

4) Korte termijn

a) Ratio legis

340. BEWIJSMOEILIKHEDEN VAN ANTERIORITEIT GEBREK VOORKOMEN OF GEWOON DREMPEL VOOR RECHTSZEKERHEID? – De vordering van de koper wegens verborgen gebreken moet worden ingesteld binnen een korte termijn (art. 1648 oud BW). Ook in de besproken periode blijft de interpretatie van deze bepaling stof voor veel doctrine(1497). Voor de koper is dit volgens sommigen niet zozeer een verbintenis, maar eerder een *Obliegenheit*(1498) (*incombance* of last). In de besproken periode heeft bodemrechtspraak de *ratio legis* van artikel 1648 oud BW regelmatig benadrukt. Het bewijs van het gebrek wordt in de loop van de tijd namelijk ingewikkelder(1499). Het bewijsmateriaal dreigt (sneller) verloren te gaan(1500). Hoe langer de koper wacht met de instelling van zijn vordering, hoe groter de kans dat de verkoper kan argumenteren dat het gebrek posterieur is. Het wordt echter ook moeilijker voor de verkoper om te bewijzen dat het gebrek niet aanwezig was bij de verkoop, maar het later is ontstaan zodat hij niet tot vrijwaring van het gebrek gehouden is. Daarom is het van groot belang dat de verkoper gauw zekerheid krijgt over de vraag of het vermeende gebrek wel degelijk in de kiem bestond bij of vóór de aankoop van het onroerend goed(1501). Bovendien kan de langdurige afwezigheid van protest van de koper worden beschouwd als een aanvaarding van het gebrek en moet een snelle reactie van de koper de verkoper dus in staat stellen zijn eigen verkoper aan te spreken(1502). Een te langdurig gebruik van de zaak brengt de vernietiging van de koop in het gedrang, waardoor de *actio redhibitoria* onmogelijk wordt(1503). Volgens anderen beoogde de wetgever met de korte termijn wellicht vooral de rechtszekerheid van de commerciële transacties te verzekeren die niet al te lang in vraag gesteld mogen worden door

(1497) Specifiek daarover binnen de besproken periode, zie bv.: E. DE BAERE en S. VEREecken, “Over verborgen gebreken en korte termijnen” (noot onder Brussel 2 oktober 2008), *TBBR* 2011, 34 e.v.; B. DE COCQUEAU, “Le bref délai est-il éternel ?” in *Liber amicorum N. SIMAR. Evaluation du dommage, responsabilité civile et assurances* (Limal: Anthemis 2031), 299 e.v.; B. GOFFAUX, “Le bref délai en matière de garantie des vices cachés: le temps de quelques réflexions”, *For.Ass.* 2017, 101 e.v.; M. HOUBBEN, “L’exigence d’action à ‘bref délai’ en matière de garantie des vices cachés: comparaison entre vente, bail et entreprise”, *TBBR* 2011, 283 e.v.; B. KOHL en F. ONCLIN, “L’exigence du ‘bref délai’ dans l’action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, 560 e.v.

(1498) M. HOUBBEN, “L’exigence d’action à ‘bref délai’ en matière de garantie des vices cachés: comparaison entre vente, bail et entreprise”, *TBBR* 2011, 293.

(1499) Brussel 26 november 2013 *T.Not.* 2014, 241; Brussel 4 februari 2014, *T.Not.* 2014, 237.

(1500) Brussel (7de k.) 2 oktober 2008, *TBBR* 2011, 30, noot E. DE BAERE en S. VEREecken; Brussel 2 oktober 2008, *TBBR* 2011, 30; Bergen (13de k.) 15 juni 2009, *JT* 2010, 161; Gent (26ste k.) 8 september 2009, *De Verz.* 2011, 72; Brussel (20ste k.) 30 maart 2010, *TBO* 2010, 265; Brussel 14 december 2010, *T.Not.* 2012, 50; Antwerpen (1ste k.) 19 maart 2012, *T.Gez.* 2014-15, 29, noot S. ILLEGEMS; Kh. Hasselt (25ste k. D) 13 februari 2006, *RW* 2008-09, 120.

(1501) Rb Brussel 9 december 2019, *RABG*, 2020, 226.

(1502) Bv. Gent (26ste k.) 8 september 2009, *De Verz.* 2011, 72.

(1503) Brussel 26 november 2013, *T.Not.* 2014, 241.

de uitzonderlijke vrijwaringsverbintenis(1504) die met een *actio redhibitoria* wordt gesanctioneerd. De verkoper mag niet te lang in onzekerheid verkeren: indien de koper redenen heeft om ontevreden te zijn over het verkochte goed, moet de tijdsspanne waarin dit gebeurt beperkt worden tot een korte termijn(1505).

b) Kwalificatie van de termijn

341. GEEN VERJARINGSTERMIJN MAAR VERVALTERMIJN – Over de kwalificatie van de korte termijn uit artikel 1648 oud BW als verjarings-(1506) dan wel vervaltermijn(1507) bestaat heel wat controverse. Sowieso is artikel 1648 oud BW als verjaringstermijn atypisch nu de precieze termijn ervan niet wettelijk vastligt, maar overgelaten wordt aan de rechter(1508). Conceptueel hoeft een verjaringstermijn niet noodzakelijk in de wet te zijn bepaald. Het Hof van Cassatie lijkt echter deze discussie te hebben beslecht in het voordeel van een

(1504) B. KOHL en F. ONCLIN, “L’exigence du ‘bref délai’ dans l’action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, 560.

(1505) C. DELFORGE, Y. NINANE, en M.P. NOEL, “De quelques délais emblématiques du contrat de vente”, in *Contrats spéciaux, coll. Recyclage en droit* (Limal: Anthemis 2013), (81) 96 nr. 21.

(1506) O.a. C. ALTER en M. THÜNGEN, “Les effets de la vente – section 2. Les obligations du vendeur”, in *Manuel de la vente* (Waterloo: Kluwer 2010), (186) nr. 453 226; J. DU MONGH, “De stuitende werking van een advocatenbrief” in *De advocatenakte* (Brussel: Larcier 2005), 15 (mogelijkheid tot stuiting art. 1648 oud BW door advocatenakte); M.E. STORME, “Perspectieven voor de bevrijdende verjaring in het vermogensrecht met ontwerpbevestigingen voor een hervorming”, *TPR* 1994, (1977) 1987; K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht* (Antwerpen: Maklu 2007), 51; M. VANWYCK-Alexandre en M. GUSTIN, “L’obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés: le droit commun”, in C. BIQUET-mathieu en P. WÉRY, (eds), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brussel: die Keure 2005), 36; Frankrijk: M. BRUSCH, “La réforme de l’article 1648, alinéa 1 du Code civil opérée par l’ordonnance du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur”, *Revue des contrats* 2005, 710.

(1507) Antwerpen (5de k.) 18 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 173; Bergen (13de k.) 15 juni 2009, *JT* 2010, 161; J. ACOLTY en C. EYBEN, “La prescription extinctive en droit civil et commercial”, in *La Prescription* (Limal: Anthemis 2011), (9) 19 voetnoot 56; E. DE BAERE en S. VEREECKEN, “Over verborgen gebreken en korte termijnen”, *TBBR* 2011, 34 nr. 4; A. DECROËS, “Les délais préfix (ou de forclusion)”, *JT* 2007, 872; M. MARCHANDISE, *Traité de droit civil belge VI, La prescription* (Brussel: Bruylant 2014), 57 nr. 22; I. SAMOY, “De vrijwaringsplicht van de verkoper voor verborgen gebreken: de aard van een termijn in een conventionele garantie en de verhouding tussen de wettelijke en de conventionele garantie” (noot onder Kh. Hasselt 1 december 2000), *TBBR* 2003, 251 nr. 5; A. VAN OEVERLEN, “Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijn in het Belgisch Privaatrecht”, *TPR* 1987, (1755) 1829 nr. 68.

(1508) Vergelijk: volgens K. WAGNER is het onprecieze karakter een van de elementen om een verjaringstermijn van een vervaltermijn te onderscheiden, al geeft hij zelf aan dat het aantal vervaltermijnen met een onbepaalde termijn in de minderheid zijn: K. WAGNER, *Sancties in het burgerlijk procesrecht* (Antwerpen: MAKLU 2007), 51; M. MARCHANDISE, *Traité de droit civil belge VI, La prescription* (Brussel: Bruylant 2014), 57 nr. 22 (stelt dat het onbepaald karakter van de termijn de kwalificatie als verjaringstermijn uitsluit).

vervaltermijn(1509). In zijn arrest van 29 november 2013 stelde het Hof dat de termijn van artikel 1648 oud BW vreemd is aan het artikel 2224 oud BW, een bepaling die over de verjaringstermijn handelt(1510). Het feit dat artikel 1644 oud BW vereist dat een vordering ingeleid moet zijn ten gronde is dan geen stuitingsgrond in de zin van artikel 2244 oud BW, maar een middel om te ontsnappen aan het verval van het recht om vrijwaring te vragen(1511). Het door de wet van 23 mei 2013 gewijzigde artikel 2244 oud BW, dat toelaat dat de verjaring wordt gestuit door onder meer ingebrekestellingen door advocaten, kan dan de korte termijn van artikel 1648 oud BW niet stuiten(1512). Het belang van de kwalificatiediscussie als verjaringstermijn *versus* vervaltermijn (ook wel “fatale termijnen” genoemd) mag weliswaar niet overdreven worden. Het verschil is trouwens op zichzelf betwist, vermits het juridisch statuut van de zeer diverse pretoriaanse en wettelijke vervaltermijnen zelf allesbehalve vastligt(1513). Over het algemeen stelt men dat vervaltermijnen, in tegenstelling tot verjaringstermijnen, wegens hun strakheid niet vatbaar zijn voor verlenging door schorsing(1514). Sowieso staat dit los van de inherente flexibiliteit van de korte/redelijke termijn van artikel 1648 oud BW. Zowel de aanhangers van de kwalificatie als verjaringstermijn als de aanhangers van de kwalificatie als vervaltermijn aanvaarden dat de termijn van artikel 1648 oud BW kan “geschorst”(1515) worden door deskundigenonderzoek of onderhandelingen. Ook een vervaltermijn kan dus in zekere mate flexibel zijn en de uitsluiting van schorsing(sgronden) is door pretoriaanse en wettelijke schorsingsgronden (bv. 1649^{quater} oud BW) niet zo absoluut(1516).

(1509) M. DAMBRE, *Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2020) 84; L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)”, *RCJB* 2014, (725) 755; Zie in dezelfde zin na Cassatie: Orb. Antwerpen (afd. Tongeren) 15 januari 2020, *DAOR* 2020, 59 nr. 134; anders: S. DAMAS, “Le défaut de la chose vendue selon le droit commun de la vente (article 1642 à 1649 Code civil)” in *Les défauts de la chose* (Limal: Anthemis 2015), (7) 26 nr. 23 (acht de discussie nog niet beslecht).

(1510) Cass. 29 november 2013, ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20131129.3, *Pas.* 2013, 2406.

(1511) C. DELFORGE, Y. NINANE, en M.P. NOËL, “De quelques délais emblématiques du contrat de vente”, in *Contrats spéciaux, coll. Recyclage en droit* (Limal: Anthemis 2013), (81) 104 nr. 29.

(1512) B. KOHL en F. ONCLIN, “L'exigence du ‘bref délai’ dans l'action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, (560) 563.

(1513) C. DELFORGE, Y. NINANE, en M.P. NOËL, “De quelques délais emblématiques du contrat de vente”, in *Contrats spéciaux, coll. Recyclage en droit* (Limal: Anthemis 2013), (81) 104 nr. 29; P.A. FORIERS, “La prescription des actions personnelles”, in *La prescription en assurances et en responsabilité* (Limal Anthemis 2019), (7) 13 nr. 10, B. KOHL en F. ONCLIN, “L'exigence du ‘bref délai’ dans l'action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, (560) 561.

(1514) A. VAN OEVELEN, “Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijn in het Belgisch Privaatrecht”, *TPR* 1987, (1755) 1832.

(1515) M. MARCHANDISE, *Traité de droit civil belge VI, La prescription* (Brussel: Bruylant 2014), 58 nr. 22 (stelt dat deze omstandigheden niet echt schorsingsgronden uitmaken). Anders: M. DUPONT, “Prescription et forclusion. Aspects procéduraux”, in H. Boularbah et J.F. Van Drooghenbroeck (eds.), *Les défenses en droit judiciaire* (Brussel: Larcier 2010), (221) 227 nr. 6.

(1516) J. ACOLTY en C. EYBEN, “La prescription extinctive en droit civil et commercial”, in *La Prescription* (Limal: Anthemis 2011), (9) 19 nr. 13; M. DUPONT, “Prescription et forclusion. Aspects procéduraux”, in H. Boularbah et J.F. Van Drooghenbroeck (eds.), *Les défenses en droit judiciaire* (Brussel: Larcier 2010), (221) 227 nr. 6.

Terwijl feitelijke overmacht geen invloed heeft op de verjaringsregels, is dat wel het geval bij vervaltermijnen. Wanneer vervaltermijnen worden gezien als een sanctie voor een toerekenbare tekortkoming van de rechthebbende en het niet tijdig optreden van de rechthebbende is te wijten aan overmacht, dan kan het verval niet spelen want het is aan hem niet toerekenbaar(1517). In artikel 1648 oud BW wordt overmacht in de beoordeling van de redelijke termijn sowieso zelf opgenomen. Dit is zeker het geval wanneer men het ogenblik van de ontdekking van het gebrek als vertrekpunt neemt. Bij het verstrijken van de redelijke termijn moet de vordering (onafhankelijk van de kwalificatie) tot vrijwaring voor verborgen gebreken ontvankelijk maar ongegrond verklaard worden(1518). De kwalificatie als vervaltermijn sluit wel de toepassing uit van twee bijkomende regels eigen aan de verjaring: i) *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*(1519) en ii) de vervaltermijn kan in principe niet worden gestuit op basis van de artikelen 2242-2250 oud BW(1520). Daar een vervaltermijn niet alleen het vorderingsrecht, maar het recht of de bevoegdheid zelf aantast, blijft er na het verstrijken van de vervaltermijn anders dan bij een verjaarde schuld geen natuurlijke verbintenis meer over(1521).

342. AUTONOME TERMIJN – De korte termijn van artikel 1648 oud BW werd ingevoerd om af te wijken van de (toenmalige) gemeenrechtelijke verjaringstermijn van dertig jaar. De gemeenrechtelijke verjaringstermijn bedraagt weliswaar thans 10 jaar (art. 2262*bis* oud BW). Door het flexibel vertrekpunt van de verjaringstermijn (meestal gesitueerd op het ogenblik van de ontdekking van het gebrek) is het niet uitgesloten dat de “korte termijn” zich aldus situeert na het verstrijken van de gemeenrechtelijke verjaringstermijn. De vraag rijst of in dit geval de termijn van artikel 2262*bis* oud BW geldt als absolute verjaringstermijn t.o.v. de relatieve vervaltermijn van artikel 1648 oud BW. De meerderheid van de rechtsleer gaat ervan uit dat artikel 1648 oud BW moet beschouwd worden als een *lex specialis* t.o.v. artikel 2262*bis* BW.

(1517) M.A. LEFEBVRE-MASSCHELEIN, *Het verval van een recht in het materieel privaatrecht* (Antwerpen: Intersentia 2010), 205; C. EYBEN en J. ACOLTY, “La prescription en droit civil et commercial”, in *La prescription*, Collection du Jeune Barreau, (Limal: Anthemis 2011), (9) 19.

(1518) Bergen (9de k.) 17 september 2002, *JT* 2003, 68, *RRD* 2003, 13; L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1992-2010) – Les contrats spéciaux (suite)”, *RCJB* 2014, (725) 755; anders: Kh. Hasselt (6de k.) 24 maart 2000, *RW* 2001-02, 249.

(1519) C. DELFORGE, Y. NINANE, en M.P. NOEL, “De quelques délais emblématiques du contrat de vente”, in *Contrats spéciaux, coll. Recyclage en droit* (Limal: Anthemis 2013), (81) 104 nr. 30.

(1520) A. DECROES, “Les délais préfix (ou de forclusion)”, *JT* 2007, 874. Als uitzondering verwijst men naar het feit dat de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer en architect gestuit wordt door een dagvaarding of een erkenning van aansprakelijkheid.

(1521) B. KOHL en F. ONCLIN, “L'exigence du ‘bref délai’ dans l'action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, (560) 561; A. VAN OEVELEN, “Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijn in het Belgisch Privaatrecht”, *TPR* 1987, (1755) 1829 nr. 68; Zie over de verjaarde schuld als natuurlijke verbintenis K. WILLEMS, *De natuurlijke verbintenis* (Brugge: die Keure 2011), 184-2010.

Dit impliceert dat artikel 1648 oud BW artikel 2262*bis* oud BW uitsluit(1522). Voor de wijziging van (het identieke) artikel 1648 Code civil (door aanpassing naar een vaste termijn) oordeelde het Franse Hof van Cassatie echter anders (m.b.t. de dertigjarige verjaringstermijn van art. 2262 Code civil).

In casu betrof het een terrein dat aangekocht werd in 1990. Een vervuiling met koolwaterstof werd aangetroffen in 1994. De koper van het terrein stelde hierop een vordering in tegen de verkoper, die zich op zijn beurt in het kader van een regresvordering richtte tegen de gemeente die het stuk grond had overgelaten in 1956. De oorzaken van de vervuiling bleken terug te gaan tot de exploitatie van een fabriek voor de productie van gas op het terrein in de periode van 1863-1929. Het hof oordeelde dat vrijwaringsvordering tegen de gemeente verstreken was, nu dertig jaren verstreken was sinds de verkoop van het terrein(1523).

c) Vertrekpunt van de termijn

343. SOEVEREINE BEOORDELING VAN VERTREKPUNT EN DUUR DOOR FEITENRECHTER: CRITERIA – VEREISTE VAN VORDERING TEN GRONDE – In een inmiddels vaststaande formulering, benadrukt de rechtspraak regelmatig dat de feitenrechter mits motivering(1524) het vertrekpunt en de duur van de korte termijn soeverein beoordeelt met inachtneming van alle omstandigheden van de zaak. Daarvoor hanteert de rechtspraak verschillende criteria, zoals de aard van het verkochte goed, de aard van het gebrek (dat zich bv. al dan niet progressief kan manifesteren), de gebruiken, de hoedanigheid van partijen en de door hen verrichte buitengerechtelijke en gerechtelijke handelingen, zoals het vorderen (ev. in kort geding(1525)) van een gerechtelijk deskundigenonderzoek of de

(1522) C. DELFORGE, Y. NINANE, en M.P NOËL, “De quelques délais emblématiques du contrat de vente”, in *Contrats spéciaux, coll. Recyclage en droit* (Limal: Anthemis 2013), (81) 101 nr. 26; C. ALTER en M. THÜNGEN, “Les effets de la vente – section 2. Les obligations du vendeur”, in *Manuel de la vente* (Waterloo: Kluwer 2010), (186) 224 nr. 450.

(1523) Cass. fr. 16 november 2005, Voorziening nr.04-10824, *Bull. civ.* 2005, III, nr. 222, 204; Vergelijk in dezelfde zin: Cass. fr. 25 januari 2002, *Bull. civ.* 2002, I, nr. 176, 135; Cass. fr. 27 november 2001, *Bull. civ.* 2001, IV, nr. 187; M. BRUSCHI, “Bref délai pour agir en garantie des vices cachés: la cour de cassation donne du temps au temps” (noot onder Cass. fr. 21 oktober 1997), *D.* 1998, 409 nr. 18.

(1524) C. DELFORGE, Y. NINANE, en M.P NOËL, “De quelques délais emblématiques du contrat de vente”, in *Contrats spéciaux, coll. Recyclage en droit* (Limal: Anthemis 2013), (81) 107 nr. 37.

(1525) Kh. Dendermonde (2de k.) 12 september 2013, *RW* 2016-17, 714.

aanstelling van een gerechtsdeurwaarder om de gebreken te laten vaststellen(1526). De kwade trouw van de verkoper beïnvloedt het vertrekpunt of de duur van de korte termijn in principe niet(1527).

344. VERTREKPUUNT: ONTDEKKING GEBREK – Als vertrekpunt van de korte termijn neemt de bodemrechtspraak vaak het tijdstip van de ontdekking van (de ernst van) het gebrek in aanmerking. Een termijn kan inderdaad niet lopen zolang de persoon in wiens nadeel de termijn werd ingesteld, niet de mogelijkheid heeft om te ageren(1528). Het moment van ontdekking van de (ernst) van het gebrek betreft hetzij het moment waarop de koper dit gebrek effectief vaststelde (bv. proces-verbaal van vaststelling van bouwinbreuken), hetzij het moment waarop de koper dit redelijkerwijze behoorde vast te stellen(1529). In principe begint de termijn dus niet te lopen op het tijdstip van de levering of ingebruikname of aanvaarding van het goed(1530), behalve voor gebreken die onmiddellijk opduiken bij een gebruik van het verkochte goed of voor bederfelijke goederen. Bij de verkoop van een onroerend goed begint de korte termijn dus niet te lopen vanaf de verwerving van het onroerend goed, maar slechts vanaf de ontdekking van het verborgen gebrek(1531).

Het is niet altijd eenvoudig om het ogenblik te bepalen waarop de koper geacht wordt het gebrek te ontdekken. Men moet de termijn van de ontdekking van het gebrek niet situeren op het ogenblik van de eerste vaststelling van ongewenste fenomenen(1532). Pas zodra de koper beseft of redelijkerwijze had

(1526) O.m. in die zin, zie Luik (3de k. B) 18 december 2017, *DAOR* 2018, 89; Kh. Brussel 23 maart 2015, *T.App.* 2015 (4), 34; Rb. West-Vlaanderen (afd. Kortrijk, 7de k.) 14 juli 2014, *TGR-TWVR* 2015, 37; Bergen (20ste k.), 5 juni 2014, *JLMB* 2017, 20; Brussel 26 november 2013, *T.Not.* 2014, 241; Antwerpen (1ste k.) 19 maart 2012, *T.Gez.* 2014-15, 29, noot S. ILLEGEMS; Brussel (20ste k.) 30 maart 2010, *Res Jur.Imm.* 2011, 181; Bergen (13de k.) 15 juni 2009, *TBBR* 2011, 311 noot M. HOUBBEN; Brussel (7de k.) 2 oktober 2008, *TBBR* 2011, 30, noot E. DE BAERE en S. VEREECKEN; Antwerpen (5de k.) 18 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 173, noot A. STEVENS; Rb. Antwerpen (2de k. b) 3 januari 2014, *TBO* 2014, 36, noot; Orb. Antwerpen (afd. Tongeren) 5 januari 2020, *DAOR* 2020, 59 nr. 134.

(1527) B. KOHL en F. ONCLIN, “L’exigence du ‘bref délai’ dans l’action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, (560) 563.

(1528) Orb. Antwerpen (afd. Tongeren) 15 januari 2020, *DAOR* 2020, 59 nr. 134.

(1529) Bergen (13de k.) 15 juni 2009, *TBBR* 2011, 311 noot M. HOUBBEN; Brussel (20ste k.) 30 maart 2010, *Res Jur.Imm.* 2011, 181; Gent 29 juni 2011, *DCCR* 2012 (94), 90 = *NJW* 2012, 387, noot M. DAMBRE; Brussel 26 november 2013, *T.Not.* 2014, 241; Luik (3de k. B) 18 december 2017, *DAOR* 2018, 89; Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent, 12de k.) 8 februari 2016, *TBO* 2016, 472; Kh. Tongeren 2 oktober 2007, *TBBR* 2008, 579; Kh. Brussel 23 maart 2015, *T.App.* 2015 (4), 34.

(1530) Rb. Luik (5de k.) 27 januari 2011, *JLMB* 2011, 960. Zie nochtans: Luik (3de k. B) 18 december 2017, *DAOR* 2018, 89. Vinden dat dit nochtans het beste zou aansluiten bij de *ratio legis*: bv. B. KOHL en F. ONCLIN, “L’exigence du ‘bref délai’ dans l’action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, 562.

(1531) Kh. Tongeren (5de k.) 2 oktober 2007, *FJF* 2009, 833, noot= *RW* 2009-10, 246 = *TBBR* 2008, 579.

(1532) B. GOFFAUX, “Le bref délai en matière de garantie des vices cachés: le temps de quelques réflexions”, *For.Ass.* 2017, (101) 104

moeten beseffen (bv. gelet op de vaststellingen in een deskundigenverslag) dat de schadelijke neveneffecten het gevolg zijn van een zogenaamd verborgen gebrek, kan van hem worden vereist dat hij op basis van deze rechtsgrond een vordering instelt tegen de verkoper.

In de besproken periode heeft bodemrechtspraak voor specifieke omstandigheden meermaals bepaald wat precies het tijdstip van het ontdekking van het gebrek als vertrekpunt van de termijn uitmaakt.¹⁵³³

Bij de beoordeling van de korte termijn voor de ontdekking van een verborgen gebrek (in *casu* het agressief karakter van een paard) moet men rekening houden met het feit dat een paard een levend goed is. Gedurende enkele dagen of enkele weken probeerde men een gekocht paard te temmen vooraleer vast te stellen dat het probleem een andere oorzaak had. Vervolgens onderwierp men het dier aan een onderzoek door een dierenarts. Dit wees op ernstige pijn aan de dorsale wervelkom. In *casu* was het paard aangekocht op 8 april. De verkoper werd in gebreke gesteld op 27 juni. Zij weigerden een tussenkomst op 12 juli. De kopers wachtten toen nog twee maanden om te dagvaarden. De rechter hield er echter rekening mee dat een vroegere dagvaarding niet veel zou hebben uitgemaakt vermits de zaak in de gerechtelijke vakantie toch niet zou worden ingeleid (1533).

Het tijdstip van ontdekking zal zich ook later situeren wanneer een gebrek zich progressief manifesteert. Pas wanneer verschillende kopers zich beklagden over oxidatie van betontegels kon de fabrikant van de betontegels zich realiseren dat er een grootschalige contaminatie was. Vervolgens moest hij via deskundigenonderzoek de oorzaak van de vervuiling van de grondstoffen door deskundigenonderzoek op sporen, nl. aanwezigheid van hematiet in zand (1534).

Zo werd er geoordeeld dat de kopers op het ogenblik van de oplevering van studentenkamers het aangevoerde probleem van geluidshinder wegens gebrekke geluidsisolatie redelijkerwijze niet konden vaststellen, mede omdat er op dat ogenblik nog werken aan de gang waren. Een probleem van geluidsisolatie kan pas worden vastgesteld bij het daadwerkelijk gebruik van het onroerend goed. Wanneer men studentenwoningen koopt niet om ze zelf te betrekken maar om te ze te verhuren, is het aanvangspunt van de korte termijn het ogenblik waarop een huurder de kopers van geluidshinder op de hoogte heeft gebracht. Op dat ogenblik hebben de kopers kennis gekregen van het voorgehouden gebrek (1535).

(1533) Vred Fléron 1 augustus 2017, *T.Vred.* 2019, 609, noot R. STEENNOT.

(1534) Orb. Antwerpen (afd. Tongeren) 15 januari 2020, *DAOR* 2020, 60 nr. 134.

(1535) Rb. Leuven 8 februari 2017, *T.App* 2017, 57.

Wanneer kopers vaststelden dat bij hevige regenbuien de kelder regelmatig onder water liep, stelden zij *quasi* onmiddellijk een deskundige aan. Uit dit deskundigenonderzoek verschillende maanden later bleek de oorzaak een probleem aan de riolering. Uiteindelijk informeerde de koper de verkopers één jaar na de eerste overstromingen. Vermits wateroverlast kan te wijten zijn aan verschillende oorzaken, werd de korte termijn niet overschreden. Het is logisch dat men eerst een systematisch onderzoek vooraleer men de verkopers aanspreekt op basis van hun vrijwaringsverplichting. Zo niet zou een vordering als overhaast en zelfs als tergend en roekeloos kunnen worden beschouwd(1536).

Een treffende illustratie betrof de verkoop van kantoorgebouwen met parking. De authentieke akte werd verleden op 1 juli 2008. Twee jaar nadien stelde de koper beschadiging van de houten voorgevel vast. Na herhaalde onderzoeken en briefwisseling tussen de partijen stelde de koper een vordering in in juli 2012. De verkoper stelde dat de korte termijn overschreden was omdat die begon vanaf het ogenblik dat men de beschadiging vaststelde in 2010. Dit werd weliswaar verworpen door het hof. Volgens de vaststellingen was de beschadiging aan de gevels slechts progressief vanaf 2010. Op dat ogenblik en het jaar nadien verkeerde de koper nog in de overtuiging dat deze beschadiging te wijten was aan een gebrek in onderhoud. Het is pas na advies ingewonnen te hebben van houtspecialisten in november 2011 en meer bepaald op het moment van de mededeling van hun verslag in december 2011 dat de koper op de hoogte was van het feit dat de gebreken niet te wijten waren aan een gebrek aan onderhoud maar aan constructie en uitvoeringsproblemen. De koper had trouwens onmiddellijk de verkoper op de hoogte gesteld van het opduiken van de beschadiging en heeft diligent de oorzaak van het fenomeen onderzocht en had vervolgens de verkoper na ontdekking van het gebrek in gebreke gesteld(1537).

345. VERTREKPUNT VOOR REGRESVORDERING VERKOPER: AANSPRAAK IN RECHTE – De regresvordering die de verkoper zelf wil instellen tegen diegene van wie hij de zaak heeft gekocht, moet ook binnen de korte termijn van artikel 1648 oud BW worden ingesteld(1538). In twee arresten van 25 juni 2010(1539)

(1536) Luik (3de k.) 18 januari 2017, RG n° 2015/RG/1347, niet-gepubliceerd besproken in B. GOFFAUX, “Le “bref délai” en matière de garantie des vices cachés: le temps de quelques réflexions”, *For.Ass.* 2017, (101) 103.

(1537) Luik (20ste k.), 19 juni 2014, AR nr 2013/RG/380, www.stradalex.com.

(1538) Bv. Vred. Kortrijk 17 februari 2015, *T.Vred.* 2015, 409, noot A. DE BOECK.

(1539) Cass. 25 juni 2010, AR C.09.0085.F, ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100625.2, *Arr. Cass.* 2010, 1965 = *Pas.* 2010, 2067 = *RW* 2012-13, 251, noot = *TBH* 2010, 895 (samenvatting O. VANDEN BERGHE).

en 27 mei 2011(1540) heeft het Hof van Cassatie bevestigd dat in dat geval de korte termijn begint te lopen vanaf het tijdstip waarop deze verkoper zelf door zijn koper in rechte wordt aangesproken en niet vanaf de ontdekking van het gebrek door deze koper. *In casu* had de appelrechter vastgesteld dat de verkoper op 7 december 2006 werd gedagvaard door de in bindendverklaring opgeroepen partij in betaling van het bedrag dat deze laatste als gesubrogeerde casco-verzekeraar had betaald aan de koper van de vissersboot en dat de verkoper op 19 december 2006 op zijn beurt zijn verkoper in vrijwaring dagvaardde op grond van de artikelen 1641 e.v. oud BW. De appelrechter had geoordeeld dat de vordering in vrijwaring niet-toelaatbaar moest worden verklaard, omdat die werd ingesteld zowat een jaar na de ontdekking van het gebrek, wat een overschrijding van de korte termijn waarvan sprake in het artikel 1648 oud BW inhield. Door zo te oordelen had de appelrechter artikel 1648 oud BW miskend. Ook bodemrechtspraak past dit duidelijk toe(1541).

d) Welke handelingen moeten binnen korte termijn gesteld worden?

346. INSTELLING VORDERING TEN GRONDE BINNEN KORTE TERMIJN – De korte termijn van artikel 1648 oud BW vereist dat de rechtsvordering zelf binnen een korte termijn wordt ingesteld door de koper tegen de verkoper wegens verborgen gebreken(1542). Een loutere ingebrekestelling of een e-mail aan de verkoper zijn dan ook duidelijk onvoldoende(1543). Ook het eenvoudigweg protesteren of betwisten van de geleverde goederen volstaat niet(1544). Volgens bepaalde rechtspraak volstaat het dat de vordering in kort geding is ingesteld tot aanstelling van een deskundige met betrekking tot het gebrek(1545). In de mate dat een deskundige uitdrukkelijk belast wordt met een verzoeningsopdracht, kan dit mede gemotiveerd worden op de verlenging van de korte termijn door ernstige onderhandelingen.

(1540) Cass. 27 mei 2011, ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110527.3, *Arr.Cass.* 2011, 1379. Zie ook Antwerpen 12 september 2011, *Limb.Rechtsl.* 2012,47, P. VANHELMONT; L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1992-2010) – Les contrats spéciaux (suite), *RCJB* 2014, (725) nr. 74; B. KOHL en F. ONCLIN, “L’exigence du ‘bref délai’ dans l’action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, (560) 562.

(1541) Brussel (2de k.) 30 maart 2010, *TBO* 2010, 265; Antwerpen (4de k.) 12 september 2011, *Limb.Rechtsl.* 2012, 47, noot P. VANHELMONT.

(1542) E. DE BAERE en S. VEREECKEN, “Over verborgen gebreken en korte termijnen” (noot onder Brussel 2 oktober 2008), *TBBR* 2011, 35; L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)”, *RCJB* 2014, 753; E. VAN DEN HAUTE, *Contrats spéciaux: La vente* (Brussel: Larcier 2018), 78.

(1543) Bergen (20ste k.) 5 juni 2014, *JLMB* 2017, 20. Zie ook B. KOHL en F. ONCLIN, “L’exigence du ‘bref délai’ dans l’action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, (560) 563.

(1544) E. VAN DEN HAUTE, *Contrats spéciaux: La vente* (Brussel: Larcier 2018) 78.

(1545) Brussel 2 oktober 2008, *TBBR* 2011, 34, noot E. DE BAERE en S. VEREECKEN. Zie eerder Cass. 19 mei 1983, ECLI:BE:CASS:1983:ARR.19830519.8, *Arr. Cass.* 1983, 1053 en Cass. 23 maart 1984, ECLI:BE:CASS:1984:ARR.19840323.6, *Arr.Cass.* 1984, 867.

e) Concrete invulling korte termijn

347. INVULLING KORTE TERMIJN: VOORBEELDEN – In de besproken periode heeft feitenrechtspraak aan de duur van de korte termijn uit artikel 1648 oud BW regelmatig een concretere invulling gegeven.

Werden onder meer geacht te zijn ingesteld binnen de korte termijn van artikel 1648 oud BW in het licht van de concrete omstandigheden:

- een vordering ingesteld wegens waterinfiltratie in een gebouw op een ogenblik dat er nog een deskundigenonderzoek moet plaatsvinden over de precieze aard van de technische gebreken(1546);
- een ontbindingsvordering wegens verborgen gebreken ingesteld op 18 april 2007 terwijl het deskundigenverslag dat het gebrek aantoonde ongeveer anderhalve maand is neergelegd op 1 maart 2007(1547);
- een vordering op 15 juli terwijl twee maanden voordien op 15 mei voor het eerst sprake was van belangrijke bodemverontreiniging, gelet op de verschillende wetenschappelijke onderzoeken die moesten plaatsvinden vooraleer afdoend zeker vaststond dat er wel degelijk sprake was van een ernstige bodemverontreiniging en gelet op de betrachting van de koper om een regeling te verkrijgen in een niet-evidente aangelegenheid(1548);
- de instelling van een vordering wegens verborgen gebreken wegens stedenbouwkundige inbreuken begaan bij de oprichting van een belangrijk gedeelte van de gebouwen en bij verbouwingswerken vier maanden na de weigering van de vergunning(1549);
- de vordering ingesteld ongeveer zes maanden nadat de aanwezigheid van asbest in de gemeenschappelijke delen van een appartement door deskundigen werd vastgesteld en nadat het probleem aangekaart werd op verschillende vergaderingen van de mede-eigenaars en een minnelijke oplossing vruchteloos bleek(1550);
- een substantieel verschil in kilometerstand van een tweedehandswagen bleek uit een onderhoud in augustus 2005. Op 2 september 2005 werd de verkoper in gebreke gesteld. Dat werd nog eens bevestigd door een advocatenbrief op 29 september 2005 en aanvullende correspondentie op 18 oktober 2005, gevolgd door een oproep tot verzoening op 18 september, 29 november en 13 december 2005 voor de rechtbank van eerste aanleg. Hieruit bleek de vaste wil om via buitengerechtelijke handelingen te komen tot een minnelijk akkoord. Hierop werd de koper

(1546) Rb. Oost-Vlaanderen, afd. Gent (12de k.) 8 februari 2016, *TBO* 2016, 472.

(1547) Gent 29 juni 2011, *DCCR* 2012 (94), 90 = *NJW* 2012, 387, noot M. DAMBRE.

(1548) Brussel (1ste k.) 17 november 2009, *T.Not.* 2010, 473.

(1549) Brussel 26 november 2013, *T.Not.* 2014, 241. Zie in dezelfde zin: Brussel 4 februari 2014, *T.Not.* 2014, 237.

(1550) Kh. Brussel 23 maart 2015, *T.App.* 2015 (4), 34.

gedwongen tot dagvaarding. Het feit dat hij het voertuig kon blijven gebruiken kon *in casu* niet worden beschouwd als een afstand van de *actio redhibitoria*(1551);

- de vordering ingesteld acht maanden na de ontdekking van het gebrek maar nadat de koper pogingen had ondernomen om te komen tot een minnelijke oplossing(1552);
- in de omstandigheden van de concrete zaak een termijn van vier maanden tussen de ontdekking van het verborgen gebrek en de instelling van de vordering wegens verborgen gebreken(1553);
- de rechtsvordering ingesteld vier maanden na de aanstelling van een gerechtsdeurwaarder om de gebreken vast te stellen en acht maanden na de verkoop(1554);
- de vordering ingesteld bij dagvaarding op 24 januari 2012 terwijl de schade zich voordeed op 28 mei 2009 en het eindverslag van 28 februari 2011 van de gerechtelijke expertise na grondige analyse aan het licht bracht dat de schade te wijten was aan een ontwerpfout in de elektronica van de pomp. De dagvaarding werd betekend nadat aanvankelijk gepoogd was om de procedure aanhangig te maken bij vrijwillige verschijning(1555).

Bodemrechtspraak stelde in de besproken periode ook regelmatig vast dat de korte termijn in het licht van de concrete omstandigheden niet werd gerespecteerd. Dat was onder meer het geval voor:

- het wachten door de koper vijf maanden na de datum van inbezitneming om een ingebrekestelling te verzenden en acht maanden om te dagvaarden, zonder dat er tussen partijen besprekeningen waren(1556);
- een vrijwaringsvordering ingesteld negen maanden na de vaststelling van een vermeend gebrek aan een auto, te meer omdat de koper de auto liet herstellen en dit alvorens tegensprekelijke vaststellingen konden worden gedaan, er niet werd gedagvaard in kort geding om een deskundige aan te stellen met het oog op vaststelling van tegensprekelijke vaststellingen en er geen onderhandelingen of pogingen tot minnelijke regeling werden ondernomen(1557);
- het continu gebruik van het voertuig door de koper ondanks het beweerde verborgen gebrek gelegen in een defecte versnellingsbak

(1551) Luik 20 april 2010, *JLMB* 2011, 465.

(1552) Bergen (7de k.) 9 september 2013, *JLMB* 2015, 317.

(1553) Brussel (1ste k.) 26 november 2013, *T.Not.* 2014, 214.

(1554) Bergen (20ste k.) 5 juni 2014, *JLMB* 2017, 20.

(1555) Rb. West-Vlaanderen (afd. Kortrijk) (7de k.) 14 juli 2014, *TGR-TWVR* 2015, 37.

(1556) Rb. Luik (5de k.) 27 januari 2011, *JLMB* 2011, 960 (schorsing gedurende de periode waarin de partijen samen met hun notarissen zoeken naar een minnelijke oplossing); Luik (3de k. B) 18 december 2017, *DAOR* 2018, 89.

(1557) Antwerpen 30 juni 2009, *NJW* 2010, 504.

- en het feit dat de verkoper meer dan negen maanden niet op de hoogte werd gesteld van het beweerde gebrek(1558);
- een dagvaarding meer dan negen maanden na het tijdstip van het expertiseverslag, waarin de oorzaak van het gebrek (bunkerolie die de hoofdmotor van een binnenschip deed uitvallen) duidelijk was, en waarbij het tegelijkertijd duidelijk was dat de leverancier elke verantwoordelijk afwees, viel niet meer binnen de korte termijn(1559);
 - een koper van een voertuig werd op 21 november 2009 door zijn bandenhandelaar verwittigd dat zijn auto duidelijk een probleem van geometrie had, wat de abnormale bandenslijtage verklaarde (de voorbanden werden vervangen in november 2009 en de achterbanden in juni 2009). Hij werd aangeraden om een geometrie te laten uitvoeren. Pas (*zeven maanden later*) in juni 2010 werd een onderzoek uitgevoerd en pas (*negen maanden later*) op 17 augustus 2020 werd een onderzoek uitgevoerd door een deskundige aangeduid door de verzekeringsmaatschappij van de koper. Hierna werd een aangetekende brief gestuurd dat bij gebreke van antwoord een dagvaarding zou volgen. Deze dagvaarding werd weliswaar geacht niet binnen redelijke termijn te zijn ingesteld(1560);
 - een koper ontdekte één dag na de levering het gebrek, maar wachtte vijftien maanden om een vordering in kort geding in te stellen, zonder voorafgaande onderhandelingen aan te knopen en zonder enig voorafgaandelijk tegensprekelijk bewijs van de staat van de zaak werd overgegaan tot herstelling; door het tijdsverloop werd elk tegensprekelijk bewijs van het bestaan van het gebrek en de anterioriteit van dit gebrek onmogelijk(1561);
 - een vordering voor een ondergelopen kelder twee jaar na de feiten, of zelfs één jaar na de feiten als men zou aannemen dat er onderhandelingen zouden plaatsgevonden hebben gedurende het eerste jaar, nu geen accuraat onderzoek meer kan gevoerd worden over het bestaan van het verborgen gebrek(1562);
 - de vrijwaringsvordering voor verborgen gebreken wegens de verontreiniging van een aangekocht industrieterrein twee en half jaar na het sluiten van de koop(1563);
 - de vordering waarmee de koper meer dan zeven jaar heeft gewacht alvorens in rechte op te treden, zeker wanneer uit geen enkel element van het dossier blijkt dat de termijn is verlengd en geschorst(1564);

(1558) Brussel (7de k.) 2 oktober 2008, *TBBR* 2011, 30, noot E. DE BAERE en S. VEREecken.

(1559) Antwerpen (4de k.) 15 juni 2015, *TBH* 2015, 748.

(1560) Luik (3de k.), 11 maart 2013, RG nr. 2011/RG/1316, www.stradalex.com.

(1561) Bergen (13de k.) 15 juni 2009, *JT* 2010, 161.

(1562) Brussel 16 januari 2012 *TBBR* 2013, 428, noot D. VERHOEVEN.

(1563) Luik 25 maart 2013, *Amén*. 2013, 248; Brussel (4de k.) 16 januari 2012, *TBBR* 2013, 428, noot D. VERHOEVEN.

(1564) Rb. Brussel (6de k.) 21 maart 2017, *Res Jur. Imm.* 2017, 233.

- een vordering meer dan acht jaar na de neerlegging van het verslag van de eigen deskundige en meer dan vijf jaar na de neerlegging van het verslag van de gerechtsdeskundige(1565);
- de vordering van de koper die meer dan negen jaar wacht alvorens te dagvaarden(1566);
- de dagvaarding van de verkopers vier jaar na de levering van de betwiste tegels en twee jaar na de plaatsing ervan(1567).

348. SCHORSING WEGENS ERNSTIGE ONDERHANDELINGEN – De korte termijn uit artikel 1648 oud BW kan worden geschorst door ernstige onderhandelingen(1568). Partijen (en eventueel hun verzekeraars)(1569) moeten immers de gelegenheid krijgen om een geschil minnelijk te regelen. De poging om tot een minnelijke oplossing te komen of onderhandelingen aan te knopen, moet wel ernstig zijn. Een louter e-mailbericht waarin de gebreken aan de verkoper worden gemeld is geen aanwijzing van ernstige onderhandelingen en volstaat niet om de korte termijn op te schorten(1570). Een schorsing mag weliswaar niet te lang duren en de koper moet dagvaarden zodra de gesprekken vastlopen en een minnelijke schikking uitgesloten is(1571). Dat is alleszins het geval wanneer duidelijk is dat de verkoper niet wenst op te treden of elke aansprakelijkheid afwijst en tussenkomst weigert(1572). Vanaf

(1565) Rb. Charleroi 6 september 2006, *T.App.* 2008, 49.

(1566) Antwerpen (1ste k.) 19 maart 2012, *T.Gez.* 2014-15, 29, noot S. ILLEGEMS.

(1567) Luik (23ste k.) 1 december 2016, *JLMB* 2017, 1628.

(1568) Bv. Luik (20ste k.) 22 september 2016, *JMLB* 2018, 346; Gent (1ste k.), 25 oktober 2018, *RW* 2019-2020, 1068 (Aan de partijen moet, bij de beoordeling van de korte termijn waarvan sprake in artikel 1648 oud BW, voldoende tijd worden gegeven om te trachten de zaak in der minne te regelen. Op 6 maart 2015 werd door de verzekeringsmaatschappij van de brandstof-verkoper gemeld dat de aansprakelijkheid niet wordt aanvaard, waarna op 6 mei 2015 werd gedagvaard. De vordering werd dan ook geacht binnen korte termijn te zijn ingesteld). Zie in het algemeen voor een overtuigend pleidooi voor een algemene wetgevend kader rond de impact van ADR/onderhandelingen op verjaringen: D. DEFERME, “Naar algemene verjarings-regels voor ADR”, in S. De Rey, N. Van Damme en T. Gladinez (eds.), *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tilleman* (Antwerpen: Intersentia 2020), 523-548.

(1569) Bv. Gent (26ste k.) 8 september 2009, *De Verz.* 2011, 72.

(1570) Bergen (20ste k.) 5 juni 2014, *JLMB* 2017, 20 *In casu* hadden de kopers de gebreken laten vaststellen door een gerechtsdeurwaarder, maar wachtten ze nog vier maanden om de vordering in te stellen (zodat de vordering pas acht maanden na de levering werd ingesteld). Dit werd laattijdig bevonden. Zij hadden een advocaat moeten raadplegen die hen zou hebben gewezen op de noodzaak om te dagvaarden.

(1571) O.a. Kh. Hasselt (25ste k. D) 13 februari 2006, *RW* 2008-09, 120; Rb. Brussel (71ste k.) 31 oktober 2007, *JT* 2008 (6293), 12; Luik (12de k.) 2 december 2008, *JLMB* 2009, 1120; Bergen (13de k.) 15 juni 2009, *JT* 2010, 161, *TBBR* 2011, 311 noot M. HOUBBEN; Gent (26ste k.) 8 september 2009, *De Verz.* 2011, 72; Brussel (20ste k.) 30 maart 2010, *TBO* 2010, 265; Rb. Luik (15de k.) 27 januari 2011, *JLMB* 2011, 960; Rb. Antwerpen (2ste k. B) 3 januari 2014, *TBO* 2014, 36, noot; Luik (3de k. B) 18 december 2017, *DAOR* 2018, 89.

(1572) Rb. Brussel (71ste k.) 31 oktober 2007, *JT* 2008 (6293), 12; Antwerpen (4de k.) 15 juni 2015, *TBH* 2015, 748.

dan begint de korte termijn opnieuw te lopen(1573). De koper die meer dan een jaar wacht na de beëindiging van de onderhandelingen om de vordering wegens verborgen gebreken in te stellen, respecteert de korte termijn uit artikel 1648 BW evenmin(1574).

349. KORTE TERMIJN NIET TOEPASSELIJK OP GEBREKEN WAARVAN VERKOPER AFWEZIGHEID BELOOFT – Volgens bepaalde rechtsleer(1575) en rechtspraak(1576) volgt uit een negatieve verklaring die de afwezigheid van een gebrek garandeert een afstand van de korte termijn van artikel 1648 oud BW. De Page stelt dat een dergelijke clause impliceert dat het gebrek wel degelijk in overweging werd genomen door partijen en dat er dus geen discussie kan bestaan over de vraag of het gebrek al dan niet bestond op het ogenblik van het sluiten van de koop. Bij een negatieve verklaring garandeert de verkoper formeel een goed te leveren vrij van een welbepaald gebrek, ongeacht of die al dan niet in de kiem bestaat, ernstig of verborgen was(1577). In de mate dat het gaat om een conventionele waarborg is de wettelijke termijn van artikel 1648 oud

(1573) Rb. Brugge (1st k.) 6 september 1989, *RW* 1991-92, 95; Bergen 6 mei 1999, *TBBR* 2000, 31; Brussel 26 april 2002, *Res. Jur. Imm.* 2003, (72) 76 (vordering in kort geding tot aanstelling van een deskundige met een opdracht om partijen te verzoenen); Bergen (9de k.) 17 september 2002, *JT* 2003, 68, *RRD* 2003, 13; Luik (3de k.) 2 juni 2004, *JLMB* 2004, 1729; Antwerpen 21 november 2005, *NJW* 2006, (756), 757, noot K. VANHOVE; Kh. Hasselt (25ste k. D) 13 februari 2006, *RW* 2008-09, 120; Luik (12de k.) 2 december 2008, *JLMB* 2009, 1120; Gent (26ste k.) 8 september 2009, *De Verz.* 2011, nr. 374, 72; Brussel (20ste k.) 30 maart 2010, *TBO* 2010, 265; Rb. Luik (15de k.) 27 januari 2011, *JLMB* 2011, 20; anders: Kh. Hasselt (6de k.) 24 maart 2000, *RW* 2001-02, 249; J. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE, W. LAUWERS en I. SAMOY, “Bijzondere overeenkomsten (1995-1998)”, *TPR* 2002, (57) 183-184; M. EKELMANS, “Le bref délai d’intentement de l’action en garantie des vices cachés”, in *De l’importance de la définition en droit* (Brussel: Bruylant 1999), (225) 235 nr. 11; B. KOHL en F. ONCLIN, “L’exigence du ‘bref délai’ dans l’action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, (560) 563.

(1574) Antwerpen (5de k.) 18 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 173, noot A. STEVENS. In dezelfde zin: Rb. Antwerpen (2de k. B) 3 januari 2014, *TBO* 2014, 36, noot.

(1575) H. DE PAGE en A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Les principaux contrats* (Brussel: Bruylant 1997), 292 nr. 207D.

(1576) Brussel 13 november 1987, *JL* 1987, 460; *RGAR* 1989, nr. 11485; Rb. Waals Brabant 3 juni 2015, *Res. Jur. Imm.* 2015 (3), 319; Luik (3de k. B) 16 januari 2017, *JLMB* 2019, 1067, noot F. ONCLIN.

(1577) H. DE PAGE en A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Les principaux contrats* (Brussel: Bruylant 1997), 292 nr. 207D.

BW er niet op van toepassing(1578). Voor de niet-toepasselijkheid wordt ook verwezen naar de *ratio legis* van de korte termijn uit artikel 1648 oud BW, die er hoofdzakelijk in bestaat het bewijs van de anterioriteit van het gebrek te vergemakkelijken. Wanneer de verkoper echter formeel de afwezigheid belooft van het desbetreffende verborgen gebrek, dan zou de reden voor de korte termijn uit artikel 1648 oud BW niet meer aan de orde zijn, vermits er dan geen enkele moeilijkheid rijst over de aanwezigheid van het gebrek op het ogenblik van de koop.

In de besproken periode bevestigt het hof van beroep te Luik deze klassieke opvatting. Een koper verwierf een gezinswoning die opgedeeld was in zes studentenkoten. De koopovereenkomst bepaalde dat het verkochte goed geen enkele regel over stedenbouw en ruimtelijke ordening schond. Achteraf bleek dat de vereiste vergunning van het college van burgemeester en schepenen ontbrak. Het hof van beroep te Luik achtte de korte termijn van artikel 1648 oud BW niet toepasselijk gelet op de bijzondere garantie die was verleend(1579). In dezelfde zin werd beslist met betrekking tot de aankoop van een stuk bouwgrond. *In casu* had de verkoper bedongen dat alle handelingen, werken en bouwwerken die op zijn initiatief zijn uitgevoerd of behouden, in overeenstemming waren met de normen die van toepassing zijn op het gebied van stedenbouw en ruimtelijke ordening. Achteraf bleek echter dat de verkoper het terrein verhoogd had zonder voorafgaande stedenbouwkundige vergunning. De koper werd veroordeeld om de verhoging van het terrein ongedaan te maken. Hij stelde een vordering tot vrijwaring in tegen de verkoper. De vereiste van de niet-inachtneming van de korte termijn voorgeschreven door artikel 1648 oud BW werd om die reden niet toepasselijk geacht(1580).

350. AFSTAND MOGELIJK VAN EXCEPTIE UIT ARTIKEL 1648 OUD BW: GEEN OPENBARE ORDE – De termijn van artikel 1648 oud BW raakt de openbare orde

(1578) L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1992-2010) – Les contrats spéciaux (suite)”, *RCJB* 2014, (725) 762 nr. 80; M. HOUBBEN, “L’exigence d’action ‘à bref délai’ en matière de garantie des vices cachés: comparaison entre vente, bail et entreprise”, *TBBR* 2011, 285, nr. 9; F. ONCLIN, “Infractions d’urbanisme, garantie des vices cachés et responsabilité du notaire – à propos des effets d’une clause de garantie de conformité” (noot onder Luik 16 januari 2017), *JLMB* 2019, 1076 e.v.; Anders: C. ALTER en M. THÜNGEN, “Les effets de la vente – section 2. Les obligations du vendeur”, in *Manuel de la vente* (Waterloo: Kluwer 2010), (186) 226 nr. 454. Zij stellen dat De PAGE (hoofdzakelijk) steunt op het feit dat de anterioriteit van het gebrek vaststaat. Nochtans moet de rechter ook artikel 1648 oud BW toepassen als de anterioriteit van het gebrek vaststaat. Hier kan dan ook geen afstand worden uit afgeleid; J. LIMPENS *et al.*, *La vente en droit belge* (Brussel: Bruylant 1960), 178 nr. 417; I. SAMOY, “De vrijwaringsplicht van de verkoper voor verborgen gebreken: de aard van een termijn in een conventionele garantie en de verhouding tussen de wettelijke en de conventionele garantie” (noot onder Kh. Hasselt 1 december 2000), *TBH* 2003, 250.

(1579) Luik (3de k.) 16 januari 2017, *JLMB* 2019, 1067, noot F. ONCLIN.

(1580) Rb. Waals Brabant 3 juni 2015, *Amén.* 2016, 117 (weergave F. ONCLIN) = *Res Jur.Imm.* 2015, 319.

niet(1581). Uit het stilzitten van de verkoper kan dus worden afgeleid dat hij aan de exceptie uit artikel 1648 oud BW verzaakt, op voorwaarde dat zijn houding onbetwistbaar als een verzaking kan worden uitgelegd en er geen andere gedragingen zijn die hiermee strijdig zijn(1582).

Een invoerder had niet in eerste noch in tweede aanleg betwist dat de vordering die tegen haar werd ingesteld laattijdig was in de zin van artikel 1648 oud BW. De fabrikant, in vrijwaring geroepen door de invoerder, wierp dit bezwaar pas op in tweede aanleg, na vrijwillig te zijn tussengekomen en de aanstelling van een deskundige te hebben gevraagd in eerste aanleg, een vraag die werd herhaald in graad van beroep. Hieruit werd afgeleid dat, net zoals de invoerder, de producent afstand had gedaan van de mogelijkheid zich te beroepen op de exceptie van laattijdigheid(1583).

351. CONVENTIONELE INVULLING KORTE VERVALTERMIJN – Gelet op het aanvullend karakter van artikel 1648 oud BW kunnen partijen aan de korte termijn uit artikel 1648 oud BW een conventionele invulling geven(1584). Wel moet worden bekeken of de termijn niet dermate onredelijk kort is dat de koper vrijwel nooit tijdig zal kunnen reageren, zodat daarachter een verkapte exoneratie schuilgaat(1585). De rechtspraak(1586) en rechtsleer(1587) hebben nooit gearzeld om zulke clausules als verkapte exoneratieclausules te ontmaskeren en deze aan de geldigheidsvereisten (o.m. van goede trouw) te onderwerpen. Een termijn van zes maanden vanaf de dag waarop de koper kennis kreeg van het gebrek werd zo geldig bevonden bij een verkoop van studentenkamers(1588). Een clause van drie maanden vanaf de ontdekking van het gebrek werd eveneens geldig bevonden bij de verkoop van tegels waarbij zich een esthetisch probleem stelde. Belangrijk is dat deze conventionele bepaling van de vervalttermijn bedongen in de koopovereenkomst tussen de verkoper en de eerste koper bij doorverkoop door de eerste koper doorwerkt naar de onderverkrijger wanneer die zich op basis van artikel 1615 oud BW rechtstreeks wendt tot de oorspronkelijke verkoper. Dit is logisch omdat de

(1581) Antwerpen (5de k.) 18 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 173, noot A. STEVENS; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2012), 382 nr. 468.

(1582) Antwerpen (5de k.) 18 december 2008, *Limb.Rechtsl.* 2009, 173.

(1583) Arbh. Bergen 27 juni 2012, *T.Verz.* 2013, 334.

(1584) L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1992-2010) – Les contrats spéciaux (suite)”, *RCJB* 2014, (725) 762 nr. 80; B. GOFFAUX, “Le bref délai en matière de garantie des vices cachés: le temps de quelques réflexions”, *For.Ass.* 2017, 102-103; B. KOHL en F. ONCLIN, “L’exigence du ‘bref délai’ dans l’action en garantie contre les vices cachés”, *JT* 2013, 562.

(1585) Orb. Antwerpen (afd. Tongeren) 15 januari 2020, *DAOR* 2020, 63 nr. 134.

(1586) Brussel 6 maart 1877, *Pas.* 1878, II, 91, *BJ* 1877, 533 (korte termijn beperkt van zes tot tien maanden niet van toepassing op gebreken die doelbewust verborgen waren); Kh. Luik 15 oktober 1974, *JCB* 1975, 335.

(1587) L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1992-2010) – Les contrats spéciaux (suite)”, *RCJB* 2014, 762 nr. 80.

(1588) Rb. Leuven 8 februari 2017, *T.App.* 2017, 57.

onderverkrijger geen begunstigde is van een rechtstreekse vordering tegen de oorspronkelijke verkoper. Hij oefent in dit geval de vrijwaringsvordering uit die de eerste koper had t.o.v. de initiële verkoper(1589).

De onderverkrijger moet zich derhalve een exonerationbeding(1590) of een conventionele bepaling van de wettelijke bepaling van de vervaltermijn van artikel 1648 oud BW(1591) uit de initiële koopovereenkomst laten tegenwerpen.

5) Tegen wie vorderen

a) Tegen de verkoper en de voorgaande verkopers algemeen

352. JURIDISCHE GRONDSLAG VRIJWARINGSVORDERING ALS KWALITATIEF RECHT OP BASIS VAN ART. 1615 OUD BW – De vrijwaringsvordering kan door de koper niet alleen ingesteld worden tegen zijn eigen verkoper, maar ook tegen de voorgaande verkopers, hoger in de distributie- en productieketen. Hierbij oefent de koper de *vrijwaringsvordering uit die zijn eigen verkoper bezat* tegen de fabrikant of leverancier. Ofschoon er geen contractuele band bestaat tussen de onderverkrijger en de initiële verkoper, kan de onderverkrijger de initiële verkoper dus contractueel aanspreken alsof zijn eigen verkoper de initiële verkoper kon aanspreken(1592). De vordering op grond van vrijwaring voor verborgen gebreken wordt namelijk beschouwd als een toebehoren van het verkochte goed (kwalitatief recht), dat met de verschillende verkopen mee overgaat op de opeenvolgende kopers. De automatische overgang van de nauw met het overgedragen goed verbonden rechten wordt gebaseerd op de inherente band van het recht met het overgedragen goed. Artikel 1615 oud BW moet hierbij beschouwd worden als een specifieke toepassing van een ruimer onderliggend beginsel, nl. *accessorium sequitur principale*. De vrijwaringsvordering wegens verborgen gebreken is een *accessorium* van de verkochte zaak(1593), anders gezegd, maakt een toebehoren uit van de verkochte zaak

(1589) Luik (23ste k.) 1 december 2016, *JLMB* 2017, 1628.

(1590) Luik (12de k.) 2 december 2008, *JLMB* 2009, 1120 (toepassing vrijwaring voor verborgen gebreken – auto verkocht met een kilometerstand van 87.000 km, terwijl de werkelijke kilometerstand 162.000 km bedroeg – gelet op de exonerationclausule in de initiële koop werd de vordering tegen de oorspronkelijke verkoper verworpen); A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, “Les ventes en chaîne. La responsabilité in solidum et le recours contributoire – une coexistence difficile”, *RCJB* 1996, 47; J.H. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE, W. LAUWERS en I. SAMOY, “Overzicht van rechtspraak: Bijzondere overeenkomsten (1995-1998)”, *TPR* 2002, (57) 185 nr. 132.

(1591) Luik (23ste k.) 1 december 2016, *JLMB* 2017, 1628.

(1592) Antwerpen (4de k.) 18 mei 2009, *Limb.Rechtsl.* 2012, 16, noot P. VANHELMONT; Zie over het contractueel karakter Cass. 29 september 2006, ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20060929.9, *RW* 2006-07, 1717, noot A. VAN OEVERLEN; Cass 2 oktober 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20201002.1N.8.

(1593) Over accessorieit, zie K. SWINNEN, *Accessorieit in het vermogensrecht* (Antwerpen: Intersentia 2014).

(art. 1615 oud BW) en gaat derhalve mee over op de koper(1594). Het is een *kwalitatief recht*. Zo is het recht op vrijwaring dat de aannemer bezit tegen zijn verkoper-leverancier een toebehoren van de zaak dat samen met de zaak wordt doorverkocht aan de opeenvolgende kopers. De omstandigheid dat de gebrekkige zaak door een aannemer is geleverd aan zijn opdrachtgever in het raam van een aannemingsovereenkomst, ontslaat de oorspronkelijke verkoper niet van zijn vrijwaringsplicht tegenover de eindgebruiker(1595). Men vermoedt namelijk dat de verkoper de rechtsmiddelen waarover hij beschikt mee overdraagt, vermits zij voor hem geen belang meer hebben.

Dit vermoeden verklaart waarom het principe niet wordt toegepast wanneer de verkoper reeds een procedure had ingesteld voor de verkoop. Dat is redelijk, vermits het feit dat de verkoper een rechtsvordering heeft ingesteld zich verklaart doordat hij schade heeft geleden door het gebrek. De waarde van de verkochte zaak is door het gebrek aangetast, zodat de prijs van de zaak die hij wil verkopen aan de volgende koper evenredig verminderd werd. De verkoper heeft in dit geval een evident belang bij het behoud van de vordering. Bij stilzwijgen van de koopovereenkomst en zonder uitdrukkelijke clause in andersluidende zin, is het logisch dat de verkoper geacht wordt zichzelf het vorderingsrecht te hebben voorbehouden. Een dergelijke afwijkende clause blijkt niet uit het beding dat bepaalt dat “elk geschil, proces of verzet dat mogelijks kan opduiken tot aan het verlijden van de authentieke akte (...) exclusief ten laste van de verkoper (is), die aanvaardt om de kosten daarvan te dragen”. Deze clause laat immers niet uitschijnen dat de verkoper zichzelf het vorderingsrecht ontzegt, maar refereert enkel aan eventuele geschillen(1596).

Nochtans stuit de traditionele interpretatie van artikel 1645 oud BW als kwalitatief recht in recente doctrine op kritiek. Terwijl de prijsvermindering en de ontbinding uit artikel 1644 oud BW beide alleen het belang van de titularis van het verkochte goed kunnen dienen, aangezien dit de enige persoon is in wiens vermogen het goed zicht bevindt, is dit volgens deze doctrine niet het geval voor de vordering tot vergoeding van schade veroorzaakt *door* het verkochte goed. Deze aansprakelijkheidsvordering zou helemaal niet van aard zijn dat deze alleen nuttig zou kunnen zijn voor de titularis van het goed: een gebrekkig goed kan net zo goed schade veroorzaken aan anderen als aan de eigenaar ervan. Er zou derhalve geen basis zijn om aan te nemen dat deze vordering verknocht zou zijn met de zaak zelf. Anders gezegd: de

(1594) Cass. 18 mei 2006, AR C.05.0097.N, ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20060518.7, *Arr.Cass.* 2006, 1118, concl. G. DEBRULLE = *Pas.* 2006, 1154 = *Jurim Prat.* 2014, 89, noot F. BALON en F. PINTÉ = *NJW* 2006, 608, concl. O.M., noot K. VANHOVE = *RW* 2007-08, 147, concl. O.M., noot N. CARETTE = *TBBR* 2009, 138 = *TBO* 2006, 126, concl. O.M., noot W. GOOSSENS. Zie bv. ook Antwerpen (4de k.) 18 mei 2009, *Limb.Rechtsl.* 2012, 16, noot P. VANHELMONT; Brussel (20ste k.) 30 maart 2010, *Res Jur.Imm.* 2011, 181 = *TBO* 2010, 265.

(1595) Brussel (20ste k.) 30 maart 2010, *Res Jur.Imm.* 2011, 181 = *TBO* 2010, 265.

(1596) Luik 11 februari 2013, *JLMB* 2013, 2093.

vordering uit artikel 1645 oud BW en de algemene contractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door het goed zijn dan ook niet meer waard of hebben geen hoger nut in handen van de titularis van het goed dan in handen van een andere persoon die schade zou lijden door een verborgen gebrek aan het goed. Daarom zou de accessoriumleer die de overdracht van het recht op vrijwaring voor verborgen gebreken verklaart alleen gelden voor de twee vorderingen uit artikel 1644 oud BW, maar niet voor de aansprakelijkheidsvordering voor schade veroorzaakt door het gebrekkige goed zoals (onder meer) vervat in artikel 1645 oud BW. Bovendien zou de accessoriumleer volgens haar eigen juridisch-technisch mechanisme niet in staat zijn om een *jump*-actie op basis van een contractuele aansprakelijkheid van de verkoper te kunnen verantwoorden(1597). Meer zelfs, deze *jump*-actie die de verwijderde verkoper tegenover de eindverkrijger contractueel aansprakelijk stelt op basis van artikel 1645 oud BW en tegenover derden op basis van artikel 1382 oud BW aansprakelijk acht door het in het verkeer brengen van het gebrekkige goed, op zich als een fout te beschouwen, zou in strijd zijn met de dwingende bepalingen uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid die maximumharmonisatie oplegt(1598). Het is afwachten of deze doctrinaire strekking navolging zal krijgen in de rechtspraak.

353. OMVANG VRIJWARINGSPLICHT (KWALITATIEF RECHT) BEPAALD DOOR OORSPRONKELIJKE KOOPOVEREENKOMST – Vermits de onderverkrijger van de zaak geen begunstigde is van een rechtstreekse vordering tegen de oorspronkelijke verkoper en de vordering uitoefent die zijn verkoper tegen de oorspronkelijke verkoper bezat, wordt de omvang van de vrijwaringsplicht door de oorspronkelijke koopovereenkomst bepaald. De onderverkrijger moet zich derhalve een exoneratiebeding uit de initiële koopovereenkomst laten tegenwerpen(1599). Om dezelfde reden aanvaardt rechtspraak dat de verkoper gerechtigd is om de clausule betreffende de korte termijn uit artikel 1648 oud BW die vervat ligt in de overeenkomst tussen de verkoper en de eerste koper en die de termijn waarbinnen de vrijwaringsvordering voor verborgen gebreken moet worden ingesteld tot drie maanden beperkt, ook kan tegenwerpen aan de onderkoper(1600).

(1597) M. KRUIJTHOF, “Aansprakelijkheid van verkopers voor schade veroorzaakt door verborgen gebreken: tijd voor een “decontaminatie” van artikel 1645 BW” in N. Carette en B. Weyts (eds.), *Liber Amicorum Aloïs Van Oevelen* (Antwerpen: Intersentia 2017), (385) 397 e.v.

(1598) Zie M. KRUIJTHOF, “Wie is aansprakelijk voor schade veroorzaakt door onveilige producten? De toepassingen van Artikelen 1382, 1384 en 1645 BW herbekeken in het licht van het – door het Hof van Justitie sterk beperkte – aanvullend karakter voorzien in Artikel 13 Wet Productaansprakelijkheid” in I. Claeys en R. Steennot (eds.), *Aansprakelijkheid, veiligheid en kwaliteit*, XLste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva (Mechelen: Kluwer 2015), 184-188 nrs. 64-68.

(1599) Luik (12de k.) 2 december 2008, *JLMB* 2009, 1120.

(1600) Luik (23ste k.) 1 december 2016, *JLMB* 2017, 1628.

b) Pluraliteit van verkopers

354. TEGENOVER ALLE VERKOPERS IN ONDEELBARE OVEREENKOMST – Wanneer een koper van studentenkamers in een studentenflatgebouw de ontbinding vordert van de koop wegens verborgen gebreken, dan is de vordering niet uitsluitend gesteld tegen de bouwpromotor (verkoper van gebouw), maar ook tegen de grondeigenaar (die geen contractuele tekortkoming beging), vermits de overeenkomst ondeelbaar is. Wel wordt aangenomen dat in complexe contracten, wederzijds samenhangende verbintenissen deelcontracten kunnen vormen binnen een groter geheel, zodat die deelafspraken afzonderlijk zouden kunnen worden ontbonden. Voorwaarde zou dan wel zijn dat de deelafpraak gekwalificeerd kan worden als een afgescheiden overeenkomst die niet onverbreekbaar verbonden is met de overige verbintenissen. Indien daarentegen de uitvoering van een overeenkomst slechts economisch nuttig is wanneer zij volledig wordt uitgevoerd, dan is een gedeeltelijke ontbinding niet mogelijk. In het concrete geval werd aangenomen dat de gedeeltelijke uitvoering van de overeenkomst – alleen voor wat betreft de terbeschikkingstelling van de gronden – niet economisch nuttig zou zijn voor de kopers. De overeenkomst werd bijgevolg als ondeelbaar beschouwd, zodat de koper in beginsel de ontbinding wegens verborgen gebreken van de overeenkomst in zijn geheel kon vorderen(1601).

c) Merkhouder van een verkocht product?

355. EXONERATIE OP ETIKET – Een specifiek geval uit de rechtspraak betrof de verkoop van Radia, een product bestemd voor het toppen van azalea's, dat verkocht werd in liquabins aan een firma die dit product in flessen liet bottelen door een aannemer. Bij de botteling van het product in de flessen raakte dit gecontamineerd met een herbicide, waardoor de tuinbouwers die het product gebruikten schade leden. Uit het deskundigenonderzoek bleek dat de fout wel degelijk bij de botteling lag en dat de fabrikant een conform product geleverd had. Op de flessen was een etiket aangebracht met het volgende exoneratiededing: “*F waarborgt de hoedanigheid van het product, maar kan niet de minste aansprakelijkheid aanvaarden voor de gevolgen van zijn toepassing*”. In het vorige overzicht werd deze zaak in eerste aanleg besproken. Daarin oordeelde de rechtbank dat de firma aansprakelijk was, vermits de toestemming van de merkhouder in het aanbrengen van het merk op de gebottelde flessen aantoonde dat hij toestemming had gegeven om het product uit te rusten met deze etiketten. Dit bracht volgens de rechtbank met zich mee dat de verantwoordelijkheid die op de merkhouder als verkoper rust, zich wat de oorsprong en het ogenblik van het ontstaan van het gebrek betreft uitstrekt tot en met het ogenblik waarop de botteling, zoals

(1601) Rb. Leuven 8 februari 2017, *T.App.* 2017, 57. Naar gemeen recht in dit verband, uitvoerig: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten* (Antwerpen: Intersentia 2015).

door de merkhouders voorzien, gebeurt. In beroep werd deze uitspraak echter hervormd, waarbij een andere lezing werd gegeven aan de vermelding van de merkhouders op de etiketten. Volgens het hof strekte het etiket er namelijk toe om te garanderen dat het product bij het verlaten van haar bedrijf correct is in zijn samenstelling. Dit hield volgens het hof geenszins in dat de firma zich er eveneens toe verbonden had in te staan voor de gevolgen van het gebruik van het product na levering (1602).

a. *Bedingen over de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken*

- 1) Principiële geldigheid van exoneratiebedingen voor niet-gekende gebreken

356. VOORWAARDE AFWEZIGHEID EFFECTIEVE KENNIS VAN DE GEBREKEN (ARTIKEL 1643 OUD BW) – Krachtens artikel 1643 oud BW kan de verkoper zich geldig bevrijden van zijn vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken, op voorwaarde dat hij deze gebreken niet heeft gekend. Bedingen ter beperking of uitsluiting van de vrijwaringsplicht van de verkoper voor verborgen gebreken zijn derhalve slechts geldig indien de verkoper het gebrek, waarmee de verkochte zaak achteraf blijkt aangetast te zijn, niet kende (1603).

Een toepassingsgeval betrof een verkoop van een duplex door een 91-jarige dame. De koper stelde nadien vochtproblemen en onjuistheden (i.v.m. isolatie van de daken) vast in het EPC-certificaat. De koper vorderde de nietigverklaring op grond van bedrog en subsidiair de ontbinding van de koop op grond van de vrijwaringsplicht van de verkoper. De koopovereenkomst bevatte een exoneratiebeding. Beide vorderingen werden afgewezen. De verkoper kon zich geldig beroepen op het exoneratiebeding. Het enkele feit dat de verkoper gedurende twaalf jaren in het verkochte huis heeft gewoond, houdt geen bewijs in van de kennis van de vochtproblemen. Er was geen vochtschade op het ogenblik van de koop, er waren opgedroogde vochtplekken en het vliesbehang was aangebracht door de vorig eigenaar. Het vochtprobleem kwam enkel aan het licht door destructief onderzoek. Dit bewijst overtuigend het verborgen karakter van het gebrek. Tegelijkertijd maakt dit ook het bewijs van de kwade trouw van de verkoper moeilijk wanneer een exoneratiebeding

(1602) Gent (1ste k.) 24 januari 2008, *RW* 2009-10, 1184.

(1603) Om te bepalen of de verkoper het gebrek kende in de zin van artikel 1643 oud BW (d.w.z. of de verkoper te kwader trouw is), worden dezelfde principes toegepast als deze die worden gebruikt om te bepalen of de verkoper te kwader trouw is in de zin van artikelen 1645-1646 oud BW. **DEZE** principes kwamen in dit overzicht eerder al aan bod. Hieronder worden ze verder ingevuld in het licht van de rechtspraak over artikel 1643 oud BW.

Bv. Brussel (20ste k.) 20 februari 2018, *TBO* 2018, 327; Brussel (2de k.) 18 mei 2018, *JT* 2018, 757; Rb. Hoei (3de k.) 9 januari 2014, *RNB* 2014, 605; Rb. Brussel (23ste k.) 6 april 2007, *TMR* 2008, 342.

is openomen. Het EPC certificaat is opgesteld door een professioneel en het bewijs is niet geleverd dat om een gunstiger certificaat werd gevraagd(1604).

In bepaalde gevallen gaat de rechtspraak ervan uit dat er geen kwade trouw is, wanneer men het gebrek zelf kende maar niet de schadelijke aard ervan.

Wanneer duidelijk is dat ten tijde van de verkoop de verkopers nog niet op de hoogte waren van de gevaren van asbestdraailingen in de verharding van de oprit, mede door het feit dat pas na de verkoop binnen het maatschappelijk debat duidelijk werd wat de gevaren van asbest zijn, dan moet worden aangenomen dat de verkopers het verborgen gebrek in de zin van artikel 1643 BW niet kenden en zij zich kunnen beroepen op de vrijwaringsclausule voor verborgen gebreken(1605).

Een ander toepassingsgeval betrof de verkoop in 2008 van een fermette waar tijdens renovatiewerken door de kopers een probleem van opstijgend vocht aan het licht kwam. Het deskundigenonderzoek bevestigde dat de ernst van het probleem van opstijgend vocht niet zichtbaar was (bv. door beschimming). Het is pas tijdens de renovatiewerken dat dit aan het licht kwam. De fermette was sowieso gebouwd in een vochtige zone (dicht bij de Dender) met traditioneel metselwerk met direct contact met de bodem. In de jaren zestig had de verkoper werken laten uitvoeren om de vochtigheid te bestrijden (cimentering van de onderkant van de muur, roofing en decoratieve panelen van het type glasal). Het waren de klassieke technieken die destijds gebruikt werden om het wooncomfort te verbeteren op een niveau dat perfect aanvaardbaar was in een bepaalde periode. Deze werken bevestigen dat de verkoper op de hoogte was van het feit dat het onroerend goed vochtig was. Deze elementen bevestigen echter niet dat de verkoper bewust was van het feit dat de vochtigheid een verborgen gebrek uitmaakt die de bewoonbaarheid van het gebouw aantastte. De verkoper had er immers samen met zijn familie gedurende talloze jaren gewoond. Bovendien werd de fermette wel degelijk als een oude fermette van het begin van de negentiende eeuw verkocht(1606).

Een 91-jarige weduwe waarvan de echtgenoot een verhuysfirma uitbaatte, verkocht een industriële site met een ondergrondse tank. Zij gaf niet aan dat op het terrein een risico-activiteit werd uitgebaat. De notaris had de verkopster geen vragen gesteld over deze (vier dagen voor het verlijden van de authentieke akte) ingevoerde lijst van risico-activiteiten. Hierop riep de koper de verkoper in vrijwaring wegens een verborgen gebrek in de mate dat het gebruik van de tank door de verhuysfirma resulteerde in de uitoefening van een risico-activiteit. Dit resulteerde op zijn beurt in een (dure) saneringsverplichting, zodat de koper het goed niet voor dezelfde prijs zou hebben

(1604) Rb. Brussel 9 december 2019, *RABG* 2020 (3), 226-234.

(1605) Rb. Brussel (23ste k.) 6 april 2007, *TMR* 2008, 342.

(1606) Bergen 9 september 2013, *JLMB* 2015, 1390.

gekocht. De koopovereenkomst bevatte echter een exonerationclausule voor verborgen gebreken. De rechtbank achtte het beroep op de exoneration door de verkooptster geldig, vermits het niet onaannemelijk was dat de verkooptster niet op de hoogte was van het gebrek, nu zij door de notaris over deze (recente) wettelijke verplichting niet was geïnformeerd. De notaris zelf werd echter wel aansprakelijk gesteld voor de schending van zijn adviesverplichting. Omdat de kopers zelf ervaren professionals waren in de vastgoedsector, vond de rechtbank dat zij mede aan de grondslag lagen van de schade door zich niet afdoende voorafgaandelijk te informeren. De notaris en de koper diende daarom elk voor de helft op te draaien voor de saneringskosten(1607).

357. CONSTRUCTIEVE OF NORMATIEVE KENNIS VAN VERBORGEN GEBREK – Wordt de afwezigheid van een zeker gebrek contractueel gegarandeerd, dan rust op de verkoper een resultaatsverbintenis om het verborgen gebrek op te speuren. Een toepassing betrof een verkoper die uitdrukkelijk garandeerde dat het verkochte gebouw conform was met de stedenbouwkundige voorschriften. Het beding van niet-vrijwaring voor verborgen gebreken kan geen uitwerking krijgen omdat de verkoper in dit geval kennis kon en moest hebben van de stedenbouwkundige misdrijven die het onroerend goed aantasten. De omstandigheid dat de verkoper zelf niet de werken heeft ondernomen die een bouwvergunning vereisen zonder deze aan te vragen, heeft in dit opzicht geen invloed nu hij een contractuele verbintenis is aangegaan betreffende de regelmatigheid van de op zijn goed uitgevoerde constructies(1608).

In principe rust op de niet-gespecialiseerde verkoper geen resultaatsverbintenis om het verborgen gebrek op te sporen, maar geldt in principe enkel een algemene zorgvuldigheidsplicht (zie ook het onderscheid *in casu* tussen de rechtspraak van de Franstalige en Nederlandstalige afdeling van het Hof van Cassatie (*supra* randnr.339)). Wanneer men de constructieve kennis gelijk stelt met de effectieve kennis, impliceert dit dat een nalatige (niet-gespecialiseerde) verkoper zich niet meer kan exoneren voor een nalatigheid, zelfs niet voor een lichte nalatigheid(1609). Hiermee wordt de mogelijkheid om zich te exoneren voor de vrijwaring voor verborgen gebreken veel restrictiever dan onder het gemeen recht. Naar gemeen recht (c2c) kan men zich niet exoneren voor opzet. Grove nalatigheid wordt er niet gelijkgesteld met opzet(1610). In b2c-relaties is de uitsluiting van aansprakelijkheid voor opzet en zware fout van de schuldenaar of van zijn aangestelden *per se*

(1607) Brussel 18 mei 2018, *JT* 2018, 757-762 nr. 6745.

(1608) Zie bv. Luik (20ste k.) 22 september 2016, *JLMB* 2018, 346.

(1609) Zie kritisch hierover E. GOOSSENS, “Wat je zelf doet, doe je meestal beter? Over de onmogelijkheid voor de nalatige zelfbouwer-verkoper om zich te exoneren voor verborgen gebreken” (noot onder Cass.18 februari 2019), *TBO* 2020, (37) 40 nr. 12; Bergen 31 oktober 2013, *JLMB* 2015, 732 (Probleem te wijten aan een eerder geplaatste velux. Geen verborgen gebrek. Uit de fout van de zelf(ver)bouwer kan men niet meteen ook de kwade trouw afleiden).

(1610) Cass. 25 september 1959, *JT* 1960, 114, noot J. ROTHIER = *Pas.* 1960, I, 113, noot P. MAHAUX = *RCJB* 1960, 5, noot J. DABIN = *RGAR* 1960, nr. 6.574, noot R. DALCQ.

onrechtmatig (artikel VI.83, 13° WER). In b2b relaties is de uitsluiting van opzet en de aansprakelijkheid voor zware fout onrechtmatig tot bewijs van het tegendeel (art. VI.91/5 WER).

358. KENNIS VAN GEBREK DOOR ÉÉN ONVERDEELDE EIGENAAR VOLSTAAT – De kennis van het verborgen gebrek door slechts één van de onverdeelde eigenaars-verkopers volstaat opdat het exoneratiebeding voor de vrijwaring voor verborgen gebreken geen uitwerking zou krijgen.

Een illustratie uit de rechtspraak betrof de verkoop van een woning met een gebrekkig rioleringssysteem. Het gebrek impliceerde onder meer dat de beerput vier keer frequenter moest worden geledigd dan normaal. In casu was één van de onverdeelde eigenaars na het overlijden van haar ouders blijven wonen in de verkochte woning zodat zij op de hoogte moest zijn van de gebrekkige werking van het rioleringssysteem(1611). Derhalve kon het exoneratiebeding in geen van de verkopers hun voordeel spelen.

Eigenlijk is dit een toepassing van het gemeenrechtelijk principe dat men zich niet kan exonereren voor zijn bedrog(1612). Zo is de clause van de verkoopovereenkomst geldig die bepaalt dat “de koper verklaart volledige kennis te hebben genomen van de stedenbouwkundige voorschriften die het verkochte goed bezwaren en de verkoper vrijstelt van alle rechtvaardiging in dit opzicht”(1613). Ook een algemene clause die een vergoeding of prijsvermindering wegens zichtbare of verborgen gebreken uitsluit is op grond van artikel 1643 oud BW, in de mate dat de verkoper niet te kwader trouw is(1614). Dezelfde regels zijn analogisch toepasselijk in voorovereenkomsten, zoals aankoop- en verkoopbeloftes waarin de verkoper zich voor verborgen gebreken exonereert(1615).

359. BEWIJSLAST KWADE TROUW: RUST OP DE KOPER ZODAT HET BEWIJSRISICO VOOR HEM IS – Aangezien de kwade trouw in de regel niet wordt vermoed (art. 2268 oud BW), rust de bewijslast van de kwade trouw op de koper die

(1611) Bergen 17 juni 2011, *JLMB* 2011, 1844.

(1612) Bijvoorbeeld L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)”, *RCJB* 2014, (725) 736, nr. 67.

(1613) Rb. Nijvel 9 september 2011, *RNB* 2013, 265

(1614) Rb. Antwerpen (afd. Antwerpen, AB 2de k.) 6 oktober 2015, *TBO* 2016, 346.

(1615) Voor een toepassing, zie bv. Brussel (1ste k.) 7 maart 2016, *Res Jur.Imm.* 2017, 55.

het bevrijdingsbeding buiten spel wil zetten(1616).- De onzekerheid of twijfel die daarover bestaat kan niet in het voordeel van de koper spelen(1617).

Bodemrechtspraak heeft zich in dit verband in verschillende zaken uitgesproken:

- verkopers mochten nog een tijdje na de verkoop in het verkochte onroerend goed blijven wonen na eigendomsoverdracht. Kort voor de verhuis van de koper deed zich een lek voor. De kopers dagvaardden de verkopers voor een verborgen gebrek wegens waterinfiltratie. Het was niet aangetoond dat de verkopers op het ogenblik van de verkoop op de hoogte waren van een verborgen gebrek en dit niet hadden meegedeeld aan de kandidaat-kopers. De verkopers erkenden enkel dat er kort vóór de verhuis, dus geruime tijd na de verkoop, een lek waarneembaar was in de keuken(1618);
- een transportfirma stelde een mazouttank buiten gebruik en liet die verwijderen. Bij die gelegenheid werden de verharde oprit en de betonplaten die zich bevonden op het parkingterrein voor vrachtwagens verwijderd. De ontstane reliëfwijzigingen werden aangevuld met teelaarde. Naderhand verkochten de rechtsopvolgers van de transportfirma, namelijk de zonen van de moeder die de transportfirma had bestuurd, het onroerend goed. Zij waren nooit actief betrokken bij het beheer van de firma. De overeenkomst bepaalde dat de verkopers vrijgesteld worden van elke waarborg betreffende de staat en zichtbare en verborgen gebreken van de (onder)grond van het verkochte goed. De kopers maakten geen aanspraak op vergoeding of prijsvermindering wegens zichtbare of verborgen gebreken. De verkopers verklaarden dat er op de verkochte grond bij hun weten geen risico-inrichting gevestigd was en de kopers legden bovendien een blanco bodemattest van OVAM voor. Drie jaar na de verkoop stootten de kopers bij werken echter op bodemverontreiniging, beweerdelijk afkomstig van een lekkende mazouttank. De verkopers verklaarden dat zij met betrekking tot de verkochte grond geen weet hadden van de bodemverontreiniging die schade kon berokkenen aan de kopers of aan derden. Nu de kopers niet afdoende het tegendeel konden bewijzen, verleende de rechter volle uitwerking aan het exonatiebeding(1619);

(1616) Specifiek inzake verborgen gebreken bij exonatie, bv. Brussel (20ste k.) 20 februari 2018, *TBO* 2018, 327; Luik (3de k. B) 16 januari 2017, *JLMB* 2019, 1067, noot F. ONCLIN; Bergen (7de k.) 31 oktober 2013, *JLMB* 2015, 322; Brussel (20ste k.) 30 maart 2010, *Res Jur. Imm.* 2011, 181 = *TBO* 2010, 265; Bergen (7de k.) 17 december 2009, *RNB* 2010, 380; Bergen (6de k.) 8 juni 2007, *JLMB* 2008, 1453; Rb. Hoei 9 januari 2014, *RNB* 2014, 605; Rb. Gent (14de k.) 7 april 2009, *TBO* 2010, 270.

(1617) Bergen (7de k.) 16 mei 2013, *JLMB* 2015, 308.

(1618) Brussel 7 maart 2016, *Res Jur. Imm.* 2017, 55.

(1619) Rb. Gent (14de k.) 7 april 2009, *TBO* 2010, 271.

- in de authentieke verkoopakte was volgend beding opgenomen: ‘het wordt verkocht zonder vrijwaring voor verborgen gebreken van de grond, van de ondergrond en van de gebouwen’. Er werd geoordeeld dat dit beding duidelijk en ondubbelzinnig is. Het impliceert dat de verkoper vrijgesteld wilde worden van de vrijwaring voor alle verborgen gebreken: ongeacht of ze de grond, de ondergrond of de gebouwen, dit wil zeggen alle bebouwde delen van het verkochte goed, aantasten. Het was dan ook niet noodzakelijk om bovendien de artikelen van het Burgerlijk Wetboek in te voegen die de aangelegenheid van de vrijwaring van de verkoper wegens verborgen gebreken regelen. *In casu* tastte het verborgen gebrek – huiszwam, houtetende insecten, rot en schimmel – de gebouwen aan. Dit beding was volkomen geldig en moest worden toegepast, aangezien niet werd bewezen dat de verkoopster het gebrek kende of dat de omstandigheden zodanig waren dat zij er kennis van moest hebben of had moeten hebben(1620);
- uit de enkele omstandigheid dat de verkoper genoeg nam met een prijs die gevoelig lager was dan de prijs die vier jaar eerder werd geschat, kan niet worden afgeleid dat verkoper op de hoogte was van de aanwezigheid van de huiszwam. De omstandigheid dat de verkoper een prijsreductie toestond, kon volgens de rechtbank eenvoudig het gevolg zijn van een wens om de woning snel te verkopen, en het gebrek aan een hoger bod binnen de periode dat de verkoper de woning wenste te verkopen(1621).

360. ELEMENTEN TER STAVING KWADE TROUW. **A**CTIEVE BETROKKENHEID BIJ TOTSTANDKOMING GOED, CAMOUFLAGE, EERDERE PROCEDURES/BETWISTINGEN – Bij de verkoop van een onroerend goed wordt de kwade trouw soms afgeleid uit het feit dat de verkoper zelf actief bij de bouw betrokken was, (tevergeefs) bepaalde herstellingswerken heeft uitgevoerd of laten uitvoeren om het gebrek te verhelpen of uit het feit dat het verkoper het gebrek probeerde te camoufleren of hierover al in een geschil betrokken was (vgl. over art. 1645-1646 oud BW).

Camouflage - de draagstructuur van het dak van een veranda van een verkocht huis vertoonde belangrijke bouwfysische gebreken. De verkoper te kwader trouw kon zich niet op een exonatiebeding beroepen. Uit het deskundigenverslag bleek dat het planchettenplafond in de garage een recent uitzicht had en er vrij nieuw uitzag, zodat het door de verkoper moest zijn aangebracht. Tevens stelde de deskundige vast dat er sporen aanwezig waren van recentere plaatselijke ingrepen op het dak. De deskundige stelde tevens dat de verkoper het PVC-plafond in de veranda mogelijks had aangebracht met het oog op de verkoop van de woning. In dit geval besloot het hof dat er sprake van verberging van de gebrekkige toestand. De daklichtopeningen waren

(1620) Luik (3de k.) 3 november 2008, *For.ass.* 2009, 146, noot S. ANDREANI.

(1621) Rb. Brussel (23ste k.) 20 juni 2008, *Res Jur.Imm.* 2009, 108.

dictgetimmerd via witgeschilderde platen die er nog behoorlijk uitzagen en niet vervormd waren. Ook het gevelschilderwerk bleek gebrekkig uitgevoerd. Er was geschilderd op een slechte, onvoldoende gereinigde en onvoldoende watergrond, wellicht met een verf die onvoldoende dampopen was. Het schilderwerk bleek bovendien eerder van recente datum, te zien aan de witte kleur. Tevens voerde de verkoper buitenschilderwerken uit net voor de verkoop. De gevelstenen werden overschilderd. Kleine barsten werden zonder meer dicht geschilderd. Daaruit leidde het hof af dat de verkoper de toestand wel gekend moest hebben en mogelijk ook de intentie gehad moest hebben om deze toestand op te smukken met het oog op de verkoop. In zoverre de verkoper de toestand en de gebreken kende, deze verzwegen heeft voor de kopers en bovendien de gebreken verdoezeld heeft door het geheel van de woning op te smukken, was hij te kwader trouw en kon hij zich niet beroepen op enig exoneratiebeding(1622);

Betrokkenheid bij procedures - Indien de verkoper zelf werken heeft uitgevoerd zonder een stedenbouwkundige vergunning te krijgen terwijl hij op de hoogte moest zijn van deze wettelijke verplichting om een vergunning te verkrijgen, kan hij zich niet op het exoneratiebeding beroepen voor deze verborgen gebreken(1623);

Uitvoeren van werken zonder vergunning - Over een gebrek aan stedenbouwkundige vergunning voor werken die de verkoper of zijn rechtsvoorgangers hebben uitgevoerd, ontstaat vaak discussie. Zo werd een pand verkocht met acht studentenflats. Het pand werd vergund in 1960 en 1994. De verkopers waren pas eigenaar sinds 2004. In de notariële akte verklaarden de koper dat voor de duur van de door hen opgerichte constructies de nodige vergunningen werden bekomen en overeenkomstig deze vergunning werd gebouwd en dat zij geen kennis hadden van enige stedenbouwkundige overtreding. Achteraf bleken bouwovertradingen begaan te zijn door de rechtsvoorgangers van de verkopers. De kopers stelden dat de verkopers zich niet op een exoneratiebeding konden beroepen omdat zij zich schuldig maakten aan het misdrijf van instandhouding van een bouwmisdrijf. Dit argument werd verworpen vermits de instandhouding enkel een misdrijf is indien het onroerend goed gelegen is in ruimtelijk kwetsbaar gebied(1624). In een andere zaak impliceerde de heraanleg van een parcours een gevoelige wijziging van het bodemreliëf. Deze ontstentenis van voorafgaande stedenbouwkundige vergunning tastte het gebruik van de zaak ernstig aan vermits zij de vernietiging van de menparcours impliceert met een herstel van het terrein naar zijn oorspronkelijke niveau. Dit element kon echter niet zichtbaar zijn bij de erkenning voor een normaal zorgvuldig en voorzichtig koper die in dezelfde omstandigheden werd geplaatst vermits het onontbeerlijk was om een topografische opmeting te doen en te

(1622) Brussel 4 november 2014, *Res Jur.Imm.* 2015, 337.

(1623) Luik (3de k. B) 16 januari 2017, *JLMB* 2019, 1067, noot F. ONCLIN.

(1624) Rb. Antwerpen (afd. Antwerpen, 2de k. AB), 6 oktober 2015, *TBO* 2016, 346.

beschikken over het gehele stedenbouwkundige dossier met betrekking tot de werken. Dit bleek des te meer het geval daar de verkoopster in de authentieke verkoopakte uitdrukkelijk garandeerde dat ‘het geheel van de handelingen, werken en bouwwerken die op haar initiatief uitgevoerd of behouden werden in overeenstemming zijn met de normen die van toepassing zijn op het gebied van stedenbouw en ruimtelijke ordening’. Rekening houdend met de omstandigheden moest de verkoopster wel weten dat de verhoging van het terrein, die vereist was voor de aanleg van de menparcours, was uitgevoerd zonder voorafgaande stedenbouwkundige vergunning. Zij had dus kennis van het bestaan van het verborgen gebrek. Bijgevolg kan het contractuele niet-vrijwaringsbeding (art. 1643 oud BW) geen uitwerking krijgen(1625);

Betrokkenheid bij herstellingswerken - Om tot de kwade trouw van de verkoper te besluiten door de uitgevoerde herstellingswerken, is wel vereist dat de verkoper deze herstellingswerken uitvoerde met de bedoeling om de verborgen gebreken te camoufleren. Het feit dat het verborgen gebrek ontstaat na de herstellingswerken verricht door de verkoper, betekent dus niet dat de verkoper automatisch te kwader trouw is. Zo kon de koper de kwade trouw van de verkoper niet bewijzen omdat het door de koper voorgewende gebrek het gevolg was van de slechte uitvoering van de werken die de verkoper meerdere jaren voor de verkoop had verricht en waarvan de tekortkomingen niet waarneembaar waren(1626). Ook de kennis van de verkoper was niet aangetoond doordat de verkoper herstellingswerken liet uitvoeren aan het dak, niet om de ontoereikendheid van de dichtheidsinstallatie te camoufleren, maar opdat het probleem zou worden opgelost, en hij legitiem kon geloven dat dit het geval was(1627).

2) Vermoeden van kennis van gebrek voor gespecialiseerde verkoper

361. ENKEL VOOR FABRIKANT EN GESPECIALISEERDE VERKOPER – NIET (MEER) VOOR PROFESSIONELE VERKOPER (IN GEMEEN RECHT, MAAR WEL IN B2C) – Doordat de fabrikant en gespecialiseerde verkopers op het vlak van het regime van de schadevergoeding (art. 1645-1646 oud BW) gelijkgesteld worden met de verkoper te kwader trouw, is in de rechtspraak een vermoeden ontstaan van kennis van het gebrek voor deze categorie van verkopers. Op basis van een doorgedreven toepassing van dit vermoeden, werd het doorgetrokken naar de mogelijkheid tot exonatie (art. 1643 oud BW)(1628). Doorgaans werd aanvaard dat de professionele verkoper vermoed wordt het gebrek gekend te hebben, derwijze dat hij zich *de jure* niet kan exoneren voor verborgen

(1625) Rb. Waals-Brabant (1ste k.) 3 juni 2015, *Amén*. 2016, 117.

(1626) Bergen (7de k.) 31 oktober 2013, *JLMB* 2015, 322.

(1627) Bergen (7de k.) 16 mei 2013, *JLMB* 2015, 308.

(1628) Bv. Brussel (9de k.) 17 juni 2009, *TBBR* 2013, 110.

gebreken(1629). In een belangrijk arrest van 7 april 2017 heeft het Hof van Cassatie dit criterium echter verworpen. Om het personele toepassingsgebied van dit vermoeden van kwade trouw te bepalen geldt niet het criterium van de professionele verkoper, maar wel van de fabrikant en de gespecialiseerde verkoper(1630). Een arrest van het Hof van Cassatie van 6 september 2018 bevestigt dit(1631). In deze cassatiearresten wordt voor het eerst de analogische toepassing van het ‘vermoeden van kwade trouw’ uit de artikelen 1645-1646 oud BW op de exonerationmogelijkheid vervat in artikel 1643 oud BW bevestigd(1632). Daardoor kunnen de verkoper-fabrikant en de gespecialiseerde verkoper zich niet op een exonerationbeding voor verborgen gebreken beroepen, behalve wanneer zij de onnaspeurbaarheid van het verborgen gebrek aantonen. In de besproken periode is er ook al bodemrechtspraak die het criterium van de gespecialiseerde verkoper in het kader van artikel 1643 oud BW toepast(1633). Voor de concrete invulling van dit criterium, verwijzen we naar de rechtspraak over artikelen 1645-1646 oud BW die hier analogisch toepasselijk is.

Nochtans groeide in recente doctrine een overtuigende strekking die de afschaffing van dit pretoriaanse exonatieverbod bepleitte. Dit verbod valt namelijk moeilijk te rijmen met de principes uit ons gemeen contracten- en bijzondere overeenkomstenrecht en bovendien leidde de verschuiving van het criterium van de professionele naar de gespecialiseerde verkoper tot incoherentie wat het personele toepassingsgebied van het exonatieverbod voor verborgen gebreken betreft(1634):

Discrepancie en incoherentie met andere koopregimes (b2c) – In het gemeen kooprecht is het criterium van de gespecialiseerde verkoper thans de norm.

(1629) O.a. Antwerpen (7de k.) 3 april 2017, *TBO* 2017, 381; Gent (13de k.) 2 mei 2017, *DAOR* 2017, 98; Luik (20ste k.) 3 februari 2011, *JLMB* 2011, 1846; Brussel (9de k.) 17 juni 2009, *TBBR* 2013, 110; Antwerpen (7de k.) 26 januari 2009, *TBO* 2008, 225; Brussel (4de k.) 8 december 2008, *DCCR* 2009 (83), 83, noot Y. NINANE; Rb. Antwerpen (afd. Antwerpen, 2de k. AB), 6 oktober 2015, *TBO* 2016, 346; Rb. Luik (7de k.) 26 maart 2009, *JLMB* 2009, 1778. Zie o.a. I. CLAEYS en K. VAN STRYDONCK, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro” in *Bijzondere overeenkomsten. XXXIV Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2007-08* (Mechelen: Kluwer 2008), 307 e.v.; S. MARYSSE, “Artikelen 1643 BW”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2016), 12 nr. 12; S. STIJNS, B. TILLEMANN, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENPOEL en K. WILLEMS, “Overzicht van rechtspraak bijzondere overeenkomsten: koop en aanneming 1999-2006”, *TPR* 2008, (1411) 1570 nr. 183; B. TILLEMANN, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2012), 411 nr. 496.

(1630) Cass. 7 april 2017, ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170407.3, *TBBR* 2018, 168, noot S. DE REY en B. TILLEMANN.

(1631) Cass. 6 september 2018, ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20181203.1, juportal.be.

(1632) Dat gebeurt impliciet in Cass. 18 februari 2019, ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190218.3, *TBH* 2019, 330 (weergave).

(1633) Bv. Brussel (20ste k.) 20 februari 2018, *TBO* 2018, 327.

(1634) Zie uitvoerig met verwijzingen naar de doctrine die op het aberrant karakter van dit exonatieverbod wijst: S. DE REY en B. TILLEMANN, “Het ‘vermoeden van kwade trouw’ bij verborgen gebreken: welke verkoper past het schoentje?”, *TBBR* 2018, (131) 138, nrs. 13 e.v.

Door de dwingende consumentenwetgeving, is dit criterium echter alleen toepasselijk in b2b- en c2c-verhoudingen. In b2c-verhoudingen geldt immers het exoneratieverbod van de consumentenkoop (art. 1649^{octies} oud BW) en voor verborgen gebreken (art. VI.83, 13° en 14°, en bij uitbreiding art. VI.83, 30° WER) en de productaansprakelijkheid (art. 10 §1 WAP). Voor de bepaling van het personele toepassingsgebied van deze wettelijke exoneratieverboden geldt niet het kenniscriterium (zoals het Hof van Cassatie dit toepast binnen het gemeen kooprecht), maar wel het professionaliteits-, beter uitgedrukt het organisatiecriterium (voor de verkoper-onderneming) c.q. bestemmingscriterium (voor de koper-consument). Een andere mogelijke afbakening tussen ‘consument’ en ‘onderneming’ had het specialisatiecriterium kunnen zijn. In dat geval had de cassatierechtspraak van 7 april 2017 en 6 september 2018 wel op het consumentenrecht aangesloten. Het specialisatiecriterium stelt de aanwezigheid van deskundigheid, kennis of expertise over een welbepaald onderwerp bij een persoon centraal om uit te maken of iemand consument is. Zo zou er geen sprake zijn van een consument als de overeenkomst een materie betreft die tot de technische kennis van de betrokken partij behoort.

Het Hof van Justitie van de EU heeft het specialisatiecriterium met betrekking tot het consumentbegrip (in de zin van Richtlijn oneerlijke bedingen) echter uitdrukkelijk verworpen⁽¹⁶³⁵⁾. Het begrip consument is een objectief begrip dat losstaat van de concrete kennis waarover de betrokkene kan beschikken of van de informatie waarover die persoon werkelijk beschikt⁽¹⁶³⁶⁾. De (subjectieve) kennis en ervaring van de consument zijn voor het personele toepassingsgebied van de consumentenwetgeving irrelevant. Zo geniet een autohandelaar die voor privégebruik een auto aankoopt toch consumentenbescherming⁽¹⁶³⁷⁾. Een advocaat handelsrecht die een lening sluit die geen verband houdt met de uitoefening van zijn beroep bevindt zich tegenover de tegenpartij die beroepsmatig kredieten verstrekt in een zwakke positie. Ook al moet een advocaat worden geacht over verregaande technische bekwaamheden te beschikken, rechtvaardigt dit niet dat hij geen zwakke partij (consument) is tegenover de wederpartij. De zwakke positie van de consument tegenover de verkoper die het consumentenrecht tracht te verhelpen, heeft immers zowel betrekking op het informatieniveau als op zijn onderhandelingspositie tegenover de door de verkoper tevoren opgestelde voorwaarden op de inhoud waarvan de consument geen invloed kan uitoefenen⁽¹⁶³⁸⁾. De

(1635) Daarover recentelijk bijv. M.Y. SCHAUB, “Wie is consument?”, *TvC* 2017 (1), (30) 33 en 36; R. STEENNOT, “De bescherming van de consument door het Hof van Justitie: een brug te ver?” *TPR* 2017, (81) 91 nrs. 8 e.v.; E. TERRY, “Consumers, by Definition, Include Us All”... But Not for Every Transaction”, *ERPL* 2016, (271) 273.

(1636) HvJ 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, *Horatiu Ovidiu Costea t. SC Volksbank Romania SA*, overw. 21

(1637) Hof Arnhem-Leeuwarden 12 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5678, *NTHR* 2016, 284 = *AR* 2016, 2055 = *RCR* 2016, 84, overw. 2.7-2.8.

(1638) HvJ 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, *Horatiu Ovidiu Costea t. SC Volksbank Romania SA*, overw. 27.

bescherming als consument hangt dus niet af van het daadwerkelijke bewijs dat men als zwakkere contractspartij over het algemeen de wettelijke bepalingen niet kent of van het specialisatieniveau met de sector van contractsluiting. Alleen de bestemming van de activiteit is doorslaggevend. De vaststelling dat natuurlijke personen consument zijn van zodra zij handelen voor niet-professionele doeleinden (ongeacht de ervaring of expertise waarover zij *in concreto* beschikken), impliceert dat zij op onweerlegbare wijze worden vermoed zich in een ondergeschikte positie te bevinden die de bescherming als consument rechtvaardigt. Daardoor kan dezelfde persoon de ene keer de hoedanigheid van consument hebben en de andere keer niet, afhankelijk van de doeleinden waarvoor hij de betrokken handeling stelt, hoewel zijn kennis in beide gevallen exact dezelfde is(1639). Het is opmerkelijk dat het Hof van Cassatie in deze rechtspraak over verborgen gebreken het kenniscriterium voor het gemeen kooprecht met betrekking tot het exoneratieverbod voor verborgen gebreken bevestigt, terwijl de rechtsleer dit voor het consumentenrecht verwerpt gelet op de moeilijkheid om het kenniscriterium objectiveerbaar te maken “via vaak arbitraire criteria zoals specialisatie”(1640);

Discrepancie en incoherentie met andere bijzondere contracten – De pretoriaanse onmogelijkheid tot exoneratie in het gemeen kooprecht vindt men bovendien niet in andere bijzondere contracten. Voor aanneming heeft ons Hof van Cassatie de analoge toepassing van dit verbod zelfs uitdrukkelijk afgewezen(1641). De motivering luidde dat uit geen enkele wetsbepaling blijkt dat de gespecialiseerde aannemer wordt vermoed de verborgen gebreken te hebben gekend. Hetzelfde geldt voor de gespecialiseerde verhuurder(1642). Het is onduidelijk waarom dit wel op de gespecialiseerde verkoper wordt toegepast. Ook binnen het kooprecht bestaat immers geen wettelijke bepaling waaruit volgt de verkoper-fabrikant of de gespecialiseerde verkoper moeten worden vermoed het verborgen gebrek te hebben gekend. Dit behandelt de gespecialiseerde verkoper opmerkelijk strenger dan de gespecialiseerde aannemer of de gespecialiseerde verhuurder, hoewel daarvoor geen wettelijk aanknopingspunt bestaat;

Afwijking van gemeen recht zonder wettelijk aanknopingspunt – Daarnaast wijkt het exoneratieverbod voor de gespecialiseerde verkoper af van het gemeen verbintenissenrecht, hoewel daarvoor geen wettelijk aanknopingspunt bestaat. Nochtans zou het gemeen verbintenissenrecht op dit punt voldoende bescherming kunnen bieden. Het gemeen recht verbiedt immers

(1639) R. STEENNOT, “De bescherming van de consument door het Hof van Justitie: een brug te ver?” *TPR* 2017, (81) 92, nr. 9.

(1640) G. STRAETMANS, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)”, *TPR* 2015, (1311) 1366, nr. 37 voetnoot 212.

(1641) Cass. 5 december 2002, ECLI:BE:CASS:2002:ARR.20021205.11, *RW* 2005-06, 420, noot A. VAN OEVELEN, *TBBR* 2004, 203, noot W. GOOSSENS.

(1642) J. DEWEZ, “Le régime des vices cachés dans les contrats de vente, de bail et d’entreprise” (noot onder Bergen 24 maart 2008), *TBBR* 2008, (47) 64 nr. 44.

dat de schuldenaar zich exonereert voor zijn eigen opzettelijke fout of zijn bedrog(1643). Op basis van het gemeen recht mag de verkoper zich dus niet exoneren voor de gebreken die hij kende. Daarnaast mag het exoneratiededing niet elke zin aan de overeenkomst ontnemen(1644). Toegepast op de vrijwaringsverbintenis voor verborgen gebreken, mag het beding de leveringsverbintenis van de verkoper dus niet uithollen(1645). Tot slot kan de rechter altijd teruggrijpen naar het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt. De rechter mag de schuldeiser immers verbieden om zich op een contractueel beding te beroepen wanneer dat in de concrete omstandigheden abusief is. Voor een exoneratiededing kan dit het geval zijn wanneer de schade voor de schuldeiser (onvoorzienbaar) zwaar uitvalt en een beroep op het beding een kennelijk onevenwicht schept tussen het voordeel dat de geëxonereerde schuldenaar daarmee geniet en het nadeel dat de schuldeiser daardoor draagt(1646);

Rechtsvergelijking – Rechtsvergelijkend vormt het Belgisch-Frans gemeen kooprecht dan ook een buitenbeentje. In moderne codificaties van algemene beginselen (DCFR, Study Group on a European Civil Code) is het de gespecialiseerde verkoper wel toegestaan om zich te exoneren, wat overigens blijkt te beantwoorden aan een behoefte in de praktijk(1647).

Ter rechtvaardiging van het gemeenrechtelijk exonatieverbod verwees men vaak naar het argument dat als professionelen zich tegenover elkaar kunnen exoneren maar dat de eindverkoper dit gelet op de dwingende consumentenwetgeving ten aanzien van de consument niet kan, de eindverkoper derhalve de volledige aansprakelijkheid draagt, terwijl de werkelijke verantwoordelijkheid voor het gebrek niet noodzakelijk bij hem ligt(1648). De verschuiving van het criterium in de cassatierechtspraak van de professionele naar de gespecialiseerde verkoper maakt dit argument niet meer actueel. Bodemrechtspraak heeft zich hierdoor al laten overtuigen. In onze bodemrechtspraak wordt

(1643) Cass. 25 september 1959, *RCJB* 1960, 10, noot J. DABIN; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht* (Leuven: Acco 2015), 181.

(1644) O.a. Cass. 23 november 1987, ECLI:BE:CASS:1987:ARR.19871123.16, *RW* 1987-88, 1359; Cass. 26 maart 2004, ECLI:BE:CASS:2004:ARR.20040326.2, *RW* 2007-08, 83.

(1645) Bv. Bergen (6de k.) 8 juni 2007, *JLMB* 2008, 1453; B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2012), 416-417 nrs. 499 en 501.

(1646) Daarover i.h.a. N. SIMONS, “Misbruik van exoneratiedingen in het Belgische recht. Een rechtsvergelijkend perspectief met de Draft Common Frame of Reference”, *Jura Falc.* 2011-2012, (97) 118 e.v.

(1647) I. CLAEYS en K. VAN STRYDONCK, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro” in *Bijzondere overeenkomsten. XXXIV Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2007-08* (Mechelen: Kluwer 2008), 322-334.

(1648) Bijv. Bergen 10 mei 1988, *Pas.* 1988, II, 202.

immers al aanvaard – in navolging van een strekking uit de rechtsleer(1649) en Franse cassatierechtspraak(1650) – dat een exonerationebeding rechtsgeldig kan zijn tussen gespecialiseerde verkopers die beiden actief zijn in de dezelfde of gelijkaardige sector, zodat er geen geldige reden bestaat om de koper te beschermen tegen de verkoper voor zover de verkoper niet te kwader trouw is(1651). De gemeenrechtelijke beperkingen op exonatieverboden en de hoger opgesomde bijzondere bepalingen in het consumentenrecht zouden eigenlijk moeten kunnen volstaan.

362. ONGELDIG EXONERATIEBEDING IN B2C-VERHOUDING (WER) – Wanneer de verkoper van een onroerend goed een onderneming is in de zin van het Wetboek van economisch recht, is het exonerationebeding voor verborgen gebreken opgenomen in de overeenkomst van verkoop van een onroerend goed die gesloten werd met een consument (art. VI.83, 14° WER), nietig indien deze laatste niet handelt in het kader van gewone handelsactiviteiten van aankoop en wederverkoop van onroerende goederen, zelfs indien hij de grond zou hebben verworven met het oog op de latere wederverkoop met verwezenlijking van een meerwaarde(1652).

3) Verwittigde koper (zgn. beschrijvende bedingen)

363. KOPER KENT GEBREK OF WORDT ER DUIDELIJK OP GEWEZEN – Indien de koper het gebrek kent, om welke reden ook, dan is hij een gewaarschuwd koper die zich niet op de vrijwaring voor verborgen gebreken kan beroepen. Het gebrek is dan niet langer verborgen, reden waarom de regeling voor verborgen gebreken dan niet meer kan worden toegepast. Zijn kennis staat als het ware gelijk aan een exonatie, zonder dat dit onderworpen is aan de specifieke voorwaarden voor exonatiebedingen. Soms kan de kennis van het gebrek door de koper worden afgeleid uit het zeer lage of symbolische karakter van de verkoopprijs. De verkoper kan de koper ook uitdrukkelijk of impliciet op de hoogte brengen van het bestaan van een gebrek, waarvoor dan geen vrijwaring meer verschuldigd is (bv. door de clausule: “*De verkoper verklaart geen kennis te hebben van verborgen gebreken andere dan x, y z*”)(1653).

(1649) H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid: rechtsvergelijkend onderzoek naar Belgisch, Frans, Nederlands, Duits, Amerikaans, Engels en Europees recht* (Brussel: Bruylant 1978), 357 nr. 352; P. VAN OMMESLAGHE, “Les spécificités de la vente commerciale” in *De koop/La Vente* (Brugge: die Keure 2002), 289-290; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III (Brussel: Bruylant 1980), nrs. 700 *et seq.* en referenties. Zie ook L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux (suite)”, RCJB 2014, 761.

(1650) Cass. fr. comm. 8 oktober 1973, *JCP* 1975, II, 17927, noot J. GHESTIN; Cass. fr. 30 oktober 1978 en 6 november 1978, *JCP* 1979, nr. 19.718, noot J. GHESTIN; Cass.fr. 3 december 1985, *Bull.civ.* 1985, IV, nr. 287; Cass.fr. 22 juni 1993, *Bull.civ.* 1993, IV, nr. 267.

(1651) Kh. Brussel (24ste k.), 24 maart 2004, *TBH* 2005, 781, noot K. COX.

(1652) Bergen (22ste k.) 8 januari 2019, *JLMB* 2019, 785.

(1653) B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2012), 426 nr. 513.

364. BESCHRIJVEND BEDING MOET VOLDOENDE SPECIFIEK ZIJN – Een essentiële vereiste voor de exoneration via dergelijke ‘beschrijvende bedingen’, is dat de beschrijving van het gebrek voldoende specifiek is. De kennisgeving van het gebrek moet dus voldoende nauwkeurig en duidelijk zijn. Dat is anders dan voor een exonerationebeding, precies omdat dit veel algemener en vager is(1654). Toch aanvaardt rechtspraak voor de verkoop van tweedehandsmateriaal of de verkoop aan spotprijzen dat de verkoper kan volstaan met de verwittiging dat er wellicht een gebrek bestaat. In deze gevallen kunnen de omstandigheden van die aard zijn dat de koper zich normaal moet verwachten aan gebreken en de koper koopt op eigen risico. Behoudens afwijkend beding, is dat het geval voor de aankoop van een tweedehandsauto die de normale gebruiksduur heeft overschreden, waardoor elke garantie met betrekking tot gebreken die te maken hebben met de ouderdom en het vroegere gebruik, in principe uitgesloten zijn. In dergelijk geval kunnen enkel onvoorzienbare en onzichtbare gebreken resulterend uit externe gebeurtenissen een verborgen gebrek uitmaken(1655). Indien de verkoper de tweedehandsauto echter te koop stelt met de mededeling dat dit voertuig zich in zeer goede staat bevindt, moet van de verkoper worden verwacht – temeer hij een gespecialiseerde verkoper blijkt – dat hij het voertuig voldoende grondig onderzocht heeft, om zich van die staat te verzekeren. In dit concrete geval oordeelde het hof van beroep te Gent dat het in die omstandigheden niet nuttig of nodig is om na te gaan of deze gespecialiseerde verkoper concreet de technische mogelijkheden of vaardigheden heeft om het gebrek op te sporen(1656).

365. VERKOOP STAAT WAARIN GOED ZICH BEVINDT – GEEN EXONERATIE – Een beding dat vaak wordt aangetroffen is de clause volgens dewelke de zaak wordt verkocht in de staat waarin deze zaak zich bevindt, zonder waarborg voor verborgen gebreken. Over de draagwijdte van dergelijke bedingen ontstaat vaak discussie tussen partijen. De rechtsleer neemt doorgaans aan dat dergelijke clauses geen exonerationebeding kunnen zijn voor verborgen gebreken. Het zouden louter clauses zijn die de inhoud van de verbintenissen van de verkoper nader bepalen. Zo oordeelt de rechtbank van koophandel te Gent dat een beding dat erop neerkomt dat de koper het onroerend goed aankoopt in de staat waarin het zich bevindt, de verkoper enkel kan exoneren voor zichtbare gebreken(1657). Een verborgen gebrek wordt dan ook niet zichtbaar gemaakt aan de koper door de toevoeging aan het beding van de algemene verklaring dat de koper de staat van het goed kent. De contractuele bepaling dat de koper een grondig onderzoek van de goederen heeft kunnen doen, voegt hieraan niets toe. In dezelfde zin werd geoordeeld dat dat een standaardbeding waarbij de grond verkocht wordt in de toestand die de koper goed bekend is, geen exonerationebeding kan zijn voor verborgen gebreken

(1654) Ibidem, 426-428 nrs. 513-514.

(1655) Luik (13de k.) 27 maart 2007, *JLMB* 2007, 1359.

(1656) Gent (13de k.) 2 mei 2017, *DAOR* 2017 (123), 98.

(1657) Kh. Gent (afd. Kortrijk, 2de k.) 20 juni 2018, *TGR-TWVR* 208, 231.

waarvan de aanwezigheid niet kon worden vermoed, zoals een ondergrondse toe-eigening(1658). De rechter beoordeelt in dit verband soeverein of het gebrek al dan niet als verborgen kan worden beschouwd(1659).

Zo kan een verkoop “*van een auto in de staat waarin die zich bevindt*” impliceren dat de verkoper geen verbintenissen aangaat over de rijwaardigheid. Indien in dezelfde overeenkomst door de verkoper allerlei kwaliteiten worden toegeschreven waaruit de rijwaardigheid van de auto moet blijken, dan kan dit in feite een exonerationbeding verhullen(1660). Het blijft echter een beding in zeer algemene bewoordingen, dat in principe niet geacht kan worden voldoende uitdrukkelijk en precies te zijn die een exoneration voor verborgen gebreken toelaat(1661). Zo werd geoordeeld in een zaak over een tweedehandswagen waarvan de kilometerstand een wezenlijke eigenschap uitmaakte en een verschil weergaf van minstens 100.000 kilometer tussen het werkelijk aantal kilometers en de weergegeven kilometerstand, dat dit de tweedehandswagen ongeschikt maakte voor het gebruik waarvoor de koper het had bestemd, vermits de levensduur van het voertuig ingrijpend werd aangetaast. De bepaling dat het voertuig werd verkocht in de staat waarin het zich bevond, kon de verkoper, ongeacht of hij een professionele verkoper was en of hij te goeder trouw was of niet, niet vrijwaren tegen dergelijk functioneel verborgen gebrek, dat hij wel moest kennen(1662).

4) Interpretatiekwesies

366. BEPERKENDE INTERPRETATIE – De koopovereenkomst moet de exoneration voor verborgen gebreken duidelijk en ondubbelzinnig inhouden, opdat de verkoper van zijn vrijwaringsplicht zou bevrijd zijn. Het beding mag derhalve voor geen andere interpretatie vatbaar zijn. In de regel wordt immers aanvaard dat exonerationbedingen beperkend moeten worden uitgelegd. Ook in de besproken periode heeft rechtspraak daaraan herinnerd(1663). De grondslag daarvoor zou onder meer vervat liggen in artikel 1162, tweede lid oud BW, waarbij de rechter bij aanhoudende twijfel, het onduidelijk beding moet interpreteren tegen wie het heeft bedongen en ten voordele van wie zich heeft verbonden. Vermits het bevrijdingsbeding wordt ingeroepen door de partij die een aansprakelijkheidsbeperking geniet en in wiens voordeel het dus bedongen dus, moet de rechter het tegen de verkoper uitleggen en in het voordeel van de koper. In artikel 1602 oud BW zou een gelijkaardige interpretatieregel

(1658) Luik (3de k.) 12 maart 2012, *T.Aann.* 2014, 198.

(1659) Luik (5de k.) 20 april 2010, *JLMB* 2011, 465.

(1660) A. VAN OEVELEN, “Exonerationbedingen en vrijwaringsbedingen” in *Actuele ontwikkelingen verbintenissenrecht* (Antwerpen: Intersentia 2009), nr. 4.

(1661) Zie in dit verband: B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, in *Beginnelen van Belgisch privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2012), 429-430.

(1662) Luik (12de k.) 20 april 2010, *JLMB* 2011, 465.

(1663) Bv. Luik (3de k.) 3 november 2008, *For.Ass.* 2009 (96), 146, noot S. ANDREANI.

tegen de verkoper geformuleerd zijn(1664). Een verklaring van de verkoper dat “*er bij zijn weten geen verborgen gebrek bestaat (asbest, huiszwam, enz.)*”, is geen beding van niet-vrijwaring, maar een gewone bevestiging(1665).

A. VERPLICHTINGEN VAN DE KOPER

367. VERPLICHTINGEN VAN DE KOPER – De koper heeft in beginsel drie verplichtingen. Hij moet (i) de zaak in ontvangst nemen (art. 1657 oud BW), (ii) de prijs betalen (art. 1650 oud BW) en (iii) de kosten van de koopovereenkomst betalen (art. 1593 oud BW).

