

doet de commissie uit tijdgebrek geen voorstellen met betrekking tot het toekennen van 'standing to sue' aan particulieren terzake van 'public interests' zoals het tegengaan van rassendiscriminatie. Evenmin gaat de commissie in op de mogelijkheid om civiele en strafrechtelijke acties te combineren. Ten slotte komt de commissie niet met concrete voorstellen op het punt van 'massaschade'.³

Uit deze korte signalering zal duidelijk zijn dat de Finnen en de Zweden met een verrassend novum zijn gekomen, een novum dat ook in ons land nadere bestudering behoeft. TvC hoopt hiervoor het forum te bieden.

2. Door twee uittredingen is de redactie van TvC recentelijk verzwakt. Het verheugt ons te kunnen meedelen dat hier thans een versterking tegenover staat: met ingang van komend nummer maakt mr. R.M. Blaauw, bedrijfsjurist bij Unilever en oud-medewerker burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden, deel uit van de redactie. Van harte welkom!

E.H. Hondius

3. Zie hieromtrent Arthur Hartkamp, Marianne M.M. Tillema, Mass torts, in: Netherlands Reports to the XIVth International Congress of Comparative Law, Den Haag 1995 en N. Frenk, Toerekening naar kansbepaling, *NJB* 1995, blz. 482-491.

Dwaling, conformiteit en garantie

Vervagende grenzen in het kooprecht

mr. P. Klik LL.M. en mw. mr. A.H.F.M. Wijers

1. INLEIDING

In dit artikel worden dwaling, conformiteit en garanties in het kooprecht¹ nader beschouwd. Door de invoering van het nieuwe BW is het kooprecht ingrijpend gewijzigd. In art. 7:17 is thans het 'conformiteitsvereiste' expliciet vastgelegd: met name van belang is dat de koper mag verwachten dat hetgeen geleverd wordt geschikt is voor 'normaal gebruik'. Het niet-voldoen aan het conformiteitsvereiste levert wanprestatie op.² Door invoering van het conformiteitsvereiste is niet alleen een eind gemaakt aan de ongunstige positie van de koper onder het oude recht, het conformiteitsvereiste vormt een impuls voor toekenning van vergaande rechten aan de koper. Het is onontkoombaar een verband te leggen met dwaling: de grens tussen dwaling en wanprestatie lijkt immers steeds meer te vervagen. Veel van de factoren die bij de toepassing van het conformiteitsvereiste van belang zijn, tellen evenzeer bij de vraag of sprake is van dwaling. Ten slotte moet gewezen worden op de positie van garanties in het nieuwe recht. Garanties hebben in recente rechtspraak een belangrijke rol gespeeld. Moet aan garanties onder het nieuwe kooprecht ook veel gewicht worden toegekend, of hebben wij aan 'conformiteit' voldoende? Geconcludeerd wordt dat bij koop de verschillen tussen de vereisten voor een beroep op dwaling en op wanprestatie wegens non-conformiteit gering zijn.³ De rol van garanties onder het nieuwe recht zal minder belangrijk worden. Het aannemen van 'impliciete' garanties om de verborgen gebreken-regeling te ontlopen is onder het nieuwe BW niet meer nodig, en de aandacht dient te worden verlegd naar een juiste toepassing van het conformiteitsvereiste.

2. DWALING, WANPRESTATIE WEGENS NON-CONFORMITEIT EN GARANTIE

Een teleurgestelde koper doet een beroep op dwaling door te stellen dat hij bij het sluiten van de overeenkomst een onjuiste voorstelling van zaken had, en dat hij bij een juiste voor-

1. Veel van wat gezegd wordt zal uiteraard ook van belang zijn voor het algemene contractenrecht.
2. In het volgende zal vaak kortheidshalve over 'wanprestatie' gesproken worden waar bedoeld wordt 'wanprestatie wegens non-conformiteit'. Andere vormen van wanprestatie, zoals niet-tijdige nakoming, blijven buiten beschouwing. 'Conformiteit' is een ruim begrip: in dit artikel spitst de aandacht zich met name toe op de hoedanigheid, op de kwaliteit, van het geleverde.
3. De teleurgestelde koper zal derhalve bij de keus tussen beide zich vooral laten leiden door het verschil in rechtsmiddelen. Daarmee rijst de vraag of in de rechtspraak deze verschillen geaccentueerd moeten worden, of dat juist gestreefd moet worden naar dezelfde rechtsgevolgen. Dit wordt verder niet uitgewerkt. Vergelijk hierover Asser-Hijma 5-I (1994) nrs. 225, 340 en 342 en daarin genoemde literatuur.

stelling van zaken de overeenkomst niet, althans niet op dezelfde voorwaarden, gesloten zou hebben. Bij wanprestatie stelt de koper dat hij niet geleverd heeft gekregen wat destijds was overeengekomen. Al eerder is geconstateerd dat beide leerstukken veel op elkaar lijken, de grens is vaag:

'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.'⁴

Om te kunnen bepalen of er sprake is van wanprestatie moeten de verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst worden vastgesteld. In art. 7:17 is het zogenaamde conformiteitsvereiste neergelegd: de afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden. Met name van belang is dat in de wettekst is vastgelegd dat de koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen⁵ bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet hoefde te betwijfelen,⁶ alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.⁷ Bij de bepaling van wat men mag verwachten zijn diverse elementen van belang. Genoemd kunnen worden: aard van zaak (nieuw of tweedehands, merkartikel of van onbekende herkomst), hoogte van de prijs, soort winkel, omstandigheden waaronder de verkoop plaats vond (uitverkoop), mededelingen verkoper, etc.⁸ Het moet gaan om eigenschappen 'waarvan hij de aanwezigheid niet hoefde te betwijfelen', deze toevoeging duidt op een eigen onderzoeksplicht voor de koper.⁹ De koper mag wel afgaan op mededelingen van de verkoper. Mededelingen van de verkoper¹⁰ kunnen gezien worden als een *positieve*¹¹ garantie. Voordeel van de garantie: bij niet-nakoming staat de wanprestatie vast.¹² Onder het oude recht waren

4. Zie S. Gerbrandy, De omstandigheden op de grens tussen dwaling en wanprestatie, *WPNR* 5959 (1990), geciteerde passage op blz. 288. Een soortgelijke observatie is te vinden bij P.S. Atiyah, *The law of contract*, Oxford: Clarendon (4th ed. 1989), blz. 93-94, zie ook Ch. XXI, waarover F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, (diss. RUL) Deventer: Kluwer (1993), blz. 85-89. Vergelijk tevens Atiyah in *Essays on contract*, Oxford: Clarendon (1986), blz. 275. Vergelijk verder A. Meinertzhagen-Limpens, *La vente: Erreur, non-conformité et vices cachés*, *TBBR* 1993, blz. 197, met verwijzingen naar Frans recht. Zie ook noot 31.
5. Zie hierover Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 334.
6. Op deze formulering werd in de jurisprudentie al vooruit gelopen, zodat men kan stellen dat art. 7:17 onder het oude recht al gelding had. Zie bijvoorbeeld HR 29-1-1971, *NJ* 1971, 221 (GJS), AA 1971, blz. 440 (HKK) (Wasautomaten) en het nog nader te bespreken arrest HR 15-11-1985, *NJ* 1986, 213 (Stavenuiter - Oosterbaan).
7. Het conformiteitsbegrip is ontleend aan het internationale kooprecht, vergelijk *PG Boek 7*, blz. 118. Met name interessant is dat door middel van dit begrip *common law* en *civil law* op één lijn komen. Vergelijk over de ontwikkeling van 'conformiteit' zeer instructief D. Tallon, *La consécration de la notion de conformité après la Convention des Nations-Unis sur les contrats de vente internationale de marchandise*, in: *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatsintegration Gedächtnisschrift für Leontin-Jean Constantinesco*, Keulen Carl Heymansverlag 1983, blz. 753-764. Aan rechtsvergelijkende aspecten wordt hier verder geen aandacht besteed.
8. Zie *PG boek 7*, blz. 121. Over conformiteit zie ook G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het moderne kooprecht*, (diss. RUU) Tjeenk Willink Zwolle 1992.
9. Zie *PG boek 7*, blz. 125.
10. Vergelijk ook art. 7:18 over mededelingen van de fabrikant die voor rekening van de verkoper komen.
11. Vergelijk het onderscheid in het Groenboek tussen 'wettelijke' garantie (conformiteit) en commerciële garantie, zie hierover ook M. van Delft-Baas, *Garanties en after-sales services in relatie tot de consumentenkoop en het Groenboek*, *TvC* 1994, blz. 179 en R.H.C. Jongeneel, *Naar een Europees garantiebewijs Het Groenboek garanties en after-sales service*, *TvC* 1995, blz. 5, zie ook noot 51 en 59. De zogenaamde negatieve garantie, die de rechten van kopers in feite beperkt, mag, gelet op art. 7:6, ten aanzien van consumenten niet meer worden gehanteerd. Over de rol van garanties in relatie tot 'conformiteit' zie onder § 6.
12. Zie J.M. van Dunné, *Verbindenissenrecht deel 1*, Kluwer Deventer 1993, blz. 302-303, Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 340.

daarnaast garanties van belang om aan de gevolgen van de verborgen gebreken-regeling te ontkomen.¹³

De teleurgestelde koper kan zich behalve op wanprestatie ook op dwaling beroepen. Naar BW *oud* was een actie uit dwaling mogelijk indien gedwaald was omtrent de zelfstandigheid der zaak die het onderwerp der overeenkomst uitmaakt (art 1358). Op basis van dit wetsartikel werden de volgende eisen geformuleerd: 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), en verschoonbaarheid (de dwalende moet niets te verwijten zijn). Met name dit laatste werd in de jurisprudentie omgevormd tot een serie criteria waarbij de onderzoeksplicht en spreekplicht van beide partijen centraal staan. De in art. 6:228 nieuw BW gestelde eisen voor een actie op grond van dwaling zijn te beschouwen als een codificatie van de in de jurisprudentie ontwikkelde regels.¹⁴ Het gaat in art. 6:228 om een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet of niet zo zou zijn gesloten. De onjuiste voorstelling van zaken moet het gevolg zijn van een inlichting van de wederpartij, of het niet voldoen door de wederpartij aan een spreekplicht. De dwaling kan ook wederzijds zijn. Een beroep op dwaling is uitgesloten indien de dwaling voor rekening hoort te blijven van de partij die vernietiging wenst; dit is onder meer het geval wanneer de dwalende tekort is geschoten in zijn onderzoeksplicht.¹⁵

Het leerstuk van de dwaling staat derhalve in het teken van de (afweging van) de wederzijdse onderzoeks- en spreekplichten, plichten die ook bij conformiteit een rol spelen.¹⁶ Over onderzoeks- en spreekplichten heeft de Hoge Raad in de afgelopen jaren een aantal arresten gewezen, die hieronder kort behandeld worden. Om de vergelijking tussen de leerstukken te vergemakkelijken worden slechts de arresten behandeld die betrekking hebben op de koop en verkoop van tweedehands auto's.¹⁷ Uit de serie arresten - in relatief korte tijd achter elkaar gewezen - blijkt duidelijker dan ooit tevoren dat de grenzen aan het vervagen zijn.

