

IV.108. Onvoldoende levering en verborgen gebreken

## I

Voor de rechtspraak is koop en verkoop nog altijd de belangrijkste der verbintenis-scheppende overeenkomsten. Maar niet in de eerste plaats de koop en verkoop van een bepaalde zaak, of uit een voorraad van bepaalde zaken, doch de zuiver generieke koop, waarbij de aard der tegen geld te leveren waar alleen door hoeveelheid en hoedanigheid is aangeduid. Of de kwaliteit der geleverde waar inderdaad aan de eischen, die de koper daaraan mag stellen voldoet, is dan de vraag, die het meest tot geschil aanleiding geeft. Een beschouwing, hoe die vraag rechtens te behandelen, kan dus niet overbodig zijn.

Schijnbaar is het antwoord heel eenvoudig. Ieder verkoper is verplicht tot leveren, vraagt hij betaling, hij zal in den regel levering hebben te bewijzen; hij zal daarbij niet kunnen volstaan met aan te toonen, dat hij „iets" heeft geleverd, maar tevens moeten waar maken, dat het geleverde goed is verkocht, wat bij een generieke koop wil zeggen, dat de waar, die hij aan den koper heeft doen toekomen, de eigenschappen heeft bij de overeenkomst uitdrukkelijk bedongen of stilzwijgend verondersteld. Tegenover een ont-kentenis van den koper drukt hieromtrent de volle bewijslast op den verkoper en er zijn uitspraken genoeg aan te wijzen, waarbij de rechter hem de volle zwaarte van dien last heeft doen ondervinden. Altijd zal hem een dergelijk bewijs worden opgelegd, als de koper de waar onder voorgeven dat zij niet aan de contractuele eischen voldeed heeft geweigerd, maar ook gebeurt dit wel ondanks het feit, dat de levering *heeft* plaats gehad, de waar dus in bezit en eigendom van den koper is overgegaan. Dat dit bewijs, toch al niet gemakkelijk te leveren, en afgezien van het processuele bezwaar om de identiteit vast te stellen, dan groote moeielijkheid kan geven, is duidelijk: immers de koper heeft de waar, de toestand waarin zij op het oogenblik van het proces verkeert hangt af van zijn zorg, hoe moeielijk zal het den verkoper vallen, als hij niet vooraf maatregelen nam, duidelijk te maken dat de nu wellicht gedetoneerde waar op het oogenblik der levering werkelijk goed was. Is dus de bewijslast voor den verkoper vooral tegenover een chicaneerenden koper moeielijk, twijfelachtig ook is het, of het in zoon geval rechtmatig is op hem dien last te leggen. Heeft de koper niet, rijst de vraag, door de waar aan te nemen haar als de hem verschuldigde aanvaard? is een dergelijke aanvaarding of goedkeuring wellicht niet uit andere handelingen ten aanzien der zaak,

\* Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, nos. 2002—2005 ■ (9, 16, 23 en 30 Mei 1908).

uit gebruik b.v. af te leiden? Was het niet zijn plicht reeds bij de levering te onderzoeken of hem deugdelijk goed werd aangeboden en verliest hij niet door dit na te laten elke bevoegdheid over ondeugdelijkheid te klagen? Of heeft hij dan wel de speciaal geregelde actie uit verborgen gebreken maar ook alleen deze? Talrijke vragen komen op, waarop het antwoord niet zoo heel eenvoudig is.

Wie dit in de wet zoekt, zal niet veel vinden. Men heeft bij de totstandkoming wel aan de kwesties gedacht, art. 99 W. v. K. bewijst het, maar met deze negatieve bepaling, die — ter bestrijding van een bestaande practijk — wel zegt welke regels hier niet, niet welke hier wel gelden, komen wij weinig verder. De wetgever durfde de zaak niet aan, hij vond haar, zegt Kist<sup>1)</sup> te moeilijk. Men ziet er uit dat „een vraag aan de wetenschap overlaten" nu niet juist een splinternieuw middel is voor een wetgever om zich van lastige kwesties af te maken. Maar de rechter? Hij kan dat afdoende middelje niet gebruiken, hij moer beslissen, heeft hij niet in de talloze malen, waarin hij met geschillen van dezen aard te doen had, een vaste lijn gevonden, bij de beslissing te volgen? Ook wie dat mocht meenen, komt bedrogen uit. Mij is het althans niet gelukt in het uitgebreide materiaal, dat de rechtspraakverzamelingen<sup>2)</sup> bieden, dergelijke regels te ontdekken. Indien de massa jurisprudentie één indruk maakt is het die van verwardheid: nu eens wordt ondanks allerlei meerdere behandelingen der zaak door den kooper de verkoper met het zwaarste bewijs belast, dan weer werd in den enkelen overgang van het bezit der waar op den kooper voldoende grond gezien den verkoper van verder bewijs te ontheffen, dezelfde handeling werd nu eens wél, dan weer niet, als aanvaarding of goedkeuring beschouwd. Tot zekere hoogte is dit begrijpelijk, zoo ergens dan geldt hier het jus in causa positum, de telkens varieerende, dikwijls slechts in kleinigheden verschillende stand van zaken geeft hier herhaaldelijk den doorslag. Maar toch schijnt het mij niet ongewenscht in deze wirwar van bijzonderheden eenige vastheid te zoeken, naar regels te speuren, die volkomen ruimte latend voor de nuanceeringen van het geval de richting aangeven, waarin de beslissing moet worden gezocht. Een bijdrage daartoe bied ik den lezer in dit opstel.

Voorop gesteld kan worden, dat wie eenmaal de hem geleverde waar heeft goedgekeurd, op die goedkeuring niet zoo maar kan terugkomen. Hoogstens zou men kunnen vragen, of die verklaring wellicht in dwaling was gegeven of door geweld of bedrog verkregen; waar echter in de practijk de zaak zelden of nooit van die zijde beschouwd wordt, zullen wij die mogelijkheid verder ter zijde

\*) Handelsrecht III (uitg. Visser) blz. 42..

<sup>2)</sup> Bij Léon—Asser is zij te vinden op de artt. 1517—1519 B. W.

laten. Vast staat verder ook, dat die goedkeuring niet alleen uitdrukkelijk maar ook stilzwijgend door handelingen kan verklaard worden, dat dus als de koper door daden heeft te kennen gegeven de waar als voldoende te beschouwen, hij niet later om betaling aangesproken over onvoldoende kwaliteit kan klagen. De moeilijkheid is echter, in welke handeling ligt zulk een goedkeuring? <sup>1)</sup>

Er is een opvatting in de jurisprudentie vertegenwoordigd, die al in enkele inontvangst-neming goedkeuring ziet opgesloten. Is dus het goed uit het bezit van den verkoper in dat van den koper overgegaan, dan is de koper tot betaling gehouden en staat hem geenerlei actie meer open tenzij dan die op grond van verborgen gebreken, geregeld in de artt. 1540 vlg. B. W. Alzoo: wie waar ontvangt, moet deze vóór hij ze aanneemt, onderzoeken, heeft hij ze eenmaal aangenomen, dan kan hij op grond van zichtbare gebreken in het geheel niet meer klagen, op grond van verborgen gebreken alleen dan als de voorwaarden voor de speciale aanspraak, die de wet daarvoor geeft, zijn vervuld.

Duidelijk uitgesproken vindt men deze meening in twee vonnissen van de Rechtbank te Amsterdam, kort na elkaar geweest. In het eerste geding-) verweert de koper zich tegen een vordering tot betaling met de bewering, dat de hem geleverde caoutchouc niet zuiver was bij het smelten. Het is niet duidelijk, zegt de Rechtbank, of deze klacht betreft een zichtbaar of een verborgen gebrek, maar in geen van beide gevallen helpt hem zijn verweer: was het gebrek zichtbaar, dan is zijn reclame tardief, was het verborgen, dan heeft hij de daarvoor gegeven speciale actie, maar kan niet betaling weigeren. In het tweede proces <sup>2)</sup> betref de koop een goed, dat niet echt van kleur was volgens den koper. Een grond om niet den volledige koopprijs te betalen is dat niet, meent de rechter, volgens ged. (koper) zelf was het gebrek niet bij de levering te bemerken, dus had hij wel recht op restitutie of schadevergoeding, maar de wet kent niet een opheffing der plicht tot betaling op dien grond.

Eenvoudig is deze voorstelling der zaak wel, is zij ook juist?

