumpf in de eerste druk van de Duitse editie.
53 Bernstein & Lookofsky (2003) § 4-7, onder verwijzing naar Secretariaat Commentary. Zie ook J. Lookofsky, The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: J. Herbots (ed.) & R. Blanpain (gen. ed.), *International Encyclopedia of Laws - Contracts* Suppl. 29 (2000), nr. 164, waarin hij stelt dat *caveat venditor* regel is.

tability'.[54] Zie verder de bespreking van het NAI-vonnis inzake *Rijn blend* verder in deze paragraaf. Verder wijzen zij er op dat kopers 'reasonble use-value for their money' mogen verwachten.[55]

Voor het Nederlands taalgebied kan worden volstaan met een korte vermelding. In Nederland is het conformiteitsvereiste al in een vroeg stadium (1981) besproken door Schut, die in Asser-Schut met name wijst op het commentaar van het secretariaat, waarin wordt vooropgesteld dat, wanneer de bestelde goederen in algemene termen beschreven zijn zonder enige nadere aanduiding van het doel, de verkoper goederen moet leveren die geschikt zijn voor *alle* doeleinden waarvoor goederen die aan deze beschrijving beantwoorden gewoonlijk worden gebruikt.[56] Herbots stelt dat de geleverde zaken van een normale kwaliteit moeten zijn. Dit betekent dat zij geschikt moeten zijn voor doorverkoop, hetgeen echter iets anders is dan het criterium van gemiddelde kwaliteit. Indien bijvoorbeeld de koper de moeite doet om een beroep te doen op een zeer gespecialiseerde fabrikant, is hij gerechtigd producten van een hogere kwaliteit te ontvangen dan die hij elders tegen een lagere prijs had kunnen verkrijgen.[57] De geleverde zaken moeten geschikt zijn voor elk normaal gebruik. In de hedendaagse internationale koop mag de koper verwachten dat de goederen zekere basiskwaliteiten bezitten. *Caveat venditor* is de CISG-regel.[58] Herbots wijst op de gelijkenis van art. 35 lid 2 sub *a* met een in Europese continentale stelsels vertrouwd concept, een impliciete garantie van geschiktheid voor gewoonlijk gebruik (*usage habituel*, *gewöhnlicher Gebrauch*, zie § 459 BGB). Een vergelijking met *merchantability* wijst hij af:

> De uitdrukking 'merchantability' zoals ze in de USA gebruikt wordt (bijv. in § 2-314 van de UCC) en tot voor kort ook in Engeland, heeft niet dezelfde betekenis. Op voorwaarde dat er een corresponderende markt bestaat kunnen goederen als 'merchantable' beschouwd worden, zelfs indien zij niet geschikt zijn voor het gewoon gebruik. 'Merchantable' is geen CISG-uitdrukking, evenmin als, zoals hoger gezegd, de 'gemiddelde kwaliteit' die de standaardnorm is onder het Frans en Belgisch intern recht (art. 1246 B.W.) een CISG-begrip is.[59]

Tot slot kan met de totstandkoming van de Europese Richtlijn consumentenkoop hier nog een nieuw element aan worden toegevoegd. In recente literatuur komt naar voren dat in de (internationale) koopovereenkomst tussen professionals ver-

54 Bernstein & Lookofsky (2003) § 4-7, p. 83 met name ook noot 90.
55 Bernstein & Lookofsky (2003) § 4-7 op p. 83, zie ook eerdere drukken.
56 Asser-Schut I-1 (19), p. 185. Zie ook hierboven voor de weergave van het commentaar waarnaar Schut verwijst. Zie ook R.S. Meijer, *Internationale koop van roerende zaken*, (preadvies Vereeniging Handelsrecht) Zwolle: Tjeenk Willink (1982), p. 101 op p. 118-119.
57 J.H. Herbots, Hoofdstuk 4 Verplichtingen van de verkoper, in: H. van Houtte e.a. (eds.), *Het Weens koopverdrag*, Antwerpen: Intersentia (1997) p. 130. Zie eerder ook – kort – J.H. Herbots, *De transnationale koopovereenkomst. Het Weense koopverdrag van 1980*, Leuven: Acco (1991) p. 46-47.
58 Herbots (1997) p. 130.
59 Herbots (1997) p. 131, zie ook p. 132.

wacht mag worden dat het geleverde (uiteindelijk) bij gebruik door de eindverbruiker, de consument, aan de eisen van de Richtlijn moet voldoen.[60]

140. Concreet of abstract (subjectief/objectief)

Voor zover hierboven al werd aangegeven dat bij de toepassing van art. 35 uitleg van de overeenkomst centraal wordt gesteld, volgt hieruit al dat conformiteit als concreet wordt gezien. Verder is het abstracte of concrete karakter (objectief/subjectief) van conformiteit in de CISG in de literatuur geen belangrijk thema.

Zoals eerder vermeld, werd in het commentaar van het secretariaat kort vermeld dat '(t)he standard of quality ... must be ascertained in the light of the normal expectations of persons buying goods of this contract description'. Bianca beschrijft de aanvullende criteria van lid 2 als 'objective standards'.[61] Magnus wijst expliciet op het verschillende karakter van art. 35 lid 1 en lid 2, en concludeert dat art. 35 als geheel dus een subjectief/objectief criterium hanteert.[62] Art. 35 lid 2 wordt door hem uitdrukkelijk als objectief aangemerkt: lid 2 legt een objectieve minimum-standaard vast.[63] Schwenzer stelt ten aanzien van art. 35 lid 1 dat een subjectief gebreksbegrip (*subjektiven Fehlerbegriff*) is aanvaard, in lijn met verschillende nationale rechtssystemen. Mede gelet op de verwijzingen doelt zij hier op een begrip dat in een concrete context moet worden ingevuld.[64] In de context van verhandelbaarheid wijst Schwenzer op het conformiteitsvereiste in de Europese Richtlijn consumentenkoop. Opvallend is dat zij een tegenstelling ('in contrast to this') maakt met de Europese Richtlijn art. 2 lid 2 sub *d*, waarbij zij opmerkt dat via de vereisten van de Richtlijn een objectivering van het gebreksbegrip in de CISG plaatsvindt.[65] Schwenzer licht dit niet verder toe. Bedoeld kan zijn dat de verwachtingen van de consument een buiten de sfeer van de contractspartijen zelf gelegen objectief element is, of dat een koper redelijkerwijs (objectief) er op moet kunnen vertrouwen dat de zaken aan consumenten doorverkocht kunnen worden. Bij de bespreking van art. 35 lid 2 sub *a*, het normaal gebruik-criterium, stelt zij dat de geschiktheid beoordeeld moet worden vanuit de positie van 'the objective view of a person in the trade sector concerned'. Bij dit laatste gaat het dus om een 'objectieve' uitleg, maar nog steeds geplaatst in een concrete context.[66]

---

60 Zie Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 14. Aardig om in dit verband als illustratie te vermelden is de uitspraak van de Rechtbank van Koophandel Hasselt 19 april 2006 (*Bruggen Deuren BVBA/Top Deuren vof*) inzake deuren van de houtsoort Tulip, waarin de afnemer klaagde over kleurverschillen, en gerefereerd wordt aan de uiteindelijke kopers. De rechtbank hecht met name belang aan het gegeven dat sommige eindafnemers een egale deur willen, terwijl andere eindafnemers graag kleurverschillen zien. De rechtbank gaat ervan uit dat dit volledig afhangt van de smaak van de uiteindelijke koper. Zie Pace en KU Leuven databases.

61 Bianca in Bianca/Bonell (1987) Art. 35 aant. 2.1.

62 U. Magnus, in: H. Honsell, *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Vertrage über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin: Springer (1997) Art. 35 aant. 10 en 12. Zie ook Staudinger-Magnus (1999) Art. 35 aant. 10.

63 Magnus (1997) Art. 35 aant. 12. Zie ook Staudinger-Magnus (1999) Art. 35 aant. 17.

64 Zie Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 6. Zie ook de verwijzing in noot 18 naar Oostenrijks recht, 'konkreter Fehlerbegriff'.

65 Zie over art. 2 lid 2 sub *d* van de Richtlijn verder § 5.4.

66 Schwenzer (2nd ed.; 2005), Art. 35 aant. 14. In de Duitse tekst: 'objektiver Verkehrsanschauung'. Zie verder § 1.4. Zie ook Magnus (1997) Art. 35 aant. 13 en Staudinger-Magnus (1999) Art. 35 aant. 18. Zie ook Kruisinga →

141. Het normaal gebruik criterium: 'minimum'-niveau?

In de literatuur wordt in het kader van art. 35 CISG wel gesproken over een bepaald minimumniveau, of het minimum-karakter van art. 35. Van belang is daarbij de context scherp in het oog te houden. Een belangrijke punt, dat hieronder in § 5.2 ook nog apart uitgewerkt zal worden, is of de geleverde zaken moeten voldoen aan publiekrechtelijke eisen van het land van de koper of het land van de bestemming. In dat kader wordt gesteld dat wanneer er een internationaal handelsgebruik in de zin van art. 9 bestaat, dit gezien moet worden als een minimumniveau.[67] In een arrest van het Oostenrijkse OGH is deze visie expliciet overgenomen.[68] In casu ging het om levering van bevroren vis uit het quotum van het vorige jaar, die door de koper in het land van bestemming niet verkocht mocht worden. Uitgangspunt in de overwegingen is dat de verkoper slechts aansprakelijk is voor conformiteit met de in zijn land geldende publiekrechtelijke regels. Vervolgens wordt, met verwijzing naar de literatuur, overwogen dat internationale handelsgebruiken als een minimum moeten worden gezien.[69] In zijn commentaar bij het arrest merkt Huber terecht op dat het niet om een toepassing van art. 35 lid 2 gaat.[70] De vraag is of men het minimum-karakter ook kan betrekken op het 'normaal gebruik'-criterium uit art. 35 lid 2 onder *a*.[71] Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld Nicholas, die sprekend over het 'normaal gebruik'-criterium in art. 35 verwijst naar de parallele bepaling in de UCC, § 2-314 (c), waaraan hij vervolgens onder verwijzing naar Engelse rechtspraak toevoegt dat de koper alleen een minimum-kwaliteit mag verwachten.[72] Deze uitleg lijkt te zeer geïnspireerd op het nationale recht, waaraan toegevoegd kan worden dat de uitleg van minimumkwaliteit in de UCC waarschijnlijk beter gekoppeld kan worden aan § 2-314 (d),

(2004) p. 29. Zie verder S.A. Kruisinga, Non-conformiteit in internationaal perpectief, *AA* 2005, p. 45 op p. 47. In het kader van de vraag of zaken aan publiekrechtelijke voorschriften moeten voldoen introduceert zij een onderscheid tussen absolute en relatieve non-conformiteit. Een gebrek in het geleverde kan absoluut worden genoemd wanneer de zaken niet geschikt zijn voor normaal gebruik, waar of door wie ze ook gebruikt worden. Zie ik het goed, dan correspondeert het onderscheid met hetgeen ik met abstract en concreet aanduid.

67 Zie met name Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 16, in dezelfde zin in eerdere drukken.

68 CLOUT nr. 477 Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 27 februari 2003, *IPRax* 2004, p. 350 (vis van vorig jaar). Zie Pace en Unilex databases. Zie ook de vermelding eerder in deze paragraaf en in § 5.2.

69 Verwezen wordt naar Schwenzer: 'Where, however, international business customs with respect to certain characteristics exist, these must be presented as a minimum of quality (Schwenzer in Schlechtriem, Commentary on the CISG 3, *f* 16 of Art. 35).'

70 Peter Huber, Vertragswidrigkeit und Handelsgebrauch im UN-Kaufrecht (zu OGH, 27.2.2003 - 2 Ob 48/02a, oben S. 350, Nr. 28), *IPRax* 2004, p. 358 op p 359 l.k. Hij merkt hierbij op dat het internationaal handelsgebruik deel uitmaakt van de contractsinhoud, en dat het dus gaat om een toepassing van art. 35 lid 1. Verder merkt hij op dat in het arrest duidelijk wordt gemaakt dat het feit dat de verkoper een monster aan de koper verstrekt had niet kan afdoen aan aansprakelijkheid.

71 Zie wel de zaak van de vis, Oberster Gerichtshof 27 februari 2003, in lagere instantie: 'According to CISG Art. 35(1), the seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract. When the parties to an international sales contract have failed to contractually fix the requirement on the condition of the goods, *the minimum standard* set out in Art. 35(2) becomes relevant: Whether a breach of the duty to deliver has occurred depends on whether the goods that are the object of the contract are fit for an ordinary or particular purpose, conform to a model or a sample, or are packaged in an adequate manner. Fitness for ordinary purposes is defined solely by the standards of the country of the seller.' (mijn curs., PK)

72 Barry Nicholas, The Vienna convention on international sales law, *L.Q.R.* 1989, p. 201 op p. 221, onder verwijzing naar *Taylor v Combined Buyers* [1924] NZLR 627, zie voor dit arrest eerder § 4.4.

vergelijk naar Nederlands recht art. 6:28 BW. In de context van de zeer specifieke vraag van het bij internationale koop voldoen aan publiekrechtelijke regels kan het voldoen aan eisen van publiekrecht in het land van de verkoper als minimum gezien worden, waarbij conformiteit met de regels van het land van de koper of het land van bestemming als 'extra', dat wil zeggen vallend onder het criterium 'bijzonder gebruik', kan worden beschouwd.[73] Dit is echter iets anders dan in het algemeen de eisen van art. 35 als 'minimum' karakteriseren. Op dit punt moet ook expliciet worden gewezen op het verschil tussen enerzijds de voor de internationale handel bestemde regeling van het CISG, en anderzijds de regeling van de Europese Richtlijn, die alleen van toepassing is op de consumentenkoop. Voor de consumentenkoop kan worden verdedigd dat de wettelijke regeling ruim uitgelegd moet worden, waarbij in aangewezen gevallen (mededelingen van de verkoper, ouderdom van het verkochte, lagere prijs, etc.) naar beneden toe kan worden afgeweken. Uiteraard binnen de grenzen van het dwingendrechtelijk karakter van de regeling. In deze visie kan een subjectieve opvatting dus ook tot een geringere aansprakelijkheid van de verkoper leiden.[74]

142. Jurisprudentie

Hoe wordt inmiddels, ruim 25 jaar na de totstandkoming van het Weens Koopverdrag, 'normaal gebruik' in de rechtspraak – gelet op art. 7 van de CISG is ook de buitenlandse rechtspraak van belang[75] – geïnterpreteerd?[76]

Opvallend is – zeker gelet op de eerdere constatering dat veel geschillen hun oorsprong vinden in de non-conformiteit van de geleverde zaken[77] – in hoe weinig zaken echt ten principale over 'conformiteit' wordt geprocedeerd.

---

73 Zie hierover verder § 5.2

74 Zie de eerdere discussie in § 2.4, de weergave van de discussie in Nederland over dit onderwerp.

75 In dit verband kan overigens ook nog eens worden gewezen op het belang van uniforme interpretatie, dat ook door veel auteurs benadrukt wordt. Zie bijvoorbeeld Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 4, die uitdrukkelijk wijst op de noodzaak van uniforme uitleg, zie ook aant. 10. Op dit punt verder uitvoerig Suzanne de Groot, Non-conformiteit volgens het Weens Koopverdrag. Een onderzoek naar de al dan niet uniforme wijze waarop rechters van verdragstaten de artikelen 35, 38, 39, 40 en 44 van het CISG interpreteren en toepassen, *TvPr.* 1999, p. 635 en Kruisinga (2004). Zie ook Henschel (2005) § 1.1.1, p. 22, die betoogt dat art. 35 alleen tot uniform recht leidt als het aanvullende contractenrecht ook uniform is, of wanneer het Verdrag aangevuld is. Zie ook voor een bespreking van art. 35 jurisprudentie vanuit de optiek van uniformiteit bijvoorbeeld ook F. Ferrari, Divergences in the application of the CISG's rules on non-conformity of goods, *Rabelsz Bd.* 68 (2004), p. 473 m.n. p. 474-477; Larry A. DiMatteo et al, *International Sales Law. A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press (2005) p. 110-118 en ook p. 176-177.

76 Zie verder onder meer F. Ferrari, H. Flechtner, R.A. Brand (eds.), *The Draft UNICITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, Sellier (2004), article 35, p. 627 e.v. Zie ook kort Kruisinga (2004) p. 28-32, zie eerder De Groot (1999) p. 635.

77 Zie eerder Honnold (3rd ed.; 1999) Art. 35 § 222, vergelijk ook Henschel (2005) § 1.1.1. Zie ook in het kader van *fundamental breach* L. Graffi, Case Law on the Concept of 'Fundamental Breach' in the Vienna Sales Convention, *Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal* (2003) No. 3, p. 338, die opmerkt: 'The delivery of defective goods is certainly the most recurrent situation in international sales litigation. The number of decisions dealing with this issue is remarkably high, but often it is rather problematic to establish which kind of deficiencies in the goods may amount to a fundamental breach.' (p. 341). Kortheidshalve wordt de discussie echter beperkt tot uitspraken waarin specifiek wordt ingegaan op wat 'normaal gebruik' inhoudt. Zie in de context van *fundamental breach* ook Aneta Spaic, Approaching Uniformity in International Sales Law: Comparative Analysis of the Concept of Fundamental Breach under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), December 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/spaic.html>.

De onder art. 35 gepubliceerde uitspraken hebben vaak een meer feitelijk karakter waarin uiteenzettingen over het conformiteitsbegrip ontbreken. Een duidelijk voorbeeld is een zaak van het hoogste gerechtshof Oostenrijk: koffie-apparaten waarin kortsluiting ontstond en die water lekten als gevolg van een verouderde constructie werden 'zonder twijfel' ongeschikt voor normaal gebruik geacht.[78] Te rijpe tomaten die niet meer (door)verkocht konden worden werden ongeschikt geacht door de Rechtbank van Koophandel Mechelen.[79]

In een Zwitsers arrest overwoog de hoogste rechter dat de verkoper moet instaan voor *alle* eigenschappen die de koper op grond van de overeenkomst van de zaken mag verwachten.[80] Hoewel dit een ruime uitspraak over art. 35 lijkt, is hier slechts sprake van toepassing van art. 8: gekozen wordt voor een uitleg, op grond waarvan de koper in het onderhavige geval bepaalde eigenschappen van de geleverde tweedehands machine *niet* mocht aannemen.[81] Wel van belang is dat overwogen wordt dat de CISG, anders dan het interne recht, geen specifieke regeling van 'garantie' heeft.[82]

In andere zaken wordt niet echt specifiek ingegaan op de in art. 35 lid 2 sub *a* gegeven criteria. In een zaak tussen een Russische verkoper en een koper uit Ecuador bleken de zaken ongeschikt voor het warme klimaat in Ecuador. In de arbitrage werd geoordeeld dat de verkoper aansprakelijk was. Het argument dat dergelijke klimatologische omstandigheden onbekend waren in Rusland werd afgewezen, onder verwijzing naar art. 35 lid 2 sub *b* (blijkbaar met als redenering dat de bestemming Ecuador aan de verkoper bekend was). Verder wordt een criterium van 'ordinary quality' gehanteerd, waarbij echter niet duidelijk is of dit ten aanzien van de nationale wetgeving is of ten aanzien van art. 35 lid 1 sub *a*.[83] In een zaak voor de rechtbank van Berlijn, inzake schoenen, was de rechtbank van oordeel dat verhandelbaarheid alleen niet voldoende is maar dat de goederen ook van gemiddelde kwaliteit moesten zijn. In de uitspraak wordt dit echter niet verder gemotiveerd.[84]

78 Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 23 mei 2005. Zie Pace en Unilex databases.

79 België: Rechtbank van Koophandel Mechelen 18 januari 2002. Zie Pace en Unilex databases.

80 Zwitserland: Bundesgericht 11 december 2000 (*Rhomberg GmbH v. Ruth & Walter Ott*), zie Pace en Unilex databases. Zie ook Kruisinga (2004) p. 31.

81 De uitleg wordt objectief genoemd, waar bedoeld zal zijn redelijk. 'Danach (Art. 35 CISG , PK) hat der Verkäufer Ware zu liefern, die in Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich Verpackung oder Behältnis den Anforderungen des Vertrages entspricht. Welche Warenbeschaffenheit im Einzelnen vereinbart wurde und zum Vertragsinhalt gehört, ist nötigenfalls durch Auslegung zu ermitteln, die nach Art. 8 CISG zu erfolgen hat. ... Vielmehr hat der Verkäufer grundsätzlich für alle Eigenschaften einzustehen, die der Käufer nach dem Vertrag von der Ware erwarten darf ... . Gerade diese – objektive – Auslegung hat das Handelsgericht vorgenommen, indem es entschied, die Klägerin sei nicht zur Erwartung berechtigt gewesen, auf der gekauften Maschine auch ohne Nachrüstung Rapportlängen von 1018 mm drucken zu können. ... Inwiefern das Handelsgericht damit gegen Normen des CISG, insbesondere gegen Art. 8 Abs. 2 CISG verstossen haben soll, wonach Erklärungen so auszulegen sind, wie eine vernünftige Person in gleicher Stellung wie die andere Partei sie unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte, zeigt die Klägerin in der Berufung nicht auf und ist auch nicht ersichtlich.'

82 'Art. 35 CISG enthält keine spezifische Regelung für zugesicherte Eigenschaften in der Art von Art. 197 OR.'

83 CLOUT nr. 461 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 12 maart 1996. Zie Pace database, zie ook het commentaar op de website.

84 Aan de schoenen kleefden diverse – tot in detail beschreven – gebreken, zie in detail het vonnis in lagere instantie, Amtsgericht Charlottenburg 4 mei 1994, bevestigd Landesgericht Berlijn 15 september 1994. Zie Pace en Unilex database. Zie ook het NAI-vonnis inzake *Rijn blend*, ov. 69.

De bespreking verder beperkend tot uitspraken waarin aandacht geschonken wordt aan *hoe* de in art. 35 lid 1 sub *a* gehanteerde formulering toe te passen, verdient eigenlijk alleen een uitspraak van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) een uitvoerige behandeling. In deze uitspraak uit 2002 inzake *Rijn blend* is het begrip 'normaal gebruik' uitgebreid geanalyseerd.[85] Drie mogelijke interpretaties worden beschreven. Twee oplossingen, *merchantability* en *average quality* worden uiteindelijk afgewezen als in feite afkomstig uit nationale rechtssystemen, en gekozen wordt voor *reasonable quality* als passende maatstaf gelet op de volgens art. 7 vereiste uniforme/autonome uitleg van het Verdrag.[86]

Onder verwijzing naar art. 7 lid 2 (noodzaak van autonome en uniforme interpretatie) werd de standaard van gemiddelde kwaliteit afgewezen.[87] Hoewel deze standaard in zowel de Duitse als de Romaanse rechtsfamilies te vinden is, werd geoordeeld dat *nationale* begrippen niet beslissend zijn.

> For that reason, the average quality standard cannot be accepted. It is a theory, which imports a domestic notion, which is not sufficiently universal into the CISG system in violation of Article 7(2) CISG.[88]

De arbiters wijzen vervolgens op recente codificaties, zoals de Nederlandse, waarin de gemiddelde kwaliteit standaard verlaten is ten faveure van hetgeen omschreven wordt als 'a reliance standard'.[89]

Op dezelfde grond, namelijk dat nationale begrippen niet beslissend zijn, wordt een standaard van (strict) *merchantability* (verhandelbaarheid) afgewezen.[90] In dit verband wordt vrij uitvoerig ingegaan op de totstandkomingsgeschiedenis van art. 35, met verwijzingen naar de UCC.[91]

---

85 Nederland: Netherlands Arbitration Institute Arbitral Award Case No. 2319 Rotterdam, October 15, 2002 (*Rijn blend*). Voor het vonnis zie *TvA* 2003, nr. 22 en zie Pace en Unilex-databases. Zie ook P. Klik, recensie S.A. Kruisinga, (Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept? Dissertatie Utrecht, Intersentia 2004, ISBN 90-5095-363-8, 299 p., samenvatting in het Nederlands, *NTBR* 2005, p. 470 op p. 472.

86 Voor een korte beschrijving van de drie mogelijke benaderingen zie ov. 69-71, voor de keuze voor *reasonable quality* zie ov. 117.

87 Ov. 106 - 108. Zie overigens Réné Franz Henschel, Interpreting or supplementing Article 35 of the CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, November 2004 <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel.html> onder h, die met een beroep op art. 5.1.6 UP het criterium 'not less than average' ook van belang acht voor art. 35 CISG. Hij onderschrijft echter het NAI-vonnis, zie onder k en l.

88 Ov. 108, onder verwijzing naar Heuzé. Zie ook ov. 69: 'Finally, some French authors have specifically stated that the average quality rule of the French Civil Code is not applicable to CISG cases (Heuzé, V., o.c., 219, Audit, B., La vente internationale de marchandises, Paris, LGDJ, 1990, 96).'

89 Ov. 108. Furthermore, recent codifications in civil law countries such as in The Netherlands have abolished the average quality rule of Article 1428 old Civil Code in favour of a reliance standard (see Article 7:17 Dutch Civil Code).

90 Ov. 109. The same argument against domestic conformity notions, of course, must be used in relation to the merchantability standard of the English common law. Thus, English common law based jurisdictions such as Canada, Australia, New Zealand or Singapore cannot use their merchantability criteria *ne varietur* in CISG cases.

91 Ov. 114-115.

In plaats van verhandelbaarheid of gemiddelde kwaliteit wordt een 'reasonable quality test' gehanteerd. Ter ondersteuning wordt gewezen op literatuur[92] en rechtspraak[93] de totstandkomingsgeschiedenis van art. 35, en de uitleg-bepaling van art. 7.[94] Ten aanzien van 'redelijkheid' wordt verder gewezen op een groot aantal artikelen in het Weens Koopverdrag waarin naar 'redelijkheid' verwezen wordt.[95] Tot slot wordt vermeld dat dit dezelfde standaard is als die naar Nederlandse recht zou gelden.[96] In het vonnis wordt verder ook heel concreet aangegeven tot welke uitkomsten de verschillende oplossingen leiden: in de eerste situatie zou de koper winnen, in de tweede situatie niet, en in de derde situatie – bij het uiteindelijk door de arbiters toegepaste criterium – wint de koper weer wel.

Bij het arbitraal vonnis zijn enkele kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste kan worden opgemerkt dat de gekozen oplossing, anders dan in het vonnis wordt gesuggereerd, niet echt met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak kan worden ondersteund. Zo wordt in het arbitraal vonnis verwezen naar het boek van H. Bernstein en J. Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*. Echter, Bernstein en Lookofsky stellen niet meer dan dat zaken geschikt moeten zijn voor gebruik (met bowlingballen moet men kunnen bowlen; blikken tomaten moeten geschikt zijn voor consumptie), inclusief doorverkoop. Wel wordt, in de voetnoten, zowel 'merchantability' als 'average quality' afgewezen als 'CISG standard'.[97] De enige verwijzing naar redelijke kwaliteit is te vinden in het volgende:

> Goods are often ordered by general description, without any indication as to intended use. Still, goods are always purchased with some purpose in mind, and CISG buyers are entitled to expect reasonable use-value for their money.[98]

Ook de verwijzing naar het arbitraal vonnis van Arbitration Institute Stockholm Chamber of Commerce van 5 juni 1998 lijkt mij niet geheel juist en deze verwijzing wordt dan ook ten onrechte in handboeken overgenomen.[99] In die zaak is

92 H. Bernstein & J. Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, The Hague: Kluwer Law International (1997) p. 59-60.

93 CLOUT nr. 237 Arbitral Award, June 5, 1998, Arbitration Institute, Stockholm Chamber of Commerce (*Beijing Light Automobile Co. v. Connell*) , zie Pace en Unilex-databases.

94 Ov. 117-118.

95 [117] ... In this respect, it may be noted that CISG often uses open-textured provisions referring to reasonableness (*e.g.*, articles 8, 18, 25, 33, 34, 37, 38, 39, 43, 44, 46, 48, 49, 65, 72, 75, 77, 79, 86, 87 and 88). ...

96 [117] ... Finally, even if one were to rely on domestic law by virtue of article 7(2) CISG, Dutch law would be applicable and would also impose a standard of reasonable quality.

97 Zie expliciet p. 60 noot 57 ('In fact, neither 'average quality' nor 'merchantability' is a CISG standard'), met terugverwijzing naar p. 59 noot 53.

98 J. Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA. A compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, The Hague: Kluwer Law International (1995) § 4-7 p. 46, H. Bernstein & J. Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, The Hague: Kluwer Law International (1997) § 4-7 p. 59, H. Bernstein & J. Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, The Hague: Kluwer Law International (2nd ed.; 2003) § 4-7 p. 83, J. Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA. A compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, The Hague: Kluwer Law International (2nd ed.; 2004) § 4-7 p. 74. Zie echter ook de verwijzing naar de 'reasonable expectation of the ultimate purchaser' in de context van de discussie over *resale*.

99 Zie bijvoorbeeld Schwenzer Art. 35 aant. 15 in de Duitse editie van Schlechtriem & Schwenzer (2004).

namelijk 'gemiddelde kwaliteit' in het geheel niet aan de orde. De verwijzing in het arbitraal vonnis van de NAI luidt als volgt:

> One case has endorsed this theory in holding that the buyer's reasonable expectations are to be taken into account (Arbitral Award, June 5, 1998, Arbitration Institute, Stockholm Chamber of Commerce, Unilex database [*see also* English text available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/980605s5.html>], unpublished in hard copy).

In deze zaak ging het om de verkoop van een staalpers. De verkoper verving, zonder de koper hierover te informeren, de 'lockplate'. Toen de Chinese koper de machine in elkaar zette en installeerde werd deze 'lockplate' verkeerd bevestigd, hetgeen op termijn (na vier jaar) ertoe leidde dat de 'lockplate' afbrak met schade aan de machine tot gevolg. Ten aanzien van de verwachtingen die de koper mag hebben wordt slechts het volgende overwogen:

> The Tribunal considers the P-52 part of the Press, in view of the possibility of improper installation and the resulting possible or even probable ultimate failure of the lockplate, not to be fit for the long, continuous operation of the Press without serious failure that unquestionably was [buyer's] *reasonable expectancy* and the purpose of its investment. Thus, the Tribunal concludes that the Press was not in conformity with the Contract as a result of the substitution of the A-5750 key retainer arrangement for the P-52 lockplate arrangement. (mijn curs., PK)

De uitspraak inzake *Rijn blend* is met name ook interessant, niet alleen omdat een nieuw criterium geïntroduceerd wordt, maar ook expliciet de bruikbaarheid van nationale begrippen afgewezen wordt.[100] Deze nationale begrippen zijn zelf vaak ook niet eenduidig, hetgeen bijvoorbeeld duidelijk blijkt uit de discussie over het begrip 'merchantability' (zie ook de eerder weergegeven discussie). In de uitspraak van het NAI wordt over 'merchantability' het volgende gezegd:

> [88] As to the standard of merchantability, it should be noted that the primarily Germanic theory of average quality is based on the assumption that in the English common law merchantability implies that goods are conforming if there is a substitute market. It would be the expression of the *caveat emptor*-rule under which buyers assume the risk of quality problems if they fail to specify quality requirements in their contracts or inspect goods before concluding the contract. This rule was, however, changed in 1910 in the *Bristol Tramways Carriage Co. Ltd v. Fiat Motors Ltd.* case (1910 2 KB 831) where the test was developed whether a reasonable buyer

100 Réné Franz Henschel, Interpreting or supplementing Article 35 of the CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, November 2004 <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel.html> onder I wijst op de mogelijkheid van invulling van het criterium richting 'average quality' of 'merchantability' wanneer partijen afkomstig zijn uit 'the same legal culture'. Een dergelijke 'regionale' invulling lijkt mij in deze situatie ongewenst. Zie over regionale interpretatie onder meer Harry M. Flechtner, Another CISG Case in the U.S. Courts: Pitfalls for the Practitioner and the Potential for Regionalized Interpretations [comments on GPL Treatment v. Louisiana-Pacific 12 april 1994 (Oregon appellate court)], 15 *Journal of Law and Commerce* 1995, p. 127, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jlcvol15.html>.

would have accepted the goods if he had fully examined the goods. As to commodities, the English common law developed the rule that goods conform if a reasonable buyer would have concluded the contract if he had known the quality of the goods without bargaining for a price reduction (*Henry Kendall & Sons v. William Lillico & Sons Ltd*, [1969] 2 AC 31). For a discussion of the English common law, see Bridge, M., The sale of goods, Oxford, Clarendon Press, 1997, 290-316.

Vergelijk over Engelse recht eerder hoofdstuk 4, § 4.4 en verder.

143. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Bij de formulering van art. 35 CISG werd art. 33 LUVI als uitgangspunt genomen. In de CISG werd getracht aan te geven dat de verplichtingen van de verkoper uit het contract voortvloeien. Daarbij spelen echter de 'normale verwachtingen van de koper' een rol. Zo is bijvoorbeeld duidelijk dat zaken verhandelbaar moeten zijn (in de LUVI expliciet vermeld in tekst, in de CISG als overbodig niet overgenomen).

Vanaf de totstandkoming van de tekst van art. 35 is problematisch geweest wat 'ordinary use' precies inhoudt. Bij de toepassing van het begrip 'normaal gebruik' uit art. 35 lid 2 sub *a* blijft steeds de vraag hoe dit zich verhoudt tot begrippen uit nationale rechtsstelsels, waarbij verschillen tussen *civil law* en *common law* een rol spelen. Met name de verhouding tot het begrip 'merchantability' is onduidelijk.

Er is verrassend weinig jurisprudentie waarin art. 35 lid 2 sub *a* ten principale aan de orde komt. Belangwekkend is het NAI-vonnis van 15 oktober 2002 inzake *Rijn blend*. Twee oplossingen, '*merchantability*' en '*average quality*' worden uiteindelijk afwezen als in feite afkomstig uit nationale rechtssystemen, en gekozen wordt voor '*reasonable quality*' als passende maatstaf gelet op de volgens art. 7 vereiste uniforme/autonome uitleg van het Verdrag. Vanuit het gezichtspunt van de vereiste autonome en uniforme uitleg van het verdrag verdient de 'reasonable quality test' waarvoor uiteindelijk wordt gekozen inderdaad de voorkeur. Het is echter de vraag of dit criterium, dat toch een zeker vaag karakter heeft, in de relevante praktijk (handelskoop) niet als te weinig concreet zal worden ervaren en daarom geen navolging zal vinden.

5.2 Een kwestie apart: voldoen aan eisen van (buitenlandse) wetgeving

144. Inleiding

Een vraag die in de literatuur over de CISG veel aandacht krijgt is of de geleverde zaken aan eisen die in buitenlandse wetgeving worden gesteld moeten voldoen. Dit vraagpunt wordt hier apart behandeld, waarbij ook ingegaan wordt op het onderscheid tussen een nationale en een internationale context.

101 Zie § 5.1.

145. Documentary history en literatuur

In de LUVI was, zoals eerder vermeld, in art. 33 onder *d* opgenomen dat er sprake was van non-conformiteit in geval van levering van goederen 'which do not possess the qualities necessary for their ordinary or commercial use'.[101] Hoewel daarmee een vereiste van verhandelbaarheid wel werd geëxpliciteerd, was niet duidelijk of hieronder ook moest worden begrepen verhandelbaarheid conform de publiekrechtelijke normen van het land van vestiging van de koper. Eerder bleek ook dat onder de CISG de eis van verhandelbaarheid niet in de tekst van art. 35 werd opgenomen, maar wel als een vanzelfsprekend deel van conformiteit wordt gezien.[102] Daarmee blijft echter de vraag van het moeten voldoen aan normen van publiekrecht nog open.

Bij de totstandkoming van art. 35 CISG kreeg dit vraagpunt vreemd genoeg geen aandacht. Tijdens de conferentie in Wenen in 1980 werd slechts door de ICC in de discussie ingebracht dat de verkoper niet aansprakelijk hoorde te zijn onder het 'normaal gebruik'-criterium, en dat de vraag dus onder het 'bijzonder gebruik'-criterium opgelost diende te worden.[103] De meningen in de literatuur zijn op dit punt niet eensluidend.

Schlechtriem heeft in een vroeg stadium aandacht gevraagd voor de eis dat de zaken moeten voldoen aan de regelgeving in het land van import of het land van bestemming:

> It has to be added, however, that 'ordinary use' will be defined by the standards of the country or region in which the buyer intends to use the goods. In Europe, gasoline for the operation of cars is still understood as leaded gasoline, whereas the expectations of an American buyer who stocks up on gas on the Rotterdam spot market might be directed toward unleaded gasonline. In order to avoid uncertainty it would be advisable in such cases for a buyer to name not only his purpose but also the place where he intends to use the goods purchased.[104]

Hoewel Schlechtriem de normen van het land van de koper tot uitgangspunt neemt bij de bepaling van het 'normale gebruik', neemt hij toch niet een automatische (de koper zou er goed aan doen ...) aansprakelijkheid van de verkoper aan. Tegenover de niet echt uitgesproken stellingname van Schlechtriem staat de mening van Bianca, die juist stelt dat voor conformiteit de normen van het land waar de verkoper gevestigd is bepalend zijn. Bianca gebruikt daarbij hetzelfde voorbeeld van Schlechtriem: het feit dat een Amerikaanse koper van benzine op de Europese markt loodvrije benzine verwacht is niet beslissend voor de normen die gelden.[105] Voor wat betreft dwingende publiekrechtelijke normen komt hij tot

---

102 Zie § 5.1.

103 *Documentary history* p. 398 C. 35 onder nr. 6. Zie ook Bianca/Bonell (1987) Art. 35 aant. 3.2, Kruisinga (2004) p. 44, Henschel (2005) p. 59.

104 P. Schlechtriem, Chapter 6 The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: N.M. Galston en H. Smit (eds.), *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984) op p. 6-21.

105 Bianca in: Bianca/Bonell (1987) Art. 35 aant. 2.5.1.

een 'case by case' oplossing, echter wel aangevend dat de verkoper slechts onder speciale omstandigheden aansprakelijk zal zijn.[106]

Honnold neemt op dit punt geen stelling, maar wijst er op dat ook dit een kwestie van uitleg van het contract is.[107] Schwenzer sluit zich hier bij aan.[108] In een latere publicatie, naar aanleiding van het *Nieuw-Zeelandse mosselen*-arrest, heeft Schlechtriem duidelijker positie gekozen. Op zijn standpunt zal na de bespreking van de relevante jurisprudentie nog worden ingegaan.

146. Rechtspraak met betrekking tot de CISG

In de zeer bekende zaak over *Nieuw-Zeelandse mosselen* was, gelet op de feiten, het in de zaak van de *Rijn blend* gemaakte onderscheid niet van belang, omdat de mosselen zowel 'merchantable' als 'of average quality' waren.[109] Deze zaak, een arrest van het Duitse BGH uit 1995,[110] is het standaard-arrest over een andere vraag, namelijk of de geleverde zaken moeten voldoen aan publiekrechtelijke eisen die gelden in het land van de koper.[111] Een Zwitserse verkoper leverde aan een Duitse koper mosselen uit Nieuw-Zeeland met een cadmiumconcentratie die te hoog was, in de zin dat de norm zoals aanbevolen door de Duitse gezondheidsautoriteiten werd overschreden. Het BGH overwoog dat ten aanzien van het voldoen aan publiekrechtelijke eisen niets was overeengekomen. Het Hof stelt vooropdat de verkoper geen rekening hoeft te houden met de publiekrechtelijke eisen van het land van de koper:

> Es entspricht vielmehr ganz herrschender Meinung im Schrifttum, der sich der erkennende Senat anschließt, daß die Einhaltung besonderer öffentlichrechtlicher Vorschriften im Käufer- oder Verwendungsstaat vom Verkäufer grundsätzlich nicht erwartet werden kann ... [112]

Daarbij wordt in het midden gelaten of de situatie onder art. 35 lid 2 sub *a*, normaal gebruik, of sub *b*, bijzonder gebruik, valt, en wordt ook geen uitspraak gedaan over de vraag of de zaken altijd aan de in het land van de verkoper gel-

106 Bianca/Bonell (1987) Art. 35 aant. 3.2, onder meer verwijzend naar de *Sumner Permain*-case (zie eerder § 4.4) en het commentaar van de ICC. De door Bianca geschetste relevante omstandigheden zijn terug te vinden in de nog te bespreken *Nieuw-Zeelandse mosselen*-case.

107 Honnold (3rd ed.; 1999) Art. 35 § 225.

108 Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 16 algemeen, aant. 17 e.v. over publiekrechtelijke normen, met verdere verwijzingen. Zie, met beschrijving van jurisprudentie, Kruisinga (2004) Chapter II § 9, p. 43 e.v. Zie verder Henschel (2005) § 5.5.3 en § 6.6.2.

109 In lagere instantie was de vraag opengelaten of een 'gemiddelde kwaliteit' moest worden geleverd, of dat kon worden volstaan met 'verhandelbare' zaken. Op dit punt kan de koper de zaak dus niet in zijn voordeel beslechten. M. Karollus, Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994, *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 1995, p. 51 heeft kritiek op het oordeel: de mosselen waren wellicht nog wel te eten, maar waarschijnlijk niet meer te verkopen, en dat was toch de bedoeling van de koper. Zie ook het eerder genoemde arbitrale vonnis inzake de *Rijn blend*, NAI Award Case No. 2319 Rotterdam, October 15, 2002, ov. 68.

110 CLOUT nr. 123, Duitsland: Bundesgerichtshof 8 maart 1995, zie Pace en Unilex-databases.

111 Zie ook mijn recensie van S.A. Kruisinga, (Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?, zie *NTBR* 2005, p. 470.

112 In een Engelse vertaling: 'According to the absolutely prevailing opinion in the legal literature, which this Court follows, the compliance with specialized public law provisions of the buyer's country or the country of use cannot be expected.'

dende eisen moeten voldoen.[113] Op de regel dat de koper niet mag verwachten dat de zaken conform de eisen van het land van de koper of het land van bestemming zijn worden wel drie mogelijke uitzonderingen genoemd:
- de normen gelden ook in het land van de verkoper.
- de koper heeft de verkoper op de normen gewezen en vertrouwde op diens deskundigheid.
- in het onderhavige geval kent de verkoper de normen, of zou deze moeten kennen.

In casu is een dergelijke uitzondering niet aan de orde. Verder in het arrest wordt ook aangegeven in welke situaties een verkoper mogelijkerwijs de in een ander land gehanteerde normen zou moeten kennen:

> Ob etwas anderes angenommen werden kann, wenn der Verkäufer die öffentlichrechtlichen Vorgaben im Bestimmungsland kennt oder der Käufer davon ausgehen durfte, etwa weil der Verkäufer dort eine Zweigniederlassung unterhält ..., er mit dem Käufer schon in längerer Geschäftsverbindung steht ..., häufig in das Land des Käufers exportiert ... oder in ihm für seine Produkte geworben hat ..., bedarf keiner Entscheidung. Nichts von alledem hat die Beklagte vorgetragen.[114]

Het arrest is ook van belang vanwege hetgeen over (de opbouw van) art. 35 lid 2 wordt gezegd. Allereerst wordt de vraag of, op grond van art. 35 lid 2 sub *a* de zaken aan de normen van het land van de *verkoper* moeten voldoen en alleen daarom al de normen van het land van import niet relevant zijn uitdrukkelijk open gelaten.[115] Verder wordt in de opsomming van de drie mogelijke uitzonderingen ook art. 35 lid 2 sub *b* genoemd, namelijk bij de tweede uitzondering:

> Auf bestimmte Vorgaben im Land des Käufers kann jedenfalls nur dann abgestellt werden, wenn sie ebenso im Verkäuferstaat bestehen ... oder wenn der Käufer den Verkäufer *was wohl im Rahmen des Art. 35 Abs. 2 lit. b UN-Kaufrecht zu prüfen wäre* auf sie hingewiesen hat ... und

---

113 'Gewisse bei der Erörterung in der Literatur zu beobachtende und teilweise wohl durch die nicht sehr scharfe Abgrenzung der lit. a und b des Art. 35 Abs. 2 UN-Kaufrecht vorgegebene Unsicherheiten in der Beurteilung, ob diese Frage in die Prüfung des gewöhnlichen Gebrauchszwecks oder in die der Geeignetheit der Ware für einen bestimmten Zweck einzuordnen ist, bedürfen dabei keiner Aufhellung. So braucht nicht abschließend entschieden zu werden, ob im Rahmen des Art. 35 Abs. 2 lit. a UN-Kaufrecht, wie wohl überwiegend vertreten, stets auf die Standards im Land des Verkäufers abzustellen ist ..., so daß es darauf, ob die Verwendung der Ware öffentlichrechtlichen Vorschriften des Importlandes entgegenstehen, für die Zwecke der lit. a schon deshalb nicht ankommt ...'

114 'This Court need not decide whether the situation changes if the seller knows the public law provisions in the country of destination or if the purchaser can assume that the seller knows these provisions because, for instance, he has a branch in that country ..., because he has already had a business connection with the buyer for some time ..., because he often exports into the buyer's country ... or because he has promoted his products in that country ... . [Buyer] did not allege any such facts.'
Zie ook CLOUT nr. 418, U.S. District Court, Eastern District of Louisiana 17 mei 1999 (*Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l.*), zie Pace en Unilex-databases.

115 'So braucht nicht abschließend entschieden zu werden ob im Rahmen des Art. 35 Abs. 2 lit. a UN-Kaufrecht, wie wohl überwiegend vertreten, stets auf die Standards im Land des Verkäufers abzustellen ist ..., so daß es darauf, ob der Verwendung der Ware öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Importlandes entgegenstehen, für die Zwecke der lit.a schon deshalb nicht ankommt.' (verwijzingen naar literatuur weggelaten, PK)

> dabei auf dessen Sachkunde vertraute und vertrauen durfte oder möglicherweise wenn dem Verkäufer die einschlägigen Bestimmungen im vorgesehenen Exportland aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles bekannt sind oder sein müßten ... . (mijn curs., PK)[116]

In het arrest zelf worden de achterliggende policy-overwegingen duidelijk verwoord:

> Entscheidend dafür ist, daß dem ausländischen Verkäufer nicht ohne weiteres abverlangt werden kann, die oft nicht leicht zu ermittelnden öffentlich rechtlichen Bestimmungen und/oder Verwaltungspraktiken der Länder, in die er exportiert, zu kennen, und der Käufer auf eine derartige Sachkenntnis des Verkäufers daher vernünftigerweise auch kein Vertrauen setzen darf, daß vielmehr regelmäßig solche Kenntnisse über die Verhältnisse in seinem Land oder dem von ihm vorgesehenen Bestimmungsland weit eher vom Käufer zu erwarten sind und deshalb ihm die entsprechende Aufklärung des Verkäufers zuzumuten ist.[117]

Het arrest is in uitspraken van gerechten in andere landen aangehaald en gevolgd.[118] Een mooi voorbeeld is het Amerikaanse vonnis van een federale rechtbank in Louisiana uit 1999, *Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l.*, waarin het punt van geschil is of in een arbitraal vonnis de arbiters zich al dan niet gehouden hebben aan het Duitse precedent.[119] De rechtbank constateert dat de arbiters weliswaar niet tot de door de verkoper gewenste conclusie kwamen, maar dat, conform het Duitse precedent, sprake is van een toepassing van de derde genoemde uitzonderingsgrond.[120] Een aardige Amerikaanse uitspraak, waarin nu eens verwijzingen naar het interne Amerikaanse recht, de UCC, ontbreken, maar wellicht is dit ook omdat de rechtbank niet tot een zelfstandig oordeel hoefde te komen, maar slechts het arbitraal vonnis

116 'In any event, certain standards in the buyer's country can only be taken into account if they exist in the seller's country as well or if, *and this should possibly be examined within the scope of CISG Art. 35(2)(b)*, the buyer has pointed them out to the seller and, thereby, relied on and was allowed to rely on the seller's expertise or, maybe, if the relevant provisions in the anticipated export country are known or should be known to the seller due to the particular circumstances of the case.' (mijn curs., PK)

117 'Decisive is that a foreign seller can simply not be required to know the not easily determinable public law provisions and/or administrative practices of the country to which he exports, and that the purchaser, therefore, cannot rationally rely upon such knowledge of the seller, but rather, the buyer can be expected to have such expert knowledge of the conditions in his own country or in the place of destination, as determined by him, and, therefore, he can be expected to inform the seller accordingly.' Meer toegespitst op de casus wordt daaraan toegevoegd: 'This applies even more in a case like this, where, ... there are no statutes regulating the permissible cadmium contamination and where, instead, the public health agencies apply the provisions, that are only valid as to the meat trade ... 'analogously' and, seemingly, not uniformly in all the German Länder (federal states) ... to the exceeding of standards in the fish and mussels trade and where the legal bases for measures of the administrative authorities do not seem completely certain ... .'

118 Zie kritiek vanuit dit perspectief van Harry M. Flechtner, Conformity of goods, Third Party Claims, and Buyer's Notice of Breach under the United Nations Sales Convention (CISG), with Comments on the "Mussels-case," the "Stolen Automobile-case," and the "Ugandan Used Shoes-case", University of Pittsburgh School of Law working paper series. Working paper 64 (August 2007), <http://law.bepress.com/pittlwps/papers/art64>.

119 CLOUT nr. 418, U.S. District Court, Eastern District of Louisiana 17 mei 1999 (*Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l.*) , zie Pace en Unilex-databases.

120 Zie ook Kruisinga (2004) p. 47. Anders Schlechtriem in diverse publicaties, die meent dat het precedent niet gevolgd wordt. Zie eerder ook CLOUT nr. 150 Frankrijk: Cour de Cassation 23 januari 1996, zie Pace en Unilex databases.

toetst. In een tweetal arresten van de hoogste rechter in Oostenrijk wordt uitgegaan van het beginsel dat de wettelijke voorschriften in het land van de verkoper van belang zijn.[121]

Een recent arrest inzake met dioxine besmet Belgisch varkensvlees (dat werd verkocht aan een Duitse koper, met als uiteindelijke bestemming Bosnië; het vlees werd echter na de verkoop wegens de dioxine getroffen door een Europees exportverbod) heeft opnieuw voor discussie gezorgd.[122] In de uitspraak wordt aangehaakt bij het *Nieuw-Zeelandse mosselen*-arrest, waarbij wordt gesteld dat de omstandigheden in het land van de verkoper in het algemeen bepalend zijn, omdat van de verkoper niet kan worden verwacht dat hij de situatie in het land van import of het land van bestemming kent.[123] Expliciet wordt daarbij gesteld dat de regelgeving in Bosnië-Herzegovina, het land van uiteindelijke bestemming waar het vlees uiteindelijk ook werd vernietigd, niet van belang is.[124] Ondanks dat ten tijde van koop en risico-overgang in het land van de verkoper nog geen voorschriften waren over dioxine, wordt de verkoper toch, onder toepassing van art. 36 CISG, aansprakelijk gesteld, omdat ten tijde van de risico-overgang het vlees al besmet was en er dus sprake was van een verborgen gebrek. Uitdrukkelijk aansluiting zoekend bij het land van de verkoper, zet het BGH uiteen dat het feit dat pas later bekend werd dat Belgisch vlees besmet kon zijn en dus ook pas later officiële maatregelen in Duitsland, de Europese Unie en uiteindelijk ook in België zelf werden genomen niet afdoet aan het feit dat de zaken al een gevaar voor de volksgezondheid opleverden op het moment van de risico-overgang. Het BGH weigert weliswaar over verdenking van besmetting een algemene regel te geven[125], maar het is duidelijk dat dit op zich, gelet op verkoopbaarheid, al relevant is:

---

121 Zie CLOUT nr. 426 Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 13 april 2000 (machines zonder CE-label verkocht vanuit Duitsland, die in Oostenrijk niet verhandelbaar waren), zie Pace database, en CLOUT nr. 477 Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 27 februari 2003, *IPRax* 2004, p. 350 (vis van vorig jaar), waarin de zaak echter beslist wordt op basis van art. 9, zie Pace en Unilex-databases. De kwestie was van belang, omdat de vis uit 1996 niet ingevoerd mocht worden in Letland, waar de afnemer van de koper was gevestigd. Zie naar aanleiding van het arrest Peter Huber, Vertragswidrigkeit und Handelsgebrauch im UN-Kaufrecht (zu OGH, 27.2.2003 - 2 Ob 48/02a, oben S. 350, Nr. 28), *IPRax* 2004, p. 358. Zie over handelsgebruik ook § 5.1 nr. 139.

122 Duitsland: Bundesgerichtshof 2 maart 2005, zie Pace en Unilex-databases. Zie over het arrest ook P. Schlechtriem in *Juristenzeitung* 2005, 846-848, ook op http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem7.html (P. Schlechtriem, Compliance with local law; seller's obligations and liability. Annotation to German Supreme Court decision of 2 March 2005 [VIII ZR 67/04]). Zie ook S.A. Kruisinga, Non-conformiteit en dioxine, *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2006, p. 92; S.A. Kruisinga, De aansprakelijkheid van de verkoper in de CISG voor het in acht nemen van buitenlandse regelgeving, *MvV* 2007, p. 156.

123 Zie ook Kruisinga (2006), op p. 93-94.

124 'Auf die Bestimmungen des Landes Bosnien-Herzegowina, die nach der - bestrittenen - Behauptung der Beklagten Anlaß für die Beschlagnahme und Vernichtung der gesamten Ware waren, kommt es deshalb nicht an.'
('The provisions of the country Bosnia-Herzegovina, which were, according to the [Buyer]'s disputed allegation, the reason behind the confiscation and destruction of the entire goods, are therefore not applicable.')

125 'We also do not need to decide whether the suspicion that certain goods may be harmful to health always represents a breach of contract with regard to foodstuffs. At least if the suspicion – as in this case – has led to public measures that preclude the goods' tradeability, the goods must be viewed as not conforming with the contract for the area of wholesale and intermediate trade.
Ebensowenig bedarf es der Entscheidung, ob der Verdacht einer gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit stets eine Vertragswidrigkeit von Lebensmitteln begründet. Jedenfalls dann, wenn der Verdacht – wie im vorliegenden Fall – zu öffentlich-rechtlichen Maßnahmen geführt hat, die die Handelbarkeit der Ware ausschließen, ist die Ware für den Bereich des Groß- und Zwischenhandels als vertragswidrig anzusehen.'
Zie hierover wel bijvoorbeeld Schwenzer (2nd ed.; 2005), Art. 35 aant. 14.

> Ob und in welchem Ausmaß das an die Beklagte gelieferte Fleisch tatsächlich dioxinbelastet war, kann dahinstehen, weil es für die Wiederverkäuflichkeit und Handelbarkeit allein auf den die Verkehrsfähigkeit ausschließenden, nachträglich offenbar gewordenen und von der Verkäuferin nicht entkräfteten Verdacht ankommt.[126]

De *feitelijke* (on)geschiktheid voor gebruik komt hierdoor centraal te staan in plaats van de vraag welke regelgeving relevant is.[127]

Bij de inschatting van het belang van het arrest moet naar mijn mening gekeken worden naar de zeer specifieke situatie. In casu werden in het land van de verkoper enkele weken na risico-overgang voorschriften van kracht, voorschriften die ook in de hele Europese Gemeenschap golden. De crux van de zaak is wellicht ook daarin gelegen dat het juist de problemen met dioxine in Belgisch varkensvlees waren die tot de publiekrechtelijke regelgeving hadden geleid. Verder speelt de feitelijke onverkoopbaarheid van het vlees een grote rol.

147. Literatuur: vervolg. Schlechtriem's visie

Eerder werd al vermeld dat Schlechtriem de normen van het land van de koper tot uitgangspunt neemt. In een latere publicatie, naar aanleiding van het *Nieuw-Zeelandse mosselen*-arrest, heeft Schlechtriem zijn standpunt nader uitgewerkt.[128] Kort samengevat neemt hij als uitgangspunt dat het vaak toeval is of sprake is van private regelgeving of regelgeving vanuit de overheid, en benadrukt hij dat ook bij gevallen van strijd met een overheidsvoorschrift de feitelijke bruikbaarheid centraal dient te staan. Toeval speelt met name een rol bij verschillen in regelgeving tussen verschillende landen. Een algemene keuze is zijns inziens dan ook moeilijk te maken. Bij grote bedrijven ligt het voor de hand om de verkoper verantwoordelijk te houden voor de bruikbaarheid in het land van gebruik, onafhankelijk van de vraag of het gaat om publieke regelgeving, technische normen, gebruik, of andere bijzondere omstandigheden. Anderzijds erkent hij dat het te ver gaat om de

126 'Whether and to what extent the meat delivered to [Buyer] was actually contaminated with dioxin is irrelevant because the suspicion alone, which excluded the marketability, which became apparent later and which was not invalidated by the Seller, has a bearing on the resaleability and tradeability.' In het arrest wordt sterk de nadruk gelegd op de 'verkoopbaarheid' van levensmiddelen. Zie ook de eerdere overweging: 'In the case of foodstuffs intended for human consumption, resaleability includes that the goods are unobjectionable as to health, i.e., at least not hazardous to health. Bei zum menschlichen Verzehr bestimmten Lebensmitteln gehört es zur Wiederverkäuflichkeit, daß die Ware gesundheitlich unbedenklich, das heißt jedenfalls nicht gesundheitsschädlich ist.'

127 Vergelijk in dit verband de ook al eerder weergegeven bedenkingen van M. Karollus, Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994, *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 1995, p. 51 bij het *Nieuw-Zeelandse mosselen*-arrest: de mosselen waren waarschijnlijk niet meer te verkopen, hetgeen toch de bedoeling van de koper was.

128 Zie Peter Schlechtriem, Vertragsmäßigkeit der Ware als Frage der Beschaffenheitsvereinbarung (zu BGH, 8.3.1995 - VIII ZR 159/94, unten S. 29, Nr. 2), *IPRax* 1996, p. 12; Peter Schlechtriem, Uniform sales law in the decisions of the Bundesgerichtshof, 50 years of the Bundesgerichtshof. A Celebration Anthology from the Academic Community; Peter Schlechtriem, Compliance with local law; seller's obligations and liability. Annotation to German Supreme Court decision of 2 March 2005 [VIII ZR 67/04]), *JZ* 2005, p. 846. Zie ook Peter Schlechtriem, Noch einmal: Vertragsmäße Beschaffenheit der Ware beid divergierenden offentlich-rechtlichen Qualitatsvorgaben (zu OGH, 13.4.2000 - 2 Ob 100/00w, oben S. 149, Nr. 15), *IPRax* 2001, p. 161. Zie ook de aparte vermelding van Schlechtriem's standpunt in Schwenzer (2nd ed.; 2005) Art. 35 aant. 17a.

verkoper ook verantwoordelijk te houden voor regelgeving in het land van gebruik, die nauwelijks bekend of moeilijk toegankelijk is, en/of waarvan de toepassing dubieus is. Een algemene, voor alle gevallen geldende, regel is dus niet te geven. In die zin trekt hij het door het BGH ingenomen uitgangspunt in twijfel. Schlechtriem zelf heeft in 2001 nog eens aangegeven wat zijns inziens centraal moet staan: kon daadwerkelijk van de verkoper niet verwacht worden dat hij rekening moest houden met (*berücksichtigen*) met de publiekrechtelijke voorschriften in het land van de koper of in het land van bestemming? Schlechtriem wijst hierbij zeer expliciet naar art. 35 lid 2 onder *b*.[129]

Interessant is dat Schlechtriem de discussie plaatst in de context van de vraag of men de kwaliteitsgarantie als uitsluitend contractueel ziet, onder verwijzing naar de visie in de *common law* landen. Schlechtriem spreekt zijn voorkeur uit voor deze visie, als geschikt voor een uniforme uitleg (art. 7 CISG) en op concrete gevallen toegesneden oplossingen.[130]

Schlechtriem heeft betoogd dat in de zaak van het met dioxine besmet varkensvlees de Belgische regelgeving in feite niet ter zake deed en dat de uitspraak van het BGH in die zaak een voorbode is van een – door hem gewenste – koerswijziging.[131] Mijns inziens snijdt de kritiek van Slechtriem dat de regelgeving van het land van verkoop niet relevant is voor de verhandelbaarheid in een ander land hout, maar is daarmee niet beargumenteerd waarom de verkoper zou moeten instaan voor verhandelbaarheid op grond van elders geldende wetgeving.

148. Recente rechtspraak met betrekking tot de CISG

Ter ondersteuning van zijn standpunt wijst Schlechtriem ook op art. 42 CISG. In art. 42 wordt bepaald dat de verkoper zaken dient af te leveren waarop geen rechten of aanspraken van derden rusten die zijn gebaseerd op industriële eigendom of andere intellectuele eigendom. Voldaan moet worden aan de eisen van het recht van de staat waarin de zaken zullen worden doorverkocht of anderszins gebruikt, indien partijen dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst onder ogen hebben gezien (lid 1 sub a); in andere gevallen gaat het om het recht van de Staat waar *de koper* zijn vestiging heeft (lid 1 sub *b*).[132]

---

129 Schlechtriem kent een centrale plaats toe aan art. 35 lid 2 onder *b*, het in de CISG opgenomen 'bijzonder gebruik'-criterium. Hij bekritiseert daarbij de volgorde die in lid 2 gekozen is voor de criteria onder *a* (normaal gebruik) en *b* (bijzonder gebruik): zijns inziens moet gekeken worden naar de overeenkomst (lid 1), vervolgens (lid 2) eerst naar de criteria voor 'bijzonder gebruik', en pas dan naar de criteria voor 'normaal gebruik'. Schlechtriem (2001), op p. 163. Zie eerder § 2.2.

130 Zie eerder § 2.2.

131 Zie Schlechtriem, *JZ* 2005, p. 846.

132 Article 42

(1) The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property:

(a) under the law of the State where the goods will be resold or otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract that the goods would be resold or otherwise used in that State; or

(b) in any other case, under the law of the State where the buyer has his place of business.

(2) The obligation of the seller under the preceding paragraph does not extend to cases where:

Er is verrassend weinig rechtspraak over dit artikel. Een uitspraak die het vermelden waard is, is het arrest van de hoogste rechter in Oostenrijk van 12 september 2006 inzake de verkoop van (her)schrijfbare (blanco) CD's.[133] De koper die de cd's wilde doorverkopen in Oostenrijk, Duitsland en Zwitserland, betaalde enkele facturen niet aan de Duitse verkoper (een dochter van een in Taiwan gevestigd bedrijf), omdat al enige tijd door de verkoper (of de moedermaatschappij) niet was voldaan aan licentie-verplichtingen. In het arrest komt men aan een concrete toepassing van art. 42 niet toe, omdat een bepaalde aanname ten aanzien van de feiten ontoelaatbaar wordt geacht en nadere vaststelling van feiten in lagere instantie nodig is.[134] Uitdrukkelijk wordt daarbij aangetekend dat de regeling van art. 42 niet in tegenspraak staat tot de vaste jurisprudentie inzake art. 35:

> In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass ein Widerspruch zu der Entscheidung 7 Ob 302/05w (Zak 2006/359, 212) nicht besteht. In dieser Entscheidung hat der Oberste Gerichtshof mit Hinweis auf die Vorjudikatur ausgesprochen, dass sich der Mindeststandard der gelieferten Ware (Art 35 Abs 2 UN-K) - von gewissen Ausnahmen abgesehen - nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Staat des Verkäufers richtet ... . Demgegenüber stellt Art 42 Abs 1 schon seinem Wortlaut nach auf den zumindest erkennbar vorgesehenen Verwendungsstaat ab.

Recent heeft de hoogste rechter in Oostenrijk in een tweetal arrresten zijn jurisprudentie, waarin in essentie het *Nieuw-Zeelandse mosselen*-arrest gevolgd werd, nog eens bevestigd.

In het eerste arrest ging het om bevroren varkenslever, die wel aan de in de Europese Unie gestelde eisen voldeed en geheel geschikt was voor consumptie, maar niet aan de in Servië, het land van de koper, gestelde eisen.[135] In hoogste instantie wordt, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak, nog eens bevestigd dat de aansprakelijkheid van de verkoper beperkt is tot de situatie waarin de zaken niet voldoen aan de eisen die in het land van verkoop gesteld worden.[136] Wetenschap aan de kant van de verkoper, voor welk land de zaken bestemd zijn, is onvoldoende:

(a) at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of the right or claim; or

(b) the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer.

133 Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 12 september 2006, zie Pace database.

134 De volgende algemene overwegingen zijn wel van belang: 'In diesem Zusammenhang ist auch die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes richtig, dass die Verkäuferhaftung für Rechtsmängel infolge des zum Zeitpunkt der Lieferung bestehenden Schutzrechts eines Dritten nach Art 42 Abs 1 lit a und b UN-K territorial begrenzt ist, weshalb der Verkäufer nur für eine Schutzrechtsfreiheit in bestimmten Staaten und nicht für eine weltweite Schutzrechtsfreiheit einzustehen hat ... . Er haftet zunächst dafür, dass die Ware nach dem Recht des Staates, in dem (nicht: „in den'!) sie weiterverkauft oder in dem sie verwendet werden soll, schutzrechtsfrei ist, sofern die Parteien diesen Verwendungsstaat bei Vertragsabschluss in Betracht gezogen haben. ... .'

135 Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 25 januari 2006, zie Pace database.

136 'The ordinary use is generally determined by standards prevailing in the seller's country (RIS-Justiz RS0113448; most recently: 2 Ob 48/02a), unless there is an exceptional case as enumerated by SZ 73/70.

> Es kann vom Verkäufer nicht erwartet werden, dass er die besonderen Vorschriften im Käufer- oder Verwendungsstaat kennt. Auch allein daraus, dass der Käufer dem Verkäufer das Bestimmungsland mitgeteilt hat, kann noch nicht abgeleitet werden, dass der Verkäufer verpflichtet sein soll, die dort geltenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Es ist vielmehr Sache des Käufers, sich um die besonderen öffentlich-rechtlichen Normen im Verwendungsstaat zu kümmern und sie - sei es nach Art 35 Abs 1 oder nach Abs 2 [lit] b UN-K - zum Gegenstand des Vertrages zu machen ... .[137]

Samenvattend concludeert de hoogste rechter:

> Derartige Vorgaben im Land des Käufers oder im Verwendungsstaat seien demnach grundsätzlich nur dann maßgeblich, wenn sie ebenso im Verkäuferstaat bestehen oder wenn sie vereinbart oder dem Verkäufer gemäß Art 35 Abs 2 lit b CSIG bei Vertragsabschluss zur Kenntnis gebracht worden seien; dieser Ansicht schließe sich der Oberste Gerichtshof hier zu Recht an.[138]

De mogelijke uitzonderingen op de hoofdregel worden dus uitdrukkelijk in het kader van art. 35 lid 2 sub *b*, de 'bijzonder gebruik'-bepaling, geplaatst. Teruggverwezen wordt ook naar het eerdere arrest van 13 april 2000, waarin als uitzonderingen op de regel erkend werden de situaties waarin de eisen ook in het land van verkoper worden gesteld, er overeenstemming is bereikt over de eisen, of de eisen aan de verkoper meegedeeld zijn in de zin van art. 35 lid 2 sub *b*. In essentie zijn dit de in het *Nieuw-Zeelandse mosselen*-arrest genoemde uitzonderingen, echter zonder de in dat arrest genoemde laatst genoemde, meer 'open' geformuleerde derde categorie. De rechter ziet in de feiten van het geschil verder ook geen aanleiding om de mogelijke uitzonderingen uit te breiden. Het beroep op de 'bijzonder gebruik-bepaling van art. 35 lid 2 sub *b* baat de koper verder ook niet. De Servische autoriteiten stelden opeens de eis dat de lever geheel vrij moest zijn van bacteriën, een eis waaraan bij rauwe lever nooit kan worden voldaan. De verkoper kon dus in casu ook niet op de hoogte zijn van de gestelde eisen. Voor wat betreft het juridische criterium lijkt de rechter de eis te stellen dat de verkoper in een *betere* positie verkeerde dan de koper om op de hoogte te zijn van de eisen.[139]

Het tweede arrest, over materiaal voor stellages (scaffold hooks), betrof een geschil tussen een Franse verkoper en een Oostenrijkse koper, waarbij een alge-

137 'It can not be expected from a seller to be aware of any particular provisions in the country of the buyer or wherever else the goods are to be used. Even the fact that the buyer mentioned the country of destination to the seller can not impose such obligation on the seller to observe the applicable provisions of public law in that place. Rather, it is for the buyer to deal with these provisions in the country where the goods will be put to their use. It is therefore for the buyer to include them into the contract in accordance with Art. 35(1) or Art. 35(2)(b) CISG ... .' De regel is afkomstig uit het eerdere arrest van 13 april 2000, dat in het arrest van het 25 januari 2006 uitvoerig geciteerd wordt.

138 'Consequently, special provisions in the buyer's country are of relevance only if they do apply likewise in the seller's country or if they were agreed upon or if they had been made known to the seller under Art. 35(2)(b) CISG. The Federal Supreme Court rightfully follows this notion in the present dispute.'

139 '... noch kann davon ausgegangen werden, dass die Klägerin einen besonderen Anlass gehabt hätte, auf einen solchen Kenntnisstand der Beklagten (also eine "überlegene Sachkunde" des Verkäufers, die nicht zu vermuten ist ...) zu vertrauen.'

mene norm (HD 1000 standard) in heel Europa gold, maar zowel Frankrijk (NF P 93-501, 502 en DTU P 22-701) als Oostenrijk (B 4600 standard) hieraan eigen normen hadden toegevoegd.[140] Overwogen werd:

> Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (2 Ob 100/00w = SZ 73/70; 2 Ob 48/02a; 7 Ob 302/05w) (arresten van 13 april 2000 en 25 januari 2006, PK) ... bestimmen über die Eignung für gewöhnliche Zwecke zwar grundsätzlich die Standards im Lande des Verkäufers. Die Eignung für den gewöhnlichen Nutzungszweck schließt nicht ein, dass die Ware den Sicherheits-, Kennzeichnungs- oder Zusammensetzungsvorschriften des Importlands genügt. Es kann nämlich vom Verkäufer nicht erwartet werden, dass er die besonderen Vorschriften im Käufer- oder Verwendungsstaat kennt. Auch allein daraus, dass der Käufer dem Verkäufer das Bestimmungsland mitgeteilt hat, kann noch nicht abgeleitet werden, dass der Verkäufer verpflichtet sein soll, die dort geltenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Es ist vielmehr Sache des Käufers, sich um die besonderen öffentlich-rechtlichen Normen im Verwendungsstaat zu kümmern und sie zum Gegenstand des Vertrages zu machen. Darauf kommt es aber nicht an. (ov. 1.2.)

In dit arrest werd het moeten voldoen aan eisen van buitenlandse wetgeving buiten beschouwing gelaten en werd de zaak beslist op grond van ongeschiktheid voor feitelijk gebruik, waarbij art. 35 lid 2 sub *b* werd toegepast.[141]

149. BW. Parlementaire geschiedenis en literatuur

Bij de behandeling van art. 7.1.2.7 werd door de Kamercommissie, mede aan de hand van het handboek Asser-Schut, de vraag aan de orde gesteld of het geleverde aan overheidsvoorschriften moet voldoen, hetgeen door de minister bevestigend werd beantwoord:

> Inderdaad kan naar onze mening onder het begrip 'niet beantwoorden aan de overeenkomst' begrepen zijn het geval dat de zaak niet beantwoordt aan ter plaatse geldende voorschriften. Men denke met name aan voorschriften op het gebied van de veiligheid van de produkten; de koper mag erop vertrouwen dat onder de vigeur van zulke voorschriften verkochte produkten aan de door de overheid gestelde eisen voldoen.[142]

In Asser-Schut wordt de vraag besproken of van een gebrek in conformiteit kan worden gesproken wanneer de zaak 'niet beantwoordt aan de ter plaatse geldende overheidsvoorschriften en daardoor niet of minder geschikt is voor verhandeling of gebruik'. Schut noemt de in het (internationale) handelsrecht gekozen oplossing, dat kwaliteitseisen van de overheid het oordeel over de conformiteit niet mogen beïnvloeden, teleurstellend en 'vermoedelijk niet in overeenstemming met

140 Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 19 april 2007, zie Pace database.

141 Vergelijk naar Nederlands (intern) recht de vraag of sprake is van een een feitelijk gebrek of een 'publiekrechtelijke beperking' (art. 7:17 versus 7:15, waarover ook eerder kort nr. 27), waar ook de nadruk lijkt te liggen op de vraag of het feitelijk gebruik belemmerd wordt, zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 276.

142 Zie PG Boek 7, p. 123 voor de vragen en p. 126 voor het antwoord. Zie ook *Bijzondere overeenkomsten* (losbladig) art. 7:17 (M.M. van Rossum) aant. 10.

wat voor *de burgerlijke koop* wenselijk en billijk wordt geoordeeld' (mijn curs., PK).[143] Hijma maakt in Asser-Hijma, in het verlengde van het in de parlementaire geschiedenis gestelde, onderscheid tussen veiligheidsvoorschriften (de koper zal in de regel mogen verwachten dat het gekochte hieraan voldoet) en andersoortige overheidsvoorschriften zoals vergunningsvoorwaarden, waar 'dit al weer minder duidelijk' ligt.[144] Hijma ziet verder geen reden voor onderscheid tussen situaties van internationale koop en nationale koop.[145]

Mijns inziens is een verschil tussen internationale koop en 'intern' nationaal kooprecht wel degelijk te rechtvaardigen. Bij een internationale koop is het uitgangspunt dat de verkoper in beginsel niet hoeft te weten waar de zaken uiteindelijk terecht zullen komen, en is de koper in het algemeen in een betere positie zich op de hoogte te stellen van publiekrechtelijke normen (en deze ook, wanneer nodig, weer aan de verkoper door te geven). Vergelijk ook de in de zaak van de *Nieuw-Zeelandse mosselen* aangegeven uitzonderingen op het beginsel dat de verkoper niet aansprakelijk is. De vraag naar de aansprakelijkheid van de verkoper voor strijd met overheidsnormen illustreert mijns inziens juist heel goed dat bij de concrete invulling van het conformiteitsvereiste rekening moet worden gehouden met de context van de transactie.

Benadrukt moet worden dat het in deze paragraaf gaat om de invloed van de publiekrechtelijke normen en verplichtingen, *los gezien van* de beperkingen in feitelijk gebruik die het gebrek met zich meebrengt. De vraag naar de invloed van publiekrechtelijke voorschriften op conformiteit in een nationale context en naar intern Nederlands recht (BW) kan verder nog kort besproken worden.

150. BW. Uitwerking

De vraag of het gekochte aan wettelijke normen moet voldoen is in de literatuur en jurisprudentie niet uitvoerig behandeld.[146]

---

143 Asser-Schut V-I (1981) p. 183-184, met verwijzing naar onder meer C.M. Straver, *Juridische aspecten van de kwaliteit van het bouwen*, preadvies 1978, § 6.2.2. Zie ook F.J.A. van der Velden, *De eenvormige koopwetten van 1964. Een artikelgewijze behandeling van de Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken en de Eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken*, Deventer: Kluwer (1979) p. 86.

144 Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 336. Zie over het veiligheidsaspect – los van regelgeving – de diverse commentaren bij de jurisprudentie inzake oude auto's. Zie bijvoorbeeld Hijma in zijn noot bij *Schirmeister/De Heus*, *AA* 1994, p. 821 op p. 823: de verkeersveiligheid is de benedengrens waar de gekochte auto normaliter niet onder mag komen.

145 Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 336. Zie voor contractuele regelingen in dit verband ook nog F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabrikatenkoop*, (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint (1995) p. 452 (voorbeeld van levering van autobanden naar Amerikaanse norm) en p. 460 (wijzigingen als gevolg van voorschriften en maatregelen van overheids- en publiekrechtelijke instanties).

146 Zie ook G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992) p. 50: 'De wet is ten aanzien van het begrip conformiteit doorgaans alleen concreet in haar voorschriften als het gaat om de veiligheid en de volksgezondheid'. Zie verder J.I. van Doorninck, *Het verborgen gebrek en de handel in dieren*, (diss. Utrecht) Wageningen: H. Veenman & Zonen (1954) hoofdstuk IX p. 134 e.v. over art. 37 Veewet, waarin het te koop aanbieden, verkopen of afleveren van ziek of verdacht vee wordt verboden. De vraag is echter niet zozeer of er 'strijd met de wet' is in de traditionele zin, vergelijk voor het oude recht *Flora/Van der Kamp* (HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 127 m.nt. PhANH) en thans art. 3:40 BW, maar wat de invloed is van de wettelijke norm op de contractuele aansprakelijkheid. De kwestie lijkt eerder in de sleutel van dwaling te worden geplaatst, zie bijvoorbeeld rechtspraak in *Verbintenissenrecht* (losbladig) Art. 6:228 (Hijma), waarbij het veelal gaat om situaties waarin het beoogde gebruik in strijd met publiekrechtelijke voorschriften is, zie aant. 89 e.v.

Een aanknopingspunt kan men vinden bij productaansprakelijkheid. Bij productaansprakelijkheid is onbetwist dat het niet-naleven van veiligheidsvoorschriften tot aansprakelijkheid leidt.[147] Sterker nog: voldoen aan overheidsvoorschriften vrijwaart de producent niet van aansprakelijkheid. De producent kan zich in het algemeen niet bij wijze van verweer beroepen op het feit dat in overeenstemming met overheidsvoorschriften is gehandeld: de veiligheid die de consument mag verwachten hoeft niet samen te vallen met het veiligheidsniveau in de overheidsvoorschriften.[148] Hierbij kan sprake zijn van een lacune in de wetgeving, de wetgever kan te traag reageren, er is sprake van minimum-eisen, etc. Afgezien van reeds genoemde overwegingen is meestal duidelijk dat de wetgever deze consequentie, voldoen aan de voorschriften betekent 'via de achterdeur' een verweer jegens consumenten, niet gewild heeft.

Bij productaansprakelijkheid geldt dus dat de wettelijke voorschriften bedoeld moeten zijn om in de concrete situatie ook van toepassing te zijn en dat wettelijke kwaliteits- of veiligheidsregels veelal minimum regels zijn. Dit kan men evenzeer toepassen bij de vraag of sprake is van wanprestatie, waarbij het zinvol lijkt de situatie te benaderen vanuit het uitgangspunt dat het verkochte aan de wettelijke voorschriften moet voldoen.

Op de vraag of het niet-voldoen aan overheidsvoorschriften en normen 'wanprestatie' oplevert is niet in algemene zin een antwoord te geven.[149] Uiteindelijk komt het steeds er op neer of de publiekrechtelijke normen *van toepassing zijn* op de privaatrechtelijke verhouding. Hetgaat dus om het doel van de normen (veiligheidsnormen). In gevallen waarin de normen niet rechtstreeks van toepassing zijn wordt het accent verlegd naar de vraag of de praktische bruikbaarheid van het verkochte ernstig is verminderd. Een voor de hand liggend voorbeeld, zie ook de jurisprudentie hierover, is de verkoop van een auto die niet door de APK-keuring komt: de transactie zelf is niet verboden, maar de wettelijke bepalingen zorgen ervoor dat het gekochte niet aan zijn doel beantwoordt.[150] In de jurisprudentie

147 G.M.F. Snijders, *Produktveiligheid en aansprakelijkheid: veiligheidseisen, preventieve veiligheidskeuringen en de aansprakelijkheid voor door gebrekkige produkten veroorzaakte schaden in de Bondsrepubliek en in Nederland*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1987) p. 262-265; L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1991) p. 191-192; L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer (2000) p. 63-64. Bij de productaansprakelijkheid speelt niet alleen de vraag van het belang van overheidsvoorschriften, maar ook het belang van normering in bredere zin door technische normen afkomstig van niet-overheidsinstanties.

148 Dommering-van Rongen (1991) p. 186-191; J. Knottenbelt, *Hoofdstukken produktaansprakelijkheid. Buitencontractuele aansprakelijkheid van de producent van een gebrekkig product voor persoonschade*, (bewerking van diss. Rotterdam) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1991) p. 194 e.v.; Dommering-van Rongen (2000) p. 64 e.v.

149 Zie wel nog J. van der Puil, *Inkoopvoorwaarden in de praktijk*, Deventer: Kluwer (1986) p. 179. Hij adviseert de koper in de voorwaarden op te nemen dat de geleverde zaken 'voldoen aan wettelijke eisen en andere overheidsbepalingen', eventueel met de toevoeging 'ten tijde van de levering', waarbij hij opmerkte dat een dergelijke bepaling wellicht overbodig lijkt omdat de leverancier immers spullen moet leveren die aan de eisen van de tijd voldoen, maar dat men een geschil hierover, hoewel de koper het uiteindelijk waarschijnlijk wel zal winnen, beter kan vermijden.

150 Zie bijvoorbeeld HR 15 april 1994, *Schirmeister/De Heus*, waarin de auto de APK-keuring niet haalde en *dus* niet meer op de weg mocht. In het arrest wordt overigens wel sterk de nadruk gelegd op het veiligheidsaspect, zie ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 6 p. 485; zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 336.

vindt men weliswaar uitspraken waarin technische normen een rol spelen, maar zijn er verder geen voorbeelden van algemeen geformuleerde regels ten aanzien van de vraag of het niet-voldoen aan normen wanprestatie oplevert. In de concrete casus zijn de normen uiteraard vaak al via standaardvoorwaarden van toepassing verklaard, of de vraag lost zich op in het concrete oordeel dat de normen zijn overeengekomen.[151] Bij normen die niet rechtstreeks van toepassing zijn in de relatie koper-verkoper kan men, zeker bij veiligheidsnormen, van een sterke reflexwerking uitgaan.

In een recent arrest, HR 25 februari 2005 (*Fabels/Meenderink*), lijkt een aanzet gegeven te zijn tot een meer algemene regel.[152] In casu vorderde de koper van een woonhuis schadevergoeding op grond van het feit dat het huis verbouwd was, zonder bouwvergunning en in strijd met de bouwvoorschriften. De Hoge Raad was van oordeel dat de koper van een woning in beginsel, behoudens andersluidende afspraken, ervan mag uitgaan dat de bouw van de woning of een verbouwing destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften, ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning. Zie over het arrest verder ook Hoofdstuk 7 § 7.3.

151. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Bij de totstandkoming van art. 35 CISG kreeg de vraag of de geleverde zaken aan eisen die in buitenlandse wetgeving worden gesteld moeten voldoen vreemd genoeg geen aandacht. In de literatuur bestaan hierover verschillende opvattingen. Een aantal auteurs (Honnold, Schwenzer) acht dit een kwestie van uitleg van het contract. Andere auteurs (Schlechtriem in eerste instantie, Bianca) kiezen als uitgangspunt dat de normen van het land waar de verkoper gevestigd is bepalend zijn. Dit laatste standpunt werd ook gehuldigd in het belangrijke *Nieuw-Zeelandse mosselen*-arrest van het Duitse BGH uit 1985, waarbij wel drie mogelijke uitzonderingen werden genoemd. Het arrest is in rechtspraak in andere landen aangehaald en gevolgd, en in 2005 door het BGH bevestigd in het arrest inzake met dioxine besmet varkensvlees. Opgemerkt kan wel worden dat feitelijke (on)ge-

151 In HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 360 (*Bemico Enschede/BMC International*) was bij koop van buitenlampen expliciet overeengekomen dat de lampen aan het KEMA-keur en NEN-normen zouden voldoen. Zie in dit verband ook – echter helaas niet verhelderend – HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 224. Zie ook Paquay (1992) p. 50; G.M.F. Snijders (1987) p. 40, en m.n. § 1.2.3.2 p. 44-45 ('impliciete relevantie'), p. 57, en p. 206 e.v. met uitspraken betrekking hebbend op kwaliteitsnormen in de bouw. In de losbladige *Contractenrecht* vindt men bij VI nr. 612 slechts jurisprudentie over de prestatie die niet voldoet aan de *overeengekomen* kwaliteitsnormen. Vaak wordt de kwestie als een soort terzijde gezien: zie voor een voorbeeld Rb. Arnhem 14 januari 2004, *NJF* 2004, 267, waarin, zonder dat dit in het kopje tot uitdrukking wordt gebracht, wordt gesteld: 'Een koper van een kraanwagen als de onderhavige mag er, totdat van het tegendeel blijkt, immers van uitgaan dat dit voertuig aan alle daaraan gestelde normen en voorschriften voldoet.' Zie verder over de status van normalisatienormen onder meer M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1998), besproken door J.J.C. Kabel in *RM Themis* 2000, p. 235; M. Elferink, De juridische status van normalisatienormen, *NJB* 1999, p. 1317; G. Evers, Een normalisatienorm is geen algemeen verbindend voorschrift. Reactie op M. Elferink, NJB 1999, p. 1317, *NJB* 1999, p. 1814, (met naschrift M. Elferink, p. 1815); M. H. Elferink, De publiekrechtelijke status aan normalisatienormen, *BR* 1999, p. 841.

152 HR 25 februari 2005 (*Fabels/Meenderink*), *JOR* 2005, 168, *LJN* AR 5383, *NTBR* 2005, p. 281 m.nt. Ebbinga.

schiktheid voor gebruik meer centraal lijkt komen te staan. De hoogste rechter in Oostenrijk heeft recent in een tweetal arresten zijn jurisprudentie, waarin in essentie het arrest gevolgd werd, ook bevestigd.

Terwijl voor de CISG conformiteit in verband met publiekrechtelijke regelgeving een van de meest besproken kwesties is, is er in Nederland naar nationaal recht weinig aandacht voor dit probleem. Bij de totstandkoming van het NBW is door de minister slechts bevestigd dat het niet-beantwoorden aan overheidsvoorschriften aan de hand van art. 7:17 moet worden beoordeeld, zonder daarbij inhoudelijk verder op de materie in te gaan. Aansluiting zoekend bij de voor productaansprakelijkheid ontwikkelde regels, kan men als uitgangspunt nemen dat het verkochte aan wettelijke voorschriften moet voldoen. In die zin ook het recente arrest *Fabels/Meenderink* van 2005.

5.3 Bijzonder gebruik (uniform kooprecht en BW)

152. Inleiding

Waar in (moderne) wetgeving het begrip 'normaal gebruik' wordt gehanteerd, wordt dat gedaan in samenhang met de term 'bijzonder gebruik'. Eerder werd al geconstateerd dat deze begrippen zonder verdere inhoudelijke toelichting in de Nederlandse wet zijn overgenomen uit het uniforme kooprecht.[153] In het nu volgende wordt nader aandacht besteed aan het begrip 'bijzonder gebruik', met het uniforme kooprecht (inclusief rechtspraak) als uitgangspunt, maar ook met aandacht voor het Amerikaanse recht en verwijzingen in de Nederlandse literatuur. In deze paragraaf zullen meer algemene conclusies ten aanzien van het 'bijzonder gebruik'-criterium worden getrokken; het is opportuun dat in deze paragraaf in de context van de bespreking van het CISG te doen, gelet op het feit dat in de CISG de meest ruime formulering van 'bijzonder gebruik' te vinden is.

153. Verschillende formuleringen

In art. 7:17 lid 2 BW wordt bepaald dat de geleverde zaken ook geschikt moeten zijn voor 'een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien'. Deze formulering komt grotendeels overeen met de formulering van art. 33 LUVI, maar wijkt af van art. 35 CISG lid 2 sub *b*, waarin wordt bepaald dat de zaken geschikt moeten zijn

> for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement.

153 Zie § 1.2 en § 1.4.

Het gaat dus om geschiktheid voor een bijzonder doel dat uitdrukkelijk of stilzwijgend aan de verkoper ter kennis is gebracht op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst, tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de koper niet vertrouwde of redelijkerwijs niet mocht vertrouwen op de vakbekwaamheid en het oordeel van de verkoper. In de ontwerp-fase is aan de formulering 'uitdrukkelijk of stilzwijgend aan de verkoper ter kennis is gebracht' het vereiste van 'reliance on the seller's expertise' toegevoegd en, ondanks enige discussie, gehandhaafd.[154] De CISG vereist dus slechts dat het bijzondere doel 'ter kennis is gebracht'[155] en vervolgens wordt de aansprakelijkheid van de verkoper weer beperkt ('tenzij ...') tot de situatie waarin sprake was van 'reliance' van de kant van de koper.[156] De rem op aansprakelijkheid van de verkoper in de vorm van het 'reliance'-criterium[157] is in de Nederlandse tekst niet overgenomen en zou ook geen functie hebben, gelet op het stringentere vereiste van 'bij de overeenkomst voorzien'.

Er is dus een verschil in benadering tussen enerzijds de LUVI en de Nederlandse wettekst en anderzijds art. 35 van de CISG en de (eerder kort genoemde) relevante bepaling in de UCC.[158] Onder de CISG en de UCC is slechts vereist dat het bijzonder gebruik *ter kennis is gebracht* van de verkoper. Art. 35 CISG spreekt over 'expressly or impliedly made known', de Amerikaanse bepaling vereist dat de verkoper 'has reason to know'.[159] De tekst van de LUVI en de tekst van art. 7:17 lid 2 blijken op dit punt stringenter: vereist wordt dat het bijzondere gebruik 'bij de overeenkomst is voorzien' (art. 33 LUVI: 'een bijzonder gebruik dat uitdrukkelijk of stilzwijgend bij de overeenkomst is voorzien', zie onder *e*). Dit punt is bij de totstandkoming van de CISG in die zin wel besproken dat een voorstel om geschiktheid voor bijzonder gebruik te beperken tot de situatie waarin dit is

154 Voor de toevoeging zie *Documentary history* p. 142 nr. 41 en p. 143 nr. 44, en voor de discussie *Documentary history* p. 330 nrs. 169-171. Zie voor andere redactionele suggesties die niet werden overgenomen ook p. 330 nr. 175. Zie verder voor een uitvoerige toelichting het commentaar van de Secretaris-Generaal, *Documentary history* p. 422. Zie ook uitvoerig Henschel (2005) Chapter 2 § 2.2, p. 53-65.

155 Zie over deze eisen in diverse rechtstelsels ook R. Hyland, Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, in: P. Schlechtriem (Hrgs.) *Einheitliches Kaufrecht und internationales Obligationenrecht*, Baden Baden: Nomos (1987) p. 305 op p. 320-321. Hyland bespreekt uitvoerig of 'actual knowledge' vereist is, op p. 320-321.

156 *Documentary history* p. 330 nrs. 168-171 en 175.

157 In de literatuur wordt het vertrouwen op de deskundigheid van de verkoper vaak ook als een positief vereiste geformuleerd. Zie P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (1986) p. 67, Hyland (1987) p. 305, op p. 320. Veelal wordt de bepaling gelezen in termen van bewijslastverdeling. Zie bijvoorbeeld Honnold (3rd ed.; 1999) Art. 35 § 226: als de koper bewijst dat de verkoper met het beoogde bijzonder gebruik bekend was, is het aan de verkoper te bewijzen dat de koper niet op zijn expertise vertrouwde of mocht vertrouwen.

158 Zie voor de volledige tekst van deze artikelen § 5.1. Overigens lijkt de CISG-bepaling sterk geïnspireerd door de Engelse SGA, vergelijk bijvoorbeeld U. Magnus, in: H. Honsell, *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Vertrage über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin: Springer (1997) Art. 35 aant. 2; Hyland (1987) p. 305 op p. 321; E.H. Hondius, De consumentenkoop in Europees perspectief/Naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties, *TvC* 1996, p. 245 op p. 249. Zie vanuit Engels perspectief Barry Nicholas, The Vienna convention on international sales law, *L.Q.R.* 1989, p. 201 op p. 220-222. Zie over de SGA verder § 4.4.

159 De ICC stelde dat de formulering van art. 35 lid 2 sub *b* CISG moest worden begrepen als 'has been made clear'; in geval van onduidelijkheid hierover zou de tekst moeten worden aangepast, hetgeen echter niet is gebeurd. Zie *Documentary history* p. 398 C. 35 onder nr. 5.

overeengekomen ('made part of the contract') werd afgewezen,[160] met als reden dat dit een 'unjustified narrowing of the seller's obligation' zou zijn.[161] In de Europese Richtlijn consumentenkoop van 1999 is men overigens nog verder gegaan: vereist wordt dat het gewenste bijzondere gebruik is medegedeeld en door de verkoper is aanvaard.[162]

154. De wetsgeschiedenis van art. 7:17 BW

Opvallend is dus dat de Nederlandse wetgever bij de wijziging van art. 7:17 weliswaar naar de CISG verwijst, terwijl in feite – met name bij bijzonder gebruik – de tekst van de LUVI overgenomen is.[163] Heeft men het verschil niet van betekenis geacht, of het verschil in het geheel niet gezien?[164] Bij de uitleg van de wijzigingen staat in de parlementaire geschiedenis vermeld:

> Evenmin hebben wij er bezwaar tegen de bepaling te concretiseren op de wijze als in de corresponderende artikelen van *de LUVI en de CISG* is geschied.[165] (mijn curs., PK)

Dit moet echter worden gelezen in de context van hetgeen wordt gezegd in antwoord op vragen over toetreding tot de CISG. Daar verklaart de minister:

> De eventuele toetreding tot het Weense verdrag zal echter ... niet tot wijziging van dit wetsvoorstel behoeven te leiden. Bij de onderhavige memorie van antwoord is wel een wijziging in artikel 7.1.2.7 lid 2 aangebracht, die mede door artikel 35 van het verdrag is geïnspireerd.[166]

De minister suggereert hiermee op zijn minst dat aandachtig naar de formulering van art. 35 CISG is gekeken. Bij de houding van de minister hebben de verwachtingen ten aanzien van de inwerkingtreding van de CISG waarschijnlijk een rol gespeeld.[167] Men had destijds niet het idee dat de CISG voor Nederland in 1992, op dezelfde dag als het BW, in werking zou treden. De Kamer had echter zeker op het verschil in formulering moeten worden gewezen.

---

160 *Documentary history* p. 330 nrs. 172-174.

161 *Documentary history* p. 330 nr. 173. Een hernieuwd voorstel hiertoe van Duitsland werd opnieuw afgewezen, *Documentary history* p. 398, 537, 676.

162 Zie verder § 5.4.

163 Zie eerder ook § 3.2 en § 3.4. In lid 2 is voor 'normaal gebruik' redactioneel blijkbaar meer naar de LUVI gekeken dan naar de CISG, waarbij echter wel de zinsnede 'of voor gebruik voor handelsdoeleinden' ('commercial use') van art. 33 onder *d* is weggelaten. Bij 'bijzonder gebruik' is de meer ingewikkelde constructie voor 'bijzonder gebruik' in art. 35 CISG lid 2 onder *b* niet overgenomen, maar de eenvoudige constructie van art. 33 onder *e* LUVI.

164 Zie R.S. Meijer, *Internationale koop van roerende zaken*, (preadvies Vereeniging Handelsrecht) Zwolle: Tjeenk Willink (1982), p. 101 op p. 119, die al in een vroeg stadium op het verschil gewezen heeft.

165 PG Boek 7, p. 125.

166 PG Boek 7, p. 32.

167 In januari 1986 waren de voor (algemene) inwerkingtreding van het Verdrag vereiste ratificaties door 10 Staten nog niet in zicht. Vergelijk in dit verband ook de opmerking dat Nederland, gezien de rol van Nederland bij de LUF/LUVI, niet snel de CISG zou ratificeren. 'Het ligt voor de hand tenminste te wachten tot de belangrijkste LUVI-partners tot het Weense verdrag zijn toegetreden.' PG Boek 7, p. 32.

Verschillen?

De vraag is of dit verschil in formulering tussen BW enerzijds en CISG en UCC anderzijds in de praktijk tot uiteenlopende resultaten zal leiden.[168] In de literatuur is al opgemerkt dat de in CISG art. 35 lid 2 sub *b* gestelde eis grotendeels samenvalt met de situatie dat het bijzondere gebruik is overeengekomen.[169] Voor de vraag of het bijzonder gebruik is overeengekomen gelden de normale regels van hetgeen partijen in het licht van de omstandigheden redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Is dit zoveel anders dan de eis dat het bijzonder gebruik aan de verkoper ter kennis is gebracht? 'Bijzonder gebruik' wordt in de UCC geïllustreerd met het voorbeeld van schoenen, die al dan niet geschikt moeten zijn voor bergwandelingen.[170] In termen van dit voorbeeld: de koper die een goed en stevig paar schoenen koopt èn aan de verkoper meedeelt dat hij de schoenen koopt omdat hij binnenkort aan een wandelvakantie begint, mag aannemen dat hij tijdens de vakantie op deze schoenen kan lopen, omdat dit impliciet is overeengekomen. De mededeling van de koper brengt toch voor de verkoper een verplichting met zich mee hier op in te gaan.[171] Toegegeven kan worden dat in dergelijke situaties te verwachten is dat het initiatief van de koper zal moeten uitgaan. Vergelijk reeds in die zin – echter in een geheel ander verband, namelijk dwaling – Meijers:

> Maar wenscht de kooper, dat de zaak een bijzondere eigenschap heeft, een die zeer goed ontbreken kan zonder dat de zaak voor het algemene gebruik, dat van haar gemaakt wordt, ook maar iets minder geschikt is, dan dient hij zich door een daarop gerichte vraag te overtuigen, dat die zaak de eigenschap bezit, wil hij later verhaal hebben op den verkooper.[172]

Het moet dan echter wel duidelijk om 'bijzonder' gebruik gaan en niet om normaal gebruik. Een aan de Amerikaanse literatuur ontleend voorbeeld is dat de koper van een emmer die lek blijkt te zijn niet hoeft te bewijzen dat de emmer gekocht was om water in te doen, dat de verkoper dit wist en dat de koper erop vertrouwde dat de verkoper een niet-lekkende emmer zou uitkiezen.[173]

---

168 Ik ga hier voorbij aan de verschillen tussen UCC en CISG. In de UCC wordt tevens vereist dat '... that the buyer is relying on the seller's skill and judgment ...', terwijl in de CISG de meer gecompliceerde formulering 'except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement' wordt gebruikt. Zie verder ook het ontwerp van de *Study Group for a European Civil Code*.

169 Zie Honnold (3rd ed.; 1999) Art. 35 § 226, die in dit verband wijst op art. 8 CISG over de uitleg van partij-verklaringen. Zie ook Bianca in Bianca/Bonell (1987), Art. 35 aant. 2.5.2. Hyland wijst ook op de grondgedachte in diverse regelingen: 'Behind all of these texts is the idea that the seller guarantees fitness for the buyer's particular purpose when that purpose becomes part of the agreement, either expressly or implicitly.', Hyland (1987), op p. 321.

170 Comment 2 bij § 2-315 UCC.

171 Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 348, die ook ingaat op de mogelijkheid dat de verkoper zonder verder te reageren tot het sluiten van de overeenkomst overgaat. Hijma concludeert dat in een dergelijke situatie het 'bijzondere gebruik' in de regel geacht moet worden (art. 3:35) deel te zijn gaan uitmaken van de overeenkomst.

172 E.M. Meijers, Opmerkingen omtrent het leerstuk van de dwaling, *WPNR* 2749-2752 (1922) p. 385, p. 397, p. 405, p. 417, ook in Verzamelde privaatrechtelijke opstellen derde deel, Leiden: Universitaire Pers 1955, p. 106, op p. 120.

