

University of Groningen

Het gelijk van de curulische aedilen

Verhoeven, J.J.

Published in:
 Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Verhoeven, J. J. (2006). Het gelijk van de curulische aedilen. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXIII.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Het gelijk der curulische aedilen

Naar een moderne uitleg van de regeling betreffende de conformiteit bij koop in geval van verborgen gebreken.

1. Inleiding

Het nieuwe millennium begon voor het echtpaar Buchholz met mooie vooruitzichten. Het had in het voorjaar van 2000 een andere woning gekocht, waarvan de eigendom op 1 augustus 2000 aan hen werd geleverd. Nadat ze de woning hadden betrokken, bleek mevrouw Buchholz ook nog eens in verwachting van een tweeling.

In het najaar nam het lot echter een onverwachte wending. In plaats van te kunnen genieten van hun nieuwe woning en het naderende gezinsgeluk, werd het echtpaar geconfronteerd met een aaneenschakeling van tegenslagen. In de tweede helft van augustus ontdekte het dat de dakspanten en de vloerbalken van de eerste verdieping sterk waren aangetast door boktor en houtworm. Veertien dagen later brak de leuning van de trap naar de eerste verdieping finaal doormidden, ten gevolge van de aantasting door boktor. Ook de trap zelf bleek ernstig aangetast. Als het echtpaar de woning vervolgens verder gaat onderzoeken, blijkt begin september dat de elektrische bedrading sterk verouderd is. Zij werd slechts omgeven door vergane stoffen isolatie, terwijl de bedrading zelf grotendeels door metalen leidingen werd gevoerd. Halverwege september, tenslotte, vielen spontaan twee binnenmuren om als gevolg van het totaal vergaan zijn van deze muren.

De heer Buchholz schakelt vervolgens deskundigen in om de gebreken te laten onderzoeken. Hij wil zo een beeld krijgen van de oorzaak van de gebreken en de kosten van herstel, alvorens hij ertoe overgaat om de verkoper aansprakelijk te stellen. Alsof het echtpaar echter nog niet voldoende geplaagd was, deden zich - nog voordat de verkoper daadwerkelijk was aangesproken - complicaties voor in de zwangerschap bij mevrouw Buchholz. Zij moest enkele keren naar de academische ziekenhuizen in Maastricht en Leuven en na een operatie op 1 december 2000 kwam één van de baby's dood ter wereld.

Vervolgens wordt toch de kwestie van de gebreken aan de woning weer ter hand genomen en bij brief van 8 december 2000 stelt de raadsman van het echtpaar de verkoper op de hoogte van de in de woning ontdekte gebreken en sommeert hij de verkoper om de daardoor door hen geleden schade te vergoeden.¹

De verkoper acht zich echter niet aansprakelijk en in de gerechtelijke procedure die het echtpaar vervolgens tegen hem aanspant, en die in hoogste instantie bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch wordt gevoerd, wordt de verkoper in het gelijk gesteld; de vordering tot schadevergoeding wordt afgewezen. Het hof baseert deze beslissing op artikel 7:23 BW. Deze bepaling legt op de koper de verplichting om binnen bekwame tijd, nadat hij een

¹ Zie voor deze zaak de uitspraken van Rb. Roermond 15 augustus 2002, LJN-nr. AE6667 en Hof Den Bosch 6 januari 2004, NJF 2004, 262 (zaaknr. CO200947/RO).

VERHOEVEN

gebrek heeft ontdekt, de verkoper hiervan op de hoogte te stellen. Voldoet de koper niet aan deze kennisgevingsplicht, dan verliest hij ieder recht om de verkoper aansprakelijk te houden. In de zaak van het echtpaar Buchholz was het hof van oordeel dat het echtpaar de verkoper niet binnen de vereiste bekwame termijn op de hoogte had gesteld van de door hen geconstateerde gebreken. De gebreken waren in ieder geval medio september 2000 allemaal al ontdekt en het echtpaar had de verkoper daarvan bij brief van begin december 2000, dus ruim twee maanden later, op de hoogte gesteld. Dit was volgens het hof te laat en daarmee had het echtpaar ieder recht verspeeld om aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding.

Deze uitspraak staat niet op zichzelf. Sinds de invoering van artikel 7:23 BW in 1992 is er in de lagere rechtspraak een duidelijke tendens waarneembaar om de 'bekwame termijn' die de koper heeft om de verkoper op de hoogte te stellen van ontdekte verborgen gebreken, te beperken tot een periode van ongeveer twee maanden.

Deze lijn in de rechtspraak ondervindt tot op heden weinig kritiek van de zijde van de wetenschap. Een ieder die belangstelling heeft voor de historische achtergrond van ons privaatrecht zal deze tendens daarentegen met een gevoel van verbazing gadeslaan.

In het BW van 1838 (hierna: OBW) was in de artikelen 1540 tot en met 1547 een bijzondere regeling opgenomen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken, die haar grondslag vond in het Romeinse recht.

Deze regeling beoogde de belangen van koper en verkoper op een evenwichtige manier tegen elkaar af te wegen. Eén van de bepalingen waarmee de wetgever tegemoet kwam aan de belangen van de verkoper was artikel 1547 OBW, waarin was bepaald dat de koper die na de koopovereenkomst ontdekte dat de door hem gekochte zaak was belast met een verborgen gebrek, binnen 'eenen korten tijd' de rechtsvordering tegen de verkoper moest instellen. In de lagere rechtspraak werd een termijn gehanteerd die varieerde van 6 weken in geval van verkoop van vee tot een periode van 5 tot 6 maanden bij de verkoop van andere zaken.

Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw kwam er vanuit de wetenschap steeds meer kritiek op de regeling; kritiek die zich voor een groot deel richtte op de korte termijn die artikel 1547 OBW aan de koper gaf om tegen de verkoper te ageren. De algemene opvatting was dat mede door de korte termijn die aan de koper werd gegeven, de positie van de verkoper onnodig ten nadele van de koper werd beschermd. De regeling zou om die reden verouderd zijn en het zou de voorkeur verdienen indien zij niet langer zou worden toegepast.²

De wetgever heeft er bij het ontwerp van het huidige BW voor gekozen om de bijzondere regeling voor verborgen gebreken niet te laten terugkeren. Het huidige BW kent in de artikelen 7:17 e.v. nog slechts een algemene regeling die op de verkoper de verplichting

² C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, 2^e druk, Arnhem 1984, pag. 24.

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

legt om een zaak te leveren die aan de overeenkomst beantwoordt. Deze zogenaamde conformiteitsregeling bestrijkt alle gevallen dat de verkoper een andere zaak levert dan partijen hebben afgesproken, waaronder het geval dat een zaak wordt geleverd met een verborgen gebrek. De banden met het Romeinse recht, die de oude regeling nog had, zijn door de wetgever doorgesneden.

De invoering van de nieuwe regeling was voor mij destijds dan ook aanleiding om te concluderen dat met de invoering van het nieuwe BW een einde zou komen aan twee millennia rechtsonwikkeling met betrekking tot het leerstuk van de verborgen gebreken.³ De vraag is echter of deze conclusie niet te voorbarig is geweest.⁴ Zoals uit de hierboven aangehaalde casus blijkt, komen bij de toepassing van de nieuwe regeling in de gevallen dat een zaak is geleverd met een verborgen gebrek, oude rechtsvragen opnieuw aan de orde. De termijn waarbinnen de koper de verkoper in kennis moet stellen van het gebrek, is daarvan slechts één.

Die oude rechtsvragen die thans weer in de praktijk rijzen, zijn voor mij aanleiding om in dit artikel de huidige wettelijke bepalingen die de aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken regelen in een breder, en uiteraard historisch, perspectief te plaatsen om zodoende te beoordelen of in ons huidige recht inderdaad andere, en betere, afwegingen worden gemaakt tussen de belangen van koper en verkoper dan in de regeling in het OBW het geval was. Aangezien voor een dergelijke beoordeling inzicht nodig is in de regeling zoals die gold onder het oude recht, - kennis die helaas niet alleen bij de niet-juristen ontbreekt- zal ik, alvorens over te gaan tot een bespreking van het moderne recht, ermee beginnen om eerst deze regeling en haar historische achtergrond te schetsen.

2. Het Romeinse recht

2.1 Inleiding

In de voorclassieke periode van het Romeinse recht gold in het algemene privaatrecht, het zogenaamde *ius civile*, als uitgangspunt dat de aanwezigheid van een gebrek dat tijdens de verkoop verborgen was voor de koper, voor risico van de koper kwam.⁵ Aan de koper werden geen rechtsmiddelen ter beschikking gesteld om de schade die hij leed door de aanwezigheid van een verborgen gebrek op de verkoper te verhalen. De koper moest dus, hoewel hij de afgesproken koopprijs had voldaan, genoegen nemen met de zaak zoals die aan hem was geleverd. De achterliggende gedachte bij deze risicoverdeling is het beginsel

³ J.J. Verhoeven, *Verborgen gebreken bij koop*, in: *Ars Aequi* 39 (1990), pag. 495 e.v.

⁴ In deze zin K. Krzeminski, *Ad Edictum Aedilium Curulium*, in: *Ars Aequi* 54 (2005), pag. 706.

⁵ R. Zimmermann, *The law of obligations*, Juta&Co Ltd. Cape Town/Johannesburg, 1990, pag.306; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, erster Abschnitt, zweiter Auflage, München 1971, pag 557; Honsell.Mayer-Maly.Selb, *Römisches Recht*, 4e Auflage 1987, pag. 315; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome II, 4e édition, 1948, pag. 158; P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e édition, Paris 1929, pag. 598; J.C. Van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, derde druk, Leiden 1948, pag. 263.

VERHOEVEN

van ‘*caveat emptor*’, hetgeen inhoudt dat het aan de koper zelf is om bij het sluiten van de koop voldoende oplettendheid te betrachten om te voorkomen dat hij een gebrekkige zaak koopt.

Wel kon de koper bewerkstelligen dat de verkoper in rechte had in te staan voor de deugdelijkheid van de zaak door zich de afwezigheid van gebreken uitdrukkelijk te laten garanderen door middel van een formele belofte.⁶ Daarnaast was de verkoper op grond van het *ius civile* met de actie uit koop, de *actio empti*, jegens de koper aansprakelijk voor gebreken in de zaak indien er bij het sluiten van de overeenkomst sprake was geweest van dolus aan de zijde van de verkoper; dat deed zich voor indien de verkoper toezeggingen had gedaan omtrent de kwaliteit van de verkochte zaak of in het geval hij zelf ten tijde van de verkoop met het gebrek bekend was geweest en dit voor de koper had verzwegen.⁷ In dat geval was de verkoper gehouden om alle schade die de koper door de aanwezigheid van het gebrek had geleden, te vergoeden.⁸ Stortte bijvoorbeeld ten gevolge van gebreken in geleverde houten balken het huis in, voor de bouw waarvan de balken waren gebruikt, dan moest de verkoper niet alleen de waarde van de balken vergoeden, maar ook de schade die door het instorten van de woning was ontstaan.⁹

2.2 Ontwikkelingen in het *ius honorarium*

Een belangrijke wijziging op het uitgangspunt dat het risico van een verborgen gebrek in beginsel voor rekening van de koper kwam, werd met betrekking tot de marktverkoop tot stand gebracht door de *aediles curules*. De curulische aedilen waren magistraten, belast met de organisatie van en het toezicht op het marktwezen. Uit hoofde van hun taak hadden ze onder meer de bevoegdheid om, voor zover het verkopen op de markt betrof, recht te spreken in geschillen tussen koper en verkoper alsmede om regelgeving tot stand te brengen. Hun wettelijke maatregelen maakten onderdeel uit van het magistratenrecht, het zogenaamde *ius honorarium*, dat als een zelfstandig rechtssysteem stond naast het *ius civile*.

Tot de werkzaamheden van de aedilen behoorde het onder meer om toezicht te houden op de verkoop van slaven. Slavenhandelaren hadden in de Romeinse samenleving een uitzonderlijk slechte reputatie.¹⁰ Het waren, zo zou men kunnen zeggen, de autohandelaren van de oudheid. De aedilen hebben daarom in de loop der tijd, gebruik makend van hun regelgevende bevoegdheid, een aantal maatregelen getroffen, die ertoe strekten om kopers

⁶ Kaser I, pag. 558; Honsell.Mayer-Maly.Selb, pag. 316.