Voor ik dit naga, nog een enkele opmerking. Naast de uitspraken, waarin den koper wordt gezegd dat hij zijne aanmerkingen bij de levering had moeten maken zijn er talrijke andere, waarin hem verweten wordt dat hij die aanmerkingen niet bij of *althans binnen zeer korten tijd na* de levering heeft gemaakt. Ik wijs hier op deze tegenstelling, omdat men door deze laatste schijnbaar weinig belangrijke toevoeging den grond, waarom den koper „een verwerken van de reclame" wordt voorgeworpen, geheel wijzigt. Immers dan wordt niet meer in het aannemen der waar een goedkeuring gezien, maar dan wordt de koper de bevoegdheid ontzegd

<sup>1)</sup> Van de litteratuur is vooral belangrijk Ehrlich. Die stillschweigende Willenserklärung, blz. 127 vlg.

<sup>2)</sup> 30 Juni 1893, W. 6402.

<sup>3)</sup> 23 Sept. 1893, W. 6505.

den verkoper aan te vallen op grond van niet deugdelijke levering  
 — of zich tegen een aanval van dezen op dien grond te verdedigen  
 — omdat hij zelf door niet tijdig te reclameeren een plicht heeft verzuimd, die sommige wetgevingen \*) uitdrukkelijk op hem leggen en die naar ons recht uit art. 1375 B. W. geacht kan worden te volgen. Niet stilzwijgende goedkeuring maar eigen nalatigheid verplicht dan den koper de naar zijn zeggen ondeugdelijke waar als deugdelijk te behouden en te betalen. Ik kom later nog op deze beschouwing terug, maar voorloopig zullen we haar om uit te maken of in enkele in-ontvangst-neming werkelijk een goedkeuring is gelegen ter zijde moeten laten, al heeft zij ook op het aannemen daarvan invloed gehad.

Hoe betoogt men nu, dat in-ontvangst-neming goedkeuring in zich sluit? Men gaat dan uit van de onderstelling, dat wien iets geleverd wordt, dat geleverde onderzoekt, als het hem niet bevalt, aanmerking maakt, weigert. Die onderstelling gaat op, voor zoover dat onderzoek regel is en voor zoover de klacht gebreken betreft, die bij onderzoek bij de levering zijn te constateeren. Met de laatste reserve wordt door de hier besproken leer rekening gehouden, zijn de gebreken niet zichtbaar dan geeft zij den koper de acties in art. 1540 en volgende B. W. geregeld. Of daarmee de zaak nu geheel in orde is, is een punt waarover we dadelijk zullen spreken. Nu eerst de andere reserve.

Er bestaat een geheele reeks van mogelijkheden van levering, waarbij het onderzoek niet alleen niet gewoonte is, maar waar het zelfs niet goed denkbaar is, en waarbij de jurisprudentie toch de meening heeft uitgesproken dat nà die levering elk aanmerking maken op de kwaliteit rechtens zonder belang is, voor zoover het dan niet weer betreft de verborgen gebreken. Ik meen al die gevallen, als de koper zelf bij de levering niet tegenwoordig is en, zoo men hem al als vertegenwoordigd wil beschouwen, degenen die voor hem optreedt wel gerechtigd is de waar in ontvangst te nemen, niet haar te onderzoeken en te keuren. Een typisch voorbeeld hiervan geeft het in den handel gebruikelijk beding van levering vrij aan boord, free on board, kortweg wel aangeduid met de letters f. o. b.

Over de beteekenis van dit beding, vooral bij het zeevervoer gebruikelijk, maar dat toch ook bij de binnenvaart en zelfs bij het spoorwegverkeer voorkomt, bestaat strijd. Een koopman in Indië bestelt in Holland goederen tegen een prijs van zooveel vrij aan boord Amsterdam. Wat wil dat zeggen? Eén ding staat vast: de verkoper behoort de goederen te bezorgen aan scheepsboord in de aangewezen plaats, tot op die bezorging zijn de transportkosten voor hem. Maar ligt in deze regeling der transportkosten de eenige beteekenis van het beding, of geeft het meer, geeft het ook een

\*) Vgl. § 377 Duitsch Handels G. B.

regeling der levering zelf, zoodat deze geacht moet worden door de bezorging aan scheepsboord te geschieden? Heel zeker is het niet, er zijn talrijke uitspraken zoowel in den éénen als in den anderen zin te vinden <sup>1)</sup>, maar wel heeft de handel en ook de jurisprudentie sinds een op voorlichting van handelsdeskundigen gewezen arrest van het Hof te Amsterdam <sup>2)</sup> de neiging het beding die ruime beteekenis toe te kennen. Wat is daarvan nu voor onze kwestie het gevolg? Dat men aanneemt dat de koper bij de inscheeping zijn aanmerkingen op de waar moet maken, en dat hij daartoe niet meer bevoegd is als hij eerst bij de lossing de kwaliteit keurt, dat hij dus als de inlading eenmaal geschied is altijd tot betaling verplicht is. Deze consequentie wordt naar mij bekend is b.v. door de handelskamer der Amsterdamsche Rechtbank aanvaard <sup>3)</sup>. Maar nu is het merkwaardig dat dezelfde deskundigen, die den rechter deze leer als rechtsopvatting van den handel voorschrijven, uitdrukkelijk verklaren dat een controle van den koper bij de verscheping zoo goed als nooit geschiedt. Dus waar anders het in-ontvangst-nemen goedkeuren heet, omdat onderzoek en weigering bij ondeugdelijkheid regel is, wordt hier de bezitsovergang goedkeuring, terwijl onderzoek — en dus ook weigering — uitgesloten is. Begrijpe het wie kan! Een koper wordt geacht goed te keuren omdat hij een controle nalaat, die niemand van hem verwacht. Ja, zeggen de voorstanders dezer opvatting, de meer bedoelde deskundigen: hij heeft reeds van te voren, door het beding in zijn koopcontract op te nemen, den verkoper vertrouwd. Voor zoover men dit niet als een zuivere petitio principii waarbij de te bewijzen beteekenis van het beding al wordt verondersteld, wil ter zijde stellen, valt op te merken dat deze bewering al hierin faalt, dat de koper toch moeielijk geacht kan worden reeds van te voren genoeg genomen te hebben met e/fce levering, dus ook met zand b.v. in plaats van suiker. En dat zal men, wil men consequent zijn, moeten aannemen, voor een onderscheid naar den graad van het gebrek is hier geen plaats. Bovendien gewoonlijk geldt dat wie zijn wederpartij in het contract vertrouwt en vertrouwen kan, juist daarom een recht heeft te vorderen dat dat vertrouwen niet zal worden beschaamd, hier zou het vertrouwen een blind overgeven zijn, zou de koper in het geheel geen recht hebben, zelfs niet de actie uit verborgen gebreken. Want dat iets zand is en geen suiker is toch niet verborgen gebrek <sup>4)</sup>.

») Zie Kist—Visser III. blz. 56.

<sup>2)</sup> 23 October 1903, W. 8161. aldaar ook het deskundigen-rapport.

<sup>3)</sup> Vgl. bv. vonnis van 2 Maart 1906, W. 8416.

\*) Men begrijpe mij wel, ik bestrijd niet de conclusie van het deskundigenrapport dat door het beding f. o. b., de plaats van levering wordt aangeduid, maar wel de consequenties, — ook door de deskundigen zelf — daaruit voor de vraag der mogelijke „reclame" van den koper getrokken.

En dit schijnt mij het belangrijkste in deze kwestie: neemt men de leer aan dat na de levering de koper tot betaling verplicht is en alleen kan reclameeren op grond van verborgen gebreken, dan krijgt men een reeks mogelijkheden, waar geen verborgen, integendeel een bij het vluchtigst onderzoek zichtbaar gebrek naar de heerschende opvatting is en waar het toch hoogst onbevredigend is den koper elke bevoegdheid tot verhaal voor de slechte levering te ontzeggen<sup>1)</sup>. En dat zal niet alleen zoo zijn bij een levering aan scheepsboord, maar overal waar de wijze van levering verhindert de medewerking tot de levering als goedkeuring van de zaak in haar werkelijken toestand te beschouwen, b.v. als goederen verkocht zijn in een verpakking, welke door de koopers er om gelaten wordt en er om gelaten moet worden om den wederverkoop mogelijk te maken. Ook daar is het niet geoorloofd uit het niet controleeren, waardoor de verpakking verbroken zou worden, tot goedkeuren te besluiten, en ook daar is het zeer de vraag of men met een verborgen gebrek te doen heeft, als door een eenvoudig ontsluiten en bezien der waren het gebrek zou blijken. Maar eindelijk is er soms dan zelfs plaats voor twijfel, als het gebrek werkelijk *niet* zichtbaar was. Dan kan het twijfelachtig zijn, niet of een gebrek „verborgen” is, maar of het wel een „gebrek” is, als andere waar wordt geleverd dan besteld is. Kan men het inderdaad „een verborgen gebrek” van een waar noemen, als zij niet de chemische samenstelling heeft, die de koper recht had te verwachten? Is het, als azijn — om een voorbeeld te noemen aan een mij bekend proces ontleend — van dit of dat gehalte verkocht wordt, „een verborgen gebrek” van dien azijn, als het gehalte minder blijkt? Komt een dergelijke levering niet veeleer neer op een ontkenning, dat geleverd is, wat verkocht is? Maar dan komt ook de koper van dergelijke waar in een onhoudbare positie. Bij de levering is een chemisch onderzoek niet mogelijk, vóór de levering behoeft de ver-koper niet te dulden<sup>2)</sup>, dat de hem nog toebehoorende door 's koopers chemici wordt verbruikt, en *na* de levering heeft hij op grond der slechte kwaliteit geen enkel recht tegen den verkooper, immers levering aan te nemen staat met goedkeuring gelijk.