3. RECENTE RECHTSPRAAK HOGE RAAD

De jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de koop en verkoop van tweedehands auto's is een vruchtbaar terrein voor de ontwikkeling van jurisprudentie gebleken.¹⁸ Een viertal arresten verdienen de aandacht.

13. Zie *infra* § 5.

14. *PG Boek 6*, blz. 901.

15. De onderzoeksplicht van de partij die zich op dwaling beroept is dus niet expliciet in de tekst van de wet vastgelegd, evenmin als de afweging van onderzoeks- en spreekplicht. Vergelijk voor het laatste HR 30-11-1973, *NJ* 1974, 97 (GJS), AA 1974, blz. 346 (G.) (Van der Beek - Van Dartel), bevestigd in het nog te bespreken arrest *Van Geest - Nederlof*.

16. Zie hierover uitgebreider onder meer J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Tjeenk Willink Zwolle 1989 en de recente proefschriften van M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij de koop van onroerend goed*, (diss. RUU) Kluwer Deventer 1991, A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, (diss. RUL) Kluwer Deventer 1992 en Paquay, *a.w.*

17. Bespreking van andere gewezen arresten kan in het kader van dit artikel achterwege blijven. Vergelijk over wanprestatie en garantie wel nog de Maassluis-zaken, HR 9-10-1992, *NJ* 1994, 286-289 nt. CJHB, *M & R* 1994, nrs. 16a-16d nt. Klik onder nr. 20, *TMA* 1993, blz. 59 nt. Kottenhagen, *BR* 1993, blz. 366 nt. Broekema-Engelen, AA 1993, blz. 644 nt. Hijma, zie verder § 5.

18. Vergelijk voor een weergave van lagere rechtspraak A.C.A. Wildenburg, *De koop van een gebruikte auto*, *VR* 1991, blz. 281. Zie tevens de in hierna volgende noten genoemde recht- →

In *Stavenuiter – Oosterbaan*¹⁹ 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 besliste dat de koper zelf de auto beter had moeten onderzoeken of vóór de koop had moeten laten keuren door de ANWB.²⁰ In het arrest werd overigens alleen over de onderzoeksplicht van de koper geoordeeld²¹, de eventuele spreekplicht van de (professionele) verkoper kwam niet aan de orde.²² Opvallend is dat in het arrest geanticipeerd wordt op de formulering van het conformiteitsvereiste ('hoedanigheid en eigenschappen die de koper mocht verwachten').²³

In *Van Geest – Nederlof*²⁴ ging het om de verkoop van een 5-jaar oude tweedehands auto voor f 7900. 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. De Hoge Raad corrigeert de uit *Stavenuiter* af te leiden 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,²⁵ af: de spreekplicht prevaleert boven de onderzoeksplicht, ook als de verzwijging niet al te bedenkelijk is. Het accent ligt in deze uitspraak op de onderzoeksplicht van de koper in relatie tot de spreekplicht van de verkoper.²⁶

In het *Kilometerteller*-arrest (Gerards – Vijverberg)²⁷ was een gebruikte auto verkocht waarvan naderhand bleek dat de kilometerteller teruggedraaid was. De verkoper was te goeder trouw. De koop werd vernietigd op grond van dwaling. Opvallend is dat gesproken

→ spraak, en voorts Hof 's-Hertogenbosch 6-2-1991, TvC 1991, blz. 227 nt. Rinkes, *Prg.* 4066 (1994), Ktg. Harderwijk 29-5-1991, *Prg.* 3499 (1991), Rb. Assen 12-11-1991, *Prg.* 3597 (1992), Hof 's-Hertogenbosch 8-1-1992, TvC 1992, blz. 320 nt. Rinkes, Hof 's-Hertogenbosch 26-2-1992, TvC 1992, blz. 322 nt. Rinkes, Pres. Rb. Arnhem 16-11-1993, *KG* 1994, 17 en Pres. Rb. Arnhem 16-11-1993, *KG* 1994, 18.

19. HR 15-11-1985, *NJ* 1986, 213, *AA* 1986, blz. 315 nt. Nieuwenhuis, *Kw. B. NBW* 1986, blz. 98 nt. Delft-Baas, *VR* 1986, 73.

20. Zie in dezelfde zin het vonnis van de Rb. Amsterdam 11-7-1990, *Prg.* 3375 (1991) waar bij de koop van een old-timer (Volkswagen van 14 jaar oud, 'een type met een zekere exclusiviteitswaarde') een sterke onderzoeksplicht op de koper wordt gelegd.

21. Het feit dat de verkoper uitdrukkelijk weigerde een 'garantie' te geven speelde een rol bij de beoordeling van de onderzoeksplicht van de koper.

22. 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 in het cassatiemiddel de spreekplicht van de (professionele) verkoper aan de orde was gesteld, was wellicht de zaak anders gelopen.

23. In dit arrest ging het immers om een species-zaak. Tevoren had de Hoge Raad slechts ten aanzien van soort-zaken op het conformiteitsvereiste geanticipeerd.