⁷ Zimmermann, pag. 309; Kaser I, pag. 557; Honsell.Mayer-Maly.Selb, pag. 318; Monier 1948, pag. 163; Van Oven, pag. 263; G. Cornil, *Droit romain*, Bruxelles 1921, pag. 342; K.A. von Vangerov, *Lehrbuch der Pandekten*, dritter Band, 7^e Auflage, Marburg und Leipzig 1869, pag. 304.

⁸ Zie bijvoorbeeld D. 19,1,13,pr. en D. 19,1,6,4. Hierover Zimmermann, pag. 309; Kaser I, pag. 557.

⁹ D. 19,1,13,pr.

¹⁰ G. Macours, *De romeinse mango*, in: *Tijdschrift voor privaatrecht*, nr. 1, 1989, pag. 151-187; Zimmermann, pag. 311.

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

van slaven ten opzichte van het *ius civile* een extra bescherming te bieden tegen onoirbare handelingen van slavenhandelaren.

Van de vele maatregelen die de aedilen hebben getroffen, is de verplichting om bepaalde in het aedilische edict opgesomde onvolkomenheden van de slaaf ten tijde van de verkoop duidelijk mede te delen, waarschijnlijk de oudste.¹¹ Hoewel de exacte ouderdom van deze bepaling niet bekend is, staat vast dat zij ten tijde van Cicero in de eerste eeuw voor onze jaartelling reeds bestond.¹² Op grond van deze bepaling moest de verkoper onder meer alle ziektes en fysieke gebreken waarmee de slaaf was behept, aan de koper bekend maken.¹³ Naast de verplichting om ziekten en gebreken van de slaaf mede te delen, was de verkoper verplicht om mede te delen of de slaaf wel eens pogingen had ondernomen om te vluchten en of hij in het verleden schade aan derden had toegebracht waarvoor de nieuwe eigenaar nog kon worden aangesproken.¹⁴

Was nu de slaaf belast met één van de hierboven genoemde gebreken, zonder dat de verkoper daarvan melding had gemaakt, dan boden de aedilen aan de koper de mogelijkheid om de verkoper aansprakelijk te stellen. De aansprakelijkheid die de aedilen ten behoeve van de koper in het leven riepen, hield aanvankelijk in dat aan de koper de mogelijkheid werd geboden om de koop ongedaan te maken. Tegen teruggave van de gekochte slaaf kon de koper restitutie van de koopprijs vorderen. De actie die daartoe door de aedilen ter beschikking werd gesteld, was de *actio redhibitoria*.

Was de slaaf echter belast met een klein en overkomelijk gebrek, dan was het geheel teniet doen van de koop een rigoreuze en veelal een onbevredigende oplossing. Vandaar dat de aedilen ertoe over zijn gegaan om in deze gevallen de koper de mogelijkheid te bieden om, met instandhouding van de koop, een zodanig gedeelte van de koopprijs terug te vorderen als de zaak door de aanwezigheid van het gebrek minder waard is. De actie waarmee de koper deze prijsvermindering kon vorderen, werd de *actio quanti minoris* genoemd.¹⁵

De verkoper was op grond van de aedilische regeling ook dan aansprakelijk indien hij zelf niet van het gebrek op de hoogte was geweest, zodat hij het niet had kunnen vermelden. De goede trouw van de verkoper stond derhalve niet aan zijn aansprakelijkheid in de weg. Aanvankelijk was de verkoper zelfs dan aansprakelijk wegens het niet mededelen van de gebreken, indien de koper zelf van het gebrek op de hoogte was geweest of het gebrek

¹¹ Monier 1948, pag. 159.

¹² Zie omtrent de ouderdom van het slavenedict A. de Senarclens, La date de l'édit des édiles, in: *Revue d'histoire de droit* 1923, 384-400. Zie voorts Haymann, boekbespreking in: *ZSS* 51, 1931, pag. 475-483; Monier 1948, pag. 159; Girard, pag. 600 (nt. 2).

¹³ Deze verplichting heeft aanleiding gegeven tot een kleurrijke casuïstiek, die inzicht biedt in de vele kwalen waarmee slaven konden zijn behept; zie in het bijzonder D. 21,1,6 e.v.

¹⁴ D. 21,1,1,1.

¹⁵ Hierover F. von Pringsheim, Das Alter der aedilischen *actio quanti minoris*, in: *ZSS* 69, 1952, pag. 234 e.v.; Kaser I, pag. 559.

VERHOEVEN

eenvoudig had kunnen ontdekken. Pas later is de aansprakelijkheid beperkt tot gebreken die de koper niet kende en evenmin had kunnen ontdekken.¹⁶

Een soortgelijke regeling als voor de verkoop van slaven, hebben de aedilen ook voor de verkoop van vee in het leven geroepen.¹⁷

Met de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* boden de aedilen aan de koper een extra bescherming ten opzichte van het *ius civile* tegenover de verkoper te goeder trouw. Op grond van het *ius civile* kon de verkoper immers slechts worden aangesproken voor de aanwezigheid van een verborgen gebrek, indien er sprake was van bedrieglijk handelen (*dolus*) van zijn kant, terwijl de aedilische acties ook kon worden ingesteld tegen de verkoper die zelf niet bekend was geweest met de gebreken.

Aan de andere kant hielden de aedilen ook rekening met de belangen van de verkoper te goeder trouw door zijn aansprakelijkheid in twee opzichten te beperken. Allereerst was de aansprakelijkheid op grond van de aedilische acties wat haar omvang betreft beperkt tot de waarde van de zaak. De koper kon met de acties ten hoogste de volledige koopprijs terug vorderen. Het was niet mogelijk om met de aedilische acties vergoeding te vorderen van de overige schade die de koper door de aanwezigheid van het gebrek had geleden.

Daarnaast werd de aansprakelijkheid van de verkoper ook in tijd beperkt. Anders dan de acties uit het *ius civile*, die in de klassieke periode in beginsel geen verjaringstermijn kenden en later werden onderworpen aan een verjaringstermijn van dertig jaar¹⁸, werden de acties tot vernietiging van de koop en tot prijsvermindering door de aedilen verbonden aan een korte termijn. De *actio redhibitoria* werd gebonden aan een termijn van zes maanden, de *actio quanti minoris* aan een termijn van 12 maanden.¹⁹ Deze relatief korte termijnen verhinderden dat de verkoper nog na lange tijd na de koop, op een moment dat hij daarmee geen rekening meer hoefde te houden, door de koper werd aangesproken.

Op deze wijze hebben de aedilische curulen met hun bijzondere acties, wanneer deze gezien worden in samenhang met de mogelijkheden die de *actio empti* uit het *ius civile* bood, voor de verkoop van slaven en vee op de markt een afgewogen regeling in het leven

¹⁶ Monier 1948, pag. 160; Van Oven, pag. 267. In andere zin F. De Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, pag. 46, die stelt dat “at no time there was any liability for defects known to the buyer or so obvious that he ought to have known them”. Deze opvatting lijkt echter in strijd te zijn met de diverse Digestenteksten, waarin ook eenvoudig waarneembare gebreken worden gerekend tot de gebreken die leiden tot aansprakelijkheid van de verkoper, zoals onder meer in D. 21,1,6,2; D. 21,1,12,4; D. 21,1,14,6. In dezelfde zin, R. Monier, *La garantie contre les viches cachés dans la vente romaine*, Paris 1930, pag. 41.

¹⁷ Zie D. 21,1,38,pr. Hierover Kaser I, pag. 560; Zimmermann, pag. 318.

¹⁸ Een algemene verjaringstermijn van 30 jaar werd bij constitutie ingevoerd door keizer Theodosius II (408-450). Deze constitutie is opgenomen in C. 7,39,3,1. J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen 2003, pag. 65.

¹⁹ D. 21,1,19,6.

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

geroepen die het risico van de aanwezigheid van een verborgen gebrek op een evenwichtige wijze verdeelde over de koper en de verkoper.²⁰

Op één punt zijn de Digesten niet geheel eenduidig en wel waar het de aanvang van de korte termijnen van de aedilische acties betreft. D. 21,1,19,6, welk fragment is ontleend aan Ulpianus, bepaalt met betrekking tot de *actio redhibitoria* dat de termijn begint te lopen op de dag van de verkoop:

“De termijn voor terugverschaffing belooft zes processueel bruikbare maanden. Wordt de slaaf niet teruggegeven, maar wordt de actie tot vermindering ingesteld, dan is de termijn een jaar bruikbare tijd. De terugverschaffingstermijn begint te lopen vanaf de dag van de verkoop of, als iets verklaard of beloofd is, vanaf de dag waarop dat verklaard of beloofd is.”²¹

Over het algemeen wordt op grond van deze bepaling aangenomen dat de termijn van beide acties op de dag van de verkoop begon te lopen.²²

Daarentegen vermeldt Papinianus met betrekking tot een vluchtende slaaf dat de termijn van de *actio redhibitoria* pas begint te lopen vanaf het moment dat de slaaf daadwerkelijk een vlucht poging heeft ondernomen:

“Omdat voor de terugverschaffingsactie zes ‘bruikbare’ maanden -d.w.z. maanden waarbinnen de mogelijkheid tot procederen bestaat- beschikbaar worden gesteld, kan iemand die met het gebrek van een wegloper, dat verborgen bleef, niet bekend was, niet geacht worden in de gelegenheid te zijn geweest de actie in te stellen. Dat betekent echter niet dat nonchalante onwetendheid van de koper verontschuldigd behoort te worden.”²³

Zimmermann neemt op grond van deze tekst aan dat als algemene regel gold dat de termijnen van de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* pas begonnen te lopen als de koper het gebrek daadwerkelijk had ontdekt.²⁴ Of aan D. 21,1,55 inderdaad een

²⁰ In deze zin ook Zimmermann, pag. 321; Van Oven, pag. 267.

²¹ D. 21,1,19,6: Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est. sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit, aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promissumve quid est. (vertaling: Spruit III, pag. 641).

²² In dezin zin J.E. Spruit, *Cunabula iuris*, Elementen van Romeins privaatrecht, Deventer 2003, pag. 309; R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden 1994, pag. 207; Van Oven, pag. 265; Brinz, pag. 730, die nog opmerkt (noot 70) dat het tijdstip van de levering meer voor de hand ligt; Krzeminski, pag. 698. Kaser, *De Zulueta en Girard laten zich over de aanvang van de termijn niet uit*.

²³ D. 21,1,55: Papinianus libro duodecimo responsorum. Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi lateens ignoravit: non idcirco tamen dissolutam ignorationem emptoris excusari oportebit. (vertaling: Spruit III, pag. 666).

²⁴ Zimmermann, pag. 318. In soortgelijke zin Monier 1930, pag. 61/62 en Cornil, pag. 343, die beiden stellen dat de termijn in beginsel liep vanaf de dag van de verkoop, maar dat de koper na het verstrijken van de termijn van 6 maanden toch rechtsingang werd verleend indien de onwetendheid hem niet kon

VERHOEVEN

dergelijke algemene strekking mag worden gegeven, is echter de vraag. Allereerst moet bedacht worden dat de tekst betrekking heeft op een vluchtende slaaf. Het betreft hier dus niet een lichamenlijk, maar een mentaal gebrek. Anders dan een lichamenlijk gebrek dat de fysieke gesteldheid van de slaaf voortdurend beïnvloed, kan het vluchtkarakter van een slaaf pas voor het eerst geconstateerd worden als de slaaf daadwerkelijk een vluchtpoging onderneemt. Dit kan een reden zijn geweest voor Papinianus om in een dergelijk geval een uitzondering aan te nemen op het algemene beginsel dat de termijn begint te lopen op de dag van de verkoop, teneinde te voorkomen dat de korte termijnen al zijn verlopen zonder dat de koper ook maar in staat was geweest om het gebrek te constateren.²⁵

Daar komt bij dat de opmerking van Ulpianus, dat de termijn op de dag van de verkoop begint te lopen, niet is te verklaren indien als algemeen uitgangspunt zou hebben gegolden dat de termijnen van de aedilische acties pas begonnen te lopen, indien het gebrek daadwerkelijk was ontdekt. Kenmerkend voor de aansprakelijkheid wegens een verborgen gebrek was nu juist dat het gebrek ten tijde van de verkoop niet kenbaar was geweest voor de koper. De ontdekking van een dergelijk gebrek zal dus te allen tijde hebben gelegen op een tijdstip na de verkoop. Indien als algemene regel zou hebben gegolden dat de termijnen pas beginnen te lopen op de dag van de ontdekking, zal het zich niet vaak voordoen dat de termijn reeds op de dag van de verkoop begint te lopen. Andersom is het fragment uit D. 21,1,55 wel verklaarbaar, indien wordt aangenomen dat Ulpianus in D. 21,1,19,6 een algemene regel weergeeft, waarop D. 21,1,55 een uitzondering vormt.