Zoo komt deze opvatting èn waar de wijze van levering èn waar de aard der waar controle bij de levering uitsluit tot het onbevredigend resultaat dat de koper, wat hem ook geleverd wordt moet betalen en dat *elk* verhaal wegens slechte kwaliteit is uitgesloten.

Tenzij een uitbreiding der acties uit verborgen gebreken hem kan helpen. Wij zullen zien, hoe een enkele uitspraak van den Franschen en ook van onzen rechter, hoe ook wel de Fransche doctrine dien weg uitgaat.

<sup>1)</sup> Vgl. één voorbeeld uit vele, in noot 3 voorgaande bladzijde aangehaald vonnis.

<sup>2)</sup> Vgl. vonnis Amsterdam 8 Juni 1906, W. 8601.

## II

Het is van algemeene bekendheid, dat het instituut der vrijwaring voor verborgen gebreken afkomstig is uit het Romeinsche recht, ook dat daar de hier bedoelde bijzondere acties door de edelen zijn ingevoerd oorspronkelijk voor den markthandel in vee en slaven, en later tot andere zaken zijn uitgebreid. Tegenover de gewone actio *empti* verzaarden deze acties in tweeërlei opzicht de aansprakelijkheid van den verkooper: is hij naar den algemeenen regel alleen verantwoordelijk voor de gebreken die hij kende en opzettelijk verzweg (bedrog) en voor het niet aanwezig zijn van die eigenschappen, waarvoor hij uitdrukkelijk verklaarde in te staan — door de *actiones redhibitoria* en  *quanti minons* is hij ook gebonden als de eigenschappen, die hij alleen maar heeft genoemd niet uitdrukkelijk toegezegd, ontbreken, voorts als de zaak gebreken heeft, waardoor zij niet aan hare bestemming beantwoordt, indien die gebreken den kooper niet bekend waren of konden zijn, onverschillig of hij (verkooper) van hun bestaan wist<sup>1</sup>). Dit alles is, gelijk gezegd, bekend genoeg. Ik herinner er slechts aan voor den goeden gang van het betoog. Minder aandacht wordt gewoonlijk aan de omstandigheid geschonken, dat deze regeling alleen betrof den koop van een species, althans niet den zuiver generieken koop.

Onder zuiver generieken koop versta ik den thans zoo belangrijken vorm der handeling, waarbij de te leveren waar alleen door omschrijving van hoeveelheid en hoedanigheid is aangeduid, b.v. van zooveel zakken suiker van die en die herkomst, van dezen oogst of van zooveel rogge van een genoemde hoedanigheid, waarbij partijen dus niet aan eenige bepaalde concrete zaak denken. Men moet die handeling goed onderscheiden van den verkoop uit een voorraad, ook daar wordt verkocht zooveel zakken of zooveel gewicht, maar daar is de waar nog anders dan enkel door kwaliteitvermelding aangeduid (zooveel maten van op mijn land te veld staand of met het schip X aangevoerd koren of zooveel meters van een bepaalde bij den verkooper aanwezige stof). Ook in dergelijke gevallen moet tusschen koop en levering nog een handeling plaats hebben, van den voorraad moet een deel worden uitgemeten, afgewogen, gekozen en ook dan spreekt men van generieken koop. maar van den generieken koop in den eigenlijken zin verschilt deze, doordat hier altijd een collectiviteit (de voorraad waaruit gekozen wordt) voorhanden is, die ook in haar geheel voorwerp der rechtshandeling zou kunnen zijn — bij den zuiver generieken koop is dat niet mogelijk<sup>2</sup>). Nu neemt men tegenwoordig meer en meer aan dat de Romeinen dien zuiver generieken verkoop niet hebben ge-

\*) Vgl. Dernburg. Pandecten II § 100.

") Vgl. Bechmann, Der Kauf II blz. 326, over andere criteria ter onderscheiding van den beperkt generieken (voorraad) koop van den zuiver generieken, zie aldaar.



kend<sup>1)</sup>, geen enkele Pandectenplaats handelt er over, waarschijnlijk is dat in de oudheid die vorm van waren verhandelen niet bestond, en zoo men hem al een enkele maal behoefde, dan werd de handeling in den vorm van een stipulatie gegoten en niet als koop opgevat. Volgt men deze meening, dan spreekt vanzelf dat ook onze acties alleen voor den species-koop bestemd waren, maar ook uit de voorwaarden zelf, waaronder zij konden worden ingesteld, is dit af te leiden, zoodat zij mede een argument voor de bedoelde hypothese verschaffen. Immers onderstelling dier acties is, dat de geleverde zaak is de verkochte, dat een zaak dus aan den koper is gegeven die object van den koop was en bij den koop voor den koper was te zien. Bij een zuiver generieken koop bestaat op het oogenblik van den koop geenerlei object, er is geen concrete stof aan te wijzen, waaruit die waar moet worden genomen <sup>2)</sup> aan dien koop is bij opstelling der actio redhibitoria (of quanti minoris) niet gedacht.

Voor ons is dit daarom van belang, omdat wat hier van het Romeinsche recht is gezegd, ook voor onze wet geldt. Ook de verborgen-gebreken actie onzer wet is een regeling van den species-koop. Ook onze wet zwijgt over den eigenlijk generieken koop. Men heeft in art. 1497 B. W. wel een bewijs van het tegendeel willen zien, maar wie het artikel enkel maar leest, zal het onjuiste dier bewering moeten toegeven. Bij een zuiver generieken koop kan niet van een „voor rekening van den verkooper of van den koper blijven”, sprake zijn, er is daarbij geen zaak waarvan dit gezegd kan worden. En ook uit onze wetsbepalingen over de verborgen gebreken blijkt, dat alleen aan den species-koop is gedacht, het „niet aangaan van den koop bij bekendheid met het gebrek” waarvan art. 1540 B. W. spreekt is bij den generieken koop niet denkbaar.

Wanneer wij dus willen nagaan, of de koper door de actie uit verborgen gebreken in de door ons besproken gevallen beschermd kan worden tegen de onbillijkheid dat hij slechte waar moet betalen als goede, ook als hem niets valt te verwijten, dan zullen we eerst moeten uitmaken óf deze actie bij een generieken koop mogelijk is en onder welke voorwaarden zij dan kan worden ingesteld.

Een direct antwoord geeft de wet niet, zagen we. Ook de commentatoren maken ons weinig wijzer, over de beteekenis der acties voor den generieken koop spreken zij niet, uit hun behandeling der stof blijkt dat zij een species-koop voor oogen hadden, zoo noemen zij als voorwaarde voor de toepassing, dat het gebrek op het oogen-

<sup>1)</sup> Zie in dezen zin Becbman t. a. p. blz. 331 vlg., Brinz Pandecten II § 242 en § 3276, Dernburg t. a. p. § 94, Girard Droit romain blz. 538 noot 4 enz.

<sup>2)</sup> Of de verkooper hier wel een bepaalde hoeveelheid op het oog heeft en daaruit put, doet niet ter zake. Beckmann t. a. p. blz. 331 noot 2.

blik van den koop bestond<sup>1)</sup>. Ook de Fransche schrijvers maken zich niet warm over de zaak. Slechts een enkele als Baudry—Lacantinerie wijst er terloops op, dat bij den generieken koop niet het moment van den koop maar dat van de levering beslissend is<sup>2)</sup>, hij neemt dus blijkbaar de toepasselijkheid van deze actie op den generieken koop aan, maar beschouwt haar als zoo vanzelf sprekend, dat hij verdere toelichting achterwege laat. Het is dus in Frankrijk en bij ons wel anders gegaan dan in Duitschland, waar die toepasselijkheid een punt van hevigen strijd was<sup>3)</sup>, waarbij in den aanvang twee senaten van het toenmalige Reichs-Oberhandels-Gericht tegenover elkaar stonden en eerst door een plenar-beslissing op rapport van Goldschmidt zekerheid werd gebracht.