368. EENZIJDIGE MEDEDELINGSPLICHTIGE RECHTSHANDELING TOT BETALING – Art. 5.194 Wetsvoorstel Boek 5 definieert in navolging van vaststaande cassatierechtspraak de betaling als de eenzijdige rechtshandeling waarbij de verschuldigde prestatie vrijwillig wordt uitgevoerd. Een betaling van een koopprijs is een eenzijdige mededelingsplichtige rechtshandeling die zich ent op de voorafbestaande verbintenissen resulterend uit de rechtshandeling, waarbij de koper als schuldenaar van de verbintenis tot betaling van een geldsom zijn verbintenis uitvoert. Onder het nieuwe bewijsrecht valt het bewijs van betaling onder het bewijs van eenzijdige rechtshandelingen(1666). Het bewijs van eenzijdige rechtshandelingen zoals betaling kan ongeacht het bedrag met alle middelen van recht worden bewezen (art. 8.10 BW)(1667). Sowieso kan een contante betaling trouwens geen betrekking hebben op een bedrag hoger dan 3000 EUR. Een ondertekend geschrift is slechts vereist voor rechtshandelingen met betrekking tot een som of een waarde die gelijk is aan of hoger is dan 3500 EUR (art. 8.9 BW), tenzij het een rechtshandeling betreft tussen ondernemingen.

369. VERPLICHTE VERMELDING FINANCIËLE REKENING (WITWASWET) – De koopovereenkomst en akte moeten het nummer van de financiële rekeningen vermelden waarlangs het bedrag werd of zal worden overgemaakt, evenals de identiteit van de houders van die rekeningen. Wanneer de notarissen of de vastgoedmakelaar vaststellen dat de betalingswijze per cheque of overschrijving of de verplichte vermelding van het rekeningnummer en identiteit van rekeninghouder niet wordt nageleefd, brengen zij dit onmiddellijk ter kennis

(1664) Over de *contra venditorem*-regel, zie J. WAELEKENS, **Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen** (Antwerpen: Intersentia 2016), 639 e.v.

(1665) M. DAMBRE, “De verkoop uit de hand van onroerende goederen” in *Rechtskroniek voor het notariaat*, deel 18 (Brugge: die Keure 2011), (91) 143.

(1666) Naar aanleiding van een opmerking van de Raad van State is de uitdrukkelijke precisering in boek 8 dat het bewijs van betaling mag gebeuren met alle bewijsmiddelen weggelaten. Deze alinea achtte de Raad van State overbodig, omdat artikel 5.194 Wetsvoorstel Boek 5 uitdrukkelijk bepaalt dat de betaling een eenzijdige rechtshandeling is. (Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer, nr. 55- 1806/001).

(1667) B. VANLERBERGHE, *Het nieuw burgerlijk bewijsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2019), 18 nr. 25.

aan de Cel voor Financiële Informatieverwerking (art. 66 §2 Witwaswet). De onderworpen entiteiten in de zin van artikel 5 Witwaswet, die bij de uitoefening van hun beroep, geldmiddelen of (pogingen tot) verrichtingen vaststellen waarvan zij weten, vermoeden of redelijke gronden hebben dat ze verband houden met het witwassen van geld of met de financiering van terrorisme, moeten de Cel voor Financiële Informatieverwerking daarvan onmiddellijk op de hoogte brengen (art. 47 e.v. Witwaswet). Het doorgeven van deze informatie mag niet aan de cliënt worden gemeld (art. 55 Witwaswet) en het beroepsgeheim wordt hierdoor niet geschonden (art. 57 Witwaswet).

370. PLAATS VAN BETALING ENKEL ALS BEVOEGDHEIDSFACITOR ALS PLAATS VAN LEVERING BUITEN EU – De plaats van betaling van de koopprijs bepaalt bij sommige internationale koopovereenkomsten zonder forumbeding de rechtsmacht van de rechter. Weliswaar is het belang van de plaats van betaling van koopovereenkomsten als bevoegdheidscriterium in het Europees procesrecht enigszins afgezwakt.

Artikel 7.1a-b Brussel Ibis-Verordening bepaalt hierover: *“Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende rechten worden opgeroepen: 1a) ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst: voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd; b) voor de toepassing van deze bepaling en tenzij anders is overeengekomen, is de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt: voor de koop van roerende lichamelijke zaken, de plaats in een lidstaat waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of hadden geleverd moeten worden”*. Artikel 7.1.c. Brussel Ibis-Verordening stipuleert dat *“punt a) is van toepassing indien punt b) niet van toepassing is”*.

Het Hof van Justitie stelde in het *Car Trim arrest* dat de autonomie van de in het toenmalige artikel 5.1b Brussel I-Verordening (thans art. 7.1b Brussel Ibis-Verordening) geformuleerde aanknopingscriteria uitsluit dat de regels van internationaal privaatrecht van de lidstaat van het bevoegde gerecht en het op grond daarvan toepasselijke materiële recht wordt toegepast. In de eerste plaats moet onderzocht worden of de plaats van de levering uit de bepalingen van de overeenkomst naar voren komt. In situaties waarin de overeenkomst geen bepaling bevat waaruit, zonder dat het toepasselijke materiële recht wordt toegepast, de wil van partijen betreffende de plaats van de geleverde goederen blijkt, moet deze plaats bij een verzendingskoop worden vastgesteld op basis van een ander criterium, dat de ontstaansgeschiedenis, de doelstellingen en het systeem van de verordening eerbiedigt. Indien de plaats van levering niet zo kan worden bepaald, zonder dat het op de overeenkomst materiële toepasselijke recht wordt toegepast, is deze plaats de plaats van de materiële overdracht van de goederen, waarmee de koper op de eindbestemming van

de verkooptransactie de feitelijke macht om over deze goederen te beschikken heeft verkregen of had moeten verkrijgen(1668).

371. TIJDSTIP VAN BETALING – Wanneer partijen de dag van betaling niet hebben bepaald, is dit krachtens de aanvullende regel van artikel 1651 oud BW de dag van de levering. De opstellers van het oud Burgerlijk Wetboek hebben dus een absolute gelijktijdigheid vastgesteld tussen de betaling en de levering. Hieruit volgt dat wanneer de verkoper de koopprijs vraagt, hij voorafgaandelijk het verkochte goed ter beschikking moet stellen van de koper indien deze de levering vraagt. Behoudens andersluidende overeenkomst resulteert de verplichting van de koper tot betaling uit de volledige uitvoering van de leveringsverplichting van de verkoper. De koper kan dus weigeren om te betalen zolang de levering niet is uitgevoerd.

Sinds de Hypotheekwet van 1851 beschikt de koper van een onroerend goed niet volledig over het gekochte goed zolang de akte niet is overgeschreven in de registers van het huidige kantoor Rechtszekerheid. Vanaf de overschrijving van de authentieke koopakte kan de koper zich immers pas als eigenaar manifesteren tegenover derden die te goeder trouw zijn, zodat de levering tot zolang niet is voltrokken. Daaruit volgt dat de koper, bij gebrek aan een andersluidend beding, ook tot zolang de prijs niet moet betalen. Het is gebruikelijk dat de koopprijs betreffende een onroerend goed wordt overgemaakt aan de notaris, die hem – gebeurlijk na betaling van de hypothecaire schulden – aan de verkoper overmaakt. Het is trouwens het eventuele bestaan van hypothecaire schulden, van bouw misdrijven, van bodemvervuiling, van erfdiensbaarheden en dergelijke meer, dat in de praktijk heeft geleid tot de werkwijze dat de betaling van de koopprijs gebeurt via de notaris en dat kwijting van betaling wordt verleend in de koopakte. De stelling van de verkoper dat het volstond dat een koopovereenkomst van een onroerend goed is tot stand gekomen om vanaf de aanmaning tot betaling van de koopprijs interesten te kunnen eisen, is dan ook onjuist(1669).

Voor een overheidsinstantie(schuldenaars), die onder de wet van 2 augustus 2002 sorteren, geldt dezelfde betalingstermijn van 30 kalenderdagen als voor ondernemingen onderling, behalve voor erkende gezondheidsorganisaties waarvoor de betalingstermijn 60 kalenderdagen bedraagt (zie art. 4 §2, tweede lid wet 2 augustus 2002).

(1668) HvJ (4de k.) 25 februari 2010, C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90, *Car Trim GmbH t. Key Safety System Srl*. In dezelfde zin: Cass (1ste k.) 3 september 2015, ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20150903.2, *Arr.Cass.* 2015, 1896, concl. J. LECLERCQ = *Eur. Vervoerr.* 2015, 697, concl. J. LECLERCQ = *IHT* 2016, 31, noot C. CLIJMANS = *Pas.* 2015, 1865, concl. J. LECLERCQ = *RABG* 2015, 1246, noot S. BERNEMAN = *RW* 2015-16, 459, noot = *RW* 2016-17, 1019 = *Tijdschrift@ipr.be* 2016 (1), 27.

(1669) Vred. Gent (1ste kanton) 4 april 2016, *RW* 2017-18, 114.

372. UITSTEL LEVERING IMPLICEERT UITSTEL BETALING, MAAR NIET OMGEKEERD – De regel van artikel 1651 oud BW houdt een afwijking in van het gemeen contractenrecht. Naar gemeen recht geldt dat, wanneer een contractspartij een termijn krijgt voor de uitvoering van zijn verbintenis, dit niet impliceert dat de andere contractspartij niet gehouden is om onmiddellijk uit te voeren. Artikel 1651 oud BW wijkt van deze regel af, vermits de termijn die aan de verkoper wordt verleend om te leveren, behoudens andersluidend beding, ook ten goede komt van de koper om de koopprijs te betalen. Het omgekeerde is niet waar, want de verkoper die aan de koper een betalingstermijn toestaat, blijft gehouden om onmiddellijk het verkochte goed te leveren.

Een bepaalde leveringstermijn voor de verkoper zonder verdere afspraken impliceert dus een identieke betalingstermijn voor de koper. De koper heeft met andere woorden een aanvullend recht op gelijktijdige uitvoering (1670).

Zelfs als bijvoorbeeld gestipuleerd is dat de betaling plaatsvindt vanaf ontvangst van de factuur, is de koper niet verplicht te betalen als hij de factuur ontvangt vóór de koopwaar hem bereikt heeft of deze verzonden is: *“Krachtens artikel 1651 (oud) Burgerlijk Wetboek moet, indien bij het aangaan van de koop niets daaromtrent is bedongen, de koper betalen op de plaats en het tijdstip voor de levering bepaald. Hieruit volgt dat de verjaring van de vordering strekkende tot betaling van de prijs van verkochte goederen, loopt vanaf de levering van deze goederen die, behoudens andersluidende overeenkomst, op die datum betaalbaar zijn. Het middel dat ervan uitgaat dat de verjaring begint te lopen vanaf de datum waarop de verkochte goederen worden gefactureerd, faalt naar recht”* (1671).

373. BETALINGSUITSTEL: ART. 1244 OUD BW & ART. VII.107 WER & 1333-1334 GER.W. – In afwijking van artikel 1134 oud BW, kan de rechter krachtens artikel 1244, vierde lid oud BW, niettegenstaande ieder andersluidend beding, met inachtneming van de toestand der partijen gebruikmakend van zijn bevoegdheid met grote omzichtigheid en daarbij rekening houdend met de termijnen die de schuldenaar (van een contractuele verbintenis) al heeft genoten, gematigd uitstel verlenen voor betalingen en de vervolgingen doen schorsen, ook wanneer de schuld blijkt uit een andere authentieke akte dan een vonnis. De aan de rechter verleende bevoegdheid is ingegeven door gevoelens van menslievendheid tegenover de onfortuinlijke schuldenaar. De wetgever verleent dus de bevoegdheid aan de rechter om de billijkheid als corrigerende factor te hanteren bij de toepassing van een rechtsregel. Het betreft een bevoegdheid en geen verplichting. De wetbepaling is van openbare orde. Artikel VII.107 WER is een bijzondere toepassing van artikel 1244

(1670) H. DE PAGE en A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Les principaux contrats in Traité élémentaire de droit civil belge*, IV (Brussel: Bruylant 1997), 327 nr. 240.

(1671) Cass. (1ste k.) 4 september 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200904.1N.8, **T. VRED.** 2020, 664 = *TBH* 2020, 941.

oud BW en geeft de vrederechter de mogelijkheid om betalingsfaciliteiten toe te staan aan de consument wiens financiële toestand is verslechterd.

De schuldenaar moet het voordeel van artikel 1244 oud BW inroepen bij wijze van verweer, uiterlijk in de laatste conclusies, tijdens de procedure waarin tegen hem nakoming van zijn verbintenis wordt gevorderd. Na de rechterlijke uitspraak kan geen uitstel meer worden verleend (art. 1333 Ger.W.). Hoewel dit maar uitzonderlijk voorkomt, mag de schuldenaar zelf, bij hoofdvordering, om een respijttermijn vragen. Wanneer de tenuitvoerlegging of het beslag plaatshebben krachtens een andere authentieke dan een vonnis, moet de aanvraag tot het verkrijgen van uitstel bedoeld in artikel 1244 oud BW, op straffe van verval gedaan worden binnen vijftien dagen te rekenen van het bevel of, indien er geen reden tot bevel was, van de betekening van de eerste akte van beslag aan de schuldenaar (art. 1334 Ger.W.).

De rechter kan de totaliteit van de betaling uitstellen voor een bepaalde termijn, al dan niet onder voorwaarden (bv. stellen van bepaalde garanties). Hij kan ook de vereffening van de schuld met op elkaar volgende afkortingen toestaan. Het uitstel wordt als een genadetermijn omschreven omdat aan de schuldenaar, als het ware, uitstel van executie wordt gegeven. Artikel 1244 oud BW kan nooit leiden tot de wijziging van een bestaande overeenkomst: de overeenkomst blijft onveranderd bestaan zoals ze tussen de partijen gesloten werd en de verbintenissen van de schuldenaar blijven bestaan, maar de schuldenaar krijgt een termijn van respijt (art. 1759*bis* oud BW) en het uitstel van betaling (art. 1244 oud BW). Door de genadetermijn moet de schuldenaar pas op de nieuwe rechterlijke bepaalde vervaldag(en) betalen. In afwachting daarvan zijn verbintenissen, geheel of deels, onuitvoerbaar en onafdwingbaar.

De verlening van uitstel doet geen afbreuk aan de schuld van de schuldenaar wegens foutieve niet-nakoming. De toepassing van een schadebeding of een verhogingsbeding blijft mogelijk. Gedurende de genadetermijn blijven bewaerende maatregelen mogelijk, zoals een bewarend beslag.

Een schuldenaar die in gebreke gesteld werd, blijft in gebreke. Bovendien blijft de schuldenaar gehouden tot betaling van moratoire interesten voor de vertraging in betaling die niet gedekt is door de genadetermijn. Anders dan bij de opschortende tijdsbepaling belet het toestaan van respijttermijnen de schuldvergelijking niet (art. 1292 oud BW).

De genadetermijn is beperkt tot de schuld waarvoor ze werd verleend. Indien de schuldenaar andere schuldeisers heeft, kan hij hen de genadetermijn niet tegenwerpen. Indien hij verschillende schulden heeft tegenover de schuldenaar voor wie hij een genadetermijn heeft verkregen, blijft hij gehouden om al de andere te betalen voor wat de genadetermijn niet werd verleend.

374. UITEINDELIJKE BETALING MAG DOOR UITSTEL NIET UITGESLOTEN OF IN GEDRANG WORDEN GEBRACHT – Het toegekende uitstel moet gematigd zijn. Dit is *in concreto* te beoordelen. De rechter moet bij de verlening van respijtermijnen met grote omzichtigheid handelen. In zijn beoordeling moet hij ook rekening houden met de door de schuldeiser reeds toegestane termijnen(1672). De rechter mag in elk geval, door de toekenning van genadetermijnen, niet de uiteindelijke betaling van de verbintenis uitsluiten of in gedrang brengen doordat bijvoorbeeld de verplichtingen van de schuldenaar beperkt worden tot de betaling van (een gedeelte van) de interest(1673), of doordat hij een schuldenaar ontslaat van de betaling van de wettelijke interest(1674).

375. GOEDE TROUW (AFWEZIGHEID FOUT) SCHULDENAAR EN IMPACT BETALINGS-UITSTEL OP VERMOGENSTOESTAND SCHULDEISER – De toestand van de schuldenaar en van de schuldeiser moet de rechter soeverein en *in concreto* beoordelen. Wat de schuldenaar betreft, moet de feitenrechter kunnen vaststellen dat hij ongelukkig en te goeder trouw is. De precaire financiële toestand van de schuldenaar mag m.a.w. niet louter foutief zijn, te wijten zijn aan de schuldenaar. Betalingsuitstel kan bijvoorbeeld worden verleend wegens de financiële moeilijkheden veroorzaakt door overheidsmaatregelen inzake COVID-19(1675). De schuldenaar moet aantonen dat de voorwaarden vervuld zijn. Dit is bijvoorbeeld niet het geval wanneer de schuldenaar dilatoire manoeuvres heeft gebruikt en indien hij geen enkele inspanning heeft gedaan om de schuld af te betalen, terwijl het een al oude schuld betrof. Er kunnen geen betalingsfaciliteiten worden toegekend aan een schuldenaar die geen documenten voorlegt die volledig genoeg zijn om het mogelijk te maken zijn vermogenstoestand te beoordelen. Bovendien blijkt dat hij *de facto* al van

(1672) Vred. Aalst 23 februari 2016, *Huur* 2016, 92 = *RW* 2015-16, 1318 (de door art. 1244, tweede lid oud BW aan de rechter toegekende bevoegdheid om aan de schuldenaar respijtermijnen toe te staan, is gebaseerd op de idee dat de rechter in uitzonderlijke omstandigheden de billijkheid als een corrigerend element mag gebruiken in een individuele situatie. De rechter moet deze bevoegdheid met grote omzichtigheid gebruiken, mag slechts een gematigd uitstel toestaan en moet de concrete toestand van beide partijen in rekening brengen. Een afbetalingsvoorstel van de huurder dat resulteert in een afbetalingstermijn van bijna acht jaar, enkel wat de hoofdsom aan huurachterstal betreft, houdt geen gematigd uitstel van betaling in).

(1673) Rb. Brussel (75ste k.) 8 november 2007 *T.Vred.* 2009, 304 (door uitstel en termijnen toe te kennen voor een duur van 20 jaar, heeft de eerste rechter een onredelijke termijn vastgelegd in het licht van het art. 1244 oud BW dat uitdrukkelijk een grote terughoudendheid oplegt. Het feit dat de gedwongen uitvoering geen snellere terugbetaling zou toelaten, is niet pertinent om de duur van het uitstel en de termijnen te beoordelen). *Vred. Antwerpen* (2de kanton), 15 december 2016, *RW* 2016-2017, 1548 (huurgelden: het doel van de toepassing van dit artikel is aan de schuldenaar een haalbaar afbetalingsplan opleggen en aan de schuldeiser een perspectief geven op afbetaling van de schuld binnen een redelijke termijn. De schuld is zo omvangrijk en zijn middelen zijn zo beperkt (maandelijkse werkloosheidsuitkering van 877 euro) dat het onmogelijk is om een afbetalingsplan toe te staan dat aan deze doelstellingen tegemoetkomt, temeer daar de huurder ook nog een belastingschuld te hebben. De vrederechter kent bijgevolg geen afbetalingen toe).

(1674) Cass (3de k.) 7 april 2014, ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20140407.2, *Arr.Cass.* 2014, 933 = *Pas.* 2014, 921.

(1675) *Vred. Gent* 6 juli 2020, *TBO* 2020, 441.

verschillende maanden genoten heeft om zijn schuld af te lossen. Tot slot bewijst hij niet dat hij zich in de onmogelijkheid zou bevinden om een lening te krijgen bij een bank ten belope van het bedrag dat hij nog verschuldigd is(1676).

Wat de schuldeiser betreft moet rekening gehouden worden met de gevolgen die het uitblijven van de betaling op de vermogenstoestand van de schuldeiser kan hebben. Komt hijzelf daardoor niet in moeilijkheden t.a.v. zijn eigen schuldeisers? Moet hij daardoor niet voor bijkomende financiering zorgen? Zowel de duur van het uitstel, als de belangrijkheid van het bedrag dat op de vervaldag niet betaald wordt, kunnen voor de schuldeiser belangrijk zijn.

376. BTW ONDERDEEL KOOPPRIJS TE BETALEN DOOR KOPER – De btw die de koper of een dienstverstrekker verschuldigd is, is geen *accessorium* maar een onderdeel van de prijs die de koper zal moeten betalen(1677). De btw is als verbruiksbelasting sowieso altijd ten laste van de eindverbruiker/afnemer en mag niet ten laste zijn van de leverancier(1678). Artikel VI.4 WER vereist dat de aangeduide prijs de door de consument totaal te betalen prijs is, waaronder is begrepen: de belasting over de toegevoegde waarde, alle overige taksen en de kosten van alle diensten die door de consument verplicht moeten worden bijbetaald. Het Hof van Justitie van de EU besliste dat Richtlijn 2006/112/EG betreffende het gemeenschappelijke stelsel van btw zo moet worden uitgelegd dat de overeengekomen verkoopprijs, indien deze door partijen is vastgesteld zonder dat de btw-waarde is genoemd en de leverancier van het goed de persoon is die tot voldoening van de verschuldigde belasting over de toegevoegde waarde van de belastbare handeling gehouden is, moet worden opgevat dat de btw daarin al begrepen is ingeval de leverancier de door de belastingdienst nageheven belasting over de toegevoegde waarde niet op de koper kan verhalen(1679). Als de btw verhaalbaar is op de koper, is de prijs ‘btw-exclusief’; zo niet is die ‘btw-inclusief’, tenminste als partijen geen afwijkende bedingen zijn overeengekomen. Voor b2c-transacties zoals

(1676) Brussel (7de k.) 28 september 2012, *TBBR* 2014, 272. Vergelijk in vergelijkbare zin: Beslagr. Gent 17 februari 2009, *RW* 2011-12, 1227 (de grote omzichtigheid waarmee de beslagrechter gematigd uitstel kan toestaan houdt in dat een dergelijk uitstel slechts denkbaar is indien de schuldenaar zonder verwijl de stukken voorlegt die zouden moeten aantonen dat de schuldenaar voldoet aan alle voorwaarden om een dergelijk uitstel te verkrijgen).

(1677) Zie onder meer: Brussel 2 juni 2009, AR 2007/AR/1625; B. COOPMAN en A. CLARA, “Overdracht van grond en BTW”, *AFT* 2011 (2), 5. Vgl. enigszins anders: Gent 7 oktober 2014, *RABG* 2015, 1393, noot C. THIEL = *TFR* 2016, 538, noot L. VAN DORSSELAER (“De vordering waarbij een leverancier van een verkoop zonder factuur de btw, die werd nagevorderd terugvordert van de klant betreft geen fiscale vordering in de zin van artikel 569, 32° Ger.W. De btw op de verkoop maakt immers een bijkomende kost uit van de koop (art. 1593 BW)”).

(1678) W. HUBER, “De mogelijke invloed van een navordering van btw op de maatstaf van heffing” (noot bij HvJ 7 november 2013), *TFR* 2014, 846.

(1679) HvJ 7 november 2013, gevoegde zaken C-249/12 en C-250/12, ECLI:EU:C:2013:722, *Tulicat. Agentia Nationala de Administrare Fiscala – Directia Generala de Solutionare a Contestatiilor; Plavosin/Directia Generala a Finantelor Publice Timis – Serviciul Solutionare Contestatii e.a.*, *JDE* 2013, 422, noot = *TFR* 2014, 157.

bepaald in het WER, is er duidelijk geen verhaalbaarheid mogelijk(1680). De leverancier of dienstverrichter moet er immers voor zorgen dat de btw begrepen is in de prijs en heeft achteraf in principe niet meer de mogelijkheid om alsnog de btw door te rekenen aan zijn klant (VI.4 WER). In b2b-transacties is de btw evenmin verhaalbaar op de partijen als die niet vermeld worden in de mate dat de btw geen kost is in de zin van artikel 1593 oud BW(1681).

377. AKTE IN DE HAND – Vermits de kosten van de koop van een onroerend goed niet onaanzienlijk zijn en de verdeling tussen de diverse contractspartijen niet onbetwist, dringen zich hierover duidelijke afspraken op tussen de partijen(1682). In de verkoopakte wordt hiertoe soms een clause ‘akte in de hand’ opgenomen (‘*acte en main*’, ‘prijs vrij op naam’, ‘zonder kosten’ of ‘alle kosten inbegrepen’).

In afwijking van artikel 1593 oud BW bepalen partijen dat alle kosten in verband met de koop ten laste van de verkoper vallen of in de verkoopprijs inbegrepen zijn. Met betrekking tot onroerende goederen wordt deze techniek vaak gebruikt om de koper zekerheid te verschaffen over de totale som geld die hij zal moeten neerleggen om het onroerend goed te verwerven. De totale verkoopprijs die de koper betaalt is dan de ‘nettoprijs’(1683). Het wordt aanbevolen om de kosten die inbegrepen zijn te expliciteren nu een akte in de hand niet noodzakelijkerwijze impliceert dat alle kosten ten laste zijn genomen. Volgens het hof van beroep te Luik omvat een akte in de hand het ereloon van de notaris, de kosten van het gezegeld papier, de expeditie en het minuut. De door de koper gedragen btw, registratierechten en het makelaarsloon betaald door de verkoper aan de makelaar maken geen deel uit van de overeengekomen prijs(1684).

378. ANTICIPATIEVE EENZIJDIGE BUITENGERECHTELIJKE ONTBINDING – Naar huidig recht is het niet mogelijk om de overeenkomst te ontbinden uit vrees voor een wanprestatie. Doet een contractspartij dit toch, dan maakt hij zich in principe schuldig aan een foutieve ontbinding. Dat was ook het geval in volgende zaak.

GSK bestelt bij de NV Beltoos momentsleutels op maat. De verkoper doet op haar beurt beroep op de NV Damaco. Er werd overeengekomen dat de NV Beltoos een voorschot van 25% zou betalen en de rest 90 dagen na uitgifte van de factuur. Op 16 oktober 2018 gaf de NV Damaco twee facturen uit voor

(1680) J. VAN MOORSEL, “Inclusief of exclusief btw? De prijs is de prijs!,” *AFT* 2014, 37.

(1681) Brussel 2 juni 2009, AR 2007/AR/1625; J. VAN MOORSEL, “Inclusief of exclusief btw? De prijs is de prijs!,” *AFT* 2014, 40 e.v.

(1682) A. LEMMERLING, “Koop - Acte en main”, in G.-L. Ballon, H. De Decker, V. Sagaert, E. Terryn, B. Tillemans en A.-L. Verbeke (eds.), *Koop – Onroerend goed* (Antwerpen: Intersentia 2016), 263.

(1683). Over de boekhoudkundige implicaties van een waardering ‘akte in de hand’, zie: Rb. Leuven 26 januari 2007, *TFR* 2007, noot C. CHEVALIER.

(1684) Luik 29 juni 2009, *JLMB* 2010, 1016.

het voorschot. Op 30 oktober 2018 drong de Nv Damaco op betaling. Op 5 november 2018 werd de eerste voorschotfactuur betaald en op 30 november de tweede. De koper informeerde herhaaldelijk naar de leveringstermijn. Hierop antwoordde de verkoper dat hij daarop niet kan antwoorden wegens de laattijdige betaling van de facturen en wegens het feit dat de opdrachtgever van de koper na de bestelling wijzigingen aanbracht aan de kenmerken van de sleutels. Op 27 februari 2019 annuleerde de verkoper de bestelling verwijzend naar de laattijdige betaling van de facturen, de zwakke solvabiliteit van de koper en het feit dat zijn factor de facturen gericht aan de koper weigerde over te nemen. Ondanks protest van de koper, verkocht de verkoper de sleutels enkele maanden later rechtstreeks aan de opdrachtgever van de koper en betaalde hij de voorschotten terug. Hierop werd hij door de koper gedagvaard.

In casu had de verkoper de verkoop eenzijdige buitengerechtelijke ontbonden wegens de vrees dat niet zou betaald worden. De vrees van de verkoper steunde op de laattijdige betaling van de voorschotten, maar deze werden uiteindelijk wel betaald. Het feit dat de verkoper zijn facturen niet zal kunnen cederen aan zijn factor rechtvaardigde de eenzijdige buitengerechtelijke ontbinding niet vermits de cedeerbaarheid had moeten worden gecontroleerd bij de contractsluiting. De verkoper had bovendien solvabiliteitsgaranties aan de koper kunnen vragen. Dat gebeurde niet. De rechtbank concludeerde dat de anticipatieve eenzijdige buitengerechtelijke ontbinding naar vigerend recht nog niet is aanvaard. Artikel 5.90 Wetsvoorstel Boek 5 voorziet wel in die mogelijkheid: *“In uitzonderlijke omstandigheden kan het contract ook worden ontbonden wanneer het duidelijk is dat de schuldenaar, na te zijn aangemaand om binnen een redelijke termijn voldoende waarborgen te bieden voor de goede uitvoering van zijn verbintenissen, zijn verbintenissen niet tijdig zal nakomen en dat de gevolgen van die niet-nakoming voldoende ernstig zijn voor de schuldeiser”* (“anticipatory breach”). *In casu* waren de toepassingsvoorwaarden niet vervuld. De verkoper maakte zich zo schuldig aan een foutieve ontbinding, wat resulteerde in schadevergoeding (1685).

379. GEEN BETALING BIJ BEWEZEN OVERMACHT NIET-LEVERING – De verplichting tot betaling is een resultaatsverbintenis. De koper kan zich bevrijden van deze verplichting als hij bewijst dat het gegeven dat de verkoper (gedeeltelijk) niet kan leveren te wijten is aan overmacht.

In een koopovereenkomst betreffende een handelsruimte in een appartementsgebouw had de verkoper zich verbonden om vier parkeerplaatsen aan de straatzijde te leveren waarop de koper het exclusief genot heeft. Door een beslissing van de dienst Bruggen en Wegen werd een wijziging van de verkeerssituatie opgelegd zodat het genot van enkele parkeerplaatsen niet meer ten volle mogelijk was. De tekortkoming door verkoper aan haar verbintenis

(1685) Kh. Henegouwen (afd. Bergen) 2 juni 2020, *TBBR* 2021, 92, noot A. DE BOECK.

om twee parkeerplaatsen aan te leveren waarop de koper het exclusief genot had, werd voldoende zwaarwichtig bevonden. Het stond vast dat de verkoper deze verbintenis had miskend. De overmacht die ingeroepen werd door de verkoper kon niet aangenomen worden, omdat de als overmacht ingeroepen situatie voor die partij niet onvoorzienbaar was. Uitvoering in natura van de koopovereenkomst was niet mogelijk, alleen al omdat die parkeerplaatsen zich bevonden op openbaar domein en de verkoper daarover geen zeggenschap heeft. Wanneer de uitvoering in natura van een overeenkomst niet mogelijk is, heeft de schuldeiser recht op uitvoering bij equivalent die hem moet plaatsen in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien er geen wanprestatie was gepleegd. De koper had recht op een vervangende schadevergoeding(1686).

I. KOOP OP LIJFRENT

A. NOTIE

380. DEFINITIE – Lijfrente is een rechtsverhouding, krachtens dewelke de ene partij (lijfrenteplichtige) aan de andere partij (lijfrentegenieter) verplicht is tot een periodieke uitkering van een geldbedrag, gedurende het gehele leven van één of meerdere bepaalde personen hetzij de rentegenieter of een bepaalde derde (hierna het lijf) of tot het overlijden van het lijf maar uiterlijk tot één bepaalde voldoende verwijderde datum(1687).

381. LIJFRENT ONTSTAAT NIET ENKEL OP GROND VAN OVEREENKOMST – Hoewel er in het Burgerlijk Wetboek van 1804 sprake is van een contract, is het veeleer aangewezen de lijfrente te duiden als een rechtsverhouding, omdat deze niet alleen kan ontstaan uit een overeenkomst, maar ook kan voortvloeien uit een testament, de wet of een rechterlijke beslissing. Zelfs wanneer de lijfrente krachtens een overeenkomst wordt gevestigd, is dit eigenlijk niet echt een bijzonder op zichzelf staand contract, maar eerder een modaliteit van een andere overeenkomst, zoals een verkoop, een lening, een verdeling of een schenking.

382. ENKEL LIJFRENT ONDER BEZWARENDE TITEL IS KANSCONTRACT – Als modaliteit bij een schenking of een legaat is de lijfrente gevestigd om niet. De wettelijke vormvoorschriften moeten worden nageleefd, bijvoorbeeld de vereiste van notariële akte voor een schenking (art. 931 en 1969 oud BW). De regels van het erfrecht, zoals de inkorting ter bescherming van het reservataire erfdeel, zijn dan van toepassing (art. 1970 oud BW). Lijfrente kan ook

(1686) Antwerpen 15 september 2014, *TBBR* 2018, 177.

(1687) A.L. VERBEKE, B. TILLEMANS, K. DEWAELE, M. THIELENS, N. VAN DAMME en F. VAN DEN ABEELE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek* (Antwerpen: Intersentia 2020), 94; C. JAUMAIN, “Het aleatoir karakter van de verkoop op lijfrente”, *T.Not.*, 2018, (736) 738.

worden gevestigd onder bezwarende titel, dit is tegen betaling van een som geld of tegen afstand van een “geldswaardig” roerend goed, of tegen afstand van een onroerend goed (art. 1968 oud BW). Slechts indien de lijfrente onder bezwarende titel is gevestigd, kan er sprake zijn van een kanscontract.

B. LIJFRENTEN ALS KANSCONTRACT

383. OVERLIJDEN LIJF T.G.V. ZIEKTE BINNEN TWINTIG DAGEN NA DAGTEKENING CONTRACT – Is nietig het contract waarbij de rente gevestigd is op het leven van iemand die reeds was aangetast door een ziekte, waaraan hij binnen twintig dagen na de dagtekening van het contract is overleden (art. 1975 oud BW). Voor de toepassing van artikel 1975 oud BW moeten de drie volgende voorwaarden vervuld zijn:

- de lijfrentegenieter is bij het sluiten van het contract aangetast door een ziekte, het begrip ziekte wordt hierbij ruim geïnterpreteerd;
- deze ziekte moet het overlijden hebben veroorzaakt;
- het overlijden vond plaats binnen de twintig dagen na de dagtekening van het contract.

Een verkoopster van 93 jaar overleed één maand en zeven dagen na het sluiten van de verkoop op lijfrente. Dit volstond bij ontstentenis van informatie over haar gezondheidstoestand niet om de koop nietig te verklaren op grond van een afwezigheid van *alea*(1688).

384. AFWEZIGHEID VAN *ALEA* BUITEN HYPOTHESE VAN ARTIKEL 1974-1975 OUD BW: GEBREK AAN GEOBJECTIVEERDE SUBJECTIEVE ONZEKERHEID IS GELIJK AAN AFWEZIGHEID VAN *ALEA* – Wanneer de lijfrentepllichtige overlijdt buiten de wettelijke termijn van twintig dagen na het sluiten van de lijfrenteovereenkomst, kan de lijfrenteovereenkomst volgens de moderne rechtspraak nog worden vernietigd op grond van het ontbreken van het aleatoir karakter(1689). Hierbij knoopt de actuele rechtspraak terug aan bij het gemeen recht over kanscontracten, vermits de uitzondering van artikel 1975 oud BW restrictief wordt geïnterpreteerd. Dit impliceert dat het contract kan worden vernietigd wanneer de lijfrentegenieter op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst kennis had van het nakende overlijden van de lijfrentegenieter, zelfs wanneer deze laatste overlijdt buiten de wettelijke termijn van twintig dagen of aan een andere ziekte overlijdt dan deze waardoor hij bij het sluiten van het contract was aangetast. De kwade trouw van de rentepllichtige moet worden bewezen(1690). De rechtspraak geeft daarbij blijk van een zeer grote behoe-

(1688) Rb. Brussel (9de k.) 7 maart 2014, *JLMB* 2018, 364-369.

(1689) Rb. Gent (12de k.) 22 juni 2012, *RW* 2012-13, 1424-1427.

(1690)-Y. DAGORNE-LABBE, *Encyclopédie Dalloz*, v° *Rentes* (Parijs: Dalloz 2020), nr. 72; P. MALAURIE, L. AYNES en P.Y. GAUTHIER, *Droit des contrats spéciaux* (Parijs: LGDJ 2018), 621 nr. 995.

zaamheid om buiten de wettelijke termijn van twintig dagen een ontbreken van subjectieve onzekerheid vast te stellen(1691).

385. ONEVENWICHT VEROORZAAKT DOOR ONTOEREIKEND KARAKTER VAN RENTE – NIETIGHEID WEGENS NIET-ERNSTIG KARAKTER VAN DE RENTE – Een kans op winst of een gevaar op verlies is essentieel voor de geldigheid van een kanscontract, zoals het contract van lijfrente. De afwezigheid van het kanselement maakt het kanscontract nietig, zelfs indien niet voldaan is aan de voorwaarden bepaald in de artikelen 1974 en 1975 oud BW. Een lijfrente die slechts gelijk is of kleiner dan de normale intrest/inkomsten gegenereerd door de verkoopprijs kan, rekening houdende met de leeftijd van de verkoper op lijfrente, van aard zijn om elk kanselement voor de koper uit te sluiten. Indien het kanselement op winst voor de verkoper op lijfrente afwezig is, is het risico op verlies voor de koper op lijfrente dat eveneens(1692).

Bij de verkoop van een blote eigendom op lijfrente werd vastgesteld dat de lijfrente duidelijk lager is dan het jaarlijks inkomen dan de waarde van de blote eigendom had kunnen genereren op het ogenblik van de verkoop. *In casu* bedroeg de jaarlijkse rente (7800 EUR (12 x 650 EUR) op een som van 293.880 (prijs van de blote eigendom), d.i. 2,66%, dit is veel minder dan de toen gelden wettelijke interestvoet van 6% of de maximum spaarrente die toen 4,25% bedroeg.

Er is geen kans als het aantal jaren dat de lijfrentenier nog moet leven beduidend hoger is dan zijn levensverwachting, op het ogenblik van de verkoop, opdat hij het totale bedrag van de waarde van de blote eigendom zou ontvangen. De verkoper was 86 jaar. Zij zou nog 37 jaar hebben moeten leven om de totale waarde van de blote eigendom te ontvangen. Dit was dus totaal illusoir(1693).

386. HERKWALIFICATIE ALS VERMOMDE SCHENKING ALS MIDDEL OM NIETIGHEID TE VERMIJDEN – Een lijfrente die zo gering is dat zij geen tegenprestatie vormt voor de vervreemding, kan erop wijzen dat de afstand van kapitaal een vermomde schenking is. Dit is een verweer dat door de renteplichtige tegen een vordering tot vernietiging kan worden aangewend(1694). Hiertoe is wel vereist dat aangetoond kan worden dat de partijen in feite niet de vestiging van een rente

(1691) G. KLEIN, “Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d’immeuble en viager”, *Rev.trim.dr.civ.* 1979, 37 nr. 34.

(1692) Cass. (3de k.) 18 september 2017, ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170918.1, *T.Not.* 2017, 921-924.

(1693) Bergen (21ste k.), 16 oktober 2013, *JLMB* 2014, 1765-1770 bevestigd door Cass. (3de k.) 18 september 2017, ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170918.1, *T.Not.* 2017, 921-924.

(1694) F. BOUCKAERT, “Art. 1976 BW”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2000), 4 nr. 6.

of een verkoop op lijfrente wensten te sluiten, maar een schenking(1695). Een precedent betrof een koper op lijfrente die gedagvaard werd tot ontbinding van de verkoop op lijfrente omdat van de 37 afbetalingstermijnen 28 termijnen onbetaald werden. Hierop beweerde de koper dat de verkoop op lijfrente in feite om fiscale redenen geveinsd werd en dat de eigenlijke bedoeling van de verkopers erin bestond de goederen – voorwerp van die overeenkomst – aan haar te schenken uit dankbaarheid en omwille van de hechte vertrouwensrelatie tussen partijen. Het feit op zich dat een bijzondere vertrouwensrelatie bestond tussen de partijen werd echter niet geacht te volstaan om de animus *donandi* te bewijzen. De notariële akte heeft duidelijk betrekking op een verkoop op lijfrente. Bovendien bevat deze overeenkomst een uitdrukkelijk ontbindend beding als de koper in gebreke zou blijven de overeengekomen rentetermijnen en gebruikelijke intresten stipt te betalen(1696).

387. BENADELING VOOR MEER DAN 7/12 BIJ VERKOOP OP LIJFRENTE VAN ONROEREND GOED OF GEKWALIFICEERDE BENADELING –Wanneer de overeengekomen rente wel kan worden gekwalificeerd als een werkelijke prijs zijn noch de nietigverklaring wegens het niet-ernstige karakter van de prijs, noch een herkwalificatie mogelijk(1697). Als de prijs zich substantieel onder de werkelijke waarde van het verkochte goed situeert, rijst enkel nog de vraag naar de mogelijkheid tot vernietiging op grond van (gekwalificeerde) benadeling. De mogelijkheid tot vernietiging van de verkoop van een onroerend goed op grond van benadeling of tot vernietiging van een verkoop op grond van gekwalificeerde benadeling, geldt in beginsel niet voor een koopovereenkomst die als een kanscontract wordt gekwalificeerd. Ofschoon dit principe nergens wettelijk is vastgelegd, wordt dit algemeen aanvaard(1698). Een eerste reden hiertoe vloeit voort uit het feit dat benadeling noodzakelijkerwijs verbonden is met een juiste prijs en dat de sanctionering van de benadeling noodzakelijkerwijs veronderstelt dat men de wederzijds opgenomen verbintenissen kan berekenen en vergelijken. Een dergelijke vergelijking wordt echter bij een kanscontract traditioneel onmogelijk geacht omdat de verbintenissen van één contractspartij afhangen van toevallige omstandigheden die het onmogelijk maken op voorhand de precieze waarde van deze verbintenissen in te schatten(1699). Men zou natuurlijk gebruik kunnen maken van de moderne technieken op het gebied

(1695) F. GLANSDORFF en E. VAN DEN HAUTE, *Les contrats (mandat, prêt, dépôt et séquestre, contrats aléatoires et transaction)*, Collection Henri De Page, t. III, vol. 4 (Brussel: Bruylant 2017), 519 nr. 430.

(1696) Brussel (1ste k.) 25 februari 2014, *T.Not.* 2014, 321.

(1697) J. DEPREZ, “La lésion dans les contrats aléatoires”, *RTDciv.* 1955, 29 nr. 26.

(1698) J. HUET, C. DECOCQ, C. GRIMALDI en H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux* (Parijs: LGDJ 2012), 468; P. MALAURIE, L. AYNES en P.Y. GAUTHIER, *Droit des contrats spéciaux* (Parijs: LGDJ 2018), 172, nr. 225.

(1699) Rb. Gent 22 juni 2012, *RW* 2012-13, 1424 (de vordering tot vernietiging van de verkoop op lijfrente wegens benadeling is ongegrond. Bij een kanscontract is de gelijkwaardigheid van de door de partijen te leveren prestaties altijd onzeker en kan de ongelijkheid ervan geen grond zijn tot nietigheid).

van kansberekening(1700). Weliswaar wordt hiertegen ingebracht dat het geen zin heeft om bij een verkoop van een lijfrente op basis van sterftetabellen na te gaan of er al dan niet een benadeling voor meer dan 7/12 voorligt. Deze sterftetabellen zijn gebaseerd op abstracte gemiddelden terwijl de concrete overlevingskansen afhangen van tal van parameters waaronder het lot, waarop geen enkele statistiek vat heeft(1701).

C. ONTBINDING VAN KOOP OP LIJFRENT

388. BEHOUD KEUZERECHT UITVOERING IN NATURA OF ONTBINDING – Zelfs bij een uitdrukkelijk ontbindend beding behoudt de lijfrentegenieter de keuze tussen ontbinding en gedwongen uitvoering(1702). Wanneer de rentegenieter op basis van het uitdrukkelijk ontbindend beding in de koop op lijfrente het contract ontbonden heeft verklaard, gelet op niet-betaling door de renteplichtige van de rente op de overeengekomen vervaldag, oordeelt rechtspraak dat de rechter geen bevoegdheid heeft om het ontbonden contract te doen herleven, zelfs wanneer de onbetaalde rente uiteindelijk geregulariseerd werd(1703). Alleszins mag de lijfrentegenieter geen misbruik maken van zijn keuzerecht tussen ontbinding en de gedwongen uitvoering(1704). In een zaak had een verkoper op lijfrente bedongen dat de verkoop op lijfrente kon ontbonden worden bij niet-betaling van één rente. Hiertoe moest de koper in gebreke gesteld worden en moest de verkoper vijftien dagen wachten om een vordering in rechte in te leiden. De verkoper stelde dat hij een levenseinde zonder zorgen beoogde en daarom een strikte betaling eiste. Gelet op de niet-betaling van een mensualiteit enkele maanden na ondertekening van het contract, kon de verkoper rechtmatige zorgen koesteren over een stipte uitvoering van het contract en kon hij zonder rechtsmisbruik opteren voor de ontbinding(1705).

389. ONTBINDING *EX NUNC* – Een deel van de rechtspraak en rechtsleer gaat ervan uit dat de prijs, die betaald wordt bij een lijfrente, het risico vergoedt dat men gelopen heeft tot aan de ontbinding: een *alea* uit het verleden zou men niet retroactief kunnen uitwissen. Bijgevolg stelt men dat de ontbinding

(1700) G. KLEIN, “Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d’immeuble en viager”, *RTDciv.* 1979, 24, nr. 14.

(1701) Rb. Brussel 27 januari 2012, *RNB* 2014, 620-636, noot M. DENUIT en J. LEDOUX.

(1702) Zie S. DE REY, “Uitdrukkelijk ontbindend beding”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2021), nrs. 39 e.v.

(1703) Bergen (7de k.), 25 juni 2013, *Rec.gén.enr.not.* 2016, 201, noot A. CULOT.

(1704) F. GLANSDORFF en E. VAN DEN HAUTE, *Les contrats (mandat, prêt, dépôt et séquestre, contrats aléatoires et transaction)*, *Collection Henri De Page*, t.III, vol.4 (Brussel: Bruylant 2017), 537 nr. 445.

(1705) Cass. 8 februari 2010, ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100208.4, *TBO* 2011, 162. Vergelijk in identieke zin: Luik 7 december 2006, *Rec.gen.enr.not.* 2007, 375.

van de verkoop op lijfrente *ex nunc* geschiedt(1706). Een zwakker argument om tot hetzelfde resultaat te komen, is artikel 549 oud BW (art. 3.29 BW) op grond waarvan de bezitter ter goeder trouw de vruchten mag behouden. De rentes worden in die opvatting als vruchten beschouwd. Kan de renteplichtige echter wel beschouwd worden als bezitter van de rente? Gelet op deze rechtspraak is het aan te bevelen om bij het uitdrukkelijk ontbindend beding bij niet-betaling uitdrukkelijk te bedingen dat bij ontbinding de daarvoor betaalde en reeds vervallen renten (definitief) verworven blijven bij wijze van schadevergoeding. Gelet op artikel 1978 oud BW, dat enkel in de gedwongen uitvoering voorziet(1707), is de opname van een uitdrukkelijk ontbindend beding noodzakelijk om de ontbinding mogelijk te maken bij niet-betaling van de rentetermijnen. Vaak bepaalt een dergelijk uitdrukkelijk ontbindend beding, om te anticiperen op de restitutieverplichting die de ontbinding met zich zou meebrengen(1708), dat bij wijze van schadebeding, de al betaalde rentetermijnen door de rentetrekker verworven blijven bij ontbinding wegens niet-betaling van de rentetermijnen(1709).

NOTARIËLE AANSPRAKELIJKHEID

A. ALGEMEEN: AARD VAN DE AANSPRAKELIJKHEID

390. **BURGERRECHTELIJK, STRAFRECHTELIJK OF TUCHTRECHTELIJK** – De notaris is aansprakelijk voor de schade die resulteert uit zijn (professionele) fout(en). Naargelang de hoedanigheid van de schadelijder of van het geschonden belang is de notaris aansprakelijk op basis van de strafrechtelijke, tuchtrechtelijke of burgerrechtelijke aansprakelijkheidsregels(1710). De gepubliceerde rechtspraak in de onderzochte periode betrof de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris.

(1706) Bergen (7de k.), 25 juni 2013, *Rec.gén.enr.not.* 2016, 201, noot A. CULOT (Aangezien de ontbinding van een wederkerige overeenkomst met opeenvolgende prestaties, zoals de lijfrente, geen retroactieve werking heeft, is de rentegenieter gerechtigd om van de renteplichtige de betaling te eisen van het aandeel van de brandverzekering tot de datum waarop de ontbinding van de overeenkomst heeft plaatsgevonden).

(1707) Zie B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, in *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2012), nrs. 1143 e.v.

(1708) Het Hof van Cassatie oordeelde namelijk dat het aleatoir karakter van een koopcontract met lijfrente geen afwijking met zich meebrengt van de uitwerking van het gemeen recht van de ontbinding en de terugwerkende kracht ervan, zie Cass. 4 juni 2004, ECLI:BE:CASS:2004:ARR.20040604.3, *RW* 2006-07, 1038, noot = *TBBR* 2005, 485, noot T. STAROSSELETS.

(1709) Bijv. Bergen (7de k.) 25 juni 2013, *Rec.gén.enr.not.* 2016, 201, noot A. CULOT; Luik (20ste k.) 7 december 2006, *Rec.gén.enr.not.* 2007, 375, noot A. CULOT. Hierover o.a. T. STAROSSELETS, “Restitution des arrérages en cas de résolution d’une vente en viager ou ‘mesure dix fois mais ne coupe q’une’”, *TBBR* 2005, 454 e.v.

(1710) A. RENIERS, *De burgerlijke notariële aansprakelijkheid herbekeken* (Brugge: die Keure 2010) 84 nr. 121.

391. BURGERRECHTELIJK: CONTRACTUEEL OF BUITENCONTRACTUEEL? – Een vraag die de rechtsleer al lang bezigt, is de contractuele of buitencontractuele kwalificatie van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris(1711). Dit is onder meer van belang voor de toepasselijke verjaringsregels. Als er sprake is van een contractuele aansprakelijkheid, verjaart de vordering na tien jaar (art. 2262*bis* oud BW), terwijl een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering in principe verjaart na vijf jaar vanaf het ogenblik dat de schadelijder kennis heeft gekregen van de schade en de identiteit van de foutpleger, met een maximum van twintig jaar(1712). In het kader van notariële beroepsaansprakelijkheid wordt hiervoor traditioneel een onderscheid gemaakt naargelang de notaris optreedt als vrije beroeper of als openbaar ambtenaar. In navolging van een cassatiearrest van 23 oktober 2008 zou de aansprakelijkheid van de notaris van contractuele aard zijn wanneer de notaris op verzoek van zijn cliënt een onderhandse akte opmaakt die achteraf op zijn kantoor wordt ondertekend (= de notaris als vrije beroeper)(1713). De aansprakelijkheid zou echter van buitencontractuele aard zijn wanneer de notaris als openbare ambtenaar optreedt om een authentieke akte te verlijden (= de notaris als openbaar ambtenaar)(1714).

In een arrest van 13 december 2012 sprak het Grondwettelijk Hof zich uit over de verenigbaarheid van dit onderscheid in behandeling met de artikelen 10-11 Gw. Volgens het Hof is het onderscheid niet redelijk verantwoord omdat in beide gevallen de cliënt kiest aan wie hij de opdracht verleent. In beide gevallen moet de notaris blijk geven van dezelfde professionele kwaliteiten. Hierdoor moet hij aan het vertrouwen beantwoorden dat hem wordt gegeven wegens zijn hoedanigheid van openbaar ambtenaar(1715). Het Hof preciseert dat zowel uit de wet op het notarisambt als uit haar parlementaire voorbereiding blijkt dat de adviesplicht van een notaris niet verschilt naargelang hij optreedt als openbaar ambtenaar of als juridisch adviseur. Ongeacht de hoedanigheid waarin hij optreedt, is een notaris immers verplicht om zijn opdracht van onderzoek en informatie met eenzelfde objectiviteit, onafhankelijkheid, integriteit en onpartijdigheid te vervullen. Hieruit volgt dat de

(1711) Zie voor een overzicht: I. SAMOY en K. RONSJN, “De professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap” in I. Samoy (eds.), *Professionele aansprakelijkheid* (Antwerpen: Intersentia 2015), (47) 47-62; H. CASMAN, “Notariële aansprakelijkheid: contractueel of buitencontractueel?”, *NFM* 2014, (45) 45 nr. 2 voetnoot 1.

(1712) H. VANDENBERGHE, “De raadgevingsplicht en onderzoeksverplichting van de notaris (art. 9 §1, derde lid Notariswet)” (noot onder Cass. 7 mei 2020), *T.Not.* 2020, (1055) 1068 nr. 13.

(1713) Cass. (1ste k.) 23 oktober 2008, ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20081023.1, *Arr.Cass.* 2008, 2340 = *Pas.* 2008, 2336 = *RNB* 2009, 196 = *RW* 2009-10, 1349, noot E. NORDIN = *TBO* 2009, 26.

(1714) **CASS. (1STE K.) 24 SEPTEMBER 2009**, ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090924.2, *Arr.Cass.* 2009, 2104 = *Juristenkrant* 2010 (206), 6 = *NFM* 2011, 57, noot A. RENIERS = **Pas.** 2009, 1985 = *RW* 2009-10, 1352 = *T.App.* 2010 (2), 24 = *TBO* 2010, 10 = *T.Not.* 2011, 607, noot J. BAECK; **BERGEN (19DE K.) 21 NOVEMBER 2011**, *RGAR* 2012 (5), NR. 14869; H. CASMAN, “**NOTARIËLE AANSPRAKELIJKHEID: CONTRACTUEEL OF BUITENCONTRACTUEEL?**”, *NFM* 2014, (45) 46 NR. 8.

(1715) GwH 13 december 2012, nr. 150/212, *NFM* 2014, 37, noot H. CASMAN = *RW* 2012-13, 1459 noot = *T.Not.* 2015, 45, r.o. B.2.2 en B.8.1.

overwegingen die in de memorie van toelichting van de wet van 10 juni 1998 zijn aangevoerd om het verschil in verjaringstermijn van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen te verantwoorden, niet pertinent het verschil in behandeling rechtvaardigen tussen de slachtoffers van een door een notaris begane fout naargelang die fout is begaan bij het verlijden van een authentieke dan wel een onderhandse akte. In de interpretatie volgens welke verschillende verjaringstermijnen van toepassing zijn op de vordering tot vergoeding van schade, die de cliënt van een notaris is berokkend wegens een fout van die laatste, naargelang die fout is begaan naar aanleiding van de opstelling van een onderhandse akte of van een authentieke akte, schendt artikel 2262*bis*, §1, eerste en tweede lid, oud BW, in samenhang gelezen met artikel 2276*quinquies* ervan, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Toch oordeelt het Grondwettelijk Hof dat ook een andere interpretatie mogelijk is. Het is immers niet uit te sluiten dat, behalve wanneer de rechter hem aanstelt(1716), de aansprakelijkheid van de notaris ten aanzien van de cliënt die hem belast met het opstellen van een authentieke akte, van contractuele aard is. In die interpretatie, volgens welke eenzelfde verjaringstermijn van tien jaar van toepassing is op de vordering tot vergoeding van schade die de cliënt van een notaris is berokkend wegens een fout van die laatste wanneer die fout is begaan naar aanleiding van het opstellen van een onderhandse akte of van een authentieke akte, schendt artikel 2262*bis* §1, eerste en tweede lid, oud BW, in samenhang gelezen met artikel 2276*quinquies* ervan, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

In een arrest van 29 juni 2017 heeft het Hof van Cassatie zich bij deze rechtspraak aangesloten(1717). Het overwoog dat artikel 1, eerste lid Notariswet niet uitsluit dat er tussen de notaris en de partijen die hem raadplegen met het oog op de redactie van een authentieke akte een overeenkomst kan ontstaan.

Bij contractuele aansprakelijkheid van de notaris verduidelijkte het Hof van Cassatie in een arrest van 16 oktober 2017(1718) dat de verjaring, die een verweermiddel tegen een laattijdige vordering is, in de regel aanvangt op het tijdstip waarop de vordering ontstaat, namelijk wanneer de verplichting die ze nastreeft moet worden uitgevoerd. Ze kan niet aanvangen voordat die vordering is ontstaan. De vordering tot schadevergoeding voor het herstel van contractuele schade verjaart dus niet voordat de voorwaarden van die vordering zijn vervuld, wat impliceert dat niet alleen de fout maar ook de schade bestaat. Die schade moet een zeker karakter vertonen, in die zin dat het bestaan ervan niet hypothetisch mag zijn. Een voorbeeld betreft de verplichting van de handelshuurder om de huurhernieuwing aan de verhuurder vragen

(1716) Cass. 16 april 2009, ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090416.2, *Arr. Cass.*, 2009, nr. 253.

(1717) Cass. (Iste k.) 29 juni 2017, ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20170629.2, *NJW* 2017, 796, noot F. BRULOOT = *RGAR* 2018, nr. 15463 = *T.Not.* 2018, 85.

(1718) Cass. (3de k.) 16 oktober 2017, ECLI:BE:CASS:2017:ARR.20171016.3 = *JLMB* 2019, 218 = *RGAR* 2018, nr. 15522 = *RW* 2018-19, 110, noot.

(art. 14, lid 1 Handelshuurwet). Die bepaling is dwingend ten voordele van de verhuurder, de ‘beschermde partij’, zodat het beding (opgenomen door de notaris die de handelshuurovereenkomst opstelde) dat de huurder ontslaat van de verplichting de huurhernieuwing te vragen, enkel door een relatieve nietigheid is aangetast. Daaruit volgt dat de verhuurder die nietigheid kan aanvoeren, deze kan verzaken of ze kan bevestigen. Zolang de verhuurder zich niet op die nietigheid heeft beroepen, is de schade voor de huurder hypothetisch, zodat de verjaring van de contractuele vordering tegen de notaris geen aanvang kon nemen. Men kan zich echter de vraag stellen of de huurder überhaupt schade kan lijden wanneer een nietige clausule in het contract werd ingelast terwijl de huurder hierop (per definitie) wettelijk geen recht had. De schade zal door de huurder concreet moeten worden aangetoond en zal wellicht in verband worden gebracht met het gewettigd vertrouwen van de huurder en de schade die daaruit is voortgevloeid (*in casu* het niet-aanvragen van de huurhernieuwing).

Buiten het geval waarin de notaris door zijn cliënt werd geconsulteerd met het oog op de opstelling van een akte, is de aansprakelijkheid van de notaris in principe buitencontractueel van aard(1719):

- Dit is het geval wanneer de notaris een fout begaat wanneer hij optreedt in het kader van een openbare verkoop en gelast is met de organisatie van de bezoeken van een onroerend goed. Wanneer de notaris de organisatie van de bezoeken overlaat aan een aangestelde is hij op grond van artikel 1384, derde lid oud BW aansprakelijk voor de fouten van de aangestelde(1720). *In casu* had de aangestelde onvoldoende gewaakt over de veiligheid van de bezoeken van het onroerend goed.
- Op grond van artikel 93ter §1 WBTW is de notaris, die verzocht wordt een akte op te maken met betrekking tot het vervreemden of het bezwaren met een hypotheek van een voor hypotheek vatbaar goed, gehouden aan de eigenaar of vruchtgebruiker van dat goed of van een gedeelte ervan te vragen of deze een belastingplichtige is. Indien het antwoord bevestigend luidt, is de notaris persoonlijk aansprakelijk voor de betaling van de btw en bijbehoren, indien hij niet de door de Koning aangewezen ambtenaar op de voorziene wijze hiervan op de hoogte stelt. Hieruit volgt dat de notaris, die de bevoegde ambtenaar niet verwittigt, een fout begaat, waarvoor hij ten opzichte van de staat, binnen de voorziene grenzen, burgerrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Hij wordt echter geen rechtstreekse schuldenaar van de btw die door deze laatste zou kunnen worden ingevorderd. De

(1719) Bergen (21ste k.) 29 september 2016, *RNB* 2017, 429, noot J. GOEMAERE; B. DE CONINCK, “LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU NOTAIRE” IN V. CALLEWAERTS (ED.), *RESPONSABILITÉS PROFESSIONNELLES*, CUP, VOL. 196 (LIMAL: ANTHÉMIS 2020), (106) 113, NR. 8.

(1720) Cass. (1ste k.) 17 januari 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200117.1F.6, *RGAR* 2020, nr. 15687 = *RNB* 2020, 827.

notaris is in deze context *buitencontractueel* aansprakelijkheid tegenover de Staat(1721).

- De notificatieverplichting van artikel 433 WIB, die is voorgeschreven wanneer de notaris een akte verlijdt tot vervreemding of tot hypothecaire aanwending van een onroerend goed, kan bij niet-naleving de persoonlijke aansprakelijkheid van de notaris in het gedrang brengen. Deze aansprakelijkheid is van buitencontractuele aard en is onderworpen aan een verjaringstermijn van vijf jaar, te rekenen vanaf de dag volgend op de dag waarop de benadeelde persoon kennis heeft gekregen van de schade en van de identiteit van de aansprakelijke persoon(1722).
- Tegenover derden, zoals de kredietinstelling, is de aansprakelijkheid van de notaris uiteraard van buitencontractuele aard(1723). *In casu* had het echtpaar P en K een lening aangegaan van 1.000.000 BEF waarvoor een hypotheek werd gevestigd op een onroerend goed dat in mede-eigendom toebehoorde aan K en haar zoon B. B verscheen maar ondertekende de akte niet. Hierdoor kon die akte niet worden tegengesteld aan B en kon de akte niet dienen als begin van bewijs in geschrift. De kredietinstelling leed hierdoor schade omdat de gehypothekeerde woning door de niet-nakoming van de betalingsverplichtingen door P en K weliswaar werd verkocht, maar B de helft van de verkoopprijs ontving en niet verplicht kon worden zijn deel van de prijs te betalen aan de kredietinstelling. De kredietinstelling kon maar aanspraak maken op 277.226 BEF, zijnde de helft van de verkoop van de woning. Het hof van beroep van Brussel achtte de notaris tegenover de kredietinstelling buitencontractueel aansprakelijk. Hetzelfde geldt allicht voor de aansprakelijkheid van de notaris tegenover de fiscus wanneer vaststaat dat hij zijn medewerking heeft verleend aan een belastingsontduikende simulatie van een verkoop terwijl het in de werkelijkheid ging om een schenking van een onroerend goed(1724).

De vraag rijst hoe de aansprakelijkheid moet worden gekwalificeerd van een notaris, die niet werd aangeduid door de schadelijgende partij, maar door de wederpartij(1725). De door de wederpartij aangeduide notaris moet weliswaar onpartijdig zijn, maar er bestaat op zich geen contractuele band *sensu stricto*

(1721) Cass. (1ste k.) 3 juni 2016, ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160603.2, *FJF* 2016, 316 = *Fiscoloog* 2016 (1492), 12 = *RNB* 2017, 414 = *TBO* 2017, 479 = *T.Not.* 2016, 860.

(1722) Antwerpen 6 januari 2015, *TFR* 2016, 131, noot H. CASMAN; W. DEFOOR, “De fiscale rol van de notaris: niet-naleving notificatieplicht kan leiden tot buitencontractuele aansprakelijkheid”, *NieuwbriefNotariaat* 2016, (1) nr. 8.

(1723) Brussel (4de k.) 15 januari 2013, *RGAR* 2013, nr. 14968.

(1724) Rb. Brussel 29 april 2015, *RGCF* 2016, 506.

(1725) Hierover: B. DE CONINCK, “LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU NOTAIRE” IN V. CALLEWAERTS (ED.), *RESPONSABILITÉS PROFESSIONNELLES*, CUP, vol. 196 (LIMAL: ANTHÉMIS, 2020), (106) 114, NR. 8; J. GOEMAERE, “DE LA PRESCRIPTION DE L’ACTION EN RESPONSABILITÉ NOTARIALE À LA NATURE DE LA RELATION JURIDIQUE ENTRE LE CLIENT ET LE NOTAIRE - COMMENTAIRE DE L’ARRÊT RENDU LE 13 DÉCEMBRE 2012 PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE”, *RNB* 2013, (231) 243-244.

tussen die notaris en de eerste schadelijgende partij. Volgens de rechtbank van Limburg is die aansprakelijkheid van buitencontractuele aard. Door bij het verlijden van de notariële koopakte volledige en onvoorwaardelijke kwijting te verlenen aan de koper wat betreft de betaling van de koopprijs, stelt de notaris ontegensprekelijk en authentiek vast dat de betaling voltrokken is en de koper geen verdere verplichtingen ten aanzien van de verkoper heeft. Tegelijkertijd waarborgt de notaris hiermee aan de verkoper dat de gelden het vermogen van de koper hebben verlaten ten voordele van de derdenrekening van de notaris, waarna het slechts een kwestie van afgifte aan de verkoper van de gelden betreft. De notaris die eenzijdig de bankcheque herroept waarmee die afgifte normaliter zou gebeuren, in een poging de beweemde rechten van de koper, zijn opdrachtgever voor het verlijden van de notariële verkoopakte, *de facto* af te dwingen, schendt zijn plicht tot onpartijdigheid en zijn plicht tot informatie en raadgeving, en is buitencontractueel aansprakelijk ten aanzien van de verkoper(1726).

392. FOUT EN SCHADE IN CAUSAAL VERBAND – Opdat de notaris aansprakelijk kan worden gesteld, is uiteraard vereist dat de geleden schade in oorzakelijk verband staat met de door de notaris gepleegde fout(1727). *In casu* had de notaris in het kader van de aangifte van een nalatenschap nagelaten het belastingregime van de in de aangifte vermelde verzekeringsvergoeding ambtshalve te analyseren. Dat is een beroepsfout (miskenning van raadgevingsplicht), maar de schade, m.n. dat de cliënte in het tegenovergestelde geval zou zijn vrijgesteld van belasting op die vergoeding, werd niet bewezen geacht.

B. RAADGEVINGS- EN INFORMATIEPLICHT

§ 1. BEGRIPSOMSCHRIJVING

393. BIJSTANDSPLICHT: RAADGEVINGS-, INFORMATIE-, OPZOEKINGS- EN ONDERZOEKSP LICHT – Krachtens artikel 9 §1, derde lid (en art. 1, derde lid) Notariswet licht de notaris elke partij altijd volledig in over de rechten, verplichtingen en lasten die voortvloeien uit de rechtshandelingen waarbij zij betrokken zijn en geeft hij aan alle partijen op onpartijdige wijze raad. Deze bijstandsverplichting strekt zich niet alleen uit tegenover de eigen cliënt, maar ook tegenover de wederpartij die een andere notaris heeft aangesteld. De verplichting tot onpartijdigheid houdt in dat de notaris alle partijen betrokken bij de rechtshandeling hetzelfde advies moet bezorgen. Zo loopt een notaris aansprakelijkheid op wanneer hij geraadpleegd wordt door een koppel maar de ene partner een completer advies verleent dan de andere partner(1728).

(1726) Rb. Limburg (afd. Hasselt) (5de k.) 9 juli 2015, *TBO* 2017, 203.

(1727) Luik (20ste k.) 18 december 2008, *RGAR* 2009, nr. 14533.

(1728) Luik (20ste k.) 10 februari 2011, *RGAR* 2011, 14804.

De rechtbank van eerste aanleg te Brussel spreekt van een “bijstandsverplichting”: de bijstandsverplichting is een generieke term die gebruikt wordt om een geheel van notariële plichten aan te wijzen, waaronder de *onderzoekplicht* (het vergaren en het analyseren van informatie), de *voorlichtingsplicht* (met de vergaarde informatie partijen zo juist en zo volledig mogelijk inlichten over de juridische betekenis van de inhoud van een voorgenomen rechtshandeling, d.w.z. de rechten, verplichtingen en lasten die eruit voortvloeien uiteenzetten) en de *waarschuwingplicht* (het waarschuwen voor en het ontraden van een duidelijk onevenwichtige voorgenomen rechtshandeling). De bijstandsverplichting geldt vóór, op het ogenblik van en na het verlijden van de akte(1729).

Uit de rechtspraak volgt dat de raadgevings- en informatieplicht van de notaris niet alleen de juridische aspecten van de rechtshandeling betreft, maar ook de economische, financiële en fiscale implicaties ervan(1730). Zo oordeelde het hof van beroep van Brussel dat de notaris partijen moet inlichten over de fiscale gevolgen wanneer zij besluiten om tot een minnelijke ontbinding van de koopovereenkomst over te gaan(1731). *In casu* hadden partijen op 18 april 2002 een (onderhandse) koopovereenkomst gesloten voor een onroerend goed. Diezelfde dag leenden de kopers een som van ± 50.000 EUR aan de verkopers die hen in staat moest stellen om de hypotheek op hun woning door te halen. Een notaris werd aangeduid om de authentieke akte te verlijden. Vervolgens ontdekten de kopers dat er verschillende stedenbouwkundige inbreuken bestaan. Hierna zou de notaris de partijen hebben aanbevolen om de koop in der minne te ontbinden, de registratierechten te betalen. Door de sluiting van de koop waren zij hiertoe immers verplicht. Vervolgens konden zij de terugbetaling van die rechten in rechte te vorderen. Op 20 juni 2002 ondertekenen de partijen in der minne de ontbinding van de koop. Op 14 augustus 2002 betalen de kopers de registratierechten (ten belope van 22.645 EUR + 25 EUR voor de registratie van de ontbindingsakte). Op 29 april 2003 spreekt de rechtbank de minnelijke ontbinding uit van de koop nadat de kopers en verkopers vrijwillig voor de rechtbank (art. 706 Ger.W.) zijn verschenen. Conform artikel 209 W.Reg. vragen de kopers vervolgens de terugbetaling van de registratierechten. De fiscale administratie weigert dit. De administratie stelde dat de ontbinding al vaststond op 20 juni 2002 en dat de latere vrijwillige verschijning van de partijen er enkel toe strekte om fiscale voordelen te bekomen. De kopers werden in het ongelijk gesteld. Hierna wensen ze hun notaris hiervoor aansprakelijk te stellen. Het hof van beroep oordeelt dat de kopers inderdaad slecht zijn geadviseerd door de notaris nu ze wellicht argumenten hadden kunnen laten gelden om de nietigheid

(1729) Rb. Brussel (Nl.) 20 september 2017, *T.App.* 2017 (4), 36.

(1730) Brussel (16de k.) 9 maart 2012, *Notamus* 2012, 23, noot J.-E. BEERNAERT; Luik (20ste k.) 20 februari 2011, *RGAR* 2011, nr. 14804; B. DE CONINCK, “LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU NOTAIRE” IN V. CALLEWAERTS (ED.), *RESPONSABILITÉS PROFESSIONNELLES*, CUP, VOL. 196 (LIMAL: ANTHÉMIS, 2020), (106) 120 NR. 18.

(1731) Brussel (4de k.) 14 december 2015, *RGAR* 2016, nr. 15288.

van de overeenkomst te bekomen en zo wél de terugbetaling van de registratierechten zouden zijn bekomen conform artikel 209 W.Reg. Het hof van beroep veroordeelt de notaris dan ook tot een schadevergoeding ten belope van de registratierechten (22.645 EUR).

§ 2. KWALIFICATIE EN BEWIJS

394. INSPANNINGSVERBINTENIS – Deze raadgevings- en informatieplicht, die volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie ook een opzoekings- en onderzoeksplicht omvat(1732) en volgens de rechtsleer en (feiten)rechtspraak de openbare orde raakt(1733), is een inspanningsverbintenis waarvan de nakoming wordt getoetst aan de gedragswijze van een normaal zorgvuldige en vooruitziende notaris geplaatst in dezelfde omstandigheden (het zgn. BPF-criterium)(1734). Hierbij wordt onder meer rekening gehouden met de kennis en ervaring van de partijen, hun legitieme verwachtingen en de gegevens waarover de notaris beschikt(1735). De informatieplicht van de notaris vormt een aanvulling op de onwetendheid van de partijen(1736).

De invulling van deze inspanningsverbintenis gebeurt in het licht van de concrete omstandigheden, waaronder ook de hoedanigheid van partijen en de vraag of zij zich laten bijstaan door een derde, zoals een vastgoedprofessional. Zo had een koper (een kasteel met) vijvers aangekocht die achteraf bleken verontreinigd te zijn. Volgens het hof van beroep van Brussel waren *in casu* de voorwaarden voor de toepassing van het regime van de (gemeenrechtelijke) verborgen gebreken vervuld. Wat de raadgevings- en informatieplicht van de notaris betreft, moet rekening worden gehouden met de hoedanigheid, de opleiding en de ervaring van partijen. *In casu* had de koper zich laten bijstaan door een landmeter-expert die voor hem (onder)handelde en die, als vastgoedprofessional, beter dan de doorsneeburger goed op de hoogte is van de wijze van de totstandkoming van koopovereenkomsten en van de rechten

(1732) Cass. (1ste k.) 7 mei 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200507.1N.8, *T.App.* 2020 (3), 28 = *TBO* 2020, 357 = *T.Not.* 2020, 1055, noot H. VANDENBERGHE.

(1733) RB. BRUSSEL 17 DECEMBER 2009, RJI 2010, 72; VRED. ANTWERPEN 5 FEBRUARI 2008, RW 2010-10, 372, *T.App.* 2008 (4), 41; B. DE CONINCK, “LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU NOTAIRE” IN V. CALLEWAERTS (ED.), *RESPONSABILITÉS PROFESSIONNELLES*, CUP, VOL. 196 (LIMAL: ANTHÉMIS 2020), (106) 116, NR. 13; H. VANDENBERGHE, “DE RAADGEVINGSPLICHT EN ONDERZOEKSVERPLICHTING VAN DE NOTARIS (ART. 9 §1, DERDE LID NOTARISWET)” (NOOT ONDER CASS. 7 MEI 2020), *T.Not.* 2020, (1055) 1060 NR. 6; M. VAN QUICKENBORNE EN H. VANDENBERGHE, “OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK. AANSPRAKELIJKHEID UIT ONRECHTMATIGE DAAD, 2000-2008”, *TPR* 2010, (1749) 1925-1926, NR. 53.

(1734) Antwerpen 22 juni 2015, *NFM* 2018, 140. Zie ook: J. CALLEBAUT EN B. VAN BAEVEGHEM, “Uw onpartijdig raadsman bij juridische loodgieterij: de aansprakelijkheid van de notaris bij de overdracht van verontreinigde gronden”, *NFM* 2018, 123.

(1735) Cass. (1ste k.) 7 mei 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200507.1N.8, *T.App.* 2020 (3), 28 = *TBO* 2020, 357 = *T.Not.* 2020, 1055, noot H. VANDENBERGHE; Brussel (1ste k.) 17 november 2009, *RABG* 2012, 35, noot A. DE BOECK = *T.Not.* 2010, 473.

(1736) A. DE BOECK, “Aansprakelijkheid voor foutieve informatievervalsing” (noot onder Brussel 17 november 2009), *RABG* 2012, 51.

en plichten van de partijen. De notaris heeft zich verder ook van zijn wettelijke opdracht gekweten zoals vereist door artikel 36 Bodemsaneringsdecreet. Enige aansprakelijkheid van de notaris op dat punt kan evenmin aangehouden worden. Uit de brief van OVAM van 10 oktober 2002 kon niet uitgemaakt worden dat de opvulling aan de vijvers een activiteit was in de zin van artikel 3 §1 Bodemsaneringsdecreet, zodat niet bewezen is dat in deze zaak de artikelen 37 tot en met 40 van dit decreet van toepassing zijn. Er kon dus aan de notaris niet verweten worden geen toepassing te hebben gemaakt van het artikel 37 Bodemsaneringsdecreet i.p.v. het artikel 36 van dit decreet(1737).

395. BEWIJSLAST – Een belangrijke vraag die heeft geleid tot veel discussie over de bewijslast m.b.t. de fout van de geneesheer in zijn informatieverplichting rijst evenzeer m.b.t. de het bewijs van de fout van de notaris. Verwijzend naar een cassatiearrest van 25 juni 2015, besluit het hof van beroep van Antwerpen dat het aan de notaris is om te bewijzen dat hij zich van zijn advies-en voorlichtingsplicht heeft gekweten(1738). In dezelfde zin besluit het hof van beroep van Luik in een arrest van 6 juni 2018 dat de bewijslast bij de notaris ligt(1739).

De feiten die aanleiding gaven tot voormeld cassatiearrest waren de volgende. Een advocaat had zijn cliënt gedurende drie jaar bijgestaan en stuurde hem vervolgens een brief met de staat van kosten en erelonen. De cliënt, die het ereloon te hoog vindt, weigert tot betaling over te gaan. Daarnaast zou de advocaat hem niet gewezen hebben op het feit dat hij in aanmerking kwam voor juridische bijstand en/of rechtsbijstand. Nochtans was de advocaat daar deontologisch toe verplicht krachtens artikel 1 van het toenmalige OBFGReglement van 15 oktober 2001 en 26 juni 2003 (huidig art. 5.10 van de codex deontologie van het OBFGR)(1740). Het Hof van Cassatie oordeelde in de lijn met de appelrechters dat *“Uit de regels betreffende de bewijslast volgt dat de advocaat dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekweten om zijn cliënt in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie hem niet werd gegeven”* (1741).

(1737) Brussel (1ste k.) 17 november 2009, *RABG* 2012, 35, noot A. DE BOECK = *T.Not.* 2010, 473.

(1738) ANTWERPEN 8 NOVEMBER 2017, *T.Not.* 2018, 185.

(1739) Luik (3de k.) 6 juni 2018, *RGAR* 2020, nr. 15347.

(1740) W. VANDENBUSSCHE, “Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieverplichtingen. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?” (noot onder Cass. 25 juni 2015), *RW* 2015-16, (1665) 1665 nr. 2.

(1741) Cass. 25 juni 2015, ECLI:BE:CASS:2015:ARR.20150625.8, *Juristenkrant* 2015 (320), 16, noot W. VANDENBUSSCHE en E. VERJANS = *Arr.Cass.* 2015, 1763 = *JT* 2016, 609, noot F.G. = *Pas.* 2015, 1753 = *RCJB* 2018, 113, noot D. MOUGENOT = *RGAR* 2015, nr. 15219, noot F. GLANSBORFF = *RW* 2015-16, 1664 noot W. VANDENBUSSCHE = *TBH* 2016, 653 noot D. MOUGENOT = *T.Gez.* 2015-16, 368, noot C. LEMMENS.

In twee arresten van 16 december 2004, over de informatieverplichting van de arts tegenover de patiënt (art. 7-8 Wet Patiëntenrechten), overwoog het Hof van Cassatie op grond van artikel 870 Ger.W. (de partij die een feit aanvoert moet dat feit bewijzen), dat het aan de patiënt is om te bewijzen dat de arts zijn informatieverplichting heeft miskend en dat hij daaruit schade heeft geleden. Omdat het leveren van een negatief bewijs (m.n. dat iets niet werd gedaan) moeilijker is dan het bewijs van een positief feit, wordt daarbij doorgaans gewezen op het feit dat de andere partij loyaal moet samenwerken aan de bewijsvoering (nu: art. 8.4, lid 3 BW)(1742).

De discussie wie de bewijslast draagt heeft te maken met de formulering van artikel 1315 oud BW (nu: art. 8.4 BW) dat twee situaties onderscheidt: enerzijds moet hij die een verbintenis aanvoert daarvan het bewijs leveren (art. 1315, lid 1 oud BW; art. 8.4, lid 1 BW); anderzijds moet hij die beweert bevrijd te zijn van die verbintenis, dat bewijs aanleveren (art. 1315, lid 2 oud BW; art. 8.4, lid 2 BW). Uit artikel 8.4, lid 2 BW zou moeten afgeleid worden dat de arts (zoals de notaris) die beweert bevrijd te zijn van zijn informatieverplichting, hiervan het bewijs moet aanleveren.

In een arrest van 11 februari 2019, over een beweerd informatieverplichting rustend op de verpleegkundige, maar gestoeld op een buitencontractuele aansprakelijkheid, oordeelde het Hof van Cassatie “*Wanneer de benadeelde aanvoert dat de door hem geleden schade werd veroorzaakt door de miskenning van de algemene zorgvuldigheidsplicht doordat de aangesprokene hem welbepaalde informatie niet heeft gegeven, moet hij niet alleen bewijzen dat de aangesprokene hem deze informatie had moeten geven maar ook dat hij dat niet heeft gedaan*”(1743). Sommige auteurs proberen de arresten van 2015 en 2019 te verzoenen en maken een onderscheid naar gelang de informatieverplichting specifiek/bepaald was of niet. Wanneer de miskenning van de informatieverplichting gestoeld is op een buitencontractuele aansprakelijkheid, is het evident dat het aan de beweerd informatiegerechtigde is om het bestaan van de verplichting aan te tonen én de fout (dus de miskenning van die verplichting). Wanneer die gestoeld is op een contractuele of wettelijke informatieverplichting (zoals dit het geval is voor artsen en notarissen), zou een onderscheid moeten gemaakt worden naar gelang de precisiegraad

(1742) A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile* (Luik: Faculté de droit, 1987), 353 nr. 476. Zie ook E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt* (Antwerpen: Intersentia 2019), 830 nr. 723; W. VANDENBUSSCHE en E. VERJANS, “Advocaat moet bewijzen dat hij aan informatieverplichting heeft voldaan” (commentaar bij Cass. 25 juni 2015), *Juristenkrant* 2015 (320), 16.

(1743) Cass. (1ste k.) 11 januari 2019, ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190111.2, *JT* 2019, 724, noot R. JAFFERALI = *RGAR* 2019, nr. 15596, concl. R. MORTIER, noot F. GLANSORFF = *RW* 2019-20, 263, noot S. GUILIAMS = *TBBR* 2019, 557, noot E. VERJANS = *TBH* 2019, 685 = *T.Gez.* 2018-19, 314, concl. R. MORTIER, noot C. LEMMENS = *P&B* 2020, 99, noot W. VANDENBUSSCHE = *T.Verz.* 2020, 59.

van de verplichting(1744). Bij een voldoende specifieke informatieverplichting (zoals dit het geval was in het arrest van 25 juni 2015) volstaat het dat de informatiegerechtigde het bestaan van die verbintenis aantoonde door te wijzen op een voldoende duidelijk contract of wettelijke bepaling. Wanneer de schuldenaar van die informatieverplichting beweert bevrijd te zijn van die bepaling, moet hij dit aantonen. Wanneer de informatieverplichting in algemene bewoordingen is gesteld en de inhoud en draagwijdte ervan afhankelijk is van de concrete omstandigheden van de zaak, zoals dat doorgaans het geval is in de relatie arts-patiënt(1745), dan moet de beweerdde informatiegerechtigde aantonen dat er (i) *in concreto* een informatieverplichting was en (ii) dat die miskend is door de betrokken arts. Daarbij wordt gewezen op de plicht van de informatie-ontvanger (patiënt/cliënt) om zelf niet een louter passieve rol op te nemen(1746).

Concreet betekent dit in de relatie notaris-cliënt, net als in de relatie arts-patiënt, dat er niet *ipso facto* een vooraf gedefinieerde en voldoende specifieke informatieverplichting bestaat voor de notaris, respectievelijk de arts. De (inhoud en omvang van de) informatieverplichting hangt af van de persoon van de concrete omstandigheden van het geval, de houding van de informatie-schuldeiser, zijn kennis etc.(1747). Anders gezegd, er moet steeds worden gekeken of de notaris/arts in de concrete omstandigheden van het geval zich heeft gedragen als een normaal zorgvuldig en vooruitziend notaris/arts in dezelfde omstandigheden geplaatst. Het is de miskenning van die norm die een fout uitmaakt en moet worden bewezen door de cliënt/patiënt

(1744) S. GUILLIAMS, “De bewijslast van de miskenning van een niet specifieke informatieplicht in het kader van een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering” (noot onder Cass. 11 januari 2019), *RW* 2019-20, (264) 266, nr. 10; V. RONNEAU, “La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle” in B. Dubuisson en N. Simar (eds.), *Responsabilité, indemnisation et recours* (Limal: Anthémis 2017), (7) 32 en 37. Aarzeland: G. GENICOT en D. PHILIPPE, “La preuve du respect de l’obligation d’information en matière de responsabilité médicale: un terme à la controverse?” (noot onder Cass. 18 juni 2020), *JLMB* 2020, 1688 nr. 10 en D. MOUGENOT, “La charge de la preuve du devoir d’information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps” (noot onder Cass. 25 juni 2015), *RCJB* 2018, (115) 139 nr. 18. Vgl. ook R. JAFFERALI, “La charge de la preuve de la fourniture d’informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019”, *JT* 2019, 713.

(1745) C. LEMMENS, “Het pleit terug beslecht. De patiënt draagt de bewijslast bij *informed-consent* discussies” (noot onder Cass. 18 juni 2020), *T.Gez.* 2020-21, (127) 132; G. GENICOT en D. PHILIPPE, “La preuve du respect de l’obligation d’information en matière de responsabilité médicale: un terme à la controverse?” (noot onder Cass. 18 juni 2020), *JLMB* 2020, (1678) 1688, nr. 10; C. LEMMENS, “Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting: het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen”, *T.Gez.* 2018-19, (318) 320 nr. 9; S. LIERMAN, “Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskenning door de arts” (noot onder Cass. 16 december 2004), *T.Gez.* 2004-05, (302) 306, nr. 12.

(1746) S. LIERMAN, “Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskenning door de arts” (noot onder Cass. 16 december 2004), *T.Gez.* 2004-05, (302) 306 nr. 12.

(1747) G. GENICOT en D. PHILIPPE, “La preuve du respect de l’obligation d’information en matière de responsabilité médicale: un terme à la controverse?” (noot onder Cass. 18 juni 2020), *JLMB* 2020, (1678) 1688 nr. 10.

die een fout van de notaris/arts inroept. We bevinden ons hier dus onder de toepassing van artikel 8.4, lid 1 BW. De cliënt/patiënt draagt de bewijslast. Wat betreft de relatie arts-patiënt, lijkt het Hof van Cassatie in een recent arrest van 18 juni 2020 het pleit (definitief) beslecht te hebben (1748). In het bijzonder over de informatieverplichting van de arts op grond van artikel 8 Wet Patiëntenrechten, besluit het Hof dat het aan de patiënt toekomt om aan te tonen enerzijds dat de arts hem de informatie daadwerkelijk had moeten geven en anderzijds ook dat hij dat niet heeft gedaan (1749). Een analoge redenering geldt o.i. voor in het kader van de relatie notaris-cliënt.

§ 3. INHOUD

396. CONTROLE OP INHOUDELIJKE KWALITEIT VAN DE AKTE – De bijstandsverplichting van de notaris strekt zich vooreerst uit over de inhoudelijke kwaliteit van de akte. Rechtspraak oordeelt immers dat de raadgevingsplicht van de notaris ook de verplichting omvat om de aktes op duidelijke en precieze wijze op te stellen. Zo begaat de notaris een fout wanneer hij in één en dezelfde akte volstrekt tegenstrijdige bepalingen opneemt, volgens welke de ontlener geacht wordt een hypotheek in eerste rang te kunnen vestigen op drie goederen, terwijl een andere bepaling onder de titel ‘bijkomende verklaringen’ vermeldt dat op die goederen een door de ontlener goed gekende hypotheek gevestigd is (1750).

De notaris schendt zijn raadgevingsverplichting en informatieverplichting wanneer hij de aandacht van de koper niet vestigt op de onduidelijkheid van de verkoopcompromis die de globale inhoud van de goederen vermeldt zonder de percelen te identificeren, alhoewel hij wist van de verkoper dat bepaalde percelen van de verkoop waren uitgesloten, waaronder de toegangsomheining en de toegang tot de woning, welke een erfdienstbaarheid van doorgang vormde ten laste van het erf eigendom van de verkopers (1751).

Wanneer bij een betwisting over de interpretatie van een wettelijk voorschrift er meerdere verschillende stellingen of onduidelijkheden voorhanden zijn, wordt de notaris aangeraden de meest voorzichtige meest strenge stellingname toe te passen, onverminderd het feit dat hij de partijen wijst op een bestaande rechtsonzekerheid over de rechten en verplichtingen van partijen. *In casu* had een vennootschap vier loten uit een verkaveling gekocht. De notaris bood de loten vervolgens aan het Investeringsfonds voor Grond- en Woonbeleid voor Vlaams-Brabant (Vlabinvest) aan krachtens een mogelijk voorkooprecht dat steun zou kunnen vinden in artikel 85, § 1, 3° Vlaamse

(1748) C. LEMMENS, “Het pleit terug beslecht. De patiënt draagt de bewijslast bij *informed-consent* discussies” (noot onder Cass. 18 juni 2020), *T.Gez.* 2020-21, 127.

(1749) Cass. 18 juni 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200618.1N.9.

(1750) Luik (20ste k.) 10 april 2008, *RGAR* 2008, 14439.

(1751) Luik (3de k.) 20 oktober 2008, *RABG* 2009, 14541.

Wooncode. In een arrest van het Grondwettelijk Hof van 17 januari 2013 (nr. 3/2013) bleek echter dat Vlabinvest geen recht van voorkoop kon hebben. Uiteindelijk doet Vlabinvest ingevolge dit arrest afstand van de vordering tot indeplaatsstelling. De verkopers wensen de notaris aansprakelijk te stellen wegens het onterecht aanbieden van de loten aan Vlabinvest. Het hof van beroep wijst dit terecht af nu de notaris voorzichtigheidshalve de strengste interpretatie heeft gevolgd in het voordeel van Vlabinvest. De onduidelijke, niet-precieze wetgeving, over de voorkooprechten, dewelke aanleiding gaf tot achtereenvolgende wetgeving – en waarin voor het eerst duidelijkheid werd geschapen door het arrest van het Grondwettelijk Hof – is de enige oorzaak. Het is volgens het hof van beroep van Brussel niet aangetoond dat een normaal zorgvuldige en vooruitziende notaris in de dezelfde omstandigheden geplaattst anders zou hebben gehandeld(1752).

397. CONTROLE OP NALEVING VAN WETTELIJKE VOORSCHRIFTEN – De bijstandsverplichting verplicht de notaris eveneens om de naleving van wettelijke voorgeschreven te controleren en partijen desgevallend te wijzen op een miskenning van deze voorschriften, desgevallend finaal zijn medewerking te weigeren aan het verlijden van de akte.

Omgevingsvergunning voor stedenbouwkundige verrichtingen of verkaveling van gronden. Zo moet de notaris controleren of er bouwvergunning kan worden bekomen wanneer de koper een perceel koopt om een woning op te bouwen. *In casu* had de koper het perceel gekocht om er een woning op te bouwen. Na de sluiting van de koopovereenkomst bleek dat er geen bouwvergunning (nu omgevingsvergunning voor stedenbouwkundige verrichtingen) kon bekomen worden. Volgens het hof van beroep van Brussel hadden zowel het stadsbestuur als de notaris een fout begaan door niet op te merken dat de verkavelingsvergunning voor het stuk grond vervallen was en dat er geen verkavelingsvergunning *c.q.* bouwvergunning voor het perceel meer zou worden afgeleverd omdat het in landschappelijk waardevol agrarisch gebied was gelegen(1753).

Bodemsanering – Een overdracht van risicoground is niet mogelijk zonder een voorafgaand oriënterend bodemonderzoek (art. 102 Bodemdecreet). De notaris moet toezien op de effectieve naleving van dit voorschrift(1754). Zo niet komt zijn beroepsaansprakelijkheid in het gedrang.

Aangezien de koper zich met een aankoopbelofte definitief verbindt, moet hij op dat ogenblik al de nuttige informatie conform artikel 101 Bodemdecreet en artikel 5.2.5 VCRO van de verkoper ontvangen hebben. Die informatieplicht

(1752) Brussel (1ste k.) 20 mei 2014, *T.Not.* 2015, 30.

(1753) Cass. (3de k.) 6 december 2010, C.10.0067.N-C.10.0069.N, *T.Not.* 2011, 607 en 616, noot J. BAECK.

(1754) Brussel 22 februari 2017, *TOO* 2017, 363.

rust overeenkomstig artikelen 101 Bodemdecreet en 5.2.5 VCRO op de verkoper. De verkoper kon zich niet schuilen achter de (aansprakelijkheid van de) notaris, nu de notaris niet betrokken was bij de ondertekening van de aankoopbelofte door de koper(1755).

Stedenbouw – Rechtspraak oordeelt dat de notaris zijn raadgevings- en informatieverplichting niet miskent wanneer hij nalaat een bijzondere clausule in de authentieke akte over te nemen over een stedenbouwkundige inbreuk die duidelijk vermeld stond in de onderhandse akte. *In casu* werd een appartement aangekocht met twee parkings. De parkings waren er in plaats van de vroegere tuin gekomen zonder de nodige stedenbouwkundige vergunningen. Het compromis bevatte een clausule die duidelijk vermeldde dat de koper de regularisatie van de situatie op zich zou nemen en de nodige vergunning(en) zou aanvragen. Volgens het hof van beroep van Brussel werden de kopers in het compromis in duidelijke en volkomen begrijpelijke woorden op de hoogte gesteld dat zij een stedenbouwkundige vergunning voor de autostaanplaatsen zelf moesten aanvragen, zodat de notaris niet aansprakelijk kan worden gesteld wegens een fout in zijn raadgevings- en informatieverplichting(1756).

In een andere zaak vermeldde de notariële basisakte van (een op te richten) appartementsgebouw voor een appartement op het gelijkvloers van het gebouw dat er twee slaapkamers waren, waarvan één met toegang tot de tuin. De daaropvolgende notariële koopakte, opgesteld door dezelfde notaris, omschreef voormeld appartement op dezelfde wijze. Achteraf bleek dat in de vergunde bouwplannen echter geen slaapkamer met toegang tot de tuin was opgenomen. Integendeel, in deze slaapkamer was enkel een rond raam aanwezig. Het Antwerpse hof van beroep oordeelde dat van een notaris, in het kader van zijn informatie- en raadgevingsplicht niet verwacht kan worden dat hij bij de beschrijving van het betrokken onroerend goed in de door hem op te stellen akten, nagaat of die in overeenstemming is met de bouwtechnische plannen zoals die stedenbouwkundig werden goedgekeurd, zelfs indien hij over die plannen beschikt. Volgens het Hof van Cassatie verantwoordde het hof van beroep zijn beslissing echter niet naar recht omdat het *in concreto* niet was nagegaan of dit ook geldt voor de opstelling van aktes die de oprichting van een appartementsgebouw betreffen(1757).

Een andere zaak betrof de verkoop van verschillende kavels aan verschillende kopers in het kader van een gegroepeerd huisvestingsproject. Vóór de opstelling van de authentieke verkoopakte had de verkoper aan de toekomstige

(1755) Gent (1ste k.) 19 december 2019, *TGR* 2019, 284.

(1756) Brussel (1ste k.) 28 juni 2016, *Notamus* 2016 (2), 45, noot J. VAN ZUYLEN.

(1757) Cass. (1ste k.) 7 mei 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200507.1N.8, *T.App.* 2020 (3) 28 = *TBO* 2020, 357 = *T.Not.* 2020, 1055, noot H. VANDENBERGHE. Zie ook Antwerpen 25 juni 2018, *STORM* 2019 (3), 13; R. TIMMERMANS, “Aansprakelijkheid notaris voor foute beschrijving privégedeelte bij opmaak splitsingsakte: de splitsingstekening en de splitsingsvergunning erbij pakken!”, *T.App.* 2020 (3), 23.

kopers de toestemming gegeven om te beginnen met de bouw van hun eigen woning. Hiervoor had hij hen de nodige stedenbouwkundige vergunning overgedragen en had hij afstand gedaan van zijn recht van natrekking. Al snel ontstonden er geschillen tussen de verschillende mede-eigenaars. Twee koopovereenkomsten werden vernietigd wegens strijdigheid met de openbare orde. Er was immers geen voorafgaande verkavelingsvergunning voorhanden, terwijl de grond werd gesplitst in twee onbebouwde kavels (strijdigheid met art. 89 §1 CWATUP(1758))(1759). De notaris was op de hoogte (of hoorde op de hoogte te zijn) van het feit dat er twee onbebouwde kavels werden verkocht zodat een voorafgaande verkavelingsvergunning vereist was. De kavels werden echter verkocht terwijl er nog geen verkavelingsvergunning bestond. Het feit dat er op het ogenblik van de verlijding van de akte al een begin van constructie was, deed geen afbreuk aan deze onwettige situatie(1760).

Verkoop tussen echtgenoten – Het opmaken van een verkoopakte tussen echtgenoten die niet beantwoordt aan de vereisten van (het inmiddels afgeschafte) artikel 1595 oud BW(1761) en dus behept is met een relatieve nietigheidsgrond, brengt de aansprakelijkheid van de notaris in het gedrang(1762).

Verkoop van andermans zaak en controle op eigendomstitel – Bij het verlijden van een notariële verkoopakte houdt de bijstandsverplichting tevens een verplichting in tot controle van de eigendomstitel. Zo werden in een appartementsgebouw twee studio's verkocht. Achteraf bleek dat de studio's deel uitmaakten van de gemeenschappelijke delen van het appartementsgebouw zodat er sprake was van verkoop van andermans zaak (art. 1599 oud BW). Het hof van beroep van Gent vernietigde de overeenkomst. De verkoper werd veroordeeld tot restitutie van de koopprijs en de koper tot restitutie van de studio's. Volgens het hof van beroep hadden de instrumenterende notarissen een fout begaan door de basisakte van het appartementsgebouw niet grondig te bestuderen en door niet op te merken dat de verkochte studio's in werkelijkheid gemeenschappelijke delen van het appartementsgebouw waren. Zonder deze fout had de koper de koopprijs niet betaald. Het Gentse hof van beroep aanvaardde dat de schade die de koper had geleden bestond uit de betaling

(1758) “Nul ne peut, sans un permis préalable, écrit et exprès du collège communal, lotir un terrain, en ce compris la promotion ou la publicité y afférente”.

(1759) Rb. Namen (afd. Dinant) 16 maart 2017, *T.App.* 2020 (3), 45.

(1760) Rb. Namen (afd. Dinant) 12 september 2019, *T.App.* 2020 (3), 50.

(1761) Thans opgeheven bij artikel 50 wet van 22 juli 2018, *BS* 27 juli 2018, inwerkingtreding 1 september 2018.

(1762) Brussel (4de k.) 10 december 2013, *RNB* 2014, 280, noot.

van de koopprijs. De notarissen werden *in solidum* met de verkoper tot terugbetaling van de koopprijs aan de koper veroordeeld (1763).

Gelijkaardig is de zaak waarin geoordeeld werd dat de notaris bij het verlijden van een hypothecaire volmacht moet controleren of het onroerend goed nog eigendom is van de lener. *In casu* beging de notaris een beroepsfout door in een authentieke akte van hypothecaire volmacht een onroerend goed te vermelden dat geen eigendom meer was van de lener omdat het eerder deels verkocht werd. Op basis van zijn raadgevingplicht had de notaris opzoeken moeten verrichten om zich ervan te vergewissen dat de goederen die in de hypothecaire volmacht tot waarborg gegeven werden op het ogenblik van de ondertekening van die akte nog wel degelijk eigendom waren van de leners (1764).

In een andere zaak had de notaris niet de moeite genomen om een eerdere koopakte van het onroerend goed te lezen, die verwees naar een oudere overeenkomst die rechten deed ontstaan waarmee de toenmalige kopers, d.w.z. de huidige verkopers, te maken hadden. *In casu* werd op 28 juni 2012 een woning met aanhorigheden en tuin samen met een stuk van een perceel verkocht voor 173.000 EUR. De kopers wensten er te wonen met hun gezin en waren van plan om de woning te verbouwen. Op 2 oktober 2012 werd de authentieke akte verleden en op 15 oktober 2012 stelde de notarissen een aanvullende akte die vermeldde dat het verkochte goed bezwaard is met een erfdienstbaarheid *non aedificandi* ten voordele van de Belgische Staat. De gekochte woning werd voorheen deels gebouwd met toestemming van de Belgische Staat op een deel van het perceel dat bezwaard is met voormelde erfdienstbaarheid. De Belgische Staat liet evenwel opnemen in de overeenkomst van 1979 met de vorige eigenaar dat de Staat dat deel van de woning kan onteigenen indien dit nodig is in het belang van de openbare wegen maar zonder dat de eigenaar van de woning aanspraak kan maken op enige vergoeding voor het verlies van de waarde van het gebouw. De onteigeningsvergoeding zou dan enkel slaan op de waarde van het perceelstuk. Het hof van beroep van Luik stelde dat de kopers verschoonbaar hebben gedwaald. Het bevestigde de nietigverklaring van de koop door de rechtbank van eerste aanleg te Dinant. Het hof van beroep besloot ook tot de aansprakelijkheid van de tussenkomende notarissen. Zij hadden immers niet de moeite gedaan om in de oorsprong van eigendom de akte van 1997 te lezen die een bijzondere voorwaarde stipuleerde met verwijzing naar de overeenkomst van 1979. Het volstond een aanvraag te doen bij het huidige kantoor Rechtszekerheid om kennis te kunnen nemen

(1763) Cass. (1ste k.) 24 september 2009, ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090924.2, *Arr. Cass.* 2009, 2104 = *Juristenkrant* 2010 206), 6 (weergave E. DE KEZEL) = *NFM* 2011, 57, noot A. RENIERS = *Pas.* 2009, 1985 = *RW* 2009-10, 1352 = *T.App.* 2010, 24 = *TBO* 2010, 10 = *T.Not.* 2011, 607, noot J. BAECK; J. BAECK, "Notarissen opgelet: monsteraansprakelijkheid bij vernietiging van een verkoop van een onroerend goed! Of toch niet?", *Rkron. Not.* 2011-2012 (19), 33.

(1764) Luik (20ste k.) 10 april 2008, *RGAR* 2008, 14439.

van de inhoud van die laatste overeenkomst. Aangezien de verkopers kennis hadden of moesten hebben van de inhoud van de overeenkomst van 1979 worden zij samen met de notarissen *in solidum* veroordeeld tot de schade die de kopers hebben geleden door hun samenlopende fouten. Het hof veroordeelde in de *contributio*-verhouding de verkopers tot 1/4 van de schade en de notarissen tot 3/4 van de schade. De notarissen hebben, als professionele juristen, een grotere bijdrage geleverd tot de schade dan de verkopers (1765).

Toepassing Woningbouwwet – Een normaal en zorgvuldig notaris is op de hoogte van de wettelijke bepalingen en is in staat wetsontduikende constructies te voorzien, minstens moet de notaris wijzen op mogelijke problemen rond de wettigheid en het kostenplaatje van het project. Wanneer aan een koper een (abstracte) ruimte wordt verkocht in casco- of fabriekstoestand, onder de verplichting samen met de andere mede-eigenaars het ganse gebouw mee te renoveren, waarbij de koper, via de vereniging van mede-eigenaars (VME), een ‘renovatiefonds’ moet spijzen voor de renovatie van de gemene delen en een volmacht wordt verleend aan de verkoper om soeverein wijzigingen aan indeling en samenstelling van het gebouw aan te brengen die zij nuttig of nodig acht, wordt het appartementsrecht ‘misbruikt’ om de Woningbouwwet te omzeilen. De Woningbouwwet is maar van toepassing voor zover de koper(s) het financiële risico dragen voor de insolventie van de woningbouwverkoop door stortingen te doen voor de voltooiing van het gebouw. Wanneer die stortingen gebeuren op een afzonderlijke rekening die niet toebehoort tot het vermogen van de verkoper, draagt de koper op zich geen financieel risico en is er geen bescherming nodig van de Woningbouwwet. Door een beroep te doen op het doelgebonden gemeenschappelijk vermogen van de VME dachten partijen *in casu* een middel te hebben gevonden om te ontsnappen aan de toepassing van de Woningbouwwet. De VME verkrijgt rechtspersoonlijkheid bij het ontstaan van de onverdeeldheid bij de verkoop van tenminste één kavel en de overschrijving van de basisakte en het reglement van mede-eigendom op het bevoegde kantoor van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie (art. 577-5 §1 oud BW). Het probleem in deze zaak was dat het renovatiefonds van zijn doel werd afgewend. De wet stelt dat de VME geen ander vermogen kan hebben dan de roerende goederen nodig voor de verwezenlijking van haar doel, “*dat uitsluitend bestaat in het behoud en het beheer van het gebouw of de groep van gebouwen*” (art. 577 §3 oud BW). Hieruit volgt dat de VME juridisch onbekwaam is om buiten dit doel op te treden. Dit veronderstelt dus dat het gebouw voorafgaandelijk is opgedeeld in kavels. Er bestaat hier een ‘volgtijdelijksheidsprobleem’ wanneer aan de VME een bewarings- en beheersbevoegdheid wordt toegekend, nog vooraleer het appartementsgebouw als dusdanig bestaat. Meer nog, men kan zich de vraag stellen of de VME überhaupt wel bestaat wanneer het gebouw nog niet materieel in kavels is verdeeld. *In casu* moest het renovatiefonds dienen om het gebouw materieel in kavels te kunnen verdelen onder toezicht en de

(1765) Luik (3de k.) 19 maart 2019, *JLMB* 2019, 791.

plannen van de verkoper. Anders gezegd, de VME werd manifest van zijn doel afgewend. Hierdoor bestond er juridisch gezien geen VME noch renovatiefonds. De gestorte gelden kwamen dan *de facto* terecht in de handen van de verkoper. Er is sprake van een betaling voor de voltooiing van het gebouw. De Woningbouwwet moest toepassing vinden(1766).

Toewijzing bij beslag – De notaris moet het stilzitten van een beslagene niet noodzakelijk ondergaan en mag, onder omstandigheden, doorgaan met een toewijzing van een onroerend goed na beslag. Volgens het hof van beroep te Luik begaat de notaris dan ook geen fout wanneer hij door de beslagrechter wordt aangeduid voor de toewijzing van twee onroerende goederen in het kader van een uitvoerend beslag terwijl de beslagene geen moeite heeft gedaan om tot een minnelijke oplossing van het geschil te komen en geen verzet heeft aangetekend tegen de beslissing om andere termijnen en voorwaarden te bekomen of om toestemming te vragen om tot verkoop uit de hand te mogen overgaan. Ook werd er geen enkel verzoek gericht tot vernietiging van de toewijzing. Aangezien de beslagene geen enkel rechtsmiddel heeft aangewend om het uitvoerend beslag en de toewijzing aan te vechten, kan de notaris niet verweten worden te zijn doorgegaan met de uitvoering. Integendeel, indien hij de uitvoering had stopgezet, had dit de aansprakelijkheid van de notaris in het gedrang kunnen brengen(1767).

398. CONTROLE OP KENNELIJK ONREDELIJKE OF ONGEBRUIKELIJKE AFSPRAKEN – Soms oordeelt rechtspraak dat de bijstandsverplichting van de notaris ook insluit dat hij partijen wijst op kennelijk onredelijke, onevenwichtige of ongebruikelijke afspraken. Niet zozeer de kennelijke onderwaardering van het onroerend goed, maar wel het feit dat er kwijting werd gegeven, *c.q.* een clause van volledige kwijting werd ingelast in de akte, terwijl het volledige bedrag van de koopsom niet werd betaald (wat de notaris in beginsel moet nagaan), leverde een gewichtig en afdoende vermoeden op dat er bedrog in het spel was. Dit volgde ook uit het feit dat de akte een beding bevatte van ontslag van ambtshalve inschrijving. Dat is niet normaal of gebruikelijk. Het deed volgens de rechtbank ernstig de wenkbrauwen fronsen. Het is immers sterk in het nadeel van de verkoper(1768). In zo'n geval moet de notaris partijen wijzen op de (kennelijke) onevenwichtige afspraken(1769). Voor

(1766) Gent 9 november 2017, *T.App.* 2018 (1) 19 = *T.Not.* 2018, 128. Zie hierover uitgebreid: N. VAN DAMME, “L’inutilité de l’intention frauduleuse dans la théorie de la fraude à la loi. La fraude à la loi “Breyne” par détournement de l’association des copropriétaires”, *TBBR* 2019, 3; R. TIMMERMANS, “Cascoflats, stortingsplicht renovatiekapitaal en ‘afbouwvereniging van mede-eigenaars’, de nieuwe drug voor de omzeiling van de woningbouwwet bij vernieuwbouw”, *T.Not.* 2013, 148.

(1767) Luik (3de k.) 9 januari 2019, *JLMB* 2019, 443.

(1768) ANTWERPEN 8 NOVEMBER 2017, *T.Not.* 2018, 185.

(1769) A.L. VERBEKE, “De notaris is van ons allemaal” in *Liber Amicorum André Michielsens* (Mechelen: Kluwer 2015), 719 nr. 7.

akten die manifest in strijd zijn met de billijkheid, zou hij volgens bepaalde auteurs zelfs zijn ambt moeten weigeren(1770).

Sommigen wijzen erop dat de beoordeling van de rechtspositie van partijen en de afweging van hun belangen in dit verband veel ruimer is dan de afweging van de juridische slaagkansen van een eventuele nietigheidsvordering. De belangen van partijen hangen af van hun persoonlijke omstandigheden, bijvoorbeeld hun financiële draagkracht om al dan niet te procederen, hun eventuele aanspraken op rechtsbijstand, hun noodzaak om snel te verhuizen, eventuele andere engagementen die zij hebben aangegaan, enz.(1771). Een vaak voorkomende clause in authentieke akten is “*dat er zich in de akte geen tegenstrijdigheid van belangen voordoet*”. Een dergelijke clause is af te raden, want volstaat geenszins in het kader van de raadgevingsplicht van de notaris. Het is immers de notaris die de tegenstrijdigheid van belangen moet evalueren en hij kan deze plicht niet afschuiven op de partijen zelf(1772).

399. BIJSTANDSVERPLICHTING VEREIST DAT ONTWERPAKTE VOORAFGAANDELIJK WORDT TOEGESTUURD – De notaris kan aansprakelijkheid oplopen door geen ontwerp van hypotheccair mandaat over te maken en door niet op een meer omstandige wijze de mogelijke gevolgen van dit mandaat uit te leggen(1773). *In casu* verweet M, die de levensgezel was van P, de notaris dat hij aan zijn raadgevingsplicht niet had voldaan. P wilde voor de start van een zelfstandige onderneming een lening aangaan van 500.000 EUR. M en P waren eigenaar van een onroerend goed dat al bezwaard was met een hypotheek. Een bijkomende hypotheek werd voor 75.000 EUR toegestaan op de woning en een hypothecaire volmacht ten belope van maximaal 275.000 EUR. De onderneming van P bleek niet succesvol en al snel gebruikte de bank de hypothecaire volmacht om een hypotheek te vestigen. Wanneer M en P uiteindelijk uit elkaar gaan en M aan de bank vraagt om de hypotheek op te heffen mits betaling van 75.000 EUR, krijgt hij te horen dat de bank nog voor 275.000 EUR over een hypotheek beschikt. M stelt zijn notaris aansprakelijk op grond van de miskennis van diens raadgevings-en informatieplicht. Volgens het hof van beroep had de notaris het ontwerp van de hypothecaire volmacht moeten bezorgen aan M zodat hij kennis had kunnen nemen op voorhand van de draagwijdte ervan. Desalniettemin had M, ook al heeft hij geen juridische vorming, bij de lezing van het hypotheccair mandaat dat hij ging ondertekenen, zich minder passief moeten opstellen en vragen moeten stellen aan de notaris, wat ook een fout uitmaakt. Rekening houdend met het feit dat de

(1770) J.-F. TAYMANS, “Deux questions à propos du Code de déontologie des notaires” in *Liber Amicorum André Michielsens* (Mechelen: Kluwer 2015), 590 nr. 8 en de verwijzingen aldaar.

(1771) J. CALLEBAUT en B. VAN BAEVEGHEM, “Uw onpartijdig raadsman bij juridische loodgieterij: de aansprakelijkheid van de notaris bij de overdracht van verontreinigde gronden”, *NFM*, 2018, (123) 134, nr. 47.

(1772) *Ibidem*.

(1773) Luik (3de k.) 6 juni 2018, *RGAR* 2020, nr. 15347.

notaris een beroepsbeoefenaar is en met het respectievelijke aandeel van elk van de fouten die werden begaan en die hebben bijgedragen tot de schade, moest de notaris 2/3 van de schade vergoeden, en moest de eiser 1/3 van de schade zelf ten laste nemen.

In een gelijkaardige zaak werd geoordeeld dat de verstrekte bijstand enkel doelmatig is, indien de bijstand tijdig aan partijen bekend gemaakt wordt. Dit impliceert een voorafgaande mededeling van het ontwerp van de akte aan de cliënt (1774). De notaris mag zich verder niet louter passief gedragen en moet de cliënten wijzen op onregelmatigheden. Een notaris mag niet zomaar acteren wat de syndicus hem voorhoudt, zelfs niet na het verstrijken van een beroepstermijn. In het kader van zijn onderzoekplicht moet de notaris onder meer een controle doen van de vereiste meerderheden voor een statutenwijziging binnen de algemene vergadering van mede-eigenaars. Hiertoe moet hij dus de inhoud van de voorgelegde beslissingen onderzoeken. Hij kan er niet zonder meer van uitgaan dat de syndicus hem correcte informatie verstrekt. Een normaal zorgvuldig notaris had in dezelfde omstandigheden bij lezing van de verschillende 'beslissingen' waarnaar hij in de akte verwees, moeten vaststellen dat deze niet konden worden voorgelegd dan wel dat er geen sprake was van een (geldige) stemming van een statutenwijziging. Bovendien werd de notaris ruimschoots voor het verlijden van de akte op de hoogte gesteld van de gerezen betwistingen. De notaris is dus gehouden tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit de door hem foutief verleden akte.

C. IDENTITEITSONDERZOEK

400. NIET-NALEVING IDENTITEITSONDERZOEK BRENGT AANSPRAKELIJKHEID NOTARIS IN HET GEDRANG – Krachtens artikel 11 Notariswet moeten de naam, voornamen, plaats en datum van geboorte en woonplaats van de ondertekenende partijen de notaris bekend zijn of hem worden aangetoond met in de akte te vermelden bewijskrachtige identiteitsbewijzen of hem in de akte worden geattesteerd door twee hem bekende personen, die de vereiste hoedanigheid bezitten om instrumentair getuige te zijn. Indien de notaris dit identiteitsonderzoek niet naleeft, komt zijn aansprakelijkheid in het gedrang. Rechtspraak verschaft hier verschillende illustraties van.

Zo kwam op 12 juli 1996 een Fransman M (met domicilie in Parijs) naar de notaris om een lening te bekomen van 8.000.000 BEF (198.314,81 EUR) zoals met de bank overeengekomen. Een hypothecaire inschrijving op een woning gelegen te Sint-Lambrechts-Woluwe die aan het echtpaar D.-V. toebehoorde (beweerdelijk de tante en de nonkel van M) moest die lening garanderen. Per brief van 14 juli 1996 bezorgde M de notaris zijn gegevens en deze van het echtpaar D.-V. en voegde hij een kopie van de eigendomstitels van het te hypothekeren onroerend goed. Op 19 juli 1996 bezorgde de bank het complete

(1774) Rb. Brussel (Nl.) 20 september 2017, *T.App.* 2017 (4), 36.

dossier van de leningsakte aan de notaris. Op 19 augustus 1996 overhandigde de bank de notaris een cheque van 960.000 BEF (197.323,24 EUR). Dat kwam overeen met de geleende som min 40.000 BEF onderhandelingskosten. Op 23 augustus 1996 verleed de notaris de leningsakte in het bijzijn van M en twee mensen die beweren het echtpaar D.-V. te vormen. De notaris overhandigt de som van de lening aan M. Het echtpaar D.-V. beweerde in een later stadium nooit een hypotheek te hebben verleend op hun onroerend goed. Nadat de notaris het echtpaar bij hem had ontvangen merkte hij op dat het echtpaar dat hij op 23 augustus in zijn notariaat had ontvangen klaarblijkelijk niet het echtpaar D.-V. was. Blijkbaar had M zich voorgedaan als een kandidaat-koper van de woning van D.-V. en zo de eigendomstitels ervan bekomen. Het echtpaar D.-V. vorderde schadevergoeding van de notaris die zich onvoldoende gekweten heeft van zijn verplichting tot identificatie van de partijen. De notaris beweerde dat hij zich mocht schuilen achter de door de bank gedane voorbereidingen van de leningsakte. De rechtbank wees dit terecht af. De rechtbank stelde dat de notaris door enkel te kijken naar de identiteitskaart van de personen die zich aandienden als D. en V., zonder na te gaan of die gegevens overeenstemden met bijvoorbeeld de huwelijksakte en/of het origineel van de eigendomstitels of een uittreksel van het nationaal register in zijn bezit, een fout heeft gepleegd. Bovendien bleek niet dat de notaris de identiteit van partijen a.d.h.v. de identiteitskaarten had onderzocht. De notaris beweerde weliswaar dat hij een kopie van die identiteitskaarten had genomen. Die kopieën zijn uit het dossier verdwenen. Dat overtuigde de rechter niet. De notaris werd samen met de CV Verzekeringen van het Notariaat *in solidum* veroordeeld tot de som van 198.314,81 EUR te vermeerderen met compensatoire interesten en kosten(1775).

III. CONSUMENTENKOOP

401. ALGEMEEN – De consument die een niet-conform lichamelijk roerend goed krijgt geleverd, kan zich beroepen op de Wet Consumentenkoop (art. 1649*bis-octies* oud BW)(1776). Hierna bespreken wij in het licht van de rechtspraak van 2005 tot 2020 het toepassingsgebied, het dwingend karakter van de wet, de aansprakelijkheidsvoorwaarden, de remedies, de regresvordering

(1775) Rb. Waals-Brabant (afd. Nijvel) 14 februari 2018, *Notamus* 2018, 22.

(1776) Deze wet is een omzetting van de Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *P.B. L.* 7 juli 1999, afl. 171/12. De richtlijn is gebaseerd op minimumharmonisatie, hetgeen lidstaten toestaat een hoger niveau van consumentenbescherming te voorzien. De Belgische wetgever heeft slechts in beperkte mate hiervan gebruik gemaakt (R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1803 nr. 503).

en de commerciële garantie(1777). De Wet Consumentenkoop is in België van kracht sinds 1 januari 2005 in omzetting van Richtlijn 1999/44/EG(1778).

Uiterlijk op 1 juli 2021 moeten de lidstaten de nieuwe Richtlijn Consumentenkoop 2019/771(1779) (hierna Richtlijn Consumentenkoop 2019) omzetten in nationaal recht(1780). Vanaf 1 januari 2022 is deze nieuwe regeling toepasselijk(1781). Ofschoon de omzetting kan plaatsvinden voor 1 juli 2021, kan zij niet toegepast worden op contracten gesloten vóór 1 januari 2022. Niet de datum van de levering, maar de datum van het contract is dus bepalend(1782). Hierna geven we aan in welke mate de Richtlijn Consumentenkoop 2019 ingaat tegen de hieronder besproken rechtspraak, dan wel rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU codificeert.

A. TOEPASSINGSGEBIED

402. OVERZICHT: 4 TOEPASSINGSVOORWAARDEN – Conform artikel 1649*bis* oud BW, geldt het regime van de consumentenkoop bij bestaan van een koop-overeenkomst (1^{ste} vereiste) tussen een professionele verkoper (2^{de} vereiste) en een consument-koper (3^{de} vereiste) over een lichamelijk roerend goed (4^{de} vereiste).

(1777) Zie ook B. TILLEMEN en F. VAN DEN ABEELE, “Recente en toekomstige ontwikkelingen in het Belgisch kooprecht (2017-2020), *Themis 115 – Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2020), (59) 89-121; B. TILLEMEN, “Koop – overzicht rechtspraak 2014-2017” in *Themis 102 – Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2017) (1) 34-52; B. TILLEMEN m.m.v. D. DE TROIJ, “Overzicht van rechtspraak kooprecht (2011-2014)” in *Themis 92 – Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2015), (71) 106-119; B. TILLEMEN en G. VELGHE, “Recente ontwikkelingen in het kooprecht (2008-2011)”, *Themis 67 – Bijzondere overeenkomsten*, (Brugge: die Keure 2017) (47) 61-71.

(1778) Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad, 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *Pb. L* 171, 7 juli 1999, 12-16. De omzetting van de Richtlijn in België was laatsttijdig gezien de omzetting uiterlijk op 1 januari 2002 diende te gebeuren. Het hof van beroep te Antwerpen paste terecht een richtlijnconforme interpretatie toe op een overeenkomst gesloten voor de inwerkingtreding (d.i. 6 september 2004). Zo kon de korte termijn van art. 1648 oud BW niet korter zijn dan twee jaar vanaf de levering van de zaak (Antwerpen (7de bis k.) 1 maart 2010), *Limb. Rechtsl.* 2010, 202-211, noot B. PONET). Ook het hof van beroep te Luik ((3de k.) 10 oktober 2007, *RRD* 2007, 261-262, *JT* 2008, 177-179, noot F. GLANSDORFF) en het hof van beroep te Bergen (30 mei 2005, *JLMB* 2005, 1473-1476) pasten een richtlijnconforme interpretatie toe in de periode tussen 1 januari 2002 en 1 januari 2015.

(1779) Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad, 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG, *Pb L* 136, 22 mei 2019, 28-50.

(1780) Naast de nieuwe Richtlijn Consumentenkoop 2019 is ook Richtlijn Digitale Inhoud aangenomen (Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad, 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *OJ L* 136, 22 mei 2019, 1-27).

(1781) Art. 24.1 Richtlijn Consumentenkoop 2019. Over deze nieuwe richtlijn: I. CLAEYS en E. TERRYEN (eds.), *Nieuw recht inzake koop en digitale inhoud en diensten* (Antwerpen: Intersentia 2020).

(1782) Art. 24.2 Richtlijn Consumentenkoop 2019.

§ 1. KOOP

403. DEFINITIE VAN ‘KOOP’ – In tegenstelling tot de Richtlijn Consumentenkoop 1999 definieert de Richtlijn Consumentenkoop 2019 het begrip ‘koopovereenkomst’: *“elke overeenkomst waarbij de verkoper eigendom van goederen overdraagt of zich ertoe verbindt deze over te dragen aan een consument en de consument de prijs daarvan betaalt of zich ertoe verbindt die te betalen”* (art. 2.1). De definitie sluit naadloos aan bij de wijze waarop de koopovereenkomst gemeenrechtelijk wordt gedefinieerd (art. 1582 oud BW). Wegens de bijzondere kenmerken ervan vallen diensten in principe niet binnen de werkingssfeer van de Richtlijn 1999/44 Consumentenkoop. Uit de toelichting bij het voorstel van de Richtlijn Consumentenkoop blijkt dat *“wegens de complexiteit en veelzijdigheid van de dienstverleningen, de regels die op de verkoop van goederen toepasselijk zijn, zich slecht ertoe lenen om naar dienstverleningen te worden uitgebreid”*. Het begrip koopovereenkomst moet op een uniforme en autonome wijze uitgelegd worden(1783).

