

DE VERBORGEN GEBREKEN-REGELING

mr W.J.G. Oosterveen

Inleiding.

Met de invoering van het NBW zullen wij afscheid nemen van de veelbesproken regeling der verborgen gebreken, neergelegd in de artt. 1540-1547 BW. Teneinde de lezer de mogelijkheid te geven vast te stellen of ook in dit geval scheiden doet lijden, zal ik hieronder, bij wijze van afscheid, de regeling aan een beschouwing onderwerpen. Omvang en diepgang van hetgeen in het verleden reeds over dit onderwerp is geschreven, alsmede de beperkte ruimte in deze bundel, dwingen mij de lezer op voorhand begrip te vragen voor de summierheid van dit betoog.

Wat is de verborgen gebreken-regeling?

Beperken wij ons tot de voor de verkoper uit de koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, dan zien wij dat dit er twee zijn,

"... namelijk om de verkochte zaak te leveren, en dezelve te vrijwaren." (Art. 1510 BW)

Art. 1527 geeft vervolgens aan dat vrijwaren twee aspecten heeft,

"... namelijk, vooreerst, het rustig en vreedzaam bezit van de verkochte zaak; ten tweede, de verborgene gebreken dier zaak, of de zoodanige die aanleiding geven tot vernietiging van den koop."

Het eerste type vrijwaring wordt doorgaans juridische vrijwaring genoemd en valt buiten het onderwerp van deze beschouwing. Het tweede betreft de zgn. (feitelijke) vrijwaring wegens verborgen gebreken van de zaak, zoals geregeld in de artt. 1540-1547.

Het kernartikel van de verborgen gebreken-regeling is art. 1540, luidende:

"De verkooper is gehouden tot vrijwaring wegens verborgene gebreken van het verkochte goed, die hetzelfde ongeschikt maken tot het gebruik waartoe het bestemd is, of die dat gebruik in dier

voege verminderen dat, bijaldien de koper de gebreken gekend had, hij het goed, of in het geheel niet, of niet dan voor eenen minderen prijs, zoude gekocht hebben."

Art. 1541 laat daarop volgen:

"De verkoper is niet gehouden in te staan voor zichtbare gebreken, welke de koper zelf had kunnen ontdekken."

De verkoper dient dus op grond van de wet in te staan voor bepaalde, nader omschreven, gebreken van de verkochte zaak. Uit de wet zijn twee vereisten af te leiden, waaraan het gebrek moet voldoen.

In de eerste plaats moet het gaan om een *verborgen* gebrek. De koper behoort de zaak te bekijken en als hij niet of met zijn neus kijkt, draagt hij daarvoor zelf het risico. Doorgaans wordt art. 1541 aldus geïnterpreteerd dat een gebrek "zichtbaar" wordt geacht wanneer iemand als koper in kwestie het voor het sluiten van de overeenkomst bij een in redelijkheid te vergen onderzoek had kunnen ontdekken. De woorden "... de koper zelf ..." moeten niet letterlijk worden genomen: onder bepaalde omstandigheden kan uit de (precontractuele) goede trouw een plicht tot onderzoek door deskundigen voortvloeien.¹⁾ Men denke aan de (ANWB-)keuring bij tweedehands auto's.

Voorts moet het gaan om gebreken die de verkochte zaak ongeschikt of (substantieel) minder geschikt maken "tot het gebruik waartoe het bestemd is." Onder "gebruik" wordt hier traditioneel verstaan: "feitelijk gebruik".²⁾ Gaat het dus om eigenschappen van de zaak die, hoewel zij gezien aard en inhoud van de overeenkomst van doorslaggevend belang zijn - om in dwalingstermen te spreken: eigenschappen die voor de koper de eigenlijke grond voor het sluiten van de overeenkomst vormden -, niet aan het *feitelijk* gebruik in de weg staan, dan doet zich niet een "gebrek" in de zin van art. 1540 BW voor.³⁾

1) Asser-Schut, p. 173; Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, p. 38

2) Asser-Schut, p. 171-172; Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, p. 32