Iets meer dan de auteurs geeft de rechtspraak. Zoowel de Fransche als de onze heeft de mogelijkheid der verborgen-gebreken acties bij generieken koop aangenomen. Beslissingen waarbij het tegendeel werd uitgemaakt, vond ik niet, wel enkele waarbij de actie werd toegelaten, meer nog gevallen waarin de kooper bij een veroordeeling tot betaling met zijn klacht over onvoldoende levering naar deze actie werd verwezen. De meest uitdrukkelijke uitspraak in dezen gaf de rechtbank te Amsterdam in een vonnis van 19 Juni 1888<sup>4)</sup>, waarbij op grond dat principieel verschil tusschen species-en genuskoop niet zou bestaan, art. 1540 vlg. op den laatsten vorm toepasselijk werden verklaard.

Zóó eenvoudig lijkt mij de zaak nu niet. Ten aanzien van dit punt bestaat toch altijd het verschil dat bij den species-koop *wel*, bij onzen generieken koop *niet* is een koop-object, dat hier altijd de vraag rijst of wel geleverd is, wat verkocht is, een vraag die zich bij den species-koop niet voordoet, daar is levering van het verkochte ondersteld. Met de stellig onjuiste opmerking, die het vonnis geeft, dat „bij levering blijkt welke zaak verkocht is” lost men die moeielijkheid niet op. In Duitschland, ik herinnerde er reeds aan, gaf zij aanleiding tot ernstige verdeeldheid onder de schrijvers: eenerzijds werd beweerd, dat bij generieken koop de verplichting bestaat waren van goede kwaliteit zonder gebreken te leveren, dat deze levering van waar met gebreken is onvoldoende levering en de kooper in zoo'n geval dus óf (als hij heeft goedgekeurd) geen actie heeft óf (als dit niet het geval is) de gewone koopactie tot levering maar er voor onze actie geen plaats is, aan den anderen kant werd volgehouden, dat de mogelijkheid bestaat, dat de verkoper levert wat hij volgens contract moet leveren en dat toch de zaak gebreken heeft, die grond voor de redhibitoire actie kunnen geven. Nu wil ik niet onderzoeken of die mogelijkheid inderdaad is aan te toonen, het kan ons koud laten,

<sup>1)</sup> Zie b.v. Diephuis XI blz. 306, Asser III blz. 336.

<sup>2)</sup> Traite de la vente (Baudry et Saignât) no. 422.

<sup>3)</sup> Vgl. Dernburg Pandecten II §101 noot 24, Windscheid Pand. II § 394 no. 5.

<sup>4)</sup> P. v. J. 1888 no. 104.

omdat de gevallen, waarin wij de actie tot verborgen gebreken zouden noodig hebben en ook die waarin onze en de Fransche rechtspraak haar toepast, er toch niet toe zouden behooren, omdat daar toch altijd sprake was van gebreken, die, als zij *bij* de levering ontdekt waren, zeker tot afwijzing op grond van onvoldoendheid zouden hebben geleid, die dus niet in aard verschillen van die welke de levering tot een onvoldoende, een niet-behoorlijk nakomen van het contract, zouden stempelen maar die slechts hierin iets bijzonders hebben, dat men ze eerst *na* de levering heeft bemerkt. Als iemand azijn of steenkool levert van andere chemische samenstelling dan verwacht mag worden<sup>1)</sup>, stof niet echt van kleur<sup>2)</sup>, nagemaakte schildpadpootjes in plaats van echte<sup>3)</sup>, gebroken of licht breekbare lampenglazen in plaats van sterke<sup>4)</sup> niet ge-brokene, dan is er altijd een levering, die onvoldoende moet heeten, die geweigerd kan worden als niet behoorlijke nakoming, en als men dan van verborgen gebreken spreekt, dan is het slechts omdat die onvoldoendheid eerst *nà* de levering is ontdekt.

Hieruit zou ik nu echter geenszins willen afleiden, dat onze rechtspraak door toepassing der acties van art. 1540 vlg. B. W. op den generieken koop op den verkeerden weg is. Integendeel, ik geloof dat hier voor analogische toepassing alle grond is. Maar wel heeft men zich bewust te zijn, dat dit een toepassing is bij analogie, dat dus voor de verschillende voorwaarden der actie de bepalingen der wet toepasselijk zijn, voor zoover die analogie opgaat. In hoever dat het geval is, leert een vergelijking van de verborgen gebreken bij den species-koop met de door ons bedoelde gevallen. Daar dient de actie van den koper voor schade te vrijwaren, die hij door onwetend een gebrekkige in plaats van een goede zaak te koopen, leed. Zoo bestaat er hier grond hem niet met die schade te belasten, die hem kan treffen doordat hij een goed geleverd krijgt dat niet was, wat hij gerechtigd was te verwachten. Voor hem nadeelige eigenschappen der waar, die hem bij de levering „verborgen” bleven en „verborgen” mochten blijven, die hij dus niet ontdekte en ook niet had moeten ontdekken, mag hij op den verkooper verhaal zoeken.

Wanneer zal nu bij generieken koop van een verborgen gebrek sprake zijn? Uit het voorgaande volgt reeds, dat het „gebrek” hier een eenigszins andere beteekenis krijgt dan het bij species-koop heeft. Niet of de waar eigenschappen vertoont afwijkend van het normale, is hier hoofdzaak, maar of zij aan hetgeen partijen op het oog hadden, voldoet. Eigenaardiger nog is de wijziging die hier in het begrip van het „verborgen zijn” komt. Uiteenzetting

<sup>1)</sup> Vonnis Amsterdam 8 Juni 1906 W. 8601.

<sup>2)</sup> Vonnis Amsterdam 23 Sept. 1893 W. 6505.

<sup>3)</sup> Vonnis Amsterdam 12 Febr. 1860 W. 2998.

<sup>4)</sup> Vonnis Amsterdam 29 Juni 1888 P. v. J. 1888, 104.

daarvan zal tevens gelegenheid geven de verhouding van deze vordering en tot die tot schadevergoeding wegens niet-nakoming nader uiteen te zetten.

### III

Voor „verborgen" gebreken moet de verkooper instaan, niet voor „zichtbare welke de koper zelf had kunnen ontdekken", zegt art. 1541 B. W. Op het verborgen zijn voor *den koper* dus, niet op het al of niet zichtbare op zichzelf komt het aan. Aan dit begrip wordt door de auteurs een uitlegging gegeven die bij analogische toepassing op den generieken koop tot voor ons belangrijke conclusies leidt. Om dit duidelijk te maken, wil ik aanknoopen aan een opmerking van Pothier.

Pothier haalt in zijn „Traité de la vente" \*) met instemming een rechterlijke beslissing aan, waarbij werd uitgemaakt, dat gaten in een nieuwe stof een redhibitoir gebrek zijn. Men heeft zich over deze uitspraak verwonderd en de voor de hand liggende tegenwerping gemaakt, dat een dergelijk gebrek toch wel te zien is, het is „une complète contradiction avec les règles" zegt Guillaouard <sup>2)</sup>. Nu is het wel waarschijnlijk, dat Pothier ook wel wist, dat een gat in een stof „zichtbaar", door enkele bezichtiging waarneembaar is en men zal dus verstandig doen, de in algemeene bewoordingen gegeven uitspraak wat beperkter op te vatten en als Baudry-Lacantinerie en Saignât <sup>3)</sup> aan te nemen, dat de rechter, waarvan Pothier spreekt en deze zelf aan een geval dachten waarbij „il était d'usage que celui qui achetait une pièce d'étoffe la prenait chez le vendeur sans vérification et la vérifiait chez lui après l'enlèvement", dat men dus het gebrek „verborgen" noemde voor den koper, „par ce que l'usage l'avait empêché de vérifier". Maar wat leert de uitspraak dan? Dat het er niet alleen op aankomt wat de koper *kan*, maar ook wat hij *behoorde* te zien, dat dus niet alleen de aard van het gebrek beslist maar ook de mate van onderzoek, waartoe de koper verplicht was. Brengt gebruik en goede trouw mee dat de koper de stof die hij in een magazijn koopt, uitslaat, tegen het licht houdt, betast, dan is de aanwezigheid van gaten een gebrek dat hij had kunnen en moeten bemerken, verzuimt hij echter niets van de onderzoekingen die het verkeer hem oplegt, door van de geheele lap slechts een gedeelte te bezien, en neemt hij die dan toegeslagen mee naar huis, dan is datzelfde gebrek een „verborgen". En tot een zelfde resultaat leidt een uitspraak van onzen Diephuis <sup>4)</sup>. „Wanneer de koop goederen betreft, zegt deze, die de koper eerst bij of na de ontvangst of althans omdat zij zich op een

1) No. 206.

2) Traité de la vente et de l'échange, nos. 432—433.