24. HR 21-12-1990, *NJ* 1991, 251, *AA* 1991, blz. 251 nt. Hijma, *Kw. B. NBW* 1991, 99 nt. M.M. van Rossum.

25. HR 30-11-1973, *NJ* 1974, 97 (GJS), *AA* 1974, blz. 346 (G.) (Van der Beek – Van Dartel).

26. Vergelijk de lagere rechtspraak. In de lagere rechtspraak wordt een spreekplicht van de verkoper voor het 'schadeverleden' van de auto voorondersteld, evenals een spreekplicht ten aanzien van de kilometerstand. Vergelijk Wildenburg, *a.w.*

27. HR 25-6-1993, *RvdW* 1993, 148, TvC1993, 321 nt. Rijken, *NTBR* 1994, blz. 38 nt. M.M. van Rossum.

wordt van een (stilzwijgende) 'garantie' dat de kilometerteller het aantal gereden kilometers juist aangaf.²⁸ Het beroep op dwaling werd niet afgesneden door de exoneratie 'Koper koopt de auto op eigen bate en schade'.

In het *Oldtimer*-arrest (Schirmeister – De Heus)²⁹ ten slotte ging het om een 22-jarige auto, een 'oldtimer'. 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 weliswaar 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. 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.³⁰ Vervolgens maakt hij duidelijk dat op deze regel uitzonderingen mogelijk zijn wanneer de koper het risico heeft aanvaard. Dit 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. Ten aanzien van dwaling oordeelt de Hoge Raad dat onder de omstandigheden de (wederzijdse) dwaling niet voor rekening van de koper mocht komen.

4. VERSCHILLEN DWALING EN WANPRESTATIE

Uit de besproken arresten blijkt dat bij zowel dwaling als wanprestatie onderzoeks- en spreekplichten het centrale thema vormen, en dat de grens tussen dwaling en wanprestatie moeilijk getrokken kan worden.³¹ De arresten *Stavenuiter – Oosterbaan* en *Van Geest – Nederlof* kunnen moeiteloos aan elkaar gerelateerd worden zonder dat de grondslag van de vordering – wanprestatie of dwaling – in de analyse ook maar enigszins een rol speelt. In het *Oldtimer*-arrest wordt aan de hand van dezelfde feitenconstellatie een oordeel gegeven over wanprestatie en dwaling. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of de verhouding tussen de onderzoeks- en spreekplicht dezelfde moet zijn in vragen met betrekking tot dwaling en met betrekking tot non-conformiteit. In de literatuur wordt deze vraag verschillend beantwoord.³² Cruciaal naar onze mening is de verplichting die men jegens de wederpartij heeft. In de context van dwaling heeft de Hoge Raad, in het

28. Vergelijk in andere zin Ktg. Alphen a/d Rijn 26-4-1994, TvC1994, blz. 318. In deze beslissing speelt mee dat de koper een 'professional' was.

29. HR 15-4-1994, *RvdW* 1994, 95, *NTBR* 1994, blz. 224 nt. M.M. van Rossum.

30. De Hoge Raad lijkt hier zeer expliciet tegemoet te komen aan de critici van het *Stavenuiter*-arrest, vergelijk Nieuwenhuis *t.a.p.* (Nieuwenhuis was een van de raadsheren die dit arrest wees) en Van Dunné, *a.w.*, blz. 322-323. Vergelijk ook Asser-Hijma 5-1 (1994) nrs. 336 en 346. Zie echter R.H.C. Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, WEJ Tjeenk Willink Zwolle 1993, blz. 38.

31. Vergelijk ook Vranken, *a.w.*, onder meer blz. 7 en blz. 127-128 en Van Rossum, *diss.*, blz. 63 e.v. In dit verband kan worden opgemerkt dat dit internationaal gezien ook reeds geaccepteerd is. In het Weens Koopverdrag vallen vragen omtrent dwaling buiten de werkingssfeer van het verdrag (zie art. 4), maar is duidelijk dat men in concrete situaties door middel van het hanteren van 'conformiteit' (art. 35) ook tot een oplossing kan komen, vergelijk zeer expliciet J. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, Kluwer Deventer (2nd ed. 1991), § 238-240. Vergelijk art. 3.7 van de Unidroit Principles, waarover U. Drobnig, *Substantive Validity*, 40 *American Journal of Comparative Law* 635 (1992); voor de tekst van de Principles en diverse bijdragen hierover zie *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994.

