



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Garanties versus non-conformiteit en exoneraties

Graaf, T.J. de

Citation

Graaf, T. J. de. (2012). Garanties versus non-conformiteit en exoneraties. *Tijdschrift Overeenkomst In De Rechtspraktijk*, (3), 33-39. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/47302>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/47302>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Garanties versus non-conformiteit en exoneraties

MR. T.J. DE GRAAF

De verhouding tussen garanties, non-conformiteit en exoneraties wordt in dit artikel onderzocht.

1. Inleiding

Over garanties is veel geschreven.¹ In dit artikel beperk ik mij daarom tot het beantwoorden van de volgende vragen:

1. Wat is een garantie (paragraaf 2)?
2. Mag de koper zich *tijdens* de garantieperiode (naast de garantie) op non-conformiteit beroepen (paragraaf 3)?
3. Mag de koper zich *na afloop* van de garantieperiode op non-conformiteit beroepen (paragraaf 4)?
4. Prevaleert een garantie boven een exonерatie (paragraaf 5)?

Om het overzichtelijk te houden wordt uitgegaan van een koopovereenkomst naar Nederlands recht tussen twee professionele partijen met betrekking tot een roerende zaak.

2. Wat is een garantie?

In de regel worden drie soorten verbintenissen onderscheiden:²

1. inspanningsverbintenissen (de schuldenaar spant zich in om een bepaald resultaat te bereiken);
2. resultaatsverbintenissen (de schuldenaar verbindt zich tot het verwezenlijken van een bepaald resultaat); en
3. garantieverbintenissen (de schuldenaar staat in voor een bepaald resultaat of nakoming door een derde).

Aan het begrip 'garantie' komt geen vaste betekenis toe en de betekenis van garanties moet door middel van uitleg worden vastgesteld, aldus de Hoge Raad in Hoog Catharijne³ ten aanzien van het begrip 'instaan voor' en in Mol/Meijer⁴ ten aanzien van het begrip 'garantie'. In de parlementaire geschiedenis⁵ en door Hartkamp/Sieburgh⁶ wordt aangenomen dat sprake is van een normaaltype garantie. Een normaaltype garantie is een toezegging van een partij (die een verbintenis tot een geven, doen of niet doen op zich neemt) dat hij zal instaan voor bepaalde feiten of gebeurtenissen, waarvan het voorvallen of juist uitblijven aan correcte nakoming in de weg staat. Als deze toezegging wordt geschonden, is het rechtsgevolg⁷ – anders dan bij schending

1 Zie voor recente literatuur bijvoorbeeld G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002 (waarover W.W. de Nijs Bik, 'Boekbespreking G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames', *Ondernemingsrecht* 2003-160 en M.M. van Rossum, 'Boekbespreking Geert Raaijmakers, *Garanties bij overnames*. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames', *RM Themis* 2003-5, p. 268-271), M.M. van Rossum, 'Rechtskarakter van een garantie', in: M.M. van Rossum, *Garanties in de rechtspraak. Serie Recht en Praktijk nr. 120*, Deventer: Kluwer 2002, p. 1-49, M.A.J.G. Janssen, 'Rechtsgevolgen van een garantie', in: *Garanties in de rechtspraak. Serie Recht en Praktijk nr. 20*, Deventer: Kluwer 2002, p. 51-100, P.J. van Uchelen, 'Artikel 7:17 BW en garanties in het overnamecontract', *Ondernemingsrecht* 2003-14, T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Garantie, nakoming en schadevergoeding', *WPNR* 8 mei 2004-6577, p. 363-368, J.W. Bitter, 'Garanties in kaart gebracht', *Contracteren* 2008-2, p. 33-40, G.T.M.J. Raaijmakers, 'Garanties in het contractenrecht', *RM Themis* 2010-3, p. 124-138 en M.J.E. van den Bergh & P.P.J. Jongen, 'Garanties of vrijwaringen; that's the question', *Contracteren* 2011-2, p. 49-54.

2 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 192, 362 en 370.
3 HR 22 december 1995, LJN ZC1930, NJ 1996, 300 (*Hoog Catharijne of ABP/FGH en Breevast*; concl. A-G Hartkamp).
4 HR 4 februari 2000, LJN AA4728, NJ 2000, 562 (*Mol/Meijer*; concl. A-G Hartkamp; m.nt. J.B.M. Vranken).
5 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 198, p. 262 (M.v.A. II) en 264 (T.M.).
6 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I*, Deventer: Kluwer 2012, nrs. 21 en 362.
7 Zie voor andere gevolgen van garanties G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002 en G.T.M.J. Raaijmakers, 'Garanties in het contractenrecht', *RM Themis* 2005-3, p. 124-138.

van een ‘normale’ resultaatsverbintenis – dat de garant zich niet op overmacht kan beroepen. Dat beroep heeft hij bij voorbaat prijsgegeven. Een garantie wordt ook wel een versterkte resultaatsverbintenis genoemd, versterkt in die zin dat bij schending daarvan een beroep op overmacht is uitgesloten.