3) Traité de la vente no. 423 (dl. XVII van Baudry).

4) XI blz. 311.

andere plaats bevonden, niet vóór of bij den koop nazien kon, zal een op zichzelf zichtbaar gebrek als verborgen aangemerkt kunnen worden, omdat de koper het niet heeft kunnen ontdekken". Ook hier zal het „kunnen ontdekken" moeten worden opgevat als een „kunnen" bij normaal onderzoek, — immers *mogelijk* is het wel een gebrek van een zich op een andere plaats bevindende zaak te ontdekken, men zal zich slechts naar die plaats hebben te begeven — ook hier komt het dus voor alles op aan, of de koper het onderzoek heeft verricht dat hij *behoorde* te doen. Bracht de overeenkomst niet mee, dat de koper vóór den koop de zaak bezichtigde, dan is elk gebrek verborgen, maar niet omdat het den koper onmogelijk was het te ontdekken, maar omdat hij niet verplicht was zichzelf die mogelijkheid te verschaffen.

Al deze uitspraken betreffen de koop van een species. Maar het is duidelijk, dat zij juist voor ons onderwerp bij uitstek van belang zijn. Wat het oogenblik van den koop voor den specieskoop is, is het oogenblik van de levering voor den generieken koop, eerst op dat oogenblik komt de koper in betrekking tot het goed, van dan af kan dit als object der handeling worden beschouwd. Past men nu de boven gegeven door het gezag van Pothier gesteunde uitlegging van art. 1541 B. W. hier analogisch toe, dan zal ook hier „verborgen" moeten heeten niet alleen het gebrek, dat de koper bij de levering niet heeft *kunnen* waarnemen maar elk, dat hij zonder dat hem gebrek aan onderzoek is te wijten, niet waargenomen heeft. Dan is dus verhaal op den verkooper mogelijk voor elke minderwaardigheid der waar, die de koper niet bij levering ontdekt heeft en dat hij niet bij het onderzoek waartoe wet, gebruik of goede trouw hem verplichten had kunnen ontdekken. En daarmee is uitgemaakt, dat in de in den aanvang van dit opstel besproken gevallen als de levering vrij aan boord, waar de koper absoluut niets onderzoekt en ook geenerlei onderzoek van hem verwacht wordt, nog over *elk* gebrek geklaagd kan worden en bij die gevallen als van de verpakte waar, die verpakt moet blijven, over ieder gebrek dat niet ondanks de verpakking te bemerken was. Deze consequentie wordt ten volle aanvaard door het boven geciteerde merkwaardige vonnis van Amsterdam van 1888, daar waren lampenglazen geleverd hier te lande, in kisten verpakt, bestemd om naar Indië vervoerd te worden, de glazen bleken bij aankomst gedeeltelijk gebroken, gedeeltelijk gescheurd, hetgeen niet een gevolg van inladen of lossen kon zijn, maar door den koper aan slechte koeling bij de fabricage werd geweten. Op grond dat gedaagde, verkooper wist dat de goederen ongeopend zouden worden doorgezonden, werd zijn verweer dat hier niet een „verborgen" gebrek was, verworpen, de koper was, overweegt de Rechtbank, noch door de wet, noch door het handelsgebruik verplicht een of meer dier kisten na ontvangst te openen. Jammer genoeg is deze uitspraak te zeer alleen blijven staan, boven haalden wij reeds andere

aan, waar voor de beslissing van het „verborgen zijn" met de omstandigheden der levering geen rekening werd gehouden.

Wat is dus het resultaat van analogische toepassing van de verborgen-gebreken-actie op den generieken koop? Resumeeren wij even. Wien geleverd wordt, zal in het algemeen bij de levering moeten onderzoeken *wat* hem geleverd is, keurt hij goed, dan is latere reclame uitgesloten, ook als hij onderzoek nalaat waar onderzoek mocht worden verwacht: zijn positie is te dien aanzien dezelfde als die van den koper van een bepaalde zaak op het oogenblik van den koop, wie in een dergelijk geval controle verzuimt drage zelf daarvan de gevolgen, dat eischt de goede trouw.

Een verborgen-gebreken-actie is dus alleen mogelijk op grond van zulke feiten, die bij het onderzoek, waartoe de koper verplicht was, niet konden worden ontdekt. Het al of niet verborgen zijn hangt af van de mate van onderzoek in elk geval vereischt. Is om de een of andere reden onderzoek bij de levering niet verplicht dan kan later over *elk* gebrek nog gereclameerd worden. Ik zou niet aarzelen dit voor leveringen als de boven besprokene (f. o. b., verpakt goed enz.) aan te nemen.

Maar, vragen wij, is ter verkrijging van dit laatste resultaat wel analogische toepassing der regeling van de verborgen 'gebreken noodzakelijk? Kan de koper zijn doel niet bereiken door eenvoudig een actie tot schadevergoeding op grond van niet behoorlijke nakoming van het contract in te stellen?

Ook bij species-koop bestaat er zekere samenhang tusschen beide vorderingen. Toch is het niet juist de een als een specimen van de andere te beschouwen <sup>1)</sup>, de verborgen-gebreken-regeling onderstelt dat geleverd is wat verkocht is, en geeft dan den koper een actie niet omdat de verkooper *niet* nagekomen is, maar ofschoon hij *wel* nagekomen is. Slechts als het gebrek den verkooper bekend was, als hij het verzwegen heeft en zoo wel niet in zijn verplichting tot levering maar in de toch ook uit het contract voortvloeiende plicht *te goeder trouw* te handelen, is te kort geschoten, slechts dan kan het gebrek aanleiding zijn voor een vordering tot schadevergoeding naast de speciale acties, hier door de wet gegeven. Men zie art. 1544 B.W.

Hier ligt de zaak eenigszins anders, hier is niet alleen het verzwijgen van gebreken, maar ook het leveren van iets anders dan overeengekomen was een niet-nakomen van contractueele verplichtingen. Veel eerder dan bij den species-koop is dus hier denkbaar, dat behalve vernietiging of prijsvermindering ook schadevergoeding kan gevorderd worden. Zoo kan vergoeding verkregen worden als de geleverde ondeugdelijke waar vermengd is met goede van den koper en ook deze daardoor is bedorven<sup>2)</sup>. Maar tegen deze

<sup>1)</sup> Vgl. daarover Fubini, La responsabilité du vendeur pour les vices caches. Revue Trimestrielle de droit civil, 1903, blz. 283 vlg.

<sup>2)</sup> Vgl. Entscheid. des Reichsger. Civ. Sachen, 27 Nov. 1902, Bd. 53 no. 24.

vordering tot schadevergoeding zouden ook verdedigingen gevoerd kunnen worden, die tegen de verborgen-gebreken-actie niet opgaan. Voor de laatste is het enkel de vraag, of de waar gebrekkig is en of het gebrek in den boven omschreven zin „verborgen" kan heeten, met subjectieve omstandigheden van den verkooper wordt geen rekening gehouden, bij de vordering tot schadevergoeding zal de verkooper bevrijd zijn, als het gebrek der zaak hem niet kan worden toegerekend. Veel zal die mogelijkheid zich misschien niet voordoen, maar zij is toch overal denkbaar, waar de verkooper alles gedaan heeft wat van hem verlangd kan worden om den koper goede waar te bezorgen en desondanks het geleverde eenig gebrek aankleeft. Maar in het algemeen zal het mogelijk zijn op grond der zelfde feiten naast of in plaats van vernietiging of prijsvermindering, schadevergoeding te vorderen. Daaruit nu echter af te leiden, dat naast die schade-acties de verborgen-gebreken-acties niet bestaan, lijkt mij niet juist. Men bedenke dat onze wet niet kent het speciale actie-systeem, waarbij ieder die procedeert een bepaalde door de wet gegeven vordering heeft in te stellen, maar dat het voldoende is, indien slechts de eisch (het petitum) door de gestelde feiten wordt gemotiveerd. Het feit nu der ondeugdelijke levering motiveert een vordering, tot vernietiging, tot prijsvermindering, naar omstandigheden ook tot schadevergoeding. Stelt men zich op het standpunt der wanpraestatie, en vraagt men ontbinding, dan zal tusschen deze en de vernietiging wel verschil in naam, niet in wezen bestaan, evenmin tusschen prijsvermindering en schadevergoeding. Of de levering ondeugdelijk was, of de koper zich nog op die ondeugdelijkheid beroepen mag zal naar denzelfden maatstaf bij de eene en bij de andere worden beslist. Had het gebrek bij de levering be-hooren te worden ontdekt, heeft de koper goedgekeurd of niet tijdig geklaagd, dan zal hem evenmin de vordering tot schadevergoeding als de tot hier toe besprokene toegekend kunnen worden. Langs tweeërlei weg komt men hier tot eenzelfde conclusie. Dezelfde bevoegdheid tot keus geeft de Duitse wet aan den koper. Naar § 480 B. G. B. heeft de koper van een „nur der Gattung nach bestimmten Sache" de bevoegdheid om in plaats der redhibi-toire acties (Wandelung oder Minderung) schadevergoeding te vragen bij het ontbreken van „zugesicherte" Eigenschappen. „Zuge-sichert" nu is bij generieken koop elke eigenschap, die de koper te goeder trouw in de zaak mocht verwachten.