32. Zie voor een overzicht Van Rossum (1994) blz. 226.

beaamde arrest *Baris – Riezenkamp*³³, geoordeeld dat een partij de plicht heeft om 'binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft'. Hier staat dus de onderzoeksplicht centraal. In het arrest wordt aan de geciteerde overweging toegevoegd dat men 'in den regel mag afgaan op de juistheid van door de wederpartij gedane mededelingen'. In het wettelijk systeem van de conformiteit is dit laatste juist het element dat centraal staat. De geschiktheid voor normaal gebruik is als het ware op te vatten als een mededeling, als een gegeven 'waarop men mag afgaan',³⁴ zodat de onderzoeksplicht hier slechts een aanvullende rol speelt. Het verschil tussen de verhouding van onderzoeks- en spreekplicht bij non-conformiteit en dwaling kan ook in termen van risico geanalyseerd worden. De vraag is dan voor wiens risico de non-conformiteit komt, de koper of de (onschuldige)³⁵ verkoper. In art. 7:17 BW wordt de verplichting van de verkoper geaccentueerd. Deze is verplicht te leveren hetgeen geschikt is voor 'normaal' gebruik, en wanneer dit niet het geval blijkt te zijn is dit voor zijn risico.³⁶ Bij dwaling ligt dit anders. Immers, naast de andere vereisten voor dwaling wordt in art. 228, tweede lid, uitdrukkelijk gesteld dat vernietiging niet kan plaats vinden wanneer de dwaling '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 partij moet blijven. Hier is het dus niet zo dat 'als regel' de dwaling voor rekening van de wederpartij komt, intendeel, de bewijslast wordt gelegd bij de partij die zich op dwaling beroept.³⁷ In gevallen van koop echter zal aangenomen mogen worden dat het niet geschikt zijn voor normaal gebruik niet voor rekening van de dwalende koper hoeft te blijven. De criteria 'aard van de overeenkomst' (koop) en 'in het verkeer geldende opvattingen' (normaal gebruik) kunnen hier moeiteloos worden toegepast. Veelal zullen overigens de omstandigheden die er toe geleid hebben dat aan de overige vereisten voor dwaling is voldaan ook beslissend zijn voor de vraag bij wie het risico ligt.³⁸

Een tweede verschil³⁹ tussen dwaling en non-conformiteit zou kunnen zijn dat men in de overeenkomst zelf, in de vorm van garanties of exoneraties – wel voorzieningen kan

33. HR 15-11-1957, *NJ* 1958, 67 (LEHR).

34. Men kan dit als een impliciete mededeling beschouwen. Vergelijk de toelichting van Honnold bij art. 35, het 'conformiteits-artikel', van het Weense Koopverdrag. 'Even a carefully prepared contract will often fail to express the most basic expectations ... because the parties assume that these points are so obvious that they "go without saying."' (§ 222) en '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."' (§ 225). Zie Honnold, *a.w.*

35. Vergelijk in § 6 de opmerkingen over overmacht.

36. Het *Oldtimer*-arrest is in dit verband illustratief. Uit het arrest valt te lezen dat als regel het risico van 'non-conformiteit' bij de verkoper ligt. Hierop is slechts een uitzondering mogelijk wanneer de koper het risico heeft aanvaard. De regel is in het arrest wat omzichtig geformuleerd, aangezien het hier om een 22-jaar oude auto ging, waarmee de koper aan het verkeer wilde deelnemen. Het is duidelijk dat hier op de koper een sterke onderzoeksplicht rust. Wellicht zou men kunnen oordelen dat het aan het verkeer willen deelnemen hier een 'bijzonder gebruik' is, wat aan de verkoper bekend moet zijn gemaakt. Dit zou kunnen verklaren waarom de Hoge Raad expliciet spreekt over 'om daarmee, naar de verkoper bekend is, aan het verkeer deel te nemen'.

37. Vergelijk E. Rabel, *The Nature of Warranty of Quality*, 24 *Tulane Law Review* 273 (1950), blz. 282.

38. Vergelijk Asser-Hijma 5-I (1994) nrs. 241 en 244. Het lijkt in het *Oldtimer*-arrest overigens ook niet dat de Hoge Raad dit verschil in benadering bij non-conformiteit en dwaling wil accentueren; in een overweging gewijd aan de vraag voor wie het risico van de dwaling is worden slechts de omstandigheden van het geval opgesomd, waarna de conclusie volgt dat deze 'niet toereikend zijn om de dwaling voor rekening van [koper] te laten.'

39. De ruimte ontbreekt hier om in te gaan op de formele aspecten van een beroep op non-conformiteit of dwaling (te denken valt aan toepassing van art. 7:23) of op de verschillende rechtsgevolgen van non-conformiteit en dwaling.

treffen voor de vraag of er sprake is van wanprestatie en wat de gevolgen zullen zijn, maar niet op voorhand een regeling kan treffen voor dwaling. De vraag naar de rol van exoneraties kan hier niet uitgebreid worden behandeld. Volstaan wordt met de constatering dat de mogelijkheid zich te exonereren bij (consumenten)koop drastisch is ingeperkt: genoemd kunnen worden het dwingende karakter van de wettelijke regeling van de koop voor consumenten, inclusief het conformiteitsvereiste (zie in detail art. 7:6), en de regeling van de algemene voorwaarden in de art. 6:231 e.v., inclusief zwarte en grijze lijst voor transacties met consumenten. Dit zou er op kunnen wijzen dat het op voorhand uitsluiten van een beroep op dwaling – zo dit al mogelijk geacht wordt⁴⁰ – ook beperkt moet worden. Meer van belang in de context van dit artikel is de vraag naar de rol van garanties. Eerst zal worden ingegaan op de rol van garanties onder het oude recht, en vervolgens op het verschil tussen wanprestatie en garanties.