3) Misschien kan uit HR 15 nov. 1985, NJ 1986, 213 (m.n. G.); AA 1986, p. 315, J.H. Nieuwenhuis (Gevaar op de weg) worden afgeleid dat inmiddels het criterium van art. 7.1.2.7 NBW bepalend is voor (Vervolg Voetnoot)

Voor de afwezigheid van genoemde gebreken heeft de verkoper "in te staan"; dat hij buiten zijn schuld onkundig was van de gebreken doet niet terzake; het betreft hier een wettelijke garantieplicht.⁴⁾ Dit volgt uit art. 1542 dat zegt:

"Hij moet voor de verborgene gebreken instaan, al ware hij daarvan ook zelf onkundig geweest, ..."

De wetenschap van de verkoper heeft echter wel gevolgen voor de rechten die de teleurgestelde koper kan doen gelden. Omtrent deze rechten verklaart art. 1543 in het algemeen:

"In de gevallen bij artikel 1540 en 1542 vermeld, heeft de koper de keus om of het goed terug te geven en den koopprijs terug te vorderen, of het goed te behouden, en zich zoodanig gedeelte van de koopprijs te doen terug geven, als de regter, na deskundigen hierop te hebben gehoord, zal bepalen."

Deze twee mogelijke vorderingen, de zgn. "actio redhibitoria" (ontbinding) en "actio quanti minoris", stammen nog uit het Romeinse recht. Hoe groot het gedeelte van de koopprijs is, dat de koper bij toepassing van de actio quanti minoris terugkrijgt, bepaalt de wet niet, doch is overgelaten aan de rechter. Het ligt voor de hand dat dit in enige verhouding zal staan tot de ernst van het gebrek, dus tot de mate waarin de geschiktheid tot feitelijk gebruik door het gebrek is verminderd.

De invloed van wetenschap van de verkoper komt in de twee daaropvolgende artikelen aan de orde. Art. 1544 bepaalt ten aanzien van de verkoper te kwader trouw dat deze tevens aansprakelijk is voor gevolgschade ("... alle kosten, schaden en interessen ...")

De verkoper te goeder trouw hoeft, naast de werking van art. 1543, slechts

"... aan den koper de kosten op den koop en de levering gevallen te vergoeden, voor zoo verre hij die mogt hebben betaald" (Art. 1545)

(Vervolg Voetnoot)

de vraag of sprake is van een verborgen gebrek. Zie nader hieronder.

4) Asser-Schut, p. 173 en Schut, Presteren en garanderen, Inaug. rede V.U. Amsterdam, Zwolle 1965.

Art. 1546 bevat een risico-regeling, zakelijk inhoudend dat wanneer de zaak mocht vergaan tengevolge van het verborgen gebrek, de koper beide vorderingen die hij op grond van de verborgen gebreken-regeling heeft, behoudt (lid 1), terwijl hij die rechten verliest wanneer de zaak door toeval teniet gaat (lid 2). Twee opmerkingen dienen hierbij te worden gemaakt.

In de eerste plaats zou men op basis van de tekst van lid 1 kunnen menen dat de koper bij vergaan als gevolg van het gebrek slechts de actio redhibitoria behoudt. De Hoge Raad heeft echter beslist dat beide vorderingen de koper blijven toekomen.⁵⁾

In de tweede plaats geldt art. 1546 slechts voor geheel en niet voor gedeeltelijk vergaan van de zaak. In het laatste geval blijft art. 1543 dus onverkort van toepassing.⁶⁾

De angel van de verborgen gebreken-regeling is te vinden in art. 1547:

"De regtsvordering, voortspruitende uit gebreken die de vernietiging van de koop ten gevolge hebben, moet door den koper aangelegd worden binnen eenen korten tijd, overeenkomstig den aard dier gebreken, en met inachtneming der gebruiken van de plaats alwaar de koop gesloten is."

Op het eerste gezicht nog betrekkelijk vriendelijk geformuleerd, is de toepassing van dit artikel door de rechtspraak al menige teleurgesteld de koper fataal geworden.