404. GEMENGDE OVEREENKOMSTEN KUNNEN ONDER DE REGELS VAN DE CONSUMENTENKOOP VALLEN – Artikel 1649*bis* §3 oud BW bepaalt dat de overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen consumptiegoederen eveneens als koopovereenkomsten beschouwd worden(1784).

Hieruit volgt dat de consumentenkoop niet alleen van toepassing is op koopovereenkomsten *sensu stricto* maar tevens op bepaalde categorieën van overeenkomsten die een dienstverlening omvatten, welke volgens het gemeen recht kunnen worden gekwalificeerd als dienstencontracten of aannemingsovereenkomsten, namelijk overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen consumptiegoederen en overeenkomsten voor de met de verkoop verbonden installatie van dergelijke goederen(1785). Naar gemeen intern (Belgisch recht) recht worden overeenkomsten die een te vervaardigen of voort te brengen goed inhouden, gekwalificeerd als aanneming, indien zij op maat gemaakt zijn volgens de specificaties van de opdrachtgever (die actief tussenkomt in de conceptie)(1786). Zij worden gekwalificeerd als koop indien het serieproducten betreft. De consumentenkoop maakt dit onderscheid niet. In

(1783) HvJ (10de k), 7 september 2017, C-247/16, ECLI:EU:C:2017:638, *Heike Schottelius t. Falk Seifert*, overweging 32.

(1784) Art. 1, vierde lid Richtlijn 1999 wordt hernomen in art. 3.2 Consumentenkoop 2019: overeenkomsten tussen een consument en de verkoper voor de levering van nog te vervaardigen of te produceren goederen worden voor de toepassing van deze richtlijn ook als koopovereenkomsten beschouwd. Hierover eveneens: P. BRULEZ en N. CARETTE, “Het begrip ‘koop’ in de Nieuwe Richtlijn Consumentenkoop” in S. De Rey, N. Van Damme en T. Gladinez (eds.), *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tillemans* (Antwerpen: Intersentia 2020) 125 e.v.

(1785) HvJ 7 september 2017, C-247/16, ECLI:EU:C:2017:638, *Heike Schottelius t. Falk Seifert*, overweging 37. Antwerpen (B7M k.) 30 juni 2020, *TBO* 2020, 377 = *RABG* 2020, 1252-1258.

(1786) Antwerpen 6 maart 2017, *TBO* 2018, 41, noot M. SCHOUPS en D. VERHOEVEN (vervanging van alle deur-, venster- en raamkozijnen van een woning is een aannemingsovereenkomst).

een zaak voor de rechtbank te Dendermonde waren twee soorten van op maat gemaakt buitenschrijnwerk besteld. Het aluminium schrijnwerk was echter te klein en het houten was niet volgens de regels van de kunst geplaatst. De rechter oordeelde dat er sprake was van consumentenkoop gezien de installatie deel uitmaakte van de koopovereenkomst en onder de verantwoordelijkheid gebeurde van de verkoper. Het feit dat het buitenschrijnwerk op maat werd gemaakt had geen invloed op de kwalificatie(1787).

Eveneens valt de installatie van het goed (wanneer deze verband houdt met de verkoop) binnen het toepassingsgebied van de consumentenkoop (art. 1649^{ter} §4 oud BW)(1788).

405. ALLEEN ‘BIJKOMSTIGE’ DIENST AAN DE KOOP – HvJ ARREST SCHOTTELIUS – De consumentenkoop kan ook van toepassing zijn op (gemengde koop)overeenkomsten die ook een dienstverlening omvatten. De consumentenkoop is immers van toepassing op overeenkomsten *tot levering* van te vervaardigen of voort te brengen consumptiegoederen en overeenkomsten voor de met de verkoop verbonden *installatie* van dergelijke goederen. Wanneer de installatie verband houdt met de verkoop, valt die eveneens binnen het toepassingsgebied van de (richtlijn) consumentenkoop (art. 2, vijfde lid Richtlijn Consumentenkoop 1999 omgezet in art. 1649^{ter}, § 4 oud BW). Artikel 1649^{ter}, § 4 oud BW stelt immers dat een gebrek aan overeenstemming “*ten gevolge van een verkeerde installatie van het consumptiegoed*”, gelijk is aan een gebrek aan overeenstemming van het goed “*wanneer de installatie deel uitmaakt van de koopovereenkomst betreffende het goed en door de verkoper of onder diens verantwoordelijkheid is uitgevoerd*”(1789). Met de uitbreiding naar bepaalde diensten wilde men de moeilijkheden vermijden waarmee consumenten worden geconfronteerd om twee door de handelaar geleverde prestaties van elkaar te onderscheiden en hen een hoog beschermingsniveau te garanderen. Opdat overeenkomsten die een bijkomende dienstverlening (zoals installatie) omvatten *in globo* als “koopovereenkomsten” in de zin van de richtlijn kunnen worden gekwalificeerd, is vereist dat de dienstverlening slechts bijkomstig is aan de koop.

(1787) Kh. Gent (afd. Dendermonde) (6de k.) 7 juni 2018, *DCCR* 2019 (125), (103) 109-110. Het had wel beter geweest dat de rechter uitdrukkelijk had aangegeven dat de installatie bijkomstig was aan de levering. In sommige gevallen zou immers de installatie zo belangrijk kunnen zijn dat zij het belangrijkste element van de overeenkomst is. In dat geval zou de consumentenkoop niet van toepassing zijn (M. Rys, “noot onder Kh. Gent (afd. Dendermonde) 7 juni 2018”, *DCCR* 2019 (125), (120) 122).

(1788) Antwerpen (B7M k.) 30 juni 2020, *TBO* 2020, 377-379 = *RABG* 2020, 1252 (gebrekige installatie koopplaat).

(1789) S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, “Consumentenkoop” in *Ondernemingsrecht volume B* in B. Tilleman en E. Terryn (eds.), *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2011), (1271) 1299 nr. 1814.

Dit komt duidelijk aan bod in de zaak Schottelius voor het Hof van Justitie van de EU(1790). Het echtpaar Schottelius vroeg aan Seifert om hun buitenzwembad te renoveren. Naar Duits gemeen recht sloten partijen een aannemingsovereenkomst. Voor de renovatie werden een nieuw reinigingssysteem en een nieuwe pomp aangekocht door de aannemer. Kort na de renovatie vertoonden deze goederen ernstige gebreken. Ondanks verzoek tot herstelling liet de aannemer na over te gaan tot herstelling. Het echtpaar besloot ~~maar~~ om buitengerechtelijk de herstelling zelf uit te voeren (§ 634 BGB) en vorderde de kosten terug. Het Duitse recht vereist voor een buitengerechtelijk herstel dat de aannemer een voldoende redelijke termijn krijgt om het goed zelf te herstellen. De Duitse rechter stelde zich de vraag of de bepaling over buitengerechtelijke herstel bij aannemingsovereenkomsten (“*Selbsthilfe*”) wel conform de richtlijn consumentenkoop was en stelde in dit verband een prejudiciële vraag. Onder meer de Duitse regering wierp echter op dat het Hof niet bevoegdheid was gezien de richtlijn niet van toepassing zou zijn.

Het Hof oordeelde dat de overeenkomsten met een dienstverlening onder de consumentenkoop kunnen vallen, maar enkel in zoverre dat de dienstverlening bijkomstig is aan de verkoop (*accessorium sequitur principale*)(1791). Als de dienstverlening (*in casu* de renovatie van het zwembad) het belangrijkste aspect van de overeenkomst is – wat het geval was – dan valt de overeenkomst niet onder de consumentenkoop(1792). Het Hof was dan onbevoegd om de prejudiciële vraag te beantwoorden. Het is dus niet omdat een overeenkomst aannemings- en koopelementen bevat dat de overeenkomst automatisch onder het toepassingsgebied van de consumentenkoop valt. De rechter moet nagaan wat het belangrijkste element uitmaakt van de overeenkomst.

§ 2. VERKOPER

406. RATIONE PERSONAE: OPTREDEN IN KADER VAN BEROEPSACTIVITEIT(1793): CASUÏSTISCHE OEFENING – De consumentenkoop geldt enkel tussen een koper-consument en een professionele verkoper. In het kader van de consumentenkoop is de verkoper elke rechtspersoon of natuurlijke persoon die op duurzame wijze een economische activiteit ontplooit (bv. professionele

(1790) HvJ 7 september 2017, C-247/16, ECLI:EU:C:2017:638, *Heike Schottelius t. Falk Seifert*. S. MEYS, “Interpretatieproblemen bij de Richtlijn Consumentenkoop: over het begrip “verkoopovereenkomst” en de redelijke termijn” (noot onder HvJ 7 september 2017), *DCCR* 2018 (118), (85) 86.

(1791) HvJ 7 september 2017, C-247/16, ECLI:EU:C:2017:638, *Heike Schottelius t. Falk Seifert*, punt 38.

(1792) *Ibidem*, punt 45.

(1793) De Richtlijn Consumentenkoop 2019 voegt ambachts-bedrijfs- en handelsactiviteiten toe.

hondenverkoper(1794)). Bedoeld wordt elke persoon die op een duurzame wijze een economische activiteit uitoefent(1795). Dit impliceert dat de economische activiteit wordt uitgeoefend met een zekere regelmaat, vanuit een zekere structuur of organisatie(1796). Van een dergelijke verkoper is geen sprake wanneer deze bij de verkoop niet beroepshalve handelt(1797).

De definitie van het begrip ‘verkoper’ vereist enkel dat de verkoop geschiedt in het kader van een commerciële activiteit of beroepsactiviteit van de verkoper. Er wordt niet vereist dat dit gebeurt in het kader van de beroepsactiviteit die erin bestaat die bepaalde goederen te verkopen. Het feit dat de verkoper geen expert is in de verkoop van een welbepaald goed heeft geen impact op de kwalificatie(1798).

407. VERDUIDELIJKING BEGRIP ‘VERKOPER/HANDELAAR’ – ARREST HvJ KAMENOVA – Het Hof van Justitie van de EU heeft het begrip “handelaar” uit de Richtlijn 2005/29 oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten verduidelijkt. Dit is noodzakelijk in het licht van de vervaging die optreedt door de deeleconomie. Nu het begrip handelaar quasi identiek is met het begrip verkoper (van de consumentenkoop) of onderneming in het consumentenrecht, is dit arrest van algemeen belang om het personele toepassingsgebied van de consumentenwetgeving en dus van de consumentenkoop te duiden(1799). Dit begrip bepaalt meteen ook het correlatieve maar tegengestelde begrip consument(1800). De feiten waren als volgt. Een consument kocht op een Bulgaarse website een horloge van mevrouw Kamenova. Het goed bleek bij levering niet te voldoen aan de eigenschappen die vermeld stonden in de advertentie op de website. Bovendien was niet voldaan aan een aantal vereisten uit de richtlijnen over consumentenrechten en oneerlijke handelspraktijken (bijvoorbeeld ontbreken van contactgegevens). Kamenova werd hiervoor beboet. Het boetebesluit werd echter vernietigd

(1794) Vred. Hoogstraten 14 februari 2012, *De Juristenkrant* 2012 (251), 1 en 4 (weergave A. GODFROID).

(1795) De verwijzing naar verkoper wordt zo geïnterpreteerd in lijn met het bestaande ondernemingsbegrip uit het marktpraktijkenrecht (G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht”, *NJW* 2020, (234) 237). Een KBO-nummer of officiële registratie is niet vereist om als verkoper beschouwd te worden in het kader van de consumentenkoop (K. BEELEN, “Koopvernietiging in het hippisch recht”, *T.Agr.R.* 2018, (118) 119). Rb. Eupen (3de k.) 21 juni 2010, *JLMB* 2011, 918.

(1796) Rb. Antwerpen (afd. Turnhout) (TB5 k.) 16 oktober 2017, *RW* 2018-19, 1557.

(1797) Cass. 21 januari 2010, ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100121.3, *Arr.Cass.* 2010, 221.

(1798) Antwerpen 30 juni 2020, *RABG* 2020, (1248) 1250: het feit dat de verkoper geen KBO-inschrijving heeft voor de verkoop van het betreffende goed betekent niet dat zij geen professioneel verkoper is in de zin van art. 1649bis oud BW.

(1799) W. DEVROE en L. MICHAUX, “Over de ‘b’ in ‘b2b’. ‘Onderneming’ als aanknopingspunt voor Belgisch en Europees mededingings-, consumenten- en handelspraktijkenrecht” in W. Devroe, E. Terryn en B. Keirsbilck (eds.), *Nieuw economisch recht in b2b-relaties* (Antwerpen: Intersentia 2020), (17) 38.

(1800) HvJ 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, *Komisija za zashita na potrebitelitelite t. Evelina Kamenova*, punt 33.

aangezien Kamenova niet de hoedanigheid van handelaar had. Hierop werd een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU gericht.

Het Hof van Justitie van de EU bepleit een ruime invulling en beklemtoont dat de kwalificatie als handelaar/(verkoper) een functioneel begrip(1801) is dat een benadering van “geval tot geval” vereist(1802) waarbij de rechter telkens op basis van de feitelijke gegevens waarover hij beschikt moet nagaan of een persoon kwalificeert als handelaar (verkoper). Het Hof geeft daarbij een aantal functionele en institutionele criteria(1803) die noch uitputtend noch uitsluitend zijn(1804), zodat de omstandigheid dat voldaan is aan één of meerdere criteria in beginsel op zich niet bepalend is. Zo moet de rechter met name rekening houden met volgende elementen(1805):

- [1] of de verkoop op het onlineplatform op een georganiseerde wijze plaatsvindt, of
- [2] deze verkoop een winsttoegmerk heeft, of
- [3] de verkoper met betrekking tot de aangeboden goederen beschikt over informatie en technische vaardigheden waarover de consument niet noodzakelijk beschikt, waardoor hij zich in een gunstiger positie bevindt dan de particulier, of
- [4] de verkoper een rechtsvorm heeft aangenomen die het hem mogelijk maakt handelsdaden te stellen alsook
- [5] in welke mate de onlineverkoop verband houdt met de commerciële en beroepsmatige activiteit van de verkoper, of
- [6] de verkoper btw-plichtig is, of
- [7] de verkoper die optreedt namens of voor rekening van een bepaalde handelaar of via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt, een vergoeding of deel van de winst heeft ontvangen, of
- [8] de verkoper nieuwe of tweedehandsgoederen koopt om die te verkopen, waardoor deze activiteit met een zekere regelmaat, fre-

(1801) Ibidem, punt 35.

(1802) Ibidem, punt 37.

(1803) W. DEVROE en L. MICHAUX, “Over de ‘b’ in ‘b2b’. ‘Onderneming’ als aanknopingspunt voor Belgisch en Europees mededingings-, consumenten- en handelspraktijkenrecht” in W. Devroe, E. Terryn en B. Keirsbilck (eds.), *Nieuw economisch recht in b2b-relaties* (Antwerpen: Intersentia 2020), (17) 38. Het Hof legt geen hiërarchie in deze criteria vast ofschoon in het licht van eerdere rechtspraak duidelijk is dat bepaalde criteria pertinentier zijn dan andere. Bovendien lijken bepaalde criteria slechts een concretisering van algemene(re) criteria (bijv. commerciële rechtsvorm (4) en vergoedend karakter (7)) (G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip. Aanknopingsfactor van economisch recht”, *NJW* 2020, (234) 286-287 nr. 99-100). G. STRAETMANS en J. BLOCKX, “Impact van technologische evoluties op de kwalificatie van onderneming en consument”, in G. Straetmans en R. Steennot (eds.), *Digitalisering van het recht en consumentenbescherming* (Antwerpen: Intersentia 2019), (1) 32-35.

(1804) HvJ 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808, *Komisija za zashita na potrebitelite t. Evelina Kamenova*, punt 39.

(1805) Ibidem, punt 38.

quentie en/of gelijktijdig met zijn commerciële of beroepsactiviteit plaatsvindt, of

- [9] de te koop aangeboden producten allemaal van hetzelfde type zijn of dezelfde waarde hebben, in het bijzonder of het aanbod is geconcentreerd op een beperkt aantal producten.

408. OCCASIONELE VERKOPER VERSUS PROFESSIONELE VERKOPER – Het is niet noodzakelijk dat de verkoop geschiedt in het kader van het hoofdberoep van de verkoper. Ook de verkoper in bijberoep kan kwalificeren als een professionele verkoper(1806). De grens tussen occasionele en professionele verkoper is niet zo evident. De rechtspraak over de verkoop van huisdieren is in dit verband illustratief.

Een verkoper omschreef zich als hobbyfokker, een hoedanigheid die de koper betwistte. De vrederechter paste de regeling van verborgen gebreken toe zonder na te gaan of de verkoper een professionele verkoper was. Het Hof van Cassatie verbrak dit vonnis aangezien “*de verkoper in de zin van deze wet immers een rechtspersoon of natuurlijke persoon is die op duurzame wijze een economische activiteit ontplooit, met uitsluiting van de persoon die niet beroepshalve handelt*”(1807). Of een hobbykweker als een professionele verkoper moet worden beschouwd moet *in concreto* worden beoordeeld, gelet op het jaarlijks potentieel dat kan worden verkocht. Het gebruik van een webpagina voor de promotie van de verkoop kan een indicie zijn voor het duurzaam karakter van de verkoop van dieren(1808).

Het KB 27 april 2007 houdende erkenningsvoorwaarden voor de inrichtingen voor dieren en de voorwaarden inzake de verhandeling van dieren definieert de begrippen hobbykweker (maximum vijf nesten honden of katten van ten hoogste drie verschillende rassen), beroepskweker (meer dan vijf nesten honden of katten of meer dan drie verschillende rassen of kruisingen) en occasionele kweker (minder dan drie nesten honden of katten per kalenderjaar) kwantitatief(1809). De rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen leidde de afwezigheid van beroepsactiviteit af uit de erkenning als hobbykweker en gelet op het beperkte aantal nesten en de kennelijke beperkte winst per verkochte kat(1810). Het loutere feit dat een verkoper van een paard video’s had gepost en dat hij voordien één of meer andere paarden heeft

(1806) R. STEENNOT, “Wettelijke garantie voor de verkoop van “gebrekkige” honden en katten”, in *Verantwoord Aansprakelijkheidsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2017), (555) 557.

(1807) Cass. 21 januari 2010, *Arr.Cass.* 2010, 221, concl. G. DUBRULLE = *RW* 2011, 784, noot S. MARYSSE

(1808) R. STEENNOT, “Wettelijke garantie voor “gebrekkige honden en katten”, in *Verantwoord Aansprakelijkheidsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2017), (555) 558

(1809) Koninklijk besluit 27 april 2007 houdende erkenningsvoorwaarden voor de inrichtingen van dieren en de voorwaarden voor de verhandeling van dieren zoals gewijzigd voor het Wijzigingsbesluit van Vlaanderen van 15 februari 2019.

(1810) Rb. Antwerpen (afd. Turnhout) (TB5 k.) 16 oktober 2017, *RW* 2018-19, 1556.

verkocht (jaren geleden), bewijst niet dat de verkoper een beroepsverkoper is(1811). De rechtbank van koophandel Henegouwen (afd. Bergen) kwalificeerde een kweker van katten waarvan de website vermeldde dat hij twee zelfgekweekte nesten per jaar verkocht – wat volgens het KB van 2007 een occasionele verkoper is – als een professionele verkoper in de zin van de Wet Consumentenkoop. Het betrof volgens de rechtbank een economische activiteit. Het beperkt aantal verkochte nestjes per jaar doet daaraan geen afbreuk(1812).

Verkopers proberen in de praktijk de toepassing van de consumentenkoopregeling te ontwijken door te stellen dat het ging om een privéverkoop(1813). Dit verweer wordt getoetst door na te gaan hoe de verkoper zich naar buiten heeft geprofileerd in reclame, advertenties, websites, naamkaartjes en in de correspondentie naar aanloop van de procedure(1814). Zo omschreef een verkoper zichzelf als landbouwer waardoor werd beslist dat de verkoop van een paard kaderde in een professionele activiteit van de verkoper. Hij verklaarde een orgaan te zijn van een landbouwvennootschap waarvan het maatschappelijk doel o.m. de verkoop van paarden inhield. Wanneer de koper hem vroeg om de koop te ontbinden, antwoordde hij eerst dat hij akkoord ging maar vroeg hij om uitstel vermits hij geen plaats had (wat wijst op een regelmatige uitbating van een handelszaak). De koper legde ook uittreksels voor uit internetdiscussies waar gerefereerd werd aan de paarden. De verkoper legde een stuk neer waarin een dame schrijft: *“De heer N heeft mij gedurende meer dan vijftien jaar paarden verkocht. Ik heb nog nooit problemen gehad met één van zijn paarden. Integendeel wanneer ik een kennis heb die een paard zoekt, stuur ik hem naar meneer N die zeer correct en professioneel is”*. Tenslotte was het koopcontract opgesteld op basis van een voorgedrukt formulier, op naam van de verkoper, met vermeldingen die moesten worden aangevuld en geschrapt. Het gebruik van zo’n formulier heeft maar zin in het kader van een gewoonlijke verkoop van paarden(1815).

In een zaak voor het hof van beroep te Gent baatte een echtpaar D & V samen een handelszaak uit die volgens de reclame en de inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen (KBO) actief was als trainings- en opleidingscentrum en zich ook bezighield met de verkoop van paarden. De echtgenote kocht een paard van een Nederlands paardenbedrijf dat uiteindelijk werd doorverkocht. Toen het echtpaar werd gedagvaard omdat het paard onberijdbaar bleek, beweerde de echtgenoot D. dat het paard door aankoop

(1811) Vred. Fléron 1 augustus 2017, *T.Vred.* 2019, 609.

(1812) Kh. Henegouwen (afd. Bergen) 22 maart 2018, *TBBR* 2018, (450) 451-452.

(1813) Zie hierover: N. VAN DAMME, *Wetsonthouding. Fraus legis* (Antwerpen: Intersentia 2020), 454 e.v.

(1814) Gent 2 mei 2012, *DCCR* (97) 2012, 100-116; Rb. Dinant 16 oktober 2013, *JLMB* 2014, 237.

(1815) Rb. Dinant 16 oktober 2013, *JLMB* 2014, 237.

persoonlijke eigendom was van zijn echtgenote V, met wie hij gehuwd is onder het stelsel van scheiding van goederen, zodat het paard derhalve enkel door zijn echtgenote te verkopen was, zoals zij ook heeft gedaan. De man verweerde zich door zichzelf buiten de verkoop te plaatsen en te beweren dat hij daarvoor niet aangesproken kon worden. Dit verweer werd verworpen, nu beide echtgenoten zich steeds samen naar het publiek profileerden als uitbaters van de handelszaak. Dit blijkt onbetwistbaar uit het naamkaartje van de handelszaak, alsook uit de reclame in het tijdschrift Hippo, waarin zij zich samen andermaal voorstellen als uitbaters van de handelszaak. Mevrouw V beschikt zelf niet over een KBO-inschrijvingsnummer. D. heeft echter wel een inschrijvingsnummer bij de KBO en baat de handelszaak uit. Op haar website zijn trouwens de paarden te zien die zij reeds verkocht heeft en die nog te koop zijn. De reclame was blijkbaar ook de reden waarom de koper zich tot de handelszaak wendde om een paard aan te kopen. Vanuit het standpunt van de koper kocht zij het paard aan van de handelszaak en niet van mevrouw V. Dit blijkt ten andere duidelijk uit de aangetekende brief die de koper op 2 september 2009 richtte aan de handelszaak. Ook naar de koper toe profileerde de echtgenote zich samen met haar man als uitbater van handelszaak en als verkopers van het paard. Ongeacht het (interne) statuut van de echtgenote in deze handelszaak, kan de echtgenoot D. in ieder geval als verkoper van het paard in rechte worden aangesproken(1816).

409. ONDERNEMING ALS TUSSENPERSOON IS GEEN PARTIJ BIJ OVEREENKOMST – Om als verkoper beschouwd te worden, is vereist dat men handelt in eigen naam. Is geen (professionele) verkoper: de professionele verkoper die handelt als lasthebber van een niet-professionele verkoper. Wanneer een onderneming slechts de rol van tussenpersoon vervult door een advertentie op de website te plaatsen om zo verkoper en koper in contact te brengen, is zij geen contractpartij bij de koopovereenkomst. De koopovereenkomst *in casu* gesloten tussen twee particulieren is dan ook niet onderworpen aan de regels van de consumentenkoop(1817).

410. TUSSENPERSOON MOET TEGENPARTIJ INFORMEREN OVER HOEDANIGHEID ALS TUSSENPERSOON EN IDENTITEIT EN HOEDANIGHEID VERKOPER (PROFESSIONEEL OF CONSUMENT) – HvJ WATHELET – In de praktijk probeert men soms aan de dwingende regels van de consumentenkoop te ontsnappen door als verkoper een tussenpersoon in te schakelen bij de verkoop(1818). Deze problematiek doet zich in binnen- en buitenland veelvuldig voor bij de verkoop van tweedehandswagens. Een consument meent een tweedehandswagen te kopen bij een garage of een autoverkoper. Wanneer een niet-conformiteit opduikt bij de verkochte tweedehandswagen, beweert de garage of de autoverkoper evenwel

(1816) Gent 2 mei 2012, *DCCR* 2012 (97), (100) 106-107.

(1817) Luik (3de k. B) 18 december 2017, *DAOR* 2018, 89.

(1818) N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis* (Antwerpen: Intersentia 2020), 454.

enkel te handelen als rechtstreekse vertegenwoordiger van een consument, zodat het een *c2c* en geen *b2c verkoop* zou betreffen.

Het arrest Wathelet van het Hof van Justitie illustreert dit. Mevrouw Wathelet kocht in juni 2012 als consument een tweedehandswagen van de garage Bietheres. Zij betaalde het bedrag van 4.000 EUR dat overeenkwam met de verkoopprijs van dat voertuig aan de garage. Die bezorgde geen ontvangstbewijs, geen bewijs van betaling noch een verkoopfactuur aan Wathelet. De garage liet het voertuig op eigen kosten technisch keuren. Zij verzocht de Belgische dienst om inschrijving van het voertuig en Wathelet betaalde hiervoor de kosten. In juli 2012 bood Wathelet, die nog steeds geen factuur had ontvangen, het defect geraakte voertuig voor herstel aan bij de garage. Toen Wathelet haar voertuig wenste op te halen, werd haar een herstellingsfactuur van 2.000 EUR voorgelegd. Zij weigerde evenwel te betalen omdat die kosten moesten worden gedragen door de garage. Wathelet werd op dat moment op de hoogte gebracht van het feit dat haar voertuig nooit had toebehoord aan de garage Bietheres, die het voertuig niet voor eigen rekening, maar voor rekening van mevrouw Donckels had verkocht, die zelf een gewone particulier was. De garage Bietheres zou maar als tussenpersoon zijn opgetreden. De eigenares Donckels ontving niet het volledige bedrag van de verkoopprijs vermits de garage Bietheres 800 EUR inhield voor herstellingen om het voertuig voor verkoop aan te bieden. De garage heeft Wathelet in december 2012 gedagvaard ter betaling van de herstellingsfactuur van 2.000 EUR vermeerderd met de interesten(1819). In beroep stelde het hof van beroep te Luik een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU(1820). Het Hof oordeelde dat het begrip ‘verkoper’ in de Richtlijn Consumentenkoop autonoom moet worden uitgelegd in de zin dat het ook de handelaar omvat die een tussenpersoon is voor een particulier en die de consument niet naar behoren op de hoogte heeft gebracht van het feit dat de eigenaar van het verkochte consumptiegoed een particulier is, wat de verwijzende rechter moet nagaan, rekening houdend met alle omstandigheden van het concrete geval. Voor deze uitlegging maakt het geen verschil of de tussenpersoon al dan niet voor zijn bemiddeling werd vergoed(1821).

Het antwoord van het Hof sluit enigszins aan bij het Belgische vertegenwoordigingsrecht. Naar Belgisch recht vereist de vertrouwensleer immers dat de lasthebber die binnen en op grond van zijn mandaat optreedt aan de tegenpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend kenbaar maakt dat hij niet in eigen naam, maar in naam en voor rekening van een welbepaalde lastgever handelt. Doet

(1819) Rb. Verviers 6 maart 2014, AR 12/1414/A, niet-gepubliceerd.

(1820) Luik 16 maart 2015, AR 2014/RG/624, *TBH* 2015, 926.

(1821) HvJ 9 november 2016, C-149/15, ECLI:EU:C:2016:840, *Sabrina Wathelet t. Garage Bietheres & Fils SPRL*. ZIE ook: O. LENAERTS, “Hof van Justitie zet begrip ‘verkoper’ onder druk”, *De Juristenkrant* 2017 (348), 5. Zie ook Luik 16 maart 2015, 2014/RG/624, *TBH* 2015 (9), 926, juportal.be en Luik 17 maart 2015, 2014/RG/663, *TBH* 2015 (9), 926, juportal.be.

de lasthebber dit niet, dan is hij in principe persoonlijk gebonden. Voor het consumentenkooprecht voegt het arrest *Wathelet* hieraan een bijkomende voorwaarde toe. Het is noodzakelijk dat de consument op de hoogte is van de hoedanigheid van de verkoper en met name weet of hij een particulier dan wel een handelaar is opdat de consument de hem door de Richtlijn geboden bescherming kan genieten(1822).

411. VALSE TUSSENPERSOON TE DOORPRIKKEN DOOR VEREISTE VAN BEWIJS VAN HOEDANIGHEID TUSSENPERSOON? – Soms volstaat de vereiste van de kennisgeving van de identiteit en de hoedanigheid als tussenpersoon niet. In onderstaande feitenconstellatie beroept men zich eigenlijk op een hoedanigheid van een niet-bestaande relatie met een tussenpersoon, maar wordt deze hoedanigheid als tussenpersoon van de (vorige) eigenaars van de verkochte tweedehands-wagen niet afdoende bewezen(1823).

Op Auto Zone bood de bvba Carsonline via internet een wagen aan voor de prijs van 11.995 EUR met een garantie voor één jaar en de verzekering dat de tweedehandsauto maar één eigenaar had gehad. Bij bezichtiging werden een aantal krassen vastgesteld in het koetswerk. Hierop werd aan de kandidaat-kopers voorgesteld om deze te herstellen mits betaling van een voorschot dat gestort werd op de rekening van Carsonline. Wanneer de auto afgehaald werd, werd duidelijk gemaakt dat de garantie voor één jaar niet voorhanden was en dat de auto meer dan één eigenaar had gehad. Ook werd vastgesteld dat de auto niet werd verkocht in eigen naam maar in naam van de heer Peeters. De kopers die al een voorschot hadden betaald, voelden zich gedwongen om het saldo van de prijs te betalen en om de factuur te tekenen die opgemaakt werd in naam van Peeters. Een abnormale rookontwikkeling ontwikkelde zich na amper 50 km rijden ~~te rijden~~ met de auto. Hierop werd Carsonline aangesproken als professionele verkoper doch de ingebrekestellingen bleven onbeantwoord. Peeters reageerde onmiddellijk op een ingebrekestelling dat hij de koper niet kende. Hij verklaarde wel dat hij zijn auto had geruild voor een andere auto van Carsonline samen met een surplus. Als bewijsstuk legde Carsonline een factuur voor van de verkoop, maar deze factuur was niet ondertekend door Peeters. Verder legden zij een factuur voor van de ‘keuring voor klant’. Deze factuur voor de tenlastelegging van de kosten van de technische keuring van de verkochte auto is weliswaar niet strijdig met de verklaring van Peeters dat hij zijn auto verkocht en in ruil een andere wagen kreeg. Het hof van beroep te Luik besloot uit een geheel van gewichtige en

(1822) B. TILLEMANS, “Koop – overzicht rechtspraak 2014-2017” in *Themis 102 – Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2017), (1) 37 nr. 70; B. DEVOLDER, “Tussenpersonen bij consumentenverkoop – vertrouwen op schijn van professionele hoedanigheid bij C2C transacties”, *DCCR* 2017 (114), 3.

(1823) S. JANSEN, “De garage als tussenpersoon bij de verkoop van tweedehandswagens aan consumenten” (noot onder Luik 15 maart 2015), *DCCR* 2016 (112), (46) 50, nr. 8; Y. NINANE, “La notion de “vendeur” au sens de l’article 1649bis du Code Civil: le cas du professionnel agissant comme intermédiaire” (noot onder Luik 15 maart 2015), *For.ass.* 2015, (195) 197.

overeenstemmende precieze en concordante feiten dat een mechanisme werd opgezet om te ontsnappen aan de wettelijke garantie van de consumentenkoop. Daarom paste het hof de Wet Consumentenkoop toe. Het hof lijkt impliciet toepassing te maken van wetsontduiking. In feite trad de bvba op als verkoper en niet als tussenpersoon(1824). Door een consument tussen hem en de consument-koper te plaatsen, tracht een professionele verkoper te ontsnappen aan die verplichtingen opgelegd door de Wet Consumentenkoop.

Naar de toekomst wordt dit verbod op wetsontduiking door tussenplaatsing van een tussenpersoon wettelijk geëxpliciteerd(1825). Artikel 2 Richtlijn Consumentenkoop 2019 bepaalt immers dat onder ‘verkoper’ moet worden verstaan: *“iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon, ongeacht of deze privaaf of publiek is, die met betrekking tot onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt, mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit”*.

§ 3. CONSUMENT

a. Algemeen

412. UITSLUITING VAN RECHTSPERSONEN (ORGANISATIECRITERIUM) – Rechtspersonen zijn geen consumenten in de zin van artikel 1649*bis*, § 2, 1^o oud BW. Zij worden geacht voldoende georganiseerd te zijn, zodat een bijkomende bescherming als consument in beginsel overbodig is. Die organisatie wijst op de kennisvoorsprong in vergelijking met de consument/natuurlijke persoon, waardoor een bescherming wegens kennisachterstand (informatie-asymmetrie) niet aan de orde is.

Het Hof van Justitie van de EU heeft in verband met de richtlijn over onrechtmatige bedingen (die een gelijkaardige definitie van consument hanteert) in een antwoord op een prejudiciële vraag geoordeeld dat *“een ander dan een natuurlijk persoon, die een overeenkomst sluit met een verkoper, niet als consument in de zin van deze bepaling kan worden aangemerkt”*(1826). Een uitbreiding door een nationale omzettingwet van de notie consument tot rechtspersonen

(1824) Luik 17 maart 2015, *For.ass.* 2015, 193, noot Y. NINANE = *DDCR* 2016 (112), 46, noot S. JANSEN. Zie ook B. DEVOLDER, “Tussenpersonen bij consumentenverkoop – vertrouwen op schijn van professionele hoedanigheid bij C2C transacties”, *DCCR* 2017 (114), (3) 21.

(1825) Zie over wetsontduiking verder: N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis* (Antwerpen: Intersentia 2020).

(1826) HvJ 22 november 2001, C-541/99 en C-542/99, *ECLI:EU:C:2001:625 Idéalservice*. Voor een bespreking, zie L. BERNARDEAU, “La notion de consommateur en droit communautaire (à la suite de l’arrêt de la C.J.C.E. du 22 novembre 2001 *Idéalservice*, C-541/99 et C-542/99)”, *REDC* 2001, 341.

zou wellicht niet richtlijnconform zijn(1827). De Richtlijn Consumentenkoop 2019 daarentegen laat de lidstaten wel toe om het toepassingsgebied uit te breiden tot (bepaalde) rechtspersonen(1828). Rechtspersonen kunnen zich dus in principe niet beroepen op de bescherming vervat in de consumentenkoop, tenzij partijen de regels over consumentenkoop toepasselijk hebben verklaard op hun overeenkomst. Een conventionele uitbreiding van de consumentenkoop is mogelijk(1829).

Het hof van beroep te Antwerpen hervormde ten onrechte een uitspraak die de bescherming van de consumentenkoop had afgewezen tegen een vzw-sportclub die volleybalwedstrijden organiseerde voor liefhebbers omdat de vzw als rechtspersoon niet kan genieten van de bescherming van de consumentenkoop. Vermits de sportclub de sportkledij niet had aangekocht in het kader van een economische activiteit, kwalificeerde het hof de koper als een consument. Vreemd genoeg refereert het hof voor de definitie van consument voor de consumentenkoop aan artikel 1,7° WHPC. In de mate dat de wet consumentenkoop uitdrukkelijk rechtspersonen uitsluit, is het niet-economische bestemmingscriterium echter irrelevant(1830). De annotator stelt terecht dat deze rechtspraak niet gevolgd kan worden. Het hof wou de sportclub duidelijk consumentenrechtelijk beschermen, maar de toepasselijke consumentenkoopregeling laat dit niet toe. De Wet Consumentenkoop verwijst enkel naar natuurlijke personen(1831). Rechtspersonen blijven in principe aangewezen op het gemeen kooprecht.

413. GEEN HANDELS-, BEDRIJFS-, AMBACHTS- OF BEROEPSACTIVITEIT (BESTEMMINGSCRITE-RIUM) – De consument is iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die geen verband houden met zijn beroepsactiviteit of zijn

(1827). M. HIGNY, “La notion de consommateur et l’usage mixte en matière de vente de biens de consommation” (noot onder Kh. Hasselt 21 november 2007), *DCCR* 2009 (83), (158) 162.

(1828) De Richtlijn Consumentenkoop 2019 verduidelijkt dit in overweging 21: “*Het moet de lidstaten bijvoorbeeld vrij staan de door deze richtlijn aan consumenten geboden bescherming ook uit te breiden naar natuurlijke of rechtspersonen die geen consument zijn in de zin van deze richtlijn, zoals niet-gouvernementele organisaties, start-ups of kmo’s*”.

(1829) Gent (13de k.) 7 mei 2014, *DAOR* 2014 (2), 140; R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1804 nr. 505.

(1830) Antwerpen 2 januari 2017, *NJW* 2017, (657) 657, noot S. GEIREGAT; anders: Antwerpen 30 juni 2009, *NJW* 2010, 504, noot R. STEENNOT.

(1831) S. GEIREGAT, “vzw als consument?” (noot onder Antwerpen 2 januari 2017), *NJW* 2017, (657) 657.

commerciële activiteit(1832). Het voornaamste criterium om de hoedanigheid van consument te beoordelen bevindt zich zo in de doelstelling van de handeling die de koper heeft verricht. Deze moet strekken tot familiale of persoonlijke behoeften. Voor een aankoop in het kader van een economische activiteit kan de koper niet beschouwd worden als consument(1833). Hierbij hanteert men het bestemmingscriterium(1834) (= hoedanigheid van de koper) en niet het specialisatiecriterium (= kijken of de koper eventuele expertise of kennis heeft).

Het loutere feit dat een koper actief is in de zakenwereld en niet zomaar kan voorhouden dat hij een onwetende consument is, volstaat niet om de kwalificatie van consument te weigeren. Ook het feit dat de koper contacten heeft gezocht om handel te drijven met een onderneming in China volstaat op zich niet om de hoedanigheid van consument uit te sluiten wanneer niet blijkt dat de aankoop van het bewuste voertuig kadert in een ondernemingsactiviteit van de koper (= bestemmingscriterium)(1835). Eveneens was het loutere feit dat een koper veelvuldig veilingzalen bezocht en hier regelmatig kocht niet voldoende om te bewijzen dat hij een professioneel is. Dit bewijst immers niet dat hij een professioneel is en handelsdoeleinden nastreeft. De expertise van een (kunst)koper speelt inderdaad geen rol als niet bewezen is dat de koper handelt in het kader van een beroepsactiviteit (aan- en verkoop van kunst, aankoop van de inrichting van een bedrijfsruimte)(1836).

Het feit dat een consument is ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen (KBO) volstaat op zichzelf niet als bewijs dat de consument het goed heeft verkregen in het kader van zijn beroepsactiviteit. In een geschil voor het hof van beroep te Bergen was de factuur trouwens opgemaakt op naam van de natuurlijke persoon zonder vermelding van zijn

(1832) Deze definitie uit de richtlijn leunt aan bij de klassieke invulling van de notie consument. Zij vormt een afzwakking van een meer vooruitstrevende invulling van de notie consument: “*elke natuurlijke persoon die in de door deze richtlijn bestreken overeenkomsten met een oogmerk handelt dat met zijn beroep of bedrijf geen rechtstreeks verband houdt*” (S. BEYAERT, “Consumentenkoop”, in I. CLAEYS (ed.), *Contractenrecht in beweging* (Mechelen: Kluwer 2004), (35) 40 nr. 48), zoals aanvankelijk beoogd. Deze afzwakking was ingegeven door de noodzaak een uniform consumentenbegrip te hanteren en ook om de inpassing van de wetgeving inzake consumentkoop in de bestaande consumentenwetgeving te faciliteren (D. STAUDENMEYER, “The directive on the sale of consumer goods and associated guarantees – a milestone in the European consumer and private law”, *European Review of private law* 2000, (547) 549).

(1833) Luik 10 oktober 2013, ECLI:BE:CALIE:2013:ARR.20131010.8, juportal.be.

(1834) M. HIGNY, “La notion de consommateur et l’usage mixte en matière de vente de biens de consommation” (noot onder Kh. Hasselt 21 november 2007), *DCCR* 2009 (83), (158) 162; I. SAMOY, “Het toepassingsdomein van de verschillende koopregelingen in kaart gebracht (gemeenrechtelijke koop, consumentenkoop en internationale koop), met bijzonder aandacht voor gemengd gebruik en gemengde overeenkomsten”, *TBBR* 2009, (71) 75-76 nr. 18-19.

(1835) Orb. Gent (afd. Kortrijk) (9de k.) 24 oktober 2019, *DCCR* 2020 (127), (129) 130.

(1836) Rb. Brussel 2 januari 2012, *DAOR* 2012, 195-205, noot B. DEMARSIN = *DCCR* 2012 (96), 137, noot M.-P. NOËL = *JT* 2012, 332-334, noot E. CRUYSMANS.

KBO-nummer. Bovendien was niet aangeduid dat het goed verkocht werd voor beroepsdoeleinden en de koopprijs vermeerderd werd met btw (die de koper als btw-plichtige had kunnen aftrekken)(1837).

414. BESTEMMING VAN GOEDEREN BEOORDEELD OP OGENBLIK VAN AANKOOP – Het toepasselijke koopregime wordt bepaald op ogenblik van de aankoop. In principe heeft de wijziging van privé naar professioneel gebruik van het gekochte goed dus geen impact op het toepasselijke koopregime(1838). Evenmin zal er een regimewijziging zijn (gemeen kooprecht naar consumentenkoop) wanneer een goed van professioneel gebruik naar privégebruik wijzigt. Inzake het langdurig gebruik van diensten oordeelde het Hof van Justitie van de EU in het arrest Schrems dat rekening moet gehouden worden met het latere verloop van het gebruik dat van die diensten wordt gemaakt(1839). Dit impliceert volgens het Hof dat een persoon die dergelijke diensten gebruikt, zich enkel op de hoedanigheid van consument kan beroepen indien het in wezen niet-beroepsmatig gebruik ervan, waarvoor hij de overeenkomst initieel heeft gesloten, naderhand geen in wezen beroepsmatig karakter heeft verkregen(1840).

415. AMBTSHALVE ONDERZOEK HOEDANIGHEID KOPER-CONSUMENT – FROUKJE FABER HvJ – De vraag of de rechter de consumentenkoopregels ambtshalve moet opwerpen is een delicaat vraagstuk waarover rechtspraak zich recentelijk regelmatig heeft uitgesproken en is een punt waarop ons recht volop in beweging is.

Naar Belgisch recht geldt als principe dat de rechter bij een procedure op tegenspraak de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten ter staving van hun eis of verweer moet onderzoeken, ongeacht de benaming en de door de partijen aangebrachte rechtsgronden. De rechter *moet* die rechtsgronden ambtshalve aanvullen of verbeteren. Hij heeft de plicht om de juiste rechtsregels toe te passen op de feiten die partijen regelmatig aan zijn oordeel hebben voorgelegd(1841). Dit houdt niet in dat de rechter gehouden is alle in het licht van de vaststaande feiten van het geschil mogelijke, maar niet-aangevoerde rechtsgronden op hun toepasselijkheid te onderzoeken, maar enkel dat hij, mits eerbiediging van het recht van verdediging, de toepasse-

(1837) Bergen 10 september 2015, *TBBR* 2016, 462, noot C. VERDURE.

(1838) R. STEENNOT, “Het vereiste van (de afwezigheid van) een beroepsactiviteit bij de kwalificatie van verkoper en consument” (noot onder Vred. Fléron 1 augustus 2017), *T.Vred.* 2019, (612) 614.

(1839) HvJ 25 januari 2018, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37, *Maximilian Schrem t. Facebook Ireland Limited*, punt 37; S. BENNIS, “De consument van sociale netwerken en grensoverschrijdende collectieve consumentenvorderingen”, *DCCR* 2019 (124), 95.

(1840) HvJ 25 januari 2018, C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37, *Maximilian Schrem t. Facebook Ireland Limited*, punt 38.

(1841) Dit onderscheid is geïnspireerd op art. 7 Nouveau Code de Procédure. J. VAN DONINCK, “Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden: een tour d’horizon”, in *Liber Amicorum Johan Erauw* (Antwerpen: Intersentia 2014), (229) 232, nr. 6. Antwerpen (B7M k.) 30 juni 2020, *TBO* 2020, 377-379 = *RABG* 2020, 1252.

lijkheid moet onderzoeken van de niet-aangevoerde rechtsgronden die zich door de feiten zoals zij in het bijzonder worden aangevoerd, onmiskenbaar aan hem opdringen(1842). Voorwaarde is wel dat i) hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten ii) dat hij enkel steunt op (feitelijke) elementen die hem regelmatig zijn overgelegd; iii), dat hij niet het voorwerp van de vordering wijzigt; en (iv) dat hij daarbij het recht van verdediging van de partijen eerbiedigt(1843). Naast de feiten ter staving van de eis, vermelden partijen ook incidenteel of onbewust feiten. Op basis van deze feiten *mag* de rechter ook ambtshalve de rechtsgronden aanvullen of verbeteren.

Bij een verstekprocedure is de rol van de “meedenkende” rechter echter beperkter(1844). Bij een verstekprocedure willicht de rechter de vorderingen of verweermiddelen van de verschijnende partij in, behalve in zoverre de rechtspleging die vorderingen of middelen strijdig zijn met de openbare orde kennelijk of met inbegrip van de rechtsregels de rechtsregel die de rechter krachtens de wet ambtshalve kan toe passen (art. 806 Ger.W.). De inwilliging van een kennelijk ongegronde vordering of een kennelijk ongegronde verweer wordt daarbij volgens het Hof van Cassatie strijdig bevonden met de openbare orde(1845).

Vanuit Europees perspectief is de procedurele autonomie van de lidstaten het uitgangspunt, maar deze autonomie is niet onbegrensd. In beginsel moeten de nationale rechter de door partijen tot staving van hun aanspraken aangevoerde feiten juridische kwalificeren volgens de interne procedureregels(1846). De procedurele autonomie mag weliswaar de uitoefening van de door het Unierecht gecreëerde rechten niet onmogelijk maken. Voor de toepassing van de regels van de consumentenkoop in uitvoering van EU richtlijnen geldt hierdoor een ruimere verplichting voor de rechter om de regels van de consumentenbescherming op grond van het effectiviteitsbeginsel. Het door de richtlijn consumentenkoop uitgewerkte beschermingsstelsel berust op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt. Hij beschikt over minder informatie dan de verkoper. Er bestaat dan ook een niet te verwaarlozen gevaar dat de consument uit onwetendheid geen beroep zal doen op de rechtsregel die beogen hem te beschermen(1847). Op grond van het effectiviteitsbeginsel en

(1842) Cass. 14 december 2012, ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20121214.4, *JLMB* 2013 (25), 1305, noot J. VAN DROOGHENBROECK.

(1843) Cass. (1ste k.) 28 juni 2018, ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180628.9, *RW* 2018-19, 1260.

(1844) P. THIRIAR, “De plicht van de rechter om het juiste recht toe te passen” (noot onder Cass. 14 september 2017), *RABG* 2018, 1034.

(1845) Cass. 13 december 2016, ECLI:BE:CASS:2016:CONC.20161213.1, *RABG* 2017, 447, met noot E. BREWAEYS.

(1846) HvJ 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, punt 38.

(1847) *Ibidem*, punt 42

niettegenstaande strijdige bepalingen van nationaal recht vereist het Hof van Justitie van de EU een aantal bepalingen van richtlijnen van de Unie inzake consumentenbescherming ambtshalve toepast. In het arrest *Froukje Faber* heeft het Hof van Justitie van de EU in een antwoord op een prejudiciële vraag gesteld dat dit ook geldt voor de richtlijn consumentenkoop(1848).

De feiten waren als volgt. Op 28 mei 2008 kocht Faber een gebruikte auto van het Autobedrijf Hazet. De koopovereenkomst is vastgelegd in een voorgedrukt formulier met het briefhoofd van dat autobedrijf dat de titel “Koopovereenkomst particulier” draagt. Op 26 september 2008 vliegt het betrokken voertuig tijdens een rit in brand. De koper dagvaardt de verkoper wegens niet-conformiteit. Zij heeft niet gesteld dat zij dat voertuig als consument heeft gekocht. De rechter oordeelde dat het in het midden kon blijven of de koper als consument heeft gehandeld. Haar vordering wordt verworpen en zij gaat hiertegen in beroep. Zij betwist in haar beroep niet dat het in het midden kon blijven of de overeenkomst tussen partijen een consumentenkoop kon blijven. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden stelde echter aan het Hof van Justitie van de EU de vraag of de nationale rechter op grond van het effectiviteitsbeginsel verplicht is om ambtshalve te onderzoeken of de koper bij een overeenkomst een consument in de zin van artikel 1, tweede lid, sub a van Richtlijn Consumentenkoop 1999 is. Het Hof beantwoordde deze vraag positief. Procedureregels die een rechter, die uitspraak moeten doen over een garantieverzoek op grond van een koopovereenkomst, verbieden om op basis van de gegevens, feitelijk en rechtens, waarover zij beschikken of op eenvoudig verzoek om verduidelijkingen kunnen beschikken, de betrokken contractuele verhouding als een consumentenkoop aan te merken wanneer de consument zich niet uitdrukkelijk op die hoedanigheid heeft beroepen, zouden betekenen dat de consument wordt verplicht om zijn situatie zelf volledig juridisch te kwalificeren, omdat hij anders de rechten verliest die de wetgever van de Unie hem bij Richtlijn Consumentenkoop 1999 wou toekennen. Op een gebied waarop de procedureregels in veel lidstaten particulariseren toestaan om zichzelf voor de rechter te vertegenwoordigen, bestaat er een niet te verwaarlozen gevaar dat de consument met name uit onwetendheid niet in staat is om aan die strenge eisen te voldoen(1849). Hieraan moet worden toegevoegd dat het voor die conclusie geen verschil uitmaakt of de consument wordt bijgestaan door een advocaat, aangezien de uitlegging van het Unierecht en de draagwijdte van het effectiviteitsbeginsel losstaan van de concrete omstandigheden van iedere zaak(1850). Het Hof van Justitie van de EU besloot dan ook dat de nationale rechter bij wie een geding aanhangig is over een overeenkomst die binnen de werkingssfeer van die Richtlijn kan

(1848) HvJ 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, DCCR 2016 (110), 30-49, noot S. VANDEMAELE = TBH 2016, 348, noot L. TRAEST.

(1849) Ibidem, punt 44

(1850) Ibidem, punt 47 met verwijzing naar arrest HvJ 4 oktober 2007, C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, *Rampion en Godard*, punt 65.

vallen, wanneer hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt of daarover op eenvoudig verzoek om verduidelijkingen kan beschikken, verplicht is om na te gaan of de koper als consument in de zin van de Richtlijn kan worden aangemerkt, ook al heeft de koper zich niet op die hoedanigheid beroepen(1851). Feitenrechtspraak past deze rechtspraak ondertussen gewillig toe(1852).

b. Aankopen voor gemengd gebruik

416. KWALIFICATIE ALS CONSUMENT: GOEDEREN HOOFDZAKELIJK AANGEKOCHT VOOR PRIVÉDOELEINDEN (*ACCESSORIUM SEQUITUR PRINCIPALE*) – Aankopen voor gemengd gebruik (deels professioneel, deels privé) vallen niet steeds buiten het toepassingsgebied van de consumentenbescherming. De koper moet het goed voornamelijk gebruiken voor privédoeleinden(1853). Om dit te bepalen wordt toepassing gemaakt van de regel *accessorium sequitur principale*(1854). Hieruit volgt dat het niet vereist is dat de koper handelt met doeleinden die ieder beroepskarakter uitsluiten. Het Hof van Cassatie oordeelde dat bij gemengde overeenkomsten de koper als consument kan beschouwd worden wanneer het handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst(1855).

Ook wanneer een koper een elektrische fiets koopt voor woon-werkverplaatsingen is dit geen beroepsmatig gebruik, en sluit de kwalificatie als consument dus niet uit(1856).

In het arrest Costea oordeelde het Hof van Justitie van de EU (over de oneerlijke bedingenleer in de Richtlijn 93/13/EEG) dat een natuurlijke persoon die het beroep van advocaat uitoefent en met een bank een kredietovereenkomst sluit waarin het doel van de lening niet vermeld is, als een consument in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen kan aangemerkt worden zo die overeenkomst geen verband houdt met de beroepsactiviteit van de advocaat. Het feit dat de uit die overeenkomst voortvloeiende schuldvordering gedekt is door een door die persoon als vertegenwoordiger van zijn advocatenkantoor verstrekte hypothecaire waarborg met als onderpand goederen die bestemd

(1851) Ibidem, punt 48

(1852) Bijvoorbeeld Antwerpen (B7M k.) 30 juni 2020, *TBO* 2020, 377 = *RABG* 2020, 1252.

(1853) Antwerpen 30 juni 2009, *NJW* 2010, 504, noot R. STEENNOT.

(1854) Gent 19 oktober 2012, *NJW* 2014, 32, noot R. STEENNOT.

(1855) Cass. 9 maart 2018, ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180309.2, *Pas* 2018, (576) 577. S. VANVREKOM, “La notion de consommateur dans le régime de la garantie des biens de consommation”, *Les pages* 2018 (32), 2. Dit criterium is ook terug te vinden in overweging 17 van de Richtlijn Consumentenrechten, zie B. TILLEMANS en G. VELGHE, “Recente ontwikkelingen in het kooprecht (2008-2011)”, *Themis* 67 – *Bijzondere overeenkomsten*, (Brugge: die Keure 2011), (47) 62.

(1856) Rb. Antwerpen (afd. Turnhout) (TB5 k.) 28 november 2019, *RW* 2017-18, (1396) 1397.

zijn voor de uitoefening van de beroepsactiviteit van die persoon is *in casu* niet relevant(1857).

Aangaande een aankoop van een kat voor de kweek door iemand die zelf-gekteekte katjes verkoopt, besloot de rechtbank te Bergen dat dit zich uitsluitend in het kader van een economische activiteit voordoet en de koper geen consument is. Het feit dat de koper slechts een beperkt aantal jaarlijkse nestjes heeft, doet hieraan geen afbreuk(1858). Het hof van beroep te Gent oordeelde dan weer dat een optieker die een voertuig koopt een consument is wanneer het voertuig hoofdzakelijk gebruikt wordt voor privédoeleinden. Of de optieker de aankoop en het gebruik van het voertuig (gedeeltelijk) zou afgetrokken hebben van zijn beroepsinkomsten is niet van belang, nu een gemengd gebruik met beperkt gebruik voor beroepsdoeleinden ook onder toepassing van de consumentenkoopregeling valt. De vermelding op de factuur “Wagen bestemd voor de voortverkoop” is van geen belang nu blijkt dat de optieker zelf met de wagen heeft gereden totdat de motor blokkeerde(1859).

§ 4. CONSUMPTIEGOED

417. ALLE LICHAMELIJKE ROERENDE GOEDEREN – Consumptiegoederen zijn alle lichamelijke roerende goederen (inclusief dieren(1860) zoals honden(1861),

(1857) HvJ 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, *Horatiu Ovidiu Costea t. SC Volksbank Romania SA*, punt 31.

(1858) Kh. Henegouwen (afd. Bergen) 22 maart 2018, *TBBR* 2018, (450) 451-452.

(1859) Gent 12 december 2011, *NJW* 2012, (602) 603, noot R. STEENNOT.

(1860) Verslag namens de Commissie voor het Bedrijfsleven, het Wetenschapsbeleid, het Onderwijs, de nationale wetenschappelijke en culturele instellingen, de middenstand en de landbouw, *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 982/4, 5; Bergen 15 december 2010, *DCCR* 2012 (97), 117-126, noot S. MARYSSE (hond); Gent 2 mei 2012, *DCCR* 2012 (97), 100 (hond); Kh. Turnhout 6 juni 2011 *RABG* 2013, 660, noot (hond); Rb. Dinant 16 oktober 2013, *JLMB* 2014, 237 (paard); Kh. Turnhout 5 juni 2014, *NJW* 2014, 950 (hond); Vred. Geel 18 maart 2014, *De Juristenkrant* 2014 (287), 4 (weergave A. GODFROID) (kat); Vred. Hoogstraten 14 februari 2012, *De Juristenkrant* 2012 (251), 1 en 4 (weergave A. GODFROID); Cass. 18 juni 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR:20200618.1N.30, *NJW* 2020, 831, noot F. VAN DEN ABBELE (hond). R. STEENNOT, “Wettelijke garantie voor ‘gebrekkige’ honden en katten”, in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen* (Antwerpen: Intersentia 2017), (555) 555; K. BEELEN, “Koopvernietiging in het hippisch recht”, *T.Agr.R.* 2018, (118) 120-121. (1861) Bergen (21ste k.) 15 december 2010, *DCCR* 2012 (97), 117, noot S. MARYSSE; Kh. Turnhout 6 juni 2011, *RABG* 2013 (10), 660, noot A. GODFROID; Vred. Hoogstraten 14 februari 2012, *De Juristenkrant* 2012 (251), 1 en 4 (weergave A. GODFROID); Antwerpen 21 mei 2012, *NJW* 2013, 122, noot R. STEENNOT; Antwerpen (4de k.) 29 april 2013, *RW* 2014-15, 1067.

katten(1862) en paarden(1863), zie art. 1649*bis* §2, 3° oud BW(1864)). De toepasselijkheid op dieren impliceert dat de wet van 25 augustus 1885 die de wetgeving op koopvernietigende gebreken herziет (en daarbij de verborgen gebreken limitatief bepaalt, in een bijzonder korte vorderingstermijn voorziet en *de actio quanti minoris* uitsluit), buiten werking wordt gesteld in b2c-transacties(1865). Dit sluit ook de bijzondere (niet-exclusieve) bevoegdheid van de vrederechter tot kennisneming van de vordering tot koopvernietiging en de vordering van nietigverklaring op grond van een gebrek van het goed bij verkoop of ruiling van dieren uit (art. 591,15 Ger.W.). De bijzondere bevoegdheid heeft ook betrekking op de wet van 1885. Zij geldt dus niet voor huisdieren die niet tot de landbouwsfeer maar als consumptiegoederen moeten beschouwd worden waarvoor artikelen 1649*bis* tot 1649*octies* oud BW gelden(1866).

Het maakt niet uit of het een nieuw goed is dan wel een tweedehands-goed(1867). Wel is voor tweedehandsgoederen in een kortere garantietermijn van één jaar voorzien. Roerende goederen die naderhand onroerend worden door bestemming of incorporatie vallen ook onder de bescherming van de Wet Consumentenkoop(1868). Het ogenblik om het roerend karakter te beoordelen is dat van de aankoop. Schuldvorderingen en intellectuele eigendomsrechten zijn op grond van het onlichamelijk karakter uitgesloten van het toepassingsgebied van de wet consumentenkoop.

De Richtlijn Consumentenkoop 2019 is in elk geval van toepassing op alle roerende lichamelijke zaken waarin digitale inhoud of digitale diensten zijn verwerkt of die daarmee onderling verbonden zijn, op zodanige wijze dat het ontbreken van die digitale inhoud of die digitale dienst ertoe zou leiden dat de goederen hun functies niet kunnen vervullen (“goederen met digitale

(1862) Vred. Geel 18 maart 2014, niet-gepubliceerd, geciteerd in A. GODFROID, “Consumenten laten rechten te weinig gelden bij aankoop van een dier”, *De Juristenkrant* 2014 (287), (4) 5.

(1863) Rb. Dinant 16 oktober 2013, *JLMB* 2014, 237; GwH 13 februari 2014, nr. 28/2014, overweging B.6.3, geciteerd in A. GODFROID, “Consumenten laten rechten te weinig gelden bij aankoop van een dier”, *De Juristenkrant* 2014 (287), (4) 5.

(1864) Alle roerende goederen zijn consumptiegoederen behalve (i) goederen die in uitvoering van een beslag of anderszins gerechtelijk zijn verkocht, (ii) water en gas die niet markt-klaar zijn gemaakt in een bepaald volume of in een bepaalde hoeveelheid, (iii) elektriciteit (art. 1649*bis* §2, 3°).

(1865) F. PINTÉ en F. MOURLON-BEERNAERT, “La vente d’animaux” in *Manuel de la vente* (Mechelen: Kluwer 2010), 627 nrs. 1366-1367. Zie trouwens een cassatiearrest dat een hobby-fokker niet als een professionele verkoper kwalificeert in de zin van de wet consumentenkoop (Cass. 21 januari 2010, ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100121.3, *Arr. Cass.* 2010, 221-225 = *RW* 2011-12, 784, noot S. MARYSSE).

(1866) Arrondrb. Antwerpen 13 maart 2018, *RW* 2018-2019, 277.

(1867) Zie o.m. Gent 12 december 2011, *NJW* 2012, 602, noot R. STEENNOT.

(1868) Bv. Antwerpen (B7M k.) 30 juni 2020, *TBO* 2020, 377-379 = *RABG* 2020, 1252; Kh. Bergen 23 november 2010, *TBBR* 2013 (2), (112) 114; C. CAUFFMAN, “De nieuwe wet op de consumentenkoop”, *TPR* 2005, (787) 798 nr. 23; R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1807 nr. 510.

elementen”)(1869). De Richtlijn is niet van toepassing op materiële gegevensdragers die uitsluitend als drager van digitale inhoud dienen of goederen die executoriaal of anderszins gerechtelijk zijn verkocht (art. 3.4). De Richtlijn is niet van toepassing op overeenkomsten voor het leveren van digitale inhoud of digitale diensten (zie hiervoor de nieuwe Richtlijn Digitale Inhoud), maar wel op digitale inhoud of digitale diensten die zijn verwerkt in of onderling verbonden met goederen en die worden meegeleverd met de goederen op grond van een koopovereenkomst, ongeacht of die digitale inhoud of de digitale dienst wordt geleverd door de verkoper of een derde. Bij twijfel of de levering van verwerkte of onderling verbonden digitale inhoud of een verwerkte of onderling verbonden digitale dienst deel uitmaakt van de koopovereenkomst, wordt de digitale inhoud of digitale dienst geacht onder de koopovereenkomst te vallen (art. 3.3).

418. BELGIË: GEEN GEBRUIK VAN UITSLUITINGSMOGELIJKHEID VOOR OPENBARE VEILING – Artikel 1.3 Richtlijn Consumentenkoop 1999 voorziet in de mogelijkheid voor lidstaten dat tweedehandsgoederen die worden verkocht op een openbare veiling, waarop de consument in eigen persoon aanwezig kan zijn, niet als consumptiegoederen beschouwd worden. In tegenstelling tot grote kunsthandelslanden zoals Frankrijk en Duitsland, heeft België geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Hieruit volgt dat de consumentenkoop ook van toepassing is op kunst- en antiekveilingen(1870). Aangezien een veilinghuis naar Belgisch recht een commissionair is voor een inbrenger en de koper (meestal) een natuurlijke persoon die niet in het kader van zijn beroepsactiviteit optreedt, is het consumentenkooprecht van toepassing(1871). Dit valt evenwel moeilijk te verzoenen met de veilingpraktijk(1872).

§ 5. CONVENTIONELE UITBREIDING

419. CONVENTIONELE UITBREIDING IS MOGELIJK – Bepalen de algemene voorwaarden van een vennootschap dat de garantieregeling bij verkoop beheerst worden door de Wet Consumentenkoop, dan moet deze regeling worden toegepast. Het feit dat de koper geen consument is in de zin van artikel 1649bis §1, 1° oud BW doet daaraan geen afbreuk nu partijen expliciet overeenkomen om deze regeling van toepassing te verklaren(1873).

(1869) Artikel 2.5 Richtlijn Consumentenkoop 2019. Zie *in extenso*: S. GEIREGAT en R. STEENNOT, “Consumentenkoop & digitale inhoud: toepassingsgebied & afbakening” in I. Claeys en E. Terryn (eds.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten* (Antwerpen: Intersentia 2020), 29.

(1870) Rb. Brussel 2 januari 2012, *DAOR* 2012, 195, noot B. DEMARSIN = *DCCR* 2012 (96), 137, noot M.-P. NOËL = *JT* 2012, 332, noot E. CRUYSMANS.

(1871) B. DEMARSIN, “De (nefaste) impact van de consumentenkoop op het kunstveilingswezen” (noot onder Rb. Brussel 2 januari 2012), *DAOR* 2012 (102), (197) 199.

(1872) B. TILLEMANS m.m.v. D. DE TROIJ, “Overzicht van rechtspraak kooprecht (2011-2014), *Themis* 92 – bijzondere overeenkomsten (Brugge: die Keure 2015), (71) 107.

(1873) Gent (13de k.) 7 mei 2014, *DAOR* 2014 (2), 14

B. DWINGEND RECHT

420. AFWIJKENDE BEDINGEN IN NADEEL VAN CONSUMENT NIETIG – Artikel 1649*octies* oud BW bepaalt dat contractuele bedingen of afspraken overeengekomen vooraleer het gebrek aan overeenstemming aan de verkoper door de consument ter kennis is gebracht nietig zijn die rechtstreeks of onrechtstreeks de rechten, die de consument uit de Wet Consumentenkoop put, beperken of uitsluiten(1874). Dit dwingend karakter wordt ook bevestigd in artikel VI.83, 14° WER. In de overeenkomsten gesloten tussen een onderneming en een consument zijn in elk geval onrechtmatig: de bedingen en voorwaarden of de combinaties daarvan die ertoe strekken de wettelijke waarborg voor verborgen gebreken, bepaald bij de artikelen 1641-1649 oud BW, of de wettelijke verplichting tot levering van een goed dat met de overeenkomst in overeenstemming is, bepaald bij de artikelen 1649*bis* tot 1649*octies* oud BW, op te heffen of te verminderen(1875). De *ratio legis* van deze bepaling is dat de consument bij het sluiten van de (koop)-overeenkomst geen afstand kan doen van de rechten die hem door de Wet Consumentenkoop worden toegekend(1876). Deze bepalingen zijn ook van toepassing op bedingen in commerciële garanties(1877). Het door de verkoper bij toepassing van het KB van 27 april 2007 afgeleverde garantiecertificaat kan niet aangemerkt worden als geldig exonerationbeding(1878).

Een clause in de algemene voorwaarden die bepaalt dat “*een eventuele niet-conformiteit met het bestelde wordt geacht gedekt te zijn, zo de koper hieromtrent bij de eerste vaststelling niet onmiddellijk schriftelijke melding van zou hebben gemaakt en dat de verwerking van de materialen een aanvaarding impliceert*” werd om deze redenen nietig verklaard(1879). Partijen kunnen weliswaar een termijn overeenkomen waarbinnen de consument de verkoper op de hoogte moet brengen van een gebrek doch deze termijn mag niet minder zijn dan twee maanden vanaf de dag waarop de consument het gebrek heeft vastgesteld.

(1874) Antwerpen (4de k.) 29 april 2013, *RW* 2014-15, (1067) 1067.

(1875) Vergelijk in dezelfde zin: Artikel 21.1. Richtlijn Consumentenkoop 2019: “*Tenzij in deze richtlijn anders is bepaald, is de consument niet gebonden door bepalingen van een overeenkomst die, te zijnen nadele, de toepassing uitsluiten van de nationale bepalingen tot omzetting van deze richtlijn van deze bepalingen afwijken of de gevolgen ervan wijzigen voordat het conformiteitsgebrek van de goederen door de consument ter kennis van de verkoper is gebracht*”.

(1876) Antwerpen 28 april 2014, *NJW* 2014, (701) 703

(1877) Antwerpen 28 september 2009, *RABG* 2013, 641; R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1840.

(1878) Kh. Turnhout 6 juni 2011, *RABG* 2013, 660, noot A. GODFROID. Zie ook Antwerpen 21 mei 2012, *NJW* 2013, 122, noot R. STEENNOT.

(1879) Antwerpen (B7M k.) 30 juni 2020, *TBO* 2020, 377 = *RABG* 2020, 1252.

421. TOESTAND WAARIN HET GOED ZICH BEVINDT – Een beding dat bepaalt dat de consument de tweedehandsauto op het ogenblik van de levering aanvaardt in de toestand waarin het zich bevond (met de bedoeling dat de consument zich niet meer zou kunnen beroepen op art. 1649^{ter} §1 oud BW) is nietig(1880). Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde dan weer dat een beding dat een wagen wordt verkocht met keuring en carpass maar zonder garantie of onderhoud in overleg met de koper niet tot gevolg heeft dat de partijen een garantietermijn van één jaar hebben bepaald (tweedehandswagens). De wettelijke garantie is immers van dwingend recht. Volgens het Hof van Justitie van de EU moet een onrechtmatig beding zonder meer uit het contract worden geschrapt zonder dat het mogelijk is om de inhoud wetsconform te maken(1881). Het beding van een verkoopovereenkomst van een tweedehandsvoertuig door een professioneel aan een consument dat “*een jaar wettelijke garantie*” vaststelt, is dubbelzinnig wanneer de consument rechtmatig kon geloven dat die termijn van een jaar de bij wet vastgestelde wettelijke garantie was en niet die met een beperkte duur volgens een akkoord tussen de partijen in de verkoopovereenkomst volgens artikel 1649^{quater} §3 oud BW. In dit geval bestaat de meest gunstige interpretatie voor de consument erin dat de termijn waarin het gebrek aan conformiteit aan het licht moet komen de wettelijke termijn van twee jaar is en niet een verkorte termijn die partijen zouden zijn overeengekomen, overeenkomstig de wettelijke bepalingen(1882). Net zozeer is een beding ongeldig dat bepaalt dat een tweedehandsvoertuig verkocht wordt zonder garantie met keuring en in de staat waarin het zich bevindt(1883).

Een tweedehandsauto werd verkocht op eBay met de vermelding dat de algemene toestand van de auto goed was, maar dat de batterij en een ander onderdeel moesten worden vervangen. Achteraf bleek de auto helemaal niet rijwaardig te zijn, wat uit de aankondiging op eBay niet bleek. De factuur vermeldde dat de verkoop betrekking had op “*een tweedehandsauto voor wisselstukken of om in orde te stellen op kosten van koper op zijn verantwoordelijkheid en zonder enige garantie*”. De koper tekende de factuur met de vermelding “*gelezen en goedgekeurd*”. Deze vermelding op de factuur werd niet geldig bevonden, vermits zij een contractuele afspraak betreft vooraleer het gebrek door de consument aan de verkoper ter kennis is gebracht(1884).

Een beding op de factuur van een tweedehands Porsche “*dat één jaar waarborg wordt verleend op voorwaarde dat alle onderhoud moet gebeuren in de werkplaats van de verkoper; zo niet vervalt de waarborg*” werd geldig bevonden omdat dit beding spoort met de hiërarchie van de sancties die de

(1880) Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT; Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) (2de k.) 5 september 2016, *RW* 2017-18, 553.

(1881) Antwerpen 28 april 2014, *NJW* 2014, 701, noot R. STEENNOT.

(1882) Luik (3de k.) 16 december 2014, *JLMB* 2017 (1), 42.

(1883) Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT.

(1884) Luik 25 maart 2011, F-20110325-2.

consument kan kiezen: in eerste instantie recht op herstel en vervanging door de verkoper, en in subsidiaire orde prijsvermindering of ontbinding (art. 1649^{quinquies} oud BW). Deze uitspraak is betwistbaar omdat de consument verplicht wordt alle onderhoud (ook los van herstelling) bij de verkoper uit te voeren. Bovendien mag een miskenning van de verplichting om herstelling te vorderen van de verkoper niet resulteren in verval van elk recht (1885). Een koper die ten onrechte een dekkingsherstelling/dekkingsverkoop uitvoert zonder dat aan de toepassingsvoorwaarden is voldaan zou bij een niet-conformiteit een schadevergoeding moeten behouden te verminderen met de schade voor de verkoper (1886). De rechtbank verwerpt bovendien de door de consument ingeroepen rechtspraak (1887) dat de verkoper omwille van het recht op kosteloos herstel niet kan eisen dat de koper het voertuig in zijn garage komt aanbieden. Dit blijkt inderdaad uit het hierna besproken arrest van het Hof van Justitie van de EU (Füllä).

422. CONTRACTUALISERING VAN GEBREK WEL MOGELIJK (1888) – Het is mogelijk dat partijen in de overeenkomst een beschrijvend beding opnemen waarin partijen het voorwerp van de verbintenis nader bepaalt. In een zaak voor de rechtbank te Brussel werd geoordeeld dat volgende clause in de veilingvoorwaarden geldig was: “*Conditions de la vente: aucune réclamation ne sera remise une fois l’adjudication prononcée, même si elle a pour objet la description catalogue*”. In het licht van artikel 1649^{octies} BW is dit evenwel ten onrechte. *In casu* was er echter geenszins sprake van een beschrijvend beding. Het kunstwerk werd als volgt in de catalogus omschreven: “Lot. 229. Onleesbaar: Bomen in de herfst. Gedateerd 1904, olie op doek. Rechtsonder gesigineerd. Hoogte 0 m 75; geschat aan 80 tot 120 euro”. In werkelijkheid betrof het geen olieverfschilderij, maar wel een gedoubleerde reproductie (1889).

(1885) H. SLACHMUYLDERS, “Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop” (noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019), *DCCR* 2020 (127), (135) 145 nr. 20.

(1886) H. SLACHMUYLDERS, “Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop” (noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019), *DCCR* 2020 (127), (135) 144 nr. 19; S. JANSEN, “Hiërarchie in de remedies bij consumentenkoop: bescherming van consumenten en verkopers?” (noot onder Gent 20 oktober 2010), *DCCR* 2012 (94), (132) 144; S. JANSEN, “Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: ook in het voordeel van de verkoper” (noot onder Bergen 22 december 2016) *TBBR* 2017, (539) 544; R. STEENNOT, “Garantietermijnen tweedehandsgoederen” (noot onder Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 204; S. MARYSSE, “De Wet Consumentenkoop: enkele beschouwingen” (noot onder Gent 27 mei 2009), *RW* 2010-11, (545), 547. Zie ook in dezelfde zin bij schending van de schadebeperkingsplicht: L. DILLEN, “Pleidooi voor proportionele verdeling van de meerschade bij onterecht uitblijven van schadebeperking”, *TBBR* 2019, 371-394.

(1887) Bergen 20 april 2007, *JLMB* 2008, (1178) 1182: “*Qu’en ce qui concerne la mécanique, il a exigé la présentation du véhicule dans ses propres installations, alors que selon la disposition précitée, la réparation oit être effectuée sans frais et notamment sans frais d’envoi, soit en l’espèce, sans frais de remorquage*”.

(1888) R. STEENNOT, *TPR* 2015, (1803) 1841.

(1889) Rb. Brussel 2 januari 2012, *DAOR* 2012, 195, noot B. DEMARSIN = *DCCR* 2012 (96), 137, noot M.-P. NOËL = *JT* 2012, 332, noot E. CRUYSMANS.

423. AMBTSHALVE CONTROLE OP TOEPASSELIJKHEID VAN CONSUMENTENBESCHERMING – HvJ ARREST FABER – Op 28 mei 2008 kocht Faber een gebruikte auto van het Autobedrijf Hazet. De koopovereenkomst is vastgelegd in een voorgedrukt formulier met het briefhoofd van dat autobedrijf dat de titel “Koopovereenkomst particulier” draagt. Op 26 september 2008 vliegt het betrokken voertuig tijdens een rit in brand. De koper dagvaardt de verkoper wegens niet-conformiteit. Zij heeft niet gesteld dat zij dat voertuig als consument heeft gekocht. De rechter oordeelde dat het in het midden kon blijven of de koper als consument heeft gehandeld. Haar vordering wordt verworpen en zij gaat hiertegen in beroep. Zij betwist in haar beroep niet dat het in het midden kon blijven of de overeenkomst tussen partijen een consumentenkoop kon blijven. Het hof van beroep stelde echter aan het Hof van Justitie van de EU de vraag of de nationale rechter op grond van het effectiviteitsbeginsel verplicht is om ambtshalve te onderzoeken of de koper bij een overeenkomst een consument in de zin van artikel 1, tweede lid, sub a Richtlijn Consumentenkoop is. De vraag werd door positief beantwoord.

Ofschoon gewoon dwingende wetgeving, moet de rechter ambtshalve de regels van de consumentenbescherming toepassen (1890). Op grond van het effectiviteitsbeginsel en niettegenstaande strijdige bepalingen van het nationaal recht heeft het Hof van Justitie van de EU geëist dat de nationale rechter een aantal bepalingen van richtlijnen van de EU inzake consumentenbescherming ambtshalve toepast. Deze eis is gerechtvaardigd door de overweging dat het door de richtlijnen uitgewerkte beschermingsstelsel op de gedachte berust dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt, over minder informatie dan de verkoper beschikt en dat er een niet te verwaarlozen gevaar bestaat dat de consument uit onwetendheid geen beroep zal doen op de rechtsregel die ertoe strekt hem te beschermen. Het Hof van Justitie van de EU heeft nu gesteld dat het effectiviteitsbeginsel vereist dat de nationale rechter bij wie een geding aanhangig is over een overeenkomst die binnen de werkingssfeer van de Richtlijn Consumentenkoop kan vallen, nagaat of de koper als consument kan worden aangemerkt, ook al heeft de koper zich niet uitdrukkelijk op die hoedanigheid beroepen, wanneer hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt of daarover op eenvoudig verzoek om verduidelijkingen kan beschikken (1891). Feitenrechtspraak past deze rechtspraak gewillig toe (1892).

(1890) Antwerpen (B7M k.) 30 juni 2020, *TBO* 2020, 377 = *RABG* 2020, 1252: “De bepalingen van het consumentenrecht (...) moeten worden beschouwd als normen die gelijkwaardig zijn aan een nationale regel die in de interne rechtsorde als regel van openbare orde gelden”. Luik (3de k.) 6 februari 2006, *JLMB* 2008, 92, noot C. DELFORGE. Zie *contra*: Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, (200) 202, noot R. STEENNOT: “aangezien de Wet Consumentenkoop van dwingend recht is, betreft het een relatieve nietigheid die enkel door de beschermde partij i.c. de consument kan ingeroepen worden”.

(1891) HvJ 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, *DCCR* 2016 (110), 30, noot S. VANDEMAELE; *TBH* 2016 (4), 348, noot L. TRAEST.

(1892) Bv. Antwerpen (B7M k.) 30 juni 2020, *TBO* 2020, 377 = *RABG* 2020, 1252.

C. VOORWAARDEN AANSPRAKELIJKHEID VERKOPER

424. VIJF VOORWAARDEN: OVERZICHT – Eenmaal vastgesteld dat de overeenkomst onder het toepassingsgebied van de consumentenkoop valt, moeten de volgende voorwaarden cumulatief vervuld zijn opdat de verkoper aansprakelijk kan worden gesteld op basis van de wet consumentenkoop(1893):

- [1] het consumptiegoed is niet in overeenstemming met de overeenkomst;
- [2] het gebrek aan overeenstemming bestond op het ogenblik van de levering (anterioriteitsvereiste);
- [3] en heeft zich binnen de waarborgtermijn gemanifesteerd;
- [4] het gebrek is gemeld binnen de meldingstermijn zo deze conventioneel bepaald is;
- [5] de vordering is ingesteld binnen de verjaringstermijn.

§ 1. CONSUMPTIEGOED IS NIET IN OVEREENSTEMMING MET DE OVEREENKOMST(1894)

425. CONFORMITEITSGEBREK: BEWIJS – De consumentenkoop hanteert een monistisch conformiteitsbegrip waarbij de verplichting tot conforme levering en de vrijwaring voor verborgen gebreken zijn samengesmolten(1895). De consument draagt de bewijslast dat het goed gebrekkig is(1896). Het bewijs van een gebrek is een rechtsfeit, wat op het vlak van bewijs alle middelen van recht toelaat, ook vermoedens. Ook eenzijdige expertiseverslagen kunnen in aanmerking worden genomen, zeker indien tegenover deze verslagen geen bewijsstukken worden geplaatst die van dien aard zijn dat ze de expertisebevindingen tegenspreken. In een zaak voor de rechtbank te Dinant volstond het verslag van de dierenarts van de koper om aan te tonen dat het paard niet conform was (*i.c.* niet geschikt om mee te paardrijden)(1897). In een zaak voor de rechtbank van koophandel te Dendermonde had de koper een koelkast gekocht die tijdens zijn vakantie vuur vatte met brandschade aan de woning tot gevolg. De brandverzekeraar van de koper sprak de koelkastverkoper aan, die op zijn beurt de leverancier van de verkoper aansprak. Tijdens de expertise is gebleken dat de brand in de koelkast is ontstaan, het toestel zelf binnenin volledig is uitgebrand, het elektrisch snoer van de koelkast en de stekker waarin deze stak nog intact waren, de toestellen rechts van de

(1893) S. JANSEN, “Hiërarchie in de remedies bij consumentenkoop: bescherming van consumenten en verkopers?” (noot onder Gent 20 oktober 2010), *DCCR* 2012 (94), (132) 136-137.

(1894) Zie uitgebreid over het conformiteitsbegrip in de Richtlijn Consumentenkoop 2019: F. VAN DEN ABEELE en B. TILLEMEN, “Conformiteit in de Richtlijn Consumentenkoop 2019: heeft de berg een muis gebaard?” in I. Claeys en E. Terryn (eds.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten* (Antwerpen: Intersentia 2020), 91.

(1895) Luik (14de k.) 25 maart 2011, *DAOR* 2011 (100), 505.

(1896) Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT.

(1897) Rb. Dinant 16 oktober 2013, *JLMB* 2014, 237.

koelkast niet verbrand waren, de kunststofonderdelen links van de koelkast nauwelijks vervormd waren en een (andere) externe oorzaak onmogelijk was (mede gelet op de afwezigheid van de bewoners ten tijde van de feiten). De rechtbank oordeelde dat de (minnelijke) expertiseverslagen geen andere conclusie toelaten dan dat de koelkast gebrekkig was. Een verkeerd gebruik of een verkeerde installatie bleek nergens uit. Indirect bewijs is mogelijk en toelaatbaar. De zogenaamde exclusiemethode laat trouwens toe dat de feiten-rechter verschillende mogelijke oorzaken redelijkerwijze uitsluit, behalve één, die dan logischerwijze als oorzaak van de schade wordt aanzien(1898).

426. OVEREENSTEMMING MET CONTRACTUELE AFSPRAKEN – Het goed moet voldoen aan wat partijen contractueel vastleggen. Transparantie is hierbij van belang. Wat de verkoper duidelijk heeft gecommuniceerd en wat de koper duidelijk heeft aanvaard, kan niet meer tegen de verkoper ingeroepen worden. De consument moet zo op de hoogte gebracht zijn of redelijkerwijze kennis hebben gehad op het moment van de sluiting van de overeenkomst. Kennis op moment van de levering of van de plaatsing van het goed volstaat dus niet(1899).

Zo werd bij de verkoop van een tweedehandsvoertuig op de achterzijde van de bestelbon een opsomming gemaakt van 96 onderdelen van de wagen. Bij elk onderdeel is aangekruist of het onderdeel in orde is, sporen van slijtage vertoont dan wel te herstellen is. De verkoper leidde hieruit af dat de kopers met kennis van zaken een voertuig met een te herstellen radiator hadden gekocht zodat zij nadien niet meer over dit gebrek konden klagen. De rechtbank te Antwerpen was evenwel van oordeel dat niet bewezen was dat de kopers door deze lijst te ondertekenen er uitdrukkelijk mee akkoord gingen een gebrekkig goed te willen kopen. De betrokken bestelbon werd pas ondertekend bij de levering, drie dagen na sluiten van de overeenkomst, op de dag waarop de verkochte wagen afgeleverd werd met een geldig keuringsbewijs. Er waren volgens de rechtbank geen aanwijzingen dat bij het sluiten van de overeenkomst de kopers op de hoogte waren van enig gebrek aan de wagen dat verband zou hebben met de pannen waarmee zij werden geconfronteerd. In de publiciteit op het internet werd de wagen voorgesteld als instapklaar. Op de eerste bladzijde van de bestelbon werd met verwijzing naar de algemene voorwaarden vermeld dat er één jaar garantie was en de verkoper garandeerde dat het voertuig conform de bestelling en gebruiksklaar was(1900).

(1898) Kh. Dendermonde 1 maart 2012, *RABG* 2013, (648) 653-654. Zie ook Vred. Landen-Zoutleeuw (zetel Zoutleeuw) 13 september 2007, *T.Vred.* 2009, 241, noot C. DELFORGE.

(1899) Kh. Bergen 23 november 2010, *TBBR* 2013, (112) 114.

(1900) Rb. Antwerpen (14de B k.) 11 april 2008, *RW* 2010-2011, (115) 117-118.

427. CONFORMITEITSCRITERIA – Het goed wordt slechts geacht in overeenstemming te zijn met de overeenkomst indien volgende criteria cumulatief vervuld zijn (art. 1649^{ter} §1 oud BW)(1901):

- (i) *het in overeenstemming is met de door de verkoper gegeven beschrijving ervan en de eigenschappen bezit van de goederen die de verkoper aan de consument als monster of als model heeft getoond,*

Een koper beweerde dat een verkochte Chihuahua geen Chihuahua was maar een Russische toy terriër. De koper staafde zijn stelling op een verklaring van de voorzitter van vzw Belgian Chihuahuacub. Deze had verklaard dat de geleverde hond een aantal kenmerken had die afwijkend zouden zijn van de raskenmerken van een chihuahua, met name puntige oren. Uit de FCI-standaard (internationale standaard voor raskenmerken) voor Chihuahua's blijkt echter dat deze honden tal van afwijkingen kunnen hebben van de rasstandaarden zonder dat daarbij onmiddellijk volgt dat ze tot een ander ras behoren. Dit is onder meer het geval voor de aanwezigheid van puntige oren. De vrederechter te Antwerpen achtte dan ook niet bewezen dat het hondje eerder een Russische toy terriër zou zijn dan een Chihuahua(1902).

Als een verkoper van een tweedehandsauto bevestigt dat het voertuig ongevalvrij is, terwijl korte tijd na levering blijkt dat dit niet het geval is, is dat voertuig niet-conform. Dit komt niet overeen met de door partijen gegeven beschrijving(1903). In een andere zaak veroordeelde de rechtbank te Eupen de verkoper tot betaling van schadevergoeding van 4.000 EUR (gelijk aan het waardeverlies van het voertuig). De koper had een tweedehandsauto gekocht voor 17.500 EUR (in 2007). De kilometerteller gaf op dat moment 34.200 km aan. Het contract vermeldde 5 januari 2006 als datum van ingebruikname. De verkoper vermeldde slechts de productiedatum van het voertuig op de factuur (nl. 2004). Het bleek dat het voertuig als showauto werd gebruikt tussen 2004 en 2006. Zo kende de rechtbank op grond van artikel 1649^{ter} e.v. oud BW een vergoeding toe aan de koper(1904).

Bestelt de consument een salon met vierkante poten en wordt er een geleverd met ronde poten, dan vertoont dit salon een niet-conformiteit(1905).

(1901) Rb. Brussel (76ste k.) 7 mei 2009, *RGD* 2009, 362, Y. NINANE.

(1902) Vred. Antwerpen 11 december 2014, *NJW* 2015, 649, noot J. WILLEMS = *DCCR* 2015 (108-109), 195, noot D. DROESBEKE = T. VRED. 2015, 402.

(1903) Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) (2de k.) 5 september 2016, *RW* 2017-18, 553.

(1904) Rb. Eupen (3de k.) 11 mei 2009, *JLMB* 2011, 283.

(1905) Gent (12de k.) 20 oktober 2010, *DCCR* 2012 (94), 124, noot S. JANSEN.

- (ii) *het geschikt is voor elk bijzonder door de consument gewenst gebruik dat deze aan de verkoper bij het sluiten van de overeenkomst heeft medegedeeld en dat de verkoper heeft aanvaard;*
- (iii) *het geschikt is voor het gebruik waartoe goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen;*

Een goed wordt vermoed met het contract in overeenstemming te zijn, indien *het in overeenstemming is met de door de verkoper gegeven beschrijving ervan en de eigenschappen bezit van de goederen vertoond als monster of model*. Dit (subjectieve) criterium stemt naar gemeen kooprecht overeen met het gemeenrechtelijk begrip van de conforme levering. Ofschoon het criterium schijnbaar puur kwalitatief is, wordt aangenomen dat ook gerefereerd wordt aan de afgesproken te leveren hoeveelheid. De Richtlijn Consumentenkoop inspireert zich immers op artikel 35.1 CISG, dat dit kwantitatief criterium expliciet vermeldt. Aan te stippen valt dat enkel de door de verkoper en niet de door producent of fabrikant gegeven omschrijving van de verkochte goederen in aanmerking wordt genomen.

Het geleverde consumptiegoed moet “*geschikt zijn voor elk bijzonder door de consument gewenst gebruik dat aan de verkoper bij het sluiten van het contract werd gemeld en door hem is aanvaard*”. Dit tweede subjectieve criterium kan in verband gebracht worden met artikel 35.2(b) CISG en de notie functioneel gebrek, wat veronderstelt dat een specifiek gebruik beoogd door de consument ter kennis van de koper is gebracht. Het kan onder omstandigheden om bewijsredenen goed zijn om dit bijzonder gebruik schriftelijk te melden. In bepaalde omstandigheden weegt weliswaar op de professionele verkoper de verplichting om, voor het sluiten van de overeenkomst, te peilen naar het specifiek gebruik beoogd door de consument op grond van artikel VI.2 WER(1906).

Twee dagen na installatie barst een kunststoffen filterpot in een waterinstallatie. Dit veroorzaakt aanzienlijke waterschade. De vrederechter te Kortrijk oordeelde dat deze barst een gebrek aan overeenstemming was die de waterfilter ongeschikt maakte voor het gebruik waartoe hij gewoonlijk dient(1907). Eveneens ongeschikt voor het normale gebruik is de afbraak van de scharnieren van een laptop zodat deze niet meer kan gesloten worden(1908) of de kleuring van leer van een zetel die door vet haar (overdreven huidsmeer in het haar) van de gebruiker abnormale verkleuring vertoont. Hetzelfde zou

(1906) J. STUYCK, “La notion de conformité et l’articulation des délais” in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005), (111) 116 nr. 20.

(1907) Vred. Kortrijk 17 februari 2015, *T.Vred.* 2015, (409) 412, noot A. DE BOECK.

(1908) Kh. Nijvel 3 november 2009, *DCCR* 2011 (91), 81, noot C. CAUFFMAN.

gelden voor dames die lak of andere haarproducten of een parfum gebruiken. De aanwezigheid van overdreven huidsmeer in het haar van een gebruiker van een relaxzetel kan niet beschouwd worden als een vreemde oorzaak die de verkoper bevrijdt(1909). Ook een badkuip met een grote scheur (ong. 15cm) is gebrekkig. Er was immers een groot risico op lekken die aanzienlijke schade kunnen veroorzaken(1910).

Veel gepubliceerde rechtspraak heeft betrekking op tweedehandsvoertuigen(1911). Zo oordeelde het hof van beroep te Luik dat een koper van een tweedehandswagen voor een prijs van 5.800 EUR mag verwachten dat deze auto zonder ernstig defect gedurende een bepaalde tijd kan rijden, en zeker gedurende de eerste maanden van gebruik. Een totaal defecte *stuurkoppe-ling* die anderhalve maand na de levering moet worden vervangen maakt een niet-conformiteit uit(1912). Evenzeer is een tweedehandswagen gebrekkig wanneer *de motor* het na twee dagen begeeft(1913) of de EGR-klep defect is enkele dagen na levering van de tweedehandsauto(1914). Wanneer daags na de levering van een tweedehandswagen een elektrisch defect wordt gesigna-leerd (wat blijkt uit de lichtjes op de boordtabel) dat uiteindelijk resulteerde in een kortsluiting, een begin van brand in het motorcompartiment en het totaal verlies van de auto vijf dagen na de verkoop, is dat een niet-confor-miteit die het gekochte goed ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe het normaal bestemd is(1915). Ook *de blokkering van een motor* van een twee-dehandswagen waarvoor het niet verwaarloosbare bedrag van 11.995 EUR werd betaald, is een gebrek aangezien men mag verwachten dat een dergelijke tweedehandswagen toch een tijdje kan rijden zonder technische problemen, zelfs al betreft het een auto met een kilometerstand van 117.000 km(1916). De rechtbank te Antwerpen oordeelde dan weer dat de consument minstens kan verwachten dat een tweedehandsvoertuig één jaar kan meegaan wanneer deze werd voorgesteld als instapklaar en voor de wagen een keuringsbewijs was afgeleverd dat geldig was voor een jaar en waarop geen gebrek vermeld werd(1917).

Naast auto's zijn ook 'gebrekkige' dieren een frequent voorwerp van de recht-spraak inzake consumentenkoop.

(1909) Vred. Fléron, *T.Vred.* 2016, 449.

(1910) Rb. Oost-Vlaanderen 15 november 2019, *TBBR* 2020, 559, noot P. WÉRY.

(1911) Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200-204, noot R. STEENNOT.

(1912) Luik (3de k. B) 28 november 2014, *JLMB* 2017 (1), 41 (samenvatting).

(1913) Bergen (16de k.) 15 december 2016, *JT* 2017, 445-446.

(1914) Bergen (7de k.) 22 december 2016, *DCCR* 2017 (115), 91, noot S. VANDEMAELE = *TBBR* 2017, 537, noot S. JANSSEN.

(1915) Bergen 10 september 2015, *TBBR* 2016, 462, noot C. VERDURE.

(1916) Luik 17 maart 2015, *For.ass.* 2015, 193-197, noot Y. NINANE = *DDCR* 2016 (112), 46, noot S. JANSSEN.

(1917) Rb. Antwerpen (14de B k.) 11 april 2008, *RW* 2010-11, 115-119.

- Een dier is gebrekkig wanneer het een infectie op de diepe luchtwegen en koorts heeft en niet meer eet(1918) of niet meer kan wandelen en spelen(1919). In die toestand kan het niet meer dienen voor hetgeen het normaal wel kan dienen, namelijk als speelkameraard en gezelschapsdier.
- Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde dat een hond gebrekkig is die lijdt aan primaire/partiële epilepsieaanvallen. Er was sprake van gebrekkige socialisatie en kweekomstandigheden en de epileptiforme aanvallen tastten de lichamelijke toestand van de hond regelmatig aan. Bovendien had de consument een speelse hond willen aankopen. Gezien de psychische ongezondheid van de hond was dit niet het geval(1920).
- In een geval voor de rechtbank van koophandel te Turnhout werd een hond aangekocht voor een prijs van 650 EUR en werd geleverd op 11 mei 2013. Op 27 juni 2013 werd vastgesteld dat de hond een aangeboren waterhoofd (hydrocephalus) had dat het ongeschikt maakte voor het normale gebruik waartoe een jong gezelschapsdier normalerwijze wordt aangekocht(1921).
- In een zaak voor het vredegerecht te Antwerpen leidt een geleverde hond zowel aan persistente diarree door maag- en darmparasieten (Giarda) als aan een gewrichtsaandoening (*patella luxatie*) waardoor wandelen moeilijk tot onmogelijk wordt zonder een corrigerende operatie. De onmogelijkheid om met een gezelschapsdier op een normale manier wandelingen te maken en te spelen, is nochtans een legitieme reden waarom een consument een hondje koopt. Het is niet omdat Giarda vaak voorkomt (en de meest voorkomende maagdarmparasiet is bij honden en er dus een grote kans is dat het dier dat oploopt bij dierenkennels) dat een consument zich aan de aanwezigheid van deze parasiet moet verwachten. Integendeel, een consument koopt precies een hond bij een dierenspecialzaak om er zeker van te zijn dat de hond niet de ziekten heeft die in theorie kunnen optreden. De consument vertrouwt erop dat de professionele verkoper het nodige doet opdat de door hem verhandelde honden niet ziek zouden zijn. Dat is zeker realistisch wanneer de ziekte eenvoudig gediagnosticeerd kan worden. De legitimiteit van deze verwachting van de consument volgt ook uit de plicht van elke dierenspecialzaak om een vaste dierenarts te hebben die de dieren regelmatig moet controleren (art. 6 KB 27 april 2007). Elke dierenspecialzaak is ook gehouden om de nodige voorzorgen en schikkingen te nemen om de goede gezondheid van

(1918) Vred. Geel 18 maart 2014, niet-gepubliceerd, geciteerd in A. GODFROID, “Consumenten laten rechten te weinig gelden bij aankoop van een dier”, *De Juristenkrant* 2014 (287), (4) 5.

(1919) Rb. Antwerpen (afd. Turnhout) 21 januari 2019, 18/670/A, niet-gepubliceerd, 7.

(1920) Antwerpen (4de k.) 29 april 2013, *RW* 2014-15, (1067) 1067.

(1921) Kh. Turnhout 5 juni 2014, *NJW* 2014, 950, noot R. STEENNOT, *De Juristenkrant* 2014 (298), 3 (weergave N. LEYS).

de dieren te waarborgen. Dit houdt onder meer in dat een adequaat toezicht wordt gehouden op de nieuw binnengekomen dieren en een screening op infecties(1922).

- Een paard gedraagt zich op een wijze die het gevaarlijk maakte voor normaal gebruik door niet-professionelen. Het steigert, verzet zich en springt ongevraagd zijwaarts, waardoor het in het verkeer onberekenbaar is: een normale ruiter kan dit paard in zijn huidige staat niet onder controle houden wanneer een voertuig nadert. Dit gedrag was niet te wijten aan enig fysiek gebrek, maar aan het moeilijk en nukkig karakter van het paard. Het werd niet uitgesloten dat een bekwaamere en meer ervaren ruiter van het paard meer kon bekomen, voornamelijk wanneer het paard strak aangereden wordt en aan de teugel wordt gebracht en een sterk vertrouwen in zijn berijder heeft. Van een 13-jarig meisje kan volgens de deskundige niet worden verwacht dat zij daartoe in staat zou zijn geweest. Het moeilijke karakter van het paard maakte het volgens de deskundige voor een 13-jarige ruiter, die niet het gezag uitstraalt van een volwassen ruiter met bijzondere vaardigheden, en zelfs voor een doorsnee ruiter zo goed als onmogelijk om het paard probleemloos en gevaarloos te berijden en in toom te houden. Dit problematische karakter was reeds zeer goed merkbaar sinds tien maanden. Het werd niet betwist dat de koper vóór de aankoop het paard getest heeft en geen problemen heeft ondervonden. Ook zijn dochter ondervond de eerste zes weken kennelijk geen noemenswaardige problemen en won zelfs een dressuurwedstrijd. De deskundige sloot evenwel niet uit dat het paard in de periode vóór de aankoop goed en strak aangereden was, waardoor het een tijdlang geen verzet zal hebben vertoond. Dit zal in ieder geval zo geweest zijn tijdens het verblijf van anderhalve maand bij de verkoper (voor de levering) waar de berijders zeer ervaren ruiters zijn, gespecialiseerd in dressuur, dat per definitie een zeer strenge discipline is en waarvoor goed getrainde en autoritaire ruiters nodig zijn. Dit kan ook verklaren waarom, althans naar zeggen van de koper en van de instructeurs van de verkoper, het paard in de periode na het terughalen opnieuw een “goed” berijdbaar paard (geworden) was. Het paard zal derhalve wel goed getraind zijn geweest in de periode vóór de aankoop, reden waarom noch de koper (die het paard een aantal keren vooraf had bereden) noch de dochter aanvankelijk problemen ondervonden. Wanneer de teugels evenwel minder strak en minder professioneel werden aangelegd en de discipline minder streng werd – wat van een 13-jarige ruiter normaal kan worden verwacht – en het paard bijgevolg de strakke hand die het vroeger gewend was, niet meer voelde, heeft zijn karakter de bovenhand genomen, waardoor het paard onvoorzienbaar werd. Dit is voor een 13-jarige ruiter een zeer gevaarlijke situatie, zeker wanneer met het paard op de openbare

(1922) Vred. Antwerpen 11 december 2014, *NJW* 2015, 649, noot J. WILLEMS = *DCCR* 2015 (108-109), 195, noot D. DROESBEKE = **T. VRED.** 2015, 402.

weg gereden wordt. Bijgevolg aanvaardt de rechter het bestaan van een niet-conformiteit(1923).

- (iv) *het de kwaliteit en prestaties biedt die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van het goed en op de eventuele door de verkoper, de producent of diens vertegenwoordiger publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken ervan, namelijk bij de reclame en de etikettering*

Volgens de memorie van toelichting leunt het (objectieve) criterium van de normale kwaliteit en prestaties van een goed van dezelfde soort nauw aan bij de regel naar Belgisch recht (art. 1246 oud BW) dat “*indien de verschuldigde zaak alleen is bepaald ten aanzien van haar soort, de schuldenaar om zich van de schuld te bevrijden, niet verplicht is de beste soort te geven; maar hij mag ook niet de slechtste aanbieden*”.

Het subjectief criterium, *verwachtingen van de consument over kwaliteit en prestaties*, is niet gemakkelijk in te vullen. Het kan onder meer steunen op de aard van het goed (bv. tweedehandsgoederen *versus* nieuwe goederen), merk en/of de publieke gedane mededelingen van de verkoper, de producent of zijn vertegenwoordiger, maar ook op andere omstandigheden bij de sluiting van de overeenkomst. Enige behoedzaamheid past bij de toepassing van het criterium van de prijs: enkel wanneer uit de omstandigheden blijkt dat de consument zich bewust is van de mindere kwaliteit, kan een lagere prijs een mindere kwaliteit rechtvaardigen(1924). De vereiste dat de verwachtingen *redelijk* moeten zijn, objectiveert het subjectief criterium(1925). Het vierde criterium poneert het contractueel dwingend karakter van de publiekelijk gedane mededelingen binnen het kader van de consumentenkoop (vgl. art. VI.37 WER)(1926).

Voor de aankoop van een elektrische fiets vroeg de consument of er een fiets was die ondersteuning biedt tot 45 km/u. Dit was mogelijk mits het juiste model. Op de vraag over de actieradius antwoordde de verkoper dat dit zeer moeilijk in te schatten was maar de batterij werd als zeer groot beschreven. Na de aankoop meldde de consument dat de fiets een zaligheid was om mee te rijden. Een korte tijd lang begon de consument evenwel klachten te uiten

(1923) Rb. Dinant 16 oktober 2013, *JLMB* 2014, 237.

(1924) J. STUYCK, “La notion de conformité et l’articulation des délais” in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005), (111) 118 nr. 26.

(1925) I. DEMUYNCK, “De nieuwe garantieregeling voor consumptiegoederen” in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, (Brugge: die Keure 2001), (867) 882 nr. 29.

(1926) Volgens art. VI.37, § 2 WER “kan een overeenkomst tussen een onderneming en een consument onder meer worden geïnterpreteerd aan de hand van de handelspraktijken die er rechtstreeks verband mee houden”.

over de fiets. Zo zou de fiets maar ondersteuning bieden tot 38 km/u. De rechtbank te Turnhout aanvaardde niet dat de batterij van een fiets slechts twee maanden na levering van de fiets reeds degenereert voor een elektrische fiets in die prijsklasse (3.999 EUR). De vergelijking van de verkoper tussen deze batterij en een batterij in een zaklamp gaat niet op gezien de fietsbatterij herlaadbaar is en die van de zaklamp niet. Zo stelde de verkoper dat het uiteraard perfect normaal is dat de ondersteuning van de elektrische fiets minder wordt na x aantal kilometers omdat de spanning van de batterij zakt, wat te vergelijken is met een zaklamp waarbij deze met een nieuwe batterij ook meer licht geeft dan na enkele uren branden. Gezien de verkoper bovendien beloofde dat ondersteuning werd geboden tot 45 km/u en er een actieradius was van 100 km/u (de fietsafstand tussen Geel en Antwerpen is zelfs niet zo ver), oordeelde de rechtbank dat de fiets niet voldeed aan de vereisten van artikel 1649ter §1, 1° en 4° oud BW(1927).

Wanneer bij een normaal gebruik van een motorhome het maximaal toegelaten gewicht MTM (d.i. het gewicht van de motorhome met alles erop en eraan, vermeerderd met het gewicht dat hij maximaal extra mag laden) betekenisvol overschreden wordt, is de motorhome niet in overeenstemming met de overeenkomst, aangezien de motorhome niet meer geschikt is voor zijn normale gebruik (voor vier personen) in de mate dat de veiligheid in het gedrang wordt gebracht en niet meer de kwaliteit en prestaties biedt die voor een motorhome van dezelfde soort normaal is rekening houdende met de door verkoper opgegeven maximaal toegelaten massa (art. 1649ter, 3° en 4° oud BW). Vruchteloos verwijst de verkoper naar een tekst op haar website waarin gewaarschuwd wordt dat, wanneer de koper kiest voor extra accessoires die het comfort verhogen, het nuttig laadvermogen verminderd wordt en dus ook het aantal toegelaten personen. Het blijkt niet dat deze tekst al op de website was opgenomen op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst en bovendien maakt deze tekst geen deel uit van de overeenkomst tussen partijen. Daarenboven blijkt niet dat de koper daarvan kennis had genomen voor de sluiting van de overeenkomst. Ten slotte heeft de verkoper op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst de koper er niet op gewezen dat het aantal toegelaten personen door de bestelde accessoires herleid werd tot twee(1928).

Om de redelijke verwachtingen van de consument te bepalen moet rekening gehouden worden met de publiekelijk gedane mededelingen. Dit begrip heeft een ruime draagwijdte. Zo oordeelde de rechtbank van koophandel te Bergen dat een technische fiche beschouwd moet worden als zo'n publiekelijk gedane mededeling. *In casu* oordeelde de rechtbank dat de koper mag verwachten dat

(1927) Rb. Antwerpen (afd. Turnhout) (TB5de k.) 28 november 2016, *RW* 2017-18, (1396) 1397.
(1928) Gent 10 oktober 2012, *NJW* 2013, 709-713, noot R. STEENNOT.

een bij een houtkachel geleverde schoorsteen de diameter bezit die vermeld werd in de technische fiche(1929).

428. GEEN GEBREK BIJ KENNIS OP MOMENT KOOP – Er is geen gebrek aan overeenstemming als de koper op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst op de hoogte was van het gebrek. Kennis van het gebrek op het moment van de levering – in zover deze plaatsvindt na de totstandkoming van de koop – is niet voldoende. Een voertuig wordt op eBay te koop aangeboden. Hierbij wordt vermeld dat de auto in goede staat verkeert. Bij de levering blijkt dat de wagen enkel geschikt is voor wisselstukken (dit staat op de factuur). De factuur wordt door de koper ondertekend. Na twee kilometer valt de wagen in panne en de koper stelt dat de wagen behept is met een gebrek. De verkoper verwijst naar de factuur. Het hof van beroep te Luik stelt dat de kennis van de koper moet beoordeeld worden op het moment van de totstandkoming en niet op moment van de levering. Met de vermeldingen op de factuur kan aldus geen rekening gehouden worden(1930).

429. GEBREK AAN OVEREENSTEMMING NIET AANWEZIG BIJ NORMALE SLIJTAGE – Normale slijtage van het goed zorgt er niet voor dat het goed gebrekkig is. Dat is duidelijk bij tweedehandsgoederen, waar de slijtage gebrek op het gebruik of ouderdom bekend is aan de koper. Voorwaarde is dat het goed nog de normale bestemming kan vervullen(1931). Het feit dat een niet-oplaadbare batterij geen twee jaar meegaat, geldt niet als gebrek(1932). De ondernemingsrechtbank te Kortrijk oordeelde dat het eenmalig bijvullen van 1,7 liter motorolie geen gebrek is dat het gewoon gebruik van een tweedehandswagen Porsche verhindert. Ook de slijtage aan de banden en de koppeling is een gevolg van normale slijtage(1933). Abnormale slijtage daarentegen zorgt er wel voor dat een goed ongeschikt is voor zijn normale gebruik(1934). Dit volgt onder meer uit een *a contrario* lezing van de memorie van toelichting waar die bepaalt: “*Natuurlijk mag een dergelijke ongeschiktheid niet verward worden met de normale eenvoudige slijtage die kan voortvloeien uit het gebruik van het goed, zoals de normale slijtage die volgt uit het gebruik van een auto*”(1935). Te denken valt bijvoorbeeld aan een tweedehandsvoertuig dat minder dan twee maanden na levering in panne valt en nadien

(1929) Kh. Bergen 23 november 2010, *TBBR* 2013, (112) 114.

(1930) Luik (14de k.) 25 maart 2011, *DAOR* 2011 (100), 505.

(1931) J. HUET, “Art. 1641 à 1649” in *Jurisclasseur Fasc. 30 – Vente – Garantie légale contre les vices cachés – Objet de la garantie: le vice caché*, (bijgewerkt 2018), nr. 30.

(1932) Antwerpen 28 april 2014, *NJW* 2014, 701-704, noot R. STEENNOT.

(1933) Orb. Gent (afd. Kortrijk) (9de k.) 24 oktober 2019, *DCCR* 2020 (127), (129) 133.

(1934) H. SLACHMUYLDERS, noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019, *DCCR* 2020 (127), (135) 138.

(1935). Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 50-2319/901, 13.

definitief onbruikbaar wordt. Men mag verwachten dat een dergelijk voertuig een langere levensduur heeft(1936).

§ 2. ANTERIORITEIT VAN HET GEBREK – WEERLEGBAAR VERMOEDEN

430. WEERLEGBAAR VERMOEDEN DAT NIET-CONFORMITEIT BIJ LEVERING BESTOND ALS DIT ZICH BINNEN ZES MAANDEN MANIFESTEERT – Een gebrek aan overeenstemming van het goed moet bestaan of minstens in de kiem aanwezig zijn op het ogenblik van de levering(1937). Een voorbeeld betreft een dier dat verkocht werd met een waterhoofd. Uit een diagnose bleek dat het ras, de leeftijd, de afwijkend gevormde schedel, de bilaterale ventrolaterale strabismus en echobevindingen passend waren bij congenitale (aangeboren) hydrocephalus(1938).

Indien de niet-conformiteit zich pas manifesteert na de levering, kan het bewijs dat de niet-conformiteit op dat tijdstip bestond bijzonder moeilijk zijn. Bij de gemeenrechtelijke regeling van verborgen gebreken aanvaardt de rechtspraak omwille van de bewijsmoeilijkheden onder omstandigheden een feitelijk vermoeden van anterioriteit van het verborgen gebrek. In de consumentenkoop werd ten voordele van de consument een wettelijk weerlegbaar vermoeden ingevoerd om de bewijsvoering rond de anterioriteit van het gebrek aan overeenstemming te vergemakkelijken. Manifesteert het gebrek zich gedurende de eerste zes maanden na de levering dan is er een wettelijk weerlegbaar vermoeden voor de consument(1939). Zo bepaalt artikel 1649^{quater} §4 oud BW dat “*wanneer een gebrek zich manifesteert binnen de zes maanden vanaf de levering van het goed, dan zal tot bewijs van het tegendeel gelden dat dit gebrek bestond op het moment van de levering, tenzij dit vermoeden onverenigbaar is met de aard van het goed of met de aard van het gebrek aan overeenstemming, door anders rekening te houden met het feit of het goed nieuw dan wel tweedehands is*”(1940). Komt het gebrek pas aan het licht na de eerst zes maanden, dan is het aan de consument om te bewijzen dat het gebrek reeds aanwezig was bij de levering.

(1936) Rb. Brussel 7 mei 2009, *JT* 2009, 362-378, noot Y. NINANE.

(1937) A.L. VERBEKE, “De termijnen”, in S. Stijns en J. Stuyck (eds.), *Het nieuwe kooprecht van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen* (Antwerpen: Intersentia 2005), (83) 89. Het Duitse *Bundesgerichtshof* erkende expliciet dat het zes-maandenvermoeden eveneens van toepassing is op de levering van (jonge) dieren (BGH 29 maart 2006, VIII, ZR 173/08, geciteerd in J. WILLEMS, “Regels consumentenkoop van toepassing op verkoop van huisdieren?”, *NJW* 2015, (653) 654).

(1938) Kh. Turnhout 5 juni 2014, *NJW* 2014, 950, noot R. STEENNOT, *De Juristenkrant* 2014 (298), 3 (weergave N. LEYS).

(1939) Antwerpen 28 september 2009, *RABG* 2013, 641-648; Vred. Kortrijk 17 februari 2015, *T.Vred.* 2015, 409 (412), noot A. DE BOECK.

(1940) Het loutere feit dat het goed tweedehands is, volstaat niet om het vermoeden van anterioriteit niet te gebruiken (R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1816 nr. 520; Rb. Brussel 7 mei 2009, *JT* 2009, 362, noot Y. NINANE).

Die verlichting van de bewijslast voor de consument gedurende de eerste zes maanden is gebaseerd op de vaststelling dat indien het gebrek aan overeenstemming zich pas na de aflevering van de goederen manifesteert, het bewijs dat dit gebrek op dat tijdstip bestond een onoverkomelijke moeilijkheid voor de consument kan zijn, terwijl het voor de verkoper in het algemeen veel gemakkelijker is om te bewijzen dat het gebrek aan overeenstemming niet bestond op het tijdstip van aflevering en dat het bijvoorbeeld te wijten is aan een verkeerd gebruik door de consument(1941). Als dat gebrek zich in de korte periode heeft voorgedaan, kan na de levering worden aangenomen dat het, ook al heeft het zich pas na de aflevering van het goed voorgedaan, bij de aflevering reeds bestond in een pril stadium(1942). De verlichting van de bewijslast geldt voor het geval het gebrek zich manifesteert in een wettelijke bepaalde periode aansluitend op de levering(1943). De Richtlijn Consumentenkoop 1999 legde die periode vast op 6 maanden (art. 5.3 ~~Richtlijn Consumentenkoop 1999~~). De Richtlijn Consumentenkoop 2019 breidt de termijn van het vermoeden van anterioriteit uit van 6 maanden tot minstens 1 jaar (art. 11.1). Lidstaten kunnen bovendien ervoor kiezen om de termijn naar twee jaar vanaf de levering op te voeren (art. 11.2 Richtlijn Consumentenkoop 2019)(1944).

431. VOORWAARDEN VOOR VERSCHUIVING BEWIJSLAST – De verschuiving van de bewijslast komt slechts in aanmerking indien de consument bepaalde feiten bewijst. In de eerste plaats moet de consument aantonen dat het verkochte goed niet conform is. Daartoe moet hij slechts het bestaan van het gebrek aan overeenstemming bewijzen. Hij is niet verplicht om de oorzaak van het gebrek te bewijzen of om aan te tonen dat de oorsprong ervan te wijten is aan de verkoper. In de tweede plaats moet de consument bewijzen dat het betrokken gebrek aan overeenstemming zich binnen een termijn van zes maanden vanaf de levering van het goed heeft gemanifesteerd (= zich werkelijk heeft

(1941) HvJ 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, DCCR 2016 (110), 30, noot S. VANDEMAELE = TBH 2016 (4), 348, noot L. TRAEST verwijzend naar de memorie van toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoop van en de waarborgen voor consumptiegoederen COM(95) 520 13.

(1942) HvJ 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, DCCR 2016 (110), 30, noot S. VANDEMAELE = TBH 2016 (4), 348, noot L. TRAEST verwijzend naar de memorie van toelichting bij het voorstel voor een richtlijn COM(95) 520 12.

(1943) Zie evenwel reeds in art. 6.1 KB van 9 juli 2000 betreffende de vermelding van de essentiële gegevens en de algemene verkoopvoorwaarden op de bestelbon voor nieuwe auto-voertuigen, BS 9 augustus 2000.

(1944) Wetsontwerp 3 april 2014 tot wijziging van artikel 1649^{quater} §4 van het Burgerlijk Wetboek, betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen wat het gebrek aan overeenstemming betreft stelde voor om de anterioriteitstermijn naar twee jaar uit te breiden. Dit wetsontwerp is vervallen door de ontbinding van de Kamer (*Gedr.St.* Kamer 2013-14, nr. 3528/001). Zie ook G. STRAETMANS en B. VANLERBERGHE, “De nieuwe Richtlijnen Consumentenkoop en Levering van digitale inhoud: bewijsaspecten” in I. Claeys en E. Terryn (eds.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten* (Antwerpen: Intersentia 2020), 387.

voorgedaan). Aangezien dat gebrek zich in de korte wettelijke anterioriteitsperiode heeft voorgedaan, kan worden aangenomen dat het bij de levering al bestond in een pril stadium, ook al heeft het zich pas na de levering van het goed voorgedaan(1945).

432. UITZONDERING: AARD VAN GOEDEREN EN GEBREKEN WAARVOOR GEEN VERMOEDEN VAN ANTERIORITEIT GELDT – Het is de bedoeling een soepele toepassing van het vermoeden te verzekeren in functie van het *soort goed*(1946). Dit laatste kan het geval zijn voor goederen die door hun aard slechter worden, zoals bederfelijke producten waarvan het gebrek samenhangt met het verstrijken van de tijd zoals bloemen of voor eenmalig gebruik bestemde goederen(1947). Het tweedehands karakter van de goederen sluit het vermoeden niet *ipso facto* uit(1948). Hetzelfde geldt bij de verkoop van dieren, zo oordeelde het Hof van Cassatie. Het verbrak een vonnis van een vrederechter die weigerde toepassing te maken van het in artikel 1649*quater*, § 4 oud BW neergelegde vermoeden om de enkele reden dat de verkoop een dier tot voorwerp heeft en zo deze bepaling schond(1949). Dit arrest van het Hof van Cassatie ligt in de lijn van een arrest van het Duitse Bundesgerichtshof van 29 maart 2006 waarin werd gesteld dat het vermoeden van anterioriteit van §476 BGB ook bij verkoop van dieren kan gelden(1950). Het vermoeden van anterioriteit geldt verder niet voor het type van gebreken die niet aanwezig kunnen geweest zijn op het ogenblik van de levering wanneer men rekening houdt met de omstandigheden. Een voorbeeld in dit verband kan een conformiteitsgebrek zijn als gevolg van een daad van de consument of van een externe oorzaak die plaatsvond nadat de goederen aan de consument werden geleverd(1951). Dat laatste werd bijvoorbeeld geacht het geval te zijn bij een seizoensgebonden ziekte zoals zomereceem bij paarden.

433. TEGENBEWIJS: DOOR VERKOPER – Wegens het vermoeden van anterioriteit rust de bewijslast van het feit dat de niet-conformiteit nog niet aanwezig was bij de levering gedurende de anterioriteitsperiode op de verkoper. Het staat dan aan de verkoper om in voorkomend geval rechtens met alle middelen van recht genoegzaam te bewijzen dat het gebrek aan overeenstemming niet bestond bij de levering, door aan te tonen dat dit gebrek het gevolg is

(1945) HvJ 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, DCCR 2016 (110), 30, noot S. VANDEMAELE = TBH 2016, 348, noot L. TRAEST.

(1946). MvT, *Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 50, 2319/901, 18.

(1947) Overweging 54 Richtlijn Consumentenkoop 2019.

(1948) Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT; Luik (20ste k.) 28 mei 2009, *JLMB* 2011, 447; Luik (3de k.) 16 december 2014, *JLMB* 2017, 42.; Luik (3de k. B.) 28 november 2014, *JLMB* 2017, 41 (samenvatting); Bergen (16de k.) 15 december 2016, *JT* 2017, 445.

(1949) Cass. 17 maart 2016, ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160317.9, DCCR 2016 (112), 66, noot S. VANDEMAELE = *Juristenkrant* 2016 (328), 5 (weergave A. GODFROID).

(1950) BGH 29 maart 2006, *NJW* 2006, 2250 = BGHZ 167, 40; vergelijk in dezelfde zin Cass. fr. civ. (1ste k.), 12 juli 2012, n° 11-22681.

(1951) Overweging 54 Richtlijn Consumentenkoop 2019.

van of zijn oorsprong vindt in een handelen of nalaten dat dateert van na die levering(1952). Dit tegenbewijs is moeilijk maar toch zijn er al (zeldzame) toepassingsgevallen waarin de verkoper slaagt in het tegenbewijs.

De rechtbank van Koophandel te Turnhout oordeelde dat de mail van een dokter (die het betrokken dier niet onderzocht), die stelt dat “*een waterhoofd op deze leeftijd en bij dit ras is bijna 100% zeker een aangeboren afwijking. Traumatische waterhoofdjes zien wij echt praktisch nooit. Dan moet er al sprake zijn van een erg trauma en dan zie je dit letsel ook op scan*”, niet beschouwd kan worden als een weerlegging van het wettelijk vermoeden van artikel 1649^{quater}, § 1, 4° oud BW(1953). Wanneer een pup kort na de aankoop ziekteverschijnselen vertoont, moet de verkoper aantonen dat het dier gezond was bij de levering. De loutere bewering van de verkoper dat de koper zelf of zijn omgeving het dier besmette door de beweerde aanwezigheid van andere woning in zijn woning volstaat niet om het vermoeden te weerleggen. Het is slechts een niet-onderbouwde veronderstelling(1954). Eveneens weerlegt de loutere bewering dat het gebrek ook het gevolg kan zijn van een trauma niet het vermoeden(1955). Het feit dat de gebreken aan de motor en de benzinepomp niet opgemerkt werden tijdens een technische keuring (onmiddellijk voorafgaand aan de levering) was onvoldoende voor het hof van beroep te Luik om het vermoeden niet te laten meespelen(1956).

Het vermoeden zal niet weerlegbaar zijn wanneer men aan de hand van de incubatietijd kan aantonen dat deze dateert van voor de levering. Zo zijn bepaalde ziekten specifiek aan kennels. Een hond leed aan fibroncrotische bronchopneumonie. De verkoper was aansprakelijk gezien de ziekte daags na de aankoop tot uiting kwam en deze een zeer typische kennelziekte is. De hond overleed minder dan een maand na aankoop aan kennelhoest (incubatietijd drie tot tien dagen)(1957).