Volgens diezelfde bepaling kan hij als hij schade mag vorderen, ook de waar ter beschikking stellen en nieuwe levering, thans van deugdelijk goed verlangen. Zal dit ook naar ons recht gelden? Ik betwijfel het. Vooreerst zal men den koper alleen gerechtigd tot zulk een vordering kunnen noemen, als men de ondeugdelijke levering gelijk stelt met niet leveren. En daartegen heb ik bezwaar, de verkooper heeft geleverd, de koper heeft aangenomen, bij die handeling is de verkooper te kort geschoten en daarom tot vergoe-

ding verplicht, maar zijn slecht praesteeren is niet een niet praestee-ren, de handeling als niet gedaan te beschouwen gaat niet aan. Ik kom daar nog op terug, hier zal ik er niet langer over uitweiden, daar een vordering als de Deutsche wet hier geeft, bij ons niet voorkomt. Overigens geldt dus ten aanzien van dit punt ongeveer hetzelfde in Duitschland krachtens uitdrukkelijke bepaling wat bij ons is aan te nemen, maar een speciale regeling ontbreekt. Slechts op dit verschil wil ik nog wijzen, dat door de Deutsche wet op de vorderingen tot opnieuw leveren en tot schadevergoeding de bepalingen omtrent de verjaring der verborgen-gebreken-acties toepasselijk zijn verklaard (zie §§ 480, 477 B.G.B.), bij ons ontbreekt uit den aard der zaak dergelijke bepaling. Waar art. 1547 voor hem zal gelden die uit verborgen gebreken ageert, zal het denzelfden koper niet kunnen tegengeworpen worden als hij de schade-actie instelt. Hier kan dus inderdaad de wijze van inkleeding der vordering, of de gekozen terminologie zich meer van het rechtsinstituut der verborgen gebreken dan aan dat der schadevergoeding aansluit, beslissend zijn. Practisch wordt hierdoor art. 1547 voor den generieken koop vrijwel ter zijde gesteld. Intusschen van groot belang is dit niet. Immers de koper is verplicht onmiddellijk na ontdekking van het gebrek den verkoper daarvan kennis te geven, die verplichting vloeit uit het algemeene art. 1375 B. W. voort<sup>1)</sup>). Verzuimt hij dien plicht dan verliest hij daardoor reclame-recht. Voor het „besprongen worden" met onverwachte vorderingen tijden na de levering behoeft dus de verkoper niet bang te zijn, alleen zal voor de schade-actie niet het moment waarop het proces begonnen is beslissend zijn, maar slechts dat waarop geklaagd is.

Tot nog toe spraken wij over de actie door den koper in te stellen op grond van onvoldoende levering, van meer beteekenis echter is de vraag, welk verweer hij aan dat feit tegenover een tegen hem ingestelde actie (tot betaling) kan ontlennen. Zoo komt de zaak meestal voor den rechter. De koper weigert te betalen, op grond dat hem niet behoorlijk zou zijn geleverd. En dat dit verweer dikwijls een chicane is, en daarom de rechter geneigd zal zijn het te verwerpen, desnoods door den koper een „goedkeuren der waar", een „verwerken van reclame" in de schoenen te schuiven, waar hij niet heeft goedgekeurd en niets heeft verwerkt, is niet twijfelachtig.

Wat zijn nu de conclusies van ons betoog ten aanzien van dit verweer? Moeten wij aannemen, dat de koper, die zelfstandig herstel van den vroegeren toestand, mindering van den koopprijs', kan eischen, ook bevoegd is aan diezelfde gronden een verweer te ont-

<sup>1)</sup> Afwijzing van „tardieve reclames" behoort dus niet op grond van goedkeuring gedaan maar omdat de reclameerend in strijd met gebruik en goede trouw handelt. Bespreking der momenten waarvoor de tardiviteit bepaald wordt, zou ons evenzeer als het in casuïstiek ophelderen van het gezegde, te ver van ons onderwerp afvoeren.



leenen en betaling te weigeren? Leidt niet in ieder geval zijn bevoegdheid schadevergoeding te vragen wegens niet nakoming daartoe? En zoo ja, is hij dan geheel in denzelfden toestand als de koper, wien niets geleverd is of die de levering geweigerd heeft, d.w.z. drukt op den verkoper de plicht te stellen en eventueel te bewijzen dat deugdelijk geleverd is? Of zit hier een verschil en waarin? Ziedaar vragen van veel beteekenis, die ik echter na het voorgaande kort meen te kunnen beantwoorden.

Wijden wij daartoe eerst een enkel woord aan de beteekenis van het beroep op verborgen gebreken bij de vordering tot betaling van een bepaalde gekochte zaak, bij den specieskoop dus.

#### IV

In het Romeinsche recht geldt de regel, dat naast de actio de exceptio redhibitoria staat, dat dus het beroep op vernietiging wegens verborgen gebreken ook als verweermiddel tegen de vordering tot betaling kan worden ingebracht. Men zie D 21, 1, 59 pr. en § 1. Anders onze jurisprudentie. Herhaaldelijk is beslist<sup>1)</sup>, zoo ten aanzien van den species- als van den genuskoop dat de beweerde gebreken, zoo zij bewezen waren, wel den koper hadden kunnen strekken tot basis voor een zelfstandige vordering, maar hem van zijn verplichting tot betalen niet ontheffen. Nu ligt echter niet in dit stelsel opgesloten — zooals men wellicht zou meenen — dat de koper, die gebreken aan een gekochte zaak ontdekt maar moet betalen en dan achteraf zien den betaalden prijs terug te krijgen. Hij kan zeker, als de ontdekking geschiedt vóór de betaling, de betaling weigeren. Wordt hij dan in rechten aangesproken dan kan hij zijn vordering tot vernietiging als eisch in reconventie doen gelden. Een voorbeeld van deze wijze van handelen geeft een kort geleden in drie instanties gevoerd proces over een automobiel. De koper aangesproken tot betaling beweerde verborgen gebreken en vroeg in reconventie vernietiging. Rechtbank en Hof hielden de uitspraak over de conventie aan en lieten in reconventie den koper tot bewijs der gestelde gebreken toe. De verkoper kwam in cassatie en beweerde onder meer dat de conventie dadelijk had moeten worden afgedaan, nu het beroep op de gebreken den koper toch niet kon bevrijden, de Hooge Raad handhaafde echter de uitspraak van den lageren rechter<sup>2)</sup>. Als de beslissing in con-

<sup>1)</sup> Vgl. behalve de vroeger geciteerde vonnissen Amsterdam 3 Febr. 1905 W. 8258, idem 21 Juni 1905 W. 8415. Alkmaar 29 Juni 1897 W. 7026 enz. De schrijvers houden zich, voor zoover ik kon nagaan, niet opzettelijk met de vraag bezig. Diephuis (XI blz. 327) en Goudsmit (I blz. 259) strijden over de toepasselijkheid van art. 1547 op een als exceptie gevraagde vernietiging. Land (III, 2 blz. 58) vermeldt dien strijd zonder partij te kiezen. Alle drie gaan dus van de mogelijkheid van het beroep op verb. gebreken als exceptie uit.

<sup>2)</sup> Arrest van 27 April 1906 W. 8372, zie het vonnis der rechtbank te Utrecht in W. 8184, het arrest van het hof te Amsterdam in W. 8294.

ventie van die in reconventie afhangt, zegt het hoogste rechtscollege, maakt de rechter terecht gebruik van de hem in art. 252 Rv. gegeven bevoegdheid. De uitspraak is begrijpelijk, deed de rechter anders, hij zou kans loopen den kooper eerst tot betaling te ver-oordeelen om daarna zijn recht te erkennen die zelfde betaling weer terug te vorderen. Maar leert die uitspraak niet, dat men het met de bewering, dat dergelijk beroep wel als grond voor een zelfstandige actie, niet als verweer tegen de aanspraak tot betaling kan gelden, niet al te nauw moet nemen? Leidt de samenhang van conventie en reconventie, twee zelfstandige maar toch niet gescheiden processen, niet tot de erkenning, dat het recht op vernietiging toch ook tot verweer kan dienen? Ons geval maakt het duidelijk. Als de beslissing in conventie van die in reconventie afhangt, wil dat toch wel zeggen, dat als de gebreken bewezen zijn, en de reconventie toegewezen wordt de vordering in conventie moet worden ontzegd. En als een vordering ontzegd wordt is dat toch wel, omdat een daartegen gevoerd verweer deugdelijk is bevonden?