De "korte tijd" begint te lopen op het eerste moment waarop een zorgvuldig koper niet alleen het gebrek had kunnen ontdekken, maar tevens dat dit gebrek ten tijde van de koop reeds bestond.⁷⁾ Binnen de vervaltermijn - doorgaans op ongeveer zes weken gesteld, bij sommige (groepen van) zaken wat langer - moet de koper dagvaarden, op straffe van algeheel verlies van zijn aanspraken jegens de verkoper.⁸⁾

Na deze behandeling van de artt. 1540-1547 kan worden vastgesteld dat de verborgen gebreken-regeling voor de koper een aantal wezenlijke

5) HR 11 mei 1917, NJ 1917, p. 711

6) Asser-Schut, p. 175

7) Asser-Schut, p. 176; Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, p. 43-44

8) Asser-Schut, p. 177; Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, p. 43-44

nadelen kent vergeleken met de algemene regels betreffende wanprestatie.

De termijn van art. 1547 die, behalve dat het een *verval*termijn is, zeer kort is in vergelijking met de *verjarings*termijn voor de vordering uit wanprestatie, is reeds genoemd. Het verschil wordt natuurlijk geflatteerd doordat hierin niet tot uitdrukking komt dat, door de werking van het leerstuk der rechtsverwerking, een vordering uit wanprestatie in de praktijk niet gedurende dertig jaar ingesteld kan worden. Ook echter wanneer dit feit in de beschouwing wordt betrokken, zal de termijn van art. 1547 een veel groter gevaar zijn voor de koper.

Voorts kan worden gewezen op de vorderingen die de koper ten dienste staan. Bij wanprestatie kan de koper volledige schadevergoeding krijgen, eventueel in combinatie met nakoming of ontbinding. Alleen bij kwade trouw van de verkoper bieden de artt. 1543 en 1544 de koper dezelfde mogelijkheid, althans voor wat betreft de schadevergoeding.

In de derde plaats, zij het van minder belang, kan worden genoemd de risico-regeling van art. 1546 lid 2 betreffende tenietgaan van de zaak door toeval.

Waarom, zo kan men zich afvragen, wordt van de verborgen gebreken-regeling dan nog gebruik gemaakt, wanneer zij voor de koper inmiddels meer nadeel dan voordeel oplevert?

In 1941 overweegt de Hoge Raad in het Verse koe-arrest⁹⁾ ten aanzien van de verplichting tot instaan voor verborgen gebreken:

"dat de wet echter de rechtsgevolgen verbonden aan de niet-nakoming van deze verplichting door den verkoper in dier voege regelt, dat de rechten, die naar den gewonen regel de partij, tegenover wie een contractueele verplichting niet is nagekomen, daaraan ontleent, voor den koper ingeval van verborgen gebrek worden ingeperkt;"

Na aangegeven te hebben op welke punten de regeling ten nadele van de koper afwijkt van de algemene regels inzake wanprestatie, wordt geconcludeerd:

9) HR 27 jun. 1941, NJ 1941, 781, m.n. E.M.M.

"dat hier dus niet een bijzondere schaderegeling is gegeven in het belang van den koper, die hij te zijner keuze ook onbenut zou kunnen laten om naar de gewone regelen des rechts verhaal op zijn verkooper te zoeken, indien deze de voormelde, hem door de wet opgelegde, verplichting niet is nagekomen, doch integendeel het verhaalsrecht van den koper, als gezegd, wordt ingeperkt en hij dan ook niet vermag de aan zijn verhaal gestelde perken terzijde te stellen;"

Het antwoord op de hierboven gestelde vraag is dus eenvoudig: omdat iets beter is dan niets. Bij strijd derogeert de verborgen gebrekenregeling aan de algemene regels betreffende wanprestatie, zodat de koper in dat geval de uitgebreidere mogelijkheden van de wanprestatievordering niet heeft.

Deze constatering brengt ons op de, daardoor van groot belang geworden, kwestie van het toepassingsgebied van de regeling. Dit bepaalt immers hoe groot de valkuil voor de koper is en daarmee de kans dat de gemiddelde koper erin terecht zal komen.