5. HET OUDE RECHT: GARANTIE EN VERBORGEN GEBREKEN

Een teleurgestelde koper was onder het oude recht aangewezen op de regeling van het verborgen gebrek (art. 1540 *et seq.*)⁴¹ Het nadeel van de verborgen gebreken-regeling bestond met name hierin dat de termijn waarbinnen men in rechte moest ageren zeer kort gesteld werd. Aangezien de regeling in plaats kwam van de gewone actie op basis van wanprestatie stond de koper die hier niet alert op was al snel met lege handen⁴². Zelfs in de rechtspraak is expliciet erkend dat de regeling van het verborgen gebrek verworpen was van een regeling die beoogde de koper te beschermen tot een regeling die in het nadeel was van de koper.⁴³ De Hoge Raad heeft geweigerd om de regeling expliciet af te schaffen.⁴⁴ Wel werd de regeling teruggedrongen tot een beperkt terrein. Ten eerste gold de regeling alleen voor een *species*koop,⁴⁵ en ten tweede doorbrak een garantie de regeling, waarbij gold dat een garantie impliciet verleend kon worden.⁴⁶

De rol van garanties onder het oude recht kwam recent aan de orde in enkele zaken met betrekking tot bodemverontreiniging. In de *Maassluis*-arresten⁴⁷ speelde de doorbreking van de verborgen gebreken-regeling door middel van een (impliciete) garantie een cruciale rol. In deze geruchtmakende zaken ging het om de verkoop van (bouw)grond, bij uitstek

40. Vergelijk Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 244.

41. Vergelijk Asser-Hijma 5-I (1994) nrs. 327 en 359-371.

42. Als hij tenminste al betaald had, als verweer in een actie van de verkoper voor betaling gold de termijn niet. Zie Hof 's-Gravenhage 12-9-1989, *NJ* 1990, 360. Vergelijk Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 371.

43. Zie HR 3-4-1970, *NJ* 1970, 252 (GJS), AA 1971, blz. 440 (HKK) (Drankautomaten) en eerdergenoemde HR 21-12-1990, *NJ* 1991, 251 (Van Geest – Nederlof).

44. Zie HR 1-12-1972, *NJ* 1973, 103 (GJS) (Olivetti). Vaak werd de regeling – als partijen er niet aan dachten – buiten toepassing gelaten, zie bijvoorbeeld *Stavenuiter – Oosterbaan*. Pas in 1990, in *Van Geest – Nederlof*, werd beslist dat de verborgen gebreken-regeling niet in de weg staat aan een actie op grond van dwaling. Nog recenter is beslist dat de verborgen gebreken-regeling niet in de weg staat aan een actie op grond van een onrechtmatige daad. Zie HR 19-2-1993, *NJ* 1994, 290 nt. CJHB, *M & R* 1994, nr. 17 nt. Klik onder nr. 20, *BR* 1993, blz. 384, *NTBR* 1993, blz. 214 nt. M.M. van Rossum. Vergelijk hierover J.B.M. Vranken, *Zes manieren om een oude dame niet te wekken*, *WPNR* 6030 (1991).

45. Zie met name HR 16-5-1952, *NJ* 1953, 459 (PhHNA), AA 1951-1952, blz. 172 nt. Drion (Arza) en het eerder genoemde *Drankautomaten*-arrest.

46. Zie HR 10-5-1963, *NJ* 1963, 288 (HB) (Vouwapparaat).

47. HR 9-10-1992, *NJ* 1994, 286-289 nt. CJHB, *M & R* 1994, nrs. 16a-16d nt. Klik onder nr. 20, *TMA* 1993, blz. 59 nt. Kottenhagen, *BR* 1993, blz. 366 nt. Broekema-Engelen, AA 1993, blz. 644 nt. Hijma.

een species-zaak, zodat de verborgen gebreken-regeling in beginsel van toepassing was. De gemeente Maassluis verkocht grond aan projectontwikkelaar Pakwoningen, met de verplichting een complex woningen te bouwen. Pakwoningen sloot koop/aannemingsovereenkomsten met de (toekomstige) bewoners. De grond bleek later zodanig vervuild dat sanering noodzakelijk was. Geoordeeld werd dat de gemeente Maassluis jegens Pakwoningen 'ervoor moest instaan' dat de grond geschikt was voor woningbouw,⁴⁸ en dat Pakwoningen een garantiEVERPLICHTING had jegens de bewoners. Cruciaal in deze zaken was de opgelegde plicht tot bouwen. Maassluis verkocht grond aan Pakwoningen met de verplichting een complex woningen te bouwen; Pakwoningen sloot koop/aannemingsovereenkomsten met de bewoners. Nu een dergelijke bouwplicht zo centraal stond in de verhoudingen werd een garantiEPlicht, dat de geleverde grond daartoe ook geschikt was, aanwezig geacht. Garanties spelen in deze zaken derhalve een belangrijke rol.⁴⁹ Bij elke speculatie over het belang van de Maassluis-zaken moet men echter niet uit het oog verliezen dat de garanties in deze zaken fungeren als verweer tegen de verborgen gebreken-regeling.⁵⁰

De vraag is hoe onder het nieuw BW het conformiteitsvereiste verder uitgewerkt zal worden. In veel situaties waar nu met een impliciete garantie gewerkt wordt zal dan het conformiteitsvereiste uitkomst brengen: 'de koper mocht redelijkerwijs verwachten dat ...' De vraag is derhalve wat onder nieuw BW nog het verschil is tussen wanprestatie (non-conformiteit) en het schenden van een garantiEVERPLICHTING.

6. VERSCHIL WANPRESTATIE EN GARANTIE

Over wat nu precies een garantie is heeft steeds veel onduidelijkheid bestaan.⁵¹ Wellicht kan men beter, in plaats van trachten te definiëren wat een garantie is,⁵² de aandacht richten op de functie van een garantie. In de literatuur wordt – naast de al eerder besproken functie van verweer tegen de toepassing van de verborgen gebreken-regeling – gewezen op het afsnijden van een beroep op overmacht en op bewijslastverdeling ten aanzien van wanprestatie.

