

---

## Een gevaar op de weg

Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis

---

HR 15 november 1985, *RvdW* 1985, 210 (mrs. Sniijders, Martens, Van den Blink, Bloembergen, Boekman, A.G. Biegman-Hartogh)

---

### Wat mogen verkoper en koper van elkaar verwachten?

Antax Automobiëlbedrijf verkoopt voor f 3.000,- aan Stavenuiter een vijf jaar oude auto (Renault R6). Kort na het sluiten van de koop blijkt bij keuring door de ANWB de auto een gevaar op de weg en rijp voor de sloop. Stavenuiter vordert ongedaanmaking van de koopovereenkomst en teruggave van de koopprijs. Kantonrechter en Rechtbank wijzen zijn vordering af.

De Rechtbank baseert haar oordeel op de volgende overweging:

‘Bij overeenkomsten als deze staat de verkoper in het algemeen niet in voor gebreken die bij een normaal te achten onderzoek aan het licht zouden zijn gekomen (...). Van een koper van een vijf jaar oude auto van het onderhavige merk en type mag in het algemeen worden verwacht, dat, indien de verkoper zoals in casu geen garantie ter zake geeft, hij zich ervan vergewist dat de auto niet zodanige gebreken heeft dat deze bijvoorbeeld een gevaar op de weg oplevert, zoals thans het geval is.’

In het cassatiemiddel wordt hiertegen stelling genomen:

‘conform hetgeen in art. 7.1.2.7 NBW nadrukkelijk onder woorden is gebracht, rust (ook) naar geldend recht op de verkoper de verplichting aan de koper het verkochte te leveren, onder meer naar hoedanigheid en eigenschappen, conform het overeengekomene. Met betrekking tot de conformiteit van hoedanigheid en eigenschappen moet het verkochte voldoen aan hetgeen de koper — Stavenuiter — daarvan mocht verwachten en dient het verkochte in ieder geval geschikt te zijn voor normaal gebruik althans is overeenkomstig gestelde veiligheidseisen, ook al is terzake geen nadrukkelijke garantie gegeven.’

Daarover thans de Hoge Raad:

‘Voor zover het onderdeel betoogt dat een gebruikte zaak, waarvan de verkoper weet dat zij met het oog op haar normale bestemming wordt gekocht, onder alle omstandigheden slechts dan aan de overeenkomst beantwoordt, indien zij ten tijde van de koop geschikt is voor een normaal gebruik en aan bestaande veiligheidseisen voldoet, berust het op een in zijn algemeenheid onjuiste stelling. Ook voor het overige faalt het.

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 hoedanigheden en eigenschappen 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 onderdeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hiervan uitgaande heeft de Rb. voorts geoordeeld: dat van een koper van een vijf jaar oude auto van het onderhavige merk en type in het algemeen mag worden verwacht dat, indien de verkoper, zoals hier, geen garantie ter zake geeft, hij zich ervan vergewist dat de auto niet zodanige gebreken heeft dat deze bijvoorbeeld een gevaar op de weg oplevert; dat de koper daartoe verschillende wegen openstaan; dat hij met name bij voldoende eigen deskundigheid de auto zelf kan inspecteren en dat hij, bij gebreke daarvan, dit door een meer deskundige derde, bijvoorbeeld de ANWB kan laten doen, alvorens tot de aankoop over te gaan. 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.'

#### Noot

Een alledaags probleem heeft de wetgever van het burgerlijk recht gedurende de afgelopen vijftien eeuwen veel hoofdbrekens gekost: de aansprakelijkheid wegens verkoop en levering van een gebrekkige zaak. Een lekkende kruik vormt reeds in de Justiniaanse wetgeving voorwerp van debat. Zie Digesten 19, 1, 6, 4:

'Als U mij een kruik heeft verkocht onder de verzekering dat zij waterdicht is, moet U mijn schade vergoeden indien de kruik lek blijkt. Als echter niet uitdrukkelijk overeengekomen is dat U een waterdichte kruik zou leveren, is U slechts aansprakelijk in geval van kwade trouw. Labeo daarentegen is van oordeel dat, tenzij het tegendeel is bedongen, er in ieder geval voor moet worden ingestaan dat de kruik waterdicht is. En dit is juist.'

Zie voor alle zekerheid ook nog het origineel:

'Si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdidit, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere, Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum.'