Hoewel de wetgever van 1838 bij het opstellen van de kooptitel waarschijnlijk voornamelijk het oog heeft gehad op de specieskoop, wordt tegenwoordig algemeen aangenomen dat de bepalingen daarvan in beginsel ook van toepassing zijn op genuskoop. Daaraan wordt echter direct toegevoegd dat sommige bepalingen zo duidelijk geschreven zijn voor specieskoop, dat deze niet op een genuskoop van toepassing zijn. Daaronder vallen ook de artt. 1540-1547.¹⁰⁾

De Hoge Raad besliste in 1952 in het Arza-automaten-arrest¹¹⁾:

"dat ... voormelde bepalingen slechts van toepassing zijn, ingeval een zekere en bepaalde zaak is verkocht, en niet, indien ... de verkochte zaak slechts ten aanzien van haar soort is bepaald en het geleverde exemplaar gebreken vertoont;"

Tevens sprak hij uit:

"dat er geen termen zijn voormelde artikelen op laatstbedoelden koop analogisch toe te passen;"

10) Asser-Schut, p. 48-49; Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, p. 32

11) HR 16 mei 1952, NJ 1953, 459, m.n. Ph.A.N.H.

Hiermee kapte de Hoge Raad de tot dan toe in de doctrine gevoerde discussie over de al of niet toepasselijkheid van de verborgen gebreken-regeling (ook) op genuskoop, voor het grootste deel af. Niet geheel echter. Gezien de formulering van de Hoge Raad was nog open de vraag of de regeling zou gelden indien niet slechts het geleverde exemplaar, maar de gehele soort gebrekkig was; met andere woorden, wanneer het niet mogelijk was een exemplaar te leveren dat òn binnen de tussen partijen overeengekomen soort viel òn voldeed aan hetgeen (overigens) aan eigenschappen en hoedanigheden voortvloeide uit hetgeen partijen afspraken. Hoewel een groot aantal schrijvers zich voorstander heeft getoond van toepassing van de regeling op deze situatie¹²⁾, besliste de Hoge Raad in het Drankautomaten-arrest¹³⁾ van 1970 anders. Na enige overwegingen waarin wordt geconstateerd dat zich, als gevolg van de ontwikkeling van de algemene beginselen van het contractenrecht, een discrepantie is gaan voordoen tussen de oorspronkelijke strekking van de regeling (bescherming van de *koper*) en de huidige uitwerking (bescherming van de *verkoper*), overweegt hij:

"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;"

Hiermee ging de deur, tot dan toe nog op een theoretische kier, onverbiddelijk dicht.

Altijd van toepassing op speciesoep?

Is het nu zo dat in het geval van een speciesoep altijd de verborgen gebreken-regeling van toepassing is? Het antwoord luidt: neen, en wel

12) Zie de bij R. Overeem, Consumentenkoop, Serie Bijzondere Contracten 4A, Groningen 1976, op p. 89-90 genoemde schrijvers.

13) HR 3 apr. 1970, NJ 1970, 252, m.n. G.J.S.

om twee redenen.

De eerste is gelegen in de regeling zelf. Art. 1540 spreekt van "... gebreken ... *die hetzelfde ongeschikt maken tot het gebruik waartoe het bestemd is, of die dat gebruik in dier voege verminderen dat ... etc.*" Alleen in het geval van gebreken dus die leiden tot ongeschiktheid of (substantiële) vermindering van de geschiktheid tot feitelijk gebruik. Voor de koper van de pseudo-antieke kast is dit een verheugende mededeling, daar hij zich in beginsel op de algemene regels betreffende de wanprestatie kan beroepen.¹⁴⁾

Men zou nog kunnen menen dat de regeling alleen van toepassing is in het geval van een *verborgen* gebrek. De wetgever heeft immers blijkens art.1541 degene die een zaak met "zichtbare gebreken, welke de koper zelf had kunnen ontdekken" heeft gekocht van de bescherming van de regeling willen uitsluiten. Hieruit kan echter wél de conclusie worden getrokken dat de koper bij niet-verborgen gebreken (zelfs) niet de rechten uit de artt. 1540-1547 heeft, maar niet dat, bij gebreke van toepasselijkheid van de bijzondere regeling, de algemene regels hun gelding herkrijgen. Dit vormt dus slechts in die zin een uitzondering op de toepasselijkheid van de verborgen gebreken-regeling op speciës-koop dat hier de koper in het geheel geen vordering jegens de verkoper heeft.