173 Zie Claude D. Rohwer & Gordon D. Schaber, *Contracts in a nutshell*, St. Paul, MN: West (4th ed.; 1997) p. 340-341.

Een punt dat in ieder geval wel van belang kan zijn is dat in de Nederlandse wettekst niet is opgenomen 'uitdrukkelijk *of stilzwijgend*', een formulering die zowel in de LUVI als in de CISG te vinden is.[174] Wie uitsluitend de Nederlandse wettekst leest zonder zich bewust te zijn van de internationale achtergrond is wellicht geneigd om in de wettekst te lezen dat het bijzonder gebruik *expliciet* bij de overeenkomst moet zijn voorzien. Aangenomen mag worden dat dit door de wetgever niet bedoeld is.[175]

155. Normaal versus bijzonder

Los van de vraag aan welke vereisten nu precies voldaan moet zijn (overeengekomen, ter kennis gebracht) om als koper te kunnen eisen dat het geleverde geschikt is voor bijzonder gebruik, verdient het criterium 'bijzonder' aandacht vanwege de begrenzing die het kan aanbrengen in het begrip 'normaal'. 'Bijzonder gebruik' wordt steeds gedefinieerd in relatie tot 'normaal gebruik': dat wat niet meer onder normaal gebruik valt, is dus bijzonder. 'Normaal gebruik' is iets dat de koper, kan men zeggen, in ieder geval mag verwachten. Er komt echter een punt waarop de verkoper met recht kan stellen dat bepaalde soorten 'gebruik' buiten de normale gang van zaken vallen. In die zin Hijma, die 'bijzonder gebruik' het complement van normaal gebruik noemt. 'Normaal' hoeft daarbij niet beperkt te worden opgevat. Grensgevallen brengt Hijma ook het liefst tot een oplossing via 'normaal gebruik' en 'waarvan hij de aanwezigheid niet hoefde te betwijfelen'.[176] Zie ook Loos, die stelt dat het begrip normaal gebruik zijns inziens eerder ruim dan beperkt dient te worden uitgelegd, mede om te voorkomen dat al te snel moet worden onderzocht of sprake is van bij de overeenkomst voorzien bijzonder gebruik.[177]

De betekenis van de begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' wordt gewoonlijk geïllustreerd aan de hand van verschillende casus. Een bekend voorbeeld is het horloge waarmee men niet kan diepzee-duiken.[178] In de Amerikaanse wetgeving gebruikt men het eerder genoemde voorbeeld van de schoenen waarmee men geen bergwandelingen kan maken.[179] Zie ook Schlechtriem die stelt dat

174 Bij de CISG is hier sprake van een bewuste keus. Een tijdens de voorbereidingen voor de verdragstekst ingediend voorstel om het 'or impliedly' te laten vervallen en de situatie te beperken tot die, waarin het bijzondere doel 'expressly' aan de verkoper bekend is gemaakt, haalde het niet. *Documentary history* p. 330 nr. 168. Zie als voorbeeld ook de eerder besproken uitspraak van het Oostenrijkse Oberster Gerichtshof 19 april 2007, zie Pace database, over materiaal voor stellages (scaffold hooks), waarin werd overwogen: 'A seller is obligated to deliver goods complying with the buyer's specifications of which the seller knew or ought to have known, irrespective of whether the parties have expressly incorporated these specifications into the contract (see Posch, ibidem, note 10).'

175 Bijzonder gebruik hoeft niet *specifiek* te zijn overeengekomen. Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 348. Zie mijn noot bij *Woonboerderij III* (Hof van Amsterdam 27 maart 1997, *M & R Jurisprudentie* 1997, nr. 101) en mijn noot bij *Gemeente Venlo/Colin Recycling en Beheer BV* (Rb. Roermond 18 december 1997), *TMA* 1998, p. 124.

176 Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 347, zie ook nr. 345.

177 M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b) nr. 24 op p. 49.

178 R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1988) p. 36.

179 Comment 2 bij § 2-315 UCC. In het handboek van White & Summers wordt het voorbeeld gebruikt van witte 'loafers' (instappers, schoenen) die wel 'merchantable' zijn, maar niet geschikt voor het bijzondere doel van een sollicitatiegesprek bij een advocatenkantoor op Wall Street, zie James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, MN: West (5th ed.; 2000) § 9-10.

de koper van zand van een bepaalde grofheid normaal gesproken alleen kan verwachten dat het zand geschikt is voor de bouw, maar niet dat het geschikt is voor gebruik in een zandbak voor kinderen.[180]

Het 'bijzonder gebruik' kan men als een rem zien op een te vergaande interpretatie van 'normaal gebruik'. Het onderscheid tussen normaal gebruik en bijzonder gebruik kan echter gerelativeerd worden door er op te wijzen dat indien iets voor een bijzonder gebruik geschikt is, dit gebruik vaak ook weer 'normaal' wordt. Om het schoenen-voorbeeld nogmaals te gebruiken: bij 'bergschoenen' is gebruik op wandeltochten in de bergen normaal gebruik.[181] Voor onroerend goed kan men aan een ander voorbeeld denken: voor 'bouwgrond' is bouwen normaal gebruik.[182] Verder zijn 'normaal' en 'bijzonder' gebruik moeilijk te scheiden, met name omdat als het niet lukt om ongeschiktheid voor 'bijzonder gebruik' te bewijzen, nog altijd kan worden teruggevallen op 'normaal gebruik'.[183] Zo betoogt Wallach dat alleen wanneer een *normaal* ('merchantable') produkt voor een *speciaal* doel verkocht wordt de 'particular purpose' *warranty* in beeld komt.[184] Slechts bij uitzondering zal dit het geval zijn. Een aan een Amerikaanse case ontleend voorbeeld is het volgende. Rauw varkenvlees dat met 'trichinosis' is besmet, is wèl 'merchantable' omdat de besmetting verdwijnt bij koken. Voor worst is dit vlees echter ongeschikt, omdat worstenmakers het rauwe vlees proeven.[185] In het Engelse recht overlappen normaal gebruik en bijzonder gebruik elkaar en ook in de Verenigde Staten wordt dit algemeen erkend.[186]

156. Rechtspraak met betrekking tot de CISG

In de vorige paragraaf is de rechtspraak met betrekking tot een specifiek punt, namelijk de aansprakelijkheid van de verkoper voor conformiteit met publiekrechtelijke regelgeving in het land van de koper of het land van bestemming, al besproken, waarbij bleek dat deze verregaande vorm van aansprakelijkheid in toe-

180 P. Schlechtriem, Chapter 6 The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: N.M. Galston en H. Smit (eds.) *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984) op p. 6-20 en 6-21: 'buyer who orders sand of a certain grain size can normally expect only the qualities requisite for sand as a building material, but not the purity for the purpose, unknown to the seller, of using it in children's sandboxes.'

181 Zie de analyse van George I. Wallach, *The law of sales under the Uniform Commercial Code*, Boston: Warren, Gorham & Lamont (1981) 11.09[2] p. 11-46.

182 Zie ook voorbeelden als rijpaard, etc., in § 2.4, verwijzend naar Asser-Kamphuisen (1960) p. 96-97. Zie ook de eerder gegeven voorbeelden van meer specifieke bestemmingen gekoppeld aan de neutrale term 'grond', zie § 2.4.

183 Vergelijk ook het eerder, zie § 4.3, gegeven voorbeeld van *Ambassador Steel*.

184 Wallach (1981) op p. 11-47.

185 White & Summers (5th ed.; 2000) § 9-10 p. 371.

186 Zie Atiyah/Adams (2005) p. 176. Voor Engels recht, met voorbeelden, zie R. Bradgate, Harmonisation of legal guarantees: a common law perspective, *Consum.L.J.* 1995, p. 94 op p. 99, noot 40. Voor een overzicht van Amerikaanse rechtspraak zie Uniform Commercial Code: Implied warranty of fitness for particular purpose as including fitness for ordinary use, 83 *A.L.R.* 3d 656 (1978). Over de relatie tussen normaal gebruik en bijzonder gebruik in de Richtlijn zie ook S. Grundmann in Massimo C. Bianca & Stephan Grundmann (eds.), *EU Sales Directive Commentary*, Antwerpen: Intersentia (2002), Art. 2 aant. 19, p. 130, die opmerkt dat geschiktheid voor bijzonder gebruik meestal niet uitsluit dat er ook geschiktheid voor normaal gebruik moet zijn. Verder merkt hij op dat bij bijzonder gebruik er sprake kan zijn van mindere kwaliteit. Vergelijk de opmerkingen over 'normaal gebruik' als minimum-kwaliteit.

nemende mate gekoppeld wordt aan de 'bijzonder gebruik'-bepaling. Deze rechtspraak wordt hier verder niet opnieuw aan de orde gesteld. De overige rechtspraak – uitgegaan wordt van de rechtspraak die normaliter onder art. 35 lid 1 onder *b* CISG wordt gerangschikt – levert niet een coherent beeld op, met name doordat vaak niet expliciet wordt gemaakt bij welke bepaling aansluiting wordt gezocht.[187]

In de rechtspraak blijkt dat de grenzen tussen art. 35 lid 1, art. 35 lid 2 onder *a* (normaal gebruik) en lid 2 onder *b* (bijzonder gebruik) niet steeds duidelijk te trekken zijn. Waar duidelijk sprake is van een overeenkomst hoeft in feite ook geen keuze gemaakt te worden. Zo was in een Australische zaak ten aanzien van contactlenzenvloeistof overeengekomen dat de vloeistof steriel moest zijn en aan de eisen moest voldoen van de Australische bevoegde autoriteit. De verkoper werd aansprakelijk gehouden toen de vloeistof bacteriën bleek te bevatten en dus niet steriel was.[188] Zie ook de Amerikaanse zaak waarin de Amerikaanse verkoper van stoffen tijdens de onderhandelingen aan de Duitse koper uitdrukkelijk bevestigd had dat de stoffen geschikt waren om te worden bedrukt. De materialen bleken uiteindelijk ongeschikt te zijn en de verkoper werd aansprakelijk gehouden.[189]

Is wanneer een doel aan de verkoper bekend is gemaakt ook niet sprake van een overeenkomst? Vergelijk de (vrij bekende, in verband met art. 3 CISG) zaak van het pakhuis, dat gedemonteerd werd en in het land van bestemming weer opnieuw gemonteerd. In het arrest van het hof Grenoble (*Entreprise Veyon/Société Ambrosio*) werd geoordeeld dat hier sprake was van een bijzonder gebruik dat uitdrukkelijk aan de verkoper bekend was gemaakt.[190] Eerder werd de zaak over de klimatologische omstandigheden in Ecuador al genoemd.[191] In de arbitrage tussen een Russische verkoper en een koper uit Ecuador werd geoordeeld dat de verkoper aansprakelijk was voor het feit dat de geleverde zaken niet tegen het klimaat van Ecuador bestand waren. Het argument dat dergelijke klimatologische omstandigheden onbekend waren in Rusland werd afgewezen, onder verwijzing naar art. 35 lid 2 sub *b*, blijkbaar met als redenering dat de bestemming Ecuador aan de verkoper bekend was.[192] Had dit ook niet onder 'normaal gebruik' kunnen vallen?

Bij andere uitspraken die onder 'bijzonder gebruik' worden gerubriceerd lijkt het in feite te gaan om zaken die ook niet aan de eisen voor 'normaal gebruik' voldoen. In een zaak voor het Hof Lyon 18 december 2003 ging het om ondeugdelijke machines voor het wisselen van bankbiljetten voor muntgeld. De verkopers werden aansprakelijk gehouden op grond van art. 35 lid 2 sub *b*. Mijns inziens kon

187 Samenvattingen zijn soms ook erg summier en lijken nogal moeizaam naar het Engels vertaald te zijn.
188 Supreme Court of Western Australia 17 januari 2003 (*Ginza Pte Ltd v Vista Corporation Pty Ltd*) , zie Pace en Unilex-databases.
189 U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit, 21 juni 2002 (*Schmitz-Werke v. Rockland*), zie Pace en Unilex-databases.
190 Frankrijk: Cour d'Appel Grenoble 26 april 1995 (*Alain Veyron v. Ambrosio*), zie Pace en Unilex-databases.
191 Zie § 5.1.
192 CLOUT nr. 461 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 12 maart 1996, zie Pace database. Zie ook het commentaar bij de uitspraak op de Pace-website.

aansprakelijkheid ook berusten op lid 2 sub *a*.[193] In een zaak voor de rechtbank München ging het om speciaal gefabriceerde wereldbollen ('globes'), die door de koper, een autoverhuurbedrijf, als promotiemateriaal (display in toonzalen) zouden worden gebruikt. De motor die de wereldbollen deed ronddraaien was echter niet geschikt voor een langer gebruik. Men zou dit onder 'normaal gebruik' kunnen brengen, de rechtbank leidt echter uit de omstandigheden af dat partijen impliciet waren overeengekomen dat de wereldbollen een levensduur van gemiddeld drie jaar zouden moeten hebben. Het lawaai van de motoren wordt overigens niet als klacht erkend, aangezien de kopers in de gelegenheid waren gesteld om een prototype te onderzoeken voordat zij de order plaatsten.[194]

Een duidelijk voorbeeld van een verschil tussen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' is wel de zaak van putdeksels voor rioleringen. Het Hof Barcelona oordeelde dat de verkoper niet op de hoogte hoefde te zijn van de doeleinden waarvoor de koper de deksels wilde gebruiken. De koper, een aannemer, had moeten weten dat hij voor een werk deksels 'type D400 met een diameter van 600 millimeter' nodig had en hij had bij de verkoper andere deksels besteld, die verder in de verkoper's catalogus duidelijk beschreven waren. Dit neemt overigens niet weg dat de geleverde deksels niet aan de eisen van draagkracht (tot 40 ton) voldeden zoals in de catalogus beschreven zodat de verkoper op dit punt wel aansprakelijk was; gelet op de wederzijdse fouten werd de aansprakelijkheid gedeeld.[195] Zie ook het voorbeeld van het Hof Madrid: de verkoper had vlees niet apart ingepakt, hetgeen voor de koper tot verlies van Europese subsidies en betaling van boetes leidde.[196] Zie ook de Zwitserse zaak waarin een chemisch product gekocht werd. In hoogste instantie werd geoordeeld dat de koper niet bewezen had dat de zaken voor een bijzonder doel bestemd waren en dat kristallen van een bepaalde grootte vereist werden.[197]

Is de expertise van de verkoper de belangrijke factor? Vergelijk de Italiaanse zaak, waarin een koper uit Ecuador een machine van een Italiaanse verkoper kocht. De koper vertrouwde in die zin op de expertise van de verkoper, dat de koper aan de verkoper een monster ter beschikking stelde en de verkoper informeerde over eerdere problemen met het productieproces.[198] In een zaak voor het Hof Barcelona (*Manipulados del Papel/Sugem Europa*) ging het om een speciaal ontwikkeld product om papier en karton te lijmen. De technici van de verkoper hadden het gekozen product aanbevolen. De verkoper werd aansprakelijk geacht op grond van art. 35 lid 2 onder *b*.[199] In een andere zaak die er erg veel op lijkt,

193 CLOUT nr. 492 Cour d'Appel de Lyon 18 december 2003 (*Société P.. Service et al.-. Société F.. automatique et al*), zie Pace en Unilex-databases. De zaak zou ook beslist kunnen worden op grond van lid 1: de koper had specificaties voor de machine gegeven, althans een bestaand model moest worden aangepast aan de eisen die de koper stelde. De zaak wordt op dit punt echter verschillend weergegeven.

194 Landgericht München 27 februari 2002, zie Pace en Unilex-databases.

195 CLOUT nr. 553 Audiencia Provincial Barcelona 28 april 2004, zie Pace en Unilex-databases.

196 CLOUT nr. 548 Audiencia Provincial de Madrid 8 mei 2004, zie Pace database.

197 Zwitserland: Bundesgericht 13 januari 2004, zie Pace en Unilex-databases.

198 Italië: Tribunale di Busto Arsizio 13 december 2001, zie Pace en Unilex-databases.

199 CLOUT nr. 396 Audiencia Provincial de Barcelona 4 februari 1997 (*Manipulados del Papel v. Sugem Europa*) , zie Pace en Unilex-databases. In de weergave van de zaak wordt vermeld dat de zaak beslist werd op grond van het eigen interne Spaanse recht, waarbij echter wel gerefereerd werd aan art. 35 CISG.

ook Hof Barcelona, was de verkoper echter niet aansprakelijk omdat het bijzonder gebruik niet aan de verkoper maar aan een vertegenwoordiger (travelling salesperson) bekend was gemaakt, en het hof van oordeel was dat de koper, 'which obviously had a quality control department' op zijn eigen criteria had moeten afgaan.[200]

Meer expliciet over deskundigheid is de rechtbank Coburg in een recente uitspraak over de geschiktheid van geleverde planten. De rechtbank overweegt dat op grond van art. 35 lid 2 sub *a* de geleverde zaken aan de verwachtingen van een gemiddelde gebruiker moeten voldoen. Voor planten betekent dit dat dat zij moeten groeien. In casu waren de geleverde planten geschikt voor normaal gebruik, en slechts ongeschikt voor de klimatologische omstandigheden op het terrein van de koper. Opvallend is dat de rechtbank van oordeel is dat de verkoper op de hoogte was van dit bijzondere gebruik, aangezien de planten door de verkoper ter plekke afgeleverd waren. De verkoper werd echter niet aansprakelijk gehouden, aangezien de koper over dezelfde expertise beschikte als de verkoper.[201]

Afgezien van de rechtspraak in verband met het voldoen aan publiekrechtelijke regelgeving, blijkt de rechtspraak met betrekking tot bijzonder gebruik weinig uitgewerkte overwegingen te bevatten over het verschil tussen 'normaal' en 'bijzonder', of over de aan aansprakelijkheid voor 'bijzonder gebruik' te stellen eisen (meedelen aan de verkoper, vertrouwen op de verkoper's expertise, etc.). Deze conclusie is gebaseerd op een relatief gering aantal uitspraken. Gelet op de vermeldingen in de Engelse en Amerikaanse literatuur, waarin ook wordt geconcludeerd dat er een duidelijke overlap is tussen normaal gebruik en bijzonder gebruik, lijkt het echter niet opportuun de rechtspraak uit deze landen ook nog in de beschouwingen te betrekken.

157. Bijzonder gebruik: nadere uitwerking

Eerder in deze paragraaf kwam al kort het belang van het verschil in criteria bij 'bijzonder gebruik' in enerzijds BW/LUVI en anderzijds CISG/UCC aan de orde. Na het overzicht van rechtspraak kan deze vraag nog nader worden uitgewerkt.

BW/LUVI hanteren een criterium 'bij de overeenkomst voorzien'. In de LUVI wordt in de Engelse tekst de formulering 'contemplated by the contract' gehanteerd. Vergelijk in het Duits 'im Vertrag... vorgesehenen' en in het Frans 'prévu(es)... par le contrat', zowel in lid 1 onder *e* als onder *f*. Aangenomen kan worden dat hiermee inhoudelijk niet iets wezenlijk anders wordt bedoeld dan 'overeengekomen'.[202] Er is wel wat voor te zeggen om 'bij de overeenkomst voor-

200 CLOUT nr. 555 Audiencia Provincial de Barcelona 28 januari 2004, zie Pace database.

201 Landgericht Coburg 12 december 2006, zie Pace database. 'The predominant opinion to which this Court attaches itself considers the [Seller] only to be liable if he is more skilled (*cf.* Staudinger/Magnus, 2005, Art. 35 CISG para. 32). The buyer's reliance on the seller's skill seems not to be protectable if the buyer is able to estimate the usability of the goods in the same way. [Buyer] specializes in gardening and landscaping. It operates especially in the local area and is therefore at least equally or even better acquainted with the peculiarities of the particular locations than [Seller]. It is not apparent to which extent [Seller] is more skilled than [Buyer].'

202 Zie ook H. Dölle, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, München: C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung München (1976), Art. 33 aant. 17 over de formulering 'im Vertrag ... vorgesehenen'.

zien' te beschouwen als een (technisch, niet inhoudelijk) soepeler formulering van 'het overeengekomene', en bij de invulling hiervan dezelfde resultaten te bereiken als via een (ruime) uitleg van 'het overeengekomene'.[203] In de context van het BW leidt dit echter tot de conclusie dat het bijzonder gebruik-criterium samenvalt met art. 7:17 lid 1, en als enige mogelijke functie dan nog heeft dat de term 'bijzonder gebruik' als een begrenzing moet worden gezien van 'normaal gebruik'. Het slot van lid 2, de zinsnede over 'bijzonder gebruik', zou daarmee op gelijke wijze als eerder uiteengezet over lid 3 e.v. een verduidelijking van (uitlegregel) lid 1 worden.

De formulering van 'bijzonder gebruik' in de Nederlandse wettekst is ontleend aan art. 33 LUVI. Een vergelijking met de LUVI biedt echter verder geen duidelijkheid, zeker niet wanneer men de Engelse tekst er naast legt. Voor de LUVI geldt het bezwaar om 'bij de overeenkomst voorzien' gelijk te stellen aan 'de overeenkomst' minder, omdat de regel die in het BW in art. 7:17 lid 1 is geformuleerd in de LUVI in een ander artikel dan art. 33 is geformuleerd, namelijk art. 19. De term 'contemplated by the contract' is behalve in art. 33 LUVI lid 1 sub *e* (bijzonder gebruik) ook te vinden in een meer algemeen geformuleerde bepaling, lid 1 sub *f*, waarin dit echter vertaald wordt als 'bij de overeenkomst ... *bedoeld*'.

Wanneer men 'bij de overeenkomst is voorzien' niet gelijk stelt aan 'overeengekomen', rijst uiteraard de vraag welke eisen men hier aan 'voorzien' stelt. Er ontstaat dan een soort schemergebied buiten de overeenkomst in strikte zin.[204] Deze opvatting wordt gehuldigd door Hijma, die allereerst opmerkt dat de koper in het algemeen het bijzonder gebruik kenbaar zal moeten maken, en vervolgens nagaat welke houding de verkoper dan kan aannemen. Voor het problematische geval, namelijk dat het contract gesloten wordt zonder dat de verkoper op het punt ingaat, concludeert Hijma dat de overeenkomst dan in de regel stilzwijgend ook in het bewuste bijzondere gebruik voorziet, tenzij het door de koper geschetste gebruiksdoel dermate vreemd was dat de verkoper geen reden had daarop serieus in te gaan, onder verwijzing naar art. 3:35 BW. Mijn bezwaar tegen de geschetste oplossing is niet zozeer de uitkomst, maar de onnodig beperkte opvatting van overeenkomst. Via art. 3:35 BW is dan toch een overeenkomst tot stand gekomen?[205]

Wanneer men 'bij de overeenkomst is voorzien' niet gelijk stelt aan 'overeengekomen', kan men een vergelijking maken met de alternatieve, andere formulering van 'bijzonder gebruik' in art. 35 lid 2 sub *b* CISG/UCC. In deze formulering wordt *rechtstreeks*[206] aangehaakt bij het gerechtvaardigd vertrouwen van de koper.

---

203 Zie expliciet in deze zin Hyland (1987) op p. 321, die verder vraagtekens zet bij de in de CISG gebruikte formulering.

204 Het criterium voor 'bijzonder gebruik' wordt door Hijma als 'nogal specieus' bestempeld. Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 347.

205 In de Duitstalige literatuur over dit onderwerp lijkt men ook steeds een beperkt begrip 'overeenkomst' te hanteren. Vergelijk verder A. Sandrock, *Vertragswidrigkeit der Sachenleistung. Eine Untersuchung zum europäischen Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck (2003) p. 66 e.v.. Zie ook W. Faber, Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbraugsguter, 121 *Juristische Blätter* (7) 1999, p. 413 op p. 418-419 en over de vertrouwensleer in Oostenrijk op p. 421.

206 Vergelijk Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 348, waarin uiteindelijk ook het vertrouwensbeginsel van art. 3:35 BW wordt gehanteerd.

Een aan Honnold ontleend voorbeeld kan de 'reliance'-maatstaf verduidelijken.[207] Een koper bestelt boortjes van een bepaalde (door koper gespecificeerde) dikte, waarbij de koper vermeldt dat hij door 'carbon steel' gaat boren. De bestelde boortjes zijn sterk genoeg om door gewoon staal te boren, maar niet sterk genoeg voor 'carbon steel'. Honnold meent dat in dit geval de verkoper aansprakelijk is.[208] Aan de Nederlandse praktijk kan het voorbeeld worden ontleend van de koper van een huis, die in de koop-akte opneemt dat hij voornemens is de onroerende zaak te gebruiken als bouwperceel voor twee halfvrijstaande woonhuizen.[209] Wie heeft hier de expertise, en is er sprake van gerechtvaardigd vertrouwen? Van Dunné geeft het voorbeeld van de dame die haar auto (een 4 wheel drive) verkoopt aan een avontuurlijk ingestelde (jonge)man, die haar meedeelt met de auto aan een safari in een onduidelijk land te willen meedoen.[210] Dit laatste lijkt toch een voorbeeld van een koper die niet op expertise van de verkoper mag afgaan.[211] Juist dit voorbeeld illustreert mijns inziens dat de in de CISG geformuleerde maatstaf bij uitstek geschikt is om nader inhoud te geven aan het criterium 'bij de overeenkomst is voorzien'.

Mijns inziens zijn er geen overwegende bezwaren om 'bij de overeenkomst voorzien' te lezen als 'overeengekomen', waarbij het begrip overeenkomst soepel opgevat moet worden. Daarmee is echter wel de functie van het 'bijzonder gebruik'-criterium beperkt tot een afgrenzing van het 'normaal gebruik'-criterium. Een uitleg waarbij 'bij de overeenkomst voorzien' als een iets ruimer begrip dan 'de overeenkomst' wordt gezien spreekt mij weinig aan. Dan kan eerder nog gekozen worden voor de maatstaf van van art. 35 lid 2 sub *b* CISG, die scherper in beeld brengt of er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, hetgeen toch uiteindelijk het bepalende criterium is, ook voor de vraag 'wat is overeengekomen'.

Voor het geval men een rechtstreeks aanhaken bij de formulering van art. 35 CISG te ver vindt gaan, kan uiteraard ook gekeken worden naar andere wetgeving, zowel van vóór de Richtlijn als de ter implementatie van de Richtlijn recent aangenomen wetgeving. De recente Franse wetgeving ter implementatie van de Richtlijn hanteert bijvoorbeeld voor bijzonder gebruik in Art. 1641-1 CC de formulering 'être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur lors de la conclusion du contrat, sans que ce

207 Honnold (3rd ed.; 1999) Art. 35 § 226.

208 'Seller would find it difficult to disprove reliance by Buyer'.

209 Zie HR 23 december 2005, uitvoeriger te bespreken in § 7.5.

210 Zie *AA* 2000, p. 459 of *WPNR* 6410 (2000). Zie ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4 § 3 nr. 8, p. 504. Zie ook de andere voorbeelden aldaar. Zie overigens Asser-Kamphuisen (1960) voor een vergelijkbaar voorbeeld: de zeilboot die gekocht wordt om de oversteek naar de Verenigde Staten te maken, op p. 97. Van Dunné geeft het voorbeeld in het kader van een bespreking van de term 'normaal gebruik' bij de bespreking van het *Woonboerderij*-arrest, dat in Deel 3 nog uitvoerig zal worden besproken. Bredere thema's die Van Dunné daarbij aansnijdt zijn toedeling van risico (waarover verder § 7.7) en de vraag wanneer een mededeling (gedaan voor de totstandkoming van de overeenkomst) deel uitmaakt van de inhoud van de overeenkomst, en wanneer niet (de zogenaamde 'blote' mededeling), waarover § 2.2, en zie ook § 7.5 inzake risicoverdeling.

211 Zie ook P. Schlechtriem, Chapter 6 The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: N.M. Galston en H. Smit (eds.), *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984) op p. 6-21.

dernier ait exprimé de réserve', dat wil zeggen dat het aan de verkoper is om duidelijk te maken dat de zaak niet geschikt is voor een aan hem kenbaar gemaakt bijzonder gebruik. Deze bepaling lijkt ook geschikt om in termen van een bewijslastverdeling te zien.[212] De Engelse SGA constateert dat wanneer de verkoper uitdrukkelijk of impliciet kenbaar maakt dat de zaak voor een bijzonder gebruik (doel) gekocht wordt, er een *implied term* is, tenzij er geen gerechtvaardigd vertrouwen op de deskundigheid van de verkoper was. S. 14 (3) biedt dan weer een aardige variant in de uitwerking van de verplichtingen van de verkoper: de merchant-seller staat in voor geschiktheid voor bijzonder gebruik, met dien verstande dat het geleverde slechts 'reasonably fit' hoeft te zijn voor het bijzonder gebruik, 'whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied'.[213]

158. Conclusies uit het voorgaande/Samenvatting

Ten aanzien van 'bijzonder gebruik' is er een verschil in benadering tussen enerzijds de LUVI en de Nederlandse wettekst en anderzijds art. 35 van de CISG en § 2-315 van de UCC. De CISG en de UCC hanteren minder strenge criteria. Problematisch aan het in het BW gehanteerde criterium dat het bijzonder gebruik bij de overeenkomst moet zijn voorzien is dat, gelet op art. 7:17 lid 1 waarin al vermeld wordt dat zaken aan de overeenkomst moeten voldoen, de enige functie van bijzonder gebruik is dat het een begrenzing van 'normaal gebruik' geeft (dit bezwaar geldt overigens ook voor de LUVI). In ieder geval is in de Nederlandse wettekst ten onrechte niet opgenomen dat het bijzonder gebruik 'uitdrukkelijk *of stilzwijgend*' kan zijn voorzien, een formulering die zowel in de LUVI als in de CISG te vinden is. De rechtspraak ten aanzien van bijzonder gebruik in de CISG levert nauwelijks een coherent beeld op. Vaak wordt het onderscheid tussen 'normaal' gebruik en 'bijzonder' gebruik niet gemaakt, of wordt over bijzonder gebruik gesproken terwijl het in feite gaat om normaal gebruik. De in de CISG gehanteerde criteria kunnen overigens wel van belang zijn bij de invulling van het begrip 'bij de overeenkomst voorzien' in de Nederlandse wettekst. Zie overigens verder nog § 5.4 over (de formulering van) 'bijzonder gebruik' in de Europese Richtlijn.

212 Art. 1641-1: Pour être conforme au contrat, la chose doit, s'il y a lieu:
correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur;
être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur lors de la conclusion du contrat, sans que ce dernier ait exprimé de réserve;
présenter les qualités qu'un acheteur peut raisonnablement attendre eu égard aux déclarations publique faites par le vendeur dans la publicité ou l'étiquetage.
Zie ook de beschrijving van Franse recht in § 1.6.

213 Ook in het Engelse recht overlappen normaal gebruik en bijzonder gebruik elkaar, zie § 4.7.

5.4 De Richtlijn consumentenkoop

159. Inleiding

In deze paragraaf wordt de regeling van de conformiteit in de Richtlijn consumentenkoop nader beschouwd.[214] De aandacht wordt daarbij met name gericht op de (formulering van) criteria voor conformiteit, mede in het licht van de bespreking van art. 7:17 BW en art. 35 CISG eerder in dit Deel. Een ander belangrijk punt dat aan de orde komt is of Nederland, dat art. 7:17 slechts op een enkel punt heeft aangepast, in het licht van recente jurisprudentie van het Hof van Justitie wel aan de – strenge – Europese eisen voor implementatie voldoet.

160. Geschiedenis van de Richtlijn

Na consultatie en discussies op basis van de *Green paper* van 1993 kwam de Commissie in 1996 met een voorstel voor een Richtlijn inzake consumentenkoop.[215] Na enkele wijzigingen[216] werd de definitieve tekst vastgesteld in 1999. De regeling van de conformiteit in artikel 2 bleef tijdens de periode van behandeling in essentie hetzelfde, en werd slechts op een enkel punt aangepast. Alleen de formulering van 'bijzonder gebruik' wisselde nogal. De Richtlijn moest op 1 januari 2002 geïmplementeerd zijn.

161. De invloed van het Weens Koopverdrag

Opmerkelijk is dat aan het Weens Koopverdrag veel invloed op de Richtlijn wordt toegekend. In de toelichting op de Richtlijn wordt gewezen op het Weens Koopverdrag. Zie bijvoorbeeld de volgende zinsnede:

---

214 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* L 171/12.

215 Zie *Green Paper on Guarantees for Consumer Goods and After-Sales Services* (COM (93) 509) en zie voor de voorstelde Richtlijn COM (95)520.

216 Vanaf de *Green paper* tot de definitieve Richtlijn hebben de voorstellen wel wijziging ondergaan. Zo veranderde bijvoorbeeld de naam van Richtlijn inzake 'de verkoop van consumenten-zaken en daarmee verband houdende garanties' in: 'bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen'. Opgemerkt moet worden dat de term consumptiegoederen formeel onjuist is: het gaat om *goods*, zodat juridisch-technisch de term 'zaak' gehanteerd zou moeten worden. De wijzigingen worden slechts besproken voor zover direct van belang voor het onderwerp. Oorspronkelijk luidde art. 2 als volgt:
Article 2:
Conformity with the contract
1. Consumer goods must be in conformity with the contract of sale.
2. Goods shall be deemed to be in conformity with the contract if, at the moment of delivery to the consumer:
(a) they comply with the description given by the seller and possess the qualities of the goods which the seller has held out to the consumer as a sample or model;
(b) they are fit for the purposes for which goods of the same type are normally used;
(c) they are fit for any particular purpose for which the consumer requires them and which he had made known to the seller at the time of conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely on the seller's explanations;
(d) their quality and performance are satisfactory given the nature of the goods and the price paid and taking into account the public statements made about them by the seller, the producer or his representative.
3. Any lack of conformity resulting from incorrect installation of the goods shall be considered to be equivalent to lack of conformity of the goods with the contract, if the goods were installed by the seller or under his responsibility.

> This proposal for a directive will also contribute to simplifying existing national rules, *by approximating them* to the law in force on the international sale of goods between professionals (Vienna Convention of 1980) ... . (mijn curs., PK)[217]

De CISG heeft dus niet alleen in belangrijke mate het denken over de (mogelijkheid van) uniform recht gestimuleerd[218], maar zelfs ook model gestaan voor concrete wetgeving op een gebied waar men dat wellicht minder snel zou verwachten, namelijk voor de consumentenkoop.[219] De invloed van de CISG kan echter ook worden gerelativeerd. In de *Green paper* komt de CISG bijvoorbeeld in het geheel niet ter sprake. Hoewel in de paper uitgegaan wordt van het begrip 'defect' (en ook uitvoerig uiteen wordt gezet hoe in de nationale rechtsstelsels dit wordt opgevat)[220], wordt in de conclusies al gezinspeeld op een ander begrip als mogelijke basis voor een regeling, namelijk 'failure to meet the consumer's legitimate expectations'. Daarbij lijken enkele nationale stelsels eerder inspiratiebron. Het begrip wordt ook omschreven als '[T]he notion of conformity with the purchaser's legitimate expectations'. Daarbij wordt ook Nederlands recht uitdrukkelijk genoemd:

> The concept of failure to conform has also been enshrined in the new Netherlands Civil Code.[221]

Zoals echter eerder al werd geconstateerd, zie § 3.2, is het uniforme kooprecht de inspiratie geweest voor de Nederlandse regeling. Zie hierover verder nog deze paragraaf.

In de opzet van de conformiteitsbepaling van de Richtlijn is art. 35 CISG wel duidelijk te herkennen.[222] De invloed van de CISG op de formulering van het con-

---

217 p. 4.

218 Te denken valt bijvoorbeeld ook aan de UP. Voor een vergelijking met de CISG zie onder meer Henry D. Gabriel, *Contracts for the sale of goods: a comparison of domestic and international law*, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana (2004). Zie verder over de vraag waarom de CISG geen model gestaan heeft voor de herziene UCC Henry D. Gabriel, The Inapplicability of the United Nations Convention on the International Sale of Goods as a Model for the Revision of Article Two of the Uniform Commercial Code, 72 *Tulane L. Rev.* p. 2001 (1998), zie ook R.E. Speidel, Warranties of Quality in Revised Article 2, Sales and the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 14 *Journal of Contract Law* p. 15 (1999).

219 Zie – onder meer – H. Beale & G. Howells, EC harmonization of Consumer Sales Law – A missed opportunity?, *Journal of Contract Law* 1997, p. 21 op p. 28, S. Grundmann, Introduction in: Massimo C. Bianca & Stephan Grundmann (eds.), *EU Sales Directive Commentary*, Antwerpen: Intersentia (2002), zie met name § 1.1.2-1.1.3, en zie ook D. Staudenmeyer, The directive on the sale of consumer goods and associated guarantees – a milestone in the European consumer and private law, *European Review of Private Law* 2000, p. 547, over conformiteit op p. 551. Voor inhoudelijke vergelijkingen van de CISG en de Richtlijn Consumentenkoop zie ook – uit velen – U. Magnus, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht, in: S. Grundmann e.a. (eds.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln: Carl Heymanns Verlag (2000), p. 79; S.A. Kruisinga, What do consumer and commercial law have in common? A comparison of the EC Directive on consumer sales law and the UN Convention on contracts for the international sale of goods, *European Review of Private Law* 2001, p. 177; C.A. Joustra, De richtlijn consumentenkoop: een vergelijking met het Weens Koopverdrag, *WPNR* 6430 (2001) p. 51; A. Mittmann, *Einheitliches UN-Kaufrecht und europäische Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Konkurrenz-und Auslegungsprobleme*, Frankfurt am Main: Peter Lang (2004).

220 p. 23-28. Zie ook het overzicht van het recht van de verschillende lidstaten in de bijlage van de *Green paper*.

221 Zie p. 85-86. Zie ook op p. 27: 'enshrined the evolution of the obligation of the legal guarantee towards an obligation of conformity of the product with the purchaser's legitimate expectations'.

222 Zie bijvoorbeeld Grundmann in Massimo C. Bianca & Stephan Grundmann (eds.), *EU Sales Directive Commentary*, Antwerpen: Intersentia (2002), Art. 2, die de invloed van de CISG benadrukt.

formiteitsbeginsel in de Richtlijn, met name bij 'geschiktheid voor bijzonder gebruik', komt hieronder nog aan de orde.[223] Andersom is er ook sprake van beïnvloeding: bij de bespreking van de CISG is er al op gewezen dat in recente literatuur naar voren komt dat in de (internationale) koopovereenkomst tussen professionals verwacht mag worden dat het geleverde (uiteindelijk) bij gebruik door de eindverbruiker, de consument, aan de eisen van de Richtlijn moet voldoen.[224]

162. Minimum-karakter van de Richtlijn

Aangezien de Richtlijn een minimum-karakter heeft, staat het de lidstaten vrij verdergaande maatregelen te treffen om de consument-koper te beschermen. Voor conformiteit heeft dit weinig praktische betekenis. In feite is hier alleen art. 1 lid 3 van belang. Op grond van deze bepaling kunnen de lidstaten bepalen dat tweedehands goederen die op een openbare veiling worden verkocht niet onder de werking van de Richtlijn vallen; de Nederlandse wetgever heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.[225]

163. Conformiteit. De implementatie in Nederland

Hoewel de Richtlijn consumentenkoop van 1999 in Nederland voor een aantal wijzigingen in het consumentenkooprecht heeft gezorgd, is de impact van de Richtlijn relatief gering geweest.[226] De regeling van de conformiteit is niet wezen-

223 Voor wat betreft het conformiteitsbeginsel heeft de CISG het interne recht van verschillende landen beïnvloed: zie de Skandinavische landen, Nederland en (inmiddels) Duitsland. Schwenzer wijst er op dat de Skandinavische landen het conformiteitsbeginsel overgenomen hebben, en Nederland en Duitsland (inmiddels) vergaand gelijkende regelingen hebben, Schwenzer (2nd ed.; 2005). Zie ook Henschel (2005) § 1.1.1, p. 22, over de Scandinavische landen op p. 29. Vergelijk ook P. Schlechtriem, Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations, 10 *Juridica International* 2005, p. 27.

224 § 5.1.

225 Zie wel voor executoriale verkoop art. 7:19 BW. Zie verder over het minimum-karakter van de Richtlijn J.M. Smits, De richtlijn consumentenkoop en het Nederlandse recht, in: J. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom juridische uitgevers (2003), p. 1, zie § 11 p. 26-27.

226 Voor een overzicht van wetsartikelen waarin de implementatie tot stand is gebracht zie P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) § 2.4 p. 11. Voor een overzicht van implementatie in Europese landen zie www.secola.org. Zie ook de bijlage bij het rapport van de Commissie over de implementatie, COM (2007) 210 definitief. Vanaf de *Green paper* tot de definitieve Richtlijn zijn de voorstellen vaak gewijzigd. De regeling van de conformiteit in artikel 2 bleef, zoals gezegd, tijdens de periode van behandeling in essentie hetzelfde, en werd slechts op een enkel punt aangepast. Alleen de formulering van 'bijzonder gebruik' wisselde nogal. De wijzigingen worden slechts aangegeven voor zover direct van belang voor het onderwerp. Over de Richtlijn is veel gepubliceerd. Ik noem hier kort bijdragen in de *Consumer L.J.* in 1995 en in 1999, in de *Journal of Consumer Policy* 1998, en in de *European Review of Private Law* 2001. Zie ook de bijdragen in M. Schermaier (Hrsg.), *Verbraucherkauf in Europa: Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, München: Sellier (2003). Nederlandse bijdragen zijn onder meer M. van Delft-Baas, Garanties en after-sales service in relatie tot de Consumentenkoop en het Groenboek, *TvC* 1994, p. 179; R.H.C. Jongeneel, The sale of goods in the Netherlands Civil Code: A contribution to the discussion about the green paper on guarantees for consumer goods and after-sales services, *Consum. L.J.* 1995, p. 143; E.H. Hondius, De consumentenkoop in Europees perspectief/Naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties, *TvC* 1996, p. 245. Zie verder J.M. Smits, De richtlijn consumentenkoop en het Nederlandse recht, in: J. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom juridische uitgevers (2003), p. 1 met verdere verwijzingen op p. 1 noot 2. Voor België zie onder meer S. Stijns en J. Stuyck (eds.), *Het nieuwe kooprecht. De wet van 1 september 2004 betrefffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Antwerpen: Intersentia (2005), p. 29. Voor een uitvoerig en artikelsgewijs commentaar zie Massimo C. Bianca & Stephan Grundmann (eds.), *EU Sales Directive Commentary*, Antwerpen: Intersentia (2002) (met commentaar op art. 2 van Grundmann).

lijk veranderd. Art. 7:17 is op een enkel punt aangepast, maar de wijzigingen zijn deels redactioneel, en liggen verder in het verlengde van hetgeen al geldend recht was. Een eerste wijziging die genoemd kan worden is dat lid 2 thans enigszins uitvoeriger is: 'de aard van de zaak' en 'de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan' worden nu expliciet genoemd. Uit de parlementaire geschiedenis was al eerder duidelijk dat deze factoren van belang zijn.[227] Een andere wijziging is dat thans in lid 5 (nog eens) de onderzoeksplicht expliciet wordt vermeld: de koper kan zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn.[228]

Door de wijzigingen, die op zich niet groot zijn, is inmiddels wel een wetsartikel ontstaan dat slecht leesbaar is. In de literatuur is over de regeling van art. 7:21 en art. 7:22 inzake de 'remedies' van de koper al wel opgemerkt dat de formulering inmiddels zodanig is dat grondige kennisname van de Richtlijn en de parlementaire geschiedenis van de implementatiewet vereist is.[229] In de huidige formulering geldt mijns inziens hetzelfde ook voor art. 7:17. Van leesbaarheid is het slechts een kleine stap naar transparantie.[230] In hoeverre mag van de wetgever verwacht worden dat hij uitgerekend op een gebied als consumentenkoop zorg draagt voor transparante wetgeving?

164. Aan implementatie te stellen eisen

In de literatuur is er tot nu toe weinig aandacht geweest voor de vraag of de Nederlandse wetgever art. 2 correct heeft geïmplementeerd.[231] Nederland heeft, toen de Richtlijn oneerlijke bedingen[232] moest worden geïmplementeerd, destijds geen actie ondernomen op grond van de overweging dat het nieuw BW al in de materie voorzag. De Commissie was echter van mening dat Nederland met name het transparantiegebod (art. 4 lid 2) en de contra-proferentemregel (art. 5) onvoldoende had geïmplementeerd. Het verweer van Nederland dat binnen het stelsel van het BW via open normen eenzelfde voldoende resultaat bereikt kon worden overtuigde niet, en Nederland is dan ook veroordeeld.[233] Inmiddels was de wet-

227 Zie eerder § 3.4.

228 Zie hierover P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) § 3.6 p. 42.

229 Zie J. Hijma, De rechtsmiddelen van de consument-koper, richtlijn 1999/44 en de Nederlandse wet, in: J. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom juridische uitgevers (2003), p. 38 en 39 die hier met name het oog heeft op de verzuimregel van art. 6: 265 lid 2 in relatie tot art. 7: 22 lid 2.

230 Hijma (2003) p. 39. Hijma merkt op dat hij steeds meer ziet in aparte consumenten-wetgeving, zodat enerzijds de gemene koopwetgeving prettig strak en overzichtelijk kan blijven, terwijl anderzijds de regeling van de consumentenkoop een coherent en uitgewerkt beeld geeft. Zie heel expliciet op dit punt M. Bridge, What is to be done about sale of goods, *L.Q.R.* 2003, p. 173. Vergelijk in dit verband ook mijn opmerking in P. Klik, Koop, in: P.G.J. van den Berg en W. Zondag (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (2003), p. 187 op p. 214-215, waarover ook W.H. van Boom, Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht, *RM Themis* 2003, p. 297 op p. 300.

231 Ook J.M. Smits, Naar een nieuw Europees consumentenkooprecht, *NJB* 2000, p. 1825 op p. 1827 ging in feite aan dit probleem voorbij: 'Het Nederlandse recht behoeft ten aanzien van het begrip non-conformiteit in elk geval geen aanpassing.' Vergelijk ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 325, waar over een 'rimpelloze' implementatie wordt gesproken

232 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, PBL 1993, L 95/29.

233 HvJ 10 mei 2001, zaak C-144/99 (*Commissie v. Nederland*).

tekst al aangepast, hetgeen echter de leesbaarheid niet ten goede is gekomen.[234] Belangwekkend zijn de (vergaande) eisen die het Hof van Justitie onder meer in die procedure stelt aan implementatie.[235]

Op grond van het arrest *Commissie v. Nederland* is – kort gezegd – vereist dat de rechtspositie voldoende bepaald en duidelijk moet zijn ('sufficiently precise and clear') en dat begunstigden in staat zijn kennis te nemen ('made fully aware') van al hun rechten.[236] Dit is met name van belang wanneer de Richtlijn rechten toekent aan burgers van andere lidstaten, zoals bij consumentenbescherming.[237] Richtlijn-conforme interpretatie door de nationale rechter werd uitdrukkelijk onvoldoende geacht, omdat dit niet de helderheid en nauwkeurigheid geeft die noodzakelijk is.[238] In het arrest wordt duidelijk een strenge maatstaf aangelegd.

Daartegenover staat dat in een later arrest, ook inzake de Richtlijn oneerlijke bedingen, het Hof in ieder geval niet op de ingeslagen weg verder lijkt te willen gaan. In *Commissie v. Zweden/Denemarken/Finland* inzake de illustratieve lijst van oneerlijke bedingen ging het om de vraag of Zweden en de andere genoemde landen, die de artikelen van de Richtlijn wel in wetgeving hadden omgezet, maar de bijlage bij de Richtlijn slechts, voorzien van commentaar, in de memorie van toelichting hadden opgenomen, aan hun implementatie-verplichtingen hadden voldaan.[239] In het arrest oordeelde het Hof dat geen sprake was van onjuiste implementatie. Het Hof benadrukt dat het met de Richtlijn beoogde resultaat te vinden is in de artikelen 3, 4 en 5 van de Richtlijn zelf, en dat de lijst de consument niet verdergaande rechten toekent dan al uit deze artikelen voortvloeit.[240] Het in dit arrest gemaakte onderscheid volgend zou men bij de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop een onderscheid kunnen maken tussen art. 2 lid 1, waarin de essentie van de bepaling is gelegen, en art. 2 lid 2 waarin aan de hand van de opsomming van elementen sub *a-d* lid 1 slechts nader wordt geïllustreerd. Op dit punt kan worden terugverwezen naar hetgeen eerder in § 2.1 is betoogd, en waar bij de diverse bepalingen van art. 7:17 BW is bezien in hoeverre deze als een nadere precisering of uitwerking moeten worden beschouwd van het beginsel dat partijen zelf in de overeenkomst hun verplichtingen bepalen, of als bepalingen die meer een zelfstandige betekenis hebben. Op dezelfde voet kan voor art. 2 lid 2

234 De definitie van algemene voorwaarden in art. 6:231 sub a werd uitgebreid, en een nieuw art. 6:238 lid 2 werd toegevoegd. Zie ook met verwijzingen Klik (2003) p. 199 en recenter W.H. van Boom en R.J.P. Kottenhagen, De richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlands recht, in: F. De Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (2006), p. 133, zie § 4.1, p. 141-142.

235 Zie over de materie onder meer M.B.M. Loos, Veroordeling Nederland wegens niet-omzetting Richtlijn oneerlijke bedingen, *NTER* 2001, p. 242; J.M. Smits, Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie, *WPNR* 6461 (2001) p. 853. Zie ook J.M. Smits (2003), § 3.

236 vJ 10 mei 2001, zaak C-144/99 (*Commissie v. Nederland*), ov. 17, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak.

237 Ov. 18.

238 Aangaande het argument ... zij enkel opgemerkt dat ... een nationale rechtspraak, gesteld al dat zij constant is, waarin bepalingen van intern recht worden uitgelegd op een wijze die wordt geacht aan de eisen van een richtlijn te voldoen, niet de helderheid en nauwkeurigheid kan hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn. Dit geldt in het bijzonder op het gebied van de consumentenbescherming. (Ov. 21)

239 HvJ 7 mei 2002, zaak C-478/99 (*Commissie v. Zweden/Denemarken/Finland*), *NJ* 2003, 74.

240 Zie ook H. Unberath, Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie, 13 *ZEuP* 2005, p. 5 op p. 6.

worden geconcludeerd dat de (nog nader te bespreken) elementen sub *a-b* duidelijk in het verlengde van het contract liggen, en de elementen sub *c-d* een meer zelfstandige betekenis hebben. Een uitleg van art. 2 waarbij aan lid 2 in feite geen enkele zelfstandige betekenis toekomt ligt niet in de rede. Daarmee kan ook niet op basis van het arrest worden gezegd dat de lidstaten ten aanzien van art. 2 lid 2 geen implementatie-verplichtingen hebben.[241]

Wel is aan het arrest *Commissie v. Zweden/Denemarken/Finland* een norm te ontlenen voor implementatie. De essentie van het arrest ten aanzien van implementatie lijkt te liggen in overweging 21:

> Zij (de lijst, PK) brengt geen enkele wijziging in het door de richtlijn nagestreefde resultaat, dat als zodanig van de lidstaten wordt verlangd. Daaruit volgt dat de volle werking van de richtlijn, anders dan de Commissie beweert, kan worden verzekerd *in een voldoende nauwkeurig en duidelijk wettelijk kader* zonder dat de lijst in de bijlage bij de richtlijn wordt opgenomen in de bepalingen ter omzetting van de Richtlijn. (mijn curs., PK)[242]

Deze overweging lijkt de nationale wetgever de nodige vrijheid te gunnen. De vraag is echter of inmiddels niet een enigszins strengere maatstaf moet worden gehanteerd, waarbij meer gewicht toekomt aan de mogelijkheid van betrokkenen (consument, adviseurs, toepassers van de wet) om via de nationale wettekst een duidelijk zicht te hebben op de exacte inhoud van een Richtlijn.

De aan implementatie te stellen eisen kunnen mijns inziens niet los worden gezien van de ontwikkelingen op het gebied van de ambtshalve toetsing.[243] De rechterlijke toetsing kwam het eerst aan de orde in het *Océano*-arrest.[244] Het Hof van Justitie besliste dat de bescherming die de Richtlijn aan consumenten biedt met zich meebrengt dat de nationale rechter, in de eerste beoordeling of een eis in de procedure voor de nationale rechter moet worden toegelaten, ambtshalve kan bepalen of een bepaling in het contract oneerlijk is (r.o. 29). Een volgende stap werd gezet in het arrest *Commissie v. Italië*.[245] In dit arrest ging het om Italiaanse omzettingswetgeving waarin werd bepaald dat een collectieve actie pas mogelijk

---

241 Zie ook het recente rapport van de Commissie over de implementatie, COM (2007) 210 definitief.

242 It (the list, PK) in no way alters the result sought by the Directive which, as such, is binding on Member States. It follows that, contrary to the argument put forward by the Commission, the full effect of the Directive can be ensured *in a sufficiently precise and clear legal framework* without the list contained in the annex to the Directive forming an integral part of the provisions implementing the Directive. (mijn curs., PK) Vergelijk eerder de formulering in het arrest *Commissie v. Nederland*: 'sufficiently precise and clear', zonder echter de vermelding van '*legal framework*'.

243 Zie recent hierover H.L. van der Beek, Europees consumentenrecht en de verplichting tot ambsthalve toetsing door de rechter, in: D. Busch en H.N. Schelhaas (red.), *Vergelijkender Wijs*, (afscheidsbundel E.H. Hondius) Deventer: Kluwer (2007), p. 11. Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 84*a*.

244 HvJ 27 juni 2000, zaak C-240/98 (*Océano*), *NJ* 2000, 730. In casu ging het om een bevoegdheidsclausule. Enkele consumenten kochten op afbetaling een encyclopedie. In de overeenkomst was een bevoegdheidsclausule opgenomen waarbij de rechtbank in Barcelona bevoegd werd verklaard. De verkoper was gevestigd in Barcelona, maar geen van de betrokken consumenten was daar woonachtig.

245 HvJ 24 januari 2002, zaak C-372/99 (*Commissie v. Italië*). Zie naar aanleiding van het arrest onder meer M.B.M. Loos en H.W. Wiersma, Ambtshalve toetsing van forumkeuzebedingen in algemene voorwaarden: het nieuwe procesrecht getoetst aan recente rechtspraak van het Hof van Justitie, *WPNR* 6486 (2002) p. 329 en M.B.M. Loos, Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd, *NTER* 2003, p. 71

was voor zover de algemene voorwaarden *daadwerkelijk* gebruikt werden.[246] Het hof was van oordeel dat 'de ongelijkheid tussen consument en verkoper enkel kan worden opgeheven door een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om.' (r.o. 14).[247] In het recente arrest *Claro – Centro Móvil* (HvJ EG 26 oktober 2006) wordt in een soort van overweging ten overvloede de ambtshalve toetsing nog eens bevestigd:

> Ov. 38 De aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschafte bescherming berust, rechtvaardigen bovendien dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren.[248]

Een en ander wordt nog eens versterkt door het *Cofidis*-arrest van november 2002, waarin werd bepaald dat een (procesrechtelijke) nationale bepaling (in casu een vervaltermijn van twee jaar) die ambtshalve toetsing in de weg staat, buiten toepassing dient te blijven.[249]

Niet alleen de herkenbaarheid van herkomst van de eigen wetgeving is van belang, maar ook de mogelijkheid snel en efficiënt kennis te kunnen nemen van wet en wetstoepassing in andere lidstaten. Daarbij kan worden gewezen op de interpretatie-regel van art. 7 lid 1 CISG, die vereist dat

> In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application ... .

Transparante wetgeving valt hier alleen maar toe te juichen.[250] Bij de beoordeling van de implementatie moet echter onderscheid worden gemaakt tussen een wen-

246 Vergelijk de redenering in lagere instantie in de Nederlandse zaak die uiteindelijk leidde tot HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1 m.nt. CJHB (*Consumentenbond/EnergieNed en Vewin*).

247 Hierbij werd uitdrukkelijk teruggegrepen op overweging 27 van het *Océano*-arrest. In casu ging het om een forumkeuze-beding. In de overweging waarin geoordeeld wordt (ov. 15) dat collectieve acties al gebracht mogen worden voordat een bepaling daadwerkelijk in een contract gebruikt is, en alleen nog maar aanbevolen wordt, wordt in algemene termen gesproken over '*the terms* which it sought to have prohibited'. De overweging is dus niet alleen beperkt tot een forumkeuze-beding. Sterker nog Loos (2003), die vermeldt dat uitdrukkelijk werd bepaald dat dit 'positief ingrijpen' geldt voor *alle* oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (r.o. 15).

248 HvJ 26 oktober 2006, zaak C-168/05 (*Claro/Centre Móvil Milenium SL*), *NJ* 2007, 201 m.nt. Mok, *TvC* 2007, p. 56 m.nt. Van Boom. Zie echter ook HvJ 1 april 2004, zaak C-237/02 (*Freiburger/Hofstetter*), *NJ* 2005, 75: de nationale rechter moet uiteindelijk bepalen of iets 'unfair' is. Zie ook HR 24 maart 2006, *RvdW* 2006, 311 (*Meurs/Newomij*), waarover kritisch Van Boom en Kottenhagen (2007) § 4.2.3 p. 148-150.

249 HvJ 21 november 2002, zaak C-473/009 (*Cofidis SA/Jean-Louis Fredout*). Zie ook recent de discussie over ambtshalve toetsing tussen Hartkamp en Loos, zie A.S. Hartkamp, Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten. Heeft de Hoge Raad de jurisprudentie van het Hof van Justitie gemist? Reactie op 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?', *WPNR* 6736 (2007) p. 1055 (met naschrift M.B.M. Loos, p. 1057).

250 Zie over *clarity* uitvoerig E.H. Hondius, *Sense and nonsense in the law. Towards clarity and plain meaning*, (oratie Utrecht) Deventer: Kluwer (2007).

selijke interpretatie en een interpretatie die niet-richtlijnconform is.[251] Vanuit beide optieken zal in het volgende naar art. 2 worden gekeken.

165. Art. 2 van de Richtlijn

Om de verplichtingen van de verkoper aan te geven is niet het criterium 'defectieve' gehanteerd, maar is in de Richtlijn gekozen voor het conformiteitsbegrip.[252] Het conformiteitsvereiste is opgenomen in art. 2, en zie ook art. 3 lid 1.[253] Krachtens art. 2 lid 1 moet de verkoper aan de consument een zaak afleveren die met de koopovereenkomst in overeenstemming is. In art. 2 lid 2 is – net als in art. 33 LUVI/art. 35 CISG en art. 7:17 lid 2 – nader aangegeven wanneer het geleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt. Bekende elementen als beschrijving, normaal en bijzonder gebruik, etc. komen hier weer terug. Art. 2 luidt als volgt:

> *Article 2*
> Conformity with the contract
> 1. The seller must deliver goods to the consumer which are in conformity with the contract of sale.
> 2. Consumer goods are presumed to be in conformity with the contract if they:
> (a) comply with the description given by the seller and possess the qualities of the goods which the seller has held out to the consumer as a sample or model;
> (b) are fit for any particular purpose for which the consumer requires them and which he made known to the seller at the time of conclusion of the contract and which the seller has accepted;
> (c) are fit for the purposes for which goods of the same type are normally used;
> (d) show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect, given the nature of the goods and taking into account any public statements on the specific characteristics of the goods made about them by the seller, the producer or his representative, particularly in advertising or on labelling.[254]

---

251 Voor een overzicht van het transparantie-vereiste in Richtlijnen zie bijvoorbeeld M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht*, (oratie) Amsterdam: Vossiuspers UvA (2006) p. 12 voetnoot 38.

252 De keuze van conformiteit in plaats van gebrek is bewust geweest, vergelijk op dit punt de *Green paper*, zie ook R.H.C. Jongeneel, The sale of goods in the Netherlands Civil Code: A contribution to the discussion about the green paper on guarantees for consumer goods and after-sales services, *Consum. L.J.* 1995, p. 143. Zie ook E.H. Hondius, De consumentenkoop in Europees perspectief/Naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties, *TvC* 1996, p. 245 op p. 249: 'Een voorontwerp bepaalde nog dat een consumentenzaak 'defective' (gebrekkig) diende te zijn, wilde de koper een vordering toekomen. De deskundigen verwierpen dit criterium, omdat zij aansluiting wilden zoeken bij het Weense koopverdrag en bij enige nationale rechtsstelsels.' Zie ook eerder § 1.4.

253 Art. 3 (1): The seller shall be liable to the consumer for any lack of conformity which exists when the goods are delivered to the consumer and which becomes manifest within a period of two years.

254 De Nederlandse tekst van lid 2 luidt:
Overeenstemming met de overeenkomst wordt vermoed, wanneer de consumptiegoederen:
(a) in overeenstemming zijn met de door de verkoper gegeven beschrijving ervan, en de eigenschappen bezitten van de goederen die de verkoper aan de consument als monster of model heeft getoond;
(b) geschikt zijn voor elk bijzonder door de consument gewenst gebruik dat deze aan de verkoper bij het sluiten van de overeenkomst heeft medegedeeld en welke de verkoper heeft aanvaard;
(c) geschikt zijn voor het gebruik waartoe goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen;
(d) de kwaliteit en prestaties bieden die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van de goederen en op de eventuele door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger – met name in reclame of etikettering – publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken ervan.

De overwegingen voorafgaand aan de tekst van de Richtlijn bieden op het gebied van de conformiteit verder niet veel aanknopingspunten voor uitleg van art. 2. In ov. 8 wordt (onder meer) vermeld dat de meest voorkomende situaties in het artikel worden aangegeven en dat de elementen (in lid 2) cumulatief zijn.[255] Verder zou men, in art. 2 zelf is dit niet expliciet vermeld, uit ov. 8 kunnen afleiden dat art. 2 niet-limitatief bedoeld is. Zie ov. 8:

> (8) Whereas, in order to facilitate the application of the principle of conformity with the contract, it is useful to introduce a rebuttable presumption of conformity with the contract *covering the most common situations;* ... (mijn curs., PK)

De opsomming in lid 2 biedt verder weinig verrassingen.[256] Onder *b* en *c* vindt men bijzonder gebruik en normaal gebruik geregeld; onder *a* vindt men beschrijving, monster en model, en onder *d* worden mededelingen van voorschakels in het conformiteitsbegrip inbegrepen. Een paar van deze punten verdienen echter nadere aandacht. Daarbij zal, behalve met Nederlands recht, ook een vergelijking gemaakt worden met het eerder uitvoerig besproken Engelse recht.[257]

166. Description (art. 2 lid 2 sub a)

De Richtlijn hanteert in lid 2 sub *a* het begrip *description*, terwijl bij de omzetting in Nederland, hoewel de Nederlandse wetgever zich op het standpunt stelde dat op dit punt aanpassing 'strikt genomen' niet nodig was,[258] de formulering 'de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan' in art. 7:17 lid 2 is ingevoegd. Het begrip *description*, in het Frans *la description*[259] en in het Duits *Beschreibung*[260], is niet erg duidelijk. Van belang lijkt echter dat het is opgenomen sub *a*, in samenhang met door de verkoper aan de consument getoonde monsters of modellen. Voor het Nederlands recht houdt dit in dat het begrip, hoe dit dan verder ook vertaald zou moeten worden (beschrijving of omschrijving, in de officiële vertaling wordt de term beschrijving gebruikt), strikt genomen in art. 7:17 lid 4, waarin de regeling van monster of model, opgenomen had moeten worden. Grundmann acht de plaatsing in lid 2 sub *a* echter in het geheel niet relevant en

255 Zie – uit velen – W. Faber, Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, 121 *Juristische Blätter* (7) 1999, p. 413 op p. 418; H. Unberath, Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie, 13 *ZEuP* 2005, p. 5 op p. 10. Zie ook Grundmann in Bianca & Grundmann (2002), Art. 2 aant. 19 op p. 130, die opmerkt dat het vereiste van geschiktheid voor bijzonder gebruik niet uitsluit dat het geleverde ook geschikt moet zijn voor normaal gebruik.

256 Zie ook Hondius (1996) p. 249: 'Deze tekst sluit aan bij art. 35 Weens Koopverdrag en section 14 (2) van de Britse *Sale and Supply of goods Act 1979*, zoals geamendeerd in 1994.' Vergelijk echter de in het volgende nog te constateren verschillen met het Engelse recht. Overigens wordt ook in andere landen de regeling gezien als in essentie hetzelfde als het interne kooprecht. Vergelijk bijvoorbeeld voor Oostenrijk Faber (1999) (echter met nuanceringen).

257 Zie § 4.4 e.v.

258 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3 p. 4, zie ook p. 17-18.

259 's'il correspond à la description donnée par le vendeur et possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur;'

260 'mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmen und die Eigenschaften des Gutes besitzen, das der Verkäufer dem Verbraucher als Probe oder Muster vorgelegt hat;'

gebruikt verder in zijn betoog over *description* steeds ook de term 'statement', waarmee een vertaling naar het Nederlands in 'mededeling' in de rede zou liggen.[261]

De betekenis van het begrip *description* is niet echt duidelijk.[262] Daarmee wordt het ook moeilijk om te beargumenteren of Nederland op dit punt de Richtlijn voldoende heeft geïmplementeerd. In art. 2 lid 2 sub *a* wordt in elk geval niet de formulering van art. 35 CISG gevolgd. Is bedoeld op een of andere manier de figuren *sale by description* en *sale by sample* uit het Engelse recht te combineren? Dit laatste lijkt niet erg logisch en vanuit de gedachte van autonome uitleg verdient deze uitleg ook niet de voorkeur.[263]

Is art. 2 lid 2 sub *a* juist geïmplementeerd? Mededelingen lijkt een minder vaag begrip dan omschrijving, en omschrijving lijkt besloten te liggen in mededelingen. Wanneer een verkoper een zaak beschrijft als 'koel-kast', of 'vries-kist', wordt de functie van de zaak 'meegedeeld'. De Nederlandse wetgever had er echter wellicht toch beter aan gedaan om, ter wille van de duidelijkheid, *beide* termen (mededelingen en beschrijving of omschrijving) te hanteren.[264] Gelet op de eisen die aan implementatie gesteld worden is daarmee nog niet gezegd dat de Richtlijn op dit punt niet correct geïmplementeerd is. Bezien echter vanuit het perspectief van een consument-koper, die uit de wettekst de reikwijdte van de verplichtingen van de verkoper moet kunnen afleiden, is een en ander minder fraai.

167. Bijzonder gebruik

Bij 'bijzonder gebruik' valt op dat niet is gekozen voor de CISG-variant, dat wil zeggen dat voldoende is dat het bijzonder gebruik aan de verkoper kenbaar is gemaakt, maar voor een regeling waarbij de koper het bijzondere gebruik aan de verkoper bij het sluiten van de overeenkomst moet hebben meegedeeld, èn de verkoper dit moet hebben aanvaard. Eerder, zie § 5.3, werd al geconstateerd dat bij de totstandkoming van de CISG een voorstel om geschiktheid voor bijzonder gebruik te beperken tot de situatie waarin dit is overeengekomen ('made part of the contract') werd afgewezen, met als reden dat dit een 'unjustified narrowing of the seller's obligation' zou zijn. In het eerste voorstel van de Commissie werd voor 'bijzonder gebruik' een op de CISG geïnspireerde formulering gebruikt, waarin

261 Grundmann in Bianca & Grundmann (2002), Art. 2 aant. 21, p. 131.

262 Zie kritisch bijvoorbeeld Faber (1999) op p. 420. Zie ook C. Twigg-Flesner, The E.C. Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *Consum. L.J.* 1999, p. 177 op p. 180: 'It seems that a speedy clarification by the ECJ may be required sooner or later.'

263 Een vergelijking met Engels recht roept weer problemen op. In dit verband wordt er wel op gewezen dat in het Engelse recht *description* beperkt is tot essential characteristics. Zie H. Beale & G. Howells, EC harmonization of Consumer Sales Law – A missed opportunity?, *Journal of Contract Law* 1997, p. 21 op p. 28-29, verwijzend naar *T & Harrison v. Knowles and Foster* [1910] 1 KB 608 en *Reardon Smith Line Ltd. v Hansen-Tangen* [1976] 1 WLR 989; C. Twigg-Flesner, The E.C. Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, *Consum. L.J.* 1999, p. 177 op p. 180, verwijzend naar *Ashington Piggeries Ltd. v Christopher Hill Ltd.* [1971] 1 All ER 847, HL, zie ook S.A. Kruisinga, What do consumer and commercial law have in common? A comparison of the EC Directive on consumer sales law and the UN Convention on contracts for the international sale of goods, *European Review of Private Law* 2001, p. 177 op p. 180.

264 Vergelijk de eerder in Nederland gevoerde discussie over *description*, zie § 3.3 en zie ook § 4.6.

ook het vertrouwen van de koper op de verkoper (*reliance*)[265] relevant was, hetgeen in het gewijzigde voorstel ingekort werd tot 'made known to the seller'. De Raad gaf echter de voorkeur aan het oorspronkelijke voorstel, overeenkomstig de CISG.[266] Het vertrouwen op de verkoper (*reliance*) werd toch niet gehandhaafd, om onduidelijke redenen.[267] Een reden die wordt gegeven is dat hierin al wordt voorzien in het nationale recht via de goede trouw[268]; een andere reden zou zijn dat dit bij consumententransacties niet vaak zou voorkomen.[269] In een later stadium werd – als gevolg van een amendement van het Europese Parlement[270] – toegevoegd dat de verkoper (geschiktheid van) het bijzondere gebruik moet hebben aanvaard. Daarmee werd de lat erg hoog gelegd, zeker in vergelijking met de CISG, maar ook met andere wetgeving, zoals in Engeland en ook Nederland. Zie verder hetgeen eerder opgemerkt werd in § 5.3. Zie ook het commentaar van Staudenmeyer:

> This clarification is quite a superfluous [one], because it already follows from the general principle established in Article 2 (1). If the seller had not accepted the specific requirement of the consumer, it would not have been part of the contract and therefore could not create a lack of conformity. This amendment was only made because of the (unjustified) fears of some Member States that without such a clause a specific consumer requirement could be imposed unilaterally on the seller.[271]

De angst was dus dat men de verkoper 'eenzijdig' zou belasten. De Richtlijn consumentenkoop gaat, met de eis dat het gewenste bijzonder gebruik is medegedeeld en door de verkoper is aanvaard, dus nog verder en is in die zin dus niet erg 'consument-vriendelijk'. Uit de overwegingen, voorafgaand aan de Richtlijn, kan ten aanzien van het voor het 'bijzonder gebruik' gekozen criterium verder geen nadere toelichting worden gehaald en de geschiedenis van de totstandkoming van de tekst biedt ook niet echt aanknopingspunten.[272]

De Nederlandse wetgever heeft bij de implementatie van de Richtlijn in de Memorie van Toelichting volstaan met de constatering – in drie zinnen – dat de tekst

265 In plaats van 'reliance on the seller's expertise' werd het criterium 'reliance on the seller's explanations' gehanteerd.

266 Common position (EC) NO 51/98 adopted by the Council on 24 September 1998, C 333/46 30.10.98.

267 Vlak voor de definitieve regeling tot stand komt zinspeelt Faber nog wel op een mogelijke wijziging van het 'bijzonder gebruik'-criterium in het laatste stadium, zie Faber (1999) op p. 419. Zie voor een weergave van de geschiedenis van de bepaling p. 419 noot 46.

268 H. Beale & G. Howells, EC harmonization of Consumer Sales Law – A missed opportunity?, *Journal of Contract Law* 1997, p. 21 op p. 29, waarnaar wordt verwezen door Twigg-Flesner (1999), op p. 180-181.

269 D. Staudenmayer, The directive on the sale of consumer goods and associated guarantees – a milestone in the European consumer and private law, *European Review of Private Law* 2000, p. 547 op p. 552. De redenering overtuigt niet, vergelijk alleen al het belang dat in de Richtlijn wèl wordt gehecht aan mededelingen van de fabrikant/producent.

270 De geschiedenis van de totstandkoming van de bepalingen en de redenen van wijzigingen is niet steeds duidelijk.

271 Staudenmeyer (2000) p. 552.

272 Zie verder Grundmann in Bianca & Grundmann (2002), Art. 2 aant. 25, p. 135.

van art. 7:17 lid 2 op dit punt waarschijnlijk ruimer was en dat aanpassing dus niet nodig was.[273]

168. 'Normaal gebruik' en quality en performance (lid 2 sub c en d)

Voor normaal gebruik wordt de gebruikelijke formulering gehanteerd, zie onder *c*. In feite is niet duidelijk of het geleverde geschikt moet zijn voor *alle* 'normale' doeleinden.[274] Een poging van het Parlement om *quality* nader te bepalen via een lijst met voorbeelden, zoals in de SGA, mislukte.[275]

Onder *d* wordt 'normaal gebruik' in die zin aangevuld, dat *naast* de eerdergenoemde mededelingen van voorschakels (vergelijk in Nederland al art. 7:18 BW), ook genoemd worden 'de kwaliteit en prestaties ... die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van de goederen ...'.[276] Er is veel onduidelijkheid over de diverse elementen van het criterium sub *d* en hoe deze zich tot elkaar verhouden.[277] Men kan voor de essentie de nadruk leggen op het element van de 'public statements'. In die lezing zijn de andere elementen een verduidelijking van de onderwerpen waarop de door de verkoper of producent gedane mededelingen betrekking kunnen hebben. Faber ziet bijvoorbeeld als functie van de bepaling dat de consument die een ongewoon gebruik wenst zich niet uitsluitend op reclame-uitingen of mededelingen op de verpakking kan beroepen.[278] Een dergelijke beperkte uitleg blijkt mij gelet op de formulering ('and taking into account'...) niet voor de hand liggend. In een andere lezing worden juist de elementen 'nature of the goods' en met name 'which the consumer can reasonably expect' benadrukt en tot zelfstandige criteria verheven. Deze visie wordt eerst kort besproken.

169. Redelijke verwachtingen

In art. 2 lid 2 sub *d* wordt gesproken over hetgeen de consument-koper 'can reasonably expect given the nature of the goods'. Dit is gekoppeld aan 'quality and performance', maar betoogd wordt wel dat dit – anders dan de letterlijke tekst van de bepaling luidt – als zelfstandig criterium, los dus van 'quality and performance', moet worden gelezen. In het eerste voorstel van de Commissie werd, blijkbaar geïnspireerd door de SGA, gesproken over *quality* en *performance* die 'satisfactory' moest zijn.[279] In het gewijzigde voorstel werd dit echter vervangen door

273 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 5.

274 Zie ook de discussie in het Engelse recht. Zie Beale & Howells (1997) p. 29-30, vergelijk ook Twigg-Flesner (1999) p. 181.

275 Zie Twigg-Flesner (1999) p. 181-182, verwijzend naar First Report (A4-0029/98, Amendment 22) en Amended Proposal COM (1998) 217 Final.

276 Zie Grundmann in Bianca/Grundmann (2002) Art. 2 aant. 11, p. 126, die in dit verband wijst op de SGA en art. 2.105 PECL, en aant. 26 op p. 134. Hieraan kan worden toegevoegd het model van de Study Group, zie art. 2:203 lid 1 onder *f*.

277 Zie expliciet in die zin Faber (1999), op p. 421.

278 Faber (1999) op p. 422.

279 Staudenmeyer wijst bij de formulering *quality* en *performance* op de gelijkenis met Engels en Duits recht, die 'not accidental' zijn, zie D. Staudenmayer, The directive on the sale of consumer goods and associated guarantees – a milestone in the European consumer and private law, *European Review of Private Law* 2000, p. 547 op p. 552. Hij verwijst naar § 234 BGB (oud).

'such as consumers were entitled to expect'. De Raad wijzigde dit weer in de uiteindelijke formulering, 'which are normal ... and which the consumer can reasonably expect'.[280] Micklitz bijvoorbeeld wijst er op het criterium sub *d* – ondanks dat de Commissie naar art. 35 CISG verwijst – niet te herleiden is tot art. 35 CISG, maar veeleer terug te voeren is op het door de Commissie in het Groenboek omarmde concept van de 'gerechtvaardigde verwachtingen' van de koper.[281] Hij concludeert dan ook:

> Mit guten Gründen läßt sich argumentieren, da, Art. 2 II lit. d in residualer Form am Konzept der 'berechtigen Erwartungen' festhält.[282]

In die zin bijvoorbeeld ook Grundmann, die vervolgens nagaat welke verwachtingen kunnen worden afgeleid uit 'the nature of the goods' of het ook in lid 2 sub *d* genoemde 'public statements'.[283] Grundmann baseert zich hierbij op de literatuur en verwijst ook naar (de geschiedenis van) de Richtlijn.[284] Hieronder wordt nog kort ingegaan op de betekenis van de termen kwaliteit en prestatie, los van de bredere context van de redelijke verwachtingen.

170. 'Kwaliteit en prestatie'

In lid *d* wordt een nadere precisering gegeven van hetgeen de koper mag verwachten, namelijk 'kwaliteit en prestatie'. Volgens Grundmann kan het begrip 'quality' ruim worden uitgelegd: hij spreekt in dit verband van een 'all-embracing rule'. In dit verband noemt hij bijvoorbeeld uiterlijk (*aesthetics*) en brengt hij veiligheid onder 'quality'.[285]

De bepaling ligt duidelijk in het verlengde van de 'normaal gebruik' bepaling.[286] De nadere uitwerking van de kwaliteitseis zal dus via de weg van 'normaal gebruik' of 'kwaliteit en prestaties die de koper redelijkerwijs mag verwachten' moeten lopen. Hoe ruimer deze normen genomen worden, hoe minder bezwaarlijk het is dat art. 2 als geheel niet als een 'open' bepaling is geformuleerd.

---

280 Het parlement gaf de voorkeur aan de simpeler formulering. Amendment 12, zie 98/228 OJ 9.4.199.

281 Hij wijst hierbij op de aansluiting met de Richtlijn productaansprakelijkheid.

282 H-W Micklitz, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, *EUZW* 1997, p. 229 op p. 232.

283 Grundmann in Bianca/Grundmann (2002) Art. 2 aant. 30-39, p. 135-139.

284 Hij verwijst naar de *Green paper*, COM (93) 509 final, 109 e.v., en naar het eerste voorstel voor de Richtlijn, COM (95) 520, final, 12, waarbij hij opmerkt: 'according to the EC Commission, even the restricted version of the criteria in *lit.* d still inspires the whole regulation', zie Grundmann in Bianca/Grundmann (2002), Art. 2 aant. 30, p. 135 noot 80. Twigg-Flesner (1999), p. op p. 181 wijst ook in algemene zin (onder verwijzing naar Micklitz op p. 232) op 'the desire expressed in the Green Paper to give effect to the consumer's legitimate expectations', maar bespreekt vervolgens dat Commissie en Raad pogingen van het Parlement om via een lijst duidelijkheid te verschaffen verwierpen, op p. 182. Faber lijkt, mijns inziens ten onrechte, een onderscheid te maken tussen conformiteit en het concept van de 'gerechtvaardigde verwachtingen'. Hij wijst er op dat in het Groenboek voor het concept van de gerechtvaardigde verwachtingen onder meer naar art. 7:17 BW verwezen wordt. Daarbij moet echter worden bedacht dat, zoals eerder in § 3.2 en § 3.4 uiteen is gezet, de Nederlandse regeling in eerste instantie overgenomen is van de LUVI, en later onder verwijzing naar het uniforme kooprecht nader geconcretiseerd is zonder dat een inhoudelijke wijziging bedoeld werd. Faber (1999) op p. 416 e.v., zie ook uitvoerig op p. 421-422.

285 Zie Grundmann in Bianca/Grundmann (2002), Art. 2 aant. 28 op p. 135, over veiligheid zie aant. 29.

286 Zie Grundmann in Bianca/Grundmann (2002) Art. 2 aant. 26, p. 134, aant. 28 op p. 135.

De vraag is weer of de Nederlandse wetgever, door bij de aanpassing aan de Richtlijn 'kwaliteit' en 'prestaties' niet expliciet in de wettekst op te nemen, de Richtlijn correct heeft geïmplementeerd. In de wettekst wordt nu volstaan met de termen 'eigenschappen' en 'voor een normaal gebruik .... nodig zijn'. Deze formulering lijkt ruim genoeg, zodat strikt genomen de Richtlijn correct is geïmplementeerd. Daarbij kan echter worden aangetekend dat art. 2 lid 2 sub *d* ook gezien moet worden in relatie tot het 'normaal gebruik'-criterium van art. 2 lid 2 sub *c*, en in elk geval de betekenis daarvan relativeert in de zin dat de formulering sub *d* verdere aanknopingspunten biedt voor een ruime toepassing. Van een dergelijke relativering is in de Nederlandse wettekst geen sprake.

171. Duurzaamheid (levensduur)

Anders dan in het Engelse recht is 'durability' niet expliciet als element in de tekst van art. 2 van de Richtlijn opgenomen.[287] Zie ook Deards, die stelt: 'The Guarantees Directive makes no reference to durability.'[288] Anderszins kan men echter levensduur ook inlezen in de al besproken vereisten lid 2 sub *c* en *d*. Grundmann bijvoorbeeld heeft geen aarzelingen om levensduur in deze criteria in te lezen.[289]

Dat het bij consumentenkoop veelal gaat om zaken met een bepaalde duurzaamheid of levensduur waaraan de consument eisen mag stellen, blijkt wel uit de *Green paper*, met name uit de referenties aan 'durable' goods.[290] Bij de *after-sales service*, wèl onderwerp van de *Green paper* maar uiteindelijk niet geregeld in de Richtlijn, is levensduur een belangrijk element voor het treffen van voorzieningen (reserve-onderdelen) voor onderhoud en reparatie gedurende de normale levensduur.[291]

Bij de CISG was het argument nog dat het moeilijk te formuleren is, hoewel het wellicht realistischer is om te veronderstellen dat de wil om dit onderwerp aan te snijden ontbrak.[292] Met het voorbeeld van de Engelse wetgeving voor ogen zou een expliciete bepaling echter zeker op zijn plaats zijn geweest. In de Nederlandse

287 Zie over Engelse recht ook de opmerking van Bradgate: '... contrary to what has been suggested in some quarters, the Act does not require that goods should be 'durable' or free from minor or cosmetics defects, but merely requires these factors to be considered when assessing whether goods meet the standard of satisfactory quality.' Zie R. Bradgate, Harmonisation of legal guarantees: a common law perspective, *Consum. L.J.* 1995, p. 94 op p. 100.

288 E. Deards, The Proposed Guarantees Directive: Is It Fit for the Purpose?, 21 *Journal of Consumer Policy* 1998, p. 99 op p. 104.

289 Zie Grundmann in Bianca/Grundmann (2002) Art. 2 aant. 28 op p. 135.

290 Zie onder meer p. 7.

291 Zie bijvoorbeeld p. 7.

292 Zie § 5.1. Zie P. Schlechtriem, Chapter 6 The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: N.M. Galston en H. Smit (eds.), *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984) op p. 6-26 en 6-27: 'The real problem, of course, is to know what normal lifespan under normal conditions of use has to be, depending upon the ordinary or particular purpose for which the goods are to be fit according to the contract, and what features and qualities they must have, therefore, in order to last and to function that long.' Vergelijk ook zijn volgende observatie, op p. 6-25: 'In Germany and, in particular, in consumer-report magazines, it is sometimes rather maliciously observed that modern mass-produced products are designed to remain useful just so long as the contractual or statutory term of warranty is in force, and no longer. How long goods have to last and remain useful, however, is a tricky issue that cannot be solved in an international convention.'

literatuur is dit element, nadat tijdens de ontwerp-fase van de wettekst hieraan wel aandacht was besteed, enigszins uit het zicht verdwenen. In § 1.5 kwam dit aspect al aan de orde bij de bespreking van de vraag of voor conformiteit bij consumentenkoop niet aparte regels opgesteld moesten worden, zie in dit verband ook de bespreking van het SER-advies uit 1980. De vraag stond destijds in de belangstelling, zie ook de bijdragen van Algra aan de discussie in 1984, die er op wijst dat bewijsproblemen kunnen ontstaan over hetgeen in de parlementaire stukken vermeld staat over de beïnvloeding van de verwachtingen van de koper door de verkoper.[293] In dat kader vermeldt hij dat wanneer een verkoper zijn waar 'afprijst' een koper wellicht niet zal beseffen dat de verkoper zich daarmee onttrekt aan de hem dwingend opgelegde plicht een zaak te leveren, die gedurende de gebruiksperiode geen onverwachte mankementen mag krijgen. Algra stelt daar ook al meteen de lastige kwestie aan de orde:

> Impliceert een' garantie' op alle bewegende delen, beperkt tot één jaar, een waarschuwing, dat een krukas het na één jaar kan laten afweten? Of heeft een koper recht op een krukas, die het hele 'leven' van een auto meegaat?[294]

De kwestie is daarna uit het zicht verdwenen.

Overigens kan hier nog worden opgemerkt dat de consument-koper in een aantal situaties niet zozeer geïnteresseerd is in een apparaat dat een redelijke levensduur heeft, als wel in een apparaat dat op het moment van aanschaf (technisch) up-to-date is. De vraag wordt dan of een consument-koper via het conformiteitsbegrip beschermd moet worden bij aanschaf van apparatuur, zoals een computer etc., die bij aanschaf al 'verouderd' is.[295] Zonder deze vraag hier verder uit te werken, kan worden opgemerkt dat het in de rede lijkt te liggen dat de consument mag verwachten dat in deze situatie een lagere prijs wordt berekend.

172. Prijs

In het voorstel voor een Richtlijn van 1996 speelde prijs een rol, in de zin dat in art. 2 lid 2 sub *d* werd bepaald dat de kwaliteit en de prestaties van de zaak bevredigend moesten zijn, 'gezien de aard van het goed en de daarvoor betaalde prijs ...' (given the nature of the goods and the price paid ...). Deze bepaling stuitte echter op de nodige weerstand, zodat het element van de prijs uiteindelijk uit dit artikel is geschrapt.[296] Ten aanzien van prijs merkt Grundmann op:

> Price as an indication of the quality of the good was discussed during the legislative process and – due to heavy criticism by both the Parliament and the Economic and Social Council – was subsequently excluded. Consequently, a price argument is only possible in the very exceptional

293 N.E. Algra, *Koning Klant, een dwingeland? De koop volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff (1984) en N.E. Algra, Soepel dwingend recht, *WPNR* 5691 (1984) p. 189.

294 N.E. Algra, Soepel dwingend recht, *WPNR* 5691 (1984) p. 189 op p. 190.

295 Zie bijvoorbeeld over deze vraag Ch.E. Bethlem, Een pixeltje meer of minder: garanties in het kader van een consumentenkoop mede bezien in het licht van de implementatie van de richtlijn, *TvC* 2002, p. 217 op p. 221.

296 Zie hierover ook Faber (1999) op p. 421, noot 62.

> cases in which the price may imply an actual meeting of the minds (agreement). Price, however, is no criterion for objective standard-setting. This is convincing as basic rule in a market economy with free price mechanism.[297]

Het lijkt mij dat de betekenis van prijs in dit citaat ten onrechte wel erg op de achtergrond wordt geplaatst.

173. De Richtlijn en de SGA

Ter afsluiting van de bespreking van de regeling van conformiteit in de Europese Richtlijn kan ter verduidelijking voor wat betreft de belangrijke karakteristieken nog een vergelijking gemaakt worden met de bepalingen van de Engelse SGA. Een vergelijking met het Engelse recht ligt alleen al daarom in de rede, omdat de Richtlijn zich beperkt tot de consumentenkoop, en de eerder besproken wijzigingen in de Engelse wetgeving, op basis van het rapport van de *Law Commission* van 1987, grotendeels geïnspireerd werden door de wens de consumentenkoop beter tot zijn recht te laten komen.

Ten eerste valt op dat, anders dan in het Engelse recht, in de Richtlijn niet expliciet is aangegeven dat de opsomming van lid 2 slechts illustratief is. Een formulering zoals gebruikt in de Engelse wettekst, 'among others', ontbreekt. Het niet-limitatieve karakter is in de Richtlijn niet expliciet gemaakt.[298] Vervolgens kan worden geconstateerd dat in de Richtlijn gekozen is voor een meer klassieke opbouw van lid 2, waarbij art. 35 lid 2 CISG blijkbaar model heeft gestaan. Het criterium 'geschiktheid voor normaal gebruik', dat in het Engelse recht geen aparte status meer heeft maar onderdeel uitmaakt van een lijst van elementen, heeft in de Richtlijn in lid 2 nog duidelijk een aparte plaats (sub *c*). Enkele duidelijk op consumentenkoop toegesneden elementen die in de Engelse wettekst zijn opgenomen, zoals *state or condition*, *appearance and finish*, *freedom from minor defects*, *safety*, *durability*, ontbreken. Bij deze constateringen moet in aanmerking worden genomen dat de Richtlijn in lid 2 sub *d* een bepaling heeft die duidelijk ruim bedoeld is (*show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect* ...) en in ieder geval, doordat deze norm het 'normaal gebruik'-criterium aanvult, het belang van dat criterium relativeert.[299]

174. Conclusies ten aanzien van de implementatie van art. 2 in Nederland

Hoewel niet kan worden gezegd dat de Nederlandse wetgever zich bezondigd heeft aan niet-richtlijnconforme implementatie, is door de gehanteerde methode – het aanpassen van de in 1992 ingevoerde wettekst – de herkomst van de 'Europese' regels niet duidelijk. Overigens moet worden erkend dat een deel van de

297 Grundmann in Bianca & Grundmann (2002), Art. 2 aant. 27, p. 134.
298 Zie in detail de eerdere discussie.
299 Zie ook in het ontwerp van de *Study Group* de rest-bepaling onder *f*, het criterium van redelijke verwachtingen ('they possess the qualities and performance capabilities the buyer could otherwise (reasonably) expect').

implementatie-problematiek ook ligt in de onduidelijkheid van de Europese regeling. Voor de regels met betrekking tot conformiteit was te overwegen geweest art. 7:17 te vervangen door art. 2 van de Richtlijn.[300] Ten aanzien van de afzonderlijke criteria van art. 2 kan het volgende worden opgemerkt.

In lid 2 onder *a* wordt het begrip 'description' gehanteerd. De betekenis van dit begrip is niet erg duidelijk, hetgeen het ook moeilijk maakt om iets over de implementatie in Nederland (aan art. 7:17 BW lid 2 werd de formulering 'de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan' toegevoegd) te zeggen.

Ten aanzien van het 'bijzonder gebruik'-criterium heeft de wetgever terecht kunnen constateren dat de tekst van art. 7:17 lid 2 op dit punt waarschijnlijk ruimer was en dat aanpassing dus niet nodig was.

Het 'normaal gebruik'-criterium is hetzelfde. Wèl geldt voor de Europese regeling dat het criterium sub *c* gelezen kan worden in samenhang met sub *d*, hetgeen echter in de Nederlandse wettekst niet tot uitdrukking komt.

Interessant in dit verband is dat bovenstaande kanttekeningen in een recente mededeling van de Commissie over de implementatie in de lidstaten niet aan de orde komen.[301] De belangrijkste conclusie van de Commissie is dat de omzetting van art. 2, lid 2, onder *a-d*, geen aanleiding heeft gegeven tot ernstige problemen. Desondanks wordt wel, meer specifiek ten aanzien van sub *c* en *d*, opgemerkt dat de Nederlandse omzettingstekst niet uitdrukkelijk bepaalt dat rekening moet worden gehouden met de mededelingen van de producent of zijn vertegenwoordiger bij de beoordeling van de redelijke verwachtingen van de consument. Het heeft er alle schijn van dat hierbij art. 7:18, reeds in 1992 ingevoerd, over het hoofd is gezien.

175. Uitleg van het uit de Richtlijn geïmplementeerde conformiteitsbegrip

Door de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop is de internationale herkomst van het conformiteitsvereiste in de Nederlandse wet nog versterkt. Als gevolg van de Europese Richtlijn moet art. 7:17 nu – voor zover het gaat om de toepassing op consumentenkoop – richtlijn-conform worden uitgelegd.[302] Opmerkelijk is ook dat hierdoor uiteindelijk het Hof van Justitie het laatste woord heeft over de uitleg. Hierbij moet worden gewezen op het feit dat het Hof van Justitie ook uitdrukkelijk autonome uitleg als algemene regel aanvaard heeft.[303] Niet dui-

300 De Nederlandse wetgever staat echter niet open voor deze gedachte, zie hierover M.W. Hesselink, The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch experience, *European L.J.* 2006, p. 279 en M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht*, (oratie) Amsterdam: Vossiuspers UvA (2006) op p. 9.

301 Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de uitvoering van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, inclusief analyse van de mogelijkheid om producenten rechtstreeks aansprakelijk te stellen, 24 april 2007 COM (2007) 210 definitief.

302 Zie Hesselink, (2006), op p. 284-286. Zie over richtlijnconforme interpretatie J.M. Smits, De richtlijn consumentenkoop en het Nederlandse recht, in: J. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom juridische uitgevers (2003), p. 1 op p. 4-5.

303 Zie Mededeling van de Commissie 13 september 2001, p. 6 voetnoot 1.

delijk is wat de consequenties van richtlijnconforme uitleg zullen zijn, en hoe een en ander gestalte zal krijgen.[304]

Een open vraag is nog hoe uitleg van de CISG en uitleg van het Europese consumentenkooprecht zich tot elkaar verhouden. Grundmann suggereert dat via uitleg van de Richtlijn de Europese landen (te) veel gewicht in de schaal gaan leggen bij de uitleg van de CISG.[305] Gelet op het beperkte kader van de Richtlijn en de inmiddels gevestigde jurisprudentie inzake de CISG, waarin art. 7 (de 'principles' van de CISG) een grote rol speelt, lijkt deze invloed gering, waarbij kan worden aangetekend dat Europese landen al voor de invloed van de Richtlijn zich heeft kunnen doen gelden *de facto* een zware stempel hebben gedrukt op de uitleg van de CISG.

De vraag naar de invloed van de uitleg van de CISG op de uitleg van de Richtlijn lijkt relevanter. Gelet op de verschillen van insteek van beide regelingen zou, met name om de consumentenbescherming voldoende tot zijn recht te doen komen, de invloed (zeer) gering moeten zijn.[306]

176. Concreet of abstract (subjectief/objectief)

Voor de vraag of het conformiteitsbegrip als subjectief of objectief moet worden gezien, zijn de volgende passages uit de *Green paper* van belang:

> It goes without saying that the notion of 'legitimate expectations' must be considered as a dynamic concept to be assessed taking all of the circumstances into account and, notably, the provisions of the contract, the presentation of the product, the price, the brand, the advertising or any information provided on the product, the nature of the product, its purpose, the laws and regulations concerning the product, and other features.[307]

Hieruit blijkt een subjectieve opvatting, in de zin van concreet. Vergelijk echter ook het volgende:

> The requirement that the expectation be 'legitimate' transforms this criterion, which is in principle subjective, into a fundamentally 'objective' one.[308]

---

304 In de literatuur is hieraan nog weinig aandacht besteed. Over richtlijnconforme interpretatie zie M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van het burgerlijk recht*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (2001), zie met name nr. 376. Over uitleg in het algemeen en richtlijnconformiteit vergelijk Keus, die in de bijdrage *Een niet ingestelde vordering tot cassatie in het belang bij wet*, in: Hartkampvariaties op de mogelijkheid wijst om richtlijnconformiteit een plaats te geven in de *Haviltex*-norm. Zie hierover ook M. Wissink, Richtlijnconforme uitleg van rechtshandelingen, in: *Contracteren internationaal* (Grosheidebundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006), p. 119. Een ander aspect is dat uitspraken van buitenlandse rechters ook van direct belang zijn. Zie hierover M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b) nr. 7, zie ook Hondius, *TvC* 2003, p. 175-176. Zie ook de conclusie van het OM voorafgaand aan het arrest HR 19 december 2003, *LJN* AN7823, *JM* 2004, 80 m.nt. Bos.

305 Grundmann in Bianca/Grundmann (2002), Introduction aant. 23, p. 29.

306 In die zin ook Twigg-Flesner (1999), op p. 179.

307 Zie ook Jongeneel, die stelt: 'No evaluation of defectiveness can be made when only looking to the product. This is true for the notion of latent defect, it is very clearly also true for the notion of conformity.' R.H.C. Jongeneel, The sale of goods in the Netherlands Civil Code: A contribution to the discussion about the green paper on guarantees for consumer goods and after-sales services, *Cons. Law Journal* 1995 p. 143 op p. 147.

308 p. 86.

Het begrip objectief in de laatste passage moet worden opgevat als objectief in de zin van normerend.

In de literatuur is er verder geen eenstemmigheid over de criteria van art. 2 lid 2.[309] Micklitz geeft aan dat het bij de citeria *a-c* om subjectieve criteria gaat, terwijl het bij criterium sub *d* om een objectief criterium gaat.[310] Grundmann rangschikt 'bijzonder gebruik' (en monster) onder subjectief, en 'normaal gebruik' (en art. 2 onder *d*) onder 'objectief'.[311] Zie ook eerder de bespreking van art. 35 CISG, waar Schwenzer art. 2 lid 2 sub *d* als objectief element aanduidt.[312] Mijns inziens kan voor art. 2 lid 2 worden geconcludeerd dat de elementen sub *a-b* duidelijk in het verlengde van het contract liggen, en de elementen sub *c-d* een meer zelfstandige betekenis hebben.

177. Het normaal gebruik criterium: 'minimum'-niveau?

Eerder is de gedachte besproken dat normaal gebruik niet altijd een minimum hoeft te zijn, maar ook een hoge standaard kan zijn waarvan vervolgens in het nadeel van de koper kan worden afgeweken.[313] Met name voor koopovereenkomsten door consumenten zou dit kunnen gelden. In het kader van de Europese Richtlijn leidt dit tot enkele technische complicaties. In een opvatting waarin men 'normaal gebruik' zowel objectief, in de zin van abstract, benadert als subjectief, in de zin van concreet, doen zich geen problemen voor. Het oordeel is dan dat in de gegeven situatie aan de eis van normaal gebruik is voldaan. In een uitsluitend objectieve (abstracte) benadering concludeert men dat de geleverde zaak niet geschikt is voor normaal gebruik, maar wel geschikt voor het bijzondere beperkte gebruik. Als argument tegen een dergelijke lezing kan dan worden ingebracht dat dit in strijd is met het cumulatieve karakter van de opsomming in art. 2 lid 2 van de Richtlijn, en het dwingende karakter van de regeling.[314] Deze technische argumenten lijken mij hier niet doorslaggevend, gelet op het doel van de regeling waarin toch de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper centraal staan.[315] Het dwingende karakter brengt mijns inziens wel mee dat partijen de beperkte geschiktheid duidelijk voor ogen moeten hebben gehad.

309 Volgens Faber wordt bij het concept van de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper gekeken naar alle omstandigheden van het geval vanuit het gezichtspunt van de verwachtingen van een objectieve (vandaar: 'gerechtvaardigde') consument. In de uiteindelijke Europese regeling wordt een omgekeerde weg bewandeld: de overeenkomst wordt vooropgesteld, maar daarna worden de elementen van de gerechtvaardigde verwachtingen (criteria sub *a-d*) in het conformiteitsconcept opgenomen. Faber (1999) op p. 417-418 en p. 421 noot 63. Hij wijst ook op de formulering van het bewijsvermoeden. Op de laatste kwestie wordt hier niet ingegaan.

310 H-W Micklitz, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?, *EUZW* 1997, p. 229 op p. 231. Zie ook H.W. Micklitz, Legal Guarantees – German Civil Law in the light of the Green Paper, *Consumer L.J.* 1995, p. 117 en H.W. Micklitz, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, *EuZW* 1999, p. 485.

311 Grundmann in Bianca/Grundmann (2002), Art. 2 aant. 8 op p. 123, aant. 11 op p. 126, aant. 18 op p. 130, aant. 26 op p. 134, aant. 31 op p. 135. Zie ook over lid 2 sub d als objectief criterium H. Unberath, Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie, 13 *ZEuP* 2005, p. 5 op p. 10. Unberath benadrukt overigens in plaats van een subjectief of objectief karakter het belang van uitleg van de (concrete) overeenkomst, zie op p. 14.

312 Zie § 5.1., nr. 140.

313 Zie eerder § 2.4, § 5.1.

314 Zie hierover Unberath (2005) op p. 10, met verwijzingen.

315 In die zin ook Unberath (2005) op p. 10-15, met onder meer verwijzingen naar de geschiedenis van de totstandkoming van de bepaling, met nadruk op de contractsvrijheid en ov. 8 van de preambule.

178. Conclusies uit het voorgaande/Samenvatting

Het in de Europese Richtlijn consumentenkoop in art. 2 opgenomen conformiteitsvereiste is duidelijk beïnvloed door de corresponderende bepalingen in de CISG. Verder is er een duidelijke parallel te trekken met de bepalingen van de Engelse SGA.

Art. 2 van de Richtlijn volgt de structuur van art. 35 CISG, waarbij in lid 1 wordt bepaald dat het geleverde aan de overeenkomst moet beantwoorden, en in lid 2 een nadere uitwerking plaatsvindt. Anders dan in de Engelse wettekst wordt niet expliciet vermeld dat de in lid 2 opgesomde elementen niet-limitatief zijn, maar op grond van ov. 8 van de preambule zou men dit wel kunnen aannemen.

In lid 2 onder *a* wordt het begrip 'description' gehanteerd. De betekenis van dit begrip is niet erg duidelijk, hetgeen het ook moeilijk maakt om iets over de implementatie in Nederland (aan art. 7:17 BW lid 2 werd de formulering 'de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan' toegevoegd) te zeggen.