Deze benadering is zeker behulpzaam om het rechtskarakter van een garantie in abstracto te duiden. In concreto vervangen we echter de ene vraag (‘wat is een garantie?’) door een andere (‘wanneer is sprake van een normaaltype garantie?’) en moeten beide vragen door middel van uitleg

Twee stromingen in ons burgerlijk recht lijken om voorrang te strijden: alternativiteit en absorptie.

worden beantwoord. We zijn in onze gedachtevorming dan wel een paar stappen vooruit, maar verkeren nog steeds in onzekerheid.

Deze onzekerheid over de betekenis van garanties brengt menig auteur tot het goedbedoelde advies bij het opstellen van een overeenkomst te bepalen welke rechtsgevolgen intreden bij het schenden van een daarin opgenomen garantie.⁸ In de praktijk blijkt het opvolgen van dat advies lastiger dan gedacht. Een wederpartij geeft in de regel weinig tegengas als in een exoneration wordt bepaald dat de exoneration ook van toepassing is bij schending van een garantie (waarover later meer). Als echter wordt opgenomen dat de wederpartij zich bij schending van één van ‘zijn’ garanties niet op overmacht mag beroepen, dan stuit dit in de regel op veel weerstand. Geduldige verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis en de uitleg van Hartkamp/Sieburgh helpen in de regel niet bij het wegnemen van die weerstand, het wederzijds maken van de bepaling evenmin. De wederpartij zal in dat soort gevallen vrijwel altijd betogen dat hij zich wel degelijk op overmacht moet kunnen beroepen bij schending van ‘zijn’ garanties. Het einde van het liedje kan zijn (en zal vaak zijn) dat ofwel de toevoeging (dat de garant zich bij schending van een garantie niet op overmacht mag beroepen) sneuvelt, of, erger nog, wordt bepaald dat de garant zich bij schending van ‘zijn’ garantie op overmacht mag beroepen. Door dit expliciet te bepalen is degene die probeerde de rechtsgevolgen van schending van een garantie te bepalen verder van huis dan waar hij begon.

Als de toevoeging wordt geschrapt, rijst de vraag of door het sneuvelen van de toevoeging degene die dat probeerde terug bij af is (in die zin dat de betekenis van de garantie door uitleg moet worden vastgesteld alsof de toevoeging niet zou zijn voorgesteld en afgewezen), of zelfs verder van

huis (in die zin dat juist door het schrappen van de toevoeging duidelijk is geworden dat bij schending van een garantie de garant zich wel degelijk op overmacht mag beroepen). Misschien zal de voorzichtige contractenmaker in die situatie een uitlegbepaling toevoegen (of van meet af aan opnemen) dat het schrappen van een voorgestelde wijziging of aanvulling niet tot gevolg heeft dat rechten worden prijsgegeven die met de wijziging of aanvulling werden beoogd in het leven te roepen of waarvan het ontstaan beoogd werd te voorkomen. Laten we hopen dat we die kant niet op (hoeven) gaan.

Hoe het ook zij, wellicht is het beter te zwijgen over de verhouding tussen garanties en overmacht, want dan liggen de kaarten in ieder geval nog open. Eerlijk gezegd heb ik nog nooit iemand gezien die probeerde te bepalen dat bij schending van een garantie de garant zich niet op overmacht mag beroepen, misschien wel om de redenen die ik hiervoor aangaf. Gevolg van een en ander is echter wel dat de betekenis van de betreffende garantie op dat punt onzeker blijft.

3. Mag de koper zich tijdens de garantieperiode (naast de garantie) op non-conformiteit beroepen?

De volgende vraag die rijst, is of de koper zich tijdens een garantieperiode naast de garantie op non-conformiteit mag beroepen. Laten we proberen deze vraag aan de hand van een veel voorkomende casus te beantwoorden. Stel een verkoper garandeert in zijn algemene verkoopvoorwaarden dat het verkochte gedurende een periode van twaalf maanden na aflevering voldoet aan de schriftelijk door hem verstrekte specificaties en dat hij, als dat niet zo is, het verkochte binnen drie maanden zal repareren. Stel vervolgens dat zich een gebrek voordoet en de koper wil dat de verkoper het gebrek herstelt. Voor de beantwoording van de vraag of de koper zich tijdens die garantieperiode naast die garantie op non-conformiteit mag beroepen, is het relevant te onderscheiden of het gebrek al dan niet onder de garantie valt, met andere woorden: hebben we te maken met samenloop (het gekochte voldoet niet aan de schriftelijke specificaties en is eveneens non-conform in de zin van artikel 7:17 BW) of niet (het gekochte voldoet wel aan de schriftelijke specificaties, maar is toch non-conform in de zin van artikel 7:17 BW)?