2.3 De aansprakelijkheid in het *ius civile*

De door de *aediles curules* ontworpen regeling, gold alleen voor de verkopen op de markt. Voor de koopovereenkomsten die buiten de markt waren afgesloten bleef op grond van het *ius civile* als uitgangspunt gelden dat de koper het risico droeg van een verborgen gebrek in de verkochte zaak. De verkoper te goeder trouw die geen toezeggingen omtrent de kwaliteit van de zaak had gedaan, kon met de *actio empti* uit het *ius civile* niet door de koper aansprakelijk worden gesteld voor gebreken aan de verkochte zaak.

Aan het begin van onze jaartelling deed zich echter in het *ius civile* een verandering voor in de opvattingen omtrent de aansprakelijkheid van de verkoper. Pomponius vermeldt dat Labeo het uitgangspunt uit het *ius civile* onjuist vond en zich op het standpunt stelde dat een verkoper altijd deugdelijke waar moet leveren:

“Labeo daarentegen meent dat als enige maatstaf moet worden aangehouden dat, tenzij het tegendeel is overeengekomen, in ieder geval een gaaf vat moet worden geleverd; dit is juist.”²⁶

worden toegerekend. Zie ook H. Dernburg, *Pandekten, zweiter Band Obligationenrecht*, 3^e druk, Berlin 1892, pag. 275.

²⁵ In deze zin R.T. Troplong, *De la vente*, Paris 1844, pag. 55.

²⁶ D.19,1,6,4 Pomponius libro nono ad Sabinum: (...) Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat (venditor, JV): et est verum. (vertaling: Spruit III, pag. 493).

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

Iemand die een zaak koopt, zo moet Labeo gedacht hebben, mag er vanuit gaan dat de zaak deugdelijk is en geschikt voor het gebruik waartoe het is bestemd. Het is niet juist dat de koper zich de bruikbaarheid *expressis verbis* zou moeten laten toezeggen, wil hij de verkoper achteraf aansprakelijk kunnen stellen. In de opvatting van Labeo is de verkoper daarom ook met de *actio empti* aansprakelijk tot vergoeding van de volledige schade, indien hij zelf niet van een eventueel gebrek op de hoogte is of geen toezeggingen omtrent de kwaliteit heeft gedaan. Deze gedachte van Labeo heeft algemene ingang gevonden.²⁷

Vervolgens was het de jurist Salvius Julianus, die leefde in de eerste helft van de tweede eeuw, die een volgende stap zette in het leerstuk der verborgen gebreken in het *ius civile*. Julianus maakte ten aanzien van de aansprakelijkheid van de verkoper op grond van de *actio empti* een onderscheid tussen de verkoper te goeder trouw en die te kwader trouw. De verkoper die tijdens de verkoop op de hoogte is van het gebrek, maar dit verzwijgt voor de koper, acht hij nog steeds volledig verantwoordelijk jegens de koper voor alle schade die deze ten gevolge van het gebrek lijdt. Maar een aansprakelijkheid tot vergoeding van alle schade van de koper gaat volgens Julianus te ver voor de verkoper die zelf niet op de hoogte is van het gebrek. De verkoper te goeder trouw is volgens Julianus niet gehouden om alle schade te vergoeden, maar hoeft aan de koper slechts het bedrag te vergoeden dat de zaak door het gebrek minder waard is:

“Julianus maakt in het 15e boek voor wat betreft de veroordeling op grond van de actie uit koop onderscheid tussen iemand die iets welbewust heeft verkocht en iemand die dit onwetens heeft gedaan. Immers, zegt hij, wie ziek vee of ondeugdelijk bouw materiaal heeft verkocht en dit onwetend heeft gedaan, moet op grond van de actie uit koop slechts het bedrag vergoeden dat ik bij de koop minder zou hebben betaald, als ik geweten had dat dit zo was. Maar als hij het gebrek welbewust verzwegen heeft en de koper heeft bedrogen, moet hij alle nadelen die de koper als gevolg van die koop geleden heeft, aan hem vergoeden.”²⁸

Julianus past op deze wijze het beginsel van de *actio quanti minoris*, die door de curulische aedilen is geïntroduceerd bij de verkoop op de markt, toe in het *ius civile*.²⁹ Over het algemeen wordt aangenomen dat in het *ius civile* eveneens de mogelijkheid is aanvaard

²⁷ Zimmermann, pag. 320; A.L. Olde Kalter, *Dicta et promissa*, dissertatie, Utrecht 1963, pag. 59.

²⁸ D.19,1,13,pr.: “Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: [...]” (vertaling: Spruit III, pag. 500).

²⁹ Kaser I, pag. 558; Zimmermann, pag. 321; De Zulueta, pag. 47.

VERHOEVEN

dat met de *actio empti* de volledige koopprijs, tegen teruggave van de verkochte zaak, kon worden gevorderd.³⁰

Op deze wijze is in het *ius civile* het afgewogen systeem dat door de curulische aedilen reeds voor de marktverkoop tot stand was gebracht, uitgebreid tot alle koopovereenkomsten.

In één opzicht lag op de verkoper te goeder trouw die op grond van het *ius civile* met de *actio empti* tot een prijsvermindering of terugbetaling van de koopprijs werd aangesproken een zwaardere aansprakelijkheid dan op de verkoper die met de aedilische *actio redhibitoria* of *actio quanti minoris* werd aangesproken. De *actio empti* was in het klassieke recht niet onderworpen aan de verjaringstermijn, zodat de verkoper te goeder trouw op grond van het *ius civile* nog een zeer lange tijd na de verkoop kon worden aangesproken tot een prijsvermindering of teruggave van de koopprijs wegens een gebrek waarvan ook hij niet op de hoogte was geweest.³¹

2.4 De aansprakelijkheid in het Justiniaanse recht

Justinianus heeft in de Digesten met betrekking tot de aansprakelijkheid van de verkoper wegens verborgen gebreken de regeling uit het *ius civile*, zoals verwoord door Julianus, opgenomen. Dat betekent dat de koper in het Justiniaanse recht de mogelijkheid had om met de *actio empti* de wetende verkoper aan te spreken tot vergoeding van alle schade die door de aanwezigheid van het verborgen gebrek was geleden en de verkoper te goeder trouw tot een prijsvermindering of teruggave van de koopprijs.

Nu met de *actio empti* eveneens een gehele of gedeeltelijke terugvordering van de koopprijs kon worden gevorderd, waren de *actio redhibitoria* en *actio quanti minoris* uit het *ius honorarium* overbodig geworden en hadden zij kunnen worden afgeschaft. Toch zijn beide aedilische acties door Justinianus in zijn wetgeving opgenomen en is hun toepassingsbereik blijkens de tekst van D. 21,1,1,pr. zelfs uitgebreid tot alle koopovereenkomsten.³²

Daarmee had de koper voortaan, indien hij teruggave wilde vorderen van de gehele of van een deel van de koopprijs, bij iedere koop de keuze tussen het instellen van één van de aedilische acties en de *actio empti*. Wel was er een belangrijk verschil; de aedilische acties waren in het Justiniaanse recht nog steeds gebonden aan de termijn van 6 respectievelijk 12 maanden, terwijl de *actio empti* pas na dertig jaar verjaarde.

³⁰ Zimmermann, pag. 321; Kaser I, pag. 558. Anders Haymann, pag. 478. Volgens Monier 1930, pag. 49, zijn de teksten waaruit zou volgen dat beide aedilische acties in het *ius civile* zijn gerecipeerd, interpolaties van Justinianus.

³¹ Zie Vangerov, pag. 310.

³² Hoewel de tekst in D.21,1,1,pr. wordt toegeschreven aan Labeo, wordt veelal aangenomen dat zij door Justinianus is geïnterpoleerd. In deze zin Zimmermann, pag. 322; Kaser II, pag. 393; Van Oven, pag. 269; Vangerov, pag. 307.

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

3. De aansprakelijkheid in het *ius commune*

Vanaf de herontdekking van de Digesten aan het einde van de elfde eeuw is in het *ius commune* met betrekking tot de aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken de regeling, zoals die door Justinianus in de Digesten was opgenomen, als uitgangspunt genomen. Dat betekent dat op de verkoper de verplichting werd gelegd om in te staan voor de deugdelijkheid van de geleverde koopwaar, ook indien hij zelf niet van een eventueel gebrek op de hoogte was geweest. Domat geeft als reden voor deze aansprakelijkheid aan dat “[...] on n’achete une chose que pour son usage, si quelque défaut empêche cet usage ou le diminue, le vendeur ne doit pas profiter d’une valeur que paroissoit avoir, & que n’avoit pas ce qu’il a vendu.”³³

De koper, die na de koop werd geconfronteerd met een verborgen gebrek dat reeds ten tijde van de koop aanwezig was geweest, had in het *ius commune* allereerst de mogelijkheid om ongedaanmaking van de koop dan wel een vermindering van de koopprijs te vorderen.³⁴ Naar hun aedilische herkomst werden deze vorderingen ook wel aangeduid als de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*.³⁵

Zij konden tegen iedere verkoper worden ingesteld, ongeacht de vraag of de verkoper van het gebrek op de hoogte was geweest. In het *ius commune* stond de goede trouw van de verkoper dus evenmin als in het Romeinse recht in de weg aan diens aansprakelijkheid. Daarnaast had de koper de mogelijkheid om de verkoper die met het gebrek bekend was geweest aansprakelijk te stellen tot vergoeding van alle schade die de koper door de aanwezigheid van het gebrek had geleden. Voor de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid werd daarmee dus het onderscheid tussen de wetende en de onwetende verkoper, dat in het Romeinse recht door de jurist Julianus was aangebracht, overgenomen.

Het onderscheid is reeds terug te vinden bij Accursius en het wordt ook door de latere juristen uit het *ius commune* nog steeds gehandhaafd.³⁶ Zo kan voor het Rooms-Hollandse recht worden gewezen op De Groot, die stelt dat als blijkt “[...] dat den verkooper ten tijde van de verkooping van het gebrek kennis heeft gehad, is hij gehouden in alle de

³³ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Tome I, Paris, 1723, livre I, titre II, sect. XI. Deze reden wordt ook voor het moderne recht nog steeds gegeven. Zie onder meer Nieuwenhuis, *Een gevaar op de weg*, in: *Ars Aequi* 35 (1986), pag. 317.

³⁴ H. De Groot, *Inleiding tot de Hollandsche rechts-geleerdheid*, 7^e druk, uitgave Universitaire Pers Leiden 1952, III,15,7; S. Van Leeuwen, *Het Rooms Hollands Regt*, Amsterdam 1698, pag. 375; D.G. Van der Keessel, *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii introductionem ad jurisprudentiam Hollandicam*, volumen quartum, uitgave A.A. Balkema, Amsterdam/Kaapstad 1966, pag. 409; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2^e Band, 9^e druk, Frankfurt am Main 1906, bewerkt door Th. Kipp, pag. 686.

³⁵ Van der Keessel, pag. 408; Domat, pag. 47; Windscheid-Kipp, pag. 686 nt. 8 en nt. 8a.

³⁶ Accursius, *Glossa Ordinaria*, Glosse op D. 19,1,13,pr.