De tweede reden hangt samen met het feit dat de verborgen gebreken-regeling van aanvullend recht is. In de wet komt dat alleen tot uitdrukking in art.1542 dat de mogelijkheid voor de verkoper vermeldt om zijn aansprakelijkheid voor verborgen gebreken geheel uit te sluiten, welke mogelijkheid echter weer door de Hoge Raad beperkt werd ten aanzien van de verkoper die op de hoogte is of behoort te zijn van de gebreken¹⁵⁾.

14) De vraag of een vordering uit wanprestatie in een dergelijk geval altijd zal slagen, alsmede de problematiek van de samenloop met het dwalingsleerstuk laat ik in verband met de beperkte opzet van dit stuk buiten beschouwing.

15) HR 26 mei 1950, NJ 1951, 18, m.n. Ph. A.N.H. Vgl. ook: HR 20 feb. 1976, NJ 1976, 486, m.n. G.J.S. en HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509, m.n. C.J.H.B.

Doch ook het omgekeerde van wat de wet noemt is mogelijk. De wettelijke garantielijkt die de artt. 1540-1547 de verkoper opleggen, kan vervangen worden door een overeengekomen garantielijkt. De Hoge Raad overwoog in het Vouwapparaat-arrest¹⁶⁾:

"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 de verkoper zal opleveren en den koper de rechten zal geven, die in het algemeen uit wanprestatie voortvloeien; 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 daarmee dan een andere aansprakelijkheid voor zodanig gebrek overeenkomen dan uit die artikelen zou voortvloeien;

...

dat ... ook dan de aansprakelijkheid van den verkoper voortvloeit uit het tussen pp. daaromtrent overeengekomene en dus niet uit de artt. 1540 e.v., zodat deze artikelen dan toepassing missen;"

Hoewel de Hoge Raad het dus kennelijk mogelijk acht dat een dergelijke garantielijkt-overeenkomst stilzwijgend tot stand komt, neemt hij het vereiste van een *overeenkomst* serieus waar hij overweegt:

"dat de enkele mededeling van den verkoper aan den koper, dat de zaak zekere eigenschap heeft, een overeenkomst als hier bedoeld nog niet behoekt in te houden en mitsdien nog niet de toepasselijkheid van de artt. 1540 e.v. behoekt uit te sluiten;"

Ten aanzien van de stilzwijgende garantielijkt-overeenkomst bij koop heeft de Hoge Raad daarna nog een ander belangrijk arrest gewezen, het Olivetti-arrest.¹⁷⁾ In 1972 overwoog hij daarin eerst nogmaals dat:

"... 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;"

en daarna;

"dat, voorzover het middel wil betogen dat een dergelijke overeenkomst steeds moet worden aangenomen met betrekking tot een

16) HR 10 mei 1963, NJ 1963, 288 m.n. H.B.

17) HR 1 dec. 1972, NJ 1973, 103 m.n. G.J.S.

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;"

Het cassatiemiddel had stelling genomen tegen de mening van het Hof dat de enkele omstandigheid dat accuratesse een essentiële eigenschap is van een dergelijke machine, onvoldoende is om daaruit een - stilzwijgende - garantie-overeenkomst af te leiden. Uit de afwijzing van dit middel door de Hoge Raad kan naar mijn mening niet worden afgeleid dat de Hoge Raad in het kader van de vraag of stilzwijgend een garantieovereenkomst tot stand is gekomen, in het geheel geen invloed wil toekennen aan de aard van de overeenkomst en van het verkochte goed. Deze gezichtspunten kunnen een rol spelen bij de uitleg van de over en weer afgelegde wilsverklaringen; zij vormen (een deel van) de context die volgens de Hoge Raad onmisbaar is voor een juiste uitleg van overeenkomsten.¹⁸⁾

In de ene context nu hebben wilsverklaringen, dus ook stilzwijgende, een andere betekenis dan in de andere. Dat kan er dus toe leiden dat bij "gelijke" wilsverklaringen in de ene context eerder een garantie-overeenkomst aanwezig kan worden geacht dan in de andere. Uit het Olivetti-arrest blijkt echter (onder meer) dat *alleen* context niet voldoende is; er moet sprake zijn van een *garantie-overeenkomst*.