Laten we beginnen met de situatie dat sprake is van samenloop. Kan de verkoper door de koper in dat geval tot herstel worden gedwongen en zo ja, op grond van de overeengekomen garantie of op grond van artikel 7:17 BW? Beantwoording van die vraag lijkt in de gegeven casus niet relevant, totdat de koper in de situatie komt te verkeren dat een redelijke termijn voor herstel in de zin van artikel 7:21 lid 1 sub b jo. 7:21 lid 3 BW twee maanden is, terwijl de contractuele garantie de verkoper voor herstel drie maanden de tijd geeft. In zo’n geval maakt het wel degelijk uit welke grondslag de koper kiest.

⁸ Zie bijvoorbeeld T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Garantie, nakoming en schadevergoeding’, *WPNR* 8 mei 2004-6577, p. 363-368.

Er zijn twee stromingen in ons burgerlijk recht die bij de beantwoording van deze vraag om voorrang lijken te strijden: alternativiteit en absorptie. Eigenlijk kunnen we aan deze twee stromingen een derde stroming toevoegen: de proportionaliteitsstroming met als voorbeeld de proportionele derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid blijkend uit de tekst van artikel 6:248 lid 2 BW en HR Royal & Sun Alliance/Universal.⁹ Deze stroming wordt echter buiten beschouwing gelaten om het niet nog ingewikkelder te maken.

De alternativiteitsstroming start met het op grond van de parlementaire geschiedenis verwoorde algemeen geldende uitgangspunt van alternativiteit bij het invoeren van remedies.¹⁰ Deze stroming vindt zijn voorlopige hoogtepunt in Bramer/Colpro,¹¹ waar de Hoge Raad, tegen de parlementaire geschiedenis in, oordeelde dat bij samenloop van de twee remedies die in die zaak aan de orde waren (vernietiging van een beding wegens onredelijk bezwarendheid (artikel 6:233 sub a BW) en het buiten toepassing laten van een beding op grond van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW)) de *specialis* niet derogeert aan de *generalis*, maar de schuldeiser mag kiezen.

Als voorbeelden van deze stroming vallen ook te noemen Tromp Regency¹² en Mol/Meijer,¹³ waarin de Hoge Raad oordeelde dat als een schuldeiser mag ontbinden, hij niet daarvan hoeft af te zien op de enkele grond dat hij door een alternatief niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren respectievelijk het alternatief voor de schuldenaar minder bezwaarlijk is. Als tegenbeeld valt te noemen Multi Vastgoed/Nethou,¹⁴ waarin de Hoge Raad oordeelde dat de schuldeiser in zijn keuze tussen nakoming en schadevergoeding gebonden kan zijn aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar een rol spelen.

Ook de wet kent alternativiteitsbepalingen. Artikel 6:215 BW bepaalt dat als een overeenkomst voldoet aan de kwali-

ficatie van twee of meer bijzondere (= Boek 7 BW) overeenkomsten, in beginsel de voor elk van die overeenkomsten geldende bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing zijn. Daaruit volgt dat de schuldeiser in dat geval mag kiezen tussen de daaruit voortvloeiende remedies. Een ander voorbeeld is artikel 7:6a BW, waarin is bepaald dat garanties de overige rechten van de consumentkoper onverlet laten en waaruit volgt dat de consumentkoper mag kiezen welke rechten hij uitoefent.¹⁵ Men zou ervoor kunnen kiezen om aan dit artikel 7:6a BW reflexwerking toe te kennen in het kader van verhoudingen tussen professionele partijen. Die gedachte vind ik niet sterk, omdat ik, in navolging van Brunner¹⁶ en Tjittes,¹⁷ van mening ben dat de hoedanigheden van contractspartijen in sterke mate bepalend (moeten) zijn voor de op hen van toepassing zijnde rechtsregels. Leerstukken als reflexwerking passen niet goed in die gedachtewereld.

De absorptiestroming start daarentegen met de volgens de parlementaire geschiedenis geldende regel dat ingeval van non-conformiteit in de zin van artikel 7:17 BW het niet

Alternativiteits- en absorptiestroming zijn niet twee stromingen die om voorrang strijden, maar verschillende zijden van dezelfde medaille.

tijdig klagen in de zin van artikel 7:23 lid 1 BW zowel het ontbindingsrecht (artikel 6:265 BW) alsook het op hetzelfde feitencomplex gestoelde vernietigingsrecht wegens dwaling (artikel 6:228 BW) doet vervallen.¹⁸ Deze stroming vindt zijn voorlopige hoogtepunten in Pouw/Visser¹⁹ (waar de Hoge Raad deze regel uit de parlementaire geschiedenis omarmt) en Inno/Sluis²⁰ (waar de Hoge Raad de verjaringsregeling van artikel 7:23 lid 2 BW ook toepast op een op hetzelfde feitencomplex gestoelde vordering uit hoofde van onrechtmatige daad).²¹