Een stuurkoppeling van een tweedehandswagen moest anderhalve maand na de levering worden vervangen. De stuurkoppeling is typisch iets wat progressief verslijt zodat het heel waarschijnlijk is dat de niet-conformiteit

(1952) HvJ 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, DCCR 2016 (110), 30, noot S. VANDEMAELE = TBH 2016, 348, noot L. TRAEST. Zie in dezelfde zin: Vred. Kortrijk 17 februari 2015, *T.Vred.* 2015, 409, noot A. DE BOECK (het is niet de koper die het negatieve bewijs moet leveren dat er geen sprake was van een externe oorzaak voor het gebrek, *in casu* een barst in een waterfilter die zich twee dagen na de levering manifesteerde).

(1953) Kh. Turnhout 5 juni 2014, *NJW* 2014, 950, noot R. STEENNOT = *De Juristenkrant* 2014 (298), 3 (weergave N. LEYS).

(1954) Vred. Hoogstraten 27 maart 2018, 17A373, niet-gepubliceerd, 5-6.

(1955) Vred. Antwerpen 11 december 2014, *NJW* 2015, 649, noot J. WILLEMS = DCCR 2015 (108-109), 195, noot D. DROESBEKE = T. VRED. 2015, 402.

(1956) Luik (20ste k.) 28 mei 2009, *JLMB* 2011, (447) 449.

(1957) Antwerpen 21 mei 2012, *NJW* 2013, 122, noot R. STEENNOT.

in de kiem aanwezig is op het ogenblik van de levering, tenzij de verkoper het tegenbewijs kan leveren. Men kan niet redelijkerwijs beweren dat een ervaren bestuurder, die eerder ongeveer 50.000 kilometer met zijn vorige voertuig heeft gereden zonder dat enig probleem is vastgesteld, plots besluit om bewust op onredelijke wijze te gaan rijden met de handrem aangetrokken en dus met het risico om zijn nieuwe voertuig ernstig te beschadigen. Hieruit worden onder andere ernstige, precieze en overeenstemmende vermoedens afgeleid dat het schadegeval redelijkerwijs alleen maar kan voortvloeien uit het bestaan van een gebrek aan conformiteit dat te wijten is aan een “te strakke” afstelling van de handrem bij de montering van het voertuig(1958).

Uit de gepubliceerde rechtspraak is duidelijk dat een succesvolle weerlegging uitzonderlijk is(1959). Hierop vormt het vonnis van de vrederechter te Aalst een uitzondering(1960). Het betrof de koop van een nieuw voertuig dat op 17 januari 2017 geleverd werd en op 11 maart en 20 maart 2017 een hevig lawaai van ratelend metaal maakte. Tussen 20 maart 2017 en 27 maart 2017 voerde eiseres herstellingswerken uit (vervangen inspuitsstukken, leegzuigen dieseltank, reinigen brandstofleidingen). Dit had geen resultaat want nadat de consument op 27 maart 2017 het voertuig bij verkoper afhaalde deed zich nog dezelfde dag het probleem opnieuw voor en startte het voertuig bovendien niet meer. De koper liet het voertuig op 28 maart 2017 naar verkoper takelen. De verkoper voerde opnieuw herstellingswerken uit, voornamelijk de vervanging van brandstoftank en brandstofpomp, en met goed resultaat. Op 24 mei 2017 nam de koper het voertuig in ontvangst, na een bijeenkomst dezelfde dag met de partijen en de technisch raadsman van de koper waarop werd afgesproken dat de verkoper een analyse zou laten uitvoeren van de brandstof in de tank die werd vervangen. Uit het analyseverslag van het labo blijkt dat op 23 juni 2017 een staal name van 1 liter gebeurde op het adres van de koper, en dat dit staal werd geanalyseerd op 26 juni 2017. Uit de analyse blijkt dat het visuele uitzicht van de brandstof niet conform was (licht troebel en fijne deeltjes), dat het deeltjesgehalte mg/kg 2.638 bedroeg terwijl de norm 24 is en dat het watergehalte mg/kg 350 bedroeg terwijl de norm maximaal 200 is. De geanalyseerde brandstof voldeed dus niet aan de normen want ze was vervuild met deeltjes en bevatte te veel water. Op 28 maart 2017 had de verkoper aan de koper reeds mondeling gemeld dat er iets mis was met de brandstof, en op 2 mei 2017 had de verkoper de koper schriftelijk gemeld dat de defecten waren veroorzaakt door producten die door derden in de brandstoftank waren gebracht. Aan gezien de eerste defecten in het voertuig zich pas 7 weken na levering van het voertuig manifesteerden, en verweerder intussen minstens 5 keer had getankt oordeelde de rechter dat

(1958) Luik (3de b) 28 november 2014, *JLMB* 2017, 41 (samenvatting).

(1959) R. STEENNOT, “Weerlegbaarheid van het vermoeden van anterioriteit bij consumentenkoop en gevolgen van nietigheid van niet-wederkerige schadebedingen” (noot onder Vred. Aalst 25 september 2018), *T.Vred.* 2019, (674) 674 nr. 1.

(1960) Vred. Aalst 25 september 2018, *T.Vred.* 2019, 670.

er redelijkerwijze mag worden aangenomen dat deze defecten werden veroorzaakt door het tanken van vervuilde benzine, en dus niet aanwezig waren bij de levering van het voertuig.

434. AMBTSHALVE TOEPASSING VAN DWINGEND ANTERIORITEITSVERMOEDEN – HvJ ARREST FABER – Het Hof van Justitie van de EU oordeelde in het arrest Faber dat de verdeling van de bewijslast, overeenkomstig artikel 5, derde lid Richtlijn Consumentenkoop een dwingend karakter heeft voor zowel de partijen, die daar niet bij overeenkomst van mogen afwijken, als voor de lidstaten, die moeten toezien op de naleving ervan. De bewijslastregel moet bijgevolg worden toegepast, ook al heeft de consument die door de regel wordt beschermd zich daar niet uitdrukkelijk op beroepen. Gelet op de aard en het gewicht van het openbare belang waarop de aan de consument geboden bescherming berust, moet artikel 5, derde lid Richtlijn Consumentenkoop 1999 worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan een nationale regel die in de interne rechtsorde als regel van openbare orde geldt. Wanneer de nationale rechter in zijn nationaal rechtsplegingssysteem over de mogelijkheid beschikt om zo’n norm ambtshalve toe te passen, is hij bijgevolg verplicht om iedere bepaling van zijn nationale recht waarbij dat artikel is omgezet, ambtshalve toe te passen(1961). Bij de miskennis van een rechtsregel van openbare orde moet de rechter in principe de toepassing van die rechtsregel ambtshalve opwerpen (mits respect van de rechten van verdediging), ook al maakt die rechtsregel geen onderdeel uit van het voorwerp van de rechtsvordering. Dit geldt zeker van “bijzonder aangebrachte feiten”. Bij “terloopse of bijkomstige feiten” mag de rechter dit doen. In dat geval betekent dit dat een partij de rechter niet kan verwijten dit niet gedaan te hebben(1962). Dit geldt voor alle rechtsregels, ook rechtsregels die de openbare orde raken(1963).

435. NA ZES MAANDEN: BEWIJS VAN ANTERIORITEIT DOOR KOPER – Manifesteert een gebrek zich na de eerste zes maanden na levering, dan kan de consument zich niet meer beroepen op het vermoeden. Hij moet dan zelf het bewijs leveren dat het gebrek bestond bij de levering(1964). Het is niet omdat het gebrek opduikt in de tweejarige waarborgtermijn dat de consument automatisch en noodzakelijkerwijze geniet van de wettelijke garantie. In een zaak voor de voorzitter van de Franstalige rechtbank van koophandel te Brussel meende een erkende detailhandelaar van iPhones dat Mobistar, waarvan zij de gsm’s

(1961) HvJ 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, DCCR 2016 (110), 30—49, noot S. VANDEMAELE; TBH 2016 (4), 348-366, noot L. TRAEST. Zie ook Vred. Fléron 22 maart 2016, *T.Vred.* 2016, (272) 275.

(1962) N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis* (Antwerpen: Intersentia 2020), nr. 241; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht* (Antwerpen: Intersentia 2019), nr. 421. Zie echter de terechte kritiek van L. CORNELIS, *Openbare orde* (Antwerpen: Intersentia 2019), 290-291 nr. 3.192.

(1963) Cass. 17 maart 2016, ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160317.11; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht* (Antwerpen: Intersentia 2019), nr. 423.

(1964) Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 11 juli 2013, *T.Vred.* 2014, 76.

geleverd kreeg, onvoorwaardelijk kosteloos tot herstel gehouden is wanneer de iPhone binnen de twee jaar na levering een niet-conformiteit vertoont. Dit argument werd afgewezen. Zo kan het probleem met een smartphone ook te wijten zijn aan een externe oorzaak zoals het verkeerd gebruik door een consument(1965).

Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde in een andere zaak dat de eerste rechter ten onrechte had geoordeeld dat de verkoper automatisch aansprakelijk is wanneer een gebrek zich voordoet binnen de waarborgtermijn. Gezien het gebrek in kwestie zich voordeed meer dan zes maanden na de levering rust de bewijslast op de koper. Volgens de vaststelling en besluiten van de gerechtsdeskundige werd de brand veroorzaakt door een lek van de stuurbekrachtiging waarbij olie oververhit raakte en ontvlamde. Technisch wordt het voorval als volgt beschreven: *“het gebrek aan de stuurbekrachtiging moet zich pas kort voor het ogenblik van het schadegeval gemanifesteerd hebben. Anders was er zeker een olielekkage zichtbaar geweest na stilstand van de wagen, en hierover werd er nooit een opmerking gemaakt. De positie waar de pomp en het reservoir zich bevinden is onderhevig aan regelmatige temperatuurschommelingen door de uitlaat die zich er net onder bevindt. Er is ook geen hitteschild terug te vinden op deze locatie tussen de uitlaat en de stuurbekrachtiging. Omdat we met twee verschillende materialen zitten (aluminium pomp en plastic reservoir) met verschillende uitzettingscoëfficiënt gaat dit een olielek hebben veroorzaakt met alle gevolgen van dien.”*. Uit deze vaststellingen, die niet door de verkoper weerlegd worden, blijkt weldegelijk dat het gebrek reeds in de kiem aanwezig was. De schade heeft zich immers voorgedaan door een constructiegebrek van het voertuig(1966).

De verkoper van een nieuwe fiets (verkocht op 23 juli 2008) die: i) de herhaalde defecten heeft hersteld die zich op een ongewone manier en vanaf het eerste gebruik van het goed hebben voorgedaan (september: versnelling vooraan; oktober: versnelling achteraan; december: kabels, versnelling; januari/februari: fietspedalen, spaken, versnelling; maart/juni: vervanging van een wiel), ii) zonder een eventueel abnormaal gebruik of een gebrek aan onderhoud op te werpen (fiets was verkocht voor *“cross country sur des terrains cassants”*, en iii) heeft voorgesteld om de financiering van een nieuwe fiets, met de fabrikant, op zich te nemen, kan het bestaan van een gebrek aan overeenstemming niet redelijkerwijze betwisten(1967).

In een andere zaak koopt de consument een koelkast. Tijdens zijn vakantie vat die vuur waardoor in zijn woning brandschade ontstaat. De brandverzekeraar van de consument spreekt de verkoper aan, die op zijn beurt zijn

(1965) Voorz. Kh. Brussel 28 april 2014, *Jaarboek Marktpraktijken* 2014, 649, noot K. VANCOPPENOLLE.

(1966) Antwerpen (7de k.) 19 december 2016), *RW* 2018-19, (709) 711-712.

(1967) Brussel 7 mei 2015, *TBBR* 2016, (229) 230-231.

leverancier aanspreekt. Tijdens deze expertise zou gebleken zijn dat: 1) de brand in de koelkast is ontstaan; 2) het toestel (van) binnenin volledig is uitgebrand; 3) het elektrisch snoer en de stekker nog volledig intact waren; 4) de toestellen rechts van de frigo verbrand waren en 5) een (andere) externe oorzaak onmogelijk was (mede gelet op de afwezigheid van de bewoners ten tijde van de feiten). Deze vaststellingen worden door de verkoper echter betwist. Er wordt namelijk niet aangevoerd en het blijkt ook niet dat de koelkast verkeerd werd gebruikt of verkeerd werd geïnstalleerd. De rechtbank verwerpt het verweer van de koper en stelt dan ook dat de brandverzekeraar van de koper terecht stelt dat een indirect bewijs mogelijk en toelaatbaar is: de zgn. exclusiemethode laat trouwens toe dat de feitenrechter verschillende mogelijke oorzaken redelijkerwijze uitsluit, behalve één, die dan logischerwijze als oorzaak van de schade wordt aanzien. Overigens is het bewijs van een gebrek of niet-conformiteit een louter rechtsfeit, zodat het bewijs toegelaten is door alle middelen van recht, ook door vermoedens (die niet bij de wet zijn ingesteld), die *ex* artikel 1353 oud BW overgelaten worden aan het oordeel en het beleid van de rechter. Dat de verslagen afkomstig zijn van de deskundige van de koper doet aan voorgaande overwegingen geen afbreuk: ook eenzijdige expertiseverslagen kunnen in aanmerking worden genomen als bewijskrachtig feitelijk vermoeden, zeker indien tegenover deze verslagen geen bewijsstukken worden geplaatst die van die aard zijn dat ze de expertisebevindingen tegenspreken(1968).

§ 3. GEBREK AAN OVEREENSTEMMING MANIFESTEERT ZICH IN DE
WAARBORGTERMIJN

436. PRINCIPE: TWEELAJARIGE WAARBORGTERMIJN – De verkoper is jegens de consument aansprakelijk voor elk conformiteitsgebrek dat bestaat bij de levering en zich manifesteert binnen een termijn van twee jaar te rekenen vanaf voornoemde levering (art. 1649*quater*, eerste lid oud BW).

437. UITZONDERING: MODULERING VOOR TWEDEHANDSGOEDEREN – De partijen kunnen een kortere garantietermijn voor tweedehandsgoederen bepalen in zoverre dat deze termijn niet korter is dan één jaar (art. 1649*quater* derde lid

(1968) Kh. Dendermonde 1 maart 2012, *RABG* 2013, 648. Vergelijk in dezelfde zin Gent 12 december 2011, *NJW* 2012, 602, noot R. STEENNOT (deskundigenonderzoek wees uit dat het volledig blokkeren van de motor (...) een gevolg was van de gedeeltelijke werkzaamheden die uitgevoerd werden toen de motor blokkeerde voor de verkoop. Tussen de verkoop en de levering werd nog een herstelling uitgevoerd in opdracht van de verkoper die de eerdere onvoldoende herstelling evenwel niet heet kunnen verhelpen).

oud BW)(1969). Het is binnen deze periode dat de conformiteit moet ontstaan. De datum waarop de herstelling daadwerkelijk wordt uitgevoerd of wordt gefactureerd heeft geen belang. Anders zou men door de herstelling en datum van facturatie uit te stellen de wettelijke garantie kunnen ondergraven(1970).

Het hof van beroep te Luik oordeelde dat een beding in een koopovereenkomst van een tweedehandsvoertuig dat “een jaar wettelijke garantie vaststelt” dubbelzinnig is wanneer de consument rechtmatig kon geloven dat die termijn van een jaar de bij wet vastgestelde wettelijke garantie was en niet die met een beperkte duur volgens een akkoord tussen de partijen in een koopovereenkomst volgens artikel 1649^{quater} §3 oud BW. *Alzo bestaat de gunstige interpretatie voor de consument erin dat de consument ervan uit mag gaan dat de termijn die van 2 jaar is en niet een termijn die de partijen zouden zijn overeengekomen te verkorten overeenkomstig de wettelijke bepalingen*(1971).

Een ongeldig beding, m.n. een verkoop in de staat waarin de tweedehands-wagen zich bevindt zonder garantie, heeft niet tot gevolg dat de partijen een garantietermijn van één jaar hebben bepaald. In dit geval herleeft de wettelijke waarborgtermijn van twee jaar(1972). Deze rechtspraak is conform de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU over onrechtmatige bedingen, dat oordeelt dat de rechter een beding niet kan reduceren tot wat wettelijk is toegelaten, omdat dit anders afbreuk zou doen aan het afschrikwekkend karakter van de nietigheidssanctie(1973). Een beding in de algemene verkoop-

(1969) Gent 29 juni 2011, *NJW* 2012, 387, noot MD = *DCCR* 2012 (94), 90; Bergen (2de k.) 12 april 2016, *DCCR* 2016 (112), (81) 88, noot J. WAELKENS: het betrof de aankoop van een tweedehandswagen met een garantie van 1 jaar (aankoop: oktober 2007). In augustus 2008 viel de wagen in panne en werd deze gebracht naar de dichtstbijzijnde garage voor herstel. Het bleek dat het oliepeil zeer laag was wat problemen met de distributieriem had veroorzaakt. De koper had op dat moment reeds 10.400 km afgelegd en het onderhoudsboek van de wagen was blanco. De verkoper wees zijn aansprakelijkheid af gezien de factuur stelde dat er een garantie van 1 jaar was of 10.000 km op het motorblok, de versnellingsbak of de aandrijfas onder voorwaarde dat de koper de wagen maximum elke 7.500 km laat onderhouden door de verkoper en met zijn olie. In geval van panne, moet de wagen door de koper naar de garage van de verkoper gebracht worden. De verkoper meende dan ook dat de koper geen recht had op garantie. De koper was evenwel van mening dat enkel de overeenkomst telt (1 jaar garantie zonder verdere precisering) gezien de factuur niet werd ondertekend. Gezien de verkoper niet bewijst dat de factuur ter kennis was gebracht en de koper de nieuwe voorwaarden accepteerde, is enkel de overeenkomst met garantie van 1 jaar zonder verdere voorwaarden van toepassing. O.i. lijkt een garantie gekoppeld aan een bepaald aantal afgelegde kilometers in het consumentenkooprecht bovendien enkel geldig indien dit geen uitholling is van de minimumtermijn van 1 jaar voor tweedehandsgoederen. *Vred. Fléron* 16 juni 2015, *T.Vred.* 2016,452, noot C. DELFORGE.

(1970) *Vred. Fléron* 16 juni 2015, *T.Vred.* 2016, 452, noot C. DELFORGE.

(1971) Luik (3de k.) 16 december 2014, *JLMB* 2017 (1), 42.

(1972) Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT.

(1973) R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1818 nr. 523; HvJ 14 juli 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, *Banco Español de Crédito, SA tegen Joaquín Calderón Camino*; HvJ 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *Dirk Frederik Asbeek Brusse en Katarina de Man Garabito tegen Jahani BV*.

voorwaarden waarbij men de wettelijke waarborgtermijn van één jaar verleent is dubbelzinnig omdat zij de indruk wekt dat dit de enige mogelijke termijn is, terwijl dit de wettelijke termijn verkort(1974).

438. SCHORSING VAN WAARBORGTERMIJN GEDURENDE PERIODE VAN HERSTELLING, VERVANGING OF ONDERHANDELINGEN – Het tweede lid van artikel 1649^{quater} §1 oud BW voorziet in een schorsing – niet een stuiting(1975) – van deze waarborgtermijn gedurende de periode van herstelling/vervanging(1976) of onderhandelingen(1977). De periode van de waarborgtermijn verstreken voor de herstelling of vervanging wordt dus voor de berekening van de twee jaar meegeteld(1978). De rechtbank te Antwerpen oordeelde dus terecht dat de schorsing van de waarborgtermijn geen nieuwe termijn doet beginnen(1979).

Er moet sprake zijn van een daadwerkelijke onderhandeling. Een klacht van de consument gericht aan de verkoper waarop deze niet reageert, is geen onderhandelingen met het oog op het bereiken van een minnelijke regeling(1980).

Op 17 maart 2006 koopt een consument een ring met ingezette diamanten voor zijn vriendin. Na minder dan één jaar komt één van de diamanten los en de ring wordt hersteld (=één maand schorsing). Begin 2008 komen er nogmaals steentjes los en wordt de ring vervangen (=twee maanden vervanging). In mei 2009 komt er opnieuw een diamantje los. De waarborgtermijn is verstreken op 17 juni na het verstrijken van de initiële 2 jaar waarborgtermijn + drie maanden schorsing). De nieuwe vervanging valt buiten de waarborgtermijn(1981).

(1974) Luik 16 december 2014, 2012/RG/1395, juriportal.be.

(1975) S. STIJNS, “De remedies van de koper bij niet-conformiteit”, in S. STIJNS en J. STUYCK (eds), *Het nieuwe kooprecht: de wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen* (Antwerpen: Intersentia 2005) (53) 78 nr. 59. Zie voor een pleidooi om een stuiting van de waarborgtermijn in te voeren: S. VAN LOOCK, “Diamonds are (not always) forever: (verborgen) gebreken in het Burgerlijk Wetboek” (noot onder Rb. Antwerpen 3 maart 2011), *DCCR* 2012, 105-123.

(1976) Bv. Antwerpen 28 april 2014, *NJW* 2014, 701, noot R. STEENNOT.

(1977). Bv. Gent 29 juni 2011, *NJW* 2012, 387, noot MD = *DCCR* 2012 (94), 90. Vergelijk: Y. NINANE, “La garantie des biens de consommation: l’occasion de quelques précisions”, *RRD* 2010, 367 (oordeelt dat de wetgever voor stuiting van de verjaring had moeten opteren). Antwerpen 28 april 2014, *NJW* 2014, 701, noot R. STEENNOT. Zie ook D. DEFERME, “Rol van onderhandelingen bij de termijnen in de (consumenten)koop”, *TBBR* 2021 (te verschijnen).

(1978) R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1817.

(1979) Rb. Antwerpen (14de k. B) 3 maart 2011, *DCCR* 2012 (94), (105) 109-110, noot S. VAN LOOCK.

(1980) Kh. Nijvel 3 november 2009, *DCCR* 2011 (91), (81) 90, noot C. CAUFFMAN: gelet dat op de verkoper een verplichting rust om tijdig te reageren op ontvangen brieven waarmee hij niet instemt, kan wel geargumenteerd worden dat het stilzwijgen van de verkoper minstens een vermoeden van erkenning van aansprakelijkheid oplevert (dat leidt tot een stuiting van de verjaringstermijn).

(1981) Rb. Antwerpen (14de k. B) 3 maart 2011, *DCCR* 2012 (94), (105) 105, noot S. VAN LOOCK.

De schorsing loopt tijdens de periode vereist voor de herstelling of de vervanging van het goed of (conform de gemeenrechtelijke regeling van artikel 1648 oud BW) bij onderhandelingen tussen de koper en de consument met het oog op een minnelijke schikking. Bij het gemeen kooprecht vereist de rechtspraak voor de schorsing van de korte termijn van artikel 1648 oud BW dat de onderhandelingen een ernstig karakter hebben. Deze rechtspraak kan wellicht per analogie worden toegepast op de schorsing van de waarborgtermijn(1982).

439. PAS NA VERSTRIJKEN VAN WAARBORGTERMIJN TERUGVALLEN OP GEMEENRECHTELIJKE KOOPREGELS VOOR VORDERING TEGEN EINDVERKOPER – Artikel 1649^{quater} §5 oud BW(1983) bepaalt dat de consument pas na het verstrijken van de waarborgtermijn (ook garantietermijn of aansprakelijkheidstermijn genoemd) in artikel 1649^{quater} §1 oud BW kan terugvallen op de gemeenrechtelijke koopregeling(1984). De consument kan zich hier maar op beroepen zo het gebrek na het verstrijken van de waarborgtermijn optreedt(1985). Zo oordeelde het hof van beroep te Bergen dat dit niet het geval is wanneer de kopers van een nieuw voertuig zich beklagden over een terugkerend geluidsprobleem dat optrad tijdens de waarborgperiode, des te meer daar zij *in fine* niet het bestaan aantonen van het verborgen gebrek dat zij aanvoeren en er veertien maanden zijn verstreken tussen de laatste tussenkomst van de garage en de dagvaarding(1986).

In de meerderheid van die gevallen blijft deze heropleving van de gemeenrechtelijke vrijwaringsregeling inzake verborgen gebreken evenwel zonder gevolg(1987). De bewijslast (dat het gebrek bestaat bij de levering) is bijvoorbeeld uitermate zwaar.

Een toepassing uit de rechtspraak betrof de verkoop van een tweedehandsauto waar een onjuiste kilometerstand zich pas ter gelegenheid van een deskundigenonderzoek, meer dan een jaar na de levering had gemanifesteerd. Op het ogenblik van de verkoop werd een kilometerstand van 61.000 km opgegeven. Het werkelijk aantal gereden kilometers bedroeg 232.518 km. Een dergelijk belangrijk verschil tussen de opgegeven kilometerstand en de werkelijke

(1982) A. VAN OEVELEN, “De wet consumentenkoop”, *CBR Jaarboek 2005-2006* (Antwerpen: Maklu 2006), (119) nr. 26.

(1983) Gent 29 juni 2011, *NJW* 2012, 387, noot MD = *DCCR* 2012 (94), 90; Antwerpen 28 april 2014, *NJW* 2014, (701) 703, noot R. STEENNOT.

(1984) Bergen (12de k.) 20 oktober 2020, *JLMB* 2021, 409; Rb. Antwerpen (14de k. B) 3 maart 2011, *DCCR* 2012 (94), (105) 110-111, noot S. VAN LOOCK; Kh. Gent 1 maart 2010, *ECLI:BE:ORGNT:2010:JUG.20100301.14*, *juportal.be*; Antwerpen 28 september 2009, *RABG* 2013, 641.

(1985) R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 1649^{quater} BW”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2015), nr.8.

(1986) Bergen (12de k.) 20 oktober 2020, *JLMB* 2021, 409.

(1987) Y. VAN COUTER, E. KAIRIS, B. VANBRABANT, S. DE BOECK, S. KINART en H. D’HONDT, “De Consumentenkoop. De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij de verkoop van consumptiegoederen”, *CABG* 2005 (3), (1) 38-39 nr. 6.

kilometerstand maakt het voertuig ongeschikt voor het gebruik waartoe het bestemd is, minstens wordt dit gebruik zodanig verminderd dat de koper het voertuig niet of slechts tegen een mindere prijs zou hebben aangekocht, aangezien hierdoor de verwachte levensduur op het ogenblik van de verkoop sterk is ingekort, wat een verborgen functioneel gebrek inhoudt dat aanleiding geeft tot de toepassing van de wettelijke garantie. Het definitief deskundigen verslag werd neergelegd op 1 maart 2007 en reeds met besluiten, neergelegd op 18 april 2007, werd de ontbinding van de overeenkomst omwille van de onjuiste kilometerstand gevorderd. De vordering is bijgevolg binnen korte termijn en dus tijdig ingesteld(1988).

Een andere toepassing betrof diamanten die steeds los komen uit een ring; tweemaal binnen de waarborgperiode en een derde maal er buiten. Het loskomen van een diamant kan het gevolg zijn van bepaalde ongebruikelijke manipulaties met de ring of een accident waarin de ring betrokken kan geweest zijn. In dit geval kan het probleem niet beschouwd worden als een gebrek. De rechters oordeelde dat aan de hand van de voorliggende bewijselementen niet afdoende bewezen was of het mankement dat zich reeds twee maal voordeed een gebrek was dat in de kiem aanwezig was bij de verkoop van de ring dan wel een gevolg van externe omstandigheden en gelastte een deskundigenonderzoek(1989).

De vrijwaringsverplichting van de eindverkoper in de artikelen 1641 e.v. oud BW vinden dan ook geen toepassing bij toepasselijkheid van de wet consumentenkoop(1990). Deze beperking speelt maar in de relatie tussen de consument en de eindverkoper. De consument kan tijdens de garantietermijn rechtstreeks een vordering instellen tegen de producent op grond van het gemeen kooprecht(1991).

§ 4. FACULTATIEVE MELDINGSTERMIJN

440. FACULTATIEVE MELDINGSTERMIJN – De Richtlijn Consumentenkoop 1999 laat de lidstaten de keuze(1992) om i) geen meldingstermijn op te nemen; ii) een minimummeldingstermijn van 2 maanden op te leggen; iii) een langere meldingstermijn dan 2 maanden op te leggen(1993); of iv) de

(1988) Gent 20 juni 2011, *NJW* 2012, 387, noot M. DAMBRE

(1989) Rb. Antwerpen (14de k. B) 3 maart 2011, *DCCR* 2012 (94), (105) 105 en volgende, noot S. VAN LOOCK.

(1990) Antwerpen 6 februari 2018, *RW* 2019-20, (1107) 1108.

(1991) Luik (7de k.) 5 november 2009, *DCCR* 2010 (87), 80, noot M. HOSTENS.

(1992) E. HONDIUS, “Délais” in M.C. Bianca, S. Grundmann en S. Stijns (eds.), *La directive communautaire sur la vente* (Brussel: Bruylant 2004), 257 nr. 11.

(1993) Overweging 19 Richtlijn Consumentenkoop 1999.

keuze aan partijen over te laten(1994). In tegenstelling tot de Nederlandse wetgever(1995), heeft de Belgische wetgever geen verplichte meldingstermijn ingevoerd. Partijen kunnen een termijn overeenkomen waarbinnen de consument de verkoper op de hoogte moet brengen van het gebrek aan overeenstemming. De meldingstermijn is naar Belgisch recht dus facultatief. Wordt door de partijen niet voorzien in een meldingstermijn, dan geldt het gemeen kooprecht. Het gemeen kooprecht kent geen (korte) meldingstermijn en kent dus evenmin een sanctie die erop neerkomt dat de koper al zijn rechten ziet vervallen(1996). De meldingstermijn die partijen overeenkomen, mag niet korter zijn dan twee maanden vanaf de dag waarop de consument het gebrek heeft vastgesteld (art. 1649*quater* §2 oud BW)(1997).

De meldingstermijn moet contractueel bepaald zijn zodat het argument van een professionele verkoper dat een (beweerd) gebrek bij de hond hem pas voor het eerst in kennis is gesteld 7 maanden na het overlijden geen effect heeft, als het contract geen meldingstermijn bevat(1998).

De Richtlijn Consumentenkoop 2019 handhaaft de facultatieve meldingstermijn van minimum twee maanden(1999).

441. DRAAGWIJDTE VAN KENNISGEVINGSVERPLICHTING – Het Hof van Justitie van de EU moest zich uitspreken over de richtlijnconformiteit van de Nederlandse regeling. Artikel 7:23 in fine 2 NBW voorziet in een verplichte meldingstermijn doordat het bepaalt: “*Bij een consumentenkoop moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden, waarbij een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is*”. Het Hof preciseert hierbij de inhoud van de kennisgeving. Volgens de voorbereiding van de richtlijn beantwoordt de kennisgeving aan de behoefte om de rechtszekerheid te versterken door de koper aan te zetten tot een zekere waakzaamheid, terwijl tegelijkertijd de belangen van de verkoper in aanmerking

(1994) Zie D. STAUDENMEYER, “The directive on the sale of consumer goods and associated guarantees – a milestone in the European consumer and private law”, *European Review of private law* 2000, (547) 558, die de optionele kennisgeving als de slechtste bepaling van de richtlijn beschouwt, omdat ze niet leidt tot harmonisatie, die precies beoogd werd door de richtlijn.

(1995) Artikel 7:23, in fine 2 NBW bepaalt: “*Bij een consumentenkoop moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden, waarbij een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is*”.

(1996) Antwerpen 21 mei 2012, *NJW* 2013, (122) 122, noot R. STEENNOT.

(1997) Antwerpen (B7M k.) 30 juni 2020, *TBO* 2020, 377 = *RABG* 2020, 1252.

(1998) Antwerpen 21 mei 2012, *NJW* 2013, (122) 124, noot R. STEENNOT.

(1999) De Nederlandse versie van artikel 12 Richtlijn Consumentenkoop 2019 bepaalt dat deze *ten hoogste* twee maanden kan zijn vanaf het moment waarop het gebrek geconstateerd is door de consument. Dit is zonder meer een fout in de tekst. Zo wordt allereerst in overweging 46 gewag gemaakt van *ten minste* twee maanden. Ook de Engelse (“*at least two months*”) en de Franse (“*dans un délai d’au moins deux mois*”) versie van de Richtlijn Consumentenkoop 2019 maken duidelijk dat het om een vergissing gaat.

worden genomen, zonder hem een strikte verplichting op te leggen tot minutieus onderzoek van het goed. Uit de tekst van artikel 5, tweede lid Richtlijn Consumentenkoop, gelezen in samenhang met de negentiende overweging van die richtlijn, mag de aan de consument opgelegde verplichting niet verder gaan dan de verplichting om de verkoper op de hoogte te brengen van het bestaan van een gebrek aan overeenstemming. Wat de inhoud van die kennisgeving betreft, kan de consument in dat stadium niet worden verplicht te bewijzen dat een gebrek aan overeenstemming werkelijk een invloed heeft op het door hem gekochte goed. Aangezien de consument in vergelijking met de verkoper minder informatie tot zijn beschikking heeft over de eigenschappen van dat goed en de staat waarin dit is verkocht, kan hij evenmin worden verplicht om de precieze oorzaak van het gebrek aan overeenstemming aan te geven. Opdat de kennisgeving nuttig is voor de verkoper moet zij daarentegen een aantal aanwijzingen bevatten over de aard van het betrokken goed, de inhoud van de desbetreffende koopovereenkomst en de wijze waarop het gestelde gebrek aan overeenstemming zich concreet heeft gemanifesteerd. De mate van nauwkeurigheid waarin deze informatie moet worden verstrekt, varieert naargelang de omstandigheden van iedere zaak(2000).

442. CONTRACTUELE CLAUSULES KUNNEN (NIET-)TIJDIGE KENNISGEVING SANC-TIONEREN MET VERVAL VAN ALLE REMEDIES CONSUMENT – De wet voorziet in tegenstelling tot de richtlijn niet in sancties indien de consument nalaat binnen de contractueel overeengekomen periode de niet-conformiteit te melden. Sommige commentatoren wezen op het feit dat de consumentenkoop van dwingend recht is. De consument zou zijn rechten alleen kunnen verliezen in de gevallen die de wet zelf bepaalt. De niet-naleving van de contractuele verplichting zou enkel in het verlies van de wettelijk toegekende rechten kunnen resulteren indien de wet zelf in die mogelijkheid voorziet(2001). De meerderheidsopvatting daarentegen gaat ervan uit dat dat gelet op de partij-autonomie wel mogelijk is: de wetgever heeft in feite gebruik gemaakt van de mogelijkheid geboden door de richtlijn en nam geen expliciet verbod om in het verval van de rechten als sanctie te voorzien(2002). Deze meerderheidsopvatting is bevestigd door het Hof van Justitie van de EU in het arrest Faber. Artikel 5, lid 2 Richtlijn Consumentenkoop moet zo worden uitgelegd

(2000) HvJ 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, *Froukje Faber v Autobedrijf Hazet Ochten BV*, overwegingen 62-63, DCCR 2016 (110), 30-49, noot S. VANDEMAELE = TBH 2016, 348, noot L. TRAEST.

(2001) P.J. VANDEWALLE en T. POLLET, “De consumentenkoop: een nieuwjaarsgeschenk voor de consument”, *Cahier van de Jurist* 2005 (1), 8; *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-722, 7. Zie verklaring van de minister: “De termijn waarbinnen de consument het gebrek moet melden aan de verkoper is een informatieverplichting. Indien deze niet wordt gerespecteerd door de consument vormt dit een contractuele fout en zal er rekening worden gehouden met de schade die de verkoper door dit stilzwijgen heeft opgelopen” (Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door mevrouw VIENNE, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-722/3, 14-15).

(2002) C. BIQUET-MATHIEU, “La garantie des biens de consommation: présentation générale” in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brussel: die Keure 2005), 79 nr. 46.

dat het zich niet verzet tegen een nationale regel volgens welke de consument de rechten die hij aan die richtlijn ontleent niet kan uitoefenen dan wanneer hij de verkoper binnen bekwame tijd op de hoogte brengt van het gebrek aan overeenstemming. De kennisgevingsverplichting is voor de consument dan een *Obliegenheit*. Hiertoe is wel vereist i) dat die consument beschikt over een termijn van ten minste twee maanden na de datum waarop hij dat gebrek heeft vastgesteld, ii) de kennisgeving die hij moet doen alleen op het bestaan van dat gebrek betrekking heeft en iii) voor die kennisgeving geen bewijsregels gelden die het de Nederlandse regeling die een verval van rechten inhoudt bij afwezigheid van kennisgeving wordt derhalve richtlijnconform geacht. De uitspraak van het Hof van Justitie van de EU lijkt in ieder geval de richtlijnconformiteit van de meerderheidsopvatting te bevestigen(2003).

§ 5. VORDERING BINNEN VERJARINGSTERMIJN

443. VERJARINGSTERMIJN – De rechtsvordering van de consument verjaart na verloop van één jaar vanaf de dag waarop de consument het gebrek aan overeenstemming heeft vastgesteld zonder dat die termijn voor het einde van de waarborgtermijn van twee jaar mag verstrijken (art. 1649*quater* §3 oud BW)(2004). Is er meer dan een jaar verstreken, moet nagegaan worden of de termijn van de waarborg nog niet verstreken is.

444. DWINGENDE MINIMUMVERJARINGSTERMIJN VAN TWEE JAAR GELDT OOK BIJ CONVENTIONELE VERKORTING WAARBORGTERMIJN BIJ TWEDEHANDSGOEDEREN – HvJ ARREST FERENSCHILD – In de rechtspraak en rechtsleer heeft lange tijd onzekerheid geheerst over de vraag of de kortere verjaringstermijn ook geldt wanneer partijen bij de verkoop van tweedehandsgoederen gebruik maakten van de mogelijkheid om een kortere contractuele waarborgtermijn te bedingen. Zo oordeelde de vrederechter te Fléron dat de garantietermijn moet onderscheiden worden van de vordering van de consument. Zelfs indien de garantietermijn beperkt wordt tot één jaar, heeft dit geen gevolg voor de verjaring die niet sneller kan intreden dan twee jaar na de levering(2005). Het hof van beroep te Brussel was dan weer van mening dat de verjaringstermijn niet kon verstrijken ~~voor~~ de conventioneel éénjarige waarborgtermijn. De levering vond plaats op 12 oktober 2006 met een contractuele garantie van 12 maanden. Het voertuig kreeg pech op 13 september 2007. De dagvaarding werd betekend op 6 november 2008. De waarborgtermijn liep aldus tot 11 oktober 2007. Het gebrek heeft zich binnen deze periode gemanifesteerd. Het hof oordeelde evenwel dat gezien de vordering ruim een jaar na het verstrijken van de

(2003) B. TILLEMANS, “Koop – overzicht rechtspraak 2014-2017” in *Themis 102 – Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2017), (1) 48 nr. 90.

(2004) Bergen (12de k.) 20 oktober 2020, *JLMB* 2021 (9), 409; Antwerpen 30 juni 2020, *RABG* 2020, (1248) 1250.

(2005) Vred. Fléron 2 september 2014, *T.Vred.* 2015, 415, noot M. ENGLEBERT. Deze letterlijke interpretatie werd door ENGLEBERT evenwel bekritiseerd.

waarborgtermijn betekend is, deze verjaard is(2006). Het is voornamelijk de laatste redenering van het hof die van belang is. Deze veronderstelt immers dat het hof geen verlenging had toegekend gelijk aan de wettelijke tweejarige waarborgtermijn(2007). Voor de koper zou dit weinig hebben uitgemaakt nu zelfs met een verlenging tot 11 oktober 2008 de vordering ingesteld op 6 november te laat zou zijn. Het hof van beroep te Luik oordeelde eveneens dat wanneer partijen de waarborgtermijn verkort hebben naar één jaar, deze termijn als referentie geldt om te bepalen of de verjaringstermijn al verjaard kan zijn(2008).

Het Hof van Justitie van de EU beslechtte de discussie definitief in het arrest Ferenschild(2009). De waarborgtermijn en verjaringstermijn zijn twee verschillende termijnen. Artikels 5, eerste lid, en 7, eerste lid, tweede alinea van Richtlijn Consumentenkoop 1999 moeten zo worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regel van een lidstaat volgens welke de verjaringstermijn voor de vordering van de consument korter kan zijn dan twee jaar vanaf de aflevering van de goederen, wanneer die lidstaat gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid die wordt geboden door de tweede van die bepalingen en de verkoper en de consument met betrekking tot de tweedehandsgoederen in kwestie een aansprakelijkheidstermijn voor de verkoper van minder dan twee jaar – concreet één jaar – zijn overeengekomen. Een andere uitleg zou afbreuk doen aan het verlangde dwingende eenvormige minimumniveau van consumentenbescherming waarvan partijen niet bij overeenkomst mogen afwijken en waarvan de lidstaten moeten toezien op de naleving ervan(2010). De verjaringstermijn kan dus niet korter zijn dan twee jaar vanaf de levering zelfs wanneer contractueel bepaald is dat de waarborgtermijn slechts één jaar is. Op dezelfde wijze vernietigde het Hof van Cassatie een arrest dat bepaalde dat de vordering (dagvaarding op 29 november 2016) verjaard was terwijl de

(2006) Brussel (16de k.) 5 maart 2014, 2011/AR/1026, juportal.be.

(2007) M. ENGLEBERT, “La garantie des biens de consommation: quelques questions non résolues par la loi” (noot onder Vred. Fléron 2 september 2014), *T.Vred.* 2015, (421) 423 voetnoot 14.

(2008) Luik 16 december 2014, 2012/RG/1395, juportal.be, 3.3: “*Dans le cas où les parties auraient réduit le délai de la garantie à un délai inférieur à 2 ans, sans qu’il puisse être inférieur à 1 an, en cas de vente d’un véhicule d’occasion, les mots “sans que ce délai puisse expirer avant la fin du délai de deux ans, prévu au § 1er” doivent se lire dans l’article 1649quater, §3, comme: “sans que ce délai puisse expirer avant la fin du délai prévu par les parties conformément au § 1er, alinéa 3” (voir en ce sens La nouvelle garantie des biens de consommation La Charte 2005, C. BIQUET-MATHIEU page 80)*”.

(2009) HvJ 3 juli 2017, C-133/16, ECLI:EU:C:2017:541, *Christian Ferenschild t. JPC Motor SA*; *T.Vred.* 2017, 484-485: “*Artikel 5, lid 1, en artikel 7, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regel van een lidstaat volgens welke de verjaringstermijn voor de vordering van de consument korter kan zijn dan twee jaar vanaf de aflevering van de goederen, wanneer die lidstaat gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid die wordt geboden door de tweede van die bepalingen en de verkoper en de consument met betrekking tot de tweedehandsgoederen in kwestie een aansprakelijkheidstermijn voor de verkoper van minder dan twee jaar – concreet één jaar – zijn overeengekomen*”.

(2010) HvJ 3 juli 2017, C-133/16, ECLI:EU:C:2017:541, *Christian Ferenschild t. JPC Motor SA*.

tweedehandswagen was geleverd op 27 september 2014 en de waarborgtermijn bovendien was gestuit gedurende 203 dagen (23 dagen voor reparatie en 180 dagen voor onderhandelingen)(2011).

De ondernemingsrechtbank te Kortrijk stelde dat ook wanneer de waarborgtermijn conventioneel verlaagd is naar één jaar, de rechtsvordering van de consument niet kan verjaren voor het einde van de wettelijke termijn van twee jaar. De wagen werd geleverd in juni 2017 en het gebrek werd meegedeeld op 21 september 2017. Gezien de dagvaarding werd betekend op 22 oktober 2018, was de vordering nog niet verjaard(2012).

Het hof van beroep te Antwerpen (kamer B7) was een andere visie toegedaan en stelt in een arrest van 6 februari 2018 dat *“voor tweedehandsgoederen geldt dat de verjaringstermijn niet kan verstrijken voor de waarborgtermijn is verstreken. Dit wil zeggen dat in het geval waarin door partijen contractueel in een waarborgtermijn van één jaar werd voorzien, de verjaringstermijn niet kan verstrijken voor de één jaar durende waarborg is verstreken. De verjaringstermijn bij tweedehandsgoederen is aldus korter dan de verjaringstermijn van nieuwe goederen”*(2013). In casu vond de levering van het tweedehandstvoertuig plaats in augustus 2010. Het gebrek ontstond op 9 juli 2011. De consument moest volgens het hof zijn vordering hebben ingesteld uiterlijk op 9 juli 2012. De termijn werd niet verlengd gezien de waarborgtermijn reeds verstreken was (augustus 2011). De vordering werd pas door de consument ingeleid op 26 juli 2012 waardoor het hof concludeerde dat deze verjaard was. In het licht van Ferenschild moet deze conclusie uit het arrest afgewezen worden. In zoverre dat de waarborgtermijn ingekort is tot één jaar mag de verjaringstermijn niet verstrijken voor de tweejarige termijn. Dit betekent in het arrest van het hof van beroep te Antwerpen dat de vordering van de consument nog niet verjaard was. Het gebrek was vastgesteld binnen de waarborgtermijn (vaststelling op 9 juli 2011 en einde waarborgperiode in augustus 2011). De verjaringstermijn loopt in principe tot 9 juli 2012, maar

(2011) Cass. 6 maart 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200306.1F.3; J. VAN MEERBEECK, “Le délai de prescription de l'action en non-conformité d'un bien d'occasion”, *Les pages* 2017 (17), 1; S. JANSEN, “Garantie- vs. verjaringstermijn bij tweedehandsgoederen in de consumentenkoop: niet zomaar op dezelfde leest”, *DCCR* 2018, 100.

(2012) Orb. Gent (afd. Kortrijk) (9de k.) 24 oktober 2019, *DCCR* 2020, (129) 132, noot H. SLACHMUYLDERS, die stelt dat de rechtbank zich vergist heeft en de vordering weldegelijk is verjaard. De termijn van twee jaar als voorzien in art. 1649^{quater} §1 oud BW zou in het geval van een conventionele éénjarige waarborgtermijn moeten gelezen worden als een termijn van één jaar. In zoverre dat de waarborgtermijn dus verstreek in juni 2018 en de eiser het gebrek meedeelde op 21 september 2017 is een vordering gebracht op 22 oktober 2018 verjaard. De vergissing zou begrijpelijk zijn in het licht van de onduidelijke wettekst (H. SLACHMUYLDERS, “Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop” (noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019), *DCCR* 2020, (135) 140). Deze argumentatie is wellicht moeilijk verzoenbaar met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU in het arrest Ferenschild.

(2013) Antwerpen 6 februari 2018, *RW* 2019-20, (1107) 1108.

moet verlengd worden tot augustus 2012. Een vordering ingesteld op 26 juli 2012 is dan ook niet verjaard.

Artikel 10.6 Richtlijn Consumentenkoop 2019 wijkt af van Ferenschild. Terwijl artikel 7.1 Richtlijn Consumentenkoop 1999 bepaalt dat de lidstaten voor tweedehandsgoederen een kortere *aansprakelijkheidstermijn* mag invoegen die niet korter is dan één jaar (art. 1649*quater* §1 derde lid oud BW), bepaalt artikel 10.6 Richtlijn Consumentenkoop 2019 dat de lidstaten een kortere *garantie- of verjaringstermijn* mogen inlassen voor tweedehandsgoederen die echter niet korter mag zijn dan één jaar(2014).

445. ONDERHANDELINGEN TIJDENS WAARBORGTERMIJN SCHORSEN VERJARINGSTERMIJN INDIRECT – In het gemeen recht wordt de korte termijn van artikel 1648 oud BW geschorst door ernstige onderhandelingen met redelijke kans op goede afloop in verband met het treffen van een minnelijke regeling. Het valt te betreuren dat er in de consumentenkoop geen wettelijke regeling bestaat over de schorsing van de verjaringstermijn (ofschoon de Richtlijn Consumentenkoop 1999 dat uitdrukkelijk toeliet gedurende onderhandelingen tussen koper en verkoper en voor de periode van herstelling of vervanging)(2015), wat nochtans wel het geval is voor de waarborgtermijn. Daar in een schorsing is voorzien van de waarborgtermijn, en vermits de verjaringstermijn niet mag verstrijken voor de waarborgtermijn, heeft een schorsing van de waarborgtermijn ook tot gevolg dat de verjaringstermijn indirect mee wordt geschorst(2016).

Het Hof van Cassatie vernietigde een arrest dat bepaalde dat de vordering (dagvaarding op 29 november 2016) verjaard was terwijl de tweedehandswagen was geleverd op 27 september 2014 en de waarborgtermijn bovendien geschorst was gedurende 203 dagen (23 dagen voor herstelling en 180 dagen voor onderhandelingen)(2017).

De verjaringstermijn kan gestuit worden door een dagvaarding voor het gerecht (extensief te interpreteren), een bevel tot betaling of beslag (art. 2244 oud BW). De onderhandelingen tussen de partijen over een minnelijke schikking

(2014) Zie in dit verband overweging 43 Richtlijn Consumentenkoop 2019.

(2015). Overweging 18 Richtlijn Consumentenkoop 1999. Onder de Richtlijn Consumentenkoop 2019 kunnen lidstaten bij herstelling, vervanging of onderhandelingen tussen verkoper en consument met het oog op een minnelijke schikking voorzien in een opschorting of onderbreking van de aansprakelijkheids- of verjaringstermijn (overweging 44).

(2016) *Parl. St.* Kamer 2002-03, MvT, 17 *in fine*. R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1820 nr. 526; Vergelijk anders: Bergen 15 november 2018, 2017/800, niet-gepubliceerd (geciteerd in L. DEBROUX, “Garantie des biens de consommation: les causes de suspension du délai de garantie ne s’étendent pas au délai de prescription de l’action!”, *Les pages* 2019 (49), 1).

(2017) Cass. 6 maart 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200306.1F.3. J. VAN MEERBEECK, “Le délai de prescription de l’action en non-conformité d’un bien d’occasion”, *Les pages* 2017 (17), 1; S. JANSSEN, “Garantie- vs. verjaringstermijn bij tweedehandsgoederen in de consumentenkoop: niet zomaar op dezelfde leest”, *DCCR* 2018, 100.

stuit de verjaring niet(2018). Evenmin stuit een dagvaarding in kort geding van een verkoper van een tweedehandsauto om een deskundige aan te stellen de verjaring vermits deze vordering niet een vordering is tot vaststelling van een recht maar wel een onderzoeksmaatregel(2019).

D. REMEDIES(2020)

§ 1. GETRAPT SYSTEEM: HIËRARCHIE

446. HIËRARCHIE: 1) PRIMAIR KEUZERECHT TUSSEN HERSTEL OF VERVANGING, 2) SECUNDAIR PRIJSVERMINDERING OF ONTBINDING – Valt de overeenkomst onder het toepassingsgebied van de Wet Consumentenkoop en zijn de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de verkoper vervuld, dan kan de koper aankloppen bij de verkoper ter remediëring. De koper moet hierbij een getrapte systeem volgen. In eerste instantie heeft hij recht om van de verkoper het kosteloze herstel of de kosteloze vervanging van het goed te vorderen (art. 1649*quinquies*, §2 oud BW). Herstel wordt in de wet gedefinieerd als het consumptiegoed in overeenstemming brengen met de overeenkomst (art. 1649*bis*, §6 oud BW). Vervanging wordt niet gedefinieerd, maar verwijst naar de situatie waarin een conform goed de plaats inneemt van een gebrekkig goed(2021). In de praktijk gebeuren herstelling of vervanging vaak buitengerechtelijk(2022). Toch kan dit ook op last van de rechter gebeuren, desgevallend onder verbeurte van een dwangsom(2023).

447. HIËRARCHIE VOOR ZOWEL KOPER ALS VERKOPER – Conform het gemeen verbintenissenrecht is uitvoering *in natura* niet alleen een recht voor de

(2018) Antwerpen 6 februari 2018, *RW* 2019-20, (1107) 1108.

(2019) Luik (3de k.) 16 december 2014, *JLMB* 2017, 42.

(2020) Over remedies in nieuwe Richtlijn Consumentenkoop 2019, zie S. STIJNS en S. JANSEN, “Remedies bij consumentenkoop”, in I. Claeys en E. Terryn (eds.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten* (Antwerpen: Intersentia 2020), 181.

(2021) Kh. Gent (afd. Dendermonde) 7 juni 2018, *DCCR* 2019, (103) 112.

(2022) Vgl. M. HIGHNY, “La place de l’abus de droit en matière de vente de biens de consommation” (noot onder Kh. Hasselt 21 november 2007), *TBBR* 2009, (312) 314, nr. 5; P. WÉRY, “Les droit légaux du consommateur en cas de défaut de conformité” in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brussel: die Keure 2005), (127) 143-144, nr. 20. Voor de subsidiaire remedies is nochtans betwist of dit buitengerechtelijk kan, dan wel gerechtelijk moet. P. WÉRY stelt dat dit niet *ipso facto* gerechtelijk moet, terwijl S. STIJNS uitgaat van gerechtelijke prijsvermindering en ontbinding (S. STIJNS, “De remedies van de koper bij niet-conformiteit” in S. Stijns en J. Stuyck (eds.), *Het nieuwe kooprecht – De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen* (Antwerpen: Intersentia 2005) (53) 76-77, nr. 55, bevestigend: S. JANSEN, “Hiërarchie der remedies bij consumentenkoop: bescherming van consumenten en verkopers?” (noot onder Gent 20 oktober 2010), *DCCR* 2012, (132) 145-146 nr. 21).

(2023) R. STEENNOT, “Art. 1649*quinquies*”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2015), 16, nr. 18.

consument, maar ook een recht voor de verkoper(2024). De primauteit van de sancties in de consumentenkoop dringt zich niet alleen op aan de verkoper, maar ook aan de consument-koper, die in principe geen ontbinding of prijsvermindering boven herstelling of vervanging kan eisen(2025). Omgekeerd kan ook de verkoper de herstelling of vervanging aan de consument opdringen(2026). De voorkeur voor de uitvoering in natura d.m.v. herstel laat de producent toe schaalvoordelen voor de verkoper te realiseren (investeringen in apparatuur voor herstel, specialisatie van personeel belast met herstel en beheer van stock van onderdelen). Dit geldt in zekere mate ook bij de vervanging (stock van producten).

De consument heeft slechts recht op een passende prijsvermindering of de ontbinding van de koopovereenkomst (art. 1649*quinquies*, §3 oud BW) zo hij geen aanspraak kan maken op herstel of vervanging of de verkoper niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument de herstelling of de vervanging heeft verricht(2027). Zo de ontbinding wordt gevorderd moeten partijen terug in hun oorspronkelijke positie geplaatst worden(2028). De koper kan daarnaast recht hebben op een aanvullende schadevergoeding (art. 1649*quinquies*, §1 oud BW). De voorkeur van de primaire remedies herstel en vervanging wordt ook verdedigd vanuit de duurzaamheidsgedachte, waarnaar vandaag in toenemende mate wordt gezocht in het licht van de groeiende tendens die streeft naar een duurzame consumptie binnen een circulaire economie(2029). Herstel en vervanging zouden als remedies minder verspilling veroorzaken. Dit behoeft wellicht nadere kritische reflectie nu prijsvermindering en ontbinding niet *ipso facto* milieuvriendelijker zijn. Ontbinding en vervanging impliceert dat het verkochte goed bij de verkoper komt. De milieuvriendelijkheid hangt uiteindelijk af van de

(2024) S. JANSEN, “Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: EU vs VS”, *TPR* 2017, (181) 193 nr. 9; S. DE REY, *Herstel in natura* (Brugge: die Keure 2019) nr. 376; P. WÉRY, “Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité”, in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry, (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005) (127) 144 nr. 20.

(2025) O.a. Antwerpen 28 april 2014, *NJW* 2014, 701, noot R. STEENNOT; Kh. Turnhout 5 juni 2014, *NJW* 2014, (950) 953, noot R. STEENNOT.

(2026) S. JANSEN, “Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: ook in het voordeel van de verkoper” (noot onder Bergen (7de k.) 22 december 2016), *TBBR* 2017, (539) 541 nr. 7; S. JANSEN, “Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: EU vs. VS”, *TPR* 2017, (181) 193 nr. 9.

(2027) Rb. Brussel (76ste k.) 7 mei 2009, *RGD* 2009, 362, Y. NINANE; Bergen (16de k.) 15 december 2016, *JT* 2017, 445.

(2028) Gent 10 oktober 2012, *NJW* 2013, 709, noot R. STEENNOT.

(2029) Richtlijn Consumentenkoop 2019 Overweging 48: “*Dat consumenten om herstelling kunnen verzoeken, moet bovendien duurzame consumptie stimuleren en kan bijdragen tot duurzamere producten*”. Zie in extenso, bijvoorbeeld E. TERRY, “A right to repair? Towards sustainable remedies in consumer law”, *ERPL* 2019, 851; E. TERRY, “A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law”, in B. Keirsbilck en E. Terry (eds.), *Consumer protection in a circular economy* (Antwerpen: Intersentia 2019) 127; E. VAN GOOL, “De nieuwe richtlijn consumentenkoop en duurzame consumptie” in B. Keirsbilck en E. Terry (eds.), *Consumer protection in a circular economy* (Antwerpen: Intersentia 2019) 303 e.v.

vraag of de producent de primaire goederen al dan niet recycleert. Bij prijsvermindering behoudt de consument het goed en wordt er geen nieuw extra goed geproduceerd. Er is betoogd dat een vrije keuze voor ontbinding en vervanging de producent dan weer zou kunnen aanzetten om duurzamer te produceren(2030).

448. RECHTERLIJKE BEVOEGDHEID IN GETRAPPT KEUZERECHT: AMBTSHALVE OPLEGGING VAN PRIMAIRE/SECUNDAIRE REMEDIE? – De rechter kan in beginsel enkel de remedies inwilligen die gevorderd worden en kan, in principe, niet *ultra petita* een remedie toewijzen(2031). Sinds het cassatiearrest van 14 april 2005(2032), waarin het beschikkingsbeginsel op een modernere manier wordt ingevuld in het licht van de meedenkende rechter en de rechtspraak die daarop is gevolgd, is ons recht op dit punt echter volop in beweging, wat tot genuanceerde antwoorden dwingt(2033).

We moeten twee hypothesen onderscheiden. In een eerste hypothese vordert de eiser-koper één van de primaire of subsidiaire rechtsmiddelen. Hij vordert bijvoorbeeld enkel de ontbinding van de koop. In dit geval stelt veel rechtspraak en rechtsleer dat het onderscheid tussen de beide primaire of tussen de beide subsidiaire middelen dermate vaag is dat de middelen elkaar impliceren(2034). Met name zou prijsvermindering kunnen worden beschouwd als een ‘partiële ontbinding’ en vervanging als ‘verregaande herstelling’. Het onderscheid is soms flinterdun. Om die reden is er rechtspraak die aanvaardt dat de rechter die het ander rechtsmiddel van dezelfde categorie toewijst, zonder dat dit expliciet gevorderd werd, het beschikkingsbeginsel niet overtreedt omdat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt(2035). Volgens het Hof van Cassatie is het voorwerp van de vordering “*het feitelijke resultaat*

(2030) S. JANSEN, “Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: EU vs VS”, *TPR* 2017, (181) 196 nr. 12.

(2031) Dat zou ingaan tegen het beschikkingsbeginsel in art. 1138, 2° en 3° Ger.W.; Gent 22 januari 2003, *TBH* 2004, 551, noot K. LAVEYT; Luik 2 juni 2004, *JLMB* 2004, 1729; C. JASSOGNE en M. VAN WUYTSWINKEL, “La vente” in *Traité pratique de droit commercial* (Waterloo: Kluwer 1990), 261.

(2032) Cass. 14 april 2005, *ECLI:BE:CASS:2005:ARR.20050414.8*, *Arr.Cass.* 2005, 868, concl. = *Pas.* 2005, 862, concl. = *JT* 2005, 659, noot J. VAN COMPERNOLLE = *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL = *RABG* 2005, 1663, noot R. VERBEKE = *Soc.Kron.* 2008, 497 = *P&B* 2005, 300, noot.

(2033) Over deze vraag i.v.m. gemeenrechtelijke sancties wegens wanprestatie, zie bv. S. DE REY, “Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2020), nrs. 22 e.v.

(2034) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces* (Antwerpen: Intersentia 2007), 270-271; J. NORMAND, “Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction” in J. van Compernelle en G. Tarzia (eds.) *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, (Brussel: Bruylant 1998), (137) 139-140.

(2035) Bergen 12 maart 2001, *TBBR* 2002, 245.

dat de eiser met zijn vordering beoogt”(2036). De hamvraag is dus of de rechter het feitelijk resultaat wijzigt dat de consument-koper met zijn vordering beoogt. Zo verdedigen J.-F. Van Drooghenbroeck en sommige rechtspraak dat de rechter nooit ambtshalve kan kiezen tussen de *actio aestimatoria* en *actio redhibitoria*(2037), aangezien dit het feitelijk resultaat voor de consument-koper wijzigt: bij een prijsvermindering bestaat geen restitutieplicht, terwijl bij een ontbinding in principe wel een restitutieplicht bestaat. In ieder geval kan de eiser zijn vordering tot aan de sluiting der debatten verfijnen op basis van artikel 807 Ger.W., behoudens indien hij in uitdrukkelijke gevallen verzaakte aan één van de middelen(2038).

In een tweede hypothese vordert de eiser-koper enkel primaire of subsidiaire rechtsmiddelen. Hij eist bijvoorbeeld ontbinding en prijsvermindering. Aangezien het voorwerp van de primaire en subsidiaire rechtsmiddelen verschilt, is het moeilijk te aanvaarden dat de rechter *ultra petita* een niet-gevorderde remedie van de andere categorie kan toewijzen, hoewel ook in deze hypothese de mogelijkheid bestaat om via artikel 807 Ger.W. de vordering aan te passen(2039). Bovendien heeft de rechter de mogelijkheid om de debatten te openen indien van artikel 874 Ger.W. geen gebruik werd gemaakt. Deze mogelijkheid om in de loop van een geding het gekozen rechtsmiddel te verfijnen na de gedinginleidende akte is trouwens een vereiste gesteld door het Europees recht.

Op 3 oktober 2013 sprak het Europees Hof van Justitie van de EU zich over deze materie uit naar aanleiding van een Spaanse prejudiciële vraag over de

(2036) Bv. Cass. 14 december 2017, ECLI:BE:CASS:2017:CONC.20171214.5, *Con.M.* 2018, 39, noot J. ROGGE = *RABG* 2018, 350, noot B. MAES en L. VANNECKE; Cass. 9 maart 2018, C.17.0517.F, *RCJB* 2020, noot J.-Fr. van Drooghenbroeck = *TBBR* 2019, 239, noot S. GOLDMAN en R. JAFFERALI; Cass. 5 september 2019, C.18.0302.N, *NJW* 2020, 78, noot F. AUVRAY en K. RONSJN = *RABG* 2020, 554 = *RGAR* 2020, nr. 15.646 = *JLMB* 2020, 1068, noot G. GENICOT. Zie B. WYLLEMAN, “De verplichting van de burgerlijke rechter om ambtshalve rechtsgronden op te werpen” in *Jaarverslag 2017* Hof van Cassatie van België, www.justitie.belgium.be, (161) 163; J.-Fr. van Drooghenbroeck, *Cassation et juridiction. Iura dicit curia* (Brussel: Bruylant 2004) nrs. 239-240; J.-Fr. van Drooghenbroeck, “Le juge et le contrat”, *TBBR* 2007, (595) 616-617 nrs. 43-44; J.-Fr. van Drooghenbroeck, “Chronique de l’office du juge” (noot onder Cass. 22 maart 2012, Cass. 28 september 2012, Cass. 4 oktober 2012, Cass. 5 november 2012, Cass. 14 december 2012 en Cass. 13 maart 2013), *JLMB* 2013, 1305 nr. 14; J.-Fr. van Drooghenbroeck, “La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent” in S. Stijns en P. Wéry (eds.), *De rol van de rechter in het contract* (Brugge: die Keure 2014) (1) 66 nrs. 65 e.v.; J.-Fr. van Drooghenbroeck, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en 9 maart 2018), *RCJB* 2020, 9 e.v.; S. JANSEN, “Het beschikkingsbeginsel en de prijsvermindering/schadevergoeding in de consumentenkoop” (noot onder Cass. 23 januari 2015), *RW* 2016-17, (504) 505-506; Ph. Thion, “Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering”, *NJW* 2003, (726) 733-374, nr. 24. (2037) Gent 22 januari 2003, *TBH* 2004, 551, noot K. LAVEYT; Luik 2 juni 2004, *JLMB* 2004, 1729; Luik 14 januari 2000, *JLMB* 2001, 1684; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit curia* (Brussel: Bruylant 2004), nrs. 239-240. (2038) Luik 20 maart 2001, *JLMB* 2001, 1698. (2039) F. PEERAER en S. JANSEN, “Hof van Justitie beschermt keuzerecht consument bij gebrekkige zaak”, *De Juristenkrant*, 2013 (277), 2.

Richtlijn Consumentenkoop 1999(2040). Een consument koopt een wagen met uitschuifbaar dak van een professionele verkoper. De wagen vertoont verschillende gebreken waarbij de regen door het gesloten dak sijpelt. De consument stelt eerst vervanging voor, maar de verkoper weigert dit. De consument trekt hierop naar de rechter waar enkel de ontbinding wordt gevorderd. De Spaanse rechter oordeelt echter dat het gebrek niet ernstig genoeg is voor ontbinding. Daarnaast meent de Spaanse rechter dat de consument geen recht heeft op prijsvermindering gezien deze vordering niet was ingesteld. Hij moest dit vorderen bij de inleiding van het geding volgens het Spaans recht. Gezien er twijfel is over de conformiteit van deze Spaanse regel met de Richtlijn Consumentenkoop wordt een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU gesteld. Het Hof achtte de Spaanse regelgeving in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel; dit houdt in dat nationale procedureregels de uitoefening van onder het EU-recht toegekende rechten niet uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk mogen maken. Gezien het in Spanje niet mogelijk was voor de rechter noch voor de consument-eiser om de vordering te verfijnen na de gedinginleidende akte deed het Spaanse procesrecht afbreuk aan dit beginsel(2041). Het nationale recht moet toelaten dat de rechter alternatieve remedies kan toestaan of de consument de kans moet hebben zijn oorspronkelijke vordering bij te stellen of een nieuwe procedure te starten(2042). Het Belgisch recht is in dit opzicht alleszins niet strijdig met de rechtspraak en doorstaat de doeltreffendheidstoets(2043).

449. GEVOLGEN VAN MISKENNING VAN HIËRARCHIE VAN REMEDIES – In veel gevallen respecteert de consument deze dwingende wettelijke hiërarchie en bevestigt rechtspraak de door de consument gemaakte keuze(2044). In andere gevallen verkiest de consument verkeerdelijk een secundaire remedie terwijl de toepassing van een primaire remedie perfect mogelijk is, zodat rechtspraak de vordering van de consument afwijst. Zo eiste een consument prijsvermindering voor een aangekochte tweedehandswagen waarvan de distributieriem gebrekkig bleek. *In casu* had de verkoper tijdig aangeboden de wagen te herstellen, maar gaf de consument de verkoper geen kans om dit te doen en liet hij de wagen bij een derde herstellen. Bijgevolg werd de

(2040) HvJ 3 oktober 2013, C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637, *Soledad Duarte Hueros t. Autociba, Automoviles Citroën Espana*, *TBH* 2014, 152-159, noot S. JANSSEN.

(2041) *Ibidem*.-

(2042) E. TERRYEN en E. VAN LOOCKE, “CDR-entiteiten en consumentenrecht. Capita selecta” in S. VOET (ed.), *CDR in België. Buitengerechtelijke beslechting en oplossing van consumentengeschillen* (Brugge: die Keure 2018), (11) 16.

(2043) B. TILLEMANS m.m.v. D. DE TROIJ, “Overzicht van rechtspraak kooprecht (2011-2014), *Themis* 92 – bijzondere overeenkomsten (Brugge: die Keure 2015), (71) 112 nr. 78.

(2044) Bv. Luik 28 mei 2009, *JLMB* 2011, 477; Luik 25 maart 2011, *DCCR* 2012, 83, noot M. DUPONT = *DAOR* 2011, 505, noot = *JLMB* 2012, 221 = *RDTI* 2012, 67, noot J. HENROTTE; Antwerpen 29 april 2013, *RW* 2014-15, 1067; Rb. Brussel 7 mei 2009, *JT* 2009, 737 = *RRD* 2009, 362, noot Y. NINANE; Rb. Antwerpen 11 april 2008, *RW* 2010-11, 115, noot; Rb. Antwerpen (afd. Turnhout, k. TB 5) 28 november 2016, *RW* 2017-18, 1396.

vordering tot prijsvermindering afgewezen(2045). In een vergelijkbare zaak liet de consument een non-conforme mobilhome bij een derde herstellen, zonder de verkoper in gebreke te stellen of de gelegenheid te geven om de mobilhome zelf te herstellen. De gevorderde prijsvermindering honoreerde de rechter niet(2046). In een andere zaak eiste de consument de ontbinding van de koop omdat de poten van de geleverde zetel cirkelvormig in plaats van vierkant waren. Om dezelfde reden wees de rechter deze vordering af(2047). In nog een andere zaak over de verkoop van een tweedehandswagen en een defecte EGR-klep eiste de consument ontbinding van de koop, omdat hij de wagen ondertussen verkocht had. Nu de verkoper zijn intentie tot herstelling van de wagen had geuit, had de consument zich op de primaire remedies moeten beroepen en wezen de rechters de ontbinding af(2048). De rechtspraak is vaak streng, want soms wordt geoordeeld dat een consument door deze verkeerde beslissing eveneens zijn recht op een toekenning van een (aanvullende) schadevergoeding verliest(2049). Deze rechtspraak wordt evenwel bekritiseerd, in die zin dat het redelijker wordt geacht om de consument louter dat deel van de schadevergoeding te ontzeggen dat overeenstemt met diens schending van zijn schadebeperkingsplicht(2050).

450. KENNISGEVING KEUZE BUITENGERECHTELIJKE REMEDIE MAAKT KEUZE IN PRINCIPE DEFINITIEF BEHOUDENS ANDERSLUIDEND AKKOORD – Zowel herstelling/vervanging en de ontbinding kunnen ook buitengerechtelijk plaatsvinden. De keuze van een buitengerechtelijke remedie gebeurt door de consument op basis van een eenzijdige mededelingsplichtige rechtshandeling. De keuze wordt derhalve pas definitief nadat de consument de eindverkoper hiervan in kennis heeft gesteld(2051). Eens de eindverkoper kennis heeft of redelijkerwijs kennis kon krijgen van de kennisgeving, kan deze zonder instemming van de eindverkoper niet meer eenzijdig gewijzigd worden. Ook eenzijdige rechtshandelingen zijn immers bindend, tenzij de persoon die de rechtshandeling stelt een voorbehoud formuleert. Indien men de consument zomaar

(2045) Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT = *TGR* 2009, 300 = *RW* 2010-11, 540, noot S. MARYSSE.

(2046) Rb. Tongeren 14 juni 2010, *T.Vred.* 2012, 298, noot C. DELFORGE.

(2047) Gent 20 oktober 2010, *DCCR* 2012, 124, noot S. JANSEN.

(2048) Bergen (7de k.) 22 december 2016, *TBBR* 2017, 539.

(2049) Zie bv. Gent 27 mei 2009, *NJW*, 2010, 200, noot R. STEENNOT = *RW* 2010-11, 540, noot S. MARYSSE = *TGR-TWVR* 2009, 300.

(2050) Zie voor deze opvatting: S. MARYSSE, “De Wet Consumentenkoop: enkele beschouwingen” (noot onder Gent 27 mei 2009), *RW* 2010, (545) 547; H. SLACHMUYLDERS, “Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop” (noot onder Orb. Gent, afd. Kortrijk 24 oktober 2019), *DCCR* 2020, (135) 144; R. STEENNOT, “Garantietermijn tweedehandsgoederen” (noot onder Gent 27 mei 2009), *NJW* 2010, (204) 204. Zie ook: S. JANSEN, “Hiërarchie in de remedies bij consumentenkoop: bescherming van consumenten en verkopers?” (noot onder Gent 20 oktober 2010), *DCCR* 2012, (132) 144.

(2051) P. WÉRY, “Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité”, in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry, (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005) (127) 137.

toelaat eenzijdig zijn keuze te wijzigen zou dit de praktische organisatie van de verkoper kunnen verstoren die misschien al de nodige schikkingen heeft getroffen om in te gaan op de initiële vraag van de koper. Vanaf de kennisgeving van een vraag tot herstel of vervanging, moet in ieder geval gewacht worden op de afloop van een (redelijke) termijn (verleend) voor herstel of vervanging vooraleer eenzijdig te opteren voor een alternatieve remedie(2052). Een eventuele wijziging van zijn keuze kan enkel in onderling akkoord tussen verkoper en consument(2053).

De voorgaande situatie is te onderscheiden van deze waarin de koper na herstelling of vervanging het goed terug in gebruik neemt en een ander gebrek ontdekt. Bij een nieuw gebrek kan de consument opnieuw een beroep doen op het sanctiearsenaal uit de consumentenkoop(2054). Wanneer de niet-conformiteit niet adequaat werd geremedieerd, kan de koper opnieuw dezelfde remedie vragen. Als daaraan niet wordt voldaan binnen een redelijke termijn of zonder grote overlast, moet de consument een subsidiaire remedie kiezen(2055).

Het is betwist of de consument nog een herstelling of vervanging kan vragen nadat de initieel gekozen remedie niet effectief bleek. Sommigen stellen dat nergens bepaald is dat, eens men geopteerd heeft voor een van de primaire remedies (herstel/vervanging), dit de alternatieve primaire remedie uitsluit. Dit zou ingaan tegen het principe dat de richtlijn en de wet consumentenkoop zoveel mogelijk de uitvoering *in natura* wensen te bevorderen(2056). Anderen stellen dat het onderscheid tussen primaire en subsidiaire remedies noodzakelijkerwijze impliceert dat men in dit geval onmiddellijk moet terugvallen

(2052) C. BIANCA, "Rights of the consumer" in M.C. Bianca en S. Grundmann (eds.), *EU-sales directive* (Brussel: Bruylant 2002), (149) 174 nr. 72; S. STIJNS, "De remedies van de koper bij niet-conformiteit", in S. Stijns en J. Stuyck (eds), *Het nieuwe kooprecht: de wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen* (Antwerpen: Intersentia 2005), (53) 70 nr. 42; P. Wéry, "Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité", in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry, (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005), (127) 137 nr. 14.

(2053) S. STIJNS, "De consumentenkoop: actuele knelpunten", in *Knelpunten verkoop roerend goed* (Antwerpen: Intersentia 2009), (21) 63 nr. 62.

(2054) C. BIANCA, "Rights of the consumer" in M.C. Bianca en S. Grundmann (eds.), *EU-sales directive* (Brussel: Bruylant 2002), (149) 175 nr. 76; C. CAUFFMAN en A.L. VERBEKE, "Een jaar wet consumentenkoop", in *Themis 14 – Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2005), (27) 48 nr. 79; S. STIJNS, "De consumentenkoop: actuele knelpunten", in *Knelpunten verkoop roerend goed* (Antwerpen: Intersentia 2009), (21) 64 nr. 64; S. STIJNS, "De remedies van de koper bij niet-conformiteit", in S. STIJNS en J. STUYCK (eds), *Het nieuwe kooprecht: de wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen* (Antwerpen: Intersentia 2005), (53) nr. 45.

(2055) S. STIJNS en E. SWAENPOEL, "Consumentenkoop" in *Ondernemingsrecht volume B* in B. Tillemans en E. Terry (eds.), *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2011), (1271) 1320 nr. 1833.

(2056) C. BIANCA, "Rights of the consumer" in M.C. Bianca en S. Grundmann (eds.), *EU-sales directive* (Brussel: Bruylant 2002), (149) 175 nr. 75.

op een secundaire remedie(2057). Eens men een secundair rechtsmiddel inroept (hetzij prijsvermindering (vgl. *actio aestimatoria*) of de ontbinding (*actio redhibitoria*)), kan de consument overeenkomstig het gemeen recht wel steeds de gekozen optie wijzigen.

§ 2. HERSTEL OF VERVANGING

a. *Verhouding tussen herstel en vervanging als primaire remedies*

1) Onmogelijkheid en relatieve onevenredigheid

451. VRIJE KEUZE TUSSEN HERSTEL OF VERVANGING TENZIJ ONMOGELIJK OF DISPROPORTIONEEL – Artikel 1649^{quinquies} §2 oud BW bepaalt dat de consument in eerste instantie het recht heeft om van de verkoper het kosteloze herstel of de kosteloze vervanging te verlangen *tenzij dat onmogelijk of buiten verhouding zou zijn*. De onmogelijkheid moet strikt geïnterpreteerd worden. Het refereert aan een materiële onmogelijkheid(2058) tot vervanging (bv. uniek goed of serieproduct dat niet meer in productie is). De specifieke aard van tweedehandsgoederen of snel verouderende modellen van consumptiegoederen maakt het in de regel onmogelijk ze te vervangen(2059). Het recht van de consument op vervanging kan derhalve voor deze goederen over het algemeen niet worden uitgeoefend(2060). Ook een herstelling kan materieel onmogelijk zijn (bv. wanneer het te vervangen onderdeel niet meer wordt geproduceerd(2061), of indien een dier niet volledig kan genezen door de toediening van medicatie en/of medische ingrepen(2062), of – in een extensieve interpretatie die afwijkt

(2057) C. CAUFFMAN en A.L. VERBEKE, “Een jaar wet consumentenkoop”, in *Themis 14 – Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2005), (27) 48 nr. 79; S. STIJNS, “De remedies van de koper bij niet-conformiteit”, in S. Stijns en J. Stuyck (eds), *Het nieuwe kooprecht: de wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen* (Antwerpen: Intersentia 2005), (53) 70 nr. 43; S. Stijns, “De consumentenkoop: actuele knelpunten”, in *Knelpunten verkoop roerend goed* (Antwerpen: Intersentia 2009), (21) 63 nr. 63; P. Wéry, “Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité”, in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry, (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005) (127) 138.

(2058) Rb. Gent (afd. Dendermonde) (6de k.), 7 juni 2018, *DCCR* 2019 (103), 113.

(2059) Vred. Landen-Zoutleeuw (Zoutleeuw) 13 september 2007, *T.Vred.* 2009, (241) 246, noot C. DELFORGE.

(2060) Overweging 16 Richtlijn Consumentenkoop 1999.

(2061) S. BEYAERT, “Consumentenkoop – Omzetting van Richtlijn 199/44/EG” in *Gandius Actueel* 2004 (Brussel: Story-Scientia 2004), 175.

(2062) R. STEENNOT, “Wettelijke garantie voor de verkoop van “gebrekkige” honden en katten”, in *Verantwoord Aansprakelijkheidsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2017), (555) 566.

van de invulling van de onmogelijkheid naar Belgisch intern recht(2063) – gelet op de gemiddeld beschikbare technieken(2064).

De keuze van de consument tussen herstelling en vervanging kan ook onevenredig zijn indien zij in vergelijking met de andere beschikbare oplossing voor de verkoper onevenredige kosten met zich zou brengen(2065). Het kan bijvoorbeeld onevenredig zijn om vervanging van goederen te verzoeken wegens een kleine kras, wanneer die vervanging zou leiden tot aanzienlijke kosten terwijl tegelijkertijd de kras gemakkelijk zou kunnen worden hersteld(2066). Er is sprake van dergelijke disproportionaliteit wanneer de gevorderde remedie voor de verkoper kosten meebrengt die, vergeleken met de alternatieve remedie onredelijk is gelet op (i) de waarde die het goed zonder het gebrek aan overeenstemming zou hebben, (ii) de ernst van het gebrek aan overeenstemming en (iii) de vraag of de alternatieve remedie concreet mogelijk is zonder ernstige overlast voor de consument (art. 1649*quinquies* §2, derde lid oud BW). Deze bepaling betreft de zogenaamde relatieve onevenredigheid, d.w.z. een beperking van de keuzevrijheid van de consument tussen de voorkeurremedies hetzij vervanging, hetzij herstel indien de door de koper gekozen remedie de verkoper disproportioneel schade berokkent in vergelijking met de andere remedie. Het betreft eigenlijk een toepassing van het verbod op rechtsmisbruik(2067). Rechtsmisbruik zal snel voorhanden zijn wanneer de verkoper de vervanging aanbiedt van een in serie geproduceerd product en de koper dit minnelijk aanbod weigert zonder redelijk motief(2068). De rechter toetst marginaal de relatieve onevenredigheid, d.w.z. dat hij zich beperkt tot de gevallen waar de kosten van een bepaalde genoegdoening beduidend hoger liggen dan die van de andere vorm van genoegdoening, zodat geen enkele redelijke consument de verkoper tot het kostelijkste rechtsmiddel zou verplichten(2069). De vaststelling van een relatieve onevenredigheid opent voor de consument niet automatisch het recht om een beroep te doen op de

(2063) P. WÉRY, “Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité”, in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry, (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005) (127) 147 nr. 25.

(2064) S. STIJNS, “De remedies van de koper bij niet-conformiteit”, in S. Stijns en J. Stuyck (eds.), *Het nieuwe kooprecht: de wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen* (Antwerpen: Intersentia 2005), (53) 59 nr. 15.

(2065) Overweging 48 Richtlijn Consumentenkoop 2019

(2066) Ibidem.

(2067) C. DELFORGE, “Garantie des biens de consommation et biens d’occasion: une illustration en jurisprudence” (noot onder Vred. Landen-Zoutleeuw 13 september 2007), *T.Vred.* 2009, (241) 252.

(2068) Kh. Hasselt 21 november 2007, *DCCR* 2009, 151, noot M. HIGNY = *Limb.Rechtsl.* 2009, 218 = *TBBR* 2009, 308.

(2069) Kh. Gent (afd. Dendermonde) (6de k.) 7 juni 2018, *DCCR* 2019, (103) 114; C. CAUFFMAN, “De nieuwe wet op de consumentenkoop”, *TPR* 2005, (787) 826 nr. 70; L. PEETERS, “De nieuwe wetgeving voor consumentenkoop ... (eindelijk) in het BW”, *RW* 2005-06, (441) 451 nr. 28.

subsidiare remedies, maar dwingt hem in principe genoeg te nemen met de alternatieve primaire remedie(2070).

In een zaak voor de rechtbank van koophandel te Dendermonde betrof het de bestelling van op maat gemaakte vensterprofielen die niet conform waren wegens waterdichtingsrisico en ook esthetisch niet voldeden. Een deskundige stelde een herstelling (ten belope van 6.050 EUR) voor die erin bestond om te kleine ramen te behouden maar een verbredend profiel te plaatsen achter de slag tot minimum 2 cm en de houten dakdelen aan te passen. Deze oplossing loste het waterdichtingsprobleem op. Hierdoor werd echter het uitzicht van het fijne profiel niet optimaal bereikt. De deskundige gaf dit ook aan door een minwaarde van 10 % toe te kennen (ten belope van 2.104,32 EUR). De kopers eisten echter een vervanging die 24.293 EUR i.p.v. 8.154 EUR bedroeg. De rechter oordeelde dat er *in casu* geen rechtsmisbruik voorhanden was. Het verschil in kost van de vervanging en herstelling is groot maar dat is niet afdoende om te besluiten dat de keuze tot vervanging buiten verhouding is. De rechtbank wees in dit verband dat een herstelling in de zin van artikel 1649quinquies, § 2 oud BW het gebrek aan overeenstemming moet wegwerken. Dit is *in casu* niet het geval. De herstelling blijft opklapwerk. Het feit dat de deskundige opmerkte dat een leek in bouwzaken niet gauw de afwijking zal opmerken achtte de rechtbank irrelevant. De kopers bestelden steellook ramen omdat zij het uitzicht van fijne oude stalen ramen belangrijk vonden. Het is dus niet pertinent of de afwijking al dan niet zichtbaar zijn voor een leek. De keuze staat dan ook niet buiten verhouding. Het is immers enkel de vervanging die het gewenste resultaat geeft. De kopers hadden dan ook recht op een kosteloze vervanging waarbij de kosten van het uitnemen en terugplaatsen ook door de verkoper moeten vergoed worden(2071).

Veel rechtspraak gaat over de beweerde (on)evenredigheid van de kosten om een aangekocht huisdier te genezen of te opereren wegens non-conformiteit. Zo stelde de verkoper van een hond dat de herstellingskost in wanverhouding stond tot de vervanging omdat deze de aankoopprijs van de hond benaderde. Dit argument werd niet gevolgd door de vrederechter te Antwerpen. In de eerste plaats moet bij de vergelijking tussen de kost van het herstel en die van de vervanging een vergelijking gemaakt worden met de kosten als de verkoper zelf tot herstelling zou zijn overgegaan. De vrederechter achtte het niet uitgesloten dat als de verkoper zelf de nodige contacten zou hebben gelegd de kostprijs van de herstelling lager zou zijn. In de tweede plaats zou een vervanging die nooit is aangeboden door de verkoper, de koper actueel ernstige overlast bezorgen nu zij is gehecht aan de hond. Dit is zeker (minstens mee) te wijten aan de tijd verlopen sinds de aankoop van de hond. En dit tijdsverloop is enkel op het conto van de verkoper te schrijven die op geen

(2070) C. CAUFFMAN en A.L. VERBEKE, “Een jaar wet consumentenkoop”, in *Themis 14 – Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2005), (27) 43 nr. 64.

(2071) Kh. Gent (afd. Dendermonde) 7 juni 2018, *DCCR* 2019, (103) 112-116.

enkele ingebrekestelling gereageerd heeft en in deze procedure alleen maar een afwijzende houding aannam ten opzichte van de vordering. Er is dan ook geen wanverhouding tussen herstel en vervanging(2072). In een zaak voor de rechtbank van koophandel te Turnhout werd wel tot rechtsmisbruik besloten. Een hond was aangekocht voor 650 EUR. Nadat deze op 11 mei geleverd was, werd op 27 juni vastgesteld dat het dier een aangeboren waterhoofd had wat het dier ongeschikt maakte als gezelschapsdier. De verkoper werd op 8 juli in gebreke gesteld voor de terugbetaling van de koopprijs, een vergoeding van de reeds gemaakte dierenartsenkosten en de kostprijs van een voorgenomen operatie, in totaal geraamd op 3.347,54 EUR. De verkoper vraagt een herleiding van de vordering wegens rechtsmisbruik, aangezien de kostprijs voor de verzorging van de hond in wanverhouding staat tot de koopprijs of de vervanging ervan. De rechtbank is van oordeel dat de consument zijn rechten uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van een normale uitoefening door een normaal en voorzichtig persoon, wanneer hij naast terugbetaling van de koopprijs kiest voor de terugbetaling van alle gemaakte medische kosten en voor morele schadevergoeding. De gezamenlijke vordering bedraagt cijfermatig immers het dubbele van de kostprijs van de puppy. Rekening houdend met de concrete omstandigheden van de aard van het gebrek en met de koopprijs van het goed meent de rechtbank de vordering tot schadevergoeding te moeten beperken tot vergoeding van de kosten van de vaststelling van het gebrek. De door de verkoper aangeboden vervanging werd geweigerd omwille van de emotionele gehechtheid aan het dier en de onzekerheid over het lot bij teruggave. De consument geniet dit recht en kan niet worden verweten kosten te hebben gemaakt om de aard van het gebrek te kennen en om zo op die grond standpunt te kunnen bepalen. De kosten tot vaststelling van het gebrek getuigen niet van rechtsmisbruik(2073). Soortgelijk moest het hof van beroep te Bergen zich uitspreken over een zaak waar bij een hond, gekocht voor de prijs van 650 EUR, dysplasie werd vastgesteld. De verkoper stelde voor om het dier te vervangen. De koper wenste evenwel de herstelling door middel van terugbetaling van de gemaakte medische kosten. Deze kosten bedroegen echter bijna 5.000 EUR (ofwel bijna achttmaal meer dan de aankoopprijs). Door te blijven vasthouden aan herstelling oordeelde het hof evenwel dat deze eis rechtsmisbruik uitmaakte en veroordeelde de verkoper tot terugbetaling van de aankoopsom(2074).

2) Absolute onevenredigheid

452. RICHTLIJN CONSUMENTENKOOP 1999: DISPROPORTIONALITEIT SPEELT ALLEEN TUSSEN PRIMAIRE REMEDIES ONDERLING – HvJ *WEBER/PUTZ* – De primauteit van

(2072) Vred. Antwerpen 11 december 2014, *NJW* 2015, 649, noot J. WILLEMS = *DCCR* 2015 (108-109), 195, noot D. DROESBEKE = *T. VRED.* 2015, 402.

(2073) Kh. Turnhout 5 juni 2014, *NJW* 2014, 950-954, noot R. STEENNOT = *De Juristenkrant* 2014 (298), 3 (weergave N. LEYS).

(2074) Bergen (21ste k.) 15 december 2010, *DCCR* 2012 (97), 117-126, noot S. MARYSSE.

herstel en vervanging binnen het consumentenkooprecht gaat ver. Wanneer het herstel of de vervanging disproportioneel is en het onmogelijk is om de andere primaire remedie op te leggen (herstelling indien de vervanging abusief is of vervanging indien de herstelling abusief is), dan moet de rechter volgens het Hof van Justitie van de EU in het arrest *Weber/Putz*(2075) de gevorderde abusieve primaire remedie toch toekennen, maar de consument-koper een evenredig deel van de herstellings- resp. vervangingskosten laten dragen. De rechter mag in geen geval bij wijze van beteugeling van het rechtsmisbruik een secundaire opleggen(2076).

Wittmer en Gebr. Weber hadden een verkoopovereenkomst over een gepolijste tegelvloer gesloten. Nadat in zijn huis ongeveer twee derde van de tegelvloer was gelegd, stelde Wittmer vast dat er op deze tegelvloer met het blote oog waarneembare donkere vlekken waren. Wittmer heeft een klacht ingediend die Gebr. Weber na overleg met de fabrikant van de tegels heeft afgewezen. De deskundige kwam tot de slotsom dat donkere vlekken fijne sporen van micropolijsting waren die niet konden worden verwijderd zodat slechts genoegdoening kon worden verkregen door de tegelvloer volledig te vervangen. Naar Duits recht kon de verkoper op goede gronden weigeren om de kosten voor de verwijdering van de niet-conforme tegelvloer te vergoeden, omdat die buiten verhouding waren. Krachtens § 439, Abs. 3 BGB, kan de verkoper de door de koper gekozen vorm van nakoming na contractbreuk niet enkel weigeren wanneer de kosten daarvan in vergelijking met deze andere vorm van nakoming onevenredig zijn (“relatieve onevenredigheid”), maar ook wanneer de door koper gekozen vorm van nakoming, zelfs indien dit de enige mogelijke vorm is, op zich buitensporig veel kost (“absolute onevenredigheid”). *In casu* vormde de vordering tot nakoming na contractbreuk door levering van een conforme tegelvloer een dergelijk geval van “*absolute onevenredigheid*”, aangezien zij Gebr. Weber ertoe verplicht om niet enkel de kosten van deze levering te dragen (geschat op 1200 EUR) maar ook de kosten voor de verwijdering van de niet-conforme tegelvloer (geschat op 2100 EUR). Het totaalbedrag, zijnde 3300 EUR, ligt dus hoger dan de drempel van 150 % van de waarde van het goed zonder gebreken, aan de hand waarvan de evenredigheid van een dergelijk verzoek *a priori* wordt beoordeeld. Het *Bundesgerichtshof* vroeg zich evenwel af of de door het nationaal recht aan de verkoper geboden mogelijkheid om de nakoming na contractbreuk te weigeren op grond dat de kosten ervan absoluut onevenredig zijn, onverenigbaar was met artikel 3, lid 3 Richtlijn Consumentenkoop 1999, aangezien de tekst van deze bepaling slechts naar de relatieve onevenredigheid verwijst.

(2075) HvJ 16 juni 2011, C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, *Gebr. Weber GmbH t. Jürgen Wittmer en Ingrid Putz t. Medianess Electronics GmbH*.

(2076) Anders daarvoor: Vred. Landen-Zoutleeuw 13 september 2007, *T.Vred.* 2009, 241, noot C. DELFORGE.

Het Hof van Justitie van de EU is van oordeel dat in een situatie waar de koper slechts beschikt over een van de primaire voorkeurremedies (dus hetzij herstel maar geen vervanging, hetzij vervanging maar geen herstel), de koper onder Richtlijn Consumentenkoop 1999 in principe het recht niet kan ontzegd worden op deze primaire remedies, zelfs indien hieraan buitensporige kosten zijn verbonden (= absolute onevenredigheid)(2077). In dit geval mag de rechter weliswaar het recht van de consument op vergoeding van de kosten voor verwijdering van het gebrekkige goed en installatie van een vervangingsgoed in die mate beperken dat de verkoper slechts een evenredig gedeelte van de kosten moet dragen. De koper moet in dit geval wel de mogelijkheid worden geboden om in plaats van de vervanging van het niet-conforme goed, te kiezen voor een passende prijsvermindering of de ontbinding van de overeenkomst(2078). Meer in het bijzonder stelde het Hof van Justitie van de EU in het arrest *Weber/Putz* vast dat artikel 3, lid 3, eerste alinea van de Richtlijn Consumentenkoop 1999, d.i. ons artikel 1649^{quinquies} §2, eerste alinea, eerste zin oud BW, *“in beginsel weliswaar voldoende open is geformuleerd om eveneens gevallen van absolute onevenredigheid te omvatten, maar dat artikel 3, lid 3, tweede alinea EG 1999/44 richtlijn consumentenkoop, het begrip “buiten verhouding” uitsluitend definieert ten opzichte van de alternatieve vorm van genoegdoening, en dit begrip daardoor beperkt tot gevallen van relatieve onevenredigheid. Uit de tekst en de opzet van artikel 3, lid 3, van de richtlijn blijkt overigens duidelijk dat deze bepaling betrekking heeft op de twee preferente vormen van genoegdoening, namelijk herstelling of vervanging van het niet-conforme goed. Deze vaststellingen vinden steun in punt 11 van de considerans van de richtlijn, waarin is bepaald dat een bepaalde vorm van genoegdoening buiten verhouding is als hij, vergeleken met de andere vorm van genoegdoening, onredelijke kosten met zich brengt, en dat de kosten van een vorm van genoegdoening onredelijk zijn als zij beduidend hoger liggen dan de kosten van de andere vorm van genoegdoening. Bepaalde taalversies van dit punt 11 van de considerans, zoals onder meer de Duitse versie, zijn weliswaar inderdaad enigszins dubbelzinnig, aangezien zij*

(2077). Zie in dezelfde zin: M. TENREIRO en S. GOMEZ, “La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation” *REDC* 2000, (5) 23. Vergelijk enigszins anders: Vred. Landen-Zoutleeuw (zetel Zoutleeuw) 13 september 2007, *T.Vred.* 2009, (241) 247, noot C. DELFORGE (Gelet op de ernst van de vastgestelde gebreken en de hoge ouderdom van de wagen (die maakt dat hij zelfs zonder de gebreken een beperkte waarde zou hebben, lijdt het geen twijfel dat de kosten voor de herstelling van de wagen teneinde die weer voldoende conform te maken, de verkoopprijs van 1600 EUR sterk zullen overtreffen en dus buiten verhouding zijn in de zin van de wet); C. CAUFFMAN, “De nieuwe wet op de consumentenkoop”, *TPR* 2005, (787) 827 nr. 72 (stelt de toepassing van het rechtsmisbruikcriterium voor in dit geval, wat ook vervat zit in het antwoord van het Hof van Justitie, zij het op minder absolute wijze).

(2078) Vergelijk enigszins anders vroeger: C. CAUFFMAN en A. VERBEKE, “Een jaar wet consumentenkoop”, in *Themis 14 – Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2005), (27) nr. 64 (“Het onmogelijk of buiten verhouding zijn, opent voor de consument geen recht om een beroep te doen op de subsidiaire remedie, maar dwingt hem genoegen te nemen met de overblijvende remedie”). Dit is dus niet steeds het geval wanneer m.n. de andere subsidiaire remedie absoluut onevenredig is.

spreken van “andere vormen van genoegdoening” in het meervoud, maar een groot aantal andere taalversies, zoals de Engelse, de Franse, de Italiaanse, de Nederlandse en de Portugese versie, laten er geen twijfel over bestaan dat de wetgever in dit punt, net als in artikel 3, lid 3, van de richtlijn – dat in al deze taalversies, ook in de Duitse versie, in het enkelvoud is gesteld –, enkel heeft willen verwijzen naar de andere preferente vorm van genoegdoening waarin deze bepaling voorziet, namelijk de herstelling of de vervanging van het niet-conforme goed” (2079). Dus blijkt dat de wetgever van de Unie het recht om de herstelling of de vervanging van het gebrekkige goed te weigeren aan de verkoper, enkel heeft willen toekennen bij onmogelijkheid of relatieve onevenredigheid. Als slechts een van beide primaire remedies mogelijk blijkt, mag de verkoper deze enige manier om het goed met de overeenkomst in overeenstemming te brengen, dus niet weigeren (2080).

Deze door de wetgever van de Unie in artikel 3, lid 3, tweede alinea Richtlijn Consumentenkoop 1999 gemaakte keuze houdt verband met het feit dat de Richtlijn, in het belang van beide partijen bij de overeenkomst, de uitvoering van deze overeenkomst door de twee primaire remedies verkiest boven de ontbinding van de overeenkomst of de vermindering van de verkoopprijs. Een bijkomende reden voor deze keuze is dat met de twee subsidiaire middelen over het algemeen niet hetzelfde niveau van consumentenbescherming kan worden bereikt als met het in overeenstemming brengen van het goed (2081). Ofschoon artikel 3, lid 3, tweede alinea Richtlijn Consumentenkoop 1999 zich er dus tegen verzet dat een nationale wettelijke regeling de verkoper het recht verleent om de enig mogelijke primaire remedie te weigeren op grond dat deze absoluut buiten verhouding is, maakt dit artikel een doeltreffende bescherming van de financiële belangen van de verkoper mogelijk, naast de bescherming die de mogelijkheid van verhaal van de verkoper en de waarborgtermijn van twee jaar bieden. In dit verband moet worden opgemerkt dat, in de hierboven weergegeven specifieke situatie van het arrest waarin de vervanging van het gebrekkige goed, als enig mogelijke primaire remedie, onevenredige kosten meebrengt omdat het niet-conforme goed moet worden verwijderd van de plaats waar het is geïnstalleerd en er een vervangingsgoed moet worden geïnstalleerd, artikel 3, lid 3 Richtlijn Consumentenkoop 1999 er zich niet tegen verzet dat het recht van de consument op vergoeding van de kosten voor verwijdering van het gebrekkige goed en installatie van een vervangingsgoed indien nodig wordt beperkt tot een bedrag dat in verhouding staat tot de ernst van het gebrek aan overeenstemming en de waarde die het goed zonder gebreken heeft. Een dergelijke beperking laat het recht

(2079) HvJ 16 juni 2011, C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, *Gebr. Weber GmbH t. Jürgen Wittmer en Ingrid Putz t. Medianess Electronics GmbH*, punt 67-70.

(2080) Ibidem, punt 71.

(2081) Ibidem, punt 72.

van de consument om vervanging van het niet-conforme goed te vorderen, immers onverlet(2082).

Wanneer het recht van de consument op terugbetaling van deze kosten wordt beperkt, moet hem de mogelijkheid worden geboden om in plaats van de vervanging van het niet-conforme goed, te kiezen voor een passende prijsvermindering of de ontbinding van de overeenkomst, overeenkomstig artikel 3, lid 5, laatste streepje Richtlijn Consumentenkoop 1999, aangezien de consument ernstige overlast ondervindt indien hij een gedeelte van de kosten om het gebrekkige goed in overeenstemming te brengen, zelf moet dragen. Hieruit volgt dat artikel 3, lid 3 Richtlijn Consumentenkoop 1999 zo moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een nationale wettelijke regeling aan de verkoper (ons artikel 1649^{quater} §2 oud BW) het recht verleent om de enig mogelijke primaire remedie, namelijk de vervanging van het niet-conforme goed, te weigeren op grond dat deze vervanging hem, gelet op de ernst van het gebrek aan overeenstemming en de waarde die het goed zonder gebreken zou hebben, onevenredig veel zou kosten, doordat hij zou verplicht zijn dit goed te verwijderen van de plaats waar het is geïnstalleerd en er een vervangingsgoed te installeren. Deze bepaling verzet zich er evenwel niet tegen dat het recht van de consument op vergoeding van de kosten voor verwijdering van het gebrekkige goed en installatie van een vervangingsgoed in een dergelijk geval in die mate wordt beperkt dat de verkoper slechts een evenredig gedeelte van de kosten moet dragen(2083).

453. RICHTLIJN CONSUMENTENKOOP 2019: AFWIJKING *WEBER/PUTZ* RECHTSPRAAK: DISPROPORTIONALITEIT SPEELT OOK TUSSEN PRIMAIRE EN SECUNDAIRE REMEDIES ONDERLING – Onder Richtlijn Consumentenkoop 2019 houdt deze rechtspraak evenwel niet stand. De verkoper kan onder de Richtlijn Consumentenkoop 2019 weigeren om de goederen conform te maken als herstelling én vervanging onmogelijk zijn of voor de verkoper onevenredige kosten met zich zouden meebrengen, rekening houdend met alle omstandigheden, met inbegrip van de waarde die de goederen zonder conformiteitsgebrek zouden hebben en de omvang van het conformiteitsgebrek (art. 13, 3° Richtlijn Consumentenkoop 2019). Hierdoor wordt de *Weber/Putz* rechtspraak verlaten(2084). Dit betekent dat de proportionaliteitstest niet meer exclusief speelt tussen de primaire remedies, maar ook tussen de primaire en secundaire remedies onderling. Concreter heeft dit tot gevolg dat de consument geen aanspraak maakt op een primaire remedie indien de toepassing van deze primaire remedie disproportioneel zou zijn, zelfs niet wanneer het evenredige gedeelte van de kosten bij de consument zouden worden gelegd. De verkoper kan zich onder de nieuwe richtlijn dus op basis van disproportionaliteit succesvol verweren tegen de

(2082) Ibidem, punt 73-74.

(2083) Ibidem, punt 77-78.

(2084) J.M. CARVALHO, “Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, *EuCML* 2019, (194) 200-201.

toepassing van een primaire remedie door de toepassing van een secundaire remedie in de plaats te stellen.

b. *Notie van herstel en vervanging*

454. IN OVEREENSTEMMING BRENGEN (NIET-)GELEVERD GOED VERSUS TERUGNAME EN LEVEREN NIET-CONFORM GOED – Bij de definities van de Wet Consumentenkoop wordt enkel de notie “*herstelling*” gedefinieerd als “*Het consumptiegoed in geval van gebrek aan overeenstemming met de overeenkomst, daarmee in overeenstemming brengen*” (art. 1649bis §2, 6° oud BW). Onder het begrip herstel valt de effectieve levering van het niet-geleverde goed(2085), alsook de vervanging van een onderdeel(2086). In navolging van het dagelijks taalgebruik kan men onder vervanging begrijpen: het terugnemen van het oorspronkelijk geleverde goed en het in de plaats daarvan afleveren van een conform goed van dezelfde soort(2087).

Het gebeurt dat het onduidelijk is of vervanging van een (autonoom) onderdeel van een goed als herstelling of vervanging kwalificeert (bijvoorbeeld motor van een grasmachine). Betwist is of de vervanging van een autonoom onderdeel van een goed (bv. koffiekkan van een koffiezetapparaat) moet worden gekwalificeerd als een herstelling dan wel als een vervanging(2088). Ook de vraag of de vervanging een *refurbished* goed dan wel een nieuw conform goed vereist, is betwist(2089). Soms gaat men ervan uit dat de vervanging van

(2085) C. CAUFFMAN, “De nieuwe wet op de consumentenkoop”, *TPR* 2005, (787) 826 nr. 69.

(2086) Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT; Kh. Gent (afd. Dendermonde) (6de k.) 7 juni 2018, *DCCR* 2019, (103) 103 en volgende; R. STEENNOT m.m.v. S. DEJONGHE, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken* (Antwerpen: Intersentia 2007), nr. 1071; R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1822 nr. 529.

(2087) S. JANSEN, “Hiërarchie in de remedies bij consumentenkoop: bescherming van consumenten en verkopers? (noot onder Gent 20 oktober 2010), *DCCR* 2012, (132) 141 nr. 16.

(2088) Zie in de zin dat een autonoom onderdeel een vervanging is: C. BIANCA, “Rights of the consumer” in M.C. Bianca en S. Grundmann (eds.), *EU-sales directive* (Brussel: Bruylant 2002), (149) 160 nr. 24.

(2089) Rb. Amsterdam 8 juli 2016, *ECL:NL:RBAMS:2016:4197* (Consumentenrecht, non-conformiteit. Iphone van 799,00 euro, die na acht maanden niet meer op wil starten, is non-conform. Richtlijnconforme uitleg van artikel 7:21 NBW impliceert dat Apple een nieuw toestel aan koper moet verschaffen, zij kan niet met een refurbished toestel volstaan); Vergelijk anders: Commission notice – The ‘Blue Guide’ on the implementation of EU product rules 2016, C/2016/1958 en Verordening (EU) 2017/745/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2017 betreffende medische hulpmiddelen waar “fully refurbished/volledige revisering” wordt gedefinieerd als ‘de volledige ombouw van een reeds in de handel gebracht of in gebruik genomen hulpmiddel, of het maken van een nieuw hulpmiddel uit gebruikte hulpmiddelen om het in overeenstemming te brengen met deze verordening, gecombineerd met de toekenning van een nieuwe levensduur aan het gereviseerde hulpmiddel’. Zij worden gelijkgesteld met nieuwe producten. De Bijzondere Raad voor Verbruik pleit dan ook voor een unanieme Europese definitie van tweedehandsgoederen en refurbished goederen (Advies CRB, *Omzetting van de Europese richtlijnen inzake consumentenkoop van zowel goederen als digitale inhoud en diensten*, 2019-1660, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/nl/684/omzetting-europese-richtlijnen-inzake-consumentenkoop>, 15). E. TERRY, “A right to repair? Towards sustainable remedies in consumer law”, *ERPL* 2019, (851) 860-861.

een onderdeel van een goed juridisch geen vervanging maar wel herstelling uitmaakt(2090), nu vervanging verwijst naar de situatie waarin een conform goed de plaats van een niet-conform goed inneemt(2091). Het Duitse recht biedt een genuanceerder aanknopingspunt via §§ 93-94 BGB. Is een wezenlijk bestanddeel van een zaak vernield (zoals de motor van een grasmachine), dan is de gehele zaak vernield en kan de zaak niet worden hersteld, maar dringt vervanging zich op(2092). Aangezien het consumentenkooprecht herstelling en vervanging aan hetzelfde juridisch regime onderwerpt, is die kwalificatiediscussie onder de Wet Consumentenkoop voor het juridisch regime zonder praktisch belang. Er wordt bepleit om dieren van een dierenasiel als tweedehandsgoederen te kwalificeren, zodat hun garantie enigszins kan worden ingeperkt(2093).

c. *Binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast*

455. OBJECTIEVE INVULLING REDELIJKE TERMIJN: CRITERIA – “*Elke herstelling of vervanging moet, rekening houdend met de aard van de goederen en het gebruik dat de consument wenste, plaatsvinden binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de consument*” (art. 1649quinquies §2, tweede zin oud BW). De redelijke termijn moet objectief worden bepaald met als criteria de aard en complexiteit van de goederen, de aard en ernst van het conformiteitsgebrek, en de inspanning die nodig is om de herstelling of vervanging te voltooien. Bij de tenuitvoerlegging van Richtlijn Consumentenkoop 2019 moeten de lidstaten het begrip “redelijke termijn voor voltooiing van een herstelling of vervanging” kunnen interpreteren door te voorzien in vaste perioden die in het algemeen zouden kunnen worden beschouwd als redelijk

(2090) Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT = *TGR* 2009, 300 = *RW* 2010-11, 540, noot S. MARYSSE; S. JANSEN, “Hiërarchie der remedies bij consumentenkoop: bescherming van consumenten en verkopers?” (noot onder Gent 20 oktober 2010), *DCCR* 2012, (132) 141.

(2091) Antwerpen 28 april 2014, *NJW* 2014, 701, noot R. STEENNOT. Zie ook C. CAUFFMAN en A.-L. VERBEKE, “Een jaar Wet Consumentenkoop” in B. Tilleman en A.-L. Verbeke (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Themis (Brugge: die Keure 2005) (27) 43; Y. NINANE, “L’étendue de l’obligation de remplacement du vendeur en cas de défaut de conformité d’un bien de consommation installé par le consommateur” (noot onder HvJ 6 juni 2011), *DCCR* 2013 (98), (51) 57, nr. 8; S. STIJNS, “De consumentenkoop: actuele knelpunten” in B. Tilleman en A. Verbeke (eds.), *Knelpunten Verkoop roerende goederen* (Antwerpen: Intersentia 2009) (21) 54, nr. 46; P. WÉRY, “Les droit légaux du consommateur en cas de défaut de conformité” in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brussel: die Keure 2005) (127) 143, nr. 19.

(2092) G. TOUSSAINT, *Naturalherstellung und Geldentschädigung* (Berlijn: CC Dahlem 1992), 61-62.

(2093) R. STEENNOT, “Wettelijke garantie voor de verkoop van “gebrekkige” honden en katten”, in *Verantwoord Aansprakelijkheidsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2017), (555) 563.

voor herstelling of vervanging, met name met betrekking tot specifieke categorieën van producten(2094).

Verschillende factoren kunnen het redelijk karakter van de termijn kleuren, zoals de *opspeurbaarheid* en de *herstelbaarheid* van het gebrek, de *medewerking van de koper* (die soms vereist is omdat hij het verkochte goed voor herstelling moet binnenbrengen), het *voorradig* zijn van reserveonderdelen(2095). Ook de terbeschikkingstelling van een vervangtoestel kan worden meegenomen bij het criterium redelijke termijn(2096). Een ernstige overlast zou onder omstandigheden kunnen voortvloeien uit het niet adequaat remediëren aan de niet-conformiteit door herstel of vervanging(2097). Een consument moet een zekere overlast verdragen.

De koper van een tweedehandsvoertuig bracht de auto onmiddellijk na vaststelling van het gebrek binnen bij de garagehouder die de auto had verkocht. De wagen bleef daar twee maanden staan zonder dat de garagist was overgegaan tot kosteloze herstelling. Dus oordeelde de rechtbank te Antwerpen dat niet binnen een redelijke termijn tot herstel was overgegaan(2098). Het hof van beroep te Luik oordeelde in een andere zaak dat de verkoper niet binnen een redelijke termijn had voldaan aan zijn verplichting tot herstel of vervanging. De consument had een aangetekend schrijven met de vraag tot herstel op 20 november en een tweede schrijven op 1 december gestuurd waarin werd gesteld dat de ontbinding zou gevorderd worden zo geen regeling in der minne zou overeengekomen worden(2099).

(2094) Overweging 55 Richtlijn Consumentenkoop 2019. De Bijzondere Raad voor Verbruik is geen voorstander van het opnemen van deze suggestie (Advies CRB, *Omzetting van de Europese richtlijnen inzake consumentenkoop van zowel goederen als digitale inhoud en diensten*, 2019-1660, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/nl/684/omzetting-europese-richtlijnen-inzake-consumentenkoop>, 14).

(2095) Gent (12de k.) 5 januari 2011, 2008/AR/3038-F, niet-gepubliceerd; H. SLACHMUYLDERS, “Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop” (noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019), *DCCR* 2020, (135) nr. 15.

(2096) Advies CRB, *Omzetting van de Europese richtlijnen inzake consumentenkoop van zowel goederen als digitale inhoud en diensten*, 2019-1660, <https://www.ccecrb.fgov.be/p/nl/684/omzetting-europese-richtlijnen-inzake-consumentenkoop>, 14: “Voor zover verenigbaar met de richtlijn, vraagt de brc Verbruik om in de wetgeving of, indien niet mogelijk, in de memorie van toelichting op te nemen dat het al dan niet ter beschikking stellen van een vervangtoestel moet meegenomen worden als beoordelingscriterium bij het herstel of vervanging “binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de consument”. Voor consumenten is dit immers vaak een belangrijk punt, zeker in het geval van een gsm of auto die een aantal weken in herstelling zou zijn”.

(2097) C. BIANCA, “Rights of the consumer” in M.C. Bianca en S. Grundmann (eds.), *EU-sales directive* (Brussel: Bruylant 2002), (149) 171 nr. 62.

(2098) Rb. Antwerpen (14de B k.) 11 april 2008, *RW* 2010-11, (115) 118-119.

(2099) Luik (20ste k.) 28 mei 2009, *JLMB* 2011, (447) 448-449.

d. *Buitengerechtelijk karakter vervanging of herstel*

456. RECHTERLIJKE VEROOORDELING TOT HERSTEL OF VERVANGING IN SUBSIDIAIRE ORDE – De vervanging of herstel kan in principe in eerste instantie buitengerechtelijk worden gevraagd(2100). Indien de verkoper echter niet reageert, kan de koper in rechte een veroordeling van de verkoper tot uitvoering in *natura* vorderen, onder verbeurte van een dwangsom(2101). Bij hoogdringendheid kan hiertoe een beschikking in kort geding verkregen worden. Niets belet de consument in rechte machtiging te vragen om een derde de vervanging of het herstel te laten uitvoeren. Een dergelijke machtiging wordt meestal in subsidiaire orde gevraagd. De rechter veroordeelt in dit geval de verkoper om het goed te vervangen of te herstellen binnen een bepaalde periode, en na afloop van deze termijn, wordt de koper gemachtigd om zich een vervangingsgoed aan te schaffen of een herstelling te laten uitvoeren door een derde. De rechter kan een dergelijke vordering in principe slechts weigeren als de verbintenis om iets te doen, strikt persoonlijk is (bv. hoogtechnologische consumptiegoederen waarvoor de verkoper een monopolie heeft) of wanneer de vraag rechtsmisbruik uitmaakt. De consument zou ook deze rechterlijke machtiging in hooforde kunnen vragen, maar in dit geval is wel vereist dat de verkoper geen ernstig aanbod doet om het goed zelf te herstellen(2102).

Wanneer de professionele verkoper evenwel weigert om zelf te ‘herstellen’, mag de consument de professionele-verkoper eenzijdig en buitengerechtelijk zelf of door een derde laten herstellen en de daaruit resulterende kosten op de professionele verkoper verhalen. Naar analogie met de dekkingskoop (= vervanging), is dit een dekkingsherstelling (= herstelling)(2103). Toepassingen uit de rechtspraak voor de dekkingsherstelling betreft vaak de verkoper van huisdieren die manifest onterecht weigert om de herstelling door te voeren zoals de operatie van het dier. In dit geval aanvaardt de rechtspraak dat de koper de herstelling op kosten van de verkoper kan laten doorvoeren door een derde (*in casu* een dierenarts)(2104). Deze vordering tot terugbetaling

(2100) M. HIGNY, “La place de l’abus de droit en matière de vente de biens de consommation”, *TBBR* 2009, (312) 314 nr. 5; P. WÉRY, “Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité”, in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry, (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005), (127) 136 nr. 13.

(2101) P. WÉRY, “Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité”, in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry, (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005) (127) 136 nr. 13.

(2102) *Ibidem*, 145 nr. 21.

(2103) S. DE REY, *Herstel in natura* (Brugge: die Keure 2019), nrs. 647 e.v.

(2104) O.m. Antwerpen 21 mei 2012, *NJW* 2013, 122-125, noot R. STEENNOT; Vred. Antwerpen 11 december 2014, *NJW* 2015, 649, noot J. WILLEMS = *DCCR* 2015 (108-109), 195, noot D. DROESBEKE = T. VRED. 2015 (9-10), 402. Over deze mogelijkheid in de consumentenkoop, zie tevens Cass. 18 juni 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR:20200618.1N.30, *NJW* 2020, 831-833, noot F. VAN den Abeele = *TBH* 2021, noot S. JANSEN (over het *right to cure* van de verkoper). Volgens de Richtlijn Consumentenkoop 2019 kunnen de lidstaten overeenkomsten van de werkingssfeer van deze richtlijn echter uitsluiten wanneer zij betrekking hebben op de verkoop van (o.a.) levende dieren (art. 3, lid 5, b).

is geen vordering van een aanvullende schadevergoeding, maar kwalificeert de rechtspraak als de primaire vordering tot herstel in de zin van artikel 1649*quinquies* §2 oud BW. Het is een buitengerechtelijke toepassing van het principe uit artikel 1144 oud BW: in de mate dat de verkoper weigert zijn verbintenis tot herstelling na te komen, kan dit op kosten van de weigerende verkoper door een derde gebeuren. De rechtspraak baseert zich hiervoor op het feit dat de manifeste weigering van de verkoper om zelf kosteloos herstel te bieden de consument zijn aanspraak op kosteloze herstelling niet ontnemt. Deze kan enkel afgewezen worden wanneer deze buiten verhouding staat tot vervanging. Omgekeerd zijn ontbinding en prijsvermindering als secundaire remedies daardoor slechts mogelijk in de mate dat ook dekkingsherstelling (als modaliteit van de primaire remedies) onmogelijk is.

457. HERSTELLING DOOR DERDE OF DOOR DE KOPER ZONDER RECHTERLIJKE MACHTING – In een principiesarrest van 18 juni 2020 oordeelde Hof van Cassatie dat bij niet-nakoming van de contractuele verbintenis door de schuldenaar de schuldeiser in uitzonderlijke omstandigheden zoals bij hoogdringendheid de verbintenis kan laten uitvoeren door een derde op kosten van de schuldenaar, zonder rechterlijke machtiging op eigen kosten en op eigen risico waarbij zijn handelswijze achteraf kan worden getoetst door de rechter(2105). Dit arrest dat de buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar in het verbintenissenrecht toelaat, kan ook de juridische grondslag zijn voor de dekkingsherstelling wanneer de verkoper nalaat binnen een redelijke termijn de herstelling te doen. Overweging 54 van de Richtlijn Consumentenkoop 2019 bepaalt in dit verband dat de lidstaten moeten kunnen bepalen in welke omstandigheden de rol van de schuldenaar door iemand anders kan worden vervuld, bijvoorbeeld de omstandigheden waarin de verplichting van de verkoper om een goed te herstellen op kosten van de verkoper kan worden uitgevoerd door de consument of door een derde. Om de bescherming van de consument te vergroten(2106) heeft de Nederlandse wetgever de dekkingsherstelling voor het consumentenkooprecht wettelijk voorgeschreven in artikel 7:21, lid 6 NBW. Indien de verkoper niet binnen een redelijke termijn nadat hij daartoe door de koper schriftelijk is aangemaand, aan zijn verplichting tot herstel van de afgeleverde zaak voldoet, is de koper bevoegd om het herstel door een derde te doen plaatsvinden en de kosten daarvan op de verkoper te verhalen. De terugbetaling van deze kosten is niet te kwalificeren als schadevergoeding(2107). Het verschil met schadevergoeding is o.a. dat de schuldeiser hiermee de concrete kostprijs van het herstel kan

(2105) Cass. 18 juni 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200618.3, *TBBR* 2020, 583, noot S. DE REY. Zie ook S. DE REY, “Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie”, *TBBR* 2020, 539.

(2106) Hof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3543 (non-conformiteit van zeiljacht).

(2107) S. DE REY, “Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie”, *TBBR* 2020, (539) nrs. 13 e.v.

terugvorderen, veeleer dan enkel de abstract geraamde kosten bij de begroting van schadevergoeding(2108).

458. SANCTIE BIJ MISKENNING VAN VOORWAARDEN VOOR DEKKINGSHERSTELLING/DEKKINGSKOOP – Wanneer de schuldeiser de buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar doorvoert zonder dat de voorwaarden daartoe zijn voldaan, oordeelt de rechtspraak(2109) en rechtsleer(2110) doorgaans dat de schuldeiser geen terugbetaling van de vervangingskosten kan eisen, noch schadevergoeding voor de schade die naast de vervangingskost is ontstaan.

Rechters zijn in het verleden inderdaad streng geweest voor onrechtmatig herstel door een derde(2111):

- Een koper van een tweedehandswagen waarvan de motor stuk liep door een gebroken distributieriem vroeg op 28 maart 2007 aan de garagist de motor te vervangen. De garagist antwoordde bereid te zijn om in het kader van een minnelijke oplossing van het geschil het defect van het voertuig na te zien, er evenwel aan toevoegende dat dit pas na “Paasmaandag” kon gebeuren, aangezien hij gedurende tien dagen niet bereikbaar was, om redenen die perfect aanvaardbaar waren. De koper liet de motor echter vervangen door een derde. De rechtbank oordeelde dat een nazicht van de wagen na tien dagen bezwaarlijk onredelijk genoemd kon worden. De koper gaf trouwens geen enkele reden aan waarom de herstelling zo dringend was. Bovendien was het voertuig al sinds 23 februari 2007 defect. Hieruit blijkt dat de verkoper nooit een redelijke kans kreeg om de herstelling zelf te doen. In de gegeven omstandigheden is de koper niet gerechtigd op een passende prijsvermindering als genoegdoening, noch op enige schadevergoeding in de zin van artikel 1649*quinquies* §1 oud BW(2112).
- De vrederechter te Bree oordeelde insgelijks voor de verkoop van een tweedehandsmobilhome dat door herstellingen te laten uitvoeren door derden zonder de verkoper de kans te geven zich te vergewissen van de eventuele gebreken en/of deze de kans te geven één en

(2108) S. DE REY en B. TILLEMEN, “Buitengerechtelijke herstelling en vervanging bij wijze van uitvoering en herstel”, in *Verantwoord Aansprakelijkheidsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2017), (217) 221.

(2109) Bijv. Rb. Henegouwen (afd. Doornik) 29 oktober 2018, *TBBR* 2019, 174; Gent (16de k.) 5 oktober 2018, *TBO* 2020, 65; Gent (16de k.) 25 mei 2018, *TBO* 2020, 60; Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT; Gent 6 mei 2003, *NJW* 2003, 1005, noot F.B.; Kh. Bergen 30 maart 2010, *TBBR* 2011, 91.

(2110) Zie o.m. F. BURSENS, *Handboek aannemingsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2019), nr. 632; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis* (Antwerpen: Intersentia 2000) nr. 428; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 (Brussel: Larcier 2011), nr. 800; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, in *Traité de droit civil belge*, II (Brussel: Bruylant 2013), nr. 558; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht* (Leuven: Acco 2015), 184.

(2111) Gent (12de k.) 20 oktober 2010, *DCCR* 2012 (94), 124, noot S. JANSEN.

(2112) Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT.

ander tegensprekelijk vast te stellen en/of zelf tot kosteloze herstelling of vervanging over te gaan, hebben de kopers aan de verkoper elke mogelijkheid ontnomen om zijn wettelijke garantieplicht na te komen. De kopers tonen niet aan dat de verkoper niet zou hebben willen of kunnen overgaan tot kosteloze herstelling of vervanging binnen redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor hen zodat het hen niet was toegestaan zonder meer over te gaan tot vervanging/herstelling van diverse onderdelen en nadien de rekening op te sturen. Het loutere feit dat de kopers zich in het buitenland bevonden, verschoont dit gedrag niet. De vordering tot terugvordering van de kosten werd dan ook verworpen(2113).