Vooruitzichten voor morgen.

De Hoge Raad bepaalde in het Verse Koe-arrest nog dat de verborgen gebreken-regeling, als *lex specialis* met voor de koper ongunstiger rechtsgevolgen, aan de algemene regels voor wanprestatie deroogert. In het NBW verdwijnt de bijzondere regeling, zodat niets meer aan toepassing van de algemene regels op speciëskoop in de weg staat.

Ter beantwoording van de vraag wanneer de verkoper tekortkomt in de nakoming van zijn verbintenis een zaak af te leveren die feitelijk

18) Zie HR 13 mrt. 1981, NJ 1981, 635 (m.n. C.J.H.B.); AA 1981, p. 355 e.v., P. van Schilfjaarde.

voldoet, geeft art. 7.1.2.7 dan ook *eenzelfde* criterium voor zowel genus- als speciëskoop. De kern is gelegen in de leden 1 en 2:

1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.
2. 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.

Lid 3 geeft aan dat de minimum-eis ten aanzien van de afleveringsplicht geen andere is dan naar huidig recht:

3. Een andere zaak dan is overeengekomen, of een zaak van een andere soort, beantwoordt evenmin aan de overeenkomst. ...

In ieder geval gaat het bij speciëskoop om *déze* zaak en dus mag een andere noch door de verkoper worden geleverd, noch door de koper worden verwacht.¹⁹⁾ Bij genuskoop geldt hetzelfde, maar dan ten aanzien van *déze* soort. Daarnaast echter dient de zaak te voldoen aan hetgeen aan eigenschappen en hoedanigheden voortvloeit uit hetgeen partijen zijn overeengekomen: de zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.²⁰⁾ Deze formulering heeft in de literatuur kritiek ondervonden.²¹⁾

In het Wasautomaten-arrest²²⁾ van 1971 heeft de Hoge Raad het criterium van art. 7.1.2.7 in het huidig recht geïncorporeerd ter beantwoording van de vraag wanneer bij een genuskoop sprake is van wanprestatie. Hij overwoog:

"dat ... bij een overeenkomst tot levering van slechts naar de soort bepaalde zaken, ... ook van wanprestatie sprake kan zijn, indien de geleverde zaken, al verschillen zij niet van andere tot die soort behorende zaken, niet aan de overeenkomst beantwoorden,

19) Vgl. HR 3 apr. 1970, NJ 1970, 252, m.n. G.J.S.; AA 1971, p. 440, m.n. H.K.K. (Drankautomaten)

20) Zie voor een aardige toepassing van het primaat van de partij-afspraken: HR 15 mei 1981, NJ 1981, 641, m.n. C.J.H.B. (Polystyreen)

21) Zie N.E. Algra, Soepel dwingend recht?, WPNR 5691 (1984)

22) HR 29 jan. 1971, NJ 1971, 221 (m.n. G.J.S.)

omdat zij niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten"

De vraag of dit ook het criterium voor wanprestatie bij speciëskoop is, is door de Hoge Raad nooit met zoveel woorden beantwoord. Asser-Schut²³⁾ lijkt haar bevestigend te beantwoorden waar hij zegt dat het criterium bij speciëskoop een functie heeft om uit te maken of er sprake is van een tekortschieten in de afleveringsplicht zonder dat zich een verborgen gebrek voordoet. In het recente arrest Stavenuiter/Ranton Inc.²⁴⁾, waarin het ging om de verkoop van een aan de koper bekende tweedehands auto, onbetwist een speciëskoop dus, overwoog de Hoge Raad:

"De Rb. heeft niet geoordeeld dat voor de vraag of de verkoper wanprestatie heeft gepleegd, een andere maatstaf moet worden aangelegd dan dat de zaak de eigenschappen en hoedanigheden heeft, die de koper mocht verwachten, doch slechts dat voor de vraag welke hoedanigheden en eigenschappen de koper mocht verwachten, mede van belang is welk "normaal te achten onderzoek" van hem kon worden gevergd. Dit laatste oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting."