- 9 HR 17 februari 2006, LJN AU9717, NJ 2006, 378 (Royal & Sun Alliance/Universal; concl. A-G Spier; m.nt. M.M. Mendel) met als warm voorstandster M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming: de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit* (diss. Nijmegen), Serie Recht en Praktijk nr. 151, Deventer: Kluwer 2007.
- 10 W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7. Bijzondere Overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14. Invoering boeken 3, 5 en 6*, Deventer: Kluwer 1991, p. 156-157 (M.v.A. I).
- 11 HR 14 juni 2002, LJN AE0659, NJ 2003, 112 (Bramer/Colpro; concl. A-G F.F. Langemeijer; m.nt. Jac. Hijma).
- 12 HR 24 november 1995, LJN ZC1895, NJ 1996, 160 (Tromp/Regency; concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense) waarin de door Bakels in zijn proefschrift voorgestane leer werd afgewezen, zie F.B.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 227.
- 13 HR 4 februari 2000, LJN AA4728, NJ 2000, 562 (Mol/Meijer; concl. A-G Hartkamp; m.nt. J.B.M. Vranken).
- 14 HR 5 januari 2001, LJN AA9311, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou; concl. A-G Langemeijer).

- 15 Deze bepaling is in ons Burgerlijk Wetboek gekomen als gevolg van de implementatie van de Richtlijn 99/44/EG inzake bepaalde aspecten van de verkoop van en garantie voor consumptiegoederen.
- 16 C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het Nieuwe BW', in: C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW: een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 87-100.
- 17 Zie onder andere R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen*, Serie Recht en Praktijk nr. 77 (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.
- 18 W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7. Bijzondere Overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14. Invoering boeken 3, 5 en 6*, Deventer: Kluwer 1991, p. 146-147 (T.M.) en 152 (M.v.A. II).
- 19 HR 29 juni 2007, LJN AZ7617, NJ 2008, 606 (Pouw/Visser; concl. A-G Wuisman; m.nt. Jac. Hijma).
- 20 HR 21 april 2006, LJN AW2582, NJ 2006, 272 (Inno/Gemeente Sluis; concl. A-G Spier).
- 21 Waarover kritisch Jac. Hijma, Asser-serie 5. *Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 549-549a.

De alternativiteits- en absorptiestroming komen mijns inziens op het volgende neer. De alternativiteitsstroming heeft betrekking op de aanval en laat de aanvallende schuldeiser in beginsel vrij in zijn keuze voor de remedie. De absorptiestroming heeft betrekking op de verdediging en beoogt de verwerende schuldenaar bij wijze van *anti-circumvention* te beschermen tegen schuldeisers die proberen in het belang van de schuldenaar geschreven wetsbepalingen te omzeilen door een andere rechtsgrondslag te kiezen. Kennelijk vindt de wettelijke vrijheid van de schuldeiser een remedie te kiezen zijn grens daar waar deze vrijheid wordt misbruikt

Een garantie prevaleert niet boven een exonерatie.

door een andere remedie te kiezen dan de eigenlijk aangewezen remedie. Goed bezien zijn de alternativiteits- en absorptiestroming niet twee stromingen die om voorrang strijden, maar verschillende zijden van dezelfde medaille of, nog anders gezegd, complementair aan elkaar.

Wordt het voorgaande toegepast op de geschetste casus dan kunnen de volgende conclusies worden getrokken. Met behulp van de garantie wordt in contractuele zin wat betreft de hersteltermijn van drie maanden afgeweken van het regelende recht dat in de non-conformiteitsregeling is vervat. Deze contractuele regeling beoogt het belang van de verkoper te beschermen. Voor zover de koper indachtig de alternativiteitsstroming probeert op grond van de wettelijke non-conformiteitsregeling sneller herstel te bewerkstelligen, stuit zijn daarop gerichte vordering af op de *anti-circumvention* gedachte die aan de absorptiestroming ten grondslag ligt.

Lastiger wordt het als het gebrek niet onder de contractuele garantie valt, maar wel als non-conformiteit in de zin van artikel 7:17 BW kan worden aangemerkt. De verkoper zal in dat geval betogen dat de contractuele garantie beoogt de wettelijke non-conformiteitsregeling buiten werking te stellen. De koper zal daarentegen beweren dat van samenloop in casu geen sprake is, omdat het betreffende gebrek niet onder de werkingssfeer valt van zowel de contractuele garantie alsook de wettelijke non-conformiteitsregeling. Daaruit zal de verkoper concluderen dat de koper zich dus alleen op de non-conformiteitsregeling kan baseren en dat aan de verkoper uit dien hoofde geen absorptiebescherming toekomt. Ik ben geneigd de koper gelijk te geven, omdat de contractuele garantie niet met zoveel woorden bepaalt dat zij in de plaats treedt van enige andere remedie op grond van een tekortkoming in de nakoming. Het staat de koper mitsdien vrij in die situatie van haar wettelijke rechten gebruik te maken.