Deze tekst bevat de splijtstof die de Europese rechtsstelsels verdeeld heeft.

Het continent is de mening van Labeo gevolgd. De verkoper moet instaan voor verborgen gebreken. Respondeat venditor. Het Engelse recht heeft de dissenting opinion tot uitgangspunt geno-

men. De koper koopt op eigen risico. Caveat emptor.

Volgens het thans geldende Burgerlijk Wetboek uit 1838 moet de verkoper 'voor verborgen gebreken instaan, al ware hij daarvan ook zelf onkundig geweest' (art. 1542). De verkoper is echter niet aansprakelijk voor 'zichtbare gebreken, welke de koper zelf had kunnen ontdekken' (art. 1541). De aansprakelijkheid van de verkoper is beperkt, zowel in duur als in omvang. De koper moet zijn vordering instellen binnen een zeer korte vervaltermijn (art. 1547), en heeft slechts recht op restitutie van (een deel van) de koopprijs. De eventuele gevolgschade (als gevolg van een lek in een kort tevoren gekocht aquarium ontstaat schade aan de vloerbedekking) komt niet voor vergoeding in aanmerking, tenzij de verkoper het gebrek kende (de artt. 1543, 1544 en 1545). Naar vaste jurisprudentie is de verborgen gebreken regeling (de artt. 1540-1548) slechts van toepassing op koop van een individueel bepaalde zaak (vgl. HR 16 mei 1952, *NJ* 1953, 459; Sigarettenuutomaat) en sluit zij de toepasselijkheid van de algemene wanprestatieregeling uit (vgl. HR 27 juni 1941, *NJ* 1941, 781; Verse Koe). De artikelen 1540-1548 bevatten echter regelend recht. Partijen kunnen de aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken uitsluiten (art. 1542). De zaak wordt verkocht 'voetstoots', met alle zichtbare en onzichtbare gebreken. Zo kocht Uw annotator eens in een radio- en televisiewinkel een tweedehands televisieapparaat 'met garantie tot de drempel' (een wijs voorbehoud van de verkoper, want na ongeveer twintig minuten viel met een zachte plof het beeld voor goed uit).

Anderzijds kan de aansprakelijkheid van de verkoper ook worden uitgebreid. De koper ontkomt aan de beperkingen van de aansprakelijkheid wegens verborgen gebreken en kan zich op de algemene wanprestatieregeling beroepen wanneer hij van de verkoper weet te bedingen dat deze aanwezigheid van bepaalde eigenschappen *garandeert* (vgl. HR 10 mei 1963, *NJ* 1963, 288; Vouwapparaat).

In het Nieuw Burgerlijk Wetboek (1990) ontbreekt een afzonderlijke regeling van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken, maar dat wil uiteraard niet zeggen dat in het nieuwe recht de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken wordt afgeschaft. Integendeel, doordat zij onderdeel gaat vormen van de algemene regeling, komen de huidige beperkingen wat de duur en de omvang van de aansprakelijkheid betreft te vervallen.<sup>1</sup> De verkoper is gehouden een zaak af te

<sup>1</sup> Zie echter art. 7.1.3.7 voor consumentenkoop.

leveren die aan de overeenkomst beantwoordt, en de zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst, indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper, gelet op alle omstandigheden van het geval, mocht verwachten (art. 7.1.2.7).

#### *De rol van de artikelen 1540-1548?*

Zowel het cassatiemiddel als het arrest van de Hoge Raad in de hier te bespreken zaak staan geheel in het teken van het NBW. (Beantwoordt de afgeleverde auto aan de overeenkomst, dat wil zeggen bezit hij de eigenschappen die de koper mocht verwachten?).

De rol die de artikelen 1540-1548 BW (verborgen gebreken) in deze procedure spelen, komt niet erg duidelijk uit de verf. Men zou menen dat, aangezien hier sprake is van verkoop van een individueel bepaalde zaak waarbij door de verkoper geen enkele garantie is gegeven, de deur naar de algemene wanprestatieregeling hermetisch gesloten is, en dat naast de regels met betrekking tot verborgen gebreken slechts dwaling, bedrog en onrechtmatige daad als grondslagen voor de vordering in aanmerking komen. Toch toetst de Rechtbank de uitvoering van de overeenkomst aan de algemene regels voor wanprestatie.