VERHOEVEN

schade die den koper daer uit zoude moghen lijden;”.³⁷ Eenzelfde opvatting is onder meer terug te vinden bij Huber.³⁸ In de Franse literatuur is het onderscheid eveneens tot aan de invoering van de Code civil terug te vinden. Niet alleen kan worden gewezen op Domat en Pothier³⁹, maar ook Bourjon geeft met betrekking tot het Franse costumiere recht aan dat de wetende verkoper, in tegenstelling tot de onwetende verkoper, aansprakelijk is voor alle schade, omdat “[...] c’est dol marqué en ce cas & qui justement porte son engagement plus loin, que dans le cas qu’il a ignoré le vice.”⁴⁰ Ook in de Duitse literatuur werd met betrekking tot de omvang van de aansprakelijkheid het onderscheid tussen de wetende en de onwetende verkoper als een vanzelfsprekendheid gezien.⁴¹

Met betrekking tot de termijn waarbinnen de koper jegens de verkoper moest ageren, stuitte de juristen uit het *ius commune* echter op een probleem. De aedilische *actio redhibitoria* en *actio quanti minoris*, waarvan het toepassingsgebied in de Digesten was uitgebreid tot alle koopovereenkomsten, verjaarden ook in het Justiniaanse recht binnen 6 respectievelijk 12 maanden. De *actio empti*, waarmee eveneens een ongedaanmaking van de koop of een prijsvermindering kon worden gevorderd, verjaarde pas na verloop van 30 jaren. Daarmee rees de vraag of nu de termijn van de *actio empti*, in de gevallen dat daarmee een prijsvermindering of een ongedaanmaking van de koop werd gevorderd, moest worden beperkt tot 6 en 12 maanden, of dat ook in die gevallen de gewone verjaringstermijn van 30 jaren gold.

In de Glosse wordt er vanuit gegaan dat slechts de aedilische acties waren onderworpen aan de korte verjaringstermijn van 6 respectievelijk 12 maanden, zodat met de *actio empti* gedurende een periode van 30 jaar een vordering tot ongedaanmaking van de koop dan wel een prijsvermindering van de koop kon worden ingesteld.⁴² Bij Stryk is deze opvatting nog steeds terug te vinden.⁴³ Wat voor een reden heeft het, zo vraagt hij zich af, om de mogelijkheid te bieden om behalve op grond van het aedilische edict ook met de *actio empti* een ongedaanmaking van de koop of een prijsvermindering te vorderen, indien de *actio empti* in dat geval aan dezelfde verjaringstermijn wordt onderworpen.⁴⁴

³⁷ De Groot, III,15,7.

³⁸ Huber, Heedendaegse rechtsgeleertheit, deel 1, 2^e druk, Leeuwarden 1699, pag. 469.

³⁹ Domat, Liv. I, tit. II, sect. XI, no. 7; R. Pothier, Traité du contrat de vente, Paris 1820, pag. 135. In dezelfde zin Troplong, pag. 41 e.v.

⁴⁰ F. Bourjon, Le droit commun de la France et la coutume de Paris, Paris 1770, tome premier, livre troisième, titre II, section XXI.

⁴¹ Vangerov, pag. 304; B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, zweiter Band, 6^e druk, Frankfurt a.M. 1887, pag. 512; Dernburg, pag. 273.

⁴² Glosse *Quanto minoris*, sub c., op D. 19,1,13,1 waar Accursius met betrekking tot de *actio quanti minoris* stelt: “Item quid differt quanto minoris civilis a praetoria? [...] Item haec perpetua, illa annalis.” In dezelfde zin Baldus (zie Glosse).

⁴³ S. Stryk, Usus modernus pandectarum, Lib. XXI, Tit. I, par. 52. In dezelfde zin Windscheid 1887, pag. 514 (nt. 12).

⁴⁴ Zie ook Zimmermann, pag. 324.

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

Indien echter wordt aangenomen dat de *actio empti* altijd, dus ook in de gevallen dat daarmee een restitutie van de gehele of een gedeelte van de koopprijs wordt gevorderd, aan de algemene verjaringstermijn van 30 jaar is onderworpen, zouden de aedilische acties met hun korte verjaringstermijnen, waarvan het bereik in de Digesten nu juist tot alle goederen was uitgebreid, iedere betekenis verliezen. Of zoals Donellus het uitdrukte:

“Quod si est: erit inutile ex edicto aedilium intra sex menses experiri, cum perpetua jure civili competat.”⁴⁵

Vandaar dat volgens Donellus de aedilische verjaringstermijnen van toepassing waren op de *actio empti* als daarmee teruggave van de gehele of gedeeltelijke koopprijs werd gevorderd. Een opvatting die in de 19e eeuw nog expliciet bij Vangerov is terug te vinden.⁴⁶

Door de meeste juristen in het latere *ius commune* wordt echter geen onderscheid meer gemaakt tussen enerzijds de mogelijkheid om op grond van de bijzondere aedilische acties een prijsvermindering dan wel teruggave van de koopprijs te vorderen en anderzijds de mogelijkheid om dit met de *actio empti* te doen. Voor hen geldt zonder meer dat bedoelde vorderingen zijn gebonden aan de korte verjaringstermijnen van 6 dan wel 12 maanden.⁴⁷ Slechts de vordering tot schadevergoeding jegens de wetende verkoper is in deze opvatting onderworpen aan de lange verjaringstermijn van 30 jaar.

Hiermee werd in het *ius commune* een belangrijke stap gezet op het terrein van de aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken. In het Romeinse recht hadden de korte verjaringstermijnen slechts gegolden indien door de aedilen aan de koper op de markt van slaven of vee de *actio redhibitoria* of *actio quanti minoris* ter beschikking werd gesteld. In de gevallen dat met de *actio empti* uit het *ius civile* een prijsvermindering of teruggave van de koopprijs werd gevorderd, was de vordering onderhevig aan de algemene verjaringstermijn van dertig jaar. Doordat in het *ius commune* als algemeen uitgangspunt werd aangenomen dat de vorderingen tot teruggave van de gehele of gedeeltelijke koopprijs altijd aan de korte verjaringstermijnen waren onderworpen, werd daarmee de aansprakelijkheid van de verkoper te goeder trouw definitief in tijd beperkt.

Overigens werden in de praktijk de termijnen van 6 en 12 maanden uit de Digesten niet altijd gevolgd. In het bijzonder bij de verkoop van vee werden in de praktijk veel kortere termijnen gehanteerd. Zo kreeg de koper van vee in het Groninger Landrecht een termijn

⁴⁵ Donnellus, Commentarii de Jure Civili, geciteerd bij Zimmermann, pag. 325

⁴⁶ Vangerov, pag. 310. In deze zin ook Windscheid-Kipp, pag. 688 nt. 12.

⁴⁷ Huber, deel 1, pag. 469; J. Voet, Commentarius ad pandectas, 1707, XXI,1,6; Van Leeuwen, pag. 375; Domat, pag. 49 m.b.t. de *actio redhibitoria*.

VERHOEVEN

van 6 weken om de vordering tot teruggave van de koopprijs in te stellen.⁴⁸ In het Recueil der Recessen van Maastricht wordt met betrekking tot paarden een zelfde termijn genoemd:

“Een verkocht Peert wordende binnen ses weecken naa verkoop bevonden snufachtigh, dempachtigh, wormachtigh of maenogigh, wordt aen den Verkooper gerestitueert ende koop-penningen gerepeteert”⁴⁹

In een aanzienlijk aantal plaatselijke costumen van Frankrijk werd bij de verkoop van vee eveneens een termijn van 40 dagen gehanteerd. In andere Franse streken kwam met betrekking tot bepaalde veterinaire ziektes zelfs een veel kortere termijn van 8 of 9 dagen voor, waarbinnen de koper zijn vordering tot ongedaanmaking van de koop jegens de verkoper diende in te stellen.⁵⁰

Over het algemeen wordt door de juristen uit het *ius commune* weinig aandacht besteed aan de vraag op welk tijdstip de korte termijn een aanvang neemt; het moment van de levering of die van de ontdekking van het gebrek. In de Franse costumiere rechten liep de korte termijnen van 9 dagen in geval van de verkoop van vee vanaf de dag van de levering, maar volgens Domat gingen in alle overige gevallen de termijnen pas lopen op het moment dat de koper de gebreken had kunnen ontdekken.⁵¹ Voet merkt ten aanzien van het Rooms-Hollandse recht slechts kort op dat de termijn loopt vanaf de dag van de verkoop.⁵² In de praktijk werd veelal de dag van de levering als uitgangspunt genomen. Het kon zich dus voordoen dat de termijn verstreken was voordat de koper het gebrek had ontdekt. In aansluiting op deze praktijk was in het ontwerp Kemper eveneens bepaald dat de korte termijnen een aanvang namen op het moment van de levering.⁵³

4. De nationale codificaties

4.1 Het Duitse BGB

Bij de codificering van het privaatrecht is in diverse Europese landen de regeling met betrekking tot de aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken zoals die zich in het *ius commune* op grondslag van de Digesten had ontwikkeld, overgenomen.

⁴⁸ Zie de uitspraken van de Hoofdmannenkamer van Stad en Lande van 13 maart 1711, 5 november 1714 en 4 maart 1758, weergegeven door A.S. de Blécourt in: *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 1925, deel VI, pag. 380 e.v.

⁴⁹ Recueil der Recessen voor de Regieringe der Stadt Maastricht, Den Haag 1665, Hoofdstuk XXXIX.

⁵⁰ Troplong, pag. 52; Pothier, pag. 144

⁵¹ Domat, pag. 49. Zie over de aanvang van de termijn van 9 dagen in geval van de verkoop van vee Bourjon, pag. 463; Troplong, pag. 53 e.v. en het uitgebreide tableau; Pothier, pag. 144.

⁵² Voet, XXI,1,sect. 6.

⁵³ Artikel 2479 van het ontwerp Kemper luidde als volgt: “De koper is in die gevallen bevoegd, om, ten aanzien van roerende goederen, binnen de tijd van zes weken, en met opzigt tot onroerende goederen en schepen, binnen den tijd van zes maanden, na de levering, te vorderen, en wel ter zijner keuze, of de vernietiging van het koop-kontrakt, of wel eene vermindering van den koopprijs [...]”

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

Zo werd in het Duitse BGB van 1900 in § 462 aan de koper de mogelijkheid geboden om, ongeacht de vraag of de verkoper al dan niet met het gebrek bekend was, een vermindering van de koopprijs of een ongedaanmaking van de koop te vorderen. De verkoper die van het gebrek op de hoogte was, was daarenboven op grond van § 463 BGB nog aansprakelijk tot vergoeding van alle schade die de koper door de aanwezigheid van het gebrek had geleden.

De vorderingen tot ongedaanmaking van de koop en tot prijsvermindering waren jegens de verkoper te goeder trouw in § 477 BGB gebonden aan korte verjaringstermijnen. In geval van verkoop van roerende zaken gold een termijn van 6 maanden, in geval van verkoop van onroerende zaken een termijn van 12 maanden. De reden voor het opnemen van deze korte termijnen was dat “[...] die Ermittlung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist.”⁵⁴

In § 477 BGB was uitdrukkelijk bepaald dat de termijnen beginnen te lopen vanaf het moment van levering. Dat betekent dat zich de mogelijkheid kan voordoen dat de termijn om te ageren reeds voorbij is op het moment dat het verborgen gebrek aan het licht komt. Ook dit was een bewuste keuze van de Duitse wetgever:

“Die Feststellung des Beginnes der Verjährung auf den Zeitpunkt, in welchem die Sache dem Erwerber übergeben ist (Abs. 4), steht im Einklange sowohl mit § 381, als mit der modernen Gesetzgebung. Es kommt für die Verjährung demnach nicht darauf an, ob der Mangel innerhalb der Verjährung entdeckt wurde oder werden konnte.”⁵⁵

Ook voor de gevallen dat het gebrek niet binnen de termijn ontdekt kon worden maakt de wet “[...] im Interesse der Sicherstellung des Zweckes der kurzen Verjährung keine gesetzliche Ausnahme von Letzterer.”⁵⁶

Hoewel het Duitse BGB in 2005 ingrijpend is gewijzigd en ook de regeling betreffende de verborgen gebreken niet aan een wijziging is ontkomen, is een aantal grondbeginselen van de aedilische regeling ook in het moderne Duitse recht teruggekeerd. De aansprakelijkheid van de verkoper te goeder trouw is nog steeds beperkt tot het bedrag van de koopprijs, terwijl de verkoper die het gebrek verzwegen heeft, aansprakelijk is tot vergoeding van alle geleden schade. Ook is de aansprakelijkheid van de verkoper te goeder trouw nog steeds in tijd beperkt. Omdat de termijnen van 6 respectievelijk 12 maanden die golden onder het oude recht over het algemeen te kort werden bevonden, is in § 438 Abs. 1 sub 3 BGB thans gekozen voor een termijn van 2 jaar, die aanvangt op de dag van de levering. Deze bescherming geldt echter weer niet voor de wetende verkoper, die op grond van §

⁵⁴ B. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, Decker's Verlag, Motive, pag. 131.