Tegelijkertijd valt op dat deze conclusie tot merkwaardige gevolgen kan leiden. Een verkoper geeft in de regel een garantie af ter zake van de belangrijkste eigenschappen van het verkochte en wenst de inhoud van de garantieverbintenis en de rechtsgevolgen bij schending daarvan te bepalen. Zodanig bepalen heeft een positieve kant: ten eerste

doordat duidelijk wordt gemaakt dat bepaalde gebreken inderdaad gebreken zijn (daar waar in de wettelijke regeling eerst moet worden vastgesteld of het betreffende gebrek inderdaad non-conformiteit oplevert) en ten tweede, omdat de rechten die de koper bij zodanige gebreken heeft, worden geconcretiseerd (daar waar in de wettelijke regeling, naar zijn aard, vage begrippen worden gehanteerd zoals 'binnen bekwame tijd' (klagen in de zin van artikel 7:23 lid 1 BW) en 'binnen redelijke termijn' (herstellen op grond van artikel 7:21 lid 3 BW)). Het bepalen van de inhoud van de garantieverbintenis heeft echter ook een negatieve kant. De rechten die de koper op grond van contractuele garanties heeft worden immers vaak beperkt ten opzichte van hetgeen waartoe hij anderszins op basis van non-conformiteit gerechtigd zou zijn, bijvoorbeeld doordat de herstelverplichting tot een inspanningsverplichting wordt gedegradeerd of de hersteltermijn, zoals in de geschetste casus, wordt verlengd tot drie maanden.

Het gevolg van de door mij voorgestane benadering kan dus zijn dat met betrekking tot de belangrijkste (contractueel gegarandeerde) eigenschappen de verkoper langere hersteltermijnen heeft dan op grond van de wet zouden gelden en de rechten van de koper verder worden beperkt, terwijl hij de minder belangrijke (uitsluitend non-conformiteit opleverende) gebreken ineens sneller zou moeten herstellen.

Toch weerhouden deze merkwaardige gevolgen mij er niet van voornoemde conclusie te trekken. Deze merkwaardige gevolgen doen zich immers met name voor in leveranciersvriendelijke adhesiecontracten. In afnemersvriendelijke of meer uitgebalanceerde contracten kan het speelveld er ineens heel anders uit zien doordat de contractuele garanties aan de koper meer rechten toekennen dan waartoe hij op basis van de wettelijke regeling gerechtigd is. In zodanige gevallen is van merkwaardige gevolgen geen sprake, integendeel. Praktisch gezien betekent dit dat een verkoper wordt aangeraden aan zijn garantiebepalingen toe te voegen dat de koper geen remedies heeft ter zake gebreken in het gekochte die niet onder de garantiebepalingen vallen.

Een logische vervolgvraag is of een *sole remedy clause* het hiervoor geschetste probleem voor de verkoper oplost. Met andere woorden, wordt dit probleem opgelost als de verkoper zou garanderen dat het verkochte gedurende twaalf maanden na aflevering voldoet aan de schriftelijk door hem verstrekte specificaties en dat hij, als dan niet zo is, *enkel* tot reparatie gehouden is en (bij wijze van spiegelbeeld) dat zodanig herstel de enige remedie voor de wederpartij is? Mijns inziens niet. De *sole remedy clause* bepaalt 'enkel' de gevolgen als het bewuste gebrek onder de werkingssfeer van de betreffende garantie valt. De vraag waar het hier om gaat is echter *of* het gebrek onder de werkingssfeer van de betreffende garantie valt, niet *welke gevolgen* intreden als het gebrek onder die werkingssfeer valt. Als het gebrek niet onder de werkingssfeer van de garantie valt, dan is van samenloop geen sprake en staat het de koper dus vrij uit hoofde van non-conformiteit te ageren.

