

Bijzondere Overeenkomsten

Recente ontwikkelingen in het kooprecht (2008-2011)

Bernard TILLEMAN
gewoon hoogleraar KULAK – KU Leuven

Guan VELGHE
Centrum voor de rechtsmethodiek KU Leuven

I. Koop naar gemeen recht

§1. Vrijwaring voor uitwinning

1. MOGELIJKHEID OM VONNIS TE VERKRIJGEN DAT GELDT ALS KOOP INDIEN VERKOPER REEDS MET EEN DERDE EEN OVEREENKOMST HEEFT GESLOTEN DIE WERD OVERGESCHREVEN - Zowel de koper als de verkoper kunnen een vonnis vragen ter overschrijving. De verkoper kan er immers belang bij hebben dat het verkochte goed niet bij de koper wordt uitgewonnen door derden, waardoor de verkoper contractueel zou kunnen worden aangesproken wegens uitwinning. De omstandigheid dat de verkoper, na het sluiten van een eerste koopovereenkomst, met een derde een tweede koopovereenkomst heeft gesloten voor hetzelfde onroerend goed waarvan de akte inmiddels werd overgeschreven, belet de inwilliging van een vordering dat een vonnis geldt als authentieke akte niet.

In april 2000 verkocht een vennootschap (hierna A) in het kader van een gerechtelijk akkoord een onroerend goed aan B. Een tweetal weken na het ondertekenen van het compromis sloot A een nieuwe koop met C. In november van datzelfde jaar wordt de tweede koopovereenkomst notarieel verleden en overgeschreven op het hypotheekkantoor. B, op de hoogte gebracht van de tweede verkoop, vordert van de inmiddels faillietverklarde verkoper, dat die meewerkt aan het verlijden van de notariële akte van de eerste koop. Het hof van beroep wees deze vordering af, hoewel het erkend had dat de tweede verkoper bij het sluiten van de koop op de hoogte was van de eerste verkoop, omdat daarvan melding werd gemaakt in de tweede overeenkomst. Het Hof verklaart de tweede koopovereenkomst niet nietig met een beroep op de leer van de derdemedeplichtigheid. Doordat daardoor de notarieel verleden akte van de tweede koper blijft bestaan, is volgens het hof herstel *in natura* van de contractuele wanprestatie door de verkoper niet meer mogelijk. De vaststelling dat de tweede koper niet derdemedeplichtig is aan contractbreuk door de verkoper, houdt immers geen verband met de vraag of nog zinvol een authentieke akte kan worden verleden met het oog op de overschrijving van de eerste koopovereenkomst. Dit arrest werd door het Hof van Cassatie terecht verbroken. Het belang van een overschrijving ligt in de bescherming van de eerste koper tegen een eventuele doorverkoop door de tweede koper aan een derde te goeder trouw. De eerste koper kan de eerste verkoop immers laten nietig verklaren bij bewijs van derdemedeplichtigheid. In afwachting van de uitspraak over zijn vordering, kan hij een titel verkrijgen met betrekking tot de eerste koop door die te laten overschrijven.¹

2. AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERING TEGEN NOTARIS WEGENS NIET VERKRIJGEN VAN EEN ONROEREND GOED VOOR VRIJ EN ONBELAST BIJ EEN DODE HOEK - Voor het verlijden van de akte met een beding voor vrij en onbelast dient de notaris als raadsman van de partijen de mogelijkheid te onderzoeken om het goed te

¹ Cass. 31 januari 2008, AR. C.07.0217N, *Pas.* 2008, 309; *RW* 2008-09, 573, noot R. JANSEN en *TBO* 2008, 36; M. DAMBRE, De verkoop uit de hand van onroerende goederen (2005-2010), nr. 83, 133.

zuiveren (onder meer) door betaling van de koopprijs. Zo niet dient hij te weigeren om de akte te verlijden. De notaris die weet dat het in de koopakte opgenomen beding “voor vrij en onbelast” door de verkoper niet zal kunnen worden nageleefd, begaat een zware fout als hij de koper hierover niet precies inlicht en hem niet wijst op de daaraan gebonden gevaren.² De notaris heeft bovendien een voorlichtingsplicht tegenover alle partijen en moet de koper de juridische betekenis uitleggen van de verkoop “voor vrij en zuiver”. Als de notaris de prijs ontvangt wordt hieruit afgeleid dat de notaris een stilzwijgend mandaat van de koper heeft om over te gaan tot zuivering van de inschrijvingen, of althans ervoor te zorgen dat deze fondsen adequaat worden aangewend en dat er niet over wordt beschikt, geheel of gedeeltelijk, vooraleer opheffing van hypotheek of andere inschrijvingen verkregen werd.³ De notaris zal hiertoe de nodige opzoekingen doen maar wordt geconfronteerd met diverse “dode hoeken” in ons hypothecair publiciteitssysteem⁴, d.w.z. dat het onroerend goed het voorwerp kan uitmaken van inschrijvingen die niet gekend zijn door de notaris. Vooraleer de akte te verlijden vraagt de notaris een hypothecaire staat aan. De hypothecaire staat die de notaris ontvangt geeft de toestand weer op de dag van de aanvraag en niet op de dag van de verzending (= eerste periode). Ten tweede is er de periode tussen de datum van het hypothecair getuigsschrift en de datum van het verlijden van de akte (= tweede periode). Ten derde is er de periode tussen het verlijden van de authentieke akte en de overschrijving van deze akte (= derde periode).⁵ Deze problemen kunnen slechts ten dele worden geremedieerd. Ten eerste mag er geen te grote periode zijn tussen het datum van de aanvraag van de hypothecaire staat en de datum van het verlijden van de notariële akte.⁶ De eerste en tweede periode kunnen

² Rb. Kortrijk 15 januari 1956, *T.Not.* 1957, 71; *RW* 1956-57, 1570.

³ L. BRACKE, “Vrijwaring voor uitwinning, traditionele stijlclausules en conflictbeheersing”, in *De notaris en de conflictbeheersing*, Antwerpen, Kluwer, 1999, nr. 62, 96; D. DECLERCK, “De clausule voor vrij en onbezwaard - Een notariële midelen - of resultaatsverbintenis”, in *Notariële dagen van Mechelen “voor vrij en onbezwaard”*, Leuven, Acco, 1988, KFBN (ed.), 71; M. RENARD-DECLAIRFAYT, “Obligations et responsabilité notariales attachées à la clause de vente pour quitte et libre”, in *Mélanges en hommage au professeur Jean Baugniet*, Brussel, 1976, 624; R.D.V., noot onder Luik 11 september 1991, *Rev.not.b.* 1992, 315.

⁴ Gent 30 juni 1998, *TBBR* 2003, 709 (het wordt algemeen aangenomen dat de notaris nooit over de meest recente informatie inzake de hypothecaire toestand kan beschikken, gezien het onvermijdbaar tijdsverloop of de zogeheten ‘dode hoek’ tussen de datum van de informatie en de datum van het verlijden van de akte).