Gesteld wordt wel dat een gegeven garantie een beroep op overmacht uitsluit. Men moet hierbij bedenken dat ook een 'garantie' voorwerp van uitleg is. Indien echter de garantie de 'kwaliteit' betreft⁵³, dan lijkt een dergelijke garantie niets toe te voegen aan hetgeen de wet te bieden heeft. Een tekortkoming in de nakoming kan de verkoper wegens

48. Zelfs als Pakwoningen gezien haar deskundigheid 'wellicht had kunnen vermoeden' dat aan de 'woonfunctie wat schortte', dan doet dit hieraan niet af, zie NJ 1994, 287, ov. 3.2.

49. Op grond van de garantie werd ook een beroep op de exonatie niet toegestaan. Vergelijk het hierboven reeds kort besproken *Kilometerteller*-arrest.

50. Vergelijk expliciet de procedure van Pakwoningen tegen Maassluis, zie NJ 1994, 287, ov. 3.3.

51. Vergelijk over beperkingen van rechten door middel van garanties en garantiEBEWIJZEN onder meer R.H.C. Jongeneel, *Garantiebewijzen*, in: *Heemskerkbundel*, Utrecht 1991, blz. 113, dezelfde in *Koop en consumentenkoop, a.w.*, blz. 46-47, M. van Delft-Baas, *Consumentenkoop* (mon. NBW) Kluwer: Deventer (1992), blz. 25-26, en Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 339 en daarin genoemde literatuur. Een zeer groot voordeel van de nieuwe koopregeling is dat de hele regeling voor de consumentenkoop dwingend recht is, waarvan, met uitzondering van enkele bepalingen, niet in algemene voorwaarden mag worden afgeweken, vergelijk art. 7:6. Vergelijk ook M. van Delft-Baas, *a.w.* (1994).

52. Zie G.H.A. Schut, *Presteren en garanderen*, in: *De Iure*, WEJ Tjeenk Willink Zwolle 1983, blz. 1, vergelijk C.P. Aubel in: *Goed en trouw* (Van der Grinten bundel) WEJ Tjeenk Willink Zwolle 1984, blz. 315. Termen als 'kale resultaatsverbintenis', 'prestatieve resultaatsverbintenis', en 'geamputeerde resultaatsverbintenis', door Hijma gebruikt in Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 330, lijken niet erg verhelderend.

53. Vergelijk uitgebreider Asser-Hijma 5-I (1994) nrs. 434-438.

overmacht niet worden toegerekend wanneer zij niet aan zijn schuld is te wijten, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Krachtens de wet, art. 7:17, komt een tekortkoming die leidt tot een beperking van het 'normaal gebruik' voor rekening van de verkoper, immers, het wetsartikel stelt dat 'de koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn'. De wet 'garandeert' derhalve de kwaliteit,⁵⁴ een kwaliteitsgarantie voegt hier niets aan toe.⁵⁵

Een andere functie van een garantie is dat wanneer een garantie is gegeven, de wanprestatie bij niet-nakoming vaststaat.⁵⁶ Partijen kunnen door het opnemen van 'garanties' discussies over de reikwijdte van het conformiteitsbegrip vermijden. De koper mag op grond van art. 7:17 verwachten 'dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen'. Niet zal echter steeds onmiddellijk duidelijk zijn wat de koper onder de omstandigheden 'mag verwachten'. Een gegeven 'garantie' voegt niets toe, maar vergemakkelijkt de bewijspositie.⁵⁷ Ten aanzien van de vraag wat de normale gebruiksverwachtingen zijn, zijn er natuurlijk twijfelgevallen mogelijk, met name wanneer men het adagium dat 'alle waar naar zijn geld is' in ogenschouw neemt. In die context zijn mededelingen van de verkoper van belang voor de verwachtingen van de koper,⁵⁸ en kunnen kwaliteits'garanties' verduidelijken wat de koper mocht verwachten.⁵⁹ Zo opgevat kunnen alle 'mededelingen' van de verkoper bij de beoordeling in een concreet geval betrokken worden, zonder dat elke mededeling meteen letterlijk opgevat hoeft te worden.⁶⁰ Strikt genomen is er echter slechts bij een 'bijzonder gebruik' in de zin van art. 7:17 plaats voor een garantie: wanneer men iets koopt voor bijzonder gebruik dat niet onder 'normaal' gebruik valt moet men de geschiktheid voor het bijzondere gebruik in de overeenkomst vastleggen.⁶¹

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 en op zich duidelijk. 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', 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

54. Vergelijk genuanceerder Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 436.

55. In dit verband kan worden opgemerkt dat, gelet op het onscherpe karakter van de term 'garantie', het ietwat ongelukkig is dat in Europees verband gesproken wordt over een wettelijke 'garantie' waar in feite conformiteit wordt aangeduid, vergelijk noot 7.

56. Zie Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 269.

57. Dit impliceert dat er geen *fundamenteel* verschil is tussen 'gewone' wanprestatie en wanprestatie die gebaseerd is op niet-voldoen aan de garantie. Vergelijk Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 340.

58. Vergelijk als voorbeeld met betrekking tot auto's Pres. Rb. Utrecht 22-10-1994, KGK 1273, TvC1993, blz. 318 nt. Rijken.

59. Hierbij moet men echter bedenken dat op grond van art. 7:6 in de consumentenkoop niet ten nadele van de norm van art. 7:17 mag worden afgeweken, vergelijk hierover Van Delft-Baas, *a.w.* (1994), blz. 182-183.