Gevolg van *sole remedy clauses* is naar mijn mening wel dat als het bewuste gebrek *wel* onder de werkingssfeer van de betreffende garantie valt, de koper bij schending van die garantie niet tot andere remedies zoals ontbinding of schadevergoeding gerechtigd is. Dat is immers het doel van zo'n *sole remedy clause*. Natuurlijk staat het de wederpartij vrij bij schending van het gegarandeerde feit te proberen door middel van uitleg, vernietiging wegens onredelijk bezwarendheid (artikel 6:233 sub a BW) of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) te betogen dat de *sole remedy clause* niet van toepassing is, vernietigd moet worden respectievelijk buiten toepassing moet blijven. Interessanter in dit verband is het echter terug te gaan naar de eerste casus waarin het gebrek zowel schending van de contractuele garantie oplevert alsook non-conformiteit in de zin van artikel 7:17 BW. Kan de koper dan de *sole remedy clause* omzeilen door zich op non-conformiteit te beroepen en gebruik te maken van de rechten die de wet hem in dat verband biedt tot een sneller herstel dan drie maanden? Net als zonder de *sole remedy clause* kom ik tot de conclusie dat de *anti-circumvention* gedachte die aan de absorptiestroming ten grondslag ligt daaraan in de weg staat. Het feit dat de rechtsgevolgen op *sole remedy* basis geregeld worden, maakt dat niet anders. Wel is het zo dat naarmate de koper meer remedies worden ontnomen het beroep op de *sole remedy clause* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid eerder onaanvaardbaar zal worden geacht.

4. Mag de koper zich na afloop van een garantieperiode op non-conformiteit beroepen?

De volgende vraag is of de koper zich na afloop van een garantieperiode op non-conformiteit mag beroepen. In de geschetste casus vind ik van wel. In dit verband zij verwezen naar Jongeneel, die in het kort geding vonnis GVB/CAF & Alstom²² als volgt oordeelde:

“De omstandigheid dat de garantietermijnen verstreken zijn, impliceert echter niet dat een beroep op artikel 7:17 van het Burgerlijk Wetboek (BW) niet meer mogelijk zou zijn. Immers, garantiebepalingen brengen – veelal gedurende een beperkte tijd – extra verplichtingen mee, maar ontslaan de leverancier niet van zijn (algemene) plicht om de overeenkomst na te komen, in die zin dat hij een zaak dient te leveren die de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, ook na ommekomst van de garantietermijnen.”

Een verkoper die zich daartegen wil wapenen doet er daarom goed aan te bepalen dat de koper na het verstrijken van de garanties geen rechten kan uitoefenen ter zake gebreken in het gekochte.

5. Prevaleert een garantie boven een exoneration?

De laatste vraag is of een garantie boven een exoneration prevaleert, dus of als een garantie geschonden wordt de exoneration buiten spel wordt gezet en de garant mitsdien onbeperkt aansprakelijk is.

Geleerd wordt wel dat specifieke garanties prevaleren boven algemene exonerationen.²³ Met andere woorden, als een verkoper een specifieke garantie afgeeft en de koper lijdt schade door schending van deze garantie, dan is de verkoper (in beginsel) onbeperkt aansprakelijk voor die schade als hij met de koper alleen een algemene exoneration is overeengekomen.

Brunner meent bijvoorbeeld in zijn noot bij de Maassluis-arresten dat de *specialis* regel – een bijzondere (ofwel: specifieke) regel prevaleert boven een algemene regel – moet worden toegepast op de verhouding tussen garanties en exonerationen.²⁴ In de verhouding tussen garanties en exonerationen komt deze regel erop neer dat een bijzondere afspraak inhoudende een garantie ten aanzien van een specifieke eigenschap prevaleert boven een algemene afspraak inhoudende uitsluiting van aansprakelijkheid. Brunner herhaalt deze mening in verkorte vorm (‘dat een bijzondere garantie noodzakelijkerwijs een algemene exoneration opzij zet’) in zijn noot bij het arrest Gerards/Vijverberg.²⁵

Van Rossum valt Brunner hierin bij.²⁶ Zij voegt aan de mening van Brunner toe dat als het gaat om een algemene garantie versus een algemene exoneration, de algemene garantie prevaleert. Indien echter sprake is van een algemene garantie ten opzichte van een specifieke exoneration of een specifieke garantie tegenover een specifieke exoneration, zullen de status van partijen, de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen bij het antwoord op de vraag welk beding voorrang geniet, aldus Van Rossum. Janssen vertolkt dezelfde opvatting als Van Rossum, zij het in iets andere bewoordingen.²⁷ Klein lijkt een stap verder te gaan dan Van Rossum en Janssen

22 Rechtbank Amsterdam (kort geding) 16 juli 2010, LJN BN1454, (GVB/CAF & Alstom), r.o. 4.7. Volledigheidshalve meld ik dat ik als advocaat van GVB bij deze zaak betrokken was.

23 Zie bijvoorbeeld Brunner in zijn noten bij HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 289 (concl. A-G Mok; *Maassluis of Steendijkpolder*; m.nt. Brunner) en HR 25 juni 1993, NJ 1993, 291 (concl. A-G Hartkamp; *Gerards/Vijverberg*; m.nt. Brunner), M.M. van Rossum, ‘Rechtskarakter van een garantie’, in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraak, Serie Recht en Praktijk nr. 20*, Deventer: Kluwer 2002, p. 40-41 en M.A.J.G. Janssen, ‘Rechtsgevolgen van een garantie’, in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraak, Serie Recht en Praktijk nr. 20*, Deventer: Kluwer 2002, p. 81.