⁵⁵ Mugdan, pag. 132.

⁵⁶ Mugdan, pag. 132.

VERHOEVEN

438 Abs. 3 BGB met de gewone verjaringstermijn aansprakelijk is, die pas een aanvang neemt op het moment van de ontdekking van het gebrek.

4.2 De Franse Code civil

Voor de Franse Code civil, die reeds een kleine eeuw voor de Duitse codificatie tot stand was gekomen, geldt in grote lijnen hetzelfde verhaal. In de artikelen 1641 tot en met 1648 is door de wetgever een regeling opgenomen betreffende de aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken die grotendeels is gebaseerd op het *ius commune*. Het uitgangspunt van deze regeling is dat de verkoper gehouden is om een zaak te leveren die vrij is van verborgen gebreken. In artikel 1645 Cc is bepaald dat de verkoper die van het gebrek op de hoogte was, aansprakelijk is voor alle schade die de koper door het gebrek lijdt. Daarnaast heeft de koper de mogelijkheid om de verkoper, ongeacht diens wetenschap omtrent het gebrek, aan te spreken tot een prijsvermindering of ongedaanmaking van de koop. De regeling, die nagenoeg geheel is ontleend aan het Romeinse recht, sluit op deze wijze aan bij “les [...] idées de justice et de morale”.⁵⁷

Met betrekking tot de termijn waarbinnen de koper jegens de verkoper moet ageren voor een ongedaanmaking van de koop of een vermindering van de koopprijs, heeft de Franse wetgever echter niet de termijnen van 6 en 12 maanden uit het Justiniaanse recht overgenomen. Zoals hierboven al is aangegeven golden in diverse streken in Frankrijk vooral bij de verkoop van vee bij de toepassing van de *actio redhibitoria* veel kortere termijnen. Deze termijnen verschilden per streek en per gebrek. De wetgever heeft deze gebruiken willen respecteren.⁵⁸ Daartoe heeft hij echter niet tot in detail de verschillende plaatselijke costumen in de wettelijke regeling opgenomen, maar heeft hij ermee volstaan om in art. 1648 Cc in zijn algemeenheid te bepalen dat de vordering moet worden ingesteld “(...) dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l’usage de lieu où la vente a été faite.”

Buiten de verkoop van vee golden in het Franse gewoonterecht voorafgaand aan de invoering van de Code civil echter geen bijzondere termijnen, zodat het aan de rechtspraak is overgelaten om bij de toepassing van artikel 1648 Cc een termijn vast te stellen waarbinnen de koper moet ageren. De termijnen die in de Franse rechtspraak worden gehanteerd liggen in zijn algemeenheid rond de 6 maanden met af en toe een uitloop naar ongeveer 12 maanden. Voor onroerende zaken gelden in het algemeen langere termijnen dan voor roerende.⁵⁹

De Cour de Cassation heeft bepaald dat de termijn niet begint te lopen op het moment van levering, maar pas op het moment dat de koper het gebrek heeft ontdekt. Op deze wijze

⁵⁷ P.A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, tome quatorzième, Paris 1827, pag. 199.

⁵⁸ Fenet, pag. 199.

⁵⁹ J. Huet, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, 2e édition, 1996, pag. 306.

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

wordt voorkomen dat de korte termijn om te ageren reeds is verlopen op het moment dat het gebrek aan het licht komt. Gevolg hiervan is echter wel, nu er een lange tijd kan verlopen tussen het moment van verkoop en het moment van ontdekking van het gebrek, dat de verkoper ook na een lange periode nog geconfronteerd kan worden met vordering van de zijde van de koper.⁶⁰ En, zoals Huet aangeeft, “(...) ce résultat est certainement assez critiquable.”⁶¹

Op nog een ander punt wijkt de Franse rechtspraak bij de toepassing van de regeling af van het Romeinse recht en wel op het punt van de aansprakelijkheid van de beroepsmatig handelende verkoper.

Al voor de invoering van de Code civil werd in de Franse literatuur de opvatting verdedigd dat van een beroepsmatig handelende verkoper mag worden verwacht dat hij goed op de hoogte is van de kwaliteit van de door hem verkochte handelswaar en dat daarom verondersteld mag worden dat deze verkoper ook op de hoogte is van eventuele verborgen gebreken in de verkochte zaak. In deze opvatting wordt de professioneel handelende verkoper op één lijn gesteld met de wetende verkoper. Daaraan werd de logische gevolgtrekking verbonden dat de beroepsmatige verkoper in geval van de aanwezigheid van een gebrek aansprakelijk kan worden gesteld tot vergoeding van alle schade die de koper daardoor heeft geleden.⁶² Na de invoering van de Code civil werd deze zienswijze in de lagere rechtspraak aanvankelijk in zoverre overgenomen dat vaak het vermoeden werd aangenomen dat de verkoper op de hoogte was van het gebrek; een vermoeden waartegen de verkoper tegenbewijs kon leveren.⁶³ In haar arrest van 14 januari 1965 ging de Cour de Cassation nog een stap verder: ze bepaalde dat de beroepsmatig handelende verkoper bij de toepassing van artikel 1645 Cc volledig gelijk moet worden gesteld met de wetende verkoper.⁶⁴ In deze zienswijze is het niet mogelijk voor de verkoper om tegenbewijs te leveren, zodat hij altijd aansprakelijk is tot vergoeding van de volledige schade die de koper door de aanwezigheid van het gebrek heeft geleden.⁶⁵

5. De regeling in het OBW

Bij het ontwerp van het OBW heeft de Nederlandse wetgever met betrekking tot de aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken de regeling uit de Franse Code civil overgenomen. De artikelen 1540 tot en met 1547 OBW waren een letterlijke vertaling van de artikelen 1641 tot en met 1648 Cc. Daarmee vond dus ook de Nederlandse regeling haar grondslag voornamelijk in het Justiniaanse recht.

⁶⁰ Zie de voorbeelden genoemd door Huet, pag. 306: een periode van 5 jaar bij een onroerende zaak, een periode van 10 jaar bij dakpannen.

⁶¹ Huet, pag. 306.

⁶² Bourjon, pag. 462; Pothier, pag. 136

⁶³ J. Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente*, Paris 1987, pag. 251.

⁶⁴ Cour de cassation 14 januari 1965; Dalloz 1965, p. 398; Ghestin, pag. 245.

⁶⁵ Zie hiervoor Ghestin, pag. 252.

VERHOEVEN

Dat bracht mee dat ook in ons recht de verkoper in beginsel behoorde in te staan voor de deugdelijkheid van de verkochte zaak, maar dat er wat betreft de omvang van de aansprakelijkheid een onderscheid werd gemaakt tussen de verkoper die op de hoogte was van het gebrek en degene die daarvan onwetend was.

De verkoper die op de hoogte was van het gebrek, was op grond van artikel 1544 OBW, evenals in het Romeinse en Franse recht, aansprakelijk voor alle schade die de koper door de ondeugdelijkheid van de zaak had geleden. De verkoper te goeder trouw was daarentegen op grond van artikel 1543 OBW met een actie tot teruggave van de zaak of tot prijsvermindering slecht aansprakelijk tot hooguit de koopprijs van de zaak.

Hoewel de aansprakelijkheid van de verkoper te goeder trouw aldus wat betreft haar omvang was beperkt, bood de bijzondere regeling aan de koper een bescherming die hij niet aan het algemene contractenrecht kon ontnemen. De aanwezigheid van een verborgen gebrek werd ten tijde van de totstandkoming van het OBW namelijk niet beschouwd als een vorm van wanprestatie, zodat de koper een vordering niet op die rechtsgrond kon baseren. Deze opvatting heeft tot de eerste helft van de 20e eeuw standgehouden. Zo stelde Scholten:

“[...] de verborgen gebreken-regeling onderstelt dat geleverd is wat verkocht is, en geeft dan den koper een actie niet omdat de koper *niet* nagekomen is, maar ofschoon hij *wel* nagekomen is”⁶⁶
(cursivering van Scholten)

Daarmee bood de regeling van artikel 1540 tot en met 1548 OBW ten opzichte van de algemene wanprestatieregeling een aanvullende bescherming aan de koper, op gelijke wijze als in het klassieke Romeinse recht de aedilische regeling ten tijde van haar ontstaan een aanvullende bescherming had geboden ten opzichte van het algemene *ius civile*.

De acties die aan de koper ter beschikking werden gesteld, waren -geheel in lijn met de op dat moment geldende rechtstraditie- niet onderhevig aan de algemene verjaringstermijn van 30 jaar, maar waren door de wetgever onderworpen aan een korte termijn. Daarbij had de wetgever niet gekozen voor een vaste termijn, zoals het geval was geweest in het Romeinse recht, maar had hij in artikel 1547 OBW de Franse bepaling overgenomen dat de actie moest worden ingesteld binnen een korte termijn, overeenkomstig de aard van het gebrek en de plaats waar de overeenkomst was gesloten. De wetgever zag hierbij echter over het hoofd dat in ons land, anders dan in Frankrijk, niet kon worden gezegd dat er van streek tot streek verschillende gebruiken werden gehanteerd. Wel kwam bij de verkoop van vee op diverse plaatsen hier te lande de termijn van zes weken voor⁶⁷, maar bij overige zaken was van gebruiken die per streek en per gebrek uiteenliepen geen sprake.⁶⁸

⁶⁶ P. Scholten, Onvoldoende levering en verborgen gebreken, in: *WPNR no. 2004 (1908)*, pag. 242. In dezelfde zin PG Berger in zijn conclusie bij HR 27 juni 1941 (verse koe) en Meijers in zijn annotatie bij hetzelfde arrest.

⁶⁷ S. van Brakel, Over de termijn van art. 1547 BW, in: *Themis 1926*, pag. 349

⁶⁸ Asser-Kamphuisen, *Verbintenissenrecht, Bijzondere Overeenkomsten*, Zwolle 1950, pag. 116.

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

Het werd daarmee aan de rechtspraak overgelaten om, bij het ontbreken van een duidelijke wettelijke termijn, van geval tot geval te beslissen of een vordering tijdig door de koper was ingesteld. Omdat in geval van de verkoop van vee in sommige streken van oudsher de genoemde termijn van zes weken werd gehanteerd, werd in de lagere rechtspraak in die gevallen bij deze termijn aansluiting gezocht. Bij de verkoop van andere zaken kwamen wel langere termijnen voor, maar meer dan enkele maanden besloeg de termijn niet. Zo stond het hof Den Bosch een termijn van vier maanden toe bij de verkoop van een locomotief en de rechtbank Amsterdam een termijn van 5,5 maand bij de verkoop van meubels.⁶⁹

In de literatuur werd de in de rechtspraak gehanteerde termijnen veelal als te kort beschouwd en te nadelig voor de koper. Daarnaast werd ook de beperking van de aansprakelijkheid van de verkoper te goeder trouw tot hooguit het bedrag van de koopprijs in de loop der tijd steeds meer als ongewenst beschouwd.⁷⁰ Deze beoordeling kan echter niet los worden gezien van de wijzigingen die zich in de eerste helft van de 20e eeuw hebben voorgedaan in de opvatting met betrekking tot het begrip wanprestatie. Werd aanvankelijk, zoals hierboven uiteengezet, immers geoordeeld dat de verkoop van een product met een verborgen gebrek niet als een vorm van wanprestatie kan worden beschouwd, zodat de koper in dat geval geen beroep kon doen op de algemene regeling betreffende de wanprestatie, halverwege de 20e eeuw begon de opvatting veld te winnen dat op de verkoper een verplichting rust om een deugdelijke zaak te leveren en dat het niet nakomen van deze verplichting, ook al treft hem ter zake geen verwijt, wanprestatie oplevert in de zin van artikel 1279 OBW.⁷¹ In deze visie behoort de koper, ook als de verkoper te goeder trouw is, aanspraak te kunnen maken op volledige schadevergoeding, terwijl de koper bovendien niet gebonden behoort te zijn aan de korte termijn van artikel 1547 OBW. Het is een opvatting waarin duidelijk de echo van Labeo doorklinkt.