Wat hiervan zij, in ieder geval is het voorbarig om uit de omstandigheid dat de tekst van het arrest geheel is gezet uit de letter van het NBW af te leiden dat art. 7.1.2.7 reeds thans de artt. 1540-1548 BW over de hele linie (inclusief de daarin gelegen beperking van de aansprakelijkheid van de verkoper) heeft verdrongen. Wel lijkt de Hoge Raad er impliciet mee accoord, dat, ter beantwoording van de vraag of sprake is van een 'gebrek' in de zin van art. 1540 e.v., gebruik wordt gemaakt van een maatstaf ontleend aan art. 7.1.2.7 NBW ('een zaak die niet de eigenschappen bezit die de koper, gelet op alle omstandigheden van het geval mocht verwachten').<sup>2</sup>

#### *Grondslag en karakter van de aansprakelijkheid van de verkoper*

Ondanks belangrijke verschillen in uitvoering berusten het huidige BW en het NBW op hetzelfde uitgangspunt: de verkoper is aansprakelijk voor gebreken in de geleverde zaak, ook zonder dat hem met betrekking tot dat gebrek enig verwijt treft. Een voorbeeld:

A verkoopt aan B een auto waarmee ongeveer tien duizend kilometer is gereden. De koopprijs bedraagt f 15.000,-. Door de verkoper zijn geen garanties gegeven. Kort na de koop rijdt B de auto 'total loss' tegen een boom. Oorzaak: de auto is onbestuurbaar geworden door ver voortgeschreden roestvorming in de stuurkolom. Het staat vast dat dit defect bij een redelijkerwijs teorgen inspectie niet aan het licht zou zijn gekomen.

Zowel naar huidig, als naar komend recht moet A aan B f 15.000,- vergoeden. Deze keuze spreekt allerminst vanzelf. Men zou immers kunnen volhouden dat de verkoper van een individueel bepaalde zaak, die geen garanties heeft gegeven met betrekking tot de kwaliteit van die zaak, geheel aan zijn verplichtingen heeft voldaan door het voorwerp aan de koper af te leveren in de staat waarin het zich ten tijde van de koop bevond. Een en ander uiteraard behoudens bedrog en kwade trouw van de verkoper. De vraag blijft: waarom is het billijk de verkoper aansprakelijk te houden voor een gebrek waaraan hij geen enkele schuld heeft? Billijker dan het verlies te laten dragen door de koper die evenmin iets valt te verwijten?

Het antwoord moet, dunkt mij, worden gezocht in de kern van het contractenrecht: het quid pro quo beginsel (voor wat, hoort wat). De strekking van de koopovereenkomst is ruil van zaak en prijs. Maar hoe moet in dit verband het begrip 'zaak' worden opgevat: abstract, (een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object; art. 3.1.1.1) of functioneel, dat wil zeggen zaak gedefinieerd door haar bestemming; een kruik, een aquarium, een auto? Het ligt in de rede dat alleen de laatste opvatting strookt met de maatschappelijke zin van de koopovereenkomst. A verkoopt aan B niet een stoffelijk object, maar een auto. Als vervolgens een voorwerp wordt geleverd dat niet meer blijkt te zijn dan een hoeveelheid schroot op wielen, is van de kant van de verkoper niet aan de overeenkomst voldaan en is de koper de koopprijs niet verschuldigd.

De verkoper van een individueel bepaalde zaak kan niet volstaan met aflevering van het overeengekomen object, maar is pas gekwetend als de zaak de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten. Deze dubbele eis lijkt op het eerste gezicht te leiden tot een onoplosbaar conflict van plichten,

A verkoopt aan B een individueel bepaald varken, geormerkt 'Geel 113' (zie voor de verdere belevenissen van dit varken, *Ars Aequi* 33, 1984, p. 479). Zonder dat A en B dit weten lijdt Geel 113 aan een ongeneeslijke ziekte.

Art. 7.1.2.7 schijnt nu van A het onmogelijke te verlangen:

- 1 De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.
- 2 Een andere zaak dan is overeengekomen, of een

2 Aldus ook reeds Köster in zijn noot onder HR 3 april 1970 en HR 29 januari 1971, *Ars Aequi* XX, p. 446; anders *Asser-Schut*, p. 172.

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

Aan de ene kant moet A *dit* varken (Geel 113) afleveren, en geen ander. Levert hij een ander, dan beantwoordt de zaak niet aan de overeenkomst.