24 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 289 (concl. A-G Mok; *Maassluis of Steendijkpolder*; m.nt. Brunner).

25 HR 25 juni 1993, NJ 1993, 291 (concl. A-G Hartkamp; *Gerards/Vijverberg*; m.nt. Brunner).

26 M.M. van Rossum, ‘Rechtskarakter van een garantie’, in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraak, Serie Recht en Praktijk nr. 20*, Deventer: Kluwer 2002, p. 40-41.

27 M.A.J.G. Janssen, ‘Rechtsgevolgen van een garantie’, in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraak, Serie Recht en Praktijk nr. 20*, Deventer: Kluwer 2002, p. 81.

door te menen dat een verkoper geen beroep kan doen op zijn exoneration indien in de koopovereenkomst een garantie ter zake van de conformiteit is opgenomen.²⁸

Los van de vraag of deze opvattingen juist zijn, vraag ik mij af wat Van Rossum en Janssen bedoelen met het begrip ‘algemene garantie’. Een garantie heeft, zo volgt uit de hiervoor gebruikte definitie, altijd betrekking op een verbintenis tot een geven, doen of niet doen. Een garantie moet dus altijd iets zeggen over een bepaalde verbintenis. Een garantie luidt bijvoorbeeld als volgt: “De verkoper garandeert dat het verkochte zal functioneren conform de overeengekomen specificaties gedurende een periode van twaalf maanden na aflevering.” Mijns inziens is een garantie naar zijn aard specifiek, betrekking hebbend op een concrete verbintenis. Met andere woorden, de regels dat (i) een algemene garantie altijd prevaleert boven een algemene exoneration en (ii) een algemene garantie onder omstandigheden prevaleert boven een specifieke exoneration, gaan alleen al daarom niet op, omdat van een algemene garantie geen sprake kan zijn.

Bovendien gaat de *specialis*-regel die ten grondslag ligt aan de meningen van Brunner, Van Rossum, Janssen en Klein niet op in het licht van het nadien gewezen arrest Vos/Heipro, waarin de Hoge Raad als volgt oordeelde:

“De regel, waarop de klacht doelt, te weten dat een specifieke bepaling in een overeenkomst gaat boven een bepaling in algemene voorwaarden, is geen (ongeschreven) rechtsregel, doch kan hooguit gelden als een gezichtspunt, dat bij de uitleg van de overeenkomst met behulp van het Haviltex-criterium zonder schending van het recht in aanmerking kan worden genomen.”²⁹

In die zaak stredden partijen over de vraag welke van de twee onderling tegenstrijdige exonerationen van toepassing is, die in de technische omschrijving of die in de algemene voorwaarden. Naar beide werd verwezen in de aannemingsovereenkomst die partijen hadden gesloten. Uiteindelijk oordeelde het hof op basis van hetgeen partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar konden verwachten dat de exoneration in de algemene voorwaarden prevaleerde. Door het daartegen gerichte cassatieberoep conform het voorgaande te verwerpen, laat de Hoge Raad blijken van oordeel te zijn dat van een *specialis* regel, zoals door alle

hierboven genoemde schrijvers in meer of mindere mate is bepleit, geen sprake is.

Daar komt bij dat, zoals gezegd, aan het begrip ‘garantie’ geen vaste betekenis toekomt en de betekenis aan de hand van uitleg moet worden bepaald.

Als volgens de Hoge Raad een specifieke bepaling in een overeenkomst niet automatisch prevaleert boven een bepaling in algemene voorwaarden en een garantie geen vaste betekenis heeft, betekent dit mijns inziens dat een specifieke garantie niet automatisch boven een algemene exoneration kan prevaleren. De vraag of een garantie prevaleert boven een exoneration, moet worden beantwoord aan de hand van uitleg. Of de garantie of exoneration specifiek of algemeen is, zoals Brunner, Van Rossum, Janssen en Klein betogen, is dus op zichzelf niet beslissend.

Ik ben zelfs van mening dat het enkele feit dat een verbintenis in de vorm van garantie is gegoten niet van invloed behoort te zijn op de toetsing van exonerationen.³⁰ De waarde van een garantie ligt in de regel op een ander vlak. Garanties die tot het ‘normaaltipe’ behoren worden, zoals gezegd, beschouwd als versterkte resultaatsverbintenissen die de bewijslast voor de koper verlichten – hij hoeft enkel te bewijzen dat het gegarandeerde is uitgebleven, terwijl de koper bij een beroep op non-conformiteit eerst zal moeten bewijzen welke eigenschappen de koper mocht verwachten en vervolgens dat die eigenschappen ontbraken – en de garanderende verkoper een beroep op overmacht beletten. De verkoper zal in de regel dus sneller en vaker aansprakelijk zijn wanneer hij een garantie afgeeft, dan wanneer hij dat niet doet. De meerwaarde van een garantie (ten opzichte van een minder sterke verbintenis) is, met andere woorden, doorgaans gelegen in de fase waarin aansprakelijkheid wordt gevestigd, niet in de fase waarin wordt beoordeeld of een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Als partijen niet bepalen dat schending van een garantie leidt tot terzijdestelling van de exoneration, dan valt die schending mijns inziens onder de exoneration. Willen zij het tegenovergestelde, dan moeten zij dat uitdrukkelijk bepalen.