⁵ F. CHAFFART, “Aansprakelijkheidsvordering tegen de instrumenterende notaris wegens het niet verkrijgen van een onroerend goed voor vrij en onbezwaard: een nieuw arrest inzake het dode hoek gevaar”, *TVVV* 2010, 44.

⁶ Brussel (1^{ste} kamer), 20 januari 2009, *TBO* 2009, 253-255, noot M. DE CLERCK (Een verkoop verleden op basis van een getuigsschrift van één maand oud, kan worden aanzien als een professionele fout van de notaris welke de rechten van een beslagleggende schuldeiser benadeelt); Zie vroeger hierover: Rb. Luik 21 november 1983, *Rev.not.b.* 1987, 541 (termijn van 27 dagen achtte de rechtbank een normale termijn); Rb. Brugge 28 maart 1990, *RW* 1992-1993, 1410 (het niet aanvragen van een tweede hypothecair getuigsschrift na verloop van tijdspanne van vijf maanden kan niet als een fout van de notaris worden beschouwd als er geen aanleiding toe bestond om nogmaals zo’n getuigsschrift aan te vragen); Gent 30 juni 1998, *TBBR* 2003, 709 (in *casu* werd de consultatie door de notaris van de re-

overbrugd worden doordat de notaris op de dag van het verlijden van de authentieke akte officieus (telefonisch) contact opneemt met het hypotheekkantoor voor een bijkomende opzoeking. Het hypotheekkantoor draagt hiervoor weliswaar geen enkele verantwoordelijkheid.⁷ De notaris zou ook persoonlijk het register kunnen zien op het hypotheekkantoor en vervolgens onmiddellijk op het hypotheekkantoor de akte verlijden en daarna het afschrift neerleggen. Het bevoegde hypotheekkantoor is echter het hypotheekkantoor van het arrondissement waar het onroerend goed gelegen is. Slechts wanneer het vastgoed gelegen is in zijn arrondissement van de standplaats van de notaris kan de notaris de akte op het hypotheekkantoor neerleggen. Zo niet moet hij beroep doen op een confrater conform art. 5 Organieke Wet op het notarisambt.⁸ De derde periode is sowieso gebonden aan de maximumtermijn van artikel 2 Hyp.W. De notaris kan de termijn echter zo kort mogelijk houden doordat hij de over te schrijven akte bezorgt per drager (en niet per post).⁹ Bovendien zou de notaris (voor zover de financiële toestand inderdaad bijzonder precair is) kunnen wachten met de uitbetaling van de gelden tot aan de effectieve overschrijving. Hij zou dan weliswaar een nieuw hypothecair certificaat moeten vragen. Dit is in de praktijk weliswaar vrij ongebruikelijk en de verkopers vereisen in principe betaling bij het verlijden van de authentieke akte.¹⁰

Een recent precedent over de derde periode van dode hoek betrof volgende feiten. Een verkoopakte werd verleden op 8/12/1997. De notaris had een aanvullende hypothecaire staat gevraagd op de dag van het verlijden zelf die bevestigde dat er twee hypothecaire inschrijvingen waren ten voordele van de Generale Bank. Vervolgens werd de akte overgeschreven op 24/12/1997 in de registers van het hypotheekkantoor. Tussen het verlijden van de authentieke akte en de overschrijving van de koopakte werd een bevel voor voorafgaandelijk uitvoerend beslag overgeschreven op 10/12/1997. De koopsom was inmiddels al uitbetaald door de notaris aan de verkoper. De koper die de bijkomende schuldeiser had moeten betalen en slechts een deel van dit bedrag van de verkoper had kunnen recupereren, dagvaardde de notaris.

gisters van de hypotheekbewaarder op 17 april voor een verkoopakte waarvan het verlijden gepland is voor 23 april, als redelijk bevonden en werd op zich niet als een fout of tekortkoming aan de notariële opzoekings- en onderzoeksplicht aangerekend); Bergen 22 maart 1999, *Rev.not.b.* 1999, 564 (grote professionele fout als notaris geen aanvullende hypothecaire staat aanvraagt, als de hypothecaire staat meer dan 4 maand oud is); Art. 3f (Polis Verzekeringen Notariaat (voorziet drie maanden als maximumtermijn).

⁷ L. WEYTS, *Notarieel contractenrecht – Verkoop uit de hand/Vrijwillige openbare verkoop* (1999), Antwerpen, Kluwer, nr. 19, 81.

⁸ M. DECLERCK, De geldigheidsduur van het hypothecaire getuigschrift, *TBO*, 2009, 254.

⁹ Gent 2 februari 2001, *TBBR* 2003, 707 (De instrumenterende notaris die een verleden akte pas veertien dagen later laat overschrijven, dient zich ervan te vergewissen of de hypothecaire staat van het goed sinds zijn vorige en laatste onderzoek niet gewijzigd is.).

¹⁰ T. VAN SINAY, “Schiets (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverschaffing omtrent onroerende goederen”, *TBBR* 2003, 684.

Ten eerste werd de notaris verweten te lang hebben getalmd met de overschrijving. De akte werd verleden op 08/12/1997. Zij werd, zoals gebruikelijk, eerst aangeboden ter registratie. De akte werd geregistreerd op 16.12.1997, wat de verklaring van de notaris dat zij de akte nog de dag zelf van het verlijden ervan of uiterlijk de dag erna bij de registratie heeft binnengebracht, aannemelijk maakt. Vervolgens werd de akte – per post aangezien het goederen betrof gelegen in Oost-Vlaanderen en dus niet in de directe omgeving van het kantoor van de notaris met standplaats in West-Vlaanderen, naar het hypotheekkantoor verstuurd, waar zij op 24.12.1997, hetzij zestien dagen na de akte werd overgeschreven. De notaris werd geacht aldus diligent te hebben gehandeld.

Vermits er geen enkele indicatie was dat de verkoper in financiële moeilijkheden verkeerde of dat er geen andere schulden waren dan het hypothecair gewaarborgd krediet en de belastingen die via notificaties bekend waren, was er voor de notaris geen enkele reden om de akte niet de gebruikelijke weg te laten volgen. Er was dan ook geen enkele concrete aanleiding om de akte voor registratie en per drager op het hypotheekkantoor aan te bieden.¹¹

Ten tweede werd de notaris verweten dat hij de koopsom had uitbetaald zonder eerst opnieuw de hypothecaire toestand te hebben bekeken.