Het standpunt dat de levering van een zaak met een verborgen gebrek een vorm van wanprestatie is, leidt vanzelf tot de gevolgtrekking dat de bijzondere regeling van artikel 1540 tot en met 1548 OBW de koper ten opzichte van de algemene wanprestatieregeling geen bijzondere bescherming verleent, maar dat zij daarentegen de rechten van de koper inperkt.

In deze visie is het voor de koper aantrekkelijker dat hij zich op de algemene regeling betreffende de wanprestatie zou kunnen beroepen. In het Verse Koe arrest heeft de Hoge

⁶⁹ Hof Den Bosch 11 april 1922, NJ 1923, pag. 487; Rb. Amsterdam 6 december 1918, W.10422.

⁷⁰ Asser-Schut, *Bijzondere Overeenkomsten*, deel I Koop en Ruil, Zwolle 1981, pag. 166; J.B.M. Vranken, *Zes manieren om een oude dame niet te wekken*, in: *WPNR 6030*, pag. 911 (noot 2); Krzeminski, pag. 705.

⁷¹ In deze zin onder meer: P.A.J. Losecaat Vermeer, in: *Gedenkboek BW*, pag. 519; M.H. Bregstein, *De samenloop van vorderingen bij gebrekkige levering uit koop*, in: *WPNR 4487 (1957)*, pag. 170; Drion, in: *Ars Aequi 3*, pag. 174; L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch Verbintenissenrecht II*, 2e druk 1949, pag. 67; Asser- Kamphuizen, *Verbintenissenrecht, Bijzondere Overeenkomsten*, 3^e druk 1960, pag. 91.

VERHOEVEN

Raad echter bepaald dat deze mogelijkheid voor de koper niet openstaat.⁷² In de literatuur was dit eveneens de heersende opvatting.⁷³ Hiermee was, zoals de Hoge Raad het formuleerde in het Drankautomatenarrest, "[...] de wettelijke regeling der verborgen gebreken, in plaats van overeenkomstig haar strekking in de eerste plaats de koper te beschermen, hoofdzakelijk tot een beschermende regeling van de verkoper geworden."⁷⁴

De regeling kwam door de hier geschetste ontwikkelingen in een steeds negatiever licht te staan. Er werd gesproken over de "ongelukkig geachte artt. 1540-1547 BW", over de regeling die fungeert als een "valstrik" voor de koper en over de "verouderde regeling die slecht in ons moderne rechtssysteem pas".⁷⁵ Brunner meende dat de Hoge Raad er beter aan had gedaan om de koper de bevoegdheid te geven om een beroep te doen op de algemene wanprestatieregeling om op die manier de "verouderde regeling" af te schaffen.⁷⁶ Waar de kritiek betrekking had op de korte termijn die aan de koper werd gegeven, was zij terecht. De vaste termijnen van zes weken tot een paar maanden die in de rechtspraak werden gehanteerd, strookten allereerst niet met de tekst van de wet, die immers de korte termijn afhankelijk stelde van de aard van het gebrek en daarmee ruimte liet om per geval een termijn vast te stellen. Zij vond evenmin steun in de Justiniaanse achtergrond van de regeling, waarin een vaste termijn van een aantal maanden was gegeven. De meest eenvoudige oplossing zou zijn geweest dat de lagere rechtspraak aan de bezwaren tegemoet zou zijn gekomen door de termijn te verlengen. Hiertoe is zij echter niet overgegaan. Omdat de vaststelling van de termijn geen rechtsvraag, maar een feitelijk kwestie was, was het voor de Hoge Raad niet mogelijk om op dit punt in te grijpen. Om de koper toch tegemoet te treden, heeft hij bepaald dat de aanvang van de termijn niet ligt op het moment van de verkoop of de levering van de zaak, maar dat zij pas begint te lopen op het moment dat de koper het gebrek heeft ontdekt.⁷⁷ Hiermee werd voorkomen dat de korte termijn van zes weken reeds was verlopen voordat de koper in staat was geweest het gebrek daadwerkelijk te ontdekken. Op deze wijze werd weliswaar de scherpe kant van de lagere rechtspraak weggehaald, maar niettemin bleef de korte termijn, waarbinnen ook daadwerkelijk een gerechtelijke procedure moest worden gestart, fungeren als een valkuil voor de koper. Bovendien was de beslissing van de Hoge Raad dat de termijn aanvangt op het tijdstip van de ontdekking van het gebrek duidelijk in strijd met de historische achtergrond van artikel 1648 Cc en 1547 OBW. Zowel in het Justiniaanse recht als in het daarop gebaseerde *ius commune*, ving de termijn aan op het moment van de koop dan wel de levering. De korte termijn limiteerde op deze wijze de aansprakelijkheid van de verkoper door hem de zekerheid te bieden dat hij na verloop van de gestelde termijn niet

⁷² HR 27 juni 1941; NJ 1941, p. 781 (verse koe).

⁷³ Hofmann, pag. 67; Asser-Kamphuisen 1960, pag. 91.

⁷⁴ HR 3 april 1970; NJ 1970, 262 (drankautomaten).

⁷⁵ In deze zin achtereenvolgens H.K. Koster, annotatie bij het Drankautomatenarrest, in: *Ars Aequi*, 1971, pag. 454; Asser-Schut, pag. 168; Vranken, pag. 915.

⁷⁶ Brunner, pag. 24.

⁷⁷ HR 13 december 1918, NJ 1919, pag. 169

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

langer kon worden aangesproken.⁷⁸ De beslissing van de Hoge Raad dat de termijn pas een aanvang nam op het moment van het ontdekken van het gebrek, een tijdstip dat geruime tijd na de levering kan liggen, bracht met zich dat de korte termijn niet langer voldeed aan deze functie.

Voor zover de kritiek vanuit de wetenschap op de artikelen 1540 e.v. OBW de beperking van de aansprakelijkheid van de verkoper te goeder trouw betrof, was zij te ongenueanceerd. Een stelsel waarin iedere verkoper die onwetend is van het gebrek te allen tijde volledig aansprakelijk wordt gehouden voor de schade die de koper door de aanwezigheid van het gebrek lijdt, hetgeen een terugkeer is naar de opvatting van Labeo, is naar mijn mening niet gewenst. Dit was ook de opvatting van Meijers, die in dit verband in zijn noot onder het Verse Koe arrest schreef:

"Mij is geen enkel recht bekend hetwelk een zoo vergaande aansprakelijkheid op den verkooper legt."⁷⁹

Niet moet uit het oog worden verloren dat de beperkte aansprakelijkheid slechts gold voor de verkoper te goeder trouw. De verkoper die ten tijde van de verkoop van het gebrek op de hoogte was geweest, was op grond van artikel 1544 OBW aansprakelijk tot vergoeding van alle schade die de koper had geleden. Hoewel ook deze vordering was onderworpen aan de korte termijn van artikel 1547 OBW, kon daaraan worden ontkomen door de verkoper aan te spreken op grond van de bepalingen betreffende onrechtmatige daad. In dat geval was het het bedrieglijke wijze verzwijgen van het gebrek dat zijn handelwijze onrechtmatig maakte en die hem de bescherming van de korte termijn ontnam.

6. De conformiteitsregeling in het moderne BW

Hoezeer er ook goede argumenten zijn om de aansprakelijkheid van de verkoper te goeder trouw in tijd en omvang te beperken, de negatieve toon ten aanzien van de regeling in het OBW was gezet. De regeling, die eeuwenlang in het kooprecht naar tevredenheid een evenwichtige verdeling tussen koper en verkoper tot stand had gebracht van het risico van een verborgen gebrek -en die dat in vele rechtsstelsels, zoals dat van Frankrijk en Duitsland, nog steeds doet- was voor het moderne Nederland niet goed genoeg meer. Om haar toepassingsbereik zoveel mogelijk te beperken, bepaalde de Hoge Raad dat zij slechts van toepassing was op de specieskoop en niet op de veel vaker voorkomende genuskoop.⁸⁰

⁷⁸ Dat het bieden van rechtszekerheid aan de verkoper een functie is van de korte termijn is onder meer terug te vinden bij Van Brakel, pag. 341, voor het Duitse recht Mugdan, pag. 131 en voor het internationale recht bij C. Jeloschek, Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law, dissertatie, Utrecht 2004, pag. 81 e.v.

⁷⁹ Annotatie van E.M. Meijers bij HR 27 juni 1941; NJ 1941, p. 781 (verse koe)

⁸⁰ HR 16 mei 1952; NJ 1953, 459 (sigarettenautomaat). Het waren vooral de Pandektisten die in de negentiende eeuw bij de toepassing van de verborgen gebrekenregeling een onderscheid maakten tussen de species- en genuskoop. De regeling werd niet van toepassing geacht op de genuskoop door A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2^e Band, Zweite Abteilung, Erlangen 1879, pag. 731 en Windscheid 1887,

VERHOEVEN

Verdrongen naar de randen van de rechtspraak heeft zij zwaar aangeslagen het einde van het OBW gehaald. In het nieuwe BW is zij niet meer teruggekeerd.

Hoewel Meijers in zijn noot onder het Verse Koe-arrest nog had betoogd dat er "weldegelijk een redelijke behoefte bestaat aan een bijzondere regeling der verborgen gebreken bij den koop"⁸¹, heeft hij, in het spoor van de negatieve kritiek op de oude regeling, in het ontwerp voor het huidige BW geen afzonderlijke bepalingen meer opgenomen met betrekking tot verborgen gebreken. In de artikelen 7:17 e.v. van boek 7 BW is een regeling opgenomen die in zijn algemeenheid bepaalt dat de verkoper een zaak moet leveren die aan de overeenkomst beantwoordt. De regeling bestrijkt niet alleen de gevallen dat de verkoper een zaak met een verborgen gebrek levert, maar ook bijvoorbeeld de gevallen dat een andere zaak wordt geleverd dan overeengekomen, wanneer een verkeerde hoeveelheid wordt geleverd of een zaak met een zichtbaar gebrek. De regeling is door Meijers ontleend aan de zogenaamde Eenvormige Koopwet⁸², een internationaal verdrag dat beoogde om een uniforme regeling in het leven te roepen voor het internationale handelsrecht.⁸³ De Eenvormige Koopwet is in 1980 opgevolgd door het Weens Koopverdrag⁸⁴, waarin met betrekking tot de verplichtingen van de verkoper een identieke regeling is opgenomen als in de Eenvormige Koopwet. Daarmee sluit de regeling in het BW nog steeds aan bij het internationale handelsrecht.

In de regeling in het BW geldt nog steeds als uitgangspunt dat op de verkoper de verplichting rust om een zaak te leveren die vrij is van verborgen gebreken. De conformiteitsregeling maakt voor wat betreft de rechtsgevolgen die aan een ondeugdelijke nakoming zijn verbonden, niet langer een onderscheid tussen de verkoper te goeder trouw en de verkoper die ten tijde van de verkoop op de hoogte was van het gebrek.

Levert de verkoper een zaak die niet aan de overeenkomst beantwoordt, dan heeft de koper op grond van artikel 7:21 BW de mogelijkheid om, naar eigen wens, nakoming, herstel, vervanging etc. te vorderen. Evenals met de *actio redhibitoria* en *actio quanti minoris* het geval was, zijn deze vorderingen beperkt tot de waarde van de koopprijs en leggen zij dus een beperkte aansprakelijkheid op de verkoper. De *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* zelf waren aanvankelijk geen van beiden opgenomen in de bijzondere bepalingen van het kooprecht. Op grond van de artikelen 6:265 jo. 6:270 BW uit het algemene deel van het verbintenissenrecht is het voor een crediteur echter mogelijk om een gehele of een gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst te vorderen, indien de debiteur zijn

pag. 519. Daarentegen werd zij wel van toepassing geacht door Dernburg, pag. en Windscheid-Kipp, pag. .