6. Conclusie

Binnen de grenzen van de geschetste casus beantwoordde ik de gestelde vragen als volgt. Aan het begrip ‘garantie’ komt geen vaste betekenis toe. Er bestaat een normaaltipe garantie. Dat is een resultaatsverbintenis die in die zin is versterkt dat het de bewijslast voor de koper verlicht en bij schending de garant zich niet op overmacht mag beroepen. Valt het bewuste gebrek onder de contractuele garantie en is er

28 P.E.M. Klein, ‘Garantie en conformiteit’, in: M.M. van Rossum e.a., *Garanties in de rechtspraak*, Serie Recht en Praktijk nr. 20, Deventer: Kluwer 2002, p. 250-252.

29 HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506 (concl. A-G Verkade; Vos/Heipro). Dat de Hoge Raad de *specialis*-opvatting niet tot regel verheft maar tot gezichtspunt degradeert, ligt overigens in de lijn van de manier waarop de Hoge Raad met de *contra proferentem*-opvatting is omgesprongen. De Hoge Raad geeft in twee arresten over de uitleg van polisvoorwaarden – de arresten Brackel/Atlantische Unie (HR 24 september 1993, NJ 1993, 760 (concl. A-G Hartkamp; Brackel/Atlantische Unie) en Kroymans/Sun Alliance (HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (concl. A-G Bloembergen; Kroymans/Sun Alliance; m.nt. Mendel) – duidelijk aan dat de *contra proferentem*-opvatting geen rechtsregel is, maar een gezichtspunt.

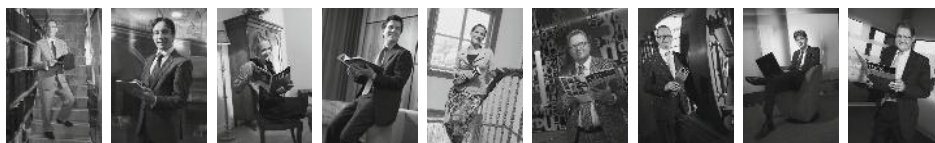
30 Aldus ook het Hof Den Bosch over de verhouding tussen een garantie en een aansprakelijkheidsuitsluiting voor gevolgschade in Hof Den Bosch 7 februari 2012, LJN BV3620 (Cofely/CFS).

samenloop tussen de contractuele garantie en de non-conformiteitsregeling, dan mag de koper zich tijdens de garantieperiode uitsluitend op de contractuele garantie beroepen. Wil de koper dat niet, dan moet hij dat met zoveel woorden bepalen. Valt het bewuste gebrek niet onder de contractuele garantie, maar wel onder de non-conformiteitsregeling, dan is er geen sprake van samenloop en mag de koper zich tijdens de garantieperiode op non-conformiteit beroepen. Na afloop van de garantieperiode mag de koper op grond van non-conformiteit ageren. Wil de verkoper dat niet, dan

moet hij ook dat met zoveel woorden bepalen. Een garantie prevaleert niet boven een exonерatie. Dat betekent dat een exonерatie bepaalt of de schade die bij schending van een garantie al dan niet vergoed dient te worden en zo ja, onder welke voorwaarden en tot welk bedrag.

Over de auteur

Mr. Tycho de Graaf is advocaat bij Nauta Dutilh en universitair docent aan de Universiteit Leiden.



De Praktijk van
Ferry, Erik, Laurien, Mark, Mieke,
Jolling, Rieme-Jan, Rik en Toon

DE PRAKTIJKBLADEN VAN SDU



Met de Praktijkbladen (gedrukt of digitaal) van Sdu leest u op een ontspannen wijze over alle ontwikkelingen binnen uw vakgebied. Zo bent u altijd op de hoogte om uw cliënten op de juiste wijze te kunnen adviseren. De deskundige redactie volgt jurisprudentie, rechtspraak en literatuur op de voet en vertaalt inzichten naar leesbare, verdiepende en praktijkgerichte artikelen. Voor bijna ieder juridisch vakgebied is er een Praktijkblad. Kijk op www.rechtindepraktijk.nl en ontvang gratis uw eerste exemplaar.



www.rechtindepraktijk.nl



Sdu UITGEVERS

SDU PRAKTIJKBLADEN: RECHT IN DE PRAKTIJK

www.rechtindepraktijk.nl