Bij gebreke aan concrete indicaties dat de verkoper in financiële moeilijkheden verkeert kan van de notaris niet worden verwacht dat hij de koopsom systematisch zou inhouden of zou adviseren deze in te houden tot op het ogenblik van de overschrijving van de akte. De notaris begaat geen fout wanneer hij, in dergelijke omstandigheden, onmiddellijk na het verlijden van de akte de schuldeisers betaalt en het saldo aan de verkoper (of zijn gemachtigde) betaalt.¹²

3. IMPACT VAN DE GOEDE TROUW VAN DE VERKRIJGER BIJ DE VRIJWARING VOOR UITWINNING - De gevolgen van de effectieve kennis van de grond tot uitwinning door de koper bij de koop zijn betwist. In dit verband is er een verschil tussen de Belgische en de Franse interpretatie van de regels uit het Burgerlijk Wetboek inzake vrijwaring voor uitwinning.

Het Frans recht gaat ervan uit dat artikel 1638 BW (geen vrijwaring voor zichtbare erfdiensbaarheden) in feite de algemene regel bevat. Het Frans recht breidt deze regel uit naar de lasten d.w.z. zakelijke of persoonlijke lasten die toegestaan werden aan een derde op het verkochte goed en die het bezit (genot) verstoren, bv. een tegenwerpelijke huur. Bij de “uitwinning (“*sensu stricto*”),

¹¹ Gent 27 november 2008, *TVV* 2010, 33, m.n. F. CHAFFART; *T.Not.* 2009, afl. 6, 368; Vergelijk in dezelfde zin de uitspraak in eerste aanleg: Rb. Kortrijk 23 januari 2006, AR/nr. 04/2068/A(a7z), *TVV* 2010, 38 (Een tijdsverloop van een tweetal weken tussen het verlijden van de authentieke akte en de overschrijving ervan is geenszins laattijdig en abnormaal rekening houdend met de notariële praktijk en rechtspraak).

¹² Gent 27 november 2008, *TVV* 2010, 33, m.n. F. CHAFFART; *T.Not.* 2009, afl. 6, 368; Vergelijk de rechter in eerste aanleg was soepeler: Rb. Kortrijk 23 januari 2006, AR/nr. 04/2068/A(a7z), *TVV* 2010, 38 Nergens is voorzien dat de notaris in het periode na het verlijden van de akte en voor de overschrijving van de akte nog een actieve onderzoeksplicht zou hebben.

waarbij de koper het bezit van het verkochte goed wordt ontnomen op grond van een revindicatie door de werkelijke eigenaar of door de uitoefening van de hypothecaire schuldeisers van hun rechten, speelt de kennis van de koper van de grond tot uitwinning enkel een rol in de mate dat de verkoper bij uitwinning geen schadevergoeding verschuldigd is.

Het Belgisch recht beschouwt artikel 1638 BW als een uitzonderlijke bepaling (enkel voor erfdiensbaarheden). Het Belgische recht gaat uit van de artikelen 1626 en 1629 BW. In België lijkt het Hof van Cassatie uit de algemene principes van artikel 1626 BW af te leiden dat (met uitzondering voor de erfdiensbaarheden) de persoonlijke kennis van de grond tot uitwinning geen impact heeft op de vrijwaringsverplichting.¹³ De kennis over een risico op uitwinning die de koper heeft nog vóór het sluiten van de koopovereenkomst, belet in principe niet dat de verkoper nog steeds gehouden is tot vrijwaring wegens uitwinning indien de gevreesde storing effectief zou gebeuren. Dit geldt ook wanneer publiciteit verleend werd aan het recht dat resulteerde in de uitwinning.¹⁴ De kennis door de koper van de oorzaak van uitwinning wordt met uitzondering van de erfdiensbaarheden (art. 1638 BW) naar Belgisch recht slechts in aanmerking genomen als zij gekoppeld wordt aan een clause van niet-vrijwaring (art. 1629 BW). Met die combinatie wordt gelijkgesteld: de precieze opgave van de last of de oorzaak van de uitwinning in de koopovereenkomst (art. 1636 BW).¹⁵ Wanneer de kennis van de koper 'contractueel' is, met andere woorden wanneer zij specifiek in rekening gebracht is door de partijen bij de koopovereenkomst (bijvoorbeeld wanneer zij het voorwerp van een clause hierover uitmaakt), moet de verkoper niet meer vrijwaren voor uitwinning wanneer de stoornis in kwestie zich voordoet.¹⁶

Een treffende illustratie betrof de verkoop op 23 december 2005 van een onroerend goed aan een projectontwikkelaar die de bedoeling had om op het goed en op de aanliggende percelen een vastgoedproject te realiseren. Bij de voorbereidingen voor de opmaak van de notariële bleek dat er met betrekking tot het goed een geregistreerde handelshuurovereenkomst bestond. De koper

¹³ Cass. 30 maart 1860, *Pas* 1860, I, 156 (de kennis van het bestaan van een hypothecaire schuldvordering door de koper volstaat niet om een vrijwaring voor uitwinning uit te sluiten); Cass. 3 februari 1977, *Pas* 1977, I, 604; *JT* 1977, 327; *Rev.not.b.* 1974, 443; *RW* 1977-78, 567 (het bestaan van een huurovereenkomst is een last, waarover de koper zich slechts mag beklagen als hem deze last niet werd meegedeeld); Cass. 13 maart 1981, *Pas* 1981, I, 761; *RCJB* 1983, 353, noot P. GERARD; *Arr.Cass.* 1980, 779; *Bull.* 1981, 760; *Rec.gén.enr.not.* 1983, 285, noot; *RW* 1981-82, 1902, noot; *RW* 1982-83, 1049, noot; *T.Not.* 1983, 104 (in de koopakte was bedongen dat de verkochte grond vrij van bezetting was na de oogst (maar er rustte een pacht op die tegenwerpeijk was aan de verkrijger); L. SIMONT, P.-A. FORIERS en J. DE GAVRE, *RCJB* 1985, nr. 35, p. 44; *RPDB*, tw. Vente, nr. 289.

¹⁴ Rb. Leuven 16 maart 2006, *NFM* 2007, 304.

¹⁵ P. GERARD, "De la connaissance personnelle par l'acheteur du risque d'éviction", *RCJB* 1983, 370.