⁸¹ Annotatie van E.M. Meijers bij HR 27 juni 1941; NJ 1941, p. 781 (verse koe)

⁸² Het Verdrag houdende een eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken van 1 juli 1964 (Trb. 1964, 117), ingevoerd bij wet van 15 december 1971, Stb. 1971, nr. 780 (Loi Uniform de Vente Internationale (LUVI))

⁸³ Zie E.E.M. Meijers, Ontwerp voor een N.B.W., Toelichting, vierde gedeelte (boek 7), SDU Den Haag 1972, pag. 844/845 (toelichting op art. 7.1.2.5 NBW).

⁸⁴ Verdrag van de Verenigde Naties betreffende internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, gesloten te Wenen op 11 april 1980 (UN Convention on the International Sale of Goods (CISG))

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

verplichtingen uit de overeenkomst niet behoorlijk nakomt. Op grond van artikel 6:265 BW staat die mogelijkheid ook open indien de niet behoorlijke nakoming niet aan de debiteur kan worden toegerekend. Vandaar dat de koper op grond van de bepalingen uit het algemene verbintenissenrecht ook onder het huidige recht nog steeds de mogelijkheid heeft om in het geval de verkoper zijn verplichting uit artikel 7:17 BW om deugdelijke waar te leveren niet nakomt, via een gehele ontbinding de volledige koopprijs terug te vorderen of via een gedeeltelijke ontbinding een prijsvermindering te vorderen. In dit opzicht wijkt het huidige recht niet af van de regeling in het OBW. Inmiddels zijn bovendien op grond van een de Europese garantierichtlijn⁸⁵ de acties tot ongedaanmaking van de koop en tot prijsvermindering als een bijzonder rechtsmiddel in artikel 7:22 BW opgenomen.⁸⁶

6.2 De mogelijkheden tot vordering van gevolgschade

Zijn de bijzondere rechtsmiddelen uit boek 7 allemaal beperkt tot hooguit de waarde van de verkochte zaak, hoe zit het nu met de mogelijkheid van de koper om eventueel vergoeding te vorderen van de bijkomende schade die hij heeft geleden door de aanwezigheid van het verborgen gebrek, een aanspraak die in het oude recht werd gegeven tegen de wetende verkoper. In deze mogelijkheid wordt niet voorzien in de regeling in boek 7, die een gelijke aansprakelijkheid legt op de wetende verkoper en op die te goeder trouw. Een vordering tot schadevergoeding zal door de koper daarom moeten worden ingesteld op grond van de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht in boek 6. Artikel 6:74 BW bepaalt dat een debiteur die zijn verplichtingen jegens de crediteur niet nakomt, alleen dan tot volledige schadevergoeding is gehouden, indien de niet-nakoming aan de debiteur kan worden toegerekend. Dit is het geval, zo volgt uit artikel 6:75 BW, indien de niet-nakoming aan de schuld van de debiteur is te wijten, of indien zij op grond van partij-afspraken of op grond van de verkeersopvattingen aan de debiteur moet worden toegerekend.

De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 9 januari 1998 beslist dat de artikelen 6:74 en 6:75 BW ook van toepassing zijn in het geval een verkoper zijn verplichting uit artikel 7:17 BW om een deugdelijke zaak te leveren, niet is nagekomen.⁸⁷ Dat betekent dat de verkoper van een zaak met een verborgen gebrek alleen dan gehouden is om de schade van de koper te vergoeden, als de levering van die gebrekkige zaak aan hem toerekenbaar is. Toerekening is in ieder geval mogelijk, indien de verkoper ten tijde van de verkoop op de hoogte was van het gebrek. In dat geval handelt de verkoper immers verwijtbaar door het gebrek voor de koper te verzwijgen. Het onderscheid tussen de wetende en de onwetende

⁸⁵ Europese richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garantie voor consumptiegoederen, Richtlijn 1999/44 van 25 mei 1999, Pb. EG 1999, L171/12.

⁸⁶ Zie hierover J.M. Smits, Wie is er bang voor de *actio quanti minoris*, in: *WPNR 6419 (2000)*, pag. 685; E.F. Verstraaten, De garantierichtlijn geïmplementeerd, in: *Bedrijfsjuridische Berichten, 2003, nr. 15*, pag. 115 e.v.

⁸⁷ HR 9 januari 1998; NJ 1998, 272 (heupdysplasie).

VERHOEVEN

verkoper, dat in verband met de omvang van de aansprakelijkheid van de verkoper reeds door de jurist Julianus was aangebracht en ook in artikel 1544 OBW was opgenomen, keert daarmee dus ook terug in ons moderne recht, zij het thans gehuld in de gedaante van de toerekenbaarheid.

Ten opzichte van het oude recht is de mogelijkheid voor de koper om vergoeding van zijn schade te verkrijgen echter wel uitgebreid, omdat de verkoper op grond van artikel 6:75 BW niet alleen aansprakelijk is indien hij verwijtbaar heeft gehandeld, maar ook in de gevallen dat de aanwezigheid van het gebrek krachtens verkeersopvattingen aan hem moet worden toegerekend. Volgens Hijma brengen de verkeersopvattingen mee dat de aanwezigheid van een gebrek in beginsel aan de verkoper moet worden toegerekend.⁸⁸ Deze opvatting sluit aan bij de kritiek vanuit de wetenschap op de oude regeling dat de aansprakelijkheid van verkoper te goeder trouw te beperkt was. Het is een opvatting die impliceert dat ook de verkoper te goeder trouw in beginsel gehouden is alle schade van de koper te vergoeden, die deze lijdt door de aanwezigheid van een verborgen gebrek. Naar mijn mening is het echter minder juist om het bestaan van een dergelijk vergaande verkeersopvatting aan te nemen. De omstandigheid dat er, zoals Meijers het uitdrukte, geen enkel rechtsstelsel bestaat dat een dergelijke vergaande aansprakelijkheid op de verkoper legt, wijst op het tegendeel. Ook advocaat-generaal Hartkamp stelde in zijn conclusie bij het heupdysplasie-arrest:

“Het enkele feit dat een op grond van koop afgeleverde zaak een verborgen gebrek heeft dat de koper niet behoefde te verwachten, brengt niet mee dat de verkoper daarvoor aansprakelijk is. De wet bepaalt dat niet, en evenmin vloeit het uit de verkeersopvatting voort.”⁸⁹

Opmerkelijk is dat Hartkamp zijn standpunt verdedigt met een beroep op uitgerekend artikel 1543 OBW, dat de onwetende verkoper niet aansprakelijk achtte tot schadevergoeding! Kennelijk is dit eeuwenlang gehanteerde onderscheid minder verouderd dan de kritiek op de oude regeling deed vermoeden.

Wel zou naar mijn mening in navolging van de Franse doctrine en rechtspraktijk mogen worden aangenomen dat een professioneel handelend verkoper, ook indien hij te goeder trouw is, op grond van de verkeersopvattingen aansprakelijk is voor de schade, indien de koper een eindgebruiker is.

6.3 De termijnen in het BW

Waar het de omvang van de aansprakelijkheid van de verkoper voor verborgen gebreken betreft, zijn de wijzigingen ten opzichte van de regeling in het oude recht minder

⁸⁸ Asser-Hijma, *Verbintenissenrecht, Bijzondere Overeenkomsten, deel I Koop en Ruil*, Deventer 2001, nr. 436, die onder meer stelt dat “[...] de toepasselijkheid van artikel 7:17 impliciet een -zij het niet decisieve- indicatie van toerekenbaarheid oplevert.”

⁸⁹ Conclusie A-G Hartkamp bij HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (heupdysplasie).

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

ingrijpend dan op het eerste gezicht zou worden vermoed. Hoe staat het in het BW met de termijn die aan de koper wordt gegeven om de verkoper aan te spreken?

Artikel 7:23 BW legt aan de koper twee termijnen op die hij bij de uitoefening van zijn rechten jegens de verkoper in acht moet nemen. Allereerst bepaalt zij dat de koper binnen bekwame termijn dat hij het gebrek heeft ontdekt of had behoren te ontdekken, de verkoper daarvan in kennis moet stellen. De reden dat deze korte kennisgevingstermijn is opgenomen, is blijkens de wetgeschiedenis dat op deze wijze de verkoper wordt beschermd tegen late, en daardoor moeilijk te betwisten klachten. Nadat de koper deze kennisgeving heeft gedaan, staat hem vervolgens een verjaringstermijn van twee jaar ter beschikking om een rechtsvordering aanhangig te maken.

De regeling is een duidelijke verbetering ten opzichte van het oude recht, waar zij niet langer de verplichting legt op de koper om binnen de bekwame termijn een procedure aanhangig te maken. Om zijn rechten jegens de verkoper veilig te stellen kan hij volstaan met een kennisgeving, die in elke gewenste vorm, en dus ook mondeling, kan worden uitgebracht. Vervolgens kan de koper nog twee jaar wachten met het starten van een procedure.

Of de koper aan het huidige artikel 7:23 BW in de praktijk inderdaad een betere bescherming ontleent dan aan artikel 1547 OBW, hangt echter af van de lengte die in de rechtspraak aan het begrip bekwame termijn wordt gegeven.

Meijers was blijkens de toelichting op zijn ontwerp van oordeel dat bij de vaststelling van de 'bekwame termijn' aansluiting moet worden gezocht bij artikel 39 van de Eenvormige Koopwet, waaraan deze termijn was ontleend. Deze bepaling is thans opgenomen in het gelijkkluidende artikel 39 lid 1 CISG. Een van de nadelen die daaraan is verbonden is echter dat dit begrip in de rechtspraak in de diverse landen, ondanks de verplichting die in artikel 7 CISG wordt opgelegd om het verdrag uniform uit te leggen, niet gelijk wordt uitgelegd.⁹⁰ Dat betekent dat deze rechtspraak met betrekking tot artikel 39 CISG weinig houvast kan bieden voor de vaststelling van de bekwame termijn van artikel 7:23 BW.

Op grond van de Europese garantierichtlijn heeft de wetgever aan artikel 7:23 lid 1 BW een zin toegevoegd, waarin met betrekking tot de consumentenkoop ten aanzien van de lengte van de termijn is bepaald dat een kennisgeving die binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking van het gebrek plaatsvindt, in ieder geval tijdig is. Dit is mijns inziens een minimale termijn, zodat het op grond van deze bepaling dus ook mogelijk is om een langere termijn aan de koper toe te kennen.⁹¹ Toch is er een duidelijke tendens zichtbaar in de rechtspraak om bij de uitleg van het begrip 'bekwame termijn' de periode

⁹⁰ Hierover onder meer F. Ferrari, Divergences in the application of the CISG's rules on non-conformity of goods, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, pag. 473 e.v.; A.U. Janssen en A.U. Schimansky, De eenvormige interpretatie van de keurings- en kennisgevingstermijn in het kader van het Weens Koopverdrag (CISG) door de nationale gerechten- Een illusie?, in: *NTBR* 2003 (8), pag. 442 e.v.

⁹¹ In deze zin M.B.M. Loos, *Monografieën Nieuw BW, B65b, Consumentenkoop*, Deventer 2004, pag. 73; Verstraaten, pag. 117.

VERHOEVEN

waarbinnen de koper de verkoper in kennis behoort te stellen, in beginsel vast te stellen op een periode van ongeveer 2 maanden.