- Op 24 mei 2017 kocht een consument een tweedehands Porsche bij een garage. De wagen werd geleverd in juni 2017 waarbij op de factuur stond dat één jaar waarborg werd gegeven. Bovendien was bedongen dat alle onderhoud moest gebeuren in de werkplaats van de garage en anders verviel de waarborg. Het nakomen van de waarborg moest ook gebeuren in de werkplaats. Kort na de levering lichtte het waarschuwingsslampje van het motoroliepeil op. Dit werd aan de verkoper gemeld op 21 september 2017 met de kennisgeving dat het voertuig werd getakeld. Het voertuig werd afgeleverd bij een derde-garagehouder waar de motorolie werd bijgevuld en een bestek werd opgemaakt voor de vervanging van enkele onderdelen. De ondernemingsrechtbank te Kortrijk oordeelde dat door het voertuig niet te laten herstellen in de werkplaats van de verkoper, de consument zijn rechten verbeurd heeft. Hierbij verwijst de rechtbank naar de ratio van de hiërarchie van de remedies en de schadebeperkingsplicht van de koper(2114).
- Soms wordt de schuldeiser die buiten de vervangingsvoorwaarden handelt naderhand zelf aansprakelijk gehouden, vermits hij door zijn handelswijze zelf een fout begaat die tot contractuele aansprakelijkheid leidt(2115), wat in sommige uitspraken zelfs de ontbinding van het contract ten zijne laste kon rechtvaardigen(2116). Bij de consumentenkoop wordt de verwerping van iedere remedie (ontbinding, prijsvermindering, schadevergoeding) bij een buitengerechtelijk herstel

(2113) Vred. Bree 2 oktober 2008, *T.Vred.* 2012, (298) 299-300, noot C. DELFORGE bevestigd door Rb. Tongeren (3de k.) 14 juni 2010, *T. VRED.* 2012, 298, noot C. DELFORGE.

(2114) Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019, *DCCR* 2020, (129) 133.

(2115) Bijvoorbeeld Kh. Bergen 30 maart 2010, *TBBR* 2011, 91.

(2116) Bijvoorbeeld Gent (16de k.) 12 januari 2018, *TBO* 2020, 53.

door een consument gefundeerd op de wettelijke hiërarchie van remedies in de consumentenkoop(2117).

In het principiële arrest van 18 juni 2020 oordeelt het Hof van Cassatie dat wanneer de schuldeiser de buitengerechterlijke vervanging toepast zonder dat daartoe grond bestaat of op een onzorgvuldige wijze, de schuldeiser de gemaakte kosten inderdaad niet op de schuldenaar kan verhalen, maar de schuldeiser wel recht heeft op vergoeding van de schade die het gevolg is van de wanprestatie(2118). Wanneer de rechter a posteriori vaststelt dat de schuldenaar (*in casu* de verkoper) effectief een toerekenbare tekortkoming beging dan zou de schuldeiser (de koper) minstens het recht moeten behouden om de interne (productie)kosten bij wijze van schadevergoeding van de schuldeiser terug te vorderen. Anders oordelen impliceert dat de schuldenaar ondanks de wanprestatie door de uitsparing van deze kosten een onbillijk voordeel geniet(2119). De meerprijs van de externe (marktkost) ten aanzien van de interne productiekost blijft wegens miskenning van de toepassingsvoorwaarden voor dekkingsherstel of dekkingskoop voor de koper(2120). Een koper die ten onrechte een dekkingsherstelling/dekkingsverkoop uitvoert zonder dat aan de toepassingsvoorwaarden is voldaan zou bij een niet-conformiteit een schadevergoeding moeten behouden te verminderen met de schade voor de verkoper(2121). Deze vergoeding is gelijk aan de kost van het herstel, ware

(2117) Rb. Tongeren (3de k.) 14 juni 2010, *T. VRED.* 2012, 298, noot C. DELFORGE; *Vred. Bree* 2 oktober 2008, *T.Vred.* 2012, (298) 299-300, noot C. DELFORGE (Consument laat een mobilhome op eigen initiatief herstellen door een derde. Door zonder voorafgaande ingebrekestelling eenzijdig tot herstelling over te gaan hebben appellanten aan geïntimeerde de mogelijkheid ontnomen om de wettelijke garantieplicht overeenkomstig artikel 1469^{quinquies} §2 BW na te komen. Appellanten hebben dan ook geen recht op de in artikel 1649^{quinquies} §3 oud BW voorziene prijsvermindering vermits de voorwaarden hiertoe niet zijn vervuld, noch op enige andere schadevergoeding); Bergen (7de k.) 22 december 2016, *DCCR* 2017, 91-107, noot S. VANDEMAELE; *TBBR* 2017, 537-545, noot S. JANSSEN.

(2118) Hierover: S. DE REY, “Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechterlijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie”, *TBBR* 2020, (539) nrs. 43 e.v.

(2119) M. BEURSKENS, *Privatrechtliche Selbsthilfe* (Tübingen: Mohr Siebeck 2017), 152; H-F. MÜLLER, “Erstattungsansprüche bei Selbstvornahme durch den Gläubiger”, in *Festschrift für Georg Maier Reimer zum 70 Geburtstag* (München: C.H. BECK 2010), (485) 488; H.F. MÜLLER, “Die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht”, *ZJS* 2012 (4), (444) 446-447.

(2120) S. DE REY en B. TILLEMANN, “Buitengerechterlijke herstelling en vervanging bij wijze van uitvoering en herstel”, in *Verantwoord Aansprakelijkheidsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2017), (217) 243; S. DE REY, *Herstel in natura* (Brugge: die Keure 2019) nrs. 750.

(2121) H. SLACHMUYLDERS, “Herstelling door een derde en de hiërarchie van de remedies in de consumentenkoop” (noot onder Orb. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2019), *DCCR* 2020, (135) 144 nr. 19; S. JANSSEN, “Hiërarchie in de remedies bij consumentenkoop: bescherming van consumenten en verkopers?” (noot onder Gent 20 oktober 2010), *DCCR* 2012, (132) 144; S. JANSSEN, “Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: ook in het voordeel van de verkoper” (noot onder Bergen 22 december 2016) *TBBR* 2017, (539) 544; R. STEENNOT, “Garantietermijnen tweedehandsgoederen” (noot onder Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 204; S. MARYSSE, “De Wet Consumentenkoop: enkele beschouwingen” (noot onder Gent 27 mei 2009), *RW* 2010-11, (545) 547. Zie ook in dezelfde zin bij schending van de schadebeperringsplicht: L. DILLEN, “Pleidooi voor proportionele verdeling van de meerschade bij onrecht uitblijven van schadebeperking”, *TBBR* 2019, 371.

dit herstel door de verkoper zelf uitgevoerd. Dit komt over met het bedrag van de herstel- of vervangingskosten die ten laste van de verkoper zouden zijn geweest indien deze zelf tot het herstel of vervanging ware overgegaan(2122).

Het ontzeggen van enige schadevergoeding aan de consument wanneer die de dekkingsherstelling doorvoerde buiten de daartoe gestelde voorwaarden werd in de rechtsleer dan ook al bekritiseerd, in de mate dat de consument hier wel degelijk schade heeft geleden t.g.v. de contractuele wanprestatie van de verkoper(2123). Het hof van beroep te Gent stelde dan ook dat artikel 1649*quinquies* oud BW de consument niet verplicht om herstel ‘van de verkoper’ te eisen. De consument die een beroep heeft gedaan op een derde kan dan ook de herstellingskosten terugvorderen van de verkoper (de deskundige adviseerde dat de herstellingswerken en de factuur daarvoor correct waren)(2124). Het vredegerecht te Antwerpen oordeelde dat de vordering tot betaling van medische kosten gemaakt om de gezondheidsproblemen van een hond op te lossen niet te kwalificeren is als een vordering ter bekoming van een aanvullende schadevergoeding conform artikel 1649*quinquies* oud BW. Gelet op het herstel is de vordering tot terugbetaling van de kostprijs van deze ingrepen een vordering tot herstel. De kosten zijn immers kosten gemaakt om de hond in overeenstemming te brengen, in andere woorden te herstellen. Het feit dat het de verkoper niet zelf is die tot dit herstel is overgegaan, doet aan de aard van de vordering niet af. Het feit dat de verkoper manifest weigert om dit herstel zelf aan te bieden, ontnemt de consument dit primair rechter op herstel niet.

In een recente zaak voor het Hof van Cassatie vertoonde een hond kort na de aankoop ziekteverschijnselen. Het dier werd naar een dierenarts gebracht en later naar een dierenkliniek waar parvovirose werd vastgesteld. De koper vordert de medische kosten terug van de verkoper. Het argument dat het dier naar de verkoper en diens dierenarts gebracht moest worden, werd niet aangenomen door de vrederechter en later door de rechtbank van eerste aanleg. Gezien de ernst van de toestand van het diertje is het normaal dat de koper direct een dierenarts consulteert(2125). Het gaat om een speciaal, want levend, consumptiegoed. Gezien de gezondheidstoestand kan de consument niet verweten worden dat hij met het dier naar een arts is gegaan(2126). Het Hof van Cassatie stelde dat de motivering van de bodemrechters evenwel gebrekkig was. Zo stelde het Hof: “*de voorrang van het kosteloze herstel of de kosteloze vervanging geldt niet enkel voor de consument, maar ook voor de verkoper aan wie aldus de mogelijkheid wordt geboden de gebrekkige*

(2122) R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1836 nr. 546.

(2123) R. STEENNOT, “Garantietermijnen tweedehandsgoederen” (noot onder Gent 27 mei 2009), *NJW* 2010, 204.

(2124) Gent 12 december 2011, *NJW* 2012, (602) 603, noot R. STEENNOT.

(2125) Vred. Hoogstraten 27 maart 2008, 17A373, niet-gepubliceerd, 6.

(2126) Rb. Antwerpen (afd. Turnhout) 21 januari 2019, 18/670/A, niet-gepubliceerd, 7-8.

levering te remediëren. (...) De appelrechters die de [verkoper] veroordeelt tot deze schadevergoeding zonder vast te stellen dat aan de [verkoper] de mogelijkheid werd geboden om zelf tot het kosteloos herstel of de kosteloze vervanging over te gaan, noch vast te stellen dat deze remedies niet meer mogelijk waren, onderling abusief zijn of dat de [verkoper] deze niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de [koper] heeft verricht, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht. De omstandigheid dat dieren geen zaken zijn, maar wezens met gevoelens en tussen de [koper] en het hondje mogelijk een emotionele band is ontstaan, leidt niet tot een ander oordeel.”(2127).

e. Kosteloos karakter van het herstel of de vervanging

1) Kosten verzending, loon en materiaal

459. INDICATIEVE OPSOMMING VAN VERZENDING, LOON EN MATERIAAL – Het kosteloos karakter impliceert dat de consument niet moet instaan voor de kosten die gemaakt worden om het goed opnieuw in overeenstemming te brengen. Deze kosten omvatten onder meer de kosten van verzending, loon en materiaal (art. 1649*quinquies* §2, tweede lid oud BW in uitvoering van artikel 3, lid 4 Richtlijn Consumentenkoop 1999). Het Hof van Justitie van de EU heeft geoordeeld dat uit het gebruik van de bijwoordelijke bepaling ‘met name’ door de wetgever van de Unie blijkt dat de opsomming (*kosten van verzending, loon en materiaal*)(2128) indicatief en niet limitatief is(2129).

Het Hof van Justitie van de EU kreeg de kans om zich uit te spreken over de draagwijdte van deze bepaling in Füllä(2130). In deze zaak kocht Füllä telefonisch een tent (5x6) bij Toolport. Deze werd geleverd op het woonadres van Füllä waar een gebrek aan overeenstemming werd vastgesteld. Füllä verzocht Toolport om de tent in overeenstemming te brengen op zijn woonadres. Toolport wees de klachten echter af als ongegrond. Er is op dat moment niet gediscussieerd over de plaats waar de tent in overeenstemming moest gebracht worden. De overeenkomst tussen Füllä en Toolport bepaalde hierover niets. Füllä verzocht vervolgens de buitengerechtelijke ontbinding.

(2127) Cass. 18 juni 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR:20200618.1N.30, punt 1 *in fine* en punt 4, NJW 2020, 831, noot F. VAN DEN ABEELE = TBH 2021, noot S. JANSEN (te verschijnen).

(2128) HvJ 17 april 2008, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231, *Quelle AG t. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*; DCCR 2008 (179), 75-81, noot M. DUPONT.

(2129) Zie reeds in dezelfde zin: R. STEENNOT m.m.v. S. DEJONGHE, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken* (Antwerpen: Intersentia 2007), nr. 1074; S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, “Consumentenkoop” in *Ondernemingsrecht volume B* in B. Tillemans en E. Terryn (eds.), *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2011), (1271) 1315 nr. 1830; A. VAN OEVELEN, “De wet consumentenkoop”, *CBR Jaarboek 2005-2006* (Antwerpen: Maklu 2006), (119) nr. 30.

(2130) HvJ 23 mei 2019, C-52/18, ECLI:EU:C:2019:447, *Christian Füllä t. Toolport GmbH*, TVred. 2019, 636-637, noot R. STEENNOT.

Aangezien Toolport weigerde, vorderde Füllä de ontbinding voor de rechter. Het is pas op dat moment dat Toolport aanvoerde dat haar vestigingsplaats de plaats was waar het betrokken goed in overeenstemming moest gebracht worden. Toolport had niet aangeboden om de transportkosten voor te schieten. De rechter was van mening dat de bepaling van de plaats van het in overeenstemming brengen van het betrokken goed van essentieel belang was om te weten of Füllä Toolport in de gelegenheid heeft gesteld om over te gaan tot herstel/vervanging van dat goed. De plaats waar het goed in overeenstemming wordt gebracht wordt bepaald door een cascade-regeling waarbij eerst gekeken wordt naar de overeenkomst en bij gebreke aan een bepaling hieromtrent, moet rekening gehouden worden met de omstandigheden of *in fine* de plaats van de handelszaak. De rechter was echter onzeker over de verenigbaarheid van deze uitlegging met de Richtlijn Consumentenkoop 1999. De rechter vroeg zich daarnaast af of het beginsel van de kosteloosheid van het in overeenstemming brengen van een goed ook het recht van de consument omvat om aan de verkoper te vragen de transportkosten voor te schieten. Het Hof van Justitie van de EU brengt eerst in herinnering dat kosteloos, redelijke termijn en zonder ernstige overlast drie cumulatieve voorwaarden zijn(2131). Vervolgens oordeelt het dat de plaats waar het goed ter beschikking moet worden gesteld niet zodanig kan gekozen worden dat zij geen enkele overlast voor de consument bezorgt (de terbeschikkingstelling vergt een zekere inspanning en tijd van de consument), maar wel dat zij geen ernstige overlast oplevert waardoor de consument ervan weerhouden zou worden zijn rechten uit te oefenen(2132). In sommige gevallen zal de verzending naar de vestiging van de verkoper ernstige overlast veroorzaken (bv. groot gewicht of volume, bijzonder kwetsbare lading), maar in andere gevallen zal deze verzending geen ernstige overlast vormen(2133). Lidstaten blijven zo bevoegd om de plaats waar de consument gehouden is een op afstand gekocht goed ter beschikking van de verkoper te stellen zolang die plaats maar geschikt is om het kosteloos in overeenstemming brengen te waarborgen binnen een redelijke termijn en zonder voor ernstige overlast voor de consument ervan te zorgen (rekening houdend met de aard van het goed en het gebruik dat de consument ervan wenst)(2134).

(2131) HvJ 23 mei 2019, C-52/18, ECLI:EU:C:2019:447, *Christian Füllä t. Toolport GmbH*, overwegingen 32-33; HvJ 16 juni 2011, C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, *Gebr. Weber GmbH t. Jürgen Wittmer en Ingrid Putz t. Medianess Electronics GmbH*.

(2132) HvJ 23 mei 2019, C-52/18, ECLI:EU:C:2019:447, *Christian Füllä t. Toolport GmbH*, punt 40.

(2133) *Ibidem* punt 43-44.

(2134) *Ibidem*, punt 482131. Deze rechtspraak wordt gecodificeerd in de Richtlijn Consumentenkoop 2019. Zo bepaalt punt 56: “Deze richtlijn mag geen bepalingen bevatten over waar de verbintenissen van een schuldenaar moeten worden uitgevoerd. Deze richtlijn mag dan ook niet preciseren waar de leveringsplaats is noch voorschrijven waar de herstelling of vervanging moet plaatsvinden; zulke kwesties moeten worden overgelaten aan het nationale recht”.

460. GEEN ALGEMENE VERPLICHTING VAN VERKOPER OM TRANSPORTKOSTEN VAN OP AFSTAND GEKOCHTE GOEDEREN VOOR TE FINANCIEREN – In hetzelfde arrest verduidelijkte het Hof van Justitie van de EU dat de verplichting van de verkoper om de consument de kosten van het transport van dit goed naar de vestigingsplaats van de verkoper terug te betalen niet ook omvat dat de kosten systematisch aan de consument zouden worden voorgeschieden(2135). De verkoper zal deze kosten echter wel moeten voorschieten wanneer die kosten voor de consument zo'n last zijn waardoor die hem ervan weerhouden zijn rechten uit te oefenen. Hierbij moet o.m. rekening gehouden worden met het bedrag van de transportkosten, de waarde van het niet-conforme goed of de mogelijkheid, rechtens of feitelijk, voor de consument om zijn rechten geldend te maken in geval van niet-terugbetaling door de verkoper van de door de consument voorgeschieden transportkosten(2136).

461. VERPLICHTING OM KOPER IN TE LICHTEN OVER PLAATS WAAR HET GOED TER HERSTELLING MOET WORDEN AANGEBODEN – De verkoper moet de consument inlichten over de plaats waar hij het goed moet aanbieden ter herstelling of ter vervanging. Dit kan in de contractuele voorwaarden of op het ogenblik dat hij in kennis gesteld wordt van de niet-conformiteit. Indien de verkoper, die door de koper wordt ingelicht van het gebrek aan overeenstemming van een op afstand gekocht goed waarvan het transport naar de vestigingsplaats van de verkoper voor hem ernstige overlast dreigde te vormen en die dit goed op zijn woonplaats ter beschikking heeft gesteld van de verkoper om in overeenstemming te worden gebracht, geen enkele passende maatregel neemt om het niet-conforme goed op zijn minst te inspecteren, met inbegrip van de maatregel om de consument binnen een redelijke termijn in kennis te stellen van de plaats waar het niet-conforme goed hem ter beschikking moet worden gesteld voor het in overeenstemming brengen ervan, kan de koper de ontbinding vragen(2137).

2) Geen vergoeding voor gebruik niet-conform goed

462. GEBRUIK NIET-CONFORM GOED GEEN ONRECHTVAARDIGE VERRIJKING – Bij een herstel of vervanging moet de consument de verkoper niet vergoeden voor het gebruik dat hij heeft gemaakt van het niet-conforme goed sinds de aankoop tot aan de vervanging (herstel) van het niet-conforme goed. Dit blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU in antwoord op een prejudiciële vraag(2138), die gecodificeerd is in artikel 14.4 Richtlijn Consumentenkoop 2019: “*De consument hoeft niet te betalen voor het normaal gebruik van de*

(2135) HvJ 23 mei 2019, C-52/18, ECLI:EU:C:2019:447, *Christian Füllä t. Toolport GmbH*, punt 54.

(2136) Ibidem, punt 55.

(2137) Ibidem, punt 65.

(2138) HvJ 17 april 2008, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231, *Quelle AG t. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände; DCCR 2008 (179), 75-81*, noot M. DUPONT.

vervangen goederen in de aan de vervanging voorafgaande periode.” Het gebruik van de goederen moet worden beschouwd als normaal wanneer het in overeenstemming is met de aard en het doel van de goederen(2139).

In augustus 2002 heeft Quelle Brüning een fornuis voor privégebruik geleverd. Begin 2004 stelde Brüning vast dat het toestel gebrekkig was. Aangezien het toestel niet kon worden hersteld, heeft zij het terugbezorgd aan Quelle, die haar een nieuw toestel heeft toegezonden. Voor het gebruik dat Brüning van het eerste toestel had gehad, vroeg Quelle deze laatste een vergoeding van 69,97 EUR. Een Duitse consumentenorganisatie vorderde de terugbetaling van deze vergoeding en een gerechtelijk verbod onder verbeurte van een dwangsom om deze vergoeding nog in de toekomst te vragen. Het *Bundesgerichtshof* heeft bedenkingen bij de eenzijdige last die aan de koper wordt opgelegd, maar verklaart dat het geen mogelijkheid ziet om de nationale regeling in het BGB te corrigeren bij wege van uitlegging. Omdat het Hof echter twijfelt of de bepalingen van het BGB in overeenstemming zijn met de gemeenschapsregeling, heeft het een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU gesteld waarbij het wenste te weten of artikel 3 Richtlijn Consumentenkoop moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling volgens welke de verkoper, bij levering van een niet-conform consumptiegoed, van de consument een vergoeding mag eisen voor het gebruik van het niet-conforme goed tot aan de vervanging ervan door een nieuw goed. Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend(2140). Het Hof van Justitie van de EU stelde dat artikel 3.2. Richtlijn Consumentenkoop 1999 de consumenten het recht verleent op kosteloos herstel of vervanging. Als indicatieve kosten vermeldt de richtlijn in dit verband de kosten van verzending en de kosten van loon en materiaal. Dit kosteloze karakter is een essentieel element van de beoogde consumentenbescherming. Men beoogt immers zo de consument te beschermen tegen het risico van financiële lasten die hem zonder die bescherming ervan zouden kunnen weerhouden zijn rechten geldend te maken. De financiële belangen van de verkoper zijn trouwens afdoende gewaarborgd door de waarborgtermijn van twee jaar vanaf de levering en door de mogelijkheid van de verkoper om herstel of vervanging te weigeren indien die onmogelijk zou zijn of buiten verhouding zou staan. Als de verkoper een niet-conform goed levert, voert hij de verbintenis die hij bij de verkoopovereenkomst is aangegaan, niet correct uit en moet hij dus opkomen voor de gevolgen van de slechte uitvoering van die verbintenis. Dat de consument die de verkoopprijs heeft betaald en zijn contractuele verbintenis dus correct heeft uitgevoerd, een nieuw goed ontvangt ter vervanging van het niet-conform goed, levert geen ongerechtvaardigde verrijking op. Hij ontvangt slechts met vertraging een goed dat in overeenstemming is met de bepaling van de overeenkomst, een goed dat hij van meet af aan had moeten ontvangen.

(2139) Overweging 57 Richtlijn Consumentenkoop 2019.

(2140) HvJ 17 april 2008, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231, *Quelle AG t. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*; DCCR 2008 (179), 75, noot M. DUPONT.

In de al geciteerde zaak voor het hof van beroep te Brussel aangaande de verkoop van een fiets oordeelde het hof dat een vergoeding voor het gebruik van de fiets niet aan de orde is. Gelet op de veelheid van herstellingen genoten de kopers immers niet van het rustig genot(2141).

3) Kosten verwijdering niet-conform goed en installatie
vervangingsgoed

463. KOSTELOOS KARAKTER IMPLICEERT OOK VERGOEDING VOOR VERWIJDERING NIET-CONFORME GOED EN INSTALLATIE VAN VERVANGINGSGOED OOK AL MOEST VERKOPER GOED INITIEEL NIET ~~INSTELLAREN~~ – Wanneer een herstelling de verwijdering vergt van goederen, die op een wijze die in overeenstemming is met hun aard en doel waren geïnstalleerd voordat het conformiteitsgebrek duidelijk werd, of wanneer deze goederen moeten worden vervangen, omvat de verplichting tot herstelling of vervanging van de goederen de verwijdering van de niet-conforme goederen en de installatie van vervangende goederen of herstelde goederen, of het betalen van de kosten van die verwijdering of installatie(2142).

Het Hof van Justitie van de EU oordeelde in het arrest *Weber/Putz* dat wanneer een niet-conform consumptiegoed, dat de consument vóór de ontdekking van het gebrek overeenkomstig de aard en het gewenste gebruik ervan te goeder trouw had geïnstalleerd, door de verkoper door vervanging in overeenstemming wordt gebracht, de verkoper verplicht is dit goed zelf te verwijderen van de plaats waar het is geïnstalleerd en er een vervangingsgoed te installeren, dan wel de kosten voor deze verwijdering en installatie van het vervangingsgoed te vergoeden. Of de verkoper zich in de verkoop overeenkomst al dan niet ertoe had verbonden het aanvankelijk aangekochte consumptiegoed te installeren, speelt hierbij geen rol(2143).

(2141) Brussel 7 mei 2015, *TBBR* 2016, 229.

(2142). Zie art. 14.3 Richtlijn Consumentenkoop 2019 dat een gedeeltelijke codificatie is van HvJ 16 juni 2011, C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, *Gebr. Weber GmbH t. Jürgen Wittmer en Ingrid Putz t. Medianess Electronics GmbH*. **WANNEER** een niet-conform consumptiegoed, dat de consument voor de ontdekking van het gebrek overeenkomstig de aard en het gewenste gebruik ervan te goeder trouw had geïnstalleerd, door de verkoper door vervanging in overeenstemming wordt gebracht, is de verkoper verplicht dit goed zelf te verwijderen van de plaats waar het is geïnstalleerd en er een vervangingsgoed te installeren, dan wel de kosten voor deze verwijdering en installatie van het vervangingsgoed te vergoeden. Of de verkoper zich er in de verkoopovereenkomst al dan niet toe had verbonden het aanvankelijk aangekochte consumptiegoed te installeren, speelt hierbij geen rol.

(2143) HvJ 16 juni 2011, C-65/09 en C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396, *Gebr. Weber GmbH t. Jürgen Wittmer en Ingrid Putz t. Medianess Electronics GmbH*, punt 62; *De Juristenkrant* 2011 (236), 4-5 (weergave M. VERHOEVEN).

§ 3. PRIJSVERMINDERING OF ONTBINDING

a. *Wanneer is prijsvermindering of ontbinding mogelijk?*

464. HERSTEL OF VERVANGING NIET MOGELIJK BINNEN REDELIJKE TERMIJN OF ONMOGELIJK ZONDER ERNSTIGE OVERLAST – Prijsvermindering of ontbinding (hiertussen is, voor zover het gebrek ernstig is, de keuze vrij) kan worden gevraagd “indien de consument geen aanspraak kan maken op herstelling of vervanging of indien de verkoper niet binnen een redelijke termijn of niet zonder ernstige overlast tot genoegdoening is overgegaan” (art. 1649quinquies §3 oud BW)(2144). Deze regeling wijkt in die zin af van het gemeen recht inzake vrijwaring voor verborgen gebreken nu het gemeen recht zowel voor de *actio aestimatoria* als voor de *actio redhibitoria* een ernstig gebrek vereist. In de consumentenkoop beschikt de koper in principe over een vrije keuze tussen de secundaire remedies(2145). Niettemin stelt artikel 3.6 Richtlijn Consumentenkoop 1999 dat de consument geen ontbinding mag vragen als het gebrek aan overeenstemming gering is. Deze beperking is niet bepaald voor prijsvermindering(2146). De tekortkoming wordt afgewogen rekening houdend met de waarde van het goed, het resterende nut van het goed voor de consument en de last die het gebrek aan overeenstemming veroorzaakt(2147).

De consument moet de verkoper voldoende mogelijkheid geven om een gebrekkig goed in overeenstemming te brengen. Hiertoe moet hij de verkoper allereerst in kennis stellen van de niet-conformiteit en de gekozen genoegdoening (herstel of vervanging) en vervolgens moet hij het goed ter beschikking stellen van de verkoper. Zo werd een vordering tot ontbinding verworpen, vermits het voorafgaand herstel/vervanging niet werd gevraagd en dat herstel na het deskundigenonderzoek trouwens werd uitgevoerd(2148).

(2144) Art. 14 a Richtlijn Consumentenkoop 2019 formuleert dit als volgt: de verkoper heeft de herstelling of vervanging niet voltooid of, indien van toepassing, niet voltooid overeenkomstig artikel 14, leden 2 en 3, of de verkoper heeft geweigerd de goederen conform te maken overeenkomstig lid 3 van dit artikel. Hiermee gelijkgesteld wordt de situatie waar de verkoper heeft verklaard of uit de omstandigheden blijkt duidelijk dat de verkoper de goederen door middel van herstelling of vervanging niet binnen een redelijke termijn of zonder ernstige overlast voor de consument conform de overeenkomst zal maken (art. 14d Richtlijn Consumentenkoop 2019). Dat komt overeen met art. 3.5 Richtlijn Consumentenkoop 1999.

(2145) S. STIJNS, “De remedies van de koper bij niet-conformiteit” in S. Stijns en J. Stuyck (eds.), *Het nieuwe kooprecht* (Antwerpen: Intersentia 2005), (53) 56; P. WÉRY, “Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité” in C. Biquet-mathieu en P. Wéry (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005), (127) 152.

(2146) Deze beperking is evenmin bepaald voor de primaire remedies, het herstel en de vervanging.

(2147) L. PEETERS, “De nieuwe wetgeving voor consumentenkoop ... (eindelijk) in het B.W.”, *RW* 2004-05, (441) 451.

(2148) Bergen (7de k.) 22 december 2016, *DCCR* 2017, 91-107, noot S. VANDEMAELE = *TBBR* 2017, 537-545, noot S. JANSEN.

Ontbinding of prijsvermindering is onder de Richtlijn Consumentenkoop 2019 ook mogelijk wanneer er een conformiteitsgebrek blijkt te bestaan ondanks de poging van de verkoper om de goederen conform te maken(2149) of wanneer het conformiteitsgebrek zo ernstig is dat een onmiddellijke prijsvermindering of ontbinding van de koopovereenkomst gerechtvaardigd is(2150). Een voorbeeld van dit laatste biedt de verkoop van niet-authentiek kunstwerk aan een consument. Herstel of vervanging zijn hier in principe uitgesloten. Vermits prijsvermindering in verhouding staat met de niet-conformiteit is dit evenmin aangewezen. Ontbinding lijkt omwille van de ernst van niet-conformiteit de enige aangewezen sanctie(2151).

465. ONTBINDING: ERNST VAN NON-CONFORMITEIT – De consument heeft niet het recht de ontbinding van de overeenkomst te verlangen indien het gebrek aan overeenstemming van geringe betekenis is (art. 1649*quinquies*, § 3, tweede lid oud BW). Zo oordeelde het hof van beroep te Gent dat in een geval waarbij een salon met ronde poten was geleverd terwijl vierkante gevraagd werden, de ontbinding niet gevorderd kon worden gezien het gebrek een geringe betekenis had. De waarde van de poten vertegenwoordigde slechts een fractie (3,5%) van de waarde van het salon(2152). In een ander geval werden de gebreken van de elektronica niet voldoende ernstig bevonden om een ontbinding te rechtvaardigen nu zij met minieme kosten onder garantie hersteld konden worden en slechts één herstelling moest gebeuren door de importeur, eveneens onder garantie(2153).

Bij stilzitten van de verkoper kan wel tot ontbinding overgegaan worden(2154). Dit bleek ook uit het arrest Füllä van het Hof van Justitie van de EU. Nadat het gebrek ontdekt was, berichtte Füllä Toolport dat er een gebrek was en dat het goed kon opgehaald worden op Füllas woonadres. Toolport ondernam echter geen actie. Pas in de loop van de procedure maakte Toolport bekend dat het goed naar zijn vestigingsplaats gebracht moest worden. Het Hof oordeelde dat wanneer de consument aan zijn zorgvuldigheidsplicht heeft voldaan, terwijl de verkoper geen enkele passende maatregel heeft genomen om het niet-conforme goed op zijn minst te inspecteren, met inbegrip van de maatregel om de consument binnen een redelijke termijn in kennis te stellen van

(2149) Art. 14b Richtlijn Consumentenkoop 2019.

(2150) Art. 14c Richtlijn Consumentenkoop 2019.

(2151) J. GODDAER, “Ge-kunst-el bij veiling. Niet-authenticiteit van een kunstwerk in het consumentenrecht”, *DCCR* 2015 (107), (71), 84.

(2152) Gent (12de k.) 20 oktober 2010, *DCCR* 2012 (94), (124) 130, noot S. JANSEN.

(2153) Gent (12de k.) 5 januari 2011, 2008/AR/3038-F, niet-gepubliceerd, geciteerd in B. TILLEMANS, *Gevolgen van de koop*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2012), 626-627.

(2154) Brussel 7 mei 2015, *TBBR* 2016, (229) 231.

de plaats waar het goed ter beschikking gesteld moet worden, de consument de ontbinding kan vorderen(2155).

De rechtbank te Turnhout oordeelde dan weer dat de vraag tot ontbinding gegrond was gezien de fiets al verschillende malen was binnengebracht bij de verkoper zonder oplossing, de verkoper weigerde medewerking te verlenen aan een minnelijke expertise en de verkoper ten onrechte ontkende dat het probleem een gebrek was. Aangezien volgens de verkoper de batterij geen gebrek vertoonde, kon zelfs gevreesd worden dat de vastgestelde niet-conformiteit niet voor herstelling vatbaar was(2156).

Het vredegericht te Kontich moest oordelen over de aankoop van een dier (550 EUR) dat een maand na de aankoop ernstig ziek werd (hoesten met koorts, pustules, oorschurft en liesbreuk). De consument trachtte de verkoper te bereiken maar kreeg geen antwoord. Met betrekking tot de vraag of de gebreken al aanwezig waren bij de levering oordeelde de vrederechter dat deze gebreken reeds een maand na aankoop zich manifesteerden en de verkoper deze niet tegensprak. Op een professionele verkoper rust de verplichting om bij de ontvangst van een reclamatie hetzij de nodige maatregelen te nemen om tegemoet te komen aan het probleem hetzij gemotiveerd zijn aansprakelijkheid af te wijzen. Het zich manifesteren van de verschillende vastgestelde ziekten of gebreken korte tijd na de verkoop, samen met het gebrek aan enige reactie, zijn voldoende gewichtige en overeenstemmende vermoedens betreffende de aanwezigheid van de vastgestelde gebrekkige toestand op het tijdstip van de verkoop. De consument is dan ook gerechtigd vergoed te worden voor geleden schade en dit door middel van een prijsvermindering. De vrederechter kende 183 EUR toe aan de consument (hoofdeis strekte tot betaling van 651,60 EUR). In de rechtsleer is deze uitkomst evenwel bekritiseerd, aangezien de vrederechter stelt dat de tegemoetkoming rekening houdt met de aankoopprijs. De prijs die voor een dier is betaald, mag geen reden zijn om lagere schadevergoedingen toe te kennen. De vergoedingsplicht van de verkoper mag niet stoppen bij de prijsvermindering(2157).

466. ONTBINDING OF PRIJSVERMINDERING BIJ ONMOGELIJKHEID HERSTEL OF VERVANGING – In een zaak voor de rechtbank van eerste aanleg te Gent had de verkoper aangeboden om het gebrekkig tweedehandsvoertuig te herstellen. Deze herstelling bood evenwel geen oplossing nu het herstel moet leiden tot een goed dat in overeenstemming is met de overeenkomst. De koper had specifiek gevraagd om een ongevalvrije wagen. Het is evenwel onmogelijk om

(2155) HvJ 23 mei 2019, C-52/18, ECLI:EU:C:2019:447, *Christian Füllä t. Toolport GmbH*, punt 65-67.

(2156) Rb. Antwerpen (afd. Turnhout) (TB5 k.) 28 november 2019, *RW* 2017-18, (1396) 1397.

(2157) Vred. Kontich 28 oktober 2015, AR 15A122, *legalworld.be*, geciteerd in A. GODFROID, “Verkoop van zieke honden: lage verkoopprijs leidt tot lage schadevergoeding?”, *De Juristenkrant* 2015 (315), 6.

een voertuig te herstellen zodat het ongevalvrij is. Een herstelling zou slechts kunnen leiden tot een schadevrije wagen. Bovendien was het vertrouwen tussen de partijen danig aangetast. Vervanging van het voertuig werd door de verkoper bovendien niet aangeboden en lijkt, gelet op de specifieke aard van het gebrek, quasi onmogelijk. De koper had dan ook het recht de ontbinding te vragen. Het gebrek aan overeenstemming was van voldoende zwaarwegende aard om de gevorderde ontbinding te bekomen. Het was immers de uitdrukkelijke wens om een ongevalvrij voertuig te bekomen(2158).

Een ander voorbeeld is de aankoop van een huisdier (hond/kat), dat overlijdt door een gebrek aan overeenstemming waarvoor de verkoper moet instaan. Deze ontbinding ten laste van de verkoper is momenteel mogelijk op basis van de remedies die een consument kan putten uit het wettelijk garantiencertificaat op basis van het KB van 27 april 2007 houdende erkenningsvoorwaarden voor inrichtingen van dieren en de voorwaarden inzake de verhandeling van dieren(2159). Dit vormt een afwijking van het regime van de consumentenkoop (volgens de Richtlijn Consumentenkoop 1999) dat vereist dat de consument de andere primaire remedie vervanging vraagt. Onder de wettelijke garantie verbindt de verkoper zich ertoe om (bij een niet-conformiteit) een onderhandelde oplossing te vinden die onder andere kan bestaan in i) een passende prijsvermindering; ii) terugbetaling van de dierenartskosten veroorzaakt door het gebrek aan overeenstemming aan de overeenkomst; bij overlijden van het dier, ontbinding van de overeenkomst ten laste van de verkoper(2160). Ontbinding en prijsvermindering zijn derhalve geen subsidiaire rechtsmiddelen(2161).

De rechtbank van koophandel te Turnhout stelde dat gezien het *in casu* een ziek dier betreft, er geen sprake kan zijn van kosteloos herstel. Om dezelfde reden wordt terecht ook geen kosteloze vervanging gevorderd. De rechtbank neemt aan dat de kopers zich aan het dier hebben gehecht, wat o.m. blijkt uit de kosten en de moeite die de kopers zich hebben getroost om aan de epileptische aanvallen te verhelpen. De rechtbank meent dat het niet uitgesloten is dat in geval van vervanging het dier zal gedood worden. Bijgevolg kan

(2158) Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) (2de k.) 5 september 2016, *RW* 2017-18, (553) 555.

(2159) Art. 30.1 Koninklijk besluit 27 april 2007 houdende erkenningsvoorwaarden voor de inrichtingen van dieren en de voorwaarden inzake de verhandeling van dieren: Onverminderd de rechten die de koper zou kunnen laten gelden overeenkomstig de geldende wettelijke rechtsmiddelen, meer bepaald de artikelen 1641 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, laat de garantie aan de koper de keuze tussen de terugbetaling van de verkoopprijs, de vervanging van het dier of de gedeeltelijke terugbetaling van het dier volgens de voorwaarden uiteengezet in het certificaat bedoeld in § 1.

(2160) B. VL.Reg. 15 februari 2019 tot wijziging van diverse bepalingen van het koninklijk besluit van 27 april 2007 houdende erkenningsvoorwaarden voor inrichtingen voor dieren en de voorwaarden inzake de verhandeling van dieren, *BS* 11 april 2019.

(2161) R. STEENNOT, “Wettelijke garantie voor de verkoop van “gebrekkige” honden en katten”, in *Verantwoord Aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen* (Antwerpen: Intersentia 2017), (555) 564.

aanspraak gemaakt worden op prijsvermindering(2162). Dit werd bevestigd door het hof van beroep te Antwerpen: herstel of vervanging is niet aan de orde gezien de consumenten aan het ziek dier gehecht zijn (gelet op de inspanningen die zij ondernamen om de ziekte te verhelpen)(2163). Bij overlijden van een dier heeft de koper recht op terugbetaling van de aankoopssom en een schadevergoeding voor alle kosten die hij heeft moeten maken met het oog op het herstel en het behoud van het dier (kosten dierenarts)(2164).

b. *Ontbinding*

467. GERECHTELIJK OF BUITENGERECHTELIJK KARAKTER – De ontbinding kan ten eerste ~~een gerechtelijke ontbinding zijn~~ op basis van artikel 1184 oud BW(2165). In een arrest van 23 mei 2019 heeft het Hof van Cassatie daarenboven de buitengerechtelijke ontbinding op kennisgeving als een autonome ontbindingswijze aanvaard, op voet van gelijkheid met de gerechtelijke ontbindingswijze uit artikel 1184 oud BW(2166). Volgens het arrest staat artikel 1184, derde lid oud BW er niet aan in de weg dat bij een voldoende ernstige wanprestatie die een gerechtelijke ontbinding rechtvaardigt, de schuldeiser op eigen risico beslist om het contract te ontbinden door een kennisgeving. In een arrest van 11 december 2020 werd deze beslissing bevestigd(2167). Het Hof van Cassatie beperkt de buitengerechtelijke ontbinding op kennisgeving niet tot situaties waarin de schuldeiser uitzonderlijke omstandigheden kan aantonen. Dit ligt in de lijn met artikel 5.96 Wetsvoorstel Boek 5. Dit stelt voor om de buitengerechtelijke ontbinding op kennisgeving te codificeren op voet van gelijkheid met de gerechtelijke ontbinding, zonder dat uitzonderlijke omstandigheden zijn vereist.

(2162) Kh. Turnhout 6 juni 2011, *RABG* 2013 (10), (660) 665, noot A. GODFROID.

(2163) Antwerpen (4de k.) 29 april 2013, *RW* 2014-15, (1067) 1070.

(2164) Antwerpen 21 mei 2012, *NJW* 2013, 122.

(2165) M. HIGNY, “La place de l’abus de droit en matière de vente de biens de consommation”, *TBBR* 2009, (312) 314; S. STIJNS, “De remedies van de koper bij niet-conformiteit”, in S. Stijns en J. Stuyck (eds), *Het nieuwe kooprecht: de wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen* (Antwerpen: Intersentia 2005), (53) 74-75 nr. 52; Y. Van Couter, E. Kairis, B. Vanbrabant, S. De Boeck, S. Kinart en H. D’hondt, “De consumentenkoop. De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij de verkoop van consumptiegoederen”, *CABG* 2005 (3), (1) 45 nr. 77; P. Wéry, “Les droits légaux du consommateur en cas de défaut de conformité”, in C. Biquet-Mathieu en P. Wéry, (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal* (Brugge: die Keure 2005) (127) 152-153 nr. 30 (Deze auteur betreurt dat de wetgever voor dit specifiek geval niet de eenzijdige buitengerechtelijke ontbinding als regel heeft gesteld). Vgl. anders: C. BIANCA, “Rights of the consumer” in M.C. Bianca en S. Grundmann (eds.), *EU-sales directive* (Brussel: Bruylant 2002), (149) 173 nr. 67.

(2166) Cass. 23 mei 2019, ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190523.14, *JT* 2020, 21, noot S. STIJNS en P. WÉRY = *TBBR* 2019, 474, noot S. STIJNS en S. JANSEN = *TBH* 2020, 497, noot S. VAN LOOCK.

(2167) Cass. 11 december 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20201211.1N.6, *TBBR* 2021, noot S. STIJNS en S. DECLERCQ (te verschijnen) = *TBH* 2021, noot S. JANSEN en S. SOMERS (te verschijnen).

De cassatiearresten van 23 mei 2019 en 11 december 2020 brengen tevens de drie klassieke voorwaarden van de buitengerechtelijke ontbinding op kennisgeving tot uitdrukking: 1) een wederkerig contract; 2) een voldoende ernstige wanprestatie om de gerechtelijke ontbinding te rechtvaardigen; en 3) een kennisgeving door de schuldeiser aan de schuldenaar. In het arrest van 11 december 2020 verduidelijkt het Hof van Cassatie dat dit een *uitdrukkelijke* kennisgeving vereist. Het Hof van Cassatie oordeelt dan ook dat een contractspartij het contract niet door haar houding en derhalve stilzwijgend kan ontbinden. Op zich sluit dit een uitdrukkelijke mondelinge kennisgeving niet uit, maar om evidente redenen van bewijsvoering is een schriftelijke kennisgeving hoe dan ook aanbevolen(2168).

468. RECHTER KAN OP GROND VAN CONCRETE OMSTANDIGHEDEN OORDELEN DAT KOPER AFSTAND VAN ZIJN RECHT HEEFT GEDAAN – Afstand van recht kan geenszins vermoed worden en kan slechts afgeleid worden uit feiten die voor geen andere uitlegging vatbaar zijn. Niettegenstaande de koper het recht om de ontbinding of prijsvermindering te vorderen niet verbeurt door het gebruik ervan krachtens artikel 1649*quinquies* §3, laatste lid oud BW, sluit dit niet uit dat de rechter kan besluiten dat de koper afstand heeft gedaan van zijn recht. Een toepassingsgeval betrof een consument die in 2011 een motorhome kocht die begin 2012 werd geleverd. De koper liet nadien op het voertuig een luifel monteren. Begin 2014 dagvaardde de koper de verkoper tot ontbinding van de koop omwille van het ontoereikend laadvermogen van de motorhome. Inmiddels had de koper met de motorhome al gedurende twee jaar gemiddeld 7.5000 km per jaar afgelegd. Hieruit leidde het hof van beroep af dat de consument onmiskenbaar de overeenkomst heeft bekrachtigd door zijn uitvoerig gebruik van het gekocht voertuig. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de appelrechter zonder miskenning van het algemeen rechtsbeginsel dat de afstand van recht niet worden vermoed en enkel worden afgeleid uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn, kon oordelen dat de koper afstand heeft gedaan van het recht om de ontbinding of de nietigheid van de overeenkomst te vorderen(2169).

De ontbinding kan niet gevorderd worden wanneer deze haaks staat op de houding van de koper. Zo lieten de kopers van en defect tweedehandsvoertuig, die zij binnenbrachten bij de garagist, de wagen door en autohersteller wegtakelen. Sindsdien waren zij onafgebroken in het bezit van de auto. Zij stelden een vordering in tot ontbinding. Hun vordering ging niet gepaard met het aanbod om de auto terug te geven. Aldus werd deze houding van de kopers onverzoenbaar geacht door de rechtbank met een vordering tot ontbinding(2170).

(2168) S. STIJNS en P. WÉRY, “La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation” (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) 23-24 nr. 5.

(2169) Cass. 17 december 2018, AR C.18.0290.N, *RW* 2019-20, 621.

(2170) Rb. Antwerpen (14de B k.) 11 april 2008, *RW* 2010-11, (115) 119.

469. SCHENDING BESCHIKKINGSBEGINSEL BIJ TOEKENNING VAN MEER DAN GEVRAAGD WERD – Wanneer de koper in hoofdorde en in subsidiaire rechtsorde een vordering instelt, kan de rechter bij de inwilliging van de subsidiaire remedie geen hoger bedrag toekennen dan gevorderd (ook al komt dat overeen met het bedrag dat gevorderd werd in hoofdorde). De rechter bekijkt het voorwerp van de hoofd- en subsidiaire vordering afzonderlijk. Wanneer hij bij de inwilliging van een subsidiaire remedie een hoger bedrag toekent dan gevorderd in subsidiaire orde, schendt hij het beschikkingsbeginsel.

Een echtpaar bestelt een tuinberging bij NV S. De kopers schorten de betaling ervan op omdat dit naar hun oordeel slecht zou zijn geconstrueerd. Hierop worden zij gedagvaard tot betaling. Bij wijze van tegenvordering vorderen de kopers in hoofdorde de ontbinding en in subsidiaire orde de mogelijkheid om een prijsvermindering toe te staan op het bedrag van 4.728 EUR (1.035,28 EUR excl. btw of 1.256,29 EUR incl. btw). Uiteindelijk verwerpt het hof van beroep de gevorderde ontbinding omdat dit de hiërarchie van de remedies vervat in artikel 1649*quinquies* oud BW miskent, en kent het als vervangende schadevergoeding een prijsvermindering toe gelijk aan de aangerekende prijs van 4.728,68 EUR inclusief btw. Dit arrest wordt verbroken omdat bij de inwilliging van de subsidiaire vordering een hoger bedrag werd toegekend dan gevorderd, zodat de rechter meer toekent dan gevorderd wordt (schending art. 1138, 2° Ger.W.) en dus het beschikkingsbeginsel schendt(2171). De rechtsleer bekritiseert evenwel de vaststelling van het Hof van Cassatie “*dat men als vervangende schadevergoeding een prijsvermindering toekent*”. Prijsvermindering is een proportionele sanctie, terwijl schadevergoeding op een absolute wijze de schuldeiser plaatst in de positie alsof de overeenkomst correct was uitgevoerd(2172).

§ 4. SCHADEVERGOEDING

470. SCHADEVERGOEDING MOGELIJK VOOR NIET GEDEKT-GEDEKTE KOSTEN DOOR ANDERE REMEDIES – Artikel 1649*quinquies* §1 oud BW maakt het mogelijk om een bijkomende schadevergoeding te vorderen(2173). Kosten die in aanmerking komen zijn onder meer genotsderving, administratie- en verplaatsingskosten(2174), de btw die bij invoer van het voertuig betaald is(2175). In een zaak voor de rechtbank van koophandel te Dendermonde verkregen de kopers boven-op de vervanging en een schadevergoeding voor genotsderving

(2171) Cass. 23 januari 2015, AR C.13.0034.N, *RW* 2016-17, 503-507, noot S. JANSEN.

(2172) S. JANSEN, “Het beschikkingsbeginsel en de prijsvermindering/schadevergoeding in de consumentenkoop” (noot onder Cass. 23 januari 2015), *RW* 2016-17, (504) 507.

(2173) P. WÉRY, “L’application du remplacement judiciaire à la garantie légale des biens de consommation” (noot onder Rb. Oost-Vlaanderen 15 november 2019), *TBBR* 2020, (560) 562; Gent 19 oktober 2012, *NJW* 2014, 32, noot R. STEENNOT.

(2174) Gent 19 oktober 2012, *NJW* 2014, 32, noot R. STEENNOT; Antwerpen (4de k.) 29 april 2013, *RW* 2014-15, (1067) 1070.

(2175) Gent 10 oktober 2012, *NJW* 2013, (709) 712, noot R. STEENNOT.

ook nog een vergoeding voor de kosten voor provisoir ramen te plaatsen zodat ze de woning konden betrekken. Specifiek stelde de rechtbank dat de kopers immers “*de verplichting [hadden] om maatregelen te nemen om de schade verder te beperken en [ze] hebben dan ook het recht op de vergoeding van deze maatregelen nu blijkt dat ze deze enkel moesten nemen omdat de ramen niet conform geleverd zijn*”(2176). Ook morele schadevergoeding (bv. voor de dood van een huisdier) werd reeds toegekend(2177).

De vrederechter te Fléron bevestigde dat de consument naast de vervanging van het voertuig ook het recht had op een aanvullende schadevergoeding voor de terugbetaling van verschillende belastingen die horen bij de invertering van een nieuw voertuig in de mate dat die kosten in causaal verband staan met het gebrek aan overeenstemming(2178). Ook het hof van beroep te Brussel kende een bijkomende schadevergoeding toe die overeenstemt met de herstellingen van een fiets die ten onrechte waren gefactureerd naast de mogelijkheid tot vragen van ontbinding van de koopovereenkomst. Hierbij werd rekening gehouden met de ernst van de vastgestelde gebreken die zich op een ongewone manier vanaf het eerste gebruik van het goed hebben voorgedaan. Het feit dat er in het verleden herstellingen hebben plaatsgevonden belet niet de ontbinding nu deze herstellingen niet hebben geleid tot een adequaat herstel(2179).

471. **BEGROTING SCHADEVERGOEDING** - Voor de begroting van de schadevergoeding wordt door een deel van de rechtsleer gepleit voor toepassing van het gemeenrechtelijke begrotingsregels toepasselijk op contractuele schade uit het gemeen verbintenissenrecht(2180). Een ander deel pleit voor de toepassing van het gemeen kooprecht(2181). Het hof van beroep te Gent sluit zich aan bij de eerste strekking(2182), terwijl de rechtbank van koophandel te Dendermonde zich bij de tweede visie aansluit(2183). Zo stelt de rechtbank dat artikel 1645 oud BW als wettelijke grondslag het meest voor de hand liggend is: “*Deze interpretatie is teleologisch: hoewel deze zienswijze minder aansluit bij de letterlijke tekst van de consumentenkoopwet ligt deze in het verlengde van de ratio legis ervan, met name het bieden van een hogere bescherming aan de consument in het kader van de consumentenkoop. Deze schadevergoeding strekt zich bijgevolg ook tot alle geleden (en bewezen)*

(2176) Kh. Gent (afd. Dendermonde) 7 juni 2018, *DCCR* 2019, (103) 118.

(2177) Vred. Hoogstraten 14 februari 2012, *De Juristenkrant* 2012 (251), 1 en 4 (weergave A. GODFROID).

(2178) Vred. Fléron 2 september 2014, *T.Vred.* 2015, 415, noot M. ENGLEBERT.

(2179) Brussel 7 mei 2015, *TBBR* 2016, 229-232.

(2180) R. STEENNOT, “Consumentenkoop”, *TPR* 2015, (1803) 1833 nr. 541.

(2181) B. TILLEMANS m.m.v. D. DE TROIJ, “Overzicht van rechtspraak kooprecht (2011-2014)”, *Themis* 92 – *bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2015), (71) 112 nr. 78.

(2182) Gent 19 oktober 2012, *NJW* 2014, 32-34, noot R. STEENNOT.

(2183) Kh. Dendermonde 1 maart 2012, *RABG* 2013 (10), (648) 655-656.

schade. [...] Ten aanzien van professionele verkopers [...] geldt het vermoeden van “kwade trouw”. Deze (praetoriaanse) afwijking van het gemeenrecht is duidelijk ingegeven door rechtspolitieke en beleidsmatige overwegingen, zulks vanuit een legitieme bekommernis voor de bewijsproblemen waarmee een consument zich doorgaans geconfronteerd ziet. In die zin zou men kunnen stellen dat deze verlegging van de bewijs(last)regels een toepassing uitmaakt van het leerstuk van de betere geschiktheid tot bewijsvoering. Als professioneel wordt de (beroeps)verkoper geacht betere gewapend te zijn tot het bewijs dan de consument-koper”(2184).

E. REGRESRECHT

472. REGRESRECHT EINDVERKOPER TEGEN LEVERANCIER – Conform artikel 1649*sexies* oud BW kan de verkoper, die aansprakelijk is tegenover de consument wegens een gebrek aan overeenstemming, tegen de producent of tegen iedere contractuele tussenpersoon in de eigendomsoverdracht van het consumptiegoed, verhaal doen op grond van contractuele aansprakelijkheid waartoe deze producent of tussenpersoon met betrekking tot het goed is gehouden zonder dat een contractueel beding dat tot gevolg heeft de aansprakelijkheid te beperken of op te heffen hem mag tegengeworpen worden(2185). Deze vordering wordt beheerst door de gemeenrechtelijke regels voor de vrijwaringsverplichting conform artikelen 1641-1649 oud BW(2186).

F. COMMERCIEËLE GARANTIE

§ 1. NOTIE

473. AUTONOME CONVENTIONELE GARANTIE VAN VERKOPER OF HOGERE SCHAKELS IN DISTRIBUTIEKETEN – De wettelijke regeling van de niet-conformiteit bij de consumentenkoop wordt soms aangevuld met een conventionele vrijwaringsregeling. Wettelijk wordt een garantie omschreven als *“elke door een verkoper of producent tegenover de consument aangegane verbintenis om de betaalde prijs terug te betalen of om de consumptiegoederen te vervangen, of om zich er op enigerlei wijze om te bekommeren, indien die goederen niet overeenstemmen met de beschrijving in het garantiebewijs of in de desbetreffende*

(2184) Ibidem, 656.

(2185) Over verhaalsrechten in nieuwe Richtlijn Consumentenkoop 2019: B. KEIRSBILCK, “Verhaalsrechten”, in I. Claeys en E. Teryn (eds.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten* (Antwerpen: Intersentia 2020), 261-302.

(2186) Vred. Kortrijk 17 februari 2015, *T.Vred.* 2015, 409 (413), noot A. DE BOECK.

reclame” (art. 1649bis §2, 5° oud BW)(2187). De Richtlijn Consumentenkoop 2019 beperkt de commerciële garantie niet tot goederen die niet conform zijn, maar breidt het uit tot andere vereisten die geen verband houden met de conformiteit(2188). Dit maakt de afgrenzing van de commerciële garantie t.o.v. de verzekeringsovereenkomst die een gelijkaardige dekking heeft als commerciële garantie moeilijker(2189).

De “verzekering van de garantie” kan treffend geïllustreerd worden aan de hand van twee aanvragen tot een voorafgaand akkoord bij de FSMA die als verzekering werden gekwalificeerd(2190).

Een telecomoperator had het plan opgevat om personen die bij haar een internet- of telefoonabonnement hebben, de mogelijkheid te bieden gedurende maximum vijf jaar een verzekering aan te gaan voor hun mobiele toestel waarop dat abonnement betrekking had, ongeacht of de vennootschap dat toestel al dan niet zelf had geleverd. De aangeboden dekking gold voor defecten (binnen de garantieperiode), diefstal en vernieling of beschadiging van het toestel als gevolg van een plots en onvoorzienbaar ongeluk. Per cliënt zou

(2187) Zie ook art. 1.8.36 WER dat de commerciële garantie definieert als: *“iedere verbintenis van de onderneming of een producent om boven wat hij wettelijk verplicht is uit hoofde van het recht op conformiteit, aan de consument de betaalde prijs terug te betalen of de goederen op enigerlei wijze te vervangen, herstellen of onderhouden, wanneer die niet voldoen aan de specificaties of aan enige andere vereisten die geen verband houden met de conformiteit, die vermeld zijn in de garantieverklaring of in de desbetreffende reclameboodschappen ten tijde van of vóór de sluiting van de overeenkomst”*. De Richtlijn Consumentenkoop 2019 breidt de definitie van commerciële garantie uit in de mate dat de band met de niet-conformiteit niet langer vereist wordt.

(2188) Art. 2.12 Richtlijn Consumentenkoop 2019 definieert de commerciële garantie als *“iedere verbintenis van de verkoper of een producent (de “garant”) om boven hetgeen de verkoper wettelijk verplicht is uit hoofde van het recht op conformiteit, aan de consument de betaalde prijs terug te betalen of de goederen op enigerlei wijze te vervangen, te herstellen of te onderhouden, wanneer die niet voldoen aan de specificaties of andere vereisten die geen verband houden met de conformiteit, die vermeld zijn in het garantiebewijs of in de desbetreffende reclame ten tijde van of vóór de sluiting van de overeenkomst*.

(2189) Jaarverslag FSMA 2015, https://www.fsma.be/sites/default/files/public/sitecore/media%20library/Files/fsmafiles/pub/nl/fsma_2015.pdf, 144: *“Garantieovereenkomsten hebben geen zelfstandig karakter. Zij zijn bijkomstig aan een niet-onzekere hoofdverrichting (typisch een koopovereenkomst) en strekken slechts tot vergoeding en/of herstel van defecten ten gevolge van interne oorzaken (materiaal- en fabricagefouten) aan het gekochte (consumptie)goed. De garantieovereenkomst kan, gelet op haar bijkomstig karakter, worden opgenomen als een garantieclausule in een overeenkomst met een ruimer voorwerp, of, zijn opgenomen in een afzonderlijk instrumentum (ook garantiepact genoemd), bijvoorbeeld in het geval van een commerciële garantie waarbij de koper van een toestel de mogelijkheid wordt geboden om, tegen betaling, de wettelijke garantie te verlengen. Voor alle duidelijkheid wordt hier nog aan toegevoegd dat indien de verkoper zijn garantieverplichting indekt via een verzekeringsovereenkomst, deze overeenkomst tussen de verkoper en een verzekeraar wel degelijk een zelfstandig karakter heeft: zij is immers niet bijkomstig aan de koopovereenkomst (een hoofdverrichting die niet onzeker is), maar strekt ertoe het risico van de onzekere garantieverplichting van de koper in te dekken door een persoon (de verzekeraar) die niet betrokken is bij de koopovereenkomst (de niet-onzekere hoofdverrichting)”*.

(2190) Jaarverslag FSMA 2015, https://www.fsma.be/sites/default/files/public/sitecore/media%20library/Files/fsmafiles/pub/nl/fsma_2015.pdf, 157-158.

de maximale jaarlijkse premie niet meer bedragen dan 500 EUR (ongeacht het aantal toestellen dat de cliënt zou verzekeren). Belangrijk in de kwalificatie als verzekering is dat de verzekeringspolissen waarvoor de betrokken telecomoperator bemiddelingsdiensten wenste aan te bieden, tot doel hadden risico's te dekken die aan het mobiele toestel zelf waren verbonden ongeacht of hij dit toestel had geleverd of niet.

Een vennootschap actief in de energiesector had het voornemen opgevat om aan personen die bij haar een onderhoudscontract voor hun verwarmingsketel zouden ondertekenen, een verzekering aan te bieden voor het - zo nodig - herstellen van hun ketel ook al hadden zij die ketel niet bij haar gekocht. Het aanbod zou de kosten dekken voor het herstel van de ketel of de vervanging van defecte onderdelen en maximum twee werkuren. Er zouden slechts twee tussenkomsten per jaar gedekt worden. De jaarlijkse premie die de eigenaar van een verwarmingsketel verschuldigd zou zijn, zou niet meer bedragen dan 500 EUR per verzekeringspolis. De overeenkomsten zouden worden afgesloten voor een termijn van maximum vijf jaar. Om die diensten te kunnen aanbieden had de vennootschap het plan opgevat om twee overeenkomsten aan te gaan: een overeenkomst met een dienstverlener die zou instaan voor het daadwerkelijk verrichten van het onderhoud van de verwarmingsketels, en een verzekeringsovereenkomst “ten behoeve van wie het aangaat” met een verzekeringsonderneming om het herstel van de ketels te verzekeren (daarbij zou de vennootschap de verzekeringnemer zijn en zouden de eigenaars van de verwarmingsketels de verzekerden zijn). Allereerst heeft de FSMA geoordeeld dat de beschreven activiteit onder het begrip ‘verzekeringsbemiddeling’ viel. Dat begrip is ruim gedefinieerd met als gevolg dat de loutere juridische hoedanigheid van verzekeringnemer niet automatisch de hoedanigheid van verzekeringsbemiddelaar uitsluit. De vennootschap was immers voornemens om een verzekeringsbemiddelingsactiviteit te verrichten waarmee zij het risico van defect van de verwarmingsketel zou dekken (m.a.w. van een product dat geleverd is door een derde) en niet het risico verbonden aan het onderhoud van de verwarmingsketel waar zij zelf voor instond. Deze verzekeringspolis kon dus niet worden beschouwd als een aanvulling, noch op de activiteit van onderhoud van de verwarmingsketels, noch op de activiteit van energielevering. Bijgevolg heeft de FSMA geconcludeerd dat de beschreven activiteit voldeed aan de notie van verzekeringsbemiddeling maar dat de vennootschap deze activiteit niet mocht uitoefenen zonder te zijn ingeschreven als verzekeringsbemiddelaar.

474. BELANG VAN KWALIFICATIE – Voor verzekeringsovereenkomsten gelden strengere informatieverplichtingen(2191), kan de niet-nakoming van de meldingstermijn niet zomaar tot een verval van recht leiden (art. 74

(2191) Zie in dit verband Jaarverslag FSMA 2019 over de tekortkoming van de informatieverplichting bij GSM-verzekering (https://www.fsma.be/sites/default/files/public/annual-reports/fsma_jv2019_nl.pdf, 42).

Verzekeringwet) in tegenstelling het verval wegens miskenning van de contractuele meldingsplicht van niet-conformiteit (art. 1649^{quater} oud BW), voor zover dit geen onredelijke termijn uitmaakt (art. VI.83.15 WER). Een verzekering is niet overdraagbaar (art. 111 §2 Verzekeringwet) in tegenstelling tot een commerciële garantie. Een verzekering kan worden opgezegd (art. 86 Verzekeringwet), terwijl een opzegging van een commerciële garantie ingaat tegen het wezen ervan (2192). Een commerciële garantie kan zowel uitgaan van de eindverkoper als van personen hoger in de distributieketen (2193). Het feit dat de aanbieder van garantie gelinkt is aan een schakel uit de verkoopketen is ook een onderscheidingscriterium tussen commerciële garantie en verzekering (2194). Deze link is ook belangrijk omdat verkopers en fabrikanten die hun garantie niet naleven reputatieschade kunnen oplopen. Dit vormt een incentive tot nakoming (2195). De commerciële garantie kan voorkomen in de algemene verkoopsvoorwaarden, op een afzonderlijk

(2192) S. VANDEMAELE, *Commerciële garanties in de verschillende koopregimes: naar een uniform regime?* (Proefschrift KU Leuven, 2019), 390-402. Er zijn ook verschillen op het vlak van de aanbieders van verzekeringen op fiscaal vlak (jaarlijkse taks van verzekeringsverrichtingen, vrijstelling van btw (HvJ 16 juli 2015, C-584/13, ECLI:EU:C:2015:488, *Directeur général des finances publiques t. Mapfre asistencia compañía internacional de seguros y reaseguros SA en Mapfre warranty SpA t. Directeur général des finances publiques*) en controle en toezicht (S. VANDEMAELE, *Commerciële garanties in de verschillende koopregimes: naar een uniform regime?* (Leuven: Proefschrift KU Leuven 2019), 403-418).

(2193) I. SAMOY, “Commerciële garanties en het dwingend karakter van de nieuwe regels” in S. Stijns en J. Stuyck (eds.), *Het nieuwe kooprecht: de wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen* (Antwerpen: Intersentia 2005), (103) 104 nr. 3.

(2194) HvJ 16 juli 2015, C-584/3, ECLI:EU:C:2015:488, *Directeur général des finances publiques t. Mapfre asistencia compañía internacional de seguros y reaseguros SA en Mapfre warranty SpA t. Directeur général des finances publiques*, overwegingen 56-57: “Zoals naar voren lijkt te komen uit de stukken die aan het Hof zijn voorgelegd, wordt de garantie die aan de orde is in het hoofdgeding verstrekt aan de koper van een tweedehandsauto door een marktdeelnemer die onafhankelijk is van de wederverkoper van deze auto en geen partij is bij de verkoop, zodat deze garantie, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, niet kan worden beschouwd als een garantie die door de verkoper is verstrekt. Daarenboven kan de koper van een tweedehandsauto deze auto kopen zonder deze garantie af te sluiten en kan hij tevens, zonder gebruik te maken van de tussenpersoon van de wederverkoper van de auto, een garantieovereenkomst sluiten met een andere vennootschap dan Mapfre warranty. Tot slot blijkt uit het garantieboekje dat ter terechtzitting door de Franse regering aan het Hof is overgelegd, dat Mapfre warranty zich onder bepaalde omstandigheden het recht voorbehoudt de garantieovereenkomst te ontbinden, zonder dat een dergelijke ontbinding gevolgen lijkt te hebben voor de koopovereenkomst voor de auto. Onder deze omstandigheden, en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, lijkt een garantie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, niet zo nauw verbonden met de verkoop van de tweedehandsauto, dat deze twee handelingen, die bovendien worden verricht door twee verschillende dienstverleners, een onlosmakelijke economische prestatie vormen waarvan het kunstmatig zou zijn die uit elkaar te halen. Derhalve moeten zij vanuit het oogpunt van de btw in beginsel worden beschouwd als onderscheiden en zelfstandige handelingen”. Artikel 258 §2 Verzekeringwet: “Dit deel is niet van toepassing op de nevenverzekeringstussenpersonen wanneer alle volgende voorwaarden vervuld zijn: a) de verzekering is een aanvulling op de levering van een goed of de verrichting van een dienst door een aanbieder en dekt het risico van defect, verlies van, of beschadiging van het door die aanbieder geleverde goed”.

(2195) S. VANDEMAELE, *Commerciële garanties in de verschillende koopregimes: naar een uniform regimes?* (Proefschrift KU Leuven, 2019), 440-441 nr. 425.

garantiebewijs, deel uitmaken van de factuurvoorwaarden of figureren op de gebruiksaanwijzing(2196).

De koper van een vaatwasmachine deed een beroep op een contractuele garantie van vijf jaar verstrekt door Vanden Borre via een van de verkooppunten. Hierop stuurde de verkoper een hersteller van de fabrikant, NV Miele. De techniek werd toegelaten tot de woning nadat hij zich kenbaar had gemaakt, waarna een bestelbon voor de geleverde werken werd getekend. De fabrikant stuurde hierop een rekening voor de herstellingskosten aan de consument. De rechtbank verwierp dat. In het kader van een uitdrukkelijke aanspraak op een waarborg is het immers strijdig met alle logica dat er in hoofde van de klant/consument de bedoeling zou kunnen bestaan in een rechtstreeks engagement jegens de hersteller, daar waar het de evidente en expliciet uitgesproken vraag was te genieten van een kosteloze uitvoering van de waarborg vanwege de detailverkoper. In de specifieke context bestond dus in hoofde van de consument onmogelijk enige wil om met de fabrikant te contracteren(2197).

Een commerciële garantie kan ook voorkomen in reclame. Het lijkt logisch op het bindend karakter van publicitaire vermeldingen de uitzonderingen van artikel 1649ter, § 2 oud BW ook toe te passen ofschoon zij niet uitdrukkelijk vermeld worden in het kader van de garantieregeling(2198). De Richtlijn Consumentenkoop 2019 legt dit uitdrukkelijk vast. Indien de voorwaarden in het commerciële garantiebewijs voor de consument minder gunstig zijn dan de voorwaarden in de desbetreffende reclame, is de commerciële garantie bindend onder de voorwaarden die staan in de reclame betreffende de commerciële garantie, tenzij die reclame voor de sluiting van de overeenkomst werd gecorrigeerd op dezelfde of vergelijkbare wijze waarop de reclame eerder was gemaakt (art. 17,1 lid 2 Richtlijn Consumentenkoop 2019).

475. COMMERCIELE GARANTIE AANVULLEND OP WETTELIJKE GARANTIE – De commerciële garantie moet de wettelijke garantie onverlet laten. Anders gezegd, deze mag geen afbreuk doen aan de wettelijke rechten waarop de

(2196) Zie S. VANDEMAELE, “Garantieclausules” in G.L. Ballon, H. De Decker, V. Sagaert, E. Terryn, B. Tilleman en A.L. Verbeke (eds.), *Koop – Gemeen recht*, in *Contractuele clausules* (Antwerpen: Intersentia 2016), 327 e.v.

(2197) Vred. Roeselare 9 oktober 2009, *T.Vred.* 2010, 458, noot F. DE PATOUL.

(2198) S. BEYAERT, “Consumentenkoop”, in I. Claeys (ed.), *Contractenrecht in beweging* (Mechelen: Kluwer 2004), (35) 63 nr. 98; I. Samoy, “Commerciële garanties en het dwingend karakter van de nieuwe regels” in S. Stijns en J. Stuyck (eds.), *Het nieuwe kooprecht: de wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen* (Antwerpen: Intersentia 2005), (103) 109 nr. 13.

consument zich kan steunen. De commerciële garantie kan alleen aanvullend/uitbreidend zijn(2199).

§ 2. FORMELE VEREISTEN

476. UITDRUKKELIJK ATTENDEREN CONSUMENT OP SUBSIDIAIR/ALTERNATIEF KARAKTER GARANTIE – “*In de garantie moet vermeld staan dat de consument krachtens de toepasselijke nationale wetgeving betreffende de consumptiegoederen wettelijke rechten heeft en moet duidelijk worden gesteld dat de garantie die rechten onverlet laat*” (art. 1649septies §2 oud BW). Over de wettelijke garantie kan de verkoper op twee manieren informatie geven volgens een advies van de Commissie Onrechtmatige Bedingen. De eerste bestaat erin dat de verkoper op een duidelijke, algemene, wijze naar de wettelijke rechten van de consumenten verwijst, bijvoorbeeld door te verwijzen naar brochures die ter beschikking staan en die van betrouwbare bron zijn (bv. de brochure van de overheid). De tweede manier bestaat erin dat de verkoper uitleg geeft over de wettelijke garantie. In dat geval moet hij erover waken geen verkeerd beeld te geven van de kenmerken van de wettelijke garantie. De wettelijke garantie geldt voor twee jaar, maar de indruk wekken dat de consument na die termijn geen enkel verhaal meer zou hebben, op geen enkele rechtsgrond, tegen de verkoper of de fabrikant, misleidt(2200).

IV. PRODUCTAANSPRAKELIJKHEID

477. ALGEMEEN – Richtlijn 85/374/EEG inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken, omgezet bij wet van 25 februari 1991 (hierna: WAP), introduceerde een bijzonder aansprakelijkheidsregime voor schade te wijten aan onveilige producten complementair met andere contractuele (vrijwaring voor verborgen gebreken) en buitencontractuele aansprakelijkheidsregimes (art. 13 WAP)(2201).

(2199) Antwerpen 28 september 2009, *RABG* 2013, 641. Overweging 62 Richtlijn Consumentenkoop 2019 benadrukt het aanvullend karakter: Het garantiebewijs moet bijvoorbeeld de commerciële garantievooraanbestedingen bevatten en verklaren dat de commerciële garantie de wettelijke conformiteitsgarantie onverlet laat, en tevens duidelijk maken dat de commerciële garantievooraanbestedingen een verbintenis vormen die bovenop de wettelijke conformiteitsgarantie komt.

(2200) Commissie Onrechtmatige Bedingen, *Advies inzake bedingen met betrekking tot de commerciële garantie bij de verkoop van consumptiegoederen*, nr. 33, 27 februari 2013, <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/About-SPF/avis-cob-cca/Advies-33-Commissie-Onrechtmatige-Bedingen.pdf>, 42

(2201) A-L. VERBEKE, B. TILLEMANS, T. GLADINEZ, N. VAN DAMME en F. VAN DEN ABEELE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek* (Antwerpen: Intersentia 2019), 66-67.

A. AANSPRAKELIJKHEIDSVORWAARDEN (ART. 1-7)

§ 1. TOEPASSINGSGBIED RATIONE MATERIAE: PRODUCTEN

a. Roerende lichamelijke goederen *sensu lato*

478. IEDER LICHAAMELIJK GOED – Onder product in de Wet Productaansprakelijkheid wordt verstaan ieder lichamenlijk roerend goed. Het roerend karakter moet beoordeeld worden op het ogenblik van de inverkeerstelling, los van de vraag naar de aard van het goed op een later tijdstip(2202). Zo wordt een douchekamer die geïnstalleerd wordt in een woning als een product gekwalificeerd(2203). Dit is ook zo wanneer het een bestanddeel vormt van een ander roerend of onroerend goed of indien het door bestemming onroerend is geworden (art. 2, lid 1 WAP).

De gepubliceerde rechtspraak biedt onder meer voorbeelden van toepassingen op elektriciteit (die om interpretatiediscussies te vermijden inzake de notie lichamenlijk roerend goed, uitdrukkelijk als product in art. 2 van de wet wordt vermeld)(2204) voor o.m. overspanning ten gevolge van de nulleider(2205). Andere toepassingen zijn een gebroken frisdrankfles (waarbij een stuk glas met kracht wordt weggeslingerd in het oog van iemand zonder dat daar een abnormale manipulatie aan voorafging)(2206), een wasmachine(2207) een fiets met een gebrekkige zadelstang (zowel de fiets als het onderdeel de zadelstang zijn inderdaad producten die vallen onder het toepassingsgebied van de wet productenaansprakelijkheid)(2208), voorvork van een fiets waarvan schroeven abnormaal afgeschroefd zijn(2209), flessen frisdrank(2210), geneesmiddelen(2211), een vaccin(2212), een heupprothese(2213), een flexibel in een kraan waarvan de wanddikte plaatselijk te smal was en de boring

(2202) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 44.

(2203) Luik (3de k.) 23 april 2013, *DCCR* 2014 (103), 50, noot L. JACQMIN.

(2204) Voorz. Kh. Hasselt 25 oktober 2010, *NJW* 2011, (146) 148, noot R. STEENNOT; Antwerpen (5de k.) 19 april 2012, *MER* 2014, 132, noot T. SCHOORS en L. RASKING = *JBMP* 2012, 265, noot M. DE MAN; Gent 20 december 2010, *JBMP* 2010, 182.

(2205) Luik 7 juni 2018, *T.Vez.* 2020, (78) 79.

(2206) Gent 11 februari 2010, AR 2007/AR/0459, *juportal.be*.

(2207) Bergen (6de k.) 13 januari 2012, *For.ass.* 2014, 239-246, noot C. DELBRASSINNE = *DCCR* 2013 (99), 105-127, noot S. VANDEMAELE; Bergen (6de k.) 13 januari 2012, *DCCR* 2013, (105) 105.

(2208) Luik 7 november 2005, *TBBR* 2006, (620) 621, noot E. MONTERO.

(2209) Rb. Brussel (73ste k.) 10 november 2009, *RGAR* 2010, nr. 14632.

(2210) Bergen (20ste k.) 7 februari 2013, *DCCR* 2013 (99), (76) 84, noot D. VERHOEVEN.

(2211) Rb. Brussel 10 februari 2005, *T.Gez.* 2007-08, 284, noot C. LEMMENS.

(2212) HvJ (1ste k.) 9 februari 2006, C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93, *Declan O'Byrne t. Sanofi Pasteur MSD Ltd (voorheen Aventis Pasteur MSD Ltd) en Sanofi Pasteur SA (voorheen Aventis Pasteur SA)*; *Rec.CJCE* 2006 (2) (A), I, 1313, concl. L. GEELHOED = *TVC* (Ned.) 2006 (6), 199, noot C. VAN DOORN en S. PAPE.

(2213) Antwerpen (2de k.), 18 december 2012, *Limb.Rechtsl.* 2013, (151) 151 e.v., noot E. SMEETS.

niet gecentreerd was (waardoor een breuk in de waterleiding ontstond)(2214); een douchecel(2215), een verstekzaag met o.m. gebrekkige fixatie van de beschermingskap en afwezigheid van beveiliging tegen loskomen van de schroef(2216), gebarsten schijven van een slijpschijf (waarbij de dikte van de schijven de oorzaak van het incident was)(2217) en een constructiefout in een betonpompwagen(2218).

De uitsluiting van onlichamelijke goederen (zoals cliënteel en intellectuele rechten, goodwill, schuldvorderingen, aandelen)(2219) stelt geen problemen voor elektriciteit, gas en water die als lichamelijke goederen kunnen worden beschouwd. Zij leidt wel tot discussies over de toepassing van de wet productaansprakelijkheid op software voor zover die niet ingebracht is op een materiële drager(2220) maar enkel online ter beschikking wordt gesteld(2221).

479. AARD PRODUCTIE IRRELEVANT – Het is niet vereist dat het product industrieel is vervaardigd. Het Hof van Justitie van de EU paste de richtlijn toe op niet-industrieel geproduceerde eieren(2222).

b. Goederen en dienstverlening

480. GEBREKKIGE ROERENDE LICHAAMELIJKE GOEDEREN GEBRUIKT IN KADER VAN DIENSTVERLENING – De wet productaansprakelijkheid is niet van toepassing op gebrekkige diensten. Rechtspraak heeft zich hierover meermaals moeten uitspreken. Tijdens een chirurgische ingreep in een openbaar ziekenhuis (CHU de Besançon) liep een dertienjarige T. Dutrueux brandwonden op door de defecte warmteregeling van de elektrische matras waarop hij lag. Het ziekenhuis werd veroordeeld tot schadevergoeding. Naar Frans recht bestaat er een objectieve aansprakelijkheidsregeling van de dienstverrichter die in het kader van ziekenhuiszorg schade veroorzaakt aan de patiënt door het gebruik van een product met gebreken. De patiënt kan zelfs bij gebrek aan onrechtmatige daad van het ziekenhuis, vergoeding ontvangen van schade veroorzaakt

(2214) Antwerpen 6 april 2011, *NJW* 2011, 657, noot R. STEENNOT.

(2215) Luik (3de k.) 23 april 2013, *DCCR* 2014 (103), 50-72, noot L. JACQMIN.

(2216) Luik (20ste k.) 21 januari 2016, *JLMB* 2017, (1187) 1190.

(2217) Luik 17 december 2015, *RGAR* 2016, nr. 15314.

(2218) Antwerpen (2de k.) 14 juni 2017, *T.Verz.* 2018, (242) 245.

(2219) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 46.

(2220) Zie voor een toepassing Gent 3 oktober 2007, *Computerr.* 2008, 202-205, noot E. KINDT (in casu werd vordering wel verworpen). Zie in die zin antwoord Commissie op vraag lid van het Europees Parlement (*Pb.C.* 8 mei 1989, vraag nr. 706/88 van G. DE VRIES).

(2221) Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS *HANDBOEK buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2009), 505.

(2222) HvJ 10 januari 2006, C-402/03, ECLI:EU:C:2005:46, *Skov Æg tegen Bilka Lavprisvarehus A/S en Bilka Lavprisvarehus A/S t. Jette Mikkelsen en Michael Due Nielsen..*

door gebreken aan de door het openbare ziekenhuis gebruikte producten en toestellen, onverminderd de mogelijkheid voor de instellingen om tegen de producent een vordering tot vrijwaring in te stellen. Het ziekenhuis argumenteerde voor de Franse Raad van State dat het bestreden arrest artikel 13 Richtlijn Productaansprakelijkheid schendt door te oordelen dat deze richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van het jurisprudentiële beginsel dat een openbaar ziekenhuis, zelfs bij het ontbreken van een onrechtmatige daad van zijn kant, aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van gebreken aan bij de verzorging gebruikte producten of toestellen voor de gebruikers ervan. Uit deze richtlijn zou immers voortvloeien dat de producent van de matras als enige aansprakelijk moet worden gesteld zodra zijn identiteit is vastgesteld. De behandeling van de zaak wordt geschorst en twee prejudiciële vragen worden gericht aan het Hof van Justitie van de EU (enkel de tweede prejudiciële vraag werd beantwoord): beperkt de richtlijn de mogelijkheid voor de lidstaten tot vaststelling van de aansprakelijkheid van personen die in het kader van een dienstverrichting toestellen of producten met gebreken gebruiken en daardoor schade veroorzaken aan de dienstontvanger?

Het Hof stelt allereerst dat de richtlijn de onderlinge aanpassing beoogt van de wetgevingen van de lidstaten inzake de aansprakelijkheid van de producent voor schade die door een gebrek van zijn producten is veroorzaakt. Daarentegen brengt ze evenwel geen uitputtende harmonisatie voor producten met gebreken tot stand. In het geval in kwestie moet worden vastgesteld dat de aansprakelijkheid die kan rusten op een gebruiker die, zoals het CHU de Besançon, in het kader van aan een patiënt verstrekte zorgen, gebruikmaakt van een product of toestel dat hij vooraf heeft gekocht, zoals een elektrische matras, geen deel uitmaakt van de punten die richtlijn 85/374 regelt en dus buiten de werkingssfeer ervan valt. Een dergelijke gebruiker kan immers niet beschouwd worden als een deelnemer aan het productie- en verhandelingsproces van het betrokken product waarop de omschrijving van producent in de richtlijn betrekking heeft. Het ziekenhuis kan evenmin als leverancier beschouwd worden.

Het Hof benadrukt tevens dat de mogelijkheid moet ~~dus~~ blijven bestaan om de producent aansprakelijk te stellen indien is voldaan aan de voorwaarden waarvan de richtlijn het bestaan van een dergelijke aansprakelijkheid afhankelijk stelt. Deze mogelijkheid om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen moet niet enkel openstaan voor de gelaedeerde, maar ook voor de dienstverrichter, die hiervoor met name over een systeem moet beschikken zoals het beroep op een garantie.

In conclusie verzet de richtlijn zich er bijgevolg niet tegen dat een lidstaat een regeling instelt die voorziet in de aansprakelijkheid van een dergelijke dienstverrichter voor de veroorzaakte schade, zelfs bij ontbreken van een aan hem toe te rekenen onrechtmatige daad, evenwel op voorwaarde dat voor de gelaedeerde en/of voor de dienstverrichter de mogelijkheid blijft bestaan om

tegen de producent een aansprakelijkheidsvordering in te stellen op grond van deze richtlijn, indien is voldaan aan de voorwaarden ervan(2223).

Dit neemt echter niet weg dat een dienstverstrekker in voorkomend geval als een leverancier van het betreffende gebrekkige product kan worden beschouwd op grond van artikel 4, § 2, indien niet kan worden vastgesteld wie de producent van het product is of wie hem het product heeft geleverd. Daarnaast kan de dienstverstrekker in voorkomend geval eveneens als een producent worden beschouwd indien hij het gebruikte goed zelf heeft aangeemaakt. Vooraleer de vraag naar zijn aansprakelijkheid op grond van de wet aan de orde is, is wel vereist dat een gebrek in het gebruikte product aan de oorsprong van het ongeval ligt en niet een gebrekkige dienst als dusdanig.

Bovendien is de WAP ook van toepassing op de bij dienstverlening gebruikte gebrekkige producten. Een voorbeeld betreft de gebrekkige heupprothese die nochtans perfect ingeplant is maar die door los komende metaaldeeltjes een ontsteking veroorzaakt, waardoor de prothese los komt(2224).

§ 2. TOEPASSINGSGEBIED RATIONE PERSONAE: PRODUCTENT, IN SUBSIDIAIRE ORDE EU INVOERDER EN LEVERANCIER

a. *Werkelijke producent*

481. WERKELIJKE FABRIKANT EINDPRODUCT – Naar Belgisch recht is de producent verplicht op het product of op de verpakking ervan de identiteit en contactinformatie van de producent en ook de referentie van het product, of in voorkomend geval, van de partij waartoe het product behoort, tenzij weglating van die vermelding gerechtvaardigd is (art. XI.8 §2, lid 2 WER). Onder producent wordt in de WAP ten eerste verstaan de fabrikant van een eindproduct (art. 3 WAP).

Distributiebeheerder elektriciteit producent eindproduct – Een beheerder van het energiedistributienet is fabrikant van het eindproduct, meer bepaald elektriciteit die is omgezet in de juiste spanning voor levering aan de eindgebruiker. Zijn rol beperkt zich immers niet tot loutere levering van energie, maar de beheerder neemt actief deel aan de productie ervan. Het is immers door zijn ingrijpen dat de consument gebruik kan maken van het product(2225). Distributienetten worden beheerd door de elektriciteitsdistributienetbeheerders, de zogenaamde ‘elektriciteitsintercommunales’. Imewo,

(2223) HvJ 21 december 2011, C-495/10, ECLI:EU:C:2011:869, *Centre hospitalier universitaire de Besançon t. Thomas Dutrueux en caisse primaire d'assurance maladie du Jura*.

(2224) Antwerpen (2de k.) 18 december 2012, *Limb.Rechtsl.* 2013, (151) 154, noot E. SMEETS

(2225) Voorz. Kh. Hasselt 25 oktober 2010, *NJW* 2011, 146, noot R. STEENNOT; Gent 20 december 2010, *JBMP* 2010, 182; Antwerpen (5de k.) 19 april 2012, *MER* 2014, 132, noot T. SCHOORS en L. [ASKING](#) = *JBMP* 2012, 265, noot M. DE MAN; Luik 7 juni 2018, *T.Verz.* 2020, (78) 79.

de Intercommunale Maatschappij voor Energievoorzieningen in West- en Oost-Vlaanderen, deed in twee zaken gelden dat ze alleen distributeur van de elektriciteit is, en geen producent. Dit verweer werd telkens afgewezen, omdat de primaire elektriciteit die door Electrabel en andere wordt geproduceerd naar de klant werd gebracht en daarbij door Imewo in de elektriciteitscabines door de aanwezigheid van een nulgeleider in de kabel werd omgezet naar 380/220 volt, waardoor die bruikbaar is door de abonnee-consument. In een geval waar de reductie van stroomvermogen niet was gebeurd, met beschadiging van de toestellen van de consument als gevolg, beweerde de distributeur dat hij dan ook niet als producent kan worden beschouwd. Het Hof van Cassatie oordeelde echter terecht dat men zijn hoedanigheid van producent niet verliest als bij de levering van een product een bewerking die kenmerkend is voor het productieproces niet wordt uitgevoerd(2226).

Elektriciteit met hoge spanning is gebrekkig, maar wat met onderbreking van stroomtoevoer. Is dit ook een gebrek? De rechtsleer is verdeeld. Aangaande elektriciteit heeft de rechtbank te Brugge verduidelijkt dat elektriciteit gebrekkig is indien de elektriciteit niet op een onschadelijke wijze tot in de particuliere woning wordt gebracht(2227). Past men deze toetst toe, dan is een onderbreking van de stroomtoevoer geen gebrek in de zin van de WAP. De rechtsleer merkt evenwel op dat het hof van beroep te Antwerpen dit onderscheid niet lijkt te maken en ervan uitgaat dat elk probleem van stroomtoevoer onder het toepassingsgebied valt(2228).

482. WERKELIJKE FABRIKANT ONDERDEEL OF GRONDSTOF – De fabrikant of producent van *een onderdeel* of van *een grondstof* valt eveneens onder het toepassingsgebied van de WAP. Hij kan worden aangesproken wanneer zijn product een gebrek vertoont waardoor schade werd berokkend. Daarnaast kan de benadeelde steeds de fabrikant van het eindproduct aanspreken. Het gebrekkige onderdeel maakt immers het eindproduct ook gebrekkig. De benadeelde kan elk voor het geheel aanspreken. Zij zijn immers hoofdelijk aansprakelijk (art. 9 WAP). Of het product een eindproduct of een productonderdeel is, hangt af van de eraan gegeven functie of bestemming. Eenzelfde product kan op zichzelf beschouwd, objectief, zowel eindproduct als productonderdeel zijn.

Toegepast op het geval van een gebrekkig fietszadel: wanneer een zadelstang breekt door het gebrek aan evenwijdigheid tussen de opspanplaatsen van het zadel waardoor de fietser opgespiest werd op de fiets en ernstig gewond

(2226) Cass. 6 april 2006, ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20060406.2, *NJW* 2007, 460, noot I. BOONE; Luik 7 juni 2018, *T.Verz.* 2020, 78.

(2227) Rb. Brugge 30 oktober 2000, *RW* 2001-02, 1182.

(2228) T. SCHOORS en L. RASKING, “Legt de algemene toepassing van de Wet Productaansprakelijkheid de aansprakelijkheidsbeperking van netbeheerders aan banden?” (noot onder Antwerpen 19 april 2012), *MER* 2014, (133) 135-136.

geraakte, zal de fabrikant van het zadel wel in vrijwaring kunnen worden geroepen door zich te beroepen op het feit dat het gebrek van het geheel te wijten is aan een onderdeel(2229). Wanneer de flexibel van een douchecel breekt en aanzienlijke waterschade veroorzaakt kan zowel de fabrikant van de douchecel als de fabrikant van het onderdeel aangesproken worden(2230).

De primaire aansprakelijkheid van de producent is logisch omdat hij wellicht aan de oorsprong ligt van de gebreken en deze dan ook best kan voorkomen en vergoeden en hij de meeste voordelen geniet van het product en zich het best kan verzekeren tegen productongevallen(2231).

483. VOLLEDIGE DOCHTERONDERNEMING KAN ONDER OMSTANDIGHEDEN GELIJKGESTELD WORDEN MET PRODUCENT – Onder omstandigheden kan een volledige dochteronderneming (distributeur) met de moederverenootschap (producent) gelijkgesteld worden. Dit blijkt uit het arrest *Aventis Pasteur* van het Hof van Justitie van de EU (*infra* randnr. 486)(2232).

b. Schijnbare producent

484. EENIEDER DIE ZICH ALS PRODUCENT AANDIENT – Naast de werkelijke producent is eenieder die zich als fabrikant of producent aandient door zijn naam, zijn merk of een ander herkenningsteken op het product aan te brengen een producent ('schijnproducent') in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid (art. 3 WAP). Dit is onder meer het geval voor de onderneming die haar naam op een gebrekkige voorvork van een fiets zet(2233) en de onderneming die haar merk op een douchecabine plaatst(2234). De eerste grondslag is dat de schijnbare producent de producent is die de consument redelijkerwijze bekend is, zonder dat deze lange en dure opzoeken moet doen(2235). De notie schijnbare producent wordt beschouwd als een toepassing van de schijnleer, zodat dit slechts zal worden toegepast als bij de consument de gerechtvaardigde verwachting wordt opgewerkt dat hij dit product heeft gefabriceerd. De aansprakelijkheid van de schijnproducent sluit de aansprakelijkheid van

(2229) Luik 7 november 2005, *TBBR* 2006, (620) 621, noot E. MONTERO.

(2230) Luik (3de k.) 23 april 2013, *DCCR* 2014 (103), 50-72, noot L. JACQMIN.

(2231) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 60.

(2232) HvJ 2 december 2009, C-358/08, ECLI:EU:C:2009:744, *Aventis Pasteur SA t. OB*, overweging 34-49; R. STEENNOT, "Hof van Justitie preciseert vervaltermijnen voor productaansprakelijkheid", *De Juristenkrant* 2010 (206), 16.

(2233) Rb. Brussel 10 november 2009, *RGAR* 2010, nr. 14632.

(2234) Luik (3de k.) 23 april 2013, *DCCR* 2014 (103), 50, noot L. JACQMIN (*in casu* werd de schijnbare fabrikant, de fabrikant van het eindproduct en de fabrikant van een deelcomponent beschouwd als producent).

(2235) S. VANDEMAELE, "De 'gemakkelijke' identificeerbaarheid van de (schijn)producent door de mededeling van de leverancier" (noot onder Bergen 13 januari 2012), *DCCR* 2013 (99), (117) 119.

de werkelijke producent niet uit. De schijnproducent kan zich niet van zijn aansprakelijkheid bevrijden door de werkelijke producent aan te wijzen. Artikel 4 §1 WAP voorziet niet in een dergelijke bevrijdingsgrond(2236).

c. *EU-invoerder*

485. AANSPRAKELIJKHEID INVOERDER – Onverminderd de aansprakelijkheid van de producent wordt eenieder die, in het kader van zijn economische werkzaamheden, een product in de EU invoert, met het oogmerk het te verkopen of het gebruik ervan aan derden over te dragen, in de zin van deze wet als producent beschouwd (art. 4, §1 WAP). De EU-invoerder kan zo onder drie voorwaarden aangesproken worden: (a) het moet gaan om een invoer van het product met het doel te verkopen of het gebruik ervan aan derden over te dragen, (b) de invoer geschiedt in het kader van zijn economische activiteit en (c) het product moet van buiten de EU ingevoerd worden. Wie invoert voor eigen gebruik is dus geen EU-invoerder. Typevoorbeeld is de toerist die producten meeneemt voor eigen gebruik(2237).

Het slachtoffer van een verkeersongeval liep eerste- en tweedegraads brandwonden. Zij oordeelde dat dit het gevolg was door het afgaan van een gebrekkige airbag. Zij stelde een vordering in tegen NV Citroën Belux als EU-invoerder. Het hof van beroep te Brussel oordeelde dat de invoerder op grond van de WAP niet als producent kan aangemerkt worden indien de werkelijke product in de EU is gevestigd. Het hof stelde algemeen dat geen vordering mogelijk is tegen de invoerder van een product dat is geproduceerd in een andere lidstaat(2238). Volgens de annotator van dit arrest had het hof de vordering moeten afwijzen omdat er *in casu* geen invoer in de EU was geweest. De EU-invoerder is immers volgens de annotator ook aansprakelijk indien de producent binnen de EU is gevestigd en niet enkel wanneer die buiten de EU gevestigd is(2239).

De vennootschap die een in China vervaardigd product bestelt en op de Europese markt brengt, dit product certificeert en op het product zijn naam, adres en merk vermeldt, kwalificeert als een EU-invoerder. Het gegeven dat een derde vennootschap optreedt als tussenpersoon tussen de Chinese producent en de vennootschap, die het product op de Europese markt introduceert, maakt van deze derde vennootschap geen invoerder. Dit is ook zo wanneer deze vennootschap zou bezoldigd worden en de financiële afhandeling van de transactie verzekerde(2240).

(2236) Ibidem.

(2237) D. VERHOEVEN, “De buitencontractuele aansprakelijkheid van de invoerder voor gebrekkige of onveilige producten”, *TBBR* 2013, (429) 430.

(2238) Brussel 16 januari 2012, *TBBR* 2013, 428-436, noot D. VERHOEVEN.

(2239) Ibidem.

(2240) Luik (20ste k.) 21 januari 2016, *JLMB* 2017, (1187) 1192.

De EU beoogt met deze aansprakelijkheidsregeling de consument steeds een aanspreekpartner binnen de EU te verlenen. Bijkomend belet dit dat er een verschillend beschermingsregime geldt naargelang men een product koopt dat binnen of buiten de EU is geproduceerd(2241). De aansprakelijkheid van de EU-invoerder sluit die van de producent (binnen of buiten de EU) niet uit. De benadeelde kan zich tot beiden wenden die hoofdelijk gehouden zijn(2242).

d. *Leverancier*

486. SUBSIDIAIRE AANSPRAKELIJKHEID LEVERANCIER INDIEN PRODUCENT OF INVOERDER NIET BEKEND(GEMAAKT) – De leverancier van het schadeveroorzakend product wordt als producent beschouwd: 1° ingeval het product vervaardigd is op het grondgebied van een Lidstaat niet kan worden vastgesteld wie de producent van het product is, tenzij de leverancier binnen een redelijke termijn aan het slachtoffer de identiteit meedeelt van de producent of van degene die hem het product heeft geleverd; 2° ingeval het product ingevoerd is in de EU niet kan worden vastgesteld wie de invoerder van het product is, ook al is de naam van de producent aangegeven, tenzij de leverancier binnen een redelijke termijn aan het slachtoffer de identiteit meedeelt van de invoerder of van degene die hem het product heeft geleverd (art. 4, § 2 WAP). Hieronder lichten we beide hypothesen verder toe in het licht van de rechtspraak.

1° Indien niet kan vastgesteld worden wie de producent van het product is, tenzij de leverancier binnen een redelijke termijn aan het slachtoffer de identiteit van de producent meedeelt of van degene die hem het product heeft geleverd(2243). De identiteit van de producent impliceert dat de naam, de rechtsvorm, en de maatschappelijke zetel van de producent bekend is. Deze gegevens zijn immers nodig om de producent in rechte te kunnen aanspreken(2244).

Een precedent betrof de aankoop van een wasmachine die vuur vatte en aanzienlijke schade veroorzaakte. De consument kocht de “Zanussi” wasmachine aan bij een kleinhandel NV Marvilec die ze op haar beurt aangekocht van de NV Elektrolux Belgium. Het merk Zanussi stond op de aankoopfactuur, op de gebruiksaanwijzing en op het bovenste deel van het bedieningspaneel van de wasmachine zelf. Hoewel dit allemaal wees op de Italiaanse vennootschap Zanussi, kon Zanussi niet als schijnbare producent worden aangesproken omdat de exacte identiteit van de vennootschap niet kon worden vastgesteld.

(2241) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 67.

(2242) Bergen (6de k) 13 januari 2012, *DCCR* 2013, (105) 106; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 71.

(2243) Brussel 8 februari 2010, *RGAR* 2010, nr. 14645

(2244) Bergen (6de k), 13 januari 2012, *DCCR* 2013, (105) 105 en volgende; Zie ook naar Belgisch recht art. XI.8 §2, lid 2 WER.

In casu was de NV Elektrolux nochtans in een tussenarrest gevraagd om deze gegevens te verschaffen, maar zij was daar niet op in gegaan(2245). De tussenpersoon zou in feite op basis van zijn boekhoudkundige verplichtingen moeten beschikken over de aankoopfactuur, die de naam, rechtsvorm, zetel van verkoper moet vermelden. De consument zou een overlegging van de aankoopfactuur kunnen vorderen op grond van artikel 877 Ger.W(2246). Toch moet men zich er voor hoeden om de identificatie van de producent niet al te strikt in te vullen anders dreigt de subsidiaire aansprakelijkheid van de leverancier de regel te worden(2247).

Het enkele feit dat de leverancier van een product ontkent de producent te zijn, volstaat niet als mededeling wanneer de leverancier de ontkenning niet vergezeld heeft doen gaan van een mededeling van de identiteit van de producent of van zijn eigen leverancier. Het Hof van Justitie van de EU stelt in dit verband dat de leverancier op eigen initiatief en met voortvarendheid de identiteit van de producent of zijn eigen leverancier moet meedelen. Hierbij moet de nationale rechter alle omstandigheden in acht nemen(2248). Artikel 4, § 2, 1° WAP bepaalt niet nader de omvang en het startpunt van de redelijke termijn. De rechters kunnen dit invullen rekening houdend met de specifieke omstandigheden. Gelet op de strekking van deze regel moet worden aangenomen dat deze termijn begint te lopen vanaf het tijdstip waarop de leverancier weet heeft of redelijkerwijze had moeten hebben van de intentie van de (verzekeraar van de) schadelijder om hem op grond van de WAP aan te spreken(2249). Dit kan blijken uit het feit dat de benadeelde met een beroep op de productaansprakelijkheid, van de leverancier formeel schadevergoeding eist, hetzij in een ingebrekestelling, hetzij door de instelling van een gerechtelijke procedure(2250).

Een geschil voor het hof van beroep te Brussel betrof de installatie van een drukregelaar en waterverzachter door een aangestelde van NV Jama Services (de installateur) in het appartement van de heer en mevrouw S.-V. (de

(2245) Bergen (6de k), 13 januari 2012, *DCCR* 2013, 105.

(2246) S. VANDEMAELE, “De ‘gemakkelijke’ identificeerbaarheid van de (schijn)producent door de mededeling van de leverancier” (noot onder Bergen 13 januari 2012), *DCCR* 2013 (99), 117-127.

(2247) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 74.

(2248) HvJ 2 december 2009, C-358/08, ECLI:EU:C:2009:744, *Aventis Pasteur SA t. OB*; D. VAN DE GEUCHTE, *Productaansprakelijkheid in België* (Gent: Mys en Breesch 2000), 44 (refereert onder meer aan volgende omstandigheden: aard van handel, termijn die van aard is om belangen van consumenten al dan niet te schaden).

(2249) Conclusie AG Trstenjak in zaak C-358/08, *Aventis Pasteur SA* [2009], Jurispr. 2009, I-11305, overweging 98. J. WERBROUCK, “Termijn voor kennisgeving van de identiteit van de producent bij subsidiaire aansprakelijkheid van de leverancier van een gebrekkig product” (noot onder Brussel 30 juni 2019), *NJW* 2020, (269) 271; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 75.

(2250) Brussel 30 juni 2019, *NJW* 2020, 269-271, noot J. WERBROUCK.

opdrachtgevers). Deze filter van het merk ‘Aquasan’ werd aan de installateur geleverd door BV Dab Pumps (hierna ‘DAB’). Fabrikant van deze filter was de Italiaanse vennootschap SRL Tecnoplastic (hierna ‘TECNOPLASTIC’). In de vroege ochtend van 12 december 2006 barstte de waterfilter. NV KBC verzekeringen was de verzekeraar van het appartementsgebouw. Zij stelde een vordering op 6 september 2007 in tegen de installateur en leverancier van de waterfilter op grond van de artikelen 1382-1383 oud BW. In de dagvaarding beriep KBC zich niet op WAP. Nog voordat het deskundig onderzoek een aanvang kon nemen, en op eigen initiatief, deelde de advocaat van de leverancier met een brief van 6 november 2007 de identiteit van de producent mee. KBC stelde naderhand op grond van de WAP dat DAB niet tijdig de identiteit van de fabrikant zou hebben meegedeeld. DAB legt een uitprint van een Google-opzoeking voor waaruit zou moeten blijken dat gemakkelijk kon worden vastgesteld wie de producent van de waterfilter is. Het hof van beroep gaat hier evenwel niet verder op in gezien het vaststaat dat DAB binnen een redelijke termijn de identiteit heeft bekendgemaakt. Bovendien werd op initiatief van de leverancier DAB producent TECNOPLASTIC in het deskundig onderzoek en het bodemgeschil betrokken. Dit liet KBC toe haar vordering tegen producent TECNOPLASTIC in te stellen zonder zelf het initiatief van een dagvaarding te hebben moeten nemen. In deze omstandigheden oordeelde het hof dat de leverancier DAB wel degelijk binnen een redelijke termijn de identiteit van de producent aan het slachtoffer (of de in zijn plaats gestelde verzekeraar) meedeelde(2251).

Van een volledige dochteronderneming die de producten (*in casu* vaccins) rechtstreeks bij de moeder vennootschap inkoopt, mag men verwachten dat zij noodzakelijkerwijze de identiteit van de producent van het vaccin kende(2252). Wanneer de verzekeringsmaatschappij van een leverancier slechts bij de allerlaatste conclusies de identiteit van de producent meedeelt, kan dit niet beschouwd worden als een mededeling binnen een redelijke termijn(2253).

Wanneer de identiteit van de producent blijkt uit een eenvoudige google opzoeking, gaat het niet om een anoniem product(2254).

2° in zover dat het product is ingevoerd in de EU, niet kan vastgesteld worden wie de invoerder van het product is, ook al is de naam van de producent aangegeven, tenzij de leverancier binnen een redelijke termijn aan het slachtoffer de

(2251) Ibidem, 269.

(2252) HvJ 2 december 2009, C-358/08, ECLI:EU:C:2009:744, *Aventis Pasteur SA t. OB*, overweging 58-59.

(2253). Rb. Gent 7 mei 2004, *T.Gez.* 2007-08, 162.

(2254) Brussel 30 juni 2019, *NJW* 2020, 269 (dit wordt in deze zaak aangehaald al gaat het hof er niet verder op in, doordat zij focust op de mededeling binnen de redelijke termijn door de leverancier zelf).

identiteit bekendmaakt van de invoerder of van diegene die hem het product heeft geleverd. Deze leveranciersaansprakelijkheid beschermt de consument tegen anonieme producten. Hierdoor wordt het de benadeelde steeds mogelijk gemaakt iemand binnen de EU aan te spreken. Meteen is het ook een prikkel voor een leverancier om de traceerbaarheid van de producten behoorlijk te organiseren, zodat hij de namen van zijn leveranciers of zijn producenten kan meedelen(2255). De leverancier zelf kan in voorkomend geval nog op grond van het gemeen recht worden aangesproken, ofwel op grond van artikel 1382 oud BW, ofwel op basis van de vrijwaringsregeling voor consumentenkoop of verborgen gebreken bij koop.

§ 3. TOEPASSINGSGEBIED RATIONE TEMPORIS

487. PRODUCTEN DIE NA 1 APRIL 1991 IN VERKEER ZIJN GEBRACHT – De wet productenaansprakelijkheid is van toepassing ter vergoeding van schade door producten die na de inwerkingtreding van de WAP (publicatie *BS* 22 maart 1991, inwerkingtreding 1 april 1991) in het verkeer zijn gebracht (art. 16 WAP).

Het in verkeer brengen van een hoofdverzekeringskast geschiedt op het ogenblik dat de zekeringskast werd geplaatst bij de consument. Wat de elektriciteit betreft, moet ervan uitgegaan worden dat het ‘in verkeer brengen’ geschiedt van zodra de consument het product kan gebruiken of verbruiken(2256).

Overeenkomstig artikel 8.5 BW (art. 1315 oud BW) moet de partij die zich op de productaansprakelijkheid beroept als eiser bewijzen dat het product in verkeer is gebracht na de inwerkingtreding van de Wet Productaansprakelijkheid. Indien het onmogelijk is om de traceerbaarheid van een product te reconstrueren kan niet met zekerheid worden vastgesteld dat een product (*in casu* een ontplofte fles spuitwater) behoort tot een lot dat pas na de inwerkingtreding van de WAP in het verkeer is gebracht(2257).

Wanneer partijen een gebrekkig product (houtbehandelingsproduct met het toxische pentachloorfenol en lindaan) verwierven in 1982, kunnen zij geen beroep doen op de WAP. De benadeelden moeten hun vordering dan steunen op het gemene foutaansprakelijkheidsrecht indien zij ernstige lichamelijke schade hebben ondervonden. De benadeelden moeten niet enkel aantonen dat er een oorzakelijk verband is tussen het houtbehandelingsproduct en de intoxicatie, maar ook dat de samenstelling van dit middel op het ogenblik dat het op de markt werd gebracht en door de benadeelden werd aangekocht een

(2255) D. VERHOEVEN, “Het in verkeer brengen en traceren van (gebrekkige) producten” (noot onder 7 februari 2013), *DCCR* 2013 (99), (85), 93 e.v.

(2256) Antwerpen (2de k.) 24 januari 2007, *RW* 2009-10, 325-327; Luik 7 juni 2018, *T.Verz.* 2020, 78.

(2257) Bergen (20ste k.) 7 februari 2013, *DCCR* 2013 (99), (76) 84, noot D. VERHOEVEN.

fout uitmaakte. De loutere omstandigheid dat het product een toxische werking heeft (wat precies de bedoeling was), maakt op zichzelf geen fout uit(2258).

§ 4. GEBREK

a. *Basiscriterium*

488. PRODUCT BIJDT NIET DE NORMALE TE VERWACHTEN VEILIGHEID – Artikel 1 WAP bepaalt dat de producent aansprakelijk is voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product. Een product wordt als gebrekkig beschouwd “indien het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, niet de veiligheid biedt die men gerechtigd is te verwachten” (art. 5, eerste lid WAP). Veiligheid betreft de mate waarin gebruikers en derden een onaanvaardbaar risico lopen schade te ondervinden door het product(2259). Het is belangrijk het begrip veiligheid te onderscheiden van schadelijkheid of gevaarlijk. Bepaalde producten zijn in se gevaarlijk (bv. een mes) of schadelijk (sigaretten, alcohol, drugs). Een producent is niet *ipso facto* aansprakelijk voor het in verkeer brengen van gevaarlijke producten. De producent moet weliswaar de risico’s beperken tot een aanvaardbaar minimum, bijvoorbeeld door verschaffing van informatie of gebruiksaanwijzing. Een product verkopen dat mogelijk gevaarlijk is (bijvoorbeeld ontstoppingsmiddel), is op zich geen gebrekkig product op voorwaarde dat de gebruiker duidelijk geïnformeerd wordt van het gevaar en de veiligheidsvoorschriften(2260). De legitieme veiligheidsverwachting is proportioneel aan de natuurlijke schadeloosheid van een omgekeerd evenredig met het potentieel gevaar(2261).

489. OBJECTIEVE INVULLING VAN TE VERWACHTEN VEILIGHEID – In deze definitie zijn twee termen van bijzonder belang, met name “men” en “gerechtigd”. De term ‘men’ wijst erop dat het gebrekkig karakter van het product aan de hand van een objectief criterium moet worden beoordeeld. Het gebrek aan een redelijke veiligheid zal m.a.w. *in abstracto* worden beoordeeld, aan de hand van wat het grote publiek in dezelfde omstandigheden mag verwachten(2262). Rechtspraak heeft zich hierover meermaals uitgesproken.

(2258) Antwerpen 25 april 2018, *NJW* 2018, 589.

(2259) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 112.

(2260) Luik (3de k.) 25 oktober 2011, *T.Verz.* 2013, 100.

(2261) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 107-111.

(2262) Luik 9 oktober 2014, *RGAR* 2015, nr. 15153 (de beoordeling van het gebrek aan veiligheid (in casu van een vaccin) moet op objectieve wijze gebeuren, en de rechter moet hierbij de verwachtingen van het publiek in het algemeen voor ogen houden en niet die in het bijzonder van het slachtoffer); D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 223.

Zo is het niet vreemd aan het normale gebruik, gelet op de aantrekkingskracht die een wagen, en meer bepaald de ventilatoren, hebben op een kind, dat een kind zijn handen in deze ventilatoren tracht te steken. Een kind is van nature nieuwsgierig en onvoorzichtig van aard. Het voorzienbare moet niet beoordeeld worden in het licht van de normale geestelijke gezonde volwassene(2263).

Van een koersfiets mag de bestuurder verwachten dat de door hem ontwikkelde spierkracht aanleiding geeft tot een verplaatsing over een zekere afstand en dit in min of meer comfortabele omstandigheden, afhankelijk van onder andere de bandenspanning. Een ontploffing van een band tijdens deze verplaatsing hoort zeker en vast niet tot het gebruikelijke verwachtingspatroon(2264).

Een hartimplantaat (SSO) waarvan de bedrading loskomt, wat een perforatie van de hartklep tot gevolg heeft, biedt niet de veiligheid die ervan mag worden verwacht. Hierbij moet rekening worden gehouden met het feit dat een gebrekkige SSO levensbedreigend kan zijn. Een SSO wordt niet geplaatst om daarna verwijderd te moeten worden omdat de draadjes daarvan loskomen(2265).

Indien een product een specifieke doelgroep heeft, dient rekening te worden gehouden met de veiligheidsverwachtingen van die doelgroep(2266). Een product dat (in hoofdzaak) voor een specifieke doelgroep bedoeld is, kan echter ook onveilig zijn gelet op het redelijkerwijze voorzienbare gebruik door een andere doelgroep(2267). De invloed van de specifieke doelgroep (kinderen, ouderen, patiënten) kan resulteren in een strengere of minder strenge beoordeling(2268). Met de subjectieve veiligheidsverwachtingen van een bepaalde consument of benadeelde wordt daarentegen geen rekening gehouden. De producent zal in beginsel niet opdraaien voor productongevallen door de voorbestemming van de benadeelde, bijvoorbeeld uitermate zelden voorkomende allergie voor een geneesmiddel dat objectief ongevaarlijk is(2269). Wel kan iets schorten aan de presentatie van het product, o.m. wanneer onvoldoende informatie wordt gegeven over bekende allergierisico's.

(2263) Antwerpen 28 oktober 2009, *TBBR* 2011, 381.

(2264) Rb. Antwerpen (afd. Turnhout) (1ste k.) 22 maart 2016, *RW* 2016-17, (115) 116.

(2265) Rb. Leuven 4 mei 2016, nr. 14/1096/A, niet-gepubliceerd, legalword.be; D. VERHOEVEN, "Schade door implantaat: contractuele aansprakelijkheidsregeling nog te onduidelijk", *De Juristenkrant* 2016 (331), 4; B. TILLEMANS, "Koop – overzicht van rechtspraak 2014-2017", *Themis 102 – Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2017), (1) 53 nr. 97.

(2266) R. STEENNOT, "Overzicht van rechtspraak consumentenbescherming (2003-2007)", *TPR* 2009, 511 nr. 386.

(2267) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 151.

(2268) *Ibidem*, 128.

(2269) Toelichting voorstel EG-Richtlijn Productenaansprakelijkheid (ingediend bij de Raad op 9 september 1976), *Bull. EG* 1976, Supp. 11/76, 16.

Ongebruikelijk potentieel tot veroorzaken van (gezondheids)schade – Een Amerikaans bedrijf gaf in een brief aan behandelende artsen aan dat zijn kwaliteitscontrolesystemen hadden vastgesteld dat een onderdeel van de door hem geproduceerde pacemakers mogelijk geleidelijk aan gebreken kon vertonen. Dit kon ertoe leiden dat de batterij voortijdig leeg geraakte, met als gevolg dat de telemetriefunctie en/of de hartsimulatiebehandeling zonder voorafgaande waarschuwing stopte. Hoewel de garantietermijn verstreken was, verbond de producent zich ertoe om gratis vervangtoestellen ter beschikking te stellen van de patiënten. Eveneens lichtte het bedrijf de artsen in dat bij een kwaliteitscontrole was vastgesteld dat de werking van een implanterbare defibrillator aangetast was door een gebrekkig onderdeel dat de therapeutische werking ervan kon beperken. De defibrillator zou een mogelijk dodelijke verstoring van het hartritme niet kunnen opmerken en de voor de patiënt levensreddende schok mogelijk niet kunnen geven. Daarom werd aanbevolen om de magneetschakelaar van de betrokken defibrillator uit te schakelen. In beide gevallen werden patiënten geopereerd en werden pacemakers en defibrillatoren vervangen. De ziekteverzekering vorderde de medische kosten terug van de producent.

Met betrekking tot medische hulpmiddelen, zoals pacemakers en implanterbare cardioverter-defibrillatoren, stelt het Hof van Justitie van de EU dat gelet op de functie ervan en de bijzonder kwetsbare situatie van de patiënten die deze hulpmiddelen gebruiken, de veiligheidseisen voor deze hulpmiddelen, die deze patiënten gerechtigd zijn te verwachten, bijzonder hoog zijn. Bovendien is het potentiële gebrek aan veiligheid voor producten als deze medische hulpmiddelen gelegen in het ongebruikelijke potentieel van de producten tot het veroorzaken van schade aan de persoon. In die omstandigheden kunnen op basis van de vaststelling dat dergelijke producten die vallen binnen dezelfde groep of productieserie een potentieel gebrek vertonen (*in casu* een risico op stilvallen dat 17 à 20 maal hoger ligt dan normaliter bij dit type apparaten het geval is), alle producten van deze groep of serie als gebrekkig worden aangemerkt, zonder dat het gebrek van het betrokken product moet worden aangetoond(2270).

Uit de conclusie van advocaat-generaal Bot blijkt dat deze extensieve interpretatie van de notie gebrek ingegeven is door de preventieve functie van de aansprakelijkheid. De volledige regelgeving van de EU over productveiligheid zou ter discussie komen te staan indien zou moeten worden gewacht totdat het risico van disfunctioneren in verband met een veiligheidsgebrek, dat voor bepaalde producten is aangetoond, door het ontstaan van schade concreet tot uiting komt bij de andere producten. Tot slot is de benadering ingegeven door de gezondheidsoverwegingen. Commentatoren van deze beslissing van

(2270) HvJ 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH t. AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse en Betriebskrankenkasse RWE* = T.Gez. 2015-16, 43-48/

het Hof bekritisieren de uitspraak(2271) of wijzen op de noodzaak om deze rechtspraak niet te veralgemenen om een rechtvaardige toewijzing van de met moderne technische productie samenhangende risico's niet in gevaar te brengen(2272).

490. NORMATIEVE VEILIGHEIDSSANDAARD: REDELIJKE VEILIGHEID – Niet alle veiligheidsverwachtingen van het publiek mogen in het oordeel van de rechter betrokken worden. Enkel de veiligheid die het grote publiek *gerechtigd* was te verwachten(2273). De rechter zal moeten uitmaken aan welke legitieme veiligheidsnormen het product behoorde te voldoen. Het kan voorkomen dat men van een product onhaalbare veiligheid gaat eisen. Anderzijds is de rechter niet gebonden door de veiligheidsnormen zoals die door de producent of door de overheid werden opgesteld(2274).

Het feit dat voor een containerinstallatie geen wettelijke regeling was (of pas later van toepassing werd) achtte het hof van beroep irrelevant voor de beoordeling van het veiligheidscriterium van de containerinstallatie, meer bepaald van het bedieningsmechanisme ervan(2275).

Een product is gebrekkig in de zin van de WAP wanneer het niet de veiligheid biedt die men gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen, met name: (i) de presentatie van het product, (ii) het normaal of redelijkerwijze voorzienbaar gebruik van het goed en (iii) het tijdstip waarop het product in het verkeer is gebracht (art. 5 WAP).

b. Informatie

491. ONVOLLEDIGE INFORMATIE KAN DEUGDELIJK PRODUCT GEBREKKIG MAKEN – De presentatie van een product is de wijze waarop een product aan het publiek wordt voorgesteld, bijvoorbeeld via de bijsluiter, de gebruiksaanwijzing of reclame, waarschuwingen. De producent heeft een plicht tot waarschuwing voor de gevaren van een product zowel bij gebruik overeenkomstig de bestemming als bij voorzienbaar verkeerd gebruik. Deze waarschuwingsplicht geldt niet indien het product uitsluitend in handen kan komen van personen die bekend zijn met het gevaar, indien het gevaar duidelijk kenbaar is of bij

(2271) E. BUYUKSAGIS, “La responsabilité du fait des produits défectueux sans défaut - l'arrêt Boston Scientific du 5 mars 2015”, *DCCR* 2016, 17 nr. 110.

(2272) D. VERHOEVEN, “Potentiële gebreken in serieproducten: hoe ver reiken het gebrekeigheidsvereiste en het schadevereiste uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid”, *T.Gez.* 2015-16, (49) 52-53.

(2273) Antwerpen 6 april 2011, *NJW* 2011, (657) 659, noot R. STEENNOT; Luik 9 oktober 2014, *RGAR* 2015, nr. 15153.

(2274) Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *HANDBOEK buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2009), 510.

(2275) Antwerpen (2de k.) 13 april 2005, *RW* 2008-09, 803.

opzettelijk of uiterst lichtvaardig verkeerd gebruik(2276). Onvolledige of onjuiste informatie kan een product gebrekkig maken. Een typevoorbeeld is de bijsluiter van een geneesmiddel(2277).

Een toepassing uit de rechtspraak betrof de bijsluiter van een geneesmiddel dat in de rubriek ‘ongewenste bijwerkingen’ enkel melding maakte van de mogelijkheid van omkeerbare gehoorstoornissen, terwijl de producent op de hoogte was van incidenten die onomkeerbare gehoorstoornissen hadden meegebracht. Op die grond werd dit geneesmiddel als gebrekkig beschouwd in de zin van de WAP(2278). In dit verband kan een onvolledige informatie een geneesmiddel dat op zichzelf deugdelijk is, gebrekkig maken. In dit opzicht vereist de toepasselijke wetgeving in principe volledige en nauwkeurige informatie over de mogelijke gevolgen van de bijwerkingen, hoe gering ook de frequentie ervan. Sommigen wijzen erop dat het gevaar van deze visie is dat de consument aldus misschien overgeïnformeerd wordt en dat de informatie niet langer vatbaar is voor de consument. Sowieso is het onwaarschijnlijk dat een rechtbank zou oordelen dat een bijsluiter (en het product) gebrekkig is omwille van overinformatie(2279). Een consument van geneesmiddelen kan steeds bij twijfel een arts of een apotheker raadplegen.

In een geschil voor het hof van beroep te Luik klaagde een patiënt de gebrekigheid van een medicijn aan. Meer bepaald zou de bijsluiter onvoldoende gewezen hebben op een verhoging van de kans op een hersenbloeding bij gebruik van het medicijn (Plavix) in combinatie met aspirine. De bijsluiter waarschuwde dat het geneesmiddel bloedingen kon veroorzaken en uitzonderlijk hersenbloedingen. Ook stelde de bijsluiter dat andere geneesmiddelen invloed kunnen uitoefenen op het gebruik van *Plavix* en *vice versa*: “*Gelieve uw dokter of apotheker te melden zelfs indien het een geneesmiddel betreft dat zonder voorschrift kan worden verkregen. Bij ernstige pijn in de borstkas (hartinfarct) kan Plavix worden voorgeschreven met Acetylsalicylzuur, substantie aanwezig in vele geneesmiddelen gebruikt om de pijn of de koorts te doen zakken. Een occasioneel gebruik van Acetylsalicylzuur (niet meer dan 1000mg over een periode van meer dan 24 uur) moet geen probleem stellen, maar een verlengd gebruik in andere omstandigheden moet met de geneesheer besproken worden.*” Uit de in bijsluiter gehanteerde bewoordingen moet een normaal gebruiker kunnen afleiden dat het langdurig gebruik van dit geneesmiddel met aspirine risico’s inhoudt(2280).