Aan de andere kant: door Geel 113 te leveren verschaft A aan B een varken dat niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten en dat om die reden niet aan de overeenkomst beantwoordt.

Kortom art. 7.1.2.7 schijnt levering te verlangen van twee varkens: één reëel varken (Geel 113) en één ideëel varken (een varken zoals het zou moeten zijn, dat wil zeggen met de eigenschappen die de koper mocht verwachten).

Dit metafysische probleem is in een helder licht geplaatst door G.H.A. Schut. (*Presteren en garanderen*, Rede Vrije Universiteit te Amsterdam, 1965). Ik paraphraseer zijn oplossing. Het gaat niet om twee varkens, maar om twee rechten. Enerzijds is de verkoper gehouden het overeengekomen varken (Geel 113) af te leveren. Dit is een *prestatieplicht*. Anderzijds is de verkoper aansprakelijk, indien Geel 113 niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten. Hier betreft het een *garantieplicht*,<sup>3</sup> en wel een door de wet opgelegde garantieplicht die moet worden onderscheiden van een eventueel door de verkoper uitdrukkelijk verleende contractuele garantie.

*Wanneer bezit de zaak niet de eigenschappen die de koper mocht verwachten?*

Hoe moet worden uitgemaakt of een vijf jaar oude Renault (R6) een gebrek vertoont waarvoor de verkoper aansprakelijk is, ook zonder dat door hem enigerlei garantie omtrent de kwaliteit is gegeven?

De maatstaf moet worden gezocht ergens tussen twee polen. Het ene uiterste wordt gevormd door een zuiver objectief (in het verkochte object gelegen) criterium. De auto is gebrekkig als hij in ongunstige zin afwijkt van zijn soortgenoten (vijf jaar oude Renaults R6). De andere pool is subjectief: de over en weer verklaarde partijbedoelingen bepalen of sprake is van een gebrek. Gingen beide partijen er van uit dat de verkochte auto zonder problemen een zware caravan over de Alpen zou kunnen trekken, dan is de auto, hoewel hij niet afwijkt van soortgelijke exemplaren, gebrekkig, indien dit niet het geval blijkt.

Het huidige wetboek bevat een maatstaf die tamelijk objectief oogt. Van een gebrek is sprake

indien het goed 'ongeschikt is tot het gebruik waartoe het bestemd is' (art. 1540). Door de rechtspraak is dit criterium echter sterk gesubjectieerd door uit te gaan van het doel waartoe *partijen* de zaak hadden bestemd. Zie *Asser-Schut*, p. 172.

Het NBW sluit aan bij deze ontwikkeling. De afgeleverde zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst, indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper, gelet op alle omstandigheden van het geval, mocht verwachten (art. 7.1.2.7).

In het cassatiemiddel was getracht een betrekkelijk objectieve maatstaf ingang te doen vinden:

'het verkochte dient in ieder geval geschikt te zijn voor normaal gebruik althans i.c. overeenkomstig bestaande veiligheidseisen, ook al is terzake geen nadrukkelijke garantie gegeven'.

De Hoge Raad heeft een andere mening:

'Voor zover het onderdeel betoogt dat een gebruikte zaak, waarvan de verkoper weet dat zij met het oog op haar normale bestemming wordt gekocht, onder alle omstandigheden slechts dan aan de overeenkomst beantwoordt, indien zij ten tijde van de koop geschikt is voor een normaal gebruik en aan bestaande veiligheidseisen voldoet, berust het op een in zijn algemeenheid onjuiste stelling.'

Is dit oordeel in zijn algemeenheid wel juist? Immers, op het eerste gezicht lijkt de in het cassatiemiddel voorgedragen stelling zo gek nog niet. Een verkoper die weet dat de zaak met het oog op haar normale bestemming wordt gekocht, levert een zaak die niet aan de overeenkomst beantwoordt als zij ongeschikt is voor een normaal gebruik en/of niet voldoet aan de bestaande veiligheidseisen.

Toch zijn er inderdaad (uitzonderings-)gevallen waarin dit uitgangspunt onredelijk uitpakt:

B ziet in de schuur van A een gaskachel staan. De kachel is daar enige jaren tevoren door A neergezet in verband met de aanleg van centrale verwarming. B zegt tegen A dat hij de gaskachel goed kan gebruiken voor zijn vakantiewoning en vraagt of hij de kachel voor honderd gulden kan overnemen. A gaat hiermee accoord. Achteraf blijkt de gaskachel door roestvorming in het binnewerk onbruikbaar.