De Richtlijn consumentenkoop gaat met de eis in lid 2 onder *b* dat het gewenste bijzonder gebruik is medegedeeld en door de verkoper is aanvaard verder dan de vergelijkbare bepalingen in zowel CISG als de Engelse SGA. Uit angst dat men de verkoper 'eenzijdig' zou belasten is in lid 2 onder *b* een niet erg 'consumentvriendelijke' formulering opgenomen.

Voor het overige is voor een oplossing gekozen die in het midden ligt tussen de 'normaal gebruik' bepaling van art. 35 CISG lid 2 en de meer uitvoerige bepalingen van de Engelse wet. Het criterium 'geschiktheid voor normaal gebruik' heeft in de Richtlijn in lid 2 onder *c* nog duidelijk een aparte plaats, maar wordt aangevuld met een meer algemene bepaling in lid 2 sub *d* (show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect ...) die het 'normaal gebruik'-criterium aanvult en het belang daarvan relativeert. Duidelijk op consumentenkoop toegesneden concrete elementen die in de Engelse wettekst zijn opgenomen, zoals *state or condition*, *appearance and finish*, *freedom from minor defects*, *safety*, *durability*, ontbreken, maar de bepaling is zo algemeen geformuleerd dat een ruime uitleg zeker mogelijk is.

Door de implementatie van de Richtlijn consumentenkoop is de internationale herkomst van het conformiteitsvereiste in de Nederlandse wet niet alleen versterkt, maar moet art. 7:17 BW nu – voor zover het gaat om de toepassing op consumentenkoop – richtlijn-conform worden uitgelegd. Voor art. 2 lid 2 kan mijns inziens worden geconcludeerd dat de elementen sub *a-b* duidelijk in het verlengde van het contract liggen. De elementen sub *c-d* hebben een zelfstandige betekenis; deze criteria bieden de mogelijkheid tot een ruime uitleg.

5.5 Samenvatting en conclusies

179. Samenvatting en conclusies

De regelingen van conformiteit in de CISG en in de Europese Richtlijn vertonen een opvallende gelijkenis. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Richtlijn, die van 1999 dateert, blijkt ook dat bewust aansluiting is gezocht, althans voor conformiteit, bij de regeling van het eerdere in 1980 tot stand gekomen internationale koopverdrag. Art. 2 van de Richtlijn volgt de structuur van art. 35 CISG, waarbij in lid 1 wordt bepaald dat het geleverde aan de overeenkomst moet beantwoorden, en in lid 2 een nadere uitwerking plaatsvindt. Opmerkelijk is de gelijkenis wel, aangezien de koopovereenkomsten die onder beide regelingen vallen uiteraard bijzonder verschillend zijn.[316]

Als verschil kan worden genoemd hetgeen in de meeste transacties het primaire doel zal zijn. Bij een internationale (handels)koop is de verhandelbaarheid primair van belang. Anders dan in de LUVI is dit niet in de tekst van art. 35 CISG vermeld. Bij een consumentenkoop staat het gebruik door een consument centraal. In de Richtlijn worden de diverse aspecten die hierbij van belang zijn niet apart uitgewerkt (opgesomd), maar wordt volstaan met een aantal algemeen geformuleerde criteria. Concrete elementen die bijvoorbeeld in de Engelse wettekst zijn opgenomen, zoals *state or condition*, *appearance and finish*, *freedom from minor defects*, *safety*, *durability*, worden niet genoemd. Beide regelingen zijn dus niet 'uitputtend' geformuleerd, zonder dat dit overigens – anders dan in de Engelse SGA – in de tekst wordt aangegeven.

In de CISG draait het bij de toepassing van art. 35 om uitleg van de overeenkomst (concreet) en verder gaat het om '... the normal expectations of persons buying goods of this contract description' en 'the objective view of a person in the trade sector concerned' ('objectieve' uitleg, maar in een concrete context). Aan het thema van het abstracte of concrete karakter van conformiteit wordt verder geen groot gewicht toegekend. Opvallend is dat een tegenstelling gemaakt wordt met de Europese Richtlijn art. 2 lid 2 sub *d* waarbij wordt opgemerkt dat via de vereisten van de Richtlijn een objectivering van het gebreksbegrip in de CISG plaatsvindt. In de Richtlijn gaat het om een subjectief begrip in de zin van concreet: conformiteit gelet op de omstandigheden van het geval. De verwachtingen die de koper mag hebben moeten wel 'legitimate' zijn, waardoor objectivering, in de zin van normering, plaatsvindt. Aan conformiteit wordt in art. 2 lid 2 vormgegeven door middel van een aantal criteria. De elementen sub *a-b* (monster en model; bijzonder gebruik) liggen duidelijk in het verlengde van het contract. De elementen sub *c-d* (normaal gebruik; kwaliteit en prestatie/redelijke verwachtingen) hebben een meer zelfstandige betekenis.

Bij de CISG kan in de specifieke context van de vraag van conformiteit met publiekrechtelijke regels het voldoen aan eisen van publiekrecht in het land van de verkoper als minimum gezien worden. Conformiteit met de regels van het land

316 Zie in dat verband de eerdere beschouwingen in § 1.5.

van de koper of het land van bestemming kan als 'extra' worden gezien, zie de verwijzingen naar 'bijzonder gebruik' in deze context. Dit is echter iets anders dan in het algemeen de eisen van art. 35 als 'minimum' karakteriseren. Voor de consumentenkoop kan worden verdedigd dat de wettelijke regeling ruim uitgelegd moet worden, waarbij in aangewezen gevallen (mededelingen van de verkoper, ouderdom van het verkochte, lagere prijs, etc.) naar beneden toe kan worden afgeweken, uiteraard binnen de grenzen van het dwingendrechtelijk karakter van de regeling. In deze visie kan een subjectieve opvatting dus ook tot een geringere aansprakelijkheid van de verkoper leiden.

Met betrekking tot art. 35 CISG wordt de vraag of voor conformiteit vereist is dat de geleverde zaken voldoen aan publiekrechtelijke regels in een ander land dan dat van de verkoper verschillend beantwoord. Met het belangwekkende arrest van het BGH inzake de Nieuw-Zeelandse mosselen concentreert de discussie zich op de in het arrest gegeven hoofdregel en uitzonderingen. In de loop der tijd is de aandacht, zowel in de literatuur als in de rechtspraak, verschoven van toepassing van het 'normaal gebruik'-criterium naar toepassing van het 'bijzonder gebruik'-criterium. Daarmee is de vraaag geplaatst in de sleutel van uitleg van de overeenkomst. De regel van het *Nieuw-Zeelandse mosselen*-arrest, dat de verkoper niet instaat voor geschiktheid voor gebruik in het land van de koper of het land van bestemming, lijkt nog steeds gevolgd te worden. Wel lijkt er ook in de rechtspraak een tendens te zijn de aandacht meer te richten op de (on)geschiktheid voor feitelijk gebruik. Ten aanzien van de vraag of voldaan moet worden aan eisen van buitenlandse wetgeving is dus sprake van een uniforme toepassing van uniform kooprecht door nationale rechters. Uitdrukkelijk moet er echter op worden gewezen dat naar puur intern recht anders beslist kan, en moet, worden. In Nederland is er naar nationaal recht overigens weinig aandacht voor dit probleem. Als uitgangspunt kan worden genomen dat het verkochte aan (eigen) wettelijke voorschriften moet voldoen, in die zin ook recente jurisprudentie.

Bij de vereisten voor 'bijzonder gebruik' valt het verschil op in formulering tussen LUVI en de Nederlandse wet enerzijds, en art. 35 van de CISG en § 2-315 van de UCC, waarin minder strikte criteria worden gehanteerd, anderzijds. Problematisch aan het in het BW gehanteerde criterium dat het bijzonder gebruik bij de overeenkomst moet zijn voorzien is dat, gelet op art. 7:17 lid 1 waarin al vermeld wordt dat zaken aan de overeenkomst moeten voldoen, de enige functie van bijzonder gebruik is dat het een begrenzing van 'normaal gebruik' geeft. In ieder geval is in de Nederlandse wettekst ten onrechte niet opgenomen dat het bijzonder gebruik 'uitdrukkelijk *of stilzwijgend*' kan zijn voorzien, een formulering die zowel in de LUVI als in de CISG te vinden is. De in de CISG gehanteerde criteria kunnen overigens wel worden gehanteerd bij de invulling van het begrip 'bij de overeenkomst voorzien' in de Nederlandse wettekst.

Met uitzondering van de rechtspraak met betrekking tot de vraag of het geleverde moet voldoen aan publiekrechtelijke regelgeving, levert de rechtspraak ten aanzien van bijzonder gebruik in de CISG nauwelijks een coherent beeld op. Vaak wordt het onderscheid tussen 'normaal' gebruik en 'bijzonder' gebruik niet gemaakt, of wordt over bijzonder gebruik gesproken terwijl het in feite gaat om normaal gebruik. De Richtlijn consumentenkoop gaat met de eis in lid 2 onder *b*

dat het gewenste bijzonder gebruik is medegedeeld en door de verkoper is aanvaard verder dan de vergelijkbare bepalingen in zowel CISG als de Engelse SGA.

Bij de toepassing van het begrip 'normaal gebruik' uit art. 35 lid 2 sub *a* blijft steeds de vraag hoe dit zich verhoudt tot begrippen uit nationale rechtsstelsels. Er is verrassend weinig jurisprudentie waarin art. 35 lid 2 sub *a* ten principale aan de orde komt. In het NAI-vonnis van 15 oktober 2002 inzake *Rijn blend* worden '*merchantability*' en '*average quality*' afwezen als in feite afkomstig uit nationale rechtssystemen, en gekozen wordt voor '*reasonable quality*' als passende maatstaf. Vanuit het gezichtspunt van de vereiste autonome en uniforme uitleg van het verdrag verdient deze 'reasonable quality test' inderdaad de voorkeur.

Het criterium 'geschiktheid voor normaal gebruik' heeft in de Richtlijn in lid 2 onder *c* nog duidelijk een aparte plaats, maar wordt aangevuld met een meer algemene bepaling in lid 2 sub *d* (show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect ...) die het 'normaal gebruik'-criterium aanvult en het belang daarvan relativeert. Voor een 'ruime' uitleg van conformiteit kan naar beide criteria gekeken worden; in de literatuur wordt veel belang gehecht aan het – volgens sommigen: zelfstandig te hanteren – in lid 2 sub *d* opgenomen criterium van de redelijke verwachtingen.

DEEL 3. CONFORMITEIT EN GARANTIE

6 Oud recht. Wanprestatie. Garanties

6.1 Inleiding

180. Inleiding

In dit hoofdstuk worden verschillende onderwerpen behandeld, met als centraal thema 'garantie'. Aan de orde komt in hoeverre aan de jurisprudentie met betrekking tot impliciete garanties, ontwikkeld om aan de verborgen gebreken-regeling te ontkomen, inzichten ontleend kunnen worden voor wat onder het oude recht de verplichtingen waren van de verkoper ten aanzien van de kwaliteit van de te leveren zaken.

In de rechtspraak is de werking van de verborgen gebreken-regeling teruggedrongen door – naast de eerder besproken beperking van de werking van de regeling tot species-zaken – de figuur van de garantie. Door middel van een garantie, zowel een expliciete als impliciete, kon de werking van de regeling terzijde worden gesteld. Men kan ook zeggen: werd de gedachte van vrijwaring wegens verborgen gebreken weer in ere hersteld, zonder de nadelen van de korte termijn en de beperking van de schadeplicht. De ontwikkeling van deze rechtspraak komt aan de orde in § 6.6, waar nader wordt ingegaan op de kwaliteitsgarantie. De (impliciete) garantie speelde bijvoorbeeld een cruciale rol in de belangrijke *Maassluis*-arresten.

Voordat deze rol van (impliciete) garanties als uitweg voor de verborgen gebreken-regeling belicht wordt, wordt eerst aandacht besteed aan de meer algemene vraag wat een garantie eigenlijk is.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een beschouwing over huidig recht. Bezien wordt welke invulling de Hoge Raad tot dusver aan 'conformiteit' gegeven heeft. Daarbij wordt zowel aandacht besteed aan uitleg van de wettelijke norm als aan uitleg van de overeenkomst. Op basis van dit overzicht kan ook nader worden bezien wat naar huidig recht een 'garantie' is, en in hoeverre er onder het huidig recht nog plaats is voor een aparte (rechts)figuur garantie, naast en in aanvulling op conformiteit.

Voordat echter de garantie besproken wordt, als aparte rechtsfiguur, als uitweg voor de verborgen gebreken-regeling, en als onder het oude recht ruimhartig toegepaste figuur bij de aansprakelijkheid van een verkoper, komt eerst de jurisprudentie inzake wanprestatie (bij soortzaken) onder het oude recht aan de orde.

6.2 Wanprestatie onder het oude recht

181. Inleiding

In het volgende komt de algemene regeling van de wanprestatie aan de orde, waarbij centraal staat welk criterium aangelegd wordt om bij koop te bepalen of sprake is van wanprestatie. Onder het oude recht gold voor species-zaken de verborgen gebreken-regeling en was met het *Verse koe*-arrest de weg van de actie uit wanprestatie expliciet afgesneden.[1] Voor soortzaken echter konden de normale regels van wanprestatie worden toegepast. Na enkele inleidende opmerkingen volgt een bespreking van een reeks van arresten van de Hoge Raad, eerst de arresten uit de jaren zeventig met betrekking tot apparaten (*Warme drankautomaten*, *Wasautomaten*, *Olivetti*) waarin het onderscheid tussen de verborgen gebrekenregeling en de algemene regeling van de wanprestatie nog een belangrijke rol speelt, daarna het *Van Kessel/Werklust*-arrest (tweedehands wiel-loader) inzake bewijslast, en vervolgens de arresten uit de jaren tachtig en negentig met betrekking tot auto's, waarin de scheidslijnen tussen de leerstukken juist meer naar de achtergrond verdwijnen.

182. Een opmerking vooraf

De vraag aan de hand van welke maatstaf bij soortzaken moet worden bepaald of sprake is van wanprestatie werd in Nederland – vreemd genoeg – nauwelijks gesteld. In de handboeken over koop is er – ondanks het teruggedrongen werkingsgebied van de verborgen gebreken-regeling – voldoende aandacht voor 'gebrekkigheid'. Voor soortzaken volstaat men echter met de constatering dat niet de verborgen gebreken-regeling van toepassing is maar de 'gewone' regeling van wanprestatie. *Hoe* moet worden bepaald of er wanprestatie is wordt in het midden gelaten. Een probleem hierbij is dat in de beschouwingen over de verplichtingen van de verkoper steeds wordt uitgegaan van de verborgen gebreken-regeling. Zoals vermeld was de werking van deze regeling echter beperkt, in de zin dat de regeling alleen van toepassing was op species-zaken. Voor soortzaken gold de gewone regeling van wanprestatie. In de handboeken over koop blijft het echter bij deze constatering, en wordt vervolgens niet ingegaan op de vraag in welke gevallen al dan niet sprake is van wanprestatie. Pas in latere jaren krijgt deze vraag enigszins aandacht.

Specifieke boeken over handelskoop ontbreken, en in de handboeken over handelsrecht wordt het onderwerp niet besproken.[2] In *Het Nederlandsch Handelsrecht* van Völlmar (1942) en in Molengraaff's *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht* (1953) wordt de koop niet besproken, slechts het recht van reclame.[3] In *Inleiding tot het Nederlandse Handelsrecht* van Molengraaff,

1 HR 27 juni 1941, *NJ* 1941, 781 m.nt. EMM.

2 Zie ook reeds de opmerkingen van Jb. Zeylemaker Jzn., *Handelskoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1939) p. 2, die er op wijst dat alleen Kist-Visser de handelskoop behandelt. Het boek van Van Delden, dat in § 4.2 aan de orde kwam, verscheen pas in 1983.

3 Zie H.F.A. Völlmar, *Het Nederlandsch Handelsrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink (5e dr.; 1942) en W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht*, Haarlem: F. Bohn (9e dr.; 1953).

later bewerkt door Dorhout Mees, wordt volstaan met de vermelding dat goederen van overeengekomen hoedanigheid (kwaliteit) moeten worden geleverd, of wanneer alleen de soort is aangegeven, gemiddelde hoedanigheid (art. 1428 oud BW).[4] In *Kort begrip van het Nederlands Handelsrecht* van Dorhout Mees (1964) is weliswaar een apart hoofdstuk gewijd aan de handelskoop (Hoofdstuk XI), maar ligt de nadruk op handelsbedingen.[5] In *Grondtrekken van het handelsrecht*, van De Groot en Stein (2002) ligt de nadruk op het vervoer (Hoofdstuk VII).[6]

In recentere literatuur wordt, ook in anticipatie op het Nieuw BW, gewezen op de formulering dat het afgeleverde moet beantwoorden aan de overeenkomst, bijvoorbeeld in *Koop. Inleiding in het recht van ruil tot handelskoop* van Oly en in de handboeken van Dorhout Mees.[7]

Een andere complicatie vormt de rechtsfiguur van de 'aanvaarding'. Naar oud recht gold dat wanneer de koper de zaken 'aanvaard' had, de koper in beginsel verder geen rechtsmiddelen meer had. De gewone regeling van de wanprestatie gold derhalve niet meer.[8]

Al met al blijkt het bijzonder lastig te zijn om uitgewerkte beschouwingen of jurisprudentie te vinden over de vraag wat naar oud recht onder 'wanprestatie' werd verstaan. In het nu volgende wordt een beperkt aantal arresten van de Hoge Raad geschetst, met ruim aandacht voor de casus en voor het oordeel in lagere instantie.

183. De apparaten-arresten: Warmedrankautomaten, Wasautomaten, en Olivetti (de jaren zeventig)

In het *Sigarettenautomaat*-arrest (*Van der Veen/Arza*) werd in 1952 de werking van de verborgen gebreken-regeling – expliciet – beperkt tot de species-koop.[9] Met het

---

4 Zie W.L.P.A. Molengraaff, *Inleiding tot het Nederlandsche Handelsrecht*, bewerkt door T.J. Dorhout Mees, Haarlem: F. Bohn (7e dr.; 1948), p. 48 en p. 51.

5 Zie T.J. Dorhout Mees, *Kort begrip van het Nederlands Handelsrecht*, Haarlem: F. Bohn (4e dr.; 1964), zie slechts nr. 2150 voor de verplichting tot levering van kwaliteit en aanvaarding, zie idem T.J. Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, deel III, Haarlem: Erven Bohn (6e dr.; 1974) nr. 1180.

6 Zie H. de Groot en P.A. Stein, *Grondtrekken van het handelsrecht*, Deventer: Kluwer (9e dr.; 2002) hoofdstuk VII.

7 Zie achtereenvolgens G.G. Oly, *Koop. Inleiding in het recht van ruil tot handelskoop*, Deventer: Kluwer (1988) p. 78-79; T.J. Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, deel III, Haarlem: Erven Bohn (6e dr.; 1974) nrs. 6A.16-6A.17; T.J. Dorhout Mees, *Schets van het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, Arnhem: Gouda Quint (7e dr.; 1990) waarin naast een korte opmerking over de verborgen gebreken-regeling (nr. 626) ook aandacht voor het ontwerp Nieuw BW (nrs. 625-627).

8 Zie over aanvaarding onder meer P. Scholten, Onvoldoende levering en verborgen gebreken, *WPNR* 2002-2005 (1908) p. 217, p. 229, p. 241, p. 257, ook in *Verzamelde Geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1954), deel IV p. 224; A.J. Verstegen, Ondeugdelijke levering bij den soortkoop, *RM* 1923, p. 124; P.A.J. Losecaat Vermeer, Het bizondere deel van het Verbintenissenrecht van 1838 en heden, in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838 - 1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1938), p. 507.

9 HR 16 mei 1952, *NJ* 1953, 459 m.nt. PhANH, *AA* 1952, p. 172 m.nt. J. Drion. Voor de koper loopt deze zaak zo ongelukkig als maar kan zijn. De rechtbank oordeelt dat de verborgen gebreken-regeling niet kan worden toegepast omdat het een soortkoop was, en dat aangezien de koper gevorderd heeft dat de rechtbank de overeenkomst nietig zal verklaren dan wel vernietigen, hij in zijn vordering gebaseerd op wanprestatie niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Zie over dit laatste de noten van Drion en Houwing. In cassatie bouwt de koper sterk voort op verborgen gebreken als basis voor de actie, maar tevergeefs. De Hoge Raad beperkt deze actie tot species-zaken. Ook de poging om via verborgen gebreken tot dwaling te komen faalt: de Hoge Raad oordeelt dat koper in lagere instantie hiertoe te weinig heeft gesteld.

Warmedrankautomaten-arrest van 1970 werd expliciet bepaald dat bij een gebrek in de hele soort ook de gewone regeling van wanprestatie van toepassing is, en niet de verborgen gebreken-regeling, een vraag die in het *Sigarettenautomaat*-arrest in feite nog open was gelaten.[10] Het arrest is verder met name van belang vanwege de erkenning dat de verborgen gebreken-regeling te zeer in het nadeel van de koper was.

In het *Warmedrankautomaten*-arrest ging het om de koop van 41 warmedrankautomaten van het merk Gloster V.M. 34, die door koper werden verhuurd aan grote bedrijven.[11] De automaten bleken ondeugdelijk en 'uiterst onbetrouwbaar'. De rechtbank was van oordeel dat aangezien het gebrek de gehele soort betrof, de verborgen gebreken-regeling van toepassing was. Het hof echter dacht hier anders over en liet koper in een actie gebaseerd op wanprestatie toe tot het bewijs dat de geleverde automaten ondeugdelijk waren voor het gebruik waartoe zij waren bestemd. In cassatie komt de Hoge Raad tot een opmerkelijk openhartig oordeel over de verborgen gebreken-regeling:

> dat het opnemen in de wet van de regeling van de vordering ter zake van verborgen gebreken tot strekking had de koper te beschermen, zij het dat deze bescherming aan bepaalde beperkingen onderworpen werd;
> dat naast deze bijzondere regeling de algemene beginselen van het contractenrecht zich intussen aldus hebben ontwikkeld, dat in geval van verborgen gebreken degeen die recht heeft op levering van een zaak, krachtens deze beginselen thans in het algemeen een bescherming geniet, die aan minder beperkingen is onderworpen dan de bescherming die wordt geboden door de artt. 1540-1548;
> dat als een gevolg hiervan de wettelijke regeling van verborgen gebreken, in plaats van overeenkomstig haar strekking in de eerste plaats de koper te beschermen, hoofdzakelijk tot een beschermende regeling voor de verkoper is geworden;[12]

Onder die omstandigheden acht de Hoge Raad het redelijk de draagwijdte van de regeling niet uit te breiden buiten de gevallen die de wetgever destijds voor ogen stonden.[13]

---

10 HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 252 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK. Zie de noot van Köster, *AA* 1971, p. 440 op p. 450-451 en de noot van G.J. Scholten bij het *Wasautomaten*-arrest.

11 Koper had speciaal voor deze automaten een koffie-extract ontwikkeld dat ook aan de afnemers werd geleverd.

12 Annotator G.J. Scholten juicht het arrest toe: 'Het arrest is toe te juichen. Hoofdkenmerk van de verborgen-gebreken-regeling is de uiterst korte termijn van 1547, die niet hiervoor gewaarschuwde, zich niet onmiddellijk naar advocaten begevende kopers tot een valkuil wordt. ... Zo is de regeling verworden van een aanvalsmiddel voor een gedupeerde koper tot een verdedigingsmiddel tegen hem. Ook in deze zaak was door de verkoper een beroep op deze regeling gedaan.' Scholten stelt ook: 'De verborgen-gebrekenregeling is er een voor paarden en koeien maar moet, gezien haar ongelukkige termijn zo ver mogelijk worden teruggedrongen, speciaal in haar exclusiviteit.'

13 De Hoge raad overweegt: 'Dat het onder die omstandigheden redelijk is, de draagwijdte van deze regeling niet uit te breiden buiten de gevallen welke de wetgever bij het opnemen van de regeling voor ogen hebben gestaan, t.w. de gevallen waarin de koopovereenkomst betrekking heeft op een reeds bij het sluiten van de koop individueel bepaalde zaak, en wel in dier voege dat naar de bedoeling van pp. de verkoper slechts aan zijn leveringsplicht kan voldoen door levering van die bepaalde zaak, en de koper ook geen andere zaak dan deze kan vorderen.' Zie ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 4 p. 473 e.v.

Köster merkt op dat niet duidelijk is welke algemene beginselen van het contractenrecht de Hoge Raad op het oog heeft, en wijst in dit verband op de discussie rond het begrip 'wanprestatie' en garanties.[14] De crux van de passage lijkt mij echter veeleer te liggen in de door de Hoge Raad genoemde *beperkingen*, gelegen in de verborgen gebreken-regeling.

In 1971 maakte de Hoge Raad in het *Wasautomaten*-arrest (*Olde Wolbers/ Electrotechniek*) vervolgens duidelijk *welk criterium* voor wanprestatie bij soortzaken moest gelden: bij een overeenkomst tot levering van slechts naar de soort bepaalde zaken kan ook van wanprestatie sprake zijn indien de geleverde zaken, al verschillen zij niet van andere tot die soort behorende zaken, 'niet aan de overeenkomst beantwoorden, omdat zij niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten.'[15] In casu ging het om (huurkoop van) 6 bedrijfsmuntwasautomaten (zeer specifiek omschreven naar merk, typenummer, technische capacteit, etc.) en drogers. In lagere instantie had (huur-)koper Olde Wolbers betoogd dat de (huur-)verkoper gehouden was een 'volledige en gebruiksklare wasserette-installatie' te leveren (een 'Zanussi-Lavarrette'), hetgeen echter niet aanvaard wordt. De rechtbank beperkt de verplichting van de (huur-) verkoper tot levering van bepaalde apparatuur.[16] De in het cassatiemiddel bepleite ruime uitleg van de verplichtingen van de (huur-)verkoper (leveren van een wasserette-installatie) wordt door de Hoge Raad weliswaar niet overgenomen (dit stuit af op uitleg van de overeenkomst in lagere instantie), maar de koper heeft wel succes met de grief dat niet slechts sprake is van wanprestatie wanneer niet de bestelde apparaten zijn geleverd. De Hoge Raad vindt de opvatting van de rechtbank inderdaad te eng, en introduceert het criterium van 'niet aan de overeenkomst beantwoorden, omdat de zaken niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten'.[17]

In het cassatiemiddel was gesteld dat niet slechts sprake is van wanprestatie wanneer niet de bestelde apparaten zijn geleverd, maar óók wanneer de apparaten ongeschikt zijn of gebreken vertonen, 'die veroorzaken dat zij niet aan hun normale functie beantwoorden'. Deze formulering is door de Hoge Raad niet overgenomen. De Hoge Raad spreekt wel expliciet over 'aan de overeenkomst beant-

14 Köster, noot bij Warme-drank automaten en Wasautomaten-arresten, *AA* 1971, p. 440 op p. 448-450.

15 HR 29 januari 1971, *NJ* 1971, 221 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK.

16 De 'garantie' van 1 jaar op de apparaten baatte de (huur-)koper ook niet, aangezien de garantie slechts recht gaf op herstel van mankementen of vervanging van onderdelen. Uit de feiten zoals geschetst blijkt niet duidelijk hoe ver de bemoeienis van de (huur-)verkoper ging met het opzetten van het bedrijf, maar het heeft er toch wel schijn van dat het hier om een situatie gaat waarin iemand gestimuleerd wordt een eigen bedrijfje (wasserette) op te zetten, waarbij vervolgens wanneer de zaken niet lopen (het gehele samenstel aan apparatuur was voor damespubliek minder geschikt) de (huur-)verkoper èn de financier (na verkoop cedeert verkoper de vorderingen op een derde, die ook de eigendom van de apparaten krijgt) geen enkele verantwoordelijkheid nemen, en de koper na terugname in de kou blijft staan, met een aanzienlijke schuld in de vorm van de niet-betaalde huurkoop-termijnen. Wellicht dat deze achtergrond een rol gespeeld heeft bij het voor de koper gunstige oordeel van de Hoge Raad, hoewel in de conclusie van het OM en ook in latere commentaren dit niet aan de orde komt.

17 Zie ook de stelling van Paquay, naar aanleiding van het *Wasautomaten*-arrest, dat met de introductie van het conformiteitsbegrip een 'deugdelijkheidsbegrip' is geïntroduceerd, G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992) p. 122.

woorden'. Aangenomen mag worden dat de Hoge Raad dit aan de LUVI en/of het Benelux ontwerp heeft ontleend.[18]

Het *Olivetti*-arrest voegt hier verder niet veel aan toe.[19] Het gaat om de levering van een tel-rekenmachine aan een aannemer, die de rekenmachine in zijn bedrijf gebruikt en doordat de machine ondeugdelijk is door 'miscalculaties' in offertes aanzienlijke schade (koper eist bijna 5 miljoen gulden) lijdt. Procedureel loopt de zaak voor de koper niet goed, aangezien men in de eerste feitelijke instantie ten onrechte in het spoor van de verborgen gebreken-regeling terecht komt. Geleverd was een tel/rekenmachine van het model Divisumma 24, genummerd 956507. De nummering maakt het apparaat weliswaar in zekere zin individueel, maar overigens is dit toch een soortzaak, waarbij de wanprestatie-regeling van toepassing is ongeacht of het gebrek het geleverde exemplaar of de hele soort betreft, zie het twee jaar daarvoor besliste *Warmedrankautomaten*-arrest.[20] Een poging dit in cassatie alsnog recht te trekken mislukt op puur processuele gronden: de koper heeft simpelweg onvoldoende betwist dat 'een zekere en bepaalde zaak' (speciezaak) is verkocht.[21]

De rechtbank beslist de zaak wèl in het voordeel van de koper waarbij, op grond van een tamelijk vergaande redenering, aan de verborgen gebreken-regeling voorbij werd gegaan:

> dat accuratesse een zo essentiële eigenschap van een tel-rekenmachine is dat, daargelaten welke bijkomstige eigenschappen daarvan door een koper verlangd mogen worden, waarvan het ontbreken wellicht een verborgen gebrek in de zin der voormelde wetsartikelen zou opleveren, bij een koopovereenkomst betreffende een dergelijke machine de pp. steeds geacht moeten worden – zij het stilzwijgend – te zijn overeengekomen dat, indien de machine zodanig werkt dat zij onjuiste calculaties oplevert, dit als wanprestatie aan de zijde van de verkoper zal worden beschouwd en de koper alsdan volgens de algemene regelen uit wanprestatie tegen de verkoper mag ageren.

Het hof echter neemt deze redenering niet over, en ook de Hoge Raad vindt dit blijkbaar te ver gaan. Reagerend op het cassatie-middel waarin aansluiting wordt gezocht bij het vonnis van de rechtbank overweegt de Hoge Raad:

---

18 Zie ook Köster, *AA* 1971 p. 446 en p. 450, Wachter in zijn annotatie bij *Van Kessel/Werklust*, HR 11 mei 1973, *NJ* 1974, 109 m.nt. BW, Hofmann-Van Opstall (1976) p. 436. Zie ook Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 5 p. 474 e.v. In de conclusie van het OM, A-G Van Oosten, zijn geen aanknopingspunten te vinden voor het oordeel van de Hoge Raad; de A-G zit in de conclusie geheel op de lijn van de rechtbank. De A-G wijst op de artt. 1427 en 1428 oud BW en het in die artikelen gemaakte onderscheid tussen species-zaken en soortzaken. Bij soortzaken kan op grond van art. 1428 worden volstaan met niet de beste, maar ook niet de slechtste. Een wat ruime uitleg van de overeenkomst, niet alleen tot levering van de apparatuur maar ook tot hetgeen naar de aard van de overeenkomst en de billijkheid (art. 1375) wordt gevorderd stuit bij de A-G af op proces-rechtelijke gronden. Zie ook V.A.M. van der Burg, De prestatieplicht bij soortzaken, *WPNR* 5172 (1972) p. 209.

19 HR 1 december 1972, *NJ* 1973, 103 m.nt. GJS (*Hogerheide/Olivetti*).

20 Vergelijk ook het (latere) arrest HR 13 juni 1980, *NJ* 1980, 474 waarin werd beslist dat partijbedoeling niet relevant is voor de vraag of sprake is van species- of soortzaken.

21 Brunner/De Jong (2004) nr. 60 stellen dat sprake was van een specieskoop, omdat het gekochte exemplaar voor de koop eerst enige tijd bij de klant ter demonstratie was geplaatst en de koop op dat exemplaar betrekking had.

> dat dit betoog in zijn algemeenheid niet kan worden aanvaard; dat toch bij toepasselijkheid van de artt. 1540 – 1547 de daarin gegeven regeling slechts opzij wordt gezet indien pp. zijn overeengekomen dat het ontbreken van de betreffende eigenschap als wanprestatie zal gelden;
> dat, voor zover het middel wil betogen dat een dergelijke overeenkomst steeds moet worden aangenomen met betrekking tot een eigenschap waarvan het ontbreken het verkochte goed ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe het volgens de overeenkomst is bestemd, dit betoog faalt omdat bij aanvaarding daarvan voor toepassing van de artt. 1540-1547 geen plaats meer zou zijn.[22]

Opvallend is dat gesproken wordt over 'overeengekomen is' dat de regeling voor wanprestatie zal gelden, zonder de vermelding dat dit ook 'impliciet' kan gebeuren, zie de eerdere rechtspraak, *Vouwapparaat*-arrest (*Van den Hoek/Smit*).[23] Verder is duidelijk dat de Hoge Raad terugschrikt voor het *de facto* compleet afschaffen van de verborgen gebreken-regeling. Wellicht speelde de casus hierbij een rol. Het is duidelijk dat een tel/rekenmachine die niet accuraat is, ongeschikt is voor het doel waarvoor het bestemd is. De koopprijs stond in casu echter wel in schril contrast tot de door de koper geclaimde gevolgschade; uit het arrest blijkt verder ook niet dat de verkoper zich voor gevolgschade geëxonereerd had.[24]

Aparte vermelding verdienen nog kort de arresten in een zaak over een broedmachine. De koper had aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat verkoper wanprestatie gepleegd had doordat de machine door constructiefouten niet regelmatig functioneerde, als gevolg waarvan met de machine geen redelijke uitkomsten te verkrijgen waren. De rechtbank vertaalt een en ander in een bevel tot onderzoek door deskundigen, als volgt:

> 1. Behoort de onderhavige machine als deugdelijk te worden aangemerkt in die zin, dat daarmede normaal te verwachten resultaten kunnen worden verkregen, indien aan alle redelijk te stellen, voorwaarden, onder meer een goede bediening en verantwoorde water- en stroomtoevoer, is voldaan?
> 2. Zo nee, waarom niet?

Na rapportage van deskundigen wijst de rechtbank de vordering van de koper toe. In hoger beroep echter wordt het vonnis vernietigd, hetgeen in cassatie geen stand houdt wegens onvoldoende motivering. Het cassatiemiddel, dat in essentie betoogt dat het hof ten onrechte alleen naar de machine zelf heeft gekeken en niet naar de verdere omstandigheden nodig om het apparaat te doen functioneren, treft doel, met als resultaat terugverwijzing, en uiteindelijk weer cassatieberoep. In het twee-

22 Wachter stelt in zijn noot bij HR 11 mei 1973, *NJ* 1974, 109 m.nt. BW (*Van Kessel/Werklust*) dat het eerste cassatiemiddel in *Olivetti* te ruim gesteld was. Vergelijk ook onjuist de conclusie voorafgaand aan HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 342 (*Dries/Van Toll*).

23 HR 10 mei 1963, *NJ* 1963, 288 m.nt. HB.

24 Zie de (latere) serie arresten hierover, zie bijvoorbeeld de beschrijving in Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4 § 2, p. 388 e.v., zie met name nr. 5 op p. 407 e.v.

de arrest gaat het expliciet niet om de vraag of de geleverde machine deugdelijk was, maar of de leverancier tekort was geschoten in zijn verplichting de machine bedrijfsklaar te maken en de koper voldoende te instrueren. Op dat moment is het *Wasautomaten*-arrest al gewezen (zie ook de uitdrukkelijke verwijzingen in de conclusie van het OM) en de Hoge Raad gebruikt nadrukkelijk de formulering 'dat Roversi (koper, PK) ten gevolge van deze wanprestatie is blijven zitten met een broedmachine die onder de bestaande omstandigheden *niet functioneerde zoals zij op grond van de gesloten overeenkomst mocht verwachten* (mijn curs., PK). De Hoge Raad verwierp het door de verkoper ingestelde cassatieberoep.[25]

184. Een apart arrest. Van Kessel/Werklust (1973). Bewijslast. Typen zaken

Een arrest dat apart aandacht verdient is *Van Kessel/Werklust*, uit 1973.[26] In deze zaak ging het om de verkoop van een tweedehands wiel-loader, merk Michigan type 85 A chassisno. M3266, waarvan bij koop meegedeeld was dat het bouwjaar 1966 was. In werkelijkheid was het bouwjaar 1963, en koper klaagt over mindere trekkracht en ongunstige olieverbruik, hetgeen o.m. oorzaak is dat hij de machine slechts tegen een lagere prijs (*f* 25 in plaats van *f* 32 per uur) kan verhuren. Ook kon hij bijvoorbeeld geen passende puinbak geleverd krijgen. In lagere instanties verliest de koper, die moest bewijzen dat wanprestatie was gepleegd, de zaak. In casu legt de koper wanprestatie aan zijn vordering ten grondslag, en speelt de verborgen gebreken-regeling geen rol. Verder heeft koper zelf bij het hof uitdrukkelijk gesteld dat van een garantie geen sprake is geweest. In cassatie gaat het dus om wanprestatie en de bewijslast terzake. De Hoge Raad gaat uit van het gegeven dat de verkoper bij de onderhandelingen als bouwjaar van de wielloader het jaar 1966 heeft opgegeven terwijl het bouwjaar 1963 was. Als de koper bewijst dat in het algemeen bij deze machines de genoemde gebreken bij een bouwjaar 1963 wèl, doch bij een bouwjaar 1966 niet behoefden te worden verwacht, is dit voldoende om een beroep op wanprestatie te doen slagen.[27] Als er omstandigheden waren (koopprijs, uiterlijke staat, aantal draaiuren) die meebrachten dat de koper ook bij een machine bouwjaar 1966 met gebreken rekening moest houden, had verkoper deze omstandigheden moeten stellen. Uit het arrest kan men de regel afleiden dat voor bepaalde typen zaken geldt dat men de voor die zaken typische eigenschappen mag verwachten, behoudens door verkoper te stellen bijzondere omstandigheden. Deze regel blijkt ook naar huidig recht goed toe te passen, en in die zin heeft het arrest zijn belang behouden.[28] Volledigheidshalve wijs ik er op dat het hier om ander bewijs gaat, namelijk bewijs in verband met de aan te leggen maatstaf voor conformiteit, dan in art. 7:18 lid 2, waar het gaat om de vraag op welk moment de non-conformiteit is ontstaan.

---

25 Zie HR 21 juni 1968, *NJ* 1968, 346; HR 10 november 1972, *NJ* 1973, 125.

26 HR 11 mei 1973, *NJ* 1974, 109 m.nt. BW.

27 Vergelijk anders, ook genoemd in de conclusie van P-G Langemeijer, HR 12 juni 1970, *NJ* 1970, 383, waarin het oordeel van het hof dat bepaalde mededelingen van een autoverkoper slechts aanprijzingen waren tot een feitelijk oordeel bestempeld werd.

28 Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 7 p. 488 e.v.

185. De auto-arresten (de jaren tachtig en negentig)

In een latere serie arresten over auto's heeft de Hoge Raad uiteindelijk naar oud recht het criterium 'hoedanigheden en eigenschappen die de koper mocht verwachten' al van toepassing geacht. In de arresten gaat het steeds om de koop van een tweedehands auto, zodat sprake is van een species-koop en formeel onder de verborgen gebreken-regeling met het criterium 'gebrek' moest worden gewerkt. Desondanks heeft de Hoge Raad uiteindelijk heel duidelijk ook naar oud recht het voor wanprestatie geïntroduceerde criterium 'hoedanigheden en eigenschappen die de koper mocht verwachten' van toepassing geacht, waarbij uiteraard van belang is dat het conformiteitsvereiste inmiddels in het ontwerp-NBW was opgenomen.[29]

Opvallend is dat in het arrest *Stavenuiter/Oosterbaan* geanticipeerd wordt op het conformiteitsvereiste ('hoedanigheid en eigenschappen die de koper mocht verwachten').[30] In deze zaak was een 5 jaar oude tweedehands auto voor *f* 3000 verkocht, terwijl, nadat de koop was gesloten, bij een ANWB-keuring bleek dat de auto zodanige ernstige gebreken vertoonde dat er niet meer mee gereden kon worden, en reparatie ook niet meer de moeite waard was. De koper beriep zich op wanprestatie.

De Hoge Raad, die het cassatieberoep van de koper afwijst, overweegt dat de rechtbank bij de vraag of sprake is van wanprestatie niet een andere maatstaf heeft aangelegd dan dat de zaak de hoedanigheden en eigenschappen heeft die de koper mocht verwachten. Hiermee wordt deze maatstaf dus door de Hoge Raad geaccordeerd. Verder dan 'hoedanigheden en eigenschappen die de koper mocht verwachten' wilde Hoge Raad niet gaan. In het cassatiemiddel was het 'normaal gebruik'-criterium al toegevoegd, maar wees de Hoge Raad dit voor de koop van een gebruikte zaak af, zonder zich verder over de bruikbaarheid van het criterium uit te laten:

> Voor zover het onderdeel betoogt dat een gebruikte zaak, waarvan de verkoper weet dat zij met het oog op haar normale bestemming wordt gekocht, onder alle omstandigheden slechts dan aan de overeenkomst beantwoordt, indien zij ten tijde van de koop geschikt is voor normaal gebruik en aan bestaande veiligheidseisen voldoet, berust het op een in zijn algemeenheid onjuiste stelling.[31]

Wellicht had de Hoge Raad niet echt bezwaren tegen de formule, maar hing het samen met de formulering van het cassatiemiddel, waarin stond dat het verkochte *in ieder geval* geschikt diende te zijn voor normaal gebruik. Hierbij moet ook wor-

---

29 Zie ook P. Klik en A.H.F.M. Wijers, Dwaling, conformiteit en garantie: vervagende grenzen in het kooprecht, *TvC* 1995, p. 77.

30 HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 213 m.nt. G, *AA* 1986, p. 315 m.nt. Nieuwenhuis, *Kw. B. NBW* 1986, p. 98 m.nt. Van Delft-Baas, *VR* 1986, 73. In dit arrest ging het immers om een species-zaak. R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1988) ziet in het *Occassion*-arrest al een aanwijzing dat bij species-zaken de gewone wanprestatie-regeling mag worden toegepast, p. 39.

31 Zie ook Nieuwenhuis, die aangeeft dat de Hoge Raad de objectieve maatstaf van het cassatiemiddel (normaal gebruik en bestaande veiligheidseisen) heeft afgewezen, *AA* 1986, p. 315 op p. 318. Vergelijk overigens later het *Oldtimer*-arrest.

den bedacht dat het 'normaal gebruik'-criterium in de parlementaire geschiedenis nog niet was geïntroduceerd; zie ook de diverse verwijzingen naar het ontwerp-NBW in de conclusie van het OM (A-G Biegman-Hartogh), waarin zelfs wordt opgemerkt dat de regel dat de verkoper wanprestatie pleegt bij aflevering van een zaak die niet de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten (art. 7.1.2.7 lid 2) 'reeds thans als geldend recht kan worden aangemerkt'.[32]

De Hoge Raad wijst er op dat de rechtbank ook van belang geacht heeft welk onderzoek van de kant van de koper mocht worden verwacht, en dat dit geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De koper had dus zelf de auto beter moeten onderzoeken of vóór de koop moeten laten keuren door de ANWB. In het arrest werd overigens alleen over de onderzoeksplicht van de koper geoordeeld,[33] de eventuele spreekplicht van de (professionele) verkoper kwam niet aan de orde.[34]

In *Van Geest/Nederlof* ging het om de verkoop van een 5-jaar oude tweedehands auto voor *f* 7900.[35] Bij een na de koop uitgevoerde ANWB-keuring bleek dat de auto ten gevolge van een ongeluk zwaar beschadigd was geweest, en dat de auto matig zo niet slecht was hersteld. De verkoper wist hier van. In deze zaak gaat het – anders dan in *Stavenuiter/Oosterbaan* – expliciet over dwaling. Het accent ligt in deze uitspraak op de onderzoeksplicht van de koper in relatie tot de spreekplicht van de verkoper.[36]

In het *Kilometerteller*-arrest *(Gerards/Vijverberg)* was een gebruikte auto verkocht waarvan naderhand bleek dat de kilometerteller teruggedraaid was.[37] De verkoper was te goeder trouw. De koop werd vernietigd op grond van dwaling. Opvallend is dat gesproken wordt van een (stilzwijgende) 'garantie' dat de kilometerteller het aantal gereden kilometers juist aangaf. Het beroep op dwaling werd niet afgesneden door de exoneratie 'Koper koopt de auto op eigen bate en schade'.

---

32 Overigens is de A-G van mening dat gelet op de omstandigheden de rechtbank tot het oordeel kon komen dat geen sprake was van wanprestatie.

33 Het feit dat de verkoper uitdrukkelijk weigerde een 'garantie' te geven speelde een rol bij de beoordeling van de onderzoeksplicht van de koper.

34 Zie expliciet de HR: 'In het midden kan blijven of de Rb. aldus ter zake van de omvang van deze onderzoeksplicht een juiste maatstaf heeft aangelegd, zulks mede in het licht van wat eventueel aan onderzoek en informatie mag worden verwacht van een professionele verkoper, eer hij tot verkoop van een gebruikte auto aan een ondeskundige koper overgaat. Het middel bevat immers op dit punt geen klachten.' Als het cassatiemiddel de spreekplicht van de (professionele) verkoper aan de orde had gesteld, was wellicht de zaak anders gelopen. Vergelijk ook Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 6 p. 479 e.v.

35 HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251, *AA* 1991, p. 251 m.nt. Hijma, *Kw.B. NBW* 1991, 99 m.nt. M.M. van Rossum.

36 De Hoge Raad corrigeert de uit *Stavenuiter* afgeleide regel over de onderzoeksplicht van de koper. Het hof had een spreekplicht voor de verkoper aangenomen, maar tevens – in het voetspoor van *Stavenuiter/Oosterbaan* – een onderzoeksplicht voor de koper, en hierbij van belang geacht 'wie van beide partijen het meest te verwijten valt'. De Hoge Raad wijst deze redenering, als in strijd met vaste rechtspraak (HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS, *AA* 1974, p. 346 (G.) (*Van der Beek/Van Dartel*), af: de spreekplicht prevaleert boven de onderzoeksplicht, ook als de verzwijging niet al te bedenkelijk is. Zie ook Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 6 p. 482 e.v. De Hoge Raad lijkt hier zeer expliciet tegemoet te komen aan de critici van het *Stavenuiter*-arrest, zie bijvoorbeeld Nieuwenhuis in *AA* 1984, p. 315 (Nieuwenhuis was een van de raadsheren die dit arrest wees). Vergelijk ook Asser-Hijma 5-I (2007) nrs. 336 en 346. Zie echter R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (3e dr.; 1993) p. 38.

37 HR 25 juni 1993, *NJ* 1994, 291, *NTBR* 1994, p. 38 m.nt. M.M. van Rossum, *TvC* 1993, 321 m.nt. Rijken. Zie ook Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 6 p. 484 e.v.

In het *Oldtimer*-arrest (*Schirmeister/De Heus*) tenslotte ging het om een 22-jarige auto, een 'oldtimer'.[38] De auto wordt door kenners gekeurd en goedbevonden, en komt vervolgens door de keuring voor een kentekenbewijs. Bij een APK-keuring komt echter aan het licht dat de auto aan de onderkant met polyester is gerepareerd en vervolgens overgespoten. De koper was niet alleen een liefhebber van oude auto's van het merk 'Citroën', maar verwachtte tevens met de auto normaal aan het verkeer te kunnen deelnemen, hetgeen de verkoper wist. Bij de lagere rechters krijgt de koper geen gelijk, bij de Hoge Raad echter wel. In cassatie komen zowel wanprestatie als dwaling aan de orde. Ten aanzien van dwaling oordeelt de Hoge Raad dat onder de omstandigheden de (wederzijdse) dwaling niet voor rekening van de koper mocht komen. Bij de beoordeling of sprake is van wanprestatie stelt de Hoge Raad voorop dat een tweedehands auto 'niet aan de overeenkomst beantwoordt' indien als gevolg van een aan de auto klevend gebrek dat niet op eenvoudige wijze kan worden ontdekt en hersteld, gebruik van de auto gevaar voor de verkeersveiligheid oplevert. Vervolgens maakt hij duidelijk dat op deze regel uitzonderingen mogelijk zijn wanneer de koper het risico heeft aanvaard. Dit laatste kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het om een oude auto gaat, waarbij voor de koper de staat van het plaatwerk belangrijker is dan de verkeerstechnische conditie. Duidelijk is dat de Hoge Raad de conformiteitsnorm ook naar oud BW als geldend recht erkent.[39] Hoewel de term 'normaal gebruik' niet wordt gehanteerd omdat de overwegingen zijn toegespitst op de verkeersveiligheid, benadrukte de Hoge Raad wel dat de auto moet worden kunnen *gebruikt* zonder gevaar voor de verkeersveiligheid op te leveren.[40] De in het *Oldtimer*-arrest geformuleerde regel is in het arrest *Kousedghi/Westminster Rental* van 2005 nader verduidelijkt.[41]

186. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Na enkele arresten waarin de grens tussen de verborgen gebreken-regeling en wanprestatie aan de orde was, introduceert de Hoge Raad in 1971 in het *Wasautomaten*-arrest (*Olde Wolbers/Electrotechniek*) het uit de LUVI overgenomen criterium van 'niet aan de overeenkomst beantwoorden, omdat de zaken niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten'. Een ruime opvatting van hetgeen de koper mocht verwachten blijkt vervolgens uit de arresten in een zaak over een broedmachine, waarin een koper bleef zitten met een apparaat dat onder de bestaande omstandigheden niet functioneerde zoals zij op grond van de gesloten overeenkomst mocht verwachten. Uit het arrest blijkt dat niet alleen naar de geleverde zaak zelf gekeken moet worden, maar ook naar de verdere omstandigheden nodig om het apparaat 'bedrijfsklaar' te doen

38 HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614, *NTBR* 1994, p. 224 m.nt. M.M. van Rossum. Zie ook R.W. Polak, De Hoge Raad en het conformiteitsvereiste, *NbBW* 1994, p. 82. Zie ook Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 6 p. 485 e.v.

39 Zie ook het cassatiemiddel onder 2, waarin expliciet aan art. 7:17 wordt gerefereerd.

40 Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 336, J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel I*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 6 p. 484 e.v.

41 Zie over het arrest § 7.3

functioneren. In de latere serie arresten over auto's (uit de jaren tachtig) heeft de Hoge Raad uiteindelijk heel duidelijk naar oud recht het criterium 'hoedanigheden en eigenschappen die de koper mocht verwachten' van toepassing geacht.

6.3 De (kwaliteits)garantie onder het oude recht: wat is een garantie?

187. De kwaliteitsgarantie

De garantie is – naar Nederlands recht[42] – een weinig vastomlijnde figuur. Een 'garantie' kent diverse verschijningsvormen en kan verschillende betekenissen hebben.[43] De enige zekerheid die na het bekende en beruchte *Hoog-Catharijne*-arrest[44] is overgebleven, is dat een garantie voorwerp van uitleg is. Door middel van uitleg moet worden vastgesteld of er een garantie is, wat voor soort garantie, en welke rechtsgevolgen uit de garantie voortvloeien. De garantie lijkt dus inmiddels geen aparte rechtsfiguur meer, zo zij dit al ooit geweest is.[45] Wel kunnen verschillende soorten garanties worden onderscheiden, bijvoorbeeld zekerheidsgaranties en kwaliteitsgaranties.[46] In de context van dit hoofdstuk wordt slechts gesproken over een garantie die (positief) inhoud geeft aan de eigen verplichting van de schuldenaar. *Niet* aan de orde komen de garanties afgegeven ten aanzien van het handelen van een derde, of de beperkingen gelegen in het schriftelijke garantiebewijs.[47] Het gaat met name om de vraag naar het 'instaan voor' de kwaliteit van het geleverde, de 'kwaliteitsgarantie'.

---

42 Vergelijk uitvoerig over Amerikaans recht G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames*, (diss. Tilburg) Boom: 's-Gravenhage (2002) Hoofdstuk 8.

43 In de conclusie voor het *Hoog Catharijne*-arrest (HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300) bespreekt A-G Hartkamp zelfs vijf betekenissen van 'instaan voor'. Zie ook Asser-Hartkamp 4-I (12e dr.; 2004) nr. 21, waar hij als belangrijkste onderscheid aangeeft dat het kan gaan om 'instaan voor' (geen verweer van overmacht) of de belofte van een derde om schade te betalen in het geval de schuldenaar niet nakomt. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, Garantie, nakoming en schadevergoeding, *WPNR* 6577 (2004) p. 367.

44 HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300 (*Hoog Catharijne*).

45 Zie Raaijmakers (2002) en G.T.M.J. Raaijmakers, Garanties in het contractenrecht, *RM Themis* 2005, p. 124.

46 Van Dunné heeft in zijn inleiding voor de Vereniging voor Bouwrecht 1985 twee typen garanties onderscheiden, namelijk enerzijds kwaliteits- of deugdelijkheidsgaranties en anderzijds zekerheidsgaranties. Beide garanties kunnen handelingen van derden of eigen handelingen betreffen, en garanties kunnen gelden tussen de contractspartijen of contractspartijen en een derde. Deze onderscheidingen worden door Van Dunné in schema gezet. Zie J.M. van Dunné, Garanties in de bouw, *BR* 1985, p. 713 en ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nrs. 1 en 2, en 10.

47 Zie ook A. Hammerstein, Garanties zijn geen garanties, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1997) p. 389 op p. 392, die onderscheid maakt tussen de zekerheidsgarantie, het garantiebewijs en het vaststellen van de betekenis van het begrip 'instaan voor'. Zie over garantiebewijzen onder meer R.H.C. Jongeneel, Garantiebewijzen, in: *Heemskerkbundel*, Utrecht 1991, p. 113, dezelfde in R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (4e dr.; 1997) p. 48-49 en recent in B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer (2006), nr. 22.3 op p. 410 e.v.; M. van Delft-Baas, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (1992) (Mon. NBWB 65b), p. 25-26; Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 339 en daar genoemde literatuur, en zie nr. 89a naar aanleiding van art. 7:6a.

188. Ter inleiding

In de literatuur is de vraag wat een (kwaliteits-)garantie is verrassend weinig aan de orde gesteld. Vaak wordt de term 'garantie' of 'gegarandeerd' gebruikt, zonder dat wordt aangegeven wat hiermee bedoeld wordt.[48] In deze paragraaf worden kort de belangrijkste inzichten in de literatuur weergegeven. Het onderscheid dat bij de leveringsplicht van de verkoper gemaakt wordt tussen 'prestatie' en 'instaan voor', tussen primaire nakomingsplicht en secundaire schadevergoedingsplicht, staat daarbij centraal. De belangrijkste literatuur is deels een reactie op de rechtspraak, die daarom kort in het betoog vermeld wordt.

Niet besproken wordt de vraag van de inpassing van de figuur 'garantie' in het kader van de begrippen 'rechtsplicht' en 'verbintenis', waarover met name Meijers zich heeft uitgelaten[49], en vragen omtrent (de betekenis van) 'afdwingbaarheid'. De rol van garanties in het kader van een beroep op overmacht komt slechts kort aan de orde.[50]

Het zal blijken dat de beschouwingen over garanties geheel in het teken staan van onderscheidingen die naar huidig recht als niet of minder relevant worden beschouwd. Met name het onderscheid tussen de 'primaire' remedie van nakoming en de secundaire remedie schadevergoeding, en het onderscheid van verbintenissen om te geven, te doen, en niet te doen, ligt steeds aan de basis van de opvattingen van de auteurs.

189. Het Verse koe-arrest

Voordat de literatuur aan bod komt, moet eerst nog het *Verse koe*-arrest[51] kort worden vermeld. In dit arrest had de Hoge Raad niet alleen beslist dat samenloop tussen de vordering op grond van de verborgen gebreken-regeling en op grond van wanprestatie niet geoorloofd is, maar ook ten aanzien van de verborgen gebrekenregeling al heel duidelijk erkend dat de verplichting om 'in te staan' voor de kwaliteit van het gekochte een gewone verplichting is, waaraan echter de wet bij niet-nakoming andere rechtsgevolgen verbindt:

> dat de artt. 1510, 1527 en 1540 op de verkoper de verplichting leggen om in te staan voor de afwezigheid van verborgen gebreken van het verkochte goed, die dit ongeschikt maken tot het gebruik, waartoe het bestemd is, of dat gebruik verminderen, zoals bij laatstvermeld artikel omschreven; *dat de wet echter de rechtsgevolgen verbonden aan de niet-nakoming van deze ver-*

48 Zie bijvoorbeeld K.F. Haak, 'What do you mean, Handelsrecht?', *AA* 1998, p. 262, die op p. 263 'garantie' wel onder de centrale burgerrechtelijke begrippen rangschikt, samen met lastgeving, middellijke vertegenwoordiging, derdenwerking, overmacht, levering, overdracht, en retentie.

49 Zie de analyse van Meijers in E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht* Deel I De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden: Universitaire Pers (1948). Meijers bespreekt de rechts*plicht*, waarbij hij bij de afbakening van dit begrip de afdwingbaarheid door middel van (het geven van) een bevel centraal stelt en de plicht tot schadevergoeding als subsidiaire norm bestempelt, zie p. 38. Zie ook p. 51 en p. 57. Meijers vermeldt overigens wel dat de verkoper 'instaat' voor de door hem als aanwezig toegezegde eigenschappen der verkochte zaak, ook al blijken deze later niet aanwezig geweest te zijn, zie p. 44.

50 Zie verder nr. 199. Vergelijk over conformiteit, garantie en toerekenbaarheid ook P. Klik, Tekortkoming, toerekenbaarheid en het instaan voor de kwaliteit van het verkochte, *NTBR* 1999, p. 247.

51 HR 27 juni 1941, *NJ* 1941, 781 m.nt. EMM.

> *plichting in dier voege regelt, dat de rechten ... voor de koper ... worden ingeperkt ...* (mijn curs., PK)[52]

Nadat vervolgens in het *Sigarettenautomaat*-arrest[53] de werking van de verborgen gebreken-regeling werd beperkt tot de species-koop,[54] werd als volgende stap in het *Vouwapparaat*-arrest[55] uitdrukkelijk overwogen dat de afwijking van de verborgen gebreken-regeling ook *stilzwijgend* kan gebeuren. In het arrest opent de Hoge Raad de mogelijkheid om ten aanzien van elke eigenschap een garantie aan te nemen:

> dat pp. bij een overeenkomst, *gelijk in het algemeen t.a.v. enig feit, zo ook bij den koop t.a.v. een eigenschap van de verkochte zaak* uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen overeenkomen, dat de enkele afwezigheid van die eigenschap steeds wanprestatie van den verkoper zal opleveren en den koper de rechten zal geven, die in het algemeen uit wanprestatie voortvloeien ...[56] (mijn curs., PK)

Hiermee kreeg de impliciete garantie een enorm praktisch belang als uitweg voor de verborgen gebreken-regeling, en nam dus ook de belangstelling voor de (rechts)figuur garantie toe.

190. Literatuur: de jaren vijftig

De duidelijke en verstrekkende uitspraak van de Hoge Raad in het *Boomkwekerij*-arrest van 1951[57] met betrekking tot een zekerheidsgarantie kan als beginpunt worden gekozen voor de weergave van opvattingen in de literatuur.[58] Voor eerdere auteurs kan worden verwezen naar het overzicht zoals gegeven door Raaijmakers, die (de ontwikkeling van) het garantiebegrip recent uitvoerig in kaart

---

52 De Hoge Raad wijst vervolgens op het vereiste dat de vordering binnen de korte termijn van art. 1547 moet worden ingesteld, en dat de koper slechts dan aanspraak heeft op volledige schadevergoeding indien de verkoper de gebreken van het goed heeft gekend. Nadrukkelijk liet de Hoge Raad overigens in het arrest in het midden of via een uitdrukkelijk beding aan de toepasselijkheid van de verborgen gebreken-regeling zou kunnen worden ontkomen.

53 HR 16 mei 1952, *NJ* 1953, 459 m.nt. PhANH, *AA* 1952, p. 172 m.nt. J. Drion (*Sigarettenautomaat*-arrest; *Van der Veen/Arza*).

54 Zie later ook HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 252 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK (*Warme drankautomaten*), voor een nadere definitie van de specieskoop. Zie ook Köster in zijn noot, die eerst 'garantie' definieert als 'instaan voor, waarborgen' en vervolgens wijst op de betekenis van 'vrijwaren (wegens verborgen gebreken)' als waarborgen. Hij definieert een garantie in termen van 'in dier voege dat het ontbreken van het feit wanprestatie zal opleveren'.

55 HR 10 mei 1963, *NJ* 1963, 288 m.nt. HB (*Vouwapparaat*-arrest; *Van den Hoek/Smit*). Houwing was een van de raadsheren die dit arrest wees. Zie voor het vervolg van de procedure Hof Arnhem 29 januari 1964, *NJ* 1965, 405.

56 'dat zij dit evenzeer vermogen te doen t.a.v. een eigenschap, waarvan het ontbreken een verborgen gebrek in den zin van vorengenoemde artikelen zou zijn, en zij daarmede dan een andere aansprakelijkheid voor zodanig gebrek overeenkomen dan uit die artikelen zou voortvloeien;'

57 HR 4 mei 1951, *NJ* 1952, 129 m.nt. PhANH, *AA* I (1951) p. 49 m.nt. J. Drion (*Boomkwekerij*-arrest; *De Vries/Gielen*).

58 Zie bijvoorbeeld eerder De Grooth, die diverse keren de term 'garantie' of 'gegarandeerd' gebruikt, zonder dat hij duidelijk aangeeft welke betekenis dit heeft. De verplichting 'in te staan voor wat is' wordt door De Grooth geplaatst *naast* de verplichting tot een doen of geven. Zie G. de Grooth, *De invloed van dwaling op rechtshandelingen*, (preadvies Broederschap der Candidaat-notarissen 1948) Maastricht, p. 61 e.v..

gebracht heeft.[59] Raaijmakers maakt daarbij de tweedeling tussen auteurs die wèl een onderscheid maken tussen prestatie en resultaat (Kuyk, Suyling, Meijers, Schut, Van Opstall, Hijma) en auteurs die dit niet doen (Houwing, Schoordijk, Van Dunné, Hartkamp).[60]

Met betrekking tot een zekerheidsgarantie oordeelde de Hoge Raad in het *Boomkwekerij*-arrest van 1951[61] dat, zo kan men het arrest kort weergeven, het niet-voldoen aan een (zekerheids)garantie gelijk is aan wanprestatie. Het ging om ontbinding van een overeenkomst waarin v.o.f. Gielen en een der vennoten van de v.o.f zich contractueel hadden verbonden er voor in te staan ('er voor instaan en zich sterk maken') dat verpachter Gielen de pacht zou doen overgaan. In lagere instantie was uitgegaan van de garantieplicht als voorwaardelijke verbintenis tot schadevergoeding. Een vordering tot ontbinding werd niet mogelijk geacht. De Hoge Raad overwoog dat de opvatting dat geen sprake was van een *rechtstreekse* verplichting niet kon worden aanvaard. J. Drion en Ph.A.N. Houwing annoteerden het arrest in *Ars Aequi* en de *Nederlandse Jurisprudentie.*, waarbij opvallend is dat Drion moeite heeft om het niet-nakomen van een garantie te zien als wanprestatie, terwijl Houwing hier juist geen problemen ziet.

J. Drion zet in de annotatie helder de verschillende constructies uiteen. In de opvatting gevolgd door rechtbank en hof is de garantieplicht niet anders dan een verplichting tot het betalen van schadevergoeding voor het geval het feit waar men voor instaat niet blijkt te bestaan of in te treden, een voorwaardelijke verbintenis tot schadevergoeding. Een actie voor schadevergoeding is dan ook niet een actie op grond van wanprestatie, maar vordering tot nakoming. Ontbinding is pas mogelijk wanneer de garant weigert aan zijn verbintenis tot schadevergoeding te voldoen. Deze constructie is echter door de Hoge Raad niet gevolgd. In de door de Hoge Raad gevolgde opvatting treden alle gevolgen van wanprestatie voor de garant in, zodra het gegarandeerde feit blijk te ontbreken of uit te blijven.[62] Drion heeft, zo leest men tussen de regels door, moeite met de uitspraak, waarbij de crux met name ligt in het begrip wanprestatie.[63] Hij constateert dat het 'niet-zijn van

---

59 Raaijmakers (2002), zie Hoofdstuk 6. Vergelijk verder nog het overzicht van M.M. van Rossum, zie Rechtskarakter van een garantie, in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer (2002) p. 1 op p. 29-41.

60 Gelet op de samenstelling van de laatste groep is het opmerkelijk dat Raaijmakers ten aanzien van deze groep stelt: 'Het is een vorm van normatief uitleggen', op p. 105. Niet alle door Raaijmakers besproken auteurs komen, om verschillende redenen, in het nu volgende aan de orde. Niet besproken worden Suyling, Meijers, Van Opstall, Hartkamp. Wèl besproken of genoemd worden J. Drion en Bregstein. Zie ook Raaijmakers (2005) onder nr. 3.1, p. 126-127.

61 HR 4 mei 1951, *NJ* 1952, 129 m.nt. PhANH, *AA* I (1951) p. 49 m.nt. J. Drion (*Boomkwekerij*-arrest; *De Vries/Gielen*).

62 Drion wijst er overigens op dat de Hoge Raad in het *Verse koe*-arrest van 1941 reeds van hetzelfde standpunt uitging.

63 'Wanprestatie is het niet of niet-tijdig of niet-behoorlijk voldoen aan een verbintenis tot geven, doen of niet-doen. Hieronder kan men bezwaarlijk brengen het niet-zijn van een gegarandeerd feit. Hoe kan men, aldus het Hof in deze procedure, van wanprestatie van de garant spreken, als van het verrichten of nalaten van een handeling in strijd met een verplichting in het geheel geen sprake is? De verkoper van het schilderij, dat hij garandeerde een Vermeer te zijn, is toch niet verplicht om van het doek een Vermeer te maken als het een van Meegeren blijkt te zijn? De man, die het café overdeed, kan toch niet worden gedwongen een groentenmarkt in de buurt te doen aanleggen?' (p. 50).
Drion lijkt overigens wel zeer snel over deze bezwaren heengestapt te zijn: in zijn annotatie van het *Sigarettenautomaat*-arrest van 1952 meldt hij: 'Nu heeft men wel gemeend, dat als bij een specieskoop het →

een gegarandeerd feit' moeilijk ingepast kan worden in de onderscheiding die bij wanprestatie gemaakt wordt tussen niet, niet-tijdig of niet-behoorlijk voldoen aan een verbintenis tot geven, doen of niet-doen, en concludeert dat de opvatting van de Hoge Raad er toe leidt dat er naast de in art. 1270 genoemde verbintenissen een aparte groep verbintenissen ontstaat, verbintenissen met als onderwerp een garantie.

Ph.A.N. Houwing, die dit met name ook vanuit een eventueel beroep op overmacht benadert, kan zich daarentegen zeer wel vinden in de uitspraak.[64] Hij keert zich tegen de opvatting van het hof:

> Alsof niet wanpraestatie ook zonder dien [handeling of nalaten, PK] mogelijk is, b.v. in talloze gevallen, waarin een contractspartij met enig risico is belast en in zoverre geen beroep op overmacht heeft.[65]

In zijn noot bij het *Sigarettenautomaat*-arrest (*Van der Veen/Arza*) verdedigt Houwing dat *naast* de verplichting om een bepaalde zaak te leveren, de verplichting bestaat om de zaak bepaalde eigenschappen te doen hebben. Op grond van deze garantieplicht aanvaardt de verkoper de verplichtingen zoals in de artt. 1540 e.v. omschreven.[66]

Ook Bregstein onderschrijft in zijn artikel *De samenloop van vorderingen bij gebrekkige levering uit koop* (1957) zeer duidelijk het 'instaan voor' als deel van de verplichtingen van de verkoper.[67]

191. Het door Schut gemaakte onderscheid tussen prestatieplicht en garantieplicht. Onderscheid vervallen in NBW

In zijn oratie *Presteren en garanderen. Over de prestatieplicht van de verkoper en het stilzwijgend garantiebeding* (1965) heeft Schut, mede naar aanleiding van het *Vouwapparaat*-arrest, de plaats van de garantieplicht in het wettelijk systeem en de vraag van de bescherming van de koper door middel van garanties aan de orde

---

geleverde tegenvalt de koper nimmer op grond van wanprestatie kan ageren, omdat de verkoper de specieszaak, die hij leverde, ook moest leveren en dus van wanprestatie niet gesproken zou kunnen worden. Aldus wordt echter voorbij gezien, dat de rechtsgevolgen van de wanprestatie niet alleen intreden bij het niet voldoen aan een verbintenis tot geven, doen of niet-doen maar ook bij het ontbreken of uitblijven van een feit, waarvoor men krachtens wet of overeenkomst moet instaan ...', daarbij verwijzend naar het *Boomkwekerij*-arrest.

64 In zijn annotatie is de kern van het betoog te herkennen dat hij later in zijn artikelenreeks *De inhoud van de verbintenis en de overmacht* in het *WPNR* zal uiteen zetten. Daarin heeft hij met name de gedachte uitgewerkt dat bij niet-nakoming van een 'garantie' niet een beroep moet kunnen worden gedaan op overmacht. Later heeft hij meer expliciet hieraan toegevoegd dat een dergelijke 'garantie' niet onbeperkt is. Zie Ph.A.N. Houwing, Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek afdeling 6.1.8. De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis. De overmacht, *WPNR* 4739-4740 (1962) p. 425, p. 437, op p. 427, verwijzend naar de Memorie van Toelichting en naar zijn eerdere artikel in *WPNR*.

65 Houwing verwijst in dit verband naar HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 (*Burgman/Aviolanda*).

66 Zie de noot bij HR 16 mei 1952, *NJ* 1953, 459 m.nt. PhANH, *AA* 1952, p. 172 m.nt. J. Drion (*Sigarettenautomaat*-arrest; *Van der Veen/Arza*). Houwing verwijst expliciet naar Kuijk. Kuijk sprak over een 'voorwaardelijke' verbintenis.

67 'Welnu: inderdaad leggen artt. 1510, 1527, 1540 op de verkoper een *garantieplicht. Blijkt het verkochte voorwerp toch gebreken te hebben, dan is er dus wanprestatie*' p. 170.

gesteld. Hij kiest er voor de garantie te zien 'als ware zij' een prestatieplicht. 'Prestatie' en 'garantie' blijven voor hem echter plichten van een andere orde.[68]

Schut maakt voor de species-koop uitdrukkelijk onderscheid tussen de garantieplicht en de leveringsplicht:

> De vrijwarings- of garantieplicht verschilt naar wezen en inhoud van de leverings- of prestatieplicht. Waar ze op een en hetzelfde object betrekking hebben, moet men onderscheiden. Bij de specieskoop is dat de identiteit en de kwaliteit van de verkochte zaak. Wat de verkoper moet leveren, is een vraag van identiteit; wat hij moet garanderen is een vraag van kwaliteit. Identiteit en kwaliteit vormen tezamen het bij de overeenkomst beoogde resultaat. De prestatieplicht ziet dus niet op het gehele resultaat maar op een deel ervan. Hetzelfde geldt voor de garantieplicht.[69]

Specifiek over 'garantie' bij koop stelt Schut dat er bij soortkoop geen feitelijke vrijwaring, dat wil zeggen vrijwaring wegens verborgen gebreken, nodig is omdat de verkoper alsnog aan zijn verplichtingen kan voldoen door tijdig een beter exemplaar te leveren. 'Want de verkoper behoeft niets te garanderen zolang hij nog behoorlijk kan presteren'.[70] Dit is slechts anders wanneer de hele soort gebrekkig is. Bij de specieskoop is er volgens Schut ter bescherming van de teleurgestelde koper wel, als eis van billijkheid, een 'garantieplicht'.

Aan Schut's gedachtengang ligt ten grondslag het onderscheid, dat ook uitdrukkelijk in de wet (art. 1270 oud BW) wordt gemaakt (en waar J. Drion eerder ook op wees), tussen verbintenissen om te geven, te doen of niet te doen, vandaar ook het gebruik van de term 'prestatieverbintenis'. Het gaat Schut duidelijk te ver om het 'instaan voor' de kwaliteit als een 'geven, doen of niet doen' te zien en op te nemen in het begrip prestatieverbintenis, vandaar dat hij de weg van de garantie 'als ware zij een prestatieplicht' volgt.[71]

Wat bij een weergave van de opvattingen van Schut in zijn oratie niet onvermeld kan blijven, is dat Schut zelf later, in Asser-Schut V-I (1981), heeft moeten erkennen dat het Ontwerp NBW van een andere zienswijze uitgaat. De introductie van 'conformiteit' beschrijvend meent hij dat de verplichting tot feitelijke vrijwaring deel is geworden van de verplichting tot het verschaffen van een zaak die aan de overeenkomst beantwoordt. 'Prestatie (geven van een zaak) en garantie (instaan voor de eigenschappen van de zaak) gaan zo hand in hand.'[72] Schut stelt dat in het Ontwerp de garantieplicht niet meer als een zelfstandige hoofdverplichting wordt gezien. 'Ze is opgegaan in de algemene prestatieplicht en daarvan niet meer te onderscheiden.'[73] Hij waarschuwt echter voor het gevaar dat 'dit wezen-

---

68 'Maar hoe ook prestatie- en garantieplicht worden gecombineerd, het blijven naar mijn oordeel twee *verschillende* verplichtingen, die niet tot elkaar kunnen worden herleid noch in hogere eenheid kunnen worden samen gebracht.' p. 5.

69 Zie p. 11. Zie ook op dit punt later Asser-Schut V-I (1981) p. 181.

70 p. 6.

71 'Bedoelde garantie betreft immers niet de inhoud maar de uitvoering van de verbintenis. Zij ziet op de voorwaarden die aanwezig moeten zijn om het bij de overeenkomst beoogde resultaat tot stand te brengen, niet op het resultaat zelf.' op p. 4.

72 Asser-Schut V-I (1981) p. 180.

73 Zie ook G.H.A. Schut, Koop en ruil in het nieuw BW, *NJB* 1981, p. 1141 op p. 1144 ('De prestatieplicht wordt ... tevens een garantieplicht.').

lijk element van de prestatieplicht over het hoofd wordt gezien' en voor het gevaar dat de garantieplicht wordt bezien vanuit de gedachte van de schadevergoedingsplicht. Onder verwijzing naar zijn oratie concludeert hij: 'In beide gevallen wordt de eigensoortigheid van de garantieplicht miskend.'[74] Hoewel hij spreekt over garantie als 'wezenlijk *element van* de prestatieplicht', lijkt hij toch aan zijn opvattingen vast te houden.[75]

Bij een waardering van Schut's opvattingen kan men – het feit dat Schut zelf heeft moeten erkennen dat het Ontwerp NBW van een andere zienswijze uitgaat nog buiten beschouwing gelaten – het door hem in de oratie gemaakte onderscheid vergaand relativeren door te wijzen op zijn visie op de rechtsgevolgen. Schut is van oordeel dat aan schending van een garantieplicht in beginsel alle rechtsgevolgen kunnen worden verbonden die uit wanprestatie voortvloeien.[76] Drion toont zich niet overtuigd door het door Schut gemaakte onderscheid tussen prestatie en garantie, tussen inhoud en uitvoering van de overeenkomst, en merkt op dat, aangezien Schut de rechtsgevolgen hetzelfde acht, de vraag is wat juridisch gezien het verschil dan nog is.[77]

Bovenstaande ziet niet op overmacht. Ten aanzien van een beroep op overmacht is er naar de mening van Schut wel een verschil in rechtsgevolgen: wanneer een garantieplicht niet wordt vervuld, is een beroep op overmacht niet mogelijk. 'Het laatste volgt dan uit het wezen van de garantie, hoewel het denkbaar blijft dat ook bij een garantie beroep op bepaalde overmachtsfeiten mogelijk blijft.'[78]

192. Latere literatuur: wel of geen onderscheid tussen prestatieplicht en garantieplicht

Voortbordurend op een eerdere publicatie (zijn inleiding voor de Vereniging voor Bouwrecht 1985, waarin hij typen garanties onderscheidde) heeft Van Dunné in 1987 regels voor door de verkoper te geven 'garanties' ontwikkeld. De verkoper – de regels kunnen in beginsel ook bij andere overeenkomsten worden gebruikt – staat in voor de kwaliteit van de verkochte zaak, geschiktheid van de zaak voor gebruik en voor zijn deskundigheid en vakmanschap.[79] Van Dunné zegt in deze regels de kern van de verborgen gebreken-regeling in ere te willen herstellen.[80]

74 Asser-Schut V-I (1981) p. 181.

75 Zie ook G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1977) p. 68, 2e dr.; op p. 75, 3e dr.; op p.103, waar hij over prestatie- en garantieplicht spreekt. Hij tekent hierbij echter aan dat meestal sprake is van een combinatie van prestatie en garantie. 'De verkoper verbindt zich een bepaalde zaak te leveren onder de garantie dat ze vrij is van verborgen gebreken.'

76 Schut (1965) p. 5.

77 Zie p. 292-293. Zie over Schut's oratie ook C.P. Aubel, Stilzwijgende garantie of billijkheid?, in: *Goed en trouw* (Van der Grinten bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1984) p. 315.

78 p. 5. Zie ook p. 19: 'Beroep op overmacht zal bij een garantie, ook een stilzwijgende, meestal niet mogelijk zijn; niettemin is het denkbaar dat partijen stilzwijgend bepaalde overmachtsfeiten van de garantie hebben uitgesloten.' Schut suggereert verschillende mogelijkheden voor een 'beperkte' garantie, zie p. 18-19.

79 Zie J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 1 Contractenrecht*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4 § 3 nr. 7, p. 488-491, met verwijzing naar Engels recht en de noot van Wachter bij het arrest Van *Kessel/Werklust*.

80 In deze beschrijving ligt besloten het verwerpen van een onderscheid tussen prestatie en resultaat. Zie ook Raaijmakers (2002) p. 111.

Naar aanleiding van het *Hoog-Catharijne*-arrest is Van Dunné ook uitgebreid ingegaan op het aspect van de uitleg. Ten aanzien van de garantie stelt hij dat het een rechtsfiguur is met een hoogst onzekere betekenis, 'die dus bij uitstek aan uitleg onderworpen moet worden, in het licht van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden.'[81]

Schoordijk heeft in *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht* bij de bespreking van overmacht aandacht besteed aan de betekenis van een 'garantie'. Hij wijst het onderscheid tussen prestatieplicht en garantieplicht af. 'Wie in overmacht verkeert, wie stelt, dat het uitblijven van prestatie hem niet kan worden toegerekend betoogt dat én zijn prestatie- én zijn garantieplicht niet zo ver reiken als de wederpartij betoogt.' In een noot stelt hij vervolgens:

> M.i. identieke, niet te scheiden begrippen. Wie zich verbindt om te geven, neemt - al naar mate de interpretatie van de toezegging - daarmede inherent een hoog of laag aan te merken garantieverplichting dat er gegeven zal worden op zich.[82]

en zie ook het volgende:

> Mèt de Hoge Raad acht ik de tweedeling in verplichtingen om te geven, te doen en niet te doen enerzijds en garantieverplichtingen anderzijds heilloos.[83]

De opvatting van Schut is ook bestreden door Hammerstein, die zich bij de opvatting dat de garantieplicht kan worden opgevat als ware zij een prestatieplicht weinig kan voorstellen.[84] Hij zelf acht de garantie 'in essentie een onderdeel van een overeenkomst, waarbij uitdrukkelijk of stilzwijgend de aansprakelijkheid van een contractspartij wordt verruimd.'[85]

Raaijmakers stelt dat nu duidelijk is dat een garantie niet, zoals wel eerder in de Nederlandse literatuur is beweerd, een afzonderlijke rechtsfiguur is. In zijn dissertatie concludeert hij dat er nog altijd geen duidelijke begripsvorming is. De tendens om prestatie en resultaat te scheiden heeft geleid tot een onduidelijke plaats

---

81 J.M. van Dunné, Onderzoeks- en spreekplichten bij bedrijfsovername. Hoe 'due' is 'due diligence' sinds Hoog Catharijne?, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1997) p. 399 op p. 411, ook in Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 2, § 2 nr. 14, p. 186 e.v., geciteerde op p. 190.

82 H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (1979) p. 185. Zie ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 1 Contractenrecht*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 6 § 3 nr. 2, p. 733-734, nr. 4, p. 741-743.

83 Op p. 194, verwijzend naar het *Boomkwekerij*-arrest, HR 4 mei 1951, *NJ* 1952, 129.

84 Hammerstein heeft, naar aanleiding van het arrest, garanties opnieuw aan een onderzoek onderworpen. In zijn bijdrage *Garanties zijn geen garanties* stelt hij dat de belangrijkste les van het arrest is dat het begrip garantie in juridisch-dogmatische zin geen vaste betekenis heeft en dat het opnemen van het woord garantie geen zekerheid biedt ten aanzien van de betekenis ervan. Zie A. Hammerstein, Garanties zijn geen garanties, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1997) p. 389 op p. 392.

85 Hammerstein (1997) p. 393. Hammerstein suggereert overigens een beperkte reikwijdte van de garantie in het kader van bodemverontreiniging: 'Daarmee is het nadeel van absolutering van garanties (denk aan de koop van vervuilde grond) beperkt', p. 396.

van de garantie in het verbintenissenrecht.[86] Raaijmakers wijst er op dat de enge en feitelijke interpretatie van de prestatie uit de tijd lijkt te zijn geraakt, waarbij hij wijst op het meer op de voorgrond treden van risicoverdeling en – voor de koopovereenkomst – op de invoering van het conformiteitsvereiste.[87] In een recente publicatie omschrijft Raaijmakers de garantie naar Nederlands recht als volgt:

> Ik denk dat we het bij gebreke van (sic) een echt zelfstandig rechtskarakter moeten houden op een figuur die in de praktijk op velerlei manieren wordt gebruikt en die steeds moet worden uitgelegd om vast te stellen wat de juridische gevolgen van dat gebruik zijn. Het is meer een praktijkbegrip dan een rechtsfiguur.[88]

De zojuist genoemde auteurs wijzen het onderscheid tussen prestatieplicht en garantieplicht dus af. De enige auteur die heden ten dage hier nog aan vasthoudt is Hijma. In Asser-Hijma bouwt hij zijn betoog met betrekking tot de inbedding van de conformiteitsregel op vanuit de constatering dat de wet de verkoper niet verplicht tot enig geven, doen of nalaten, maar slechts aangeeft dat *de zaak* aan de overeenkomst moet beantwoorden. Zelfs de constatering dat art. 6:27 de verkoper bepaalde verplichtingen oplegt brengt hem er niet toe dit onderscheid te verlaten.[89] Zijn bezwaar tegen de term 'garantieverbintenis' is onder meer[90] dat dit niet duidelijk maakt 'hoe de afwezigheid van het primaire prestatieve element precies in het verbintenisrechtelijke systeem kan of moet worden ingebed'. Dit brengt hem er toe om over 'de verbintenis van de verkoper dat het afgeleverde niet van de overeenkomst afwijkt' (conformiteit) te spreken als een resultaatsverbintenis waaraan de prestatieplicht ontbreekt ('kale resultaatsverbintenis') of 'resultaatsverbintenis zonder primaire prestatieplicht'.[91] Hijma kiest, zonder expliciet naar hem te verwijzen, voor de oplossing die destijds door Schut in zijn oratie werd verdedigd: hij bepleit dat 'zo dicht mogelijk bij het model van een normale (prestatieve) resultaatsverbintenis wordt aangesloten'.[92]

---

86 Raaijmakers tekent hierbij aan dat eigenlijk alleen voor degenen die wel het onderscheid maken, dit een wezenlijk discussiepunt is. 'Voor hen die geen principieel onderscheid maken, is de verhouding tussen resultaat en prestatie waarschijnlijk een vanzelfsprekendheid waaraan ze niet veel woorden wensen vuil te maken. De garantie gaat dan simpelweg op in het geheel.' Raaijmakers (2002) p. 111.

87 Raaijmakers (2002) p. 111.

88 Raaijmakers (2005) op p. 124. Expliciet wijst Raaijmakers hier ook het onderscheid tussen prestatie en resultaat af.p. 126. 'Anders dan Hijma, meen ik dat prestatie en resultaat hierbij één en ondeelbaar zijn. De vraag *of* de schuldenaar presteert kan niet los worden gezien van de vraag *hoe* hij presteert. Niet-nakoming is niet een wezenlijk andere figuur dan niet-behoorlijke nakoming.'

89 Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 328. Zie ook J. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht. Leidraad voor het NBW*, Deventer: Kluwer (9e dr.; 2005) nr. 299 over 'kale verplichtingen' die geen verbintenis zijn (maar wel afdwingbaar).

90 Zijn eerste bezwaar tegen de term 'garantieverbintenis' is dat deze term het gevaar in zich draagt dat bij de vraag of (volledige) schadevergoeding moet worden toegekend 'mitigerende vervolgleerstukken' (overmacht, causaal verband, eigen schuld) aan het gezicht worden onttrokken. Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 328.

91 Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nrs 328-330. Eerder kritiseerde ik termen als 'kale resultaatsverbintenis', 'prestatieve resultaatsverbintenis', en 'geamputeerde resultaatsverbintenis', door Hijma gebruikt in nrs. 330 en 384, als niet erg verhelderend, zie P. Klik en A.H.F.M. Wijers, Dwaling, conformiteit en garantie: vervagende grenzen in het kooprecht, *TvC* 1995, p. 77 op p. 84 noot 52.

92 Zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 330. Hijma wijst de benadering waarin slechts sprake is van een voorwaardelijke verbintenis tot schadevergoeding (de prestatieplicht is niet gelegen in het bewerkstelligen van conformiteit, maar in betaling van schadevergoeding bij non-conformiteit) af als minder gelukkig en niet passend bij de →

Naar mijn mening is er naar huidig recht bij conformiteit geen *fundamenteel* verschil tussen de prestatieverbintenis en de garantieverbintenis, tussen 'gewone' tekortkoming en tekortkoming die gebaseerd is op niet-voldoen aan de (kwaliteits-) garantie. Het argument dat de garantie niet strekt om iets te geven, te doen of niet te doen (prestatief karakter ontbeert) spreekt niet aan. Vanuit de vaststelling dat de wet de verkoper niet verplicht tot enig geven, doen of nalaten, maar slechts aangeeft dat *de zaak* aan de overeenkomst moet beantwoorden, kan men zonder bezwaar redeneren dat het onderscheid tussen 'verplichting' (verbintenis) van de persoon en aan de *zaak* te stellen eisen in deze context weinig zinvol is en dat beoogd wordt een verplichting op de verkoper te leggen er voor zorg te dragen (garantie) dat het geleverde conform is. Om P-G Berger voorafgaand aan het *Boomkwekerij*-arrest te parafraseren: 'Wie zich voor een zaak sterk maakt, verbindt zich zelf en niemand anders'.[93] Daar komt bij dat de beschrijving van (prestatie)verbintenis als verbintenis om te geven, te doen of niet te doen in het huidig recht *inhoudelijk* geen rol meer speelt. Art. 1270 oud BW, waarin de omschrijving expliciet was neergelegd, is in het huidig BW ook niet overgenomen.[94] De gedachte dat geen sprake zou zijn van een 'prestatie' kan niet beslissend zijn. Het huidig BW gaat bij het conformiteitsbegrip ook van een andere opvatting uit, zoals ook Schut, de belangrijkste voorstander van het onderscheid tussen prestatieplicht en garantieplicht, later heeft moeten erkennen.

Wanneer men de discussie voert vanuit de systematiek – en bijvoorbeeld Hijma doet dit expliciet – kan men mijns inziens twee doeleinden onderscheiden, namelijk het meer inzichtelijk maken van de essentie en grenzen van een rechtsfiguur (hetgeen het oordeel of een feitelijke situatie al dan niet onder die rechtsfiguur gebracht kan worden vergemakkelijkt) en het vaststellen van mogelijke rechtsgevolgen. Ten aanzien van het eerste moet men eerst naar de essentie van 'verbintenis' toe, namelijk een (concreet) 'gehouden zijn' of gebondenheid. Een verder 'systematiserend' onderscheid, zoals in prestatie en resultaat, is in casu niet verhelderend, maar lijkt eerder een onnodige tegenstelling te creëren.[95] In de discussie wordt de tegenstelling uitvergroot wanneer men de volgende stap zet, namelijk naar de rechtsgevolgen. Cruciaal in de discussie over rechtsgevolgen is steeds de vraag hoe men nakoming kan afdwingen van een garantieplicht. Drion

---

inbedding van art. 7:17 in de kooptitel. Opvallend is dat Hijma in zijn bewerking van Asser-Schut niet verwijst naar Schut's oratie, zie slechts in nr. 328, en hetgeen Schut vervolgens in Asser-Schut over deze problematiek heeft vermeld.

93 Vergelijk ook Berger voorafgaand aan het *Verse koe*-arrest, over de mogelijkheid van samenloop van de verborgen gebreken-regeling en wanprestatie: 'Gelijk Losecaat-Vermeer (Gedenkboek B. W. blz. 518-519) opmerkt, ziet de (aldaar aangehaalde) rechtspraak, waarbij dit wordt ontkend, over het hoofd, dat de verplichting om de bepaalde zaak te leveren niet de eenige verplichting des verkoopers is en dat ook de garantie of toezegging deel der overeenkomst uitmaakt, zoodat ook het ontbreken van eene eigenschap, waarvoor de verkooper heeft in te staan, schending van eenen contractueelen plicht, m.a.w. wanpraestatie oplevert.' (onder verwijzing naar Meijers, Van Oven, Ruitinga en Van Brakel).

94 Zie over meer processuele aspecten voor de verbintenis om te geven Asser-Hartkamp 4-I (12e dr.; 2004) nr. 641; voor de verbintenis om te doen Asser-Hartkamp 4-I (12e dr.; 2004) nr. 643; voor de verbintenis om niet te doen Asser-Hartkamp 4-I (12e dr.; 2004) nr. 646. Zie ook art. 3:307 BW over de verjaringstermijn van een verbintenis tot een doen.

95 Zo ook Raaijmakers (2002).

gebruikt het op zich aansprekende voorbeeld dat men de verkoper van een schilderij van Vermeer, dat echter later van de hand van meester-vervalser Van Meegeren blijkt te zijn, niet kan dwingen zelf een Vermeer te schilderen.[96] Het lijkt echter niet nodig om uitsluitend op grond van het feit dat geen 'nakoming' gevorderd zou kunnen worden een onderscheid in soorten verbintenissen te maken.[97]

193. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Naar huidig recht is er geen *fundamenteel* verschil tussen 'gewone' wanprestatie en wanprestatie die gebaseerd is op niet-voldoen aan de garantie.[98] De enige betekenis die bij het vaststellen van de verplichtingen aan een 'garantie' kan toekomen, is het verduidelijken van de verplichtingen of, zie bijvoorbeeld in die zin Hammerstein, het *verruimen* van de verplichtingen. De praktische betekenis van het laatste hangt uiteraard samen met de vraag hoe men de verplichtingen van de verkoper *sec*, dus zonder 'garantie' ziet. Dit is de kwestie van een enge of ruime uitleg van conformiteit.

6.4 De expliciete en de stilzwijgende garantie

194. Expliciete en stilzwijgende garantie: oud recht

In veel beschouwingen wordt onderscheid gemaakt tussen een expliciete en een stilzwijgende garantie. Dit onderscheid kan hier kort worden besproken. In deze beschouwingen wordt mijns inziens ten onrechte geen aandacht besteed aan het wettelijk karakter van de kwaliteitsgarantie[99] en wordt onvoldoende de consequentie getrokken uit de functie van de 'stilzwijgende' garantie als uitweg om aan de verborgen gebreken-regeling te voorkomen.[100]

Schut plaatst de 'stilzwijgend overeengekomen' garantie in het kader van de bedongen garantie. Hoewel zijns inziens bij een stilzwijgend garantiebeding nog moeilijker is vast te stellen waartoe partijen zich hebben willen verbinden dan wanneer de afspraak uitdrukkelijk is gemaakt, meent hij dat de tegenstelling 'uitdrukkelijk en stilzwijgend garantiebeding' minder scherp is dan uit haar formulering voortvloeit.[101] Verder maakt Schut onderscheid tussen de 'billijkheidsgaran-

96 'Wanprestatie is het niet of niet-tijdig of niet-behoorlijk voldoen aan een verbintenis tot geven, doen of niet-doen. Hieronder kan men bezwaarlijk brengen het niet-zijn van een gegarandeerd feit. Hoe kan men, aldus het Hof in deze procedure, van wanprestatie van de garant spreken, als van het verrichten of nalaten van een handeling in strijd met een verplichting in het geheel geen sprake is? De verkoper van het schilderij, dat hij garandeerde een Vermeer te zijn, is toch niet verplicht om van het doek een Vermeer te maken als het een van Meegeren blijkt zijn? De man, die het café overdeed, kan toch niet worden gedwongen een groentenmarkt in de buurt te doen aanleggen?' J. Drion, noot bij Boomkwekerij-arrest, *AA* 1951 p. 49 op p. 50.

97 Zie anders Schut (1987) p. 103: 'een garantie kan slechts worden waargemaakt'.

98 Vergelijk Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 340. Terzijde merk ik op dat veel van de vragen die nu over 'Obliegenheiten' worden gesteld, in het verleden gesteld werden over garanties.

99 Zie § 2.2.

100 Zie wel in die zin G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992) p. 125-126.

101 G.H.A. Schut, *Presteren en garanderen. Over de prestatieplicht van de verkoper en het stilzwijgend garantiebeding*, (oratie) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1965), ook in: *De iure*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1983) p. 1 op p. 17-18.

tie' (garantie op grond van gewoonte of billijkheid) en de bedongen garantie.[102] Ondanks dat Schut in dat laatste kader nadrukkelijk de beperkingen van de verborgen gebreken-regeling in ogenschouw neemt, komt hij niet expliciet tot de stelling dat de 'stilzwijgende' garantie in feite een correctie is op (de toepassing van) de verborgen gebreken-regeling.[103] Wel citeert Schut met instemming op dit punt Scholten:

> Zulke ficties zijn voor de rechtsontwikkeling van groot belang geweest en zij zullen het blijven; zij dienen mede om de voortdurende botsing tusschen nieuwen eisch en bestaand systeem op te lossen, doch ze zijn ficties en worden daarom waardeloos, zoodra zij als zodanig worden ingezien.[104]

De impliciete garantie naar oud recht kan naar mijn mening beter worden gezien als de wettelijke 'garantie' van de verborgen gebreken-regeling die de koper toekomt, maar die slechts via de 'omweg' van de stilzwijgende garantie kan worden toegekend.

195. Expliciete en stilzwijgende garantie: huidig recht

Naar huidig recht hoeft men niet meer te spreken van een fictie. Met de introductie van conformiteit en het vervallen van de verborgen gebreken-regeling is de omweg niet meer nodig. Hijma erkent ook dat naar huidig recht bij de kwaliteitsverplichting van de verkoper de garantie als fictie niet meer nodig is waar hij, in de context van de stilzwijgende garantie, over de *conformiteitsgarantie* het volgende zegt:

> Nu het gememoreerde voordeel [ontkomen aan de werking van de verborgen gebreken-regeling, PK] inmiddels is verdwenen en art. 7:17 een algemene wettelijke conformiteitsgarantie biedt, is mijns inziens niet te verwachten dat de figuur der stilzwijgend afgesproken garantie nog veelvuldig zal worden aangetroffen.[105]

Door het blijven hanteren van de 'expliciete garantie' werkt men echter ook misverstanden in de hand. Al snel wordt de indruk gewekt dat een bepaalde kwaliteit door partijen expliciet afgesproken had moeten worden, de koper had als het ware 'dan maar om een garantie moeten vragen'. Een voorbeeld in die zin is te vinden bij Kleijn. In het kader van bodemverontreiniging stelt hij dat de koper er beter aan doet een garantie van de verkoper te vragen dat er geen gif in de grond zit, hieraan toevoegend dat er veel voor te zeggen is om aan te nemen dat het 'gifvrij'

---

102 p. 20. Hij merkt hierbij op: 'Met Meijers, Scholten, Eggens e.a. ben ik van mening dat het onwaarachtig is de stilzwijgende wilsverklaring te gebruiken als substituut voor wat de billijkheid voorschrijft.' Dit thema van *Stilzwijgende garantie of billijkheid?* is later door Aubel in een bijdrage aan de Van der Grinten-bundel (1984) verder uitgewerkt; Aubel onderzoekt de zin van het werken met een fictie als het stilzwijgende garantiebeding in vergelijking tot rechtstreekse toetsing aan de billijkheid.

103 p. 14

104 Zie Scholten in Algemeen Deel (1934) p. 71, geciteerd door Schut (1965) in noot 62. Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 339: 'De figuur der *stilzwijgende* garantie balanceert op de grens van de fictie.'

105 Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 339.

zijn van de grond zo essentieel is, dat de verkoper daarvoor ook *zonder garantie* dient in te staan, zeker als het een min of meer gevaarlijk gif is.[106] Waar Kleijn over 'garantie' spreekt, bedoelt hij 'expliciete' garantie. Zoals hij echter zelf ook aangeeft, moet de verkoper ook 'zonder garantie' voor kwaliteit instaan.

Een visie waarin conformiteit en (stilzwijgende) garantie gelijkgeschakeld worden is te vinden in de conclusie van A-G Huydecoper voorafgaand aan HR 19 december 2003.[107] Na te zijn ingegaan op het onderdeel in het cassatiemiddel over conformiteit, vervolgt hij met bespreking van het onderdeel met betrekking tot de garantie, waarbij het volgende stelt:

> In wezen wordt hier niets anders betoogd dan in onderdeel 1.6: tussen de verplichting om in te staan voor (de mogelijkheid van) onbelemmerd gebruik van het verkochte en een stilzwijgende garantie ten aanzien van dat gebruik, bestaat inhoudelijk geen relevant verschil. Het met betrekking tot onderdeel 1.6 gezegde geldt daarom ook hier.[108]

196. Implied terms en uitleg

In dit verband kan worden gewezen op het Engelse recht, waar weliswaar onderscheid wordt gemaakt tussen *express terms* en *implied terms*,[109] maar via een ruimhartig gebruik van de *implied term* het onderscheid ook verregaand kan worden gerelativeerd.[110]

Naar Nederlands recht is de gedachte dat sommige dingen vanzelfsprekend zijn en niet uitgesproken hoeven te worden, waardoor het onderscheid tussen expliciet en impliciet verdwijnt, ook bekend. Al in 1862 spreekt Van Sasse van IJsselt in zijn dissertatie over hetgeen de verkoper 'als het ware stilzwijgend te kennen geeft' in relatie tot 'instaan voor':

> Waarom moet hij daarvoor instaan? De beantwoording dier vraag ligt hierin, dat de kooper alleen reeds door zijn verlangen zich eene zaak aan te schaffen, te kennen geeft, dat hij eene zaak wil hebben, die hij gebruiken kan, eene zaak, die eigenschappen bezit, die gewoonlijk aan dergelijke zaken, waarde en nut geven, en als nu verkooper zijne aanvraag beantwoordt *en nog meer als hij hem eene zaak te koop aanbiedt, geeft hij als het ware stilzwijgend te kennen* 'zie daar hebt gij eene zaak, die gij gebruiken kunt,' en die dat zegt moet zich omtrent de omstandigheden der aangebodene zaak zóó vergewist hebben, dat hem geen gebrek moet geacht worden, te zijn ontsnapt. Immers hij had allen tijd om zich er van te vergewissen; van daar dat ook verborgene gebreken ten nadeele van verkooper komen. (mijn curs., PK)[111]

---

106 W.M. Kleijn in: W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, Preadviezen voor de gecombineerde vergadering jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985, Deventer: Kluwer (1985) p. 94.