(2276) M.L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend overzicht*, *Recht en Praktijk*, (Deventer: Kluwer 2000), 57.

(2277) C. DELFORGE, “noot onder Luik 17 januari 2013”, *Rbdcml* 2014, (86) 99.

(2278) Rb. Brussel (4de k.) 10 februari 2005, *JLMB* 2006, 1193.

(2279) Zie verder uitvoerig: C. LEMMENS, “Voor welke bijwerkingen dient een geneesmiddelenproducent te waarschuwen in de bijsluiter opdat zijn product niet ‘gebrekkig’ is in de zin van de wet productaansprakelijkheid?” (noot onder Rb. Brussel 10 februari 2005), *T.Gez.* 2007-08, 286.

(2280) Luik 17 januari 2013, *Rbdcml* 2014, (79) 84.

492. INFORMATIE VOLSTAAT NIET ALTIJD OM PRODUCT VEILIG TE MAKEN – De vraag of een producent een oorspronkelijk gebrekkig product tot een veilig product kan omvormen door te waarschuwen voor de risico's die aan het gebruik van het product zijn verbonden, is niet eenduidig te beantwoorden. Door het product met de nodige waarschuwingen in het verkeer te brengen, is het mogelijk dat de producent beantwoordt aan de veiligheidsnorm die het grote publiek gerechtigd is te verwachten. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een bijzonder nuttig product met een aantal onvermijdelijke risico's, waarvoor correct en duidelijk wordt geïnformeerd(2281). Anderzijds is het ook mogelijk dat de gegeven informatie het onveilig karakter van het product niet wegneemt. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als er een veiliger product in het verkeer kan worden gebracht (bv. indien een veiligheidsmechanisme eenvoudig kan worden aangebracht)(2282). Een medicijn kan zelfs bij vermelding van alle gevaren alsnog gebrekkig zijn wanneer de gevolgen van gebruik van het medicijn bijzonder ernstig kunnen zijn voor de gezondheid van de patiënt in vergelijking met de pathologie waarvoor het wordt gebruikt(2283).

De aansprakelijkheid van de producent kan immers niet uitgesloten of beperkt worden bij overeenkomst, zodat een loutere vermelding van een risico in een contractueel document onder omstandigheden niet kan volstaan(2284).

Een geneesmiddel (*in casu* een vaccin) kan ongewenste bijwerkingen hebben zonder dat hierdoor een product abnormaal schadelijk en dus een gebrekkig product wordt. Het loutere feit dat een patiënt geïnformeerd wordt over het schadelijk karakter of de risico's van een vaccin, hetzij door de bijsluiter of andere waarschuwingen, neemt het gebrek van dit vaccin niet weg, indien de bijwerkingen excessief zijn in verhouding met de voordelen(2285).

493. EIGEN FOUT BENADEELDE: NIET VOLGEN VAN INSTRUCTIES/WAARSCHUWINGEN – De benadeelde kan ook zelf een fout maken door de waarschuwingen of instructies niet voldoende in acht te nemen. Een toepassing uit de rechtspraak betrof een product waarvan de bijsluiter wees op de noodzaak om het product onverdund te gebruiken en er nooit water op te gieten, alsook op de inhoud van zwavelzuur die ernstige brandwonden kan veroorzaken. Wanneer de koper na het demonteren van urinoirs, het product in de leiding gooit waarin een met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid mag

(2281) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 173.

(2282) Ibidem.

(2283) C. DELFORGE, “noot onder Luik 17 januari 2013”, *Rbdcml* 2014, (86) 105-106.

(2284) C. LEMMENS, “Voor welke bijwerkingen dient een geneesmiddelenproducent te waarschuwen in de bijsluiter opdat zijn product niet ‘gebrekkig’ is in de zin van de wet productaansprakelijkheid?” (noot onder Rb. Brussel 10 februari 2005), *T.Gez.* 2007-08, 286.

(2285) Rb. Aarlen 23 februari 2006, *JLMB* 2006, 1205.

worden aangenomen dat er nog water aanwezig is, maakt hij een abnormaal en/of een voor de producent redelijkerwijze onvoorzienbaar gebruik van het product(2286). Een vergelijkbaar geval betrof een industriële ontstopper met zwavelzuur. Op de gebruiksaanwijzing stond vermeld dat het een gevaarlijk product betrof en dat men de gebruiksaanwijzing aandachtig moest lezen gelet op het risico op ernstige brandwonden en oogletsels: “*Nooit vermengen met water – te gebruiken met de nodige beschermkledij, handschoenen en een apparaat data de ogen en het gelaat bedekt – gebruiksaanwijzing: maximaal het water verwijderen in de te ontstoppen opening, langzaam gieten, laten inwerken gedurende 15 à 30 minuten, progressiefs poelen nadien overvloedig met koud water*”. Het slachtoffer heeft na het lezen van de gebruiksaanwijzing de helft van de flacon geledigd in een leiding waarin quasi zeker water aanwezig was. Het slachtoffer was nog bezig met het product via het rooster in de afvoerbuiss te gieten toen het product plots uit de afvoerbuiss omhoog spoot in haar richting “alsof het terug gespuwd werd” en raakte ernstig gewond door het product. Gelet op de zeer nauwkeurige veiligheidswaarschuwingen werd dit product niet als onveilig beschouwd(2287).

De informatie in de handleiding van een auto waar uitdrukkelijk werd gewaarschuwd voor het risico van het binnen duwen van voorwerpen en handen in de openingen van de voorkant van de wagen, werd door de hof van beroep te Antwerpen niet afdoende bevonden om het onveilig karakter van een voertuig weg te nemen. Een driejarig kind geraakte gekwetst aan zijn hand en vingers toen hij zijn linkerhand vooraan in het radiatorrooster van de personenwagen heeft gestoken en daarbij met de hand geklemd is geraakt tussen de linkerventilator van de airco – die was aangezet door de moeder alvorens in te stappen om dat het zeer warm was. De invoerder (Renault België Luxemburg NV) werd aansprakelijk geacht. De ouders van het slachtoffer voeren aan dat de roosteropeningen onder de bumper beschermd worden door een zift met gaatjes van ongeveer 8 mm in het vierkant, terwijl het rooster boven de bumper niet afgeschermd is aan de binnenzijde en dat de ventilatoren slechts worden afgeschermd met een eenvoudige draadbescherming waarbij elke draad minstens 1 cm van elkaar is verwijderd en waarbij er aan de bovenzijde van het beschermingsrooster een opening is van een drietal cm waardoor zelfs een volwassene zijn hand ~~kak~~ steken. Er wordt dus een gebrek aan voldoende afscherming van de ventilator aangevoerd. Het hof volgende de eerste rechter in de argumentatie dat het inbrengen van een hand door een kleuter behoort tot het redelijkerwijze voorzienbare; een kind is van nature nieuwsgierig en onvoorzichtig van aard. Het voorzienbare moet niet beoordeeld worden in het licht van de normale, geestelijke gezonde volwassene. De aandacht van de jongen werd getrokken door het zoemende geluid van de glimmende koelventilatoren. Deze aantrekkingskracht op een jong kind is niet vreemd aan het normaal of redelijkerwijs voorzienbaar gebruik van het

(2286) Antwerpen (6de bis k.) 26 september 2006, *RW* 2008-09, 618.

(2287) Luik 25 oktober 2011, *T.Verz.* 2013, 100.

product. De wagen bood aldus niet de te verwachten veiligheid. Het argument van Renault dat in de handleiding van het voertuig werd gewezen op het gevaar van de ventilatoren werd niet aanvaard door het hof. De uitdrukkelijke waarschuwing in de handleiding voor het risico van het binnenduwen van voorwerpen en handen in de openingen van de voorkant van de wagen is niet afdoende om het onveilig karakter van de wagen weg te nemen(2288).

c. *Onredelijk misbruik van een product*

494. ONREDELIJK MIS(GE)BRUIK VAN PRODUCT – Als tweede mogelijke omstandigheid om het gebrek van een product te bepalen, vermeldt de WAP het normaal of redelijkerwijze voorzienbaar gebruik van het product. De richtlijn spreekt enkel over het ‘redelijkerwijs te verwachten gebruik (art. 6). Het product moet berekend zijn op het redelijkerwijze voorzienbaar verkeerd of onvoorzichtig gebruik of het redelijk mis(ge)bruik. Slechts indien er sprake is van onredelijk mis(ge)bruik van het product (bijvoorbeeld door verwaarlozing van de meest elementaire veiligheidsvoorschriften), kan aangevoerd worden dat het product niet gebrekkig is(2289). De feitenrechter beoordeelt soeverein(2290) in acht genomen de redelijke voorzienbare gebruiksomstandigheden, de redelijkerwijze voorzienbare gebruiksduur en de specifieke doelgroep(2291).

Hierna een aantal precedentes van redelijk voorzienbaar gebruik.

Een *heupprothese* waarvan een grote hoeveelheid metaaldeeltjes loskomt. Deze metaaldeeltjes nestelden zich achter de heupkom, waardoor een ontsteking ontstond met als gevolg dat de prothese loskwam. Een heupprothese moet normaal niet binnen 8 jaar worden vervangen. Verder hoort het tot de legitieme verwachting dat er geen metalen deeltjes (metallose) loskomen binnen de acht jaar bij een normaal gebruik van de prothese. Het verweer dat het zou kunnen dat bij slechte plaatsing deeltjes loskomen wordt verworpen. Dit wordt door het hof als niet relevant beschouwd, in de mate dat daarvoor niet bij de presentatie is gewaarschuwd. De medische attesten tonen aan dat uit niets blijkt, ook niet uit de manier waarop de heupprothese zich

(2288) Antwerpen 28 oktober 2009, *TBBR* 2011, (381) 381-384.

(2289) Antwerpen 6 april 2011, *NJW* 2011, (657) 659, noot R. STEENNOT. *In casu* was een warmwaterleiding in de badkamer gebroken. De gerechtsdeskundige had vastgesteld dat de oorzaak van de schade te wijten was aan een fabricagefout van de gebruikte flexibel (te dunne wanddikte en niet gecentreerde boring). Ook was er een uitvoeringsfout. Deze fout was echter een gevolg van de reeds aanwezige fabricagefout en zou niet gebeurd zijn bij een flexibel zonder gebreken.

(2290) I. BOONE en S. GUILIAMS, “Productaansprakelijkheid en productveiligheid” in B. Tillemans, en E. Terryn (eds.), *Ondernemingsrecht Deel 1*, Volume B in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2011), (1324) 1330.

(2291) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 142-157

presenteert op de markt, dat de patiënt mocht verwachten dat geen metalen deeltjes zouden loskomen. *In casu* was er trouwens geen bewijs van slechte plaatsing van de heupprothese(2292).

Een *bedieningssysteem van een containerinstallatie* moet zo ontworpen en gebouwd zijn dat het bestand is tegen de te verwachten bedrijfseisen en invloeden van buitenaf en dat fouten in de logica bij de bediening niet tot gevaarlijke situaties kunnen leiden. Een lierschakelaar die faalt onder invloed van koude en vochtige omstandigheden, biedt niet de veiligheid die men verwacht. Dit zijn weersomstandigheden waaraan de lierschakelaar regelmatig wordt blootgesteld. Hij zou niet mogen falen onder dergelijke omstandigheden(2293).

Voorbeelden van onredelijk (mis/ge)bruik uit de rechtspraak zijn:

Gebluste kalk – Een jeugdbeweging organiseerde een waterballonnengevecht. Toen de waterballonnen op waren, liep het echter uit de hand nu er ook geworpen met koffiëpoeder, plakkaatverf, afwasmiddel en dergelijke meer) teneinde elkaar vuil te maken. Op een zeker moment haalde iemand een kommetje gevuld met een wit poeder uit het materieelheem en gooide dit naar het hoofd van een dertienjarige jongen. Dit poeder bleek gebluste kalk te zijn. Deze kwam terecht in de mond en het ogen van het slachtoffer met als gevolg verbranding van de slokdarm, aantasting van het gezichtsvermogen en vermindering van het oog. De blijvende invaliditeit werd geschat op 26%. De VZW Chiro die mee aansprakelijk werd gesteld, riep de producent van het kalk in vrijwaring op grond van de WAP. Op de verpakking is duidelijk vermeld dat de inhoud van de zak gebluste kalk is bestemd voor het witten en ontsmetten van muren, het verbeteren van aarde of het neutraliseren van het zuurgehalte ervan en het afbakenen van wegen en sportterreinen. Ook de afbeelding op de zak (tekening van een muur en een bak met een truweel) verwijst duidelijk naar de bouwactiviteiten. Zo heeft de fabrikant op niet mis te verstane wijze aangegeven welk product er in de verpakking zit en waarvoor het kan worden aangewend. Ieder normaal zorgvuldige gebruiker weet dat een dergelijk product niet bestemd is om mee te gooien (zeker niet in iemands gezicht). Dat gebluste kalk irritant is voor ogen en niet mag worden ingenomen, is voldoende duidelijk en hoefde niet expliciet op de verpakking te worden vermeld(2294).

Middel enkel voor wetenschappelijke en niet voor diagnostische doeleinden – Een producent gaf aan dat zijn product enkel voor wetenschappelijke onderzoek en industriële producten mocht gebruikt worden en niet om medische diagnoses te stellen. Desalniettemin gebruikte een universitair ziekenhuis dit toch voor een prenatale medische diagnose waardoor zij een ernstige

(2292) Antwerpen (2de k.) 18 december 2012, *Limb.Rechtsl.* 2013, (151) 155, noot E. SMEETS.

(2293) Antwerpen (2de k.) 13 april 2005, *RW* 2008-09, 803.

(2294) Gent 27 november 2008, *TBBR* 2010, (510) 513.

handicap niet vaststelden. Bovendien voerden zij onvoldoende controles uit achteraf(2295).

§ 5. INVERKEERSTELLING

495. INVERKEERSTELLING VEREIST MATERIEEL EN INTENTIONEEL ELEMENT – Onder de inverkeerstelling moet verstaan worden de eerste daad waaruit de bedoeling van de producent blijkt om aan het product de bestemming te verlenen die hij aan dat product geeft door overdracht aan derden of door gebruik ten behoeve van laatstgenoemden (art. 6 WAP)(2296). Het omvat zo een intentioneel en materieel element. Het Hof van Cassatie oordeelde met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU in *O'Byrne*(2297), dat het loutere feit dat producten in de eigen pakhuizen worden opgeslagen zonder een eerste materieel contact met derden, niet kan gezien worden als de inverkeerstelling van een product(2298). *In casu* was een Spa-spuitwaterfles in een restaurant ontploft waarbij een werknemer ernstig gewond geraakte. Deze fles was geproduceerd door de NV Spa Monopole en na productie ondergebracht in een depot. De rechtbank te koophandel te Verviers oordeelde dat de fles wel in het verkeer was gebracht – dit zou zijn van zodra de fles het productieproces had verlaten – maar verklaarde de vordering evenwel ongegrond gezien het goed in verkeer was gebracht kort voor de inwerkingtreding van de Wet Productaansprakelijkheid. Het hof van beroep te Luik volgde deze stelling. Het Hof van Cassatie vernietigde dit arrest. In navolging van dit cassatiearrest oordeelde het hof van beroep te Bergen dat een loutere stockage in de eigen depots van een afgewerkt product niet als inverkeerstelling kan worden beschouwd(2299).

496. BEWIJS INVERKEERSTELLING – Het is aan het slachtoffer om te bewijzen dat een product in verkeer is gebracht na de inwerkingtreding van de WAP. Zo het onmogelijk is om de oorsprong van het product te traceren, kan niet met zekerheid vastgesteld worden dat het gebrekig product behoort tot een

(2295) Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, nr. 14675, noot N. ESTIENNE = *T.Gez.* 2011-12, 183, noot M. DILLEN en F. DEWALLENS.

(2296) Luik 7 juni 2018, *TVerz.* 2020, 78: zodra elektriciteit de consument bereikt, maakt zij deel uit van het verkoopproces en moet zij beschouwd worden als 'in het verkeer gebracht'.

(2297) HvJ 9 februari 2006, C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93, *Declan O'Byrne t. Sanofi Pasteur MSD Ltd (voorheen Aventis Pasteur MSD Ltd) en Sanofi Pasteur SA (voorheen Aventis Pasteur SA)*, conclusie 1: "Artikel 11 van richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken moet aldus worden uitgelegd dat een product in het verkeer is gebracht wanneer het het productieproces van de producent heeft verlaten en is opgenomen in een verkoopproces in een vorm waarin het aan het publiek wordt aangeboden voor gebruik of consumptie."

(2298) Cass. 6 juni 2011, ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20110606.2, *Arr.Cass.* 2011, 1484 = *NJW* 2012, 422, noot I. BOONE.

(2299) Bergen (20ste k.) 7 februari 2013, *DCCR* 2013 (99), 76, noot D. VERHOEVEN.

lot dat pas na de inwerkingtreding van de Wet Productaansprakelijkheid in het verkeer was gebracht(2300).

§ 6. SCHADE

a. *Schade aan personen*

497. VERGOEDBARE SCHADE – De schade die onbeperkt(2301) kan worden gevorderd op grond van de WAP voor persoonsschade is vrij ruim en omvat de schadevergoeding voor de schending van de fysieke integriteit, inkomstenschade, behandelings- en herstellingskosten, begrafeniskosten en morele schade(2302). De kosten voor medische expertise vallen niet onder de schade aan de persoon(2303).

In een geval waar een operatie resulteerde in brandwonden, probeerde het ziekenhuis dat aansprakelijk werd gesteld voor deze fout van haar artsen een deel van de schadevergoeding die zij moest betalen, te verhalen op de producent van het toestel (vermits het niet voorzien zijn van een veiligheidsventiel mee aan de oorzaak van de verbranding lag). De rechtbank van Brussel achtte de terugbetaling van een aansprakelijkheidsschuld geen vergoedbare schade in de zin van de WAP(2304). Dit standpunt werd echter bekritiseerd. Door de betaling aan het slachtoffer treedt de derde in zijn rechten op grond van artikel 1251, 3° oud BW tegen de *in solidum* gehouden medeaansprakelijke. Vermits de aansprakelijkheid van een derde die van de producent ten aanzien van het slachtoffer niet uitsluit, moet de derde, gesubrogeerd in de rechten van het slachtoffer, een deel van wat hij aan het slachtoffer betaalde van de producent kunnen terugvorderen(2305).

498. MEDISCHE KOSTEN TER VERVANGING DEFECTE IMPLANTATEN MAKEN SCHADE VEROORZAAKT DOOR DOOD OF LETSEL UIT – HvJ BOSTON SCIENTIFIC – In de reeds geciteerde zaak voor het Hof van Justitie van de EU (*Boston Scientific* - zie randnr. 489) was tevens de prejudiciële vraag aan de orde of schade veroorzaakt door een chirurgische ingreep ter vervanging van een gebrekkig product (zoals een pacemaker of een implanteerbare cardioverterdefibrillator) schade veroorzaakt door dood of lichamelijk letsel uitmaakt, waarvoor de producent

(2300) Ibidem, 84.

(2301) Er werd geen gebruik gemaakt van de door richtlijn geboden mogelijkheid om een aansprakelijkheidsplafond op te nemen van 70.000.000 EUR.

(2302) De richtlijn laat het aan de lidstaten over om al dan niet morele schade te vergoeden. Dit is naar Belgisch recht het geval (D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 226 nr. 230).

(2303)- Luik 7 november 2005, *TBBR* 2006, 620-628, noot E. MONTERO.

(2304) Rb. Brussel 23 januari 2007, *RGAR* 2007, nr. 14316.

(2305) I. BOONE en S. GUILLIAMS, “Productaansprakelijkheid en productveiligheid” in B. Tilleman, en E. Terryn (eds.), *Ondernemingsrecht Deel 1*, Volume B in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2011), (1324) 1353.

aansprakelijk is wanneer deze ingreep noodzakelijk is om het gebrek aan het betrokken product te verhelpen. Deze vraag werd positief beantwoord. De schadevergoeding omvat alles wat noodzakelijk is om de schadelijke gevolgen te verhelpen en om het veiligheidsniveau dat men gerechtigd is te verwachten te herstellen. Voor de vervaging van een pacemaker vormen de kosten voor de chirurgische ingreep duidelijk schade. Voor de defibrillator is een andere invulling mogelijk gezien geweest op de mogelijkheid tot uitschakeling. Het is evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of de aansprakelijkheidsvoorwaarden vervuld zijn(2306).

b. Zaakschade

499. ENKEL GOEDEREN GEWOONLIJK BESTEMD VOOR PRIVÉGEBRUIK – Zaakschade levert alleen een grond tot schadeloosstelling op indien de goederen gewoonlijk bestemd zijn voor gebruik of verbruik in de privésfeer en door het slachtoffer hoofdzakelijk zijn gebruikt voor gebruik of verbruik in de privésfeer(2307). Zo komt schade toegebracht aan een douchecabine in een privéwoning voor vergoeding in aanmerking. Een bedrijf dat geformatteerde diskettes aankocht (die met een virus waren besmet) om boekhoudprogramma's erop te verspreiden, kan zich niet op de WAP beroepen(2308). Schade aan het gebrekkig product zelf levert geen grond tot schadeloosstelling op. Wanneer door een breuk in de warmwaterleiding in de badkamer van een appartement tevens waterschade ontstaat in de onderliggende appartementen en gemene delen moet deze schade worden vergoed (inclusief de gebruiksderiving voor een aantal van de appartementen)(2309).

500. FRANCHISE – Om een stortvloed van geschillen te vermijden is volgens de richtlijn een schadevergoeding voor schade toegebracht aan goederen slechts verschuldigd onder aftrek van een franchise van 500 EUR(2310). De aard van de franchise wordt aan de lidstaten overgelaten. Naar Nederlands recht is dit een *drempelfranchise* (art. 6:190, § 1 NBW). Naar Belgisch recht (art. 11, § 2 WAP) wordt dit meestal beschouwd als een (*aftrekfranchise*)(2311). Deze schade kan weliswaar nog worden vergoed op grond van andere wettelijke bepalingen, voor zover aan de toepassingsvoorwaarden

(2306) HvJ 5 maart 2015, C-503/13 en C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH t. AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse en Betriebskrankenkasse RWE*, T.Gez. 2015-16, 43.

(2307) Antwerpen (4de k.) 12 september 2011, *Limb.Rechtsl.* 2012, (47) 48, noot P. VANHELMONT (in dit arrest was aan deze vereiste niet voldaan).

(2308) Gent 3 oktober 2007, *Computerr.* 2008, 202, noot E. KINDT.

(2309) Antwerpen 6 april 2011, *NJW* 2011, (657) 659, noot R. STEENNOT.

(2310) Antwerpen (5de k.) 19 april 2012, *MER* 2014, 132, noot T. SCHOORS en L. RASKING = JBMP 2012, 265, noot M. DE MAN.

(2311) D. VAN DE GEHUCHTE, *Productaansprakelijkheid in België* (Gent: Mys en Breesch 2000), 49 (hiertegenover staat een zogenaamde drempelfranchise, d.i. drempel die moet worden overschreden vooraleer er een vergoeding verschuldigd is).

voor de betrokken regelgeving is voldaan. Het nut van de franchise en zeker van een aftrekfranchise wordt dan ook in vraag gesteld(2312).

§ 7. OORZAKELIJK VERBAND

501. EQUIVALENTIELEER – Naast het gebrek en de schade moet er een causaal verband zijn. Dit causaal verband wordt beoordeeld volgens het nationaal recht, dus naar Belgisch recht volgens de equivalentietheorie. De aanwezigheid van een oorzakelijk verband moet begrepen worden als een juridische zekerheid, d.w.z. een zekerheid die van die aard is de rechtbank te overtuigen dat het in hoge mate waarschijnlijk is dat er een causaal verband bestaat tussen het gebrek en de schade. Een absolute zekerheid is in dit verband niet vereist(2313). Zo werd het verslag van een professor dat besloot dat doofheid naar alle waarschijnlijkheid veroorzaakt was door een geneesmiddel, voldoende overtuigend geacht door de rechtbank, die rekening hield met het feit dat een voorzichtig wetenschapper nooit een absolute zekerheid kan garanderen. Dit werd trouwens bevestigd door een bijkomende onafhankelijke studie(2314).

502. OVERMACHT – De richtlijn productaansprakelijkheid en de WAP behandelen expliciet de gevolgen van overmacht. In de voorbereidende werken werd gesteld dat het behoud van de causaliteitsvoorwaarde uitnodigt om aan te nemen dat er geen causaal verband is wanneer de schade wordt veroorzaakt door overmacht(2315). Sommigen stellen echter dat de producent aansprakelijk is, tenzij hij het bewijs levert van limitatief opgesomde verweermiddelen zodat een beroep op overmacht onmogelijk is(2316). Anderen stellen daarentegen dat de WAP een specifiek overmachtsbegrip kent dat vervat is in de specifieke verweermiddelen die doorgaans terug te brengen zijn tot overmacht(2317).

Een distributienetbeheer trachtte aan te tonen dat de val van een tak van de betwiste boom een gebeurtenis onafhankelijk van de menselijke wil is en zij deze gebeurtenis niet kon voorzien noch kon voorkomen. Dit argument werd door het hof van beroep te Luik niet aanvaard daar de producent als

(2312) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 234-236 nrs. 239-241.

(2313) Rb. Brussel 10 februari 2005, *T.Gez.* 2007-08, 284, C. LEMMENS.

(2314) *Ibidem*.

(2315) *Parl. St.* Kamer 1989-1990, nr. 47-1262 /1, 15-16; C. DELFORGE, “Le consommateur et la responsabilité du fait des produits de santé”, *DCCR* 2013 (3-4), (37) 56.

(2316) P.M. STORM, “Een gebrekkig product”, *TVVS* 1985, (241) 241.

(2317) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 248.

distributienetbeheerder takken van bomen nabij hoogspanningslijnen kan laten snoeien(2318).

503. FACULTATIEVE OPHEFFING OF VERMINDERING AANSPRAKELIJKHEID BIJ EIGEN FOUT BENADEELDE OF FOUT DERDE WAARVOOR BENADEELDE INSTAAT – Krachtens artikel 10 §2 WAP, kan de rechter (in afwijking van de equivalentie-leer) de aansprakelijkheid van de producent verminderen of zelfs volledig opheffen, indien de schade mee veroorzaakt wordt door een eigen fout van de benadeelde of door fouten van derden voor wie de benadeelde moet instaan(2319). Rechtspraak verschaft hier verschillende toepassingen van.

Een kindje van 3,5 jaar oud geraakte gekwetst aan de hand en vingers toen het zijn linkerhand vooraan in het radiatorrooster van de personenwagen, uitgerust met airconditioning, heeft gestoken en daarbij met de hand geklemd is geraakt tussen de linkerventilator van de airco of radiatorkoeling. De ouders dagvaardden de invoerder van de voertuigen, omdat de roosteropeningen onder de bumper beschermd werden door een zift met gaatjes van ongeveer 8 mm in het vierkant, terwijl het rooster boven de bumper niet afgeschermd is aan de binnenzijde en de ventilatoren slechts werden afgeschermd met een eenvoudige draadbescherming, waarbij elke draad minstens 1 cm van elkaar verwijderd is, en waarbij er aan de bovenzijde van het beschermingsrooster een opening is van een 3-tal cm waardoor zelfs een volwassene zijn hand kan steken. De producent wierp op dat de moeder een fout kon worden verweten omdat zij onvoldoende toezicht zou hebben uitgeoefend over haar zoontje. Aan de moeder werd ook verweten dat zij de airconditioning heeft aangezet wanneer de wagen nog stilstond waar volgens de producent de gebruiksvorschriften er nadrukkelijk op wijzen dat de airconditioning slechts al rijdende aangezet mag worden. Er werd geoordeeld dat een fout van de benadeelde niet aan de orde was, vermits het zoontje niet persoonlijk aansprakelijk is en evenmin kwalitatief aansprakelijk is voor de ouders (die in zijn naam een vordering hadden ingesteld)(2320).

Onverminderd het regresrecht, wordt de aansprakelijkheid ten aanzien van het slachtoffer niet uitgesloten of beperkt wanneer de schade wordt veroorzaakt, zowel door een gebrek in het product, als door derden (art. 10, § 2, lid 2 WAP). In dit geval geldt de *in solidum* aansprakelijkheid(2321).

(2318) Luik 7 juni 2018, *T.Verz.* 2020, 78-80.

(2319) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 242-243 nrs. 247-248.

(2320) Antwerpen 28 oktober 2009, *TBBR* 2011, 381.

(2321) I. BOONE en S. GUILLIAMS, “Productaansprakelijkheid en productveiligheid” in B. Tilleman, en E. Terryn (eds.), *Ondernemingsrecht Deel 1*, Volume B in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2011), (1324) 1351; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 214 nr. 246.

De eventuele aansprakelijkheid van de werkgever van het slachtoffer, van een arbeidsongeval die een onveilige containerinstallatie is blijven gebruiken in overtreding met de minimumvoorschriften bepaald in het KB betreffende het gebruik van arbeidsmiddelen, doet niet af aan de aansprakelijkheid van de producent van de onveilige containerinstallatie(2322).

In het hoger beschreven geval van de radiator bleek dat het voertuig was aangereden en ondeugdelijk was hersteld nadat het voertuig in het verkeer was gebracht. De deskundige stelde onder meer vast dat *“de beschermingskooi rond de rechterventilator naar boven vervormd werd, zodat deze zich niet meer op de oorspronkelijke door de fabrikant gemonteerde plaats bevindt; de rechterhoek van de behuizing was naar boven gedrukt; het sierrooster, gemaakt uit kunststof was beschadigd en gebroken, de vervorming van het koetswerk heeft een rechtstreekse invloed op de beschadigingen van de veiligheidskooi rond de betrokken ventilatoren”*. Gelet op de aard en ernst van de aanrijding en de onmiskenbare schade die door de aanrijding aan het voertuig was veroorzaakt, alsook gelet op de onvakkundige en minstens technisch niet afdoende uitgevoerde herstelling, maakte de producent aannemelijk dat het concrete gebrek van de wagen, zoals ~~dat zich~~ dit voordeel op het ogenblik van het schadegeval, niet bestond op het ogenblik van het in verkeer brengen van de auto. Zelfs wanneer werd aangenomen dat het voertuig van bij aanvang onvoldoende veiligheid zou bieden en dat bij een kleine aanrijding de beveiliging door indringende voorwerpen niet meer kon worden gegarandeerd, dan nog was het hof van oordeel dat niet was aangetoond dat ten deze de schade zoals deze zich heeft voorgedaan, zich ook zou hebben voorgedaan(2323). Op dat laatste punt gaat het hof wellicht te ver omdat wanneer schade veroorzaakt wordt zowel door een gebrek als door een derde, de benadeelde wel degelijk over een verhaalsrecht beschikt tegenover de producent(2324).

§ 8. BEWIJSLAST

504. BEWIJS GELEVERD DOOR BENADEELDE – ZEER WAARSCHIJNLIJK OORZAKELIJK VERBAND ALS ZEKER BESCHOUWD – Het bewijs van de schade, van het gebrek en van het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade moet door de benadeelde worden geleverd(2325). Het bewijs van deze drie elementen mag met alle middelen geleverd worden. De zekerheid die inzake causaliteit wordt geëist, moet worden gezien als een rechterlijke zekerheid, dat wil zeggen dat zij leidt tot de overtuiging van de rechtbank wegens de zeer hoge

(2322) Antwerpen 13 april 2005, *RW* 2008-2009, 803-807.

(2323) Antwerpen 28 oktober 2009, *TBBR* 2011, 381-387.

(2324) D. VERHOEVEN, “Het redelijkerwijze voorzienbaar gebruik van een product en het later ontstaan van de gebreken in de wet productenaansprakelijkheid” (noot onder Antwerpen 28 oktober 2009), *TBBR* 2011, (388) 395.

(2325) Antwerpen 28 oktober 2009, *TBBR* 2011, 381-387; Luik (3de k.) 25 oktober 2011, *T.Verz.* 2013, (100) 101; Antwerpen (2de k.) 18 december 2012, *Limb.Rechtsl.* 2013, (151) 155, noot E. SMEETS; Luik 17 december 2015, *RGAR* 2016, nr. 15314.

waarschijnlijkheidsgraad van het oorzakelijk verband en niet als een absolute zekerheid(2326). In die zin aanvaardt men dat het volstaat dat het slachtoffer kan aantonen dat alle andere oorzaken dan een gebrek zijn uitgesloten, en dat het abnormale gedrag van het product wijst op een gebrek, indien elke andere oorzaak dan het gebrek kan worden uitgesloten(2327).

De rechter kan de vraag naar een deskundigenonderzoek nuttig achten. Zo'n onderzoek is ook mogelijk in een geval waarbij betwisting bestaat over een heupprothese die al verwijderd is uit het lichaam. Het feit dat de revisieoperatie al is uitgevoerd zonder voorafgaandelijk in kennis stellen van de producent doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een dergelijk onderzoek. Gelet op de voorgelegde medische attesten is een onderzoek nog mogelijk naar de oorzaak van de schade. De rechtbank te Tongeren oordeelde dat in de concrete omstandigheden het niet aan de patiënt verweten kan worden dat er geen tegensprekelijke vaststellingen plaatsvonden voor of tijdens de revisieoperatie. De patiënt heeft zich (begrijpelijk) eerst geconcentreerd op de behandeling van de vastgestelde problemen en pas vervolgens op de oorzaken en aansprakelijkheden(2328).

Het bewijs van het gebrekkige karakter van een vaccin net als van het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade kan voortvloeien uit een geheel van ernstige, precieze en overeenstemmende vermoedens of kan worden geleverd door inductie na het uitsluiten van elke andere mogelijke bron van de schade. Dit is evenwel pas zo wanneer met zekerheid elk van die andere oorzaken van de schade kan geïdentificeerd worden. Een zeer waarschijnlijk oorzakelijk verband kan als zeker beschouwd worden in zover de rechter niet redelijkerwijs moet overwegen dat het tegendeel waar zou zijn (hoewel dit theoretisch niet absoluut kan uitgesloten worden). *In casu* oordeelde het hof van beroep dat niet alle andere potentiële oorzaken van de ziekte konden uitgesloten worden. De ziekte was dus niet noodzakelijk opgelopen door (een gebrek in) het vaccin(2329).

In het geschil voor het hof van beroep te Luik waarin een patiënt een vordering had ingesteld tegen de producent voor een gebrekkig medicijn oordeelde het hof dat zelfs mocht er een gebrek zijn (wat niet het geval was, zie randnr. 491), er geen causaal verband was tussen het gebrek en de schade. Zelfs wanneer de patiënt nog meer op de risico's zou zijn gewezen door langdurig gebruik van het medicijn in combinatie met aspirine, had een redelijke patiënt in dezelfde

(2326) Rb. Brussel (4de k.) 10 februari 2005, *T.Gez.* 2007-08, 284-299, noot C. LEMMENS.

(2327) J. VERLINDEN, "Twintig jaar productaansprakelijkheid: een stand van zaken" in M. De Baene en P. Soens (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen* (Gent: Larcier 2005), (29) 39 nr. 18.

(2328) Rb. Tongeren (3de B k.) 8 april 2011, *Limb.Rechtsl.* 2013, (169) 170-171, noot R. BROEKMANS.

(2329) Luik 9 oktober 2014, *RGAR* 2015, nr. 15153.

omstandigheden en met dezelfde medische toestand hoogstwaarschijnlijk gekozen voor dezelfde behandeling (combinatie medicijn en aspirine)(2330).

505. GEWICHTIGE PRECIEZE OVEREENSTEMMENDE VERMOEDENS GEBASEERD OP ERNSTIGE FEITEN KUNNEN OORZAKELIJK VERBANDEN BEWIJZEN – HvJ SANOFI PASTEUR (2017) – Met het oog op vaccinatie tegen hepatitis B zijn aan W. in de periode van december 1998 en juli 1999 achtereenvolgens drie injecties toegediend met een door Sanofi Pasteur geproduceerd vaccin. Vanaf augustus 1999 kreeg W. verschillende aandoeningen waarna multiple sclerose werd gediagnosticeerd. In maart 2005 kon W. geen beroepsactiviteiten meer uitoefenen wegens MS. Nadien is de toestand verslechterd, waardoor een functiebeperking van 90 % is ontstaan die de voortdurende aanwezigheid van een derde vereiste. Uiteindelijk overleed hij in 2011. In 2006 stelden W. en zijn familieleden een vordering in op basis van artikel 1386-1 CC (de Franse omzetting van de Richtlijn Productaansprakelijkheid). Ter ondersteuning van die vordering voerden zij aan dat enerzijds het feit dat MS onmiddellijk na de vaccinatie is opgetreden en anderzijds het ontbreken van familiale antecedenten van W. met betrekking tot deze ziekte, ernstige, precieze en overeenstemmende vermoedens doen rijzen dat het vaccin een gebrek vertoonde en er een oorzakelijk verband is tussen de inenting van het vaccin en het optreden van de ziekte. Het hof van beroep te Parijs wees de vordering af, omdat er geen wetenschappelijke consensus was over het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de vaccinatie tegen hepatitis B en MS. Volgens verschillende wetenschappelijke studies was er bij 92 % tot 95 % van alle MS-patiënten geen sprake van antecedenten. Er waren dus geen precieze en overeenstemmende vermoedens. Het Franse Hof van Cassatie stelde hierop een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU of artikel 4 Richtlijn Productaansprakelijkheid een nationale bewijsregeling belet op grond waarvan de feitenrechter op basis van bepaalde feitelijke gegevens kan oordelen dat er gewichtige overeenstemmende vermoedens zijn waaruit kan worden geconcludeerd dat een vaccin een gebrek vertoont en dat er een oorzakelijk verband is tussen het gebrek en de ziekte van het slachtoffer. Dit was mede ingegeven door het grote aantal geïnventariseerde gevallen waarin die ziekte na dergelijke vaccinaties optrad.

Het Hof van Justitie van de EU overweegt ten eerste dat de Richtlijn Productaansprakelijkheid de bewijslast regelt, maar niet de andere aspecten van bewijsvoering. In beginsel bepalen de lidstaten dus hoe het bewijs moet worden geleverd, welke bewijsmiddelen voor de bevoegde nationale rechter worden aanvaard, welke beginselen de rechter in acht moet nemen en wat het vereiste bewijsniveau is. Het doeltreffendheidsbeginsel vereist weliswaar dat de procedureregels voor vorderingen die worden ingesteld ter bescherming van rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontnemen, de uitoefening van deze rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Een verregaande bewijsvereiste, die neerkomt op de uitsluiting van

(2330) Luik 17 januari 2013, *Rbdcml* 2014, (79) 85.

elk bewijsmiddel dat geen op medisch onderzoek gebaseerd onomstotelijk bewijs is, zou tot gevolg hebben dat het in een groot aantal situaties uiterst moeilijk is. *In casu* zou de aansprakelijkheidstelling van de producent zelfs onmogelijk worden gemaakt, nu vaststaat dat het bestaan van een oorzakelijk verband niet door medisch onderzoek is kunnen worden bevestigd of ontkend. Artikel 4 Richtlijn Productaansprakelijkheid moet zo worden uitgelegd dat hetgeen nationale bewijsregeling belet op grond waarvan de feitenrechter kan oordelen dat bepaalde feitelijke gegevens waarop een verzoeker zich beroept, ernstige, precieze en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen vormen waaruit kan worden geconcludeerd dat het vaccin een gebrek vertoont en dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen dit gebrek en de ziekte waaraan de gelaedeerde lijdt. Dat het bestaan van een verband tussen de toediening van het vaccin in kwestie en het optreden van die ziekte door medisch onderzoek noch bevestigd noch ontkend wordt, doet hieraan geen afbreuk. De nationale rechterlijke instanties moeten er echter voor zorgen dat de concrete wijze waarop zij die bewijsregeling toepassen, niet tot gevolg heeft dat de regels inzake de bewijslast in de Richtlijn Productaansprakelijkheid worden geschonden of dat afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van de door deze richtlijn ingevoerde aansprakelijkheidsregeling(2331).

B. VRIJWARINGSGRONDEN (ART. 8 WAP)

506. PRODUCENT NIET AANSPRAKELIJK BIJ WETTELIJKE UITZONDERINGSGRONDEN – Artikel 8 WAP bevat een lijst van bevrijdingsgronden waarop de producent zich kan beroepen(2332):

- a) dat hij het product niet in het verkeer heeft gebracht;
- b) dat het, gelet op de omstandigheden, aannemelijk is dat het gebrek dat de schade heeft veroorzaakt, niet bestond op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer heeft gebracht, dan wel dat het gebrek later is ontstaan(2333).

Het Hof van Cassatie kreeg de gelegenheid om uitspraak te doen over de draagwijdte van deze bepaling. De producent die enkel aanvoert dat de oorzaak van de schade onzeker is, voldoet niet aan de op hem rustende bewijslast. Zo werd een autoproducent aangesproken wegens het uitbranden van een auto. Een

(2331) HvJ 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484, *N.W. L.W., C.W.t. Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Carpimko, T.Gez.* 2017-18, 201-2017. Zie ook: D. VERHOEVEN, “De Richtlijn Productaansprakelijkheid, de bewijslast en het inroepen van vermoedens: analyse van het arrest van het Hof van Justitie van 21 juni 2017” (noot onder HvJ 21 juni 2017), *DCCR* 2018 (120-121), 143-15; E. DE KEZEL, “Hof van Justitie versoepelt bewijslast bij schade door gebrekkig geneesmiddel”, *De Juristenkrant* 2017 (353), 3.
(2332) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid* (Antwerpen: Intersentia 2018), 249-281.

(2333) Luik 7 juni 2018, *T.Verz.* 2020, 78-80.

deskundigenonderzoek wees echter uit dat het niet redelijkerwijze uitgesloten kon worden dat een kortsluiting in het (nadien geïnstalleerd) elektronisch alarmsysteem de brand veroorzaakte. De appelrechter had geoordeeld dat, nu de aansprakelijkheidsvoorwaarden vervuld zijn, het derhalve aan de producent is te bewijzen dat het gebrek waardoor de wagen niet de veiligheid bood die men ervan mocht verwachten, niet bestond op het tijdstip waarop zij de wagen in het verkeer gebracht, dan wel later ontstond door bijvoorbeeld de manipulaties door de alarminstallatie. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de appelrechters aan de producent een zwaardere bewijslast oplegden dan artikel 8b WAP vereist, omdat deze wetsbepaling enkel vergt dat de producent aannemelijk maakt dat het bedoelde gebrek niet bestond op het ogenblik waarop de wagen in het verkeer werd gebracht, dan wel later is ontstaan(2334). De producent moet dus niet een precieze alternatieve oorzaak aanvoeren of evenmin het precieze tijdstip waarop het gebrek ontstond bewijzen. In het arrest beklemtoont het Hof van Cassatie het probabiliteitskarakter van het begrip ‘aannemelijk maken’(2335).

Wanneer uit een deskundigenverslag blijkt dat de schade aan de koersfiets is ontstaan tijdens een verkeerde montage of demontage van de band kan de fabrikant van de banden zich succesvol beroepen op artikel 8b WAP wanneer hij niet de monteur is van de banden op de wielen. Er was *in casu* geen bewijs dat het gebrek was ontstaan op het ogenblik van de fabricatie van de band als zodanig(2336).

In een reeds eerder geciteerde zaak (randnr. 503) voerde Renault België Luxemburg NV aan dat het schadeveroorzakend gebrek pas later is ontstaan. Na een voorgaand ongeval met het voertuig (o.m. waren de beschermingsroosters ter voorkoming van de indringing van voorwerpen in de motorkoelingsventilatoren zwaar vervormd) was ~~maar een esthetische reparatie uitgevoerd en de uitgevoerde niet vakkundige herstelling~~ de uitsluitende oorzaak van het schadegeval ~~is~~. Dit werd afdoende aangetoond door Renault. Zij maakt aannemelijk dat het concrete gebrek van de wagen, zoals dit zich voordeed op het ogenblik van het schadegeval, en dat de schade heeft veroorzaakt, niet bestond op het ogenblik van het in het verkeer brengen van het voertuig. Het volstaat voor de producent dat hij het aannemelijk maakt waardoor de producent *in casu* slaagt in de op haar rustende bewijslast van artikel 8 WAP(2337).

(2334) Cass. 4 mei 2007, ECLI:BE:CASS:2007:ARR.20070504.3, *RW* 2007-08, 1283-1287, noot D. WUYTS.

(2335) D. WUYTS, “De wet productaansprakelijkheid en het verweer van de producent: geen gebrek op het ogenblik van de inverkeerstelling”, *RW* 2007-08, (1284) 1286.

(2336) Pb. Antwerpen (afd. Turnhout) (1ste k.) 22 maart 2016, *RW* 2016-17, (115) 116.

(2337) Antwerpen 28 oktober 2009, *TBBR* 2011, (381) 385.

- c) dat het product noch voor de verkoop of voor enige andere vorm van verspreiding met een economisch doel van de producent is vervaardigd, noch vervaardigd of verspreid in het kader van de uitoefening van zijn beroep.
- d) dat het gebrek een gevolg is van het feit dat het product in overeenstemming is met dwingende overheidsvoorschriften.
- e) dat het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken.

Het Hof van Cassatie onderstreept in navolging van het Hof van Justitie(2338) dat voor de toepassing van die laatste uitzondering men niet moet uitgaan van de stand van kennis waarover de betrokken producent concreet of subjectief op de hoogte was of kon zijn, maar van de objectieve stand van de wetenschappelijke en technische kennis waarvan de producent wordt geacht op de hoogte te zijn(2339). In dit cassatiearrest dat betrekking had op de aansprakelijkheid van de distributienetbeheerder voor schade door het leveren van elektriciteit met een te hoge spanning, verwerpt het hof van beroep de exceptie van ontwikkelingsrisico. Gelet op de overgelegde rechtspraak, die alle over eenzelfde probleem handelt, gaat het om een fenomeen dat zich kennelijk meerdere malen voordoet en wordt de distributienetbeheerder dan ook geacht daarmee vertrouwd te zijn(2340).

In een zaak voor het hof van beroep te Luik werd geoordeeld dat een onderneming (beschouwd als schijnbare producent) zich op deze vrijwaringsgrond kan beroepen zo blijkt dat de douchekabine (gebrekig door breuk van een flexibel) volledig geassembleerd werd geleverd, geen zichtbare gebreken vertoonde en er niet was voorzien in montage-instructies(2341).

(2338) HvJ 29 mei 1997, C-300/95, ECLI:EU:C:1997:255, *Commissie t. Verenigd Koninkrijk*, C-300/95.

(2339) Cass. 6 april 2006, ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20060406.2, *NJW* 2007, 460, noot I. BOONE; C. VERDURE, “Le risque de développement dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux”, *TBBR* 2007, (131) 132.

(2340) Cass. 6 april 2006, ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20060406.2, *NJW* 2007, 460, noot I. BOONE.

(2341) Luik (3de k.) 23 april 2013, *DCCR* 2014 (103), 50, noot L. JACQMIN.

- f) dat, wat de producent van een onderdeel of de producent van een grondstof betreft, het gebrek te wijten is aan het ontwerp van het product waarvan het onderdeel of de grondstof een bestanddeel vormt, dan wel aan de onderrichtingen die door de producent van dat product zijn verstrekt.

C. AANSPRAKELIJKHEIDSBEPERKINGEN (ART. 10 WAP)

507. PRINCIPIEEL EXONERATIEVERBOD BEHOUDENS SCHULD SLACHTOFFER OF PERSOON VOOR WIE HIJ INSTAAT – Bedingen waarin de producent zijn aansprakelijkheid zou uitsluiten of beperken (bv. conventionele verkorting van de verjaringstermijn)(2342), zijn in beginsel niet toegelaten (art. 10 §1 WAP). De regeling is immers een consumentenbescherming die daarom in principe van dwingend recht is.

Een beding dat een aansprakelijkheidsbeperking voorziet bestaande in de verplichting voor de gebruikers om het bewijs te leveren van de fout die tot een welbepaald schadegeval aanleiding geeft, is niet geldig. Het gaat immers in tegen de objectieve foutloze aansprakelijkheid van de WAP. Eveneens zijn de bedingen ongeldig die de hoogte van de vergoeding plafonneren op 625.000 EUR voor alle schade die te wijten is aan éénzelfde oorzaak en voorzien in een franchise van 250 EUR voor schade aan personen ten gevolge van de levering van gebrekkige elektriciteit. Een franchise van 250 EUR voor schade aan privé zaken werd door het hof van beroep te Antwerpen wel compatibel geacht met de WAP gezien artikel 11 §2 WAP in een hogere franchise voorziet(2343).

Een beding waarin de netbeheerder bepaalt dat deze enkel aansprakelijk kan worden gesteld indien de consument een fout van de netwerkbeheerder bewijst, is in strijd met artikel VI.83, 30° WER omdat zij een kennelijk onevenwicht doet ontstaan tussen de rechten en de plichten van de partijen. Rekening houdend met de economie van het standaardcontract en de eigenheid van de situatie kan niet van de gebruikers worden verwacht dat zij de oorzaak van het schadegeval zouden aantonen. De energiedistributie maakt een dienst uit waarvan de gemiddelde consument geen expertise heeft. Deze situatie maakt het voor de consument bijzonder moeilijk om het bewijs te leveren van de fout van de netbeheerder, des te meer in het aansluitingsreglement storingen zoals minionderbrekingen en spanningendips als onvermijdelijk worden beschouwd. De verplichte wederkerigheid van de bedongen schadevergoeding vereist daarenboven dat het reglement van aansluiting ten voordele

(2342) A. DELEU, “La responsabilité du fait des produit défectueux”, in *Manuel de la vente* (Mechelen Kluwer 2010), (282) 309 nr. 691.

(2343) Antwerpen (5de k.) 19 april 2012, *MER* 2014, 132, noot T. SCHOORS en L. RASKING = *JBMP* 2012, 265, noot M. DE MAN. Zie tevens: Voorz. Kh. Hasselt 25 oktober 2010, *NJW* 2011, 146, noot R. STEENNOT; Gent 20 december 2010, *JBMP* 2010, 182.

van een consument voorziet in nalatigheidsinteressen indien de producent/netbeheerder zijn verbintenis niet tijdig nakomt(2344).

Eveneens kan de invoerder van het kraanwerk zich ten opzichte van de bena-deelden (die zich beroepen op de WAP) niet beroepen op een beding in een overeenkomst tussen de invoerder en de NV Schrauwen (verkoper van het kraanwerk) waarbij de aansprakelijkheid ten aanzien van derden voor de door de NV Schrauwen gevoerde activiteiten wordt uitgesloten. Aan deze vaststelling wordt geen afbreuk gedaan door het gegeven dat exonerationbedingen tussen de overige schakels in de distributie- en productieketen wel mogelijk zijn(2345).

508. UITSLUITING MOGELIJK WANNEER SCHADE OOK WORDT VEROORZAAKT DOOR SCHULD VAN SLACHTOFFER – De aansprakelijkheid van de producent kan uitgesloten of beperkt worden wanneer de schade wordt veroorzaakt zowel door een gebrek in het product als door schuld van slachtoffer of van een persoon voor wie het slachtoffer verantwoordelijk is (art. 10 §2 WAP).

In de reeds geciteerde zaak (zie randnr. 503) waarin een kind gekwetst geraakte aan zijn hand door een radiator van een wagen voerde Renault aan dat de moeder van het kind een fout had begaan op het moment van het ongeval door op het moment van het ongeval niet het vereiste toezicht over haar driejarig kind te hebben uitgeoefend wanneer zij haar kind onbewaakt in de nabijheid van een voertuig met draaiende motor zou hebben achtergelaten. Tevens wordt aan de moeder verweten dat zij de airco heeft aangezet wanneer de wagen nog stilstond waar volgens Renault de gebruiksvorschriften er nadrukkelijk op wijzen dat de airco slechts al rijdende aangezet mag worden. Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde evenwel terecht dat het kind niet verantwoordelijk is voor zijn ouders en dat aan hem persoonlijk geen fouten worden toegeschreven(2346).

D. TERMIJNEN (ART. 12 WAP)

§ 1. TIENJARIGE WAARBORGTERMIJN IS EEN VERVALTERMIJN

509. WAARBORGTERMIJN: TIENJARIGE TERMIJN – Het recht van het slachtoffer om van de producent schadevergoeding te bekomen uit hoofde van de WAP vervalt na een termijn van tien jaar te rekenen vanaf de dag waarop deze het product in het verkeer heeft gebracht, tenzij het slachtoffer gedurende die periode op grond van deze wet een gerechtelijke procedure heeft ingesteld (art. 12 §1 WAP).

(2344) Rb. Hasselt (KG) 25 oktober 2010, *NJW* 2011, 146, noot R. STEENNOT

(2345) Antwerpen 6 april 2011, *NJW* 2011, (657) 659, noot R. STEENNOT.

(2346) Antwerpen 28 oktober 2009, *TBBR* 2011, (381) 384.

510. VERTREKPUNT – Vertrekpunt van de vervaltermijn is “*het in verkeer brengen van het product*”. Hierbij moet rekening gehouden worden met het feit dat eenzelfde product meermaals in verkeer kan worden gebracht en dat de datum van inkeerstelling altijd moet worden gerelateerd aan de persoon die in rechte wordt aangesproken (bv. producent eindproduct of producent onderdeel)(2347). Het Hof van Justitie van de EU heeft naar aanleiding van een prejudiciële vraag over een vaccin verdeeld door een 100% UK-dochter van een Frans farmaceutisch moederbedrijf gesteld dat dit begrip waar het in artikel 11 Richtlijn Productaansprakelijkheid gebruikt wordt om de aan de gelaedeerde verleende rechten in de tijd te beperken, een neutraal karakter heeft (in tegenstelling tot het gebruik van dezelfde notie in artikel 7 Richtlijn Productaansprakelijkheid dat de exoneratiegronden voor aansprakelijkheid bepaalt). Een product wordt geacht in verkeer te zijn gebracht, wanneer dat het productieproces van de producent heeft verlaten en is opgenomen in een verkoopproces in een vorm waarin het aan het publiek wordt aangeboden voor gebruik of consumptie. In beginsel is het in dit verband niet relevant dat het product rechtstreeks door de producent wordt verkocht aan de gebruiker of aan de consument, of dat de verkoop plaatsvindt in het kader van een distributieproces, waarbij een of meer tussenpersonen betrokken zijn, zoals bedoeld in artikel 3, lid 3 van de Richtlijn. Wanneer een van de schakels van de distributieketen nauw met de producent verbonden is, bijvoorbeeld in het geval van een 100% dochter van de producent, moet worden nagegaan of dit verband tot gevolg heeft dat deze eenheid in werkelijkheid deel uitmaakt van het productieproces van het betrokken product. De beoordeling van een dergelijke nauwe relatie moet plaatsvinden, los van de vraag of het al dan niet om onderscheiden rechtspersonen gaat. Wel relevant is de vraag of het gaat om ondernemingen die onderscheiden productieactiviteiten verrichten, dan wel om ondernemingen, waarvan er een, de dochter, slechts optreedt als distributeur of depothouder van het door de moederonderneming geproduceerde product(2348).

511. VERVANGING VAN VERWEERDER – Artikel 11 Richtlijn Productaansprakelijkheid luidt: “*De lidstaten bepalen in hun wetgeving dat de rechten die de gelaedeerde aan de richtlijn ontleent, komen te vervallen na een termijn van tien jaar; te rekenen vanaf de dag waarop de producent het product dat de schade heeft veroorzaakt in het verkeer heeft gebracht, tenzij de gelaedeerde gedurende die periode een gerechtelijke procedure tegen hem heeft ingesteld*”. Artikel 12 §1 WAP zet die bepaling om, weliswaar zonder uitdrukkelijk te preciseren dat de gerechtelijke procedure *tegen de producent*

(2347) A. DELEU, “La responsabilité du fait des produit défectueux”, in *Manuel de la vente* (Mechelen: Kluwer 2010), (282) 310 nr. 692.

(2348) HvJ (1ste k.) 9 februari 2006, C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93, *Declan O’Byrne t. Sanofi Pasteur MSD Ltd (voorheen Aventis Pasteur MSD Ltd) en Sanofi Pasteur SA (voorheen Aventis Pasteur SA)*; *Rec.CJCE* 2006 (2) (A), I, 1313, concl. L. GEELHOED, *TVC* (Ned.) 2006 (6), 199, noot C. VAN DOORN en S. PAPE.

moet zijn ingesteld. Deze bepaling moet nochtans in die zin richtlijnconform worden geïnterpreteerd(2349).

Deze bepaling werd nader gepreciseerd door het Hof van Justitie van de EU in *Aventis Pasteur*. Pasteur Mérieux (later APSA) produceert farmaceutische producten waaronder een *Haemophilus Influenzae* type b-vaccin. Een partij van dit vaccin werd doorgestuurd naar Mérieux UK, een volledige dochter van APSA op 18 september 1992. Dit kwam vervolgens terecht bij een ziekenhuis waar het op 3 november 1992 werd toegediend aan een patiënt waarna bij hem ernstig letsel is ontstaan. In 1994 richtte APSA een joint venture op met Merck Inc. (APMSD). Op 2 november 2000 stelde de patiënt een schadevordering in tegen APMSD. APMSD stelde dat zij enkel distributeur was en niet de fabrikant. Zij heeft later Pasteur Mérieux aangewezen als fabrikant zonder te preciseren dat het om de oude naam van APSA ging. Op 16 oktober 2002 stelde de patiënt vervolgens een schadevergoeding in tegen APSA die betoogde dat de vordering verjaard was (verjaard op 18 of 22 september 2002). Op 10 maart 2003 heeft de patiënt gevorderd APSA in de plaats te stellen van APMSD in de procedure die in november 2000 was ingesteld. Dit verzoek tot indeplaatsstelling werd ingediend na het verstrijken van de termijn van 10 jaar voor het instellen van een gerechtelijke procedure tegen de producent van het product waarvan gesteld wordt dat het gebrekkig is. APSA voerde aan dat het nationale recht voor zover deze indeplaatsstelling mogelijk is, onverenigbaar is met artikel 11 Richtlijn Productaansprakelijkheid (art. 12 WAP). Een prejudiciële vraag werd voorgelegd aan het Hof van Justitie waarbij men wenste te vernemen of er inderdaad een onverenigbaarheid bestond.

Artikel 11 Richtlijn Productaansprakelijkheid gaat uit van volledige harmonisatie op het gebied van verjaring van de rechten die het slachtoffer aan deze richtlijn ontleent. De wil van de wetgever om een aansprakelijkheidsregime zonder schuld in de tijd te beperken houdt ook het voornemen in om rekening te houden met het feit dat deze regeling voor de producent een grotere last vormt dan die volgens een traditioneel aansprakelijkheidsstelsel en wel om de technische vooruitgang niet te belemmeren en de verzekeraarbaarheid van de risico's die voortvloeien uit die bijzondere aansprakelijkheid te bewaren. De producent (in de zin van art. 3 Richtlijn Productaansprakelijkheid) is dan ook bevrijd van zijn aansprakelijkheid na het verstrijken van de termijn van tien jaar. Een nationale regeling die de vervanging van een verweerder door een andere verweerder in de loop van de gerechtelijke procedure toestaat, kan overeenkomstig de Richtlijn Productaansprakelijkheid niet zodanig toegepast worden dat een dergelijke producent na het verstrijken van de termijn kan worden vervolgd als verweerder bij een procedure die binnen deze termijn is ingeleid tegen een andere persoon. De tegengestelde oplossing zou er immers op neerkomen dat wordt erkend dat de bij artikel 11 Richtlijn

(2349). R. STEENNOT, "Hof van Justitie preciseert vervaltermijnen voor productaansprakelijkheid", *De Juristenkrant* 2010 (206), 16.

Productaansprakelijkheid vastgestelde verjaringstermijn van tien jaar voor deze producent kan worden gestuit door een andere oorzaak dan een tegen hem ingestelde gerechtelijke procedure, wat in strijd is met de beoogde wil van de gemeenschapswetgever (m.n. de volledige harmonisatie)(2350).

Het Hof stelt evenwel dat indien de nationale rechter vaststelt dat de moederonderneming die het product heeft geproduceerd tot inverteerstelling heeft besloten, artikel 11 zich er niet tegen verzet dat deze rechter van oordeel is dat in de gerechtelijk procedure die binnen de bij dit artikel vastgestelde termijn in het kader van de aansprakelijkheidsregeling van deze richtlijn tegen de dochteronderneming is ingeleid, de moederonderneming (die als producent kan beschouwd worden) in de plaats kan worden gesteld van de volledige dochteronderneming zo de rechter vaststelt dat het in feite deze producent was die tot het in het verkeer brengen van het betrokken product heeft besloten(2351). De draagwijdte van het arrest moet evenwel beperkt blijven tot de situatie waarbij er een moedervervennootschap en volledige dochtervennootschap is(2352).

§ 2. VERJARINGSTERMIJN

512. VERMOEDEN VAN GEBREK VOLSTAAT VOOR START VERJARINGSTERMIJN RECHTSVORDERING – De rechtsvordering van de benadeelde verjaart door verloop van drie jaar te rekenen van de dag waarop de benadeelde er redelijkerwijs kennis van had moeten hebben (art. 12 §2 WAP)(2353). Het vertrekpunt wordt beschouwd als een toepassing van de Amerikaanse *discovery-rule*. De benadeelde moet zo kennis hebben van de schade, van het feit dat deze te wijten is aan het gebrekkig product en van de identiteit van de producent/fabrikant/invoerder. Pas vanaf het moment dat de benadeelde kennis heeft of had moeten hebben van alle nodige gegevens om een rechtsvordering in te stellen, begint de verjaringstermijn te lopen(2354).

In een zaak voor het hof van beroep te Luik was een aerosolbus ontploft. Op de dag van de ontploffing had het slachtoffer kennis van de schade en ook van het gebrek. Het slachtoffer was een regelmatige gebruiker van dit

(2350) HvJ 2 december 2009, C-358/08, ECLI:EU:C:2009:744, *Aventis Pasteur SA t. OB*, overweging 44-45; R. STEENNOT, “Hof van Justitie preciseert vervaltermijnen voor productaansprakelijkheid”, *De Juristenkrant* 2010 (206), 16.

(2351) HvJ 2 december 2009, C-358/08, ECLI:EU:C:2009:744, *Aventis Pasteur SA t. OB*, overweging 50-53; R. STEENNOT, “Hof van Justitie preciseert vervaltermijnen voor productaansprakelijkheid”, *De Juristenkrant* 2010 (206), 16.

(2352) R. STEENNOT, “Hof van Justitie preciseert vervaltermijnen voor productaansprakelijkheid”, *De Juristenkrant* 2010 (206), 16.

(2353) R. BROEKMANS, “noot onder Rb. Tongeren 8 april 2011”, *Limb.Rechtsl.* 2013, (171) 172-174. De verjaringsproblematiek was evenwel niet aan de orde in het vonnis.

(2354) Rb. Tongeren 8 april 2011, *Limb.Rechtsl.* 2013, (169) 174; Luik 26 juni 2014, *JLMB* 2015, 603.

product en wist dus dat de bus was ontploft terwijl hij er een gewoon gebruik van maakte. Zes dagen na het ongeval blijkt uit een proces-verbaal van een verklaring van de politie dat hij de identiteit van de fabrikant kende, aangezien hij zijn contactgegevens doorgaf aan de politie. De eiser (de verzekeraar van de benadeelde) stelde dat de verjaringstermijn pas aanvang kan nemen nadat de resultaten waren ontvangen van het onderzoek van het ministerie voor Economische Zaken en het Arbeidsauditoriaat omtrent de gebrekkige aard van het product. Het hof was hier evenwel niet mee akkoord en oordeelde dat de daadwerkelijke vaststelling van gebrekkigheid niet nodig was. Een louter vermoeden van gebrekkigheid volstaat. De verzekeraar kende daarnaast slechts de identiteit van één van de drie producenten en ging pas drie jaar na het ongeval op zoek naar de identiteit van de twee andere producenten. Dit is te laat. Een redelijk voorzichtig persoon had de zoektocht naar de identiteit van de producenten reeds binnen de drie maanden na het ongeval gestart(2355).

Bij een onderzoek van een hartimplantaat SSO wordt vastgesteld: “Mogelijk gaat het om een kleine perforatie van het anterior nitraatklepblad (door ASD occluder?). Gezien asymptomatisch, geen weerslag op linkerventrikeldiameter, functie en geen tekenen van pulmonaire hypertensie, wordt een conservatief beleid aangehouden”. Dat volstaat niet om te kunnen besluiten dat de patiënt of het ziekenhuis op dat ogenblik reeds kennis hadden van het feit dat er een gebrek was aan de SSO. De vraag wordt enkel gesteld of er eventueel sprake zou kunnen zijn van een klein perforatie door de SSO(2356).

E. RECHTEN UIT ANDERE (BUITEN)CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEIDSREGIMES (ART. 13 WAP)

513. SPECIALE NATIONALE AANSPRAKELIJKHEIDSREGELINGEN MOGELIJK – De Richtlijn (en dus ook de Wet) Productaansprakelijkheid is een voorbeeld van maximumharmonisatie. Hierbij vermeldt ze evenwel dat de rechten die de gelaedeerde ontleent aan het recht inzake contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid of aan een op het ogenblik van de kennisgeving van deze richtlijn bestaande speciale aansprakelijkheidsregeling onverlet laat (art. 13).

514. VERENIGBAARHEID INFORMATIERECHT MET RICHTLIJN PRODUCTAANSPRAKELIJKHEID – HvJ Novo Nordisk Pharma – Als gevolg van het voorgeschreven gebruik van het door Novo Nordisk Pharma gemaakte geneesmiddel tussen 2004 en 2006 had een gebruiker lipoatrofie gekregen (een verschrompeling van het onderhuidse vetweefsel op de plekken waar de insulineprikken worden toegediend). Overeenkomstig § 84a Duitse Geneesmiddelenwet vroeg de benadeelde dat Novo Nordisk Pharma wordt veroordeeld om informatie te verstrekken over de bijwerkingen en andere effecten het gebruikte geneesmiddel. Gezien het Duitse *Bundesgerichtshof* onzeker was over de verenigbaarheid

(2355) Luik 26 juni 2014, *JLMB* 2015, 603.

(2356) Rb Leuven 4 mei 2016, nr. 14/1096/A, legalword.be.

van deze bepaling met artikel 13 Richtlijn Productaansprakelijkheid, werd een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU gericht.

Het Hof stelt eerst dat de Duitse aansprakelijkheidsregeling inzake geneesmiddelen een dergelijke speciale aansprakelijkheidsregeling in de zin van artikel 13 is aangezien zij beperkt is tot een bepaalde productiesector en bestond bij kennisgeving van deze richtlijn aan de Bondsrepubliek Duitsland. De eerste vraag is of een dergelijk informatierecht wordt beheerst door de richtlijn. Ofschoon de richtlijn volledige harmonisatie beoogt, brengt de richtlijn geen uitputtende harmonisatie van de aansprakelijkheid voor gebrekkige producten tot stand. Het recht van de consument betreffende het verkrijgen van informatie wordt zo niet geregeld door de richtlijn. De volgende vraag was of dit informatierecht afbreuk doet aan de bewijslastverdeling van artikel 4 Richtlijn Productaansprakelijkheid. Zonder meer kan dit informatierecht de benadeelde immers helpen met het leveren van de nodige bewijzen. Een dergelijke nationale regeling kan evenwel niet tot gevolg hebben dat de op de benadeelde rustende bewijslast wordt omgekeerd. Deze nationale regeling doet ook geen afbreuk aan de effectiviteit van de richtlijn evenmin aan haar doelstellingen(2357).

F. BEVOEGDE RECHTER

515. PLAATS VAN SCHADEVEROORZAKENDE GEBEURTENIS – PLAATS WAAR PRODUCT VERVAARDIGD IS – Een Oostenrijker kocht in Oostenrijk een fiets bij een klein-handelaar. Ongeveer twee jaar later kwam hij ten val in Duitsland beweerdelijk door de loskoming van de uiteinden van de vork van het wiel van de fiets. Een vordering werd ingesteld bij de (Oostenrijkse) rechter van zijn woonplaats tegen de producent. De producent betwist echter dat de Oostenrijkse gerechten internationaal bevoegd zijn. De plaats van het schadeveroorzakende gebeurtenis is in Duitsland. Het product is immers daar vervaardigd en ook daar in het verkeer gebracht. Uiteindelijk werd een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie waarbij men wenst te vernemen welke uitlegging moet gegeven worden, ingeval een producent aansprakelijk werd gesteld voor een gebrek van een door hem vervaardigd product, aan toenmalig artikel 5.3 Brussel I Verordening (intussen Brussel *Ibis*-Verordening) teneinde de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis te bepalen.

Het Hof van Justitie herinnert allereerst aan het basisprincipe dat de rechter van de woonplaats van de verweerder bevoegd is. Afwijkend hiervan is de bijzondere bevoegdheidsregel voor verbintenissen uit onrechtmatige daad waarbij de plaats van het schadebrengende feit van tel is. Het is vaste rechtspraak dat wanneer de plaats waar zich een feit heeft voorgedaan (dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad meebrengt) en de plaats waar door

(2357) HvJ 20 november 2014, C-310/13, ECLI:EU:C:2014:2385, *Novo Nordisk Pharma GmbH t. S.*, DCCr 2015 (117), 142, noot C. VERDURE.

dit feit schade is ontstaan niet samenvallen, de uitdrukking ‘plaats waar schadebrengende feit zich heeft voorgedaan’ zowel moet verstaan worden als de plaats waar de schade is ingetreden als de plaats van de gebeurtenis die deze schade heeft veroorzaakt. De eiser heeft dan de keuze tussen één van deze plaatsen.

Het Oostenrijkse Hof had evenwel enkel twijfels over de wijze waarop de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis moet vastgesteld worden. In zoverre het gaat over de aansprakelijkheid van de producent voor een gebrek-kig product is deze plaats diegene die waar zich het feit heeft voorgedaan dat het product zelf heeft beschadigd. Dit is in beginsel de plaats waar het betrokken product is vervaardigd. Dit beantwoordt volgens het Hof aan het vereiste van voorspelbaarheid van de bevoegdheidsregels aangezien zowel de verwerende producent als de benadeelde er redelijkerwijs van kunnen uitgaan dat dit gerecht het best in staat zal zijn om een geschil af te doen dat een gebrek van het betrokken product betreft. Het argument van de benadeelde dat bij de uitlegging van de bijzondere bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad niet alleen rekening moet worden gehouden met het vereiste van een goede rechtsbedeling maar ook met het belang van de benadeelde persoon om zijn vordering te kunnen instellen bij een gerecht van de lidstaat waar hij zijn woonplaats heeft, wordt niet aanvaard. Zo stelt het Hof onder meer dat deze uitlegging, volgens welke de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis de plaats is waar het betrokken product aan de eindgebruiker of aan de wederverkoper is afgegeven, evenmin waarborgt dat deze gebruiker de zaak in alle gevallen voor de gerechten van zijn woonplaats kan brengen, aangezien deze plaats zich elders en zelfs in een ander land kan bevinden(2358).

WEENS KOOPVERDRAG(2359)

516. WEENS KOOPVERDRAG – ALGEMEEN – Het Weens Koopverdrag (afgekort CISG) werd in België van kracht op 1 november 1997(2360). Vandaag telt het 94 Verdragsstaten. In hoofdzaak regelt het Weens Koopverdrag de totstandkoming van de internationale koop, de verbintenissen van de koper en verkoper, de sancties bij niet-nakoming en de overgang van risico. Andere

(2358) HvJ 16 januari 2014, C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7, *Andreas Kainz t. Pantherwerke AG. M. VERHOEVEN*, “Waar procederen over producten ‘made in Europe’?”, *De Juristenkrant* 2014 (284), 4.

(2359) Voor de niet-gepubliceerde rechtspraak, zie de databank beheerd door het Centrum voor Rechtsmethodiek (KU Leuven): <http://cisg.be/>.

(2360) Wet 4 september 1996, BS 1 juli 1997. Het Verdrag van de Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken (ondertekend in Wenen op 11 april 1980) verving de Haagse Verdragen met de Eenvormige Koopwetten (Luv- en Luf-verdragen van 1964) die reeds in november 1996 werden opgezegd (J. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE, W. LAUWERS en I. SAMOY, “Koop”, *TPR* 2002, (89) 224 nr. 166).

materies, zoals de eigendomsovergang en verjaring, zijn overgelaten aan het nationale recht of andere verdragen (bv. het Verdrag van New York van 14 juni 1974 inzake de verjaring bij internationale koop van roerende zaken, waar België bij wet van 15 juli 2008 is toegetreden⁽²³⁶¹⁾). Deze bespreking van de (voornamelijk Belgische) rechtspraak volgt in grote mate de indeling van het Weens Koopverdrag.

A. TOEPASSINGSGEBIED

§ 1. PERSONEEL TOEPASSINGSGEBIED

517. PARTIJEN GEVESTIGD IN ANDERE VERDRAGSSTAAT – Het Weens Koopverdrag is van toepassing op koopovereenkomsten tussen partijen die in verschillende Staten gevestigd zijn (art. 1.1 CISG)⁽²³⁶²⁾. Heeft een partij meerdere vestigingen, dan moet gekeken worden welke vestiging het nauwst is betrokken bij het contract en de uitvoering ervan (art. 10 CISG). Het hof van beroep te Luik verduidelijkte dat het loutere feit dat een koper verblijft in een hotel in een bepaalde Staat om het koopwaar te inspecteren, niet volstaat om van een vestiging in die Staat te spreken⁽²³⁶³⁾. Het begrip vestiging krijgt een autonome interpretatie en komt dus niet overeen met het begrip statutaire zetel dat het Belgische recht momenteel hanteert in het WVV⁽²³⁶⁴⁾. De vestiging van een vennootschap in de zin van het Weens Koopverdrag is de plaats waar de vennootschap reëel gevestigd is⁽²³⁶⁵⁾. De vestiging van contractanten in verschillende Verdragsstaten bepaalt of de koop een grensoverschrijdend karakter heeft en of het Weens Koopverdrag al dan niet van toepassing is. In een zaak voor de rechtbank van koophandel te Hasselt was er betwisting over facturen voor de levering van goederen door een Nederlandse verkoper met een vaste vestiging in België aan een Belgische koper. Gezien de facturen uitgingen van de Belgische vestiging, oordeelde de rechtbank dat de partijen

(2361) *BS* 30 oktober 2008, 57.426. Zie uitgebreid: B. TILLEMEN en G. VELGHE, “Recente ontwikkelingen in het kooprecht (2008-2011)”, *Themis* 67 – *Bijzondere overeenkomsten* (Brugge: die Keure 2011), (47) 78-91.

(2362) Kh. Hasselt (4de k.) 2 oktober 2007, *RW* 2008-09, 548; Luik 20 november 2008, *RRD* 2008, (181) 181; Luik 18 juni 2015, 2014/RG/1088, *juportal.be*; Gent (7de k.) 11 maart 2019, 2016/AR/636, niet-gepubliceerd; Gent (7de *bis* k.) 25 november 2019, 2018/AR/1945, niet-gepubliceerd, 22.

(2363) Luik 16 juni 2015, 2014/RG/1088, niet-gepubliceerd.

(2364) Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce T-4/05 15 juli 2008, CISG-online nr. 1795 (Incidentally, the arbitrator noted that although the Serbian law on the ratification of the CISG uses the term “seat” instead of “place of business”, for the purpose of the uniform interpretation of the Convention, the Serbian translation should be interpreted in accordance with the terminology used in the official languages of the Convention).

(2365) P. BRULEZ, “Art. 2 Weens Koopverdrag”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2015), 21.

zich niet in een verschillende Staat bevonden en het Weens Koopverdrag dan ook niet toepasselijk was(2366).

518. IN PRINCIPE B2B EN C2B, MAAR NIET B2C EN C2C – Voor de toepasselijkheid is het volgens het Verdrag zonder belang of de partijen kooplieden zijn en of de overeenkomst burgerrechtelijk dan wel handelsrechtelijk van aard is (art. 1.3 CISG)(2367). Het Verdrag formuleert geen personele aanknopingsfactor aan de zijde van de verkoper, maar beperkt het toepassingsgebied wel door een personele aanknopingsfactor aan de zijde van de koper: het Weens Koopverdrag is in principe niet van toepassing op de koop voor *exclusief* persoonlijk gebruik of voor gebruik in gezin of huishouding (art. 2a CISG), zodat c2c en b2c contracten in de regel buiten zijn werkingssfeer vallen(2368). Een consumentenkoop is dus uitgesloten van het toepassingsgebied. Het Weens Koopverdrag geldt in de regel ten aanzien van b2b en c2b contracten(2369).

Voor de beoordeling van het personele toepassingsgebied staat de bestemming van de zaak bij de contractsluiting centraal(2370), zelfs als de koper na de contractsluiting zijn mening herzielt en de koopwaar voor een commercieel doel aanwendt. In de praktijk hanteert de rechtspraak weerlegbare vermoedens dat het Weens Koopverdrag toepassing vindt bij de aankoop van goederen die doorgaans gebruikt worden voor commerciële doeleinden(2371). De rechtsleer en rechtspraak aanvaarden ook dat het objectieve gegeven dat goederen typisch gebruikt worden voor private doeleinden een weerlegbaar vermoeden creëert dat er sprake is van een koopcontract dat niet onderworpen is aan de regels van het Weens Koopverdrag(2372). Zonder expliciet in te gaan op de subjectieve bestemming in hoofde van de koper werd de aankoop van een caravan beschouwd als een door het Verdrag uitgesloten consumentenkoop(2373). De koop van een tractor kan anderzijds niet het

(2366) Kh. Hasselt 22 oktober 2008, *TBH* 2009, 1062-1068, noot A. VIGGRIA en D. DEFORCHE.

(2367) C. BRUNNER en B. GOTTLIEB (eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)* (Alphen aan den Rijn: Kluwer 2019), 20-21 nr.12; P. BRULEZ, “Art. 1 Weens Koopverdrag”, in *Comm. Bijz. Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2015), (I) 6.

(2368) C. BRUNNER en B. GOTTLIEB (eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)* (Alphen aan den Rijn: Kluwer 2019), 20-21 nr.12.

(2369) F. FERRARI, “Art. 1 [Anwendungsbereich]” in P. Schlechtriem, I. Schwenzer en U. Schroeter (eds.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 60.

(2370) De vraag wie de bewijslast draagt betreffende het bestaan van de kennis van de bestemming wordt geregeld door de *lex contractus* (Brussel (18de k.) 6 maart 2012, *RW* 2013-14, (546) 548).

(2371) In die zin: C. BRUNNER en B. GOTTLIEB (eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)* (Alphen aan den Rijn: Kluwer 2019), 33 voetnoot 82; F. FERRARI, “Art. 2 [Anwendungsausschlüsse]” in P. Schlechtriem, I. Schwenzer en U. Schroeter (eds.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 18.

(2372) C. BRUNNER en B. GOTTLIEB (eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)* (Alphen aan den Rijn: Kluwer 2019); 33.

(2373) Rb. ‘s-Hertogenbosch 28 september 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY4268, CISG-online 4914, nr. 5.1; Rb. Arnhem 27 mei 1993, *NIPR* 1994, nr. 261.

vermoeden doen rijzen dat dit voertuig bestemd is voor persoonlijk gebruik of voor gebruik in gezin of huishouding(2374). De gewoonlijke kwalificatie als een consumptiegoed wordt minstens steeds samen met de hoeveelheid en de waarde van het gekochte beoordeeld. Zo wordt de aankoop van kleding, sport- of hobbyartikelen enkel als een uitgesloten consumentenkoop gekwalificeerd indien de koper ook een beperkte hoeveelheid of voor een beperkte waarde heeft besteld.

In een andere zaak bestond op het ogenblik van de contractsluiting geen precies beeld van de rechtsvorm van de koper. Uit het feit dat de winterbanden niet inbegrepen waren, terwijl die volgens de internetadvertentie bij de aankoopprijs zouden zijn inbegrepen als een particulier ze kocht, werd afgeleid dat er geen sprake was van een uitgesloten consumentenkoop(2375).

Bij de beoordeling of de aankoop van twee luxe polshorloges voor de totale prijs van 69.800 EUR als uitgesloten consumentenkoop kon worden beschouwd, werd overwogen dat de hoedanigheid van handelaar van de koper op zich niet pertinent is, maar dat moet worden aangetoond dat de koper bij het sluiten van de overeenkomst wist dat de horloges niet voor de koper als eindgebruiker, maar voor voortverkoop waren bestemd. De aanwending van een bedrijfsbetaalkaart, noch de vermelding “corporate” op die kaart, levert op zich een aanwijzing op voor de bestemming van de betaalde waar. De vermelding van het woord “company” op het betalingsbewijs is eenvoudig het laatste woord van de bedrijfsbenaming “Bank Card Company” en is evenmin relevant in de beoordeling van de toepasselijkheid van het verdrag. *In casu* vermeldde de bestelbon een totaalprijs inclusief btw. Bij de identificatiegegevens van de koper werd geen btw-nummer vermeld. Ook de handelsbenaming en de vennootschap van de koper komt niet op de bestelbonnen voor. Tegen het argument dat het onwaarschijnlijk zou zijn dat een persoon voor eigen gebruik twee dure horloges zou aankopen, werd ingebracht dat volgens een verklaring van een vroegere werkneemster van de verkoper de koper bij de aankoop vergezeld was door zijn echtgenote en dat zij aangaf dat hij moest kiezen tussen twee horloges of een horloge en een nieuwe wagen. Bovendien zijn de betrokken horloges blijkbaar een bijzonder lucratieve belegging aangezien ze binnen twee jaar na aankoop op websites te koop worden aangeboden tegen een prijs die 70% hoger ligt dan de door de koper betaalde prijs. Een speculatief inzicht belet een aankoop als eindgebruiker niet. Een laatste argument was gelegen in de stelling van de verkoper dat hij de koper de horloges niet zou hebben verkocht indien hij had geweten dat de koper voor beroepsdoeleinden kocht. De distributieovereenkomst van de verkoper bepaalde immers uitdrukkelijk dat enkel aan eindgebruikers mag worden verkocht. Uit al deze elementen werd afgeleid dat bewezen is dat de

(2374) Antwerpen 9 januari 2012, *RW* 2014-15, 584.

(2375) OLG Stuttgart 31 maart 2008, 6 U 220/07, CISG-online nr. 1658, nr. 31.

uitsluiting van consumentenkoopovereenkomsten voorhanden is, zodat het verdrag *in casu* niet kan worden toegepast(2376).

De aankoop van een paard voor de echtgenote van de koper werd als consumentenkoop aangemerkt. *In casu* werd geen factuur gevraagd of gekregen. De omstandigheid dat zowel de koper als zijn echtgenote beroepsmatig actief zijn in de handel in paarden sluit de kwalificatie als consumentenkoop niet uit als niet aannemelijk wordt gemaakt dat het paard is aangeschaft ten behoeve van de bedrijfsuitoefening van de koper(2377). De aankoop van een racepaard om deel te nemen aan de Olympische Spelen door een koper die zijn volledige inkomen uit sportwedstrijden haalt, werd als een beroepsmatige koop aangemerkt(2378). Analooq werd niet als consumentenkoop aangemerkt: de aankoop van een paard met een koopsom van 650.000 EUR waarbij een factuur werd opgesteld op naam van “Silver Star Farms”. Die laatste legt zich toe op het fokken, trainen en verkopen van spring- en dressuurpaarden voor de mondiale topsport. Zelfs indien niet Silver Star Farms maar haar voorzitter als koper was opgetreden, kon er geen sprake zijn van een consumentenkoop. De voorzitter was immers zelf een topsportruiter die deelneemt aan internationale springconcoursen(2379).

Het Weens Koopverdrag formuleert ook een uitzondering op de uitzondering: het Verdrag geldt wél voor overeenkomsten voor privédoeleinden indien de verkoper voor of bij het sluiten van de overeenkomst niet wist of behoorde te weten dat de zaken voor persoonlijk gebruik of voor gebruik in gezin of huishouding werden gekocht (art. 2a, tweede zinsnede CISG). Dit beschermt de verkoper die uitgaat van de toepassing van het Verdrag(2380). Deze vereiste van identificatie of identificeerbaarheid in hoofde van de verkoper is vreemd aan het EU consumentenkooprecht: er kan sprake zijn van een consumentenkoop, zelfs wanneer de verkoper niet wist of niet behoorde te weten dat de koper voor persoonlijk gebruik kocht(2381). Een illustratie van deze identifi-

(2376) Brussel 6 maart 2012, *RW* 2013-14, (546) 548-549 nrs. 15-24.

(2377) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3260, CISG-online nr. 5037, nr. 2.16.

(2378) District Court Horsens 7 december 2012, BS 150-1320/2010, CISG-online nr. 2555.

(2379) Rechtbank Oost-Brabant 28 november 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:5905, *NTHR* 2019, 29, nr. 5.2.

(2380) F. FERRARI, “Art. 2 [Anwendungsausschlüsse]” in P. Schlechtriem, I. Schwenzer en U. Schroeter (eds.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 15; P. BRULEZ, “Art. 2 Weens Koopverdrag”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2015), 7; I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (Oxford: Oxford University Press 2016), 50 nr. 8; F. FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 2005, 103; H. VAN HOUTTE, J. ERAUW en P. WAUTELET (eds.), *Het Weens Koopverdrag* (Antwerpen: Intersentia 1997), 40 nr. 1.42.

(2381) I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (Oxford: Oxford University Press 2016), 49 nr. 5; P. BRULEZ, “Art. 1 Weens Koopverdrag”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2015), 17-18.

catieplicht onder het Weens Koopverdrag is te vinden in volgende zaak. Een Duitse verkoper bood via internet een tweedehandswagen te koop aan, die via een Finse tussenpersoon door een Finse koper werd aangekocht met uitsluiting van garantie. De koper wilde het voertuig voor persoonlijk gebruik aanwenden. Nadat er een gebrek werd vastgesteld beriep hij zich op de ongeldigheid van de uitsluiting van de garantie conform het Duitse consumentenrecht. Het beroep van de koper op het nationale consumentenrecht werd evenwel niet aanvaard omdat de bestemming voor persoonlijk gebruik niet identificeerbaar was voor de verkoper waardoor het Weens Koopverdrag toepasselijk was. Een auto kan bedoeld zijn voor zowel privé als zakelijk gebruik, inclusief het doorverkoopen met het oog op het maken van winst. Dat alleen voor- en achternaam genoemd worden, zonder firmanaam, betekende niet per se dat de auto bedoeld was voor de doeleinden van een particulier. De verkoper is niet verplicht te informeren naar het beoogde gebruik(2382).

Door het verschillende toepassingsgebied van het Weens Koopverdrag (niet voor exclusief privaat gebruik) en de Richtlijn consumentenkoop (hoofdzakelijk privaat gebruik) kan onder omstandigheden zowel het Weens Koopverdrag als de Richtlijn Consumentenkoop van toepassing zijn. De tekst biedt geen eenduidig antwoord op deze vraag. In de doctrine worden twee opvattingen verdedigd. De meerderheidsstrekking stelt dat het Weens Koopverdrag voorrang krijgt(2383). Een minderheid verdedigt daarentegen dat het recht van de EU primeert op het verdrag(2384).

§ 2. KOOPOVEREENKOMST

519. AUTONOME INVULLING – MET KOOP GELIJKGESTELDE OVEREENKOMSTEN – Het Weens Koopverdrag is van toepassing op koopovereenkomsten. Het begrip ‘koop’ wordt evenwel niet gedefinieerd en krijgt een autonome interpretatie.

(2382) OLG Hamm 2 april 2009, 28 U 107/08, *IHR* 2010, 59 en CISG-online 1978, nrs. 44-54. Zie hierover ook: P. SCHLECHTRIEM en U. SCRHOETER, *Internationales UN-Kaufrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck 2016), 44 nr. 82.

(2383) Zie o.m.: F. FERRARI, “Art. 2 [Anwendungsausschlüsse]” in SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER en U. SCHROETER (eds.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 26; U. MAGNUS, “CISG Art. 2” in U. MAGNUS en D. KAISER, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* in *Staudinger BGB* (Berlijn: Otto Schmidt - De Gruyter 2018), nr. 30; P. BRULEZ, “Art. 1 Weens Koopverdrag”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2015), 18; P. BRULEZ, “Art. 2 Weens Koopverdrag”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2015), 7; I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (Oxford: Oxford University Press 2016), 1246-1247 nrs. 4 en 5; I. SCHWENZER, P. HACHEM en C. KEE, *Global Sales and Contract Law* (Oxford: Oxford University Press 2012), 94-95; I. SCHWENZER, C. FOUNTOLAKIS en M. DIMSEY, *International Sales Law: a Guide to the CISG* (Oxford: Hart Publishing 2012), 19; U. SCRHOETER, “Global Uniform Sales Law – With a European Twist? CISG Interaction with EU Law”, *Vindobona Journal of international Commercial Law & Arbitration* 2009, 184-185.

(2384) BGH 31 oktober 2001, VIII ZR 60/01, CISG-online nr. 617, 11, nr. 4. Zie ook: F. SPOHNHEIMER, “CISG Article 2” in S. Kröll, L. Mistelis en P. P. Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (München: Beck 2018), nr. 26.

Zo zijn aan koopovereenkomsten gelijk de overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken, tenzij de besteller een wezenlijk deel van de voor de vervaardiging of voortbrenging benodigde grondstoffen moet verschaffen (art. 3.1 CISG). Het maatwerk-kwalificatiecriterium in het Belgisch recht is dan ook niet relevant onder het Weens Koopverdrag(2385).

Zo oordeelde het hof van beroep te Gent dat een overeenkomst tot vervaardiging van machines waarbij de grondstoffen verschaft waren door de verkoper en de manuren nodig voor de installatie accessoir waren (ong. 4% van de contractwaarde) onder toepassing van het Weens Koopverdrag valt(2386). De rechtbank van koophandel te Kortrijk oordeelde in een ander geschil dat wanneer een koper blokkeerblokjes voor hendels van een vrachtwagentrailer bij de verkoper bestelt en de koper geen inbreng heeft in de zin van artikel 3.1, tweede zinssnede CISG, het gaat om afgewerkte onderdelen en het Weens Koopverdrag van toepassing is(2387). Eveneens was het Weens Koopverdrag van toepassing op een overeenkomst tot levering en plaatsing van een afzuigings- en inblaasinstallatie in een restaurant. Niettegenstaande het feit dat de installatie specifiek vervaardigd werd voor de koper en aangepast werd aan haar behoeften, moest de overeenkomst gekwalificeerd worden als een koopovereenkomst in de zin van het Weens Koopverdrag nu de besteller ook geen grondstoffen had verschaft. De koper toonde bovendien niet aan dat de waarde van de diensten de waarde van de geleverde goederen zou overstijgen(2388).

Deze Belgische rechtspraak staat niet geïsoleerd. Ook het Duitse *Bundesgerichtshof* oordeelde dat de productie conform de aanwijzingen van de opdrachtgever een kwalificatie als koop in de zin van het Weens Koopverdrag niet belet(2389).

520. NIET TOEPASSELIJK INDIEN HOOFDVERPLICHTING GELEGEN IS IN VERSTREK-
KING VAN DIENSTEN – Een overeenkomst waarbij de hoofdverplichting van de leverende partij bestaat in verlening van diensten (bijv. arbeidskracht), is uitgesloten van het toepassingsgebied van het Weens Koopverdrag (art. 3.2 CISG). Om te bepalen welk deel van de verbintenissen het “belangrijkste” in de zin van artikel 3.1 CISG uitmaakt, wordt een kwantitatief economisch

(2385) W. GOOSSENS, “Favor Empti – Aanneming versus koop in het Weens Koopverdrag en het Verdrag van New York van 1974”, in S. De Rey, T. Gladinez en N. Van Damme (eds.), *Liber discipulorum Bernard Tilleman* (Antwerpen: Intersentia 2020), 166-167 (met ook verwijzing naar buitenlandse rechtspraak waar men via levering van wezenlijke arbeidsprestaties het specificiteitscriterium via een omweg soms toepast).

(2386) Gent 29 november 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2018, 77.

(2387) Kh. Gent (afd. Kortrijk) (6de k.) 14 oktober 2014, *TGR-TWR* 2015, 282.

(2388) Antwerpen (4de k.) 28 juni 2010, *Limb.Rechtsl.* 2011, (229) 233, noot P. VANHELMONT.

(2389) BGH 24 september 2014, CISG-online nr. 2545, *NJW* 2015, 867 (“*Demgemäß sind Zulieferverträge auch dann Kaufverträgen gleichzustellen, wenn der Zulieferer die zu liefernden Waren nach Vorgaben und Anweisungen des Auftraggebers herstellt*”)

criterium gehanteerd(2390). Hierbij moet rekening gehouden worden met de volledige context (bijv. de inhoud van de overeenkomst, de voorafgaande besprekingen, de prijsstructuur, belang dat partijen aan de onderscheiden verplichtingen gaven, etc.)(2391). De levering en diensten kunnen in bepaalde omstandigheden eveneens twee afzonderlijke overeenkomsten uitmaken (*dépeçage*).

Zo verklaarde het hof van beroep te Gent het Weens Koopverdrag toepas-
selijk op een overeenkomst tussen een Belgische en Turkse onderneming
over bestelling van vier opslagtanks voor vloeibare paraffineolie die moesten
beantwoorden aan gedetailleerde technische specificaties van de besteller.
De besteller had niet de grondstoffen geleverd noch was de verstrekking van
arbeidskrachten het belangrijkste onderdeel van de verplichtingen van de
leverancier(2392). Het Weens Koopverdrag was ook van toepassing op een
overeenkomst tot levering van een (zware) boormachine met plannen voor
een betonnen sokkel (die door een andere partij zou worden geplaatst)(2393).

Om te bepalen of een overeenkomst onder het toepassingsgebied valt, moet
dus eerst bekeken worden wat de hoofdverbintenis is van de leverende partij.
Zo viel een overeenkomst over een kennisoverdracht met betrekking tot
zipscreens, een betaling van een bedrag per geproduceerde eenheid en een
verbintenis tot aankoop van halffabricaten met verplichting tot een minimum-
afname onder het toepassingsgebied van het Weens Koopverdrag. De aankoop
maakte immers de belangrijkste verbintenis uit van de overeenkomst(2394).

De hoofdverbintenis van de leverende partij is te beoordelen op moment van
de sluiting van de overeenkomst. Zo hadden partijen een overeenkomst geslo-
ten voor de levering van te vervaardigen tankstructuren, die moeten passen
in specifieke ruimten van een schip, volgens scheepstekeningen aan te leve-
ren door de klant. Na de contractsluiting werd de leveringsplaats gewijzigd
en werd de leverancier verzocht om de tankstructuren niet alleen te leveren
maar ook om de tanks te installeren (in tegenstelling tot wat oorspronke-
lijk contractueel was overeengekomen). De kosten liepen daarvan op tot het
drievoud van de waarde van de vervaardigde zaak. Het hof van beroep te
Antwerpen oordeelde dat deze installatie een afzonderlijke aannemingsover-
eenkomst was (niet onderworpen aan het Weens Koopverdrag) en de initiële

(2390) W. GOOSSENS, “Favor Empti – Aanneming versus koop in het Weens Koopverdrag en het Verdrag van New York van 1974”, in S. De Rey, T. Gladinez en N. Van Damme (eds.), *Liber discipulorum Bernard Tilleman* (Antwerpen: Intersentia 2020), 168.

(2391) P. VANHELMONT, “Favor empti” (noot onder Antwerpen 28 juni 2010), *Limb.Rechtsl.* 2011, (235) 236.

(2392) Gent (7de k.) 23 januari 2017, *DAOR* 2017 (122), 103.

(2393) CA Colmar 18 februari 2015, CISG-online nr. 2709.

(2394) Gent 25 januari 2017, *DAOR* 2017 (122), 104.

overeenkomst een koop betrof die wel onder het toepassingsgebied van artikel 3.1 CISG valt(2395).

521. LICENTIEOVEREENKOMST KAN OOK KOOPOVEREENKOMST ZIJN IN ZIN VAN WEENS KOOPVERDRAG – De rechtbank van Midden-Nederland oordeelde dat een internationale licentieovereenkomst tussen een Canadese software-leverancier en een Nederlandse afnemer kan aangemerkt worden als een koopovereenkomst bedoeld in het Weens Koopverdrag. De overeenkomst kende immers een gebruiksrecht voor onbepaalde tijd toe (wat eerder duidt op een koop) en de prijs moest in één keer betaald worden. In zoverre wijkt de licentieovereenkomst dan ook niet af van een koopovereenkomst. De software is eveneens geleverd (overdracht van eigendom van de software)(2396).

§ 3. ROERENDE GOEDEREN

522. UITSLUITING VAN GOEDEREN ONROEREND DOOR INCORPORATIE NA INSTALLATIE DOOR VERKOPER – Het Weens Koopverdrag is van toepassing op de koop van roerende goederen. Net zoals koop wordt het begrip ‘roerende zaak’ niet gedefinieerd. Noch wordt ingegaan op het onderscheid roerend-onroerend. Wanneer het gaat om roerende goederen die na levering door de koper worden geïncorporeerd in een onroerend goed, is het Verdrag onverkort van toepassing(2397). Anders is het wanneer de verkoper zaken incorporeert in een onroerend goed van de koper. De overeenkomst valt in dat geval buiten het toepassingsgebied(2398). Zo oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat een overeenkomst voor goederen bestemd om als accessorium aan een onroerend goed verbonden te worden niet onder het Weens Koopverdrag valt. Het betrof de levering van materialen en technische ondersteuning bij de realisatie van een project (met inbegrip van installatie, indienststelling en testen en opstellen van uitvoeringsplannen)(2399).

§ 4. DOOR WEENS KOOPVERDRAG NIET-GEREGLDE ASPECTEN

523. NIET VRAAG OF TUSSENPERSOON PARTIJ VERBINDT – Het Weens Koopverdrag regelt uitsluitend de totstandkoming van de overeenkomst en de rechten en plichten van partijen (art. 4 CISG). Zo bevat het geen regels over de

(2395) Antwerpen 4 mei 2015, *NJW* 2016, 389-394, noot P. BRULEZ.

(2396) Rb. Midden-Nederland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1096, *Computerrecht* 2015 (4), (215) nrs. 4.13-4.19, noot H. STRUIK.

(2397) P. BRULEZ, “Art. 1 Weens Koopverdrag”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2015), (1) 22.

(2398) Sommige auteurs suggereren evenwel dat naar analogie met art. 3 (2) CIGS de overeenkomst wel van toepassing zou zijn indien het belangrijkste deel van de verbintenissen bestaat in het aanleveren van bouwmaterialen (zie voor de verwijzingen: P. BRULEZ, “Art. 1 Weens Koopverdrag”, in *Comm.Bijz.Ovk.* (Mechelen: Kluwer 2015), (1) 22).

(2399) Antwerpen (k. B7) 6 november 2017, *TBO* 2018, 314-319.

buitencontractuele of precontractuele aansprakelijkheid(2400). De vraag of een tussenpersoon iemand voor wiens rekening hij beweert te handelen deze persoon kan verbinden, wordt dan ook niet beheerst door het Verdrag(2401). Hiervoor geldt het nationale recht.

524. GEEN BETREKKING OP GELDIGHEID – EXONERATIE MOGELIJK DOCH GELDIGHEID BEPAALD DOOR NATIONAAL RECHT – Het Verdrag heeft onder meer geen betrekking op de geldigheid van de overeenkomst of van de daarin vervatte bedingen (art. 4a CISG). Het staat partijen dan ook vrij om in een overeenkomst een aansprakelijkheidsbeperking op te nemen.

Het is betwist of een dergelijke exonерatie voor (gespecialiseerde) verkopers mogelijk is voor contracten die onder het Weens Koopverdrag vallen. Alleszins is het Verdrag niet toepasselijk op de aansprakelijkheid van de verkoper voor dood of letsel veroorzaakt door zaken (art. 5 CISG). Sommige rechtspraak en rechtsleer beschouwen de afwezigheid van een verbod op aansprakelijkheidsbeperkingen als een leemte die volgens artikel 7.2 CISG moet worden opgelost. Hierbij wordt de geldigheid van het exonерatiebeding soms als een probleem van geldigheid gekwalificeerd; wat uitdrukkelijk buiten het toepassingsgebied van het Weens Koopverdrag valt(2402). Die rechtspraak stelt dat voor deze aangelegenheid geen algemene beginselen uit het Weens Koopverdrag kunnen worden toegepast, zodat nationaal – *in casu* meestal eigen – recht moet worden toegepast, waardoor het verbod op exonерatiebedingen toch zou gelden voor koopovereenkomsten vallend onder het Weens Koopverdrag en onder het Belgisch recht(2403).

De factuur tussen een Nederlandse verkoper en Belgische koper voor de verkoop van een tweedehands voertuig bepaalde dat er ‘geen garantie’ was. Het Weens Koopverdrag was van toepassing met het Belgisch recht als aanvullend recht. De verkoper was van mening dat zij gerechtigd was het exonерatiebeding op te nemen. Dit is perfect mogelijk onder het Weens Koopverdrag, maar de geldigheid moet beoordeeld worden naar Belgisch recht (*lex contractus*). Gezien het gaat om een gespecialiseerde verkoper van

(2400) Kh. Dendermonde (2de k.) 29 december 2011, *RW* 2013-14, (184) 186, noot B. PONET.

(2401) Kh. Gent (afd. Kortrijk) 3 oktober 2017, *DAOR* 2018, (90) 93.

(2402) Dit is niet onbetwist: zie hierover: L.E. LONGOBARDI, “Disclaimers of Implied Warranties: the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Fordham Law Review* 1987 (3), 863-887, ook beschikbaar op <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/longobardi.html>.

(2403) Antwerpen 12 januari 2018, *RW* 2019-2020, (1109) 1109-1111; J.H. HERBOTS, “Verplichtingen van de verkoper”, in H. Van Houtte, J. Erauw en P. Wautelet (eds.), *Het Weens Koopverdrag* (Antwerpen: Intersentia 1997), (99) 128 nr. 4.44; vgl.: C. WITZ, “L’adaptation du droit français interne aux règles de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises” in *Mélanges Mouly*, II, 205, 218 (volgens WITZ moet men het gemeen Frans verbintenissenrecht toepassen en niet het Franse kooprecht (dat exonерatiebedingen door professionele verkopers ongeldig verklaart). Dit impliceert dat een exonерatiebeding enkel ongeldig zou zijn bij opzet van de verkoper).

tweedehandswagens is het niet mogelijk voor de verkoper om zich te exonereren voor verborgen gebreken behalve als het tegenbewijs door de verkoper wordt geleverd. De verkoper bewijst niet dat er sprake is van onoverwinnelijke onwetendheid of een onnaspeurbare aard van het gebrek. Dit heeft tot gevolg dat de vermelding van ‘geen garantie’ niet geldig is zodat de verkoper zich er niet op kan beroepen(2404).

Volgens een andere strekking zijn exonerationbedingen onder het Weens Koopverdrag wel geldig gelet op het aanvullend karakter van het Verdrag (art. 6 CISG)(2405) en doet een dergelijke cumulatieve toepassing van een (afwijkende) nationale regeling afbreuk aan de uniformiteit, die door het Verdrag wordt beoogd(2406).

525. RECHT VAN VERDEDIGING NIET MISKEND DOOR AMBTSHALVE TOEPASSING WEENS KOOPVERDRAG ALS AANVULLEND RECHT – Artikel 6 CISG bepaalt dat partijen de toepassing van het Verdrag kunnen uitsluiten of kunnen afwijken van alle bepalingen of de gevolgen ervan wijzigen (*opt-out* systeem). Het kent geen dwingende bepalingen(2407). Een verwijzing in de algemene voorwaarden naar het Belgisch nationaal recht impliceert dat ook het hierin opgenomen Weens Koopverdrag toepasselijk is. De keuze voor het nationale recht van een lidstaat creëert een vermoeden dat partijen aanvullend het Weens Koopverdrag willen toepassen in zoverre het niet afwijkt van wat partijen in hun overeenkomst bepalen(2408). Wanneer partijen in hun conclusie verwijzen zowel naar het nationaal recht als naar het Weens Koopverdrag, kan daaruit niet afgeleid worden dat zij het Weens Koopverdrag wensten uit te sluiten(2409).

Maakt de rechter toepassing van het Weens Koopverdrag dan moet hij slechts onderzoeken of partijen niet contractueel van de bepalingen zijn afgeweken en moet hij de partijen daarover bevragen indien de regelmatig aan zijn beoordeling voorgelegde gegevens enige aanwijzing in die zin bevatten. Het Hof van Cassatie oordeelde dan ook dat de rechter het recht van verdediging niet miskent door ambtshalve toepassing te maken van het Weens Koopverdrag zonder de partijen uit te nodigen stelling te nemen over de vraag of zij al dan

(2404) Antwerpen 12 januari 2018, *RW* 2019-20, (1109) 1110-1111.

(2405) P.A. FORIERS, “Conformité et garantie dans la vente” in B. Tilleman en P.A. Foriers (eds.), *De koop/La vente* (Brugge: die Keure, 2002), 51-58 nrs. 53-60.

(2406) P.A. FORIERS, *Contrat d'entreprise et droit de la construction* (Luik: CUP 2003), 53-54.

(2407) Orb. Gent (afd. Gent) 16 mei 2019, *DAOR* 2020, (65) 67.

(2408) Kh. Dendermonde (2de k.) 29 december 2011, *RW* 2013-14, (184) 185, noot B. PONET; Antwerpen 19 november 2012, *RABG* 2015, (1250) 1257, noot C. CLIJMANS; Kh. Gent (afd. Kortrijk) (6de k.) 31 maart 2015, *TGR-TWR* 2015, (286) 288.

(2409) Cass. fr. comm. 3 november 2009, nr. 08-12399. Zie K. COX, “Pleidooien op basis van intern nationaal kooprecht sluiten toepassing Weens Koopverdrag niet uit”, *TBH* 2010, 292.

niet gebruik hebben gemaakt van de uitsluitingsmogelijkheid van artikel 6 CISG(2410).

B. TOTSTANDKOMING

526. AANBOD: MATERIEEL EN INTENTIONEEL ELEMENT – Artikel 14 CISG stelt dat een voorstel tot sluiten van een overeenkomst gericht tot één of meer bepaalde personen een aanbod vormt indien het voldoende bepaald is en daaruit de wil van de aanbieder blijkt om in geval van aanvaarding gebonden te zijn(2411). Een aanbod moet dus een materieel (‘voldoende bepaald’)(2412) en intentioneel element (‘wil van zender om gebonden te zijn’) bevatten(2413). Het kan zowel mondeling als schriftelijk gedaan worden en is aan geen enkele vorm gebonden. Zo kan het ook resulteren uit het opsturen van goederen. Een aanbod is voldoende bepaald indien daarin de zaken worden aangeduid en de hoeveelheid en de prijs uitdrukkelijk of stilzwijgend worden vastgelegd of bepaalbaar zijn (art. 14.1 *in fine* CISG)(2414). Een voorstel tot aankoop van ruwe olie is bijvoorbeeld voldoende bepaald wanneer de zaken worden aangeduid en de hoeveelheid en de prijs uitdrukkelijk bepaald zijn(2415).

527. GERICHT TOT ÉÉN OF MEER BEPAALDE PERSONEN IS GEEN ESSENTIEEL ELEMENT, MAAR VERMOEDEN – Sommige auteurs voegen naast de aanwezigheid van een materieel en intentioneel element een derde essentieel bestanddeel toe, met name dat het voorstel gericht is tot één of meer bepaalde personen(2416). Dit kan evenwel niet weerhouden worden op grond van artikel 14.2 Weens Koopverdrag. Deze bepaling stelt dat een voorstel geen aanbod uitmaakt wanneer het niet gericht is tot één of meer bepaalde personen. Het is maar een

(2410) Cass. 7 mei 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200507.1N.1, *P&B* 2020, 103-104.

(2411) Gent (7de k.) 11 maart 2019, 2016/AR/636, niet-gepubliceerd.

(2412) P. CVETKOVÍK, “Criteria for an offer: Remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement Article 14 CISG” in J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2007), (295) 296.

(2413) *Consideration* is niet vereist onder het Weens Koopverdrag (UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2016, 80).

(2414) LG München (Duitsland) 8 februari 1995, CISG-online nr. 203. W. WITZ, H-C. SALGER en M. LORENZ, *International einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG* (Frankfurt am Main: Fachmedien Recht und Wirtschaft 2016), 171 en volgende.

(2415) Antwerpen 17 december 2012, *European Transport Law* 2014, (73) 79-80.

(2416) J. BALMACEDA, *La vente de marchandises dans les systèmes de droit civil et de Common Law* (Parijs: LGDJ 2019), 234; J. MEEUSEN, “Totstandkoming van de overeenkomst”, in H. Van Houtte, J. Erauw en P. Wautelet (eds.), *Het Weens Koopverdrag* (Antwerpen: Intersentia 1997), (71) 72 nr.3.4.

uitnodiging tot doen van een aanbod (*invitatio ad offerendum*)(2417). Evenwel kan in dat geval toch sprake zijn van een aanbod wanneer de aanbieder weldegelijk tot doel had om het voorstel als een aanbod te beschouwen(2418). Ongeacht de grootte van de groep, kan enkel een individu uit die groep het aanbod aanvaarden. Wanneer eenmaal vaststaat dat het voorstel voldoende bepaald is en de aanbieder de wil heeft om gebonden te zijn aan het voorstel, maakt het weinig uit of het voorstel gericht is aan één of meerdere (onbepaalde) personen.

Een voorstel gericht tot één of meer bepaalde personen creëert slechts een vermoeden dat het een aanbod betreft(2419). Een advertentie in een krant of op televisie is in beginsel slechts een uitnodiging zelfs als een prijs en hoeveelheid wordt vermeld. Ook het plaatsen van een zoekertje op een zoekertjeswebsite wordt veelal als een loutere uitnodiging tot het doen van een aanbod beschouwd(2420).

528. AANVAARDING SLECHTS IN BEPAALDE GEVALLEN IN TE TREKKEN – Artikel 22 CISG maakt het mogelijk dat een aanvaarding kan ingetrokken worden indien de intrekking de aanbieder bereikt voor of op het tijdstip waarop de aanvaarding van kracht zou zijn geworden(2421). Het is een handeling die betracht een (al dan niet laattijdige)(2422) aanvaarding *in itinere* geen uitwerking te laten hebben(2423). De intrekking is niet aan enige vorm gebonden(2424). Ze moet niet noodzakelijk geschieden op dezelfde wijze als de aanvaarding. De intrekking heeft pas uitwerking wanneer het de aanbieder tijdig heeft bereikt(2425). Eens de aanvaarding uitwerking heeft gekregen, is er geen mogelijkheid meer tot intrekking. Het contract komt tot stand zodat de intrekking contractbreuk uitmaakt (art. 23 CISG). In een zaak voor het hof van beroep te Antwerpen bereikte de aanvaarding van het aanbod de aanbie-

(2417) C. BRUNNER, S. PFISTERER en P. KÖSTER, “Article 24” in C. Brunner en B. Gottlieb (eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)* (Alphen aan den Rijn: Kluwer 2019), (156) 156; W. WITZ, H.-C. SALGER en M. LORENZ, *International einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG* (Frankfurt am Main: Fachmedien Recht und Wirtschaft 2016), 179-180.

(2418) F. FERRARI, “Article 14” in S. Kröll, L. Mistelis en P. P. Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (München: Beck 2018), (222) 226.

(2419) C. CAUFFMAN, *Verbindende eenzijdige belofte* (Mortsel: Intersentia 2005), 249.

(2420) Gent (afd. Kortrijk) 3 oktober 2017, *DAOR* 2018, (90) 93 nr. 4.3.2.3.

(2421) F. FERRARI, “Article 22” in S. Kröll, L. Mistelis en P. P. Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (München: Beck 2018), (317) 319; K. NEUMAYER en C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* (Lausanne: CEDIDAC 1993), 196-197.

(2422) F. FERRARI, “Article 22” in S. Kröll, L. Mistelis en P. P. Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (München: Beck 2018), (317) 320.

(2423) *Ibidem*, 318.

(2424) F. FERRARI, “Article 22” in S. Kröll, L. Mistelis en P. P. Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (München: Beck 2018), (317) 318-319.

(2425) Gezien de intrekking de aanbieder moet bereiken, is het ook mogelijk om de intrekking in te trekken (*Ibidem*, 320).

der-koper op 29 februari 2008 om 13u. Pas om 21u diezelfde dag kwam de aanvaarder-verkoper tot het besef dat zij een zware vergissing had begaan. Het schrijven van 3 maart waarin de terugtrekking van de orderbevestiging aan de koper werd meegedeeld kon dan ook niet gelijk gesteld worden met een rechtsgeldige intrekking van de aanvaarding(2426).

529. VRIJ BEWIJS VOLGENS *LEX FORI* – De koop kan met alle bewijsmiddelen worden bewezen (art. 11 CISG)(2427). Hierbij kan de rechter de bewijsvoering beoordelen volgens zijn eigen recht(2428). Stilzwijgen of een gebrek aan reactie geldt op zich niet als aanvaarding (art. 18 CISG)(2429). Wordt een deel van de bestelling geleverd en wordt daarna betaald, dan kan dit wel beschouwd worden als een aanvaarding krachtens artikel 18 CISG(2430). In een ander geschil had de verkoper een zoekertje op de website KAPAZA (uitnodiging tot aanbod) geplaatst. De (schijnbare) vertegenwoordiger van de koper deed een aanbod dat aanvaard werd door de verkoper. De koper laat later weten dat ze geen vertrouwen meer heeft in de verkoper doch betwist het bestaan van de koopovereenkomst zelf niet. De koper kan dan naderhand niet meer argumenteren dat er geen koop was (noch dat de vertegenwoordiger niet gerechtigd was haar te vertegenwoordigen)(2431).

Het Weens Koopverdrag regelt de bewijslastverdeling niet sluitend. Het toepasselijk nationaal recht heeft een aanvullende functie. In een geval voor het hof van beroep te Antwerpen was er betwisting tussen partijen over een openstaand saldo. De verkoper legde twee door (of namens) de koper ondertekende afleveringsbons voor. In minuscule letters in een taal vreemd aan de handelsrelatie stonden andere bestellingen dan die waarop de leveringsbons betrekking hebben. In de regel was een verzending naar de koper bedongen. Tweemaal werden bestelde goederen evenwel afgehaald bij de verkoper waar de koper een in het Nederlands geredigeerde bon kreeg. Die twee bons vermeldden in zeer kleine letters berichten m.b.t. bestelbons waarvan de verkoper beweert, doch niet bewijst, dat ze door de koper zijn goedgekeurd. Uit niets blijkt dat de koper het Nederlands machtig was en dat ze de onopvallende kleine lettertjes onderaan de bij afhaling gepresenteerde bons heeft gezien, kennis heeft genomen van de inhoud ervan en deze ook heeft aanvaard. Bovendien weken de beweerde bestellingen in grote mate af van de tussen partijen gebruikelijke volumes. Op basis van deze gegevens oordeelde het

(2426) Antwerpen 17 december 2012, *European Transport Law* 2014, (73) 80.

(2427) G. L. BALLON, “Een uitspraak met enkele verrassende wendingen, dat is wel het minste wat men van bovenstaand arrest kan zeggen” (noot onder Kh. Antwerpen 15 november 2011), *RABG* 2014, (290) 292; Antwerpen 6 juni 2011, *RABG* 2013, (609) 609, noot M. DE POTTER DE TEN BROECK; Gent (7de bis k.) 18 juni 2012, *TGR* 2012, (337) 337: De rechter blijft evenwel vrij om de bewijsvoering volgens zijn eigen recht te appreciëren.

(2428) Gent (12de k.) 30 juni 2015, *TGR-TWR* 2015, 52.

(2429) Gent 13 januari 2010, *TBH* 2010, 606, noot K. Cox.

(2430) Kh. Gent (afd. Kortrijk) (6de k.) 14 oktober 2014, *TGR-TWR* 2015, 282.

(2431) Gent (afd. Kortrijk) 3 oktober 2017, *DAOR* 2018, (90) 93 nr. 4.3.2.3.

hof dat er geen sprake was van een aanvaard aanbod in de zin van artikel 18.1 CISG(2432).

De ondertekening van gedetailleerde bestelformulieren waarin alle elementen vervat zaten om een aanbod uit te maken, maakt dan weer zonder meer een aanvaarding uit volgens de rechtbank van koophandel te Antwerpen. De rechtbank oordeelde dat indien een partij (als (schijnbare) lasthebber) zijn handtekening slechts als ‘ontvangstbevestiging’ wou doen gelden, hij dit expliciet had moeten vermelden. Bovendien voorzag het bestelformulier de tekst bovenaan de handtekening dat een kopij van het formulier, getekend voor akkoord, beschouwd zal worden als een orderbevestiging. Het argument dat de partij de draagwijdte van de in het Engels geformuleerde tekst niet begreep – hetgeen te betwijfelen valt in een internationale handelscontext – werd niet aanvaard. Het was in dat geval bijzonder roekeloos van deze partij om een document te ondertekenen waarvan hij de draagwijdte niet kon inschatten. De (schijnbare) lastgever kan zich niet op een dergelijke nalatigheid beroepen in het nadeel van de wederpartijen die er mochten van uitgaan dat de door de (schijnbare) lasthebber uitgedrukte wil overeenstemde met diens werkelijke wil. Ofschoon de bewijslast rust op de (schijnbare) lastgever, levert deze niet naar genoeg het bewijs dat deze werkelijke wil niet strekte tot het sluiten van een contract en dat de wederpartijen hiervan op de hoogte waren of dienden te zijn(2433).

530. ALGEMENE VOORWAARDEN – INCORPORATIE – De incorporatie van algemene voorwaarden regelt het Weens Koopverdrag niet uitdrukkelijk. De CISG Advisory Council heeft hierover 10 *blackletter rules* geformuleerd(2434). In het algemeen maken algemene voorwaarden slechts deel uit van de overeenkomst wanneer partijen impliciet of expliciet hebben ingestemd met hun incorporatie op het ogenblik van de contractsluiting(2435). Zo oordeelde het hof van beroep te Antwerpen met verwijzing naar deze *blackletter rules* dat een akkoord over de incorporatie van algemene voorwaarden niet kan afgeleid worden uit het gegeven dat de koper niet heeft geprotesteerd tegen een al betaalde factuur waarop de voorwaarden werden vermeld. De verkoper beweerde de verkoopsvoorwaarden samen met de (latere) bestelbon te hebben meegedeeld doch deze bon werd niet door de koper ondertekend. De koper had ook door geen andere latere handelwijze te kennen gegeven dat hij, ondanks de laattijdige kennisgeving, toch akkoord ging met de incorporatie(2436).

(2432) Antwerpen (4de k.) 24 februari 2014, *RW* 2016-17, (1023) 1025.

(2433) Kh. Antwerpen 1 december 2009, *RABG* 2010, (656) 663.

(2434) CISG Advisory Council Opinion n° 13, *Inclusion of Standard Terms under the CISG*, 20 januari 2013, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html>. Deze vinden ook ingang in de rechtspraak (bijv. Antwerpen (9de k.) 9 februari 2015, *IHT* 2015 (1), (64) 64, noot T. VAN ACHTER).

(2435) Zie in dit verband: Kh. Turnhout 6 maart 2009, *Tijdschrift@ipr.be* 2009 (1), (39) 42. Zie tevens: Luik 2 september 2008, 2007/RG/1263, *juportal.be*.

(2436) Antwerpen (9de k.) 9 februari 2015, *IHT* 2015 (1), (64) 64, noot T. VAN ACHTER.

In een geval voor de rechtbank te Rotterdam had een contractpartij bedongen dat de Incoterms toepasselijk zouden zijn in zoverre deze niet in strijd waren met haar algemene voorwaarden. Vervolgens werd de plaats genoemd waar de algemene voorwaarden zijn gedeponneerd. Die bewoording werd geacht de beperkte toepasselijkheid te behelzen van de algemene voorwaarden, maar maakte niet voldoende duidelijk dat de verkoper haar algemene voorwaarden ook daadwerkelijk op de overeenkomsten van toepassing verklaart. Alzo oordeelde de rechtbank dat van geen redelijk persoon kon verwacht worden dat hij in die bewoording niet alleen de (beperkte) toepasselijkheid van de Incoterms leest, maar ook de toepassing van de algemene voorwaarden(2437).

Incorporatie van de algemene voorwaarden is niet mogelijk na contractsluiting tenzij bij contractwijziging (art. 29 CISG). Een partij moet in dat geval bewijzen dat er wilsovereenstemming bestond over deze wijziging. Aanvaarding kan conform artikel 18.1 CISG niet afgeleid worden uit een stilzwijgen of niet-reageren. Uit het feit dat een verkoper na de contractsluiting de algemene voorwaarden op de achterzijde van facturen zet (niet in de taal van de koper), kan niet afgeleid worden dat de verkoper effectief de bedoeling had om haar algemene voorwaarden toe te passen op de contractuele relatie. Er was evenmin een bestendige en regelmatige handelsrelatie(2438).

531. ALGEMENE VOORWAARDEN: VERMOEDEN REDELIJKE MOGELIJKHEID TOT KENNISNAME – In bepaalde omstandigheden kan de contractpartij geacht worden een redelijke mogelijkheid tot kennisname van de algemene voorwaarden te hebben. De CISG Advisory Council somt enkele gevallen op in Opinion 13(2439). In de orderbevestiging en de offerte werd voor het raadplegen van de algemene voorwaarden verwezen naar de website van de verkoper. Met uitdrukkelijke verwijzing naar deze Opinie besloot de rechtbank te Amsterdam dat niet gebleken is dat de algemene voorwaarden ten tijde van de contractsluiting niet toegankelijk waren voor de koper door het loutere feit dat de koper slechts eenmaal tevergeefs had getracht toegang te krijgen tot de website. Het was bovendien voor de koper voldoende duidelijk welke algemene voorwaarden van toepassing waren. De koper had aldus een redelijke mogelijkheid tot kennisname van de algemene voorwaarden. Zij maakten dan ook deel uit van het aanbod dat aanvaard werd door de koper(2440). De rechtbank te

(2437) Rb. Rotterdam 1 oktober 2014, *NIPR* 2015 (1), 124.

(2438) Kh. Gent (afd. Kortrijk) (6de k.) 14 oktober 2014, 282-286.