¹⁶ Luik 23 april 2002, *TBH* 2003, afl. 3, 236.; Gent (1^{ste} kamer), 28 mei 2009, *T.Aann.* 2009, 244, noot L. VAN DEN BON; Zie in dezelfde zin: Bergen (7e k.) 30 november 1999, *T.Agr. R.* 2003, afl. 4, 287; H. DE PAGE en A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV/1, 1997, 242-243.

gaf toe dat de verkoper meegedeeld had dat er in het goed een kaderwinkel gevestigd was sinds 1 maart 2002. De verkoper had daarbij gesteld dat de huurder enkel in de week, van maandag tot vrijdagmiddag aanwezig was. De geregistreerde en tegenwerpelijke handelshuurovereenkomst voor de kaderwinkel, waaraan pas tegen 1 maart 2011 een einde kon gemaakt worden, is voor de koper een last die iemand beweert te hebben op de verkochte zaak. Zij maakte derhalve een rechtsstoornis uit, die actueel was en haar oorzaak vond voor de verkoop. Het Hof van Beroep te Gent stelde ter zake: “Om van vrijwaring vrijgesteld te zijn, dient de verkoper de oorzaak van uitwinning of de lasten die op het goed wegen op te geven en wel speciaal die welbepaalde oorzaak van uitwinning of last waarvoor hij de koper niet wenst te vrijwaren. De omstandigheid dat de koper kennis heeft van de oorzaak van de uitwinning of de last is daarbij onvoldoende om de verkoper van de vrijwaring vrij te stellen. De kennis door de koper wordt maar in aanmerking genomen wanneer deze kennis contractueel is, dit wil zeggen, wanneer de oorzaak van uitwinning of last door beide partijen voor ogen is gehouden of zij het voorwerp heeft uitgemaakt van een bijzonder beding. Aan de aldus begrepen voorwaarde om te kunnen spreken van een “opgegeven last” is ter zake niet voldaan. Door de koper werd niet uitdrukkelijk aan de verkoper meegedeeld dat de kaderwinkel het voorwerp uitmaakte van een handelshuurovereenkomst, de tekst van de handelshuurovereenkomst werd niet meegedeeld en in de optie tot aankoop werd geen melding gemaakt van de handelshuurovereenkomst. In die omstandigheden is er geen opgave gedaan van de specifieke last die op het goed woog in de zin van artikel 1626 in fine BW. Hoe opmerkelijk het ook moge zijn dat de koper als professioneel projectontwikkelaar niet heeft ingezien dat de huur van de kaderwinkel wellicht een handelshuur was, met alle mogelijke problemen van dien voor beschikbaarheid van het pand, en zij daar geen verdere vragen over heeft gesteld, en het feit dat de koper dit alles had moeten inzien, is niet relevant voor de beoordeling van de vrijwaringsplicht. De kennis van de last door de koper en nog minder het feit dat koper de kennis had moeten hebben van de last, is niet voldoende om de verkoper vrij te stellen van zijn vrijwaringsplicht.”¹⁷

Philippe Gerard bepleitte reeds vroeger een aansluiting bij de Franse strikte interpretatie van artikel 1629 BW en de ruime interpretatie van artikel 1638 BW. De kennis van de verkrijger van de grond tot uitwinning resulteert in de opheffing van de vrijwaring voor uitwinning op dezelfde wijze als een verklaring van de koper, wanneer de grond tot uitwinning bestaat uit een last – in de meest ruime zin van het woord. De kennis door de verkrijger kan op grond van artikel 1629 BW niet resulteren in de niet-vrijwaring bij een uitwinning *sensu stricto*, dwz een buitenbezitstelling. In dit geval laat de kennis van de oorzaak van de uitwinning voor de verkoper de verplichting bestaan om de prijs te betalen, maar is hij niet verplicht om de schadevergoeding te betalen. Deze oplossing heeft als voordeel dat ze in overeenstemming is met een algemeen principe – onder meer geïllustreerd door artikel 1599 BW (nietigheid van verkoop van andermans zaak, grond tot schadevergoeding indien de koper niet geweten heeft dat de zaak aan een ander toebehoorde) – volgens het welke een partij geen schadevergoeding kan claimen wanneer zij een risico heeft gelopen

17 Gent (1^{ste} kamer), 28 mei 2008, *T.Aann.* 2009, 244, noot L. VANDENBOON.

vermits zij wist op het ogenblik dat zij contracteerde dat dit risico zich zou stellen.¹⁸ Het onderscheid dat deze oplossing maakt tussen lasten, erfdiensbaaerheden en de uitwinning *sensu stricto* is ook redelijk te verantwoorden. Iemand die op het moment van het kopen weet dat een goed aangetast is door een gebrek, een last of een erfdiensbaaerheid is ervan bewust dat de waarde van het goed onherroepelijk is aangetast. Wanneer men daarentegen een goed koopt waarop een hypotheek rust mag men verwachten dat de verkoper zijn schulden betaalt en dat hij zal vermijden dat de hypotheek moet worden aangesproken.¹⁹

4. ONGELDIGHEID EXONERATIEBEDING VOOR STEDENBOUWKUNDIGE VERGUNNING DAT WEZEN VAN OVEREENKOMST TENIET DOET – Kopers kochten een perceel grond met de uitdrukkelijke wens dat het perceel grond geschikt zou zijn voor het oprichten van een meergezinswoning met vier privatieve gedeelten. Vrij snel na de koopovereenkomst wordt de stedenbouwkundige vergunning voor het betrokken perceel ingetrokken wegen strijdigheid met het bijzonder plan van aanleg. Zonder de afloop van de administratieve procedure af te wachten stelden de kopers een vordering tot nietigheid op grond van dwaling en in subsidiaire orde tot ontbinding op grond van vrijwaring voor uitwinning. De verkoopovereenkomst bepaalde onder de algemene verkoopvoorwaarden: *“dat de koper zich moeten gedragen naar alle wetten en besluiten van de bevoegde overheden ondermeer aangaande een bouwvergunning, zonder enig verhaal tegen de verkoper en zonder de tussenkomst/waarborg van de verkoper te kunnen invoeren voor het verlies of de onbruikbaarheid of voor een weigering van bouwtoelating.* De verkoopovereenkomst bepaalt verder onder de hoofding “ruimtelijke ordening en stedenbouw” *dat de verkoper verklaart “geen waarborg te geven over de mogelijkheid om op het verkochte goed te bouwen of enige vaste of verplaatsbare inrichting die voor bewoning kan worden gebruikt, op te richten”.* De rechtbank oordeelde weliswaar dat deze weinig omstandige standaardclausules voor het specifieke geval niet kunnen dienen. Het gaat om gebruikelijke doorsnee clausules die aangeven dat de verkoper geen sluitende garantie kan bieden omtrent de concrete stedenbouwkundige mogelijkheden om te bouwen op het verkochte goed. De stedenbouwkundige overheid voert dienaangaande een zeker beleid en behoudt zodoende los van de stedenbouwkundige bestemming van het verkochte goed en mits een afdoende motivering, een beoordelingsvrijheid bij het al dan niet verlenen van een stedenbouwkundige vergunning. Gelet op de specifieke context kan de verkoper zich niet beroepen op deze weinig/omstandige standaard/stijlclausules om de aansprakelijkheid af te ketsen. Een andere interpretatie zou impliceren dat deze exoneratiebepedingen elke zin aan de overeenkomst zouden ontnemen.²⁰

¹⁸ P. GERARD, De la connaissance personnelle par l'acheteur du risque d'éviction", *RCJB* 1983, nr. 19, 378.

¹⁹ P. GERARD, De la connaissance personnelle par l'acheteur du risque d'éviction", *RCJB* 1983, nr. 17, 377.