107 HR 19 december 2003, *LJN* AN7823, *JM* 2004, 80 m. m.nt. Bos.

108 nr. 13.

109 Het onderscheid is bijvoorbeeld van belang voor de werking van de *parol evidence rule.*

110 Hierbij kan met name worden gewezen op de rol van een *term implied in fact.* Vergelijk verder *Anson*, waarin wordt vermeld dat er bij een zorgvuldig geredigeerd en gedetailleerd contract weinig plaats is voor het inlezen van een *term implied in fact.* Anson (1998) p. 145. Zie ook J.M. van Dunné, Normatieve uitleg à l' anglaise. Investors Compensation Scheme (1998) als de Engelse Haviltex-zaak, in: *Contracteren internationaal* (Grosheide-bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006), p. 103 op p. 115-116.

111 p. 2-3.

Zie ook, in de context van dwaling, Meijers. In een annotatie bij een dwalingsarrest inzake de ondermaat van onroerend goed stelde Meijers al dat het gaat om '... een omstandigheid die een contractant *ook zonder verklaring der wederpartij mag verwachten* ... .'[112] De stap naar een op 'normaal gebruik' lijkende formulering wordt gezet in een volgende annotatie, bij het *Doorverkochte loods*-arrest, waar Meijers als grond voor dwaling geeft dat het '... een omstandigheid betreft waaromtrent alleen hierom door de wederpartij geen verzekering is gegeven, *omdat zij als vanzelfsprekend mocht beschouwd worden.*'[113] Van Meijers is ook de bekende observatie dat 'een stoel is om op te zitten en een pen om mee te schrijven'.[114]

In dezelfde zin Paquay die het woord 'garantie' zonder precisering gebruikt, maar aangeeft dat het gebruik van garanties zinvol was in de context van het oude recht en dat er naar nieuw recht een garantie van rechtswege is voor normale functionaliteit.[115] Paquay betoogt dat voor (gegarandeerde) normale functionaliteit geen onderzoeksplicht bestaat.

Erkend moeten worden dat de figuur van de impliciete garantie uiteraard zijn grenzen kent. Algemeen wordt echter, zie ook de boven geciteerde auteurs, een impliciete garantie aangenomen worden voor dingen die inderdaad als vanzelfsprekend mogen gelden.[116] Dit hangt uiteraard weer van de omstandigheden af, waarbij van belang kan zijn hetgeen van de kant van de verkoper meegedeeld is

112 HR 25 april 1937, *NJ* 1937, 1059 m.nt. EMM (ondermaat van onroerend goed).

113 HR 21 februari 1947, *NJ* 1947, 269 m.nt. EMM. Zie ook reeds E.M. Meijers, Opmerkingen omtrent het leerstuk van de dwaling, *WPNR* 2749-2752 (1922) p. 385, p. 397, p. 405, p. 417, ook in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* derde deel, Leiden: Universitaire Pers (1955), p. 106. Zie ook duidelijk, Meijers' gedachten weergevend, A.W. Hellema, *Dwaling over toekomstverwachtingen*, (oratie) Deventer: Kluwer (1972) p. 11: 'De gevraagde vernietiging zou gerechtvaardigd kunnen zijn indien de wederpartij die veronderstelde eigenschappen zelf noemde of het aanwezig zijn suggereerde door niets te zeggen, omdat ze normaliter te verwachten waren. Dan is die wederpartij bij de dwaling van de koper betrokken.'

114 Dit wordt bijvoorbeeld weer aangehaald door Castermans, die bij de bespreking van (de onderzoeksplicht van de wederpartij) opmerkt dat het veelal een kwestie van ervaring en gezond verstand is als het er om gaat vast te stellen welke aspecten gewoonlijk van essentieel belang zijn, zie A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1992) op p. 93. Castermans grijpt terug op Meijers, zie zijn eerdere verwijzing, in de context van de eis van 'kenbaarheid', op p. 59 naar Meijers (1922) p. 407. Zie ook, maar dan geplaatst in de sleutel van garantie, S. Gerbrandy, De omstandigheden op de grens tussen dwaling en wanprestatie, *WPNR* 5959 (1990) p. 285 op p. 285: 'Men kan zich moeilijk voorstellen dat de leverancier van een tafel, aangesproken terzake van wanprestatie, met succes zou kunnen aanvoeren: 'ik heb nooit gegarandeerd dat alle poten even lang zouden zijn."

115 Zie Paquay (1992) p. 125-126: 'Het hanteren van het begrip 'garantie' in de literatuur heeft in dit verband zin tegen de achtergrond van de verouderde speciale koopregeling in het BW. De verplichtingen van de verkoper zijn daarin eng omschreven. Het meerdere waartoe de verkoper niettemin gehouden is, kan, afgezet tegen die wettekst, worden gezien als een extra 'garantie'. Door de regel van art. 7:17 die ook vóór 1 januari 1992 als geldend recht kon worden beschouwd, is de zin van het onderscheid vervallen en kan men spreken van de prestatieplicht van de verkoper.' Zie verder p. 49. 'Die garantie gaat op in de conformiteit.', p. 38, zie verder hoofdstuk III nr 6.1. en 6.7.

116 Zie ook Asser-Kamphuisen (1960) p. 91: '.... wanneer een zaak verkocht wordt mag de koper veronderstellen, dat deze geen abnormale, niet zonder meer te ontdekken, eigenschappen heeft en abnormaal zijn in dit geval eigenschappen, welke het gebruik, dat algemeen van een zaak als de onderhavige gemaakt wordt, verhinderen of ernstig belemmeren. Als ik een parapluie koop mag ik verwachten dat de stof behoorlijk waterdicht is, ook zonder dat ik mij daaromtrent informeer.'

over het 'soort' zaak.[117] De impliciete garantie hoeft echter niet beperkt te zijn tot de contractuele impliciete garantie; de wettelijke garantie moet hierbij in de beschouwingen betrokken worden. Er is in ieder geval geen reden om de terughoudendheid die onder het oude recht wel bepleit werd ten aanzien van de impliciete garantie op dezelfde manier naar huidig recht te beschouwen. Dit hangt samen met de functie van garantie, die in de volgende paragraaf aan de orde komt.

197. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

In de context van de vraag naar de werking van de garantie[118] is een onderscheid tussen een garantie die door een partij zelf wordt geformuleerd ('ik garandeer', etc.) en een garantie die uit de omstandigheden kan worden afgeleid niet zinvol.[119] Vergelijk bijvoorbeeld de jurisprudentie over het opleggen van een bouwplicht, die in § 6.6 in de vorm van een bespreking van de *Maassluis*-arresten aan de orde komt: door het opleggen van een bouwplicht is de gemeente aansprakelijk voor (on)geschiktheid van de grond, alsof zij gezegd heeft 'ik garandeer dat de grond voor bebouwing geschikt is'. Mijn voorkeur gaat er naar uit de 'garantie' als wettelijke kwaliteitsgarantie als deel van de overeenkomst te zien.[120] Daarmee wordt, zeker bij een ruime uitleg van de garantie, aan de tegenstelling tussen expliciete en de stilzwijgende garantie grotendeels het belang ontnomen.

6.5 Functies van garanties

198. Functies van garanties

De eerdere constatering dat een garantie moet worden uitgelegd ligt voor de hand.[121] Algemeen aanvaard is immers dat een garantie niet alle oorzaken van tekortkoming of schade hoeft te betreffen. Een partij kan het risico ter zake van sommige omstandigheden wel en het risco voor andere omstandigheden niet op zich nemen. Wanneer een partij dit specifiek aangeeft, wordt dit niet als probleem gezien. Waarom zou hetzelfde niet gelden wanneer de garantie minder gedetailleerd uitgewerkt is en wellicht alleen de term 'garantie' is gebruikt. Door middel van uitleg moet worden vastgesteld of er een garantie is, wat voor soort garantie en welke rechtsgevolgen uit de garantie voortvloeien.

117 'Wij hebben tot nog toe aangenomen, dat de zaak verkocht was zonder enige uitdrukkelijke garantie. Het komt echter herhaaldelijk voor, dat de verkoper de aanwezigheid van een bepaalde eigenschap of de afwezigheid van een bepaald gebrek uitdrukkelijk garandeert: hij staat ervoor in, dat de locomobiel een bepaalde aantal Pk heeft of dat de verkochte hond niet vals is. Tussen beide uitersten – in het geheel geen garantie en uitdrukkelijke garantie – liggen overgangsvormen: zo kan uit de naam, waaronder een zaak verkocht is (rijpaard, Rembrandt) een bepaalde hoedanigheid worden afgeleid, welke mogelijk – uiteindelijk hangt dit van de interpretatie van de overeenkomst af – een zekere garantieverplichting met zich brengt.' Asser-Kamphuisen (1960) p. 91.

118 Zie verder § 6.5.

119 Zie ook in deze zin Hammerstein (1997) op p. 395-396. Zie op p. 395 'Een dergelijk onderscheid staat haaks op de moderne leer van het contractenrecht.' en 'Het karakter van de garantie brengt mee dat geen sacrale woorden behoeven te worden gebruikt.'

120 Zie § 2.2.

121 Zie eerder § 6.3.

Wèl kunnen verschillende functies worden onderscheiden die traditioneel aan een garantie worden toegekend. Vaak wordt een garantie bijvoorbeeld gekoppeld aan 'overmacht', in de zin dat een gegeven garantie het beroep op overmacht afsnijdt. In zoverre heeft de garantie ook een duidelijk praktisch belang. In het kader van het betoog in dit hoofdstuk is van belang onderscheid te maken tussen garanties die zien op de inhoud van de verplichtingen, en garanties die zien op de rechtsgevolgen.

Partijen kunnen door middel van een 'garantie' hun overeenkomst op bepaalde punten meer expliciet maken. Voor zover partijen feitelijke verplichtingen vastleggen wordt duidelijk in welke situaties er sprake zal zijn van tekortkoming. Partijen kunnen dus door het opnemen van garanties discussies over de reikwijdte van het conformiteitsbegrip vermijden. Deze functie is ongetwijfeld bijzonder nuttig. Vaak echter hebben garanties of garantie-bepalingen ook betrekking op andere, meer juridische, verplichtingen. Het duidelijkste voorbeeld is het bij voorbaat prijsgeven van een beroep op 'overmacht', dat wil zeggen dat men erkent bij een tekortkoming (volledig) schadeplichtig te zullen zijn. Hierbij moet echter niet alleen aan schadeplichtigheid, overmacht en exoneratie worden gedacht, maar ook aan andere leerstukken als bijvoorbeeld de onderzoeksplicht, dwaling, of veranderde omstandigheden.[122]

199. Rechtsgevolgen. Overmacht (niet-toerekenbaarheid) en risico-aansprakelijkheid

Gelet op het onderwerp, de reikwijdte van het conformiteitsbegrip, hoeft de functie van garanties bij het vastleggen van rechtsgevolgen verder geen uitvoerige behandeling. Volledigheidshalve hierover enkele korte opmerkingen.

Ten aanzien van de figuur van de' impliciete' garantie is wel opgemerkt dat deze met een zekere terughoudendheid moest worden toegepast.[123] Het is goed hierbij onderscheid te maken tussen de bovengenoemde twee functies van een garantie. Een nadeel van de verborgen gebreken-regeling was dat de koper binnen een zeer korte termijn moest dagvaarden. Voor zover een garantie werd aangenomen om aan aan deze regel te ontkomen lijkt terughoudendheid niet op zijn plaats. Het gevolg is immers slechts dat men aan een inhoudelijke beoordeling toekomt. Men wil kunnen beoordelen of sprake was van 'wanprestatie', en om aan deze beoordeling toe te komen had men destijds de constructie van de impliciete garantie nodig. Zie hetgeen eerder gezegd werd over de fictie.[124] Terughoudendheid bepleiten zou dus in feite neerkomen op het bepleiten van terughoudendheid bij het aannemen van wanprestatie. Voor wat betreft de rechtsgevolgen was er een verschil: in de verborgen gebreken-regeling was het recht op schadevergoeding

122 Kortheidshalve verwijs ik hier slechts naar diverse bijdragen in M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer (2002).

123 De literatuur was overigens hierin ruimhartiger dan de rechtspraak. Zie, ook met uitvoerige bespreking van oudere rechtspraak en literatuur, J.B.M. Vranken, Zes manieren om een oude dame niet te wekken, *WPNR* 6030 (1991) p. 911; M.M. van Rossum, De gemeente Maassluis trekt aan het kortste eind, *WPNR* 6075 (1993) p. 3; M.M. van Rossum, Enkele aspecten ter zake van de verkoop van (verontreinigde) grond, *BR* 1995, p. 107.

124 Zie eerder nr. 194. Vranken wijst in dit verband op de sterke invloed van Meijers, zie op p. 914.

beperkt.[125] In recentere literatuur wordt terughoudendheid bepleit gelet op het vervallen van diverse verweren, met name het beroep op overmacht.[126] Terughoudendheid lijkt hier echter ook niet op zijn plaats. Uitgangspunt is een recht op volledige schadevergoeding bij tekortkoming. Voor een beperking van de schadevergoedingsplicht zal sprake moeten zijn van 'overmacht', waarvan bij een tekortkoming gelegen in de levering van mindere kwaliteit dan mocht worden verwacht echter niet snel sprake zal zijn.

Voor aansprakelijkheid naar huidig recht kan worden gewezen op een tweetal arresten, het *Heupdysplasie*-arrest en het *Rozenkwekerij*-arrest, uit 1998 en 2001 respectievelijk.[127] In het eerste arrest werd weliswaar duidelijk gemaakt dat het wettelijk vereiste van toerekenbaarheid van de tekortkoming ook bij conformiteit van belang is, maar in het tweede arrest werd overwogen dat de tekortkoming gelegen in mindere kwaliteit in beginsel voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen. De regel dat de verkoper aansprakelijk is geldt weliswaar slechts 'in beginsel', maar om van de regel af te wijken zal, zo zegt de Hoge Raad, de verkoper moeten bewijzen dat sprake is van 'bijzondere omstandigheden', en dit 'zal niet snel mogen worden aangenomen'.[128] De mogelijkheden voor de verkoper om zich op 'overmacht' (niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming) te beroepen zijn dus zeer beperkt.[129]

In dit verband kan ook worden gewezen op buitenlands en uniform recht. Voor de CISG is het arrest van het Duitse BGH inzake de *'vine wax'* het standaard

125 Zie ook het eerdere citaat uit het *Verse koe*-arrest in nr. 189.

126 Vranken 1991 op p. 914; M.M. van Rossum (1993) op p. 8; M.M. van Rossum (1995) op p. 114.

127 HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 272, zie over het arrest ook M.H. Wissink in *Bb* 1998/6, p. 67 en W.L. Valk in *NbBW* 1998/6, p. 72 en D. Boon, Verborgen gebreken bij huisdieren: het nieuwe recht, *Tijdschrift voor Diergeneeskunde* 1999, p. 216; HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213 m.nt. JH, zie over het arrest verder ook G.J. Knijp in *NbBW* 2001, nr. 10; T. Hartlief in *AA* 2001, p. 982 en de kroniek van het vermogensrecht in *NJB* 2001, p. 1464 en *NJB* 2002, op p. 445. Zie M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b), nr. 30, p. 65 en Asser-Hijma 5-I (2007) nrs. 436-436a. Zie verder mijn eerdere publicaties Tekortkoming, toerekenbaarheid en het instaan voor de kwaliteit van het verkochte, *NTBR* 1999, p. 247 en de annotatie Toerekenbaarheid van de tekortkoming bij non-conformiteit, *NTBR* 2002, p. 210, en ook P. Klik, recensie S.A. Kruisinga, (Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept? Dissertatie Utrecht, Intersentia 2004, ISBN 90-5095-363-8, 299 p., samenvatting in het Nederlands, *NTBR* 2005, p. 470.

128 De regel is mijns inziens niet noodzakelijkerwijs beperkt tot industrieel vervaardigde producten. In de overwegingen van de Hoge Raad wordt slechts, onder verwijzing naar het cassatiemiddel, gesproken over 'industrieel vervaardigde zaken' in de context van de vraag of het hof een feitelijke risicoaansprakelijkheid had aanvaard. Veelal wordt het arrest echter anders gelezen. Zie A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer (6e druk; 2005) nr. 401; Tjittes, die bovendien, blijkbaar *a-contrario* redenerend, er nadrukkelijk op wijst dat bij de verkoop van onroerend goed, anders dan bij verkoop van industrieel vervaardigde zaken, toerekening van een tekortkoming niet als regel op grond van de verkeersopvattingen plaatsvindt, zie R.-J. Tjittes, Koop van een woning met verborgen gebreken, *WPNR* 6659 (2006) p. 231 op p. 231-232, zie ook R.-J. Tjittes, Koop van een woning. Non-conformiteit. Uitleg artikel 5.3 NVM-koopakte, *VrA* 2006, p. 89 op p. 101; zie ook M.M. van Rossum, Uitleg van het begrip 'normaal gebruik' in standaard NVM-akte: notities naar aanleiding van HR 23 december 2005, RvdW 2006, 17, *WPNR* 6665 (2006) p. 359 op p. 231-232, die de regel niet van toepassing acht bij de koop van onroerend goed. Zie echter de *Maassluis*-arresten, zoals besproken in § 6.6 nr. 205.

129 Beperkingen zou men eventueel ook in de causaliteit kunnen vinden, zie eerder P. Klik, Tekortkoming, toerekenbaarheid en het instaan voor de kwaliteit van het verkochte, *NTBR* 1999, p. 247 op p. 249. Anders Asser-Hijma 5-I (2007) nrs. 441, 468.

arrest.[130] In deze zaak acht de rechter de 'overmacht'-bepaling art. 79 CISG *de facto* van toepassing op een situatie waarin gebrekkige zaken geleverd zijn (gelet op de totstandkomingsgeschiedenis is het de vraag of art. 79 niet slechts ziet op niet of niet tijdig leveren), waarbij echter de aansprakelijkheid bijzonder scherp geformuleerd wordt: de verkoper staat in voor gebreken die in een voorschakel ontstaan zijn, waarbij de aansprakelijkheid niet berust op het verzaken van een plicht om de zaken die van een voorschakel worden ontvangen te inspecteren. Voor de *exemption* van art. 79 lijkt in de praktijk dus geen grote rol weggelegd In het arrest wordt in feite risico-aansprakelijkheid aanvaard: 'the seller's culpability is not important due to the statutory allocation of risk', hetgeen ook in de *common law* landen de regel is. Zie bijvoorbeeld, zoals eerder geciteerd, Bridge in *The Sale of Goods*: 'The prevailing policy is to impose strict liability for defective manufactured goods, in other words, to provide a warranty against latent defects.'[131] Ook naar oud en huidig Nederlands recht is er mijns inziens geen bezwaar om de aansprakelijkheid als een risicoaansprakelijkheid te beschouwen.[132]

200. Uitweg voor verborgen gebreken-regeling

Onder het oude recht is in toenemende mate de aandacht uitgegaan naar de garantie als uitweg voor de verborgen gebreken-regeling. Die functie zal in het vervolg van het betoog centraal komen te staan.[133]

In het *Verse koe*-arrest van 1941, dat hieronder ook nog ter sprake zal komen, liet de Hoge Raad in het midden of via een uitdrukkelijk beding aan de toepasselijkheid van de verborgen gebreken-regeling zou kunnen worden ontkomen. Dit was bijzonder van belang, omdat de Hoge Raad in het arrest samenloop van acties op grond van verborgen gebreken en wanprestatie uitsloot. In latere jaren werd al snel erkend dat een garantie een beroep op wanprestatie mogelijk maakte.[134] Dit leidde tot een serie belangrijke arresten waarin, via de figuur van de garantie, verder inhoud wordt gegeven aan de verplichtingen van de verkoper. In de volgende paragrafen zal deze ontwikkeling worden beschreven.

130 CLOUT nr. 271 Bundesgerichtshof 24 maart 1999. Zie Pace en Unilex databases.

131 Michael Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press (1997) p. 293. Zie eerder nr. 14.

132 Zie verder Klik (1999) op p. 249-255, met name p. 253-254.

133 Asser-Hijma 5-I (2007) nrs. 365, 366. Zie over de problematiek ook Vranken (1991) op p. 914, die de impliciete garantie noemt als de voor zover hij kan vaststellen meest gebruikte manier om aan de verborgen gebreken-regeling te ontkomen.

134 Ph.A.N. Houwing, De inhoud van de verbintenis en de overmacht, *WPNR* 4316-4324 (1953) stelt al zonder enig voorbehoud dat een door de verkoper gegeven garantie de betekenis kan hebben dat de afwezigheid van de gegarandeerde gebreken wèl als wanprestatie zal gelden (waarbij hij overigens wel vermeldt dat de Hoge Raad in het *Verse koe*-arrest de vraag uitdrukkelijk onbeantwoord liet). Houwing wijst overigens op een eerder arrest, waarin anders dan in *Verse koe* werd beslist: HR 19 februari 1931, *NJ* 1931, p. 1388. Ook Drion acht de kwestie in *Verse koe* uitdrukkelijk buiten beschouwing gelaten. Hij bepleit overigens om bij garanties een beroep op wanprestatie toe te staan, èn, 'om niet-ontvankelijkheden zoveel mogelijk te vermijden', op de verborgen gebreken-regeling.

6.6 Impliciete garanties onder het oude recht

201. Inleiding

De lijn van arresten waarin bij species-zaken een (impliciete) garantie gehanteerd werd als uitweg voor de verborgen gebreken-regeling wordt hier beschreven om te bepalen of het oordeel dat sprake is van een 'garantie' inzicht geeft in hetgeen materieel als wanprestatie/conformiteit geldt. Deze beschrijving complementeert dus de eerdere weergave van de jurisprudentie over wanprestatie bij koop van soortzaken.[135]

202. Vroege rechtspraak van de Hoge Raad: Verse koe, Sigaretten-automaat, Vouwapparaat

In een serie arresten heeft de Hoge Raad de weg geëffend om via de figuur van de impliciete garantie de werking van de verborgen gebreken-regeling te ontlopen. Deze arresten worden hier nogmaals besproken, waarbij de nadruk ligt op het inhoudelijke aspect, namelijk de criteria voor het aannemen van een impliciete garantie. Begonnen wordt met de bespreking van het *Verse koe*-arrest, waarin de Hoge Raad de mogelijkheid van samenloop van de verborgen gebreken-regeling en wanprestatie ontkende, waarmee in feite de eerste aanzet werd gegeven, de noodzaak gecreëerd werd, tot de latere jurisprudentie.

In het *Verse koe*-arrest gaat het om het volgende.[136] Een 'verse' koe is een koe die pas gekalfd heeft en dus meer melk geeft. De geleverde koe was weliswaar 'vers'[137] in de zin dat zij pas gekalfd had, maar de melkproductie was niet zoals mocht worden verwacht, omdat zij aan een pathologische baarmoederontsteking leed. De zaak loopt uiteindelijk slecht af voor de koper. Het hof is van oordeel dat het primair gevorderde, restitutie koopprijs en schadevergoeding, niet kan worden toegewezen, restitutie niet omdat de koe inmiddels geslacht is en de koper dus de koe niet kon teruggeven, en schadevergoeding niet omdat niet was vast komen te staan dat de verkoper het gebrek kende. Voor de subsidiaire vordering, ontbinding en schadevergoeding, acht het hof de wanprestatie bewezen. Dit laatste leidt uiteindelijk tot cassatie: de Hoge Raad is van oordeel dat slechts de verborgen gebreken-regeling toegepast kon worden (geen samenloop met wanprestatie). Dit doet echter niet af aan het belang van de overwegingen van het hof ten aanzien van de aan de als vers verkochte koe te stellen eisen.

Eerst voegt het hof aan de overwegingen van de rechtbank (die in het voordeel van de koper beslist had) nog toe:

> dat het Hof de beslissing der Rechtbank op de daarvoor aangevoerde gronden volkomen onderschrijft en slechts er op wil wijzen, dat de omstandigheid, dat de koe 'versch' was, allerminst uitsluit de stelling van geïntimeerde, welke ook bewezen is geacht, dat de koe tengevolge van de pathologische baarmoederontsteking niet geschikt was tot het gebruik als 'versche koe', d.w.z. eene koe, welke onder normale omstandigheden een grootere melkproductie geeft.

135 Zie § 6.2.
136 HR 27 juni 1941, *NJ* 1941, 781 m.nt. EMM (*Verse koe*).
137 en 'uitgeblaard', d.w.z. had de uiterlijke verschijnselen van mond- en klauwzeer achter de rug.

en oordeelt in gelijke zin ten aanzien van de wanprestatie:

> dat, waar onbetwist is, dat de koe verkocht was om als melkkoe dienst te doen, het beding, dat de koe als 'versch' verkocht werd, naar den aard dier overeenkomst moet beteekenen, dat deze koe een rijke melkproductie behoorde te hebben, gelijk normaal verwacht mag worden bij eene 'versche' koe, d.w.z. bij eene koe, die pas gekalfd heeft, zoodat appellant derhalve er voor had in te staan, dat de geleverde koe niet tengevolge van eenig pathologisch gebrek een minder rijke productie had dan onder normale omstandigheden van eene versche koe mocht worden verwacht

In afwijking hiervan (en van de conclusie van het OM op dit punt) lijkt de Hoge Raad een te beperkt begrip 'vers' te hanteren, waar hij met betrekking tot de mogelijkheid van een garantie overweegt:

> dat eindelijk in het midden kan blijven, wat rechtens zou zijn, indien bij den koop een beding ware gemaakt, waarbij de verkooper de afwezigheid van het meergemelde gebrek zou hebben toegezegd, daar ten deze dit geval zich niet voordoet, immers de verkooper slechts had toegezegd, dat de koe versch was, en zij dit, naar tusschen partijen onbetwist is, ook inderdaad is geweest.

Eerder heeft de Hoge Raad zelf aangegeven dat 'het dier wegens een pathologische baarmoederontsteking ... de onder normale omstandigheden aan een zoodanige koe eigen hoedanigheid, dat zij tijdelijk meer melk geeft dan anders, [miste]'. De Hoge Raad lijkt hier een onnodig beperkte uitleg te geven aan het begrip 'vers': het ging de koper er immers niet om of de koe pas gekalfd had, maar om de melkproductie.[138]

In het *Sigarettenautomaat*-arrest[139] werd een belangrijke stap gezet door de werking van de verborgen gebreken-regeling te beperken tot de species-koop.[140] Ten aanzien van de inhoudelijke criteria voor verborgen gebreken/wanprestatie is het arrest verder niet van belang. De geleverde sigarettenautomaat was duidelijk ondeugdelijk, aangezien de koper

> herhaaldelijk moet ondervinden, dat gegadigden voor een pakje sigaretten, na de vereiste geldstukken in de daartoe bestemde gleuf te hebben gedeponeerd, daarvoor geen pakjes sigaretten uit den automaat konden bekomen en evenmin hun geldstukken terugontvingen, dan wel een groter aantal geldstukken terugontvingen dan zij daarin hadden gedeponeerd, dan wel een groter aantal pakjes sigaretten verkregen dan waarop de ingeworpen geldstukken recht geven.

---

138 Kritisch op dit punt is ook de noot van Meijers, zie ook kritisch J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 3 p. 469-471.

139 HR 16 mei 1952, *NJ* 1953, 459 m.nt. PhANH, *AA* 1952, p. 172 m.nt. J. Drion *(Sigarettenautomaat*-arrest; *Van der Veen/Arza*).

140 Zie later ook HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 252 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK (*Warme drankautomaten*), voor een nadere definitie van de specieskoop.

Het arrest is dus alleen van belang voor samenloop.

Ook het volgende arrest, het *Vouwapparaat*-arrest, waarin de Hoge Raad de mogelijkheid erkende om via een (impliciete) garantie aan de werking van de verborgen gebreken-regeling te ontkomen, zegt weinig inhoudelijks over non-conformiteit.[141]

Wel van belang is dat de Hoge Raad de mogelijkheid opent om ten aanzien van elke eigenschap een garantie aan te nemen:

> dat pp. bij een overeenkomst, *gelijk in het algemeen t.a.v. enig feit, zo ook bij den koop t.a.v. een eigenschap van de verkochte zaak* uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen overeenkomen, dat de enkele afwezigheid van die eigenschap steeds wanprestatie van den verkoper zal opleveren en den koper de rechten zal geven, die in het algemeen uit wanprestatie voortvloeien ...[142] (mijn curs., PK)

In casu ging het om de verkoop van een vouwapparaat, waarvan de verkoper 'verzekerd had' dat het paste achter een eerder verkochte snelpers. Opmerkelijk is wel dat na terugverwijzing in deze zaak uiteindelijk géén garantie aanwezig werd geacht.[143]

203. Vroege rechtspraak: de weg vrij voor de Maassluis-zaken

De zojuist besproken arresten voegen weinig toe aan inzicht in de criteria voor de verplichtingen van de verkoper naar oud recht. In het *Verse koe*-arrest geeft de Hoge Raad een zeer beperkte uitleg aan de door partijen gehanteerde term 'vers'. Ook de besproken *Sigarettenautomaat*- en *Vouwapparaat*-arresten hebben op dit punt weinig te bieden. De ontwikkeling ten aanzien van de verplichtingen van de verkoper wordt dus niet duidelijk uit deze arresten, maar wel uit de in dezelfde periode gewezen arresten die aan het begin van dit hoofdstuk (§ 6.2) werden besproken onder het leerstuk van de wanprestatie. Door de zojuist besproken arresten werd wel de weg vrijgemaakt om in daarvoor aanmerking komende situaties (specieskoop) tot een ruimer oordeel gekomen. Deze ontwikkeling heeft zich inderdaad voltrokken in de hierna te bespreken *Maassluis*-arresten. Ter introductie eerst een korte opmerking over de problematiek die in de *Maassluis*-arresten aan de orde kwam, namelijk bodemverontreiniging.

204. Het probleem van bodemverontreiniging

Ter inleiding van de belangrijke *Maassluis*-arresten wordt hier kort de problematiek van bodemverontreiniging geschetst. Deze problematiek heeft haar eigen geschiedenis. Daarbij hebben achtereenvolgens de verhaalsacties van de overheid gebaseerd op onrechtmatige daad (eerst via de Interimwet BodemSanering (IBS),

141 HR 10 mei 1963, *NJ* 1963, 288 m.nt. HB (*Vouwapparaat*-arrest; *Van den Hoek/Smit*).

142 'dat zij dit evenzeer vermogen te doen t.a.v. een eigenschap, waarvan het ontbreken een verborgen gebrek in den zin van vorengenoemde artikelen zou zijn, en zij daarmede dan een andere aansprakelijkheid voor zodanig gebrek overeenkomen dan uit die artikelen zou voortvloeien;' Zie over het arrest ook Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 4 p. 471 e.v.

143 Zie Hof Arnhem 29 januari 1964, *NJ* 1965, 405.

later de Wet Bodembescherming (Wbb)), de mogelijkheid voor de overheid om aan een niet-vervuiler een saneringsbevel te geven, en recenter de mogelijkheid van de overheid om op basis van ongerechtvaardigde verrijking kosten te verhalen, in de belangstelling gestaan.[144] In het nu volgende wordt uitsluitend aandacht besteed aan de mogelijkheid van een koper zich te verhalen op de verkoper of eventueel een voorgaande verkoper. Daarbij wordt zijdelings ook aandacht besteed aan acties gebaseerd op onrechtmatige daad.

Bodemverontreiniging speelt een rol van betekenis bij onroerend goed-transacties. Het nadeel dat de koper die merkt dat het gekochte verontreinigd is ondervindt kan men als volgt omschrijven. Ten eerste leidt de verontreiniging tot beperkingen in het gebruik. Hierbij kan worden gedacht aan zowel de beperkingen vanwege (gezondheids)risico's van het gebruik (wonen, werken, recreëren, bedrijfsmatige activiteiten) als aan de publiekrechtelijke beperkingen (te denken valt bijv. aan de beperking dat op verontreinigde grond niet mag worden gebouwd). Ten tweede kan worden gedacht aan de kosten van door de overheid opgelegde verplichtingen. Hierbij kan worden gedacht aan door de overheid gegeven onderzoeksbevelen, de te nemen saneringsmaatregelen als voorwaarde voor een bouwvergunning of, de meest vergaande verplichting, de bij saneringsbevel opgelegde verplichting tot sanering.[145] Tot slot is een nadeel de mindere waarde. Hoewel de verontreiniging de koper wellicht niet deert, zal bij verkoop de koper vaak slechts een lagere prijs kunnen krijgen.

In het nu volgende komen eerst de *Maassluis*-arresten aan bod, waarna vervolgens nog kort aandacht wordt besteed aan de arresten *Haagse gasfabriek* en *Gemeente Groningen/Erven Zuidema*. Het probleem van bodemverontreiniging speelde al vóór de invoering van het huidig BW in 1992: in de *Maassluis*-arresten ging het dan ook om garanties als uitweg voor de verborgen gebreken-regeling.

205. De Maassluis-arresten

In de *Maassluis*-arresten ging het om het volgende.[146] In de periode 1962-1964 had de gemeente Rotterdam baggerspecie geleverd aan de gemeente Maassluis voor het opspuiten van de Steendijkpolder. Maassluis had vervolgens grond verkocht aan projektontwikkelaar Pakwoningen met de verplichting een complex

144 Voor literatuur zie onder meer: P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu*, (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint (1992); E.H. Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint (1993); E. Bauw, *Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging*, (diss. Amsterdam UvA) Deventer: Kluwer (1994); R.J.J. van Acht en E. Bauw, *Milieuprivaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e dr.; 1996); E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer (3e dr.; 2003; J.W.M.K. Meijer, *Ongerechtvaardigde verrijking. Een systematische analyse van het begrip ongerechtvaardigheid, toegepast op kostenverhaal bij bodemverontreiniging*, (diss. Rotterdam) 's-Gravenhage: Sdu (2007).

145 Het wettelijke instrumentarium van de Interimwet BodemSanering (IBS) en de Wet Bodembescherming (Wbb) wordt hier verder niet besproken. Zie verder ook – uit velen – P. Klik, Het eerste saneringsbevel, *TMA* 1998, p. 103, C. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de wet bodembescherming*, (diss. Amsterdam UvA) (2000).

146 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286-289 m.nt. CJHB, *TMA* 1993, p. 59 m.nt. Kottenhagen, *BR* 1993, p. 366 m.nt. Broekema-Engelen, *AA* 1993, p. 644 m.nt. Hijma, *M&R Jurisprudentie* 1994, nrs. 16a-16d m.nt. Klik onder nr. 20. Zie naar aanleiding van deze arresten ook uitgebreid M.M. van Rossum, De gemeente Maassluis trekt aan het kortste eind, *WPNR* 6075 (1993) p. 3.

woningen te bouwen. Pakwoningen sloot koop/aannemingsovereenkomsten met de toekomstige bewoners; de grond werd in 1976 ingevolge een ABC-constructie door de gemeente Maassluis aan de bewoners geleverd.[147] Toen begin jaren tachtig geconstateerd werd dat de bodem sterk verontreinigd was doordat de baggerspecie verontreinigd bleek te zijn,[148] leidde dit tot de procedures die uiteindelijk leidden tot belangrijke arresten van de Hoge Raad.

De bewoners van de 'gifwijk' begonnen procedures tegen zowel Pakwoningen als de gemeente Maassluis. Pakwoningen riep Maassluis in vrijwaring op en Maassluis verweerde zich tegen Pakwoningen door middel van een beroep op de exoneratie. Maassluis riep de gemeente Rotterdam en Pakwoningen op in vrijwaring.[149] De juridische basis van de diverse procedures is als volgt. De vorderingen van de bewoners tegen Pakwoningen zijn gebaseerd op garantie/wanprestatie en onrechtmatige daad. De bewoners baseren de vordering tegen de gemeente Maassluis op onrechtmatige daad. Pakwoningen beroept zich jegens Maassluis op wanprestatie en contractuele vrijwaring, terwijl Maassluis zich jegens Pakwoningen op de exoneratie beroept. De gemeente Maassluis baseert haar vordering jegens de gemeente Rotterdam voor de periode 1962 - 1964 op wanprestatie en onrechtmatige daad en voor de jaren zeventig op onrechtmatige daad. De bewoners winnen op alle fronten en de gemeente Maassluis trekt aan het kortste eind.[150] Maassluis is aansprakelijk jegens de bewoners, kan zich jegens Pakwoningen niet op de exoneratieclausule beroepen en slaagt niet in de vrijwaringsprocedure tegen de gemeente Rotterdam.[151] Aangezien de Hoge Raad zonder daaraan veel toe te voegen de arresten van het hof in stand laat (de Hoge Raad volstaat met het oordeel dat de redenering van het hof op dit punt niet onjuist was), worden in onderstaande met name ook de overwegingen van het hof weergegeven.

Cruciaal in het oordeel van het hof was het uitgeven als bouwgrond en de opgelegde plicht tot bouwen. Maassluis verkocht grond aan project-ontwikkelaar Pakwoningen met de verplichting een complex woningen te bouwen; Pakwoningen heeft een koop/aannemingsovereenkomst gesloten met bewoners. Nu een dergelijke bouwplicht zo centraal stond in de verhoudingen achtte het hof een *garantieplicht*, dat de geleverde grond daartoe ook geschikt was, aanwezig. In het arrest van de Hoge Raad ter zake van de procedure tussen de bewoners en Pakwoningen werd eerst afgerekend met het argument dat er geen expliciete garantie van geschiktheid was gegeven (en er exoneraties waren opgenomen):

---

147 Zie over de ABC-constructie Van Rossum (1993) op p. 3, F.W. Grosheide, Enkele opmerkingen over ABC-contracten - in het bijzonder in verband met onroerend goed transacties, *WPNR* 6172 (1995) p. 181, S.E. Bartels, ABC-contracten en privaatrecht, *AA* 1997, p. 287.

148 De bewoners hebben op 23 augustus 1983 een brief van het Openbaar Lichaam Rijnmond ontvangen met de mededeling dat de grond onder hun huizen verontreinigd was.

149 Achtereenvolgens: *NJ* 1994, 289, 286, 287 en 288.

150 Het laatste is ontleend aan het artikel van M.M. van Rossum, De gemeente Maassluis trekt aan het kortste eind, *WPNR* 6075 (1993) p. 3.

151 Opvallend is dat in de procedure van Maassluis tegen Rotterdam (*NJ* 1994, 288) geen garantie werd aangenomen; de gemeente Rotterdam had geen garantieplicht, ondanks het feit dat zij wist dat uiteindelijk op het opgespoten terrein woningen gebouwd zouden worden. Een rechtvaardiging hiervoor zou te vinden zijn in de eigen onderzoeksplicht van Maassluis in deze.

> Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat een garantieverplichting als door het hof aangenomen niet wordt uitgesloten door de omstandigheden dat de overeenkomst niet met zoveel woorden een zodanige verplichting tot uitdrukking brengt en bovendien een beding bevat dat iedere vrijwaring voor zichtbare en verborgen gebreken uitsluit.[152]

Met de *garantieplicht*, dat de geleverde grond ook geschikt was voor bebouwing, is ook de verborgen gebreken-regeling niet van toepassing. In de relatie van verkoper Pakwoningen met de kopers/bewoners wordt door het hof er op gewezen dat 'aan geïntimeerden een bouwverplichting werd opgelegd, hetgeen impliceert dat het onderhavige perceel als bouwgrond werd verkocht en geleverd en dat Pakwoningen ervoor instond dat de aldus geleverde grond in alle opzichten geschikt zou zijn om daarop woningen te bouwen.' Een verkoper kan zich naar het oordeel van het hof immers niet met een beroep op de verborgen gebreken-regeling 'aan een dergelijke garantieverplichting onttrekken'.[153] In de relatie tussen (verkoper) Maassluis en (koper) Pakwoningen oordeelde het hof dat de gemeente door een stuk grond als bouwgrond aan Pakwoningen te verkopen, en daarbij een bouwverplichting aan haar op te leggen, 'tegenover Pakwoningen ervoor instond dat deze grond geschikt zou zijn om daar woningbouw te plegen en dat zij zich niet, met een beroep op de verborgen gebreken-regeling, aan een aldus gegeven garantie kan onttrekken.'[154]
Aangezien de garantieverplichting aan een beroep op de verborgen gebreken-regeling in de weg staat, kan het hof toekomen aan een beoordeling van wanprestatie. Ten aanzien van wanprestatie overweegt het hof als volgt:

> Mede gezien bedoelde garantieverplichting, mochten geïntimeerden immers, toen zij hun woning kochten, verwachten dat deze woning, ook wat de grond betreft, aan haar doel zou beantwoorden en niet op zodanig verontreinigde grond zou staan, dat haar woonfunctie[155] ernstig zou worden aangetast. Daarbij is niet van belang of Pakwoningen heeft geweten danwel in redelijkheid heeft moeten begrijpen dat de woning door ernstige bodemverontreiniging niet aan haar doel zou beantwoorden. Voldoende is dat zij de woonbestemming heeft gekend en dat achteraf moet worden vastgesteld dat een ernstige bodemverontreiniging, die reeds ten tijde van de koopovereenkomst aanwezig was, aan deze woonbestemming in de weg staat.[156]

In de (overigens op onrechtmatige daad gebaseerde) zaak van de bewoners tegen Maassluis oordeelde het hof:

> Zij [de gemeente Maassluis, PK] heeft immers het door geïntimeerden gekochte perceel als bouwgrond uitgegeven – en daarbij zelfs een bouwplicht opgelegd – terwijl zij wist althans in

152 Arrest Hoge Raad in *NJ* 1994, 289, ov. 3.3 (p. 973).
153 Opgenomen in *M&R* 1991, nr. 115 als ov. 13, zie ook *NJ* 1994, 286, op p. 931 als ov. 15.
154 Zie in *BR* 1991, p. 631 onder nr. 7, zie voor de overwegingen van de Hoge Raad *NJ* 1994, 287, ov. 3.2 op p. 952-953, en ten aanzien van de verborgen gebreken-regeling ook ov. 3.3 op p. 953, met verwijzing naar HR 10 mei 1963 (*Vouwapparaat*-arrest; *Van den Hoek/Smit*).
155 Per abuis staat in de *NJ* 'woonruimte' in plaats van 'woonfunctie'.
156 Overwegingen van het hof opgenomen in *M&R* 1991, nr. 115 als ov. 16, weergegeven in *NJ* 1994, 286 op p. 931 onder ov. 18.

> redelijkheid heeft moeten begrijpen dat de woonbestemming van dit perceel, gelet op al het bovenstaande, uit een oogpunt van volksgezondheid bezwaren opriep, al was het alleen maar omdat bij vele woningen nu eenmaal tuinen worden aangelegd en in die tuinen ook tuinbouwprodukten kunnen worden verbouwd en in elk geval kinderen zullen spelen. ... [Maassluis had], zeker als overheid die op grote schaal bouwgronden uitgeeft en zich daarvoor ook behoorlijk laat betalen, een nader onderzoek moeten instellen of minstens de kopers moeten waarschuwen, in plaats van het risico naar die kopers te schuiven.[157]

Voordat wordt ingegaan op het belang van deze overwegingen voor het conformiteitsbegrip, wordt eerst nog aandacht besteed aan een ander aspect, namelijk de beslissing in de *Maassluis*-arresten over exoneraties.

206. Garantie en exoneratie. De Maassluis-arresten

Een aspect dat in het verlengde ligt van het oordeel in de *Maassluis*-arresten over garanties is de beslissing over de geldigheid van exoneraties.[158] Dit aspect wordt hier ook kort behandeld als van belang voor een begrip van latere rechtspraak, met name de rechtspraak inzake de betekenis van de (on)bekendheidsclausule (in artikel 5.4 van de NVM-akte).

Al in de *Maassluis*-zaken was in lagere instantie geoordeeld over een aantal clausules in de koop- en/of transportakte, die ter afwering van aansprakelijkheid als 'exoneratie' werden ingeroepen.[159] Het ging met name[160] om een clausule in de relatie tussen Maassluis en Pakwoningen, namelijk in de vrijwaringsprocedure van pakwoningen tegen Maassluis) waarin vermeld werd dat niet werd ingestaan voor eventuele verborgen gebreken.[161] Ook dit beding baat de gemeente Maassluis echter niet omdat naar het oordeel van het hof een dergelijk beding in vrijwel iedere koopovereenkomst 'standaard' voorkomt en een garantieverplichting niet opzij kan zetten, 'ook niet als de koper een projectontwikkelaar is en zich op bekend terrein bevindt.' Tot slot heeft Maassluis nog een beroep gedaan op een tussen Pakwoningen en de bewoners gemaakt beding[162], maar het hof oordeelt dat dit beding 'om dezelfde reden', namelijk als standaard-beding dat in vrijwel iedere koopovereenkomst voorkomt, de garantieverplichting niet opzij zet.

---

157 Overwegingen van het hof ov. 13, zoals weergegeven in *NJ* 1994, 286, zie voor de overwegingen van de Hoge Raad zelf ov. 4.2 in *NJ* 1994, 286, op p. 943-944.

158 Zie ook onder meer J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 8 op p. 497-498.

159 Hof 's-Gravenhage 6 december 1990, *M&R* 1991, nrs. 114, 115, 116, 117, p. 552 (m.nt. Kottenhagen-Edzes), *BR* 1991, p. 625.

160 Ook was de volgende clausule opgenomen: 'Het verkochte is voor rekening en risico van Euro-woningen (thans Pakwoningen) met ingang van de datum van feitelijke ingebruikneming, doch uiterlijk met ingang van heden.' Ten aanzien van dit beding, waarin de termen 'voor rekening en risico' worden gehanteerd, oordeelt het hof als volgt: 'Het eerste beding ligt in de sfeer van artikel 1496 BW en betreft dus de vraag, op welk moment het risico van het verkochte op de koper overgaat, welke vraag hier niet speelt.'

161 'Het verkochte wordt ... geleverd in de staat waarin het zich bevindt, vrij van hypothecaire inschrijvingen en beslagen, vrij van huur of gebruik, doch overigens met alle daaraan eventueel verbonden erfdienstbaarheden, lusten en lasten, voetstoots en zonder dat wordt ingestaan voor eventuele verborgen gebreken; zullende overigens geen der partijen aan de staat van het verkochte rechten ontlenen tot wijziging van de koopsom of tot het voeren van enigerlei aktie.'

162 Het verkochte gaat aan de koper over in de staat waarin het zich op heden bevindt met alle daaraan verbonden heersende en lijdende erfdienstbaarheden, rechten en lasten, zichtbare en verborgen gebreken, ten aanzien van welk een en ander de gemeente tot generlei vrijwaring, hoe ook genaamd, gehouden zal zijn.

Het beroep op de exoneraties vindt ook bij de Hoge Raad geen gehoor. Ten aanzien van de tussen Maassluis en Pakwoningen overeengekomen bedingen oordeelt de Hoge Raad dat het hof de geschiktheid van de grond als grond waarop veilig gebouwd kan worden 'als een zo wezenlijke eigenschap' heeft beschouwd dat exoneraties deze garantieverplichting niet uitsluiten, waarbij de Hoge Raad er vervolgens nog op wijst dat het hof betekenis heeft toegekend aan het feit dat de exoneratie 'in algemene termen een instaan voor verborgen gebreken uitsluit en naar zijn strekking als standaardbeding is te beschouwen'. Het feit dat Pakwoningen als projectontwikkelaar een professionele wederpartij van Maassluis was maakte dit niet anders.[163]

Hoewel de clausules niet geheel gelijk zijn aan de in de NVM-akte gehanteerde clausules die later tot procedures leidden, zie § 7.5, is er wel een duidelijke parallel met art. 5.1 van de NVM-akte.[164] Opvallend is ook – zeker gelet op de latere discussie over de (on)bekendheidsclausule van de NVM-akte – dat aan de tekst van de bedingen eigenlijk geen aandacht wordt besteed: alles staat in de sleutel van '(standaard) exoneratie doet niet af aan garantie'.

207. Schade

In de *Maassluis*-zaken verkeren de bewoners in verschillende posities: er wordt geprocedeerd door bewoners die inmiddels de woning verkocht hebben, maar ook door bewoners die nog steeds in de huizen wonen. De laatste groep vordert onder meer vergoeding van schade als gevolg van waardedaling.[165] De vragen die dit opwerpt kunnen ook vanuit het perspectief van 'conformiteit' besproken worden.

De gemeente Maassluis stelde zich op het standpunt dat er geen sprake kon zijn van schade, zolang de woning niet was verkocht, en dat er na sanering van de bodem door de overheid ook geen schade meer zou zijn.[166] De rechtbank had de vordering van de 'zittende' bewoners op dit punt niet toegewezen. Het hof echter oordeelde – kort gezegd – dat in een geval als het onderhavige de schade in verband met de waardedaling van een woning abstract mag worden berekend, dat ondanks herstel toch waardedaling mogelijk is (onder verwijzing naar het verschijnsel 'schade-auto', HR 13 december 1963, *NJ* 1964, 449) en dat geruchtenstromen en psycho-sociale effecten ook relevant zijn. Daarbij moet echter worden bedacht dat het gaat om een verwijzing naar de schadestaatprocedure, en dat dus 'de mogelijkheid van schade' voldoende is.[167] De Hoge Raad verwerpt zonder nader op de kwestie in te gaan de klachten in cassatie van de gemeente.[168]

---

163 Arrest Hoge Raad in *NJ* 1994, nr. 287 onder ov. 3.2 (p. 953) en ov. 3.5 (p. 953). Zie hierover ook uitvoerig de noot van Brunner.

164 Dit geldt zeker voor het als derde genoemde beding: 'Het verkochte gaat aan de koper over in de staat waarin het zich op heden bevindt met alle daaraan verbonden heersende en lijdende erfdienstbaarheden, rechten en lasten, zichtbare en verborgen gebreken, ten aanzien van welk een en ander de gemeente tot generlei vrijwaring, hoe ook genaamd, gehouden zal zijn.'

165 Zie de procedure gevoerd door bewoners Van Koppen en Schiks (in cassatie zaak nr. 14671).

166 Conclusie A-G Mok, zie *NJ* 1994, 286 op p. 937 onder 4.

167 Hof 's-Gravenhage 6 december 1990, *M&R Jurisprudentie* 1991 nr. 116, m.nt. Kottenhagen-Edzes onder nr. 117, in *NJ* 1994, 286 op p. 930 ov. 5-9.

168 Over het schade-aspect zie onder meer de noot van Brunner (onder *NJ* 1994, 289) en de noot van Kottenhagen in *TMA* 1993, op p. 63-66.

De in de *Maassluis*-zaken erkende schade, bestaande uit waardedaling[169], moet mijn inziens betrokken worden bij het garantie-begrip (het conformiteitsvereiste). De vergoeding van schade wegens mindere waarde houdt in dat de verkoper gehouden was iets van een zekere waarde te leveren. Hoewel wellicht meer algemeen aan het schadebegrip of berekening van schade inzichten zijn te ontlenen, volsta ik met deze opmerking.[170] In de context van de *Maassluis*-arresten wordt door deze benadering de reikwijdte van het conformiteitsbegrip in ieder geval verduidelijkt.

208. Het belang van de Maassluis-zaken

De *Maassluis*-arresten hebben destijds veel indruk gemaakt. Een groot aantal factoren heeft daaraan bijgedragen. Allereerst kan de feitelijke constellatie worden genoemd: het ging om een groot aantal bewoners van een 'gifwijk', die tegen de overheid moesten procederen, een overheid die zelf destijds de regie gehad had over het ophogen met verontreinigd havenslib. Gelet op het aantal inwoners ging het om grote bedragen. De affaire van de 'gifwijk' in Maassluis was niet de eerste en enige, daarvoor was al ophef over de Broekpolder en de Merwede-polder. Het onderwerp bodemverontreiniging stond bovendien maatschappelijk gezien in de belangstelling. Zo waren er ook de verhaalsacties van de overheid op grond van art. 21 IBS, die voor discussies zorgden. De *Maassluis*-arresten zelf waren ook op diverse punten juridisch interessant.

In deze zaken zijn garanties van essentieel belang: geoordeeld werd dat projektontwikkelaar Pakwoningen een *impliciete* garantieverplichting had jegens de bewoners[171] en dat Maassluis jegens Pakwoningen 'ervoor moest instaan' dat de grond voor woningbouw geschikt was. De bouwverplichting is ook van belang in het oordeel van de – op onrechtmatige daad gebaseerde – zaak van de bewoners tegen de gemeente Maassluis. Geoordeeld werd dat Maassluis jegens de bewoners onrechtmatig handelde door de percelen als bouwgrond uit te geven en daarbij zelfs een bouwplicht op te leggen, terwijl zij wist, althans in redelijkheid had moeten begrijpen, dat de woonbestemming van de percelen uit een oogpunt van volksgezondheid bezwaren opriep. De impliciete garantie, gebaseerd op de bouwplicht, speelde duidelijk een rol als uitweg voor de verborgen gebreken-regeling, zie met name de procedure tussen de gemeente Maassluis en Pakwoningen (*NJ* 1994, 287). De *Maassluis*-arresten zijn dus allereerst van belang als bevestiging van het feit dat onder omstandigheden aan de verborgen gebreken-regeling kon worden ontkomen.[172]

169 Uitgaand van een tweedeling transactieschade - gevolgschade is hier m.i. sprake van transactieschade. Anders wellicht Kottenhagen (1993).

170 Zie ook P. Klik, Koop van verontreinigd onroerend goed, *M&R* 2002, p. 73 op p.73: 'Veel ... thema's komen samen in het schadebegrip.'

171 Interessant punt hierbij is dat de bouwplicht in de *transportakte* (waar formeel Pakwoningen buiten stond) was opgelegd: de Hoge Raad acht dit niet belang omdat sprake was van een driepartijenrelatie, zie ook de conclusie A-G Mok, nr. 289 nr. 6.3.

172 Zie expliciet P. Klik, Annotatie bij HR 9 oktober 1992; HR 19 februari 1993; Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 1992; Rb. Amsterdam 23 december 1992, Rb. Amsterdam 4 november 1992, *M&R Jurisprudentie* 1994 p. 57 op p. 59.

In hoeverre zijn nu, op grond van de *Maassluis*-arresten, de mogelijkheden verkopers aansprakelijk te houden *inhoudelijk* echt verruimd? Centraal in de overwegingen staat dat er sprake was van een ernstige aantasting van de 'woonfunctie' en 'woonbestemming', door de bezwaren vanuit het oogpunt van volksgezondheid. De aansprakelijkheid berustte daarbij op het gegeven dat de percelen als 'bouwgrond' waren verkocht, en dat zelfs een bouwverplichting was opgelegd. De laatste elementen (bouwgrond, bouwverplichting) blijkt in latere jurisprudentie van de Hoge Raad het meest cruciale gegeven. Dit doet er echter niet aan af dat – zoals ook blijkt uit de toekenning van (abstracte) schade – een ruim conformiteitsbegrip wordt gehanteerd: de verkoper, met name de verkopende gemeente, blijkt namelijk ook aansprakelijk voor waardevermindering, óók in de situatie waarin de woning niet is verkocht.[173]

209. Het drieluik Haagse Gasfabriek – Maassluis – Erven Zuidema

De betekenis van de Maassluis-arresten werd versterkt door het feit dat deze arresten deel uitmaakten van een drieluik. In dit drieluik van arresten, gewezen in de periode 1987-1993, vond de koper van verontreinigd onroerend goed op een aantal manieren bescherming. De zojuist uitvoerig besproken *Maassluis*-zaken zijn de middelste schakel in de keten van drie arresten van de Hoge Raad. De eerste en laatste schakel zijn de arresten inzake de *Haagse gasfabriek*[174] (1987) en *Gemeente Groningen/Erven Zuidema*[175] (1993). In deze twee arresten was de juridische basis onrechtmatige daad. De drie arresten zijn echter niet los van elkaar te zien, mede daarom worden de twee laatst genoemde arresten hier ook behandeld. Hierbij kan nog opgemerkt worden dat de onrechtmatige daad-constructie ook in de *Maassluis*-arresten een rol speelde, te weten in de relatie tussen de bewoners en Pakwoningen en tussen de bewoners en de gemeente Maassluis.[176]

In *Gemeente Groningen/Erven Zuidema* werd ook onrechtmatige daad als uitweg voor de verborgen gebreken-regeling geaccepteerd.[177] Het ging om de volgende zaak. De gemeente Groningen beheerde tot het eind van de jaren vijftig een vuilstortplaats waar ook chemisch afval werd gestort; na sluiting werd het terrein opgehoogd en als industrieterrein uitgegeven. In 1959 kocht Zuidema een perceel

173 Zie Hof 's-Gravenhage 6 december 1990, *M&R Jurisprudentie* 1991 nr. 116, m.nt. Kottenhagen-Edzes onder nr. 117, de conclusie van het OM (voorafgaand aan *NJ* 1994, 286 onder 4), en de Hoge Raad ov. 5.1 in *NJ* 1994, 286.

174 HR 13 november 1987, *NJ* 1988, 139, *M&R* 1988, p. 113 m.nt. Grosheide, *TMA* 1988, p. 83 m.nt. Van Dunné, *BR* 1988, p. 206, *Gst.* 1988, 6852 m.nt. Hennekens, *AB* 1988, 338 m.nt. Van Ballegooi.

175 HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290 m.nt. CJHB, *M&R Jurisprudentie* 1994, nr. 17 m.nt. Klik onder nr. 20, *BR* 1993, p. 384, *NTBR* 1993, p. 214 m.nt. Van Rossum.

176 De gemeente Maassluis baseert haar vordering jegens de gemeente Rotterdam voor de periode 1962 - 1964 op wanprestatie en onrechtmatige daad en voor de jaren zeventig op onrechtmatige daad.

177 HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290 m.nt. CJHB (*Gemeente Groningen/Erven Zuidema*), *M&R Jurisprudentie* 1994, nr. 17 m.nt. Klik onder nr. 20, *BR* 1993, p. 384, *NTBR* 1993, p. 214 m.nt. Van Rossum. Ten onrechte vermeldde ik in mijn annotatie bij het arrest dat over de mogelijkheid met samenloop niet eerder beslist was. Zie echter over deze mogelijkheid wanneer de termijn is vervallen Köster in *AA* 1971 p. 450 met vermelding van rechtspraak: Rb. Utrecht 7 maart 1934, *NJ* 1935, 1407 *W.* 12992 (gebroken schuifladder), zie echter twijfelachtig Rb. Zwolle 20 november 1968, *NJ* 1969, 187, zie verder Köster in *BR* 1969 op p. 378-379. De ook in dit geval aanwezige exoneratieclausule in de koopovereenkomst beschermde in de uitleg van het hof niet tegen andere dan contractuele aansprakelijkheid.

industrieterrein. Een door de gemeente gestelde voorwaarde was dat Zuidema binnen twee jaar na aanvaarding het terrein in gebruik moest nemen voor het stichten van een timmerfabriek. Zuidema heeft in de loop der jaren het terrein bebouwd met een industriehal, etc., en in 1968 zelfs met een woning. In 1988 blijkt dat het terrein verontreinigd is. De gezamenlijke erfgenamen Zuidema starten een procedure tegen de gemeente. Het hof oordeelde dat het in het algemeen onrechtmatig is jegens latere eigenaren of gebruikers om zonder voorafgaand onderzoek en slechts na ophoging met zand en/of grind een terrein als bouwgrond uit te geven, terwijl de uitgevende instantie weet of had kunnen weten dat daar door industriële bedrijven onder meer chemisch afval is gestort (zie ov. 11). De Hoge Raad spreekt ook over de 'door het hof kennelijk gevolgde grondslag van de vordering, die het gehele handelen ter zake van de gronduitgifte omvat, waaronder ook de toekenning aan de grond van de bestemming 'industrieterrein' in het ter plaatse geldende bestemmingsplan en het afgeven van bouwvergunningen voor het bebouwen van die grond.' De klacht dat aan de vordering in wezen geen andere omstandigheden ten grondslag waren gelegd dan die waarvoor de wetgever de speciale regeling van de verborgen-gebreken heeft gegeven faalde. De Hoge Raad overwoog dat het hof terecht had geoordeeld dat 'naar de huidige rechtsopvattingen de uitgifte van bouwgrond onder de genoemde omstandigheden in het algemeen onrechtmatig is jegens latere eigenaren of gebruikers'.[178]

In *Haagse gasfabriek* staat de onrechtmatigheid van de verkoper van verontreinigde grond jegens opvolgende kopers centraal, in zoverre is het arrest *Gemeente Groningen/Erven Zuidema* tot dit arrest te herleiden. In 1980 heeft de gemeente Den Haag een perceel grond verkocht aan F. de Bruyn Fineer- en Fijnhouthandel BV en drie anderen. Het perceel grond heeft behoord tot het terrein van de gemeentelijke gasfabriek die in werking is geweeest tussen 1907 en 1966. De gemeente heeft in de transportakte haar aansprakelijkheid uitgesloten voor 'schaden of onheilen van welke aard ook'. Aan kopers werd een bouwplicht opgelegd. In 1981 werd doorverkocht aan Bensal. Toen de grond ernstig verontreinigd bleek te zijn, heeft Bensal de schade op de gemeente verhaald.[179] Het hof achtte de gemeente aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad, bestaande in het zonder voorafgaande waarschuwing als bouwgrond in het verkeer brengen van een perceel ernstig verontreinigde grond, terwijl die verontreiniging door de gemeente zelf was veroorzaakt en uit dien hoofde bij haar bekend had moeten zijn, hetgeen door de Hoge Raad geaccordeerd werd.[180]

178 De Hoge Raad oordeelde verder dat het hof terecht had overwogen dat het handelen van de gemeente in de jaren zestig moest worden beoordeeld naar de toendertijd geldende maatstaven en kennis; en dat het handelen van de gemeente onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is.

179 Bensal had inmiddels aan Nationale Nederlanden doorverkocht, en aan deze de schade vergoed.

180 Het hof stelde expliciet vast dat de gemeente het terrein had gebruikt als stortplaats, zie ov. 4-5. Niet duidelijk is geworden wanneer gestort is, zie ov. 7. De gemeente had de voor het storten benodigde vergunningen niet, zie ov. 14.

210. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

De *Maassluis*-arresten zijn allereerst van belang als bevestiging van het feit dat onder omstandigheden aan de verborgen gebreken-regeling kon worden ontkomen. *Inhoudelijk* is er sprake van een ruime uitleg, in de zin dat (afwezigheid van bodemverontreiniging) onder de garantie wordt gebracht (ernstige aantasting van de 'woonfunctie' en 'woonbestemming', door bezwaren vanuit het oogpunt van volksgezondheid) en dat – via toekenning van abstracte schade – de verkoper aansprakelijk wordt gehouden voor schade gelegen in waardevermindering.

In het arrest *Groningen/Zuidema* bleek de onrechtmatige daad ook een uitweg voor de verborgen gebreken-regeling. De Hoge Raad was van oordeel dat de uitgifte van bouwgrond in het algemeen onrechtmatig is jegens latere eigenaren of gebruikers. Het arrest bouwt in zekere zin voort op het *Haagse gasfabriek*-arrest, waarin het zonder voorafgaande waarschuwing als bouwgrond in het verkeer brengen van een perceel ernstig verontreinigde grond onrechtmatig werd geacht. De twee arresten hebben met de *Maassluis*-zaken gemeen dat er een (strenge) aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging gevestigd werd. Zeker destijds kreeg, ook omdat bodemverontreiniging in het juridische nog een nieuw fenomeen was, deze aansprakelijkheid de nodige aandacht. Een aspect dat de drie situaties gemeen hebben is dat er sprake is van het in het verkeer brengen van 'bouwgrond'. In die zin is de aansprakelijkheid beperkt tot een specifieke situatie.

6.7 Recente rechtspraak van de Hoge Raad: een beperkte opvatting van de impliciete garantie?

211. Na Maassluis. Terughoudender opstelling Hoge Raad

Na de *Maassluis*-arresten bleek het in een serie uitspraken in de lagere rechtspraak voor de koper die met bodemverontreiniging geconfronteerd werd relatief eenvoudig om de verkoper aan te spreken. Hierbij moet echter worden aangetekend dat het bijna steeds ging om zaken waarin de overheid grond had uitgegeven, met een bouwplicht of andere verplichting (vestiging van bepaald soort bedrijf), of zaken waarin een groot professioneel bedrijf werd aangesproken dat grond 'bouwrijp' had verkocht.[181] In volgende zaken die aan de Hoge Raad werden voorgelegd nam de Hoge Raad ten aanzien van de aansprakelijkheid van de verkoper echter een terughoudender standpunt in.[182] Zo overwoog de Hoge Raad in *Kaars Sijpesteijn/De Marez Oyens*, het arrest inzake de olietank te Bloemendaal, dat niet kon worden aangenomen dat ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst (1990) de maatschappelijke opvattingen meebrachten dat de particuliere verkoper,

181 Vergelijk bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 24 mei 1995, *M&R Jurisprudentie* 1996, 35k, *TMA* 1996, p. 11 m.nt. Klik en Rb. Rotterdam 14 november 1996, *NJ kort* 1996, 79, *BR* 1997, p. 140, *TMA* 1997 p. 104 m.nt. Klik. Zie ook de verwijzingen in de annotaties.

182 Zie voor een overzicht op hoofdlijnen ook P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004), § 3.8; vergelijk verder mijn annotaties bij de arresten en P. Klik, Koop van verontreinigd onroerend goed, *M&R* 2002, p. 73.

ongevraagd, en ongeacht of hij al dan niet bekend was of had behoren te zijn met een mogelijke verontreiniging, van de aanwezigheid van die tank mededeling behoorde te doen.[183] Vervolgens weigerde de Hoge Raad in het arrest *Durlinger/Laura Bakens BV*, ook een zaak over een lekkende olietank, een impliciete garantie te aanvaarden.

212. Durlinger/Laura Bakens BV

In het arrest *Durlinger/Laura Bakens BV* uit 1997 ging het om de aankoop van een aangrenzend winkelpand.[184] Na de koop bleek dat de bodem verontreinigd was door een lekkende olietank. De Hoge Raad oordeelde dat de enkele omstandigheid dat verkoopster bekend was met de verbouwplannen van de koopster nog niet meebracht dat verkoopster – stilzwijgend – had gegarandeerd dat de zaak voor een verbouwing zonder belemmering geschikt zou zijn. De Hoge Raad wijkt hier van de ontwikkeling die met de *Maassluis*-arresten in gang was gezet af, of beter gezegd: de lijn wordt niet onverkort doorgetrokken.

Van belang hierbij kan zijn de hoedanigheid van de verkoper; in deze zaak was de verkoopster een particulier. Een onderscheid dat daarmee samenhangt is de rol van de verkoper. In casu is op het eerste gezicht geen sterk verband te leggen tussen de verkoper en de plannen van de koopster tot (ver)bouw. Op die manier zou een onderscheid te maken zijn tussen zaken waarin de verkoper een bouwplicht oplegt, 'bouwrijp' verkoopt etc. (actieve rol verkoper) en zaken waarin de verkoper op dit punt passief is. In mijn annotatie bij het arrest heb ik er op gewezen dat een dergelijk onderscheid erg kunstmatig kan zijn.[185] Uit de situatie (de buurvrouw die een winkel heeft koopt het naastgelegen pand op) kan volgen dat verbouwing te verwachten is. In casu had het hof hieraan ook gewicht toegekend, in de zin dat het hof overwoog dat niet was gesteld of gebleken dat verkoopster met betrekking tot de plannen enig voorbehoud had gemaakt. Met andere woorden: het was aan de verkoopster zich te exonereren. De Hoge Raad vond ook dit onvoldoende gemotiveerd.

M.M. van Rossum stelt dat er geen parallel kan worden getrokken met de *Maassluis*-zaken, waarbij zij er op wijst dat in de *Maassluis*-zaken bouwgrond was verkocht en een bouwplicht werd opgelegd.[186] Een vergelijking met het in nr. 211 besproken arrest inzake de olietank te Bloemendaal ligt voor de hand, een

183 HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 527 m.nt. WMK, *TMA* 1997, p. 48, *BR* 1997, p. 363 m.nt. Chao-Duivis, *M&R Jurisprudentie* 1997, nr. 120 m.nt. Klik *(Kaars Sijpesteijn/De Marez Oyens)*. De Hoge Raad hield in een ander arrest uiteraard wel vast aan de bekende regels met betrekking tot de spreek- en onderzoeksplichten: de verkoper die in strijd met de waarheid op de vraag van de koper naar bodemverontreiniging antwoordt dat van verontreiniging geen sprake is, is aansprakelijk. HR 14 januari 1997, *NJ* 1998, 657 m.nt. WMK, *M&R Jurisprudentie* 1998, nr. 55 m.nt. Klik, *TMA* 1998, p. 38 m.nt. Smale, *JM* 1998, nr. 57 m.nt. Smale (*Holvrieka Processing BV/Brunink Harderberg BV*).

184 HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 658 m.nt. WMK onder *NJ* 1998, 657, *M&R Jurisprudentie* 1998, nr. 56, p. 152 m.nt. Klik.

185 Zie voor verdere uitwerking mijn annotatie.

186 M.M. van Rossum, De problematiek rond ingegraven olietanks, *WPNR* 6331-6332 (1998) p. 649, p. 665 op p. 651-652, zie ook p. 669.

arrest dat ook betrekking had op een overeenkomst tussen particulieren.[187] In dat arrest werd de spreekplicht eng opgevat: de lijn van de beperking van de spreekplicht lijkt doorgezet te worden, als men spreekplicht en 'garantie' van de kant van de verkoper gelijk stelt.

213. Terughoudende opstelling bevestigd (?)

De terughoudende opstelling lijkt bevestigd in het arrest *Van den Akker/Gemeente Helmond*[188], waarin de actie van de particuliere koper jegens de verkopende gemeente niet slaagde, omdat de gemeente geen kennis had van gegevens die wezen op een 'bijzonder risico' en koper zich van het algemene risico bewust was. De gemeente had geen spreekplicht, ook niet gelet op haar publiekrechtelijke taken. Vergelijk echter het arrest *Gemeente Boarnsterhim/Heideveld en Meinders*, waarin de gemeente die de grond eerder met een bouwplicht verkocht had, jegens een opvolgende koper aansprakelijk werd gehouden (zie ook de eerdergenoemde arresten *Haagse gasfabriek* en *Groningen/Zuidema*).[189]

214. HR 13 februari 2004, NJ 2004, 342 (Dries/Van Toll)

Dat (interpretatie van) het oude recht actueel blijft, blijkt uit het laatste hier te bespreken arrest, *Dries/Van Toll*, uit 2004.[190] In casu ging het niet over bodemverontreiniging, maar wel over een gebrek aan onroerend goed, zodat het arrest in de lijn van de eerdere rechtspraak geplaatst kan worden. Het betreft een Antilliaanse zaak, waarin de verborgen gebreken-regeling (destijds nog geldend op de Nederlandse Antillen) van toepassing is. In casu was een recht van erfpacht op een stuk grond met het daarop staande woonhuis verkocht. Na de koop bleek dat het woonhuis niet voorzien was van een gedegen fundering: de betonvoet onder de funderingswanden die op de van overheidswege goedgekeurde bouwtekening[191] was aangegeven ontbrak grotendeels.

Het hof had overwogen dat essentieel voor de koper was dat zo iets fundamenteels als een degelijke fundering daadwerkelijk is aangebracht zoals die op de van overheidswege goedgekeurde bouwtekening is getekend, en dat de verkoper dan ook geacht moest worden die aanwezigheid stilzwijgend te garanderen.[192]

De Hoge Raad geeft twee manieren aan waarop deze overweging van het hof kan worden begrepen, maar wijst vervolgens beide manieren af.[193]

---

187 HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 527 m.nt. WMK, *TMA* 1997, p. 48, *BR* 1997, p. 363 m.nt. Chao-Duivis, *M & R Jurisprudentie* 1997, nr. 120 m.nt. Klik, zie ook A.L. Croes, Over lekkende onderverdiepingen en lekkende olietanks, *TvC* 1998, p. 5, M.M. van Rossum, De problematiek rond ingegraven olietanks, *WPNR* 6331-6332 (1998) p. 649, p. 665.

188 HR 21 juni 2002, *NJ* 2004, 128 m.nt. WMK, *JM* 2002, 143 m.nt. Bos *(Van den Akker/Gemeente Helmond)*.

189 HR 14 juni 2002, *NJ* 2004, 127 m.nt. WMK, *JM* 2002, 104 m.nt. Bos (*Gemeente Boarnsterhim/Heideveld en Meinders*). Zie over beide arresten G. Raaijmakers, Twee recente arresten over verkopersaansprakelijkheid, *WPNR* 6507 (2002) p. 729.

190 HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 342 (*Dries/Van Toll*).

191 De rol van de bouwtekening in het geheel is niet duidelijk. Enerzijds heeft het hof niet vastgesteld dat de bouwtekening bij de totstandkoming van de koopovereenkomst een rol had gespeeld (zie onder nr. 3. 4. 1), anderzijds wordt in de overweging van het hof de bouwtekening uitdrukkelijk genoemd. Zie ook de conclusie OM onder nr. 3.

192 Zie nr. 3.4.1.

193 ov. 3.4.2.

Een eerste manier zou zijn om op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid voor de verkoper van een huis jegens de koper een garantieverplichting aan te nemen dat een degelijke fundering is aangebracht zoals die voorkomt op de van overheidswege goedgekeurde bouwtekening. De Hoge Raad wijst deze constructie af omdat een dergelijke garantieverplichting 'niet strookt met het feit dat de verkoper in beginsel voor àlle gebreken die hij niet kende of behoefde te kennen, niet verder instond dan uit de artt. 1521 - 1524 (oud) BWNA (art. 1540 -1542 oud BW, PK) voortvloeide'.

De tweede manier zou zijn een door partijen overeengekomen garantie. Ten aanzien van deze constructie oordeelt de Hoge Raad dat het hof heeft miskend 'dat zulks nadere motivering behoeft, nu het geen nadere omstandigheden heeft vastgesteld die wijzen op het bestaan van een dergelijke (eventueel stilzwijgend overeengekomen) garantie.' De Hoge Raad wijst er daarbij op dat verkoper aan koper heeft geadviseerd om in verband met bij de bezichtiging geconstateerde scheuren en betonrot een deskundige te raadplegen, hetgeen 'veeleer er op wijst dat verkoper aan koper geen verdergaande garanties wilde geven dan in de (toenmalige) wettelijke regeling besloten lag'.[194]

De Hoge Raad lijkt de verplichtingen die de verborgen gebreken-regeling aan de verkoper oplegt eng te willen construeren, zie de zinsnede 'niet verder instond dan uit de artt. 1521 - 1524 (oud) BWNA voortvloeide'. Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt echter niet waarom een 'garantie' dat er een degelijke fundering was, niet onder de werking van de verborgen gebreken-regeling zou vallen. Er is duidelijk sprake van een gebrek, dat ten tijde van de koop verborgen was. De kennis van de verkoper is alleen relevant bij een vordering tot schadevergoeding, hetgeen in dit geval niet aan de orde was.[195] De Hoge Raad heeft in deze ook geen steun aan de conclusie van het OM van A-G Huydekoper, waarin op verschillende plaatsen (zie onder nr. 8 en nr. 15) wordt gerept van de beperkte mogelijkheden die de verborgen gebreken-regeling biedt, maar waarin geen analyse is te vinden van het begrip 'gebrek' onder het oude recht zoals opgevat in de literatuur en toegepast in de rechtspraak, zie de volgende passage uit de conclusie:

> Deze overweging moet worden begrepen tegen de achtergrond, dat het toenmalige Nederlandse BW, evenals het op deze zaak toepasselijke BWNA, tot uitgangspunt nam dat de verkoper van een species-zaak niet verplicht was om zonder meer in te staan voor het feit dat de verkochte zaak vrij was van verborgen gebreken - het uitgangspunt van de wet was, zoals in alinea 8 hiervóór al aangestipt, dat de verkoper daarvoor slechts instond binnen de relatief beperkte marge van, wat de thans te beoordelen zaak betreft, de 'verborgen-gebreken regeling' van de artt. 1521 - 1524 BWNA (oud).

194 De overweging van het hof dat de garantie in de weg stond aan een beroep op de exoneratie komt, gelet op de bovenstaande overwegingen, verder in cassatie niet meer aan de orde.

195 In dit verband is van belang dat de koper in feite alleen terugbetaling van reeds betaald voorschot, ontbinding en de contractuele boete van 10% eiste. Het hof wijst de vordering tot terugbetaling toe vanwege het ontbonden zijn van de overeenkomst; over al dan niet toekennen van de contractuele boete wordt in het arrest verder niets vermeld. De ontbinding kan gelijk worden gesteld met de actie die op grond van de verborgen gebreken-regeling mogelijk is, namelijk teruggave van de zaak. Voor deze actie speelt, anders dan voor een actie voor eventuele gevolgschade, de wetenschap aan de kant van de verkoper geen rol.

In een voetnoot wordt verder slechts, onder verwijzing naar Asser-Hijma, gesteld dat het 'oude' recht niet in een 'structureel conformiteitsvereiste' voorzag.[196]

Zelfs al zou deze situatie strikt genomen niet onder de verborgen gebreken-regeling, zoals in het verleden toegepast, vallen, hetgeen mijns inziens echter niet valt aan te nemen, zou het naar mijn mening in de rede liggen de oude verborgen gebreken-regeling aan te passen aan de eisen van de huidige tijd. Helaas is in de conclusie van het OM en in het arrest hiervan niets te bespeuren.[197]

In de vervolgprocedure, Hoge Raad 26 oktober 2007, waarin de verkoper terugbetaling vordert van hetgeen hij naar aanleiding van het vernietigde vonnis al betaald had, komt ook het beroep op dwaling aan de orde.[198] Vreemd genoeg wordt een en ander in deze procedure getoetst aan bepalingen van de koopovereenkomst, en niet aan het systeem van de wet. Het oordeel in lagere instantie dat artikel 3 van de koopovereenkomst, waarin was bepaald dat de verkoper geen vrijwaring verleende voor zichtbare en verborgen gebreken, ook in de weg stond aan een beroep op dwaling, blijft in cassatie in stand.[199]

215. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad valt niet een eenduidig antwoord af te leiden op de vraag of de verkoper voor bodemverontreiniging aansprakelijk is.[200] Met name de positie van partijen en omstandigheden als het uitgeven als "bouwgrond", etc. lijkt van belang. Duidelijk is geworden dat de verkoop van verontreinigde grond niet steeds tot aansprakelijkheid leidt.

---

196 Onder nr. 15. Zie noot 11 bij de conclusie, met verdere verwijzing naar *Stavenuiter/ Oosterbaan* (HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 213 m.nt. G., rov. 3.2 (tweede subalinea) en en het *Olivetti*-arrest (HR 1 december 1972, *NJ* 1973, 103 m.nt. GJS, rov. m.b.t. middel I (derde subalinea). Opvallend is de toevoeging: 'Voor een beroep op dwaling konden de verhoudingen (dus) geheel anders liggen, HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614 m.nt. CJHB, rov. 3.3.2 - 3.4; HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251.' Opvallend is ook de overweging dat het uitgangspunt van de wettelijke regeling een andere is dan de regeling van art. 35 lid 2 CISG (*implied warranty of fitness*). Het lijkt er op dat het feit dat de verkoper niet op de hoogte was van het gebrek hier een belangrijke rol in de oordeelsvorming speelt. Ten onrechte. Vergelijk wel juist de conclusie van A-G Verkade (onder nr. 4.4) voorafgaand aan het artikel 81 RO-arrest HR 23 mei 2003, *JOL* 2003, 296, *LJN* AF6689 (*Swaan/Tjeerdma*) inzake toerekenbaarheid. De conclusie van het OM, waarin verwezen wordt naar *Durlinger/Laura Bakens BV* (HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 658 m.nt. WMK onder *NJ* 1998, 657), strekte ook tot vernietiging van het vonnis.

197 In het verleden heb ik betoogd dat er alle reden is om de oude verborgen gebreken-regeling aan te passen aan de eisen van de huidige tijd, zie Klik (1996d).

198 HR 26 oktober 2007, *LJN* BA4494.

199 Partijen zijn blijkbaar door de conclusie van A-G Huydekoper voorafgaand aan het eerdere arrest op dit spoor gezet. Zie de conclusie van A-G Huydekoper bij het arrest van 4 mei 2007.

200 Voor de vraag hoe 'ruim' of 'eng' het normaal gebruik-criterium moet worden opgevat, is in die situatie de lagere rechtspraak richtinggevend. Voor een overzicht en verdere vindplaatsen zie P. Klik, Koop van verontreinigd onroerend goed, *M&R* 2002, p. 73 op p. 76-77; P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) § 3.8.

6.8 Samenvatting en conclusies

216. Samenvatting en conclusies

Al voor de invoering van het huidig BW in 1992 werd het conformiteitsvereiste in de rechtspraak geïntroduceerd. In het *Wasautomaten*-arrest van 1971 werd als criterium voor wanprestatie (bij soortzaken) gehanteerd dat 'zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden wanneer zij niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mag verwachten'. In enkele arresten met betrekking tot tweedehands auto's werd in de jaren tachtig ook het conformiteitsvereiste toegepast, hetgeen opmerkelijk is omdat in eerdere rechtspraak het werkingsterrein van de verborgen gebreken-regeling weliswaar was beperkt, maar tegelijkertijd was gebleken dat de voor de koper nadelige regeling in de rechtspraak niet zou worden afgeschaft.

Om aan de werking van de verborgen gebreken-regeling te ontkomen werd inmiddels gebruik gemaakt van de impliciete garantie. De garantie is echter geen aparte rechtsfiguur. In de literatuur werd destijds een onderscheid tussen de prestatieverbintenis en de garantieverbintenis sterk benadrukt, waarbij het onderscheid tussen 'geven, doen of niet doen' enerzijds en 'instaan voor' anderzijds een rol speelt. Naar huidig inzicht wordt een onderscheid tussen verplichtingen van de personen en aan de zaak te stellen eisen algemeen niet als zinvol ervaren.

In de *Maassluis*-arresten van 1992 werd via de figuur van de impliciete garantie een strenge vorm van aansprakelijkheid aangenomen voor de gemeente die verontreinigde grond als bouwgrond en met een bouwverplichting had uitgegeven. In deze arresten is dus een ruime uitleg van 'conformiteit' aangenomen. In latere arresten is sprake van een meer terughoudende opstelling van de Hoge Raad.

7 Huidig recht. Art. 7:17 BW. Uitleg

7.1 De Hoge Raad en art. 7:17. Prealabele kwesties

217. Inleiding

Eerder werd de jurisprudentie van de Hoge Raad onder het oud BW inzake wanprestatie, en garanties weergegeven. Art. 7:17 is inmiddels sinds 1992 geldend recht. Heeft de Hoge Raad al uitleg gegeven aan art. 7:17, en hoe verhoudt die zich tot de eerdere rechtspraak?

Het aantal arresten waarin de Hoge Raad duidelijke uitspraken doet over conformiteit is gering. Enkele redenen hiervoor worden eerst als prealabele kwesties op een rij gezet. Het gaat dan met name om tijdsverloop, de manier van procederen van partijen, de invloed van processuele kwesties, het afsnijden van het beroep op non-conformiteit door art. 7:23, en het fenomeen van de art. 81 RO-beslissing. Enkele 'art. 81-arresten' worden enigszins uitgebreider gesignaleerd, om in te kunnen gaan op de inhoud van de conclusie van het OM. In een viertal arresten is de Hoge Raad wèl ingegaan op conformiteit. Deze arresten worden vervolgens besproken.

218. Tijdsverloop

Art. 7:17 is sinds 1 januari 1992 geldend recht. De regeling is uiteraard van toepassing op alle koopovereenkomsten die op of na 1 januari 1992 zijn gesloten. De regeling is echter ook een jaar later (uitgestelde werking) van toepassing geworden op voor 1 januari 1992 gesloten overeenkomsten.[1] Vanaf 1992 is dus eigenlijk alleen het tijdsverloop van het procederen in feitelijke instantie de bepalende factor: eerst moest men in lagere instantie tot een beslissing komen die aan de Hoge Raad voorgelegd zou kunnen worden. Of dit daadwerkelijk ook gebeurt is vervolgens afhankelijk van een groot aantal omstandigheden, waarbij uiteraard het financiële belang en de financiële draagkracht van partijen een grote rol spelen.

219. Het voorleggen van (rechts)vragen aan de Hoge Raad

Afgezien van het in het kader van conformiteit weinig voor de hand liggende middel van cassatie in het belang der wet, zullen partijen verschillen van inzicht rond conformiteit aan de Hoge Raad moeten voorleggen. Zelfs als partijen tot de Hoge Raad doorprocederen, kunnen er omstandigheden zijn die beletten dat de Hoge Raad zich over conformiteit kan uitspreken. Partijen moeten zelf hierover een klacht formuleren.[2]

---

1 Zie over het overgangsrecht Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 60 e.v., met verwijzingen.
2 Art. 419 lid 1 Rv., zie Asser-Veegens (2005) nr. 163 e.v.

Ter illustratie behandel ik kort het arrest *Dohrmann/Goorhuis*.[3] In dit arrest was in cassatie niet bestreden dat een koper van een woonhuis in het algemeen mag verwachten dat de grond niet zodanig is verontreinigd dat het gekochte niet zonder meer voor normaal gebruik als woonhuis geschikt is. Jammer genoeg voor de rechtsontwikkeling werd deze vraag niet aan de Hoge Raad voorgelegd, zodat 'conformiteit' in het arrest niet aan de orde komt. Cruciaal voor de afloop van deze zaak was dat de verkoper bij het hof zelf had aangeboden te bewijzen dat hij aan de koper had meegedeeld dat er sprake was van bodemverontreiniging.[4] Uiteindelijk slaagde hij niet in dit bewijs en verloor de zaak bij het hof. Zijn klachten in cassatie treffen geen doel en hij verliest uiteindelijk de procedure. Dit illustreert het belang van bewijslastverdeling: bij de rechtbank was de bewijslast bij de koper gelegd. De betekenis van het bewijs van mondelinge mededelingen was groot in deze zaak, gelet op de verwarrende en tegenstrijdige schriftelijke stukken.

220. Processuele aspecten

Processuele fouten in lagere instantie kunnen ook met zich meebrengen dat de Hoge Raad aan een oordeel over conformiteit niet toekomt. Een voorbeeld is HR 21 maart 2003, *LJN* AF2840. Het gaat om een door de koper aanhangig gemaakte procedure, waarin koper schadevergoeding vordert wegens lekkage in het door hem gekochte huis.

Koper voert primair aan dat de woning niet aan de koopovereenkomst (waarbij gebruik was gemaakt van de NVM-akte) voldeed, en subsidiair dat verkoper van de lekkage afwist en dit had moeten meedelen. In een tussenvonnis verwerpt de rechtbank de primaire grondslag, en laat koper met betrekking tot de subsidiaire grondslag toe tot bewijs. In het eindvonnis wordt de koper vervolgens geslaagd geacht in dit bewijs. Verkoper gaat in hoger beroep. Nadat het hof in een tussenarrest de verkoper had toegelaten tot nadere bewijslevering, heeft het in zijn eindarrest de vordering van de koper afgewezen. Het hof heeft in zijn tussenarrest overwogen dat, omdat de koper geen incidenteel beroep (tegen het eerste tussenvonnis) had ingesteld, de primaire grondslag van de vordering (dat de verkoper reeds daarom aansprakelijk was omdat het gekochte huis door het gebrek dat aanleiding gaf tot de lekkage niet de eigenschappen bezat die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten) in hoger beroep niet aan de orde kon komen. Dit laatste wordt in cassatie bij de Hoge Raad aan de orde gesteld.

De Hoge Raad is van oordeel dat het hof de devolutieve werking van het hoger beroep heeft miskend. Het hof had moeten oordelen over de door eiser ter staving van zijn vordering aangevoerde grondslagen, ook voor zover de rechtbank daarover reeds had geoordeeld en deze had verworpen, zonder dat daartoe het instellen van incidenteel hoger beroep noodzakelijk was. In het onderhavige geval kon er geen twijfel over bestaan dat eiser de door de rechtbank als ondeugdelijk aangemerkte primaire grondslag had gehandhaafd in hoger beroep. De zaak wordt

3 HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 584 (*Dohrmann/Goorhuis*).

4 In casu was de waarde van het huis en de grond *f* 215.000, terwijl de kosten van sanering bijna het tweevoudige bedroegen, namelijk *f* 420.000.

dus terugverwezen naar een ander hof. Door de processuele gang van zaken is de onderliggende vraag, te weten of de lekkage een beroep op non-conformiteit kon rechtvaardigen (mede gelet op de door partijen gebruikte NVM-akte), niet aan de orde gekomen.[5]

De manier van procederen door partijen is uiteraard ook van invloed. Een aardig voorbeeld is de zaak die leidde tot de art. 81 RO-beslissing HR 10 december 2004.[6] In casu ging het om funderingsproblemen bij een in 1996 voor *f* 275.000,- verkocht ca. 100 jaar oud huis. Koper verloor de procedure in beide lagere instanties. Het hof gaat in zijn arrest in op de stelling van de koper dat normaal gebruik van een woning niet alleen inhoudt dat men in de woning kan wonen, maar ook dat dit wonen veilig kan gebeuren en dat dit veilig wonen een duurzaam karakter heeft.[7] Het hof constateert dat de koper al drie jaar in het huis gewoond had en overweegt omtrent de duurzaamheid van het (veilig) wonen dat als veronderstellenderwijs van een verzakkingsproces wordt uitgegaan dat op den duur zou kunnen leiden tot een onbewoonbare woning, koper *niets gesteld* heeft over wanneer dit moment zou aanbreken. Naar het oordeel van het hof had koper dus te weinig gesteld.

221. Art. 7:23 BW. Inspectieplicht, klachtplicht en verjaring

Het debat over art. 7:17 kan uiteraard ook worden vermeden wanneer de verkoper zich op het niet voldoen aan de klachtplicht van art. 7:23 of verjaring beroept.[8]

Ter illustratie kan worden gewezen op een zaak, waarin de non-conformiteit geen issue was (het verontreinigde bouwterrein werd, toen de koper bodemverontreiniging constateerde, op kosten van de verkoper, de gemeente, gesaneerd) en door de verkoper inderdaad een beroep gedaan werd op verjaring, hetgeen werd gehonoreerd. In deze zaak, *Inno Holding Baarn B.V./Gemeente Sluis*, uit 2006,[9] stond de vraag centraal of de vordering gebaseerd op onrechtmatige daad ook onder art. 7:23 BW viel, hetgeen door de Hoge Raad bevestigend beantwoord werd.[10]

---

5 Hierover overigens ook de conclusie van A-G Bakels, die ingaat op de vraag of de Hoge Raad na vernietiging de zaak op voet van art. 420 Rv. zelf kan afdoen. Onder verwijzing naar het *Woonboerderij*-arrest, HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 575 m.nt. WMK, *AA* 2000, p. 459, m.nt. Van Dunné, concludeert hij dat, aangezien verkoper heeft bestreden dat de lekkage zich al had gemanifesteerd voor de verkoop, verwijzing moet plaatsvinden. Zie de conclusie onder nr. 2.4.

6 HR 10 december 2004, *LJN* AR3633 (conclusie van A-G Verkade).

7 De overwegingen ter zake van de mededelingsplicht van de verkoper laat ik hier buiten beschouwing.

8 Over art. 7:23 BW in relatie tot de termijn in de verborgen gebreken-regeling onder het oude recht zie Klik (1994d) en Klik (1996e). Zie behalve de hier besproken twee arresten ook voor lagere rechtspraak het overzicht in P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004) § 4.4 (p. 84) en verder ook Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2001, te kennen uit HR 14 februari 2003, *LJN* AF0871. Zie ook op dit punt HR 25 februari 2005 (*Fabels/Meenderink*), een arrest dat op het punt van conformiteit nog uitvoerig aan de orde komt.

9 HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272, *LJN* AW2582 (*Inno Holding Baarn B.V./Gemeente Sluis voorheen Gemeente Oostburg*).

10 Kritisch over samenloop H.C.F. Schoordijk, Het rechtsbeginsel 'Gij zult een ander niet op het foute been zetten' en zijn reikwijdte, *WPNR* 6693 (2007) p. 30, over het arrest p. 39 noot 39. Het beroep op art. 7:23 BW heeft recent enorm aan populariteit gewonnen; deze zaken hoeven hier verder niet behandeld te worden. Zie →

222. Rechtsvragen en feitelijke vragen

Bij de vraag of de verkoper 'conform' geleverd heeft spelen rechtsvragen en feitelijke vragen een rol. Een rechtsvraag is of in lagere instantie de juiste maatstaf is aangelegd.[11] Het eindoordeel, de toepassing van de maatstaf op de feiten, is feitelijk gekleurd. Bij de toe te passen maatstaf spelen echter diverse criteria een rol, zodat het in de rede ligt te veronderstellen dat de Hoge Raad zich ook op dat vlak enigszins terughoudend zal opstellen. Een en ander leidde mij in 2002, onder verwijzing in een voetnoot naar het 'soepele karakter' van art. 7:17, tot de volgende stelling dat de Hoge Raad op dit punt niet snel stelling zou nemen of duidelijke en nauw omschreven regels zou geven om te bepalen of het geleverde 'conform' is, aangezien bij de vraag of het geleverde 'conform' is tal van omstandigheden een rol spelen. Zolang de lagere rechter alle omstandigheden in ogenschouw neemt, en zijn oordeel goed motiveert, zal naar mag worden aangenomen de Hoge Raad het oordeel in stand laten.[12] Strikt genomen komt dan aan de Hoge Raad slechts een soort controlerende functie toe. Voor een voorbeeld kan worden gewezen op het arrest *Van der Hoek/Stedehouder*, waarin de Hoge Raad oordeelt dat in het licht van de stellingen van kopers in lagere instantie kopers er terecht over klagen dat het hof aan het beroep op art. 7:17 BW 'bij gebreke van feitelijke onderbouwing' is voorbijgegaan.[13] In casu ging het om de verkoop van een camping met opstallen, waarbij het in de bedoeling van de kopers lag om het restaurant uit te breiden tot een hotel. Na de verkoop bleek het terrein echter verontreinigd te zijn. In zijn beoordeling geeft de Hoge Raad een groot aantal stellingen van de kopers weer, waarmee kopers onderbouwden dat zij belang hadden bij schone grond. Kopers hadden onder meer aangevoerd dat in geval van bodemverontreiniging ook minder vergaande maatregelen dan sanering kostbaar zijn; dat bouwen op verontreinigde bodem niet is toegestaan; en dat het schoon zijn van grond en grondwater voor hen essentieel was. De Hoge Raad oordeelt dus niet dat kopers in hun stellingen gelijk hadden, maar dat het hof hierover een oordeel had moeten geven.

De Hoge Raad zelf heeft zich over zijn rol in cassatie nog niet expliciet uitgesproken. Wel kan worden gewezen op de conclusie van het OM, die overigens in het volgende nog uitgebreid aan de orde komt, bij het art. 81 RO-arrest HR 19 december 2003.[14] In de conclusie van A-G Huydecoper wordt het volgende gezegd:

---

hierover onder meer C.S. Schillemans, De protestplicht en enkele (onbeantwoorde) vragen rond nietigheid en conversie. (HR 23 maart 2007, *LJN* AZ3531, NJ 2007, 176, RvdW 2007, 338, *JOL* 2007, 201 (*Brocacef*)), *Bb* 2007, p. 43; J.J. Dammingh, Klachtplicht van koper geconcretiseerd. Drie arresten over klachtplicht bij nonconformiteit, *Advocatenblad* 2007, p. 684; M. van Kogelenberg, Wie niet komt klagen, wordt overgeslagen, *WPNR* 6733 (2007) p. 1005; C. Drion, Wie niet klaagt, die niet wint; op weg naar een klaagcultuur?, *NJB* 2008, p. 375.

11 Vergelijk voor het oude recht HR 7 november 1879, *W.* 4441 (1879) ('dampig' paard) waarin de Hoge Raad niet de beslissing van het hof als feitelijk karakteriseerde. Anders echter HR 4 maart 1927, *NJ* 1927, p. 765.

12 P. Klik, Koop van verontreinigd onroerend goed, *M&R* 2002, p. 73 op p.76. Hierbij verwees ik, als vergelijkbaar, ook naar HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m.nt. JBMV (*Mol/Meijer Beheer*) inzake een garantie-bepaling. Zie ook Asser-Veegens (2005) nr. 121 (p. 271, tekst bij noot 3).

13 HR 30 juni 2000, *NJ* 2000, 675 (*Van der Hoek/Stedehouder*). Voor een bespreking van dit arrest zie ook P. Klik, Koop van verontreinigd onroerend goed, *M&R* 2002, p. 73 op p. 76.

14 HR 19 december 2003, *LJN* AN7823, *JM* 2004, 80 m.nt. Bos.

> Voor de cassatie-instantie brengt dit mee dat het oordeel over welke 'conformiteits-eisen' een bepaalde koopovereenkomst inhield, in vergaande mate bepaald kan worden door de waardering die de rechter van de laatste feitelijke instantie aan de omstandigheden van het geval heeft gegeven.[15]

In een voetnoot, noot 6, werkt hij dit als volgt nader uit:

> Met dien verstande dat de feitelijke waardering een grotere rol speelt naarmate het geval meer 'eigen', en niet eenduidig kwalificeerbare omstandigheden vertoont. Gevallen die aan een algemeen 'normaaltype' beantwoorden kunnen wel degelijk in cassatie worden beoordeeld, zoals HR 15 april 1994, NJ 1995, 614 m.nt. CJHB (*Schirmeister/De Heus*, PK) laat zien.

In het genoemde arrest ging het om de koop van een tweedehands auto.[16] Deze benadering doet ook denken aan de benadering die gevolgd werd in het arrest *Van Kessel -Werklust* uit 1973 inzake de tweedehands wiel-loader[17], waarin de Hoge Raad met betrekking tot de bewijslast het voor een beroep op wanprestatie voldoende achtte wanneer de koper bewees dat machines van een bepaalde bouwjaar in het algemeen bepaalde gebreken vertoonden, die bij een machine van een ander bouwjaar niet behoefden te worden verwacht.

7.2 De conclusies van het OM in art. 81 RO zaken

223. Art. 81 RO

Sinds 1988 voorziet de wet in (thans) art. 81 RO (voorheen art. 101a RO) in de mogelijkheid voor de Hoge Raad om zaken 'verkort' af te doen.[18] Bij de beoordeling van de middelen volstaat de Hoge Raad in deze gevallen met een formulering waarin de wettekst nauwkeurig gevolgd wordt:

> De in de middelen aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Een uitstekend voorbeeld van een art. 81 RO-arrest op het gebied van conformiteit is het arrest HR 19 december 2003 inzake de koop van een hotel (en woon-

15 ov. 6.

16 Zie ook het nog te bespreken arrest over conformiteit, HR 8 juli 2005, *NJ* 2006, 22 (*Kousedghi/Westminster Rental*), waarin ook op dit arrest wordt voortgeborduurd.

17 HR 11 mei 1973, *NJ* 1974, 109 m.nt. BW (*Van Kessel/Werklust*).

18 De regeling is ingegeven door de gestaag toenemende werklast van de Hoge Raad, Asser-Veegens (2005) nr. 190. Inmiddels wordt rond de helft van de zaken die bij de Hoge Raad worden aangebracht via art. 81 afgedaan. Asser-Veegens (2005) nr. 190 vermeldt de volgende percentages: 52% in 2001, 57% in 2002, 47% in 2004. Zie over de art. 81 RO-procedure ook raadsheer Numann, die in een interview meldt dat de Hoge Raad zonder deze procedure allang was vastgelopen, *AA* 2006, p. 512 op p. 513. Numann geeft ook concreet aan dat de behandeling van een dergelijke zaak zich in niets onderscheidt van andere zaken, totdat er een concept geschreven moet worden. Hieruit volgt dat de art. 81 RO-procedure *de facto* een van de functies van een verlofstelsel vervult.

huis) op Schiermonnikoog.[19] In de koopovereenkomst, van 17 december 1994, verklaren de verkopers dat zij niet bekend zijn met bodemverontreiniging die tot sanering noodzaakt en dat hun niet bekend is dat het huidige gebruik van het object publiek- of privaatrechtelijk niet zou zijn toegestaan. Wanneer kopers willen slopen en nieuwbouw willen plaatsen wordt bodemverontreiniging ontdekt. In deze zaak ging het erom – ik neem bewust de formulering uit de conclusie van het OM over – of de verkoper die een (onroerende) zaak verkoopt aan een koper waarvan hij weet dat die vérstrekkende bouwplannen heeft, ervoor moet instaan dat het onroerend goed geen (verborgen) gebreken in zich bergt die voor de bouwplannen prohibitief of bezwarend zijn; en dat daarom, wanneer zulke gebreken toch blijken te bestaan, de koper een beroep op wanprestatie, of tenminste op dwaling, mag doen. In de procedure bij de rechtbank worden de verkopers tot schadevergoeding veroordeeld. Het hof echter vernietigt het vonnis en wijst de vorderingen van eisers af, omdat – kort gezegd – er geen garanties waren en de kopers niet aan hun onderzoeksplicht hadden voldaan. De zaak wordt op grond van art. 81 RO door de Hoge Raad afgedaan. In een dergelijke zaak wordt, naast het arrest van het hof, de conclusie van het OM van belang. Vanuit die optiek wordt in het volgende een tweetal conclusies voorafgaand aan art. 81 RO-arresten besproken: eerst de conclusie van A-G Huydecoper bij de zojuist besproken zaak, en vervolgens de conclusie van A-G Verkade bij HR 10 december 2004 inzake funderingsproblemen.