(2439) CISG Advisory Council Opinion n° 13, *Inclusion of Standard Terms under the CISG*, regel 3: “Amongst others, a party is deemed to have had a reasonable opportunity to take notice of the standard terms: 3.1. Where the terms are attached to a document used in connection with the formation of the contract or printed on the reverse side of that document; 3.2. Where the terms are available to the parties in the presence of each other at the time of negotiating the contract; 3.3. Where, in electronic communications, the terms are made available to and retrievable electronically by that party and are accessible to that party at the time of negotiating the contract; 3.4. Where the parties have had prior agreements subject to the same standard terms”.

(2440) Rb. Amsterdam 8 januari 2014, *ECLI:NL:RBAMS:2014:7*, *NTHR* 2014 (2), 89.

Middelburg oordeelde dan weer dat gezien niet bewezen kon worden dat de RUCIP-voorwaarden (waarnaar werd verwezen in een overeenkomst tussen een Nederlandsen Libanees bedrijf) voorafgaand of bij de contractsluiting waren overgemaakt en er geen vindplaats was aangeduid en de voorwaarden niet te vinden zijn op de website van de verkoper, de koper niet geacht kan worden deze aanvaard te hebben(2441). Zelfs als de vindplaats is aangeduid, betekent dit niet dat de algemene voorwaarden tegenwerpelijk zijn aan de wederpartij. Zo oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat de mogelijkheid tot raadpleging van de algemene voorwaarden op een welbepaalde plaats (*in casu* griffie van de rechtbank) niet volstaat om de algemene voorwaarden tegenwerpelijk te maken wanneer de partijen geen regelmatige handelsbetrekkingen hebben met elkaar(2442).

Hebben partijen reeds eerder met elkaar een overeenkomst gesloten waarop dezelfde algemene voorwaarden van toepassing waren, dan kan geacht worden dat de partijen een redelijke mogelijkheid tot kennisname hadden (Opinion 13, nr. 3.4(2443)). Dit is evenwel slechts het geval indien de algemene voorwaarden in voorgaande transacties geldig waren geïncorporeerd in de overeenkomsten. In zoverre dat de algemene voorwaarden later waren toegevoegd bij documenten zoals facturen, zijn zij niet geldig geïncorporeerd en kan dan ook niet worden verondersteld dat deze in latere overeenkomsten moesten worden geïncorporeerd. De rechtbank van koophandel te Kortrijk hield er echter een andere visie op na. In algemene handelsrelaties is het de regel dat de algemene voorwaarden aan de achterkant van de factuur worden vermeld en de factuur met voor- en achterzijde als één geheel wordt beschouwd. Gelet op het feit dat partijen al een lange en regelmatige handelsrelatie onderhouden in het kader waarvan men kennis had van de algemene voorwaarden zonder enig protest, wordt dit geacht te wijzen op het kennen, begrijpen en aanvaarden van de algemene voorwaarden(2444). De rechtbank van Den Haag concludeerde dan weer dat de enkele mededeling in de offerte dat de voorwaarden op verzoek worden toegezonden, onvoldoende is. De omstandigheid dat partijen al acht jaar met elkaar zaken doen, doet geen afbreuk aan deze conclusie(2445).

532. TOEPASSING VAN GEWOONTEN BIJ TOTSTANDKOMING – Artikel 9.2 CISG stelt dat, tenzij anders is overeengekomen, partijen geacht worden om op hun overeenkomst of de totstandkoming ervan een gewoonte stilzwijgend toepasselijk te hebben verklaard wanneer **wij** met deze gewoonte bekend waren of

(2441) Rb. Zeeland-West-Brabant (zittingsplaats Middelburg) 27 mei 2015, *NIPR* 2016, 115.

(2442) Antwerpen 9 januari 2012, *RW* 2014-15, 584.

(2443) Zie voetnoot 2440.

(2444) Kh. Gent (afd. Kortrijk) (6de k.) 31 maart 2015, *TGR* 2015, 286-289, noot G. DEMARÉ. Vergelijk in dezelfde zin: *Duitsland*: Kammergericht 8 september 2016 *IHR* 2018 (5), (194) 194-195; *Nederland*: Gerechtshof 's Gravenhage 19 april 2011, *Krustanord*; Rechtbank Overijssel 23 maart 2016.

(2445) Rb. Den Haag 19 augustus 2015, *ECLI:NL:RBDHA:2015:10144*, *NIPR* 2016, 121.

behoorden te zijn en die in de internationale handel op grote schaal bekend is aan en regelmatig wordt nageleefd door partijen bij overeenkomsten van dezelfde soort in de desbetreffende handelsbranche(2446).

Een partij beweerde dat de algemene contractvoorwaarden voor Europese gieterijen in hun geheel als een gewoonte in de zin van dit artikel beschouwd moeten worden. Deze voorwaarden zijn opgesteld door het comité van verenigingen van Europese gieterijen. Uit de inhoud van de uitvoerige algemene voorwaarden kan evenwel niet afgeleid worden dat zij in de internationale handel op grote schaal bekend zijn. Voor zover dit het geval zou zijn, toont de partij overigens niet aan dat zij regelmatig worden nageleefd door partijen bij overeenkomsten van dezelfde soort in de desbetreffende handelsbranche. Zelfs indien de voormelde algemene voorwaarden regelmatig zouden nageleefd worden door partijen bij gelijkaardige overeenkomsten in de sector van de gieterijen, moet echter vastgesteld worden dat de partijen in dit geding daarvan geen toepassing wensten te maken in hun handelsrelatie. Het hof stelde bovendien vast dat de partij een zeer selectieve interpretatie gaf aan wat zij als toepasselijke gewoonte omschrijft. Aldus oordeelde het hof dat de algemene voorwaarden van Europese gieterijen niet van toepassing waren(2447).

C. VERPLICHTINGEN VERKOPER

§ 1. LEVERING

533. PLAATS VAN LEVERING VRIJ TE BEPALEN – Partijen kunnen vrij de plaats van levering bepalen. Hierbij wordt vaak gewerkt met Incoterms (2020)(2448). Een voorbeeld is DDP (*Delivered Duty Paid*). Voor de precieze betekenis van het beding moet teruggegrepen worden naar de toepassingsrichtlijnen van de *International Chamber of Commerce*(2449). In zoverre partijen hierover niets bepalen, gelden subsidiair de regels uit artikel 31 CISG(2450).

§ 2. NOTIE NIET-CONFORMITEIT

534. RUIM BEGRIIP – Anders dan onder nationaal gemeen kooprecht, hanteert het Weens Koopverdrag een monistisch conformiteitsbegrip (d.i. conforme levering en verborgen gebreken tezamen). De verkoper moet allereerst

(2446) Gent (12de k.) 12 september 2007, *TGR-TWVR* 2008, 106.

(2447) Gent (12de bis k.) 18 maart 2020, 2017/AR/545, niet-gepubliceerd.

(2448) Antwerpen 3 november 2008, *Tijdschrift@ipr.be* 2009 (1), (34) 35-36 (gebruikte Incoterm: CIF)

(2449) BGH 7 november 2012, VIII ZR 108/12, *European Transport Law* 2013, 465.

(2450) Cass. 5 december 2008, ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20081205.4, *RW* 2009-10, 408-417, noot H. STORME. Het arrest heeft beperkt betrekking op het Weens Koopverdrag. Het focuspunt is de interpretatie van art. 5.1 EEX-Verordening. Gent 2 juni 2010, 2008/AR/1180, *juportal.be*; Luik 29 april 2014, 2013/RG/204, *juportal.be*.

zaken afleveren waarvan de identiteit, de hoeveelheid, de materiële(2451) kwaliteiten en de omschrijving voldoen aan de in de overeenkomst gestelde eisen en die zijn verpakt op de in de overeenkomst vereiste wijze (art. 35.1 CISG)(2452). Overeenkomstig artikel 36 CISG is de verkoper aansprakelijk indien de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden op het tijdstip waarop het risico op de koper overgaat(2453).

535. VERSCHIL IN IDENTITEIT – Een duidelijk geval van niet-conforme levering in de zin van artikel 35 Weens Koopverdrag is het verschil (in aard) van het geleverde en verkochte goed(2454). Dat was ook aan de orde in volgende zaak. Bij de bestelling van GSMS 5 Refurbished version door een bedrijf in Singapore bij een Koreaans bedrijf werd de specificatie FD298ZA/A opgegeven. ZA refereert hierbij aan de landencode van Singapore (Asian/English specification). Uiteindelijk werden (niet-conforme) iPhones Refurbish met specificatie ND FD297KH/A (Koreaanse versie) geleverd(2455).

536. MATERIËLE KWALITEIT – De materiële kwaliteit refereert aan de inherente structurele eigenschappen van een zaak, zoals onder meer de afgesproken oorsprong van het goed (zeker in het licht van eventuele importquota, douaneheffingen of verhandelbaarheid omwille van politieke redenen(2456) of reputatie op het vlak van handhaving van de mensenrechten), de ouderdom

(2451) Materiële kwaliteit staat tegenover de juridische kwaliteit geregeld in de art. 41-42 CISG.

(2452) Luik 18 juni 2015, 2014/RG/1088, juportal.be.

(2453) Antwerpen 12 november 2007, *TBH* 2008, 810 (*in casu* niet bewezen dat preizaden zelf onvoldoende vorstbestendig waren en daarom niet-conform zouden zijn, ook al zou men bewezen achten dat de preiplanten (hybriden) niet voldoende vorstbestendig waren); Luik 12 maart 2007, *TBH* 2008, 178 (*in casu* was het niet duidelijk wat de oorzaak van de rotting van de ingeschepte uien was. Bij een CFR-verkoop gaat het risico over bij de inscheeping van de koopwaar. Gezien de verkoper bewijst dat de uien op moment van inscheppen conform waren, is het risico voor de koper).

(2454) C. BRUNNER en B. GOTTLIEB (eds.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)* (Alphen aan den Rijn: Kluwer 2019), 228.

(2455) Court of Appeal Seoul 20 december 2016, CISG-online nr. 4236.

(2456). Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1025, CISG-online nr. 3935 (Het betrof een verkoop van hijsmaterialen en accessoires voor speeltuinen door een Nederlandse groothandelaar aan een Zwitserse koper. De aan te leveren materialen (hijsmaterialen en accessoires) moesten van EU-oorsprong zijn voor de Zwitserse koper omdat bij invoer van materiaal van EU-oorsprong een preferentiële douanetarief (invoertarief van 0%) geldt. Zonder EU-oorsprong werden invoerrechten geheven die kunnen oplopen tot 50%. Voor de koper was de EU-oorsprong dan ook essentieel. Het staat vast dat de koper dit aan de verkoper heeft gevraagd. De letterlijke tekst van de verklaring is onduidelijk. Het kan niet anders uitgelegd worden dan dat de koper wenste dat de goederen van EU-oorsprong zijn. De verklaring van oorsprong bleek echter niet te kloppen).

van het goed(2457), milieuvriendelijkheid ervan(2458) of de in acht name van ethische en religieuze principes (zoals geen kinderarbeid, voedsel dat geen varkensvlees bevat ...), de performantie van het goed(2459), de naleving van kwaliteitsstandaarden bij de productie (bv. good manufacturing practices) of bepaalde *accessoria* (bv. bijbehorende documenten(2460), zoals certificaten voor bio-landbouw(2461)).

Hierna volgen een aantal voorbeelden van kwaliteitsbetwistingen die in de rechtspraak rezen.

537. VOORBEELDEN RECHTSPRAAK NIET-CONFORMITEIT OP VLAAK VAN SAMENSTELLING:

- *Contaminatie van het vloeibare chemische product ethylacetaat met biodiesel*(2462);
- *xanthagaan voor satesaus dat amylase bevatte en dus zetmeel afbreekt* – Een Nederlands familiebedrijf dat zich toeleefde op de productie van sauzen, margarine en vetten voor de levensmiddelenbranche bestelde xanthagaan voor satésaus. Dit was niet bestemd voor het bijzonder doel dat uitdrukkelijk of stilzwijgend aan de verkoper ter kennis is gebracht op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst omdat het geleverde xanthagaan amylase bevatte. Dat brak het andere door de koper gebruikte bindmiddel zetmeel af. Het leidde althans tot scheiding

(2457) Handelsgericht kanton Zürich 18 juni 2012, CISG-online nr. 2660 (Dit betrof de aankoop van Romeinse marmeren beelden. De koper beriep zich op twee kritische adviezen die hij had aangevraagd waar twijfel werd geuit over de datering van de sculpturen. De koper stelde dat zelfs het vermoeden van valsheid, dat gebaseerd is op een erkend deskundig advies, een niet-conformiteit impliceert, omdat een dergelijke verklaring een negatief impact heeft op de waarde en de verhandelbaarheid. Dit werd echter door de rechtbank verworpen. Voor de rechtbank volstaat een voldoende graad van waarschijnlijkheid van datering. Daartoe stelde zij twee deskundigen aan die op overtuigende wijze de echtheid attesteren).

(2458) LG Stade 16 april 2015, CISG-online nr. 2668, *IHR* 2017, 20 (aankoop door een Roemeense koper in Duitsland van drie tweedehandstrekkers van het type FH 460 4x 2EEV niet uitgerust met Environmentally friendly technologie).

(2459) Antwerpen 1 oktober 2012, *TBBR* 2015(2), 79 (een matrijs voor de productie van dashboards die niet voldoet aan de technische specificaties, waardoor er onder meer veel brandstof wordt verbruikt); OLG Koblenz 19 december 2012, CISG-online nr. 2470 (generator die niet het overeengekomen uitgangsvermogen van 250 K heeft is niet conform).

(2460) P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER en U. SCHROETER (eds.), “Art. 35” in *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 9.

(2461) Bundesgericht 26 maart 2013, CISG-online nr. 2434; Handelsgericht des Kantons St. Gallen 14 juni 2012, CISG-online nr. 2468 (*In casu* was contractueel uitdrukkelijk afgesproken dat de producten bio-suisse gecertificeerd moeten zijn. Als importeur van bio-producten kan men deze producten alleen als bio-producten verhandelen wanneer men voor elke import een certificaat van inspectie kan voorleggen met een stempel van Bio Suisse die ook de kwantiteit bevestigt. Het ontbreken van bio-certificering maakt dat de goederen niet conform zijn. Zie ook EU Verordening 2018/848 van 30 mei 2018 inzake de biologische productie en de etikettering van biologische producten).

(2462) Rb. Rotterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8295, CISG-online nr. 2558.

van deze bindmiddelen. Hierdoor werd geen goede binding van de satésaus bereikt. De stelling van de verkoper dat hij niet wist dat de koper zetmeel gebruikt werd verworpen nu uit de website van de verkoper bleek dat zij voor haar satésaus en ook voor haar overige sauzen gemodificeerd zetmeel gebruikt(2463);

- *Overgangsflessen die niet bestaan uit het overeengekomen materiaal P355*(2464);
- *In plaats van gefineerde standaard MFD platen 12 mmm conform de proef* werd een light versie geleverd Fibrafel MFD geleverd. Deze platen zijn op zich niet gebrekkig maar niet conform de gevraagde kwaliteit en ook niet geschikt voor de door koper opgegeven bestemming(2465);
- Een Nederlandse verkoopt *wassen* aan een Belgische verkoper die deze verwerkt in lippenstift. Wanneer de koper de te leveren wasen niet in een bepaalde specifieke samenstelling heeft besteld, kan de verkoper er vrij voor kiezen de samenstelling van de wasen aan te passen (vervanging van neustrema voor Candeuba T11 wax door cetylhlische alocohol en stearinezuur) zonder dat de levering niet-conform is in de zin van artikel 35 Weens Koopverdrag. Dit geldt des te meer wanneer de koper niet bewijst dat de geleverde wasen in hun aangepaste samenstelling de producteigenschappen (fysische en chemische kenmerken wijzigt) en dat het product ongeschikt zou zijn voor de aanmaak van lippenstiften en wanneer de verkoper voor elke bestelling stalen overhandigde en fysische analyse certificaten meedeelde(2466);
- *I.p.v. geanodiseerde Schletter klemmen werden zwart gelakte Schletter klemmen* geleverd. Anodiseren is duurder dan lakken en levert een duurzamere zwarte laag op. Op beide klemmen wordt een tienjarige garantie verleend, behalve op de zwarte kleur. Beide klemmen gaan naar verwachting tenminste 25 jaar mee. Alleen vreest de koper dat de zwarte lak eerder afbladdert. Hierdoor treedt esthetische schade op omdat de bovenzijde van de klemmen zichtbaar is. Nu geanodiseerde klemmen werden besteld maakt de levering van gelakte klemmen een tekortkoming uit in de zin van artikel 35.1 CISG(2467).

538. VOORBEELDEN RECHTSpraak NIET-CONFORMITEIT OP VLAK VAN STANDAARDEN:

- *Walsdraad waarvan de steekproeven* uitwezen dat meer dan 50% *niet de uitdrukkelijk overeengekomen treksterkte van minstens 400 Mpa* had(2468);

(2463) Rb. Midden Nederland 11 juli 2018; ECLI:NL:RBMNE:2018:3817, CISG-online nr. 3388.

(2464) LG Wuppertal 11 maart 2020, CISG-online nr. 5266.

(2465) Kh. Leuven (4de kamer) 28 mei 2015, A/14/58, niet-gepubliceerd.

(2466) Antwerpen 15 juni 2015, CISG-online nr. 4561, *NJW* 2016, 494.

(2467) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, CISG-online nr. 5495.

(2468) Handelsgericht Zürich 3 april 2013, CISG-online nr. 2562.

- *Tweedehandstrekkers van het type FH 460 4x 2EEV* voor een totaal bedrag van 138.000 euro die naderhand *niet blijken uitgerust te zijn met milieuvriendelijke technologie*, waarnaar het acronym *Enhanced Environmentally friendly Vehicle* verwijst. Dit betreft een niet-conformiteit maar geen wezenlijke niet-nakoming omdat niet kan worden gesteld dat de geleverde trekkers niet meer van nut zijn voor de kopers: zij kunnen conform gemaakt worden via een eenvoudige software-update waarvan de verkoper zich bereid heeft verklaard om de kosten op zich te nemen (ten belope van 2.685,59 euro en een bijkomende keuringskost van 110 euro voor de certificering)(2469);
- *Een tweedehandsvrachtwagen die reeds bij aankoop niet in beladen toestand kan bereden worden* wegens slijtage van de versnellingsbak. Die slijtage kan er niet gekomen zijn over de enkele honderden kilometers die de koper met de vrachtwagen heeft gereden. Zij is dermate uitgesproken dat volgens de deskundige met zekerheid kan gezegd worden dat zij al moet aanwezig zijn geweest bij de koop. Die slijtage wijst op veelvuldig onoordeelkundig schakelen en op vroeger gebrekkige olieonderhoud(2470);
- *Kraan die wegens de stijfheid van het hulpframe niet goedgekeurd* kon worden op veilige stabiele werking. Van de truck waren onder andere de stuurgewrichten en de banden niet in orde, zodat beide afgekeurd werden, waardoor zij door de koper niet in gebruik genomen konden worden(2471);
- *een autotransportwagen wordt gekocht om drie auto's te transporteren*. Het is dan voor de verkoper wezenlijk hoeveel auto's tegelijk kunnen worden vervoerd. Indien de koper uitgaat van drie auto's en aan die verwachting wordt niet voldaan, ontbreekt een cruciale eigenschap van het gekochte(2472);
- *een oplegger werd door een vervoersbedrijf gekocht om een gewicht van tussen de 80 en 180 ton te dragen en te vervoeren voor klanten in Nigeria*, de oplegger zakte door zijn assen toen daarmee voor de eerste keer een aggregaat werd vervoerd en dit gebeurde na ongeveer 100 meter. Hierop zegde de klant de vervoersovereenkomst op. Het vervoersbedrijf ontbond hierop eenzijdig de koopovereenkomst op grond van een wezenlijke tekortkoming(2473);
- *Vrachtwagen met tal van gebreken vast gesteld door een deskundige* – i) Geen afscherming en deksel voor de zekeringskast ii) in de verzekeringskast liggen verschillende kabels los of zijn ze ondeugdelijk bevestigd; iii) de aansluitstekker van de MR Modu (elektronica

(2469) LG Stade 16 april 2015, CISG-online nr. 2668.

(2470) Rb. Gelderland 22 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2699, CISG-online nr. 2616.

(2471) Rb. Gelderland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2901, CISG-online nr. 3509.

(2472) Gerechtshof Arnhem 20 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW2536, CISG-online nr. 4678.

(2473) Rb. Arnhem 10 oktober 2012 ECLI:NL:RBARN:2012:BY2169, CISG-online nr. 4915.

voor de motor) is niet meer vochtdicht; iv) de ondersteuningsring bij de turboslang naar de intercooler is niet goed gemonteerd. Hierbij merkt de deskundige op dat de kansen op scheuren groter is; v) de stekerverbinding van het tankelement is niet aangesloten waardoor er geen indicatie van de vulling van de tank is; vi) de tankvulhals is niet op een deugdelijke manier op de originele plekken gemonteerd; vii) een ophangbeugel van de uitlaat ontbreekt; viii) de pennen voor de overbrenging van de handremkracht van de buster naar de remklauw is niet origineel er is er geen borging op zit voor uitvallen. Als deze eruit schieten werkt de handrem niet meer; ix) de kabelboom is niet op de originele plak of geheel niet deugdelijk bevestigd; x) bij de ophanging van de wisselbak c.q. de motorsteun mist één van de vier bouten; xi) diverse leidingen ook van het remsysteem zijn niet of op de juiste manier vastgezet, zodat deze los liggen. De deskundige vermeldt dat deze leidingen tegen elkaar of tegen een ander component aan kunnen trillen waardoor schuurplekken ontstaan. Gelet op de aard en omvang van de gebreken en daarop in het deskundigenrapport gegeven toelichting staat voldoende vast de verkochte vragen niet voldoen aan de in koopovereenkomst gestelde eis conform artikel 35 CISG en dat ook sprake is van een wezenlijke tekortkoming in de zin van artikel 25 CISG(2474);

- *Petflessen die voor meer dan 20% uit vreemde niet heldere bestanddelen bestaan terwijl een 80/20 (80 procent heldere petfles en 20% gekleurde petfles) was overeengekomen.* De verkoper betwistte dat deze kwaliteitstandaard was overeengekomen. Het feit dat de koper in het verleden ook andere kwaliteiten afnam werd verworpen nu bij deze kwaliteiten andere prijzen hoorden. De koper legde diverse facturen over waaruit bleek dat de prijs voor de kwaliteit 80/20 rond december 2011 ergens tussen de 275 en 285 EUR per ton lagen. *In casu* betrof het een koopovereenkomst waar een prijs werd bedongen van 285 EUR per ton. Voor een lagere kwaliteit betaalde de koper een lagere prijs. De rechtbank achtte het dan ook bewezen dat in dit geval betaalde prijs wees op het overeenkomen van de kwaliteiten 80/20(2475).

539. VERPAKKING – Het Weens Koopverdrag integreert de verpakking in de definitie van conformiteit. De goederen zijn pas conform, als ook de verpakking geschiedde conform de overeenkomst of, bij gebreke van overeenkomst, volgens de gebruikelijke manier of, wanneer er geen gebruikelijke manier bestaat, op een manier die geschikt is om de goederen te beschermen en te behouden. Een treffend precedent met betrekking tot de verpakkingsregels betrof de verkoop van alternatoren door een Frans bedrijf aan een

(2474) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17-augustus 2017 ECLI:NL:GHARL:2017:3702, CISG-online nr. 2837.

(2475) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7514, CISG-online nr. 2933.

Duits bedrijf bestemd voor Martinique. Contractueel was op basis van een email-uitwisseling overeengekomen dat de alternatoren verpakt werden in een houten kist met een bodem van twee HEB-balken, met versterking door aan de balken gelaste stalen hoeken. Tijdens het lossen van één van de alternatoren uit een schip brak de bodem van deze kist (zonder dat weliswaar de alternator beschadigd was). De verzekeringsmaatschappij van de koper stelde dat de verpakking niet conform was. Het hof van beroep van Douai verwierp dit. De verpakking kwam overeen met de contractuele specificaties. Artikel 35.1 CISG was niet geschonden. Evenmin lag er een schending voor van artikel 35.2d CISG. Deze bepaling vereist dat de goederen verpakt zijn op de voor zodanige zaken gebruikelijke wijze of, indien er hiervoor geen gangbare handelwijze bestaat, op een met het oog op bescherming en behoud van de zaken passende wijze. De vraag of de alternatoren op een met het oog bescherming en behoud passende wijze zijn verpakt, moet slechts onderzocht worden indien de goederen niet verpakt zijn op de gebruikelijke manier voor goederen van het zelfde type. *In casu* bleek uit de technische documenten en foto's dat de betwiste kist in overeenstemming was met de verpakkingsvoorschriften die gelden voor de gehele markt van alternatoren. De koper beriep zich op één incident waarbij de bodem van de kist beschadigd was op een conceptiefout. Er werd echter op geen enkele manier aangetoond dat zich incidenten voordeden bij andere gelijkaardige kisten. Bovendien bewijst de verzekeringsmaatschappij niet de oorzaak van incident, in die zin dat dit niet te wijten is aan het transport of de personen belast met de uitlading (wat *in casu* gelet op de Incoterm onder de verantwoordelijkheid van de koper viel). Aan de verklaring van de bemanning en de lossers dat het breken van de bodem wellicht te wijten was aan de verkeerde conceptie kan weinig waarde worden gehecht want zij hadden er belang bij om zelf niet aansprakelijk gesteld te worden voor een verkeerd maneuver bij het lossen(2476).

540. SUBJECTIEF EN OBJECTIEF KARAKTER VAN NIET-CONFORMITEIT – Centraal voor de invulling van het concrete conformiteitsbegrip in het Weens Koopverdrag is het contract (art. 35.1 CISG). Sowieso vereist de geldigheid van het contract dat de essentialia van de koopwaar bepaald zijn (art. 14.1 CISG). Slechts wanneer partijen niets anders hebben bepaald, gelden de aanvullende objectieve conformiteitscriteria (art. 35.2 CISG). Conformiteit is dus een subjectief/objectief begrip(2477).

Om na te gaan wat partijen overeengekomen zijn, kan de rechter ook rekening houden met mondelinge verklaringen of mededelingen die gemaakt werden

(2476) CA Douai 17 Maart 2016, CISG-online nr. 2744

(2477) Antwerpen (4de bis k.) 26 juni 2017, 2015/AR/2441 en 2016/AR/197, niet-gepubliceerd: Op grond van artikel 870 Ger.W. is het aan de koper om aan te tonen dat de verkoper aansprakelijk is op grond van art. 35 CISG wegens het feit dat een wervelstroomrem behept zou zijn met een verborgen gebrek door de aanwezigheid en dichting in een verdeelstuk waar dit niet hoorde maakte deze hierdoor niet geschikt voor de doeleinden waarvoor goederen van dezelfde omschrijving gebruikelijk zouden gebruikt worden.

gedurende de onderhandelingen, ook al conflicteren die met later gemaakte schriftelijke (contracts)documenten. Voor koopcontracten onder het Weens Koopverdrag geldt, net als in het ~~Frans~~-Belgisch recht (art. 8:11 BW), niet de primauteit van het schriftelijke bewijs, tenzij partijen een no-oral modification clause hebben opgenomen(2478). Het Weens Koopverdrag wijkt hiermee af van rechtsstelsels die de *parol evidence rule* hanteren. Artikel 8.3 CISG stelt in dit verband dat, om de bedoeling van een partij te bepalen, naar behoren rekening moet worden gehouden met alle ter zake dienende omstandigheden van het geval, waaronder begrepen de onderhandelingen. Verder bepaalt artikel 11 CISG dat een koopovereenkomst door alle bewijsmiddelen, getuigen daaronder begrepen, kan worden bewezen. Dus kan een rechter of arbiter in principe rekening houden met de mondelinge mededelingen gedaan vóór of tijdens de onderhandelingen(2479). Een treffend voorbeeld betrof een verkoper die bij de verkoop van dakprofielen op de bestelbon de kleur “wit” had vermeld en de goederen dienovereenkomstig geleverd. Uit e-mail verkeer bleek nochtans dat de koper een specifiek type wit, nl. RAL-kleur 9002, wenste. De verkoper wilde de dakplaten met die specifieke kleur niet leveren aan de overeengekomen prijs en meende de RAL-kleur 9002 dan ook te hebben geweigerd via de bestelbon. De rechter was het daar niet mee eens en oordeelde dat de verkoper zich had moeten vergewissen van de wensen van de koper. De vermelding van “wit” op de bestelbon veranderde op dat punt niets. De verkoper was uiteindelijk ~~wel~~ niet gehouden tot enige schadevergoeding, omdat de koper zijn schadebeperkingsplicht niet had nageleefd en de dakprofielen toch had gemonteerd(2480).

a. *Aanvullende (subsidiare) bepalingen van de conformiteit*
(art. 35.2 CISG)

541. OBJECTIEVE CRITERIA TER VERTOLKING VAN PARTIJWIL – Om betwistingen over de vereisten over kwaliteit van de geleverde goederen te vermijden, nemen partijen vaak gedetailleerde bepalingen op in hun overeenkomst. In routine transacties vinden de partijen het meestal absurd en overbodig om voor de hand liggende verklaringen op te nemen (door bv. te bepalen dat een regenjas bescherming moet bieden tegen de regen, een uurwerk de tijd moet bepalen en dat een stoel in staat moet zijn om een gebruikelijk gewicht te dragen)(2481). In dit geval moet men op basis van een interpretatie van het contract komen tot de werkelijke betekenis van het contract. Artikel 35.2 Weens Koopverdrag omvat een aantal objectieve criteria om de conformi-

(2478) Zie hierover K. TROCH, “No oral modification bedingen” in S. De Rey, N. Van Damme en T. Gladinez (eds.), *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tilleman* (Antwerpen: Intersentia 2020), 53-68,

(2479): J. LOOKOFSKY, *Understanding the CISG in Scandinavia* (Kopenhagen: DJØF Publishing Copenhagen 2008), 755.

(2480) Gent 19 juni 2020, 2018/AR/1712, niet-gepubliceerd.

(2481) R.F. HENSCHER, *The conformity of goods in international sales* (Kopenhagen: Forlaget Thomson Gadajura 2005), 190

teit van de goederen te bepalen, voor zover het contract niet (voldoende) de vereisten bepaalt waaraan de koopwaar moet voldoen. In dit verband is de bestemming van de koopwaar van bijzonder belang. Hierbij gaat men uit van wat redelijke contractspartijen zouden hebben overeengekomen indien zij een specificatie van de koopwaar zouden hebben vastgelegd(2482).

542. PRIMAUTEIT VAN BIJZONDERE BESTEMMING (35.2B CISG) BOVEN GEWOONLIJKE BESTEMMING (35.2A CISG) – Ter zake moet altijd voorrang gegeven worden aan artikel 35.2b CISG boven artikel 35.2a CISG. Indien een bijzondere bestemming/bijzonder doel uitdrukkelijk of stilzwijgend ter kennis is gebracht aan de verkoper bij de sluiting van de overeenkomst, dan moet de koopwaar de kwaliteiten bezitten voor dit doel(2483). Alleen wanneer een bijzonder doel niet ter kennis is gebracht, moet de koopwaar geschikt zijn voor de doeleinden waarvoor zaken van dezelfde omschrijving gewoonlijk zouden worden gebruikt. Zo werd geoordeeld dat, indien dit niet uitdrukkelijk overeengekomen is, varkens niet (100%) vrij moeten zijn van de PPRS (Porcien Reproductief en Respiratoir virus). Dit virus is endemisch aanwezig, zodat een handel van 100% PPRS-virusvrije varkens niet de regel is. Normaal ligt de infectiegraad 80%. Bovendien ligt de incubatietijd rond de dertig dagen, waarbij de ziekte niet bij alle dieren effectief uitbreekt(2484).

b. Geschiktheid voor doeleinden waarvoor gewoonlijk gebruikt

1) Doeleinden van gebruik

543. ALGEMEEN – De geschiktheid van goederen voor doeleinden waarvoor zaken met dezelfde omschrijving normaal worden gebruikt, impliceert dat de geleverde goederen de gebruikelijke kwaliteiten moeten bezitten. Dit zijn de kenmerken die men normaal mag verwachten van de overeengekomen goederen(2485). Het doel waarvoor zaken met dezelfde omschrijving worden gebruikt, refereert zowel aan het i) onmiddellijk gebruik door de koper (bv. de verkoop van een machine of grondstoffen voor gebruik in de kopers fabriek); ii) de mogelijkheid om de goederen door te verkopen(2486); iii) het gebruik van goederen door derden (bv. door huur of leasing).

De assumptie is dat de goederen geschikt moeten zijn voor alle doeleinden waarvoor de goederen van dezelfde omschrijving normalerwijze worden

(2482) P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER en U. SCHROETER (eds.), “Art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 12.

(2483) D. SAIDOV, *Conformity of goods and documents* (Oxford: Hart Publishing 2015), 68.

(2484) OLG Hamm 30 november 2010, CISG-online nr. 2291.

(2485) C.M. BIANCA, M.J. BONELL en J. BARRERA GRAF, *Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna sales convention* (Milaan: Giuffrè 1987), 274.

(2486) S. DE GROOT, “Non-conformiteit volgens het Weens Koopverdrag. Een onderzoek naar de al dan niet uniforme wijze waarop rechters van verdragsstaten de artikelen 35, 38, 39, 40 en 44 van het CISG interpreteren en toepassen”, *TPR* 1999, (635) 643.

gebruikt(2487). Indien de goederen niet kunnen worden gebruikt voor al die doeleinden, maar slechts voor een aantal ervan, moet de verkoper de koper hiervan inlichten. Indien de goederen bestemd zijn voor commercialisatie, impliceert dit dat zij geschikt moeten zijn voor voortverkoop onder normale commerciële omstandigheden(2488). Een precedent uit de rechtspraak betrof een roze diamant, d.i. een diamant die door de verkoper door een bijzonder procedé werd behandeld. De partijen wisten dat het een nieuw product betrof waarvoor er nog geen markt bestond. De verkoper kon dan ook de waarde niet garanderen. Er werd niet aangetoond dat op het moment van de verkoop deze niet exceptioneel was. De geleverde steen was dan ook conform. Het feit dat het product nadien niet zo vlot verkocht verandert dat niet(2489).

Voor goederen bestemd voor voortverkoop aan een eindverbruiker binnen de EU, mag zo verwacht worden dat het geleverde goed (uiteindelijk) bij gebruik voldoet aan de vereisten gesteld door artikelen 6,7,8, 9 Richtlijn Consumentenkoop 2019(2490), met name dat het de kwaliteit en prestaties biedt die voor goederen van dezelfde soort normaal zijn en die de (relevante) markt, het algemene publiek of de gemiddelde consument(2491) redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van het goed en de eventuele door

(2487) S. KRÖLL “art. 35” in S. Kröll, L. Mistelis en P. Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (München: Beck 2018), nr. 73. Een voorbeeld in dit verband is levend vee dat bijvoorbeeld kan gekocht worden voor het fokken, voor het onmiddellijk slachten of het slachten na het voorafgaandelijk vetmesten. Volgens de auteurs moet aan alle drie vereisten voldaan zijn. Een andere stelling wordt verdedigd in OLG Schleswig-Holstein 22 augustus 2002, CISG-online nr. 710. *In casu* bekleog de koper zich over het feit dat de geleverde schapen te mager waren om onmiddellijk geslacht te worden. Om zich op de niet-conformiteit te kunnen beroepen moest echter bewezen worden dat de schapen werden aangekocht om onmiddellijk geslacht te worden en niet om nog voorafgaandelijk vetgemest te worden.

(2488) B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980* (Parijs: LGDJ 1990), 96.

(2489) Cour de Justice de Genève 12 maart 2010, CISG-online nr. 2426.

(2490) F. VAN DEN ABEELE en B. TILLEMANN, “Conformiteit in de Richtlijn Consumentenkoop 2019: heeft de berg een muis gebaard?” in I. Claeys en E. Terryn (eds.), *Nieuw recht inzake koop & digitale inhoud en diensten* (Antwerpen: Intersentia 2020), 91

(2491) Bundesgerichtshof 26 september 2012, VIII ZR 100/11 (*Nach Art. 35 Abs. 2 Buchst. a CISG entspricht eine gelieferte Ware, für die - wie hier - nichts anderes vereinbart ist, dem Vertrag nur, wenn sie sich für die Zwecke eignet, für die Ware der gleichen Art gewöhnlich gebraucht wird. Sie wird also den Anforderungen an ihren gewöhnlichen Gebrauch im Sinne dieser Bestimmung nur gerecht, wenn sie ganz allgemein den Erwartungen entspricht, die ein durchschnittlicher Nutzer bei Anlegung eines objektiven Maßstabs unter üblichen Verwendungsbedingungen zur Verwirklichung des normalen Gebrauchszwecks an sie stellt*) (Volgens artikel 35.2a CISG, is een geleverd goed, waarvoor niets anders is overeengekomen, alleen in overeenstemming is met het contract indien het geschikt is geschikt voor de doeleinden waarvoor goederen van dezelfde soort gewoonlijk worden gebruikt. Het voldoet dus alleen aan de doeleinden waarvoor zaken van dezelfde omschrijving gewoonlijk zouden worden gebruikt als het volledig geschikt is voor het doel waarvoor het normaal gesproken wordt gebruikt. Dit betekent dat zij in algemene zin beantwoordt aan de verwachtingen die een gemiddelde gebruiker koestert wanneer hij met toepassing van een objectieve norm, onder normale gebruiksomstandigheden gebruik maakt van het goed om het normale doel van het gebruikte goed te bereiken.

de verkoper, de producent of zijn vertegenwoordiger publiekelijk gedane mededelingen over de bijzondere kenmerken ervan, namelijk bij de reclame en de etikettering(2492). Of goederen geschikt zijn voor andere doeleinden dan waarvoor zij gebruikelijk worden aangewend, moet worden bepaald op een objectieve manier, m.n. door te onderzoeken wat een handelaar in de betrokken normalerwijze zou verwachten.

2) Kwaliteitsstandaard van de koper of verkoper?

544. PROBLEEMSTELLING: DIVERSITEIT VAN (NATIONALE) TECHNISCHE VOORSCHRIFTEN – Een van de voornaamste moeilijkheden die het vereiste van een redelijke kwaliteit met zich brengt, vloeit voort uit de grote nationale verscheidenheid aan dwingende technische normen en andere kwaliteitscriteria. Moet bijvoorbeeld een Spaans bedrijf dat scharrelkippen wil verkopen aan een Belgische koper, rekening houden met de strenge Belgische regels die het maximumgehalte aan dioxine bepalen? Of vervult het bedrijf zijn verplichting conforme goederen af te leveren, wanneer hij de Spaanse regels naleeft(2493)? De normen die gelden in het land van de verkoper verschillen immers vaak van de normen die gelden in het land van de koper, ondanks pogingen tot harmonisatie door verscheidene supra- of internationale organisaties.

De meerderheid in de rechtsleer argumenteert dat de verkoper in principe alleen rekening moet houden met die regels die gelden op het grondgebied waar hij gevestigd is(2494), in de mate dat een verkoper in de regel zijn producten produceert voor de binnenlandse markt(2495). Dit was aan de orde in een verkoop door een Nederlands bedrijf aan een Engels bedrijf. Dat het de verkoper bekend was dat de koper het paard wilde gebruiken als een dekhengst voor de fokkerij in het Verenigd Koninkrijk brengt niet zonder meer mee dat van de Nederlandse verkoper Koning Sport Horses kan worden geëist dat het paard voldoet aan de maatstaven voor de geschiktheid van fokkerij in het Verenigd Koninkrijk. Het uitgangspunt is immers dat zaken moeten voldoen aan de eisen die gelden in het land van de verkoper, tenzij de verkoper op de hoogte is of geacht moet worden op de hoogte te zijn geweest van de geldende eisen in het land van bestemming. Uit het feit dat de Koning Sport Horses een beroepsmatige paardenhandelaar is, volgt niet zonder meer dat zij op de hoogte was of geacht moet worden op de hoogte te zijn geweest van de maatstaven voor geschiktheid van paarden voor de fokkerij in het Verenigd Koninkrijk. Bovendien heeft de koper LG Sporthorses met het

(2492) P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER en U. SCHROETER (eds.), “Art. 35” in *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 14.

(2493) H. VAN HOUTTE en P. WAUTELET “Obligations des parties et sanctions des obligations dans la cvim”, *RDAI* 2001 (3), (293) nr. 22.

(2494) S. KRÖLL “art. 35” in S. Kröll, L. Mistelis en P. Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (München: Beck 2018), nr. 94.

(2495). V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme* (Parijs: LGDJ 2000), 255.

oog op de fokkerij een klinische goedkeuring van het paard als opschortende voorwaarde voor de totstandkoming van de koopovereenkomst gesteld. Het is evenmin betwist dat LG Sporthorses daaraan, buiten een onderzoek van het sperma geen aanvullende eisen heeft verbonden. Daaruit volgt dat de LG Sporthorses erop vertrouwd heeft dat het paard bij klinische goedkeuring en deugdelijkheid van het sperma geschikt zou zijn voor de fokkerij in het Verenigd Koninkrijk, zodat de Nederlandse verkoper Koning Sporthorses daar redelijkerwijze mocht op vertrouwen. Dit betekent dat de vraag of het paard ten tijde van de levering geschikt was voor de fokkerij aan de hand van de Nederlandse maatstaven moet worden beoordeeld. Op grond van vorenstaande kan, ook indien komt vast te staan dat één of meer van de cataracten van het paard ten tijde van de levering aanwezig waren, niet worden vastgesteld dat het paard niet beantwoordt aan de overeenkomst tussen partijen(2496).

Anderen menen dat men in principe de normen moet toepassen van de koper. Nog anderen nemen aan dat ter zake geen algemene regels gelden en dat geval per geval moet worden beoordeeld of de normen van de verkoper, de koper dan wel van een derde staat gelden. Zo zouden andere regels kunnen gelden indien de verkoper zelf actief de markt van de koper prospecteert, vermits het niet redelijk is dat een koper zou moeten verwachten andere waren te krijgen omwille van de buitenlandse nationaliteit van de leverancier(2497). In bepaalde gevallen gelden dan weer internationaal aanvaarde minimumnormen(2498). Een illustratie in dit verband betrof een uitspraak over de verkoop van bevroren vis door een Nederlandse onderneming aan een Oostenrijkse onderneming om te importeren naar Letland. De rechter beval te onderzoeken of er effectief een internationaal aanvaard gebruik bestaat dat bevroren vis in principe geacht moet worden te zijn gevangen in het lopende jaar tenzij anders overeengekomen(2499).

Er zijn situaties waarin het niet mogelijk is om op basis van een interpretatie van de overeenkomst te achterhalen welke norm partijen hebben vastgelegd om te bepalen of de goederen geschikt zijn voor de doeleinden waarvoor ze normaal geschikt zijn. In dergelijke gevallen hangt de beslissing af van de partij die het risico moet dragen dat de goederen niet kunnen worden gebruikt voor datgene wat de partijen als het normale gebruik beschouwen. In dergelijke gevallen gaat men uit van een vermoeden om te bepalen of het de norm van de koper, de verkoper of een derde staat is die doorslaggevend moet zijn.

(2496) Rb. Rotterdam 23 mei 2018, CISG-Online nr. 4751. Vgl. Retten i Horsens 7 december 2012, CISG-online nr. 2555, CLOUT Case nr. 1398: (in deze casus werden medische letsels vastgesteld die al aanwezig waren en die van aard waren dat zij verhinderden dat het paard dat aangekocht werd voor competitiejumping niet conform is).

(2497) V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme* (Parijs: LGDJ 2000), 256 nr. 294.

(2498) P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER en U. SCHROETER (eds.), “Art. 35” in *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 16.

(2499) OGH 27 februari 2003, IHR 2004/1, 25, CLOUT Case nr. 477.

In theorie en praktijk is de meerderheidsopvatting dat de verkoper niet geacht kan worden de normen van de staat van de koper te kennen. Dit kan ook op economische gronden worden verantwoord, vermits de koper veel goedkoper en efficiënter de informatie kan verkrijgen dan de verkoper(2500). Steun voor die opvatting vindt men ook in artikel 6.1.14 a Unidroit Principles, dat als volgt luidt: *“Where the law of a State requires a public permission affecting the validity of the contract or its performance and neither that law nor the circumstances indicate otherwise (a) if only one party has its place of business in that State, that party shall take the measures necessary to obtain the permission”*.

In de lijn van de mijlpaalbeslissing van het *Bundesgerichtshof* over Nieuw Zeelandse mosselen(2501) ligt een beslissing van de rechtbank van koophandel te Hasselt. Een Brits bedrijf bestelde bij een Belgische firma trappen, ‘uitgevoerd met de bovenzijde glad uit de mal’. Tevens is er sprake van een pvc-antislipneus. Naderhand werden de trappen evenwel geweigerd, omdat de trappen niet overeenkomstig de Britse technische normen werden vervaardigd. Deze normen zouden voorschrijven dat treden moeten zijn uitgerust met een geïntegreerde antislipneus, waardoor de treden bij de productie niet glad kunnen worden afgewerkt, maar moeten uitgerust met een uitsparing. De rechtbank van koophandel te Hasselt overwoog: *“wanneer een koper een bestelling plaatst voor producten bestemd voor introductie en gebruik in het buitenland, van de verkoper redelijkerwijze niet mag verwacht worden zich in te lichten over de technische regels die in dat buitenlands land van toepassing zijn, tenzij de verkoper het initiatief heeft genomen om de markt te prospecteren wat hier niet het geval is. Het voorzien van een uitsparing gaat in casu trouwens in tegen de duidelijke contractuele bepaling dat de trappen worden uitgevoerd met de bovenzijde glad uit de mal”*(2502).

In dezelfde lijn ligt een uitspraak van de rechtbank van Rotterdam met betrekking tot een overeenkomst voor de aanbrenging van een brandwerende coating door een Belgisch bedrijf in Rotterdam. *In casu* was de Nederlandse norm veel strenger dan de Europese norm waaraan was voldaan. De rechtbank stelt voorop dat bij toepassing van artikel 35 CISG geldt dat een standaard, die geldt in het land van de koper en van de verkoper in het algemeen in acht moet worden genomen en dat, in het geval de standaarden in het land van de koper hoger zijn dan in het land van de verkoper, de koper dit feit onder de aandacht van de verkoper moet brengen. Het enkele feit dat de koper de verkoper heeft geïnformeerd over de plaats waar de zaken gebruikt zullen worden, volstaat niet om een verplichting van de verkoper aan te nemen om de publiek-rechtelijke vereisten van dat land in aanmerking te nemen. Een verplichting

(2500) R.F. HENSCHÉL, *The conformity of goods in international sales* (Kopenhagen: Forlaget Thomson Gadajura 2005), 200-201.

(2501) BGH 8 maart 1995, *RIW* 1995, 595 = *EuZw* 1995, 447 = *NJW* 1995, 2099.

(2502) Kh. Hasselt (4de k.) 2 oktober 2007, *RW* 2008-09, 548.

tot het in acht nemen van publiekrechtelijke regelgeving in het land van de koper mag slechts worden aangenomen wanneer de verkoper op de hoogte is of verondersteld mag worden op de hoogte te zijn van het bestaan van die vereisten. *In casu* stond tussen partijen vast dat het probleem met het product van Eyroflam was gelegen in het feit dat de dienst Bouw- en Woningtoezicht van de gemeente Rotterdam haar goedkeuring weigerde, omdat de berekening van de benodigde laagdikte voor een brandvertragendheid van 90 minuten door Eyroflam niet was uitgevoerd op basis van de Nederlandse NEN-norm 6072, maar op basis van (algemene) Europese NEN-norm 6072. *In casu* bleek niet dat de koper PCC (of eventueel Besix) aan Eyroflam voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst kenbaar had gemaakt dat de Nederlandse standaard hoger was dan de Europese. Evenmin is gesteld of gebleken dat de verkoper Eyroflam hiervan voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst op de hoogte was of verondersteld mocht worden daarvan op de hoogte te zijn. Daarom was de rechtbank van oordeel dat niet aan de Belgische verkoper Eyroflam kan worden verweten dat haar product niet door de Rotterdamse Bouw- en Woningtoezicht werd goedgekeurd. Van non-conformiteit in de zin van artikel 35 CISG kan daarom geen sprake zijn(2503).

Bij wijze van conclusie kan men stellen dat het raadzaam is dat partijen steeds bepalingen over de kwaliteit van de goederen opnemen. De koper mag er immers niet zomaar van uitgaan dat in zijn land dezelfde kwaliteit-snormen gelden als in het land van de verkoper. De koper moet daarenboven extra aandacht hebben voor kwaliteitsbepalingen wanneer hij de goederen naar een derde land exporteert(2504). Men kan contractueel bepalen welke partij (de koper of de verkoper) de verplichting/het risico draagt om te verzekeren dat goederen bruikbaar of verhandelbaar zijn in een welbepaalde bestemming(2505).

545. ELEMENTEN VAN CONFORMITEIT VOOR DOEL WAARVOOR ZAAK NORMAAL GEBRUIKT: DUURZAAMHEID – De conformiteit voor de doeleinden waarvoor de zaken gewoonlijk worden gebruikt omvat verschillende facetten zoals de duurzaamheid, d.i. de vraag of het goed kan gebruikt worden voor de gebruikelijke doeleinden voor een gebruikelijke periode (wat een functie is van de aard/prijs van de betrokken goederen), de mogelijkheid om een transport te doorstaan(2506), het al dan niet nieuw of tweedehandskarakter(2507) of de noodzaak aan vervangingsonderdelen of herstellingen. De waarborg voor duurzaamheid blijkt uit artikel 36.2 CISG(2508). De verkoper is tevens

(2503) Rb. Rotterdam 15 oktober 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG2022.

(2504) H. VAN HOUTTE en P. WAUTELET, “Obligations des parties et sanctions des obligations dans la cvim”, *RDAI* 2001 (3), (293) nr. 22.

(2505) D. SAIDOV, *Conformity of goods and documents* (Oxford: Hart Publishing 2015), 53.

(2506) *Ibidem*, 127.

(2507) *Ibidem*, 126.

(2508) *Ibidem*, 90-92.

aansprakelijk voor elk niet-beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst hetwelk optreedt na het in het voorgaande lid genoemde tijdstip en te wijten is aan een tekortkoming in de nakoming van een van zijn verplichtingen, waaronder begrepen een garantie dat de zaken gedurende een bepaalde tijd geschikt zullen blijven voor het doel waarvoor zij normaal bestemd zijn of voor enigerlei bijzonder doel, dan wel nader aangegeven hoedanigheden of kenmerken zullen behouden.

Bij een tweedehandsvrachtwagen werd het verkeerde bouwjaar (1997 i.p.v. 1995) op de verkoopfactuur en op het verkoopdocument opgegeven. De verkoper benadrukt – en bewijst overigens aan de hand van een faxbericht de koper – dat 1997 het jaar van indienstneming is. Blijkens deze inlichtingen werd het betreffend voertuig geproduceerd in 1995, maar werd het pas op 15/7/1997 in dienst genomen. Dit verklaart de vergissing over het bouwjaar. De koper bewijst ook hier het wezenlijk karakter van deze verkeerde vermelding niet, althans niet voor zover zij argumenteert dat het feit dat de vrachtwagen twee jaar ouder was dan vermeld, (mede) aan de basis lag van de technische mankementen die zij na de levering ondervond. Dit kan trouwens moeilijk bijgetreden worden nu blijkt – en door koper ook niet meer ernstig tegengesproken wordt – dat de vrachtwagen pas medio 1997 voor het eerst in dienst werd genomen, zodat hij normaliter pas van dan af gebruik- en slijtageverschijnselen kon gaan vertonen zijn. De koper bewijst bovendien niet dat deze vergissing van bouwjaar haar in de onmogelijkheid heeft geplaatst om het voertuig vooralsnog in te schrijven in België en het te laten keuren. Zij legt hierover geen stukken voor die deze beweerde causaliteit aantonen of zelfs maar enigszins waarschijnlijk maken. Zo bewijst de koper geen inbreuk op artikel 35.2a CISG(2509).

De vereiste duur voor de functionering is niet beperkt tot de tweejarige vervalt termijn van artikel 39.2 CISG. De conformiteit kan een functionering vereisen gedurende een langere periode van twee jaar, ook al wordt omwille van de rechtszekerheid vereist dat de koper zich binnen de twee jaar na de datum waarop de zaken feitelijk aan de koper werden afgegeven, de koper hiervan in kennis stelt. Sowieso kan de termijn van twee jaar contractueel verlengd worden. Bovendien kan de verkoper zich niet beroepen op de tweejarige garantietermijn en niet (tijdige) naleving van keurings- en klachtplicht, indien het niet-beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst betrekking heeft

(2509) Gent 24 maart 2010, CISG-online nr. 2881.

op feiten die hij kende of waarvan hij niet onkundig had kunnen zijn en die hij niet aan de koper heeft bekend gemaakt (art. 40 CISG)(2510).

546. VEILIGHEID – Het Weens Koopverdrag bevat geen veiligheidsvoorwaarden. Dat laat zich verklaren doordat artikel 5 CISG het verdrag niet van toepassing verklaart op de aansprakelijkheid van de verkoper voor dood of letsel veroorzaakt door zaken. Het verdrag regelt niet hoe de producent en de opeenvolgende verkopers eventueel op deze grond aansprakelijk zullen worden gesteld voor schadeloosstelling. Dit belet niet dat de koper gemachtigd kan zijn om zich te beklagen over een gebrek aan veiligheid en de rechtsmiddelen aan te wenden die voorzien zijn bij niet-conforme levering. De conformiteit vereist dat de geleverde goederen veilig zijn in gebruik, d.w.z. dat zij geen gevaar mogen creëren of schade voor leven of eigendom opleveren, die een gebruiker normalerwijze niet verwacht(2511). Zo leverde een Duitse grondstoffenleverancier klei om aardappelen te sorteren in functie van het zetmeelgehalte, waarbij de aardappelen met een hoog zetmeelgehalte gebruikt werden voor de voedingssector en die met een laag zetmeel gehalte om samen met de aardappelschillen ongereinigd voor veevoeder verwerkt te worden. De leverancier was op de hoogte dat de klei een hoog gehalte van dioxine bevatte vermits hij het verbod kreeg om de klei te commercialiseren als een additief in de voedselproductie. De klei was niet bruikbaar voor de gebruikelijke doeleinden. De klei moest bij afwezigheid van enige bijzondere afwijkende afspraak immers niet alleen conform zijn met de regulering van voedsel voor menselijke consumptie maar ook met de wetgeving voor veevoeder, vermits het gebruikelijk is in de betrokken sector dat aardappelen die niet geschikt zijn voor menselijke consumptie gebruikt wordt voor de voorbereiding van diervoeder, zodat dit doel valt binnen de doeleinden waarvoor zaken van dezelfde omschrijving gewoonlijk worden gebruikt (art. 35.2a CISG). De koper kon redelijkerwijze verwachten dat de aardappelen geschikt waren voor diervoeding zonder dat het nodig was om die te reinigen. Dit is des

(2510) S. KRÖLL “art. 35” in S. Kröll, L. Mistelis en P. Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (München: Beck 2018), nr. 6. Voor toepassingen bv. Cour d’appel Lyon 18 mei 2017, CISG-online nr. 2917 (in casu veroorzaakte de gebrekkige kwaliteit van staalplaten van een kruiwagen een ongeval – de leverancier had de opgegeven kwaliteit van staal niet gebruikt ofschoon de garantiecertificaten waren afgeleverd van het vereiste staaltype. In dit geval kan de verkoper zich niet beroepen op een verval van het recht om zich op de niet-conformiteit te beroepen bij gebrek aan keuring bij de ontvangst, nu de verkoper zelf niet onwetend kon zijn over het gebrek aan conformiteit.); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, CISG-online nr. 5495 (In plaats van de bestelde geanodiseerde Schletter klemmen (voor het vastmaken van zonnepanelen) werden zwart gelakte klemmen geleverd. De rechtbank verwierp het verweer van de verkoper ter afwijking van de vordering van de koper dat de klacht van niet-conformiteit niet tijdig was gedaan. De verkoper wist immers dat zij geen geanodiseerde klemmen leverde maar gelakte klemmen, maar had dat aan de koper niet gemeld. Uit artikel 40 CISG volgt dat de verkoper dan geen beroep kan doen op de klachtplicht van de koper).

(2511) C. BRUNNER en B. GOTTLIEB (eds.), *Commentary on the UN Sales Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer 2019), 238.

te meer het geval vermits het reinigingsproces niet verplicht was onder de geldende wetgeving en ook niet gebruikelijk was(2512).

547. GOEDEREN DIE NORMALE KWALITEIT NIET VERTONEN – Goederen die niet de normale kwaliteit vertonen, zijn bijvoorbeeld:

Een *borstimplantaat* dat begint te scheuren na de inplanting of maanden of enkele jaren daarna, met lekkage van de gel of vulvloeistof in het lichaam van de patiënte, is niet conform aan te merken in de zin van art. 35.2 CISG. Dergelijk implantaat is niet geschikt voor het doel waarvoor ze bestemd is, nl. een esthetische en medische verantwoorde duurzame opname in een menselijk lichaam(2513);

In een geschil voor het hof van beroep te Gent stelde de koper dat de *geleverde tweedehandsvrachtwagen niet geschikt was voor de doeleinden waarvoor hij was aangekocht, namelijk bulkvervoer*. Het verkoopdocument noch de verkoopfactuur vermelden bijzondere kwalificaties waaraan de vrachtwagen moest voldoen. Derhalve moet de vrachtwagen enkel voldoen aan de gebruikelijke kwaliteiten. De koper meldt tevens dat de vrachtwagen enkele ondeugdelijke en technische mankementen heeft (bijv. enkele problemen met versnellingspook en met de waarschuwingslichtjes van de boordcomputer waarvoor telkens een duw op een knop nodig bleek om deze uit te schakelen). Het hof stelde dat het herstel van kleinere defecten niet abnormaal is als men rekening houdt met de staat van de vrachtwagen. Van een tweedehands vrachtwagen met bijna 550.000 km kan bezwaarlijk verwacht worden dat hij nog is zoals een splinternieuwe vrachtwagen; de defecten die zich voordeden zijn in dat opzicht zelfs normaal te noemen en zijn in ieder geval niet dermate overdreven en buitensporig dat de vrachtwagen niet meer voldeed of kon voldoen aan zijn normale en gebruikelijk bestemming(2514).

c. *Geschiktheid voor een bijzonder doel*

548. ARTIKEL 35.2B CISG – Tenzij partijen anders zijn overeengekomen, beantwoorden de zaken slechts aan de overeenkomst indien: “*zij geschikt zijn voor een bijzonder doel dat uitdrukkelijk of stilzwijgend aan de verkoper ter kennis is gebracht op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst, tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de koper niet vertrouwde of redelijkerwijze niet mocht vertrouwen op de vakbekwaamheid van het oordeel van de koper*”.

(2512) BGH 26 september 2012, VIII ZR 100/11.

(2513) Antwerpen (4de k.) 26 oktober 2009, *Limb.Rechtsl.* 2010, (180) 187, noot P. VANHELMONT.

(2514) Gent 24 maart 2010, 2007/AR/2975, *juportal.be*, nr. 3.3.2.1.

1) Bijzonder doel

549. NOTIE – Een bijzonder doel is een doel verschillend van dat waarvoor goederen van dezelfde omschrijving normalerwijze gebruikt worden. Een doel waarvoor een goed slechts zelden of occasioneel gebruikt wordt, wordt geacht een bijzonder doel te zijn dat valt binnen artikel 35.2b CISG(2515).

In bepaalde gevallen kan een bijzonder doel niet bewezen worden. Dit zal onder meer het geval zijn bij een ruime omschrijving van de goederen die verschillende normale bestemmingen kunnen hebben en een goed kan dienen voor sommige maar niet voor alle bestemmingen. Artikel 35.2b CISG kan ook een gebruik voor de normale bestemming impliceren maar het vereist wel dat er een bestemming is gecommuniceerd. Indien een goed verschillende bestemmingen kan hebben, dan kan de verkoper niet weten voor welke van de normale bestemmingen het goed zeker geschikt moet zijn. Een koper die zich wenst te beroepen op ~~art.~~ 35.2b CISG moet dan ook bewijzen de koper expliciet of impliciet in kennis werd gesteld van de beoogde normale bestemming(2516).

Een typisch voorbeeld van een geschiktheid voor een bijzonder doel kan zijn dat de goederen gebruikt moeten worden in speciale klimatologische omstandigheden, bv. in arctische of tropische gebieden (met uitzonderlijke temperaturen, vochtigheidsgraad) waar goederen van dezelfde omschrijving normaal niet worden gebruikt. Het bijzondere doel kan ook betrekking hebben op de vereiste dat goederen bijzonder duurzaam of sterk moeten zijn of voldoen aan de specifieke reglementering die geldt in het land waar de goederen gecommmercialiseerd moeten worden(2517). Een andere illustratie betrof de verkoop van XLS/kabels. Wanneer deze kabels bovengronds worden gebruikt, werd niet betwist dat zij de eigenschappen hebben en voldoen aan de specificaties in de overeenkomst en zoals die ook vermeld worden in bijhorende datasheets. De verkopers stellen dat de kabels gewoonlijk boven de grond worden gebruikt en dan in de buitenlucht bestand zijn tegen weersinvloeden. Noch in de tekst van de overeenkomsten noch in daarbij behorende datasheets is vermeld dat dit type kabel geschikt is om in de grond te worden gelegd. Als de koper stelt dat de kabels niet geschikt zijn om in de grond te worden gelegd beroept hij zich op een bijzonder overeengekomen gebruik *c.q.* bijzondere eigenschap van deze kabel. Van een overeengekomen bijzonder gebruik *c.q.* bijzondere eigenschap is sprake indien dit uitdrukkelijk of stilzwijgend door de koper aan de verkoper ter kennis is gebracht en wel op het

(2515) R.F. HENSCHEL, *The conformity of goods in international sales* (Kopenhagen: Forlaget Thomson Gadjura 2005), 222.

(2516) D. SAIDOV, *Conformity of goods and documents* (Oxford: Hart Publishing 2015), 76.

(2517) C. WITZ en P. SCHLECHTRIEM, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* (Parijs: Dalloz 2008), 207, nr. 206.

tijdstip van het sluiten van de overeenkomst. Nu de koper dit niet kon bewijzen werd de verkochte kabels conform bevonden(2518).

In een andere zaak beroept een koper zich op een inbreuk van artikel 35.2a CISG door te stellen dat de geleverde tweedehandse vrachtwagen niet geschikt was voor de doeleinden waarvoor hij gekocht was, nl. bulkvervoer. Noch het verkoopdocument door de zaakvoerder van de koper ondertekend, noch de verkoopfactuur van diezelfde datum vermeldde bijzondere kwalificaties waaraan de vrachtwagen moest voldoen. De vrachtwagen moest derhalve voldoen aan de gebruikelijke kwaliteiten(2519).

Een ander voorbeeld kan zijn dat de goederen op een speciale manier moeten kunnen worden gebruikt. Een paard Wiona werd aangekocht op naam van Silver Star Farms, die zich toegede op het fokken, trainen en verkopen van spring- en dressuurpaarden voor de mondiale topsport. De koper beweert nadien dat uit de FEI papieren die dateren van voor de verkoop volgt dat het paard niet geschikt was voor wedstrijden op niveau 145-150 cm hoogte. Hieruit bleek dat het paard na juni 2015 niet meer heeft gereden. De rechtbank verwierp dit. Ten tijde van de koop was dit voor de koper zonder meer kenbaar. Het FEI is immers een openbaar register dat alle resultaten van internationale springconcoursen waaraan Wiona heeft deel genomen vermeldt. De stelling dat de koper dit niet heeft bekeken, acht de rechtbank ongeloofwaardig. Als dit al het geval zou zijn geweest, komt dit geheel voor haar rekening. Bovendien betreft de notering in FEI enkel internationale wedstrijden. Het is zeker mogelijk dat het paard na juni 2015 aan nationale wedstrijden in Rusland heeft deelgenomen. Het paard is op verzoek van de trainer bereiden door een ruiter die haar beter vond dan het paard waarmee hij naar de Olympische Spelen was gegaan. Daarvan is beeldmateriaal aan de koper toegestuurd. Onweersproken is dat het paard daarbij de hoogste sprongen heeft uitgevoerd, van 155cm - 160cm. Vervolgens heeft de trainer zelf op Wiona gereden en heeft hij haar eveneens deze “*big jumps*” laten springen. Uit deze tests en uit de resultaten van FEI blijkt dat Wiona wel degelijk op het moment van verkoop op het gewenste niveau en hoogte 140-150, maar ook 145-155 cm kon presteren(2520).

2) Uitdrukkelijke of impliciete kennisgeving van het bijzondere doel

550. GEEN (STILZWIJGENDE) OVEREENKOMST VEREIST – Een koper kan in principe niet verwachten dat goederen geschikt zijn voor een bijzonder doel, waarvoor goederen van dezelfde omschrijving normalerwijze niet geschikt zijn. Een dergelijke bijzondere bestemming moet in principe – al was het maar

(2518) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 december 2019, ECLI:NL:RBOBR:2017:3342, CISG-online nr. 5163.

(2519) Gent 24 maart 2010, CISG-online nr. 2881.

(2520) Rb. Oost-Brabant 28 november 2018 ECLI:NL:RBOBR:2018:5905.

stilzwijgend – overeengekomen zijn. Volgens artikel 35.2b CISG volstaat het weliswaar dat het bijzonder doel ter kennis is gebracht door de koper op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst en dat hij daarbij vertrouwde op de vakbekwaamheid en het oordeel van de koper. Men moet dus het bijzonder doel niet uitdrukkelijk in de overeenkomst opnemen. Zo'n vereiste zou immers ten onterechte de aansprakelijkheid van de verkoper beperken om goederen af te leveren die geschikt zijn voor een bijzonder doel. Wanneer men echter de bijzondere kwaliteit slechts stilzwijgend ter kennis brengt, bestaat het risico dat de verkoper niet uit de omstandigheden afleidt dat de goederen geschikt moeten zijn voor een bijzonder doel. In dat geval moet men nagaan of hij al dan niet is opgetreden als een 'normale' verkoper. Het volstaat derhalve dat een redelijke verkoper het bijzondere doel zou hebben afgeleid uit de omstandigheden.

De verkoper bood de koper via haar tussenpersoon zware stookolie aan. Zij verstrekke een blad met gegevens en verzocht de kopers zelf te controleren om zelf te controleren of de zware stookolie geschikt was voor zijn industriële installatie. *In casu* bestelde de koper het product zonder de verkoper om nadere informatie te vragen. Het is waar dat de koper zich ervan bewust was dat Schroefpompen, zoals die door de koper worden gebruikt, problemen hebben met zware olie. Hiervoor was olie met grote viscositeit vereist. De verkoper was er echter niet van op de hoogte dat de eiser schroefpompen gebruikte. Voor de meeste afnemers van zware stookolie (staalfabrieken, cementfabrieken en kopersmelterijen) is het sedimentaantal irrelevant. Men kan niet aan de verkoper vragen om standaard uitvoerige informatie te verschaffen over de hoeveelheid sediment omdat dit voor de meeste kopers irrelevant was. Er was ook geen gebruik in de sector om een dergelijke informatie standaard te verschaffen. De koper had de bijzondere bestemming voor de bestelde zware olie moeten melden(2521).

3) Vertrouwen op vakkennis en oordeel verkoper

551. *IN CONCRETO TE BEOORDELEN* – De laatste vereiste is dat uit de omstandigheden blijkt dat de koper vertrouwt of redelijkerwijze mocht vertrouwen op de vakkennis en het oordeel van de verkoper. Deze vereiste is ingegeven om het onevenwicht te herstellen tussen de partijen die in het voordeel van de koper overhelt, nu de verkoper een verplichting wordt opgelegd door de kennisgeving van het bijzonder doel door de koper. De verkoper kan zich verweren tegen deze impliciete verplichting door te stellen dat het onredelijk was voor de koper om op de vakkennis of oordeel van de verkoper te vertrouwen(2522). De omstandigheden waarin de koper niet op de vakbekwaamheid of op het oordeel van de verkoper kan steunen, kunnen niet op voorhand gespecificeerd worden, maar moeten telkens *in concreto* vastgesteld worden.

(2521) OLG Graz 19 juni 2013, CISG-online nr. 2461.

(2522) D. SAIDOV, *Conformity of goods and documents* (Oxford: Hart Publishing 2015), 96.

We kunnen stellen dat het al dan niet kunnen rekenen op de vakbekwaamheid van de verkoper afhangt van de respectievelijke technische competenties van beide partijen(2523).

Een treffende illustratie biedt een bestelling door een Duits landschapsbureau van 10 prunus herbergi bij een Nederlands boomschool om aan te planten in Angers (Erlangen/Beieren). Nadien beweerde de koper dat deze bomen niet voldoende wintervast waren voor de klimaatzone van Beieren. Uit een deskundigenonderzoek bleek dat deze planten inderdaad maar geschikt waren voor een winterhardzone 5b. De betrokken zone was een winterhardzone 5a, zodat zij slechts in zeer beveiligde omstandigheden kunnen gedijen. Voor de voorsz. bestemming waren zij ongeschikt. *In casu* hadden partijen echter geen afspraken gemaakt over andere aspecten dan over de aard en het aantal planten. Over de specifieke eigenschappen (waaronder de wintervastheid) werd niets afgesproken. De geleverde planten zijn voor de normale bestemming geschikt maar niet voor de specifieke bestemming. Krachtens artikel 35.2 CISG is er enkel een niet-conformiteit indien het bijzonder doel uitdrukkelijk of stilzwijgend aan de verkoper ter kennis is gebracht op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst. *In casu* zou dit bijzonder doel kunnen worden afgeleid uit de aangegeven plaats van aanplanting/levering. Dat vertrouwen voor de geschiktheid voor het specifieke doel geldt echter niet wanneer uit de omstandigheden blijkt dat de koper niet vertrouwde of redelijkerwijs niet mocht vertrouwen op de vakbekwaamheid en het oordeel van de verkoper. *In casu* was de koper een landschapsbureau dat in de betreffende omgeving actief was. Zij kon de geschiktheid dan ook beter inschatten dan de verkoper. Zij beschikte over een grotere deskundigheid dan de verkoper. Derhalve kan niet worden gesteld dat de koper hier (redelijkerwijze) vertrouwde op de vakbekwaamheid van de verkoper(2524).

Bij een invoer van vrachtwagens van Nieuw Zeeland naar Australië stootte de koper – een gespecialiseerd transportbedrijf – op aanzienlijke administratieve moeilijkheden om de aangekochte vrachtwagens te gebruiken o.m. wegens het ontbreken van de vereiste immatriculatieplaat. De verkoper had een advertentie geplaatst in Australië waarin het meldde dat het in het verleden al wagens geëxporteerd had naar Australië. Toch werd het feit dat de geïmporteerde vrachtwagens niet onmiddellijk conform waren met de bijzondere reglementering voor de erkenning van vrachtwagens om te mogen rijden in Australië niet als een niet-conformiteit gekwalificeerd. De verkoper had immers de koper uitdrukkelijk aangeraden om beroep te doen op een gespecialiseerde tussenpersoon voor de import en conformiteit met de Australian Design Rules. Hierdoor grensde de verkoper zelf zijn verantwoordelijkheid

(2523) *Ibidem*.

(2524) LG Coburg 12 oktober 2006, CISG-online nr.1447.

af. Bovendien was de koper zelf een gespecialiseerd transportbedrijf zodat zij zelf het ontbreken van een immatriculatieplaat kunnen vaststellen(2525).

Wanneer de koper de goederen selecteert en grondig onderzoekt voor de aankoop(2526), het fabricatieproces beïnvloedt, specifieke en zeer gedetailleerde aanwijzingen geeft of op een bepaald merk aandringt, dan kunnen we daaruit afleiden dat hij niet vertrouwt op de vakbekwaamheid van de verkoper, vermits hij zelf perfect op de hoogte was(2527). De koper kan in die gevallen niet in rechte optreden, indien de verkoper nauwkeurig deze richtlijnen gevolgd heeft en de producten ongeschikt blijven voor het gebruik waartoe ze bestemd zijn. Dit gebrek is volledig toerekenbaar ~~zijn~~ aan de koper, vermits in werkelijkheid zijn plannen en technische richtlijnen gebrekkig waren. De koper kan bovendien niets ondernemen indien hij zijn bestelling handhaafde, ondanks het feit dat de verkoper hem verwittigde dat zijn producten niet geschikt waren voor het gebruik waartoe de koper ze bestemt(2528).

Een treffende illustratie biedt een recente uitspraak van het hof van beroep te Gent. Het betrof de aankoop van gecoate glasvezeldoek die een Franse vennootschap aankocht bij een Belgische firma voor de productie van zonneluifels. Na de plaatsing van sommige luifels deed zich scheurvorming voor in de glasvezeldoek. Deskundigenonderzoek wees uit dat het glasvezeldoek als zodanig niet gebrekkig was, maar ongeschikt voor zonneluiken met knikarmen wegens de spanning en trekkrachten waaraan het onderworpen was. De koper probeerde de verkoper mee aansprakelijk te stellen voor de schade die zij daardoor leed. Haar vordering werd weliswaar afgewezen. De Franse firma kocht het glasvezeldoek aan in de wetenschap dat hij in de product-catalogus van de Belgische verkoper vermeld stond bij de producten voor binnengebruik. Zij koos zelf dit doek voor haar zonneluifels, na stalen te hebben opgevraagd en daarop onderzoek en testen te hebben uitgevoerd in verband met spanning en trekkrachten. Zij wist dat de Belgische verkoper slechts producent en verkoper was van glasvezeldoek voor screens die zij echter zelf niet maakte. Als professioneel in de sector van de zonnewerings-systemen was de Franse koper ervan op de hoogte of moest zij weten dat de Belgische verkoper geen enkele ervaring of vakbekwaamheid had in verband met de constructie van zonneluifels met knikarmen of over de toepassing van haar glasvezeldoek op dergelijke luifels, waarin de koper zich als innovatief wenste te manifesteren. Het product dat de Franse firma aankocht was bestemd voor een bijzonder doel. De koper en verkoper waren daarvan op

(2525) High Court New Zealand 22 juli 2010, CISG-online nr. 2113.

(2526) D. SAIDOV, *Conformity of goods and documents* (Oxford: Hart Publishing 2015), 100.

(2527) C. BRUNNER en B. GOTTLIEB (eds.), *Commentary on the UN Sales Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer 2019), 240.

(2528) J.H. HERBOTS, “Verplichtingen van de verkoper” in H. Van Houtte, J. Erauw en P. Wautelet (eds.), *Het Weens Koopverdrag* (Antwerpen: Intersentia 1997), 137; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme* (Parijs: LGDJ 2000), 259 nr. 298.

de hoogte. Dit bijzonder doel was een doel waarvoor het product niet eerder was aangewend. Het initiatief om glasvezel te plaatsen in plaats van het gebruikelijke acryl te gebruiken voor zonneluifels ging uitsluitend uit van de Franse koper. Blijkbaar gebeurde dit op suggestie van een belangrijke klant van haar. Tussen het ogenblik waarop de eerste contacten plaats vonden met de Belgische verkoper waarbij de Franse firma de productcatalogus en een aantal monsters opvroeg – en de eerste bestelling verliep er ruim een jaar. Deze tijd kon de Franse (kandidaat)koper gebruiken om na te gaan of de innovatie die door het gebruik van glasvezeldoek op buitenluifels zou gerealiseerd worden, haalbaar was om onderzoek te verrichten en om testen uit te voeren op producten van de catalogus van de Belgische verkoper. Nadat de Franse firma de catalogus en een aantal stalen had ontvangen, koos zij de producten uit die zij wenste aan te wenden voor de beoogde toepassing. Haar belangstelling ging aanvankelijk uit naar de glasvezeldoek *Sergé 600* maar uiteindelijk koos zij voor de *Notté 300*. De Belgische verkoper bezorgde haar de technische fiche van de producten. Aan de hand van de gegevens die de productiefiche en productcatalogus vermeldde, beschikte de Franse firma over de nodige informatie die als basis kon dienen voor haar onderzoek en voor haar testen. Zo had zij ook kennis van het feit dat “*Sergé 600*” in de catalogus vermeld stond bij “Glassfibre Interior/Exterior” (glasvezel binnen/buiten en bij “*Natté 300*” “Glassfibre Interior/ glasvezel binnen). Uit geen enkel gegeven van het dossier blijkt dat de Belgische verkoper één of meer producten uit haar gamma naar voor schoof of suggereerde met het oog op het bijzonder gebruik dat de Franse koper beoogde. Het is de Franse firma die uit de productcatalogus een keuze maakte en dan het gekozen product aan een onderzoek en testen onderwierp en zonder overleg besliste om de *Natté 300* voor haar zonneluifels te gebruiken. Evenmin kan de Belgische verkoper mee aansprakelijk gesteld worden omdat zij deelnam aan een bespreking en de Franse koper raad gaf over bepaalde aspecten van het gebruik van de glasvezeldoek, die een algemene draagwijdte hadden en geen betrekking hadden op het specifieke gebruik voor zonneluifels, namelijk dat het doek moest gesoldeerd worden en niet genaaid en dat hij niet te strak gespannen mocht worden. Wanneer de problemen zich manifesteerden met de zonneluifels met glasvezeldoek, die de Franse koper verkocht had en waarover zij de Belgische verkoper aansprak, wees deze erop dat een mogelijke oorzaak was dat de trekkracht die het systeem (namelijk de zonneluifel met knikarmen) uitoefende op de glasvezeldoek te sterk was. Zij herinnerde er de Franse koper aan dat zij haar gezegd had dat de glasvezeldoek bestemd was voor *binnengebruik*. In haar antwoord sprak de Franse koper niet tegen dat dit haar was meegedeeld, maar bestreed zij wel de stelling dat de glasvezeldoek niet bestand was tegen grote trekkrachten. De Franse koper beriep zich op haar eigen testen en hield voor dat de glasvezeldoek trekkrachten kon weerstaan die zes keer groter waren dan bij het werkelijke gebruik. De Franse koper gaf daarmee duidelijk te kennen dat de waarschuwing die de Belgische verkoper haar gegeven had, haar er niet van kon weerhouden om de glasvezeldoek te gebruiken voor het bijzonder doel, waarvoor zij uiteindelijk niet geschikt

bleek. De Belgische verkoper kan niet mee aansprakelijk gesteld worden voor de schade die de Franse koper geleden heeft doordat de gebruikte glasvezel-doek scheurde, aangezien zij voldaan heeft aan haar waarschuwingsplicht, terwijl de Franse koper niettemin, zich beroepend op eigen onderzoek, het product gebruikt heeft voor een bijzonder doel waarvoor het uiteindelijk niet geschikt bleek(2529).

552. PUBLIEKRECHTELIJKE TECHNISCHE/VEILIGHEIDSNORMEN – Voor de publiekrechtelijke (veiligheids-/technische) normen van het land van bestemming (importland of derde land) volstaat het niet dat de koper de bestemming kenbaar heeft gemaakt. De koper moet aantonen dat hij, gelet op de specifieke kennis van de verkoper op het vlak van de normering, op het oordeel van de verkoper vertrouwde, hetzij omdat de verkoper deze technische of veiligheidsnormen zelf aangaf, hetzij omdat de verkoper of exporteur gespecialiseerd is voor verkoop in dit land(2530).

Een illustratie betrof de aankoop door een Belgische onderneming van een voertuig van een Nederlands bedrijf. Bij de toepassing van artikel 35.1 CISG geldt dat, tenzij anders is overeengekomen, een standaard die geldt in het land van de koper en van de verkoper, in het algemeen in acht moet worden genomen. Als de standaarden in het land van de koper anders zijn dan in het land van de verkoper, moet de koper dit feit onder de aandacht van de verkoper brengen. Het enkele feit dat de koper de verkoper heeft geïnformeerd over het land (België) waar de zaken gebruikt zullen worden, is in het algemeen niet voldoende om een verplichting van de verkoper aan te nemen om de publiekrechtelijke vereisten van dat land in aanmerking te nemen. Een verplichting tot het in acht nemen van publiekrechtelijke regelgeving in het land van de koper mag slechts worden aangenomen wanneer de verkoper op de hoogte is of verondersteld mag worden op de hoogte te zijn van het bestaan van die vereisten. *In casu* stelt de kantonrechter voorop dat de verkoper ermee bekend was dat het voertuig voor gebruik (op de openbare weg) in België was bestemd en dat zij zich bij de overeenkomst expliciet heeft verplicht tot het verzorgen van de registratiepapieren ten behoeve van (het verkrijgen van) een nummerplaat. De verkoper heeft zich daarmee uitdrukkelijk verplicht tot het verstrekken van registratiepapieren die voldoen aan de Belgische normen. Dit geldt temeer, nu een zusterbedrijf van de verkoper een gelijksoortige onderneming exploiteert als de verkoper te [plaats] (Nederland) en de verkoper ook zelf, voorafgaand aan deze koopovereenkomst, eigen voertuigen in België heeft laten registreren. Op de opdrachtbevestiging staan zowel de Belgische als de Nederlandse vestiging van de verkoper genoemd. De verkoper mocht derhalve worden verondersteld op de hoogte te zijn van de in België benodigde documenten voor de registratie en de aanvraag van

(2529) Gent (12bis k.) 13 maart 2019, 2017/AR/853, niet-gepubliceerd.

(2530) C. BRUNNER en B. GOTTLIEB (eds.), *Commentary on the UN Sales Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer 2019), 240.

een kenteken, nu bij de afgifte van het voertuig niet tijdig de vereiste registratiepapieren werden verstrekt voor de aanvraag tot inschrijving die nodig was om het voertuig te gebruiken en te verzekeren. In zoverre beantwoordde de door de verkoper afgeleverde prestatie niet aan hetgeen de kopers op grond van de koopovereenkomst redelijkerwijze mochten verwachten en is om die reden sprake van non-conformiteit(2531).

Dat een volledige contractuele explicitering noodzakelijk is, bewijst het geschil dat voor het hof van beroep te Antwerpen kwam. Een Nederlandse onderneming verkoopt wassen aan een Belgische koper (voor productie van lippenstift). Er wordt geen specifieke samenstelling vastgelegd in de overeenkomst. De verkoper verandert de samenstelling van het product (“neustrema” wordt vervangen door “cetylische alcohol en stearinezuur”) zonder evenwel de producteigenschappen (fysische en chemische kenmerken) te wijzigen. Er is in dat geval geen sprake van een niet-conforme levering in de zin van artikel 35 CISG. Dit geldt des te meer zo de koper niet bewijst dat de geleverde wassen in hun aangepaste samenstelling ongeschikt zouden zijn voor de aanmaak van de lippenstift en de verkoper voor iedere bestelling stalen overhandigde en fysische analyse certificaten meedeelde (deze werden niet geprotesteerd)(2532).

553. BEWIJSLAST: VERDEELDHEID BINNEN RECHTSLEER EN RECHTSpraak – Zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak bestaat er verdeeldheid over het antwoord op de vraag hoe de bewijslast tussen koper en verkoper verdeeld moet worden.

Sommigen stellen dat de bewijslast verdeeld moet worden aan de hand van algemene beginselen die men afleidt uit het Weens Koopverdrag. Algemene beginselen genieten overeenkomstig artikel 7.2 CISG voorrang op de toepassing van het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht. Dit artikel bepaalt immers dat vragen betreffende de door dit verdrag geregelde onderwerpen, die niet uitdrukkelijk in het verdrag zijn beslist, worden opgelost aan de hand van de algemene beginselen waarop dit verdrag berust, of bij ontstentenis van zodanige beginselen, in overeenstemming met het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht.

Sommigen menen dat het Weens Koopverdrag een algemeen principe bevat volgens welk de bewijslast op de koper rust. Anderen menen daarentegen dat deze materie geregeld moet worden door het nationale recht dat volgens de regels van het internationaal privaatrecht van toepassing is. Aangezien zowel het recht van het aangeduide forum als het Weens Koopverdrag de koper aanduiden om de non-conformiteit te bewijzen, ging men niet dieper op het vraagstuk in.

(2531) Kanton Rechtbank 's-Hertogenbosch 6 november 2012, CISG- online nr. 2394.

(2532) Antwerpen 15 juni 2015, *NJW* 2016, 494-499, noot J. WAELKENS.

Anderen menen dat men geen algemene beginselen kan afleiden uit het Weens Koopverdrag en dat men dus het bewijslastvraagstuk moet oplossen in overeenstemming met het krachtens de regels van het internationaal privaatrecht subsidiair toepasselijke nationaal recht(2533).

Ten slotte stellen enkele auteurs(2534) voor om toepassing te maken van het adagium *actori incumbit probatio* of van algemeen erkende beginselen uit de internationale handel, die de bewijslast op de koper leggen.

Ons inziens, is deze vraag op te lossen aan de hand van de algemene beginselen waarop het verdrag rust(2535). Zowel uit artikel 38 CISG als uit artikel 39 CISG kan men het algemene beginsel afleiden dat de koper de bewijslast draagt met betrekking tot de niet-conformiteit van de goederen met als gevolg dat het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht buiten toepassing blijft(2536).

Belgische rechtspraak heeft verschillende keren beslist dat het aan de koper is om te bewijzen dat het goed niet conform is(2537). Een Italiaanse vennootschap kocht een lichtwerende coating toegepast op polyester of katoenen stof/drager. Op basis van deze coating maakte de vennootschap schuim dat zij op textiel aanbracht in verschillende lagen. De vennootschap weigert te betalen

(2533) Antwerpen 13 november 2017, 2016/AR/1429, niet-gepubliceerd – (Het Weens Koopverdrag bepaalt niet sluitend wie de bewijslast draagt; daarvoor moet gekeken worden naar het aanvullend toepasselijke nationale recht)

(2534) B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980* (Parijs: LGDJ 1990), nr. 102; C.M. BIANCA, M.J. BONELL en J. BARRERA GRAF, *Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna sales convention* (Milaan: Giuffrè 1987), 288.

(2535) D. SAIDOV, *Conformity of goods and documents* (Oxford: Hart Publishing 2015), 102.

(2536) Gent (12de k.) 7 oktober 2009, 2007/AR/2569, niet-gepubliceerd. In het kader van het Weens Koopverdrag draagt de koper de bewijslast van de niet-conformiteit. Hieruit volgt dat de koper het verkeer voor heeft waar zij stelt dat eenmaal zij voldaan heeft aan haar keuringsplicht en protestplicht, het aan de verkoper toekomt te bewijzen dat hij zich wel correct heeft gedragen en conform heeft geleverd – *in casu* bewees de koper niet de omvang van de niet-conformiteit (beschadiging van deksels voor conservenblikken); Handelsgericht Zürich 3 April 2013, CIGS-online nr. 2562 (Wanneer de koper een wezenlijke tekortkoming voor een eenzijdige buitengerechtelijke ontbinding inroept, draagt hij daarvan in principe de bewijslast van de niet-conformiteit); Rb. Gelderland 9 December 2015, CISG-online nr. 2684 (De koper die beweert dat de geleverde eieren een schimmel zouden bevatten die een ontbinding rechtvaardigen draagt hiervan de bewijslast); Antwerpen 15 juni 2015, *NJW* 2016, 580; CISG-online nr. 4557; District Court of the State of Colorado, Arapahoe County, 21 februari 2017, CISG-online nr. 4647 (*Under the CISG, (...) the buyer of the goods, bears the burden to prove breach of warranty, including any alleged implied warranties, and must do so by establishing that the goods were defective at the time they left the seller's possession*); Gent 26 juni 2017, 2015/AR/2441-2016/AR/197, niet-gepubliceerd (Op grond van artikel 870 Ger.W draagt de koper de bewijslast aan te tonen dat de verkoper aansprakelijk is op grond van art. 31.1 CISG wegens het feit dat de wervelstroom behept is met een verborgen gebrek en zodoende niet geschikt voor doeleinden waarvoor goederen van dezelfde omschrijving gebruikt worden.) Gent 9 mei 2018 CISG-online nr. 5359, *Tijdschrift@ipr.be* 2019 (1), 40-51.

(2537) Gent 7 oktober 2009, 2007/AR/2569, *juportal.be*, nr. 4.1; Antwerpen 15 juni 2015, *NJW* 2016, 580-584, noot J. WAELKENS.

gezien de geleverde coating gebrekkig is. De verwerking van de coating zou geleid hebben tot diverse problemen. Het hof van beroep te Gent veroordeelde de vennootschap evenwel tot betaling gezien ze niet bewijst dat de coating gebrekkig was conform artikel 35 en 36 CISG. Het feit dat één klant geklaagd heeft, bewijst op zich niets (de vennootschap zal immers meer dan één klant beleverd hebben met de geleverde coating). Het loutere feit dat de verkoper voorstelde om een korting toe te kennen op latere leveringen mits betaling van de facturen kan bovendien niet gezien worden als erkenning van aansprakelijkheid. Het was eerder een poging om de zaak in der minne te regelen. Het probleem zal dan ook eerder gelegen hebben aan het productieproces en niet zozeer aan het product(2538). Wordt uit een deskundigenonderzoek duidelijk dat het gebrek werd veroorzaakt door een constructiefout van de fabrikant, dan is deze aansprakelijk conform artikel 36 CISG (2539).

In een andere zaak oordeelde het hof van beroep te Gent dat de koper faalt in zijn poging om een toerekenbare tekortkoming in hoofde van de verkoper aan te tonen op het tijdstip waarop het risico met betrekking tot het voertuig naar haar overging. De verkoper verkocht het bewuste voertuig tegen een normale prijs, met de vereiste boorddocumenten en twee originele sleutels. De koper is slecht geplaatst om de verkoper te verwijten geen of onvoldoende onderzoek verricht te hebben naar de eventuele seining van dit voertuig, nu zij zelf naliet een dergelijk onderzoek te voeren. Ook de bewering door de koper als zou het voertuig niet geschikt geweest zijn voor de doeleinden waarvoor het gewoonlijk gebruikt zou worden (namelijk voortverkoop), kan niet aanvaard worden. De koper had het voertuig voortverkocht aan een derde. Bijna veertien jaar later toont de koper nog steeds niet aan welke gevolgen de beweerde inbeslagname gehad zou hebben(2540). In een zaak eveneens voor het hof van beroep te Gent had een koper een hoeveelheid krabvlees aangekocht. In de orderbevestiging werden enkele specificaties omschreven waaronder dat het *Merus* een grootte moest hebben van tenminste 10-12cm en dat het *Noodle Meat* tenminste moest bestaan uit 900 kg van het type 'rosas'. Uit de door de koper voorgelegde stukken blijkt vooreerst dat er een niet-conformiteit is voor wat betreft de hoeveelheid van de geleverde goederen. Na de ontlading werden de bestelde goederen zowel in België als in Spanje gewogen en werd vastgesteld dat het werkelijke gewicht lager was dan de bestelde hoeveelheden en het gewicht vermeld op de kartons waarin de goederen verpakt waren. Het hof van beroep te Gent verwijst naar de gewichtsverschillen zoals door de koper vermeld en waaruit een verschil van ongeveer 500 kg blijkt tussen wat besteld werd en wat geleverd werd. In de gegeven omstandigheden is deze niet-conformiteit met betrekking tot de hoeveelheid, meer bepaald het gewicht van de geleverde goederen, niet voor enige, laat staan ernstige betwisting vatbaar. Verder blijkt uit de order-

(2538) Gent 9 mei 2018, *Tijdschrift@ipr.be* 2019 (1), 40-51.

(2539) Antwerpen (2de k.) 14 juni 2017, *T.Verz.* 2018, (242) 245.

(2540) Gent (7de k.) 11 maart 2019, 2017/AR/473, niet-gepubliceerd.

bevestiging dat wel degelijk 6.317,55 kg *Merus* werd besteld, die een grootte moest hebben van tenminste 10-12 cm. Uit de door de koper voorgelegde stukken blijkt dat er ook een niet-conformiteit moet worden vastgesteld voor wat de omschrijving en de kwaliteit van de geleverde goederen betreft. Dit waren slechts enkele gebreken. In conclusie was het dan ook duidelijk dat de verkoper niet aan zijn verplichtingen had voldaan(2541).

Een laatste voorbeeld betreft een geval waarbij een product van zonneluifels met knikarmen niet het gebruikelijke acryl maar glasvezel had gebruikt voor screens. Uiteindelijk bleek de geleverde glasvezeldoek niet geschikt voor de specifieke bestemming. De glasvezeldoek vertoonde na plaatsing verschillende scheuren. Het goed in kwestie was een standaardproduct. Het betreft geen product dat door de verkoper op verzoek van de koper is geproduceerd. Uit geen enkel gegeven van het dossier blijkt dat de verkoper een of meer producten uit haar gamma naar voor schoof of suggereerde met het oog op het bijzonder gebruik dat de koper beoogde. Het is de koper die uit de productcatalogus van de verkoper een keuze maakte en dan het gekozen product aan onderzoek en testen onderwierp. Voor zover aangenomen wordt dat de scheuren die zich voordeden te wijten waren aan het feit dat de op een zonneluifel aangebrachte glasvezeldoek niet bestand was tegen de spanning en de trekkrachten waaraan hij onderworpen was of wegens een andere technische oorzaak niet geschikt was voor dit bijzonder gebruik, kan de verkoper daarvoor in de gegeven omstandigheden niet aansprakelijk zijn, gelet op de uitzondering in artikel 35.2b CISG dat de koper redelijkerwijze niet mocht vertrouwen op de vakbekwaamheid en het oordeel van de verkoper over het gebruik van deze glasvezeldoek voor zonneluifels en dit ook niet deed. De verkoper kan dan ook niet mede aansprakelijk gesteld worden voor de schade die de koper geleden heeft doordat de gebruikte glasvezeldoek scheurde. Zij had voldaan aan haar waarschuwingsplicht terwijl de koper het product gebruikt heeft voor een bijzonder doel waarvoor het uiteindelijk niet geschikt bleek(2542).

§ 3. KEURINGS- OF ONDERZOEKSPLICHT

a. *Rechtskarakter*

554. OBLIEGENHEIT – Artikel 38 CISG bepaalt: “*De koper moet de zaken binnen een, gelet op de omstandigheden zo kort mogelijke termijnen, keuren of doen keuren*”. De plicht tot keuring van de koopwaar op de niet-conformiteit in de zin van artikel 35 CISG (niet op de juridische gebreken in de zin van artikel 43 CISG die immers niet onmiddellijk zichtbaar zijn)(2543),

(2541) Gent (7de k.) 25 februari 2019, 2017/AR/504, niet-gepubliceerd.

(2542) Gent (12bis k.) 13 maart 2019, 2017/AR/853, niet-gepubliceerd.

(2543) W.A. ACHILLES, “art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen* (Keulen: Carl Heymanns 2019), nr. 2.

wordt door sommigen niet als een echte verbintenis (juridische afdwingbare verplichting)(2544), maar eerder als een *Obliegenheit* gekwalificeerd(2545), d.i. een juridische verplichting waarbij de niet-nakoming juridisch gesanctioneerd wordt door het verlies van een voordeelspositie of door een specifiek nadeel(2546) (*in casu* het verlies van elk recht(smiddel))(2547) om zich op niet-conformiteit van de koopwaar te beroepen die een correcte keuring binnen de keuringstermijn had openbaard, en die de koper eerst later ontdekt en meldt na afloop van de kennisgevingstermijn). Anderzijds correspondeert aan de *Obliegenheit* een recht van de koper om de goederen te keuren(2548).

b. *Vertretpunt keuringstermijn*

1) Principe

555. TIJDSTIP VAN LEVERING/AFLOOP LEVERINGSTERMIJN – Het tijdstip voor keuring vat in principe aan bij het conventioneel bepaalde tijdstip voor levering(2549). Wanneer een leveringstermijn wordt bedongen, stellen sommigen het beginpunt van de keuringstermijn op de datum van de feitelijke levering(2550).

Wanneer de overeenkomst niet het vervoer omvatte en het goed aan bederf onderhevig is moet het goed voor het transport worden gekeurd. Dit werd aangenomen met betrekking tot kuilvoer dat aan bederf onderhevig is wanneer geen – adequate – maatregelen zijn getroffen om het fermentatieproces stil te leggen, *in casu* door het luchtdicht te verpakken in (onbeschadigd) plastic.

(2544) S. KRÖLL, “art. 38” in S. Kröll, L. Mistelis en P. Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (München: Beck 2018), nr. 8.

(2545) Rb. Gent 9 september 2009, *www.dipr* 2010, 38. (“Echter, in werkelijkheid heeft artikel 39 van het C.I.S.G. geen betrekking op de verjaring van de rechten van de koper, maar enkel op het eventueel verval van deze rechten indien de koper de verkoper niet tijdig in kennis stelt van het probleem. Het gaat m.a.w. louter om een (bijkomende) formele vereiste die de koper, conform het C.I.S.G., dient na te leven als hij zijn aanspraken wil handhaven. Anders gezegd, het is niet omdat de koper - zoals in de onderhavige zaak - de verkoper tijdig in kennis gesteld heeft van een (mogelijk) gebrek van het geleverde product, in de zin van artikel 39 van het CISG, dat deze koper vervolgens a.h.w. voor altijd en eeuwig het recht zou hebben om zijn aanspraken wegens deze (mogelijke) tekortkomingen van de verkoper in rechte af te dwingen, m.a.w. dat deze aanspraken nooit meer zouden verjaren”); Antwerpen 7 januari 2019, 2017/AR/369, niet-gepubliceerd.

(2546) K. WILLEMS, *De natuurlijke verbintenis* (Brugge: die Keure 2013), 17 nr. 22. Zie ook: N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis* (Antwerpen: Intersentia, 2020), 25-26 nr. 18

(2547) C. BAASCH-ANDERSEN, *Uniform application of the international sales law: understanding uniformity, the global jurisconsultorium and examination and notification provisions of the cisg*, (Alphen aan den Rijn: Kluwer-Law International 2007), 137.

(2548) W.A. ACHILLES, “art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen* (Keulen: Carl Heymanns 2019), nr. 2.

(2549) Antwerpen 7 januari 2019, 2017/AR/369, niet-gepubliceerd; Antwerpen 27 november 2019, 2018/AR/1898, niet-gepubliceerd.

(2550) P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER en U. SCHROETER (eds.), “Art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 19.

Het ter zake gemaakte verwijt van de koper dat het kuilvoer tijdens het laden op de trailers in Nederland al van inferieure kwaliteit was, dan wel dat het kuilvoer verpakt was in beschadigd plastic waardoor dit verloren is gegaan tijdens het transport naar Noorwegen, stuit naar het oordeel van de rechtbank af op het door koper niet in acht nemen van de keurings- en klachtplicht die op haar rustte(2551). Een ander toepassingsgeval betrof de verkoop van watermeloenen(2552). Nog een precedent betrof de verkoop van kalkoenvlees. Het enkele feit dat het ging om diepgevroren producten impliceert niet dat het kalkoenvlees niet (meer) als bederfelijk en kwetsbaar moet worden beschouwd. Juist bij diepgevroren producten is het van belang dat dit in de juiste verpakking en onder de juiste condities wordt vervoerd(2553).

2) Verzendingskoop

556. AANKOMST TER BESTEMMING – Artikel 38.2 CISG bepaalt: “*Bij een verkoop die tevens het vervoer van zaken omvat, begint de termijn voor de keuring te lopen vanaf de aankomst van de zaken op hun bestemming*”. Bij een verzendingskoop gebeurt de levering door afgifte van de zaken aan de eerste vervoerder ter verzending aan de koper. Ofschoon het risico in principe op dit ogenblik overgaat, is de koper *op dit moment* niet in staat om de levering te keuren *voor aankomst op de bestemming*. Daarom bepaalt artikel 38.3 CISG het begin van de termijn voor keuring niet op het moment van de levering, maar wel op de aankomst van de zaken op hun bestemming(2554). De verschuiving van het beginpunt van de keuringstermijn geldt onafhankelijk van de vraag wie de vervoersovereenkomst afsluit. De bepaling is dus ook van toepassing wanneer de koper zelf voor het vervoer zorgt. Schakelt de koper een derde vervoerder in, dan is artikel 38.2 CISG ook van toepassing. Dit is alleen anders wanneer de vervoerder als vertegenwoordiger van de koper handelt. In dit geval wordt de overhandiging aan de vervoerder

(2551) Rb. Noord-Nederland 6 september 2020, CISG-online nr. 5427.

(2552) Rb. Breda 16 januari 2009, CISG-online nr. 1789 (verkoop watermeloenen - deze klachttermijn vangt aan op het moment dat de koper de non-conformiteit heeft ontdekt of had moeten ontdekken. Nu de onderhavige overeenkomst niet tevens het vervoer van de watermeloenen omvatte en het ging om bederfelijke kwetsbare waar, rustte op Ed Fruit ingevolge artikel 38 CISG de verplichting om het fruit vóór het transport naar Nederland te (doen) keuren).

(2553) Rb. 's-Hertogenbosch 22 augustus 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX5007, CISG-online nr. 4772 (Nu de onderhavige overeenkomst niet tevens het vervoer van het kalkoenvlees omvatte en het ging om potentieel bederfelijke en kwetsbare waar, rustte op de koper ingevolge art. 38 CISG de verplichting om het kalkoenvlees en de verpakking daarvan voor het transport naar Nederland te doen keuren. Dat er geen reden zou zijn het kalkoenvlees al dan te keuren omdat de koper als handelsbedrijf de zaken pas keurt wanneer een verkoper is gevonden vindt geen steun in het Weens Koopverdrag).

(2554) J. STAUDINGER en U. MAGNUS (eds.), “Art. 38” in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (Berlijn: De Gruyter 2018), nr. 51.

gelijkgesteld met een overhandiging aan de koper. De vervoerder zelf moet de keuring doen in dit geval(2555).

3) Koop met bestemmingswijziging van zaken onderweg of doorzending

557. AANKOMST OP NIEUWE BESTEMMING – Artikel 38.3 CISG bepaalt: “*Indien de koper de bestemming van de zaken onderweg wijzigt of hij deze doorzendt zonder dat hij redelijkerwijze gelegenheid heeft deze te keuren en de verkoper deze mogelijkheid van deze wijziging of doorzending kende of behoorde te kennen, kan de keuring worden uitgesteld tot het tijdstip waarop de zaken op de nieuwe bestemming zijn aangekomen*”. Deze bepaling houdt rekening met het feit dat de waren in deze omstandigheden vaak zonder ze uit te pakken verder gestuurd worden, waardoor een keuring vaak onmogelijk is.

Een toepassingsgeval uit de rechtspraak van het hof van beroep te Antwerpen betrof een overeenkomst tussen een Italiaanse verkoper van voedseltrolleys (Spa Fimi-Ali), waarmee bereide maaltijden warm of koud gehouden kunnen worden en een Belgische koper (gespecialiseerd in installaties van professionele keukens). Het feit dat deze voedseltrolleys bestemd waren voor woonzorgcentra en dat de Italiaanse verkoper dit al dan niet wist, belet niet dat de koper deze goederen onmiddellijk na levering kon keuren maar dit heeft nagelaten. De koper beschikte over meer dan één maand tijd – periode waarin zij deze voedseltrolleys in haar bezit had – om deze voedseltrolleys te keuren of te laten keuren, vooraleer zij aan de eindbestemmingen werden overgemaakt. Artikel 38.3 CISG werd dan ook niet van toepassing geacht. De voedseltrolleys werden pas 6 maanden na levering in gebruik genomen, wat de koper ertoe had moeten aanzetten om deze voedseltrolleys onmiddellijk na ontvangst te keuren(2556).

In dezelfde zin oordeelde het hof van beroep te Gent over een koper die respectievelijk minstens twee maanden en een week en twee tot drie weken de tijd had om het haar geleverde vlees op de afwezigheid van lood te controleren. Ten onrechte verschuilt de koper er zich achter dat het vlees zich in bevroren toestand bevond en het lood slechts kon opgemerkt worden ter gelegenheid van de verwerking(2557).

Of de koper voor de doorverkoper voldoende tijd heeft om de koopwaar te keuren hangt af van de omstandigheden, onder meer hoe lang de goederen te zijner beschikking staan voor doorzending. Ook de verpakking is

(2555) Kh. Leuven 2 november 2017, A/16/02143, niet-gepubliceerd; P. WAUTELET, “Verplichtingen van de koper” in H. Van Houtte, J. Erauw en P. Wautelet (eds.), *Het Weens Koopverdrag* (Antwerpen: Intersentia 1997), (155) 170.

(2556) Antwerpen 11 maart 2019, 2018/AR/476, niet-gepubliceerd.

(2557) Gent 12 juni 2013, 2010/AR/2308 201 0/AR/2915, niet-gepubliceerd.

belangrijk: indien de keuring het openbreken van de verpakking noodzakelijk voor het vervoer van de goederen impliceert of de verwijdering van zegels of authenticatiebewijzen, kan worden gewacht met de keuring(2558). Een steekproefgewijze keuring is weliswaar vaak mogelijk bij een omlading(2559).

Een verkoper heeft medische injectienaalden in pallets afgeleverd, aan een tussengeschakelde derde met het oog op het doorleveren daarvan aan de afnemer in het Verenigd Koninkrijk. De koper kon in redelijkheid niet verwachten dat door de derde het onderzoek zou worden verricht dat de afnemer uiteindelijk wel heeft verricht en aan de hand waarvan de gestelde tekortkomingen zijn ontdekt. De aard van de gestelde tekortkomingen maakt dat niet mogelijk zonder gedetailleerd en invasief onderzoek te doen door onder meer de handelsverpakkingen te openen. In zoverre de koper of afnemer een vermoeden hadden kunnen ontwikkelen dat de verkoper tekort was geschoten, betekent dit niet zonder meer dat op dat moment de klachttermijn aanvangt. De klachttermijn vangt pas aan op het moment dat de schuldeiser met voldoende zekerheid kan en moet uitgaan van dat tekortschieten(2560).

Artikel 38.3 CISG vereist wel dat de verkoper de mogelijkheid van wijziging (*redirected in transit*) of doorzending (*redispatch*) kende of behoorde te kennen op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst(2561). Het hof van beroep te Antwerpen sprak zich hierover uit. Rekening houdend met de hoedanigheid van De Zetelhallen als verkoper van zitmeubelen, behoorde de verkoper te weten dat het hoeksalon bestemd was om te worden doorgezonden naar de eindklant van De Zetelhallen(2562).

c. Duur termijn

1) Principe

558. ~~(GEMIDDELDE)~~ DUUR TERMIJN: (VRIJ) KORTE TERMIJN – Sommigen stellen dat de korte termijn (bij zichtbare gebreken) grenst aan de onmiddellijkheid(2563). Anderen gaan voor een zeer korte gemiddelde termijn bijvoorbeeld

(2558) P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER en U. SCHROETER (eds.), “Art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 25.

(2559) H.-C. SALGER, “Art. 38”, in W. WITZ, H.-C. SALGER en D. LORENZ, *International Einheitliches Kaufrecht* (Frankfurt am Main: Fachmedien Recht und Wirtschaft 2016), nr. 12.

(2560) Rechtbank Noord-Nederland 19 april 2017, CISG-online nr. 2825.

(2561) J. STAUDINGER en U. MAGNUS (eds.), “Art. 38” in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen – Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (Berlijn: De Gruyter 2018), nr. 56.

(2562) Antwerpen 12 november 2018, 2017/AR/34, niet gepubliceerd.

(2563) Kh. Tongeren 4 maart 2014, *TBBR* 2018, (40) 42; P. WAUTELET, “Verplichtingen van de koper” in H. Van Houtte, J. Erauw en P. Wautelet (eds.), *Het Weens Koopverdrag* (Antwerpen: Intersentia 1997), (155) 172.

één week(2564). Weliswaar valt een dergelijke doorsnee benadering af te keuren, gelet op de flexibele standaard die het Weens Koopverdrag met opzet hanteert: een rigide timing vooropstellen is dan ook uit den boze(2565). Het betreft een gelet op de omstandigheden zo kort mogelijke termijn. Daarbij mag men de termijn niet al te strikt opvatten. Het past niet om een contracts-partij bijzonder streng te behandelen, wanneer de andere zich in feite schuldig heeft gemaakt aan contractbreuk(2566). De achtergrond van de korte termijn is dat men bij internationale commerciële transacties zo veel mogelijk onproductieve geschillen wil vermijden. De koper geef er de voorkeur aan dat gebreken aan goederen snel worden verholpen, zodat hij de productie/activiteit kan verwezenlijken waarvoor hij contracteerde. De verkoper wil ook een zo snel mogelijke oplossing, zodat hij weet wanneer hij kan rekenen op betaling, dan wel dat hij de niet-conforme goederen moet doorverkopen aan anderen. Zo niet gaan goederen teniet. Het is in die geest dat men de termijn moet interpreteren(2567).

2) Factoren die de duur keuringstermijn zelf bepalen

a) Specificiteit koopwaar

559. KORTERE TERMIJNEN BIJ BEDERFELIJKE KOOPWAAR – Het bederfelijke karakter van de koopwaar (snijbloemen(2568), adventskransen(2569),

(2564) H.-C. SALGER, “Art. 38”, in W. WITZ, H.-C. SALGER en D. LORENZ, *International Einheitliches Kaufrecht* (Frankfurt am Main: Fachmedien Recht und Wirtschaft 2016), nr. 7; Vergelijk Kreisgericht Will 16 april 2016, CISG-online nr. 2936 (gemiddelde termijn voor onderzoek bij niet-bederfbare goederen is twee weken – in casu klacht na drie maanden voor keuren te laat).

(2565) Gent 14 mei 2014, 2011/ AR/2205, niet-gepubliceerd (“*Er kan hierbij niet bij algemene regel gesteld worden dat een termijn van een maand moet in acht genomen worden. De rechter beoordeelt soeverein of het protest al dan niet binnen redelijke termijn is gebeurd, wat afhankelijk is van de omstandigheden van de zaak en de aard van de verkochte zaak. Zo zal in het geval van voedingswaren, die een bepaalde houdbaarheidsdatum hebben, de keuring zeer kort na de levering moeten geschieden, waarna de koper gehouden is de leverancier zo snel mogelijk in te lichten, temeer, zoals reeds opgemerkt, er geen enkele reden is om het protest uit te stellen van zodra de koper op de hoogte is of had moeten zijn van de niet-conformiteit*”).

(2566) J. STAUDINGER en U. MAGNUS (eds.), “Art. 38” in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (Berlijn: De Gruyter 2018), nr. 35.

(2567) P. CLAYTON, S. GILLETTE en D. WALT, *Performance*, in *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods – Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press 2016), 163.

(2568) LG München I 18 mei 2009, 28, ECLI:DE:LGMUEN1:2009:0518.28O20906.06.0A: IHR 2010, 151.

(2569) LG Kleve, 15 november 2017, CISG-online nr. 2968.

vers fruit(2570), groenten(2571), vis(2572) of vlees(2573)) maakt dat de keuringstermijn noodzakelijk korter is(2574). Bij de keuring en kennisgeving kan men niet weten of de goederen al bedorven waren bij de levering. Het bederf kan evenzeer tussen de levering en de keuring zijn ingetreden(2575).

Een keuring- en klachttermijn van twee weken van bevroren vlees werd excessief lang bevonden. Het hof wees erop dat het voedingswaren betreft, waar een verregaande diligentie van alle betrokkenen – alleszins ook in een

(2570) Rb. Zeeland-West-Brabant 30 september 2015, CISG-online nr. 5377 (De inspecties van de zijde van [de koper] op een lading mandarijnen zijn gedaan (maximaal) 5–6 (eerste zending), 2 (tweede zending) en (maximaal) 2 (vierde zending) dagen na aankomst dan wel vrijgeven van de zendingen. Gelet op de aard van de leveringen – van naar hun aard aan bederf onderhevige mandarijnen – had de dag van aankomst of hooguit één of twee dagen later moeten (laten) keuren. Bij de tweede en de vierde zending is dat ook gebeurd. Zo is binnen een zo kort mogelijke termijn, zoals bedoeld in het Weens Koopverdrag, gekeurd. Vervolgens is direct – en aldus binnen een redelijke termijn – geklaagd. De eerste zending heeft [de koper] pas 5 tot 6 dagen na aankomst laten keuren. Dat is niet binnen een zo kort mogelijke termijn gedaan. [De koper] kan zich dan ook niet meer beroepen op het feit dat de mandarijnen van die zending niet aan de overeenkomst voldeden).

(2571) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BQ2723 (Het Hof is van oordeel dat de omstandigheid dat de verkoop betrekking had op aardappelen die aan bederf onderhevig zijn, terwijl dit bederf kan worden versneld indien de aardappelen niet onder de juiste condities worden bewaard, dwingen tot een korte klachttermijn. De verkoper beroept zich in dit verband onder meer op de binnen Europa in de aardappelbranche gehanteerde RUCIP-handelsvoorwaarden. Deze voorwaarden zijn weliswaar door partijen niet van toepassing verklaard op hun levering, maar de inhoud en het feit dat daarin ook expertise- en arbitragereglementen zijn opgenomen ondersteunen de stelling van Fruitsud dat ze als handelsgewoonte kunnen worden beschouwd. De termijnen van art. 28.3 van deze voorwaarden toegepast op de betreffende levering van consumptieaardappelen houden een klachttermijn van drie (tot maximaal zes) dagen in. Het hof houdt dan ook rekening met deze termijn); Rb. 's Gravenhage 11 juli 2012, CISG-online nr. 4748 (het staat vast dat de koper de door haar van eiser gekochte grote partijen ijsbergsla en tomaten niet heeft doen keuren bij de aflevering op de verschepingshaven, hoewel zo'n keuring in de internationale handelspraktijk zeer gebruikelijk is ter voorkoming van problemen in het bijzonder bij het vervoer van zeer bederfelijke waren zoals sla en tomaten).

(2572) Audiencia Provincial de Girona 21 januari 2016, CLOUT nr. 1580 (Levende weekdieren moeten binnen twee of acht uur na de levering gekeurd worden – een levering na een week is laattijdig).

(2573) OG Zug 24 maart 1998, CISG-online nr. 897 (bij bevroren vlees is de keuringstermijn iets langer dan bij vers vlees); Rb. 's-Hertogenbosch 22 augustus 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX5007, CISG-online nr. 4772 (vervroren kalkoenvlees blijft ook bederfelijk goed); Gent 14 mei 2014, 2011/AR/2205, niet-gepubliceerd (Zo zal in het geval van voedingswaren, met een beperkte houdbaarheidsdatum de keuring zeer kort na de levering moeten geschieden, waarna de koper gehouden is de leverancier zo snel mogelijk in te lichten, temeer, zoals al opgemerkt, er geen enkele reden is om het protest uit te stellen van zodra de koper op de hoogte is of had moeten zijn van de niet-conformiteit) bevestigt Kh. Dendermonde 26 mei 2011, CISG-online nr. 4605.

(2574) P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER en U. SCHROETER (eds.), “Art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 16; Gent 13 januari 2010, 2008/AR/0127, CISG-online nr. 2134 (goederen voor menselijke consumptie (champignons) moeten onmiddellijk gekeurd worden).

(2575) K. Cox, *Recente rechtspraak – Weens Koopverdrag: de keurings- en kennisgevingsplicht van de koper*, in *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht* (Brussel: Larcier 2005), (245) 249.

internationale context – noodzakelijk is. De koper maakte *in casu* een scherp chronologisch onderscheid tussen een microbiologisch en chemisch keuren/testen (wat vier à vijf dagen in beslag zou nemen), waarop pas dan andere aspecten van de keuring aan de orde zouden komen. De ‘tweede stap’ in de keuring zou blijkbaar pas kunnen worden aangevat na uitvoering van die eerste stap (microbiologisch en chemisch keuren). Pas bij die ‘tweede stap’ zou kunnen worden vastgesteld of er al dan niet aan het vlees vreemde stoffen aanwezig zijn. De keuring kon bezwaarlijk in schijfjes gebeuren en kon alleszins niet zomaar afhankelijk worden gesteld van een procedure die de koper eenzijdig voor zich heeft opgemaakt. Niets belet uiteraard de partijen vooraf een procedure overeen te komen, waarbij een dergelijke procedure wordt vastgelegd, maar dergelijke afspraak ligt niet voor. Een koper kan niet eenzijdig een keuringsprocedure opleggen(2576).

Een kennisgeving van schimmelvorming vier weken na levering van lariksen was volgens het hof van beroep te Gent eveneens laattijdig. De koper erkende bovendien dat zij veel langer dan nodig was had gewacht met de keuring van de planten. De voorliggende rapporten wijzen er bovendien op dat de symptomen van een eventuele besmetting (botrytis) al na zeer korte tijd vastgesteld worden. Indien de geleverde lariksen besmet waren dan kon de koper dit onmiddellijk of na korte tijd na levering vaststellen. Wanneer de koper dit pas na vier weken vaststelt, heeft ze ofwel te lang gewacht met keuren ofwel waren de zaken niet gebrekkig bij de levering. Het hof besluit dan ook dat de keuring laattijdig gebeurde en minstens dat ze gelet op de omstandigheden de verkoper van een eventueel gebrek bij levering niet binnen een redelijke termijn in kennis heeft gesteld(2577).

b) Bestemming van de goederen

560. GOEDEREN TE LEVEREN OP ZEER ONBEREIKBARE BESTEMMING – Wanneer de goederen moeten worden geleverd op een zeer moeilijk bereikbare bestemming, dient indien mogelijk een voorafgaandelijke keuring zich aan.

Een mooi precedent betrof de verkoop van een tweedehands kiepwagen voor de winning van edelstelen in Groenland. De koper was het in de gegeven omstandigheden niet toegestaan om te wachten tot de kiepwagen ter plaatse arriveerde om die op conformiteit te testen. De koper had voldoende gelegenheid om de dumper te inspecteren voordat het voertuig werd vervoerd. Het was niet nodig de machine uit elkaar te halen om haar keuren in de zin van artikel 38 CISG. Een gedetailleerde visuele inspectie en controle van de functies van het loopwerk en de kantelinrichting en een onderzoek of de te leveren reserveonderdelen, met name de filters, beschikbaar en naar behoren verpakt waren. Bij de afweging van de belangen van de partijen was de

(2576) Gent 16 april 2007, CISG-online nr. 1584.

(2577) Gent 6 mei 2009, 2007/AR/1854, juportal.be, nr. 3-7.

koper nog meer verplicht dit te doen, temeer zij voorbereidingen trof om het voertuig te gebruiken op één van de meest afgelegen gebieden dat slechts met veel moeite toegankelijk is gedurende een periode van 11 weken, waar uiteindelijk slechts met veel moeite herstelwerkzaamheden kunnen worden uitgevoerd of vanwaar de machine kan worden teruggebracht om te laten herstellen(2578).

561. IMPACT DUUR DESKUNDIGENONDERZOEK OP KEURINGSTERMIJN – Bij noodzaak om beroep te doen op een onafhankelijk deskundigenonderzoek/analyse van de goederen (met bv. meervoudige tests) moet de tijd voor het deskundigenonderzoek mee in aanmerking genomen worden voor de berekening van de termijn(2579). De technische mogelijkheden van de keuring ter plaatse hebben ook een impact op de termijnbepaling(2580). Naarmate de keuring complexer is, rechtvaardigt dit een langere termijn(2581). Ook de omvang van de levering kan relevant zijn: ook al kan men bij grote leveringen een controle doen op basis van steekproeven, toch duurt dit globaal langer(2582).

c) Aard van de gebreken

562. ZICHTBARE VERSUS VERBORGEN GEBREKEN/KWALITEIT VERSUS KWANTITEIT – Een eerste keuring op zichtbare gebreken moet onmiddellijk geschieden; andere verborgen gebreken kunnen later aan het licht komen(2583).

Een toepassing betrof de levering van opleggers door een Duitse firma aan een Belgische afnemer. Bij ontvangst blijken er bepaalde onderdelen te ontbreken hetgeen onmiddellijk zichtbaar was en eenvoudig vastgesteld kon worden. Met betrekking tot de protestplicht oordeelde het hof van beroep te Gent dat een termijn van 15 dagen voor keuring en protest een te lange termijn is in de gegeven omstandigheden. Het overmaken van offertes voor herstelling

(2578) LG Darmstadt 31 januari 2014, CISG-online nr. 2712.

(2579) BGH 3 november 1999, CISG-online nr. 475, *WM* 2000, 481 = *ZIP* 2000, 234 = *MDR* 2000, 258 = *EWiR* 2000, 125 = *TranspR-IHR* 2000, 13 = *RIW* 2000, 381 = *D.* 2000, *Somm. Com* 434, noot C. WITZ (*in casu* wordt een onderzoekstermijn van drie weken vastgesteld: één week om de eerste gebreken vast te stellen en twee weken om een deskundigenonderzoek uit te voeren: het heeft betrekking op een maalmachine waarin staalsplinters werden gevonden wat resulteerde in roestvlekken bij de verwerking van halfvochtige zakdoekjes); Kh. Mechelen (3de k.) 18 januari 2002, *RW* 2002-03, 1351 (tomaten – bederfelijke waren dienen terstond te worden onderzocht, *in casu* is zulks gebeurd).

(2580) P. WAUTELET, “Verplichtingen van de koper” in H. Van Houtte, J. Erauw en P. Wautelet (eds.), *Het Weens Koopverdrag* (Antwerpen: Intersentia 1997), (155) 173.

(2581) *Ibidem*.

(2582) *Ibidem*.

(2583) K. COX, *Recente rechtspraak – Weens Koopverdrag: de keurings- en kennisgevingsplicht van de koper*, in *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht* (Brussel: Larcier 2005), (245) 250.

zonder nadere toelichting vormt bovendien geen voldoende specificatie van de aard en de omvang van de tekortkoming(2584).

Op basis van de aanwezige documenten kon een koper van verse eieren niet direct en onmiddellijk vaststellen dat het om klasse 8-eieren ging. De factuur vermeldde niets over de klasse van de eieren. Het “commercial identification document” (commercieel identificatiedocument) vermeldde enkel “Eggs for consumption brought on market” (op de markt gebrachte consumptie-eieren), onder product description “fresh eggs” (productomschrijving “verse eieren”) en de producentcode 3BE6026. Aan de hand van deze producentcode 3BE6026 die vermeld stond op het commercial identification document (aanwezig bij levering van de eieren) en de factuur, kon bij de levering van de eieren nagegaan worden of het om eieren van klasse 8 ging die op dat ogenblik in principe niet meer op de Tsjechische markt konden gebracht worden als voor rechtstreekse consumptie door de consument geschikte eieren(2585).

Wanneer gebreken zich manifesteerden bij een eerste aankoop en een vervanging wordt bezorgd mag de nieuwe keuring zich niet te lang op zich laten wachten en vereist die keuring bijzondere aandacht(2586).