²⁰ Rb. Gent 21 april 1999, *T.Aann.* 2009, 236.

§2. Leveringsverplichting

5. BETWISTING OMVANG LEVERING: BEWIJS VIA BUITENGERECHTELIJKE BEKEN- TENIS - Soms ontstaat er een betwisting over het precieze voorwerp van de koop. Een interessante illustratie uit de rechtspraak betrof een verkoop waarvan de koper beweerde dat hij een perceel had aangekocht, ofschoon noch de onderhandse verkoopakte noch de notariële akte vermeldden dat het eigendom waarvan sprake zou begrepen zijn in de verkoopovereenkomst. Als bewijs van het eigendomsrecht beriep de koper zich op een bezwaarschrift dat door de verkoper was ingediend bij de Belastingdienst voor Vlaanderen met betrek- king tot de aangerekende onroerende voorheffing. *“Bovenvermeld pand (be- doeld wordt het eigendom waarvan sprake) is reeds ±7 à 8 jaar in bezit van v/d firma J. te Bilzen. Gelieve hiermee rekening te houden en de toekomstige briefwisseling te sturen naar J.M”*. Het Hof van Beroep was van oordeel dat het bezwaarschrift kon worden gekwalificeerd als een schriftelijke (buitenge- rechtelijke) bekentenis in de zin van artikel 1356 BW door de koper van het feit dat het betrokken perceel wel degelijk begrepen was in de verkoopover- eenkomst die zij indertijd had aangegaan. Dat er in de verklaring sprake is van “bezit” en niet van “eigendom”, doet daaraan geen afbreuk. Met haar verkla- ring heeft de appellante duidelijk uitsluitend het eigendomsrecht op het oog gehad, hetgeen ten andere ook zo is begrepen door de fiscale administratie.²¹

6. BODEMATTEST ALS JURIDISCH ACCESSORIUM VERKOOP ONROEREND GOED/ MOGELIJKHEID OM NIETIGHEID TE VORDEREN- Voor het sluiten van een over- eenkomst betreffende overdracht van gronden moet de overdrager op zijn kos- ten bij OVAM een bodemattest aanvragen en de inhoud meedelen aan de ver- werver (art. 101, § 2 Bodemsaneringsdecreet). De onderhandse akte waarin de overdracht van gronden worden vastgelegd, bevat de inhoud van dit bodemat- test. In alle akten betreffende overdracht van gronden, neemt de instrumente- rende ambtenaar de verklaring van de overdrager op dat de verwerver voor het sluiten van de overeenkomst op de hoogte is gebracht van de inhoud van het bodemattest en hij neemt tevens de inhoud ervan over in de akte (art. 101, § 3 Bodemsaneringsdecreet). Het bodemattest wordt aldus een juridisch toebeho- ren van de zaak.²² De verwerver van de gronden kan de nietigheid vorderen van de overdracht die plaatshad in strijd met deze bepalingen. De nietigheid kan niet meer worden ingeroepen als cumulatief voldaan is aan de volgende voorwaarden: 1)° de verwerver is in het bezit gesteld van het meest recent af- geleverde bodemattest of van een bodemattest waarvan de inhoud identiek is aan de inhoud van het meest recent afgeleverde bodemattest; 2)° de verwerver laat zijn verzaking aan de nietigheidsvordering uitdrukkelijk in een authentieke akte vaststellen (art. 116, § 1 Bodemdecreet). Uit die bepaling kan zonder be- twisting worden afgeleid dat de nietigheid een relatieve nietigheid is. De draagwijdte van artikel 116, § 1 Bodemdecreet is weliswaar omstreden. Zo is het niet duidelijk of deze bepaling de bedoeling heeft om een stilzwijgende

²¹ Antwerpen (1e bis k.) nr. 2005/AR/1993, 20 november 2006 *TBBR* 2008, afl. 8, 447; *P&B* 2007 (verkort), afl. 4-5, 290, noot D. Mougenot.

²² A. CHRISTIAENS, Art. 1615-11.

verzaking aan de nietigheid uit te sluiten.²³ Zelfs indien de verkrijger niet uitdrukkelijk verzaakt heeft aan de nietigheid, rijst de vraag of de nietigheidsvordering ook mogelijk is bij afwezigheid van enig wettelijk belang.²⁴ Deze vraag rijst in het bijzonder wanneer het ontbreken of de laattijdigheid van het (blanco) bodemattest de verwerver geen schade berokkent bv. wanneer het laattijdig bodemattest aantoonde dat er geen verontreiniging bekend is en de tijdige overlegging van een blanco attest de koper niet zou hebben belet om de onderhandse koopovereenkomst te ondertekenen. Een vordering tot nietigverklaring op puur formele gronden kan onder omstandigheden een rechtsmisbruik uitmaken. De sanctie van het rechtsmisbruik kan erin bestaan de vordering tot nietigverklaring onontvankelijk²⁵ of ongegrond te verklaren.²⁶ De decreetgever had echter niet alleen de bedoeling de verwerver te beschermen tegen het onbewust aankopen van vervuilde grond, maar beoogde tevens hem te vrijwaren tegen iedere schade ingevolge een laattijdige mededeling. De omstandigheid dat de verkoper het door het decreet vereiste attest aflevert na het ondertekenen van de onderhandse akte en voor dat de authentieke werd verleden, heeft aldus niet noodzakelijk tot gevolg dat de verwerver misbruik maakt van zijn recht de nietigheid te vorderen van de onderhandse overeenkomst, ook al wijst het afgeleverd attest op een afwezigheid van verontreiniging.²⁷