60. Zo ook naar onze mening Rijken in zijn noot bij eerder genoemde Pres. Rb. Utrecht 22-10-1994. Vergelijk echter R.P.J.L. Tjities, *De hoedanigheid van contractspartijen*, (diss RUG) 1994, blz. 170. Vergelijk de Hoge Raad, die in het *Kilometerteller*-arrest spreekt over 'uitlatingen' van de verkoper, waarmee, 'afhankelijk van de inhoud' rekening moet worden gehouden. Vergelijk Asser-Hijma 5-I (1994) nrs. 335, zie echter ook nrs. 338 en 340.

61. Wanneer echter sprake is van een 'normaal' gebruik zullen partijen dit 'normale' gebruik juist *niet* vastleggen. Vergelijk de eerdere citaten van Honnold.

conformiteitsbegrip, hetgeen te betreuen zou zijn.⁶² De consument⁶³ is gebaat bij een correcte toepassing van het conformiteitsvereiste. Het is te hopen dat de rechtspraak zonder onnodig zijn toevlucht te nemen tot de constructie van de (impliciete) garantie niet zal aarzelen het conformiteitsvereiste toe te passen en ook expliciet uit te spreken.⁶⁴ De rechtsvorming is ermee gebaat dat in een zaak blijkt welke omstandigheden van doorslaggevende betekenis waren.

62. Zowel uit oogpunt van consumentenbescherming als uit oogpunt van internationale rechtsonwikkeling.

63. En ook de koper in het algemeen.

64. Vergelijk ook Jongeneel, *a.w.* (1993), blz. 45 en Asser-Hijma 5-I (1994), nr. 339.

Kroniek Europees Consumentenrecht*

EUROPEES CONSUMENTENBELEID – KORTE BERICHTEN

- Bij Besluit 95/13 van 17 januari 1995 (*PB EG* 1995, L 21/17) heeft de Commissie de Consumentenadviesraad met drie vertegenwoordigers uitgebreid tot 48 leden. Nieuw zijn de vertegenwoordigers uit Oostenrijk, Finland en Zweden.
- De Europees Commissaris voor consumentenangelegenheden heet sinds 23 januari 1995 Emma Bonino. Zij is afkomstig uit Italië en de opvolgster van Cristiane Scrivener.
- Raadsverordening 3295/94 tot vaststelling van maatregelen tegen nagemaakte of door 'piraterij' verkregen produkten is gepubliceerd in *PB EG* 1994, L 341/8. Zie voor de achtergronden van dit besluit *TvC* 1994, blz. 82.
- Op de algemene begroting van de Europese Unie is voor het begrotingsjaar 1995 een bedrag opgenomen van 15 650 000 ecu (1 ecu is ongeveer 2,15 gulden) voor de belangenbehartiging en bescherming van de consument. Voor 1994 was dat nog 16 000 000 ecu (*PB EG* 1994, L 369/1049).
- Het Economisch en Sociaal Comité heeft een advies gepubliceerd over de Mededeling van de Commissie betreffende het actiekader op het gebied van de volksgezondheid (COM (93) 559 def). Het Comité verklaart zich voorstander van een ruime uitleg van art. 129 EG-Verdrag. Het Europese volksgezondheidsbeleid moet zich niet beperken tot een aanpak per ziekte, maar ook uitdrukkelijk aandacht besteden aan de gezondheidsproblemen van bepaalde leeftijdsgroepen (jongeren, bejaarden) en van personen in een kwetsbare positie (werklozen, daklozen). In het beleid zou ook meer nadruk moeten worden gelegd op de gezondheid op school en op de werkplek. Het Comité bepleit een aanpak van de problemen door middel van horizontale maatregelen (arbeid, leefmilieu, huisvesting, consumentenzaken, enz.). (*PB EG* 1994, C 338/3).
- Volgens het laatste onderzoek dat de Commissie heeft verricht naar de prijzen van nieuwe auto's in de Europese Unie zijn de prijsverschillen tussen dezelfde modellen in de Lid-Staten verminderd. Deze tendens gaat echter niet op voor Japanse auto's (*Europe Agence* nr. 6407 van 27 januari 1995, blz. 11).
- De Europese Commissie heeft in een ontwerp-verordening haar opvatting bekendgemaakt over de verlenging en aanpassing van Verordening 123/85 inzake (exclusieve en selectieve) distributieovereenkomsten in de automobielbranche (*PB EG* 1994, C 379/16). Het is de bedoeling om het huidige systeem, waarbij dealerovereenkomsten zijn vrijgesteld van het kartelverbod van art. 85, eerste lid, nog minstens tien jaar te handhaven. De auto-industrie is voorstander van een verlenging van de vrijstelling. Consumentenorganisaties zijn van mening dat de belangen van de consument beter worden beschermd door een vrije en open handel op de markt voor motorvoertuigen.
- In Verordening 2333/92 tot vaststelling van algemene voorschriften voor de omschrijving en de aanbestedingsvorm van wijnen (*PB EG* 1992, L 231/9) is een bepaling opgenomen waarbij het gebruik van de benaming 'méthode champenoise' na 31 augustus 1994 is verboden voor wijnen die niet afkomstig zijn uit het wijnbouwgebied Champagne. Het Hof van Justitie heeft beslist dat dit voorschrift niet in strijd is met het eigendomsrecht, het recht op vrije beroepsuitoefening en het algemene gelijkheidsbeginsel (Zaak C-306/93, *Firma SMW Winzersekt GmbH/Rheinland-Pfalz*, arrest van 13 december 1994, n.n.g.).

* Mr. drs. H.A.G. Temmink, Europa Instituut, Universiteit Utrecht.