224. Conclusie voorafgaand aan HR 19 december 2003 inzake de koop van een hotel (en woonhuis) op Schiermonnikoog

Conformiteit wordt door A-G Huydecoper bij de zojuist al besproken zaak van koop van een hotel (en woonhuis) op Schiermonnikoog in algemene termen besproken als volgt (ov. 6):

> Art. 7:17 BW legt op de verkoper de verplichting, ervoor in te staan dat de verkochte zaak aan de overeenkomst beantwoordt; wat blijkens het tweede lid van dat artikel mede inhoudt, dat de zaak de eigenschappen moet bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Wat dat in een gegeven geval impliceert, moet aan de hand van de omstandigheden van dat geval worden beoordeeld. Het accent op de beoordeling aan de hand van de omstandigheden 'maakt art. 7:17 tot een soepel artikel, waarbij de verkoper in vergaande mate in staat is (door mededelingen, verkoopomstandigheden, enz.) het verwachtingspatroon van de koper, en daarmee de vraag of van een tekortkoming sprake is, te beïnvloeden.'

Na enkele overwegingen over de onderzoeksplicht vervolgt hij over het verschijnsel van de 'bekendheidsclausule', een bepaling in een (koop)overeenkomst waarin verklaard wordt dat een partij bij de overeenkomst van bepaalde feiten of omstandigheden (wel of) niet op de hoogte is (ov. 9):

19 HR 19 december 2003 *LJN* AN7823, *JM* 2004, 80 m.nt. Bos. Zie in lagere instantie Hof Leeuwarden 13 maart 2002, *JM* 2002, 103 m.nt. Bos, besproken in Klein en Van Rossum (2006) op p. 11.

> Zo'n bepaling roept, zoals voor de hand ligt, de vraag op of daarmee ook gevolgen voor de aansprakelijkheid ter zake van de betreffende feiten of omstandigheden worden beoogd, en zo ja, welke gevolgen dat dan zijn. Ook het antwoord op die vraag ligt intussen voor de hand, namelijk: (ook) dat hangt van de omstandigheden van het geval en van de te veronderstellen partijbedoelingen af, oftewel: van de uitleg die aan de betreffende bepaling in de context waarin die voorkomt, moet worden gegeven. Afhankelijk van de bijzonderheden van het geval zal die uitleg meer of minder – maar gewoonlijk: in belangrijke mate – op een feitelijke waardering van die bijzonderheden berusten, en in zoverre aan herbeoordeling in cassatie onttrokken zijn.

Zelf concludeert hij (zie noot 12 in de conclusie):

> Zelf ben ik geneigd A-G Hartkamp in (alinea 5 van) zijn conclusie vóór het genoemde arrest na te zeggen: 'Dat aan de verkoper geen verontreiniging bekend is, kan van alles betekenen'.

Gelet op de overwegingen van het hof speelt de (on)bekendheidsclausule in deze zaak niet echt een rol. Volledigheidshalve wijs ik er wel op dat de uitkomst van deze zaak haaks staat op de uitkomst van het bekende *Woonboerderij*-arrest van 2000. In een eerdere beschouwing over het *Woonboerderij*-arrest gaf ik destijds aan dat de Hoge Raad in dat arrest in feite geen zelfstandig oordeel geeft en volstaat met het oordeel dat het hof tot zijn beslissing heeft kunnen komen, met als volgende consequentie dat bij een andere beslissing van een lagere rechter, namelijk dat lid 4 wel degelijk afbreuk doet aan de garantie van lid 3, de Hoge Raad dit oordeel wellicht ook in stand had gelaten. Zo zou de lagere rechter maximale vrijheid hebben om aan de hand van de omstandigheden tot een beslissing te komen. Het grote nadeel aan een dergelijke benadering is uiteraard dat aan partijen weinig zekerheid wordt geboden.[20] De conclusie van de A-G bij de zaak van het hotel op Schiermonnikoog illustreert dit.[21]

225. Conclusie voorafgaand aan HR 10 december 2004 inzake funderingsproblemen

Meer algemene overwegingen inzake conformiteit zijn te vinden in de conclusie van het OM voorafgaand aan de art. 81 RO-beslissing HR 10 december 2004.[22] In casu ging het om funderingsproblemen bij een in 1996 voor *f* 275.000,- verkocht ca. 100 jaar oud huis. De zaak kwam hierboven bij de processuele aspecten al aan de orde. De koper verloor de procedure in beide lagere instanties. Het hof gaat in zijn arrest in op de stelling van de verkoper dat normaal gebruik van een woning niet alleen inhoudt dat men in de woning kan wonen, maar ook dat dit wonen veilig kan gebeuren en dat dit veilig wonen een duurzaam karakter heeft. Het hof constateert dat de koper al drie jaar in het huis gewoond had en overweegt omtrent de duurzaamheid van het (veilig) wonen dat als veronderstellenderwijs van een verzakkingsproces wordt uitgegaan dat op den duur zou kunnen leiden tot een

20 P. Klik, Koop van verontreinigd onroerend goed, *M&R* 2002, p. 73 op p. 79.
21 Zie over het *Woonboerderij*-arrest en de (on)bekendheidsclausule van de NVM-akte verder § 7.5.
22 HR 10 december 2004, *LJN* AR3633 (conclusie van A-G Verkade).

onbewoonbare woning, koper niets gesteld heeft over wanneer dit moment zou aanbreken.

Hoewel de overwegingen van het hof toegespitst zijn op het veilig wonen, wordt in de conclusie van het OM, A-G Verkade, voordat de cassatiemiddelen behandeld worden, uitvoerig ingegaan op het conformiteitsbegrip in het algemeen.

Verkade heeft geen oog voor een eventueel 'open' karakter van art. 7:17 en de normaal gebruik-formulering:

> In het kader van art. 7:17 lid 1 en 2 BW is het van belang om vast te stellen wat het 'normaal gebruik' van een specifieke zaak is. Immers, slechts gebreken die het normaal gebruik van de afgeleverde zaak verhinderen, kunnen op grond van lid 2 non-conformiteit opleveren.[23]

Hij tekent hierbij aan dat de vraag wat onder het normaal gebruik van een zaak valt naar objectieve maatstaven moet worden beoordeeld.[24] 'Volgens Hijma en Kleijn is irrelevant wat de betreffende koper zelf als normaal gebruik aanmerkt en of het – objectief vastgestelde – normale gebruik ook daadwerkelijk plaatsvindt.' (onder nr. 4.9).

Uitvoerig bespreekt Verkade vervolgens rechtspraak waarin aan de hand van de omstandigheden van het geval geoordeeld is dat gebreken een normaal gebruik van een onroerende zaak als woning in de zin van art. 7:17 lid 2 BW in de weg stonden. De besproken gebreken zijn ernstige bodemverontreiniging, een niet waterdichte kelder, de aanwezigheid van asbest in de woning of in de tuin, huiszwam, betonrot, en boktor. Verkade concludeert ten aanzien van deze rechtspraak dat het begrip 'normaal gebruik' 'niet al te beperkt' wordt geïnterpreteerd.[25] Curieus is hetgeen Verkade hierbij in een voetnoot vermeldt:

> Voor zover de literatuur (zie bijv. Asser/Hijma 5-I, 2001, nr. 345, p. 307; Kleijn in Van Rossum e.a., a.w. 2002, pp. 223-224 en Loos, a.w. 2004, p. 49) een ruime uitleg van 'normaal gebruik' onderschrijft, valt daaruit nog niet een onderschrijving van (de uitkomsten van) de boven aangehaalde (lagere) rechtspraak af te leiden. Als motivering voor een ruime uitleg wordt veeleer gegeven het (geheel andersoortige) argument dat niet te gauw in discussie zou behoeven te worden getreden over (al dan niet) overeengekomen 'bijzonder gebruik'.[26]

In de literatuur worden ook zelfstandige gronden naar voren gebracht om normaal gebruik ruim uit te leggen.[27]

---

23 Onder nr. 4.9. zie ook onder nr. 5.6: 'Wat deze klacht betreft, miskent het middel vooreerst dat het criterium van art. 7:17 lid 2, eerste volzin BW (of de afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt) blijkens de tweede volzin van art. 7:17 lid 2 BW, nu juist primair (ook een onderzoeksplicht kan een rol spelen) wordt ingevuld door het (normaliter) te verwachten normale gebruik van de betreffende zaak.'

24 voetnoot 20, met verwijzing naar Asser/Hijma 5-I, 2001, nr. 345, p. 307; Kleijn in Van Rossum e.a., a.w. 2002, pp. 223-224 en Loos, a.w. 2004, p. 49.

25 Onder nr. 4.15. Aan de opsomming kan worden toegevoegd ernstige overlast door de buren, zie rechtbank Arnhem 30 augustus 2006, *LJN* AZ2615.

26 Voetnoot 32.

27 Zie in meer detail § 7.6.

Verkade blijkt geen tegenstander van een ruime uitleg van normaal gebruik, maar kwalificeert dit wel als volgt:

> Daar kan men in meegaan, mits men voor ogen blijft houden dat art. 7:17 lid 2 BW een samenstel van communicerende vaten is. Naarmate men meer geneigd is om onder 'normaal gebruik' van een (zeg: drie jaar oude) tweedehands auto, niet alleen te begrijpen de geschiktheid van het gebruik als auto, maar óók: de geschiktheid van die auto om nog wel bijv. twee jaar of bijv. zes jaar gebruiksklaar te blijven zonder aanzienlijke reparatiekosten, zal er (steeds) meer aanleiding zijn om de vraag te stellen of de koper daar 'zo maar' op mocht vertrouwen, of niet. Bij de beantwoording van dié vraag speelt dan weer een rol wat men – naar de beleving van het maatschappelijk verkeer – na een succesvolle proefrit (of zelfs dat niet?) mag verwachten van de levensduur van zo'n tweedehands drie jaar oud vehikel. Bij ontbreken van parameters (als in de vorige voetnoot bedoeld), bereikt het communicerende vat het niveau van het instellen van een eigen nader onderzoek of het verlangen van een objectief onderzoek door een derde (ANWB-keuring).[28]

De essentie van het cassatiemiddel – zo vat ik het kort samen – is dat het hof het conformiteitsbeginsel, met name art. 7:17 lid 2, te beperkt heeft opgevat, in die zin dat het hof teveel gekeken heeft naar het doel waarvoor de koper de zaak wilde gebruiken (bewoning) en ten onrechte niet geoordeeld heeft dat de eigenschappen voor normaal gebruik (in casu een deugdelijke fundering) aanwezig moeten zijn. In de conclusie van het OM wordt hieraan driemaal invulling gegeven, waarbij echter in geen van de gevallen het middel doel treft. Ten aanzien van de stelling dat een koper op grond van art. 7:17 lid 2 BW van een huis mag verwachten dat het die eigenschappen bezit die voor normaal gebruik daarvan noodzakelijk zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, oordeelt Verkade dat het hof blijkens rov. 5 juist wél hiervan uitgaat. De algemene regel die het cassatiemiddel mogelijk ingang wil doen vinden, namelijk dat tot de eigenschappen die de koper van een huis mag verwachten steeds een deugdelijke fundering zou behoren, faalt 'nu een zodanige regel niet bestaat'. Tot slot faalt ook de klacht dat het hof het in art. 7:17 lid 2 BW weergegeven conformiteitsbeginsel uitsluitend zou hebben gerelateerd aan het doel waarvoor de koper het gekochte wil gebruiken in plaats van aan de eigenschappen die de koper van de afgeleverde zaak mag verwachten. Verkade verwijst naar zijn meer algemene beschouwingen dat 'normaal gebruik' niet al te strikt moet worden geïnterpreteerd, zij het met een clausulering voor de duur van dat gebruik en verdere omstandigheden. Het hof heeft de stellingen over veiligheid en duurzaamheid niet miskend, doch het heeft – in het licht van de feitelijke en feitelijk-procedurele omstandigheden van dit geval – de daaraan verbonden gevolgtrekkingen verworpen.

---

28 Ten aanzien van de beleving van het maatschappelijk verkeer merkt Verkade in een voetnoot, noot 33, op: ' Bijv. (als ze er zouden komen) te ontlenen aan gepubliceerde, niet of nauwelijks omstreden en niet met veel slagen om de arm omklede – en daarmee als 'norm' ervaren – Consumentenbond- of Bovag- of ANWB-statistieken.'

226. Conclusies uit het voorgaande/Samenvatting

De besproken conclusies van het OM geven het volgende beeld te zien. De conclusie van A-G Huydecoper voorafgaand aan HR 19 december 2003 inzake het hotel op Schiermonnikoog is beperkt van belang, namelijk alleen voor de problematiek van de (on)bekendheidsverklaring.[29] De procedure illustreert wel dat de betekenis van een dergelijke verklaring niet vastligt.

De conclusie van A-G Verkade voorafgaand aan HR 10 december 2004 (inzake funderingsproblemen) geeft – naast een uitvoerig overzicht van lagere rechtspraak – overwegingen over conformiteit. Ten onrechte wordt het 'open' karakter van conformiteit niet onderkend, komt een mogelijke 'ruime' uitleg van conformiteit onvoldoende uit de verf, en lijkt de conclusie ten aanzien van 'levensduur' te voorzichtig.

7.3 Art. 7:17. De arresten van de Hoge Raad

227. Inleiding

Na de bespreking in de vorige paragraaf van arresten waarin de Hoge Raad de zaak via art. 81 RO kon afdoen, volgt hier een overzicht van arresten waarin de Hoge Raad wel inhoudelijk op de materie ingaat.

228. Een arrest over art. 7:17 lid 1: mededelingen over waterdiepte. HR 11 juni 2004

Een eerste arrest dat genoemd kan worden is het arrest van 11 juni 2004 inzake mededelingen over waterdiepte (*Ozinga/Gemeente Wymbritseradiel*).[30] Eiser heeft van de gemeente een perceel aan het water ('waterkavel') gekocht. In de brief van de gemeente waarin eiser uitgenodigd werd een keuze te maken uit verschillende kavels stond vermeld:

> Het water zal tot 1 meter uit de walkant ongeveer 1.00 meter diep zijn en verder schuin aflopend naar 2 meter.[31]

Het gaat in deze zaak dus om uitleg van de overeenkomst. In cassatie klaagt koper over de vrijwel taalkundige uitleg van het hof (het hof oordeelde dat de brief van de gemeente niet inhield dat de diepte (ook) in de toekomst steeds 2.00 meter zou zijn) en onvoldoende motivering, en treft met het laatste doel. De Hoge Raad overweegt dat, gelet op de omstandigheid dat de gemeente onderhoudsplichtig was en gelet op het ontbreken van enige aanwijzing van de kant van de gemeente dat de diepte van het water en daarmee de bereikbaarheid van de waterkavel niet voortdurend zou worden gehandhaafd, het op de weg van de gemeente zou hebben gele-

29 Zie hierover verder § 7.4.

30 HR 11 juni 2004, *NJ* 2004, 604 (*Ozinga/Gemeente Wymbritseradiel*).

31 Ten tijde van de levering had het water deze diepte, maar de gemeente baggert onvoldoende, zodat eiser problemen krijgt met zijn boot.

gen zulks mede te delen, zodat niet valt in te zien dat koper Ozinga er in beginsel niet op mocht vertrouwen dat de genoemde waterdiepte ook in de toekomst zou worden gehandhaafd. De Hoge Raad acht het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd.[32]

De beslissing lijkt juist, zeker in de context van de brief van de gemeente, waarin de kavels expliciet onder punt 3 als 'waterkavels' worden aangeduid, en onder punt 4 de aanleggelegenheid 'met een boot aan eigen wal' wordt vermeld. Het arrest gaat over uitleg van de overeenkomst, art. 7:17 lid 1, en zegt dus verder niets over uitleg van het begrip 'normaal gebruik'.[33]

229. Kousedghi/Westminster Rental: vervolg op het Oldtimer-arrest. HR 8 juli 2005

Het arrest *Kousedghi/Westminster Rental* van 2005 sluit aan bij het eerder besproken *Oldtimer*-arrest (*Schirmeister/De Heus*).[34] In het *Oldtimer*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat een tweedehands-auto 'niet aan de overeenkomst beantwoordt' indien als gevolg van een aan de auto klevend gebrek dat niet op eenvoudige wijze kan worden ontdekt en hersteld, gebruik van de auto gevaar voor de verkeersveiligheid oplevert.[35] In *Kousedghi/Westminster Rental* gaat het om de (huur)koop[36] van een negen jaar oude auto voor *f* 19.750. De auto blijkt diverse gebreken te hebben en wordt ondanks toezeggingen niet gerepareerd. In de procedure legt het hof als maatstaf aan of de auto een gevaar voor de verkeersveiligheid zou opleveren en stelt de koper in het ongelijk. De Hoge Raad casseert, omdat het hof heeft miskend dat uit de (aan het *Oldtimer*-arrest ontleende) maatstaf niet volgt (de A-G spreekt van een ontoelaatbare *a contrario*-redenering, zie onder 2.6) dat wanneer een auto niet zodanige gebreken heeft dat gebruik van de auto gevaar voor de verkeersveiligheid zou opleveren, daaruit volgt dat de auto wèl aan de overeenkomst beantwoordt, ook indien de auto nog andere gebreken heeft. Bij conformiteit van een auto gaat het dus om méér dan de verkeersveiligheid.

In de overwegingen van de Hoge Raad wordt verder niet uitvoerig ingegaan op het conformiteitsvereiste. In casu ging het niet om de uitleg van een schriftelijke overeenkomst. Hoewel de overwegingen geformuleerd zijn in termen van 'hetgeen de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten' lijken de wet, en met name ook lid 2 en het 'normaal gebruik'-criterium, hier duidelijk van invloed. In de conclusie van het OM, A-G Langemeijer, wordt de regel van het *Oldtimer*-arrest wel uitdrukkelijk in de context van art. 7:17 geplaatst.[37] In het cassatiemid-

32 Het hof had niet de Haviltex-maatstaf miskend, zie ov. 3.4.3, zie verder hierover ook de conclusie van het OM, A-G Keus.

33 In lagere instantie wordt door het hof wel aan art. 7:17 lid 2 gerefereerd, zie ov. 5 en 6, maar in het eindoordeel van het hof en in cassatie speelt dit verder – terecht – geen rol.

34 HR 8 juli 2005, *NJ* 2006, 22 (*Kousedghi/Westminster Rental*), zie eerder § 6.2.

35 HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 614, *NTBR* 1994, p. 224 m.nt. M.M. van Rossum

36 Ingevolge art. 7A: 1576l BW lid 1 zijn de eerste, tweede en derde afdeling van de kooptitel (waarin ook art. 7:17) mede van toepassing op de verplichtingen van de verkoper bij een huurkoopovereenkomst.

37 A-G Langemeijer besteedt ook aandacht aan de recente implementatie van de Richtlijn consumentenkoop en de noodzaak tot richtlijnconforme interpretatie, maar komt de conclusie dat de Richtlijn voor de beoordeling van het cassatiemiddel geen gevolgen hoeft te hebben.

del werd het hof verweten te hebben miskend dat de regel uit het *Oldtimer*-arrest slechts een benedengrens aangeeft. De formulering zal ongetwijfeld ontleend zijn aan de noot van Hijma onder het *Oldtimer*-arrest: 'De verkeersveiligheid is een als zodanig markeerbare benedengrens, waar de gekochte auto (normaliter) niet onder mag komen. Zolang die grens niet is overschreden, is nauwelijks te ontkomen aan de casuïstische afweging waartoe de wetgever in art. 7:17 weloverwogen uitnodigt.'[38] A-G Langemeijer wijst er op dat de maatstaf zelfs als benedengrens niet mag worden verabsoluteerd.

230. Conform (bouw)voorschriften. HR 25 februari 2005 (Fabels/Meenderink)

In *Fabels/Meenderink* vorderde de koper van een woonhuis schadevergoeding op grond van het feit dat het huis zonder bouwvergunning en in strijd met de bouwvoorschriften verbouwd was.[39]

Verkoper, eigenaar van een in 1972 gebouwd woonhuis, heeft in 1985 aan de woning een aantal verbouwingen laten uitvoeren: een eethoek/keuken en een slaapkamer zijn geplaatst. Verder heeft hij in 1993 een serre laten aanbouwen zonder dat daarvoor een bouwvergunning was verleend. In 1994 heeft koper het huis gekocht. Na de levering heeft koper bij de overheid subsidie voor het aanbrengen van geluidwerende voorzieningen aangevraagd, hetgeen geweigerd wordt omdat door verkoper bij de verbouwingen niet is voldaan aan de destijds geldende geluidsnormen. Koper heeft daarop alsnog de vereiste geluidwerende voorzieningen in de serre en de eethoek/keuken laten aanbrengen, en vervolgens met subsidie de rest van het huis laten isoleren.

Het hof oordeelde in het voordeel van de koper, en overwoog dat de koper van een reeds bestaand pand in beginsel, behoudens andersluidende afspraken, ervan mag uitgaan dat de bouw of verbouwing destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften. Het cassatiemiddel probeert deze regel als volgt te nuanceren:

> Dit is, aldus het onderdeel, onjuist, omdat het antwoord op de vraag of de koper daarvan mag uitgaan afhangt van de concrete omstandigheden van het geval, in het bijzonder de aard en de inhoud van de voorschriften waarvan zou zijn afgeweken bij de bouw of de verbouwing en de aard en de ernst van de gevolgen van die afwijking. Daarbij is, aldus het onderdeel, in het onderhavige geval van belang dat de afwijking van de voorschriften geen (directe) gevolgen heeft voor de veiligheid of de bruikbaarheid van de woning.

De Hoge Raad oordeelt als volgt (ov. 3.5.3):

> De conformiteitseis van art. 7:17 BW brengt mee dat de koper van een woning in beginsel, behoudens anders-luidende afspraken, ervan mag uitgaan dat de bouw van de woning of een verbouwing destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften,

38 Zie ook de verwijzing in de conclusie van A-G Langemeijer noot 32.
39 HR 25 februari 2005, *LJN* AR 5383, *NTBR* 2005, p. 281 m.nt. Ebbinga, *JOR* 2005, 168.

ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning. (mijn curs., PK)

Expliciet werd dus aan de Hoge Raad voorgelegd een enigszins enge opvatting van conformiteit: aangezien de veiligheid of de bruikbaarheid van de woning niet in het geding was, zou er geen sprake zijn van non-conformiteit. De crux van de zaak wordt daarmee dat doordat de verkoper niet aan bepaalde overheidsvoorschriften voldaan heeft de koper extra kosten heeft. De voorgelegde enge benadering wordt door de Hoge Raad niet gevolgd, waarbij hij volstaat met de weergegeven overweging.[40] De conclusie van het OM, A-G Strikwerda, was gelijkluidend aan de overweging van de Hoge Raad.[41] In de conclusie wordt in dit verband verwezen naar art. 7:17 lid 3.[42] Een beroep op de open structuur van het artikel, zoals eerder uiteengezet, lijkt mij eerder voor de hand te liggen dan een verwijzing naar het beperktere lid 3. De Hoge Raad spreekt over conformiteit in algemene zin, zonder daarbij het 'normaal gebruik'-criterium in de overwegingen te betrekken.[43]

Een ander opvallend aspect aan dit arrest is dat de uitleg van het wetsartikel centraal staat. Nadat vastgesteld is dat op grond van een uitleg van het wetsartikel sprake is van een tekortkoming, komt vervolgens de geldigheid van de exoneratie aan de orde. Deze exoneratie was opgenomen in de leveringsakte.[44] Onwillekeurig rijst de vraag of de koopakte en de leveringsakte geen bepalingen bevatten over conformiteit en geschiktheid voor normaal gebruik. De uitleg van het wetsartikel maakt de zaak verschillend van de andere, in § 7.5 nog te bespreken, arresten inzake de NVM-akte, waarin uitleg van de akte centraal stond. Daar wordt nogmaals ingegaan op de vraag wat de basis van het oordeel van de Hoge Raad is.

---

40 De volgende overweging van de Hoge Raad over conformiteit is verder niet relevant. Zie ov. 3.5.4: 'Voor zover het onderdeel ten betoge strekt dat het hof heeft miskend dat het antwoord op de vraag welke gevolgen het genoemde uitgangspunt meebrengt in een concreet geval, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, kan het bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het hof heeft in rov. 2.12 immers geoordeeld dat de koper in beginsel, behoudens andersluidende afspraken, ervan mag uitgaan dat de bouw of verbouwing destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften en heeft in de rov. 2.13-2.17 onderzocht of de omstandigheden van het onderhavige geval meebrengen dat Koper c.s. ervan mochten uitgaan dat de verbouwingen destijds zijn geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften en, zo ja, of verkoper de tekortkoming kan worden toegerekend.'

41 onder nr. 16.

42 'Zulks ligt besloten in het bepaalde in het derde lid van art. 7:17 BW, dat ook andere eigenschappen dan gebruiksbepalende en veiligheidsbepalende eigenschappen onder de conformiteitseis brengt.' (nr. 16). Art. 7:17 lid 3 luidt als volgt: 'Een andere zaak dan is overeengekomen, of een zaak van een andere soort, beantwoordt evenmin aan de overeenkomst. Hetzelfde geldt indien het afgeleverde in getal, maat of gewicht van het overeengekomene afwijkt.'

43 Zie eerder § 2.5, waarin de toepassing van het normaal gebruik-criterium, dat van oorsprong in zijn werkingsgebied beperkt is tot de koop van roerende zaken, op de koop van onroerend goed werd besproken.

44 De leveringsakte bevatte een bepaling (art. 2 onder 3) dat het verkochte wordt aanvaard in de feitelijke staat waarin het zich ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst bevond, met alle daarbij behorende rechten en aanspraken, zichtbare en onzichtbare gebreken.

231. Het niet-gesaneerde tankstation. HR 23 november 2007 (X/Y)

In Hoge Raad 23 november 2007 gaat het om de verkoop in 1994 van een perceel grond met daarop een tankstation.[45] De transportakte bevat onder meer een passage over sanering van de bodemverontreiniging, waarin koper verklaarde van verkoper te hebben ontvangen een in 1988 opgemaakt proces-verbaal van de sanering. Na de levering wordt aan koper duidelijk dat slechts sprake is geweest van een deelsanering, en dat het perceel inmiddels voor verdere sanering is opgenomen in het provinciale saneringsprogramma. Doordat in lagere instantie geoordeeld wordt dat het beroep op non-conformiteit en een beroep op dwaling afstuit op een in de transportakte opgenomen (exoneratie-)clausule[46] komt de nadruk te liggen op de vraag of koper zich kan beroepen op welbewuste misleiding (waaraan de exoneratie niet in de weg staat).[47]

In cassatie komt een procedurele vraag inzake het kunnen terugkomen op beslissingen in een tussenarrest aan de orde. Als gevolg van de beslissing in die procedurekwestie kan de Hoge Raad zich echter ook uitlaten over conformiteit:

> 5.2 Het middel voert terecht aan dat het hof bij zijn beantwoording van de vraag of het tankstation ondanks de bodemverontreiniging voldoet aan het conformiteitsvereiste van art. 7:17, alle van belang zijnde omstandigheden in aanmerking had behoren te nemen, waaronder ook de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan. ... [Verweerster] heeft zowel in eerste aanleg als in hoger beroep een aantal stellingen aangevoerd waaruit volgens haar volgde dat het verkochte niet als tankstation bruikbaar was en dat het niet de eigenschappen had die zij mocht verwachten op grond van aan haar gedane mededelingen van de zijde van [eiseres]. Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 7:17 als het heeft miskend dat het alle van belang zijnde omstandigheden in aanmerking had behoren te nemen, dan wel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd door niet op vorenbedoelde stellingen van [verweerster] in te gaan. Daarbij is van belang dat ook indien de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet in de weg zou staan aan het gebruik van het tankstation (zoals het hof heeft geoordeeld), toch sprake kan zijn van non-conformiteit indien [verweerster] op grond van mededelingen van [eiseres] de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet behoefde te verwachten.

---

45 HR 23 november 2007 (C05/323HR), *JOL* 2007, 774, *LJN* BB 3733. Zie voor een korte vermelding van het arrest in het kader van art. 7:23 BW een vorige paragraaf.

46 In casu gaat het om art. 2 lid 3 van de akte waarin (overeenkomend met art. 5.1 van de NVM-akte?) verklaard wordt dat het verkochte wordt aanvaard in de feitelijke staat, waarin het zich ten tijde van het sluiten van der koopovereenkomst bevond. In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat het oordeel in lagere instantie dat de transportakte slechts betekent dat de verkoper niet aansprakelijk is voor eventuele zichtbare gebreken maar niet dat de verkoper evenmin instaat voor onzichtbare gebreken, onbegrijpelijk is. Deze kwestie wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

47 In lagere instantie blijft als de basis voor de vordering over welbewuste misleiding; de koper krijgt hiervan een bewijsopdracht opgelegd. In hoger beroep wordt ervan uitgegaan dat de relevante stukken door de verkoper aan haar echtgenoot, die notaris was, heeft gegeven, en dat aan de omstandigheid dat deze stukken niet in de transportakte zijn opgenomen, het vermoeden moet worden ontleend dat zij niet ter kennis van koper zijn gebracht. Behoudens door verkoper te leveren tegenbewijs wordt verkoper aansprakelijk gehouden. De rechtbank heeft vervolgens na getuigenverhoor geoordeeld dat verkoper niet geslaagd is in het tegenbewijs, en heeft verkoper veroordeeld tot vergoeding van de schade aan koper. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd, waarbij het hof onder meer oordeelt dat niet kan worden teruggekomen van in het eerdere tussenarrest zonder voorbehoud gegeven eindbeslissingen, dat verkoper tegenbewijs diende te leveren, en dat koper er op mocht vertrouwen dat zij door de verkoper juist en volledig werd voorgelicht over de bodemverontreiniging.

Uit de manier waarop de Hoge Raad de overwegingen formuleert kan men moeilijk conclusies trekken ten aanzien van de reikwijdte van het conformiteitsbegrip. Wellicht kan men uit het geciteerde afleiden dat de Hoge Raad het 'normaal gebruik' als een beperkt begrip ziet (geschiktheid voor *gebruik* is voldoende), en de aansprakelijkheid van de verkoper dus hiertoe ook beperkt is, tenzij de verkoper mededelingen heeft gedaan die tot een ruimere aansprakelijkheid kunnen leiden. In dit verband kan worden gewezen op de eerder besproken gedachte dat normaal gebruik slechts een minimum-standaard inhoudt.[48] De overwegingen kunnen echter ook worden gelezen als beïnvloed door het processuele verloop, waarbij in lagere instantie de namens verkoper gedane mededelingen centraal stonden.

232. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

De Hoge Raad heeft zich slechts in een beperkt aantal arresten hoeven uitlaten over 'conformiteit'. Het eerst besproken arrest, HR 11 juni 2004 inzake mededelingen over waterdiepte, staat in het teken van art. 7:17 lid 1: De zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden. In dit arrest gaat het dus slechts om uitleg van de overeenkomst, zonder dat het 'normaal gebruik'-criterium aan de orde komt. In het tweede arrest, HR 8 juli 2005 *(Kousedghi/Westminster Rental),* wordt voortgeborduurd op het *Oldtimer*-arrest van 1994. Duidelijk wordt dat de Hoge Raad geen voorstander is van beperkte uitleg van conformiteit, zoals in lagere instantie gehanteerd. De opvatting dat, zolang een 9 jaar oude auto maar niet verkeersonveilig is, er conform geleverd is, wordt door de Hoge Raad niet gedeeld. Bij conformiteit van een tweedehands auto gaat het dus om méér dan verkeersveiligheid. De meest ruime opvatting is te vinden in het derde arrest, HR 25 februari 2005 *(Fabels/Meenderink),* waarin de Hoge Raad oordeelde dat de koper van een woning in beginsel ervan mag uitgaan dat bouw of verbouwing is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften. Hieraan wordt expliciet toegevoegd dat dit ook geldt wanneer die eigenschappen niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten. In die zin is sprake van een 'ruime' benadering. De uitspraak is echter nadrukkelijk beperkt tot de situatie waarin sprake is van strijd met geldende voorschriften. In het recente arrest HR 23 november 2007 inzake het niet-gesaneerde tankstation hecht de Hoge Raad, uitgaand van een subjectieve visie (alle omstandigheden zijn van belang) belang aan de door de verkoper gedane mededelingen.

De balans opmakend kan in zeer algemene zin geconcludeerd worden dat de Hoge Raad het conformiteitsbegrip tot dusver niet onnodig beperkt heeft uitgelegd. Wel lijkt het er op dat voor sommige aspecten, zoals bijvoorbeeld verkeersveiligheid, een ruim standpunt ingenomen wordt (ruime uitleg), maar bijvoorbeeld op het terrein van de bodemverontreiniging de Hoge Raad geen absoluut standpunt wil innemen, althans niet bereid was de in de *Maassluis*-arresten ingezette lijn ten aanzien van de aansprakelijkheid van gemeenten algemeen toe te passen.

48 Zie § 5.1.

7.4 Uitleg van de overeenkomst

233. Inleiding

Gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:17 moet aan lid 1 de betekenis worden toegekend dat de tussen partijen gesloten overeenkomst, met al zijn bijzonderheden, bepalend is. Art. 7:17 BW lid 2 is daarbij steeds gezien als een uitwerking van lid 1, een door de wetgever gegeven nadere aanvulling.[49] Wanneer men dus de door de wetgever gegeven nadere aanvulling van art. 7:17 lid 2 buiten beschouwing laat, komt het aan op uitleg van de overeenkomst. Wat echter wanneer partijen in hun overeenkomst uitdrukkelijk de wettelijke terminologie overnemen? In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan uitleg van de overeenkomst, mede aan de hand van recente arresten van de Hoge Raad op dit punt.[50]

234. Haviltex

De formule is bekend: bij uitleg van een overeenkomst komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Sinds de Hoge Raad in 1981 deze formulering gebruikte staat zij bekend, naar de naam van een van de partijen bij het arrest, als de 'Haviltex-formule'.[51] De overeenkomst die in casu uitgelegd moest worden was een *koop*overeenkomst: aan Haviltex was een machine voor het snijden van steekschuim voor bloemen verkocht. De eerste constatering moet dus zijn dat bij de koopovereenkomst voor de uitleg het *Haviltex*-criterium geldt.[52] Wat kan hieraan verder nog worden toegevoegd?

235. Uitleg in oud BW

Art. 1509 van het oud BW gaf de volgende regel:

> De verkooper is gehouden om duidelijk uit te drukken waartoe hij zich verbindt; alle duistere en dubbelzinnige bedingen worden te zijnen nadeele uitgelegd.

In het Franse recht is de regel nog steeds te vinden, in de Code civil art. 1602: 'Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscure ou ambigu s'interprète contre le vendeur.' In Nederland werd de regel in de prak-

49 Zie ook het eerder besproken tijdens de parlementaire behandeling geuite verlangen naar meer concretisering, PG Boek 7, p. 122.

50 Zie hierover eerder, met verdere verwijzingen, P. Klik, De aansprakelijkheid van de verkoper van onroerend goed voor asbest: '(on)bekendheidsclausules' en risicoverdeling in veel gebruikte modellen voor de verkoop van onroerend goed, in: *'... maar dit geheel terzijde'* Opstellen aangeboden aan prof. mr J.M. van Dunné, Lelystad: Vermande (1997), p. 77; P. Klik, Koop, in: P.G.J. van den Berg en W. Zondag (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (2003), p. 187; P. Klik, Koop van verontreinigd onroerend goed, *M&R* 2002, p. 73.

51 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB, *AA* 1981, 355 m.nt. Van Schilfgaarde.

52 Zie echter op dit punt § 3.3, waar uiteen gezet is dat de wetgever aansluit bij de verwachtingen van de koper. Vergelijk M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b) nr. 24 p. 46.

tijk niet als een interpretatieregel gezien, maar als een uiterst hulpmiddel indien iedere poging tot interpretatie faalde, als een *ultimum remedium* derhalve.[53] De regel komt ook inderdaad arbitrair over, aangezien niet duidelijk wordt waarom de koper bescherming zou verdienen. Dit wordt anders, wanneer men de bescherming koppelt aan een speciale hoedanigheid van de koper, bijvoorbeeld consument. Onder het oude recht kon met deze hoedanigheid al worden rekening gehouden bij de toepassing van de *Haviltex*-formule ('maatschappelijke kringen waartoe partijen behoren en rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht').

236. Uitleg in Boek 6 en 7. Overeenkomsten met consumenten: transparantie en contra proferentem

De regels met betrekking tot de uitleg van overeenkomsten uit het oud BW zijn in het NBW niet overgenomen, evenmin als het reeds genoemde art. 1509 oud BW. Onder invloed van Europese regelgeving zijn voor transacties met consumenten wel regels opgenomen, die echter alleen van toepassing zijn op de uitleg van algemene voorwaarden.

In Boek 6 van het BW wordt de consument in de regeling van de algemene voorwaarden vergaand beschermd, namelijk door de zwarte en de grijze lijst van de artt. 6:236 en 6:237, als aanvulling op de meer algemeen werkende bescherming van de artt. 6:233 en 6:234. De regeling van de algemene voorwaarden in het nationale recht bevatte echter geen interpretatieregel die het voordeel van de twijfel aan de consument gunde. Onder invloed van Europese regelgeving is dit recentelijk veranderd. Nadat eerst lang was volgehouden dat dit niet nodig was is – onder invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (1993) – de algemene voorwaarden regeling van boek 6 ingrijpend gewijzigd. Zo is de definitie van 'algemene voorwaarden' in art. 6:231 sub a aangepast, en zijn in art. 6:238 lid 2 voor een overeenkomst met niet-professioneel handelende partijen[54] de *transparantie-* en de *contra proferentem*-regel opgenomen. Het Europese Hof van Justitie heeft overigens enkele jaren geleden bevestigd dat Nederland op dit punt in gebreke was.[55] Terzijde vermeld ik dat het vereiste van transparantie steeds duidelijker een rol gaat spelen, zie bijvoorbeeld het in de wet (art. 7:6 lid 2 nieuw) neergelegde vereiste dat in een garantie op duidelijke en begrijpelijke wijze wordt vermeld welke rechten of vorderingen een koper worden toegekend en moet worden vermeld dat deze een koper toekomen onverminderd de rechten of vorderingen die de wet hem toekent.[56]

Door de wijziging van de regeling van de algemene voorwaarden is de positie van de consument-koper versterkt, nu meer nog dan tevoren geldt dat hij zowel in

53 Zie hierover Asser-Kamphuisen (1960) p. 55 e.v.

54 De term 'consument' kan hier maar beter vermeden worden, gelet op de wettelijke definitie van consumentenkoop in art. 7:5.

55 Zie hierover (en ook over verdere consequenties van het oordeel van het Hof van Justitie) J.M. Smits, Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie, *WPNR* 6461 (2001) p. 853 en M.B.M. Loos, Veroordeling Nederland wegens niet-omzetting Richtlijn oneerlijke bedingen, *NTER* 2001, p. 242. Zie ook eerder Deel 1 § 20.

56 Voorts moeten in een garantie de naam en het adres worden vermeld van de verkoper of de producent van wie de garantie afkomstig is, alsmede de duur en het gebied waarvoor de garantie geldt.

de algemene voorwaarden regeling van Boek 6 als in de kooptitel bescherming vindt. Daarmee is echter nog niet voor het kooprecht een uitlegregel rechtstreeks van kracht geworden.

Ook de nieuwe wettelijke regeling voor de koop van onroerende zaken, die per 1 september 2003 in werking is getreden (zie de artt. 7:2, 7:3 en 7:8), bevat geen regels voor uitleg van de overeenkomst. De particuliere koper wordt in de nieuwe regeling beschermd door middel van een bedenktermijn.[57]

237. Uitleg bij koop

Een eerste conclusie is dat de uitleg bij koop geen ander beeld te zien geeft dan het beeld dat in het algemeen geldt voor het overeenkomstenrecht.[58] Slechts bij overeenkomsten met consumenten gelden speciale regels, die echter als geïncorporeerd in Boek 6 ook voor andere overeenkomsten gelden. Dat bij uitleg van een koopovereenkomst de 'normale' problemen van uitleg kunnen rijzen zal in het vervolg ook nog worden geïllustreerd aan de problematiek van de uitleg van diverse clausules van de NVM-koopakte.

238. De discussie over de NVM-akte in het arrest inzake de woonboerderij

In art. 5 lid 3 van de NVM-akte wordt, in aansluiting met de tekst van art. 7:17 BW, de term 'normaal gebruik' gehanteerd.[59] Krachtens lid 3 wordt vereist dat de onroerende zaak bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen zal bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. Maar vervolgens verklaart de verkoper in art. 5 lid 4 dat aan hem 'niet bekend is' dat de onroerende zaak enige verontreiniging bevat die ten nadele strekt van het in lid 3 omschreven gebruik door koper. De uitleg van deze clausule (ook wel aangeduid als de '(on)bekendheids-

57 De bescherming van de particuliere koper van onroerend goed is een onderwerp dat duidelijk in de belangstelling heeft gestaan. Zie de preadviezen van Kleijn en Van Velten, in: W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, Preadviezen voor de gecombineerde vergadering jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985, Deventer: Kluwer (1985); A.H.M. Santen, *Aanbod en aanvaarding bij het kopen van een woning*, (oratie) Deventer: Kluwer (1988); W.M. Kleijn, *Koop van onroerend goed en efficiënte consumentenbescherming*, (afscheidsrede) Arnhem: Gouda Quint (1992), en zie over de ervaringen met art. 7:17 en de gevolgen voor verkopers A.A. van Velten, Kanttekeningen bij de conformiteitseis, *WPNR* 6095 (1993) p. 445. Opvallend is dat de wetgever voor de koop van een woning door een particulier er voor gekozen heeft slechts voor de totstandkoming een specifieke regeling te treffen, en niet de koop meer inhoudelijk te regelen. Uitvoerig hierover R.G.N. le Roy, Tekortschieten remedies voor teleurgestelde kopers van woningen. Naar een betere rechtspositie in de precontractuele fase, *NTBR* 2005, p. 249.

58 Veelzeggend is dat in het handboek van Hijma de uitleg ook niet een apart voorwerp is van uitvoerige beschouwingen en kort afgedaan wordt in een enkele paragraaf ('De koop neemt, wat haar uitlegt betreft, geen bijzondere plaats in; het is een (obligatoire) overeenkomst zoals andere.'), zie Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 24, en ook nr. 73, zie ook over garanties nr. 438.

59 In art. 5 is in lid 1 vermeld dat de onroerende zaak aan de koper zal worden overgedragen in de staat waarin het zich bij het totstandkomen van de overeenkomst bevindt, inclusief verborgen gebreken. Krachtens lid 3 wordt vereist dat de onroerende zaak bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen zal bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. Tot slot verklaart de verkoper in lid 4 dat aan hem 'niet bekend is' dat de onroerende zaak enige verontreiniging bevat die ten nadele strekt van het in lid 3 omschreven gebruik door koper. Het gaat hier steeds om standaardbepalingen. Slechts in lid 3 moet door partijen het normaal gebruik nader worden gepreciseerd via de zin: 'Koper is voornemens de onroerende zaak te gebruiken als ....'.

clausule' van art. 5 lid 4 NVM-akte), mede in relatie tot lid 3, heeft veel stof doen opwaaien. In een zaak die veel aandacht getrokken heeft, de zaak van de woonboerderij, stond de uitleg van deze clausule(s) centraal, en de zaak werd uiteindelijk aan de Hoge Raad voorgelegd.[60] Waar ging het, kort gezegd, om?

Een particulier kocht een woonboerderij, waarbij hij ook de bedoeling had om op zijn terrein een paar koeien te gaan houden. Tussen koper en verkoper werd hierover gesproken, en besloten werd een oude schuur te laten staan zodat makkelijker een bouwvergunning verkregen zou kunnen worden voor een nieuw te bouwen schuur. Toen de koper de bouwvergunning aanvroeg, werd een bodemonderzoek vereist en bodemverontreiniging aangetroffen. Kon de verkoper in deze situatie zich met succes beroepen op de (on)bekendheidsclausule in de NVM-akte? Door partijen werd eerst in kort geding en vervolgens in een bodemprocedure geprocedeerd, waardoor Hof Amsterdam zich tweemaal over de zaak moest buigen. Anders dan bij de rechtbank, waar de koper niet veel succes had, koos het hof voor het standpunt van de koper.

Het cassatiemiddel richtte zich tegen het oordeel van het hof dat de bepaling in de koopakte waarin vermeld is dat verkoper 'niet bekend was' met enige verontreiniging geen afbreuk doet aan de garantie van art. 5 lid 3. Het hof had in essentie dus aan de verklaring van de verkoper dat hij niet bekend was met bodemverontreiniging geen betekenis toegekend. De Hoge Raad besliste dat de uitleg die het hof aan de clausule gegeven had niet in strijd met het recht was en het oordeel ook overigens niet onvoldoende was gemotiveerd.[61]

In de literatuur heeft het arrest de nodige aandacht getrokken. Naar aanleiding van de in lagere instantie gevoerde procedures heb ik destijds de '(on)bekendheidsclausules' en risicoverdeling in veel gebruikte modellen besproken. Mijn conclusie was dat lid 4 verduidelijking behoefde en dat met name gelet op lid 3 het lastig zou zijn lid 4 als een exoneratie te zien, gelet op de regel dat een (expliciete) garantie geen afbreuk kan doen aan een (impliciete) exoneratie.[62] Daarbij heb ik ook de mogelijkheid besproken dat aan de clausule in het geheel geen betekenis wordt toegekend.[63] In de zaak van de woonboerderij kwam het hof uiteindelijk ook tot een dergelijk oordeel, dat in cassatie stand hield.[64]

---

60 De uitleg van de NVM-akte is overigens een onderwerp dat nog steeds in de conclusies van het OM regelmatig genoemd wordt. Zie onder meer HR 19 december 2003, *LJN* AN7823, *JM* 2004, 80 m.nt. Bos (art. 81 RO-arrest; conclusie A-G Huydecoper) (in lagere instantie Hof Leeuwarden 13 maart 2002, *JM* 2002, 103 m.nt. Bos); HR 21 maart 2003, *LJN* AF 2840; HR 23 januari 2004, *LJN* AL 7051 (inzake koop van aandelen; zie de conclusie van het OM, A-G Huydecoper, voetnoot 17).

61 Vergelijk ook de zaak die leidde tot het art. 81 RO-arrest HR 2 juni 2006, *LJN* AW 6612, waarin de verkoper ook aansprakelijk werd gehouden. Het hof oordeelt dat de bekende 'onbekendheidsverklaring' van art. 5.4 NVM-akte in strijd was met de waarheid. Verkoper had zelf vanaf het midden van de vijftiger jaren/begin jaren zestig op het terrein een metaal- en constructiebedrijf uitgeoefend.

62 Zie Klik (1997c). Zie ook mijn bespreking van art. 5.3 in P. Klik, Koop van verontreinigd onroerend goed, *M&R* 2002, p. 73 op p. 77-78, waarover – kritisch – A-G Keus in de conclusie voorafgaand aan HR 23 december 2005 (zie noot 10 conclusie); M.M. van Rossum, Uitleg van het begrip 'normaal gebruik' in standaard NVM-akte: notities naar aanleiding van HR 23-12-2005, RvdW 2006, 17, *WPNR* 6665 (2006) p. 359 op p. 363; zie ook uitvoerig R.-J. Tjittes, Koop van een woning. Non-conformiteit. Uitleg artikel 5.3 NVM-koopakte, *VrA* 2006, p. 89 op p. 94 (zie noot 8).

63 Zie p. 87-90. Ik heb zelf niet betoogd dat alleen al vanwege de onduidelijkheid aan art. 5.4 geen werking zou kunnen toekomen, maar steeds in mijn betoog de relatie met art. 5.3 gelegd.

64 In mijn bijdrage onderkende ik dat de bedoeling toch lijkt aan de bepaling een exonererende werking toe te kennen. Hierbij tekende ik echter aan dat als partijen een exoneratie voor ogen staat, dit duidelijk dient te wor- →

Van Dunné heeft in een annotatie zo zijn bezwaren tegen het oordeel van het hof. Van Dunné heeft in zijn kritiek op hof en Hoge Raad enkele beginselen van uitleg voor het voetlicht gehaald, met name de systematische uitleg, vergelijk art. 1384 oud BW (men kan niet ongestraft een onderdeel van een contract eruit lichten en dat een absolute betekenis geven)[65] en de regel dat men een contractsbepaling zo moet uitleggen dat zij 'enige uitwerking' heeft en niet zo dat zij 'niet het minste gevolg' heeft, *ut res magis valeat quam pereat*, vergelijk art. 1380 oud BW. Ik had daartegenover als argumenten geplaatst dat lid 1 van het bedoelde artikel van de akte niet ziet op de te leveren kwaliteit en dat bij gebrek aan duidelijkheid van lid 4 de duidelijke regel van lid 3 moet prevaleren, mede gezien de gedachte dat een (impliciete) exoneratie geen afbreuk kan doen aan een garantie[66], waarbij ik tevens er op gewezen heb dat lid 4 uitleg betreft van een *niet door partijen* opgestelde contractsbepaling. Met name dit laatste element kreeg in de discussie naar aanleiding van het woonboerderij-arrest te weinig aandacht. Zie hierover echter verder de bespreking van het arrest *De Rooij c.s./Van Olphen* van 2005.

De merites van de clausules in de NVM-akte kwamen vervolgens ook in een debat tussen Van Dunné en Van Vlaanderen (Juridische Zaken NVM) uitgebreid aan de orde.[67] In zijn annotatie benadrukt Van Dunné dat de diverse bepalingen in onderling verband moeten worden gezien (systematische uitleg) en dat een contractsbepaling in ieder geval zo moet worden uitgelegd dat zij enige uitwerking heeft. Vlaanderen stelt dat deze verklaringen in de eerste plaats bedoeld zijn voor het vastleggen van de *status quo* en verder een belangrijke signaalfunctie hebben. Van Dunné heeft met name op dit laatste kritiek uitgeoefend. Hoewel de signaalfunctie van lid 4 mij niet erg aanspreekt, is daarmee toch wel een plausibele reden gegeven waarom de clausule is opgenomen. Mijn kritiek blijft dat een duidelijke regeling van de aansprakelijkheid ontbreekt. Bij gebrek aan duidelijkheid is de regeling van de aansprakelijkheid mijns inziens te vinden in lid 3. Deze opvatting strookt met de gedachte dat een (impliciete) exoneratie geen afbreuk kan doen aan een garantie.[68]

---

den vastgelegd en het niet aangaat om via vage '(on)bekendheidsclausules' deze rechtsgevolgen in het midden te laten, p. 90.

65 Ik vond bij Honnold de prachtige zin: 'A contract provision (like a fish out of water) loses its life when it is removed from its setting.', J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, § 120 (1999; 3rd ed.) p. 129.

66 Zie ook Unidroit Principles Art. 2.20: No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.

67 De annotatie is geplaatst in *AA* 2000, p. 459. Zie verder C.M.H. Vlaanderen, Over (on)bekendheidsverklaringen en conformiteit in de NVM-koopakte, *WPNR* 6410 (2000) p. 514 met reactie van Van Dunné in *WPNR* 6426 (2000) p. 887 (De clausule is beter dan zijn makers. De exegese van artikel 5 van de NVM-koopakte (bekendheidsverklaring, conformiteit, e tutti quanti). Zie ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 8 p. 491 e.v., m.n. p. 501 e.v.

68 In de rechtspraak is deze regel duidelijk vastgelegd, waarbij met name van belang was dat uit de omstandigheden een duidelijke garantie werd afgeleid terwijl sprake was van een 'standaard' exoneratie. Zie de bespreking van de *Maassluis*-zaken in § 6.6. Zie ook Unidroit Principles Art. 2.21: 'In case of conflict between a standard term and term which is not a standard term the latter prevails.' Bij de NVM-akte gaat het om twee clausules die allebei in de 'standaard'-voorwaarden zijn opgenomen. Uitgangspunt blijft mijns inziens dat de verkoper niet geschiktheid voor een bepaald gebruik kan garanderen en tegelijkertijd via een standaard beding in de algemene voorwaarden zich exonereren.

Aan dit debat, dat primair gericht was op functie en betekenis van art. 5.4 van de akte, zijn echter verder weinig inzichten te ontlenen over conformiteit. De verschillen van mening berusten meer op een andere waardering van de omstandigheden die van belang zijn dan op verschillen van inzicht ten aanzien van toe te passen normen.[69] Conformiteit kwam wel meer expliciet centraal te staan in het volgende te bespreken arrest, waarbij ook de verhouding tussen de wettelijke en een contractuele norm aan de orde komt.

7.5 'Normaal gebruik' in de NVM-akte. Wet en contract

239. Wet en contract. Inleiding

Zoals gezegd, gaat het bij de uitleg van de NVM-akte om uitleg van *niet door partijen* opgestelde contractsbepalingen, een aspect dat in de discussie naar aanleiding van het *Woonboerderij*-arrest te weinig aandacht kreeg.

In art. 7:17 BW lid 1 wordt bepaald dat het gekochte bij aflevering 'aan de overeenkomst moet beantwoorden'. In het tweede lid wordt dit verder uitgewerkt door de bepaling dat de koper mag verwachten dat de zaak eigenschappen bezit die voor normaal gebruik daarvan nodig zijn, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor bijzondere gebruik voor zover bij de overeenkomst is voorzien. Lid 2 is slechts van toepassing voor zover niet in de overeenkomst anders is bepaald.[70] Het schema is daarmee duidelijk: eerst uitleg van de overeenkomst, en vervolgens voor zover er lacunes zijn via uitleg van de wettelijke norm aanvulling van de overeenkomst. Wat nu echter wanneer de door de wetgever gekozen formulering door partijen overgenomen wordt? In de praktijk doet dit zich bij de verkoop van onroerend goed voor: in de NVM-akte wordt met het begrip 'normaal gebruik' gewerkt. Partijen maken dus de aanvullende bepalingen van art. 7:17 lid 2 inzake normaal gebruik tot deel van de overeenkomst door in de algemene voorwaarden de formulering van de wettekst over te nemen. Hoe moet nu een dergelijk begrip worden uitgelegd? De uitleg van het begrip staat hier centraal.[71]

Deze problematiek kwam aan de orde in het recente arrest van de Hoge Raad van 23 december 2005 (*De Rooij c.s./Van Olphen*). Gelet op de overwegingen van de Hoge Raad en het belang van de vragen die in het arrest aan de orde kwamen, is een uitvoerige bespreking op zijn plaats.[72]

---

69 Vergelijk in dit verband Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 8 op p. 492 waar hij in het kader van een bespreking van het arrest aantekent dat ook als men het eens is over kernbegrippen (toerekening van risico) dit nog niet wil zeggen dat men tot dezelfde uitkomst komt in een concreet geval. Over de risico-verdeling in dit geval zie op p. 503 e.v.

70 De parallele bepaling, art. 35 lid 2 van het Weens Koopverdrag, is in zijn aanhef op dit punt meer expliciet: (2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they: .....'

71 Zie voor cassatie-technische aspecten bijvoorbeeld Hoge Raad 12 oktober 2007, dat hieronder nog kort aan de orde komt.

72 HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17, *JOR* 2006, 117 m.nt. Dammingh (*De Rooij c.s./Van Olphen*). Het arrest is ook besproken door H.N. Schelhaas, De uitleg van overeenkomsten nà DSM/Fox, *MvV* 2006, p. 26 (op p. 28-29); R.-J. Tjittes, Koop van een woning met verborgen gebreken, *WPNR* 6659 (2006) p. 231; T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, Koop: inzicht in de verhouding tussen artikel 7:17 BW en nadere contractuele afspraken, *Contracteren* 2006, p. 14; M.M. van Rossum, Uitleg van het begrip 'normaal gebruik' in standaard →

240. Het arrest van de Hoge Raad van 23 december 2005 (De Rooij c.s./Van Olphen). De door de Hoge Raad gegeven regels

Eerst, tot beter begrip, een korte weergave van de feiten en de beslissingen in lagere instantie.

In deze zaak gaat het om de koop van een woonhuis door een stel, dat van plan was het woonhuis te laten slopen, het perceel in twee percelen te laten verkavelen en daarop twee geschakelde woonhuizen (waarvan een voor henzelf, de tweede voor verkoop) te laten bouwen. De 'status' van de koper (de formulering van de Hoge Raad volgend spreek ik in het vervolg ook in enkelvoud over 'de koper') is dus gemengd: enerzijds wordt als particulier gehandeld in de zin dat de koper zelf de eindgebruiker is, anderzijds wordt professioneel gehandeld door het voornemen een huis te laten bouwen dat voor doorverkoop bestemd is. Dit aspect, dat hier verder ook niet direct van belang is voor de rechtsgevolgen (de koop van een onroerende zaak valt niet onder het begrip consumentenkoop en art. 7:17 BW is dus geen dwingend recht), laat ik verder even rusten.[73]

Bij de koop wordt gebruik gemaakt van een model-akte, de zogenaamde NVM-akte[74], waarin de volgende clausule (art. *5.3*) is opgenomen:

> De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. Koper is voornemens de onroerende zaak te gebruiken als: *bouwperceel voor twee halfvrijstaande woonhuizen.*[75]
> (...)
> Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn, noch voor de afwezigheid van gebreken die dat normale gebruik belemmeren en die aan koper kenbaar zijn op het moment van het tot stand komen van deze koopovereenkomst.[76]

NVM-akte: notities naar aanleiding van HR 23-12-2005, RvdW 2006, 17, *WPNR* 6665 (2006) p. 359; R.-J. Tjittes, Koop van een woning. Non-conformiteit. Uitleg artikel 5.3 NVM-koopakte, *VrA* 2006, p. 89; C.M.H. Vlaanderen, Reactie, *VrA* 2006, p. 141; R.-J. Tjittes, Naschrift, *VrA* 2006, p. 148.

73 Uitvoerig hierover M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon NBW B-65b), nrs. 8-11.

74 De NVM-akte is overigens niet alleen opgesteld door de NVM, maar in samenwerking met andere instanties-zoals de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis.

75 De hier cursief weergegeven zinsnede 'bouwperceel voor twee halfvrijstaande woonhuizen' hoort – uiteraard – niet tot de standaard-akte en wordt door partijen/de koper ingevuld. Zie hierover ook C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (2007) p. 151 noot 10. Op dit – toch zeker niet onbelangrijke – punt kom ik nog terug.

76 Art. 5.3 bestaat dus uit drie onderdelen, met achtereenvolgens een verplichting voor de verkoper (normaal gebruik), een verklaring van de koper (voorgenomen gebruik) en een beperking van de aansprakelijkheid van de verkoper (normaal gebruik), zie verder in de tekst. In casu werd een ouder model gebruikt. Per september 2003 is de eerste zin van lid 3 gewijzigd als volgt: 'De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die nodig zijn voor een normaal gebruik als: ...' Zie over de wijzigingen Vlaanderen (2006) op p. 142. Zie ook Breedveld-de Voogd (2007) p. 159 noot 35, die opmerkt dat ook in de gewijzigde formulering uitleg van 'normaal gebruik' een rol blijft spelen. Afgezien hiervan is het opmerkelijk dat in de nieuwe redactie in feite geen sprake meer is van 'normaal gebruik' in de zin van art. 7:17 lid 2 sub *a*, maar van overeengekomen gebruik in de zin van art. 7:17 lid 1 of bijzonder gebruik in de zin van art. 7:17 lid 2 sub *b*. Letterlijk gelezen moet nu het overeengekomen gebruik op normale wijze kunnen worden uitgeoefend. In dit verband kan ook worden gewezen naar het Engelse recht, waar dit in het kader van 'bijzonder gebruik' wel opgemerkt wordt, zie Deel 2.

De overeenkomst werd gesloten op 19 april 2001 en levering van de onroerende zaak heeft plaatsgevonden bij akte van 1 februari 2002. In de tussenliggende periode is echter het gebied waarin de onroerende zaak ligt aangewezen als beschermd dorpsgezicht als bedoeld in art. 35 Monumentenwet, met als gevolg dat aanvragen voor een sloop- of bouwvergunning worden aangehouden in afwachting van een nieuw bestemmingsplan. De koper besluit een en ander niet af te wachten, maar verkoopt de onroerende zaak een half jaar later aan een derde. In de procedure vordert de koper een verklaring voor recht dat de overeenkomst is ontbonden, en beroept zich subsidiair op dwaling en meer subsidiair op gewijzigde omstandigheden (art. 6:258 BW).[77] Bij de bespreking van het arrest ga ik verder voorbij aan het feit dat in casu sprake is van een rechtsgebrek, zodat art. 7:15 van toepassing was, en vragen rond risico-overgang.[78]

In lagere instanties verliest de koper de zaak. In het cassatiemiddel wordt betoogd – kort samengevat – dat het hof de clausule in de NVM-akte onjuist heeft uitgelegd (c.q. zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd), waarbij in feite betoogd wordt dat door de clausule zoals door partijen ingevuld de verkoper gegarandeerd had dat gesloopt kon worden, en het risico bij de verkoper gelegd was.

De Hoge Raad verwerpt het ingestelde beroep. Belangrijk daarbij is dat de Hoge Raad een redelijk uitvoerige motivering geeft, waarbij niet alleen ingegaan wordt op het specifieke geval en het oordeel van het hof, maar ook overwegingen gegeven worden die in meer algemene zin van belang zijn.

241. Het Woonboerderij-arrest en De Rooij c.s./Van Olphen

De overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest zijn duidelijk anders van opzet dan de overwegingen van de Hoge Raad in het eerdere arrest inzake de *Woonboerderij*, waarbij ook uitleg van art. 5 van de NVM-akte in het geding was, en de Hoge Raad zich beperkte tot de overweging dat de in die zaak gegeven beslissing van het hof niet onbegrijpelijk was.[79] Hoewel de twee te bespreken arresten op het eerste gezicht hetzelfde onderwerp betreffen, namelijk de uitleg van een model-koopakte, moet ook het verschil tussen beide arresten worden benadrukt.[80] Het eerste arrest gaat over de uitleg van een standaard-clausule met betrekking tot bodemverontreiniging, waarvan nu betoogd wordt dat het, in rela-

77 Het interessante punt van de grens tussen dwaling en gewijzigde omstandigheden laat ik hier, als niet van belang in de procedure en het oordeel van de Hoge Raad, verder rusten. Zie uitvoerig hierover P. Klik, Gewijzigde omstandigheden en dwaling: enkele rechtsvergelijkende opmerkingen (I) en (II), *WPNR* 6352 en 6353 (1999) p. 251 en p. 272.

78 Zie hierover ook A-G Keus voorafgaand aan het arrest; Dammingh in zijn *JOR*-annotatie; Van Wechem en Wissink (2006) op p. 15; Van Rossum (2006) op p. 362. Men kan zich afvragen of het risico van aanwijzing tot beschermd dorpsgezicht pas bij levering zou moeten overgaan. Zie over risico-overgang D. Dokter, *Risico bij koopovereenkomsten. De samenhang tussen verbintenissen voorspruitend uit internationale commerciële koopovereenkomsten in verband met vervoer en verzekering*, (diss. Rotterdam) Den Haag: Boom (2001).

79 Van Wechem en Wissink (2006) p. 15, merken op dat de Hoge Raad in het laatste arrest een en ander 'bijna docerend' in beeld brengt.

80 Het lijkt mij onjuist om simpelweg te stellen dat beide arresten over de status (mededeling zonder gevolgen of verbintenisscheppend) van mededelingen gaat. Vergelijk in dit verband Breedveld-de Voogd § 5.3.6, die deze benadering lijkt te kiezen. Zie wel haar conclusie, op p. 166: 'hoe vager een bepaling is over het beoogde rechtsgevolg, hoe groter de kans dat deze bepaling in contractuele zin niets betekent.'

tie tot een eerdere 'normaal gebruik'-clausule, een door de verkoper opgenomen *exoneratie* is. Het tweede arrest gaat over de betekenis van de standaard 'normaal gebruik'-clausule *zelf*, in relatie ook tot de door de koper met de hand aangebrachte toevoegingen, waarvan nu door de koper betoogd wordt dat dit voor de verkoper als 'garantie' bindend is.[81] De verschillen verklaren mijns inziens ook het verschil in uitkomst, waarbij ik overigens meteen aanteken dat ik mij in het eerste arrest wel kan vinden, veel minder dan in het tweede.

242. Uitleg. Haviltex of tekstuele uitleg?

In het arrest van 23 december 2005 (*De Rooij c.s./Van Olphen*) ging het om uitleg van een contractuele bepaling. Hieronder wordt kort ingegaan op de uitleg-problematiek, waarvoor het arrest ook van belang is. Welke regels gelden in het algemeen bij uitleg?

In de door de Hoge Raad in 1981 in het *Haviltex*-arrest gebruikte formulering gaat het bij de uitleg van een overeenkomst om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.[82] Vanaf 1993 leek zich in een serie arresten een nieuwe norm, naast de *Haviltex*-norm, te ontwikkelen, de zogenaamde CAO-norm. De norm wordt als CAO-norm aangeduid, omdat de Hoge Raad voor de uitleg van een CAO voor het eerst een ander criterium dan de *Haviltex*-formule aanvaardde, namelijk *de in beginsel doorslaggevende betekenis van de bewoordingen*[83], en vervolgens, mede naar aanleiding van andere arresten van de Hoge Raad, de vraag rees in welke andere situaties deze norm nog meer zou gaan gelden. Kort samengevat heeft de discussie op dit terrein zich als volgt ontwikkeld.[84]

De *Haviltex*-norm geldt tussen de partijen bij het contract, die ook zelf over het contract hebben onderhandeld en bij de totstandkoming van de tekst betrokken zijn geweest. Een CAO komt tot stand in onderhandeling tussen werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties. In 1993 oordeelt de Hoge Raad dat bij de uitleg van een CAO, voor zover het gaat om de toepassing ten aanzien van een indi-

81 Zie ook Breedveld-de Voogd (2007) § 5.3.5 p. 162-163 en § 5.3.6.

82 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB, *AA* 1981, p. 355 m.nt. Van Schilfgaarde. Over het arrest en normatieve uitleg zie J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 2 § 2 nr. 11, p. 165 e.v.

83 Hierover uit velen C.J. Loonstra, in: P.G.J. van den Berg en W. Zondag (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (2003), p. 42-45.

84 Zie over uitleg en de *Haviltex* of *CAO* norm onder meer: Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 2 § 2 nr. 14, p. 179 e.v.; T. Hartlief, De uitleg van contracten. Haviltex revisited, *TvPr.* 2004, p. 1065; M.H. Wissink, Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen, *WPNR* 6579 (2004) p. 407; R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, *RM Themis* 2005, p. 2; R.P.J.L. Tjittes, Contractsuitleg, *RM Themis* 2003, p. 121; R.P.J.L. Tjittes, Terug naar de tekst – Een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten, *WPNR* 6709 (2007) p. 417; H.N. Schelhaas, De uitleg van overeenkomsten ná DSM/Fox, *MvV* 2006, p. 26; Breedveld-de Voogd (2007) § 5.3.1 p. 151-155. Zie ook Asser-Hartkamp 4-II (12e dr.; 2005) nr. 279 e.v. en zie ook de eerder genoemde literatuur over HR 23 december 2005 (*De Rooij c.s./Van Olphen*).

viduele werknemer, een andere norm geldt, namelijk een uitleg waarbij de letterlijke tekst van de CAO zelf centraal staat. In latere rechtspraak wordt niet volstaan met de tekst (de bewoordingen) van de CAO zelf, maar worden ook andere toelichtende stukken, voor zover voor de betrokken derde (bij een CAO: de individuele werknemer) kenbaar, in de uitleg betrokken. Een volgende stap wordt gezet wanneer de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of andere interpretatie ook bij de uitleg betrokken wordt.[85] Deze uitleg wordt niet alleen toegepast bij uitleg van CAO's, maar ook in andere situaties.[86] Het gaat hierbij steeds om 'derden', in de zin dat deze partij niet 'partij' was bij (de totstandkoming van) de overeenkomst. 'Schaalvergroting', in de zin dat veel derden potentieel belang hebben bij de uitleg, speelt hierbij ook een rol.

De uitleg naar de CAO-norm wordt vaak ook aangeduid als 'objectieve uitleg', hetgeen niet geheel correct is en tot onduidelijkheden leidt.[87] Voor zover het onderwerp van uitleg beperkt wordt (slechts de tekst van de CAO, later ook de toelichting) is sprake van een uitleg die beter als beperkt of abstract (er wordt geabstraheerd van andere feiten of omstandigheden; zie ook het Engelse recht: los van context) kan worden aangeduid. Voor zover vervolgens voor de betekenis wordt gekeken niet naar de bedoeling van de partijen zelf, maar naar hoe de derde redelijkerwijs een en ander mocht opvatten, is dan wel sprake van een objectieve uitleg. De Hoge Raad spreekt zelf ook in het geheel niet van objectieve uitleg, maar, zie het arrest *DSM/Fox*, dat hieronder nog aan de orde komt, van 'een uitleg van ... (een geschrift, PK) naar objectieve maatstaven'.[88]

De Hoge Raad heeft in 2004 in een aantal arresten, met name het arrest *DSM/Fox*, de reikwijdte en de betekenis van de zogenaamde 'CAO-norm' verduidelijkt.[89] De Hoge Raad maakt duidelijk dat zeker niet bedoeld is een taalkundige, strikt grammaticale uitleg, te introduceren, en dat bij elke uitleg de omstandigheden van het geval beslissend zijn.[90] In aangewezen gevallen is echter wel plaats voor een uitleg naar objectieve maatstaven. Dit geldt zowel bij de toepassing van de *Haviltex*-norm als bij de CAO-norm. Een en ander leidt tot conclusie dat, in de woorden van de Hoge Raad, tussen de *Haviltex*-norm en de CAO-norm geen tegenstelling bestaat, maar een vloeiende overgang,[91] en dat in deze typologie de CAO-norm betrekking heeft op geschriften en verhoudingen waarvan de aard

85 Zie Schelhaas (2006a) op p. 27, verwijzend naar HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 110 en HR 28 juni 2002, *NJ* 2003, 111.

86 Zie voor een overzicht ook - uit velen - Schelhaas (2006a).

87 Zie bijvoorbeeld Breedveld-de Voogd (2007) *§* 5.3.2 p. 155.

88 Zie ook de conclusie van het OM bij HR 12 december 2003, A-G Timmerman (nr. 2.15): 'In zijn arresten van 31 mei 2002, NJ 2003, 110 en 28 juni 2002, NJ 2003, 111 heeft de Hoge Raad zijn vaste rechtspraak aldus verduidelijkt dat het hier gaat om *wat wel wordt aangeduid* als 'objectieve uitleg': voor zover de bedoelingen van de betrokken CAO-partijen niet kenbaar zijn uit de CAO en de toelichting daarop, komt het bij de uitleg van een CAO-bepaling uitsluitend aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.' (mijn curs., PK)

89 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

90 Ov. 4.4-4.5.

91 Ov. 4.4.

meebrengt dat bij die uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan.[92] Met deze benadering lijkt het eind van de aparte 'CAO-norm' weer in zicht, en lijkt er in de toekomst voor deze norm alleen nog plaats als 'objectieve' Haviltex.[93]

Recente rechtspraak geeft verder geen ander beeld te zien. Twee in 2007 gewezen arresten zijn met name van belang voor de bewijslastverdeling bij uitleg, hetgeen hier verder niet besproken hoeft te worden. In het arrest *Meyer Europa/ PontMeyer* (HR 19 januari 2007) ging het om een aandelentransactie. Het hof hanteerde als maatstaf voor uitleg de meest voor de hand liggende betekenis van de omstreden woorden in het contract. De Hoge Raad is van oordeel dat binnen de *Haviltex*-formule in de genoemde omstandigheden van het geval (de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming, en in het bijzonder de 'entire agreemeent clause') dit niet blijk gaf van een onjuiste opvatting.[94] In het arrest *Derksen/Homburg* (HR 29 juni 2007) ging het om een vaststellingsovereenkomst. De Hoge Raad was van oordeel dat het hof in dit geval, waarbij de Hoge Raad de aard van de overeenkomst en het feit dat partijen bij de totstandkoming werden bijgestaan door raadslieden als specifieke feitelijke omstandigheden noemt, vrijstond om zonder inhoudelijke beoordeling tot een voorshands oordeel te komen en vervolgens de bewijslast toe te delen.[95]

Niet echt duidelijk is waarom in eerste instantie gekozen werd voor een tekstuele/letterlijke interpretatie. Dat een 'derde' partij niet onredelijk benadeeld mag worden door voor hem verborgen gegevens, etc. lijkt reëel, maar niet duidelijk is waarom dan als maatstaf gekozen wordt voor de in beginsel doorslaggevende betekenis van de bewoordingen en waarom niet gewoon de *Haviltex*-norm mede toegesneden wordt op de redelijke verwachting van deze 'derde' betrokkene.[96]

Benadrukt moet worden dat de Hoge Raad uiteindelijk in *DSM/Fox* (ov. 4.5) aangeeft dat de gemeenschappelijke grondslag is dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn *alle* omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en bil-

92 Ov. 4.5.

93 In die zin ook Tjittes (2007) op p. 12, ook verwijzend naar een nog te verschijnen dissertatie van H.M. Veenstra. Zo ook Breedveld-de Voogd (2007) p. 152-153 en zie ook op p. 154. Is er eigenlijk wel een onderscheid tussen de twee manieren van uitleg? Wissink baseert zijn uitvoerige artikel hier wel op, zie Wissink, (2004), hoewel hij zelf al wel aangeeft dat het onderscheid (tussen met name de CAO-norm en de objectieve toepassing van de *Haviltex*-norm) 'tamelijk subtiel' is geworden (op p. 410, waar hij vervolgens 'de loep ter hand neemt' om de verschillen te analyseren) en concludeert dat het onderscheid conceptueel niet nodig is, op p. 410. Schelhaas, aansluitend bij Wissink en Du Perron, kwam nog tot een grove driedeling van in elkaar overvloeiende normen: zuiver objectief, zuiver subjectief, en een tussenvorm. Schelhaas (2006) op p. 30 e.v. De driedeling lijkt overbodig.

94 HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 575 m.nt. Wissink onder nr. 576, *JOR* 2007, 166 m.nt. Tjittes.

95 HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 576 m.nt. Wissink.

96 Vergelijk op dit punt Schelhaas (2006a) p. 32, met verdere verwijzingen, waar een en ander blijkbaar wel als logisch wordt gezien, verwijzend naar Hartlief (2004) op p. 1081, Tjittes (2005) op p. 12 en p. 28 en Wissink (2004) op p. 413. De door de Hoge Raad zelf genoemde 'werkzaamheid in de praktijk' lijkt mij inmiddels met de vloeiende overgang wel verdwenen. Het aspect van toetsbaarheid in cassatie laat ik verder buiten beschouwing.

lijkheid meebrengen.[97] Dit is dus bij uitstek een subjectieve benadering, in de zin van een op de situatie toegespitste, en dus een 'concrete', benadering.[98] Verder koppelt de Hoge Raad in ov. 4.4. objectieve uitleg van tekst aan de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen, hetgeen te weinig aandacht krijgt.[99] Hoe meer er tekstueel uitgelegd wordt, des te meer zal er discussie ontstaan over de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen.[100]

Wat houdt het arrest van 23 december 2005 in voor de uitleg van de NVM-akte?[101]

243. Het arrest van 23 december 2005: de uitleg-norm. Gangbaar spraakgebruik

In het arrest van 23 december 2005 begint de Hoge Raad zijn overwegingen op dit punt met een verwijzing naar de *Haviltex*-maatstaf, op grond waarvan bij de uitleg van een (schriftelijk) contract niet alleen maar een zuiver taalkundige uitleg kan worden toegepast. De Hoge Raad voegt hier echter aan toe dat in praktisch opzicht een taalkundige betekenis vaak wel van groot belang is:

> In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die de bewoordingen waarin deze bepalingen zijn gesteld, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang (HR 20 februari 2004, nr. C 02/219, *NJ* 2005, 493).[102]

De Hoge Raad vervolgt verder met een algemene overweging over hetgeen ten aanzien van de uitleg van een overeenkomst waarbij een bebouwde onroerende zaak is verkocht dient te gelden:

> Indien partijen bij de schriftelijke vastlegging van hun overeenkomst gebruikmaken van een standaardakte waarin een beding voorkomt dat, zoals art. 5.3 van de standaard NVM-koopakte, als voorgedrukte verklaring van de verkoper bevat dat de verkochte zaak de feitelijke eigenschappen zal bezitten die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn, zal uitgangspunt voor de uitleg van dit beding dienen te zijn dat 'normaal gebruik' betrekking heeft op wat daaronder *naar*

---

97 Zie wel S. Bartels en I. Giesen, Wisseling van de wacht in standaardrechtspraak. Aan de hand van Haviltex, Fox en het Bloemendaalse slooppand, in: *Contracteren internationaal* (Grosheide-bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006), p 61 op p. 61 en ook Du Perron in zijn noot bij *DSM-Fox*, die wel met deze regel begint, maar het laatste element lijkt te negeren en slechts oog heeft voor de *vooraf* te maken keuze welke omstandigheden men in de uitleg wil betrekken.

98 Zoals eerder in § 1.4 aangegeven.

99 Zie wel kort Wissink (2004) op p. 411 onder nr. 14; Tjittes (2006b) noemt het slechts op p. 92 zonder er verder op in te gaan. Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 2 § 2 nr. 14, p. 181 constateert dat hier 'een normatieve snaar' wordt geroerd.

100 Zie recent HR 8 juni 2007, *JOL* 2007, 409, *LJN* BA3039 (in cassatie klacht tegen de in het algemeen onaannemelijke resultaten van de uitleg).

101 Met de NVM-akte wordt aan het vormvereiste van art. 7:2 BW voldaan. Breedveld-de Voogd (2007) stelt ook de vraag aan de orde of het vormvereiste van invloed is op de manier van uitleg, zie § 5.2 p. 148-151, maar concludeert dat aard noch strekking van art. 7:2 tot een meer objectieve uitleg nopen. Zij stelt ook duidelijk dat er geen reden is niet uit de akte blijkende verklaringen en gedragingen buiten beschouwing te laten, p. 149.

102 Verwezen wordt naar het eerder besproken *DSM/Fox*-arrest. Schelhaas (2006a) op p. 30 wijst er op dat de Hoge Raad in recente arresten bij de toepassing van de *Haviltex*-norm steeds deze formulering over het praktisch belang van de taalkundige betekenis toevoegt.

> *gangbaar spraakgebruik* wordt verstaan ten aanzien van de grond alsmede van de ten tijde van de verkoop zich daarop bevindende bebouwing. (mijn curs., PK)

De Hoge Raad vervolgt:

> Daaronder valt in beginsel niet de sloop van de bebouwing gevolgd door het gebruik van de grond als bouwgrond.

Gelet op de opbouw van de overwegingen van de Hoge Raad en de in eerdere arresten gegeven achtergrond van de CAO-norm bevinden wij ons niet aan de 'CAO-kant' van het spectrum.[103] Redenerend vanuit de *Haviltex*-formule komt de Hoge Raad tot het 'gangbaar spraakgebruik'-criterium.

De Hoge Raad lijkt via een lossere formulering enigszins afstand te nemen van de eerder aangegeven taalkundige betekenis, die ook bij de *Haviltex*-norm 'in praktisch opzicht ... vaak wel van belang is'. Daarbij moet echter worden opgemerkt dat bij taalkundige betekenis een relatie gelegd wordt met (specifieke) kringen van het maatschappelijk verkeer, terwijl 'gangbaar spraakgebruik' een veel meer algemene (objectieve) formulering is.[104] Hoe objectief is echter nog niet helemaal duidelijk: wat is bijvoorbeeld het verschil tussen 'normaal spraakgebruik'[105], 'gangbaar spraakgebruik,' of 'algemeen spraakgebruik'[106]? De Hoge Raad maakt niet duidelijk naar welke kringen van personen men moet kijken om te bepalen wat 'gangbaar' is.[107] Vergelijk in dit verband de latere opmerkingen over de uitkomst van het arrest, waar gerefereerd wordt aan het feit dat de koper van beroep makelaar was.

De Hoge Raad, hoewel eerder verwijzend naar het *DSM/Fox*-arrest, plaatst de uitspraak zelf verder niet in de context van eerdere jurisprudentie, doordat niet aangegeven wordt in hoeverre 'de aard' van de overeenkomst (de akte) al dan niet tot een meer objectieve uitleg leidt.[108]

---

103 Zo ook Schelhaas (2006a) op p. 27, Breedveld-de Voogd (2007) p. 159.

104 Van Rossum (2006) op p. 363 brengt 'gangbaar spraakgebruik' in verband met de 'reasonable man'. Zie ook een latere paragraaf, waarin de uitkomst van het arrest wordt besproken, en de positie van de koper (makelaar!) aan de orde komt.

105 Blijkbaar het arrest van de Hoge Raad parafraserend oordeelt Hof Arnhem 11 april 2006, NJF 2006, 247 dat nu de koper niet heeft gesteld dat partijen ten aanzien van de uitleg van de NVM-akte specifieke verklaringen jegens elkaar hebben geuit, het 'primair aankomt op de betekenis die particuliere partijen als de onderhavige aan de bewoordingen van art. 5.1 en 5.3 in het *normale* spraakgebruik toekennen'. (mijn curs., PK) (ov. 5.7). Tjittes lijkt in zijn publicaties geen onderscheid te maken tussen 'normaal spraakgebruik' en gangbaar spraakgebruik, zie bijvoorbeeld Tjittes (2007) op p. 419.

106 In HR 10 oktober 2003, *LJN* AI0859 werd aan het begrip 'ziekte' in een verzekeringspolis de betekenis toegekend die dit begrip in het algemeen spraakgebruik heeft. Overigens lijkt in deze zaak ook sprake van een *contra proferentem*-uitleg. Zie Asser-Wansink nr. 179 e.v.

107 Tjittes, in het kader van een relativering van het verschil tussen 'normaal gebruik' in de zin van art. 5 lid 3 van de NVM-akte en de term 'normaal gebruik' in art. 7:17 lid 2, stelt dat wat naar gangbaar spraakgebruik een normaal gebruik inhoudt, een objectiverende-normatieve inhoud heeft 'omdat dit moet worden vastgesteld aan de hand van de opvattingen in de desbetreffende maatschappelijke kring'. Tjittes (2006b) op p. 96.

108 Ik zie af van een verdere poging dit arrest te plaatsen in de context van eerdere en latere jurisprudentie, en verwijs verder naar de uitvoerige beschouwingen van Schelhaas op dit punt. Zij maakt een grove driedeling: het objectieve uiterste (CAO-norm), het subjectieve uiterste (zuiver *Haviltex*) en de tussencategorie van objectieve elementen in *Haviltex* (op p. 30-32). Het NVM-arrest zou in de laatste categorie vallen. Schelhaas kan zich goed in het arrest vinden, zie op p. 28-29. Tjittes acht de uitspraak van de Hoge Raad 'volstrekt logisch', zie →

Op het eerste gezicht spreekt de maatstaf van het 'gangbaar taalgebruik' aan: (particuliere) partijen die hun overeenkomst vastleggen in een model-akte, komen op deze manier niet voor verrassingen te staan en kunnen met een gerust hart hun handtekening zetten. Er lijkt op het eerste gezicht ook iets voor te zeggen voor het oordeel dat 'sloop' niet direct taalkundig, naar gangbaar spraakgebruik, of hoe dan ook, onder 'normaal gebruik' valt. Dat wordt echter al anders als het om een zogenaamd 'slooppand' gaat.[109] Dit komt nog weer anders te liggen als men 'slopen en opnieuw bouwen' bij elkaar neemt. Bij een pand op een groot stuk grond bijvoorbeeld kan men in sommige wijken tegenwoordig verwachten dat er meerdere nieuwe panden neergezet zullen worden, waarbij het oorspronkelijke pand – ook al verkeert het in goede staat – gesloopt wordt.[110] Kortom: normaal gebruik is altijd context-gebonden.[111]

Belangrijker nog is mijns inziens dat men door de uitleg te beperken tot (de tekst van) het model geen recht doet aan de concrete situatie. Mede daarom heb ik in de zaak van de woonboerderij steeds belang gehecht aan het feit dat de verbouwplannen van de koper voor de totstandkoming van de overeenkomst ter sprake zijn gekomen.[112] Een 'tekstuele uitleg' is mijns inziens dan ook niet de aangewezen weg bij model-akten, maar eerder een toepassing die aan de orde komt wanneer voor het overige de concrete situatie geen aanknopingspunten biedt.[113]

Een groot bezwaar tegen een benadering vanuit 'gangbaar spraakgebruik' *sec* is dat de juridische dimensie hiermee weggeredeneerd wordt. De term 'normaal gebruik' in art. 5 lid 3 van de NVM-akte wordt in een specifieke context gehanteerd, namelijk in een garantie/exoneratie-clausule. Door middel van deze term wordt de aansprakelijkheid van de verkoper bepaald, zowel als 'garantie' (staat in voor geschiktheid voor normaal gebruik), en als exoneratie (staat niet in voor meer dan dat).[114] Volledigheidshalve geef ik de clausule, art. 5 lid 3, nogmaals weer:

Tjittes (2006a) p. 231 en plaatst het arrest in de lijn van de 'objectieve *Haviltex*', waarbij hij ook wijst op het belang van uniforme interpretatie, te toetsen in cassatie, zie Tjittes (2006b) op p. 92-93 (overigens spreekt hij ook over 'grammaticale uitleg', zie op p. 95), zie ook Tjittes (2007) op p. 419. Zie ook Breedveld-de Voogd (2007) p. 160. Vergelijk eerder ook HR 10 juni 2005 (*X/MET Holding*) *JOL* 2005, 356, *LJN* AS 8457 inzake het al dan niet voldoen aan saneringsverplichtingen door verkoopster. De zaak wordt op grond van art. 81 RO afgedaan. In casu worden de saneringsverplichtingen uitgelegd aan de hand van art. 6 van de transportakte, waarbij het hof in de eerste plaats een zogenaamde objectieve uitleg toepast. Zie ook de conclusie van het OM, A-G Timmerman.

109 Vergelijk het *Slooppand*-arrest, HR 7 december 1979, *NJ* 1980, 290 m.nt. GJS, *AA* 1981, p. 133 m.nt. Van Dunné, over een pand dat op de nominatie stond om gesloopt te worden in het kader van renovatie.

110 Vergelijk ook Breedveld-de Voogd (2007) p. 164 over uitleg naar gangbaar spraakgebruik van 'woonboerderij' wanneer sloop van een schuur nodig is om dieren te houden.

111 Met andere woorden: een 'objectieve uitleg' ligt hier niet steeds voor de hand. Zie ook Breedveld-de Voogd (2007) p. 164.

112 Zie mijn annotaties bij de zaak. Van Dunné heeft in zijn annotatie hieraan ook enkele opmerkingen gewijd. Zie op dit punt § 5.3 inzake bijzonder gebruik.

113 Het lijkt toch ook alsof Tjittes tot dit standpunt komt. Zie bijvoorbeeld Tjittes (2005) p. 10 l.k., Tjittes (2006a) op p. 231 l.k. ('Bij gebreke van andere aanknopingspunten, is het normale spraakgebruik bij die uitleg van doorslaggevend belang'). Vergelijk ook Tjittes (2007) op p. 419: als een contractsbeding geen onderwerp van debat is geweest tussen partijen kan het beding moeilijk anders worden uitgelegd dan naar objectieve maatstaven, verwijzend naar *De Rooij c.s./Van Olphen*.

114 Tjittes miskent dit waar hij spreekt over een tweedeling en alleen de eerste twee onderdelen eruit licht, en slechts over het verband tussen die twee onderdelen spreekt. Zie Tjittes (2006b) p. 94.

> De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. Koper is voornemens de onroerende zaak te gebruiken als[115]: *bouwperceel voor twee halfvrijstaande woonhuizen.*[116]
> (...)
> Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn, noch voor de afwezigheid van gebreken die dat normale gebruik belemmeren en die aan koper kenbaar zijn op het moment van het tot stand komen van deze koopovereenkomst.

De context waarin de term 'normaal gebruik' wordt gebruikt lijkt mij toch een zeer duidelijke aanwijzing, ook voor de doorsnee-verkoper en de doorsnee-koper, dat hier *juridische* elementen een rol spelen. Mijn grootste bezwaar tegen de uitleg naar gangbaar taalgebruik is dat deze juridische dimensie miskend wordt.[117]

In de rechtspraak van de Hoge Raad was de in *De Rooij/Van Olphen* geïntroduceerde uitleg naar 'gangbaar spraakgebruik' nieuw. Recentelijk is een variant op dit criterium gebruikt, en wel in een CAO-arrest. In HR 26 oktober 2007 ging het – kort gezegd – om de vraag welke CAO van toepassing was op het bedrijf waar de individuele werkneemster, die een conflict had met haar werkgever, werkte.[118] Daartoe moest de term 'teelt van (pot)planten' die in een CAO voorkwam, worden uitgelegd. Bij deze uitleg werd gekeken of de werkzaamheden die in het bedrijf verricht werden naar 'normaal spraakgebruik' onder deze term vielen. Het is te vroeg om van een duidelijke trend te spreken. Voor het geval het gangbaar of normaal spraakgebruik criterium meer vaste voet aan de grond zou krijgen, is enige reserve op zijn plaats. Zoals gezegd, spreekt het aan om private partijen niet voor verrassingen te plaatsen.[119] Daarmee is echter nog niet tegemoet gekomen aan het eerder gesignaleerde bezwaar dat de juridische dimensie wegvalt.[120] Of de trend zich doorzet zal snel duidelijk zijn, gelet op het aantal arresten over uitleg.

244. De betekenis van toevoegingen van partijen aan het model

De Hoge Raad vervolgt zijn overweging met een passage over de betekenis van hetgeen door koper met de hand toegevoegd was. De motivering van de Hoge Raad op dit punt is ronduit onbevredigend. De Hoge Raad vervolgt, nadat is gesteld dat de sloop van de bebouwing gevolgd door het gebruik van de grond als bouwgrond in beginsel niet onder normaal gebruik valt, met:

---

115 De eerste zin van lid 3 is per september 2003 aangepast.

116 De hier cursief weergegeven zinsnede 'bouwperceel voor twee halfvrijstaande woonhuizen' hoort – uiteraard – niet tot de standaard-akte en wordt door partijen/de koper ingevuld. Op dit – toch zeker niet onbelangrijke – punt kom ik nog terug.

117 Zie ook Asser-Hartkamp 4-II (2005) nr. 280 over uitleg: 'Het uitleggen van een overeenkomst is het vaststellen van de betekenis der door de contractanten afgelegde verklaringen en dus van de daardoor ontstane rechtsgevolgen.'

118 *JOL* 2007, 707, *LJN* BA6760.

119 Zie over 'plain language' verder uitvoerig E.H. Hondius, *Sense and nonsense in the law. Towards clarity and plain meaning*, (oratie Utrecht) Deventer: Kluwer (2007).

120 Zie ook R. van Gestel, Een ieder wordt geacht de wet te kennen, maar wie begrijpt er iets van?, *AA* 2008, p. 78 op p. 80.

> Dit betekent dat het enkele feit dat in een dergelijk beding naast die voorgedrukte tekst door partijen specifiek is opgenomen dat koper voornemens is van de onroerende zaak gebruik te maken als bouwperceel, niet zonder meer en ook niet in beginsel meebrengt dat de overeenkomst aldus dient te worden uitgelegd dat de verkoper ervoor instaat dat sloop van de zich op dat perceel ten tijde van de verkoop bevindende bebouwing mogelijk en geoorloofd zal zijn.

Als een verkoper 'instaat' voor normaal gebruik, en de koper vult op de volgende regel in wat hem *als normaal gebruik* voor ogen staat, dan lijkt het toch niet onlogisch dit als overeengekomen te beschouwen, ook gelet op het vervolg van de clausule, waarin de verkoper verklaart niet voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn in te staan.[121] De Hoge Raad wil hier echter duidelijk niets van weten, en overweegt zelfs expliciet dat hier zelfs geen sprake is van een 'in beginsel' toe te passen premisse.[122]

Een en ander doet de vraag rijzen hoe de koper dan wel kan bereiken dat de verkoper voor geschiktheid instaat. Men moet zich hierbij realiseren dat de NVM-akte een standaardakte is, waarbij de meeste partijen al snel een aarzeling zullen hebben om zelf, buiten hetgeen waarnaar gevraagd wordt (partijen vullen zelf in wat als normaal gebruik zal worden gezien) allerlei dingen te gaan toevoegen.[123] Wat zou men hier ook moeten toevoegen? De koper zou bij wijze van spreken nadat het 'normaal gebruik' is ingevuld hieraan moeten toevoegen 'en verkoper garandeert geschiktheid hiervoor', hetgeen een koper echter niet snel zal doen, en bovendien ook gelet op het vervolg van de clausule ook niet echt nodig lijkt.[124] Zelfs als men de conclusie deelt dat hetgeen met de hand bij wordt geschreven geen deel gaat uitmaken van het 'normaal gebruik' waarvoor de verkoper dient in te staan, rijst toch de vraag of hetgeen is bijgeschreven niet anderszins deel wordt van de overeenkomst, bijvoorbeeld als bijzonder gebruik.

245. Bijzonder gebruik

Wanneer men als gegeven aanvaardt dat hetgeen door de koper in art. 5 lid 3 specifiek is toegevoegd niet valt onder het 'normaal gebruik' waarvoor de verkoper instaat, rijst toch de vraag of het toegevoegde niet anderszins deel gaat uitmaken van de overeenkomst. In dit verband kan gewezen worden op de struktuur van art. 7:17 lid 2, waarin naast het 'normaal gebruik' dat de koper mag verwachten ook genoemd wordt het 'bijzonder gebruik', waarbij echter wel vereist wordt dat het bijzonder gebruik 'bij de overeenkomst is voorzien'.

---

121 Anders Tjittes (2006b) op p. 94. Tjittes hanteert de termen 'normaal gebruik' (lid 3 eerste zin) en 'voorgenomen gebruik (lid 3 tweede zin), constateert dat de vermelding van het voorgenomen gebruik 'naadloos' volgt op de vermelding van 'normaal gebruik', en adviseert het stramien van andere NVM-akten te volgen, waarin partijen 'huidig gebruik' invullen en bepalen dat dit als 'normaal gebruik' wordt beschouwd. Zie voor een beschrijving van de andere akten ook P. Klik, De aansprakelijkheid van de verkoper van onroerend goed voor asbest: '(on)bekendheidsclausules' en risicoverdeling in veel gebruikte modellen voor de verkoop van onroerend goed, in: *'... maar dit geheel terzijde'* Opstellen aangeboden aan prof. mr J.M. van Dunné, Lelystad: Vermande (1997), p. 77.

122 reedveld-de Voogd (2007) p. 160-161.

123 Anders Breedveld-de Voogd (2007) p. 158 en p. 167.

124 Zie verder ook in nr. 246.

Eerder werd er al op gewezen dat in het algemeen (in Nederland) aan 'bijzonder gebruik' weinig zelfstandige betekenis wordt toegekend en met name een functie heeft als begrenzing van normaal gebruik.[125] Indien men 'normaal gebruik' meer eng interpreteert, vallen bepaalde vormen van gebruik onder 'bijzonder gebruik', met als consequentie dat de verkoper hiervoor slechts verantwoordelijk is voor zover dit is overeengekomen. Door sommige auteurs wordt bijvoorbeeld geschiktheid voor verbouwing onder bijzonder gebruik gebracht.[126]

De model-akte kent de term bijzonder gebruik, zoals gehanteerd in de wet, niet[127], en het gaat in eerste instantie om uitleg van de akte, maar een uitleg van hetgeen met de hand is bijgeschreven in bovengenoemde zin komt mij, uiteraard weer afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zeer redelijk voor. Het criterium 'bij de overeenkomst voorzien' zou men uit kunnen leggen in de zin als verwoord in art. 35 CISG.[128] Met name de laatste toevoeging, op grond waarvan de verkoper niet aansprakelijk is wanneer de koper niet vertrouwde of mocht vertrouwen op de expertise van de verkoper, lijkt toepasselijk op de casus die in het arrest van de Hoge Raad aan de orde was.[129]

Overigens stuit men in deze 'bijzonder gebruik'-constructie wel op het gegeven dat in het vervolg van lid 3 van de NVM-akte een exoneratie is opgenomen, waarin de verkoper zich exonereert voor 'ander gebruik dan normaal gebruik'. Dit illustreert overigens hetgeen eerder werd betoogd bij de bespreking van het 'gangbaar spraakgebruik'-criterium en de betekenis van toevoegingen door partijen aan het model, namelijk dat partijen door (de opbouw van) het model niet snel geneigd zullen zijn, anders dan door het 'normaal gebruik' aan te geven, hieraan invulling te geven. Aardig om in dit verband te vermelden is de opmerking van Pitlo-Croes, waar in de context van bijzonder gebruik wordt gesteld:

> Een expliciete vermelding van die bestemming in de koopakte is bewijsrechtelijk geen overbodige luxe.[130]

De overwegingen van de Hoge Raad onderstrepen deze aanbeveling alleen maar.

246. De garantie

Na de overwegingen over het (aan art. 7:17 huidig BW ontleende begrip) 'normaal gebruik' gaat de Hoge Raad ook in op de vraag onder welke omstandigheden de verkoper 'garanties' heeft afgegeven. Van belang is met name de overweging:

---

125 Zie eerder § 2.3 en § 5.3.

126 Met name Van Rossum gaat van deze opvatting uit, zie *WPNR* 6331-6332 (1998). Zelf ben ik geneigd, afhankelijk van de omstandigheden, de mogelijkheid zonder extra kosten te verbouwen onder het normaal gebruikbegrip te brengen, zie P. Klik, Koop van verontreinigd onroerend goed, *M&R* 2002, p. 73.

127 Zie ook Tjittes (2006b) op p. 95.

128 Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 348 en Schelhaas (2006b) p. 37.

129 Zie in dit verband in de context van het arrest de overwegingen van Tjittes (2006b) op p. 95. Zie ook verder nr. 248.

130 Pitlo-Croes (1995) p. 8.

> Het ligt daarom op de weg van de koper feiten en omstandigheden te stellen en zonodig te bewijzen waaruit volgt dat de verkoper in het gegeven geval de hiervoor bedoelde eigenschappen van de verkochte onroerende zaak wel degelijk heeft willen *garanderen*, of dat de koper daarop in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft mogen vertrouwen, bijvoorbeeld doordat de makelaar die de verkoop heeft begeleid, de verkoper uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat deze diende *in te staan* voor hetgeen achter 'normaal gebruik' in de standaardakte werd opgenomen. (mijn curs., PK)[131]

Zoals uiteen gezet, lag het praktisch belang van garanties voor het kooprecht vroeger met name in de uitweg die de (impliciete) garantie bood voor de voor de koper nadelige verborgen gebreken-regeling. Hoewel met de invoering van de kooptitel van Boek 7 in 1992 de verborgen gebreken-regeling is afgeschaft, lijkt de praktijk maar moeilijk afscheid te kunnen nemen van de garantie. Zo ook in de onderhavige procedure. Náást het beroep dat wordt gedaan op non-conformiteit/de bepalingen van de NVM-akte, wordt in cassatie betoogd dat sprake was van een garantie. Hoewel de Hoge Raad in algemene zin over 'garanderen' spreekt, sluit de desbetreffende overweging naadloos aan bij de overweging over de uitleg van de NVM-akte, waarin de wettelijke term (art. 7:17) 'normaal gebruik' is overgenomen en wordt gevolgd (zie hierover verder hieronder) door een overweging over de betekenis van de bedoelingen van de opstellers van de standaardakte ten aanzien van (de inhoud van) art. 7:17. Ik leid hieruit af dat de Hoge Raad in deze context in feite geen onderscheid maakt tussen enerzijds conformiteit en anderzijds garantie. Terecht, zoals eerder werd betoogd.