- 23 Zie in de zin dat een stilwijgende verzaking onmogelijk is: I. LIETAER, "Het decreet van 26 mei 1998 houdende wijziging van het bodemsaneringsdecreet", *Waarvan Akte 1998*, 148; E. DE BEUCKELAER, "Bodemsanering", *Jura Falc.* 1999-00, 483-534; A. VAN OEVELEN, "De huur van een onroerend goed en de toepassing van het Bodemsaneringsdecreet", in X, ed. *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 311; anders: P. DE SMEDT, "De sanctie van de ontijdige mededeling van een bodemattest bij de overdracht van grond", *AJT* 1998-99, nr. 11, 1050; T. MALFAIT, "Nietige koopovereenkomst wegens ontbrekend bodemattest", *NjW* 2009, (387), 392.
- 24 Vergelijk anders: Brussel (8^{ste} kamer), 25 november 2003, *RW* 2006-07, 59 (het enkele gemis aan een rechtsgeldig bodemattest waarvan de aanwezigheid een substantieel gegeven vormt met het oog op een rechtsgeldige overdracht volstaat in beginsel om de nietigheid van de overdracht uit te spreken; vaststelling van de relatieve nietigheid van de overdracht kan gevorderd worden zonder in dit verband een ander belang te moeten doen blijken).
- 25 Brussel (8^{ste} kamer), 27 mei 1998, *AJT* 1998-99, 1043, noot P. DE SMEDT (kopers hebben geen schade geleden door de omstandigheid dat de mededeling van het bodemattest met ongeveer twee maanden vertraging gebeurde: de tijdige overlegging van een blanco-bodemattest zou hen niet verhinderd de onderhandse koopovereenkomst te ondertekenen); Antwerpen 22 mei 2000, *T.App.* 2000, afl. 4, 40; Rb. Hasselt 5 juni 2000, *Limb. Rechtsl.* 2001, 309; *TMR* 2001, 58 (aard van sanctie hier wel niet gespecificeerd – wel omstandige motivering rechtsmisbruik); Rb. Hasselt 25 februari 2002, *NjW* 2002, afl. 6, 213, noot; *TMR* 2002, afl. 4, 341; Gent 20 oktober 2004, *RABG* 2006, 45; *TGR-TWR* 2007, afl. 3, 154; Antwerpen 3 december 2007, *NjW* 2009, 410; C. DE WULF, Het bodemsaneringsdecreet in de notariële praktijk, *T.Not.* 1996, 396; T. MALFAIT, "Nietige koopovereenkomst wegens ontbrekend bodemattest", *NjW* 2009, (387), 389.
- 26 Rb. Leuven 14 juli 1999, *T.Not.* 1999, 631; Gent (12^{de} kamer), 20 oktober 2004, *TGR-TWVR* 2007, afl. 3, 154.
- 27 Cass. (1e k.) AR C.09.0065.N, 24 juni 2010 (Y.O. / S.C., Y.N.) *Juristenkrant 2010*; afl. 213, 2; *NFM* 2011, afl. 2, 51, noot A. LEMMERLING; *RABG* 2010, 1130,

In casu betrof het een geval waar een koper al een voorschot had betaald en een koopovereenkomst sloot onder opschortende voorwaarde van het verkrijgen van een lening. Bij aangetekend schrijven van 19 april 2000 wordt de verkoper in gebreke gesteld het voorschot terug te betalen, vermits de koper geen lening kan verkrijgen en de koopovereenkomst nietig zou zijn bij gebreke van een bodemattest. Op 25 juni 2001 velt de rechtbank een tussenvonnis waarbij aan de meest gerede partij de gelegenheid wordt verleend om een bodemattest voor te leggen en aan de koper de gelegenheid geboden de weigering van zijn lening te bewijzen. De rechtbank velt zijn vonnis op 24 april 2006 en stelt vast dat er geen bodemattest wordt voorgelegd ofschoon de verkoper hiertoe werd uitgenodigd en spreekt de nietigheid uit van de koop op grond van het ontbreken van bodemattest. Het Hof van Beroep bevestigde dit vonnis verwijzend naar het ongepaste gedrag van de verkoper. Het nadeel van de koper bestond *in casu* niet uit verontreinigde grond maar wel uit de langdurige onzekerheid over de bodemtoestand en de onbeschikbaarheid van de voorschotten. 28

Sowieso betekent dit dat de praktijk om overeenkomsten te sluiten onder opschortende voorwaarde van het verkrijgen van een gunstig bodemattest, niet volledig juridisch waterdicht is. Sommige rechtspraak en rechtsleer wijst erop dat een overeenkomst *pendente conditione* reeds bestaat, enkel de uitvoerbaarheid is opgeschort. Om die reden zou een bodemattest dat afgeleverd wordt in toepassing van een opschortende voorwaarde strijdig zijn met artikel 101 Bodemsaneringsdecreet dat een mededeling vereist voor het sluiten van de overeenkomst. 29

7. Verborgene niet-conformiteit: mogelijkheid om zich te beroepen op niet-conformiteit die zich pas manifesteert na aanvaarding? - Een twistpunt bestaat

met noot T. MALFAIT, Nietigheid van de koopovereenkomst wegens ontbrekend bodemattest: mind the gap”, *RABG* 2010, 1137; *RW* 2010-2011, afl. 36, noot J. DEL CORRAL; *TBO* 2010, afl. 4, 168; *TMR* 2011, afl. 1, noot F. HAENTJENS; *TVV* 2011, afl. 1, 68, noot L. DEDRIE en F. CHAFFART. Men kan dit cassatiearrest niet lezen als een verbod om rechtsmisbruik in te roepen als er naderhand een blanco bodemattest wordt afgeleverd: I. SAMOY en D. LEROY, “De sanctionering van de laattijdige mededeling van een blanco bodemattest bij de verkoop van een onroerend goed: niet het Hof van Cassatie in zijn arrest van 24 juni 2010 maar de Vlaamse decreetgever moet saneren”, *Liber Amicorum Boes*, Brugge, Die Keure, 2011, 163 e.v..

28 T. MALFAIT, Nietigheid van de koopovereenkomst wegens ontbrekend bodemattest: mind the gap”, *RABG* 2010, (1137), 113.

29 Rb. Gent 6 februari 2001, *TOGOR* 2001, 167, noot A. VAN BRABANT; Gent 20 oktober 2004, *RABG* 2006, 45; *TGR-TWR* 2007, afl. 3, 154; anders: Rb. Brussel (23^{ste} kamer), 19 februari 1999, *AJT* 1998-99, 972; Leuven 14 juli 1999, *TNot.* 1999, 631; Zie over deze problematiek verder: C. De Wulf, “De overdracht van gronden onder opschortende voorwaarde en andere formules- Bedenkingen bij de interpretatie van art. 36 § 1 van het Bodemsaneringsdecreet”, *TNot.* 1996, 612-634; I. SAMOY en D. LEROY, “De sanctionering van de laattijdige mededeling van een blanco bodemattest bij de verkoop van een onroerend goed: niet het Hof van Cassatie in zijn arrest van 24 juni 2010 maar de Vlaamse decreetgever moet saneren”, *Liber Amicorum Boes*, Brugge, Die Keure, 2011, 163 e.v. (met een pleidooi voor een wettelijke regeling); C. DEWULF, De draagwijdte van het recente cassatiearrest in verband met de mededeling van het bodemattest”, *T. Not.* 2010, 575.

rond het vraagstuk van een niet-conformiteit die pas opduikt na de aanvaarding.³⁰

Verborgen non-conformiteit onmogelijk na aanvaarding -Volgens sommige rechtsleer is een vordering wegens niet-conforme levering op dat moment uitgesloten.³¹ Het tijdstip van de aanvaarding geldt als afbakeningsbegrip tussen de vordering op grond van verborgen gebreken en de vordering op grond van niet-conforme levering.³² Enkel een vordering op grond van een (functioneel) verborgen gebrek zou na de aanvaarding dus nog openstaan voor de koper.