Dit voorbeeld ondersteunt het standpunt van de Hoge Raad. Het enkele feit dat de verkochte zaak niet geschikt was voor een normaal gebruik brengt nog niet mee dat zij niet beantwoordt aan de over-

3 Overigens betekent 'praestare' in de Romeinsrechtelijke bronnen in de eerste plaats 'garanderen' (praes stare = borg staan) en pas in tweede instantie 'verschaffen'. Zie bijvoorbeeld D 19.1.6.4 hierboven aangehaald.

eenkomst. Van deze gaskachel kan immers niet worden gezegd dat zij niet voldoet aan de *gerechtvaardigde* verwachtingen van de koper. Voor de vraag welke eigenschappen de koper *mocht* verwachten, is mede van belang welk normaal onderzoek van hem kan worden gevegd. Om deze reden liet de Rechtbank de vordering van de koper van de tweedehands auto stranden. Stavenuiter had alvorens tot aankoop over te gaan de auto moeten (laten) keuren. Voor de Rechtbank geeft het feit dat de koper zijn onderzoeksplicht niet is nagekomen de doorslag. Op Stavenuiter rust de verantwoordelijkheid om geen verkeersgevaarlijke auto aan te schaffen. Dat ter zake ook aan de verkoper zeker een verwijt valt te maken, doet daaraan volgens de Rechtbank niet af.

Op dit punt werpt de Hoge Raad een uiterst cruciale vraag op zonder haar te beantwoorden:

'In het midden kan blijven of de Rechtbank 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.'

De annotator is, anders dan de Hoge Raad, niet gebonden aan de beperkingen van het cassatiemiddel. Heeft de Rechtbank een juiste afweging gemaakt van de informatie- en onderzoeksplicht van de verkoper en koper *in onderling verband*? Want op dit laatste komt het aan: de onderzoeksplicht van de koper en de informatieplicht van de verkoper kunnen niet onafhankelijk van elkaar worden vastgesteld. Het zijn onderling communicerende vaten gevuld uit de fontein der goede trouw. Ooit sprak de Hoge Raad dit grote woord gelaten uit:

'dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.' (HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67; Baris/Riezenkamp.)

Partijen moeten hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Een seculier antwoord op Genesis 4:9: 'Ben ik mijns broeders hoeder?' Aan de andere kant: welbegrepen eigenbelang is de inzet van het contractspel. Ik verkoop mijn huis niet om U van passende woonruimte te voorzien, maar om een zo hoog mogelijke koopprijs in handen te krijgen. Dat wederzijds eigenbelang de spil vormt van het

contractsmechanisme brengt mee dat het recht mag vergen dat partijen in de eerste plaats *zelf* waken voor hun belang. Wie een woonhuis koopt en niet gesteld is op duivenhouders, kattenfokkers en orgelspelers als naaste burens, moet, of zelf op onderzoek, of op dit punt aan de verkoper pertinente vragen stellen. Hij kan niet achteraf de verkoper verwijten dat deze hem niet spontaan heeft voorgelicht over de eigenaardigheden van de burens.

Maar de verkoper heeft niet altijd succes met het standpunt: ask me no questions and I will tell you no lies. Dat ervoer Van Dartel die bij gelegenheid van de verkoop van zijn huis naliet te melden dat de gemeente had aangekondigd de woning te zullen vorderen voor bewoning door anderen dan de koper (HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97; Van der Beek/Van Dartel).

De verkoper die hem bekende feiten verzwijgt, terwijl spreken plicht was, kan zich niet te goeder trouw beroepen op de omstandigheid dat de koper die feiten ook zelf had kunnen ontdekken. Mogen we een stap verder gaan? Kan de goede trouw meebrengen dat de verkoper, alvorens tot verkoop over te gaan, onderzoekt of de zaak wel de eigenschappen bezit die de koper mag verwachten? In het hier besproken arrest maakt de Hoge Raad immers gewag van een mogelijke onderzoeks- of informatieplicht van een professionele verkoper van gebruikte auto's.

Een zeer ver gaande gehoudenheid voor de verkoper werd aangenomen in het arrest Van Dijk-Bedaux (HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 509; C.J.H.B.).