De Hoge Raad is, zoals eerder vermeld, van oordeel dat de door partijen specifiek opgenomen tekst dat koper voornemens was het perceel te gebruiken als bouwperceel niet aldus diende te worden uitgelegd dat de verkoper ervoor 'instond' dat sloop en bebouwing mogelijk en geoorloofd zou zijn. Dit oordeel ligt in de lijn van het in nr. 212 besproken arrest uit 1997 met betrekking tot de aankoop van een aangrenzend winkelpand, *Durlinger/Laura Bakens BV*.[132] De Hoge Raad oordeelde dat de enkele omstandigheid dat verkoopster bekend was met de verbouwplannen van de koopster nog niet meebracht dat verkoopster – stilzwijgend – had gegarandeerd dat de zaak voor een verbouwing zonder belemmering (na de koop bleek dat de bodem verontreinigd was als gevolg van een lekkende olietank) geschikt zou zijn.[133] Uiteraard lag de zaak in *De Rooij c.s./Van Olphen* echter anders, aangezien het niet alleen om bekendheid met de plannen gaat, maar de koper deze plannen ook expliciet in de akte vermeld had.

---

131 Zie overigens ook de term 'instaat' in de passage: 'Dit betekent dat het enkele feit dat in een dergelijk beding naast die voorgedrukte tekst door partijen specifiek is opgenomen dat koper voornemens is van de onroerende zaak gebruik te maken als bouwperceel, niet zonder meer en ook niet in beginsel meebrengt dat de overeenkomst aldus dient te worden uitgelegd dat de verkoper ervoor *instaat* dat sloop van de zich op dat perceel ten tijde van de verkoop bevindende bebouwing mogelijk en geoorloofd zal zijn.' (mijn curs., PK)

132 HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 658 m.nt. WMK onder *NJ* 1998, 657, *M&R Jurisprudentie* 1998, nr. 56, p. 152 m.nt. Klik.

133 Van Rossum (2006) op p. 362 verwijst ook naar dit arrest.

Hoe hadden in deze situatie koper en verkoper anders kunnen handelen, met voor de koper een gunstige uitkomst? De Hoge Raad overweegt, zie de eerder weergegeven passage, dat de koper maar moet bewijzen dat hij op een garantie mocht vertrouwen, 'bijvoorbeeld doordat de makelaar die de verkoop heeft begeleid, de verkoper uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat deze diende in te staan voor hetgeen achter 'normaal gebruik' in de standaardakte werd opgenomen.'[134] Dit door de Hoge Raad gegeven voorbeeld lijkt niet erg realistisch, en roept bovendien de nodige bewijsproblemen op. Juist om bewijsproblemen te voorkomen, wil men op de akte af kunnen gaan, en eerder heb ik al aangegeven dat de akte niet uitnodigt tot verduidelijking *door partijen* op dit punt.[135] Tjittes vindt het voorbeeld 'ongenuanceerd', betoogt dat het enkel er op wijzen onvoldoende zou zijn, en adviseert de koper de garantie expliciet overeen te komen. Ten aanzien van de praktische haalbaarheid daarvan wijs ik weer op hetgeen ik eerder betoogde over de mogelijkheid tot toevoegingen.[136]

247. Uniforme uitleg

Gelet op het veelvuldig gebruik van de NVM-akte in de praktijk is een uniforme uitleg van groot belang.[137] Partijen, of beter gezegd hun adviseurs, hebben voor het sluiten van de overeenkomst belang bij een zo helder mogelijk beeld van de betekenis van de in de model-akte opgenomen bepalingen. Wellicht kan men in de opbouw van de overwegingen van het arrest lezen dat de Hoge Raad bereid is te komen tot een uniforme uitleg, zie de passage over 'gangbaar spraakgebruik', waarna vervolgens als een soort tweede stap naar de omstandigheden van het geval wordt gekeken. Een uniforme uitleg als beginpunt van redenering, waar nodig te corrigeren aan de hand van de omstandigheden van het geval. Eerst objectief, en als correctie subjectief? In het vervolg van de overwegingen van de Hoge Raad vindt men inderdaad ook meer op de situatie toegespitste overwegingen. Hoewel het belang van voorspelbaarheid (rechtszekerheid) zeker niet onderschat mag worden, wordt door deze aanpak in de gegeven situatie mijns inziens te weinig recht gedaan aan de koppeling tussen standaardtekst en door partijen in te vullen gegevens.

248. De uitkomst van het arrest

De Hoge Raad gaat in een laatste overweging in op de in het arrest van het hof bereikte uitkomst. De Hoge Raad overweegt als volgt (ov. 3.7):

> Art. 5.3 van de tussen partijen gesloten koopovereenkomst, een standaard NVM-koopakte waarin specifiek slechts zijn bijgeschreven de woorden 'bouwperceel voor twee halfvrijstaande

134 In een latere overweging wijst de Hoge Raad op het belang van de kwalificatie die de verkoper aan een perceel geeft, bijvoorbeeld 'bouwgrond'.

135 Van Rossum (2006) op p. 362 is weinig concreet op dit punt; zij stelt slechts dat de koper zal moeten bedingen dat het kavel als bouwperceel wordt verkocht, zie ook op p. 363. Zie ook Dammingh in zijn *JOR*-annotatie.

136 Zie nr. 244.

137 Zie over 'schaalvergroting' eerder nr. 5. Zie over de behoefte aan uniformiteit ook Wissink (2004) op p. 410; Tjittes (2005) op p. 12, Tjittes (2006b) op p. 92-93; Tjittes (2007) op p. 419. Zie ook Breedveld-de Voogd (2007) p. 161-162, die dit in termen van bewijs(last) weergeeft.

> woonhuizen', is door het hof uitgelegd in de zin dat de verkoper ([verweerder]) niet ervoor instaat dat de koper ([eiser]) vergunning zal krijgen het gekochte huis te slopen en nieuwbouw te doen plaatsvinden op het vrijgekomen perceel. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk gezien hetgeen hiervoor in 3.6 is overwogen, en mede in aanmerking genomen dat [eiser] niet heeft aangevoerd dat [verweerder] met art. 5.3 van de koopovereenkomst een garantie heeft willen afgeven of dat hij, [eiser], daarop heeft vertrouwd. Het hof heeft bij zijn uitleg van art. 5.3 van de tussen partijen gesloten koopovereenkomst terecht in aanmerking genomen dat onder 'normaal gebruik' van een huis niet de sloop daarvan kan worden verstaan.

Opvallend is daarbij de verwijzing naar de feitelijke omstandigheden die het hof in zijn overwegingen had betrokken:

> Het hof heeft daarnaast, kennelijk en begrijpelijk, mede in zijn beoordeling betrokken de door de rechtbank vastgestelde, en in hoger beroep niet bestreden, omstandigheden dat [verweerder] de onroerende zaak niet als bouwperceel aan [eiser] heeft aangeboden en verkocht en dat [eiser], die van beroep makelaar is, zich jegens [verweerder] uitdrukkelijk had verbonden de vereiste voorbereidingen van de beoogde bouwplannen voor zijn rekening te nemen.[138]

Met name gelet op het laatste deel van de overweging kan men, na alle kritiek op de eerdere overwegingen van algemene aard, de uitkomst van deze procedure billijken. Wanneer een partij (makelaar) duidelijk relevante kennis en ervaring bezit, en deze partij zich jegens de wederpartij er uitdrukkelijk toe verbindt bepaalde werkzaamheden voor zijn rekening te zullen nemen, dan verbaast het niet dat een en ander daarmee in zijn risico-sfeer komt te liggen. In dit verband wijs ik ook op hetgeen eerder bij de opmerkingen over 'bijzonder gebruik' is betoogd. De vraag is echter waarom deze feiten en omstandigheden ook niet bij de Hoge Raad doorklinken in de meer algemene overwegingen. Zo blijft men toch met een aantal vragen zitten. Is de kring van het maatschappelijk verkeer waarin deze partijen zich bewegen niet van toepassing? Geldt 'gangbaar spraakgebruik' ook als norm tussen meer professionele handelende partijen?

249. Wet en contract. Betekenis van het arrest voor de uitleg van art. 7:17

In het arrest heeft de Hoge Raad uitleg gegeven aan in een contract overgenomen wettelijke formulering. Wat wordt nu uitgelegd: de wet of het contract? In een commentaar op het arrest is die situatie al bestempeld als een slang die in zijn eigen staart bijt.[139] Of, zoals de Engelsen zouden zeggen, een hond die zijn eigen staart achterna zit. De vraag wordt door de Hoge Raad zelf beantwoord, waar expliciet wordt aangegeven dat de bedoeling van de contracterende partijen van belang is, en *niet* de bedoeling van de opstellers van de standaardakte. De relevante overweging, ook reeds eerder weergegeven, luidt als volgt:

---

138 Van Rossum (2006) op p. 362 noemt deze omstandigheden ook 'doorslaggevend'.
139 Van Wechem en Wissink (2006) op p. 14.

> Het vorenstaande wordt niet anders indien moet worden aangenomen dat de opstellers van de standaardakte met het hiervoor aangehaalde beding *inhoud hebben willen geven aan de term 'normaal gebruik' – en de daaraan verbonden rechtsgevolgen – zoals bedoeld in art. 7:17 lid 2 BW.* (mijn curs., PK)

In de overweging wordt expliciet de in het arrest gegeven uitleg van het contract los gezien van de wettelijke norm van art. 7:17 BW.[140] Een vergelijking zal echter wel snel gemaakt worden, te meer nu de Hoge Raad voor de uitleg van de akte een specifieke uitleg-maatstaf heeft aangereikt, 'gangbaar spraakgebruik', die bij uitleg van de wet niet direct voor de hand ligt.

Hoe moet nu in deze situatie de relatie tussen uitleg van het contract en uitleg van de wet worden gezien? In een visie waarin de kwaliteitsgarantie gezien wordt uitsluitend als gebaseerd op de overeenkomst is deze relatie niet problematisch.[141] In een visie waarin de kwaliteitsgarantie gezien wordt als een *wettelijke* garantie ontstaat hier een probleem. Hoewel men kan volhouden dat de uitleg van de model-akte met daarin overgenomen de wettelijke formulering ten principale uitleg van het contract is en dus geheel los staat van uitleg en betekenis van de wettelijke norm zelf, ontstaan hier toch mogelijk fricties.

Fricties tussen uitleg van het contract met daarin aan de wet ontleende formuleringen en uitleg van de wet zelf kunnen op verschillende manieren worden voorkomen. Partijen kunnen expliciet in een contract opnemen dat aan uitleg van de wettelijke term geen betekenis toekomt. De contractuele regeling kan ook een dermate eigen karakter hebben en zo uitputtend zijn dat daardoor de uitleg van de wet uit beeld verdwijnt. Tot slot kan men ook redeneren dat uit het gegeven dat partijen een eigen regeling getroffen hebben impliciet blijkt dat aan de wet geen betekenis toekomt. Geen van deze constructies lijkt echter van toepassing te zijn op de situatie van de NVM-akte.

Het is uiteraard mogelijk, op goede gronden, de bedoeling van de opstellers van de model-akte te negeren, maar daarmee is het gegeven dat in het model dezelfde formulering wordt gehanteerd als in de wet staat niet weggeredeneerd.[142] Mijns inziens is uiteindelijk echter moeilijk vol te houden dat aan de uitleg van de wettelijke term geen betekenis toekomt,[143] gelet op de fricties die hier ontstaan.[144] Welke frictie ontstaat hier? De Hoge Raad heeft nog niet vaak de gelegenheid

---

140 Zo ook Tjittes (2006a) op p. 231 en Tjittes (2006b) op p. 95-96; Van Rossum (2006) op p. 361-362, Breedveld-de Voogd (2007) op p. 166-167. Aarzelender Van Wechem en Wissink (2006) op p. 15. Men zou de overweging ook zou kunnen lezen dat aan het oordeel van de Hoge Raad over 'normaal gebruik' niet kan worden afgedaan door de – onjuist geachte opvatting – van de opstellers van de akte. Een dergelijke lezing ligt echter niet voor de hand.

141 Zie eerder § 2.2.

142 Breedveld-de Voogd benadrukt in § 5.3.7 de irrelevantie van de bedoeling van de opstellers van de akte, en bespreekt vervolgens in § 5.3.8 de betekenis van art. 7:17 BW voor de uitleg van de NVM-akte.

143 Zie voor oud recht ook in die zin J. van der Puil, *Inkoopvoorwaarden in de praktijk*, Deventer: Kluwer (1986) p. 78, die de koper adviseert gelet op de nadelige verborgen gebreken-regeling 'iedere woordclausule die aan die verborgen gebrekenregeling doet denken in zijn voorwaarden te vermijden, teneinde vooral niet de indruk te wekken dat hij aan art. 1540 BW heeft gedacht toen hij zijn voorwaarden opstelde'.

144 Breedveld-de Voogd zegt treffend: 'Er is geen enkele reden hier een Babylonische spraakverwarring te beginnen.', Breedveld-de Voogd (2007) p. 168.

gehad zich uit te spreken over de uitleg van art. 7:17, en met name het in lid 2 opgenomen 'normaal gebruik'-criterium. In het eerder besproken arrest HR 25 februari 2005 (*Fabels/Meenderink*) (met betrekking tot een in strijd met de bouwvoorschriften verbouwd huis) lijkt sprake van een 'ruime' benadering.[145] De uitspraak is echter nadrukkelijk beperkt tot de situatie waarin sprake is van strijd met geldende voorschriften.[146] Op basis van de weinige jurisprudentie kan men voorzichtig de conclusie trekken dat de Hoge Raad bij een uitleg van het wetsartikel zelf bereid is 'ruimer' te oordelen dan op basis van dezelfde wettekst, wanneer opgenomen in een contract.[147] Dit lijkt niet echt de bedoeling van de opstellers van de NVM-akte, maar ook niet de bedoeling van partijen. Waarom zou een koper, die gebruik maakt van een standaard-akte, slechter af moeten zijn dan wanneer er niets geregeld wordt en dus de wet zelf bepalend is?[148]

De tegenstelling komt overigens ook weer naar voren in een recent art. 81 RO-arrest, HR 12 oktober 2007.[149] Inzet van de procedure zijn gebreken aan het dak van een 72 jaar oud woonhuis; de vordering van de koper tot schadevergoeding werd in lagere instanties afgewezen. Partijen hadden bij de koop de NVM-akte gebruikt. In de conclusie van het OM, A-G Huydecoper, wordt er op gewezen dat het hof zijn beslissing geheel of in overwegende mate gebaseerd heeft op uitleg van de overeenkomst, met als gevolg dat de klachten van het cassatiemiddel voor zover die op miskenning van de strekking van art. 7:17 BW berusten buiten beschouwing worden gelaten.[150]

250. Conclusie uit het voorgaande/Samenvatting

Voor de uitleg van overeenkomsten introduceert het arrest, aansluitend bij en in het verlengde van 'taalkundige betekenis die bewoordingen, gelezen in de context van het geschrift als geheel, in desbetreffende kring van het maatschappelijk verkeer, normaal hebben', het criterium 'naar gangbaar spraakgebruik'.

Naar deze 'gangbaar spraakgebruik'-maatstaf valt onder 'normaal gebruik' in art. 5.4 van de NVM-akte *niet* sloop gevolgd door gebruik als bouwgrond. Indien de koper op het punt van geschiktheid voor sloop en herbouw een 'garantie' wil, zal de koper dit meer expliciet moeten aangeven en niet kunnen volstaan met dit aan te geven als voorgenomen gebruik. Meer algemeen lijkt het dat 'normaal gebruik' in de NVM-akte niet ruim wordt uitgelegd, zodat het aan de koper is meer expliciete toezeggingen (garanties) te vragen.

---

145 HR 25 februari 2005 (*Fabels/Meenderink*), *LJN* AR 5383, *NTBR* 2005, p. 281 m.nt. Ebbinga, *JOR* 2005, 168.

146 Zie uitvoeriger § 7.3, waar ook het arrest HR 8 juli 2005, *NJ* 2006, 22 (*Kousedghi/Westminster Rental*) aan de orde komt.

147 Zo ook Tjittes (2006a) op p. 231 r.k.; Van Rossum (2006) op p. 362 en Tjittes (2006b) op p. 96.

148 Zie ook de conclusie van het OM, A-G Keus (nr. 2.6): 'Naar mijn mening ligt het voor de hand het begrip 'normaal gebruik', zoals gehanteerd in art. 5.3 van de NVM-koopakte, niet in andere zin te verstaan dan het overeenkomstige (en objectiverende) begrip van art. 7:17 BW.'

149 HR 12 oktober 2007, *LJN* BA7630.

150 In casu staat overigens de geschiktheid voor normaal gebruik niet echt ter discussie, maar gaat het om het 'kenbaar zijn' van de gebreken. In de conclusie wordt uitvoerig stilgestaan bij de rol van deskundigen (beide partijen hadden een makelaar ingeschakeld) en de risico-verdeling voor gebreken die bij een zorgvuldig onderzoek aan het licht konden komen. De A-G kan instemmen, onder verwijzing naar de passage in art. 5.3 van de NVM-akte 'Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor normaal gebruik nodig zijn ... en die aan koper kenbaar zijn ...', met een risico-verdeling waarbij het risico bij de koper wordt gelegd.

Volgens de Hoge Raad staat bij de uitleg de bedoeling van de partijen centraal, en niet de bedoeling van de opstellers van de akte. Hieruit zou volgen dat de in het arrest gegeven uitleg ook los staat van hetgeen ten aanzien van de uitleg van de term 'normaal gebruik' in de wet, art. 7:17, geldt. Mijns inziens is uiteindelijk echter moeilijk vol te houden dat aan de uitleg van de wettelijke term geen betekenis toekomt, gelet op de fricties die hier ontstaan.

7.6 Conformiteit en (kwaliteits)garantie. Ruime uitleg. Risico-verdeling

251. Garantie en art. 7:17 BW

Mijns inziens is er *naast* de conformiteitseis voor 'kwaliteitsgaranties' niet veel plaats.[151] Hammerstein stipt de verhouding tussen conformiteit en garantie aan in de inleiding en conclusie van zijn eerder aangehaalde bijdrage over garanties en stelt kort:

> Naarmate immers eerder wordt aangenomen dat een prestatie niet aan de overeenkomst beantwoordt zodra een essentiële eigenschap ontbreekt, zal aan het begrip garantie minder behoefte bestaan.[152]

In § 2.4 heb ik al aangestipt dat ik een ruime uitleg van 'conformiteit' voorsta. De norm dat de koper mag verwachten 'dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen' is stellig. De norm heeft in zijn formulering een dwingend karakter, dat voor consumenten concreet is gemaakt in het voorschrift van art. 7:6, op grond waarvan de norm voor de consument dwingend recht is. Garanties hadden onder het oude recht met name ook de functie van verweer tegen de toepassing van de verborgen gebreken-regeling.[153] Naar huidig BW zal het conformiteitsvereiste verder uitgewerkt moeten worden. In veel situaties waar voorheen met een impliciete garantie gewerkt werd, zal het conformiteitsvereiste uitkomst brengen: 'de koper mocht redelijkerwijs verwachten dat ...'.[154] Garantie en conformiteit kunnen dan samenvallen.

---

151 Zie ook impliciet J.M. van Dunné, Garanties in de bouw, *BR* 1985, p. 713 op p. 714 noot 3. Anders C.A. Kraan, Koopovereenkomst en bodemverontreiniging, *WPNR* 6262-6263 (1997) p. 201: 'Deze contractuele aansprakelijkheid kan worden *versterkt* doordat de verkoper uitdrukkelijk of stilzwijgend garandeert dat het verkochte niet verontreinigd is.'

152 A. Hammerstein, Garanties zijn geen garanties, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1997) op p. 397.

153 Zie ook G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992) p. 125-126: 'Het hanteren van het begrip 'garantie' in de literatuur heeft in dit verband zin tegen de achtergrond van de verouderde speciale koopregeling in het BW. De verplichtingen van de verkoper zijn daarin eng omschreven. Het meerdere waartoe de verkoper niettemin gehouden is, kan, afgezet tegen die wettekst, worden gezien als een extra 'garantie'. Door de regel van art. 7:17 die ook vóór 1 januari 1992 als geldend recht kon worden beschouwd, is de zin van het onderscheid vervallen en kan men spreken van de prestatieplicht van de verkoper.'

154 Asser-Hijma 5-I (2007) nr. 339 merkt op: 'Nu het gememoreerde voordeel [ontkomen aan werking verborgen gebreken-regeling, PK] inmiddels is verdwenen en art. 7:17 een algemene wettelijke conformiteitsgarantie →

Partijen kunnen door het opnemen van garanties wèl discussies over de reikwijdte van het conformiteitsbegrip vermijden. De verkoper kan bijvoorbeeld garanderen dat de grond gif-vrij is en de koper vrijwaren voor alle eventuele schade. 'Garanties', door de verkoper gegeven, kunnen de bewijspositie van de koper vergemakkelijken en zij kunnen in die zin nog een rol spelen in de rechtspraak. Als aanvulling op de *wettelijke* norm van 'geschiktheid voor normaal gebruik' hebben garanties echter niets te bieden, en het nadeel van het blijven gebruiken van 'garanties' lijkt een belemmering voor de ontwikkeling van het conformiteitsbegrip.[155] De rechtspraak kan zonder onnodig zijn toevlucht te nemen tot de constructie van de (impliciete) garantie het conformiteitsvereiste toepassen.[156]

252. Ruime uitleg. Meningen over conformiteit bij bodemverontreiniging

Het criterium 'normaal gebruik' is ontleend aan regelingen voor roerende zaken en niet toegespitst op onroerende zaken. De vraag in hoeverre de koper mag verwachten dat de grond schoon is, is onderwerp van discussie. In dit verband wordt wel gesproken van een ruime uitleg van conformiteit (uitgangspunt is schone grond, dat wil zeggen multifunctioneel bruikbaar, waardoor bij doorverkoop geen verlies ontstaat) en een meer enge uitleg.[157] De jurisprudentie biedt echter op dit punt niet steeds duidelijkheid.

In het vervolg deze paragraaf wordt uitleg van conformiteit nader uitgewerkt, waarbij een 'ruime' uitleg geplaatst wordt in het kader van opvattingen in de literatuur en jurisprudentie. De problematiek wordt toegespitst op bodemverontreiniging. Bij de beoordeling van de in de literatuur ingenomen standpunten dient rekening te worden gehouden met de periode waarin de opvattingen uitgesproken zijn. Van belang is bijvoorbeeld of vanuit oud BW of huidig BW geredeneerd werd.

253. Opvattingen in de literatuur

Hoewel wellicht tussen de verschillende auteurs nuances zijn te onderkennen, kan in algemene zin worden gesteld dat vóór 1991-1992 in de literatuur de rechten van de koper als beperkt worden gezien. De bestemming door de koper speelt een duidelijke rol. Een beperking van de rechten van de koper vindt men met name bij Castermans, Davids en ook Van Rossum. Anders echter Kleijn, die als een van de eersten over de problematiek publiceerde. Aan de normen van de overheid wordt wel belang gehecht, maar de relatie tussen aansprakelijkheid en overheidsnormering wordt niet echt uitgewerkt.

---

biedt, is mijns inziens niet te verwachten dat de figuur der stilzwijgend afgesproken garantie nog veelvuldig zal worden aangetroffen.' zie eerder J. Hijma, Steendijkpolder-arresten. Annotatie bij de Maassluis-zaken, *AA* 1993, p. 644 op p. 650. Jongeneel spreekt ook een voorkeur uit voor aansluiting bij het conformiteitsvereiste, zie R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (3e dr.; 1993) p. 45, zie ook R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (4e dr.; 1997) p. 47.

155 Zowel uit oogpunt van consumentenbescherming als uit oogpunt van internationale rechtsontwikkeling.

156 Vergelijk ook Jongeneel (1993), p. 45 en (1997) p. 47 en Asser-Hijma 5-I (2007), nr. 339.

157 Zie in dit verband E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer (3e dr.; 2003) en rechtspraak.

In zijn preadvies *Bescherming van kopers van woningen* is Kleijn in 1985 als een van de eersten ingegaan op de problematiek van contractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging.[158] Kleijn stelt dat naar oud en nieuw BW de koper 'schone grond' mag verwachten, tenzij de verkoper zich heeft geëxonereerd.[159] Kleijn merkt op dat de koper er beter aan doet een garantie van de verkoper te vragen dat er geen gif in de grond zit, hieraan overigens toevoegend dat er veel voor te zeggen is om aan te nemen dat het 'gifvrij' zijn van de grond zo essentieel is, dat de verkoper daarvoor ook zonder garantie dient in te staan, zeker als het een min of meer gevaarlijk gif is.[160] Uit andere publicaties valt ook te concluderen dat Kleijn vindt dat als uitgangspunt geldt dat de koper bij het sluiten van de koop recht heeft om schone grond te krijgen.[161]

Vervolgens wordt meer een relatie gelegd met het publiekrechtelijke aspect. Zie bijvoorbeeld De Boer in de bundel *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade* (1989), die een gebrek aanwezig acht wanneer de bodem verontreinigd is en zulks 'bijvoorbeeld' in verband met van overheidswege te nemen maatregelen een blijvende of tijdelijke onmogelijkheid of belemmering van het gebruik met zich brengt of een depriciërende invloed heeft op de waarde.[162] Zowel Bomhof in zijn bespreking van de civielrechtelijke middelen om tegen bodemvervuiling op te treden (1988) als De Jong in haar artikel over gemeentelijke gronduitgifte en bodemverontreiniging benaderen de aansprakelijkheid van de verkoper vanuit een 'publiekrechtelijke' invalshoek in de zin dat zij aansprakelijkheid lijken aan te nemen wanneer op grond van de IBS en de Leidraad saneringsmaatregelen noodzakelijk zijn; beiden lijken echter zowel uitzonderingen op deze regel en verdergaande aansprakelijkheid niet uit te sluiten.[163]

Castermans lijkt in zijn artikel *Een (algemene) voorwaarde over bodemvervuiling* (1991) van een beperkte aansprakelijkheid uit te gaan, waar hij onder meer stelt dat duidelijk moet zijn in hoeverre de (publiekrechtelijke) normen op het

158 Zie W.M. Kleijn in: W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, Preadviezen voor de gecombineerde vergadering jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985, Deventer: Kluwer (1985).

159 Kleijn (1985) p. 102.

160 Kleijn (1985) p. 94. Zie ook p. 93-94, die door Castermans geheel anders gelezen worden, zie A.G. Castermans, Over de mededelingsplicht ter zake van bodemverontreiniging, in: F.C.M.A. Michiels (red.), *Zand erover? Milieurecht in de advocatenpraktijk* Jonge Balie congres 1989, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1989), p. 59 op p. 66.

161 In zijn advies voor de VNG in 1987 gaat Kleijn er vanuit dat een koper normaliter 'schone' grond mag verwachten. Zie bijvoorbeeld Kleijn (1987) p. 10. In de inleiding bij het congres over *Harmonisatie van gronduitgiftevoorwaarden* (1989) stelt Kleijn dat bij nagenoeg elke verkoop van grond het van algemene bekendheid is dat de koper 'er thans maatschappelijk gezien op mag rekenen, dat hij geen verontreinigde grond koopt (zie art. 7.1.2.7 NBW); dit is alleen anders als de koper uitdrukkelijk en welbewust risico aanvaardt, in welk geval dit wel in de koopsom tot uitdrukking zal komen, mede gezien de grote financiële risico's die grondvervuiling medebrengt.' W.M. Kleijn, Inleiding tot Harmonisatie van gronduitgiftevoorwaarden, *BR* 1989, p. 4.

162 L. de Boer (1989) p. 175. De Boer stelt ook dat koper er in het algemeen op mag vertrouwen dat het verkochte geschikt zal zijn tot het beoogd gebruik (wonen, bedrijfshuisvesting) en dat daaraan geen gevaren kleven voor de gezondheid van hemzelf, gezinsleden of medewerkers e.a., noch belemmeringen in het gebruik daaruit zullen voortvloeien.

163 Zie L. Bomhof, De tekortkomingen bij het optreden tegen bodemvervuiling (slot). Een schets van de beperkte juridische mogelijkheden in ons recht, *Gst.* 6847 (1988) p. 4 op p. 7 en J. de Jong, Gemeentelijke gronduitgifte en bodemverontreiniging, *Gst.* 6879 (1989) p. 237 op p. 241.

gebied van milieuverontreiniging 'relevant zijn voor wat de koper met het gekochte van plan is.'[164] Castermans acht het aanvaardbaar dat na voldoende onderzoek het restrisico bij de koper ligt: 'zo wordt er zekerheid geschapen op een punt dat anders door steekproefsgewijze onderzoekstechnieken en de voortschrijdende stand van wetenschap en techniek tot in lengte van dagen voor onzekerheid zou kunnen zorgen.'[165]

Davids meent dat bij de vraag wie de kosten van aan de koop voorafgaand onderzoek moet dragen 'uitgangspunt mag zijn dat de verkoper de grond oplevert die voldoet aan de eisen van de bestemming', en verder het uitgangspunt dat de verkoper altijd schone grond moet leveren in zijn algemeenheid onjuist noemt.[166]

Van Rossum stelt in haar dissertatie *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed* (1991) dat voor het instellen van een actie vereist is dat de koper kan aantonen dat de grond niet geschikt is voor het *beoogde* gebruik.[167] Zij wil, omdat bij een garantieverplichting de verkoper zich nooit op overmacht of onwetendheid kan beroepen, niet te snel een garantieverplichting tot levering van schone grond aannemen.[168] Zij gaat echter wel uit van het beginsel dat het risico voor de verontreiniging op de verkoper rust 'omdat naar verkeersopvattingen de verkoper schone grond moet leveren.'[169]

Opgemerkt moet worden dat in deze periode de beschouwingen nog niet echt toegespitst zijn op het NBW (inclusief 'normaal gebruik'-criterium), en dat de *Maassluis*-arresten nog niet zijn gewezen.

---

164 Zie A.G. Castermans, Een (algemene) voorwaarde over bodemvervuiling, *M&R* 1991, p. 322 op p. 323. Castermans bespreekt slechts de relatie tusen particuliere koper en particuliere verkoper. Hij bepleit een betere omschrijving van 'verontreiniging', zodat kan worden vastgesteld of sprake is van een tekortkoming. Vergelijk Kleijn en Castermans, die stellen dat de verkoper rekening moet houden met het normaal gebruik van de zaak en met wat hij weet of moet weten over het bijzondere gebruik dat de koper voor ogen staat (woningbouw, recreatie, industrie of landbouw), en dat de koper daarentegen alleen een bepaalde mate van gifvrijheid mag verwachten, als er bij hem hierover geen twijfel behoeft te bestaan. Zij geven niet echt aan wat zij nog onder 'normaal gebruik' zouden willen verstaan en wat in hun visie 'bijzonder' gebruik is. W.M. Kleijn en A.G. Castermans, De positie van de verkrijger van vervuilde grond, *M&R* 1990, p. 520 op p. 523.

165 Castermans (1991) p. 324. Vergelijk Gerritzen-Rode in de oorspronkelijke bewerking van *Praktijkboek Milieu*: 'In het licht van het vorenstaande is van belang dat de verkoper op de hoogte is van de bestemming die de koper aan de grond wil geven, of anders gezegd met welk doel de grond wordt aangekocht. Afhankelijk van de bestemming zullen aan de grond bepaalde kwaliteitseisen worden gesteld. Zo kan men zich voorstellen dat bijvoorbeeld aan gronden die bestemd zijn voor volkstuinen hogere kwaliteitseisen worden gesteld dan aan gronden die worden aangekocht ten behoeve van de inrichting van een vuilnisstortplaats.' Zie met dezelfde strekking F.W. Grosheide/M.M. van Rossum in *Handboek Milieuaansprakelijkheid* op p. B 1300-3/5, in relatie tot modelcontracten B 1300-26 e.v.

166 W.J.M. Davids, Bodemgeschillen. Enkele opmerkingen over contractuele aansprakelijkheden bij gebleken bodemverontreiniging, in: *Met grond verbonden* (Opstellen aangeboden aan J.P. Wijn en J.J. Stael), Deventer: Kluwer (1991) p. 67 op p. 71.

167 M.M. van Rossum (1991) p. 101.

168 Naar haar mening kan in het kader van een 'wezenlijke' bodemverontreiniging een impliciete garantie aangenomen worden wanneer het gaat om een professionele verkoper tegenover een leek-koper, met name wanneer er een bouwplicht is opgelegd, echter niet wanneer het twee gelijkwaardige partijen betreft. Zie p. 102, zie ook p. 109-110.

169 Zie p. 102, zie ook p. 104 en p. 104-105 met weergave van jurisprudentie, zie ook p. 109-110. Zie ook Van Rossum (1998) p. 667 over olietanks.

254. De Maassluis-arresten. Ruime uitleg van conformiteit

De *Maassluis*-zaken zijn indirect van invloed in die zin dat de aandacht weliswaar uitgaat naar de rol van (impliciete) garanties, maar toch zeer duidelijk sprake is van 'kopers-vriendelijke' arresten.[170] Na invoering van het NBW gaat de aandacht meer uit naar de norm van art. 7:17 BW, een norm die naar mijn mening de koper een zekere bescherming biedt.

Begin 1994 stelde ik in mijn noot bij de *Maassluis*-arresten de conformiteitsnorm inclusief 'normaal gebruik' centraal.[171] Mede in reactie op enkele van de reeds bovengenoemde auteurs schreef ik het volgende dat indien een koper een zaak zelf niet (meer) gebruikt, de zaak doorverkocht moet kunnen worden en dat beperkingen in de gebruiksmogelijkheden de verhandelbaarheid beperken. Onder erkenning van het feit dat bij onroerend goed mede gelet op de publiekrechtelijke ruimtelijke ordening in beperkte zin over 'vrije' verhandelbaarheid kan worden gesproken wees ik er op dat onroerend goed in de loop der tijd van bestemming kan wisselen. 'De koper die nu grond koopt voor een opslagplaats kan over 20 jaar plaats maken voor een kleuterschool.' Daarbij noemde ik 'multifunctionaliteit' met het oog op de vrije verhandelbaarheid een reële norm.[172] Ik wees er daarbij op dat, aangezien de conformiteitseis ten aanzien van onroerend goed niet dwingend is, multifunctionaliteit als uitgangspunt het voordeel heeft dat partijen gedwongen worden alle mogelijkheden te doordenken en contractueel te regelen.

Deze opvatting is vervolgens bestreden. Tjittes, mijn betoog wel zeer zwaar aanzettend ('De opvatting van Klik dat de koper een *absoluut* vrije verhandelbaarheid van de zaak mag verwachten, zodat *per definitie* de zaak volledig gifvrij dient te zijn', curs. toegevoegd, PK) betoogt in zijn dissertatie dat volledige gifvrijheid niet per definitie een eigenschap is die de koper op grond van de overeenkomst mag verwachten en dat vrije verhandelbaarheid van een onroerende zaak niet als 'normaal gebruik' kan gelden.[173] Tjittes wil dit vooral laten afhangen

170 Zie voor een uitvoerige behandeling van deze arresten § 6.6.

171 In de andere annotaties is er weinig aandacht voor de norm van art. 7:17. Hijma (1993) p. 650 noemt art. 7:17 kort in relatie tot de problematiek van verborgen gebreken/garanties, maar gaat inhoudelijk niet in op de conformiteitseis.

172 p. 58, onder verwijzing naar Asser-Schut V-I (1981), p. 184-185.

173 Zie R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss. Groningen) Deventer: Kluwer (1994) p. 174. Tjittes miskent dat ik verdedigde dat in het kader van koop van onroerend goed voor 'normaal gebruik' het criterium van verhandelbaarheid van belang is, en dat de in wetgeving gestelde eis van multifunctionaliteit als *uitgangspunt* kan gelden. Zie mijn noot in *M&R Jurisprudentie* 1994, op p. 58, en tevens *TMA* 1995, p. 73 op p. 75 noot 22 en mijn annotatie bij Hof Amsterdam 17 november 1994, *TMA* 1996, p. 31. Zie in dit verband ook naar aanleiding van dezelfde zaak T.W.M. Bot, annotatie bij Hof Amsterdam 17 november 1994, in: P. Aland (red.), *Jurisprudentie Milieurecht 1996*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink (1997) p. 1. Zie ook de noot in de losbladige *Wet Bodembescherming*, Band 5 Burgerlijk Wetboek (D-6-44) bij Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 1992 (*Van der Sprong/Ringers*) waarin wordt gesproken over het 'omarmen' van het beginsel van de multifunctionaliteit van de bodem. Zie voor een nuancering mijn noot bij *Gemeente Venlo/Colin Recycling en Beheer BV* (Rb. Roermond 18 december 1997, *TMA* 1998, p. 124 m.nt. Klik. Zie ook K.F.M. Berger, Verhouding tussen verkoper en koper van registergoederen in het licht van bodemverontreiniging (bijdrage studiedag bodemverontreiniging en onroerend goed), *BR* 1994, p. 35 op p. 38: 'Voor wie het risico van verontreiniging behoort te komen hangt, als er niets is afgesproken, af van de omstandigheden.'; F.J.M. de Kousemaeker, *Praktijkaspecten vastgoed. Leidraad voor studie en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink (4e dr.; 1994) p. 50: 'Dit schept dus *in principe* (jurisprudentie is er nog niet!) de mogelijkheid van verhaal door de koper op de verkoper. Evenzo kan dit gelden voor een ernstige vorm van bodemverontreiniging (waarvan verkoper op de hoogte was of kon zijn); H.J. Bremmers, *Milieuschade en financieel verslag*, (diss. Rotterdam) Deventer: Kluwer (1995), § 3.3.1.

van hetgeen de koper over verhandelbaarheid aan de verkoper heeft meegedeeld.[174] Hij stelt wel dat het risico van verontreinigde grond 'als regel' voor de *ver*koper is. Op het punt van de risicoverdeling is er dus eensgezindheid, het punt van discussie lijkt te liggen in de reikwijdte van de verplichting van de verkoper.[175]

In navolging van Van Acht en Bauw in de studiepocket *Milieuprivaatrecht* (1996) kan worden gesproken van een ruime en een enge uitleg. Bij een engere uitleg wordt meer aansluiting gezocht bij de huidige gebruiksfunctie en bestemming, en het door koper direct beoogde gebruik, terwijl bij een ruime uitleg ruime gebruiksmogelijkheden ('multifunctionaliteit') en de langere termijn ('verhandelbaarheid') een rol spelen.

255. Multifunctionaliteit of huidig gebruik

De eis van multifunctionaliteit heeft in de literatuur verder weinig bijval ontvangen.

Van Acht en Bauw gaan wel ook uit van het beginsel dat als er sprake is van 'ernstige verontreiniging' als bedoeld in de Wbb en er dus sprake is van een saneringsnoodzaak, een stuk grond wel nooit 'normaal' zal zijn te gebruiken.[176] Beneden die grens willen zij onderscheid maken al naar gelang de aard van het onroerend goed en de door koper beoogde gebruiksfunctie, voor zover daaromtrent bij de verkoper weinig twijfel mogelijk is.[177] Ten aanzien van de rol van multifunctionaliteit en vrije verhandelbaarheid achten zij beperking hiervan gerechtvaardigd als 'voor de verkoper duidelijk was dat de koper of zijn eventuele rechtsopvolgers de grond niet voor verontreinigingsgevoeligere doeleinden zouden (kunnen) gaan gebruiken dan op basis van de actuele gebruiksfunctie en bestemming tot dan toe plaats vond.'[178] Waar deze auteurs hun toevlucht zoeken tot het 'bijzonder gebruik' verkleinen zij het 'normaal gebruik'-begrip en daarmee aan de koop inherente gedachte van 'instaan voor'.[179]

---

174 Tjittes (1994b) p. 174-175. Van Rossum wil de spreekplicht van de verkoper zwaarder laten wegen, zie M.M. van Rossum, Enkele aspecten ter zake van de verkoop van (verontreinigde) grond, *BR* 1995, p. 107 op p. 108.

175 Zie mijn eerder genoemde annotatie ('Het risico van verontreiniging ligt dus in het algemeen bij de verkoper.') en Tjittes op p. 175, met verwijzing naar de dissertatie van Van Rossum p. 104-105 en daar aangehaalde literatuur en mijn annotatie, M&R Jurisprudentie 1994, p. 59. Tjittes lijkt later ook geen tegenstander van een wat ruimere uitleg, waar hij spreekt over een objectiverende lading van 'normaal gebruik' in art. 7:17 lid 2, Tjittes (2006b) op p. 96.

176 R.J.J. van Acht en E. Bauw, *Milieuprivaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e dr.; 1996) p. 182. Van Acht en Bauw (1996) p. 182-183 lijken 'normaal *gebruik*' te letterlijk te lezen, vergelijk ook R.J.J. van Acht, E. Bauw, J.H. Jans, N.S.J. Koeman, *Milieuprivaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992) p. 114.

177 p. 183. Zie ook in deze zin R.J.J. van Acht e.a. (1992) p. 114.

178 p. 184. In dit verband wijzen zij op de onderzoeksplicht van de koper: wanneer gekocht wordt voor een 'verontreinigingsgevoelig' gebruik waarvan de verkoper geen weet kon hebben, dan prevaleert de onderzoeksplicht. Bij deze visie is ten eerste niet geheel duidelijk hoe de relatie met (latente) saneringsverplichtingen gelegd wordt en wordt ten tweede de onderzoeksplicht van de koper wel erg sterk benadrukt, zelfs zover dat de regel 'spreekplicht prevaleert boven onderzoeksplicht' door deze auteurs opzij gezet wordt, zij het dat men dit voorzichtigheidshalve nog beperkt tot 'evidente gevallen'. Van Acht en Bauw verwijzen naar Asser-Hijma V-I (1994) nr. 342, waarin wordt betoogd dat de verkoper bij non-conformiteit eerder een beroep zal kunnen doen op het verzaken van de onderzoeksplicht van de koper dan bij dwaling.

179 Zie ook § 5.3 over de relatie tussen normaal gebruik en bijzonder gebruik. Zie ook Van Acht en Bauw (1996) p. 192-193, waar zij van mening zijn dat naar huidig recht de schadevergoedingsplicht 'uitdrukkelijk niet op een garantie is gebaseerd' en dat men niet tot een 'geforceerde aanname van een soort algemene garantieverbintenis' mag komen. Interessant is de verwijzing naar de verborgen gebreken-regeling, waar, zoals zij ook erkennen, de verkoper voor de afwezigheid van gebreken moest instaan.

Bot bepleit aan te sluiten bij het 'huidige' gebruik in het geval partijen geen nadere afspraken hebben gemaakt. Expliciet verwerpt hij multifunctionaliteit en het criterium van de verhandelbaarheid als uitgangspunt. 'Dit zou betekenen dat een industrieterrein niet voldoet aan normaal gebruik indien de directeur besluit een moestuin te beginnen. Immers het uitgangspunt is multifunctionaliteit!' Naar de mening van Bot kan voor het bijzondere gebruik dan aangesloten worden bij het 'beoogde' gebruik van de koper.[180]

Zie echter Simons-Vinckx, die meent dat de eigenaar in ieder geval mag verwachten bij *ongewijzigd* gebruik niet geconfronteerd te zullen worden met kosten ten gevolge van bodemverontreiniging.[181] De eis van 'multifunctionaliteit' wordt echter door haar afgewezen.[182] Zij legt verder de nadruk op de geschiktheid voor beoogd gebruik.[183] In de koerswijziging van de overheid ten aanzien van sanering (slechts vereist voor zover nodig in verband met beoogd gebruik) ziet zij een bevestiging dat de koper slechts geschiktheid voor beoogd gebruik kan verwachten.[184] Kritisch ten aanzien van multifunctionaliteit is later ook Van Dunné in het kader van de bespreking van het *Woonboerderij*-arrest.[185]

256. Geschiktheid voor bebouwing of (ver)bouw

Een meer specifieke vraag, los van het beginsel van multifunctionaliteit zoals afkomstig uit de problematiek van bodemverontreiniging en bodemgebruik, is of geschiktheid voor bebouwing of (ver)bouw onder 'normaal gebruik' valt. Deze vraag is in de literatuur ook ter sprake gekomen, in annotaties bij de procedure in lagere instantie inzake de woonboerderij. In mijn annotatie bij een arrest van het hof inzake de woonboerderij heb ik in dit verband ook een ruime toepassing bepleit.[186] Zie in dit verband ook de annotatie van Mölenberg, die uitgaat van de plicht van de verkoper in te staan voor geschiktheid voor normaal gebruik en als hoofdregel aanneemt dat de verkoper 'dient in te staan voor deugdelijkheid, voor een schone bodem.'[187] Mölenberg neigt er naar de vraag of een koper van onroerend goed in het algemeen mag verwachten dat hij het gekochte (binnen de regels

180 Zie Bot (1997a).

181 Simons-Vinckx, *Bodem* 1996 op p. 123.

182 p. 124. 'Persoonlijk ben ik van mening dat door het onder alle omstandigheden hanteren van het multifunctionaliteitsvereiste de verhandelbaarheid eerder beperkt dan bevorderd wordt.'

183 Haar bezwaren richten zich met name op (door de overheid) gestelde eisen die verder gaan dan op dat moment nodig is voor beoogd gebruik, zie ook haar bezwaren tegen het parallel lopen van Wbb en de eisen die in het kader van de bouwvergunning worden gesteld, zie Simons-Vinckx (1996b) p. 124.

184 'Zeker na deze notitie [bedoeld wordt de kabinetsnotitie dd. 16 juni 1997, PK] lijkt het mij niet meer reëel om onder alle omstandigheden de eis te stellen dat de bodem geen enkele verontreiniging bevat. Wanneer de koper dát wenst zal hij die eis uitdrukkelijk moeten stellen, in welk geval de verkoper kan aangeven of hij daaraan wel of niet kan of wil voldoen.' Simons-Vinckx (1997). In haar beschouwingen gaat zij uit van redelijk handelende partijen, die elkaar volledig informeren en van een situatie waarin alle verontreiniging bij het aangaan van de overeenkomst bekend is, zie p. 134.

185 Zie ook onder meer J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 8 op p. 498.

186 Hof Amsterdam 17 november 1994, TMA 1996, p. 32. Zie p. 34: 'Mijns inziens ligt additionele bebouwing zozeer voor de hand dat hier van 'normaal gebruik' gesproken zou moeten worden.' Zie ook Klik (1997c) op p. 81.

187 Rb. Utrecht 27 maart 1996, TMA 1997, p. 25. Mölenberg acht wel het specifieke gebruik in het verleden van een aan te kopen onroerend goed van belang voor de onderzoeksplicht van de koper.

van het vigerende bestemmingsplan) kan verbouwen in beginsel positief te beantwoorden, waarbij hij meent dat een verbouwing voor de hand ligt en tot het normale patroon, ook bij een woonboerderij, behoort.[188] Mölenberg merkt daarbij terecht op dat de discussie in de zaak van de woonboerderij over het houden van vee als 'bijzonder gebruik' een onnodig rookgordijn opwerpt: ook in het kader van de woonfunctie moet bij verbouwing een bouwvergunning worden aangevraagd. Hij stelt vervolgens de interessante vraag of de rechtbank ook zo geoordeeld had wanneer een verbouwing van het woongedeelte aan de orde was geweest. Zie ook kritisch Kraan, die opmerkt dat bodemverontreiniging een gebrek is onafhankelijk van de bouwplannen en hieraan toevoegt:

> Dat zou alleen anders zijn als sanering van de grond op zichzelf niet nodig is en pas noodzakelijk wordt als de koper met het gekochte iets bijzonders wil gaan doen. De bodemverontreiniging zou dan op zichzelf geen waardedrukkend effect hebben. Maar ik betwijfel of dat wel eens het geval is.[189]

In zijn annotatie bij het vonnis van de rechtbank gaat Bot ervan uit dat 'bijzonder gebruik' was overeengekomen; zelf heb ik benadrukt dat dit 'gebruik' was overeengekomen zonder mij uit te laten of dit gebruik 'bijzonder' was.[190] Het verschil is technisch: Bot's visie leidt uitdrukkelijk naar art. 7:17 lid 2, terwijl in mijn benadering lid 1 meer naar voren komt, waarbij ook ruimte gelaten wordt om 'verbouwing' in het algemeen onder 'normaal gebruik' te brengen.[191]

257. 'Verhandelbaarheid'

Het is de vraag of de aan de handelskoop ontleende norm van 'verhandelbaarheid' in algemene zin van toepassing verklaard mag worden op onroerend goed-transacties. Argumenten pro en contra deze opvatting heb ik in het verleden kort opgesomd als volgt .[192]

Argumenten contra zijn:

- onroerend goed heeft in Nederland – mede het door publiekrecht – veelal een concrete bestemming en is slechts bestemd voor die concrete bestemming;
- de eis van verhandelbaarheid hoort thuis op het terrein van de handelskoop,[193] en niet van de (ver)koop van onroerend goed;
- de eis van verhandelbaarheid heeft alleen zin bij verkoop door en/of aan een 'professional'.

---

188 Zie p. 30. Zie verder nog de annotatie bij *Woonboerderij II* van Von Meijenfeldt, die het ook logisch acht om bij conformiteit aansluiting te zoeken bij het multifunctionaliteits-beginsel. *Wbb* (losbl.) BW nr. 23 (*Woonboerderij II*), zie eerder ook zijn noot bij *Woonboerderij I* (BW nr. 6). Zie anders Van Rossum (1998) p. 666, die dit als bijzonder gebruik ziet. Vergelijk ook Van Dunné (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 3 nr. 8, p. 504-505 die bouwen of herbouwen 'vrij normaal' vindt maar hieraan andere conclusies verbindt.

189 Kraan (1997) p. 217.

190 Bot (1997a).

191 Zie met name HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 658 m.nt. WMK onder *NJ* 1998, 657; *M&R Jurisprudentie* 1998, nr. 56, p. 152 m.nt. Klik.

192 Zie P. Klik, Aansprakelijkheid van de verkoper van verontreinigd onroerend goed, *TMA* 1997, p. 44 op p. 45.

193 Zie echter de UCC § 2-314, waar slechts vereist is dat de *verkoper* een 'merchant' is.

Argumenten pro zijn:
- aldus wordt aansluiting gezocht bij de objectieve strekking van het conformiteitsbegrip;
- onroerend goed is geen *verbruiks*goed en het ligt dus in de rede dat te zijner tijd het goed weer verhandeld wordt;
- onroerend goed wordt (mede) als een 'waardeobject' gekocht (onroerend goed heeft een duidelijke 'beleggings'functie);

Zeker verdedigbaar is dat tevoren rekening moet worden gehouden met een eventuele latere verkoop. Indien een koper een zaak zelf niet (meer) gebruikt, moet de zaak doorverkocht kunnen worden. Beperkingen in de gebruiksmogelijkheden beperken de verhandelbaarheid. Meer specifiek kan ten aanzien van bodemverontreiniging gelden dat er voor wat betreft bodemverontreiniging aansluiting gezocht wordt bij het wettelijk begrip 'multifunctionaliteit'. Inmiddels, met name vanaf de inwerkingtreding van de saneringsregeling van de Wbb per 1 januari 1995, kan hieraan worden toegevoegd dat de publiekrechtelijke verplichtingen op grond van de Wbb van invloed zijn op 'hetgeen de koper mocht verwachten' en op 'normaal gebruik'.[194]

258. Keuze voor ruime uitleg

Ondanks de kritiek komt de eerder uitgesproken voorkeur voor een ruime uitleg mij juist voor. Mijns inziens zijn verhandelbaarheid en multifunctionaliteit bij de bepaling van 'normaal gebruik' van belang. Een beperking van multifunctionaliteit en vrije verhandelbaarheid dient naar mijn mening goed beargumenteerd te zijn, zeker wanneer er (latente) saneringsverplichtingen op de grond kunnen rusten.

Hierbij geef ik toe dat de passage, waarin ik verklaar dat multifunctionaliteit in verband met verhandelbaarheid een 'reële norm' is, verduidelijking behoeft. Deze zin moet gelezen worden tegen de achtergrond dat op dat moment in de literatuur het verband tussen verhandelbaarheid/multifunctionaliteit en de verplichtingen van de verkoper nog niet gelegd was. Destijds sprak ik in het vervolg van mijn betoog al over 'multifunctionaliteit *als uitgangspunt*'.[195] Scherper geformuleerd wil ik hier als opvatting weergeven dat verhandelbaarheid en multifunctionaliteit zinvolle *uitgangspunten* zijn voor een benadering van de vraag waartoe de verkoper gehouden is. Multifunctionaliteit als uitgangspunt heeft het voordeel dat partijen gedwongen worden alle mogelijkheden te doordenken en contractueel te regelen.[196] Wanneer partijen van het uitgangspunt willen *afwijken*, staat hen dit

194 Zie in dit verband § 5.2.

195 Zie M&R Jurisprudentie 1994, p. 57. Zie in dit verband ook mijn artikel Wie een olietank begraaft voor een ander ...: enkele opmerkingen over het beroep op dwaling bij bodemverontreiniging, *TMA* 1995, p. 73 op p. 75 noot 22 en mijn annotaties bij Rb. Leeuwarden 24 mei 1995 (*De Vries/Gem. Harlingen*), *TMA* 1996, p. 12 en Hof Amsterdam 17 november 1994 (*Woonboerderij I*), *TMA* 1996, p. 32.

196 Zie ook mijn noot bij Hof Amsterdam 17 november 1994 (*Woonboerderij I*). Krijnen *M&R* (1996) p. 183 op p. 188 ziet de aandacht voor bodemverontreiniging bij contracten als een voorbeeld van integratie van bodemsanering in maatschappelijke processen. Vergelijk over multifunctionaliteit overigens ook C.J. van der Wilt, Multifunctionaliteit van de bodem. Een reconstructie van de opkomst en ondergang van een beginsel van bodemsaneringsbeleid, *TMA* 1998, p. 55.

vrij, maar dit dient duidelijk tot uiting te komen.[197] In termen van 'ruime' en 'enge' uitleg kan men dus mijns inziens beter uitgaan van een ruime uitleg, waarbij echter op grond van concrete omstandigheden een inperking plaats kan vinden. Niet in alle omstandigheden zal het uitgangspunt van multifunctionaliteit en verhandelbaarheid onverkort hoeven te gelden. Een meer 'enge' uitleg, waarin bijvoorbeeld voor een industrieterrein slechts vervreemding ten behoeve van (andere) industriële doeleinden als eis wordt gehanteerd, kan onder omstandigheden in de rede liggen, met name wanneer het gaat om een stuk grond op een groter terrein dat in zijn geheel uitdrukkelijk de bestemming van industrieterrein heeft. In die zin hoeft er niet onnodig een scherpe tegenstelling tussen ruime en enge uitleg te worden gecreëerd, maar wel kan worden benadrukt dat slechts vanuit de gedachte van multifunctionaliteit en verhandelbaarheid als uitgangspunt tot afweging van *alle* relevante omstandigheden kan worden gekomen.[198]

259. Risico-toedeling: inleiding

Een ruime uitleg van conformiteit houdt in dat in beginsel meer risico-factoren in de sfeer van de verkoper worden gebracht. Het gaat daarbij echter om de uitleg van een algemeen criterium ('normaal gebruik'), waardoor nog niet de beslissing in concreto gegeven is. Toedeling van risico is iets dat in feite bij alle leerstukken in het contractenrecht aan de orde is. Ter aanvulling van hetgeen hierboven betoogd is wordt in het volgende ook nog gekeken naar toedeling van risico op het terrein van dwaling, hetgeen leidt tot een korte bespreking van de rol van verkeersopvattingen. Tot slot wordt kort aandacht besteed aan omstandigheden die bij de concrete invulling van de risico-toedeling van belang kunnen zijn, waarbij voor relevante omstandigheden het leerstuk van exoneraties in beeld komt.

260. Dwaling

Toedeling van risico is een bijzonder belangrijk element bij het leerstuk van de dwaling. Het gaat daarbij om de toedeling van het risico van de 'verkeerde voorstelling van zaken'. Beter gezegd: het gaat om de toedeling van de gevolgen die de verkeerde voorstelling van zaken van een van de partijen, of bij wederzijdse dwaling van beide partijen, in de concrete situatie heeft. Een bespreking van de rechtsgevolgen van een beroep op dwaling, traditioneel gezien als vernietiging van de overeenkomst, met in het huidig BW expliciet opgenomen de mogelijkheid van het wegnemen van het nadeel, oftewel prijsaanpassing (art. 6: 230 BW) kan hier achterwege blijven.

Aangezien het hier slechts de bedoeling is te wijzen op het belang van het dwaling-leerstuk voor conformiteit wordt hier volstaan met een enkel voorbeeld. Een voorbeeld is de koop van een tweedehands kast, waarbij aan de verkoper wordt verteld dat in verband met de hoogte van de kamer waarin de kast geplaatst zal

197 Zie ook mijn noot bij *De Vries/Gemeente Harlingen* (Rb. Leeuwarden 24 mei 1995, *TMA* 1996, p. 11 m.nt. Klik).

198 Al eerder heb ik er op gewezen dat in de praktijk wijziging van functies zeker voorkomt, zie Klik (1996b).

worden de kast niet hoger mag zijn dan 2.10 meter. De verkoper verklaart te goeder trouw dat de kast 2 meter hoog is, terwijl deze in werkelijkheid 2.15 meter blijkt te zijn. Drion, van wie het voorbeeld afkomstig is, stelt daarbij: 'Het komt erop neer, dat niet iedere mededeling aan de wederpartij met betrekking tot het contract als een contractuele toezegging mag worden beschouwd.'[199] Kamphuisen meent dat in casu gewoon sprake is van wanprestatie. De discussie tussen Drion en Kamphuisen gaat in feite over het onderscheid tussen dwaling en wanprestatie, en met name ook over de rechtsgevolgen, een punt dat hier verder buiten beschouwing blijft.[200]

Een voorbeeld dat duidelijk in het kader van een beroep op dwaling wordt geplaatst is hetgeen in de Memorie van Antwoord bij art. 6:228 vermeld werd ten aanzien van de mededelingsplicht (lid 1 sub *b*). Vereist is dat de wederpartij 'de dwalende uit de droom had moeten helpen', hetgeen nader toegelicht wordt als volgt:

> Dat laatste zal men bijv. moeilijk kunnen eisen in het geval van dwaling in de omstandigheid dat de door de dwalende bedongen prestatie elders goedkoper, in een betere vorm, op betere voorwaarden of met minder ongemak is te verkrijgen.[201]

Het risico dat een prestatie elders goedkoper te krijgen is rust op de dwalende. Zie eerder H. Drion, die stelt dat wie in een radiowinkel een radio koopt en later ontdekt dat om de hoek dezelfde radio voor de halve prijs was te krijgen zich niet op dwaling kan beroepen.[202] Andere risico's, zoals bijvoorbeeld hetgeen meestal wordt aangeduid als 'dwaling in de motieven', zijn ook voor rekening van de dwalende.[203] Vergelijk als voorbeeld de aanschaf van een meubel in Louis XIV-stijl voor tante, terwijl tante liefhebster is van meubels uit een andere periode. Zie verder de parlementaire toelichting op art. 6:228, waarin vermeld wordt dat beweegredenen van de dwalende waar de wederpartij 'niets mee te maken had' buiten het bereik van dwaling vallen, met als voorbeeld het geval dat iemand een geschenk koopt voor een bruiloft en dat wellicht ook aan de verkoper vertelt, terwijl geen van beide weet dat het bruidspaar intussen de verloving definitief verbroken heeft. 'Hoewel de (wederzijdse) dwaling hier causaal voor de overeenkomst was, behoort zij niet tot vernietigbaarheid daarvan te leiden.'[204]

Het voorbeeld van het meubel in Louis XIV-stijl kan men vervolgens uiteraard ook weer veranderen: stel dat in het gesprek tussen koper en verkoper vermeld wordt dat tante zo'n enorme liefhebster is. Die mededeling zal de verkoper uiter-

199 H. Drion, Dwaling in het contractenrecht, *RM Themis* 1960, p. 488 op p. 490-491.
200 P.W. Kamphuisen, *Dwaling bij obligatoire overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1961) op p. 64. Zie ook M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, (diss. Tilburg) Deventer: Kluwer (1996) p. 122-124.
201 PG Boek 6, p. 909.
202 H. Drion, Dwaling in het contractenrecht, *RM Themis* 1960, p. 488 op p. 499.
203 Zie *Verbintenissenrecht* (losbl.) (Hijma) Art. 6:228, aant. 128. Vergelijk verder nog M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, (diss. Tilburg) Deventer: Kluwer (1996).
204 PG Boek 6, p. 910.

aard voor kennisgeving kunnen aannemen. Anders wordt het echter weer wanneer de koper de overeenkomst afhankelijk maakt van de goedkeuring van tante. Ook anders wordt het wanneer een koper een beroep doet op de expertise van de verkoper, bijvoorbeeld ten aanzien van echtheid, waarde, etc.: in die situatie komt men op het terrein van hetgeen is overeengekomen.[205]

Wanneer de wederpartij geen mededelingsplicht heeft zoals in het eerder gegeven voorbeeld van de te duur aangeschafte radio, zou men het ook zo kunnen formuleren dat het risico naar verkeersopvattingen door de dwalende behoort te worden gedragen. Daarmee wordt het verband gelegd met lid 2 van art. 6:228 BW, waarin wordt bepaald dat de vernietiging niet kan worden gegrond:

> ... op een dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft of die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven.

De toekomstverwachting vormt hier een aparte categorie, die men echter ook onder zou kunnen brengen onder de genoemde verkeersopvattingen, op grond waarvan een dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Verkeersopvattingen zijn hier van belang voor de toedeling van het risico. De theorie en praktijk (jurisprudentie) inzake toedeling van risico van dwaling op grond van verkeersopvattingen geeft rijk vergelijkingsmateriaal voor koop en conformiteit, zeker als men zich realiseert dat voorbeelden bijna steeds betrekking hebben op de koopovereenkomst en niet op andere soorten overeenkomsten.

261. Verkeersopvattingen

De verkeersopvattingen vormen een verbindende schakel voor risico-toedeling bij dwaling en bij wanprestatie. Het laatste blijkt uit het *Rozenkwekerij*-arrest,[206] waarin de betekenis van de toerekenbaarheid van de tekortkoming bij koop expliciet aan de orde kwam. In deze zaak leed een rozenkwekerij schade door gebreken in een meststof, ijzerchelaat. De Hoge Raad oordeelde dat '(d)e verkeersopvattingen brengen mee dat in een geval als het onderhavige een tekortkoming bestaande in een gebrek van een verkocht product in beginsel voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen.' Slechts in geval van, door de verkoper zo nodig te bewijzen, bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn volgens de Hoge Raad, en dit 'zal niet snel mogen worden aangenomen'.[207] Voor de vraag welke omstandigheden hierbij van belang kunnen zijn kan de aandacht worden gericht op het leerstuk van exoneraties.

---

205 Zie ook eerder § 5.3 in het kader van bijzonder gebruik.

206 HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213 m.nt. JH. Zie over het arrest verder ook J.B. Londonck Slijk in BB 2001, nr. 11; G.J. Knijp in *NbBW*2001, p. 982 en de kroniek van het vermogensrecht in *NJB* 2001, p. 1464 en *NJB* 2002, op p. 445.

207 Zie uitvoerig over dit arrest, het eerdere *Heupdysplasie*-arrest, en over de risico-toedeling daarbij, mijn eerdere publicaties P. Klik, Tekortkoming, toerekenbaarheid en het instaan voor de kwaliteit van het verkochte, *NTBR* 1999, p. 247 en Toerekenbaarheid van de tekortkoming bij non-conformiteit, als annotatie eerder gepubliceerd in *NTBR* 2002, p. 210.

262. Exoneraties

Uitgaand van de gedachte dat het in essentie gaat om het toerekenen van schade, kan voor omstandigheden die van belang zijn bij de toepassing van de regel uit het *Rozenkwekerij*-arrest aansluiting worden gezocht bij gedachten die zijn ontwikkeld over de mogelijkheid van partijen zich te exonereren. Voor een vordering tot schadevergoeding dient de tekortkoming ook toerekenbaar te zijn. Juist de schade echter, met name de toekenning van gevolgschade, zal de verkoper vaak niet voor zijn rekening wensen te nemen. De verkoper zal zich dus op dit punt (in algemene voorwaarden) wensen te exonereren. Aanvaard is echter dat de partij-autonomie op dit punt beperkt is: een beroep op een exoneratie wordt in de rechtspraak getoetst. In een ontwikkeling van enkele tientallen jaren heeft dit geleid tot een catalogus van omstandigheden die bij die toetsing van belang zijn.

Zonder de rechtspraak op dit punt te bespreken geef ik hieronder de lijst van omstandigheden, zoals door Van Dunné bij wijze van 'restatement' van rechtersrecht geformuleerd.[208] De beoordeling is afhankelijk van de waardering van tal van omstandigheden, zoals:

a. de mate van onzorgvuldigheid, mede in verband met de aard en ernst van de toegebrachte schade (zaaksschade of letselschade);
b. de aard en verdere inhoud van de overeenkomst (mede op grond van het verwachtingspatroon en uitdrukkelijke toezeggingen ten aanzien van de wijze van uitvoering) en de risicoverdeling tussen partijen die op basis daarvan en van de verkeersopvattingen en de redelijkheid aangenomen kan worden;
c. de maatschappelijke positie, de deskundigheid en de onderlinge verhouding van partijen;
d. de wijze waarop het beding is totstandgekomen;
e. de verandering in de omstandigheden sinds de totstandkoming van de overeenkomst;
f. de strekking van het beding en de reden waarom het in de overeenkomst werd opgenomen;
g. de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest, in het licht van de onderhandelingen en de mededelingen daaromtrent door de exonerant gedaan;
h. het gedrag van de wederpartij van de exonerant met betrekking tot de gebreken of de daarvoor ontstane schade;
i. de verhouding tussen de beperking van de schade en de omvang van de voorzienbare schade;
j. de lage prijs van geleverde goederen of diensten tegenover de in verhouding grote omvang van mogelijke schade bij onzorgvuldige uitvoering van de overeenkomst;
k. welke partij, gezien de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid, het meest geëigend was om zich tegen mogelijke schade als gevolg van het onzorgvuldig handelen van de andere partij door middel van verzekering of verhaal op derden te dekken.
l. er sprake is van professionele partijen, behorend tot bedrijfstakken die regelmatig met elkaar te doen hebben, waarin algemene voorwaarden en exoneraties gebruikelijk zijn; in dat geval kan het redelijk zijn om aansprakelijkheid voor ernstige fouten van tewerkgestelde personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren geheel of ten dele uit te sluiten.

208 J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004) Hoofdstuk 4, § 2 nr. 12, p. 447 e.v.

De lijst is in zijn geheel hier opgenomen, omdat blijkt dat vrijwel alle opgesomde omstandigheden ook toegepast kunnen worden bij de risicoverdeling ten aanzien van non-conformiteit. De omstandigheden geven richting aan het debat, en zijn zowel van toepassing op transactieschade als op gevolgschade. Wanneer slechts enkele kleine tekstuele correcties worden toegepast (zoals bijvoorbeeld het vervangen van het woordje 'exonerant' door 'verkoper', en het weglaten van het woordje 'beding' of dit vervangen door 'overeenkomst'), en vervolgens her en der enkele aanpassingen pleegt (zoals bijvoorbeeld het weglaten van de laatste passage van de onder *l* genoemde omstandigheid, de passage over de ernstige fouten van tewerkgestelde personen), dan heeft men een lijst die zeer wel te gebruiken is. Uitgangspunt daarbij moet de in het *Rozenkwekerij*-arrest geformuleerde regel zijn, waarop dan slechts, zie de onder *b* genoemde omstandigheid, gelet op het verwachtingspatroon, uitdrukkelijke toezeggingen, verkeersopvattingen en redelijkheid, een uitzondering kan worden gemaakt. De overige genoemde omstandigheden zijn vervolgens bij de invulling daarvan relevant, waarbij het gaat om de partijen (omstandigheid *a*, *c*, *d*, *f*, *g*) en meer financiële afwegingen (omstandigheid *i*, *j*, *k*, *l*). Slechts ten aanzien van de onder *e* en *h* genoemde omstandigheid kan men aan het nut twijfelen.

7.7 Samenvatting en conclusies

263. Samenvatting en conclusies

Uit de uitspraken van de Hoge Raad over art. 7:17 BW blijkt nog niet in hoeverre de Hoge Raad bereid is conformiteit ruim uit te leggen. Uit het arrest HR 8 juli 2005 (*Kousedghi/Westminister Rental*) inzake de (huur)koop van een negen jaar oude auto blijkt in ieder geval dat op de nog onder het oude recht gewezen rechtspraak voortgeborduurd kan worden. De in het cassatiemiddel bepleite beperkte uitleg werd door de Hoge Raad verworpen. Het arrest HR 25 februari 2005 (*Fabels/Meenderink*) inzake de koop van een woning geeft ook blijk van een ruimere opvatting. De Hoge Raad oordeelde dat de conformiteitseis van art. 7:17 meebrengt dat de koper van een woning in beginsel, behoudens anders-luidende afspraken, ervan mag uitgaan dat de bouw van de woning of een verbouwing destijds is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften, ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning. Aangezien in casu overheidsvoorschriften in het spel waren, kan men aan dit arrest echter niet teveel conclusies verbinden. Dit geldt in feite ook voor het recente arrest HR 23 november 2007 inzake bodemverontreiniging, waarin de Hoge Raad, uitgaand van een subjectieve visie (alle omstandigheden zijn van belang) belang hecht aan de door de verkoper gedane mededelingen.

In HR 23 december 2005 (*De Rooij c.s./Van Olphen*), een arrest dat uitvoerig besproken werd, gaf de Hoge Raad aan de bij de koop van een woning in een standaard-akte gebruikte term 'normaal gebruik' een beperkte uitleg. Hoewel de Hoge Raad in laatstgenoemd arrest expliciet stelt dat het gegeven dat de opstellers van de akte inhoud hebben willen geven aan de in de wet gehanteerde terminologie

niet van invloed is, ontstaat hier toch een ongewenste en onnodige discrepantie tussen uitleg van de wet en uitleg van de overeenkomst.

8 Conclusies

8.1 Onderwerp en methode

264. Het onderwerp

De Nederlandse wetgever heeft in het huidig BW gekozen voor de regeling van 'conformiteit': de afgeleverde zaak moet 'aan de overeenkomst beantwoorden'. In art. 7:17 BW lid 2 wordt dit uitgewerkt onder meer via de criteria geschiktheid voor 'normaal gebruik' en geschiktheid voor 'bijzonder gebruik'. Hoewel een algemeen geformuleerd conformiteitscriterium naar Nederlands recht reeds bij de soortkoop werd toegepast (dit in tegenstelling tot de verborgen gebreken-regeling, waarin het begrip 'gebrek' centraal stond) was hier toch sprake van een vernieuwing. De regeling is destijds zonder uitvoerige beschouwingen of analyse tot stand gekomen.

De vraag is hoe via het conformiteitsbegrip inhoud wordt gegeven aan de verplichtingen van de verkoper, hoe moet worden beoordeeld of de verkoper heeft voldaan aan zijn verplichtingen ten aanzien van de kwaliteit van de te leveren zaken. Ervan uitgaand dat er niet één begrip te formuleren is ('one single formula') waarin voor alle situaties de verplichtingen van de verkoper kort en kernachtig en voldoende concreet weergegeven kunnen worden, wordt van belang hoe men conformiteit vormgeeft, welke criteria men hanteert, en welke betekenis aan de gehanteerde criteria wordt toegekend.

265. De methode van onderzoek

Gekozen is voor een methode waarbij conformiteit in een rechtsvergelijkende context wordt besproken en in het perspectief wordt geplaatst van het oude, vóór 1992 geldende, recht. Bewust wordt de analyse niet beperkt tot een bepaald type koopovereenkomst (bijvoorbeeld consumentenkoop), maar worden de belangrijkste typen koop in de beschouwingen betrokken. Gekozen is voor een vergelijking met de CISG (het uniforme kooprecht), de Europese Richtlijn, en het Engelse recht. In het Engelse recht wordt het conformiteitsbegrip van oudsher toegepast en ontwikkeld, dit in tegenstelling tot civil law landen zoals Frankrijk en Duitsland, waarin meer vanuit het begrip 'gebrek' (vice, Mangel) wordt gedacht. Bij de CISG en de Europese Richtlijn gaat het niet om rechtsvergelijking in traditionele zin, aangezien beide voor Nederland geldend recht zijn. Beide zijn echter van toepassing op een verschillend type koop, respectievelijk de (internationale) handelskoop en de consumentenkoop.

8.2 Typen koop

266. Typen koop: aparte regelingen?

Hoewel duidelijk is dat voor het onderwerp conformiteit differentiatie naar typen koop zinvol is bij de concrete toepassing, blijkt op voorhand niet dat een algemene regeling niet mogelijk zou zijn. Het ontwerpen van specifieke 'regimes' van conformiteit voor verschillende typen koop lijkt, gelet op de ervaringen in de verschillende landen en in het uniforme recht, niet opportuun.

Voor wat betreft de nationale rechtsstelsels kan gewezen worden op de discussie in Engeland: in *The Law Commission Report 1987* werd na zorgvuldige afweging van argumenten geconcludeerd dat het niet aan te bevelen is verschillende regelingen te ontwerpen. In Nederland heeft men ook niet een noodzaak gezien om tot verschillende regelingen voor conformiteit te komen, bijvoorbeeld in de vorm van een aparte regeling voor consumentenkoop. Dit ondanks het feit dat de Nederlandse kooptitel tot stand is gekomen op basis van twee bronnen, een door het uniforme recht inzake de internationale handelskoop geïnspireerd ontwerp en een apart voorontwerp betreffende de consumentenkoop (1978). Voor wat betreft het uniforme recht springt in het oog dat in de voor consumentenkoop geschreven Europese Richtlijn voor conformiteit aansluiting is gezocht bij de voor de internationale handelskoop geldende CISG.

267. Specifieke bepalingen

Indien men er niet voor kiest om voor verschillende typen koop aparte conformiteitsartikelen in de wet op te nemen, rijst de vraag hoe ver men moet gaan met specifieke criteria. Als uitgangspunt kan gelden dat hoe meer duidelijkheid de wettekst biedt, des te beter het is. In het wetgevingsproces wordt dit ook nagestreefd. Bij de totstandkoming van het conformiteitsartikel heeft de Nederlandse wetgever belang gehecht aan 'concretisering' om op die manier de private partijen duidelijkheid te bieden. In de Engelse literatuur is er op gewezen dat voor de rechtspraak meer uitgewerkte criteria in wetgeving praktisch van belang zijn. Kort wordt hier ingegaan op specificeringen die in een wettelijke regeling ingebracht zouden kunnen worden. Daarbij wordt gekeken naar zowel de besproken bepalingen die meer op handelskoop zijn toegesneden (CISG/LUVI, maar ook UCC) als de bepalingen die voor consumentenkoop van belang zijn (Engels recht, Europese Richtlijn).

268. Specifieke bepalingen voor handelskoop?

Voor de handelskoop kan worden teruggegrepen op de ervaringen bij de totstandkoming van de CISG. Bij het formuleren van een conformiteitsbepaling nam men art. 33 LUVI tot uitgangspunt, maar al snel werd besloten de uitvoerige redactie, een opsomming van relevante factoren sub *a* tot en met *f*, te vereenvoudigen. Men gaf er de voorkeur aan 'to set forth a short statement of a general principle coupled with a few specific examples'. De vervallen formuleringen voegden ook weinig toe aan hetgeen nu in art. 35 lid 1 in algemene zin als verplichting van de verkoper vermeld staat, het leveren van zaken 'of the quantity, quality and description required by the contract'.

Meer op handelskoop toegesneden waren de factoren die vervolgens in een door Canada (gesteund door de Verenigde Staten) ingediend amendement werden voorgesteld. De bepalingen, met formuleringen als 'pass without objection in the trade', of 'fair average quality' en 'of even kind, quality and quantity within each unit and among all units', lijken te zijn ontleend aan de UCC. Aangezien het amendement zonder enige inhoudelijke discussie weer is ingetrokken, kunnen aan de geschiedenis van de totstandkoming van art. 35 CISG verder geen argumenten met betrekking tot zin of onzin van de voorgestelde bepalingen ontleend worden. In de literatuur is verder weinig aandacht besteed aan de voorgestelde regelingen. Voor de handelskoop in strikte zin kunnen de bepalingen waarschijnlijk, als parallel lopend aan hetgeen in de handel als gebruikelijk wordt gezien, gemist worden.

De Nederlandse wetgever heeft de materie van kwaliteit van naar de soort bepaalde zaken ook willen regelen, waarbij echter gekozen is voor plaatsing in Boek 6, in het algemene verbintenissenrecht. Art. 6:28 BW voorziet er in dat indien de verschuldigde zaak of zaken slechts zijn bepaald naar de soort en binnen de aangeduide soort verschil in kwaliteit bestaat, hetgeen de schuldenaar aflevert niet beneden goede gemiddelde kwaliteit mag liggen. Hoewel systematisch plaatsing in Boek 6 juist is, kan men zijn twijfels hebben over het nut van de bepaling zoals geformuleerd. Wanneer men een wettelijke regeling wenselijk acht verdient een meer uitgewerkte bepaling, zoals bijvoorbeeld te vinden in de UCC, in ieder geval de voorkeur.

Een nieuw element, ook in vergelijking met de LUVI, dat in art. 35 is ingebracht, is dat in lid 2 onder *d* een bepaling is opgenomen over verpakking. Aangezien in de internationale handelskoop de zaken steeds vervoerd moeten worden, is een deugdelijke verpakking uiteraard van belang. Gelet hierop is een heldere regeling zinvol. Hetzelfde kan echter in feite evenzeer voor 'gewone' koop of consumentenkoop gelden.

269. Specifieke bepalingen voor consumentenkoop?

In de context van de consumentenkoop kunnen specificeringen ook van belang zijn. Gedacht kan worden aan de onderwerpen die in het rapport van *The Law Commission Report 1987* werden genoemd, en aan onderwerpen waaraan in recente ontwerpen voor uniforme regelgeving aandacht wordt besteed. Het gaat dan, kort gezegd, om de mogelijkheid zaken onmiddellijk te gebruiken of indien dit niet mogelijk is de zaken gebruiksklaar te maken, om de zaken zonodig te kunnen laten onderhouden of repareren (in het rapport weergegeven onder de trefwoorden *Suitability for immediate use, Spare parts and servicing facilities*) en om installatie. De mogelijkheid zaken onmiddellijk te gebruiken hoeft hier verder niet apart besproken te worden. Wanneer een zaak echter niet 'gebruiksklaar' is, moet de zaak gemakkelijk en goed gebruiksklaar te maken zijn, bijvoorbeeld door installatie.

Voor installatie kan worden gewezen op de regeling van art. 2 lid 5 van de Richtlijn consumentenkoop, in Nederland geïmplementeerd in art. 7:18 lid 3, waarin regels gegeven worden voor de situatie waarin de verkoper het gekochte niet correct installeert, of de consument de zaak door gebrekkige montagevoorschriften niet goed installeert. Ondeugdelijke installatie wordt gezien als een

gebrek aan overeenstemming van de zaak aan de overeenkomst (non-conformiteit), met alle gevolgen vandien. De consument-koper wordt beschermd, doordat de toepasselijke regels van kooprecht dwingend recht zijn. Zie ook het ontwerp van de *Study Group*, waarin in Article 2:203 lid 1 onder (e) vereist wordt dat de zaken 'are accompanied by such accessories, installation instructions or other instructions as the buyer could reasonably expect to receive'. Correcte installatie door de verkoper, of het als consument-koper zelf correct kunnen installeren, wordt verder uitgewerkt in Article 2:205. Een soortgelijke bepaling, overigens niet beperkt tot consumentenkoop, is te vinden in het ontwerp voor de DCFR, Article 2:304. Dergelijke regelingen voegen niet echt iets toe aan meer algemeen geformuleerde criteria zoals normaal gebruik. Vanuit het gezichtspunt van duidelijkheid is een regeling echter zeker aan te bevelen.

Regels voor de door de *Law Commission* gesuggereerde onderwerpen *Spare parts and servicing facilities* zijn tot dusver niet geformuleerd. In de Engelse wetgeving ontbreekt een regeling. Beide onderwerpen kunnen onder een bredere noemer worden gebracht, namelijk *after-sales service*. Hoewel oorspronkelijk beoogd was dit onderwerp op te nemen in de Europese Richtlijn, zoals ook expliciet vermeld in de *Green paper*, is het onderwerp, tot teleurstelling van velen, buiten de Richtlijn gevallen. Strikt genomen gaat het hier om de post-contractuele fase, en is er een verband met *remedies*. In het systeem van de Europese Richtlijn ligt de nadruk op nakoming. Dit wordt wel aangeduid als een'getrapt stelsel': de koper moet eerst de verkoper in de gelegenheid stellen alsnog na te komen (reparatie, eventueel vervanging), voordat hij kan overgaan tot ontbinding. Dit vooronderstelt dat de verkoper ook moet zorgen dat hij in de gelegenheid is na te komen, dat wil zeggen dat hij in staat is deze *after-sales service* te verlenen. In dit verband kan ook worden gewezen op het in de moderne regelingen (Europese Richtlijn, ontwerp *Study Group* en DCFR) opgenomen vereiste van 'kwaliteit en prestatie'.

De onderwerpen onderhoud of reparatie wijzen ook naar het criterium van *durability*, duurzaamheid of levensduur. Gedurende een 'normale' periode gebruik kunnen maken van een gekochte zaak zal vrijwel steeds een van de belangrijkste verwachtingen van een consument-koper zijn. Uitzonderingen hierop zijn mogelijk, maar dan zal het om a-typische gevallen gaan, waarbij waarschijnlijk het voor de hand ligt dat de koper een risico op zich neemt. Uiteraard kan men 'normaal' gebruik zo opvatten dat dit ook inhoudt dat de zaak gedurende de normale levensperiode zonder ongebruikelijke extra reparatie- of onderhoudskosten gebruikt moet kunnen worden, en in die zin is een bepaling strikt genomen niet nodig. Gelet echter op het belang van 'levensduur' verdient het zeker aanbeveling dit in een wettelijke bepaling op te nemen, waarbij de concrete toepassing, bijvoorbeeld het bepalen wat voor een bepaald product een redelijk te achten levensduur is, vervolgens aan de praktijk kan worden overgelaten, net zoals de uitwerking van de gevolgen aan de hand van regels omtrent *remedies* door de praktijk uitgewerkt kan worden. In Nederland is levensduur ten onrechte niet eens genoemd bij de opsomming van relevante factoren in de parlementaire geschiedenis. In Engeland is *durability* expliciet in de wettekst genoemd, zo echter niet in de Europese Richtlijn. Het belang van levensduur is uiteraard niet beperkt tot de consumentenkoop.

De koper van bijvoorbeeld een productieinstallatie heeft hier evenzeer alle belang bij.

270. De formulering van een regeling van conformiteit

De vraag hoe 'conformiteit' in een (wets)artikel moet worden uitgedrukt kan verschillend worden beantwoord. Met name over de vraag of een uitvoerige opsomming van relevante factoren moet worden opgenomen wordt verschillend geoordeeld. Zo is bij de totstandkoming van art. 35 CISG juist uitdrukkelijk naar vereenvoudiging gestreefd (in vergelijking met de uitvoerige opsomming van de LUVI), terwijl in Engeland er voor gekozen is een basisformule aan te vullen met een niet-limitatieve lijst van factoren. De in de CISG gekozen oplossing lijkt overigens voor het type koop, de handelskoop, adequaat. Een uitvoerige opsomming strookt ook niet met de gedachte dat in de internationale handelskoop conformiteit gerelateerd moet worden aan de overeenkomst.

In de Richtlijn consumentenkoop is gekozen voor een meer klassieke opbouw, vergelijkbaar met art. 35 CISG. Anders dan in Engeland is men niet overgegaan tot een uitvoerige opsomming. Gelet op de duidelijkheid die een meer uitvoerige opsomming met name aan consumenten biedt, is deze keuze te betreuren. De Nederlandse wetgeving zou ook aan duidelijkheid hebben gewonnen wanneer de wetgever de suggestie had overgenomen die al in de ontwerp-fase werd gedaan, namelijk om een niet-limitatieve lijst van factoren die van belang zijn in de wettekst op te nemen. Met name werden daarbij, onder verwijzing naar Engels recht, genoemd de 'normale eisen van bruikbaarheid, betrouwbaarheid en levensduur'. Vergeleken met de opsomming in de Engelse wet, waarin factoren als uiterlijk en afwerking (*appearance and finish)*, afwezigheid van kleine gebreken, veiligheid, en levensduur worden genoemd, wordt ook in de Europese Richtlijn consumentenkoop nog steeds met globale criteria gewerkt. Ten onrechte is duurzaamheid (levensduur) niet opgenomen. Dit zal nu moeten worden ingelezen in één van de wèl opgenomen criteria. Uiteraard kan men het onder *c*, het criterium van het normaal gebruik, brengen, maar in de Richtlijn ligt ook het onder *d* geformuleerde criterium voor de hand.

271. Typen koop. Brede toepasbaarheid van conformiteit

Uit de eerder gegeven voorbeelden van mogelijke uitwerkingen of verduidelijkingen blijkt dat voor een formulering van conformiteit een onderscheid tussen verschillende typen koop meestal niet zinvol is en dat de relevantie van meer concrete, specifieke bepalingen (zoals over verpakking, installatie, etc.) ook niet beperkt is tot een bepaald type koop. Zo hanteert de Europese Richtlijn consumentenkoop ook geen criteria die slechts voor consumentenkoop relevant zijn. In de Engelse wetgeving kan men wijzen op de criteria *appearance and finish* en *freedom from minor defects* als op de consumentenkoop toegesneden, maar ook deze criteria kunnen op een breder terrein toegepast worden.

Formuleringen van conformiteit blijken dus breed toepasbaar. Dit geldt met name ook voor de meer algemeen geformuleerde criteria, zoals 'normaal gebruik'. Dit criterium leent zich voor zowel toepassing op het gebied van de internationale handelskoop als op het gebied van consumentenkoop, waarbij het

in de internationale handelskoop in eerste instantie de betekenis heeft van verhandelbaarheid, terwijl in de consumentenkoop de nadruk juist ligt op het gebruik door de consument zelf. De kracht van de norm lijkt juist te liggen in de brede toepasbaarheid. Wel moet echter aangegeven worden dat voor zover toepassing van deze norm niet aangewezen lijkt, daarmee nog geen eindoordeel is gegeven. Dit kan worden bereikt door expliciet aan te geven dat de termen die in de regeling gebruikt worden niet-limitatief bedoeld zijn ('open karakter').

272. Het open karakter van het conformiteitsbegrip

Wanneer men geen specifieke regelingen voor verschillende typen koop ontwikkelt en algemeen geformuleerd criteria hanteert is van belang dat de algemene regel 'open' geformuleerd wordt. In de Nederlandse wettekst is niet expliciet bepaald dat de opsomming van criteria niet-limitatief is, evenmin overigens als in art. 35 lid 2 CISG of art. 2 lid 2 van de Europese Richtlijn. In Nederland is het criterium 'normaal gebruik' het meest algemeen geformuleerde criterium. De aandacht komt dus te liggen op de vraag hoe ruim of eng dit geïnterpreteerd dient te worden, mede in relatie tot het criterium van 'bijzonder gebruik'. Voor de Europese Richtlijn verschuift het accent meer van 'normaal gebruik' naar de criteria in art. 2 lid 2 onder *d* (*show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect*), vergelijk ook de meer recente voorstellen voor uniform recht (*Study Group*, DCFR). In de Nederlandse regeling kunnen de gekozen termen ruim toegepast worden: met name het 'normaal gebruik' criterium lijkt zich te lenen voor een ruime toepassing. Dit neemt niet weg dat het aanbeveling zou verdienen in het conformiteitsartikel expliciet te maken dat het een 'open' bepaling is. In dit verband kan worden gewezen op de Engelse wettekst, waarin dit door middel van de formulering 'amongst others' wel adequaat tot uitdrukking is gebracht.

273. Eng of ruim

Bij conformiteit kan worden gesproken van een 'enge' en een ruime visie. Bij een 'enge' visie op conformiteit komt men tot een beperkter begrip, waarin bij voorbaat minder omstandigheden relevant worden geacht. Een ruimere visie ligt meer in de lijn van de ontwikkelingen in het kooprecht, zoals die ook blijkt uit de verschuiving van *caveat emptor* naar *caveat venditor*. Het nog steeds vooropstellen van de regel *caveat emptor* geeft een vertekend beeld: naar huidig recht is veeleer sprake van *caveat venditor*, zoals bleek bij de bespreking van het Engels recht, en zoals in feite ook blijkt in Nederland waar de verwachtingen van de koper centraal staan. Bij de formulering van art. 7:17 BW heeft de wetgever op een aantal punten geen expliciete keuze gemaakt. Bij de toepassing van art. 7:17 moet men zich hierdoor niet laten hinderen. Het conformiteitsbegrip dient verder tot ontwikkeling te worden gebracht. Uiteraard moet wel benadrukt worden dat een 'enge' of 'ruime' visie nog niet dwingend is voor de wijze waarop de afweging *in concreto* plaats moet vinden.

8.3 Het begrip 'normaal gebruik' in context

274. Normaal gebruik in context

Een in de wet opgenomen begrip als 'normaal gebruik' moet allereerst begrepen worden in de context van de gehele wetsbepaling. In het BW is 'normaal gebruik' gekoppeld aan 'bijzonder gebruik', op (ongeveer) gelijke wijze als in de uniforme koopverdragen LUVI en CISG. Discussies over de betekenis van de term 'normaal' komen al snel in het teken te staan van de dichotomie van begrippen 'normaal' versus 'bijzonder'. De discussie in Nederland heeft zich ook in die zin ontwikkeld. Daarbij ligt de nadruk op de vraag wat de grenzen van normaal gebruik zijn, waarbij wel een zekere *communis opinio* bestaat dat het begrip niet onnodig beperkt moet worden gezien. Door de nadruk op de begrippen normaal gebruik en bijzonder gebruik en de dichotomie van deze begrippen kan aan andere kwesties worden voorbijgegaan. De verhouding tussen art. 7:17 lid 1 en lid 2 bijvoorbeeld, of de betekenis van de in lid 2 gehanteerde term 'eigenschappen', behoeft dan weinig bespreking meer. Met de twee begrippen kan men toe. Met name aan het 'normaal gebruik'-criterium kan een zodanige uitleg worden gegeven (ruime opvatting) dat geen behoefte ontstaat aan andere criteria.

In wet- en regelgeving van meer recente datum wordt niet volstaan met twee criteria. In de Engelse SGA vindt men weliswaar normaal en bijzonder gebruik nog terug, maar het normaal gebruik-criterium (*fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied*) maakt onderdeel uit van een meer uitvoerige opsomming. Het criterium van de *satisfactory quality* is nu de algemene noemer waaronder het normaal gebruik-criterium valt. In de Engelse wetgeving heeft het normaal gebruik-criterium in de lijst van criteria in vergelijking met sommige elementen, zoals *appearance and finish, freedom from minor defects*, duidelijk een meer algemene en veelomvattende strekking, terwijl de criteria *safety* en *durability* zeer belangrijke factoren zijn die men, indien deze niet in de wet opgesomd zouden staan, als onderdeel van normaal gebruik zou moeten zien.

In de Europese Richtlijn krijgt het normaal gebruik-criterium, opgenomen in art. 2 onder *c*, 'concurrentie' van de in art. 2 onder *d* opgenomen criteria, die ook een meer algemeen karakter dragen en praktisch gezien van belang zijn, namelijk 'show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect'. Dit criterium van 'kwaliteit en prestatie' ligt in het verlengde van de 'normaal gebruik' bepaling. De nadere uitwerking van de kwaliteitseis kan dus ook via deze weg gaan lopen. Dit laatste zal te meer het geval zijn wanneer men belang toekent aan de ook in art. 2 onder *d* opgenomen zinswending 'and which the consumer can reasonably expect', zoals in de literatuur wel gebeurt.

275. De regeling in het BW. Geschiedenis van totstandkoming

De Nederlandse wetgever heeft zonder uitvoerige analyse of discussie bij het formuleren van de kwaliteitsverplichtingen van de verkoper aansluiting gevonden bij het uniforme kooprecht. Hoewel aan de parlementaire geschiedenis aanknopingspunten te ontlenen zijn voor de uitleg en concretisering van art. 7:17, moet toch

vooral ook geconstateerd worden dat, gelet op de wijzigingen die nog tijdens de parlementaire behandeling plaatsvonden, het onderwerp 'conformiteit' ten tijde van de totstandkoming van de wet nog niet volledig uitgekristalliseerd was. De parlementaire geschiedenis getuigt deels van een afrekenen met het verleden (de verborgen gebreken-regeling) en deels van een zoektocht naar een formulering die enerzijds de partijen bij de koopovereenkomst meer duidelijkheid verschaft over hun rechten en verplichtingen, maar anderzijds ook de nodige ruimte laat – ook gelet op het dwingend-rechtelijk karakter bij consumentenkoop – om rekening te houden met de concrete omstandigheden van het geval. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt wel dat 'de omstandigheden van het geval' cruciaal worden geacht.

Het in het ontwerp NBW geformuleerde conformiteitscriterium was overgenomen van de LUVI, zonder echter de nadere precisering die de LUVI (in art. 33) wel bood. Het in 1984 toegevoegde 'gelet op de omstandigheden' werd door de Kamercommissie onvoldoende bevonden en na aandringen van deze Commissie werd in 1986 aansluiting gezocht bij het uniforme kooprecht, waarin de begrippen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' worden gehanteerd. Eerder had de minister wel bij Nota van Wijziging een aantal omstandigheden opgesomd die van belang zijn voor hetgeen de koper mag verwachten. Gelet op de uitdrukkelijke vermelding van de minister dat met de aanpassing van de wettekst geen inhoudelijke wijziging werd bedoeld, heeft deze toelichting zijn waarde behouden. Opvallend is wel dat de in lid 2 overgenomen 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' criteria verder niet van een toelichting werden voorzien, noch aandacht werd geschonken aan de vraag of deze uit handelskoopverdragen overgenomen criteria kunnen voldoen als algemene criteria in art. 7:17, dat bij elk type koop van toepassing is. Gelet op de voorgeschiedenis lijkt met de concretisering van 'gelet op alle omstandigheden van het geval' door middel van het normaal gebruik-criterium niet bedoeld de opsomming in art. 7:17 een limitatief karakter te geven. Dit betekent dat voor zover men bepaalde situaties niet onder de in de wet opgenomen criteria, zoals het normaal gebruik-criterium, zou willen laten vallen er de vrijheid is om via aanvullende criteria aan 'conformiteit' verder inhoud te geven.

De keuze voor de criteria 'hetgeen de koper mocht verwachten' en 'geschiktheid voor normaal gebruik' is destijds zeker niet ongelukkig geweest. Met de regeling is afscheid genomen van het 'gebrek'-criterium. Hoewel een regeling waarin de verkoper aansprakelijk wordt gehouden voor een 'gebrek', mits dit 'verborgen' was, via een ruime uitleg van deze begrippen werkbaar kan zijn, kan via meer positief geformuleerde criteria als 'mocht verwachten' en 'normaal gebruik' beter tegemoet worden gekomen aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de koper. Verder is terecht op deze manier afscheid genomen van verschillende discussies die het oude recht zijn blijven beheersen, discussies die grotendeels zijn terug te voeren tot verouderde onderscheidingen zoals species- en genuszaak en in verband daarmee de oude dichotomie tussen de verborgen gebreken-regeling en de algemene regeling van de wanprestatie. Vanuit het gezichtspunt van internationalisering is het overnemen van het conformiteitsbegrip in de nationale wetgeving ook terecht. Zo kan – met inachtneming van de verschillen die bestaan tussen verschillende typen koop, zoals handelskoop en consumentenkoop – door middel van

conformiteit in de toepassing een zekere eenheid in het kooprecht worden bereikt, ook in de toepassing van bepalingen uit verschillende regelingen, te weten BW, CISG en de Richtlijn. Bij de ontwikkeling van het conformiteitsbegrip moet art. 7:17 BW in een internationale context worden geplaatst.

276. CISG en Europese Richtlijn. De Engelse SGA

Bij de formulering van art. 35 CISG werd art. 33 LUVI als uitgangspunt genomen, waarbij echter de uitvoerige opsommming van art. 33 lid 1 vereenvoudigd werd. In art. 35 CISG lid 2 worden de begrippen *ordinarily be used* ('normaal gebruik') en *particular purpose* ('bijzonder gebruik') gehanteerd. In de tekst van art. 35 wordt niet aangegeven of de opsomming van criteria limitatief is. Het in de Europese Richtlijn consumentenkoop in art. 2 opgenomen conformiteitsvereiste is duidelijk beïnvloed door de corresponderende bepalingen in de CISG. Dit is opvallend, gelet op het feit dat het hier toch om verschillende typen koopovereenkomsten gaat. In art. 2 van de Richtlijn consumentenkoop zijn bekende elementen als beschrijving, normaal en bijzonder gebruik opgenomen. Er is een parallel te trekken met de bepalingen van de Engelse SGA, maar het Engelse voorbeeld waarbij een basiscriterium wordt gehanteerd, dat verder wordt uitgewerkt met een niet-limitatieve opsomming van relevante factoren, is in de Richtlijn consumentenkoop niet gevolgd.

In het Engelse recht is, conform het advies van de *Law Commission*, gekozen voor een systeem waarin de wet een algemeen geformuleerd basiscriterium (*a basic principle formulated in language sufficiently general to apply to all kinds of goods and all kinds of transaction*) bevat èn een opsomming, niet-limitatief, van relevante factoren. In 1994 is *merchantability* als centraal begrip in s. 14 (2) SGA vervangen door een ander criterium, namelijk *satisfactory quality*. Op grond van s. 14 (2B) wordt onder kwaliteit van zaken mede begrepen (includes) 'their state and condition', en geldt dat een aantal expliciet genoemde aspecten onder andere (*among others*) daarbij van belang is. De wijzigingen zijn met name ingegeven door de wens om de formulering van het conformiteitsartikel aan te passen aan de consumentenkoop.

277. Uniform recht en Europese Richtlijn

Uit het korte overzicht van recente uniforme regelgeving blijken de Unidroit Principles en PECL, die beide volstaan met één algemeen geformuleerd artikel voor de 'kwaliteit' van de nakoming, voor het onderwerp conformiteit geen toegevoegde waarde te hebben. Het ontwerp van de *Study Group for a European Civil Code* en *DCFR* bevatten wel op levering van zaken toegesneden artikelen. Voor wat betreft criteria die los staan van de overeenkomst wordt uitgegaan van een meer uitvoerige beschrijving dan alleen de 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik'-criteria. Aan beide criteria wordt een criterium toegevoegd, in de DCFR geformuleerd als (*f*) 'possess such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect'. Dit laatste criterium is, in een enigszins andere formulering, ook opgenomen in de regeling die al geldend recht is, namelijk de Europese Richtlijn, waarin onder art. 2 lid 2 sub *d* als criterium wordt gehanteerd 'show the quality and performance which are normal in goods of the same type

and which the consumer can reasonably expect, given the nature of the goods ...'. Het criterium laat zich lezen in samenhang met het 'normaal gebruik'-criterium.