Dat een dergelijk resultaat het logisch eenig mogelijke is, leert ook vergelijking met een analoog geval. Ik bedoel de zoogenaamde *exceptio non adimpleti contractus*. Het is bekend, dat de jurisprudentie daar niet van weten wil. Is een wederkerige overeenkomst van geen van beide zijden nagekomen, leert zij, dan heeft naar ons recht wel ieder der partijen het recht ontbinding of nakoming te vragen, maar is hij niet bevoegd als hij aangesproken wordt zich met de bewering, dat de eischer ook zijnerzijds niet is nagekomen, te verdedigen. Maar vordert nu die aangesprokene in reconventie op grond dier niet-nakoming ontbinding en wordt de vordering gegrond bevonden, dan moet men toch tot ontzegging der conventioneele vordering komen. Men kan toch niet bij één vonnis iemand tot nakoming veroordeelen en hem tegelijkertijd door de ontbinding uit te spreken van die verplichting tot nakoming ontheffen. Werd ook in conventie ontbinding gevraagd dan kan men het resultaat, dat het in naam verworpen verweer feitelijk wordt erkend, nog bemantelen door bij één uitspraak (in conventie en reconventie) de overeenkomst op vordering van beide partijen ontbonden te verklaren. Zoo deed de rechtbank te Amsterdam bij vonnis van 17 April 1900<sup>1)</sup>. Maar dat dit niet anders is dan een bemanteling, gevolg van toeval, en de rechter er wel toe *moet komen* den grondslag van den eisch in reconventie tevens als verweer in conventie te erkennen, leert datzelfde vonnis. Immers hoewel dit verweer met zooveel woorden verworpen werd, werd toch in conventie de vordering tot schadevergoeding, die aan de ontbinding was vastgeknoopt, ontzegd, en dat op grond dat in reconventie

<sup>1)</sup> W. 7553. Niet ten onrecht noemde de Savornin Lohman (Land—Lohman IV, 75) deze uitspraak „merkwaardig“.

de ontbinding zou worden uitgesproken. Wat is dat anders dan het feitelijk aannemen van het verweer dat men zegt te verwerpen? Practisch staat dus de leer, die van een beroep op vernietiging wegens verborgen gebreken als verweermiddel niet wil weten, maar toch de beïnvloeding van den conventioneelen eisch tot betaling door dien in reconventie tot vernietiging erkent, niet zoo heel ver van de meening dat dergelijke exceptie wel is toegelaten. Het is zuiver een quaestie van vorm. Ik zal er daarom niet te veel van zeggen, maar zonder nadere motiveering als mijn meening uitspreken dat, mits de betrokken partij den rechter maar den wensch te kennen geeft de koopovereenkomst vernietigd te krijgen, het onverschillig is, of die vordering in het deel van gedaagdes verweerschrift dat conclusie van antwoord heet dan wel in het andere „eisch in reconventie" genoemd is neergelegd<sup>1)</sup>. Ter toelichting kan ik na het voorgaande volstaan met verwijzing naar hetgeen door Parser omtrent deze vraag, wel niet voor onze vernietiging maar over de kwestie in het algemeen is betoogd<sup>2)</sup>. Maar wel moet de vernietiging worden *gevraagd*, we hebben hier te maken met een exceptie in den eigenlijken zin, een rechtsmiddel gelijk men wel zegt, en is een ingrijpen noodig van den rechter, waartoe hij alleen kan overgaan, als partijen dit van hem verlangen, een ambtshalve vernietigen, alleen omdat de feiten er grond voor zouden geven, zonder dat het verzocht is, is niet geoorloofd, juist omdat dit verweer in wezen tegelijk een vordering tot verandering van den rechtstoestand is. Daarmee is ook de redeneering van vele vonnissen dat zoolang de koop niet vernietigd is, de koper moet betalen, weerlegd. De koper vraagt juist de vernietiging door het exceptief verweer. Gelijk gezegd, ik zal hierover kort zijn, maar ik wil er toch nog even op wijzen, dat speciaal ons geval tot de conclusie leidt dat het beroep op de verborgen gebreken ook als exceptief verweer in het geding kan worden gebracht. Naast de vernietiging kan namelijk ook de prijsvermindering worden gevraagd (art. 1543). Hoe moet men zich nu die vordering tot vermindering denken als de koopprijs nog niet betaald is? Verlangt men ook dan dat de tot betaling aangesproken koper in reconventie eischt? Of ligt het althans dan niet voor de hand, dat de koper tegen de tegen hem ingestelde vordering inbrengt, dat hij niet meer schuldig is dan het bedrag, waarop de waar na vaststelling van het gebrek is te schatten, tot welk bedrag hij den rechter verzoekt den koopprijs te verminderen? Dat is toch wel zoo rationeel. En dat is ook door de jurisprudentie, zij het slechts in één enkel arrest van den Hoogen

<sup>1)</sup> Dat in het eerste geval niet een uitdrukkelijke vernietiging zal worden uitgesproken kan geen bezwaar zijn, zij ligt in het dictum waarbij de eisch van den koper wordt ontzegd, opgesloten. Het is daarmee als met het beroep op minder jarigheid, dat men blijkens art. 1490 toch ook als exceptie kan doen gelden.

<sup>2)</sup> Dedaratoir vonnis Diss. Amsterdam 1903. blz. 65—72.

Raad<sup>1)</sup> erkend, een arrest voor ons te merkwaardiger omdat he: een generieken koop betrof. Maar als men nu telkens met nadruk betoogt, dat de beide actiën uit verborgen gebreken geheel parallel loopen, zal dan wat voor de eene geldt ook niet bij de andere moeten worden aangenomen?

Het eenige punt dat hier tot twijfel aanleiding kan geven, is de vraag, of op de als exceptief verweer gedane vordering ook art. 1547 toepasselijk is en het beroep dus na den daar aangegeven termijn niet meer baat, dan wel ook hier geldt, wat art. 1490 B. W. over een ander geval voorschrijft, dat de exceptie blijft ook nadat de actie is te niet gegaan? Er valt over te twisten<sup>2)</sup>, wat mij betreft zou ik meenen, dat meer vóór dan tegen de toepasselijkheid van art. 1547 B. W. ook op dit geval te zeggen is, bij het ontbreken van plaatselijke gebruiken zal de rechter overigens de vrijheid hebben bij berekening van den termijn met het feit dat de koopprijs niet betaald was en evenmin opgeëischt, rekening te houden.

Op één zaak moet ik nog wijzen, die wel van zelf spreekt, maar die toch voor ons verder van belang zal blijken: de koper die verborgen gebreken beweert heeft den bewijslast. Te dien aanzien kan het geen verschil maken of de vernietiging bij afzonderlijken eisch dan wel als exceptie is gevorderd. De koper vraagt een ingrijpen van den rechter, een wijziging in den rechtstoestand, aan hem is het daarom de feiten die den rechter tot grondslag daartoe moeten strekken te bewijzen.

Al wat ik tot nog toe zeide geldt voor den specieskoop, maar er is geen reden waarom het niet ook zou gelden voor den generieken. Ook bij deze kan de vernietiging of mindering gevraagd worden bij exceptie, ook bij dezen zal dus de bewijslast op den koper rusten. Maakt de koper van deze bevoegdheid gebruik dan zal hij de gebreken, die hij als „verborgen" doet gelden, moeten aantonen. Is dat nu anders indien de koper niet de actie aan die van art. 1543 B. W. analoog verkiest, maar zich, zooals wij een vorige maal zagen dat hem ook vrijstaat, op het standpunt stelt, dat hij vergoeding vordert der schade tengevolge van 's verkoopers niet-behoorlijke nakoming der overeenkomst geleden? Of blijft dan aan den ver-koper de last om tegenover de stelling dat hij niet behoorlijk is nagekomen, zijn wel en dus ook behoorlijk gepraesteerd hebben te bewijzen? Hier zit *de* moeilijkheid.

Uit hetgeen in het derde hoofdstuk gezegd is volgt, dat verborgen gebreken actiën en schadevergoedingsactie hier vrijwel

<sup>1)</sup> 24 Mei 1901 W. 7612. Het geval was dit: Er was kamgaren verkocht en geleverd, volgens den koper deugde de kwaliteit niet, wat eerst bemerkt was bij de verwerking. Hij was bereid de mindere waarde van dat goed te betalen. De Rechtbank te Breda gaf hem ongelijk, maar Hof en Hooge Raad meenden dat door het beroep op verborgen gebreken de vordering slechts tot dat mindere bedrag kon worden toegewezen.