Bedaux, ingenieur en architect, verkoopt een woonhuis aan Van Dijk. Achteraf blijkt dat in de kruipruimte onder de woonkamer een waterpomp is geplaatst die niet alleen water maar ook zand wegzoog. Daardoor verzakte de fundering. Van Dijk vordert ongedaanmaking van de overeenkomst op grond van verborgen gebreken. Bedaux beroept zich op de contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid voor zichtbare en onzichtbare gebreken.

De koper van een huis kan onafhankelijke deskundigen inschakelen om zich te laten voorlichten over de bouwkundige staat van het huis. Mag dit, op straffe van verlies van zijn aanspraken, van hem worden gevegd, ook dan, wanneer hij contracteert met een verkoper die gezien zijn deskundigheid het gebrek had kunnen ontdekken? De Hoge Raad is coulant voor de koper en streng voor de verkoper. Het Hof had niet zonder meer het beroep van de verkoper op de contractuele uitsluiting van de aansprakelijkheid mogen honoreren, maar had moeten onderzoeken of Bedaux als ingenieur en architect niet een ernstig verwijt

trof dat hij de ontzanding van de fundering door het gebruik van de pomp niet heeft voorzien.

Hoe moet tegen deze achtergrond worden geoordeeld over de professionele verkoper van een gebruikte auto? Kan van een garagehouder die een vijf jaar oude Renault verkoopt aan een ondeskundige koper worden verwacht dat hij alvorens tot verkoop over te gaan, eerst onderzoekt of de auto niet een ernstig gevaar oplevert voor de veiligheid van de koper en de overige weggebruikers? Dit lijkt mij, zeker in vergelijking tot het arrest Van Dijk/Bedaux geen overspannen eis, en dat houdt tevens in dat ik de uitkomst van de procedure onbevredigend vind.

#### *Onderzoek en informatie door de verkoper*

Partijen die in onderhandeling treden over het sluiten van een overeenkomst moeten hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit kan meebrengen dat de verkoper verplicht is ongevraagd informatie te verschaffen. Het ligt in de rede dat we hier toe niet snel mogen besluiten. Immers een optimale behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij gaat ten koste van de — evenzeer gerechtvaardigde — eigen belangen. Het recht moet zuinig omspringen met de eis om in eigen vlees te snijden. Wanneer is hiertoe toch voldoende aanleiding? Wanneer mag van de verkoper worden verwacht dat hij spontaan melding maakt van feiten die de kans dat hij de wederpartij tot aankoop weet te bewegen er niet groter op maken?

Twee gezichtspunten treden naar voren:

- a de aard van het belang van de wederpartij;
- b de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen.

Wat het eerste punt betreft: De verkoper hoeft zijn gedrag niet te laten bepalen door *alle* gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. De koper heeft er een gerechtvaardigd belang bij dat de gekochte zaak waard is wat hij ervoor betaalt. Toch is het geen rechtseis dat de verkoper ongevraagd meedeelt dat de auto die de wederpartij bereid is te kopen nog niet een kwart van de overeengekomen prijs waard is. De veiligheid van wederpartij is echter een belang dat de verkoper zich wel moet aantrekken. Ik mag niet een hond die mij niet langer bevalt omdat hij mij en mijn huisgenoten bij herhaling heeft gebeten, verkopen zonder jegens de koper een *cave canem* uit te spreken.

In de tweede plaats is de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen van belang. Voor het burgerlijk recht zijn alle burgers

gelijk, behalve de deskundigen. Voor hen geldt een strengere regiem. *Compétence oblige*. Met betrekking tot het huis met de verzakkende fundering werd gewicht gehecht aan de omstandigheid dat de verkoper ingenieur en architect was. In het onderhavige arrest werd gesproken over 'wat eventueel aan onderzoek en informatie mag worden verwacht van professionele verkoper, eer hij tot verkoop van een gebruikte auto aan een ondeskundige koper overgaat'. Er is hier nog een belangrijk verschil. In het eerste geval staat de deskundigheid min of meer los van de gesloten overeenkomst. De verkoper heeft het huis niet verkocht *als* ingenieur en architect, maar als particulier die gezien zijn vooropleiding geacht mocht worden een grotere deskundigheid op bouwkundig terrein te bezitten dan de koper. In het tweede geval is de veronderstelde deskundigheid verankerd in een maatschappelijke rol. De overeenkomst wordt gesloten in het kader van de bedrijfsvoering van de verkoper. Wie in het maatschappelijk verkeer naar buiten treedt als professioneel verkoper van auto's moet er voor instaan dat hij over de deskundigheid beschikt die van een redelijk autoverkoper mag worden verwacht. Dit geldt ook als de desbetreffende ondernemer zich ophoudt aan de rand van zijn bedrijfsgroep. Het beunhazenpad voert niet naar beunhazenrecht.