8.4 Normaal gebruik

278. Conformiteit: gebaseerd op de overeenkomst of op de wet

Conformiteit wordt nader vormgegeven door een opsomming van verschillende criteria. Zo bepaalt de Nederlandse wet, art. 7:17 BW, niet alleen dat de koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor normaal gebruik daarvan nodig zijn, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien (lid 2), maar ook dat een andere zaak dan is overeengekomen, een zaak van een andere soort, of een afwijking in getal maat of gewicht evenmin aan de overeenkomst beantwoordt (lid 3), dat wanneer aan de koper een monster of model is getoond de zaak daarmee moet overeenstemmen (lid 4), etc. Dergelijke opsommingen vindt men ook in andere rechtssystemen. Om meer duidelijkheid te krijgen over de inhoud van de opgesomde criteria is het nuttig om een onderscheid te maken tussen criteria die naar de overeenkomst verwijzen, en criteria die een zelfstandig karakter hebben. In het onderzoek is de aandacht gericht op de criteria die beschouwd kunnen worden als gebaseerd op de wet. Voor de Nederlandse wettekst gaat het om het 'normaal gebruik'-criterium.

279. De wettelijke basis. Wettelijke garantie

Bij conformiteit gaat het, naast het 'beantwoorden aan de overeenkomst', om een wettelijke norm. In het betoog werd aandacht besteed aan de discussie over de vraag of conformiteit zijn basis heeft in de wet of in de overeenkomst, waarbij de verschillen van benadering, die met name te vinden zijn in het internationale handelskooprecht en het (internationale) consumentenkooprecht, weergegeven werden. Gekozen werd voor de opvatting dat sprake is van een op de wet gebaseerde 'garantie'. De wetgever gaat ertoe over om bepaalde verplichtingen in de wet vast te leggen, zie de *implied term* in Engeland. Ook uit het dwingendrechtelijk karakter van het consumentenkooprecht blijkt het wettelijk karakter: de wetgever hecht zodanig belang aan het inhoud geven van de verplichtingen van de verkoper dat dit dwingendrechtelijk wordt voorgeschreven. Dat de verplichtingen van de verkoper in veel situaties contractueel 'ingekleurd' kunnen en moeten worden doet daaraan niet af.

Wanneer men als uitgangspunt neemt dat de wet de verkoper bepaalde verplichtingen oplegt kan men bij de invulling van het conformiteitsbegrip eerder tot een ruime uitleg van conformiteit komen. Het onderscheid kan verder van belang zijn in het kader van de discussie over een subjectieve of objectieve invulling van het conformiteitsbegrip: in een 'contractuele' visie zou men minder snel tot objectieve, abstracte, kwaliteitseisen kunnen komen. Verder blijken de verschillen bij het onderscheid tussen expliciete en impliciete garanties, in de zin dat door uit te gaan van de wettelijke garantie men kan komen tot een relativering van het onderscheid tussen expliciete en impliciete garanties.

280. Normaal gebruik in de CISG, het Engelse recht, en de Europese Richtlijn

Bij de formulering van art. 35 CISG werd art. 33 LUVI als uitgangspunt genomen. In de CISG werd getracht aan te geven dat de verplichtingen van de verkoper uit het contract voortvloeien. Daarbij spelen echter de 'normale verwachtingen van de koper' een rol. Zo is bijvoorbeeld duidelijk dat zaken verhandelbaar moeten zijn (in de LUVI expliciet vermeld in de tekst). In art. 35 CISG wordt het begrip 'ordinary use' ('normaal gebruik') gehanteerd. Vanaf de totstandkoming van de tekst van art. 35 CISG is problematisch geweest wat 'ordinary use' precies inhoudt. Bij de toepassing van het begrip 'normaal gebruik' uit art. 35 lid 2 sub *a* blijft steeds de vraag hoe dit zich verhoudt tot begrippen uit nationale rechtsstelsels, waarbij verschillen tussen *civil law* en *common law* een rol spelen. Met name de verhouding tot het begrip 'merchantability' is onduidelijk.

Er is verrassend weinig jurisprudentie waarin art. 35 lid 2 sub *a* CISG ten principale aan de orde komt. Belangwekkend is het NAI-vonnis van 15 oktober 2002 inzake *Rijn blend*. Twee oplossingen, *merchantability* en *average quality*, worden uiteindelijk afgewezen als in feite afkomstig uit nationale rechtssystemen, en gekozen wordt voor *reasonable quality* als passende maatstaf gelet op de volgens art. 7 vereiste autonome en uniforme uitleg van het Verdrag. Vanuit het gezichtspunt van de vereiste autonome en uniforme uitleg van het Verdrag verdient de *reasonable quality*-test waarvoor uiteindelijk wordt gekozen inderdaad de voorkeur. Het is echter de vraag of dit criterium, dat toch een zeker vaag karakter heeft (wat is reasonable, welke maatstaf wordt hierbij aangelegd?), in de praktijk niet als te weinig concreet zal worden ervaren en daarom geen navolging zal vinden. Gelet op de vaagheid bestaat ook het gevaar dat binnen dit concept toch, hoewel uitdrukkelijk niet de bedoeling, een meer nationaal-georiënteerde uitleg gaat plaatsvinden.

In de paragraaf over Engels recht wordt het 'merchantability'-begrip, dat ook een rol speelt in discussies over de inhoud van art. 35 lid 2 sub *a* CISG, nader onderzocht. De Engelse wetgeving heeft in de jaren negentig enkele wijzigingen ondergaan, gebaseerd op het rapport van de *Law Commisssion* van 1987. Achtergrond hiervan was met name ook de beperkingen gelegen in de functionele opvatting van geschiktheid (*fitness for purpose*, en de *usability*-test). Het 'merchantability'-begrip, ontstaan vanuit het handelsrecht en daarna breder toegepast, bleek voor het consumentenkooprecht minder geschikt. De beperkingen moeten dus vooral in relatie worden gezien tot het consumentenkooprecht: in een (puur) functionele benadering komt een aantal aspecten die voor consumenten van belang zijn niet tot hun recht. In de huidige wetgeving worden als uitwerking van het algemene criterium *satisfactory quality* (waaronder ook begrepen wordt *state and condition*) dan ook factoren genoemd als, naast *fitness for purpose*, uiterlijk en afwerking (*appearance and finish)*, afwezigheid van kleine gebreken, veiligheid, levensduur. In het Engelse recht is dus 'fitness for purpose' als centraal element vervangen door een lijst met criteria, waarvan 'fitness for purpose' slechts onderdeel is. Met andere woorden: geschiktheid voor gebruik is niet langer de 'controlling notion'.

In de Richtlijn consumentenkoop zijn, naast het criterium van geschiktheid voor normaal gebruik, de elementen *kwaliteit en prestaties*, gekoppeld aan redelijke verwachtingen, toegevoegd. In de literatuur hebben deze criteria tot dusver meer aandacht gekregen dan het 'normaal gebruik'-criterium.

281. Redelijke verwachtingen

'Normaal gebruik' kan ook in de sleutel van de redelijke verwachtingen worden geplaatst. Het gemeenschappelijke thema bij de onderzochte regelingen is toch steeds weer de 'redelijke verwachtingen'. In de Nederlandse wetgeving is dit terug te vinden in de geschiedenis, vanaf het oorspronkelijke ontwerp van 1972 waarin in een korte formulering gesproken werd over 'de eigenschappen bezit welke de koper mocht verwachten', gekoppeld ook aan de omstandigheden van het geval. In de besproken vormen van uniform recht komt het thema ook naar voren, met name in het ontwerp van de *Study Group* en *DCFR*, waar in de meest algemene bepaling gesproken wordt over '... as the buyer may reasonably expect' (*DCFR*) of '... the buyer could otherwise (reasonably) expect' (*Study Group*). In de (geschiedenis van de) CISG is het thema minder makkelijk te herkennen, maar ook hier wordt gesproken over 'the normal expectations of persons buying goods of this contract description'. In het Engelse recht, dat uitvoerig aan de orde kwam, is het thema wel uitgewerkt. In de Europese Richtlijn is in de voorgeschiedenis, in de *Green paper*, duidelijk gesproken over de 'legitimate expectations'. In de literatuur wordt wel in het criterium van art. 2 lid 2 sub *d*, inzake *kwaliteit en prestaties* die redelijkerwijs te verwachten zijn, een criterium van redelijke verwachtingen gelezen. Gelet op de discussie die in Nederland gevoerd is over de redelijke verwachtingen van de koper biedt dit laatste voor Nederland niet echt nieuwe gezichtspunten.

Uiteindelijk komt het bij conformiteit, zeker in de concrete toepassing, aan op de 'redelijke' verwachtingen van de koper. Dit houdt echter niet in dat aan 'normaal' gebruik geen betekenis toekomt. Hoewel dezelfde gezichtspunten een rol kunnen spelen bij beide formuleringen lijkt de 'normaal gebruik'-formulering immers, juist door de concretisering èn de objectivering, kopers-vriendelijker dan het meer neutrale 'niet de eigenschappen bezit die de koper, *gelet op alle omstandigheden van het geval*, mocht verwachten'.

282. Conformiteit bij andere overeenkomsten?

Het onderzoek is beperkt tot conformiteit bij koop in de zin van art. 7:1 BW: de overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen. Er zijn echter overeenkomsten die niet alleen kenmerken hebben van de koop maar ook kenmerken van een ander, al dan niet in de wet nader geregelde, soort overeenkomst. In die situatie moet ten aanzien van de toepasselijke rechtsregels een keuze worden gemaakt. De vraag daarbij is ook in hoeverre 'conformiteit', inclusief de in dat kader gehanteerde begrippen als ' redelijke verwachtingen' of 'geschiktheid voor normaal gebruik', kan worden toegepast.

Als voorbeeld kan de gecombineerde overeenkomst van koop en aanneming van werk worden genoemd. In art. 3 lid 1 van de CISG is uitdrukkelijk geregeld

dat de regels van het Verdrag op dergelijke overeenkomsten in beginsel van toepassing zijn. Dit is slechts niet het geval wanneer de partij die de zaken bestelt (de koper), een wezenlijk deel van de grondstoffen verschaft. In de Richtlijn consumentenkoop is in grote lijn voor dezelfde oplossing gekozen. Als gevolg van art. 1 lid 4 van de Richtlijn consumentenkoop is in art. 7:5 BW een nieuw lid 4 ingevoerd, dat bepaalt dat de kooptitel en titel 7.12 (aanneming van werk) afdeling 1 naast elkaar van toepassing zijn. In geval van strijd prevaleren echter de bepalingen van de consumentenkoop. Dit is zelfs, ter bescherming van de consument-koper, zo wanneer het 'koop'-element een ondergeschikte rol speelt. Verder wordt in art. 7:17 lid 5 BW bepaald dat wanneer door ondeugdelijkheid van door de koper verschafte grondstoffen de geleverde zaak niet voldoet, dit niet aan de verkoper kan worden tegengeworpen. Dit is alleen anders wanneer de verkoper, die vaak beter dan de koper kan beoordelen of de stoffen geschikt zijn voor bewerking, de koper had moeten waarschuwen. Hoewel deze laatste bepaling in de wet is opgenomen als gevolg van de Richtlijn consumentenkoop, zag de wetgever geen aanleiding de regeling te beperken tot consumentenkoop.

Uit het voorbeeld blijkt dat een bredere toepassing van de regels voor koop, inclusief conformiteit, zeker niet uitgesloten is. Tegelijkertijd blijkt dat er redenen kunnen zijn om uitzonderingen te maken. Of de aan conformiteit ten grondslag liggende gedachten ook bruikbaar zijn bij andere overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld ook de huurovereenkomst, is niet uitgewerkt. Het onderzoek is beperkt tot conformiteit bij koop, waarbij wel aandacht is besteed aan de verschillende typen koop.

283. Prijs

Bij conformiteit is waarde een element van betekenis. Een koper zal steeds verwachten dat de geleverde zaak zijn prijs waard is. Aan het slot van Deel 1 is de vraag opgeworpen of 'waarde' niet ook onder het conformiteitsbegrip moet worden gebracht. De betekenis van 'waarde' kan – los van de vraag of aan *uitsluitend* waarde betekenis moet worden toegekend – worden geïllustreerd aan de hand van het belang dat aan prijs wordt gehecht.

Uiteraard is in algemene zin het (markt)prijs-risico voor de koper. Het is de verantwoordelijkheid van de koper dat hij voor zichzelf een zaak met een verantwoorde prijs zoekt. Aangezien hier ook subjectieve verwachtingen en waarderingen een rol spelen, is terughoudendheid geboden. Dit neemt niet weg dat in gevallen waarin makkelijk vast te stellen is wat een courante prijs is en waarin verder geen bijzondere factoren een rol spelen, zeker tegemoet kan worden gekomen aan een gerechtvaardigd verlangen van de koper een zaak te ontvangen met een juiste prijs/kwaliteit verhouding. Vaak is juist de prijs de indicatie van de kwaliteit die de koper mag verwachten. Deze gedachte komt ook op diverse plaatsen naar voren, bijvoorbeeld in beschouwingen over de CISG, maar duidelijker nog in het Engelse recht. In Nederland kan verder worden gewezen op de problematiek van de bodemverontreiniging: de waardedaling als gevolg van bodemverontreiniging komt als schade voor vergoeding in aanmerking. In het betoog is op diverse plaatsen gewezen op de relevantie van prijs. Bij de beoordeling van conformiteit speelt prijs vaak duidelijk een rol, zo blijkt uit de Nederlandse wetsgeschiedenis, het

Engelse recht, en ook, hoewel uiteindelijk niet in de tekst van de Richtlijn opgenomen, uit de geschiedenis van de totstandkoming ervan.

In Nederland werd tijdens de parlementaire behandeling prijs uitdrukkelijk genoemd. De minister somde een aantal elementen op die van belang zijn bij hetgeen de koper mag verwachten, waaronder de hoogte van de prijs. Gelet op de bij de opsomming genoemde andere elementen lijkt 'prijs' zelfs het centrale element. Bijna alle andere genoemde omstandigheden hebben invloed op de prijs: een gebruikt artikel zal goedkoper zijn, bij het soort winkel kan worden gedacht aan 'goedkope' en 'dure' winkels, etc. In die zin wordt in feite het beginsel erkend dat elke kwaliteit zijn prijs kent. Anders geformuleerd: prijs schept verwachtingen.

In Atiyah's *The Sale of Goods* wordt erkend dat '... the price is an important indicator as to what the buyer could reasonably expect.' Hier geldt ook dat 'The implications of the present law are that a buyer is entitled to value for money.' In het Rapport van de *Law Commission* wordt gesteld dat 'the price will often be a guide to the quality of the goods'.

Het 'normaal gebruik'-criterium kan in relatie worden gebracht met de waarde van de prestatie, de prijs. De term 'normaal gebruik' heeft een objectiverende betekenis. Gelet op het 'normaal gebruik'-criterium hoeven de verwachtingen van de koper – bezien in relatie tot de prijs – zeker niet als beperkt worden gezien.

8.5 Bijzonder gebruik

284. Twee vragen

Bij de bepalingen omtrent 'bijzonder gebruik' zijn twee te onderscheiden vragen van belang. De eerste vraag betreft de formulering: houden de in de regelingen opgenomen verschillende formuleringen daadwerkelijk een verschil in betekenis in, en zo ja, wat zijn de consequenties hiervan? Een tweede vraag is hoe 'bijzonder' in relatie moet worden gezien tot 'normaal'. Wordt aan 'normaal' via de term 'bijzonder' nadere invulling gegeven?

285. De formulering van de 'bijzonder gebruik'-bepalingen

Ten aanzien van 'bijzonder gebruik' is er een verschil in benadering tussen enerzijds de LUVI en de Nederlandse wettekst en anderzijds art. 35 van de CISG en § 2-315 van de UCC, waarbij de CISG en de UCC minder strenge criteria hanteren. De afgrenzing van het in het BW gehanteerde criterium dat het bijzonder gebruik 'bij de overeenkomst moet zijn voorzien' (in lid 2) met het begrip 'overeenkomst' (in lid 1 en lid 2 eerste zin) is onduidelijk. De 'bijzonder gebruik'-bepaling van art. 7:17 lid 2 BW in de huidige formulering heeft geen toegevoegde waarde in vergelijking tot lid 1, anders dan dat hierdoor 'normaal gebruik' begrensd wordt. Immers, in lid 1 wordt al vermeld dat zaken aan de overeenkomst moeten voldoen, zodat de enige functie van bijzonder gebruik in lid 2 een begrenzing van 'normaal gebruik' lijkt (dit geldt overigens ook voor de LUVI). In ieder geval is in de Nederlandse wettekst ten onrechte niet opgenomen dat het bijzonder gebruik 'uitdrukkelijk *of stilzwijgend*' kan zijn voorzien, een formulering die zowel in de LUVI als in de CISG te vinden is.

De formulering van art. 35 CISG is anders, in de zin dat niet verwezen wordt naar de overeenkomst, en dat criteria als het vertrouwen door de koper op de bekwaamheid en het oordeel (expertise) van de verkoper beslissend zijn. Het verschil in formulering werpt de interessante vraag op naar het overeenkomst-begrip. In de CISG wordt het begrip koopovereenkomst, zoals gehanteerd in art. 1, niet gedefinieerd. Slechts in art. 2 vindt men de afbakening van het werkingsgebied van het verdrag voor zover het 'koop' betreft. Het is te begrijpen dat men in een verdrag zich niet waagt aan de definiëring van een begrip als 'overeenkomst', gelet op de moeilijkheid om dit abstracte begrip in een definitie te vatten, en gelet op de (academische) discussies die dit onvermijdelijk zal opleveren, zeker in de context van de verschillende rechtssystemen.

Het begrip overeenkomst zelf wordt vaak nog beperkt of strikt omschreven. Daarom is het opvallend om te zien dat in de commentaren op (de redactie van) art. 35 lid 2 onder *b* men veelal geen moeite heeft om te erkennen dat de gekozen criteria (het vertrouwen door de koper op de bekwaamheid en het oordeel (expertise) van de verkoper) praktisch gezien niet of nauwelijks verschilt met een formulering als 'overeengekomen'. In het eigen recht kan men het 'overeengekomene' ook strikt opvatten, of ruim zien. In een ruimere opvatting is er niet echt verschil tussen 'bij de overeenkomst voorzien' en 'overeengekomen'. Vindt men dit te ver gaan, dan kan aansluiting worden gezocht bij de CISG. De in de CISG gehanteerde criteria voor bijzonder gebruik, ter kennis brengen en afgaan op (*reliance*, mogen vertrouwen) deskundigheid, kunnen mijns inziens gehanteerd worden bij de invulling van het begrip 'bij de overeenkomst voorzien' in de Nederlandse wettekst. De gebruikte criteria lijken inhoudelijk zeer geschikt om te bepalen of een bepaald gebruik onder de inhoud van de overeenkomst moet worden gebracht, zie bijvoorbeeld ook de bespreking van de problematiek van buitenlandse wetgeving hieronder. Het valt daarom te betreuren dat in de Europese Richtlijn consumentenkoop de formulering van de CISG niet overgenomen is, maar gekozen is voor een bijzonder restrictieve formulering.

286. Bijzonder en normaal gebruik

Hoewel veel voorbeelden bedacht kunnen worden aan de hand waarvan het verschil tussen 'normaal' en 'bijzonder gebruik kan worden geïllustreerd (wandelschoenen, waterdichte horloges, etc.), blijkt in de praktijk van de rechtspraak het verschil niet tot een duidelijke afgrenzing te leiden. De rechtspraak ten aanzien van bijzonder gebruik in de CISG levert nauwelijks een coherent beeld op. Vaak wordt het onderscheid tussen 'normaal gebruik en 'bijzonder gebruik niet gemaakt, of wordt over 'bijzonder gebruik' gesproken terwijl het in feite gaat om 'normaal gebruik'. Dit gebrek aan duidelijke afgrenzing tussen 'normaal' en 'bijzonder' gebruik komt overigens overeen met de ervaringen in het Engelse recht, waar wordt erkend dat het onderscheid moeilijk te maken valt. Ook in Nederland is er, noch in de literatuur noch in de rechtspraak, een duidelijke scheidslijn te bespeuren. Slechts in de context van de problematiek van bodemverontreiniging is aan het onderscheid aandacht besteed, met name in verband met de vraag of geschiktheid voor verbouwing onder 'normaal' of 'bijzonder' gebruik valt.

287. CISG: de problematiek van buitenlandse wetgeving

Bij een zeer specifieke vraag die met name bij internationale koop een belangrijke rol speelt, namelijk of het geleverde ook moet voldoen aan publiekrechtelijke regelgeving in het land van de koper of het land van bestemming, speelt het criterium bijzonder gebruik wel een belangrijke rol. Hoewel met name aanvankelijk niet geheel duidelijk was of het 'normaal gebruik'-criterium of het 'bijzonder gebruik'-criterium werd toegepast, is de rechtspraak tot consistente resultaten gekomen. De uitspraak van het Duitse BGH inzake de *Nieuw-Zeelandse mosselen* (1995) speelt daarin een cruciale rol. Op grond van het arrest mag de koper in beginsel niet verwachten dat de zaken conform de eisen van het land van de koper of het land van bestemming zijn, behoudens uitzonderingen. De drie mogelijke uitzonderingen zijn de situatie dat de normen ook in het land van de verkoper gelden, de koper de verkoper op de normen heeft gewezen en op diens deskundigheid vertrouwde, of de verkoper kende in het onderhavige geval de normen, of zou deze moeten kennen. Uit de regel volgt dat het in andere landen kunnen gebruiken van de zaken zonder acht te hoeven slaan op ter plekke geldende wetgeving geen 'normaal gebruik' is.

Schlechtriem heeft kritiek geuit op de uitspraak van het BGH, die er zeer kort samengevat op neerkomt dat een algemene, voor alle gevallen geldende, regel niet te geven is. In plaats daarvan lijkt hij een 'rechtstreekse' toepassing van het 'bijzonder gebruik'-criterium van art. 35 lid 2 onder *b* te bepleiten. Er lijkt weinig verschil van inzicht te bestaan over het feit dat het voldoen aan buitenlandse wetgeving niet zonder meer onder de noemer van 'normaal gebruik' valt. Daarmee valt niet uit te sluiten dat dit criterium van art. 35 lid 2 onder *a* geen toepassing zou kunnen vinden: men zou dit als een voorbeeld van een abstracte regel kunnen zien, waarop vervolgens in concreto uitzonderingen gemaakt kunnen worden. Wil men de situatie niet onderbrengen bij het 'normaal gebruik'-criterium, dan komt men in de systematiek van art. 35 CISG bij of het algemeen geformuleerde lid 1, of bij lid 2 onder *b*, terecht.

In de context van de CISG lijkt de in het *Nieuw-Zeelandse mosselen*-arrest geformuleerde regel werkbaar. De kritiek dat er onvoldoende reden is om als regel aan te nemen dat de verkoper niet instaat voor het voldoen aan publiekrechtelijke regelgeving in het land van de koper of het land van bestemming lijkt niet houdbaar, juist gezien in het licht van de mogelijke uitzonderingen die doel en strekking van de hoofdregel verduidelijken. De uitzonderingen geven ook op uitstekende wijze handen en voeten aan de in art. 35 lid 2 sub *b* geformuleerde criteria. Uitdrukkelijk moet daarbij worden aangetekend dat de regel niet opgaat in een puur nationale context. In een nationale context zijn juist de in het *Nieuw-Zeelandse mosselen*-arrest geformuleerde uitzonderingen de regel, zodat uitgegaan moet worden van aansprakelijkheid van de verkoper wanneer de zaken niet voldoen aan van publiekrechtelijke regelgeving.

8.6 Concreet of abstract

288. Inleiding

Moet conformiteit beoordeeld worden vanuit een subjectieve visie, waarbij van belang is of 'deze bepaalde koper, gezien de inhoud van deze concrete overeenkomst en de speciale omstandigheden van het geval, ... de koop toch en wel tegen dezelfde prijs zou hebben gesloten, indien hij de betrokken eigenschap zou hebben gekend'? Is conformiteit uiteindelijk een subjectief begrip, of kan – moet? – conformiteit meer objectief worden gezien? Is bijvoorbeeld gelet op de massaliteit van contracten afstemming aan de hand van een concrete situatie nog wel haalbaar? Kort werd onderzocht van welke opvatting wordt uitgegaan in de CISG en in de Europese Richtlijn; in de context van het Nederlandse recht werd op deze materie uitvoeriger ingegaan.

289. CISG – Europese Richtlijn – BW

Bestudering van het uniforme recht levert weinig antwoorden op. In de beschouwingen over de CISG staat centraal dat getracht is aan te geven dat de verplichtingen van de verkoper uit het contract voortvloeien (concreet), waarbij de 'normale verwachtingen van de koper' echter weer een rol spelen. Verder wordt aan het thema niet veel aandacht besteed; wel wordt gesproken over de vraag of het 'normaal gebruik' een minimumstandaard is. Ten aanzien van de Richtlijn consumentenkoop is het lastig om conclusies te trekken. Bij de totstandkoming werd gesteld dat een objectief element is dat verwachtingen 'legitimate' moeten zijn, hetgeen echter meer lijkt te zien op een objectieve uitleg van de overeenkomst dan op conformiteit als objectief, abstract toe te passen, begrip. In het Engelse recht lijkt men ook uit te gaan van een toepassing van conformiteit waarbij in de concrete situatie gekeken wordt vanuit het perspectief van de redelijke koper. Opvattingen in andere nationale rechtsstelsels zijn verder niet onderzocht.

In Nederland is onder het oude recht gekozen voor een subjectieve opvatting, in de zin van concreet, waarbij subjectief moet worden begrepen als vanuit een subjectieve positie, dat wil zeggen met inachtneming van alle concrete omstandigheden. Al onder oud recht echter vindt men pleidooien voor 'objectieve criteria'. Een criterium als '*normaal* gebruik' lijkt bij uitstek geschikt voor objectivering. In hoeverre is dit het geval?

In het NBW is voor een 'subjectieve' opvatting gekozen. Dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis, waarin 'de omstandigheden van het geval' cruciaal worden geacht, en met de introductie van de 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' criteria op dat punt geen verandering beoogd werd. Daarbij kan echter wel worden aangetekend dat er ruimte is om te 'objectiveren', in de zin dat gekeken wordt naar het gebruik dat naar algemene maatstaven van een zaak behoort te kunnen worden gemaakt. Daarbij kan er op gewezen worden dat de Hoge Raad uiteindelijk in het *DSM/Fox*-arrest aangeeft dat de gemeenschappelijke grondslag is dat bij de uitleg van een schriftelijk *contract* telkens van beslissende betekenis zijn *alle* omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Dit is dus bij uitstek een subjectieve benadering, in de zin van een op de situatie toegespitste, en dus een 'concrete', bena-

dering. Dit neemt niet weg dat in de rechtspraak wel objectiverende elementen te onderkennen zijn.

290. Nederlandse jurisprudentie

In de Nederlandse jurisprudentie zijn er enkele aanknopingspunten te vinden voor 'objectivering'. In de rechtspraak worden soms aan bepaalde 'typen' zaken objectieve kenmerken gekoppeld. Voldoet de geleverde zaak hieraan niet, dan is in beginsel sprake van non-conformiteit.

Deze benadering wordt voor wat betreft de relevante rechtspraak voor het eerst duidelijk in het arrest *Van Kessel/Werklust*, uit 1973, inzake de tweedehands wielloader die niet het bouwjaar 1966 bleek te hebben maar bouwjaar 1963. De Hoge Raad oordeelt dat als de koper bewijst dat in het algemeen bij deze machines de genoemde gebreken bij een bouwjaar 1963 wèl, doch bij een bouwjaar 1966 niet behoefden te worden verwacht, dit voldoende is om een beroep op wanprestatie te doen slagen. Het is aan de verkoper om omstandigheden te stellen die meebrengen dat de koper ook bij een machine bouwjaar 1966 met gebreken rekening moest houden. Voor bepaalde typen zaken geldt dus dat men de voor die zaken typische eigenschappen mag verwachten, behoudens door verkoper te stellen bijzondere omstandigheden.

In het *Oldtimer*-arrest (*Schirmeister/De Heus*) (1994) wordt een algemeen geformuleerde regel als uitgangspunt genomen. Door de Hoge Raad wordt vooropgesteld dat een tweedehands auto 'niet aan de overeenkomst beantwoordt' indien als gevolg van een aan de auto klevend gebrek dat niet op eenvoudige wijze kan worden ontdekt en hersteld, en gebruik van de auto gevaar voor de verkeersveiligheid oplevert. Op deze regel zijn echter uitzonderingen mogelijk wanneer de koper het risico heeft aanvaard, zoals bijvoorbeeld wanneer het om een oude auto gaat, waarbij voor de koper de staat van het plaatwerk belangrijker is dan de verkeerstechnische conditie. Ten aanzien van auto's, inclusief tweedehands auto's, wordt dus een abstract uitgangspunt geformuleerd: een auto moet *minimaal* zonder gevaar voor de verkeersveiligheid gebruikt kunnen worden. Op grond van concrete omstandigheden (subjectief) kan hiervan echter in het nadeel van de verkoper worden afgeweken. De in het *Oldtimer*-arrest geformuleerde regel is voor wat betreft de betekenis van verkeersveiligheid in het arrest *Kousedghi/Westminster Rental* verduidelijkt, in de zin dat wanneer een auto nog andere gebreken heeft, niet op basis van verkeersveiligheid alleen mag worden geconcludeerd dat de auto aan de overeenkomst beantwoordt.

Een gelijke benadering wordt gevolgd op het terrein van bodemverontreiniging. Zo lijkt de rechtspraak in de *Maassluis*-arresten uit te gaan van een ruime aansprakelijkheid van de verkoper van onroerend goed dat verontreinigd blijkt te zijn. Deze abstracte regel voor het type koop 'koop van verontreinigd onroerend goed' blijkt later in concreto in andere situaties, waarin de overheid geen partij is en geen bouwplicht is opgelegd of 'bouwgrond' is uitgegeven, niet te worden toegepast. Dit kan men echter ook als een verfijning van de regel zien.

De objectief-subjectieve aanpak (abstract/concreet) blijkt nog duidelijker uit het arrest *De Rooij c.s./Van Olphen* uit 2005, inzake de uitleg van het 'normaal gebruik'-criterium in de NVM-akte. De Hoge Raad laat zich eerst in enkele over-

wegingen uit over de betekenis van de akte in het algemeen. Deze overwegingen komen er kort gezegd op neer dat naar gangbaar spraakgebruik 'sloop' *niet* valt onder de gehanteerde 'normaal gebruik' conformiteitsnorm. Er lijkt echter ruimte te worden gelaten voor een andere afweging in concreto, bijvoorbeeld wanneer de koper niet (zoals in casu wel het geval was) duidelijk heeft gemaakt de nodige voorbereidingen voor sloop (en nieuwbouw) zelf te zullen treffen. Ten aanzien van de uitleg van de wettelijke norm 'normaal gebruik' in de NVM-akte lijkt dus sprake van een objectivering, naar 'gangbaar spraakgebruik', waarna vervolgens als een soort tweede stap naar de omstandigheden van het geval kan worden gekeken. In die zin blijft normaal gebruik altijd context-gebonden.

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat in de rechtspraak op enkele terreinen voorzichtig objectiverend te werk wordt gegaan. De subjectieve (concrete) benadering blijft echter centraal staan.

291. Het normaal gebruik-criterium: een 'minimum'-standaard?

Het ligt voor de hand het 'normaal gebruik'-criterium als een minimum-vereiste te zien. Er wordt tegemoetgekomen aan de normale verwachtingen van de koper zonder de verkoper, die slechts een 'normale' kwaliteit hoeft te leveren, onnodig te benadelen of belasten. Dit loopt ook in de pas met de structuur van de conformiteitsregelingen, waarin het overeengekomene, normaal gebruik en bijzonder gebruik, een drieluik vormen. Uitgangspunt is het overeengekomene, de verkoper staat verder zonder dat dit overeengekomen hoeft te zijn in voor geschiktheid voor normaal gebruik, en voorzover de koper meer wenst dan dit 'minimum' van het normaal gebruik, zal sprake moeten zijn van bijzondere omstandigheden, waarbij het voor de hand ligt te verwachten dat de koper initiatieven neemt. Daarbij is uiteraard van belang wat de 'normale' verwachtingen zijn. Gewezen kan worden op het rapport van de *Law Commission*, waarin duidelijk gemaakt wordt dat een reden om niet uit te gaan van de (subjectieve) verwachtingen van de koper is, dat dit het risico meebrengt dat het kwaliteitscriterium daardoor onnodig verlaagd wordt. is 'Normaal' kan ook een hogere maatstaf zijn, wanneer, bijvoorbeeld ter bescherming van de koper (consument), aan geschiktheid voor normaal gebruik strenge eisen worden gesteld, waarop dan wel uitzonderingen mogelijk zijn waarbij de koper genoegen neemt met geschiktheid voor een beperkter gebruik.

8.7 Conformiteit naar oud en huidig BW

292. Wanprestatie – verborgen gebreken – garantie

De onder het oude recht gewezen arresten over wanprestatie laten zien dat het criterium 'niet aan de overeenkomst beantwoorden, omdat de zaken niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten' ook onder het oude recht al was gevestigd. Daarbij wordt geen indicatie gegeven dat dit begrip beperkt opgevat zou moeten worden. Naar oud recht zijn ook de arresten van belang waarin, ter vermijding van de verborgen gebreken-regeling, geoordeeld wordt over een (impliciete) garantie. Deze rechtspraak is rechtstreeks

van belang voor het onderwerp conformiteit. Met name in de *Maassluis*-arresten heeft de Hoge Raad de weg vrij gemaakt voor een ruim conformiteitsbegrip.

Beschouwingen over garanties onder het oude recht staan geheel in het teken van onderscheidingen die naar huidig recht als niet of minder relevant worden beschouwd. Met name het onderscheid tussen de primaire remedie van nakoming en de secundaire remedie schadevergoeding, en het onderscheid tussen verbintenissen om te geven, te doen, en niet te doen, ligt aan de basis van de opvattingen van de auteurs. In het huidig BW wordt bij het conformiteitsbegrip terecht geen onderscheid gemaakt tussen prestatieplicht en garantieplicht. Er is geen *fundamenteel* verschil tussen 'gewone' wanprestatie en wanprestatie die gebaseerd is op niet-voldoen aan de garantie. Desondanks kan een 'garantie' een functie hebben als *verruiming* van de verplichtingen. De praktische betekenis hiervan hangt samen met de vraag hoe men de verplichtingen van de verkoper *sec*, dus zonder 'garantie' ziet. Dit is de kwestie van een enge of ruime uitleg van conformiteit.

293. Huidig recht: art. 7:17

De betekenis van art. 7:17 BW en de in het artikel gehanteerde formuleringen laat zich tot dusver grotendeels alleen nog maar kennen door de toelichting in de parlementaire geschiedenis. Gelet op de totstandkoming moet het wetsartikel met name in een internationale context geplaatst worden. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in het parlement zijn de criteria 'normaal gebruik' en 'bijzonder gebruik' niet van een toelichting voorzien. De minister heeft destijds wel een aantal factoren opgesomd die bij beoordeling van conformiteit van belang zijn: de aard van de zaak (nieuw of gebruikt, merkartikel of niet, al dan niet beschadigd), de hoogte van de prijs, het soort winkel waarin is gekocht, de persoon van de koper en verkoper (al dan niet deskundig), de omstandigheden waaronder de verkoop plaats vond (uitverkoop), de mededelingen van de verkoper. Al deze factoren zijn in feite te herleiden tot 'prijs'. Het Engelse recht, waarin in de wettekst een uitvoerige opsomming opgenomen is, is uitvoerig aan de orde geweest en had door de wetgever, zoals ook destijds bij de voorbereidingen al is geadviseerd, tot voorbeeld genomen kunnen worden. De in de parlementaire geschiedenis genoemde omstandigheden, voorzover echt van belang, hadden bij wijze van illustratie in de wettekst vermeld moeten worden. Daarbij hadden inbegrepen moeten worden 'afwerking' en 'levensduur', elementen die nu ten onrechte niet genoemd zijn. Het is aan de rechtspraak om art. 7:17 verder vorm te geven.

294. Rechtspraak van de Hoge Raad

Het is moeilijk om de schaarse Nederlandse rechtspraak in algemene termen te beschrijven. Wat opvalt is dat de Hoge Raad slechts op enkele deelterreinen uitspraken gedaan heeft over 'conformiteit'. Veel van hetgeen de Hoge Raad zegt is uiteraard context-gebonden. De balans opmakend kan in zeer algemene zin geconcludeerd worden dat de Hoge Raad het conformiteitsbegrip tot dusver niet onnodig beperkt heeft uitgelegd. Voor sommige aspecten, zoals bijvoorbeeld verkeersveiligheid of het voldoen aan publiekrechtelijke normen, wordt een ruim standpunt ingenomen, maar op het terrein van de bodemverontreiniging wil de Hoge Raad geen absoluut standpunt innemen, althans leek niet bereid te zijn de in de

Maassluis-arresten ingezette lijn ten aanzien van de aansprakelijkheid van gemeenten algemeen toe te passen. Ten aanzien van de uitleg van de in een modelakte (NVM-akte) opgenomen wettelijke norm 'normaal gebruik' lijkt sprake van een objectivering, naar 'gangbaar spraakgebruik', waarna vervolgens als een soort tweede stap naar de omstandigheden van het geval kan worden gekeken.

295. De discussie over bodemverontreiniging. Enge of ruime visie op conformiteit

De problematiek van de bodemverontreiniging is in feite nog steeds het enige gebied waar discussie over conformiteit heeft plaatsgevonden. Het gaat daarbij om discussie in een wat meer algemene zin, en niet ten aanzien van de concrete toepassing van de conformiteitsnorm op een gegeven casus. In de *Maassluis*-arresten werd de verkoper (de gemeente Maassluis) aansprakelijk gehouden voor ernstige aantasting van de 'woonfunctie' en 'woonbestemming' door bezwaren vanuit het oogpunt van volksgezondheid. In latere arresten, waarin particulieren tegenover elkaar staan en de overheid geen partij is, is deze lijn niet voortgezet en lijkt sprake van een meer terughoudende opstelling. In de rechtspraak is dus zeker geen absoluut standpunt ten aanzien van aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging te vinden.

De discussie over bodemverontreiniging in Nederland illustreert bij uitstek het verschil tussen een enge of ruime visie op conformiteit. 'Normaal gebruik' is naar intern Nederlands recht in algemene zin, zie art. 7:17 BW, het criterium dat ruimte biedt voor een enge of ruime benadering. Dit blijkt op een aantal punten. Zo kan worden gewezen op de discussie over de te verwachten levensduur van een product, een aspect dat in 1980 al aan de orde was, maar daarna uit het zicht verdwenen is, en nu onder invloed van de Europese Richtlijn weer actueel wordt. Verder kan worden gedacht aan de vraag of conformiteit en normaal gebruik zien op 'eigenschappen' die echt nodig zijn voor *gebruik*, of dat het criterium ruimer bedoeld is. Aandacht is besteed aan de discussie over 'nut' of 'waarde'. De verschilpunten kunnen worden geïllustreerd aan de hand van de benadering in de problematiek rond bodemverontreiniging. Bodemverontreiniging leidt tot problemen ook wanneer het geleverde ondanks de bodemverontreiniging op dezelfde manier kan worden gebruikt als de vorige eigenaar het gebruikte, wanneer pas op den duur kosten gemaakt zullen worden, of wanneer uiteindelijk opnieuw verkocht zal worden. Verdedigd is dat er geen redenen zijn om de genoemde elementen *a priori* van het conformiteitsbegrip uit te sluiten. Een 'ruime' benadering verdient de voorkeur.

Summary

Introduction
This book deals with conformity in sales. What are the responsibilities of the seller concerning quality? Art. 7:17 of the New Dutch Civil Code (New Civil Code, *(N)BW*), which addresses this issue, is the primary subject of inquiry. In order to examine the purpose and meaning of the article, a comparison is made with the CISG (United Nations Convention on the International Sale of Goods) and the European Directive on consumer sales (Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees). Both are also 'Dutch' law, in the sense that they are in force in The Netherlands but apply to specific types of contracts: the CISG to international sales contracts and the European Directive to sales by a professional seller to a consumer. English law and American sales law are also discussed.

In Part 1 of the book, general issues concerning conformity are explored and an overview of Dutch literature is provided. In Part 2, art. 7:17 BW and its history are examined in more detail, and a comparison is made with various other legal systems, including the CISG and the European Directive.

Before art. 7:17 BW came into force in 1992, problems of 'conformity' were dealt with in different ways in The Netherlands. The old Civil Code (*BW oud*), dating from 1838, contained rules – copied from the French Civil Code – on liability for hidden defects. Conformity was also dealt with by applying a general doctrine of 'breach' (*wanprestatie*), but this was only allowed for contracts involving generic goods (*soortzaken*). For sales of individual things (*species-zaak*), the rules on hidden defects, which were unfavorable to the buyer in that the buyer had to file a lawsuit within a very short period of time and was allowed limited damages in most cases, had to be applied. A way out was found through the application of 'guarantees' (*garantie*). If a breach of an explicit or implicit guarantee could be found, the buyer could proceed on that basis without encountering the problems connected to the rules on hidden defects. In particular, the implicit or implied guarantee (*impliciete garantie*) proved to be of great value in this respect. In Part 3 of the book, conformity as embodied in art. 7:17 BW is compared with the old law.

General issues and different perspectives
Not only the words, phrases, or terminology used in the conformity requirements are important. Perhaps of even greater significance are the perspectives from which the requirements are considered in their application. A number of perspectives are examined in Chapter 1 of the book.

Caveat emptor is the old maxim in sales law (explicitly stated in common law, but also applicable in civil law to a large extent). Nowadays, however, a system in which the seller only has to deliver the object of the sale to the buyer, without regard to the expectations of the buyer as to the quality, seems untenable. A balance has to be struck. Some English authors even argue that in common law indeed *caveat venditor* has become the rule. The same has been said in connection with conformity requirements in the CISG. It should be acknowledged that these perspectives play a role when difficult issues concerning the scope of conformity are decided upon.

When deciding whether the seller has fulfilled his or her duties, one might apply an objective approach by considering standards for the goods delivered, or take a subjective approach by looking at the expectations of the parties involved. In Dutch legal literature, these different approaches fit in with a more general debate as to the application of rules. This involves whether rules should be applied 'objectively' (in a general fashion) or 'subjectively' (taking all particular circumstances of a case into consideration). The debate pertained not only to sales law but to general contract law doctrines such as mistake (error), force majeure, etc. The subjective view has clearly prevailed, both in the general debate and in the debate as applied to the duties of a seller. Nevertheless, these different perspectives are still worth considering. In times of mass production, of chains of production and of delivery in which multiple parties are involved, and of often de-personalized relations between buyer and seller, could a more 'objective' standard be called for?

This debate on objective or subjective standards should not be confused with questions concerning standards used in the construction or interpretation of contracts. In common law, a highly objective standard is applied, whereas in civil law traditionally a more subjective view is taken. These different approaches may be illustrated by art. 8 CISG, which in section 1 adopts the subjective standard (parties' intent), and in section 2 the objective standard (the reasonable person). It seems the differences between civil law and common law nowadays have been greatly reduced. Probably more significant is the issue of what circumstances are considered when interpreting contracts; see art. 8 section 3.

Is conformity such a general concept that it can be used regardless of the type of sales contract? A distinction can be made between international sales (of commodities, etc.); a regular, archetypal sales contract; consumer sales (meaning a sale of goods by a professional to a consumer); and sales of real property. In Chapter 1 it is briefly examined whether it is clear from the outset that different criteria for conformity should be adopted for different types of sales. The revision of the

English Sale of Goods Act (SGA) is particularly interesting in this respect. Different provisions for different types of sales were rejected, even though a revision of the conformity (warranty) provisions was clearly prompted by the recognition that the terminology used, especially the merchantability criterion, was ill-suited for modern types of sales contracts, notably consumer sales. In The Netherlands, the issue was debated by an advisory council (1980) but received little attention during the parliamentary debate. It should be noted that art. 7:17 BW, the conformity requirement, is applicable to *all* types of sales, including the sale of real property. Although general criticism was leveled with regard to the fact that the sales provisions were geared too much towards sales of goods, no serious objections were raised as to art. 7:17 BW. Much of the debate, however, took place before 1985, at which time 'normal use' was introduced into the language of the article. The analysis of the book covers all types of sales. In Part 2, international sales (CISG) and the European Directive on consumer sales are discussed. In Part 3, considerable attention is devoted to the sale of real property and to problems caused by soil pollution.

Another issue of a more general nature is whether conformity is contract-based or based on the law (legal guarantee). In Chapter 2, a distinction is made between the various conformity requirements. The various sections of art. 7:17, as introduced in 1992, contain provisions of a different nature. Some refer explicitly to the parties' contract or actions: not considered to conform are, for instance, 'a thing other than the one agreed to' or a thing not corresponding to 'a sample or model shown or given'. These requirements are contract-based. Other requirements are not connected or are only indirectly connected to the contract or to the parties' actions: in the Dutch provision, this would apply to the 'normal use' requirement of section 2. It should be noted that the same distinction can be made in other systems: see e.g. the UCC provisions, where reference is made to the contract. Another example of a contract-based provision would be CISG art. 35 section 2 under *c*: possess the qualities of goods which the seller has held out to the buyer as a sample or model. It is pointed out that English law with its use of the *implied term* recognizes the distinction, but at the same time it bridges the differences by noting that the implied terms to a great extent are based on parties' expectations.

In international sales law there is a strong tendency to view conformity as a contractual arrangement. It cannot be denied, however, that, as a matter of principle, elements of conformity are based on the law. This recognition may be important with regard to issues such as the scope of conformity (a broad or narrow view) and the distinction in Dutch law between explicit and implicit guarantees (*garanties*). The focus of the book's inquiry is on the 'legal' element of conformity: in Dutch law, the 'normal use' element. In Dutch law, 'special use' is also part of art. 7:17 BW. In art. 7:17 BW section 2, goods conform if suitable for 'special use' *as provided for in the contract*. This requirement is discussed further in Chapter 4 in connection with the provisions of the CISG and European Directive.

Influence of uniform law and comparison with other legal systems
In Chapter 2, the parliamentary history of art. 7:17 BW is reviewed. The Dutch legislator at first drafted a short and concise article, stating merely that the thing to be delivered had to be 'in conformity with the contract', and that it should have 'the properties which the buyer was entitled to expect'. This criterion was adopted from uniform sales law, the predecessor of the CISG, The Hague Convention on the International Sale of Goods (ULIS, hereafter: LUVI), without the elaborate listing of relevant factors of art. 33 LUVI. In 1984, 'taking into account the circumstances' was added to the text of the draft as a clarification. Some relevant circumstances were enumerated in the accompanying memorandum: nature of the thing sold (new or used; brand or generic, damaged or not), price, type of store, buyer's and seller's expertise, circumstances (goods on sale), and statements made by seller. Parliament still considered the text to be insufficiently amended. In light of this criticism, in 1984 the text was brought into even closer alliance with uniform sales law when the criteria 'normal use' (ordinary use, *normaal gebruik*) and 'special use' (specific purposes, *bijzonder gebruik*) were introduced. Remarkably, no further comments were provided, other than that 'no change was intended'. Without debate or analysis, the legislator has in fact taken the relevant criteria from uniform sales law, without an analysis of whether these criteria, derived from rules for a specific type of sales contract, would be suitable for all types of sales. Be that as it may, it is clear that the legislator did not intend that the criteria that were introduced, notably the 'normal use' criterion, would be exhaustive. Thus, even if 'normal use' is interpreted in a narrow fashion, this leaves room for application of conformity in a broader sense.

The Dutch legislator failed to develop a clear view of what the 'conformity' article should encompass. This becomes evident when looking at the parliamentary history of an article found in the more general provisions of Book 6 NBW, art. 6:28 BW, which provides that in cases where the thing or the things due are only determined as to kind, and if there exists a difference of quality within the kind, the debtor may not deliver a thing of 'less than average good quality'. During the deliberations on this article, no reference to the conformity requirements of sales law, which at that time had to be developed, was made, and later, in the discussions on art. 7:17, art. 6:28 was not considered. Clearly, the rules embodied in art. 6:28 should be an element of art. 7:17.

In Dutch law, the key element of conformity is 'normal use', and to some extent 'specific use', as provided for in art. 7:17 section 2. Uniform law, LUVI, and CISG inspired these provisions. In order to gain a better understanding of the meaning of the Dutch provisions, one can turn to uniform law and to other legal systems in which this or a similar term is used. The results of the comparison with conformity rules in other systems may be summarized as follows.

Thus far, the exact meaning of 'ordinary use' in CISG art. 35 section 2 sub *a* has not been the subject of much controversy. From the history of the Convention it is clear that in order to 'conform', goods should be fit for resale. As to the exact stan-

dard of quality to be applied, there is some disagreement. In an important arbitration proceeding concerning *Rijn blend*, the NAI tribunal considered various options. Both 'merchantability' (common law) and 'average quality' (civil law) were rejected as being contrary to the demands of uniform interpretation as embodied in art. 7 CISG. Instead, a standard of 'reasonable quality' was adopted. The result is correct, but it remains to be seen whether this standard can be applied independent of notions developed in domestic law.

One conformity issue that has inspired some debate is this: under the CISG, should the goods delivered be in compliance with rules and regulations of the buyer's country or with those of the country of destination? The German highest court answered in the negative. The issue was considered in the famous *New Zealand Mussels* case and the court held that, subject to certain exceptions, the seller should not be held liable. Other courts followed. The rule and exceptions of the *Mussels* case are, it is argued, a correct application of the provisions of the CISG, notably the interplay between the ordinary purpose and specific purpose provisions. However, the results reached are not directly significant for domestic law. In fact, the example shows that conformity should be applied differently in different settings.

Case law under the CISG concerning 'ordinary purpose' and 'particular purpose' does not show that the distinction otherwise is really relevant, or that the term 'particular' helps clarify what 'ordinary' exactly entails. In the CISG, fitness for a 'particular purpose' is contingent upon whether the purpose has been expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely on, or that is was unreasonable for him to rely on, the seller's skill and judgment. This standard seems more relaxed than the Dutch standard of 'specific purpose' as provided for in the contract. The Dutch legislator should at least have made it clear that implicit agreement is sufficient, as was the case in art. 33 LUVI. But even then, the wording of the Dutch provision raises the question of what exactly is 'the contract'. Is this a narrower concept than what is covered by the knowledge, expertise, or reliance standard of CISG art. 35 section 2 sub *b*? Foreign authors, unaware of the Dutch provision, do not seem to see a sharp distinction between the standard of art. 35 section 2 sub *b* and the contract. It is suggested that the wording of the Dutch provision should be read the same way as that of the CISG. In the meantime, it has to be recognized that the European directive takes an even more restrictive approach.

'Normal use' and 'specific purpose' are read in conjunction with each other. In Dutch literature, the distinction between the two has been the main theme. There is a general agreement that 'normal use' should not be construed too narrowly, thereby making oblivious the analysis of the interplay between art. 7:17 section 1 and 2, or the meaning of the term 'characteristics' in section 2. This dichotomy of the two terms is challenged by newer proposed legislation.

In the SGA, 'merchantability' has been replaced by 'satisfactory quality'. Satisfactory quality is a very general concept, which includes – among others, as s.14 explicitly states – not only fitness for purpose but also more specific elements such as state or condition, appearance and finish, freedom from minor defects, safety, and durability. Changes in the language of the statute were prompted by the recognition that 'merchantability' had lost much of its meaning ('a word of uncertain meaning which is largely obsolete') and was not suitable for consumer sales, and by a desire to move away from the 'usability' test towards a standard of 'acceptability'. The changes result in a less prominent role for the 'fitness for ordinary use' criterion.

The European Directive introduces a more general criterion: 'show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect...' Much of the debate on how broad or narrow conformity should be construed under art. 2 of the Directive will focus on this criterion. It should be noted that 'durability', an element explicitly mentioned in s. 14 SGA, unfortunately is not included in art. 2 of the Directive.

It is point out that price is an important element in establishing what expectations the buyer could reasonbly have. 'Value' therefore is an important element of conformity. Of course, generally speaking the risk of price fluctuations (changes in the market) is for the buyer. However, expectations are often determined by the price paid. This is recognized in literature on the CISG, English law and Dutch law.

In the Netherlands, one can point at the delibarations in Parliament on relevant factors to be taken into account when deciding issues of conformity. All the relevant factors enumerated are in a way connected to price. In Atiyah's *The Sale of Goods* it is recognized that '... the price is an important indicator as to what the buyer could reasonably expect.' It is stated that 'The implications of the present law are that a buyer is entitled to value for money.' The *Law Commission Report* states 'the price will often be a guide to the quality of the goods'.

Dutch law: old and new

In the comparison of the old Dutch law (the law prior to the coming into force of the major part of the New Dutch Civil Code in 1992) with the new law, general rules on breach of contract and on breach of guarantee are considered.

In a series of judgments in the early 1970s, the Hoge Raad (highest court in The Netherlands in civil matters) marked the distinction between applicability of the old rule on hidden defects (applicable to the sale of an individual thing only, *species-zaak*) and sale of a general rules on breach of contract (*genus-zaak*). In 1971, the court, no doubt inspired by the LUVI, adopted the 'conformity' standard as the relevant criterion for breach. In the following years, the court applied conformity in cases concerning machinery and automobiles. In a 1973 case, an interesting approach was developed. The court held that if a buyer could prove that in general the defect complained of did not exist in a certain type of goods (machinery

produced in a specific year), an action for breach of contract would be allowed, unless the seller could argue specific circumstances. In a 1994 case, an even more general rule concerning second-hand cars was adopted: such a car does not 'conform' if it is not safe to drive. An objective, abstract approach is taken: even second-hand cars should be safe. Exceptions can be made, however, on the basis of subjective (specific; concrete) circumstances.

A similar approach is taken in the important cases concerning soil pollution: the *Maassluis* cases. In these, the municipality of Maassluis was held liable for soil pollution in lawsuits brought by the buyer, a real-estate developer, and successive buyers. A broad liability was assumed. Even buyers who did not relocate were allowed recovery for diminished value of their homes. In later cases, the court did not further develop this liability. Instead, under different sets of facts – only private parties involved, no duty under the contract to build, etc. – the court seemed more reluctant to allow recovery.

The *Maassluis* cases were brought on the basis of breach of warranty (guarantee, *garantie*), necessitated by applicability of the hidden defect rules. The breach of warranty rule was developed in order to escape the disadvantages, especially for the buyer, of the rule applicable on hidden defects. In Chapter 6, the 'guarantee' (*garantie*) is examined more closely. With the introduction of the conformity requirement, the 'guarantee' has lost much of its significance. As a means to accept full legal consequences (no defense as to liability in case of breach), its significance is limited, considering recent case law indicating that liability for quality is a strict liability. The main role of a guarantee might lie in clarifying the seller's obligations as to quality.

Up until now, the Hoge Raad has had little opportunity to develop the concept of conformity. In a 2005 case, the court elaborated on the rules laid down in the 1994 case concerning second-hand cars: the *Oldtimer* case. The court explained that even if a second-hand car is safe to drive, this is not the end of the inquiry. Other defects may lead to liability as well, thus allowing for an even more 'subjective' approach.

An important case is the 2005 case concerning the sale of real estate, in which parties used a model deed. In the deed, the 'normal use' criterion was included. The court held that 'normal use' did not include demolishing a building in order to rebuild. The court seems to take an objective, abstract approach, nevertheless allowing again for special, subjective circumstances.

Geraadpleegde literatuur

Anonymous (1969)
'Liablity of builder-vendor or other vendor of new dwelling for loss, injury, or damage occasioned by defective condition thereof', 25 *American Law Reports* 3d p. 383 (1969)

Anonymous (1978)
'Uniform Commercial Code: Implied warranty of fitness for particular purpose as including fitness for ordinary use', 83 *American Law Reports* 3d p. 656 (1978)

Anonymous (1979)
'Who is "merchant" under UCC § 2-314(1) dealing with implied warranties of merchantability', 91 *American Law Reports* 3d p. 876 (1979)

Abas (2000)
P. Abas, 'Iets over de rol van het iustum pretium in het Catalaanse recht en de betekenis daarvan voor het BW', *WPNR* 6384 (2000) p. 6

Achilles (2000)
W.A. Achilles, *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, Neuwied: Luchterhand (2000)

Van Acht e.a. (1992)
R.J.J. van Acht, E. Bauw, J.H. Jans, N.S.J. Koeman, *Milieuprivaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992)

Van Acht en Bauw (1996)
R.J.J. van Acht en E. Bauw, *Milieuprivaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e dr.; 1996)

Algra (1984a)
N.E. Algra, *Koning Klant, een dwingeland? De koop volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff (1984)

Algra (1984b)
N.E. Algra, 'Soepel dwingend recht', *WPNR* 5691 (1984) p. 189

Aquarius (1906)
Th.J.H. Aquarius, *De artt. 1540-1548 van het Burgerlijk Wetboek*, (diss. Utrecht) Roermond: Roermondsche Stoomdrukkerij (1906)

Asser-Van Goudoever (1948)
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Derde deel. Verbintenissenrecht. Eerste stuk, bewerkt door H. van Goudoever, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e dr.; 1948)

Asser-Hartkamp 4-I (2004)
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer (12e dr.; 2004)
Asser-Hartkamp 4-II (2005)
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, bewerkt door A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer (12e dr.; 2005)
Asser-Hijma 5-I (1994)
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel 1. Koop en ruil, bewerkt door J. Hijma, Deventer: Tjeenk-Willink (5e dr.; 1994)
Asser-Hijma 5-I (2007)
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel 1. Koop en ruil, bewerkt door J. Hijma, Deventer: Tjeenk-Willink (7e dr.; 2007)
Asser-Kamphuisen (1945)
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Derde deel - Verbintenissenrecht. Derde stuk. Bijzondere overeenkomsten I, bewerkt door P.W. Kamphuisen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1945)
Asser-Kamphuisen (1960)
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Derde deel. Verbintenissenrecht. Derde stuk. Bijzondere overeenkomsten, bewerkt door P.W. Kamphuisen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (3e dr.; 1960)
Asser-Schut (1981)
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel 1. Koop en ruil, bewerkt door G.H.A. Schut, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (4e dr.; 1981)
Asser-Veegens (2005)
Asser-Serie Procesrecht *Cassatie in burgerlijke zaken*, D.J. Veegens, bewerkt door E. Korthals Altes en H.A. Groen, Deventer: Kluwer (2005)
Atiyah (1995)
P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press (5th ed.; 1995)
Atiyah / Adams (2005)
P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector MacQueen, *The Sale of Goods*, Harlow, England: Pearson Education (11th ed.; 2005)
Aubel (1976)
C.P. Aubel, *Vrijwaring en verhaal*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1976)
Aubel (1984)
C.P. Aubel, 'Stilzwijgende garantie of billijkheid?', in: *Goed en trouw* (Van der Grinten bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1984) p. 315
Audit (1990)
B. Audit, *La vente internationale de merchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris: L.G.D.J. (1990)

Baasch Andersen (2007)
Camilla Baasch Andersen, *Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International (2007)
Bakels (1993)
F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1993)
Bakkers (1961)
R. Bakkers, *Rechtsgewoonten betreffende de handelskoop*, Amsterdam: Noord-Hollandsche uitgevers (1961)
Bartels en Giesen (2006)
S. Bartels en I. Giesen, 'Wisseling van de wacht in standaardrechtspraak. Aan de hand van Haviltex, Fox en het Bloemendaalse slooppand', in: *Contracteren internationaal* (Grosheide-bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006), p. 61
Bauw (1994)
E. Bauw, *Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging*, (diss. Amsterdam UvA) Deventer: Kluwer (1994)
Bauw en Brans (2003)
E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer (3e dr.; 2003)
Beale (2002)
H. Beale e.a., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart (2002)
Beale, Bishop & Furmston (2001)
H.G. Beale, W.D. Bishop & M.P. Furmston, *Contract. Cases & Materials*, Butterworths Lexis Nexis (4th ed.; 2001)
Beale & Howells (1997)
H. Beale & G. Howells, 'EC harmonization of Consumer Sales Law – A missed opportunity?', *Journal of Contract Law* 1997, p. 21
Beatson (2002)
J. Beatson, *Anson's law of contract*, Oxford: Oxford University Press (28th ed.; 2002)
Van der Beek (2007)
H.L. van der Beek, 'Europees consumentenrecht en de verplichting tot ambtshalve toetsing door de rechter', in: D. Busch en H.N. Schelhaas (red.), *Vergelijkender Wijs*, (afscheidsbundel E.H. Hondius) Deventer: Kluwer (2007), p. 11
Beenakkers (1991)
E.M.T. Beenakkers, *Aandacht van de overheid voor bodembescherming: sinds wanneer? Een literatuuronderzoek*, Den Haag: WODC (1991)
Benjamin's (2002)
A.G. Guest (gen. ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet & Maxwell (6th ed.; 2002)

Benjamin's supplement (2003)
C.J. Miller (gen. ed.), *Benjamin's Sale of Goods Special Supplement to the 6th edition*, London: Sweet & Maxwell (2003)
Benjamin's (2006)
A.G. Guest (gen. ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet & Maxwell (7th ed.; 2006)
Bernstein & Lookofsky (1997)
H. Bernstein & J. Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, The Hague: Kluwer Law International (1997)
Bernstein & Lookofsky (2003)
H. Bernstein & J. Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, The Hague: Kluwer Law International (2nd ed.; 2003)
Berger (1994)
K.F.M. Berger, 'Verhouding tussen verkoper en koper van registergoederen in het licht van bodemverontreiniging (bijdrage studiedag bodemverontreiniging en onroerend goed)', *BR* 1994, p. 35
Berger (1995)
K.F.M. Berger, 'Vernietiging tengevolge van dwaling na levering', *WPNR* 6178 (1995) p. 280
De Best (2002)
P.W. de Best, 'De impliciete garantie', in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer (2002) p. 101
Bethlem (2002)
Ch.E. Bethlem, 'Een pixeltje meer of minder: garanties in het kader van een consumentenkoop mede bezien in het licht van de implementatie van de richtlijn', *TvC* 2002, p. 217
Bianca / Bonell (1987)
C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Milan: Giuffrè (1987) (ook te raadplegen via internet, voor commentaar op art. 35 http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bianca-bb35.html)
Bianca / Grundmann (2002)
Massimo C. Bianca & Stephan Grundmann (eds.), *EU Sales Directive Commentary*, Antwerpen: Intersentia (2002)
Van Bijnen (2005)
R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht*, (diss. Tilburg) Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2005)
Van Bijnen (2006)
R.H.J. van Bijnen, 'Veilige havens: aanvullend contractenrecht als keuzemenu', *AA* 2006, p. 218
Bijzondere overeenkomsten (losbladig)
B. Wessels en A.P.A. de Klerk-Leenen (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (losbl.)
Bitter en Bijl (2007)
J.W. Bitter en M. Bijl, 'Dwaling en het Weens Koopverdrag', *MvV* 2007, p. 195

De Boer, L. (1989)
L. de Boer, 'Van aansprakelijkheid uit overeenkomst ter zake van onroerend goed', in: N.S.J. Koeman, W.J. Ouwerkerk, J.M. van Dunné (eds.), *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1989) (VMR 1987-4)
Bollen (2004)
C. Bollen, 'Onjuiste mededelingen en de samenloop tussen dwaling en wanprestatie: de ene mededeling is de andere niet!', *NTBR* 2004, p. 414
Bolt (1988)
A.T. Bolt, *Nakoming*, Deventer: Kluwer (1988) (Mon. NBW B 32a)
Bolt en Scheltema (1998)
A.T. Bolt en M.W. Scheltema, *Nakoming*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 1998) (Mon. NBW B 32a)
Bomhof (1988)
L. Bomhof, 'De tekortkomingen bij het optreden tegen bodemvervuiling (slot). Een schets van de beperkte juridische mogelijkheden in ons recht', *Gst.* 6847 (1988) p. 4 (deel I in *Gst.* 6846 (1987) p. 421)
Bonell (1985)
M.J. Bonell, 'Die Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980', *Österreichische Juristische Blätter* 1985, p. 385
Bonell (2005)
Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Transnational: Irvington-on-Hudson New York (3rd enlarged ed.; 2005)
Bongerd en Van Wechem (1995)
M.P. Bongerd en T.H.M. van Wechem, 'Mededelingen van de verkoper en het leerstuk van de conformiteit', *NTBR* 1995, p. 115
Bonnet (1953)
A.D. Bonnet, *Risico bij koop in verband met de eigendomsovergang*, (diss. Amsterdam UvA) Amsterdam: Cito (1953)
Van Boom (1998)
W.H. van Boom, 'Koop van vorderingen; over conformiteit, risico en betaling in driepartijenperspectief', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!* BW-krant Jaarboek 14, Deventer: Gouda Quint (1998) p. 65
Van Boom (2003)
W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RM Themis* 2003, p. 297
Van Boom en Barendrecht (2000)
W.H. van Boom en J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: I. Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid.* BW-krant Jaarboek 16, Deventer: Gouda Quint (2000) p. 45
Van Boom en Kottenhagen (2006)
W.H. van Boom en R.J.P. Kottenhagen, 'De richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlands recht', in: F. De Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (2006), p. 133

Boon (1999)
D. Boon, 'Verborgen gebreken bij huisdieren: het nieuwste recht', *AA* 1999, p. 902
Bos en Krijnen (1998)
H.J. Bos en K. Krijnen, 'Het vernieuwde bodemsaneringsbeleid. Beleidsontwikkelingen en regelgeving bodemsanering', *TMA* 1998, p. 179
Bot (1997a)
T.W.M. Bot, 'Annotatie bij Hof Amsterdam 17-11-1994', in: P. Aland (red.), *Jurisprudentie Milieurecht 1996*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink (1997) p. 1
Bot (1997b)
T.W.M. Bot, 'Annotatie bij Rb. Harlingen 24-5-1995', in: P. Aland (red.), *Jurisprudentie Milieurecht 1996*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink (1997) p. 4
Bot (1999)
T.W.M. Bot, 'Annotatie bij Rb. Rotterdam 14-11-1996', in: P. Aland (red.), *Jurisprudentie Milieurecht 1997*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink (1999) p. 27
Braams en Kottenhagen-Edzes (1996)
W. Th. Braams en P.A. Kottenhagen-Edzes, '"Consument", milieu en zorgvuldigheid', in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Consument zonder grenzen.* Opstellen aangeboden aan M. van Delft-Baas, Deventer: Kluwer (1996) p. 135
Bradgate (1995)
R. Bradgate, 'Harmonisation of legal guarantees: a common law perspective', *Consumer Law Journal* 1995, p. 94
Brahn en Reehuis (2007)
O.K. Brahn en W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (8e dr.; 2007)
Van Brakel (1929)
S. van Brakel, *De Subjectiveering van het Recht*, (oratie) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1929)
Van Brakel (1948)
S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht*, eerste deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1948)
Breedveld-de Voogd (2002)
C.G. Breedveld-de Voogd, 'De uitleg van de akte van levering bij de overdracht van een onroerende zaak', *RM Themis* 2002, p. 244
Breedveld-de Voogd (2007)
C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (2007)
Breedveld-de Voogd en Heyning (1993)
C.G. Breedveld-de Voogd en S.H. Heyning, 'Bodemclausules in model koopovereenkomst', *JBN* juni 1993, p. 3
Breedveld-de Voogd en Huijgen (2007)
C.G. Breedveld-de Voogd en W.G. Huijgen, 'Uitleg van een akte van levering bij de overdracht van onroerende zaken', *WPNR* 6709 (2007) p. 398
Bregstein (1948)
M.H. Bregstein, 'De invloed van dwaling op rechtshandelingen', *WPNR* 4039 (1948) p. 207, ook in: *Verzameld werk*, p. 163

Bregstein (1957)
M.H. Bregtein, 'De samenloop van vorderingen bij gebrekkige levering uit koop', *WPNR* 4487-4489 (1957) p. 169, p. 182, p. 193, ook in: *Verzameld werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1960), p. 407

Bremmers (1995)
H.J. Bremmers, *Milieuschade en financieel verslag*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer (1995)

Bridge (1997)
Michael Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press (1997)

Bridge (1999)
M. Bridge, *The international sale of goods. Law and practice*, Oxford: Oxford University Press (1999)

Bridge (2003)
M. Bridge, 'What is to be done about sale of goods', *Law Quarterly Review* 2003, p. 173

Van de Brink (2006)
V. van de Brink, 'Uitleg van rechtshandelingen of uitleg van gedingstukken', in: H.J. van Kooten (red.), *Hartkampvariaties*, Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp op 20 januari 2006, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, Deventer: Kluwer (2006), p. 1

Broekema-Engelen
B.J. Broekema-Engelen, Bijzondere contracten; koop en verkoop, *TPR* 1997, p. 1686

Brüggemeier (2000)
G. Brüggemeier, 'Zur Reform des deutschen Kaufrechts – Herausforderungen durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie', *Juristenzeitung* 2000, p. 529

Brunner (1996)
C.J.H.B. Brunner, *De normen in het privaatrecht*, (afscheidscollege) Deventer: Kluwer (1996)

Brunner / De Jong (2004)
C.J.H. Brunner en G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 2004)

Brussaard (1991)
W. Brussaard, Th.G. Drupsteen, P.C. Gilhuis, N.S.J. Koeman, *Milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e dr.; 1991)

Van der Burg (1972)
V.A.M. van der Burg, 'De prestatieplicht bij soortzaken', *WPNR* 5172 (1972) p. 209

Cahen (1972)
J.L.P. Cahen, *De dwaling in het privaatrecht. De dwaling bij het tot stand komen van de overeenkomst*, (preadvies Algemene Vergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen) 1972, p. 73

Cahen (1990)
J.L.P. Cahen, 'Het toekomstaspect bij de dwaling', in: *Om wille van de consument* (Clausing-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1990), p. 25
Castermans (1987)
A.G. Castermans, 'De mededelings- en onderzoeksplicht bij koop en verkoop van onroerend goed', *BR* 1987, p. 652
Castermans (1989)
A.G. Castermans, 'Over de mededelingsplicht ter zake van bodemverontreiniging', in: F.C.M.A. Michiels (red.), *Zand erover? Milieurecht in de advocatenpraktijk* Jonge Balie congres 1989, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1989), p. 59
Castermans (1991)
A.G. Castermans, 'Een (algemene) voorwaarde over bodemvervuiling', *M&R* 1991, p. 322
Castermans (1992)
A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1992)
Chao-Duivis (1996)
M.A.B. Chao-Duivis, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst*, (diss. Tilburg) Deventer: Kluwer (1996)
Chitty I (2004)
Chitty on Contracts. Volume I General Principles, London: Sweet & Maxwell (29th ed.; 2004)
Chitty II (2004)
Chitty on Contracts. Volume II Specific Contracts, London: Sweet & Maxwell (29th ed.; 2004)
Claeys (1997)
M. Claeys, 'Hoofdstuk 7 De bijzondere rechtsmiddelen van partijen', in: H. van Houtte e.a. (eds.), *Het Weens koopverdrag*, Antwerpen: Intersentia (1997), p. 229
Clausing (1999)
P. Clausing, 'De Kantharos en artikel 6:228 BW', *WPNR* 6357 (1999) p. 385
Code Civil Dalloz (2003)
A. Tisserand e.a. (eds.), *Code Civil* edition 2003, Paris: Dalloz (22e ed.; 2003)
Cohen Henriquez (1976)
E. Cohen Henriquez, 'Spreken is zilver, zwijgen is fout', *NJB* 1976, p. 625
Cohen Henriquez (1991)
E. Cohen Henriquez, 'De wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 sub c NBW)', in: *Liber Amicorum NBW.* Opstellen aangeboden aan De Die, Arnhem: Gouda Quint (1991) p. 81
Craandijk (1921)
H. Craandijk, *Het koopcontract in den overzeeschen handel*, Amsterdam: J.H. de Bussy (1921)
Cranston (1995)
R. Cranston, 'The green paper on guarantees', *Consumer Law Journal* 1995, p. 110

Croes (1998)
A.L. Croes, 'Over lekkende onderverdiepingen en lekkende olietanks', *TvC* 1998, p. 5

Dalhuisen (2000)
J.H. Dalhuisen, *Dalhuisen on International, Commercial, Financial and Trade Law*, Oxford: Hart (2000)

Van Dam (2007)
C.C. van Dam, 'De gemiddelde consument in Europa: een pluriforme verschijning', in: D. Busch en H.N. Schelhaas (red.), *Vergelijkender Wijs*, (afscheidsbundel E.H. Hondius) Deventer: Kluwer (2007), p. 59

Van Dam en Hondius (1990)
C.C. van Dam en E.H. Hondius, *Het Nieuw BW in 400 trefwoorden. Gids bij het hanteren van de boeken 3 tot en met 7 Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 1990)

Dammingh (1998)
J.J. Dammingh, 'De mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper', *WPNR* 6327 (1998) p. 567

Dammingh (2000)
J. Dammingh, 'Aansprakelijkheid voor gebrek aan onroerende zaak', *Adv.bl.* 2000, p. 215

Dammingh (2002)
J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken*, (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer (2002)

Dammingh (2005)
J.J. Dammingh, 'Non-conformiteit bij de koop van woningen', *Adv.bl.* 2005, p. 626

Dammingh (2007)
J.J. Dammingh, 'Klachtplicht van koper geconcretiseerd. Drie arresten over klachtplicht bij non-conformiteit', *Adv.bl.* 2007, p. 684

Davids (1991)
W.J.M. Davids, 'Bodemgeschillen. Enkele opmerkingen over contractuele aansprakelijkheden bij gebleken bodemverontreiniging', in: *Met grond verbonden* (Opstellen aangeboden aan J.P. Wijn en J.J. Stael), Deventer: Kluwer (1991) p. 67

DCFR (2008)
Principles, *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR).* Interim Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, (eds.) Ch. von Bar e.a. & H. Beale e.a., München: Sellier (2008)

Deards (1998)
E. Deards, 'The Proposed Guarantees Directive: Is It Fit for the Purpose?', 21 *Journal of Consumer Policy* 1998, p. 99

Van Delden (1983)
R. van Delden, *Overzicht van de handelskoop*, Deventer: Kluwer (1983)
Van Delden (1989)
R. van Delden, 'Hoofdstuk 13 Handelskoop en fabrikatenkoop', in: J.E.M. Akveld e.a. (red.), *Hoofdstukken handelsrecht*, Deventer: Kluwer (1989), p. 303
Van Delden (1993)
R. van Delden, 'Hoofdstuk 13 Handelskoop en fabrikatenkoop', in: J.E.M. Akveld e.a. (red.), *Hoofdstukken handelsrecht*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 1993), p. 269
Van Delft-Baas (1992)
M. van Delft-Baas, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (1992) (Mon. NBW B 65b)
Van Delft-Baas (1994)
M. van Delft-Baas, 'Garanties en after-sales service in relatie tot de Consumentenkoop en het Groenboek', *TvC* 1994, p. 179
Demuynck (2001)
I. Demuynck, 'De nieuwe garantieregeling voor consumptiegoederen', in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge: Die Keure (2001), p. 867
Derleder (2004)
P. Derleder, 'Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht', 57 *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, p. 969
Diephuis (1888)
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, deel XI, Groningen: Wolters (1888)
DiMatteo (2005)
Larry A. DiMatteo et al, *International Sales Law. A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press (2005)
Documentary history
John O. Honnold, *Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (1989)
Dokter (1997)
D. Dokter, 'Verzendingskoop en vervoer; gevolgen van hun verstrengeling', in: K.F. Haak e.a. (red), *Recht in bedrijf*, Gouda Quint (1997), p. 143
Dokter (2001a)
D. Dokter, 'Hoofdstuk 8 Handelskoop', in: J.E.M. Akveld e.a. (red.), *Hoofdstukken handelsrecht*, Deventer: Kluwer (4e druk, 2001), p. 295
Dokter (2001b)
D. Dokter, *Risico bij koopovereenkomsten. De samenhang tussen verbintenissen voorspruitend uit internationale commerciële koopovereenkomsten in verband met vervoer en verzekering*, (diss. Rotterdam) Den Haag: Boom (2001)

Dokter (2003)
D. Dokter, 'De internationale koopovereenkomst', in: P.G.J. van den Berg en W. Zondag (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (2003), p. 161
Dokter (2004)
D. Dokter, 'Interpretation of exclusion-clauses of the Vienna Sales Convention', *Rabelsz Bd.* 68 (2004), p. 430
Dölle (1976)
H. Dölle, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, München: C.H. Beck's Verlagsbuchhandlung München (1976)
Dommering-van Rongen (1977)
L. Dommering-van Rongen, 'Produktaansprakelijkheid in discussie', *NJB* 1977, p. 641
Dommering-van Rongen (1991)
L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1991)
Dommering-van Rongen (2000)
L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer: Kluwer (2000)
Van Doorninck (1954)
J.I. van Doorninck, *Het verborgen gebrek en de handel in dieren*, (diss. Utrecht) Wageningen: H. Veenman & Zonen (1954)
Dorhout Mees (1964)
T.J. Dorhout Mees, *Kort begrip van het Nederlands Handelsrecht*, Haarlem: F. Bohn (4e dr.; 1964)
Dorhout Mees (1974)
T.J. Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, deel III, Haarlem: Erven Bohn (6e dr.; 1974)
Dorhout Mees (1990)
T.J. Dorhout Mees, *Schets van het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, Arnhem: Gouda Quint (7e dr.; 1990)
Drion, C. (2006)
C. Drion, 'Evenwicht en proportionaliteit in het (commerciële contracten)recht in: *Contracteren internationaal* (Grosheide-bundel)', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006), 189
Drion, C. (2008)
C. Drion, 'Wie niet klaagt, die niet wint; op weg naar een klaagcultuur?', *NJB* 2008, p. 375
Drion, H. (1960)
H. Drion, 'Dwaling in het contractenrecht', *RM Themis* 1960, p. 488
Drion, H. (1964)
H. Drion, 'Het tot stand komen van overeenkomsten: afd. 6.5.2 van het ontwerp B.W. (IV)', *WPNR* 4829 (1964) p. 427

Drion, H. (1972)
H. Drion, *De dwaling in het privaatrecht.* Algemene problemen, (preadvies Algemene Vergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen) 1972, p. 1, ook in: *Geschriften van H. Drion*, p. 301
Drion, H. (1976)
H. Drion, 'De dwalingsregeling in het Gewijzigd Ontwerp van boek 6 NBW', *WPNR* 5361 (1976) p. 570
Drion, H. e.a. (1991)
H. Drion, J. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (8e dr.; 1991)
Drion, J. (1951)
J. Drion, 'Noot bij *Boomkwekerij*-arrest', *AA* 1951 p. 49
Drion, J. (1952)
J. Drion, 'Annotatie bij het *Sigarettenautomaat*-arrest (*Van der Veen-Arza*)', *AA* 1952, p. 172, ook in *Verzamelde geschriften van J. Drion* (1968) p. 205
Drion, J. (1967)
J. Drion, 'Boekbespreking van G.H.A. Schut, "Presteren en garanderen. Over de prestatieplicht van de verkoper en het stilzwijgend garantiebeding" (oratie)', *RM Themis* 1967, p. 291
Van Dunné (1967)
J.M. van Dunné, 'De Misrepresentation Act 1966: In Engeland is het goed dwalen', *NJB* 1967, p. 974
Van Dunné (1968)
J.M. van Dunné, 'De heroriëntatie bij dwaling', *WPNR* 4978-4981 (1968) p. 13, p. 25, p. 37, p. 49, ook in: J.M. van Dunné, *De dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming* 1b, Arnhem: Gouda Quint (1984), p. 70
Van Dunné (1971)
J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1971)
Van Dunné (1981)
J.M. van Dunné, 'Annotatie bij het *Slooppand*-arrest', *AA* 1981, p. 133, ook in: J.M. van Dunné, *De dialektiek van rechtsvinding en rechtsvorming* 1b, Arnhem: Gouda Quint (1984), p. 82
Van Dunné (1985)
J.M. van Dunné, 'Garanties in de bouw', *BR* 1985, p. 713
Van Dunné (1997)
J.M. van Dunné, 'Onderzoeks- en spreekplichten bij bedrijfsovername. Hoe "due" is "due diligence" sinds Hoog Catharijne?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1997) p. 399
Van Dunné (2004)
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 1*, Deventer: Kluwer (5e dr.; 2004)
Van Dunné (2006a)
J.M. van Dunné, *Zien is kennen. Omzien ook*, (afscheidsrede) Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006)

Van Dunné (2006b)
J.M. van Dunné, 'Normatieve uitleg à l' anglaise. Investors Compensation Scheme (1998) als de Engelse *Haviltex*-zaak', in: *Contracteren internationaal* (Grosheide-bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006) p. 103
Van Dunné (2007)
J.M. van Dunné, 'Humpty Dumpty en uitleg van overeenkomsten', *AA* 2007, p. 557

Elferink (1998)
M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1998)
Elferink (1999a)
M. Elferink, 'De juridische status van normalisatienormen', *NJB* 1999, p. 1317
Elferink (1999b)
M.H. Elferink, 'De publiekrechtelijke status van normalisatienormen. Over verwijzingen naar NEN-normen in het Bouwbesluit', *BR* 1999, p. 841
Enderlein & Maskow (1992)
F. Enderlein & D. Maskow, *International sales law. United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sales of Goods*, New York: Oceana Publications (1992)
Eörsi (1983)
G. Eörsi, 'A propos the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods', 31 *American Journal of Comparative Law*, p. 345 (1983)
Eörsi (1984)
G. Eörsi, 'Chapter 2 General Provisions', in: N.M. Galston en H. Smit (eds.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984), p. 2-1
Van Erk en Van Velten (1978)
A.J. van Erk en A.A. van Velten, 'De afweging van de belangen van verkopers en kopers van woningen', *WPNR* 5447 (1978) p. 533
Van Erp (1990)
J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking. Een rechtsvergelijkende studie*, (diss. Tilburg) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1990)
Van Erp (1995)
J.H.M. van Erp, 'De NVM koopakte: géén algemene voorwaarden', *WPNR* 6190 (1995) p. 521
Van Erp (1996)
J.H.M. van Erp, 'Naschrift bij R.H.C. Jongeneel, De NVM koopakte, afd. 6.5.3 en de Europese richtlijn oneerlijke bedingen (reactie naar aanleiding van het artikel van J.H.M. van Erp in de rubriek Privaatrecht Aktueel "De NVM koopakte: géén algemene voorwaarden"', in: *WPNR* (1995) 6190), *WPNR* 6217 (1996) p. 224, *WPNR* 6217 (1996) p. 227

Van Erp (1998)
J.H.M. van Erp, *Europees Privaatrecht: Postmoderne dilemma's en keuzen. Naar een methode van adequate rechtsvergelijking*, (oratie) Deventer: Kluwer (1998)
Evers (1999)
G. Evers, 'Een normalisatienorm is geen algemeen verbindend voorschrift. Reactie op M. Elferink, *NJB* 1999, p. 1317', *NJB* 1999, p. 1814 (met naschrift M. Elferink, p. 1815)

Faber (1999)
W. Faber, 'Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter', 121 *Juristische Blätter* (7) 1999, p. 413
Farnsworth (1990)
E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Boston: Little, Brown (2nd ed.; 1990)
Ferrari (2004)
F. Ferrari, 'Divergences in the application of the CISG's rules on non-conformity of goods', *Rabelsz Bd.* 68 (2004), p. 473
Ferrari (2005)
F. Ferrari (red.), *Quo vadis CISG?/Celabrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Brussel: Bruylant (2005)
Ferrari e.a. (2004)
F. Ferrari, H. Flechtner, R.A. Brand (eds.), *The Draft UNICITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the UN Sales Convention*, München: Sellier (2004)
Flechtner (1995)
Harry M. Flechtner, 'Another CISG Case in the U.S. Courts: Pitfalls for the Practitioner and the Potential for Regionalized Interpretations [comments on GPL Treatment v. Louisiana-Pacific 12 april 1994 (Oregon appellate court)]', 15 *Journal of Law and Commerce* 1995, p. 127
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jlcvol15.html>
Flechtner (1999)
Harry M. Flechtner, 'The U.N. Sales Convention (CISG) and MCC Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D'Agostino, S.p.A.: The Eleventh Circuit Weighs in on Interpretation, Subjective Intent, Procedural Limits to the Convention's Scope, and the Parol Evidence Rule', 18 *Journal of Law and Commerce* 1999, p. 259
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner1.html>
Flechtner (2007)
Harry M. Flechtner, 'Conformity of goods, Third Party Claims, and Buyer's Notice of Breach under the United Nations Sales Convention (CISG), with Comments on the "Mussels-case", the "Stolen Automobile-case", and the "Ugandan Used Shoes-case"', University of Pittsburgh School of Law working paper series. Working paper 64 (August 2007)
<http://law.bepress.com/pittlwps/papers/art64>

Fontaine & De Ly (2003)
M. Fontaine & F. De Ly, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Bruxelles: Bruylant (2e éd.; 2003)
Fontaine & De Ly (2006)
Marcel Fontaine & Filip De Ly, *Drafting International Contracts: Analysis of Contract Clauses*, Ardsley, NY: Transnational Publishers (2006)
Furmston (2001)
M.P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Butterworths LexisNexis (14th ed.; 2001)

Gabriel (1998)
Henry D. Gabriel, 'The Inapplicability of the United Nations Convention on the International Sale of Goods as a Model for the Revision of Article Two of the Uniform Commercial Code', 72 *Tulane Law Review* p. 2001 (1998)
Gabriel (2004)
Henry D. Gabriel, *Contracts for the sale of goods: a comparison of domestic and international law*, Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana (2004)
Gallas (1993)
R.A. Gallas, 'Olietank: KIWA-certificaat is geen schone grond verklaring', *JBN* december 1993, p. 10
Gerbrandy (1990)
S. Gerbrandy, 'De omstandigheden op de grens tussen dwaling en wanprestatie', *WPNR* 5959 (1990) p. 285
Van Gestel (2008)
R. van Gestel, Een ieder wordt geacht de wet te kennen, maar wie begrijpt er iets van?, *AA* 2008, p. 78
Ghestin (1983)
J. Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (1983)
Ghestin & Desché (1990)
J. Ghestin & B. Desché, *Traité des Contrats. La vente*, Paris: L.G.D.J. (1990)
Goedmakers (1998)
A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*, (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint (1998)
Goode (2004)
Roy Goode, *Commercial Law*, London: Penguin (3rd ed.; 2004)
De Graaf (2006)
T.J. de Graaf, 'Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen', (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (2006)
Graffi (2003)
L. Graffi, 'Case Law on the Concept of `Fundamental Breach' in the Vienna Sales Convention', *Revue de droit des affaires internationales / International Business Law Journal* (2003) No. 3, 338
Green Paper (1993)
Green Paper on Guarantees for Consumer Goods and After-Sales Services (COM (93) 509)

Van de Griendt (2000)
B. van de Griendt, *Waarde Vervuild Vastgoed. Stappenplan voor een zuivere taxatie*, Den Haag: Ten Hagen Stam (2000)
Van de Griendt (2007)
B. van de Griendt, *Grond voor zorg. Stof tot nadenken*, (diss. Utrecht) Utrecht: STILI NOVI (2007)
Van de Griendt en Ten Have (1999b)
J.S. van de Griendt en G.G.M. ten Have, 'Waarde vervuild vastgoed', *Bodem* 1999-4, p. 157
Grigoleit & Herresthal (2003)
H.C. Grigoleit & C. Herresthal, 'Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht', 58 *Juristenzeitung* 2003, p. 118
De Groot en Stein (2002)
H. de Groot en P.A. Stein, *Grondtrekken van het handelsrecht*, Deventer: Kluwer (9e dr.; 2002)
De Groot (1999)
Suzanne de Groot, 'Non-conformiteit volgens het Weens Koopverdrag. Een onderzoek naar de al dan niet uniforme wijze waarop rechters van verdragstaten de artikelen 35, 38, 39, 40 en 44 van het CISG interpreteren en toepassen', *TvPr.* 1999, p. 635
De Grooth (1948)
G. de Grooth, *De invloed van dwaling op rechtshandelingen*, (preadvies Broederschap der Candidaat-notarissen 1948) Maastricht
Grundmann e.a. (2000)
S. Grundmann e.a. (ed.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln: Carl Heymanns Verlag (2000)
Grundmann (2001)
S. Grundmann, 'European sales law – reform and adoption of international models in German sales law', *European Review of Private Law* 2001, p. 239

Haak (1998)
K.F. Haak, `What do you mean, Handelsrecht?', *AA* 1998, p. 262
Hagen (1891)
H.G. Hagen, *Een bijdrage tot de leer van den genuskoop*, (diss. Leiden) Leiden: Eduard IJdo (1891)
Hammerstein (1997)
A. Hammerstein, 'Garanties zijn geen garanties', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1997) p. 389
Hammerstein en Vranken (1998)
A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (1998) (Mon. NBW A 10)

Hammerstein en Vranken (2002)
A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 2003) (Mon NBW A 10)
Hanson (1985)
Ray D. Hanson, *The Law of Sales*, Philadelphia (1985)
Hartkamp (1980)
A.S. Hartkamp, *Het Weense koopverdrag: beschouwing over het VN-verdrag inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken*, Deventer: Kluwer (1980)
Hartkamp (1991)
A.S. Hartkamp, 'Einführung in das niederländische Schuldrecht', *AcP* 191 (1991) p. 396
Hartkamp (1992)
A.S. Hartkamp, *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, (oratie) Deventer: Kluwer (1992)
Hartkamp (1994)
A.S. Hartkamp, 'The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code', in: *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer (1994) p. 127
Hartkamp (1995)
A. Hartkamp, 'The concept of good faith in the Unidroit Principles for International Commercial Contracts', *Tulane Journal of International and Comparative Law* 1995, p. 65
Hartkamp (1998)
A.S. Hartkamp e.a. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi Libri (2nd ed.; 1998)
Hartkamp (2004)
A.S. Hartkamp e.a. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi Libri (3rd ed.;2004)
Hartkamp (2005)
A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2005)
Hartkamp (2007)
A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten. Heeft de Hoge Raad de jurisprudentie van het Hof van Justitie gemist? Reactie op "Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?"', *WPNR* 6736 (2007) p. 1055 (met naschrift M.B.M. Loos, p. 1057)
Hartkamp en De Boer (1988)
A.S. Hartkamp en J. de Boer, 'Ontwikkeling van het kooprecht in de laatste 50 jaar', in: *Recht vooruit. 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer (1988) p. 43

Hartkamp en Stolp (2003)
A.S. Hartkamp en M.M. Stolp, 'Een niet ingestelde vordering tot cassatie in het belang der wet. Opmerkingen over de toepassing van EG-Richtlijnen door de civiele rechter', *Trema* 2003, p. 367

Hartlief (1999)
T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer (1999)

Hartlief (2003)
T. Hartlief, 'Vrijheid en bescherming in het contractenrecht', *Contracteren* 2003, p. 5

Hartlief (2003)
T. Hartlief, 'Beweging in het contractenrecht. Het belang van het algemeen deel', in: G.T. de Jong e.a. (red.), *Algemeen-Bijzonder. De wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2003), p. 41

Hartlief (2004)
T. Hartlief, 'De uitleg van contracten. *Haviltex* revisited', *TvPr.* 2004, p. 1065

Hartlief en Tjittes (1989)
T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, 'Wijziging van de koopprijs door de rechter? Enige kanttekeningen bij HR 12 mei 1989, *RvdW* 1989, 129', *WPNR* 5928 (1989) p. 502

Ten Have (1997)
G.G.M. ten Have, *Taxatieleer onroerende zaken*, Houten: EPN (2e dr.; 1997)

Heering (2003)
J.P. Heering, 'Contra proferentem: uitlegregel of gezichtspunt?', *WPNR* 6518 (2003) p. 99

Heilmann (1994)
J. Heilmann, *Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht. Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen internen Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgezetzen*, Berlin: Duncker & Humblot (1994)

Heldrich & Rehm (2005)
Andreas Heldrich & Gebhard M. Rehm, 'Modernisation of the German Law of Obligations: Harmonisation of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code', in: H. Cohen & E. McKendrick (ed.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford: Hart (2005), p. 123

Hellema (1972)
A.W. Hellema, *Dwaling over toekomstverwachtingen*, (oratie) Deventer: Kluwer (1972)

Henschel (2004)
Réné Franz Henschel, 'Interpreting or supplementing Article 35 of the CISG by using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, November 2004', <www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel.html>, ook in: J. Felemegas (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, New York: Cambridge University Press (2007), p. 166

Henschel (2005)
René Franz Henschel, *The Conformity of Goods in International Sales. An analysis of Article 35 in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, København: Forlaget Thomson (2005)
Herbots (1991)
J.H. Herbots, *De transnationale koopovereenkomst. Het Weense koopverdrag van 1980*, Leuven: Acco (1991)
Herbots (1997)
J.H. Herbots, 'Hoofdstuk 4 Verplichtingen van de verkoper', in: H. van Houtte e.a. (eds.), *Het Weens koopverdrag*, Antwerpen: Intersentia (1997)
Herrmann (1973)
R. Herrmann, *Koop en ruil*, bijzonder nummer *NJB* 23-6-1973, afl. 24A, p. 8
Hesselink (1999)
M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1999)
Hesselink (2001)
M.W. Hesselink, 'The Principles of European Contract Law: Some choices made bij the Lando Commission', in: *Principles of European Contract Law*, preadvies Vereniging Voor Burgerlijk Recht Deventer: Kluwer (2001), p. 7
Hesselink (2006)
M.W. Hesselink, 'The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch experience', *European Law Journal* 2006, p. 279
Hesselink (2007)
M.W. Hesselink, 'Naar een (Europees) wetboek van consumentenrecht', *NJB* 2007, p. 850
Heutger (2007)
V. Heutger, 'Principles of European Sales Law: naar een eenvormig Europees Kooprecht?', *TvC* 2007, p. 39
Heutger & Jeloschek (2004)
V. Heutger & C. Jeloschek, 'Towards Principles of European Sales Law', in: *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi Libri (2004) p. 533
Heuzé (1992)
V. Heuzé, *La vente internationale de merchandises. Droit uniforme*, Paris: GLN Joly Editions (1992)
Heyman en Van Rossum (1992)
H.W. Heyman en M.M. van Rossum, 'Artikel 7:15 BW: een valkuil voor verkoper en koper van onroerend goed', *WPNR* 6046-6047 (1992) p. 307, p. 329
Hijma (1990a)
J. Hijma, 'Dwaling en quanti minoris. Annotatie bij het *Hoogenstrijd-Schreven*-arrest', *Kw. B. NBW* 1990, p. 25
Hijma (1990b)
J. Hijma, 'Koop en ruil', *WPNR* 5982 (1990) p. 734
Hijma (1991)
J. Hijma, 'Annotatie bij het *Van Geest-Nederlof*-arrest', *AA* 1991, p. 661
Hijma (1992)
J. Hijma, 'Dwaling bij beide partijen', *WPNR* 6072 (1992) p. 887

Hijma (1993)
J. Hijma, '*Steendijkpolder*-arresten. Annotatie bij de *Maassluis*-zaken', *AA* 1993, p. 644
Hijma (1994)
J. Hijma, Schirmeister/De Heus (*Oldtimer*-arrest), 'Annotatie bij het *Oldtimer*-arrest', *AA* 1994, p. 821
Hijma (1997)
J. Hijma, 'Stelplicht bij dwaling en bedrog. HR 17 januari 1997, *RvdW* 1997, 25C (*Geerlofs/Meinsma*)', *Bb* 1997, p. 61
Hijma (1998)
J. Hijma, 'Het "algemeen deel" van het kooprecht', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!* BW-krant Jaarboek 14, Deventer: Gouda Quint (1998) p. 151
Hijma (2003)
J. Hijma, 'De rechtsmiddelen van de consument-koper, richtlijn 1999/44 en de Nederlandse wet', in: J. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom juridische uitgevers (2003), p. 29.
Hijma en Olthof (1990)
J. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht. Leidraad voor het NBW*, Deventer: Kluwer (4e dr.; 1990)
Hijmans en Gerzon (1995)
E.R. Hijmans en R.J. Gerzon, *Recht rond grondbeleid. Juridisch handboek voor het grondbedrijf* deel I, Enschede: Vereniging van Grondbedrijven (1995)
Hijmans (1996)
E.R. Hijmans, *Recht rond grondtransacties. Juridisch handboek voor het grondbedrijf* deel II, Enschede: Vereniging van Grondbedrijven (1996)
Hillinger (1983)
Ingrid Michelsen Hillinger, 'The Merchant of Section 2-314: Who Needs Him?', 34 *Hastings Law Journal* p. 747 (1983)
Hillinger (1985)
Ingrid Michelsen Hillinger, 'The Article 2 Merchant Rules: Karl Llewellyn's Attempt to Achieve The Good, The True, The Beautiful in Commercial Law', 73 *Georgetown Law Journal* p. 1141 (1985)
Hilmer (2006)
S.E. Hilmer, 'The Pork Case: Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 2 March 2005 (VIII ZR 67/04)', *Chinese Journal of International Law* 2006, p. 213
Hockx (2006)
J.W.A. Hockx, 'Koop en levering van vastgoed Editie 2006/2007', Den Haag: SDU (2006)
Hofmann (1936)
L.C. Hofmann, 'Wanpraestatie, dwaling of verborgen gebrek', *WPNR* 3471-3472 (1936) p. 337, p. 349
Hofmann (1936b)
L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht*, Groningen: Wolters (1936)

Hofmann (1941)
L.C. Hofmann, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. Eerste deel. De algemeene leer der verbintenissen*, Groningen: J.B. Wolters (6e dr.; 1941)
Hofmann-Abas (1977)
L.C. Hofmann en P. Abas, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. De algemene leer van de verbintenissen. Deel 1 (Artt. 1269-1387 B.W.). Tweede gedeelte (Artt. 1302-1303 en 1349-1387)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink (9e dr.; 1977)
Hofmann-Van Opstall (1959)
L.C. Hofmann en S.N. Van Opstall, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen. Eerste gedeelte (artt. 1269-1387 B.W.)*, Groningen: J.B. Wolters (8e dr.; 1959)
Hofmann-Van Opstall (1976)
L.C. Hofmann en S.N. Van Opstall, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. De algemene leer van de verbintenissen. Eerste gedeelte (artt. 1269-1387 BW). Eerste stuk (artt. 1269-1301 en 1304-1348)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink (9e dr.; 1976)
Hondius (1978)
E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer (1978)
Hondius (1993)
E.H. Hondius, *Naar een Europees burgerlijk recht*, preadvies Vereniging Voor Burgerlijk Recht Lelystad: Vermande (1993), p. 1
Hondius (1996a)
E.H. Hondius, 'De consumentenkoop in Europees perspectief/Naar een richtlijn consumentenkoop en consumentengaranties', *TvC* 1996, p. 245
Hondius (1996b)
E.H. Hondius, *Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act*, Rome (1996)
Hondius (1999)
E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer (1999), p. 387
Hondius (2000)
E.H. Hondius, 'De herziening van het Duitse verbintenissenrecht', *NJB* 2002, p. 1348
Hondius (2002)
E.H. Hondius, 'Wie is consument?', in: P.B. Cliteur e.a. (red.), *It ain't necessarily so*, (Franken-bundel) Deventer: Kluwer (2002), p. 83
Hondius (2007a)
E. Hondius, 'CISG and a European Civil Code. Some Reflexions', 71 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (January 2007) 99-114. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/hondius.html>
Hondius (2007b)
E.H. Hondius, *Sense and nonsense in the law. Towards clarity and plain meaning*, (oratie Utrecht) Deventer: Kluwer (2007)

Hondius & Jeloschek (2000)
E.H. Hondius & C. Jeloschek, 'Die Kaufrichtlinie und das niederländische Recht: Für den Westen kaum etwas Neues', in: S. Grundmann e.a. (eds.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Keulen: Carl Heymanns Verlag (2000), p. 197

Hondius & Jeloschek (2001)
E.H. Hondius & C. Jeloschek, 'Towards a European Sales Law, Legal challanges posed by the directive on the sale of consumer goods and associated guarantees', *European Review of Private Law* 2001, p. 157

Hondius en Van Schendel (1980)
E.H. Hondius en W.A.M. van Schendel, *Koopboekje. Leidraad bij de rechtshulp in consumentenzaken*, Nijmegen: Ars Aequi (4e dr.; 1980)

Hondius en Serraris-Perrick (1979)
E.H. Hondius en G. Serraris-Perrick, 'Het voorontwerp inzake de consumentenkoop', *NJB* 1979, p. 770

Honnold (1982)
John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (1982)

Honnold (1991)
John O.Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (2nd ed.; 1991)