Verborgen non-conformiteit in te roepen na aanvaarding zonder kennis van zaken -Anderen benadrukken evenwel dat de aanvaarding een wilsbesluit is, hetgeen impliceert dat zij enkel geldt wanneer zij met kennis van zaken is genomen.³³ Dit betekent dat de koper slechts de niet-conformiteit kan aanvaarden voor zover hij ervan op de hoogte is of kan zijn op het moment van de aanvaarding. Hij kan dus na aanvaarding van de goederen nog slagen in zijn vordering op grond van niet-conforme levering op voorwaarde dat de non-conformiteit onnaspeurbaar was op het moment van de levering en dat hij kor-

³⁰ Zie hierover o.a. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "La vente: erreur, non-conformité et vices cachés", *TBBR* 1993, (197) 204-206 en 212-213.

³¹ A. CHRISTIAENS, Art. 1604, nrs. 18-24; H. COUSY, *Problemen van productaansprakelijkheid*, Brussel, Bruylant, 1978, nr. 153 en 185; J. HERBOTS, D. CLARYSSE en J. WERCKX, "Overzicht van rechtspraak (1977-1982) Bijzondere overeenkomsten", *TPR* 1985, (767) nr. 65; T. BOURGOIGNIE, "Le traitement des produits défectueux en droit belge", *JT* 1976, (505) 506; J. RUTSAERT, "Législation et jurisprudence belges en matière de responsabilité civile du fait des produits", *Bull. Ass.* 1979, 320; C. JASSOGNE, "Problèmes d'actualité: La garantie découlant de la vente: principes et clauses particulières", *Ann. Dr. Liège* 1988, (438) 441; S. STIJNS, "De remedies van de koper bij niet-conformiteit" in S. STIJNS en J. STUYCK, *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 63, nr. 25.

³² H. DE PAGE, *Traité*, IV, Brussel, Bruylant, 1972, 206, nr. 177; Zie in die zin bv. Rb. Brugge (1^e kamer), 6 september 1989, *RW* 1991-92, 95 (een auto werd geleverd van een ouder bouwjaar dan afgesproken – vermits gebrek aan conformiteit pas na de levering en gebruik van het autovoertuig aan het licht gekomen is, is dit derhalve te beschouwen als een verborgen gebrek in de zin van artikel 1641 BW); Kh. Kortrijk (4e k.) 23 juni 2003, *TGR - TWVR* 2004, afl. 4, 286, noot.

³³ Antwerpen 15 maart 2003, *RW* 2006-1007, (1199) 1201; L. SIMONT, "La notion fonctionnelle du vice caché: un faux problème?", in *Huldeboek René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 337-341 en vooral nr. 12. Goedkeurend: J. HERBOTS, "verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek" (noot onder Antwerpen 22 december 1982) *RW* 1982-83, (1733) 1736-1737; M. DAMBRE, "Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen" (noot onder Antwerpen 20 januari 1988) *TBBR* 1990, (38) 43-44; P.-A. FORIERS, "Les contrats commerciaux, Les ventes commerciales", *TBH* 1987, (2) 43; "Garantie et conformité dans le droit belge de la vente" in *Les ventes internationales de marchandises*, Parijs, Economica, 1981, 201-202 en 219; "Chronique de jurisprudence (1970-1974) Les contrats commerciaux", *TBH* 1987, (3), 37 nr. 56; P.-A. FORIERS, "Conformité et garantie dans la Vente" in B. TILLEMANS en P.-A. FORIERS (eds.), *De koop/La vente*, Brugge, Die Keure, 2002, 31-35; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechterlijke ontbinding van de overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 383; L. SIMONT, J. DE GAVRE en P.-A. FORIERS, "Examen", *RCJB* 1995, nr. 45.

te tijd na het ontdekken ervan de levering geprotesteerd heeft.³⁴ De korte termijn van art. 1648 BW is hierop niet van toepassing.

Indien men niet een chronologisch criterium hanteert om de (verborgen) non-conformiteit af te bakenen van de verborgen gebreken overlappen deze noties elkaar vaak. Elk gebrek (functioneel of intrinsiek) is dan een niet-conformiteit. Omgekeerd echter is niet elke niet-conformiteit een gebrek (bv leving *aliud*; verkeerde kwantiteit). De koper zou zich dan bij een cumulumogelijkheid naar vrije keuze beroepen op één van de twee vorderingsmogelijkheden. Dit systeem van de vrije optie lijkt echter in een recent cassatiearrest³⁵ uitdrukkelijk verworpen te worden, nu het Hof van Cassatie daar duidelijk het duaal systeem van niet-conformiteit en vrijwaring voor verborgen gebreken bevestigt: “*Door op grond van die overwegingen te beslissen dat, wanneer de verkochte zaak door een verborgen gebrek is aangetast, kan de koper alleen de rechtsvordering wegens niet-nakoming van de verbintenis om een zaak te leveren die conform de verkochte zaak is, maakt het arrest een juiste toepassing van het in het middel vermelde wetsbepaling*”.

Dit alles doet echter de vraag naar de afbakening tussen verborgen non-conformiteit en verborgen gebreken opnieuw stellen. Hierover is duidelijk geen eensgezindheid. Sommige commentatoren knopen terug aan bij het puur chronologisch criterium (na aanvaarding enkel vrijwaring voor verborgen gebreken),³⁶ anderen nemen daarentegen het verborgen karakter als criterium: elke niet-conformiteit die ook een verborgen gebrek uitmaakt, moet dan volgens het regime van het verborgen gebrek behandeld worden³⁷; nog anderen stellen dat een functioneel verborgen gebrek in feite opgaat in de ruimere notie verborgen niet-conformiteit. Het maakt in feite dat het functioneel verborgen gebrek als notie verdwijnt.³⁸

³⁴ Vred. Wervik 6 maart 2001, *RW* 2001-02, 786, *T. Vred.* 2003, afl. 9, 394; Antwerpen (4^{de} kamer), 15 maart 2004, *RW* 2006-2007, boek 29, 1199 (De aanvaarding is een wilsbesluit, zodat de koper de niet-conformiteit die hij niet kan kennen, ook niet na een grondig onderzoek van de gekochte zaak bij de levering, niet kan aanvaarden hebben. De rechtsvordering tot ontbinding van de koopovereenkomst wegens niet-conforme levering dient niet te worden ingesteld binnen de korte termijn bedoeld in art. 1648 BW, aangezien deze niets te maken heeft met de sanctie bij niet-naleving van de leveringsverplichting).

³⁵ Cass. (1^e k.) AR C.04.0500.F, C.05.0403.F, 19 oktober 2007 (Dexia Insurance / Renault Belgique Luxembourg, Etablissements Enclin; Dexia Insurance / AGF Belgium Insurance) *JLMB* 2008 (samenvatting), afl. 27, 1202; *Pas.* 2007, afl. 10, 1826, noot F. GLANSDORFF, *RCJB* 2010, afl. 1, 5, noot F. GLANSDORFF, *TBH* 2008, afl. 2, 152, noot H. DE WULF; Zie in dezelfde zin: F. GLANSDORFF, *RCJB* 2010, 16; N. VERHEYDEN en M. CLAVIE, « *Vente et conformité*, in *Vente et cession de créance*, CUP 1997, 5-17.