Deze laatste, kwalitatieve, benadering van deskundigheid als rechtvaardiging van een verhoogde onderzoeks- en informatieplicht van de verkoper spreekt mij meer aan dan de eerste. Het lijkt mij in het algemeen onredelijk om het antwoord op de vraag op welke van beide partijen een onderzoeksplicht rust, te laten afhangen van de omstandigheid wie in dit concrete geval geacht kan worden over de grootste deskundigheid te beschikken: de koper of de verkoper. Een illustratie:

Het gemeentelijk grondbedrijf A verkoopt een perceel bouwgrond aan B (scheikundig ingenieur en leraar aan de plaatselijke HTS). De grond blijkt ernstig verontreinigd met chemisch afval. Het inmiddels aldaar gebouwde woonhuis moet worden afgebroken.

Aan wie moet het feit dat de verontreiniging niet vóór de koop ontdekt is, worden toegerekend? Aan de verkoper of aan de koper? De cruciale vraag is hier niet: wie beschikte over de grootste deskundigheid? Maar: mag van een professioneel verkoopster van bouwgrond worden gevergd dat zij onderzoekt of de over te dragen grond voor dat doel geschikt is en geen gevaar oplevert voor de gezondheid van de koper?

### *Ars Aequi?*

Techniek en ethiek: de twee gezichten van het recht, verenigd in de titel van dit tijdschrift, *Ars Aequi*, het ambacht der billijkheid.

Een professioneel verkoper van gebruikte auto's verkoopt en levert aan een ondeskundig koper een auto die een ernstig gevaar vormt voor de veiligheid van de koper en de overige verkeersdeelnemers.

Eerst de moraal. Wat weegt zwaarder: het verwijt aan de verkoper dat hij zijn wederpartij aan dergelijke gevaren heeft blootgesteld? Of de schuld van de koper die heeft nagelaten de auto vooraf te laten keuren? Ik kies voor het eerste en ben het op dit punt van harte oneens met de Rechtbank die het verwijt aan de koper het zwaarst liet wegen.

Dan de techniek. De koper die van plan is een rechtsvordering in te stellen tegen de verkoper moet zich beraden over de vraag welke van de volgende registers hij zal opentrekken: verborgen gebreken, wanprestatie, dwaling, bedrog, onrechtmatige daad. Een dergelijke samenloop van vorderingen lijkt een voordeel voor de koper, maar dit wordt anders als zij elkaar voor de voeten lopen, zoals thans het geval is met betrekking tot verborgen gebreken en wanprestatie. In het NBW verdwijnt dit struikelblok doordat de regeling van wanprestatie zodanig wordt verruimd dat de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken daarin wordt opgenomen. Maar in haar ruimheid (de afgeleverde zaak bezit niet de eigenschappen die de koper mocht verwachten) omvat de nieuwe bepaling ook zeer veel dwalingsgevallen. De *Parlementaire Geschiedenis (Toelichting Boek 7, p. 846)* bevat Dionysische voorbeelden. De als Bordeaux verkochte wijn blijkt uit Anjou. De geleerde viool is weliswaar uitstekend, maar geen Stradivarius, zoals was overeengekomen. In deze gevallen kan de koper kiezen tussen ontbinding wegens wanprestatie en vernietiging wegens dwaling. Dat levert nieuwe puzzels op. Ik moge er met één besluiten.

Wij schrijven januari 1990. Het NBW is ingevoerd. Booy verkoopt en levert een mobiele kraan aan Wisman. Partijen gaan ervan uit dat Wisman voor de kraan een kentekenbewijs krijgt, hetgeen niet juist blijkt. Wisman, die de koopprijs nog niet heeft voldaan, maakt per brief de koop ongedaan. Nog vóór hij de kraan aan Booy heeft teruggegeven gaat Wisman failliet.

Maakt het voor de positie van de verkoper nog verschil welke keuze de koper heeft gemaakt: ontbinding wegens wanprestatie of vernietiging wegens dwaling?