Honnold (1999)
John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (3rd ed.; 1999)

Horn, Kötz en Leser (1982)
N. Horn, H. Kötz en H.G. Leser, *German private and commercial law: an introduction*, Oxford: Clarendon Press (1982)

Van Houtte e.a. (1997)
H. van Houtte e.a. (eds.), *Het Weens koopverdrag*, Antwerpen: Intersentia (1997)

J.F. Houwing (1888)
J.F. Houwing, *Dwaling bij overeenkomsten Naar Nederlandsch recht*, Eerste gedeelte (art. 1358 B.W.), (diss. Leiden) Leiden: S.C. van Doesburgh (1888)

Ph.A.N. Houwing (1953)
Ph.A.N. Houwing, 'De inhoud van de verbintenis en de overmacht', *WPNR* 4316-4324 (1953), p. 477, p. 489, p. 501, p. 513, p. 525, p. 537, p. 549, p. 561, p. 573

Ph.A.N. Houwing (1962)
Ph.A.N. Houwing, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek afdeling 6.1.8. De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis. De overmacht', *WPNR* 4739-4740 (1962) p. 425, p. 437

Ph.A.N. Houwing (1964)
Ph.A.N. Houwing, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek afdeling 6.1.8. De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis', *WPNR* 4795-4797 (1964) p. 1, p. 13, p. 25

Howells & Twigg-Flesner (2003)
G. Howells & C. Twigg-Flesner, 'Much ado about nothing?', in: M. Schermaier (ed.), *Verbraucherkauf in Europa: Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Rechtslinie 1999/44/EG*, München: Sellier (2003), p. 303

Huber (2004)
Peter Huber, 'Vertragswidrigkeit und Handelsgebrauch im UN-Kaufrecht (zu OGH, 27.2.2003-2 Ob 48/02a, oben S. 350, Nr. 28)', *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts* 2004, p. 358

Huber & Schwenzer (1998)
U. Huber & I. Schwenzer in: P. Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (translated by G. Thomas), Oxford: Clarendon (1998)

Huet (2001)
J. Huet, Traité de droit civil *Les principaux contrats spéciaux*, Paris: L.G.D.J. (2ieme ed.; 2001)

Hughes (2005)
Martin Hughes, 'Standby Letters of Credit and Demand Guarantees', *Butterworths Journal* May 2005, ook in Mondaq Business Briefing <http://www.mondaq.com>

Huijgen (1999)
W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: W.E.J Tjeenk Willink (1999)

Huijgen (2003)
W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Deventer: W.E.J Tjeenk Willink (2e dr.; 2003)

Van Huizen (2006)
Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding Handelsrecht*, deel 1, Groningen: Wolters-Noordhoff (5e dr.; 2006)

Hulst (1993)
E.H. Hulst, *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint (1993)

Hyland (1987)
R. Hyland, 'Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code', in: P. Schlechtriem (Hrgs.), *Einheitliches Kaufrecht und internationales Obligationenrecht*, Baden Baden: Nomos (1987) p. 305

ICC (1997)
ICC, *The ICC Model International Sale Contract. Manufactured goods intended for resale*, (ICC publication no. 556 (E)) Paris: ICC Publishing (1997)

Jacquot (1995)
F. Jacquot, 'The legal guarantee under French law - A comparison with the E.C. paper', *Consumer Law Journal* 1995, p. 138

Janssen (2002)
M.A.J.G. Janssen, 'Rechtsgevolgen van een garantie', in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer (2002) p. 51
De Jong, G.T. (2006)
G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Deventer: Kluwer (2006) (Mon. NBW B 33)
De Jong, J. (1989)
J. de Jong, 'Gemeentelijke gronduitgifte en bodemverontreiniging', *Gst.* 6879 (1989) p. 237
De Jong, J. (1992)
J. de Jong, *Vastgoedinformatie in het rechtsverkeer*, (oratie) Deventer: Kluwer (1992)
De Jong en Zevenbergen (1994)
J. de Jong en J.A. Zevenbergen, 'Registratie van bodemverontreiniging; een verkenning', *BR* 1994, p. 897
Jongeneel (1988)
R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1988)
Jongeneel (1990)
R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e dr.; 1990)
Jongeneel (1991)
R.H.C. Jongeneel, 'Garantiebewijzen', in: *Vorm en Wezen (Heemskerkbundel)*, Utrecht: Lemma (1991) p. 113
Jongeneel (1993)
R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (3e dr.; 1993)
Jongeneel (1995a)
R.H.C. Jongeneel, 'Naar een Europees garantiebewijs? Het Groenboek garanties en after-sales service', *TvC* 1995, p. 5
Jongeneel (1995b)
R.H.C. Jongeneel, 'The sale of goods in the Netherlands Civil Code: A contribution to the discussion about the green paper on guarantees for consumer goods and after-sales services', *Consumer Law Journal* 1995 p. 143
Jongeneel (1997)
R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (4e dr.; 1997)
Jongeneel (1998)
R.H.C. Jongeneel, 'Hoofdstuk II Koop', in: C.J. van Zeben (red.), *Compendium Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (9e dr.; 1998)
Jongeneel (2006a)
R.H.C. Jongeneel, 'Hoofdstuk 13 Aansprakelijkheidsbeperking', in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer (2006), p. 281

Jongeneel (2006b)
R.H.C. Jongeneel, 'Hoofdstuk 15 Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden', in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer (2006), p. 321

Jongeneel (2006c)
R.H.C. Jongeneel, 'Hoofdstuk 22 In- en verkoopvoorwaarden', in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer (2006), p. 409

Jongeneel / Klik (2002)
R.H.C. Jongeneel en P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (5e dr.; 2002)

Van Joolingen (2002)
M.J. van Joolingen, 'Garantie bij bedrijfsovername', in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer (2002) p. 183

Joustra (1996)
C.A. Joustra, 'Naar een uniform begrip "consument"?', in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Consument zonder grenzen.* Opstellen aangeboden aan M. van Delft-Baas, Deventer: Kluwer (1996), p. 201

Joustra (1997)
C.A. Joustra, *De internationale consumentenovereenkomst*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1997)

Joustra (2001)
C.A. Joustra, 'De richtlijn consumentenkoop: een vergelijking met het Weens Koopverdrag', *WPNR* 6430 (2001) p. 51

Kamphuisen (1961)
P.W. Kamphuisen, *Dwaling bij obligatoire overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1961)

Kanzaki & Jones (1966)
K. Kanzaki & W. Jones, 'Problems of performance of sales contracts under Japanese and American law', 42 *Washington Law Review* p. 415 (1966-1967)

Karollus (1995)
M. Karollus, 'Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994', *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 1995, p. 51

Keus (2006)
Keus, in: H.J. van Kooten (red.), *Hartkampvariaties*, Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.S. Hartkamp op 20 januari 2006, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, Deventer: Kluwer (2006)

Kleijn (1985)
W.M. Kleijn in: W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, Preadviezen voor de gecombineerde vergadering jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985, Deventer: Kluwer (1985)

Kleijn (1987)
W.M. Kleijn, *Juridische aspecten van grondtransacties en bodemverontreiniging*, advies uitgebracht aan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, gevoegd bij VNG-circulaire 87/8 dd. 27-2-1987 Bouw en bodemverontreiniging Juridische aspecten,praktijkvragen en model-koopclausules, VNG 1987
Kleijn (1989)
W.M. Kleijn, 'Inleiding tot Harmonisatie van gronduitgiftevoorwaarden', *BR* 1989, p. 2
Kleijn (1991)
W.M. Kleijn, 'Welke eisen moeten aan de koop van onroerend goed gesteld worden?', in: *Liber Amicorum NBW* (De Die bundel), Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 123
Kleijn (1992)
W.M. Kleijn, *Koop van onroerend goed en efficiënte consumentenbescherming*, (afscheidsrede) Arnhem: Gouda Quint 1992
Kleijn (1993)
W.M. Kleijn, 'De contractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging', *JBN* januari 1993, p. 2
Kleijn (1996)
W.M. Kleijn, 'Opname van wetsbepalingen in contracten', *JBN* maart 1996, p. 11
Kleijn (1998a)
W.M. Kleijn, 'Modelkoopcontract: nader gepreciseerd omtrent gebreken?', *JBN* maart 1998, p. 7
Kleijn (1998b)
W.M. Kleijn, 'Conformiteit; wenselijkheid van contractuele duidelijkheid', *JBN* mei 1998, p. 12
Kleijn en Castermans (1990)
W.M. Kleijn en A.G. Castermans, 'De positie van de verkrijger van vervuilde grond', *M&R* 1990, p. 520
Klein (2002)
P.E.M. Klein, 'Garantie en conformiteit', in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer (2002) p. 217
Klein en Van Rossum (2006)
P.E.M. Klein en M.M. van Rossum, 'Ontwikkelingen en tendensen bij koop en verkoop van onroerende zaken en aanneming van werk', *BR* 2006, p. 1
Klik (1994a)
P. Klik, 'Annotatie bij HR 9-10-1992; HR 19-2-1993; Hof 's-Hertogenbosch 20-5-1992; Rb. Amsterdam 23-12-1992, Rb. Amsterdam 4-11-1992', *M&R* 1994, M&R Jurisprudentie 1994 p. 57
Klik (1994b)
P. Klik, 'Annotatie bij arresten Hof Amsterdam 21-4-1994', *TMA* 1994, p. 138
Klik (1994c)
P. Klik, *Onderzoek doen naar Amerikaans recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri (1994)

Klik (1995)
P. Klik, 'Wie een olietank begraaft voor een ander ...: enkele opmerkingen over het beroep op dwaling bij bodemverontreiniging', *TMA* 1995, p. 73
Klik (1996a)
P. Klik, 'Annotatie bij Rechtbank Leeuwarden 24-5-1995', *TMA* 1996, p. 12
Klik (1996b)
P. Klik, 'Annotatie bij Hof Amsterdam 17-11-1994', *TMA* 1996, p. 32 (Woonboerderij I, Christiaanse/Van Dijk)
Klik (1996c)
P. Klik, 'Annotatie bij Rb. Amsterdam 15-11-1995', *M&R* 1996, M&R Jurisprudentie 1996, nr. 118, p. 221
Klik (1996d)
P. Klik, 'Minnelijke verwerving bij onteigening en de rechten en plichten van de koper en verkoper', *TMA* 1996, p. 148
Klik (1996e)
P. Klik, 'Annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 19-6-1996', *TMA* 1996, p. 163
Klik (1997a)
P. Klik, 'Aansprakelijkheid van de verkoper van verontreinigd onroerend goed', *TMA* 1997, p. 44
Klik (1997b)
P. Klik, 'Annotatie Rb. Rotterdam 14-11-1996 (Stichting Friesland State / Shell)', *TMA* 1997, p. 104
Klik (1997c)
P. Klik, 'De aansprakelijkheid van de verkoper van onroerend goed voor asbest: "(on)bekendheidsclausules" en risicoverdeling in veel gebruikte modellen voor de verkoop van onroerend goed, in: "... *maar dit geheel terzijde*'", Opstellen aangeboden aan prof. mr J.M. van Dunné, Lelystad: Vermande (1997) p. 77
Klik (1997d)
P. Klik, 'Annotatie bij Hof Amsterdam 27-3-1997 (*Woonboerderij III*), *M&R* 1997', M&R Jurisprudentie 1997, nr. 101, p. 228
Klik (1997e)
P. Klik, 'Annotatie bij HR 22-11-1996, *RvdW* 1996, 235C (*Kaars Sijpesteijn/De Marez Oyens*)', *M&R* 1997, M&R Jurisprudentie 1997, nr. 120, p. 267
Klik (1998a)
P. Klik, 'Het eerste saneringsbevel', *TMA* 1998, p. 103
Klik (1998b)
P. Klik, 'Annotatie bij Rb. Amsterdam 12-2-1997 (*Gemeente Ouder-Amstel/ Stenia Vastgoed BV*)', *TMA* 1997, p. 143
Klik (1998c)
P. Klik, 'Annotatie bij HR 14-11-1997 (*Holvrieka Processing BV/Brunink Harderberg BV, RvdW* 1997, 228)', *M&R* 1998, M&R Jurisprudentie 1998, nr. 55, p. 149

Klik (1998d)
P. Klik, 'Annotatie bij HR 28-11-1997 (*Durlinger/Laura Bakens BV, RvdW* 1997, 240)', *M&R* 1998, M&R Jurisprudentie 1998, nr. 56, p. 152
Klik (1998e)
P. Klik, 'Annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 24-10-1995 (*SVW/Gemeente Tilburg*)', *TMA* 1998, p. 71
Klik (1998f)
P. Klik, 'Annotatie bij Rb. Breda 11-11-1997 (*Van Dijck Mengvoeders BV en AGRA Groep Van Dijck BV/Gemeente Tilburg*)', *TMA* 1998, p. 74
Klik (1998g)
P. Klik, 'Annotatie bij Rb. Roermond 18-12-1997 (*Gemeente Venlo/Colin*)', *TMA* 1998, p. 124
Klik (1998h)
P. Klik, 'De verhouding tussen spreek- en onderzoeksplicht', *NTBR* 1998, p. 295 (annotatie bij HR 10 april 1998, RvdW 84 (C) (het Antilliaanse zwembad-arrest; Offringa-Vinck en Van Rosberg), mede in het licht van van HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300 (het Hoog Catharijne-arrest)
Klik (1999a)
P. Klik, 'Gewijzigde omstandigheden en dwaling: enkele rechtsvergelijkende opmerkingen (I) en (II)', *WPNR* 6352 en 6353 (1999) p. 251 en p. 272 (met reactie van Abas in *WPNR* 6365 (1999) p. 565)
Klik (1999b)
P. Klik, 'Tekortkoming, toerekenbaarheid en het instaan voor de kwaliteit van het verkochte', *NTBR* 1999, p. 247
Klik (1999c)
P. Klik, 'Annotatie bij Rb. Arnhem 11-4-1999', *M&R* 1999, M&R Jurisprudentie 1999, nr. 123
Klik (2002)
P. Klik, 'Koop van verontreinigd onroerend goed', *M&R* 2002, p. 73
Klik (2003)
P. Klik, 'Koop', in: P.G.J. van den Berg en W. Zondag (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (2003), p. 187
Klik (2004)
P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (6e dr.; 2004)
Klik (2005a)
P. Klik, 'The consumer in consumer law: who needs him? Some reflections on the consumer's counterpart', *TvC* 2005, p. 39
Klik (2005b)
P. Klik, 'Recensie S.A. Kruisinga, (Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?. Diss. Utrecht, Intersentia 2004, ISBN 90-5095-363-8, 299 p., samenvatting in het Nederlands', *NTBR* 2005, p. 470
Klik (2005c)
P. Klik, 'Productveiligheid en productaansprakelijkheid', in: L.C. Winkel (ed.), *Privatisering van veiligheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (2005), p. 165

Klik (2006a)
P. Klik, 'Hoofdstuk 4 Consumentenkoop van roerende zaken', in: E.H. Hondius en G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris (2006) p. 93

Klik (2006b)
P. Klik, 'Koop', in: F. De Ly e.a. (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (2006), p. 155

Klik en Wijers (1995)
P. Klik en A.H.F.M. Wijers, 'Dwaling, conformiteit en garantie: vervagende grenzen in het kooprecht', *TvC* 1995, p. 77

Klomp (1998)
R.J.Q Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht: over de aard en de positie van het handelsrecht, in het bijzonder in verhouding tot het burgerlijk recht, in Nederland in de negentiende en twintigste eeuw,* (diss. Amsterdam UvA) Nijmegen: Ars Aequi Libri (1998)

Knegt (1999)
M. Knegt, 'Annotatie bij Rb. Amsterdam 12-2-1997, *TMA* 1997, p. 143 m.nt. Klik', in: P. Aland (red.), *Jurisprudentie Milieurecht 1997*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink (1999) p. 41

Knijp (1993)
G.J. Knijp, 'Verborgen gebrek, garantie, dwaling en conformiteit', *NbBW* 1993, p. 105

Knöpfle (1978)
R. Knöpfle, 'Zur Problematik des subjektiven Fehlerbegriffes im Kaufrecht', 33 *Juristenzeitung* 1978, p. 121

Knöple (1988)
Robert Knöple, 'Mangelnde Baugenehmigung als Fehler-BGH, *NJW* 1987, 2511', *Juristische Schulung* 1988, p. 767

Knöpfle (1989)
R. Knöpfle, *Der Fehler beim Kauf*, München: Verlag C.H. Beck (1989)

Knottenbelt (1991)
J. Knottenbelt, *Hoofdstukken produktaansprakelijkheid. Buitencontractuele aansprakelijkheid van de producent van een gebrekkig product voor persoonschade*, (bewerking van diss. Rotterdam) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1991)

Koeman (1991)
N.S.J. Koeman, 'Privaatrechtelijk milieurecht', in: W. Brussaard, Th.G. Drupsteen, P.C. Gilhuis, N.S.J. Koeman (red.) *Milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e dr.; 1991)

Van Kogelenberg (2007)
M. van Kogelenberg, 'Wie niet komt klagen, wordt overgeslagen', *WPNR* 6733 (2007) p. 1005

Köster (1963)
H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid. De betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding* (oratie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1963)

Köster (1969)
H.K. Köster, 'Bouw en verzekering', *BR* 1969, p. 376
Köster (1969)
H.K. Köster, 'Noot bij Vliegtuigvleugel- en Polyclens-arresten', *AA* XVIII (1969) p. 429
Köster (1971)
Köster, 'Noot bij Warmedrankautomaten en Wasautomaten-arresten', *AA* 1971, p. 440
Kottenhagen (1993)
R.J.P. Kottenhagen, 'Noot bij *Maassluis*-arresten', *TMA* 1993, p. 59
Kottenhagen-Edzes (1992)
P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu*, (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint (1992)
Kousemaeker (1994)
F.J.M. de Kousemaeker, *Praktijkaspecten vastgoed. Leidraad voor studie en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink (4e dr.; 1994)
Kraan (1997)
C.A. Kraan, 'Koopovereenkomst en bodemverontreiniging', *WPNR* 6262-6263 (1997) p. 201, p. 216
Kramer (2003)
A. Kramer, 'Common sense principles of contract interpretation (and how we've been using them all along)', 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 173 (2003)
Krans (1999)
H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (1999)
Krijnen (1996)
K. Krijnen, 'Bodemsanering is uitvoerbaar', *M&R* 1996, p. 183, met reactie van E. Alders, *M&R* 1997, p. 50
Kruisinga (2001)
S.A. Kruisinga, 'What do consumer and commercial law have in common? A comparison of the EC Directive on consumer sales law and the UN Convention on contracts for the international sale of goods', *European Review of Private Law* 2001, p. 177
Kruisinga (2004)
S.A. Kruisinga, *(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?*, (diss. Utrecht) Antwerpen: Intersentia (2004)
Kruisinga (2005)
S.A. Kruisinga, 'Non-conformiteit in internationaal perpectief', *AA* 2005, p. 45
Kruisinga (2006)
S.A. Kruisinga, 'Non-conformiteit en dioxine', *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht* 2006, p. 92

Kruisinga (2007)
S.A. Kruisinga, 'De aansprakelijkheid van de verkoper in de CISG voor het in acht nemen van buitenlandse regelgeving', *MvV* 2007, p. 156
Kuijk (1918)
G.H.J. Kuijk, *Vrijwaring bij koop*, (diss. Leiden) Leiden: Batteljee & Terpstra (1918)
Kuipers (1918)
A.H. Kuipers, *Aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in het Romeinsche recht*, (diss. Amsterdam UvA) Amsterdam: A.H. Kruyt (1918)

Land (1894)
N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: De erven Bohn (1894)
Lando (2000)
O. Lando, 'International Trends: Requirements concerning the quality of movable goods and remedies for defects under the Principles of European Contract Law', in: S. Grundmann e.a. (eds.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln: Carl Heymanns Verlag (2000), p. 61
Landsadvocaat (1996)
Landsadvocaat, *Advies inzake de aansprakelijkheid van particulieren voor bodemverontreiniging bij ondergrondse tanks (BOOT)*, VROM Directie Bodem 1996
Lawson (1975)
F.H. Lawson, 'Fault and contract – A few comparisons', 49 *Tulane Law Review* 295 (1975)
Lee (1889)
O.J. Lee, *Over de aansprakelijkheid des Verkoopers voor de verborgen gebreken der verkochte zaak*, (diss. Leiden) Leiden: J.J. Groen (1889)
Leidraad (1986)
Vereniging van Grondbedrijven, *Leidraad gemeentelijke gronduitgifte*, Enschede: Vereniging van Grondbedrijven (1986)
Leidraad (1991)
Vereniging van Grondbedrijven, *Leidraad gemeentelijke gronduitgifte in relatie tot het nieuw Burgerlijk Wetboek*, Enschede: Vereniging van Grondbedrijven (1991)
Leisinger (2007)
Benjamin K. Leisinger, *Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods*, München: Sellier (2007)
Leyens (2005)
Patrick C. Leyens, 'CISG and Mistake: Uniform Law vs. Domestic Law. The Interpretatieve Challenge of Mistake and the Validity Loophole', in: Pace International Law Review (ed.), *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004*, München: Sellier (2005) p. 3

Lewison (2004)
Kim Lewison, 'The interpretation of contracts', London: Sweet & Maxwell (3rd ed.; 2004)
Linssen (1993)
J.G.A. Linssen, 'De koopovereenkomst (hoofdstuk 13)', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *Van nieuw BW naar BW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1993) (eerder gepubliceerd in *Adv.bl.* 1993, p. 218)
Lookofsy (1995)
J. Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA. A compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, The Hague: Kluwer Law International (1995)
Lookofsky (2000)
J. Lookofsky, 'The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods', in: J. Herbots (ed.) & R. Blanpain (gen. ed.), *International Encyclopedia of Laws – Contracts* Suppl. 29 (2000), p. 1
Lookofsy (2004)
J. Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA. A compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, The Hague: Kluwer Law International (2nd ed.; 2004)
Losecaat Vermeer (1938)
P.A.J. Losecaat Vermeer, 'Het bijzondere deel van het Verbintenissenrecht van 1838 en heden', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1938), p. 507
Loos (2001)
M.B.M. Loos, 'Veroordeling Nederland wegens niet-omzetting Richtlijn oneerlijke bedingen', *NTER* 2001, p. 242
Loos (2003)
M.B.M. Loos, 'Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd', *NTER* 2003, p. 71
Loos (2004)
M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Deventer: Kluwer (2004) (Mon. NBW B 65b)
Loos (2006)
M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht*, (oratie) Amsterdam: Vossiuspers UvA (2006)
Loos (2007)
M.B.M. Loos, 'De invloed van het Europese richtlijnenrecht op de coherentie van het Nederlandse privaatrecht. Reactie op "Europa en de erfenis van Meijers"', *NTBR* 2007, p. 176 (met naschrift van W.L. Valk, p. 179)
Loth (2000)
M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Deventer: Kluwer (2000) (Mon. NBW A 19)
De Ly (1989)
F. De Ly, *De lex mercatoria. Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu Uitgevers (1989)

Magnus (1997)
U. Magnus, in: H. Honsell, *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Vertrage über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin: Springer (1997)
Magnus (2000)
U. Magnus, 'Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht', in: S. Grundmann e.a. (eds.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln: Carl Heymanns Verlag (2000), p. 79
Magnus (2007)
U. Magnus, 'Mangelverdacht als Mangel im CISG?', in: A. Heldrich e.a. (red.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München: Verlag C.H. Beck (2007), p. 257
Malaurie (2005)
Ph. Malaurie, L. Aynès & P.-Y. Gautier, 'Droit civil', *Les contrats spéciaux*, Paris: Défrenois (2e ed.; 2005)
McGregor-code (1993)
Harvey McGregor, *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milano: Dott. A. Guiffrè Editore (1993)
McKendrick (2003a)
E. McKendrick, *Contract Law. Text, cases and materials*, Oxford: Oxford University Press (2003)
McKendrick (2003b)
E. McKendrick, *Contract Law*, Palgrave Macmillan (5th ed.; 2003)
McMeel (1998)
Gerard McMeel, 'The rise of commercial construction in contract law', [1998] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, p. 382
McMeel (2007)
Gerard McMeel, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication and Rectification*, Oxford: Oxford University Press (2007)
Mehring (2003)
E.W. Mehring, 'Het (nieuwe) Duitse verbintenissenrecht', *Contracteren* 2003, p. 104
Meijer (1982)
R.S. Meijer, *Internationale koop van roerende zaken*, (preadvies Vereeniging Handelsrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1982) p. 101
Meijer (2007)
J.W.M.K. Meijer, *Ongerechtvaardigde verrijking. Een systematische analyse van het begrip ongerechtvaardigheid, toegepast op kostenverhaal bij bodemverontreiniging*, (diss. Rotterdam) 's-Gravenhage: Sdu (2007)
Meijers (1922)
E.M. Meijers, 'Opmerkingen omtrent het leerstuk van de dwaling', *WPNR* 2749-2752 (1922) p. 385, p. 397, p. 405, p. 417, ook in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen* derde deel, Leiden: Universitaire Pers 1955, p. 106

Meijers (1948)
E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht* Deel I De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden: Universitaire Pers (1948)
Messer (1994)
Risico-aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging in het BW, (diss. Utrecht) Arnhem: Gouda Quint (1994)
Micklitz (1995)
H.W. Micklitz, 'Legal Guarantees – German Civil Law in the light of the Green Paper', *Consumer Law Journal* 1995, p. 117
Micklitz (1997)
H-W Micklitz, 'Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG?', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997, p. 229
Micklitz (1999)
H.W. Micklitz, 'Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1999, p. 485
Mitchell (2001)
P. Mitchell, 'The Development of Quality Obligations in Sale of Goods', 117 *Law Quarterly Review* 2001, p. 645
Mittmann (2004)
A. Mittmann, *Einheitliches UN-Kaufrecht und europäische Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Konkurrenz-und Auslegungsprobleme*, Frankfurt am Main: Peter Lang (2004)
De Mol (2002)
M. de Mol, 'Garantie en dwaling', in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer (2002) p. 257
Molengraaff (1948)
W.L.P.A. Molengraaff, *Inleiding tot het Nederlandse handelsrecht*, bewerkt door T.J. Dorhout Mees, Haarlem: F. Bohn (7e dr.; 1948)
Molengraaff (1953)
W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht*, Haarlem: F. Bohn (9e dr.; 1953)

Nauta (1926)
G. Nauta, 'Voldoet de bestaande rechtstoestand ten aanzien van de gevolgen van wanprestatie bij koop aan redelijke eischen? Zoo neen, welke wijziging behoort naar aanleiding hiervan in de wet te worden gebracht?', *Handelingen NJV* 1926, I (tweede stuk)
Nève (1974)
P.L. Nève, 'Drie kanttekeningen bij de titel "koop en ruil" van het nieuwe B.W.', *WPNR* 5253 (1974) p. 154
Nicholas (1984)
Barry Nicholas, 'Chapter 5 Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods', in: N.M. Galston en H. Smit (eds.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984), p. 5-1

Nicholas (1989)
Barry Nicholas, 'The Vienna convention on international sales law', *Law Quarterly Review* 1989, p. 201
Nicholas (1995)
Barry Nicholas, 'Fault and breach of contract', in: J. Beatson & D. Friedmann (eds.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford: Clarendon (1995) p. 337
Nieuwenhuis (1986)
J.H. Nieuwenhuis, 'Een gevaar op de weg. Annotatie bij het *Stavenuiter-Oosterbaan*-arrest', *AA* 1986, p. 315
Nieuwenhuis (1998)
J.H. Nieuwenhuis, 'Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten? Digitale en analoge werking van redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 6304 (1998) p. 155

Van Oevelen (2005)
A. van Oevelen, 'Het nieuwe begrip "conformiteit"', in: S. Stijns en J. Stuyck (eds.) *Het nieuwe kooprecht. De wet van 1 september 2004 betrefffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Antwerpen: Intersentia (2005), p. 29
Oly (1982)
G.G. Oly, *Algemene beschouwingen op de internationale koop van goederen in historisch perspectief*, (diss. Amsterdam UvA) Deventer: Kluwer (1982)
Oly (1988)
G.G. Oly, *Koop. Inleiding in het recht van ruil tot handelskoop*, Deventer: Kluwer (1988)
Oly (1996)
G.G. Oly, 'Bespreking van G.B.A. Paquay, Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht', *RM Themis* 1996, p. 101
Van Ophem (1997)
J.V. van Ophem, 'Milieu: tekst en uitleg', in: B. Wessels en T.H.M. van Wechem (red.), *Contracteren in de internationale praktijk* deel III, Deventer: Kluwer (1997) p. 299
Van Ophem (1999)
J.V. van Ophem, 'Annotatie bij HR 22-11-1996, *M&R* 1997, nr. 120 m.nt. Klik', in: P. Aland (red.), *Jurisprudentie Milieurecht 1997*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink (1999) p. 29
Van Opstall (1963)
S.N. van Opstall, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe burgerlijk wetboek afdeling 6.1.6', *WPNR* 4754-4757 (1963) p. 61, p. 73, p. 85, p. 97
Van Opstall (1974)
S.N. van Opstall, 'Het risico bij koop en de ondeugdelijkheid van het afgeleverde', in: *Verzekeringen van vriendschap*, liber amicorum Dorhout Mees, Deventer: Kluwer (1974) p. 299
Opzoomer
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek*, achtste deel, 's-Gravenhage: Belinfante (1883)

Van Oven (1925)
J.C. van Oven, *Over de betekenis der historische beoefening van het Romeinsch Recht voor de studie van het hedendaagse privaatrecht*, rede Leiden (1925)
Van Oven (1926)
J.C. van Oven, 'Wanpraestatie bij koop', *NJB* 1926, p. 499
Van Oven (1959)
J.C. van Oven, 'Het dwalingsarrest van 19 juni 1959', *NJB* 1959, p. 637
Overeem (1976)
R. Overeem, *Consumentenkoop*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink (1976)

Paquay (1992)
G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, (diss. Utrecht) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1992)
Peeters (2001)
'Consumptiegoederen: het gebrek aan overeenstemming met de overeenkomst', *R.W.* 2001-2002, p. 545
Peeters (2004)
'De nieuwe wetgeving voor consumentenkoop... (eindelijk) in het BW', *R.W.* 2004-2005, p. 441.
Peters (2002)
S.S.M. Peters, 'Garantie en onvoorziene omstandigheden', in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer (2002) p. 299
PG Boek 6
C.J. Van Zeben en J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, 2 delen Deventer: Kluwer (1981) en (1990)
PG Boek 7
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten Titels 1, 7, 9 en 14,* Deventer: Kluwer (1991)
Pinna (2001)
A. Pinna, 'La transposition en droit français', *European Review of Private Law* 2001, p. 223
Pistis (2006)
Marco Pistis, 'Commercial Contracts: Literal and Purposive Approach (2006)', <http://www.mondaq.com>
Pistis (2006b)
Marco Pistis, 'From caveat emptor to caveat venditor- a brief history of English Sale of Goods Law (2006)', <http://www.mondaq.com>
Pitlo 3A (1979)
A. Pitlo, Pitlo deel 3A *De benoemde overeenkomsten*, Arnhem: Gouda Quint (8e dr.; 1979)

Pitlo-Bolweg (1979)
A. Pitlo, bewerker M.F.H.J. Bolweg, Pitlo deel 3 *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Arnhem: Gouda Quint (8e dr.; 1979)
Pitlo-Cahen (2002)
J.L.P. Cahen, Pitlo *Het Nederlands burgerlijk recht Deel 4 Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Arnhem: Gouda Quint (9e dr.; 2002)
Pitlo-Croes (1995)
A.L. Croes e.a., Pitlo *Het Nederlands burgerlijk recht Deel 6 Bijzondere overeenkomsten*, Arnhem: Gouda Quint (9e dr.; 1995)
De Planque (2000)
M.P.P. de Planque, 'Conformiteitsvereiste bij overnames', *V&O* 2000, p. 190
Polak (1994)
R.W. Polak, 'De Hoge Raad en het conformiteitsvereiste', *NbBW* 1994, p. 82
Van Plateringen (1997)
A. van Plateringen, 'Wederzijdse dwaling', in: *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint (1997) p. 251
Powell (1991)
Fiona M. Powell, 'Builder-vendor liability for environmental contamination in the sale of new residential property', 58 *Tennessee Law Review* p. 231 (1991)
Powers (1999)
P.J. Powers, 'Defining the undefinable: Good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods', *Journal of Law and Commerce* 1999, p. 339
Praktijkboek Milieu (losbladig)
Diverse auteurs, 'Aansprakelijkheid uit overeenkomst', in: N.S.J. Koeman (ed.), *Praktijkboek milieu* (losbladig), Deventer: Kluwer
Van der Puil (1986)
J. van der Puil, *Inkoopvoorwaarden in de praktijk*, Deventer: Kluwer (1986)

Raaijmakers (1996)
G.T.M.J. Raaijmakers, 'Garanties bij overnames: het arrest ABP-FGH (Privaatrecht aktueel)', *WPNR* 6219 (1996) p. 267
Raaijmakers (2002a)
G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames*, (diss. Tilburg) Boom: 's-Gravenhage (2002)
Raaijmakers (2002b)
G.T.M.J. Raaijmakers, 'Twee recente arresten over verkopersaansprakelijkheid', *WPNR* 6507 (2002) p. 729
Raaijmakers (2003)
G.T.M.J. Raaijmakers, 'Bedrijfsovernames: lijken in kasten en katten in zakken', *AA* 2003, p. 892
Raaijmakers (2005)
G.T.M.J. Raaijmakers, 'Garanties in het contractenrecht', *RM Themis* 2005, p. 124

Rabel (1950)
E. Rabel, 'The nature of the warranty of quality', 24 *Tulane Law Review* p. 273 (1950)
Rabel (1958)
E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, 2. Band. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) (1958)
Rakoff (1994)
T.D. Rakoff, 'The implied terms of contracts: of "default rules" and "situation-sense"', in: J. Beatson en D. Friedmann, *Good faith and fault in contract law*, Oxford: Clarendon Press (1995), p. 191
Ramberg (2000)
J. Ramberg, *International Commercial Transactions*, ICC Kluwer Law International (2000)
Rapport Broederschappen (1964)
Rapport uitgebracht door de Commissie, ingesteld door het Hoofdbestuur van de Broederschap der Notarissen in Nederland en het Hoofdbestuur van de Broederschap der Candidaat-Notarissen, ter bestudering van Boek 6 van het Ontwerp voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek betreffende de afdelingen 6 t/m 10 van de Eerste Titel van Boek 6, *WPNR* 4820 (1964) p. 314
Rapport Broederschappen (1968)
Rapport uitgebracht door de Commissie, ingesteld door het Hoofdbestuur van de Broederschap der Notarissen in Nederland en het Hoofdbestuur van de Broederschap der Candidaat-Notarissen, ter bestudering van Boek 6 van het Ontwerp voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek betreffende de Vijfde Titel van Boek 6, *WPNR* 4982 (1968) p. 66
Rapport KNB (1974a)
Rapport van door de Koninklijke Notariële Broederschap ingestelde commissie, Boek 7 N.B.W., *WPNR* 5268 (1974) p. 399
Rapport KNB (1974b)
Rapport uitgebracht door de Commissie, ingesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap, ter bestudering van het Gewijzigd Ontwerp van wet voor Boek 3 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, *WPNR* 5280 (1974) p. 676
Reehuis (1992)
W.H.M. Reehuis, 'De wil van de wetgever: over het gezag van wettekst en parlementaire geschiedenis', in: *Rechtsvinding onder het NBW, Een Groningse kijk op het nieuwe vermogenrecht*, Deventer 1992, p. 57
Reich (1999)
N. Reich, 'Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht', *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, p. 2397
Reijnders e.a. (1999)
H.F.R. Reijnders, G. van Drecht, L.J.M. Boumans, H.P. Prins, R. Koops, 'De kwaliteit van de bodem in Nederland: metingen en kaarten', *Bodem* 1999, p. 151
Reinicke & Tiedtke (1997)
D. Reinicke & K. Tiedtke, *Kaufrecht*, Neuwied: Luchterhand (6e Auflage; 1997)

Reinicke & Tiedtke (2004)
D. Reinicke & K. Tiedtke, *Kaufrecht*, Neuwied: Luchterhand (7e Auflage; 2004)
Reurich (1998)
L. Reurich, 'Risico en proportionaliteit', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!* BW-krant Jaarboek 14, Deventer: Gouda Quint (1998) p. 49
Ribbius (1926)
H.R. Ribbius, 'Voldoet de bestaande rechtstoestand ten aanzien van de gevolgen van wanprestatie bij koop aan redelijke eischen? Zoo neen, welke wijziging behoort naar aanleiding hiervan in de wet te worden gebracht?', *Handelingen NJV* 1926, I (tweede stuk)
Rijken (2006a)
G.J. Rijken, 'Hoofdstuk 1 Ontstaan en positie van het consumentenrecht', in E.H. Hondius en G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris (2006) p. 21
Rijken (2006b)
G.J. Rijken, 'Hoofdstuk 2, Europees consumentenrecht', in E.H. Hondius en G.J. Rijken, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris (2006) p. 31
Rinkes (2006)
J.G.J. Rinkes, *Reasonable expectations of honest men. Over privaatrecht, contractenrecht en vertrouwen*, (oratie) Zutphen: Uitgeverij Paris (2006)
Rogmans (2007)
B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen,* Deventer: Kluwer (3e dr.; 2007) (Mon. NBW A 20)
Rohwer & Schaber (1997)
Claude D. Rohwer & Gordon D. Schaber, *Contracts in a nutshell*, St. Paul, MN: West (4th ed.; 1997)
Rossel (1994)
H.J. Rossel, 'De verkeersopvatting', in: *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer (1994) p. 335
Van Rossum (1991)
M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1991)
Van Rossum (1993)
M.M. van Rossum, 'De gemeente Maassluis trekt aan het kortste eind', *WPNR* 6075 (1993) p. 3
Van Rossum (1994)
M. M. van Rossum, 'Gebreken bij de koop van een oldtimer', *NTBR* 1994, p. 224
Van Rossum (1995)
M.M. van Rossum, 'Enkele aspecten ter zake van de verkoop van (verontreinigde) grond', *BR* 1995, p. 107

Van Rossum (1997)
M.M. van Rossum, 'De gevolgen van de aanwezigheid van asbest voor koper en verkoper bij de verkoop van een bedrijfspand', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, p. 443

Van Rossum (1998)
M.M. van Rossum, 'De problematiek rond ingegraven olietanks', *WPNR* 6331-6332 (1998) p. 649, p. 665

Van Rossum (2002)
M.M. van Rossum, 'Rechtskarakter van een garantie', in: M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer (2002) p. 1

Van Rossum (2003)
M.M. van Rossum, 'Wet koop onroerende zaken en aanneming van werk: enige notities met betrekking tot de consumentenbescherming', *TvC* 2003, p. 264

Van Rossum (2006)
M.M. van Rossum, 'Uitleg van het begrip "normaal gebruik" in standaard NVM-akte: notities naar aanleiding van HR 23-12-2005, *RvdW* 2006, 17', *WPNR* 6665 (2006) p. 359

Le Roy (2005)
R.G.N. le Roy, 'Tekortschieten remedies voor teleurgestelde kopers van woningen. Naar een betere rechtspositie in de precontractuele fase', *NTBR* 2005, p. 249

Ruitinga (1988)
D.P. Ruitinga (red.), *Koop en verkoop*, 's-Gravenhage: Vuga (1988)

Sandee (1995)
F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabrikatenkoop. General Conditions and Sale of Manufactured Goods,* (diss. Rotterdam) Arnhem: Gouda Quint (1995)

Sandrock (2003)
A. Sandrock, *Vertragswidrigkeit der Sachenleistung. Eine Untersuchung zum europäischen Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck (2003)

Santen (1988)
A.H.M. Santen, *Aanbod en aanvaarding bij het kopen van een woning*, (oratie) Deventer: Kluwer (1988)

Van Sasse van IJsselt (1862)
H.J.L. van Sasse van IJsselt, *Over de verpligting des verkoopers tot vrijwaring wegens verborgen gebreken. (Art. 1540 - 1548)*, (diss. Leiden) Leiden: J.W. van Leeuwen (1862)

Van Schaick (1998)
A.C. van Schaick, 'Uitlegregels', *WPNR* 6311 (1998) p. 272

Schelhaas (2002)
H. Schelhaas (gen. ed.) e.a., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A commentary,* Nijmegen: Ars Aequi Libri (2002)

Schelhaas (2006a)
H.N. Schelhaas, 'De uitleg van overeenkomsten nà DSM/Fox', *MvV* 2006, p. 26
Schelhaas (2006b)
H.N. Schelhaas, 'De koopovereenkomst', in: B. Wessels en A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (2006) p. 23
Schillemans (2007)
C.S. Schillemans, 'De protestplicht en enkele (onbeantwoorde) vragen rond nietigheid en conversie. (HR 23 maart 2007, *LJN* AZ3531, *NJ* 2007, 176, *RvdW* 2007, 338, *JOL* 2007, 201 (*Brocacef*))', *Bb* 2007, p. 43
Schlechtriem (1984)
P. Schlechtriem, 'Chapter 6 The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods', in: N.M. Galston en H. Smit (eds.), *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York: Matthew Bender (1984)
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html>
Schlechtriem (1986)
P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (1986)
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>
Schlechtriem (1996)
Peter Schlechtriem, 'Vertragsmäßigkeit der Ware als Frage der Beschaffenheitsvereinbarung (zu BGH, 8.3.1995 - VIII ZR 159/94, unten S. 29, Nr. 2)', *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts* 1996, p. 12
Schlechtriem (1998)
P. Slechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford: Clarendon (1998)
Schlechtriem (2001a)
Peter Schlechtriem, 'Uniform sales law in the decisions of the Bundesgerichtshof, 50 years of the Bundesgerichtshof. A Celebration Anthology from the Academic Community',
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem3.html#fin>
Schlechtriem (2001b)
Peter Schlechtriem, 'Noch einmal: Vertragsmäße Beschaffenheit der Ware bei divergierenden öffentlich-rechtlichen Qualitätsvorgaben (zu OGH, 13.4.2000 - 2 Ob 100/00w, oben S. 149, Nr. 15)', *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts* 2001, p. 161
Schlechtriem (2005a)
Peter Schlechtriem, 'Compliance with local law; seller's obligations and liability. Annotation to German Supreme Court decision of 2 March 2005 [VIII ZR 67/04])', *Juristenzeitung* 2005, p. 846
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem7.html>

Schlechtriem (2005b)
P. Schlechtriem, 'Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations', 10 *Juridica International* 2005, p. 27
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem12.html>
Scholten (1908)
P. Scholten, 'Onvoldoende levering en verborgen gebreken', *WPNR* 2002-2005 (1908) p. 217, p. 229, p. 241, p. 257, ook in *Verzamelde Geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1954), deel IV p. 224
Schoordijk (1979)
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (1979)
Schoordijk (2007)
H.C.F. Schoordijk, 'Het rechtsbeginsel "Gij zult een ander niet op het foute been zetten" en zijn reikwijdte', *WPNR* 6693 (2007) p. 30
Schulte-Nölke (2007)
H. Schulte-Nölke, 'How to Improve EC Consumer Law', *TvC* 2007, p. 1
Schulze (2006)
R. Schulze, 'Verbraucherrecht und europäisches Vertragsrecht', in: P. van der Grinten and T. Heukels (eds.), *Crossing Borders: essays in European and Private International Law, Nationality Law and Islamic Law in Honour of Frans van der Velden*, Deventer: Kluwer (2006), p. 3
Schut (1965)
G.H.A. Schut, *Presteren en garanderen. Over de prestatieplicht van de verkoper en het stilzwijgend garantiebeding*, (oratie) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1965), ook in: *De iure*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1983) p. 1
Schut (1974)
G.H.A. Schut, *Produktenaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1974)
Schut (1981)
G.H.A. Schut, 'Koop en ruil in het nieuw BW', *NJB* 1981, p. 1141
Schut (1977)
G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1977)
Schut (1980)
G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e dr.; 1987)
Schut (1987)
G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (3e dr.; 1987)
Schwenzer (2005)
I. Schwenzer in: P. Schlechtriem & I. Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press (2nd ed.; 2005)

SER-advies (1980)
Advies Consumentenkoop. Advies over een voorontwerp van wet betreffende consumentenkoop uitgebracht aan de minister van Justitie en de staatssecretaris van Economische Zaken door de Commissie voor Consumentenaangelegenheden, SER (Publicatie 1980 nr. 6)
SER-advies (1998)
Advies Commissie Consumentenaangelegenheden, Verkoop van en waarborgen voor consumptiegoederen. Advies inzake Europees richtlijnvoorstel over de verkoop van en de waarborgen voor consumptiegoederen. Uitgebracht aan de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, Den Haag: SER (Publicatienummer 3, 1998)
Simons-Vinckx (1996a)
M.W.L. Simons-Vinckx, 'Er zat een tank in de grond! Wie zal dat betalen?', *Bodem* 1996, p. 36
Simons-Vinckx (1996b)
M.W.L. Simons-Vinckx, 'Wat mag de koper verwachten', *Bodem* 1996, p. 123
Simons-Vinckx (1997)
M.W.L. Simons-Vinckx, 'Redelijk handelende koper/verkoper', *Bodem* 1997, p. 134
Simons-Vinckx (2000)
M.W.L. Simons-Vinckx, 'Bodemverontreiniging: geen bouwvergunning', *Bodem* 2000, p. 75
Sirks (2003)
A.J.B. Sirks, 'Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in den Niederlanden', in: M. Schermaier (Hrsg.), *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, München: Sellier (2003), p. 275
Sivesand (2005)
H. Sivesand, *The buyer's remedies for non-conforming goods. Should there be free choice or are restrictions necessary?*, München: Sellier (2005)
Smits (1993)
J.M. Smits, 'Iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling', *RM Themis* 1993, p. 499
Smits (1997)
J.M. Smits, 'Het failliet van de Savignyaanse systematiek: dwaling en wanprestatie', *R & R* 1997, p. 137
Smits (1998)
J.M. Smits, 'Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht. Over het gedetermineerd verleden en de postmoderne toekomst van het privaatrecht', *R&R* 1998, p. 10
Smits (1999)
J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink (1999)
Smits (2000)
J.M. Smits, 'Naar een nieuw Europees consumentenkooprecht', *NJB* 2000, p. 1825

Smits (2001)
J.M. Smits, 'Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie', *WPNR* 6461 (2001) p. 853
Smits (2002)
J.M. Smits, 'De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking', *NTBR* 2002, p. 368
Smits (2003)
J.M. Smits, 'De richtlijn consumentenkoop en het Nederlandse recht', in: J. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom juridische uitgevers (2003), p. 1
Smits en Wijers (1995)
P. Smits en A.H.F.M. Wijers, *Duits verbintenissenrecht*, Arnhem: Gouda Quint (1995)
Snijders, G.M.F. (1987)
G.M.F. Snijders, *Produktveiligheid en aansprakelijkheid: veiligheidseisen, preventieve veiligheidskeuringen en de aansprakelijkheid voor door gebrekkige produkten veroorzaakte schaden in de Bondsrepubliek en in Nederland*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1987)
Snijders, G.M.F. (1990)
G.M.F. Snijders, *Produktenrecht: drie aspecten in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer (1990)
Snijders, H.J. (1996)
H.J. Snijders e.a., *Toegang tot buitenlands vermogensrecht*, Arnhem: Gouda Quint (1996)
Snijders, W. (1974)
W. Snijders, 'Risico overgang bij koop', in: *Verzekeringen van vriendschap*, (liber amicorum Dorhout Mees) Deventer: Kluwer (1974), p. 315, ook in: *Wetgevende geschriften selectie uit de werken van W. Snijders*, Deventer: Kluwer (1995), p. 77
Snijders, W. (2007)
W. Snijders, 'Een blik op het BW', *NJB* 2007, p. 10
Van Soest (1980)
B. van Soest, 'Garantiebewijzen – veel beloven maar weinig geven', *AA* 1980, p. 329
Spaic (2006)
Aneta Spaic, 'Approaching Uniformity in International Sales Law: Comparative Analysis of the Concept of Fundamental Breach under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)', December 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/spaic.html>
Speidel (1999)
R.E. Speidel, 'Warranties of Quality in Revised Article 2, Sales and the Convention on Contracts for the International Sale of Goods', 14 *Journal of Contract Law* p. 15 (1999)
Staudenmayer (1999)
D. Staudenmayer, 'Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf', *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, p. 2393

Staudenmayer (2000a)
D. Staudenmayer, 'The directive on the sale of consumer goods and associated guarantees – a milestone in the European consumer and private law', *European Review of Private Law* 2000, p. 547

Staudenmayer (2000b)
D. Staudenmayer, 'EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrecht', in: S. Grundmann e.a. (ed.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln: Carl Heymanns Verlag (2000), p. 27

Staudinger-Magnus (1999)
U. Magnus, in: M. Martinek (red.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gezetsbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin: Sellier-de Gruiter (1999)

Stein (1969)
P.A. Stein, 'Antwoord op Rechtsvraag (10)', *AA* 1969, p. 290

Stijns (2003)
S. Stijns, 'De richtlijn consumentenkoop en Belgisch recht', in: *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom juridische uitgevers (2003)

Stötter (1975)
V. Stötter, *Internationales Einheits-Kaufrecht*, München: Wilhelm Goldmann Verlag München (1975)

Sütő (2004)
V.J.A. Sütő, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1974-1961)*, (diss. Leiden) Den Haag: Boom 2004

Tallon (1983)
D. Tallon, 'La consécration de la notion de conformité après la Convention des Nations-Unis sur les contrats de vente internationale de merchandise', in: *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration*. Gedächtenisschrift für Leontin-Jean Constantinesco, Köln: Carl Heymansverlag (1983), p. 753

Temmink (1996)
H.A.G. Temmink, 'Hoofdstuk 2 Europees consumentenrecht', in: E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Consumentenrecht*, Deventer: Kluwer (1996), p. 9

Tenreiro (1995)
M. Tenreiro, 'Guarantees and after-sales service: Brief analysis of the green paper presented by the European Commission', *Consumer Law Journal* 1995, p. 79

M. Tenreiro & S. Gomez (2000)
M. Tenreiro & S. Gomez, 'La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation', *R.E.D.C.* 2000, p. 5 e.v.

Terryn (2007)
E. Terryn, 'The Green Paper on the Review of the Consumer Acquis', *TvC* 2007, p. 105

The Law Commission Report 1987
Rapport van de Law Commission en Scottisch Law Commission (Law COM. No. 160 en Scot. Law COM. No. 104)

Thunnissen (1987)
F.H.A.M. Thunnissen, *Bouwrijpe grond: juridische aspecten van het bouwrijp maken van bouwterreinen*, (preadvies Vereniging voor Bouwrecht 1987)

Tjittes (1994a)
R.P.J.L. Tjittes, 'De (on)vrijheid van de rechter bij de uitleg van contracten', in: *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer (1994) p. 407

Tjittes (1994b)
R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss. Groningen) Deventer: Kluwer (1994)

Tjittes (1994c)
R.P.J.L Tjittes, 'Ontwikkelingen in het Franse consumentenrecht', *TvC* 1994, p. 187

Tjittes (1997)
R.P.J.L. Tjittes, 'Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1997) p. 375

Tjittes (2005)
R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', *RM Themis* 2005, p. 2

Tjittes (2006a)
R.-J. Tjittes, 'Koop van een woning met verborgen gebreken', *WPNR* 6659 (2006) p. 231

Tjittes (2006b)
R.-J. Tjittes, 'Koop van een woning. Non-conformiteit. Uitleg artikel 5.3 NVM-koopakte', *VrA* 2006, p. 89

Tjittes (2006c)
R.-J. Tjittes, 'Naschrift', *VrA* 2006, p. 148

Tjittes (2006d)
R.P.J.L. Tjittes, 'De uitleg van een contract jegens derden', in: *Contracteren internationaal* (Grosheide-bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006), p. 73

Tjittes (2007)
R.P.J.L. Tjittes, 'Terug naar de tekst – Een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten', *WPNR* 6709 (2007) p. 417

Tjong Tjin Tai (2004)
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Garantie, nakoming en schadevergoeding', *WPNR* 6577 (2004) p. 367

Den Tonkelaar (1982)
J.D.A. den Tonkelaar, *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1982)

Treitel (2003)
G. Treitel, *The law of contract*, Thomson Sweet & Maxwell (11th ed.; 2003)

Trompenaars (1989)
B.W.M. Trompenaars, *Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie: in het bijzonder bijdrage van UNCITRAL aan de interantionale unificatie van het privaatrecht*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1989).
Twigg-Flesner (1999)
C. Twigg-Flesner, 'The E.C. Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees', *Consumer Law Journal* 1999, p. 177
Twigg-Flesner (2005)
C. Twigg-Flesner, 'Information disclosure about the quality of goods – duty or encouragement?', in: *Information rights and obligations. A challenge for party autonomy and transactional fairness*, Aldershot: Ashgate (2005) p. 135

Van Uchelen (2003)
P.J. van Uchelen, 'Artikel 7:17 BW en garanties in het overnamecontract', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 18
Unberath (2005)
H. Unberath, 'Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie', 13 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2005, p. 5

Valk (1998)
W.L. Valk, 'Koop en contractsevenwicht', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!* BW-krant Jaarboek 14, Deventer: Gouda Quint (1998) p. 9
Valk (2007)
W.L. Valk, 'Europa en de erfenis van Meijers', *NTBR* 2007, p. 45
Van der Velden (1979)
F.J.A. van der Velden, *De eenvormige koopwetten van 1964. Een artikelgewijze behandeling van de Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken en de Eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken*, Deventer: Kluwer (1979)
Van der Velden (1988)
F.J.A. van der Velden, *Het Weense Koopverdrag 1980 en zijn rechtsmiddelen*, (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer (1988)
Van Velten (1984)
A.A. van Velten, *Koop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer (1984) (Mon. NBW B 65c)
Van Velten (1985)
A.A. van Velten in: W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, Preadviezen voor de gecombineerde vergadering jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985, Deventer: Kluwer (1985)
Van Velten (1988)
A.A. van Velten, 'Koop en verkoop van onroerend goed: recente ontwikkelingen', *WPNR* 5871-5872 (1988) p. 239, p. 255

Van Velten (1993)
A.A. van Velten, 'Kanttekeningen bij de conformiteitseis', *WPNR* 6095 (1993) p. 445
Van Velten (1995)
A.A. van Velten, 'De valkuil van art. 7:15 lid 2', *WPNR* 6193 (1995) p. 585
Van Velten (1998)
A.A. van Velten, 'Kan de koper van een appartementsrecht bepaalde eisen stellen ten aanzien van het reservefonds (Rechtsvragenrubriek)', *WPNR* 6317 (1998) p. 368
Van Velten (2005)
A.A. van Velten, *Koop van onroerende zaken*, Deventer: Kluwer (3e dr.; 2005) (Mon. NBW B 65c)
Veneziano (1997)
A. Veneziano, 'Non conformity of goods in international sales. A survey of current caselaw on CISG', *International business law journal* 1997, p. 39
Verbintenissenrecht (losbladig)
E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.)
Verhoeven (2006)
J.J. Verhoeven, 'Het gelijk van de curilische aedilen. Naar een moderne uitleg van de regeling betreffende de conformiteit bij koop in geval van verborgen gebreken', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2006, p. 17
Verstegen (1923)
A.J. Verstegen, 'Ondeugdelijke levering bij den soortkoop', *RM* 1923, p. 124
Vlaanderen (2006)
C.M.H. Vlaanderen, 'Reactie', *VrA* 2006, p. 141
VNG (1987)
VNG-circulaire 87/8 dd. 27-2-1987 Bouw en bodemverontreiniging Juridische aspecten,praktijkvragen en model-koopclausules, tevens inhoudende advies van mr. W.M. Kleijn over de juridische aspecten van grondtransacties en bodemverontreiniging met voorbeelden van koopclausules, VNG (1987)
VNG (1990)
VNG-circulaire 90/144 dd. 14-8-1990 Grondtransacties en bodemverontreiniging in relatie tot het garantiecertificaat voor koopwoningen, VNG (1990)
VNG (1992)
VNG-circulaire 92/278 dd. 22-12-1992 Algemene gronduitgifte-voorwaarden. Einde van twee overgangstermijnen ultimo 1992, VNG (1992)
Völlmar (1942)
H.F.A. Völlmar, *Het Nederlandsch Handelsrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink (5e dr.; 1942)
Völlmar (1947)
H.F.A. Völlmar, *Nederlandsch Burgerlijk Recht. Handleiding voor studie en praktijk*, derde deel Verbintenissenrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1947)
Vranken (1979)
F. Vranken, *Koop en ruil van dieren*, Gent: E. Story-Scientia (1979)

Vranken (1988)
J.B.M. Vranken, 'De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht. Over differentiatie en schaalvergroting', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk, B. Wachter (red.), *Handelsrecht tussen 'koophandel' en nieuw BW*, Deventer: Kluwer (1988) p. 245
Vranken (1989)
J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1989)
Vranken (1991)
J.B.M. Vranken, 'Zes manieren om een oude dame niet te wekken', *WPNR* 6030 (1991) p. 911
De Vries (2001)
G.J.P. de Vries, 'Are the Principles of European Law better than Dutch contract law?', in: *Principles of European Contract Law*, (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht) Deventer: Kluwer (2001), p. 105

Wallach (1981)
George I. Wallach, *The law of sales under the Uniform Commercial Code*, Boston: Warren, Gorham & Lamont (1981)
Wagenaar (1973)
G. Wagenaar, *Verborgen gebreken bij dieren*, Utrecht: Oosthoek (1973)
Van Wassenaer van Catwijck (1991)
A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e dr.; 1991)
Watterson (2001)
Stephen Watterson, 'Consumer Sales Directive 1999/44/EC – The impact on English law', *European Review of Private Law* 2001, p. 197
Wbb (losbl.)
H.G. von Meijenfeldt en P.F. Meynen (red.), *Wet Bodembescherming* (losbl.), band 5 Burgerlijk Wetboek, Lelystad: Vermande
Van Wechem (2006)
T.H.M. van Wechem, 'Koop en verkoop van aandelen: is er (nog) een rol voor het kooprecht weggelegd? (Rb. Utrecht 14 juni 2006, HA ZA 05-208)', *Contracteren* 2006, p. 83
Van Wechem (2007)
T.H.M. van Wechem, 'Voortschrijdende inzichten ten aanzien van klachttermijnen in het contractenrecht', *Contracteren* 2007, p. 97.
Van Wechem en Wissink (2006)
T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, 'Koop: inzicht in de verhouding tussen artikel 7:17 BW en nadere contractuele afspraken', *Contracteren* 2006, p. 14
Wessels (1996)
B. Wessels, 'Drie vuistregels voor de uitleg van algemene voorwaarden', *WPNR* 6239 (1996) p. 719
Wessels (1997)
B. Wessels, *Koop: Algemeen*, Deventer: Kluwer (1997) (Mon. NBW B 65a)

Wessels (2003)
B. Wessels, *Koop: Algemeen*, Deventer: Kluwer (2e dr.; 2003) (Mon. NBW B 65a)
Wessels en Wissink (2006)
B. Wessels en M.H. Wissink, 'Hoofdstuk 1 Inleiding', in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer (2006), p. 1
Von Westphalen (1992)
F.G. von Westphalen (ed.), *Handbuch des Kaufvertragsrechts in den EG-Staaten einschl. Österreich, Schweiz und UN-Kaufrecht*, Keulen: Otto Schmidt (1992)
Whincup (2001)
Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice. The English System and Continental Comparisons*, The Hague: Kluwer Law International (4th ed.; 2001)
White & Summers
James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, MN: West (5th ed.; 2000)
Wibbens-de Jong (1993)
A.C. Wibbens-de Jong, 'Artikel 7:15 BW nader getoetst', *WPNR* 6108-6109 (1993) p. 712, p. 740
Wiggers-Rust en Wasch (1996)
L.F. Wiggers-Rust en E.P.J. Wasch (red.), *Handboek Milieu en Onderneming. Juridische, technische en financiële aspecten van milieu-regelgeving voor ondernemer en adviseur*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1996)
Van der Wilt (1998)
C.J. van der Wilt, 'Multifunctionaliteit van de bodem. Een reconstructie van de opkomst en ondergang van een beginsel van bodemsaneringsbeleid', *TMA* 1998, p. 55
Van der Wilt (2000)
C. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de wet bodembescherming*, (diss. Amsterdam UvA) (2000)
Wissink (1995)
M.H. Wissink, 'Europese uitleg van onduidelijke algemene voorwaarden', in: M.E. Franke e.a. (red.) *Europees contractenrecht.* BW-krant Jaarboek 1995, Arnhem: Gouda Quint (1995) p. 155
Wissink (2000)
M.H. Wissink, 'Contracten uitleggen; een verkenning van hoofdstuk 5 van de Principles of European Contract Law', *NTBR* 2000, p. 465
Wissink (2001)
M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van het burgerlijk recht*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer (2001)
Wissink (2004)
M.H. Wissink, 'Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen', *WPNR* 6579 (2004) p. 407

Wissink (2006)
M. Wissink, 'Richtlijnconforme uitleg van rechtshandelingen', in: *Contracteren internationaal* (Grosheide-bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2006), p. 119
Wissink en Van Wechem (2007)
M.H. Wissink en T.H.M. van Wechem, 'Objectieve uitleg van een overnamecontract', *Contracteren* 2007, p. 19
De Witte / Vermeersch (2004)
M. de Witte & A. Vermeersch, *Europees consumentenrecht*, Antwerpen: Maklu (2004)
Witz e.a. (2000)
W. Witz e.a., *International Einheitliches Kaufrecht. Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG*, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH (2000)

Zaaijer (1914)
C.P. Zaaijer, 'De Kamper koe gewroken', *W.* 9632 (1914), p. 4
Zerres (2007)
Thomas Zerres, *Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel des deutschen und englischen Kaufrechts*, München: Sellier (2007)
Zeylemaker (1939)
Jb. Zeylemaker Jzn., *Handelskoop*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1939)
Zimmerman (1993)
R. Zimmermann, '"Heard melodies are so sweet, but those unheard are sweeter ..." Condicio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrecht', *AcP* 1993, p. 121
Zimmermann (1996)
R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon (1996)
Zimmermann (2005)
R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford: Oxford University Press (2005)
Zonderland (1976)
P. Zonderland, *Bijzondere Contracten 1. Indeling, uitlegging en regeling van overeenkomsten*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink (1979)
Zwitser (1988)
R. Zwitser, 'De wil van de consument', in: *Recht vooruit. 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer (1988) p. 199

Zakenregister

Er wordt verwezen naar paragrafen en nummers

Aanprijzingen, zie Mededeling
Aanvaarding (oud recht) | nr. 182; nr. 209
Aard aansprakelijkheid | nr. 199
Actio quanti minoris: zie Prijsvermindering
Aflevering
- aliud | nr. 33; nr. 36; nr. 80; nr. 138
- begrip | nr. 28; nr. 80
- niet / niet-tijdige | nr. 26

Afwijking (zie ook) Gebrek
- in getal, maat of gewicht | nr. 21; nr. 38; nr. 230
- in oppervlakte: zie Overmaat en ondermaat

Aliud, zie Aflevering
Andere soort dan overeengekomen (oud recht) | nr. 36
Auto's | nr. 3; nr. 12; nr. 17; nr. 30; nr. 32; nr. 61; nr. 62; nr. 118; nrs. 149-150; nr. 184; nr. 185

Beantwoorden aan overeenkomst, zie Conformiteit
Bedenktijd | nr. 24; nr. 236
Benelux-(voor)ontwerpen | nr. 24; nr. 77; nr. 79; nr. 80; nr. 81; nr. 88; nr. 92; nr. 93; nr. 95; nr. 183
Bodemverontreiniging | nr. 3; nr. 7; nr. 13; nrs. 24-25; nr. 30, nr. 32; nr. 34; nr. 58; nr. 73; nr. 105; nr. 155; nrs. 203-215; nr. 219; nrs. 221-223; nr. 225; nrs. 231-232; nr. 238; nr. 241; nrs. 252-253; nrs. 255-257; nr. 263

Caveat emptor | nrs. 13-14; nr. 34; nr. 48; nr. 109; nr. 110
CISG | nr. 2; nr. 6; nr. 9; nr. 16; nr. 27; nrs. 37-38; nrs. 44-45; nrs. 49-50; nr. 52; nr. 63; nrs. 68-69; nr. 77; nrs. 79-80; nrs. 83-84; nrs. 88-89; nrs. 97-98; nr. 102; nrs. 104-105; nr. 112; nr. 119; § 5.1-5.3, nr. 159; nr. 161; nrs. 165-167; nr. 169; nr. 171; nr. 173; nrs. 175-176; nr. 178; nr. 245
Civil Law | nrs. 31-33; nr. 44; nr. 91; nrs. 93-94; nrs. 97-98; nrs. 142-143
(Draft) Common Frame of Reference: | § 4.3
Common Law | nr. 5; nr. 14; nr. 16; nr. 45; nr. 49; nrs. 97-98; nrs. 126-127; nr. 136; nr. 138; nrs. 142-143; nr. 148
Conformiteit, zie ook Gebrek
- basis | nr. 37, § 2.2; nr. 60
- casuïstiek | nr. 2
- definitie | nr. 35
- eigenschappen | § 2.5
- herkomst term | nr. 35
- identiteit | nr. 32, nr. 35, nr. 55, nr. 100, nr. 103, nr. 191
- kwantiteit | nr. 32; nr. 35; nr. 84; nr. 93; nr. 105; nr. 112; nr. 138; nr. 141
- monster of model | nrs. 38-39; nr. 68; nr. 85; nr. 102; nrs. 105-106; nrs. 155-156; nrs. 165-167; nr. 179
- open systeem | nr. 65

Consument (het begrip) | nr. 21
Consumentenkoop | nrs. 1-3; nr. 6; nr. 12; nrs. 46-48; nr. 51; nrs. 55-56; nr. 60; nr. 63; nr. 65; nr. 79; nr. 86; nrs.

88-90; nr. 98; nr. 108; nr. 110; nrs. 112-113; nr. 119; nr. 124; nr. 136; nrs. 139-141; nr. 153; nrs. 159-161; nrs. 163-164; nr. 167; nr. 171; nr. 173; nr. 175; nr. 178; nr. 179

Description | nr. 39; nr. 44; nr. 57; nrs. 61-62; nr. 80; nrs. 84-87; nr. 93; nr. 95; nr. 102; nrs. 105-106; nrs. 109-110; nr. 112 nr. 118; § 4.6; nr. 123; nr. 133; nr. 136; nrs. 138-140; nr. 142; nrs. 165-166; nr. 174; nrs. 178-179
Deskundigheid | nr. 88
Dieren | nr. 17; nr. 32; nr. 36; nr. 62; nr. 64; nrs. 70-71; nr. 85; nr. 112; nr. 181; nr. 189; nr. 200; nrs. 202-203; nr. 238; nr. 243
Doorgeefluikgedachte | nr. 5
Duits recht | nr. 31; nr. 33; nr. 45; nr. 93; nr. 97; nr. 142; nr. 146; nr. 148; nr. 151; nrs. 156-157; nr. 166
Dwaling | nr. 17; nrs. 29-31; nr. 33; nr. 51; nr. 67; nrs. 70-73; nr. 75; nr. 129; nr. 154; nr. 185; nr. 189; nr. 196; nr. 198; nr. 214; nr. 223; nr. 231; nr. 240; nr. 253; nr. 259; nrs. 260-261
Dwingend recht | nr. 21; nrs. 47-48; nr. 60; nr. 126; nr. 171; nr. 240; nr. 251; nr. 185

Eenvormige koopwetten, zie Uniform recht
Eigenschappen, zie Conformiteit
Engels recht | nr. 2; nr. 4; nr. 9; nr. 14; nr. 16; nrs. 21-22; nr. 25; nr. 34; nr. 46; nrs. 48-49; nr. 66; nr. 68; § 4.4-4.10; nr. 146
Europese richtlijnen, zie Richtlijnen
Exoneratie | nr. 39; nr. 185; nr. 198; nrs. 205-206; nr. 209; nr. 214; nrs. 230-231; nr. 238; nr. 241; nr. 243; nr. 245; nr. 259; nr. 262

Fabrikatenkoop | nr. 19; nr. 99; nr. 102
Frans recht | nrs. 31-33; nr. 35; nrs. 45-46; nr. 93; nr. 97; nr. 139; nr. 148; nr. 157; nr. 166; nr. 235

Garantie | nrs. 1-2; nr. 24; nr. 30; nrs. 32-33; nr. 44; nrs. 46-49; nr. 51; nrs. 58-60; nr. 76; nr. 84; nr. 99; nr. 105; nr. 139; nr. 142; nr. 147; nr. 171
- algemeen | § 6.3
- beperkte – | nr. 187; nrs. 198-199
- karakter verbintenis | nrs. 190-192
- stilzwijgende – | § 6.4; § 6.6
- typen | nr. 187
- uitdrukkelijke | § 6.4

– en verborgen gebreken | nr. 200, nr. 202
Gebrek
zie ook Conformiteit
- algemeen | nr. 12; nr. 104
- rechtsgebreken | nr. 27; nr. 36; nr. 109
- veiligheids– | nrs. 149-150; nr. 170

Gebruikte zaken | nr. 62; nr. 84; nr. 88; nr. 185
Genuskoop | nrs. 19-20; nr. 33; nr. 57; nr. 88; nr. 191; nrs. 182-183

(Handels)gebruiken | nr. 45; nr. 50; nr. 102; nr. 105; nr. 139; nr. 141; nr. 238
Handelskoop | nr. 1; nrs. 19-20; nr. 22; nr. 24; nr. 34; nr. 48; nr. 56; nr. 60; nr. 76; nr. 79; nr. 81; nr. 84; nrs. 92-94; nr. 99; nr. 113; nr. 136; nr. 143; nr. 182

Implied term | nr. 4; nr. 16; nrs. 21-22; nrs. 48-49; nr. 51; nr. 61; nr. 80; nr. 88; § 4.4 - 4.6; § 4.8; nr. 134; nr. 136; nr. 157; nr. 196
Inspanningsverbintenis: zie Resultaatsverbintenis

Inspectie- en klachtplicht | nr. 57; nr. 217; nr. 221
Iustum pretium | nr. 74

Klachtplicht: zie Inspectie- en klachtplicht:

Levensduur | nr. 21; nr. 32; nr. 88; nr. 139; nr. 156; nr. 171
Levering, zie Aflevering
LUF | nr. 138
LUVI | nr. 9; nrs. 35-38; nr. 52; nrs. 68-69; nr. 139; nr. 143; nr. 145; nrs. 153-154; nrs. 157-158; nr. 165; nr. 179; nr. 183; nr. 186

Maassluis-arresten | nr. 2; nr. 58; nr. 180; nr. 197; nrs. 203-212; nr. 216; nr. 232; nr. 253; nr. 254; nr. 258
Mededeling:
- aanprijzing | nr. 51; nr. 184
- blote mededeling | nr. 33; nr. 51; nr. 157
- en description | nr. 86
- toezegging | nr. 51; nr. 60; nr. 192; nr. 260; nr. 262

Mededelingsplicht, zie Spreekplicht
Monster of model, zie Conformiteit

Non-conformiteit, zie Conformiteit
Nut | nr. 55, nr. 57; nr. 67; nr. 70; nr. 74

Objectivering | nr. 2; nr. 5; nrs. 16-17; nr. 49; nr. 57; nr. 61; nr. 63; nr. 89; nr. 124; nr. 140; nr. 179
Obliegenheit | nr. 193
Olietank | nr. 30; nr. 212; nr. 253; nr. 258
(On)bekendheidsverklaring | nr. 206; nr. 224; nr. 226; nr. 238
Onderzoeksplicht | nr. 30; nr. 65
Onroerende zaak, koop van:
zie ook Bodemverontreiniging
- en conformiteit | nr. 24; nr. 56
- (NVM-)modelakte | nr. 2; nr. 24; nr. 206; nr. 220; nr. 225; nr. 230; nrs. 237-238

Oostenrijk | nr. 51
Overmaat en ondermaat | nr. 38; nr. 196

PECL (Principles of European Contract Law) | nr. 2; nr. 9; nr. 77; nr. 98; nr. 104; nr. 106
Planten | nr. 156; nr. 243
Prijs | nr. 17; nr. 20; nr. 32; nr. 51; nr. 63; nrs. 73-75; nr. 88; nr. 102; nr. 105; nr. 112; nrs. 117-118; nr. 121; 123; nr. 132; nr. 136; nr. 139; nr. 141; nrs. 171-172; nr. 179; nrs. 183-184; nr. 199; nr. 202; nr. 260; nr. 262
Prijsvermindering | nr. 30; nr. 32; nr. 238
Producent | nr. 5; nr. 51; nr. 174; nr. 236
Productaansprakelijkheid | nr. 5; nr. 12; nr. 60; nr. 105; nr. 150; nr. 151
Publiekrechtelijke belemmeringen | nr. 27; nr. 141; nrs. 145-147; nr. 149; nr. 179; nr. 204

Quality
- average | nr. 142
- merchantable | nr. 110; nrs. 112-113; nr. 142
- satisfactory | nr. 110; nr. 114

Rechtsgebrek, zie Gebrek
Rechtsvergelijking | nrs. 8-9; nr.19; nr. 24; nr. 34; nr. 65; nr. 98; nr. 104; nr. 130; nr. 150, nr. 240
Reserve onderdelen | nr. 115
Resultaatsverbintenis | nr. 104; nr. 192
Richtlijnconforme interpretatie | nr. 21; 164; nr. 174
Richtlijnen (Europese –)
- bijzonder gebruik | nr. 157; nr. 167
- conformiteit in – | nrs. 165-177
- description | nr. 166

- duurzaamheid (levensduur) | nr. 171
- en CISG | nr. 161
- en SGA | nr. 173
- geschiedenis van – | nr. 160
- implementatie in Nederland | nrs. 163-172; nr. 174
- minimumkarakter | nr. 162
- normaal gebruik | nrs. 168-171
- prijs | nr. 172

Risico
- risico | § 7.6
- risico-overgang | nr. 28; nr. 240

Sale of Goods Act | nr. 2; nr. 97; nr. 105; nrs. 107-108; nr. 112; nr. 116; nr. 139
Scandinavische landen | nr. 51; nr. 161
Schoonheidsfout | nr. 68; nr. 112; nr. 114; nr. 136; nr. 171
Soort winkel | nr. 88
Soortkoop, zie Genuskoop
Specieskoop | nr. 20; nr. 57; nr. 203; nr. 183; nr. 189; nrs. 190-191; nrs. 202-203
Spreekplicht | nr. 30
Stilzwijgende garantie, zie Garantie
Study Group | nr. 2; nr. 9; nr. 77; nr. 98; nr. 104; nr. 106
Subjectivering | nr. 15; nr. 17; nr. 33; nr. 61; nrs. 63-64; nr. 118; nrs. 123-124; nr. 126; nr. 136; nrs. 140-141; nrs. 176-177; nr. 232; nr. 242; nr. 247; nr. 263

Toezegging, zie Mededeling
Transparantie | nr. 163-164; nr. 236
Typen koop | § 1.5
zie ook:
- consumentenkoop
- fabrikatenkoop
- handelskoop
- onroerende zaak, koop van

Uitleg | nr. 16; nr. 83; § 7.4-7.5
- algemeen:
- CAO-norm | nr. 242-243
- in CISG | nr. 16
- contra-proferentem | nr. 164; nr. 236
- in Engels recht | § 4.9
- grammaticale – | nr. 134; nr. 136; nr. 242
- Haviltex-formule | nr. 6; nr. 16; nr. 83; nr. 87; nrs. 234-235; nrs. 242-243
- en kooprecht | nr. 237
- normatieve – | nr. 16; nr. 124
- parol evidence | nr. 16; nrs. 126-128

Unidroit Principles | nr. 2; nr. 9; nr. 16; nr. 29; nr. 77; nr. 98; nr. 104; nr. 106
Uniform Commercial Code (UCC) | nr. 2; nr. 9; nr. 35; nr. 39; nrs. 105-106; nr. 115; nr. 153; nr. 155; nr. 161
Uniform recht | nr. 2; nr. 9; nr. 12; nr. 21; nr. 33; § 4.3
zie ook:
- CISG
- LUVI

Veiligheidsgebrek, zie Gebrek
Veilingkoop | nr. 162
Verborgen gebreken-regeling | nr. 12; nr. 32; nr. 44; nrs. 183-184; nr. 190; nr. 214; nr. 220
Verkeersveiligheid | nr. 149; nr. 185; nr. 229; nr. 232
Verpakking | nr. 51; nr. 84; nr. 138; nr. 168
Vervaltermijn | nr. 164; nr. 189

Waarde | nr. 74
Wanprestatie (kwaliteitsnorm oud recht) | § 6.2
Weens Koopverdrag, zie CISG
Woning, zie Koop van onroerende zaak

Jurisprudentieregister

(verwezen wordt naar de nummers)

Hof van Justitie

HvJ 24 januari 1991, zaak C-339/89 (*Alstom v. Sulzer*) | 32
HvJ 27 juni 2000, zaak C-240/98 (*Océano*), *NJ* 2000, 730 | 164
HvJ 10 mei 2001, zaak C-144/99 (*Commissie v. Nederland*) | 164
HvJ 24 januari 2002, zaak C-372/99 (*Commissie v. Italië*) | 164
HvJ 21 november 2002, zaak C-473/009 (*Cofidis SA v. Jean-Louis Fredout*) | 164
HvJ 7 mei 2002, zaak C-478/99 (*Commissie v. Zweden/Denemarken/Finland*), *NJ* 2003, 74 | 164
HvJ 1 april 2004, zaak C-237/02 (*Freiburger v. Hofstetter*), *NJ* 2005, 75 | 164
HvJ 20 januari 2005, zaak C-464-01 (*Gruber v. Bay Wa AG*), *NJ* 2006, 278 m.nt. Vlas, *TvC* 2005, p. 194 m.nt. Loos | 20
HvJ 26 oktober 2006, zaak C-168/05 (*Claro v. Centre Móvil Milenium SL*), *NJ* 2007, 201 m.nt. Mok, *TvC* 2007, p. 56 m.nt. Van Boom | 164

Hoge Raad

HR 7 november 1879, *W.* 4441 (1879) (*'dampig' paard*) | 44, 62, 222
HR 27 januari 1905, *W.* 8174 (1905) | 62, 70
HR 18 december 1914, *NJ* 1915, p. 264 | 62
HR 26 januari 1917, *W.* 10093 (1917), *NJ* 1917, p. 233 | 62, 70
HR 30 mei 1924, *W.* 11229 (1924), *NJ* 1924, p. 835 (*Schoonmoeder II*-arrest) | 73
HR 2 april 1925, *NJ* 1925, p. 653 | 92
HR 4 maart 1927, *NJ* 1927, p. 765 | 62, 222
HR 19 februari 1931, *NJ* 1931, p. 1388 | 200
HR 25 februari 1937, *NJ* 1937, 1058 m.nt. EMM (*Taxatierapport*) | 73
HR 25 april 1937, *NJ* 1937, 1059 m.nt. EMM (*ondermaat van onroerend goed*) | 196
HR 27 juni 1941, *NJ* 1941, 781 m.nt. EMM (*'Verse koe'*) | 81, 181, 189, 200, 202, 203
HR 21 februari 1947, *NJ* 1947, 269 m.nt. EMM (*Doorverkochte loods*-arrest) | 196
HR 4 mei 1951, *NJ* 1952, 129 m.nt. PhANH, *AA* I (1951) p. 49 m.nt. J. Drion (*Boomkwekerij*-arrest; *De Vries/Gielen*) | 190, 192
HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 127 m.nt. PhANH onder nr. 128 (*Flora/Van der Kamp*) | 150

HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 m.nt. PhANH (*Burgman/Aviolanda*) | 190
HR 16 mei 1952, *NJ* 1953, 459 m.nt. PhANH, *AA* 1952, p. 172 m.nt. J. Drion (*Sigarettenautomaat*-arrest; *Van der Veen/Arza*) | 71, 183, 189, 190, 202, 203
HR 9 november 1956, *NJ* 1956, 678 | 73
HR 10 mei 1963, *NJ* 1963, 288 m.nt. HB (*Vouwapparaat*-arrest; *Van den Hoek/Smit*) | 183, 189, 191, 202, 203
HR 13 december 1963, *NJ* 1964, 449 (*'schade-auto'*) | 207
HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279 m.nt. GJS (*Moffenkit*-arrest; *HIM/Gemeente Heemskerk*) | 51
HR 21 juni 1968, *NJ* 1968, 346 | 183
HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 252 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK (*Warme drank-automaten*) | 36, 51, 181, 183, 189, 202
HR 12 juni 1970, *NJ* 1970, 383 | 51, 184
HR 29 januari 1971, *NJ* 1971, 221 m.nt. GJS, *AA* 1971, p. 440 m.nt. HKK (*Wasautomaten*-arrest; *Olde Wolbers/Electrotechniek*) | 14, 36, 44, 88, 183
HR 10 november 1972, *NJ* 1973, 125 (*Broedmachine*) | 183
HR 1 december 1972, *NJ* 1973, 103 m.nt. GJS (*Hogerheide/Olivetti*) | 181, 183, 214
HR 11 mei 1973, *NJ* 1974, 109 m.nt. BW (*Van Kessel/Werklust*) | 5, 17, 181, 183, 184, 222
HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS, *AA* 1974, p. 346 (G.) (*Van der Beek/Van Dartel*) | 185
HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS, *AA* 1977, p. 654 m.nt. Van Schilfgaarde (*Misverstands*-arrest; *Gemeente Bunde/Erckens*) | 129
HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 125 m.nt. GJS (*Ram/Matser*) | 129
HR 7 december 1979, *NJ* 1980, 290 m.nt. GJS, *AA* 1981, p. 133 m.nt. Van Dunné, (*Slooppand*-arrest) | 243
HR 13 juni 1980, *NJ* 1980, 474 | 183
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB, *AA* 1981, 355 m.nt. Van Schilfgaarde (*Haviltex*) | 6, 83, 87, 234, 235, 242
HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 213 m.nt. G., *AA* 1986, p. 315 m.nt. Nieuwenhuis, *Kw. B. NBW* 1986, p. 98 m.nt. Van Delft-Baas, *VR* 1986, 73 (*Stavenuiter/Oosterbaan)* | 185, 214
HR 13 november 1987, *NJ* 1988, 139, *M&R* 1988, p. 113 m.nt. Grosheide, *TMA* 1988, p. 83 m.nt. Van Dunné, *BR* 1988, p. 206, *Gst.* 1988, 6852 m.nt. Hennekens, *AB* 1988, 338 m.nt. Van Ballegooi (*Haagse gasfabriek*) | 204, 209, 210, 213
HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB, *Kw. B. NBW* 1990, p. 132 m.nt. M.M. van Rossum | 29
HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251, *AA* 1991, p. 251 m.nt. Hijma, *Kw.B. NBW* 1991, 99 m.nt. M.M. van Rossum (*Van Geest/Nederlof*) | 185, 214
HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286-289 m.nt. CJHB, *TMA* 1993, p. 59 m.nt. Kottenhagen, *BR* 1993, p. 366 m.nt. Broekema-Engelen, *AA* 1993, p. 644 m.nt. Hijma, *M&R Jurisprudentie* 1994, nrs. 16a-16d m.nt. Klik onder 20 (*Maassluis*-arresten) | 2, 58, 180, 197, 203-212, 216, 232, 253, 254, 258
HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290 m.nt. CJHB, *M&R Jurisprudentie* 1994, nr. 17 m.nt. Klik onder nr. 20, *BR* 1993, p. 384, *NTBR* 1993, p. 214 m.nt. Van Rossum (*Gemeente Groningen/Erven Zuidema*) | 204, 208, 209, 210, 213

HR 25 juni 1993, *NJ* 1994, 291 m.nt. CJHB, *NTBR* 1994, p. 38 m.nt. M.M. van Rossum, *TvC* 1993, 321 m.nt. Rijken (*Kilometerteller*-arrest; *Gerards/Vijverberg*) | 185
HR 15 april 1994, NJ 1995, 614 m.nt. CJHB, *AA* 1994, p. 821 m.nt. Hijma, *NTBR* 1994, p. 224 m.nt. M.M. van Rossum (*Oldtimer*-arrest; *Schirmeister/De Heus*) | 30, 149, 150, 185, 214, 222, 229, 232
HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300 (*Hoog Catharijne*) | 186, 187, 192
HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 360 (*Bemico Enschede/BMC International*) | 150
HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 527 m.nt. WMK, *TMA* 1997, p. 48, *BR* 1997, p. 363 m.nt. Chao-Duivis, *M&R Jurisprudentie* 1997, nr. 120 m.nt. Klik (*Bloemendaalse olietank*-arrest; *Kaars Sijpesteijn/De Marez Oyens*) | 24, 211, 212
HR 14 januari 1997, *NJ* 1998, 657 m.nt. WMK, *M&R Jurisprudentie* 1998, nr. 55 m.nt. Klik, *TMA* 1998, p. 38 m.nt. Smale, *JM* 1998, nr. 57 m.nt. Smale (*Holvrieka Processing BV/Brunink Harderberg BV*) | 211
HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 222 (*Geerlofs/Meinsma*) | 29
HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1 m.nt. CJHB (*Consumentenbond/EnergieNed en Vewin*) | 164
HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 658 m.nt. WMK onder *NJ* 1998, 657, *M&R Jurisprudentie* 1998, nr. 56, p. 152 m.nt. Klik (*Durlinger/Laura Bakens BV*) | 51, 211, 212, 246, 256
HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 224 | 150
HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 271 (*Heupdysplasie*-arrest; *Huberts/Brok*) | 199
HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213 m.nt. JH (*Rozenkwekerij*-arrest; *Oerlemans/Driessen*) | 199, 262
HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK, *NTBR* 1998, p. 295 m.nt. Klik (*Offringa/Vinck*) | 30
HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 584 (*Dohrmann/Goorhuis*) | 219
HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 575 m.nt. WMK, *AA* 2000, p. 459 m.nt. Van Dunné (*Woonboerderij*-arrest) | 220, 224, 238, 241, 243, 255, 256
HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m.nt. JBMV (*Mol/Meijer Beheer*) | 222
HR 30 juni 2000, *NJ* 2000, 675 (*Van der Hoek/Stedehouder*) | 222
HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 213 m.nt. JH | 361
HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 110 | 242
HR 14 juni 2002, *NJ* 2004, 127 m.nt. WMK, *JM* 2002, 104 m.nt. Bos (*Gemeente Boarnsterhim/Heideveld en Meinders*) | 213
HR 21 juni 2002, *NJ* 2004, 128 m.nt. WMK, *JM* 2002, 143 m.nt. Bos (*Van den Akker/Gemeente Helmond*) | 213
HR 28 juni 2002, *NJ* 2003, 111 | 242
HR 14 februari 2003, *LJN* AF0871 | 221
HR 21 maart 2003, *LJN* AF2840 | 238
HR 23 mei 2003, *JOL* 2003, 296, *LJN* AF6689 (*Swaan/Tjeerdma*) | 214
HR 10 oktober 2003, *LJN* AI0859 | 243
HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 139 m.nt. GHvV | 242
HR 19 december 2003, *LJN* AN7823, *JM* 2004, 80 m.nt. Bos | 157, 175, 222, 223, 238
HR 23 januari 2004, *LJN* AL7051 | 238

HR 13 februari 2004, *NJ* 2004, 342 (*Dries/Van Toll*) | 183, 214
HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*) | 242, 243
HR 11 juni 2004, *NJ* 2004, 604 (*Ozinga/Gemeente Wymbritseradiel*) | 228
HR 10 december 2004, *LJN* AR3633 | 88, 220, 225
HR 25 februari 2005, *JOR* 2005, 168 m.nt. Dammingh, *NTBR* 2005, p. 281 m.nt. Ebbinga, *LJN* AR5383 (*Fabels/Meenderink*) | 38, 150, 151, 221, 230, 249, 263
HR 10 juni 2005 (*X/MET Holding*) *JOL* 2005, 356, *LJN* AS8457 | 243
HR 8 juli 2005, *NJ* 2006, 22 (*Kousedghi/Westminster Rental*) | 185, 222, 229, 232
HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17, *JOR* 2006, 117 m.nt. Dammingh (*De Rooij c.s./Van Olphen*) | 28, 157, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 246, 263
HR 24 maart 2006, *RvdW* 2006, 311 (*Meurs/Newomij*) | 164
HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 272 (*Inno Holding Baarn B.V./Gemeente Sluis voorheen Gemeente Oostburg*) | 221
HR 2 juni 2006, *LJN* AW6612 | 238
HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 575 m.nt. Wissink onder nr. 576, *JOR* 2007, 166 m.nt. Tjittes (*Meyer Europa/Pontmeyer*) | 242
HR 8 juni 2007, *JOL* 2007, 409, *LJN* BA3039 | 242
HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 576 m.nt. Wissink (*Derksen/Homburg*) | 242
HR 12 oktober 2007, *LJN* BA7630 | 249
HR 26 oktober 2007, *LJN* BA4494 | 214
HR 26 oktober 2007, *RvdW* 2007, 928, *JOL* 2007, 707, *JAR* 2007, 286, *LJN* BA6760 | 243
HR 23 november 2007, *JOL* 2007, 774, *LJN* BB3733 | 231

Gerechtshoven

Hof Arnhem 29 januari 1964, *NJ* 1965, 405 | 189, 202
Hof 's-Gravenhage 6 december 1990, *M&R* 1991, nrs. 114, 115, 116, 117, p. 552 m.nt. Kottenhagen-Edzes | 206, 207, 208
Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 1992, *NJ* 1993, 89 | 207
Hof Amsterdam 17 november 1994 (*Woonboerderij I*), *TMA* 1996, p. 32 | 254, 258
Hof Amsterdam 27 maart 1997, *M&R Jurisprudentie* 1997, nr. 101 (*Woonboerderij III*) | 154, 155
Hof 's-Gravenhage 8 juli 1999, *TMA* 2000, p. 78 m.nt. M.M. van Rossum | 13
Hof 's-Hertogenbosch 10 april 2001 te kennen uit HR 14 februari 2003, *LJN* AF0871 | 220
Hof Leeuwarden 13 maart 2002, *JM* 2002, 103 m.nt. Bos | 223, 238

Rechtbanken

Rb. Leeuwarden 7 april 1898, *W.* 7169 | 66
Rb. Utrecht 7 maart 1934, *NJ* 1935, 1407 *W.* 12992 (*gebroken schuifladder*) | 209
Rb. Den Haag 28 februari 1941, *NJ* 1941, 607 | 71
Rb. Zwolle 20 november 1968, *NJ* 1969, 187 | 209

Rb. Amsterdam 4 november 1992, *M&R Jurisprudentie* 1994 p. 57 | 208
Rb. Amsterdam 23 december 1992, *M&R Jurisprudentie* 1994 p. 59 | 208
Rb. Leeuwarden 24 mei 1995, *M&R Jurisprudentie* 1996, 35k, *TMA* 1996, p. 11 m.nt. Klik | 211
Rb. Rotterdam 14 november 1996, *NJ kort* 1996, 79, *BR* 1997, p. 140, *TMA* 1997 p. 104 m.nt. Klik | 211
Rb. Roermond 18 december 1997, *TMA* 1998, p. 124 m.nt. Klik | 254
Rb. Arnhem 14 januari 2004, *NJF* 2004, 267 | 150
Rb. Arnhem 30 augustus 2006, *LJN* AZ2615 | 225

Rechterlijke uitspraken en arbitrale vonnissen inzake CISG

Duitsland: Amtsgericht Charlottenburg, 4 mei 1994 | 142
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/940504g1.html

Duitsland: Landesgericht Berlijn, 15 september 1994 | 142
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/940915g1.html

Duitsland: Bundesgerichtshof 8 maart 1995 (New Zealand mussels) | 145, 146, 147, 148
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950308g3.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=108&step=Abstract

Frankrijk: Cour d'Appel Grenoble 26 april 1995 (*Alain Veyron v. Ambrosio*) | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/950426f1.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=127&step=FullText

Frankrijk: Cour de Cassation 23 januari 1996 | 146
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/960123f1.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=186&step=FullText

Rusland: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 12 maart 1996 | 142, 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/960312r1.html

Spanje: Audiencia Provincial de Barcelona 4 februari 1997 (*Manipulados del Papel v. Sugem Europa*) | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/970204s4.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=894&step=FullText

Zweden: Arbitral Award, June 5, 1998, Arbitration Institute, Stockholm Chamber of Commerce (*Beijing Light Automobile Co. v. Connell*) | 142
Pace: http://cisg.law.pace.edu/cases/980605s5.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=338&step=Abstract

Duitsland: Bundesgerichtshof 24 maart 1999 (*Vine wax*) | 102, 145
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/990324g1.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=384&step=Abstract

U.S.A.: U.S. District Court, Eastern District of Louisiana 17 mei 1999 (*Medical Marketing International, Inc. v. Internazionale Medico Scientifica, S.r.l*) | 146
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/990517u1.html
Unilex: http://www.unilex.info/ case.cfm?pid=1&do=case&id=360&step=Abstract

Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 13 april 2000 (*CE-label*) | 146, 148
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/000413a3.html

Zwitserland: Bundesgericht 11 december 2000 (*Rhomberg GmbH v. Ruth & Walter Ott*) | 142
Pace: http://cisg.law.pace.edu/cases/001222s1.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=750&step=Abstract

Duitsland: Bundesgerichtshof 31 oktober 2001 | 6
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/011031g1.html

Italië: Tribunale di Busto Arsizio 13 december 2001 | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/011213i3.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=927&step=FullText

België: Rechtbank van Koophandel Mechelen 18 januari 2002 | 142
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/020118b1.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=941&step=Abstract

Duitsland: Landgericht München 27 februari 2002 | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/020227g1.html

U.S.A.: U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit, 21 juni 2002 (*Schmitz-Werke v. Rockland*) | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/020621u1.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=770&step=FullText

Nederland: Netherlands Arbitration Institute Arbitral Award Case No. 2319 Rotterdam, October 15, 2002, *TvA* 2003, nr. 22 (*Rijn blend*) | 105, 112, 139, 142, 143, 146, 179
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021015n1.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=836&step=Abstract

Australië: Supreme Court of Western Australia 17 januari 2003 (*Ginza Pte Ltd v Vista Corporation Pty Ltd*) | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030117a2.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=961&step=Abstract

Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 27 februari 2003 (*fish*) | 139, 141, 146
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/030227a3.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=908&step=Abstract

Frankrijk: Cour d'Appel de Lyon 18 december 2003 (*Société P... Service et al.-. Société F... automatique et al*) | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/031218f1.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=971&step=Abstract

Zwitserland: Bundesgericht 13 januari 2004 | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/040113s1.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=978&step=FullText

Spanje: Audiencia Provincial de Barcelona 28 januari 2004 | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/040128s4.html

Spanje: Audiencia Provincial Barcelona 28 april 2004 | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/040428s4.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1003&step=FullText

Spanje: Audiencia Provincial de Madrid 8 mei 2004 | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/030508s4.html

Duitsland: Bundesgerichtshof 2 maart 2005 (*pork*) | 146
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/050302g1.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1018&step=Abstract

Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 23 mei 2005 | 142
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/050523a3.html
Unilex: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1040&step=Abstract

Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 25 januari 2006 | 148
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/060125a3.html

België: Rechtbank van Koophandel Hasselt 19 april 2006 (*Bruggen Deuren BVBA/Top Deuren vof*) | 139
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/060419b1.html,
www.law.kuleuven.ac.be/ipr/eng/cases/2006-04-19%20Hasselt.html

Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 12 september 2006 | 148
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/060912a3.html

Duitsland: Landgericht Coburg 12 december 2006 | 156
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/061212g1.html

Oostenrijk: Oberster Gerichtshof 19 april 2007 | 148
Pace: http://www.cisg.law.pace.edu/cases/070419a3.html

Overige rechtspraak uit common law jurisdictions

Ambassador Steel Co. v. Ewald Steel Co., 33 Mich. App. 495; 190 N.W.2d 275; 1971 Mich. App. LEXIS 1794; 9 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 1019 (1971) | 105, 156
Ashington Piggeries Ltd v Christopher Hill Ltd [1972] A.C. 441; [1971] 2 W.L.R. 1051; [1971] 1 All E.R. 847; [1971] 1 Lloyd's Rep. 245; 115 S.J. 223, HL | 112
Aswan Engineering Establishment Co v Lupdine, Ltd Aswan Engineering [1987] 1 WLR 1 | 121, 136
Australian Knitting Mills Ltd v Grant [1936] A.C. 85; (1934) 50 C.L.R. 387, HC (Aus) | 112, 119
Bartlett v Marcus (Sidney) Ltd [1965] 1 W.L.R. 1013; 109 S.J. 451; [1965] 2 All E.R. 753 | 112
Bristol Tramway Carriage Co Ltd v Fiat Motors Ltd [1910] 2 K.B. 831 | 112
Cammell Laird & Co Ltd v The Manganese Bronze and Brass Co Ltd [1934] *A.C.* 402 | 112
Dietz v. Waller, 685 P. 2d 744, 141 Ariz. 107 (1984) | 105
Henry Kendall & Sons v Williams Lillico & Sons Ltd [1969] 2 A.C. 31; [1968] 3 W.L.R. 110; [1968] 2 All E.R. 444; [1968] 1 Lloyd's Rep. 574, HL | 112, 121
Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society [1998] 1 W.L.R. 896, 1 All E.R. 98 | 131, 132
Hombourg Houtimport BV v. Agrosin Private Ltd, The Starsin [2003] UKHL 12, [2004] 1 AC 715, HL | 131
James Drummond and Sons v E.H. van Ingen & Co (1887) 12 *App.Cas.* 284 | 112
Limestone Farms, Inc. v. Deere & Co., 29 P. 3d 457, 29 Kan. App. 2d 609 (2001) | 105
The Moorcock (1889) LR 14 P.D. 64 | 126
Oscar Chess Ltd v Williams [1957] 1 WLR 370; 101 S.J. 186; [1957] 1 All E.R. 325 | 129
Prenn v Simmond, [1971] 1 WLR 1381 | 131
Reardon Smit Line Ltd v Yngvar Hansen-Tangen [1976] 1 W.L.R. 989; 120 S.J. 719; 3 All E.R. 570, HL | 112, 131
Rogers v Parish (Scarborough) Ltd [1987] Q.B. 933 | 115, 136
Shirlaw v Southern Foundries 1926 | 126
Sirius International Insurance Company (Publ) v. FAI Insurance Limited [2004] U.K.H.L. 54 | 134
Sumner Permain & Co Ltd v Webb & Co [1922] 1 K.B. 55, 91 L.J.K.B. 228; 126 L.T. 294; 38 T.L.R. 45; 66 S.J.W.R. 17;27 Com.Cas. 105 | 112, 121
T & Harrison v. Knowles and Foster [1910] 1 KB 608; 87 L.J.K.B. 680; 118 L.T. 566; 34 T.L.R. 235; 14 Asp.M.L.C. 249; 23 Com.Cas. 282, Ca | 119
Taylor v Combined Buyers [1924] *N.Z.L.R.* 627 | 141

Curriculum Vitae

Peter Klik werd geboren op 4 april 1956 te Enschede. Na in 1974 zijn eindexamen Gymnasium-B te hebben behaald aan de Nijmeegse Scholen Gemeenschap te Nijmegen, heeft hij van 1974 tot 1982 Nederlands recht gestudeerd aan de Katholieke Universiteit Nijmegen. In de eindfase van zijn studie was hij werkzaam bij de provincie Gelderland, Dienst Personeelszaken, waar hij na zijn studie tot 1983 als jurist bleef werken. Van 1983 tot 1987 verbleef hij in de Verenigde Staten, waar hij aan Louisiana State University School of Law te Baton Rouge een LL.M haalde, voor verschillende advocatenkantoren onderzoekswerkzaamheden verrichtte, en in 1987 ook als advocaat werd toegelaten tot de Louisiana Bar Association. Sinds 1988 is hij werkzaam als universitair docent bij de vakgroep/capgroep Privaatrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam. Als gastdocent doceerde hij onder meer aan de UNA, de UNPAR Bandung en Loyola Law School New Orleans. Hij publiceerde op diverse terreinen van het (privaat)recht en was en is in diverse hoedanigheden verbonden aan juridische tijdschriften.