De Rechtbank besprak in feitelijke instantie deze zaak in de bewoordingen van art. 7.1.2.7 NBW en de Hoge Raad sluit zich daarbij aan. Wat kan hieruit worden afgeleid met betrekking tot de hierboven gestelde vraag? Misschien dat de verborgen gebreken-regeling in dit arrest op de helling gaat in verband met de naderende afschaffing door het NBW?

Nieuwenhuis²⁵⁾ en van Delft-Baas²⁶⁾ zijn van mening dat het voor deze conclusie (wellicht) nog te vroeg is. Laatstgenoemde lijkt zich aan te sluiten bij Asser-Schut waar zij zegt:

"Wel meen ik uit dit arrest af te mogen leiden ... dat de conformiteitseis uit art. 7.1.2.7 ... ook voor de speciëskoop kan gelden."

23) Asser-Schut, p. 180

24) HR 15 nov. 1985, NJ 1986, 213 (m.n. G.); AA 1986, p. 315, J.H. Nieuwenhuis (Gevaar op de weg)

25) J.H. Nieuwenhuis, AA-noot, AA 1986, p. 317

26) M. van Delft-Baas, KwNBW 1986, 3, p. 98

Evenzo wellicht van der Grinten, die in zijn NJ-noot ten aanzien van het criterium van 7.1.2.7 opmerkt:

"Voor een speciëszaak ligt het in beginsel niet anders dan voor een genuszaak, zij het dat naar geldend recht de rechtsgevolgen van wanprestatie bij speciëszaak anders kunnen zijn dan bij een genuszaak"

Nieuwenhuis leidt op dit punt uit het arrest af dat de Hoge Raad bereid is leentjebuur te spelen bij art. 7.1.2.7 bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gebrek in de zin van de artt. 1540 e.v. BW.²⁷⁾

Wat van dit alles ook zij, mocht de Hoge Raad met dit arrest hebben bedoeld de verborgen gebreken-regeling voortaan ook bij speciëskoop buitenspel te zetten, dan behoeven wij om die stap niet rouwig te zijn. Hij past in de tendens om het toepassingsgebied van de regeling te beperken en in het streven naar een naadloze overgang naar het NBW. Wanneer het de bedoeling is geweest een NBW-invulling van het begrip verborgen gebrek van art. 1540 te geven, zoals Nieuwenhuis meent, dan vind ik dat minder gelukkig, althans wanneer dat met zich mee zou brengen dat (ook) de beperking tot het *feitelijk* gebruik vervalft. In dat geval zou er immers sprake zijn van een, zij het theoretische, verruiming van het toepassingsgebied van de regeling.

Conclusie.

Met de ontwikkeling van de algemene beginselen van het contractenrecht terzake van wanprestatie is de verborgen gebreken-regeling onder steeds heviger vuur van de doctrine komen te liggen. De rechtspraak heeft zich dit aangetrokken en het toepassingsgebied van de regeling vrijwel consequent ingekrompen. Zelfs gebeurde dat in een geval waarin de doctrine bereid was de koper over een dogmatisch uitgestoken been te laten struikelen: wanneer de gehele soort gebrekkig was. De grens lag pas daar waar men niet verder kon zonder voorbij te gaan aan het

27) AA-noot, AA 1986, p. 317. Zie in gelijke zin: H.K. Küster, AA-noot bij HR 3 apr. 1970, NJ 1970, 252 (m.n. G.J.S.) en HR 29 jan. 1971, NJ 1971, 221 (m.n. G.J.S.), AA 1971, p. 446.

feit dat de regeling nu eenmaal in ons BW is opgenomen, en zelfs voor het passeren van die grens is wel gepleit.²⁸⁾

Wat de exegeet niet vermag, gaat de wetgever soepel af: in het NBW verdwijnt de verborgen gebreken-regeling uit ons burgerlijk recht, waarmee de weg vrij is voor een gelijke behandeling van genus- en speciëskoop.

28) Vgl. C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, p. 32