Zo stelde het hof Den Bosch in een uitspraak van 24 januari 2006 dat een termijn van twee maanden weliswaar geen onwrikbaar gegeven is, maar als richtsnoer wel overeind staat.⁹² In dit geval werd een kennisgeving drie maanden na de ontdekking, terwijl er sinds de koop vier maanden waren verstreken, als te laat bestempeld. Ook het hof Arnhem stelde in een uitspraak van 19 oktober 2004 dat een melding na 2 maanden alleen onder bijzondere omstandigheden als tijdig kan worden aangemerkt. De melding van een aantal gebreken na een periode van 3 tot 5 maanden na de ontdekking, en een periode van iets meer dan 6 maanden na de levering, werd door dit hof als te laat bestempeld.⁹³

Omdat ook de huidige regeling aan het niet in acht nemen van de termijn het gevolg verbindt dat de koper alle rechten verliest die hij jegens de verkoper kan uitoefenen en het bovendien vaste rechtspraak lijkt te worden dat de koper voor het uitbrengen van de kennisgeving een termijn heeft van maximaal 2 maanden, fungeert de klachttermijn van het moderne artikel 7:23 BW op dezelfde wijze als de termijn uit artikel 1547 OBW als een valstrik voor de koper. Zij wordt thans ook al gekwalificeerd als een draconische maatregel.⁹⁴ Men kan dus betwijfelen of de moderne regeling op dit punt een daadwerkelijke verbetering inhoudt ten opzicht van de oude regeling.

Ook uit het oogpunt van de bescherming van de verkoper te goeder trouw acht ik de bepaling minder gelukkig, omdat de kennisgevingstermijn van de koper pas begint te lopen op het tijdstip van het ontdekken van het gebrek. Hierdoor wordt de aansprakelijkheid van de verkoper te goeder trouw niet in tijd begrensd, waardoor hij nog lange tijd na de verkoop kan worden aangesproken, terwijl een limitering in tijd van de aansprakelijkheid van de verkoper te goeder trouw van oudsher één van de functies is geweest van de korte termijn waaraan de vordering wegens verborgen gebreken was verbonden. In het internationale kooprecht wordt dit voor de verkoper nadelige gevolg voorkomen doordat in artikel 39 lid 2 CISG is bepaald dat de koper in ieder geval na verloop van 2 jaar na de levering ieder recht verliest om de verkoper op grond van non-conformiteit aan te spreken. Deze beperking van de aansprakelijkheid is door onze wetgever echter niet overgenomen.

⁹² Hof Den Bosch 24 januari 2006, LJN: AV 5206 (CO401468). In deze uitspraak werd verwezen naar de uitspraak van het hof Den Bosch 20 maart 2001; NJ 2001,67, in welke uitspraak het hof de door hem gehanteerde termijn van 2 maanden onderbouwde door verwijzing naar de gebruikelijke korte termijn van 6 weken onder het oude recht!

⁹³ Hof Arnhem 19 oktober 2004, LJN: AR 8242 (03/919).

⁹⁴ B. Wessels, *Monografieën Nieuw BW*, B65a, *Koop algemeen*, 2^e druk 2003, pag. 55 en instemmend met hem Loos, pag. 71. Ook A.C. Steenbeek, *Enige opmerkingen over art. 7.1.3.5. Nieuw BW*, in: *Kwartalbericht Nieuw BW* 1988/4, pag. 126, acht het verlies van alle rechten een te vergaande remedie. De gelijkkluidende bepaling in het CISG wordt eveneens als draconisch bestempeld door Ferrari, pag. 486.

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

Bij het opleggen aan de koper van de verplichting om de verkoper binnen een bekwame termijn op de hoogte te stellen van een ontdekt verborgen gebrek, heeft de wetgever mijns inziens miskend dat de korte klachttermijn uit artikel 7:23 BW van oorsprong een rechtsverwerkingstermijn is, die haar oorsprong vindt in het handelsrecht en die nu juist werd toegepast in de gevallen dat een zaak werd geleverd die zichtbaar van de overeenkomst afweek.⁹⁵

Bij de levering van, veelal grotere hoeveelheden, naar soort bepaalde zaken aan het adres van de koper, werd van de koper verwacht dat hij direct na de ontvangst ervan controleerde of hem de juiste hoeveelheid goederen was geleverd, of zij van de afgesproken soort waren en of er aan de goederen zichtbare gebreken kleefden. Het enkele in ontvangst nemen van de goederen impliceerde dus niet dat de koper de goederen accepteerde in de staat zoals ze werden geleverd. Bleek de koper na de levering dat de geleverde zaken op een of andere wijze niet aan de overeenkomst beantwoordden, dan moest hij de verkoper daarvan onmiddellijk op de hoogte stellen. Deed hij dat niet, dan verwerkte hij daarmee zijn recht om de verkoper alsnog terzake deze makkelijk te ontdekken afwijkingen aan te spreken. De gedachte achter deze korte rechtsverwerkingstermijn, was dat de verkoper die in de periode direct volgend op de levering van de goederen geen klacht ontving, erop mocht vertrouwen dat hij met de levering op de juiste wijze aan zijn verplichtingen had voldaan en dat de koper de goederen had geaccepteerd in de hoedanigheid zoals aan hem geleverd. Door de koper de mogelijkheid te bieden om na langere tijd alsnog te ageren, zou dit gerechtvaardigde vertrouwen ten onrechte worden geschonden.⁹⁶

In het voetspoor van de Eenvormige Koopwet is de toepassing van de korte klachttermijn uitgebreid tot alle gevallen van non-conformiteit. Daarmee werd zij dus ook van toepassing in de gevallen dat de geleverde zaak na levering belast bleek met een verborgen gebrek. Mijns inziens ten onrechte, omdat verborgen gebreken naar hun aard veelal niet onmiddellijk na de levering (kunnen) worden ontdekt, zodat de verkoper die in de periode direct volgend op de levering op dit punt geen klacht ontvangt, er niet op kan vertrouwen dat hij een zaak vrij van verborgen gebreken heeft geleverd. Omdat de daadwerkelijke ontdekking van een verborgen gebrek meestal zal liggen op een tijdstip dat de verkoper niet kent, kan de koper door na de ontdekking niet onmiddellijk te klagen ook niet alsnog het vertrouwen wekken dat hij de verkoper niet aansprakelijk zal houden. Toepassing van het beginsel van de rechtsverwerking bij de ontdekking van verborgen gebreken, lijkt mij daarom niet in de rede te liggen.

⁹⁵ Over de oorsprong van de korte termijn, zie A.J. Verstegen, *Ondeugdelijke levering bij den soortkoop*, *Rechtsgeleerd Magazijn* (1923), pag. 124-260. Dat de termijn in ons huidig recht nog steeds als een toepassing van de rechtsverwerking kan worden beschouwd, zie Wessels, pag. 55; Steenbeek, pag. 124, Loos, pag. 70

⁹⁶ Zie Verstegen, pag. 124 e.v.

VERHOEVEN

Dient toepassing van het beginsel van de rechtsverwerking geen gerechtvaardigd belang van de verkoper, daarentegen heeft de aanvang van de termijn op het tijdstip van het ontdekken van het gebrek, zonder dat daaraan naar het voorbeeld van het internationale kooprecht een maximale termijn aan wordt verbonden, als nadelig gevolg dat de verkoper in beginsel onbeperkte tijd na de verkoop aansprakelijk kan worden gesteld.

De gevolgtrekking is dan ook dat de ‘bekwame termijn’ die in artikel 7:23 BW aan de koper wordt gegeven om de verkoper van het gebrek in kennis te stellen, noch de belangen van de koper, noch die van de verkoper op adequate wijze beschermt. Niet die van de koper, die volledig met lege handen staat als hij door welke omstandigheden dan ook langer dan twee maanden talmet met het berichten van de verkoper van het ontdekte gebrek, niet die van de verkoper omdat deze zijn aansprakelijk niet in tijd begrenst ziet.

De wetgever had er beter voor had kunnen kiezen om, in plaats van aan de koper een korte termijn te geven die op het tijdstip van de ontdekking en aanvang neemt, in het spoor van de regeling der aedilische curulen aan de koper een vaste beperkte termijn te geven die haar aanvang neemt op de dag van de verkoop. Tegelijkertijd moet die termijn natuurlijk lang genoeg zijn voor de koper om in de gangbare gevallen een aanwezig gebrek te kunnen ontdekken en de verkoper daarvoor aan te spreken. De termijn van 12 maanden die de aedilische curulen voor een actie tot prijsvermindering ter beschikking stelden en zeker de termijn van 2 jaar die in het moderne Duitse recht wordt geboden, voldoen aan die beide functies.

In een dergelijk systeem is de aansprakelijkheid van de verkoper daadwerkelijk gelimiteerd, en heeft ook de koper, vooral indien hij kort na de aankoop en ingebruikneming van de zaak het gebrek ontdekt, nog een aanvaardbare periode om de verkoper aan te spreken.

Het is thans aan de rechtspraak om artikel 7:23 BW zodanig in de praktijk toe te passen, dat zij zoveel mogelijk recht doet aan de belangen van koper en verkoper. Bij de voortzetting van de huidige tendens om de ‘bekwame termijn’ te fixeren op een vaste periode van twee maanden, is het niet onwaarschijnlijk dat de regeling in geval van toepassing bij verborgen gebreken al snel, evenals haar voorgangster, als een ‘valstrik’ of -nog erger- als ‘verouderd’ zal worden gekwalificeerd.

Toch zou ik er niet voor willen pleiten om het begrip ‘bekwame termijn’ in zijn algemeenheid zo uit te leggen dat zij een veel langere periode, van bijvoorbeeld 6 of 12 maanden, omvat. Dat lijkt mij niet alleen in strijd met de wet, maar het zou -nu de termijn pas na de ontdekking van het gebrek begint- ook een te vergaande aansprakelijkheid op de verkoper te goeder trouw leggen in de gevallen dat het gebrek pas geruime tijd na de verkoop wordt ontdekt. In die gevallen heeft de verkoper er een gerechtvaardigd belang bij dat hij zo snel mogelijk van een eventuele aansprakelijkheid op de hoogte wordt gesteld.

Wel zou de rechtspraak onder het huidige recht aan de koper tegemoet kunnen komen

HET GELIJK DER CURULISCHE AEDILEN

door te bepalen dat de koper die binnen een termijn van bijvoorbeeld een jaar na de koop de kennisgeving heeft uitgebracht, ongeacht het tijdstip van de ontdekking van het gebrek, in ieder geval binnen bekwame tijd heeft gereageerd. Aangezien veel gebreken door het gebruik binnen een aantal maanden na de levering aan het licht zullen komen, zal in een dergelijke benadering alsnog bescherming worden geboden aan een groot aantal kopers, die bij de huidige toepassing van artikel 7:23 BW geen aanspraken jegens de verkoper kunnen doen gelden.

Ook het echtpaar Buchholz, dat hun woning op 1 augustus 2000 geleverd kreeg en die op 8 december 2000, dus vier maanden na de levering, de verkoper aansprakelijk stelde, zou bij een dergelijke uitleg bescherming hebben gevonden en hun aanspraak op schadevergoeding jegens de verkoper hebben behouden. Gezien de kritiek die er bestond op de korte termijn die onder het oude recht werd gehanteerd, sluit een dergelijke benadering mijns inziens beter aan bij de hier te lande bestaande rechtsopvattingen dan de huidige uitleg dat doet. Bovendien zou de regeling met een dergelijke uitleg tevens aansluiting vinden bij een oude Europese rechtstraditie, die zijn oorsprong vindt in het recht der curulische aedilen en die nog steeds haar weerklink heeft in onder meer het moderne Franse en Duitse recht. In de benadering van de curulische aedilen zou de op zichzelf gerechtvaardigde aanspraak van het echtpaar Buchholz niet op een dergelijke drastische wijze zijn afgesneden, als het hof Den Bosch dat heeft gedaan.

7. Conclusie

Wat kan uit het bovenstaande geconcludeerd worden?

Hoewel de nieuwe regeling betreffende de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken op het oog een breuk oplevert met het oude recht, blijkt bij de toepassing ervan dat voor het vinden van een evenwichtige verdeling van het risico van de aanwezigheid van een verborgen gebrek over de koper en de verkoper nog steeds dezelfde vragen spelen als onder de oude regeling het geval was. Kennis van die oude regeling is daarom verhelderend voor een goed begrip van de nieuwe. Algemener gezegd: Wil men de vraag onderzoeken *waarom* een leerstuk zich zus en niet zo heeft ontwikkeld, dan is een antwoord niet mogelijk zonder kennis van zijn historische achtergrond.

J.J. Verhoeven

Utrecht