Een vervangingsrem werd één maand na de levering van een defecte rem in gebruik genomen. Daarna zou deze rem volgens eigen bewering van de koper minstens vijf weken zonder enig probleem hebben gewerkt. De kopers formuleerden pas een protest circa drie maanden na de levering en de overdracht van het risico en twee weken nadat het probleem zich volgens eiseres op hoofdeis heeft voorgedaan. Mede en in het bijzonder gelet op de omstandigheid dat de geleverde rem reeds diende ter vervanging van een eerste defecte levering, is de rechtbank van oordeel dat eiseres zich niet heeft gedragen overeenkomstig artikel 38 CISG en het door eiseres op hoofdeis geuite protest niet voldoet aan het bepaalde in artikel 39 CISG. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de koper overeenkomstig artikel 39.1 CISG het recht heeft verloren om zich erop te beroepen dat de verkochte zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt(2587).

Een ander interessant precedent betrof verkoop van “cokescatcher”, machine die wordt gebruikt in de aardappelverwerkende industrie. Kort na de levering in augustus 2003 bleek het disfunctioneren van de machine. De medewerkers van de verkopers zijn in 2003 al verschillende malen in Zweden geweest in een poging om de disfuncties van de machine te verhelpen. De koper meldde op 16 december 2003 dat dit niet tot een succes heeft geleid. Onbetwist staat

(2584) Gent 25 september 2017, *IHT* 2019, 493-496 = *DAOR* 2018 (1-2), 120-121.

(2585) Antwerpen 18 februari 2019, *IHT* 2019, 497.

(2586) W.A. ACHILLES, “Art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen* (Keulen: Carl Heymanns 2019), nr.5.

(2587) Kh. Hasselt 3 September 2015, CISG-online nr. 4902.

voorts vast dat de door koper gesignaleerde problemen ook in het jaar 2004 per telefoon en per e-mail aan de verkoper kenbaar zijn gemaakt, terwijl partijen naar aanleiding van de gerezen problemen op 22 maart 2005 te Puttgarden (Duitsland) zijn bijeengekomen. Bij die gelegenheid werd afgesproken dat de verkoper zich zou inspannen om verbeteringen aan te brengen, waarna een test zou plaatsvinden. Deze test vond in het bijzijn van (werknemers van) beide partijen te Zweden plaats op 1 december 2005. Naderhand beriep de verkoper zich op artikel 39 CISG om deze test als een eerste (en tardieve) kennisgeving aan de verkoper van het gestelde disfunctioneren in de zin van artikel 39 CISG te kwalificeren, waarbij de koper te laat kennis zou hebben gegeven aan de verkoper van de problemen aan de machine. Dit werd door de rechtbank verworpen. Nu de test is uitgevoerd in aanwezigheid van een tweetal werknemers (ingenieurs) van de verkoper die bovendien het formulier met de testresultaten mee hebben ondertekend, kan de verkoper met het oog op de artikelen 38 en 39 CISG voorts niet met succes aan de koper tegenwerpen dat zij de uitslag van de test eerst in april 2006 aan de verkoper heeft toegezonden(2588).

d) Persoonlijkheid koper

563. **BESTAAN VAN LANGDURIGE HANDELSBETREKKING** – Uit het feit dat koper en verkoper in de meubelbranche bekend zijn en regelmatige en zelfs langdurige handelsbetrekkingen onderhouden en gelet op de aard der goederen – welomschreven meubelen in verkoopcatalogi beschreven en in een bepaalde serie geproduceerd – nam het hof van beroep te Antwerpen aan dat de termijn voor keuring op een eventuele non-conformiteit relatief kort is. Een protest via e-mail op 16 juli voor een levering van 2 juni werd laattijdig bevonden(2589).

d. *Methode en wijze van keuring*

564. **ZORGVULDIGHEIDSSSTANDAARD BIJ KEURING** – De koper moet (tenzij andersluidende conventionele bepalingen) de goederen onderzoeken zoals een redelijke koper geplaatst in dezelfde omstandigheden, wat de noodzaak kan impliceren dat er een deskundige bij betrokken wordt, als men zelf niet over de vereiste competentie beschikt(2590). Wanneer de goederen al een betrouwbare controle hebben ondergaan, kan dit onder omstandigheden een bijkomende keuring overbodig maken. Dit is vooral het geval wanneer de goederen door een neutrale instantie onderzocht of gecertificeerd worden of wanneer zij uitdrukkelijk verwijzen naar een betrouwbare kwaliteits- en

(2588) Gerechtshof Leeuwarden 20 maart 2012, CISG-online nr. 2355.

(2589) Antwerpen 3 november 2008, *TIPR* 2009 (1), 34.

(2590) Sector kanton Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 november 2012, CISG-online nr. 2394 (verkoop van wagens - de omstandigheid dat de koper in verband met onwetendheid of onvoldoende deskundigheid zelf niet in staat is de afgeleverde zaak op deugdelijkheid te inspecteren ontslaat hem niet van de verplichting die inspectie zo spoedig mogelijk te doen uitvoeren, eventueel met bijstand van een deskundige).

kwantiteitscontrole(2591). Het feit dat de contractspartijen een langdurige businessverhouding hebben, volstaat niet om volledig te verzaken aan een keuring(2592). Men moet er zich in zekere mate voor hoeden om alle te strenge eisen aan de keuring te stellen zodat het risico op niet-conformiteit naar de verkoper verschoven worden(2593). Van de koper kan in principe niet verwacht worden dat hij door extreem complexe technieken alle mogelijke verborgen gebreken ontdekt(2594). In principe moet de koper de waren niet onderzoeken op eigenschappen die zeer ongebruikelijk, verboden en redelijkerwijze niet te verwachten zijn(2595). Als algemene richtsnoer geldt dat de kosten en moeite van het onderzoek en inspanning van het onderzoek in een redelijke verhouding staan tot het verwachte rendement van het onderzoek. In principe, hoe intensiever het onderzoek hoe groter het risico op schade door het gebrek aan conformiteit. Hoe waarschijnlijker de niet-conformiteit is hoe meer een onderzoek zich opdringt(2596).

Een precedent betrof de aankoop van half-afgewerkte pvc folie. Ondanks de omvang van de leveringen, haar eigen verdere verwerking van de folie en het feit dat de koper wist dat deze folie bestemd was voor gebruik in een viskwekerij (bijzondere bestemming die aan de verkoper helemaal niet bekend was gemaakt), heeft zij de controle slechts beperkt tot een visuele inspectie van de folies verricht. De folies – waarvan volgens haar betoog 60% gebreken

(2591) W.A. ACHILLES, “Art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen* (Keulen: Carl Heymanns 2019), nr. 5. Zie voor een toepassing in de rechtspraak Gerechtshof s’Hertogenbosch 24 februari 2015, CISG-online nr. 2582 (2.39-2.42). Het geschil betrof Lagerzapfen, een gegoten metalen onderdeel dat met twaalf bouten op de wals wordt bevestigd. Deze wordt gebruikt in de draai- en knikverbinding tussen het voorste deel (de wals) en het achterste deel (de cabine en motor) van door [koper] geproduceerde walsen. De verkoper leverde spontaan certificaten die vermelden i) de gietdatum van de charge; het aantal geproduceerde Lagerzapfen, als materiaalkwaliteit GGGG1004B/A-3 en als norm EN-1563. Onder de kop worden zowel de mechanische eigenschappen als de testresultaten voor de volgende eigenschappen weergegeven: treksterkte; 0,2 rekgrens, rekgrens. Het certificaat is telkens ondertekend door de kwaliteitscontroleur met vermelding gecertificeerd door Bureau Vertitas Certification Nederland BV. Elk certificaat geeft de mechanische eigenschappen weer van een door de verkoper gemaakt en onderzocht proefgietsel. De eigenschappen gelden dan voor de gehele productiecharge. Het materiaal moet aan de materiaalvereisten en norm vermeld in het certificaat voldoen. Volgens de rechtbank moest de koper niet meer opnieuw de materiaaleigenschappen van de geleverde goederen onderzoeken. Hierbij is het belangrijk dat een vergelijkbare controle niet meer mogelijk is zonder beschadiging van het product zelf. De koper mocht derhalve vertrouwen op de juistheid van de certificaten).

(2592) W.A. ACHILLES, “Art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen* (Keulen: Carl Heymanns 2019), nr. 5.

(2593) OG 28 juni 2012, CISG-online nr. 2569, IHR 2013, 25 bevestigt OLG Linz 8 februari 2012, CISG-online nr. 2444, IHR 2015, 104 (Deze zaak heeft betrekking op veiligheidsgordels. De verkoper nam de eerste test af (met voorlegging testresultaten) maar de koper voert jaarlijks een statistische controle uit volgens de skiptot procedure).

(2594) S. DE GROOT, “Non-conformiteit volgens het Weens Koopverdrag. Een onderzoek naar de al dan niet uniforme wijze waarop rechters van verdragsstaten de artikelen 35, 38, 39, 40 en 44 van het CISG interpreteren en toepassen”, *TPR* 1999, (635) 652.

(2595) OLG Schleswig 28 mei 2020, CISG-online nr. 5538, randnr. 36.

(2596) Ibidem.

vertoonde – werden zelfs niet aan een meer gedetailleerd microscopisch onderzoek onderworpen, noch toen zij van verkoper aankwamen, noch na haar eigen verdere verwerking, hoewel zij op de hoogte moet zijn geweest van het beoogde gebruik door haar afnemers. Aangezien in dit geval het risico bestond van hoge gevolgschade bij een niet-conformiteit, was een grondig onderzoek van de geleverde folies onontbeerlijk. Deze verplichting werd nog versterkt door het feit dat verweerster zelf de geleverde halffabrikaten aan verdere bewerking onderwierp, zodat er in ieder geval een verplichting bestond om te testen voor verdere verwerking. De onderzoeksplicht wordt evenmin ontkracht door het feit dat de aangeklaagde onzuiverheden in de folie niet met het blote oog waarneembaar waren. In ieder geval zou de koper de films steekproefsgewijs microscopisch hebben moeten onderzoeken. Met de vermeende dichtheid van de gaten van 60% van de folies, zouden deze snel zichtbaar zijn geworden. Zo nodig had verweerster een inspectiebedrijf moeten belasten, zoals zij later tijdens het sorteerproces heeft gedaan(2597).

De koper van *klei*, die gebruikt wordt voor het sorteren van aardappelen in functie van zetmeelgehalte, moet de aanwezigheid van dioxine in principe niet toetsen. Hij mag er normalerwijze vanuit gaan dat de klei die gebruikt worden voor voedingsmiddelen dioxinevrij is. Dat is weliswaar anders wanneer de koper reden heeft om deze ongebruikelijke eigenschap te vermoeden, gelet op de berichtgeving in de pers over het dioxinebesmetting van de klei in de betrokken regio en het wetgevend ingrepen van de EU in dit verband(2598).

Het behoort tot de minimale verplichtingen van de koper van *hout* om na te gaan of het geleverde hout voldoet aan deze omschrijving AD-hout. Elke houtsoort heeft ook zijn eigen AD-drempel. Waar voor Europese houtsoorten de VVP 30% vochtigheid bedraagt en de AD-drempel 20% is, kan deze verhouding ($AD = 2/3$ van VVP) indicatief geacht worden voor het tropisch hout CUMARU met een VVP van 22% en een AD-drempel van rond de 14%. AD is het eindpunt van een proces dat “luchtdrogen” wordt genoemd waarbij het gebonden water uit het hout wordt onttrokken. Bij het doormaken van dit proces zou er geen gebonden water meer aanwezig zijn. Tijdens het drogen krimpt het hout en vervormen de planken. Na het doormaken van dit proces zou het hout dan ook niet meer (wezenlijk) mogen vervormen. Enkel bij AD-hout kan worden overgegaan tot het trekken van groeven. Het maken van groeven duidt op zich op het gewenst gebruik (buitenterrassen). Eveneens bij het verpakken van hout moet rekening worden gehouden met de vochtigheidsgraad ervan. Bij hout dat niet AD is, moet er na elke laag hout (plank) een dwarse lat geplaatst worden, zodat het hout door de luchtcirculatie nog verder kan drogen in de verpakte partijen (en dit tot het gebonden water is verdampt). AD-hout kan worden ingebonden zonder lat ofwel een lat om de 4 à 5 lagen (ook aangeduid als “gelat om de 4 à 5 planken”). Er is immers geen

(2597) OLG Naumburg 24 april 2019, CISG-online nr. 4506, *NJW* 2020, 476.

(2598) Bundesgerichtshof 26 september 2012, *IHR* 2012, 231.

luchtcirculatie meer noodzakelijk voor het verdere drogen. Het behoort tot haar essentiële verplichtingen om hout te onderzoeken op haar vochtigheidsgraad vooraleer dit te stockeren als AD-hout en uit deze stock haar klanten te beleveren. De koper geeft in deze zélf aan dat het meten van de vochtigheid van hout een minimaal onderzoek inhoudt (“dat gedaan kan worden met apparaten die minder dan € 50 kosten” – als gepleit) en slechts luttele seconden in beslag neemt. De omstandigheid dat de opslagruimte van de koper zo immens is dat zij niet zou kunnen voldoen aan een minimale onderzoeksverplichting (en dat het mogelijk is dat niet-AD hout bij AD-hout werd gestockeerd) kan niet worden aanvaard. Er moet dan ook worden aangenomen dat de fout met de minste voorzorgsmaatregelen had kunnen voorkomen worden. Dat de koper niet voldeed aan deze uiterst minimale onderzoeksverplichting blijkt uit het gegeven dat de koper dit hout bewerkte alsof het AD was (groeven) en verpakt op een wijze dat het AD hout betrof (verpakt in 4 lagen van planken met een lat tussen elke laag). Zij heeft dan ook niet enkel extern (naar de koper) een zware fout gemaakt, maar heeft ook intern het hout behandeld en verpakt alsof het AD-hout betrof(2599).

Van een gespecialiseerd vervoerder en bewaarder van *fruit* mag worden verwacht dat hij niet alleen de peren langs de buitenzijde keurt (blutsen, kleur, dikte, ...), maar minstens enkele geleverde vruchten doormidden snijdt om de staat van rijpheid (met oog op de wederverkoop) vast te stellen(2600).

Een gespecialiseerd bedrijf in de verwerking en handel van *wild*, zowel niet-gekweekt als gekweekt, koopt geregeld gekweekt wild bij derde leveranciers aan, hetzij om deze zelf te verwerken, hetzij om deze door te verkopen. Zij stelt daarbij als essentiële voorwaarde dat het geen lood mag bevatten. Precies daarom wordt gekweekt vlees aangekocht. In dit geval kan redelijkerwijze verwacht worden dat zij beschikt over de middelen om, vooraleer tot verwerking of doorverkoop over te gaan, te controleren of aan de essentiële voorwaarde is voldaan, namelijk de afwezigheid van lood in het vlees. Dergelijke controle kan op relatief eenvoudige wijze gebeuren, hetzij door het gebruik van een toestel van metaaldetectie, waarover de koper, mocht zij daarover niet beschikken, niet stelt dat het zou gaan om een onredelijke kost, hetzij door een steekproefsgewijze ontdooiing van enkele dozen vlees, die verder konden geanalyseerd worden op de aanwezigheid van eventueel lood. De omstandigheid dat door de ontdooiing het vlees zou verloren zijn, terwijl het bestemd was om doorverkocht te worden, is geen geldig excuus om geen steekproefsgewijze controle uit te voeren(2601).

Een koper kocht *vlees* voor verwerking in lasagne. Voor de verwerking van het vlees werd het vlees gecontroleerd op temperatuur. Daarnaast werd van alle

(2599) Antwerpen 4 maart 2020, 2017/AR/68, niet-gepubliceerd.

(2600) Kh. Leuven 2 november 2017, A/16/01243, niet-gepubliceerd.

(2601) Gent 12 juni 2013, 2010/AR/2308 201 0/AR/2915, niet-gepubliceerd.

leveringen vlees een monster afgenomen ter keuring. Het afgenomen monster werd vervolgens microbiologisch gecontroleerd. De koper kreeg weliswaar naderhand klachten van klanten over de aanwezigheid van botfragmenten in het vlees. De koper liet hierna het vlees analyseren door een laboratorium. Naar aanleiding van die analyse (een meting van het calciumgehalte) van het vlees werd de aanwezigheid van stukjes bot vastgesteld. De rechtbank oordeelde echter dat de koper tekort was gekomen aan zijn keuringsplicht. Indien de koper het vlees direct na ontvangst op deze wijze had gecontroleerd, had zij de aanwezigheid van botdeeltjes direct kunnen en moeten opmerken. Waarom het vlees niet direct na ontvangst hierop is gekeurd, althans aan een controle van de substantie en textuur onderworpen is, maar volstaan is met enkel een controle van kleur, temperatuur en microbiologisch onderzoek, kon de koper niet overtuigend onderbouwen. Voor zover de koper oordeelde dat een dergelijk laboratoriumonderzoek niet van haar verwacht kon worden, merkt de rechtbank op dat de botdeeltjes zelfs bij een eenvoudige controle opgemerkt kunnen worden. Het betreft immers de substantie van het vlees, die bij het proeven of zelfs het met de hand bevoelen al ontdekt had moeten worden. De enkele stelling dat het vlees bevroren was en dat derhalve niet op deze wijze gekeurd kon worden op substantie en aanwezigheid van botdeeltjes achtte de rechtbank onvoldoende. Van een koper mocht immers verwacht worden dat zij het vlees zou ontdooien om het aan een keuring te onderwerpen(2602).

Bij de verkoop van *kippenfilets* werd na de verwerking van het vlees geklaagd over een ranzige smaak. Het hof van beroep te Gent oordeelde de ranzige smaak ofwel al aanwezig was op het ogenblik van de levering en dat dit kon opgemerkt worden bij een normale keuring indien er steekproefsgewijs kort na elke levering enkele verpakkingen ontdooid werden en de inhoud ervan gecontroleerd werd, ofwel was de ranzige smaak nog niet aanwezig en werd deze pas vastgesteld na de verwerking enkele weken na de levering, maar dan is het niet bewezen dat dit te wijten was aan enig gebrek van het vlees op het ogenblik van de levering. Volgens het hof merkte de verkoper terecht op dat de ranzige smaak kan zijn ontstaan door omstandigheden in verband met de bewaring ervan en de verwerking ervan in het eindproduct(2603).

Bij de verkoop van *pvc* waaruit zonnowerende rolluiken werden gemaakt, bleek achteraf na installatie van de rolluiken dat een levering pvc waaruit de koper rolluiken had gemaakt, te weinig titaniumdioxide bevatte. *In casu* werd geoordeeld dat geen schending voorlag van de verplichting tot keuring binnen de kortste termijn en tot kennisgeving ervan, omdat van de koper niet kan worden verwacht dat hij bij een levering een uitgebreide analyse deed waaruit het ontoereikend gehalt titaniumdioxide bleek(2604).

(2602) Rb. Midden-Nederland 20 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:412.

(2603) Gent 14 mei 2014, 2011/AR/2205, niet-gepubliceerd.

(2604) LG Paderborn 2 Kammer für Handelssachen 25 juni 1996, CISG-online nr. 262.

Van een koper van *roterende tentoonstellingsglobes* kan niet worden verwacht dat hij deze bij levering onderzoekt of deze globes voldoen aan de voorschriften van bedrijfszekerheid, zoals de aanwezigheid van een elektrische aarding. Wel kon de koper zich niet beklagen over het storend geluid van de opgestuurde globes. De koper had immers een prototype moeten vragen en had bij de levering van een prototype dit gebrek kunnen opmerken(2605).

De keuringsverplichting van *eieren* bestemd voor de Tjeschische markt werd volgens het hof van beroep te Antwerpen *in concreto* verscherpt door § 30, lid 3 letter b van de Tsjechische Veterinaire Wet, krachtens dewelke de koper bij aankomst van de goederen in haar magazijnen in Praag moest controleren of de eieren ook correct gemerkt waren. Zij had alvorens verder tot distributie over te gaan moeten nagaan of de merktekens overeenstemden met de gegevens op de handelsdocumenten en of de eieren met die merktekens op dat ogenblik nog geschikt waren voor verdeling aan de consument. Zij heeft zich echter niet aan die verplichting gehouden(2606). Plaatselijke gebruiken op de plaats van onderzoek zijn in principe geldend in zover zij ook internationaal compatibel zijn en waarmee de verkoper dus redelijkerwijze rekening moet houden(2607).

Een uitspraak van het hof van beroep te Antwerpen betrof *stalen clipsen om terrasplanken te monteren*. Gelet op de aard van de geleverde goederen en de eigenschappen die daarvan werden verwacht – bestand tegen corrosie – was een louter visuele controle niet voldoende. De koper toont zelfs niet aan dat zij de geleverde goederen aan een minimale visuele controle heeft onderworpen, visuele controle die overigens niet als keuring volstond. Stalen van de geleverde clips konden perfect en moesten gelet op de aard van de geleverde producten en de toepassing waarvoor ze bestemd waren, aan een chemische analyse worden onderworpen. Of deze clipsen tegen corrosie bestand waren, kon immers op geen enkele wijze nagegaan worden door een louter visuele controle bij levering(2608).

Bij de verkoop van *Chia zaden* uit Paraguay die de Nederlandse koper doorverkocht weigerde de Turkse overheid de import naar de Turkse afnemer. De lading werd onderzocht en geweigerd op grond van te hoge aflatoxinewaarde. De lading werd terug gescheept. Een tweede analyse werd uitgevoerd volgens de toepasselijke EU-regelgeving. Zo werd uit 50 zakken monsters getrokken, die zijn samengevoegd in één grote emmer en daaruit zijn monsters van 1 kg genomen. Daarbij had de verkoper voldoende gelegenheid om de partij te onderzoeken. Zo had zij de partij zelf kunnen laten ophalen in Turkije.

(2605). LG München 27 februari 2002, CISG-online nr. 654 = *IHR* 2003, 233, 235.

(2606) Antwerpen 18 februari 2019, *IHT* 2019, 497.

(2607) W.A. ACHILLES, “Art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen* (Keulen: Carl Heymanns 2019), nr. 1.

(2608) Antwerpen 3 december 2018, 2015/AR/670 2017/AR/1232, niet-gepubliceerd.

Bovendien lag er nog een verzegeld monster in opslag bij de expert van de koper. De verkoper vroeg geen tegenonderzoek van dit monster. In het licht daarvan moeten de analyseresultaten dan ook volgens de rechtbank voor juist worden gehouden(2609).

Een koper klaagde over de aanwezigheid van *metaaldeeltjes bij de aangekochte majoraan*. Kruiden zoals marjoraan worden normaal horizontaal gedetecteerd. Dit is *in casu* niet gebeurd omdat de horizontale metaaldetector die dag volgepland was en vanwege de spoed van de zijde van de afnemer niet kon gewacht worden tot hij weer vrij was. De koper stelt dat hij na ontvangst van klachten van haar afnemer de bij haar nog aanwezige marjoraan alsnog horizontaal heeft gedetecteerd en dat naar aanleiding van dat onderzoek de aanwezigheid van metaaldeeltjes werd vastgesteld. Indien de koper de majoraan direct na ontvangst horizontaal had gecontroleerd, had zij de aanwezigheid van metaaldeeltjes direct kunnen en moeten opmerken. De koper heeft onvoldoende onderbouwd waarom een dergelijke eenvoudige keuring niet van haar kon worden gevergd. De enkele stelling dat de bestelling spoedeisend was en er om logistieke redenen geen gebruik van de horizontaal detectie gebruik kon worden gemaakt is hiertoe onvoldoende. Dat is een bedrijfseconomische keuze van de koper die ook had kunnen wachten tot de horizontale detector beschikbaar was. Dat de afnemer een verticale metaaldetectie heeft toegepast, maakt dit niet anders, aangezien bleek dat de metaaldetector zo was afgesteld dat metaaldeeltjes niet werden gedetecteerd. Dat zijn omstandigheden in relatie tot de verkoper die voor rekening en risico van de koper moeten blijven(2610).

Bij de verkoop van *zeep* volstaat een visuele controle niet, aangezien een eventuele besmetting met bacteriën niet meteen zichtbaar is. Indien de gevolgen daarvan, in dit geval het schuimen van de zeep door gisting, nog niet zichtbaar is, kon de koper met een visuele controle niet volstaat. Het is een standaardprocedure om zeep te testen op sporenvormende micro-organismen. De kosten van deze test zijn zeer beperkt (ca 12,50 EUR exclusief btw)(2611).

565. FINALITEIT: CONTROLE OP ZICHTBARE GEBREKEN – Behoudens andersluidende conventionele bepaling is de finaliteit van de keuring, gelet op de

(2609) Rb. Rotterdam 1 april 2020 ECLI:NL:RBROT:2020:3283, CISG-online nr. 5158

(2610) Rb. Noord-Holland 2 mei 2018, CISG-online nr. 3696, *NTHR* 2018 (4), 223.

(2611) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 september 2015, CISG-online nr. 2654.

omstandigheden, de zichtbare gebreken te ontdekken en is daar in eerste instantie ook toe beperkt(2612).

Bij de verkoop van *een gebakvitrine* werden volgende gebreken aangeklaagd: de glazen legvakken binnenin zijn te klein; er kunnen geen twee taarten achter elkaar getoond worden; op de vitrine aan de binnen- en buitenkant bovenaan vormt zich enorm veel condenswater zodat er boven geen gebak kan tentoongesteld worden; er was heel helder wit licht besteld en er is wit/geel licht geleverd; bij het onderste inox legvak sluiten de panelen niet aan elkaar; er blijft minstens 50 mm opening; de handgrepen op de schuifdeuren zijn bovenaan afgezaagd en zijn niet gekleurd zodat het aluminium zichtbaar blijft; de afgezaagde randen zijn heel scherp en de klant heeft zich er al aan gekwetst. Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde dat op basis van de omstandigheden van het geval kan worden aangenomen dat een keuring enerzijds bestaat uit een visuele keuring en anderzijds uit een test van de technische onderdelen(2613).

Het hof van beroep Gent oordeelde over een overeenkomst tussen een Nederlandse verkoper van *kippenfilets* en een Belgische koper dat het feit dat de houdbaarheidsdatum van de kippenfilets reeds bij levering overschreden was door een visuele controle van de verpakking bij levering had kunnen worden vastgesteld, zodat de keuring en de kennisgeving naar aanleiding van de verwerking van de kippenfilets in kippenworsten met een “ranzige smaak” (*dixit* de koper) als laattijdig werd beschouwd(2614). Bijkomend merkt het hof op dat een normale keuring – naast de visuele controle – erin zou bestaan om steekproefsgewijs enkele verpakkingen te ontgooien en de inhoud ervan te controleren.

566. STEEKPROEVEN – Uiteindelijk wordt de aard en de omvang van de keuring bepaald door de noodzaak om eventuele afwijkingen zo vlug mogelijk en zo nauwkeurig te melden aan de verkoper(2615). De rechtspraak aanvaardt onder omstandigheden dan ook steekproeven op een relatief klein percentage van de gehele hoeveelheid goederen(2616).

(2612) Handelsgericht Zürich 18 juni 2012, CISG-online nr. 2660 (In een geval waar de ouderdom (authenticiteit) van een antieke buste werd betwist oordeelde het Handelsgericht dat er in casu betwisting was over een niet-conformiteit die alleen met een wetenschappelijke nauwkeurige analyse kan worden vastgesteld en zij in elk geval verborgen is. In een dergelijk geval brengt een keuring de niet-conformiteit niet aan het licht, zelfs niet indien de koper met kennis van zaken moet handelen. Derhalve is de vraag niet of de goederen tijdig gekeurd zijn in de zin van art. 38 CISG maar of de verkoper binnen redelijke termijn op de hoogte is gebracht van de mogelijke niet-conformiteit op basis van de opgestelde expertise (art. 39 CISG).

(2613) Antwerpen 27 november 2019, 2018/AR/1898, niet-gepubliceerd.

(2614) Gent 14 mei 2014, 2011/AR/2205, niet-gepubliceerd.

(2615) P. WAUTELET, “Verplichtingen van de koper” in H. Van Houtte, J. Errauw en P. Wautelet (eds.), *Het Weens Koopverdrag* (Antwerpen: Intersentia 1997), (155) 168.

(2616) Oberster Gerichtshof Österreich 28 juni 2012, CISG-online nr. 2569, *IHR* 2013, 25.

§ 4. KLACHTPLICHT

a. *Ratio*

567. BEVORDERING INTERNATIONALE HANDELSTRANSACTIES – De kennisgevingsplicht heeft tot doel de internationale handelstransacties te bevorderen, waarbij het voor partijen van essentieel belang is om zo snel mogelijk te weten waar ze aan toe zijn. Het vermijdt dat de koper op onredelijke wijze vertrouwt op een beweerdelijke (materiële)(2617) niet-conformiteit, waartegen de verkoper zich niet kan beschermen(2618). Indien de koper de koopwaar niet als conform aanvaardt, moet de verkoper de mogelijkheid hebben om hieraan vooralsnog te remediëren via zijn *right to cure* (bv. door herstelling, vervanging of levering van ontbrekende koopwaar of door op een andere manier het verlies voor de koper te reduceren). Ook moeten de nodige maatregelen kunnen worden genomen met het oog op het verzamelen van bewijs voor een latere betwisting(2619).

b. *Termijn waarbinnen de klacht mogelijk is*

1) *Beginpunt*

568. AFHANKELIJK VAN AARD VAN NIET-CONFORMITEIT – Het beginpunt van de termijn hangt af van de aard van de niet-conformiteit. Betreft het een zichtbare niet-conformiteit die kan worden ontdekt gedurende een normaal onderzoek, dan begint de termijn voor kennisgeving van de niet-conformiteit te lopen op het ogenblik wanneer de koper tot de keuring moest over ~~te~~ gaan. De ene periode volgt de andere op. Indien de koper nalaat de goederen te keuren binnen een zo kort mogelijke termijn en de niet-conformiteit wordt nadien ontdekt, dan is artikel 39.1 CISG geschonden, als de kennisgeving van de niet-conformiteit niet gebeurde binnen een redelijke termijn vanaf het ogenblik dat de niet-conformiteit *behoorde* ontdekt te worden(2620). Indien de koper zo onnodig getalmd heeft bij het onderzoek, kan hij dit (uitzonderlijk) wel compenseren door alsnog zeer snel kennis te geven van

(2617) Voor de juridische niet-conformiteit is er het eigen regime van art. 43 CISG.

(2618) C. BAASCH-ANDERSEN, *Uniform application of the international sales law: understanding uniformity, the global jurisconsultorium and examination and notification provisions of the ciscg*, (Alphen aan den Rijn: Kluwer-Law International 2007), 138.

(2619) K. COX, *Recente rechtspraak – Weens Koopverdrag: de keurings- en kennisgevingsplicht van de koper*, in *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht* (Brussel: Larcier 2005), (245) 255.

(2620) C. BAASCH-ANDERSEN, *Uniform application of the international sales law: understanding uniformity, the global jurisconsultorium and examination and notification provisions of the ciscg* (Alphen aan den Rijn: Kluwer-Law International 2007), 145.

de niet-conformiteit(2621). De meldingstermijn van een niet-conformiteit die niet vast te stellen is na een behoorlijke keuring, begint te lopen vanaf het eerste moment dat een normaal zorgvuldig koper het gebrek moet ontdekken(2622). Een later (continu) onderzoek naar gebreken die zich later manifesteren, vereist het Weens Koopverdrag niet(2623).

2) Duur termijn

569. KORTE TERMIJN – Er is eensgezindheid dat de redelijke termijn kort is. Het kort karakter is ingegeven door het feit dat na verloop van tijd steeds moeilijker wordt om de oorzaak/toerekenbaarheid van het gebrek te bepalen, m.n. dat het gebrek niet te wijten is aan slecht gebruik of slijtage. De situatie wordt ook noodzakelijkerwijze complexer wanneer de koopwaar geïncorporeerd is in een ander goed of doorverkocht aan een derde(2624). Het wachten van de koper om te protesteren tot de eigen afnemers protesteren, wordt vaak beschouwd als een aanwijzing dat de koper nalatig is geweest. Van een koper die de waren doorverkoopt, kan immers minstens verwacht worden dat hij onmiddellijk na de levering steekproeven neemt. Dit is anders wanneer de gebreken alleen konden worden ontdekt door de eindgebruiker. In een dergelijke situatie kan het protesteren na klachten van de eindgebruiker de koper niet ten kwade geduid worden.

Geschillen over de redelijke termijn zijn talrijk. We geven hierna een korte bloemlezing van gevallen waar geoordeeld werd dat de redelijke termijn overschreden was:

- Een termijn van meer dan één maand na de ontdekking van het gebrek in opslagtanks voor paraffineolie was volgens het hof van beroep te Gent laattijdig. Er kon bovendien geen tegensprekelijke expertise meer plaatsvinden gezien de koper eenzijdig herstellingen had laten uitvoeren(2625).

(2621) H. HONSELL (ed.) “Art. 38” in *Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)* (Berlijn; Springer 2010), 420 nr. 34.

(2622) Gerechtshof Den Haag 21 mei 2013 ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3856, CISG-online nr. 4957. K. COX, *Recente rechtspraak – Weens Koopverdrag: de keurings- en kennisgevingsplicht van de koper*, in *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht* (Brussel: Larcier 2005), (245) 257.

(2623) P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER en U. SCHROETER (eds.), “Art. 39” in *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)* (München: Beck 2019), nr. 21

(2624) Gerechtshof Arnhem 16 juli 2006, CISG-online nr. 1266, (bij de vaststelling van de lengte van de klachttermijn is in het bijzonder van belang dat de potgrond na aankomst op zijn bedrijf vrijwel onmiddellijk werd verwerkt, wat (tegen)bewijslevering ter zake van het ontbreken van een tekortschieten of ontbreken van causaal verband kan bemoeilijken. Dit noopt tot een spoedig klagen).

(2625) Gent (7de k.) 23 januari 2017, *DAOR* 2017 (122), 103-104.

- Een rem werd geleverd ter vervanging van een eerste defecte rem. De koper nam de rem pas in gebruik een maand na levering. Daarna zou deze volgens de koper minstens vijf weken goed hebben gewerkt. Een protest werd door de koper pas geformuleerd *drie maanden na levering en twee weken nadat het probleem zich volgens de koper had voorgedaan*. Mede en in het bijzonder gelet op de omstandigheid dat de geleverde rem reeds diende ter vervanging van een eerste defecte levering oordeelde de rechtbank van koophandel te Turnhout dat de koper niet tijdig had geprotesteerd(2626).
- Een kennisgeving *vier à vijf maanden* na de levering van vezelplaten werd laattijdig bevonden. Dit geldt des te meer waar uit het deskundigenverslag blijkt dat de manier waarop de goederen worden opgeslagen – de plaats, onder welke temperatuur en luchtvochtigheid, in welke verpakking enzovoorts – een grote invloed heeft op de treksterkte van de vezelplaten. Het loutere feit dat de paletten met vezelplaten enige tijd op de kade hebben gestaan vooraleer zij in het magazijn worden opgeslagen, kan al onmiddellijk nefast zijn voor de platen en voldoende zijn om de platen een hogere vochtigheid te bezorgen, zodat ze niet meer aan de norm voldoen(2627).
- Een kennisgeving *5 maanden na ingebruikname* van een tekortkoming aan een borstelmachine die niet behoorlijk werkte en meer bepaald niet alle etiketten en lijm verwijderde achtte het hof van beroep te Gent laattijdig(2628).
- Een protest geformuleerd ongeveer *zes maanden* na de levering en plaatsing van een afzuiginginstallatie in een restaurant voldoet niet aan het bepaalde in artikel 38 en 39 CISG(2629).
- Een verkoper die *zeven jaar* wacht na de overhandiging van een bankstel om de verkoper te dagvaarden voor het gerecht om zich te beroepen op een gebrek aan overeenstemming handelt niet binnen een redelijke termijn, zodat hij vervallen is van zijn recht in overeenstemming met artikel 39 CISG. Er kunnen dan ook geen nuttige vaststellingen meer gebeuren gelet onder meer op de lange gebruiksperiode(2630).

De koper protesteerde wel binnen een redelijke termijn in een zaak voor het hof van beroep te Luik. A.B. had een tractor gekocht waarbij specifiek op de factuur 40 km/u vermeld stond. Een tractor van 1990 kon deze snelheid niet halen want enkele tractoren gebouwd vanaf maart 1991 waren uitgerust met een versnellingsbak die deze snelheid kon halen. De aankondiging van de verkoper stelde dat het bouwjaar 1991 zou zijn en AB kon dus vermoeden dat de tractor de gewenste snelheid kon behalen (behalve als de tractor

(2626) Kh. Antwerpen (afd. Turnhout) 3 september 2015, *Tijdschrift@ipr.be* 2016 (2), 83-88.

(2627) Antwerpen 24 oktober 2018, 2016/AR/446, niet-gepubliceerd.

(2628) Gent 29 november 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2018, (77) 88 nr. 9.

(2629) Antwerpen 28 juni 2010, *Limb.Rechtsl.* 2011, 229.

(2630) Kh. Tongeren 4 maart 2014, *TBBR* 2018, (40) 43.

gebouwd zou zijn in januari of februari 1991). Er kon dus wel twijfel bestaan bij een persoon met een interesse voor oudere voertuigen. Het serienummer volstond bovendien om te verifiëren om de karakteristieken van de tractor te achterhalen. Alzo oordeelde het hof dat als de snelheid zo belangrijk was, de onzorgvuldigheid van de AB moeilijk te begrijpen was. Zonder meer kon de koop niet ontbonden worden. Er kon enkel een prijsvermindering gevraagd worden. Gezien de tractor eind april-begin mei de locatie van de verkoper had verlaten en AB 9 mei protesteerde, kon besloten worden dat deze tijdig heeft gereageerd(2631).

570. CRITERIA TER BEPALING VAN REDELIJK KARAKTER VAN TERMIJN – Bepaalde factoren zijn van aard om de doorsnee gemiddelde termijn te verkorten of te verlengen.

Specificiteit van de koopwaar – Dat geldt in het bijzonder voor het bederfelijke karakter van de koopwaar(2632). Wanneer men bij bederfelijke koopwaar de keuring immers te lang uitstelt, kan niet meer worden achterhalen of het bederf reeds aanwezig was bij de levering, dan wel later is ingetreden. Een kennisgeving van beweerde niet-conformiteit of gebreken *tien tot zestien dagen* na levering van *champignons* werd om die reden laattijdig bevonden. Op dat ogenblik was elke tegensprekelijke controle omtrent de toestand van de goederen op het ogenblik van de levering onmogelijk geworden. Om dezelfde reden kon de koper ook niet langer inroepen dat de gefactureerde hoeveelheden niet overeenstemden met de geleverde hoeveelheden(2633). Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde over de levering van *verse eieren* dat, aangezien eieren maximaal 21 dagen na legdatum aan een consument kunnen worden verkocht op basis van Europese regelgeving, de kennisgeving – precies op de 21^{ste} dag na legdatum – laattijdig was(2634). Een betwisting betrof *poedervormige verdunner voor het zaad van mannelijke fokvarkers*. Deze verdunner zorgt voor een hoger bevruchtigingspercentage, een hoger levend aantal geboren biggen per worp en een langere houdbaarheid van het zaad. De diluent moet ter gebruik worden aangewend met water om tot een vloeibare substantie te komen. Aan de vloeibare substantie wordt sperma toegevoegd. De rechtbank te Overijssel overwoog dat de duur van de klachttermijn afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de aard van de geleverde zaken. In dit geval is van belang dat de functionaliteit van de diluents afhankelijk is van een juiste toepassing en gebruik.

(2631) Luik 18 juni 2015, 2014/RG/1088, juportal.be.

(2632) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, CISG-online nr. 4517 (verkoop van gebruikte oliën (hierna UCO) die in biodiesel moet worden omgezet – vermits de koper binnen enkele dagen over de resultaten van de bemonstering van de geleverde UCCO op de aanwezigheid van onzuiverheid en vrij vetzuren beschikt moet zij hierover binnen enkele dagen klagen, te meer omdat tussen partijen niet betwist is dat de kwaliteit van UCCO verslechtert naarmate de tijd verstrijkt).

(2633) Gent 13 januari 2010, *TBH* 2010, 906.

(2634) Antwerpen 18 februari 2019, *IHT* 2019, 497.

De functionaliteit kan verminderen, indien de diluents niet worden vervoerd en bewaard in een donkere omgeving bij een temperatuur tussen de 15 en 25 °C. In dit geval werden de diluents verzonden naar het magazijn van X, van waaruit de diluents na korte of langere tijd te zijn bewaard, werden vervoerd naar de eindverbruiker. Omdat deze transporten van invloed kunnen zijn op de functionaliteit van de diluents is de klachttermijn betrekkelijk kort. Een termijn van drie maanden werd *in casu* niet redelijk bevonden(2635).

Aard van gebreken – Wanneer de gebreken makkelijk vast te stellen zijn, verkort dit uiteraard niet de voorafgaande keuringstermijn, vermits de koper niet vooraf kan weten met welke gebreken de verkochte goederen behept zijn; wel verkleint dit de termijn voor kennisgeving. Bij zichtbare gebreken sluit de termijn van kennisgeving onmiddellijk aan op de termijn voor onderzoek(2636). Een kennisgeving over het ontbreken van onderdelen bij de levering van opleggers door een Duitse firma aan een Belgische afnemer *15 dagen na levering* bleek in de gegeven omstandigheden laattijdig(2637). Een kennisgeving van onmiddellijk zichtbare gebreken *tweeëntwintig dagen* dan wel gebreken die zichtbaar werden na eerste gebruik met betrekking tot een glasvitrine werd eveneens laattijdig bevonden(2638). Ook de kennisgeving aan de verkoper *vier weken* na levering van schimmelvorming in lariksen was laattijdig. De koper erkende bovendien dat zij veel langer dan nodig ~~was~~ had gewacht met de keuring van de planten. De voorliggende rapporten wijzen er bovendien op dat de symptomen van een eventuele besmetting (botrytis) reeds na zeer korte tijd vastgesteld worden. Indien de geleverde lariksen besmet waren dan kon de koper dit onmiddellijk of na korte tijd na levering vaststellen. Wanneer de koper dit pas na vier weken vaststelt, heeft ze ofwel te lang gewacht met keuren ofwel waren de zaken niet gebrekkig bij de levering. Het hof besluit dan ook dat de keuring laattijdig gebeurde en minstens dat ze gelet op de omstandigheden de verkoper van een eventueel gebrek bij levering niet binnen een redelijke termijn in kennis heeft gesteld(2639). De pluk en de levering van *peren* geschiedde tussen 1 september en 29 september

(2635) Rb. Overijssel 24 april 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA0384, CISG-online nr. 4942.

(2636) Gent (12de k.) 12 juni 2013, 2010/AR/2308 201 0/AR/2915, niet-gepubliceerd (“*De keuringsverplichting en de verplichting tot protest dienen echter aan elkaar gekoppeld te worden, aangezien de koper geen enkele reden heeft om met zijn protest te wachten eens hij vastgesteld heeft of had moeten vaststellen dat de levering niet-conform was, zodat de protest-termijn zeer kort is van zodra de gebreken ontdekt worden of hadden behoren ontdekt te zijn*”).

(2637) Gent 25 september 2017, IHT 2019, 493 = DAOR 2018 (1-2), 120.

(2638) Antwerpen 27 november 2019, 2018/AR/1898, niet-gepubliceerd (zichtbare gebreken: i) de glazen legvakken binnenin zijn te klein; ii) er kunnen geen 2 taarten achter elkaar getoond worden; iii) er was helder wit licht besteld en er is wit/geel licht geleverd; iv) de compressoren maken enorm veel lawaai; v) bij het onderste inox legvak sluiten de panelen niet aan elkaar, er blijft minstens 50 mm opening; vi) de handgrepen op de schuifdeuren zijn bovenaan afgezaagd en zijn niet gekleurd zodat het aluminium zichtbaar blijft; vii) de afgezaagde randen zijn heel scherp en de klant heeft zich er al aan gekwetst; viii) op de vitrine aan de binnen- en buitenkant bovenaan vormt zich enorm veel condenswater zodat er boven geen gebak kan tentoongesteld worden).

(2639) Gent 6 mei 2009, 2007/AR/1854, juportal.be, nr. 3-7.

2010. Er was een (beweerd) verschil in geleverde hoeveelheid dat bleek uit de leveringsbonnen. Dit (beweerde) tekort werd bij schrijven van 6 januari 2011 iets meer *drie maanden* later aangekaart. Dit achtte het hof van beroep te Antwerpen manifest laattijdig(2640). Wanneer de gebreken gevolgschade veroorzaakt, is het op grond van de schadebeperkingsplicht ook belangrijk om de niet-conformiteit snel aan te kaarten. Dat vloeit voort uit de schadebeperkingsplicht van de koper (art. 77 en 80 CISG)(2641). Een uitspraak van het hof van beroep te Gent betrof kippenfilets. Op het ogenblik van de levering zelf was echter al te zien dat de houdbaarheidsdatum overschreden was. Zowel op de verpakking op de paletten als op de individuele verpakkingen van het vlees in de doos, wordt de houdbaarheidsdatum vermeld. Derhalve was reeds bij een loutere visuele controle van de verpakkingen, zonder dat deze moesten geopend worden, te zien dat de houdbaarheidsdatum overschreden was. Niettemin verwerkte de koper nog het grootste deel van de kippenfilets en wachtte zij nog een maand en 10 dagen vooraleer schriftelijk te protesteren. De koper beweerde dat ze een ranzige smaak hadden. Dit protest beantwoordt niet aan de vereiste redelijke termijn zoals bepaald in artikel 39.1 CISG, mede in achtgenomen de bepalingen van artikel 38.1 en 2 CISG, het feit dat reeds bij een eerste, al was het maar oppervlakkige controle op het ogenblik van de levering te zien was dat de houdbaarheidsdatum overschreden was en het feit dat de koper het grootste deel van de producten al had verwerkt (en het eindproduct had gefabriceerd) na deze enkele weken in de vrieskast te hebben bewaard(2642). De redelijke termijn is langer wanneer het gaat over verborgen gebreken. Het hof van beroep te Luik achtte een klacht op 31 augustus 2007 met betrekking tot de niet-conformiteit van melkpoeder die een impact had op de kwaliteit van het vlees en de melkproductie, waarbij het verborgen gebrek pas was ontdekt na de slachting van de melkkoeien in de periode mei 2007-september 2007 dan weer binnen de termijn artikel 39 Weens Koopverdrag(2643).

Ontbreken van documenten – Het ontbreken van juridische documenten kan resulteren in een niet-conformiteit van het verkochte goed. Het Oberlandesgericht te München achtte de keurings-en klachtplicht van artikelen 38-39 CISG niet van toepassing op de niet-levering van de conformiteitsattesten deel II en de EG-certificaten van overeenstemming. De verkoper heeft de bescherming van de artikelen 38 en 39 CISG niet nodig. Hij hoeft immers geen vermeende niet-conformiteit te verhelpen, maar moet de documenten in zijn bezit aan de koper overhandigen. Een overeenkomstige toepassing van

(2640) Antwerpen (4de bis k.) 9 september 2013, *Limb.Rechtsl.* 2014, 119-130, noot P. VANHELMONT.

(2641) LG Aschaffenburg 20 april 2006, *IHR* 2007, 109 (verkoop van stof voor verwerking in matrassen – de naadsterkte was *in casu* niet voldoende, dit had men moeten merken na een oppervlakkige analyse en vervolgens had men verschillende monsters moeten nemen voor een labo-analyse).

(2642) Gent 14 mei 2014, 2011/AR/2205, niet-gepubliceerd.

(2643) Luik 20 november 2008, *RRD* 2008, (181) 183.

de artikelen 38 en 39 CISG zou hier slechts tot doel hebben om tot een snelle opheldering van een bewijsprobleem te komen. Er kan immers alleen een betwisting zijn over de vraag of de documenten al zijn overhandigd. Indien de verkoper van mening is dat hij de documenten heeft overhandigd en de overhandiging niet heeft laten aftekenen, kan hij daarvoor toch nog aansprakelijk worden gesteld, ongeacht de termijn waarbinnen de koper het ontbreken van documenten heeft aangeklaagd. Als hij de documenten effectief niet heeft overhandigd, dan is het gemakkelijk om ze te overhandigen ongeacht de termijn waarbinnen de klacht is gedaan. De functies die aan de artikelen 38 en 30 CISG worden toegekend zijn hier niet van toepassing(2644). De koper verloor eveneens zijn recht zich te beroepen op een niet-conformiteit (de beweerdelijk verkeerde levering van een 3-zit) in een zaak voor het hof van beroep te Antwerpen. Koper en verkoper waren bekend in de meubelbranche en ze onderhielden een langdurige handelsrelatie. De termijn om goederen te keuren was bovendien betrekkelijk kort gezien de aard van de goederen, namelijk welomschreven meubelen die in verkoopcatalogi beschreven zijn en in een bepaalde serie worden geproduceerd. Het was tevens een duidelijke zichtbare niet-conformiteit. De levering vond plaats op 9 juni en pas op 16 juli werd er geprotesteerd. Naar de opvatting van het hof kon dit bezwaarlijk worden beschouwd als een zo kort mogelijke termijn in de zin van artikel 38 CISG (2645). Twee andere beweerdelijk verkeerde leveringen werden pas gemeld respectievelijk zes en drie maanden na levering. De redelijke termijn in artikel 39 CISG was ook hier duidelijk overschreden(2646).

571. OPEENVOLGENDE KOPEN – Wanneer men door zijn eigen koper in kennis gesteld wordt van gebreken in goederen die men zelf bij een derde heeft gekocht, dient men binnen een redelijke termijn kennis te geven van de beweerde gebreken aan de eigen verkoper, bij gebreke waarvan men zich naderhand niet meer tegenover zijn eigen verkoper kan wenden. Aldus werd een dagvaarding in tussenkomst tegen de voorgaande verkoper laattijdig bevonden wanneer zij pas ruim vier maanden volgt na de voorgaande dagvaarding door de koper waarin de beweerde gebreken in de verkochte zaak werden gemeld(2647).

3) Vorm en inhoud klacht

572. PRECIEZE OMSCHRIJVING AARD VAN NIET-CONFORMITEIT VEREIST – Artikel 39 CISG vermeldt geen vormvereisten, maar dit betekent niet dat de koper niet duidelijk te kennen moet geven dat de zaken niet aan de

(2644) OLG München 12 april 2018, CISG-online nr. 3725

(2645) Het hof vermeldt art. 38 CISG en stelt dat een termijn van 5 weken tussen levering en protest niet valt onder deze bepaling. Evenwel blijkt hier niet uit dat de keuring zelf laattijdig is gevoerd.

(2646) Antwerpen 3 november 2008, *Tijdschrift@ipr.be* 2009 (1), (34) 36.

(2647) Rb. Turnhout 4 februari 2008, AR 07-937-A., *Tijdschrift@ipr.be* 2008 (2), 61.

overeenkomst beantwoorden onder opgave van de aard van de niet-conformiteit. Redelijkerwijze mocht van de koper verwacht worden dat zij een brief zou sturen naar het bestuur van de verkoper of minstens aan een persoon die haar kon verbinden en dat dit zou gebeuren in de contracttaal om een niet-conformiteit te melden(2648). Meer algemeen heeft de kennisgeving als doel de verkoper de mogelijkheid te bieden om een bewijs te hebben of zich een bewijs te verschaffen van de staat van de geleverde goederen (door deze zelf (op tegensprekelijke wijze zelf of door een derde) te (laten) keuren) en tegelijkertijd hem in staat te stellen desgevallend te remediëren aan de gesignaleerde gebreken, door middel van herstel of vervanging, desgevallend zijn eigen verkoper of de transporteur aan wie hij het vervoer heeft toevertrouwd, aan te spreken. In dit opzicht is een algemene kennisgeving, zonder specificatie van de aard van de niet-conformiteit, niet afdoende(2649). Indien het geleverde goed aangetast is door meerdere vormen van niet-conformiteit, moet elke niet-conformiteit gespecificeerd worden(2650).

Een e-mail waarin een koper van contactlenzen in vage bewoordingen klaagt over de slechte toestand van de levering van een aantal dozen in het kader van een niet-nader vernoemde bestelling voldoet niet aan de door artikelen 38 en 39 CISG gestelde voorwaarden wat betreft de opgave van de aard van de tekortkoming(2651). De melding dat er “grote gebreken zijn aan een verkocht voertuig” en dat “de motor niet volgens de regels der kunst is hersteld”, is geen afdoende kennisgeving. Wanneer het gebrek betrekking heeft op een technisch apparaat, kan de verkoper immers een beschrijving van de symptomen vereisen(2652).

Briefwisseling die gevoerd werd tijdens en korte tijd na de installatie van een borstelmachines tussen de personen die namens de verkoper en de koper daarvoor instonden en die gaat over technische problemen die moesten opgelost worden wegens de installatie van de productielijn of kinderziekten die zich bij het gebruik ervan manifesteerden kunnen niet beschouwd worden als een kennisgeving van een klacht. Op geen enkel ogenblik heeft de koper daarin te kennen gegeven dat de installatie of een onderdeel daarvan niet beantwoordde aan wat overeengekomen was. De toon van de correspondentie en de inhoud ervan, waarbij de koper een offerte vraagt met het oog op een eventuele bijkomende aankoop en waarbij op een ogenblik dat de installatie al twee maanden in gebruik was de medewerker van de verkoper vriendelijk uitnodigde om feest te komen vieren in Valencia, staan haaks op de houding

(2648) Gent 29 november 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2018, (77) 89 nr. 11.

(2649) OLG Koblenz 9 februari 2014, CISG-online nr. 2754 (De klacht over de verschillende dikte van de tegels blijft ongegrond. Het vermeende gebrek wordt noch kwantitatief noch kwalitatief uiteengezet op een wijze die voldoet aan art. 39 CISG); BG Zwitserland 2 april 2015, CISG-online nr. 2592.

(2650) Handelsgericht Zürich 17 september 2014, CISG-online nr. 2656, nr. 5.2.2.3.

(2651) Kh. Leuven 24 oktober 2017, A17/0062.

(2652) OLG Hamm 2 april 2009, CISG-online nr. 1978.

van een koper ten aanzien van een verkoper die een dure niet-conforme installatie heeft geleverd. Redelijkerwijze mocht overigens verwacht worden dat de koper, wanneer zij van oordeel was dat de machines niet conform of gebrekkig waren, daarover geen medewerker zou aangeschreven hebben per e-mail, maar een – al dan niet aangetekende – brief zou gericht hebben aan het bestuur van de verkoper of minstens aan een persoon die haar kon verbinden en dat dit zou gebeuren in de contracttaal (het Engels) en niet in het Spaans. De voorgelegde e-mailberichten gelden derhalve niet als klachten in de zin van artikel 39.1 CISG (2653).

In een andere zaak maakte het protest van de koper in het algemeen melding van vastgestelde kleurverschillen van geleverde vloeren zonder verwijzing naar de facturen of de loten van goederen waarbij deze kleurverschillen zouden zijn vastgesteld. De foto's die de koper heeft overgemaakt hebben geen uitsluitsel kunnen bieden en blijkbaar hebben de analyses van de overgemaakte stalen evenmin enige niet-overeenstemming van het product duidelijk gemaakt. De koper is hierop niet teruggekomen. Volgens de door haar verstrekte gegevens is er in Polen met betrekking tot de door haar geplaatste vloeren waarbij de kleurverschillen zich zouden hebben voorgedaan, een procedure lopende. De verkoper is hier niet bij betrokken, noch werden er ten aanzien van haar tegensprekelijke vaststellingen gedaan. Overigens wordt niet verduidelijkt of de klachten van de eindklant betrekking hebben op kleurverschillen of dat eventueel de wijze van plaatsing van het product aanleiding tot de klacht was. De beweerde kleurverschillen werden niet aannemelijk gemaakt, noch werd bij het protest de identificatie van de goederen waarop het protest betrekking had mogelijk gemaakt. Dergelijk protest is niet specifiek genoeg om zich op de non-conformiteit van het product te kunnen beroepen(2654).

Een gelijkaardig geval betrof de levering van diverse loten gekleurde schoenen (in een tiental kleuren). De niet-conformiteit hoeft niet in detail beschreven te zijn. Het kan volstaat dat de symptomen die zich hebben voorgedaan, beschreven worden. Het is echter noodzakelijk dat de kennisgeving om een klacht neer te leggen vaststaat en dat de inhoud van het gebrek zodanig is beschreven dat de verkoper zich een beeld kan vormen van de vermeende niet-conformiteit. In een geval waar verschillende leveringen in verschillende loten en verschillend gekleurde schoenen moet ten minste aangegeven worden

(2653) Gent 29 november 2017, *Tijdschrift@ipr.be* 2018, 77 = CISG-online nr. 4860.

(2654) Antwerpen 31 januari 2019, 2015/AR/601, niet-gepubliceerd.

op welke levering, op welke schoenen en op welke wijze de vermeende gebreken van verkleuring betrekking heeft(2655).

573. GEEN INDICATIE OVER OORZAKEN VAN NIET-CONFORMITEIT VEREIST – De koper moet de zichtbare tekenen (symptomen) van de niet-conformiteit omschrijven, zonder daarvoor noodzakelijk de precieze oorzaak te moeten aanduiden, tenzij hij deze kent op grond van de keuring van de koopwaar(2656). Een precedent voor de rechtbank van koophandel te Leuven betrof de levering van 440 Bamboe khaki plain pressed fineer A-kwaliteit -mdf 12 mm El (geen light) gelakt rood. Bij de bestelling verwees de koper duidelijk naar de kwaliteit van de eerder vanwege de verkoper ontvangen proefplaten. De door eiseres opgestelde offerte van 21 augustus 2012 maakt tevens melding van ‘gefineerde standaard mdf platen’, dus geen ‘light’-versie. De dag na de levering protesteert de koper bij e-mail de levering van de 440 platen en meldt zij de verkoper dat de platen niet kunnen gebruikt worden voor ~~de~~ het doel waarvoor ze bestemd zijn. De platen vertonen in de lengterichting een knik, zijn dunner en bamboefineer zit los. De koper werd door de rechtbank geacht de niet-conformiteit tijdelijk en geldig te hebben aangemeld. Daar waar aanvankelijk de correcte oorzaak voor de kromming van de platen nog niet bekend is, toont de koper na tussenkomst van de fabrikant duidelijk aan dat de verkoper de verkeerde kwaliteit van platen heeft geleverd. In plaats van gefineerde standaard mdf-platen 12 mm heeft de verkoper verkeerdelijk en in strijd met de bestelling de ‘light’ versie geleverd, zijnde FIBABEL L-mdf platen. De verkoper heeft dit erkend in haar e-mail(2657).

(2655) OLG München 10 januari 2017, CISG-online nr. 2800 (“*Der Senat verkennt nicht dass die Mängelrüge nicht im Detail den Mangel beschreiben und darstellen muss. Dabei mag es genügen, wenn die aufgetretenen Symptome beschrieben werden. Erforderlich ist jedoch, dass die Rüge den Beanstandungswillen erkennen lässt und inhaltlich der Mangel so bezeichnet wird, dass der Verkäufer sich ein Bild über die behauptete Vertragswidrigkeit machen kann. Dazu gehört im vorliegenden Fall, in dem es sich um verschiedene Lieferungen in unterschiedlichen Chargen und jeweils unterschiedlich eingefärbten Schuhen handelt, dass zumindest nachvollziehbar bezeichnet wird, welche Lieferung und welche wieeingefärbten Schuhe die behaupteten Mängel des Ausbleichens/Verfärbens aufweisen. Hieran fehlt es vorliegend jedoch aus*”).

(2656) High Court of Justice, Queen’s Bench Division 1 mei 2012, CISG-online nr. 2391(randnr. 1004-1005 “*Article 39 CSIG applies in relation to latent defects. It must, therefore, be possible to give a notice in respect of such defects. The nature of the notice required in such a case must necessarily be affected by the fact that the defect is a latent one, about which it may not be possible to say more than that the product has failed because of some defect in the material, the exact nature of which is not apparent. 1005. I consider that a notice would be sufficient if (a) it indicated that tanks were cracking prematurely on account of a deficiency in the raw material which caused them to do so and (b) it was recognisable as a notice of non-conformity. I do not mean by the latter that a notice must be so described. But it must be apparent that it is contended that the goods supplied did not comply with the contract*”).

(2657) Kh. Leuven 28 mei 2015, A/14/58, niet-gepubliceerd.

§ 5. VERVAL VAN RECHT BIJ MISKENNING KEURINGS- & KLACHTPLICHT

a. *Principe*

574. VERLIES RECHT OM RECHTSMIDDEL IN TE ROEPEN BIJ NIET-TIJDIGE KENNISGEVING – De niet-naleving van de verplichting tot (tijdige) kennisgeving van de aard van de niet-conformiteit aan de koper resulteert in een verlies van het recht om zich op een rechtsmiddel te beroepen op grond van niet-conformiteit: hetzij een vraag tot schadevergoeding (art. 45.1b CISG); hetzij een vraag tot herstel of vervanging (art. 46.2 en 3 CISG), hetzij een vraag tot prijsvermindering (art. 50 CISG) of ontbinding (art. 49 CISG). De koper kan enkel de koopwaar behouden mits betaling van de koopprijs in weerwil van de niet-conformiteit (bv. bij levering van een te gering hoeveelheid), behoudens toepassing van artikelen 40 en 44 CISG. Indien er te veel geleverd werd, zal de koper zelfs een meerprijs moeten betalen.

Het verlies van het recht van de koper heeft enkel betrekking op de niet-conformiteit die niet passend en tijdig werden aangemeld. De verkoper verliest niet het recht om zich op andere, later ontdekte niet-conformiteit te beroepen, waarvoor de termijn om te klagen nog loopt.

b. *Verzaking*

575. VERKOPER KAN VERZAKEN AAN VERVAL – Het verlies van recht geldt niet wanneer de verkoper afstand doet van het recht om zich hierop te beroepen. Een dergelijke afstand kan niet worden afgeleid uit het feit dat een verkoper niet reageert op een laattijdig protest of uit het feit dat een verkoper zich bereid verklaart om te onderhandelen (waarbij de verkoper de geleverde koopwaar terugneemt om die te laten onderzoeken op de beweerdelijke niet-conformiteit). Dit is evenmin het geval wanneer de verkoper zich bereid verklaart om te onderhandelen over de aangeklaagde niet-conformiteit, of in de toezegging van herstel gekoppeld aan een verzoek tot gelijktijdige betaling en tegelijkertijd de laattijdigheid van de kennisgeving van de niet-conformiteit in rechte opwerpt(2658).

c. *Voorkennis verkoper*

576. GEEN VERMOEDEN VAN VOORKENNIS: BEWIJS DOOR KOPER – De verkoper kan zich niet beroepen op de artikelen 38 en 39 CISG wanneer de non-conformiteit betrekking heeft op feiten die hij kende of waarvan hij niet-onkundig kon zijn en die hij niet aan de koper heeft bekend gemaakt. Dit is bijvoorbeeld (vaak) het geval wanneer de verkoper een duidelijke aliud of goederen met manifeste

(2658) BG Zwitserland 4 januari 2021, CISG-online nr. 5508.

niet-conformiteit levert(2659). Deze bepaling vindt haar rechtsgrond in het beginsel van de uitvoering van de overeenkomst te goeder trouw(2660) en houdt verband met de *ratio legis* van de artikelen 38 en 39 CISG. Deze artikelen willen verzekeren dat de verkoper tijdig in kennis wordt gesteld van het niet-beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst, zodat een symmetrisch niveau van informatie wordt bereikt tussen partijen en de redelijke verwachtingen van beide partijen worden gewaarborgd(2661). Wanneer de verkoper de non-conformiteit evenwel kende of er niet onkundig kon van zijn, vereist artikel 40 CISG dat de verkoper dit zo snel mogelijk aan de koper bekend maakt, zodat een symmetrisch niveau van informatie en de redelijke verwachtingen van de partijen gevrijwaard blijven(2662). Zo moet de verkoper die vóór de levering kennis had of niet onkundig kon zijn van de non-conformiteit dit vóór de levering aan de koper meedelen, zodat de koper eventueel nog kan afzien van de transactie. De verkoper handelt in strijd met deze meldingsplicht en met de goede trouw wanneer hij het gebrek aan conformiteit slechts meedeelt aan de koper via de factuur, dit wil zeggen na levering en ontvangst van de goederen, terwijl hij naar eigen zeggen hiervan al eerder op de hoogte was(2663). De koper draagt de bewijslast dat de verkoper vooraf op de hoogte was van de niet-conformiteit. De concrete kennis van de verkoper

(2659) LG Wuppertal 11 maart 2020, CISG-online nr. 5266 (Bij de verkoop van staal werd P355N kwaliteit overeengekomen i.p.v. daarvan werd uit de staalfabriek inferieure kwaliteit staal van kwaliteit S235 met trekwaarden tussen 243,38 en 288,39 MPa geleverd. Op het materiaal werd het verkeerde kwaliteitsnummer bevestigd. Het is uitgesloten dat de werknemers van verweerster in dit verband onopzettelijk hebben gehandeld, maar zij hebben veeleer met opzet gehandeld.); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020 (CISG-online nr. 5495 (*In casu* heeft de verkoper andere klemmen voor de bevestiging van zonnepanelen geleverd dan waren besteld geleverd (zwart gelakte klemmen in plaats van zwart geanodiseerde klemmen); Bundesgerichtshof Duitsland 24 september 2014, CISG-online nr. 2545 (“*Der Klägerin hätten die vorhandenen Mängel “ins Auge springen” müssen, so dass sie hierüber nicht in Unkenntnis gewesen sein könne*”). Vergelijk echter: Bundesgericht Zwitserland 2 april 2015 CISG-online nr. 2592 (treksterte van walsdraad die niet de vereiste treksterte van 400 ten minste 400 megapascal had – “*Die Formulierung “nicht in Unkenntnis sein konnte” meint Fälle, in denen der Verkäufer erhebliche und offensichtliche Mängel nicht entdeckt hat, die auch bei oberflächlicher Sorgfalt auffallen mussten. Anwendungsfälle sind krasse Falschlieferungen (aliud) oder grobe Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit*”); Gerechtshof s’Hertogenbosch 12 december 2017 ECLI:NL:GHSHE:2017:5511, CISG-online nr. 2957 (als gevolg van een interne fout wordt visvoer geleverd aan de koper dat bloedmeel bevatte. De omstandigheid dat elke administratieve vergissing in algemene zin kan worden voorkomen of verholpen is niet voldoende om een beroep op art. 40 CISG te rechtvaardigen. Niets is naar voren gebracht over eerdere of lopende kwesties of problemen in de markt of in de organisatie of administratie); Gerechtshof s’Hertogenbosch 15 maart 2016 ECLI:NL:GHSHE:2016:927, CISG-online nr. 5220 (levering van een staalkwaliteit met een ander kopergehalte dan overeengekomen – uit klachten van andere afnemers kan niet zomaar worden afgeleid dat de verkoper op de hoogte was van de niet-conformiteit of daarvan op de hoogte moest zijn).

(2660) Antwerpen 27 juni 2001, 1997/AR/1554, niet-gepubliceerd; Antwerpen 4 maart 2020 2017/AR/68, niet-gepubliceerd.

(2661) Gent (7de k.) 25 februari 2019, 2017/AR/504, niet-gepubliceerd verwijzend naar Cass. 27 januari 2017.

(2662) Cass. (1ste k.), 27 januari 2017, CISG-online nr. 2880, *DAOR* 2017 (122), 105 = *RW* 2017-18, 1500 = *TBH* 2017, 560 (weergave O. VANDEN BERGHE).

(2663) Ibidem.

moet bewezen worden conform het *lex fori*, inclusief de bewijslastverdeling toepasselijk binnen dit recht. Als onvoldoende bewijzen voorliggen van de concrete kennis in hoofde van de verkoper moet volgens het hof van beroep te Antwerpen worden nagegaan of er in hoofde de verkoper een zogenaamde “constructieve kennis” aanwezig was (als verwoord in het onderdeel van art. 40 CISG: “waarvan hij niet onkundig had kunnen zijn”)(2664).

Een illustratie uit de Nederlandse rechtspraak betrof de verkoop van hijs en sjormaterialen onder meer van toepassing in klimtoestellen voor speeltuinen en hangbruggen. Tussen partijen was overeengekomen dat de Zwitserse vennootschap goederen moest leveren van EU-oorsprong en dat zij daarvoor een oorsprongsverklaring op de facturen moest vermelden. Naar aanleiding van een onderzoek van de Nederlandse douane op verzoek van de Zwitserse douane bericht de verkoper dat zij de verzochte EU-oorsprongsverklaring op haar facturen niet langer mag vermelden. Uit deze brief volgt dat de verkoper in ieder geval op dit moment wist dat zij ten onrechte een oorsprongsverklaring had afgegeven op de facturen van de door haar geleverde producten in de periode 2006-2008. De verkoper werd uitdrukkelijk op de hoogte gesteld van de gevolgen. Nochtans heeft zij haar leverancier niet op de hoogte gesteld(2665).

Een ander precedent betrof de verkoop van xanthagoom aan een Nederlands familiebedrijf dat zich toelegt op de productie van sauzen, margarines en vetten voor de levensmiddelenbranche. De verkoper wist dat de aan de koper te leveren xanthagoom gebruikt zou worden voor het verdikken van sauzen en dat het xanthagoom amylase bevatte en dat product niet in combinatie met zetmeel zou kunnen worden gebruikt. Gelet op de mededelingsplicht van de verkoper, die in principe voorrang heeft op de keuringsplicht van de koper, had het de verkoper betaamd om dit aan de koper kenbaar te maken. Vaststaat dat tussen partijen er nooit gesproken is over de levering van xanthagoom met of zonder amylase en evenmin over de uitwerking van amylase op andere bindmiddelen zoals zetmeel. De specificatie die de verkoper heeft verstrekt, vermeldt dit evenmin. Er is alleen vermeld dat de bacterie *Xanthomonas campestris* niet voorkomt in het product. De koper heeft op basis hiervan niet hoeven te vermoeden dat amylase dat door deze bacterie wordt uitgescheiden wel in het product zou voorkomen(2666).

Bij een verkoop van paprika's dook een verkleuring op. In de markt van specerijen is het opduiken van verontreinigende kleurstoffen niet ongebruikelijk zoals blijkt uit de talrijke waarschuwingen die in de EU zijn afgegeven.

(2664) Antwerpen 4 maart 2020, 2017/AR/68, niet-gepubliceerd.

(2665) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1025, CISG-online nr. 3935

(2666) Rb. Midden-Nederland 11 juli 2018, CISG-online nr. 3388.

Het Spaans Hooggerechtshof was derhalve van oordeel dat artikel 40 CISG van toepassing was, aangezien de verkoper nalatig had gehandeld door geen maatregelen te nemen om de zuiverheid van het te leveren product te waarborgen(2667).

Bij een verkoop van email die afbladderde werd een deskundigenonderzoek doorgevoerd. Hierbij werd verwezen naar de wettelijke verplichting om testen te doen. De fabrikant van de betwiste tegels kreeg een officieel verzoek van de deskundige om de resultaten van de verplichte interne tests en proeven mee te delen. Zonder enige verklaring negeerde zij dit verzoek. Dit resulteert noodzakelijkerwijs tot het vermoeden dat het resultaat van deze proeven en tests niet gunstig was en dat zij derhalve op het tijdstip van de levering van de goederen op de hoogte was van de levering van de goederen, van de onvoldoende dikte van de emailaag op de tegels, die het vermeende gebrek aan overeenstemming vormt. Aangezien hij dit gebrek aan overeenstemming niet aan zijn koper heeft meegedeeld en deze de non-conformiteit niet zelf kon ontdekken, wordt de verkoper het recht ontzegd om het in artikel 39 CISG bedoelde verval in te roepen(2668).

Bij klei die aangetast is door een dioxineverontreiniging oordeelde het Duitse *Bundesgerichtshof* dat de verkoper zich overeenkomstig artikel 40 CISG niet op het verval van artikel 39 CISG kon beroepen omdat de verkoper onmogelijk niet op de hoogte kon zijn over de dioxineverontreiniging van de geleverde klei en een daaruit voortvloeiende noodzaak om de gescheiden aardappelen in een extra wasproces te reinigen(2669).

577. BEDROG EN GROVE NALATIGHEID – De vraag of de verkoper niet onkundig had mogen zijn over de non-conformiteit en dus de vraag welke voorzorgsmaatregelen de verkoper moet in acht nemen bij het te goeder trouw uitvoeren van de overeenkomst (de rechtsgrond van art. 40 CISG), is een beoordeling naar substantieel recht waarvoor de bepalingen van het Weens Koopverdrag een antwoord moeten aanreiken en niet kan worden teruggevallen op het aanvullend nationaal recht. Het Weens Koopverdrag voorziet echter geen gedefinieerde methodiek over de toe te passen “kennistest” zodat hiervoor terug te grijpen is naar enerzijds de interpretatieregels van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969 en anderzijds (louter richtinggevend en niet-bindend) de interpretaties die rechtscolleges en arbiters hierover hebben aangenomen.

Het onderdeel “waarvan hij niet onkundig had kunnen zijn” (“*could not have been unaware*”) gebruikt het Weens Koopverdrag zowel om te refereren aan verplichtingen van de koper (art. 35.3 en 42.2a CISG) (zogenaamde “caveat

(2667) Tribunal Supremo Spanje 9 juli 2014, CISG-online nr. 2578.

(2668) CA Bordeaux 12 september 2013, CISG-online nr. 2552, nr. 10.

(2669) BGH 26 september 2012, CISG-online nr. 2348.

emptor”) als van de verkoper (art. 40 en 42.1 CISG) (zogenaamde “*caveat venditor*”). Deze bepalingen vinden hun rechtsgrond in het beginsel van de uitvoering van de overeenkomst te goeder trouw. Deze bepalingen werden in het Weens Koopverdrag opgenomen om, indien bewezen, de andere partij rechten te ontnemen die elders in het verdrag worden weergegeven. Concreet ontnemt de toepassing van artikel 40 CISG het recht van de verkoper om zich te beroepen op artikelen 38 en 39 CISG. Gezien het gebruik van het identieke woordgebruik in de vermelde artikelen maar ook in het licht van een gelijkwaardigheid in de verplichtingen van de koper en verkoper (de uitvoering te goeder trouw rust immers gelijkwaardig op beide partijen), moet aan het onderdeel “waarvan hij niet onkundig had kunnen zijn” dezelfde betekenis krijgen aan de zijde van koper en de verkoper. De totstandkoming van het Weens Koopverdrag en meer bepaald artikel 40 CISG (met uitzondering van het ontwerp in 1958) geeft aan dat de verdragsstaten doorheen de totstandkoming het onderdeel “waarvan hij niet onkundig had kunnen zijn” invulden als een “zware fout” of “grove schuld” (“*gross negligence*”)(2670).

Op basis van deze argumentatie oordeelt het hof van beroep te Antwerpen dat bij de invulling van het begrip “waarvan hij niet onkundig had kunnen zijn” door de koper een “*culpa lata*” (zware fout of grove schuld) moet bewezen worden in hoofde van de verkoper. Deze “*culpa lata*”, te onderscheiden van een opzettelijke fout, houdt een fout in die een normaal en redelijk voorzichtig verkoper niet zou gemaakt hebben én die een inbreuk inhoudt op de in dergelijke relaties (*in casu* de relatie koper/verkoper) essentiële normen. Het betreft een fout die onvergeeflijk is, waarvan de verkoper zich bewust had moeten zijn bij de levering van de verkochte zaken. Het moet dan ook een fout zijn die met de minste voorzorgsmaatregelen had kunnen voorkomen worden(2671).

Het behoort tot de minimale verplichtingen van de verkoper om na te gaan of het geleverde hout voldoet aan ~~deze~~ omschrijving (AD afkorting van “Air Dried” wat vrij vertaald kan worden als “luchtgedroogd”). In het licht van de beperkte droogprocessen die hout doormaakt, moest het voor de verkoper

(2670) Antwerpen 4 maart 2020 2017/AR/68, niet-gepubliceerd. Zie in dezelfde zin: BGH 30 juni 2004, *IHR* 2004, 201, 202; OLG Celle, *IHR* 2004, 106; OLG München 12 april 2018, CISG-online nr. 3725 (conformiteitsattest voor wagens zijn niet documenten die zich gewoonlijk op het tijdstip van de levering in voertuig bevinden – er moet van uitgegaan worden dat de verkoper weet of hij deze essentiële documenten heeft overhandigd, zo niet is sprake van een grove nalatigheid); LG Wuppertal 11 maart 2020, CISG-online nr. 5266 (“*Die Vertragswidrigkeit beruht auf Tatsachen, über die die Beklagte nicht in Unkenntnis sein konnte. “Nicht in Unkenntnis sein können” ist nach der gefestigten Rechtsprechung gleichbedeutend mit grob fahrlässiger Unkenntnis (; BeckOGK/Hachem, 01.09.2018, CISG Art. 40 Rn. 11 m.w.Nachw.). Grobe Fahrlässigkeit ist die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem Maße, wenn also das, was im gegebenen Falle jedem einleuchten musste, nicht beachtet wird*”).

(2671) M. FOGT,²⁷ “The Knowledge Test under the CISG – A global threefold distinction of negligence, gross negligence and de facto knowledge”, *Journal of Law & Commerce* 2015 (34/1), 26.

duidelijk zijn dat het geleverde hout niet voldeed aan het gevraagde droogproces. De omstandigheid dat de opslagruimte van de verkoper “zo immens” is dat zij niet zou kunnen voldoen aan een minimale onderzoeksverplichting (en dat het mogelijk is dat niet-AD hout bij AD-hout werd gestockeerd) kan niet worden aanvaard. Het behoort tot haar essentiële verplichtingen om hout te onderzoeken op haar vochtigheidsgraad vooraleer dit te stockeren als AD-hout en uit deze stock haar klanten te beleveren. De verkoper geeft in deze zelf aan dat het meten van de vochtigheid van hout een minimaal onderzoek inhoudt (“dat gedaan kan worden met apparaten die minder dan € 50 kosten” – als gepleit) en slechts luttele seconden in beslag neemt. Er moet dan ook worden aangenomen dat de fout met de minste voorzorgsmaatregelen had kunnen voorkomen worden. Hieruit volgt dat de verkoper niet voldeed aan deze uiterst minimale onderzoeksverplichting. Dit blijkt uit het gegeven dat de verkoper dit hout bewerkte alsof het AD was (groeven) alsmede had verpakt op een wijze dat het AD hout betrof (verpakt in 4 lagen van planken met een lat tussen elke laag). Zij heeft dan ook niet enkel extern (naar de koper) een zware fout gemaakt, maar heeft ook intern het hout behandeld en verpakt alsof het AD-hout betrof. Volledigheidshalve wordt aangegeven dat zelfs indien de koper het hout zou hebben geïnspecteerd voor bestelling (een element dat onvoldoende naar recht wordt bewezen), dat dit de verkoper niet ontnemt van haar onderzoeksverplichting voor levering. Het Weens Koopverdrag voorziet immers niet in een precontractuele onderzoekplicht in hoofde van de koper. Het hof oordeelt dan ook in het verlengde van het bovenstaande dat de koper zich terecht op de toepassing van artikel 40 CISG vermag te beroepen, zodat een eventueel verdere beoordeling over de toepassingsvoorwaarden van artikelen 38 en 39 Weens CISG geen voorwerp meer hebben.

Een ander precedent van het hof van beroep te Gent betrof de aankoop van ongeveer dertien ton krabvlees (van drie verschillende specificaties). Het geleverde krasvlees bleek niet alleen niet van de overeengekomen kwantiteit (verschil van ongeveer 500 kg) en kwaliteit (bv. wat betreft de grootte van de krabpoten). Tevens bleek het vlees zelf grotendeels gedehydrateerd. De verkoper was nochtans zeer goed op de hoogte. Er werd geoordeeld dat niet ernstig kan worden betwist dat Arimpex Promo Qualita vóór de levering kennis had of niet onkundig kon zijn van het niet beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst, en dit minstens zowel voor wat de hoeveelheid/gewicht van de goederen, als voor wat de omschrijving en de kwaliteit van de goederen betreft. Voor dit laatste is de vastgestelde afwijking van de geleverde goederen in vergelijking met de door de verkoper zelf, en de vóór de verzending van de goederen, aan de koper overgemaakte foto's ter bevestiging van de bestelde omschrijving en kwaliteit (Merus met een minimum van 10-12 cm) zonder meer illustratief. Bovendien vertoonden de geleverde goederen duidelijke tekens van uitdroging, brandplekken door bevriezing en een geur van karton. De dehydratatie toont aan dat de productiedatum van de goederen veel ouder is dan de datum die op de kartons gemarkeerd staat. Door de niet-conformiteit – waarvan zij vóór de levering kennis had of niet

onkundig kon zijn – niet voorafgaandelijk aan de levering aan de koper mee te delen, is de verkoper in toepassing van artikel 40 CISG niet gerechtigd om zich ten aanzien van de koper op een miskenning van de haar in de artikelen 38 en 39 CISG opgelegde verplichtingen te beroepen(2672).

Een ander precedent betrof de aankoop van twee kunststofmixers die door een producent van kunstraamprofielen werden aangekocht. De beide kunststofmixers die gebruikt moesten worden in een verwerkingsinstallatie voor venstermengsels waren uitgerust met een PCL-besturingssysteem. Met de installatie is het mogelijk twee productielijnen met elk één mixer tegelijk te laten draaien. Tijdens de productie wordt het materiaal in de mixer verwarmd door de bewegingen van de mixer. Bij het bereiken van een bepaalde temperatuur wordt het mengproces beëindigd en wordt het materiaal naar een verder verwerkingsproces gevoerd. Het PCL controlesysteem regelt dit proces. Er was één gemeenschappelijke PLC besturing voor beide productielijnen. Toen er een storing zich in het PLC-besturingssysteem voordeed, vroeg de koper de verkoper om de storingen op te heffen via een ~~van~~ onderhoud op afstand. Tijdens de werkzaamheden bleef één van de productielijnen operationeel, de andere lag stil. Op een bepaald moment trad een storing op in het besturingssysteem. De mixer, die op dat moment in werking was ~~werd~~ niet uitgeschakeld en bleef draaien, zelfs toen de voor het productieproces vereiste temperatuur al was overschreden. Daardoor bleef het materiaal opwarmen. Het productieproces in de mixer liep uit de hand. Door de druk in het mengvat werd het mengdeksel naar boven geduwd. Hierdoor ontsnapte gasvormige waterstofchloride. Dit vormde zoutzuur in combinatie met vocht uit de lucht, dat zich verspreidde over alle apparatuur, kabels en pijpleidingen, en door het hele gebouw en lekte ook naar buiten. De fabrikant voorzag niet in een stroomonafhankelijke noodstop voor de mixer, hoewel dit ~~technisch~~ wel technisch noodzakelijk was vermits op de machine door de fabrikant verkoper een CE-kenteken werd aangebracht, zodat aan de buitenwereld de suggestie werd gewekt dat de machine voldeed aan de relevante veiligheidsnormen. Er is sprake van grove nalatigheid wanneer de verkoper, vooral wanneer hij tegelijkertijd de fabrikant is, duidelijke en ernstige gebreken van zijn waren over het hoofd heeft gezien, die zelfs met de eenvoudigste zorgvuldigheid hadden kunnen worden onderkend. Dat is hier het geval. Als de fabrikant van de mixers, behoort zij de betekenis te kennen van de CE-markering. Als het een machine voorziet van het CE-merkteken, hoewel het niet is uitgerust met een automatische noodstop, en ook in haar gebruiksaanwijzing verwijst naar de veiligheid van haar product heeft, zij met een grove nalatigheid gehandeld(2673).

(2672) Gent 25 februari 2019, 2017/AR/504, niet-gepubliceerd.

(2673) OLG Jena 22 februari 2017, CISG-online nr. 3842, *IHR* 2020, 60-70.

578. CONTRACTUELE VERKORTING OF VERLENGING VAN GARANTIETERMIJN – In ieder geval verliest de koper het recht om zich op de niet-conformiteit te beroepen indien hij de verkoper niet uiterlijk binnen een termijn van twee jaar, te rekenen vanaf de datum waarop de zaken feitelijk aan de koper werden gegeven, hiervan in kennis stelt (art. 39.2 CISG).

Volgens velen bepaalt de *lex contractus*, aangewezen op grond van het internationaal privaatrecht van het forum, de geldigheid van termijnen die de waarborgtermijn verkorten(2674) of verlengen. Dit zal vooral aan de orde ~~komen~~ ^{zijn} wanneer de termijn voor melding dermate werd verkort, dat de koper nauwelijks de niet-conformiteit kan opmerken of er tijdig kennisgeving van kan doen(2675). In die optiek wordt soms gepleit om langere termijnen te bedingen voor verborgen non-conformiteit(2676). In de mate dat een verkorting van de waarborgtermijn een verkapt exonerationbeding uitmaakt, zou dit onder omstandigheden de ongeldigheid van deze bedingen impliceren, indien Frans-Belgisch recht van toepassing is(2677).

Bedraagt de garantietermijn meer dan twee jaar, dan kan de vervaltermijn van artikel 39.2 CISG niet meer toegepast worden(2678). De koper moet wel nog steeds binnen een redelijke termijn (art. 39.1 CISG) de verkoper in kennis stellen van de eventuele gebreken. In een geschil voor het hof van beroep te Antwerpen hadden partijen een garantietermijn van vier maanden bedongen. Het hof stelde dat hierdoor de tweejarige termijn van artikel 39.1 CISG niet van toepassing is(2679).

In een andere zaak gaat het hof van beroep te Antwerpen ervan uit dat op basis van artikel 9.1 CISG de sanctie van artikel 39 CISG terzijde kan geschoven worden. *In casu* waren beide partijen zeer goed op de hoogte dat een groot aantal implantaten stuk gingen bij de operatie of enige tijd daarna. De verkoper benadrukte zelf dat sedert 2003 de afspraak was gemaakt dat de implantaten in consignatie zouden worden geleverd en dat enkel de werkelijk ingeplante prothesen zouden worden gefactureerd en dat de beschadigde

(2674) Rb. Rotterdam 31 maart 2010, CISG-online nr. 2181; W.A. ACHILLES, “Art. 39” in *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen* (Keulen: Carl Heymanns 2019), nr. 19.

(2675) W.A. ACHILLES, “Art. 39” in *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen* (Keulen: Carl Heymanns 2019), nr. 15.

(2676) P. WAUTELET, “Verplichtingen van de koper” in H. Van Houtte, J. Errauw en P. Wautelet (eds.), *Het Weens Koopverdrag* (Antwerpen: Intersentia 1997), (155) nr. 5.52.

(2677) P.C. WITZ en P. SCHLECHTRIEM, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* (Parijs: Dalloz 2008), 159 nr. 232. Vergelijk geldigheid afwijking in algemene voorwaarden (Gent (16de k.) 4 september 2020, 2018/AR/1967, niet-gepubliceerd).

(2678) K. SWERTS, “Het complexe samenspel van termijnen bij de sanctionering van non-conformiteit bij internationale handelskoop”, *RABG* 2013, (638) 639 nr. 5.

(2679) Antwerpen 11 januari 2010, *RABG* 2013, (626) 634.

zouden vervangen worden door niet te betalen implantaten uit de consignatievoorraad. Lang voor het huidig dossier werd door partijen gewerkt met een periodiek schema zonder dat ooit laattijdigheid werd ingeroepen. Er werd nooit gewag gemaakt van enige beperking in de tijd. De thans door de verkoper ingeroepen beperking van de vervangingsgarantie tot twee jaar sedert de feitelijke afgifte staat dan ook haaks op de eerder gemaakte afspraken. Zo werd er door de verkoper eveneens een brochure verspreid waarin gewag werd gemaakt van een garantie van 20 jaar. Er was geen indicatie dat die brochure enkel voor de Nederlandse markt zou bestemd zijn. Gezien deze handelswijze schoof het hof de sanctie van artikel 39 CISG terzijde(2680).

§ 7. VERJARING

579. EERBIEDIGENDE WERKING: TOEPASSING OP CONTRACTEN DOOR BELGISCHE CONTRACTANTEN GESLOTEN NA 1 MAART 2009 – Bij wet van 15 juli 2008(2681) is België toegetreden tot het verdrag van 14 juni 1974 inzake de bevrijdende verjaring bij internationale koop van roerende zaken en het protocol van 11 april 1980 houdende wijziging van dit verdrag. Het Verjaringsverdrag geniet in de eerste plaats directe toepassing, indien partijen hun ‘vestiging’ (art. 2b-d Verjaringsverdrag) hebben in twee Verdragsluitende Staten (art. 3.1a Verjaringsverdrag). De nationaliteit van de partijen is irrelevant (art. 2e Verjaringsverdrag)(2682). Ingevolge het Protocol kan het Verjaringsverdrag ook op indirecte wijze toepassing vinden (voor zover de verdragsstaten dit protocol hebben geratificeerd). Dit is met name het geval indien de regels van internationaal privaatrecht tot gevolg hebben dat het recht van een Verdragsluitende Staat op de koopovereenkomst van toepassing zou zijn(2683) (art. 3.1b Verjaringsverdrag). Artikel 33 Verjaringsverdrag bepaalt

(2680) Antwerpen (4de k.) 26 oktober 2009, *Limb.Rechtsl.* 2010, (180) 186-187, noot P. VANHELMONT.

(2681) Wet van 15 juli 2008, *BS* 30 oktober 2008.

(2682) Vergelijk met art. 1.3 CISG.

(2683) Art. 3.1b luidt als volgt: ‘*if the rules of private law make the law of a Contracting State applicable to the contract of sale*’, dit om eventuele kwalificatiediscussies inzake verjaring (*lex fori* – *lex causae*) te vermijden. Zie Pools Hooggerechtshof 25 juni 2014, CLOUT Case 1594 (rechtskeuze voor pools recht houdt keuze in voor het verjaringsverdrag in) (in dezelfde zin ook het arrest a quo hof van beroep Krakau 24 april 2014, CLOUT Case 1593. Zie ook Rb. Limburg 14 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:11042, *NJF* 2017, (63) r.o. 4.5-4.7 (Ingevolge internationaal privaatrecht is Pools recht van toepassing op een koopovereenkomst tussen een Poolse en Nederlandse BV. **NEDERLAND** is geen partij bij het VN-verdrag inzake verjaring bij internationale koop van roerende zaken, Polen wel. Het verdrag is in het onderhavige geschil van toepassing omdat op grond van internationaal privaatrecht het recht van een verdragsluitende staat van toepassing is. Ingevolge de Poolse grondwet maakt het verdrag deel uit van en heeft voorrang op het Poolse nationale recht. Vordering verjaard op grond van het verdrag, geen stuiting); OGH 10 mei 2017, *IHR* 2017, 147 (Toepassing van Verjaringsverdrag bij een overeenkomst tussen Oostenrijk en Poolse contractant met rechtskeuze voor Pools recht); Antwerpen 4 juni 2018, 2017/AR/15, niet-gepubliceerd (overeenkomst tussen Turkse en Belgische contractant - Turkije is geen partij bij dit verdrag en de toepassing van het Belgische internationaal recht leidt tot de toepassing van het Turkse recht zodat het verjaringsverdrag geen toepassing vindt.)

dat “*iedere verdragshuitende staat het bepaalde in dit verdrag [toepast] op de overeenkomsten die zijn gesloten na de inwerkingtreding van het verdrag. Overeenkomstig art. 44, tweede lid Verjaringsverdrag en art. IX Protocol treedt het verdrag in werking op de eerste dag van de maand volgend op het verstrijken van een periode van zes maanden na de datum van neerlegging van de akte van bekrachtiging of toetreding*”. In België is het Verjaringsverdrag in werking getreden op 1 maart 2009, zodat het verdrag van toepassing is op iedere internationale koopovereenkomst gesloten vanaf die datum voor zover de andere contractspartij gevestigd is in een verdragsstaat waar dat verdrag ook al inwerking is getreden. Het kan ook van toepassing zijn wanneer het recht van toepassing is van een verdragsstaat (waarvan het Verjaringsverdrag in werking is getreden op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst) en dat die de indirecte toepassing van het verjaringsverdrag aanvaardt.

Een illustratie betrof een koopovereenkomst gesloten begin 2001 tussen een Amerikaanse verkoper en een Belgische koper. Zowel de Verenigde Staten als België zijn partij bij dit verdrag. Het is van kracht in de Verenigde Staten sinds 1 december 1994 en in België sinds 1 maart 2009. Volgens de huidige versie van het Verjaringsverdrag is ook een mogelijke onrechtstreekse toepassing mogelijk, met name wanneer – ook al zijn niet alle partijen gevestigd in een verdragsstaat – volgens de toepasselijke regels van internationaal privaatrecht, de overeenkomst onderworpen is aan het recht van een verdragsstaat. [Amerika heeft](#) echter een voorbehoud geformuleerd bij deze onrechtstreekse toepassing. Hierdoor moest de Belgische rechter teruggrijpen naar de regels van het internationaal privaatrecht, aangezien het geschil grensoverschrijdend was(2684).

D. REMEDIES BIJ NIET-NAKOMING VERPLICHTINGEN VAN DE VERKOPER

580. UITVOERING IN NATURA, ONTBINDING EN SCHADEVERGOEDING – Komt de verkoper zijn verplichtingen niet na dan kan de koper de uitvoering in natura vorderen (art. 46 CISG). De verkoper kan hierbij een aanvullende termijn van redelijke duur toestaan (art. 47 CISG). De verkoper mag zelfs na de voor aflevering bepaalde datum op eigen kosten een eventuele tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen herstellen, indien hij dit kan doen zonder onredelijke vertraging en zonder onredelijk ongerief voor de koper te veroorzaken of deze in het ongewisse te laten over de vergoeding door de verkoper van door de koper reeds gemaakte kosten (art. 48 CISG, *right to cure*). De koper kan ook de overeenkomst ontbinden in bepaalde gevallen

(2684) Rb. Gent 9 september 2009, *Tijdschrift@ipr.be* 2010 (2), (38) 52-53. Zie in dezelfde zin Rb. Gent 14 mei 2012 A.R. nr. 96/1499/A, niet-gepubliceerd.

zoals bij een wezenlijke(2685) tekortkoming (art. 49 CISG). Tot slot kan ook een schadevergoeding geëist worden (art. 74-77 CISG)(2686). De koper verliest het recht op ontbinding bij aflevering van de zaken wanneer deze niet binnen een redelijke termijn reageert (art. 49.2 CISG). Zo werd een vraag tot ontbinding meer dan twee jaar na de levering als te lang beschouwd. Zelfs ernstig gevoerde onderhandelingen kunnen een dergelijke lange termijn niet verantwoorden(2687). Eveneens werd een (beweerde) ontbindingsverklaring in 2008 (levering in 2006) als laattijdig beschouwd(2688). De ontbinding zal eveneens geweigerd worden wanneer deze niet mogelijk noch opportuun is, bijvoorbeeld doordat een deel van de geleverde goederen reeds doorverkocht en verwerkt is(2689). Het staat de koper echter niet vrij om het goed zelf te laten herstellen zonder enige op tegenspraak gedane vaststelling over de niet-conformiteit van het goed. De verkoper wordt zo elke mogelijkheid ontnomen om nadien de oorspronkelijk staat van het goed en de mogelijke gebreken te achterhalen(2690).

581. (BUITEN)GERECHTELIJKE PRIJSVERMINDERING – Artikel 50 CISG maakt het mogelijk om prijsvermindering toe te passen als remedie bij niet-conformiteit(2691). Prijsvermindering kan in principe eenzijdig door de koper worden ingeroepen en toegepast. Dit betekent evenwel niet dat rechterlijke controle achteraf niet mogelijk zou zijn(2692). Wil de verkoper niet meewerken aan de prijsvermindering, dan zal men alsnog langs de rechter moeten passeren. In een geschil voor het hof van beroep te Antwerpen waren twee ondernemingen overeengekomen dat een matrijs zal vervaardigd worden voor kunststofdashboards bestemd voor auto's. De koper betaalt een voorschot, maar de verkoper levert laattijdig en bovendien is de matrijs gebrekkig. Gezien de verkoper geen afdoende herstel biedt, hield de koper 40% van de nog te betalen koopprijs in. De verkoper was het hier niet mee eens gezien hij

(2685) Art. 25 CISG bepaalt dat een tekortkoming wezenlijk is indien zij leidt tot zodanige schade voor de andere partij dat haar in aanmerkelijke mate wordt onthouden wat zij uit hoofde van de overeenkomst mag verwachten, tenzij de partij die tekort schiet, dit gevolg niet heeft voorzien en een redelijk persoon van dezelfde hoedanigheid in dezelfde omstandigheden het evenmin zou hebben voorzien. Dit is aan de rechter om te beoordelen. In een zaak voor het hof van beroep te Gent oordeelde het hof dat de tekortkoming *in casu* niet wezenlijk is – en dit ook niet wordt bewezen – wanneer maar ongeveer 5% van een levering goederen (3.558.730 deksels) (beweerdelijk) gebrekkig is. De koper kon aldus niet zijn betalingsverplichting opschorten conform art. 71.1 CISG (Gent 7 oktober 2009, 2007/AR/2569, juportal.be, nr. 4.3.3).

(2686) Gent 7 oktober 2009, 2007/AR/2569, juportal.be, nr. 4.

(2687) Or. Gent (afd. Gent) (10de k.) 16 mei 2019, *DAOR* 2020 (1), (65) 67.

(2688) Kh. Kortrijk 10 juli 2008, 3566/2007, juportal.be

(2689) Gent (7de k.) 25 februari 2019, 2017/AR/504, niet-gepubliceerd.

(2690) Gent 25 september 2017, *IHT* 2019, 493-496; *DAOR* 2018 (1-2), 120-121.

(2691) Zie uitgebreid: S. JANSEN, *Prijsvermindering* (Mortsel: Intersentia 2015), 242-258.

(2692) S. JANSEN, "De prijsvermindering als proportionele remedie in het Weens Koopverdrag: enkele knelpunten" (noot onder Antwerpen 1 oktober 2012), *TBBR* 2015 (2), (91) 94 nr. 7. Zie ook S. JANSEN, "Price reduction under the CISG: a 21st Century Perspective", *Journal of Law & Commerce* 32(2), 325.

aan zijn contractuele verplichting zou hebben voldaan. De rechter trad deze verkoper echter niet bij en volgde het betoog van de koper. Door eenzijdige verklaring kan de prijs verminderd worden overeenkomstig volgende formule: (waarde van de geleverde goederen x contractprijs)/(waarde van de goederen die geleverd moesten worden, indien ze geleverd waren geweest)(2693). Zo het waardeverlies niet ingeschat kan worden (bijvoorbeeld het verschil tussen een tractor die 30 km/u rijdt in plaats van 40 km/u), moet de prijsvermindering *ex aequo et bono* bepaald worden(2694).

582. ONTBINDING OP KENNISGEVING – Een verklaring van ontbinding is slechts geldig indien zij geschiedt door een kennisgeving van een andere partij (art. 26 CISG). Een schrijven waarbij de koper een voorbehoud maakt om de ontbinding te vorderen is niet als een dergelijke kennisgeving te kwalificeren en derhalve onvoldoende om de ontbinding te laten intreden(2695).

583. DEKKINGSKOOP – De koper kan een dekkingskoop conform artikel 75 CISG. Hiervoor is vereist dat de koper binnen de grenzen van de redelijkheid optreedt. Weigert de verkoper de olie te leveren tegen de overeengekomen prijs, dan is het niet redelijk van de koper om het nieuw aanbod van de verkoper te weigeren en zich te bevoorraden in een andere haven dat op zichzelf nieuwe kosten meebrengt. De koper heeft immers een schadebeperkingsplicht en had gewoon, wel onder protest, het nieuw aanbod van de verkoper kunnen aanvaarden. Het hof van beroep te Antwerpen kende een schadevergoeding toe aan de koper, maar de gevraagde vergoeding gevorderd om de dekkingstransactie te vergoeden werd verminderd. De aanloopkosten te Las Palmas konden niet gecupereerd worden gezien het perfect mogelijk was om zich in de huidige haven (Antifer) te bevoorraden(2696).

584. VERHOUDING MET DWALING – Het hof van beroep te Gent oordeelde dat gezien het Weens Koopverdrag de gevolgen van een niet-conformiteit van de geleverde zaak exhaustief regelt en een reeks remedies neerlegt voor de koper, het de koper toegelaten is om zich op dwaling te beroepen om de nietigheid van de overeenkomst te vorderen wegens de non-conformiteit. Dit zou het evenwicht van het systeem verstoren. Zelfs mocht een soepelere houding aanvaard worden, had het *in casu* evenwel weinig uitgemaakt gezien de koper niet bewijst dat er sprake was van een verschoonbare dwaling in hoofde van de koper over de zelfstandigheid van het voertuig(2697).

(2693) Antwerpen 1 oktober 2012, *TBBR* 2015 (2), (78) 88.

(2694) Luik 18 juni 2015, 2014/RG/1088, juportal.be.

(2695) Or. Gent (afd. Gent) (10de k.) 16 mei 2019, *DAOR* 2020 (1), (65) 67.

(2696) Antwerpen 17 december 2012, *European Transport Law* 2014, (73) 82.

(2697) Gent (7de k.) 11 maart 2019, 2017/AR/473, niet-gepubliceerd.

E. VERPLICHTINGEN KOPER EN REMEDIES BIJ NIET-NAKOMING

585. BETALING KOOPPRIJS – PLAATS – De koper is verplicht de koopprijs te betalen en de zaken in ontvangst te nemen (art. 53 CISG). Wordt niet nader bepaald waar de koper de prijs moet betalen, dan is dit op de vestiging van de verkoper of, indien de betaling moet geschieden tegen de afgifte van de zaken, ter plaatse van die afgifte (art. 57.1 CISG)(2698). Op grond van deze bepaling oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat een Belgische koper niet-bevrijdend heeft betaald aan een Italiaanse verkoper wanneer hij betaling van de facturen heeft uitgevoerd op een bankrekening van een Oostenrijkse bank nadat hij via mail van een derde partij, die zich voordeed als de verkoper, de vraag had gekregen om op deze rekening te betalen, hoewel de facturen de gebruikelijke bankgegevens van de Italiaanse bank vermeldden. Er waren immers voldoende verdachte elementen(2699). De beslissing is in de rechtsleer evenwel bekritiseerd. De regeling van artikel 57 CISG is afgezien van bepaling van de plaats van betaling niet geschikt om ook te bepalen wie de koopprijs kan ontvangen. Of de Belgische koper bevrijdend heeft betaald, is afhankelijk van de vraag of hij aan die derde partij mocht betalen en niet van de vraag of hij op de juiste plaats heeft betaald. In die opvatting had het hof dan ook geen toepassing mogen maken van artikel 57 CISG om te oordelen wie het risico draagt van fraude met facturen en of de koper aan de derde mocht betalen(2700).

586. GEEN VOORAFGAANDE INGEBREKESTELLING – Op het afgesproken dan wel aanvullende tijdstip van betaling, moet de koper de prijs betalen zonder voorafgaand verzoek aan de koper of zonder dat hiertoe enige formaliteit moet worden vervuld(2701). Volgens de regel van aanvullend recht is geen voorafgaande ingebrekestelling vereist, vooraleer de niet-betaling door de koper een wanprestatie uitmaakt. Hiermee wijkt het Weens Koopverdrag af van het Belgisch gemeen kooprecht. Artikel 1652 oud BW vereist immers een ingebrekestelling om aanspraak te maken op interesten wegens niet-betaling van de koopprijs(2702). Eventuele interesten(2703) beginnen onder het Weens Koopverdrag dus van rechtswege te lopen bij niet-nakoming(2704).

(2698) Gent 3 juni 2009, 2007/AR/2989, juportal.be.

(2699) Antwerpen 5 september 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, 83.

(2700) J. DE WINNE, “*Qui paie mail, paie deux fois*: fraude met facturen onder het Weens Koopverdrag” (noot onder Antwerpen 5 september 2019), *Limb.Rechtsl.* 2020, (86) 91-93.

(2701) Rb. Rotterdam 1 juli 2009, CISG-online nr. 1905; Rb. Rotterdam 19 april 2017, ECL:NL:RBROT:2017:4169, randnr. 4.32.

(2702) Zie ook naar gemeen recht: Cass. 7 september 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200907.3N.15.

(2703) Het begrip ‘interest’ van artikel 78 CISG heeft een autonome invulling (Kh. Haselt (1ste k.) 3 oktober 2007, *JT* 2008 (6295), 62.

(2704) Rb. Rotterdam 19 april 2017, ECL:NL:RBROT:2017:4169, randnr. 4.32 rechtspraak nl

587. UITVOERING IN NATURA, ONTBINDING EN SCHADEVERGOEDING – Komt de koper zijn verplichtingen niet na dan kan de verkoper uitvoering in natura vorderen (art. 62 CISG). De verkoper kan hierbij een aanvullende termijn van redelijke duur toestaan (art. 63 CISG)(2705). De verkoper kan ook de ontbinding vragen als de tekortkoming in de nakoming een wezenlijke tekortkoming vormt of indien de koper niet binnen de gestelde aanvullende termijn zijn verplichtingen nakomt (art. 64.1 CISG). Tot slot kan ook een schadevergoeding geëist worden (art. 74-77 CISG)(2706).

588. DEKKINGSVERKOOP NA ONTBINDING – Wordt de overeenkomst wegens niet-nakoming van de koper ontbonden en sluit de verkoper op een redelijke wijze en binnen een redelijke termijn na de ontbinding een dekkingsverkoop, dan komt aan de verkoper het verschil toe tussen de overeengekomen prijs en de prijs van de dekkingsverkoop (art. 75 CISG). De verkoper heeft geen volledige vrijheid. Men moet handelen als een normaal vooruitziend en zorgvuldig persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst(2707).

Illustratief is een arrest van het hof van beroep te Gent. Nadat de koper weigert te betalen na herhaalde oproepen hiertoe van de verkoper, wordt de bestaande overeenkomst ontbonden. De verkoper sluit vervolgens een dekkingsverkoop. Het goed werd oorspronkelijk verkocht voor 25.000 EUR en werd bij de dekkingsverkoop verkocht voor 20.000 EUR. De verkoper vorderde 5.000 EUR. De rechter kende echter niet de volledige vergoeding toe. De verkoper had (i) twee maanden gewacht om een dekkingsverkoop te sluiten en (ii) toonde niet aan dat zij het goed via de zoekertjeswebsite opnieuw aanbod om op die manier nieuwe aanbiedingen uit te lokken. De rechter kende dan ook een schadevergoeding *ex aequo et bono* toe ten belope van 10% van de oorspronkelijke koopprijs(2708). Het hof van beroep te Gent oordeelde dan weer dat een verkoper redelijk gehandeld had wanneer de verkoopprijzen aan derden redelijk zijn. De verkoopprijzen lagen onder meer in lijn met de prijs per trailer die een professionele verhandelaar destijds bekwaam. Er was geen enkele aanwijzing dat er in de dekkingsverkoop sprake was van geheime commissielonen(2709).

F. AAN VERKOPER EN KOPER GEMEENSCHAPPELIJKE BEPALINGEN

§ 1. OPSCHORTINGSMOGELIJKHEID (ENAC)

589. MOGELIJKHEID TOT OPSCHORTING – Eigenlijk bevat het Weens Koopverdrag geen algemene bepaling over (reactieve) opschortingsrechten die de partijen

(2705) Gent (afd. Kortrijk) (6de k.) 3 oktober 2017, *DAOR* 2018 (1-2), (90) 93 nr. 4.3.3.1.

(2706) Cass. 23 april 2007, *RW* 2010-11, 800 = *Tijdschrift@ipr.be* 2007 (3), 7.

(2707) Gent (7de k.) 11 maart 2019, 2016/AR/636, niet-gepubliceerd.

(2708) Gent (afd. Kortrijk) (6de k.) 3 oktober 2017, *DAOR* 2018 (1-2), (90) 93-94 nr. 4.3.3.2.

(2709) Gent (7de k.) 11 maart 2019, 2016/AR/636, niet-gepubliceerd.

bij een internationale koopovereenkomst van roerende goederen genieten. Artikel 71 CISG betreft in principe enkel de opschortende anticipatie op een *toekomstige* niet-nakoming, d.i. de opschorting voor een nog niet opeisbare vordering van de *excipiens* (*exceptio timoris*). Toch werd een algemene leer van opschortingsrechten binnen het Weens Koopverdrag ontwikkeld. Op basis daarvan is een opschorting ook buiten de grenzen van artikel 71 CISG mogelijk en zonder dat hiervoor moet worden teruggegrepen naar het nationale recht(2710).

Conform artikel 71 CISG kan een partij de nakoming van haar verplichtingen opschorten indien na de contractsluiting blijkt dat de andere partij een wezenlijk deel van haar verplichtingen niet zal nakomen ten gevolge van (a) een ernstig tekortschieten van haar vermogen om dat deel van haar verplichtingen na te komen, of van haar kredietwaardigheid, of (b) haar gedrag bij de voorbereiding van de nakoming van de door de overeenkomst op haar rustende verplichtingen dan wel bij de nakoming. De andere partij moet van deze opschorting onmiddellijk in kennis worden gesteld (art. 71.3 CISG)(2711). Een situatie waarbij de toekomstige niet-nakoming redelijk waarschijnlijk is, zoals vereist door deze bepaling, betreft het geval waar de schuldenaar uitdrukkelijk kenbaar maakt aan de tegenpartij dat hij zijn verbintenissen die nog opeisbaar moeten worden, niet zal nakomen(2712). In de *common law* staat dit bekend als de zgn. *repudiation*(2713). Een toepassingsgeval biedt een uitspraak van het hof van beroep te Gent(2714). Met verwijzing naar artikel 71 CISG argumenteert een koper terecht dat, gelet op de aankondiging van de verkoper dat een wezenlijk deel van de leveringsverbintenissen niet zou worden nagekomen, zij gerechtigd was om haar betalingsverplichting van de door verkoper aan haar gerichte factuur op te schorten. In de gegeven omstandigheden kan de koper met betrekking tot de voormelde factuur dan ook niet als een nalatige partij worden beschouwd en kunnen de door verkoper gevorderde verhoging en intresten niet worden toegekend.

Artikel 71 CISG vereist een samenlezing met artikel 80 CISG. De opschorting van de eigen verplichtingen door de schuldeiser is niet gerechtvaardigd indien hij aan de oorzaak ligt van de klaarblijkelijke niet-uitvoering van de verbintenissen door de tegenpartij. Bij een reeksverkoop van witloofwortelen bleek enkel de laatste levering van 26 kisten witloofwortelen op 16 juni 2011 niet volledig betaald door de koper; de overige leveringen waren allemaal

(2710) D. DECLOEDT, *De exceptio non adimpleti contractus: eigenrichting in het privaatrecht* (Leuven: Proefschrift KU Leuven 2021), 880 nr. 745.

(2711) Antwerpen 1 oktober 2012, *TBBR* 2015 (2), (78) 78, noot S. JANSEN.; Antwerpen 31 januari 2019, 2015/AR/601, niet-gepubliceerd

(2712) D. DECLOEDT, *De exceptio non adimpleti contractus: eigenrichting in het privaatrecht*, (Leuven: Proefschrift KU Leuven 2021), 991 nr.774.

(2713) Zie voor een toepassing onder CISG: Verenigde Staten van Amerika) District Court Pennsylvania 10 september 2013, nr. 11cv302 ERIE, 2013 U.S. DIST. LEXIS 129242

(2714) Gent (7de bis k.) 2014, 2013/AR/1403, niet-gepubliceerd.

betaald door reeds eerder betaalde voorschotten. Op 16 juni 2011 was het evenwel reeds duidelijk dat verkoper haar eigen contractuele leveringsplicht niet meer zou nakomen. Daar waar de koper zich op dat ogenblik wel terecht kon beroepen op de schorsing van haar contractuele betalingsverplichting, was dit geenszins het geval voor de verkoper(2715).

§ 2. SCHADEVERGOEDING

590. SCHADEVERGOEDING VOOR VOORZIENBARE SCHADE MET INBEGRIJ VAN GEDERFDE WINST – Artikel 74 CISG bepaalt dat de schadevergoeding wegens een tekortkoming van een partij bestaat uit een bedrag gelijk aan de schade, met inbegrip van de gederfde winst, die door de andere partij als gevolg van de tekortkoming wordt geleden. Een zodanige schadevergoeding mag evenwel niet hoger zijn dan de schade die de partij die in de nakoming is tekort geschoten bij het sluiten van de overeenkomst voorzag of had behoren te voorzien als mogelijk gevolg van de tekortkoming, gegeven de feiten die zij kende of die zij had behoren te kennen(2716).

Een verkoper vorderde voor het hof van beroep te Antwerpen een schadevergoeding van 10% van de nog te betalen bedragen door de koper. Wanneer dit bovenop de verschuldigde interest gevorderd wordt, moet de verkoper aannemelijk maken dat de toekenning van de intresten de geleden schade niet (volledig) vergoed. Bij gebreke aan enig bewijs dat door de toekenning van de rente de geleden schade niet (volledig) vergoed werd, wees het hof de bijkomende vordering tot schadevergoeding af(2717).

Overeenkomstig artikel 77 CISG heeft de benadeelde partij een schadebeperkingsplicht. Laat zij na om redelijke maatregelen te treffen, dan kan de partij die in de nakoming is tekortgeschoten een vermindering van de vergoeding verlangen: de benadeelde partij heeft immers geen recht op schadevergoeding voor de schade die zij binnen de grenzen van de redelijkheid zelf had kunnen vermijden. Eveneens vereist artikel 86.1 CISG dat de koper die voornemens is een recht uit te oefenen om de geleverde zaken te weigeren in alle omstandigheden redelijke maatregelen voor het behoud van de zaak treft. Zo kan een verkoper van dakplaten niet instaan voor de kosten van wegname en vervanging van panelen nu de koper zelf heeft beslist om de panelen alsnog te monteren. Dat kan niet gezien worden als een maatregel voor het behoud van de zaak of een schadebeperkende maatregel(2718).

(2715) Kh. Leuven 4 december 2016, A/13/01382, niet-gepubliceerd.

(2716) Antwerpen (B4b k.) 12 november 2018, 2017/AR/34, niet-gepubliceerd; Gent (12de bis k.) 18 maart 2020, 2017/AR/545, niet-gepubliceerd.

(2717) Antwerpen (4de bis k.) 3 november 2008, *Tijdschrift@ipr.be* 2009 (1), (34) 37-38.

(2718) Gent (16de k.) 19 juni 2020, 2018/AR/1712, niet-gepubliceerd.

591. INTEREST VERSCHULDIGD BIJ NIET-VERVULLING BETALINGSVERPLICHTING – Artikel 78 Weens Koopverdrag bepaalt dat wanneer een partij tekortschiet in haar betalingsverplichting de andere partij het recht heeft op interest(2719). Wanneer partijen geen rentepercentage hebben opgenomen in hun overeenkomst, moet dit bepaald worden aan de hand van de *lex contractus*(2720). In het licht van artikel 58 CISG is bij afwezigheid van een uitdrukkelijk bepaald ogenblik voor de betaling van de koopprijs, de intrest verschuldigd van zodra de verkoper de goederen ter beschikking stelt (vanaf de levering)(2721).

§ 3. BEVRIJDENDE OMSTANDIGHEDEN

592. ARTIKEL 79 CISG OMVAT OVERMACHT EN HARDSHIP – Artikel 79 CISG bepaalt dat een partij niet aansprakelijk is voor een tekortkoming als zij aantoonst dat de tekortkoming werd veroorzaakt door een verhindering die buiten haar macht lag en dat van haar redelijkerwijs niet kon worden verwacht dat zij bij het sluiten van de overeenkomst met die verhindering rekening zou hebben gehouden of dat zij deze of de gevolgen ervan zou hebben vermeden of te boven zou zijn gekomen. Dat deze omschrijving overmacht insluit, werd nooit betwist. Of een ‘verhindering’ in de zin van deze bepaling tevens de wijziging van omstandigheden (hardship/imprevisie) insluit, was evenwel onzeker(2722). De *Advisory Council* bracht imprevisie alvast onder het toepassingsgebied(2723). In een arrest van 19 juni 2009 (Scafom-arrest) heeft ook het Hof van Cassatie zich hierover kunnen uitspreken. In deze zaak verzocht de verkoper om een prijsaanpassing gezien de staalprijs met 70% was gestegen. Koper en verkoper wisten hier echter geen akkoord over te bereiken. De rechtbank van koophandel te Tongeren oordeelde dat artikel 79 CISG enkel overmacht insluit en dat, zelfs mocht *hardship* onder het toepassingsgebied vallen, prijschommelingen deel uitmaakten van het risico. Het hof van beroep nam een volledig andere stelling in en oordeelde dat *hardship* wel onder het toepassingsgebied van deze bepaling viel(2724). Hierbij stelde het hof dat de draagwijdte hiervan moest ingevuld worden door nationaal recht(2725). Het Hof van Cassatie oordeelde dat gewijzigde omstandigheden die niet redelijkerwijze voorzienbaar waren bij de contractsluiting en die onmiskenbaar van aard zijn om de last van de uitvoering van de overeenkomst op onevenredige wijze te verzwaren, onder omstandigheden, een verhindering kunnen

(2719) Antwerpen (4de bis k.) 3 november 2008, *Tijdschrift@ipr.be* 2009 (1), (34) 37.

(2720) Gent (afd. Kortrijk) (6de k.) 3 oktober 2017, *DAOR* 2018(1-2), (90) 94 nr. 4.3.3.2.

(2721) Gent 25 september 2017, *IHT* 2019, 493-496; Gent (7de bis k.) 25 november 2019, 2018/AR/1945, 22, niet-gepubliceerd.

(2722) M. DE POTTER DE TEN BROECK, Noot onder Antwerpen 6 juni 2011, *RABG* 2013, (619) 620.

(2723) CISG Advisory Council Opinion n° 7, *Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, nr. 37.

(2724) Antwerpen 15 februari 2007, *Tijdschrift@ipr.be* 2009 (4), 41.

(2725) Voor feiten en voorgaande rechtspraak, zie: K. Cox, “Gewijzigde omstandigheden in internationale koopcontracten: Het Hof van Cassatie als pionier”, *RW* 2009-10, (730) 731-733.

uitmaken in de zin van artikel 79 CISG (2726). Hieruit volgt dat imprevisie, naar het oordeel van het Hof van Cassatie, onder artikel 79 CISG valt. In tegenstelling tot het hof van beroep stelt het Hof van Cassatie terecht dat voor een eenvormige invulling van de leemten in het Weens Koopverdrag conform artikel 7 CISG aansluiting moet gezocht worden bij de algemene beginselen die het recht van de internationale handel heersen. Hierbij verwijst het Hof voor het eerst naar de *Unidroit Principles*. Een partij is dan ook gerechtigd om de heronderhandeling van de overeenkomst te vorderen (zie art. 6.2.3 *Unidroit Principles*).

Het Hof van Cassatie bevestigde zijn standpunt aangaande het toepassingsgebied van artikel 79 CISG in een arrest van 12 april 2013. Het betrof de levering van twee aangekochte horloges die wegens de stopzetting van de productie niet konden geleverd worden. Het Hof oordeelde opnieuw dat gewijzigde omstandigheden die niet redelijkerwijze voorzienbaar waren bij de contractsluiting en die onmiskenbaar van aard zijn om de last van de uitvoering van de overeenkomst op onevenredige wijze te verzwaren tevens, onder omstandigheden, een verhindering kunnen uitmaken in de zin van artikel 79 CISG (2727).

In een andere zaak hadden een Belgische en Nederlandse vennootschap gedurende een tijd een handelsrelatie. De Belgische vennootschap verbond zich om gedurende de maanden september tot december 2007 een bepaalde hoeveelheid tarwe te leveren aan de Nederlandse vennootschap. De Belgische vennootschap leverde evenwel niet gezien tussen de contractsluiting en de geplande levering de graanprijzen onverwacht en aanzienlijk gestegen waren. De Belgische vennootschap wou de prijzen dan ook heronderhandelen, maar daar wou de Nederlandse vennootschap niet van weten. Het hof van beroep te Antwerpen stelde – met verwijzing naar het cassatiearrest van 19 juni 2009 – dat artikel 79 CISG ook geldt bij gewijzigde omstandigheden. Het hof beval een deskundigenonderzoek aangaande de prijsstijgingen alvorens recht te spreken over het al dan niet bestaan van een toerekenbare tekortkoming (2728).

593. OVERMACHT BIJ VERKOOP GESTOLEN GOED – Kan de verkoper van een gestolen goed zich beroepen op overmacht in de zin van artikel 79.1 CISG? Het hof van beroep te Antwerpen antwoordde bevestigend. *In casu* had een Nederlands bedrijf een ladderlift verkocht aan een Belgisch bedrijf. De koper werd enkele maanden na de koop in gebreke gesteld door een ander Nederlands bedrijf dat kon bewijzen dat de ladderlift bij haar gestolen was.

(2726) Cass. 19 juni 2009, ECLI:BE:CASS:2009:ARR.20090619.4, *Arr.Cass.* 2009, 1736; *RW* 2009-10, 744; *DAOR* 2010, 156, noot D. PHILIPPE; *TBH* 2010, 885-894, noot J. MALFLIET. Zie ook B. TILLEMANS en G. VELGHE, “Recente ontwikkelingen in het kooprecht (2008-2011)”, *Themis* 67 – *bijzondere overeenkomsten* (Brugge: Die Keure 2011), (47) 91-96.

(2727) Cass. 12 april 2013, ECLI:BE:CASS:2013:ARR.20130412.2, *Arr.Cass.* 2013, 910 = *NJW* 2013, 848, noot M. DE POTTER TEN DEN BROECK.

(2728) Antwerpen 6 juni 2011, *RABG* 2013, 609-625, noot M. DE POTTER DE TEN BROECK.

De koper bezorgde hierop de lift terug aan dit bedrijf. De verkoper weigerde evenwel de prijs terug te betalen en stelde dat er sprake was van overmacht zodat hij niet aansprakelijk kon gesteld worden voor de niet-nakoming. Het hof volgde deze argumentatie(2729). Dit eindresultaat wordt evenwel niet unaniem aanvaard. De op overmacht steunende partij moet aantonen dat de tekortkoming (i) werd veroorzaakt door, (ii) een verhindering die, (iii) buiten haar macht lag en, (iv) dat van haar redelijkerwijs niet kon verwacht worden dat zij bij het sluiten van de overeenkomst met die verhindering rekening zou hebben gehouden, of (v) dat zij deze of de gevolgen ervan zou hebben vermeden of te boven zijn gekomen(2730). Ofschoon duidelijk dat voldaan was aan voorwaarde 1 en 2, stelt de annotator dat het twijfelachtig is of ook de andere voorwaarden vervuld waren om te besluiten tot overmacht(2731).

(2729) Antwerpen (k. B3) 22 mei 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, 185, noot J. SCHENK.

(2730) J. SCHENK, “Een (on)juiste toepassing van overmacht onder het Weens Koopverdrag (CISG)?” (noot onder Antwerpen 22 mei 2019), *Limb.Rechtsl.* 2020, (188) 190.

(2731) *Ibidem*, 194-195.