<sup>2)</sup> Zie de eerste noot bij dit deel van dit opstel.

parallel löopen. Of het betoog van uit de voor den specieskoop gegeven vordering voor verborgen gebreken wordt opgezet dan wel of men van uit de bepalingen omtrent schadevergoeding redeneert, men komt in beide gevallen tot eenzelfde conclusie met slechts ondergeschikte verschillen omtrent omvang der schade en invloed van subjectieve omstandigheden. En wat hier hoofdzaak is, ondeugdelijkheid der levering, bevoegdheid van den koper tot reclame zal bij de eene vordering naar denzelfden maatstaf als bij de andere worden beoordeeld. Er mag iets bijkomen waardoor het petitum kan worden uitgebreid (voor verdere schade) of er mogen omstandigheden zijn, waardoor die verder reikende eisch niet kan worden toegewezen, de grondslag is hetzelfde, of de koper ontbinding wegens niet behoorlijke nakoming of vernietiging wegens verborgen gebreken, prijsmindering of enkel schadevergoeding vraagt. Is het niet reeds hierom onwaarschijnlijk, dat zij ten aanzien van den bewijslast zouden verschillen? Aanknooping aan hetgeen in het eerste hoofdstuk is betoogd leert dat dit onwaarschijnlijke, ook niet juist is. Ik heb mij daar verzet tegen de bewering, dat elke aanvaarding der waar gelijk staat met goedkeuring, maar in die bewering lag de juiste kern, dat de koper, wien hoe dan ook geleverd is, niet gelijk staat met dengeen wien niets geleverd is of die geweigerd heeft. Door die levering gaat bezit en eigendom der waar op den koper over, hij beschikt er van dat oogenblik over, mag er mee doen wat hij wil en voor hem is dan ook het risico<sup>1)</sup>. De beteekenis daarvan komt goed uit, als men die gewone aanneming vergelijkt met het aan de Deutsche jurisprudentie<sup>2)</sup> ontleende geval van een koper van wijn, die dien wijn niet wil aanvaarden, maar hem daarna op verzoek van den brenger wel tijdelijk in zijn kelder wil opslaan. Dan wordt de koper zeker niet meer dan bewaarder, een dergelijk aannemen staat gelijk met weigeren, maar van de aanneming, zooals zij in den regel geschiedt, kan dit niet gezegd worden. Tenzij het tegendeel uitdrukkelijk of stilzwijgend is bedongen is deze aanneming een als eigendom aannemen. Daaruit volgt niet, dat de koper de waan heeft goedgekeurd, tegenover den verkooper heeft erkend dat de waar was zooals zij behoorde te zijn, maar wel, dat ook hij *voorloopig*, totdat hem het tegendeel blijkt, in die waar ziet de te leveren waar, de handeling beschouwt als nakoming. Hij erkent dat hij voorloopig

\*) Op die risico kwam het ook aan in de zaak waarin het meer geciteerde rapport over de beteekenis van levering f. o. b. was gegeven. Men ziet dat het mogelijk is aan te nemen dat dit risico bij dat beding op het oogenblik van de inlading overgaat en dat daarmee toch niet elke reclame is uitgesloten. — Ook Ehrlich t. a. p. wijst op het belang van den eigendomsovergang voor onze materie. Hij wijst er op, dat allerlei handelingen die men als goedkeuring der waar heeft beschouwd niet anders zijn dan uitoefening van eigendomsrecht. Hij verbindt echter aan die uitoefening afsnijding van *elke* reclame als gevolg, terwijl hij in de enkele aanneming niet een te kennen geven van den „Aneignungswillen“ **ziet**.

<sup>2)</sup> Geciteerd bij Ehrlich t. a. p. blz. 154.

geen reden heeft te weigeren<sup>1)</sup>, en is hij bij de levering niet tegenwoordig, geschiedt zij aan boord van een schip of is om andere reden controle uitgesloten, dan heeft hij zeker niet van te voren verklaard dat hij e/A:e levering goedkeurt, maar wel dat hij bereid is eigenaar te worden, met de reserve van latere keuring genoeg te nemen met hetgeen de verkooper zal aanbieden; *in zoofferre* is waar: *il a suivi la foi du vendeur*. Maar is die handeling voor-loopig althans nakoming, dan kan hij, de koper, niet nogmaals een nakomen verlangen, dan is ook op dat oogenblik zijne betalingsplicht geboren. Maar dan volgt daar ook uit, dat als hij beweert na de levering ontdekt te hebben dat de waar gebrekkig was, hij niet ontkent dat de verkooper heeft geleverd, maar feiten aanvoert, die hem van zijn al bestaande verplichting ontheffen, *waarvan dus op hem het bewijs rust*<sup>2)</sup>. Spreekt dat vanzelf na betaling, ook het verweer tegen de vordering tot betaling dat wel is geleverd, maar niet deugdelijk, is niet een ontkenning van den grondslag van den eisch maar een beroep» op een eigen recht ontbinding te vragen<sup>3)</sup> een eigen recht als exceptie in het geding gebracht, juist als de exceptie van vernietiging wegens verborgen gebreken bij den species-koop; het is dus aan hem die zich op dat recht beroept de feiten, die er aan ten grondslag liggen te bewijzen. Al wat omtrent die vernietiging is betoogd, geldt ook hier.

Ik hoop zoo te hebben aangetoond, dat het niet in strijd is met de regels die men gewoonlijk omtrent den bewijslast aanneemt, dezen hier op den koper te leggen. Dat het overigens *billijk* is behoeft dunkt mij weinig toelichting. De koper heeft de waar, hij kan er voor zorgen dat zij blijft in den toestand waarin zij op het oogenblik der levering was, aan hem is het ook mogelijk maatregelen te nemen om dien toestand te constateeren om hem eventueel later te kunnen bewijzen. Bestond het gebrek, dan kan *hij* het ook *bewijzen*, voor den verkooper is het dikwijls onmogelijk, ook al was de zaak volkomen zooals zij behoorde te zijn, dit achteraf nog duidelijk te maken<sup>4)</sup>.

Mag ik na dit alles mijne conclusies trekken dan zouden het deze zijn: Onze jurisprudentie zondigt naar twee zijden, in de eerste plaats door somtijds *na* levering elke reclame af te snijden, in de tweede plaats door dan weer ondanks levering op den ver-

<sup>1)</sup> Vlg. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers, II blz. 261.

<sup>2)</sup> Anders Hanausek t. a. p., m. i. verwarrend de vraag of reclame mogelijk is en wie bewijzen moet. Overigens dient opgemerkt, dat wie in het algemeen bij de exceptio non adimpleti contractus den bewijslast op den gedaagde leggen (vgl. Land—Lobman IV blz. 70), reeds daarom de juistheid mijner conclusie moeten aanvaarden. Ik heb dezen sterken steun ter zijde gelaten, omdat die bewering m. i. te algemeen is en uiteenzetting daarvan hier de behandeling te breed zou maken.

<sup>3)</sup> Respectievelijk tot schadevergoeding als hij de waar wil houden en alleen de mindere waarde als prijs betalen.

\*) Zie ook § 363 B. G. B.

kooper den last van het bewijs van de deugdelijkheid der waar te doen rusten. Van de eerste opvatting zijn in den loop van dit artikel voorbeelden genoeg aangehaald, de tweede is in talrijke uitspraken te vinden, om slechts enkele van de allernieuwste te noemen, wijs ik op Hof Arnhem 2 Januari 1906 W. 8494 en Amsterdam 2 November 1906 W. 8560. De laatste leer is consequentie van het gelijk stellen van ondeugdelijk leveren met niet-leveren, de eerste, reactie tegen de voor het rechtsgevoel stuitende uitkomsten der andere, waardoor maar al te dikwijls een chicaneerende koper gelijk kan krijgen, fingeert een goedkeuring, waar aan goedkeuren niet is gedacht. Van de door mij verdedigde opvatting zijn in de jurisprudentie slechts weinig voorbeelden te vinden.

Volgens deze is de koper tot betalen verplicht als geleverd is, d.w.z. als de door den verkoper als object aangewezen waar in bezit van den koper is overgegaan, maar is de koper gerechtigd ondanks die levering te reclameeren over al die gebreken die hij niet bij de levering had kunnen en moeten ontdekken, tenzij hij óf den tijd, waarbinnen hij naar billijkheid en gebruik zijn klachten had moeten doen hooren heeft laten verlopen of de waar uitdrukkelijk of door zijn handelingen heeft goedgekeurd. Op den koper rust dan de bewijslast, onverschillig of hij zelfstandig tot vernietiging of schadevergoeding ageert, dan wel zich verweert tegen een vordering tot betaling.