³⁶ F. GLANSDORFF, *RCJB* 2010, 19; Vergelijk in dezelfde zin: *Frankrijk*: J. APPOLIS, “Obligation de délivrance et garantie des vices cachés”, *RJDA* 1994, 50.

³⁷ H. DE WULF, “Samenloop of exclusiviteit tussen de sanctionering van niet-conforme levering en verborgen gebreken: heeft cassatie de controverse beslecht?”, *TBH* 2008, 158-159.

³⁸ N. VERHEYDEN en M. CLAVIE, “*Vente et conformité*”, in *Vente et cession de créance*, CUP 1997, 27; Vgl. anders: volgens commentatoren van het arrest van 19 ok-

Een mooie toepassing van de verborgen niet-conformiteit uit de rechtspraak uit de besproken periode betrof een levering van butter toffee Candy aan de NV Kraft. De NV Kraft had bij de productspecificaties uitdrukkelijk opgegeven dat de buttersoepjes die gebruikt werden als grondstof voor verschillende pralines, vrij moesten zijn van allergene stoffen zoals aardnoten. Na verschillende leveringen deed de NV Kraft een HACCP productcontrole onderzoek in aanwezigheid van de kwaliteitsdirecteur van de koper en de directeur van de onderaannemer. Hierbij werd ontdekt dat het productieproces inhield dat er een risico was voor besmetting van de Candy met aardnoten. De verkoper wierp op dat de koper niet meer de niet-conformiteit kon invoeren vermits de producten al geleverd waren. Dit werd echter door het Hof verworpen. De aanvaarding ten gevolge van de overhandiging van hand tot hand van de geleverde goederen en van de betaling van de facturen dekt enkel de zichtbare gebreken. Enkel de gebreken aan conformiteit die aantoonbaar zijn na onderzoek van een normaal zorgvuldig persoon waartoe de koper bij de levering van de goederen verplicht is, worden als dergelijke zichtbare gebreken beschouwd.³⁹

§3. *Vrijwaring voor verborgen gebreken*

8. AMBTSHALVE VASTSTELLING WIJZIGING KEUZE KOPER VAN ACTIO REDHIBITORIA NAAR ACTIO AESTIMATORIA - De koper kan binnen de grenzen van artikel 807 Ger.W. hangende het geding (bv. na de neerlegging van het deskundigenverslag, of in hoger beroep) tot aan de sluiting der debatten de aanvankelijke keuze voor een *actio redhibitoria* vervangen door de *actio aestimatoria*, tenzij hij hieraan onbetwistbaar definitief heeft verzaakt. De rechter zal onder bepaalde omstandigheden zelfs ambtshalve deze keuzewijziging moeten vaststellen op grond van zijn plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.

Een koper van een wagen met een veel grotere kilometerstand dan opgegeven, had in eerste aanleg de ontbinding van de koop bekomen op basis van de *actio aestimatoria*. Hierop ging de verkoper in beroep en vorderde hij dat de vordering ontvankelijk en ongegrond zou worden verklaard. In de syntheseconclusies vorderde de koper betaling van het teveel betaalde, alsook de schadevergoeding resulterend uit de gebreken van de auto, zonder uitdrukkelijk zich te beroepen op de *actio aestimatoria*. De beroepsrechter stelde vast dat de ontbinding onmogelijk was geworden. De koper had immers inmiddels de wagen doorverkocht en aldus de teruggave onmogelijk gemaakt. Het Hof van Beroep te Luik stelde dat vermits de teruggaveverplichting niet meer mogelijk was, een teruggaveverplichting bij equivalent in de plaats was gekomen die gecompenseerd werd met de verplichting tot terugbetaling van de prijs door de verkoper. Het Hof van Cassatie verbrak dit arrest omdat het Hof van Beroep had moeten vaststellen dat de koper impliciet zijn keuze van een *actio redhibitoria*

tober 2007 zou het Hof van Cassatie niet enkel een beroep op niet-conformiteit hebben willen verbieden bij een intrinsieke verborgen gebrek (maar ook bij een functioneel verborgen gebrek): H. DEWULF, *TBH* 2008, 159; F. GLANSDORFF, *RCJB* 2010, 20-21.

39 Brussel (4^{de} kamer), 8 december 2008, *DCCR* 2009, 83.

had veranderd naar een *actio aestimatoria* en ambtshalve de rechtsgronden had moeten aanvullen.⁴⁰

9. WAARDERINGSCRITERIUM ACTIO AESTIMATORIA - Wanneer een koper opteert voor een *actio aestimatoria* teneinde een gedeelte van de koopprijs terugbetaald te krijgen, mag het gedeelte van de aan de koper terug te betalen prijs vastgelegd worden op grond van de werkzaamheden die nodig zijn om de verborgen gebreken te verhelpen (bv. vochtproblemen), zonder rekening te houden met latere gebeurtenissen die de toekomstige bestemming of de waarde van het goed kunnen beïnvloeden (herverkoop, afbraak, verbouwing, marktevolutie), aangezien dit beoordelingsparameters zijn die helemaal geen verband houden met de raming van de werkelijke waarde van het verkochte goed bij de aankoop ervan.⁴¹

10. TWEDEHANDSWAGEN WAARVAN KILOMETERSTAND ACHTERAF ONJUIST BLIJKT TE ZIJN: EERSTE TOEPASSINGEN VAN DE SPECIFIEKE WETGEVINGEN - Bij een verkoop van een (tweedehandse) wagen waarbij de kilometerteller achteraf blijkt te zijn teruggedraaid, liggen verscheidene vorderingsmogelijkheden open. Dwaling, bedrog (bij bewezen kwade trouw van verkoper) en een (functioneel) verborgen gebrek liggen voor de hand; zij maken het gros van de rechtspraak over tweedehandse wagens uit.⁴² Maar ook een vordering op grond van niet-conforme levering is mogelijk, ten minste voor zover de kilometerstand uitdrukkelijk aan bod gekomen is in de contractuele onderhandelingen doordat bv. een bepaalde kilometerstand uitdrukkelijk is gegarandeerd en er nog geen aanvaarding is geweest. In principe geldt art. 1614 BW (de zaak moet worden geleverd in de staat waarin zij zich op het ogenblik van de koop bevindt) waardoor de vordering op grond van niet-conforme levering wordt uitgesloten. De wagen wordt immers in exact dezelfde staat geleverd waarop hij zich bevond op moment van de verkoop, alleen had de koper de idee dat de wagen een stuk minder kilometers had afgelegd. Voor zover de kilometerstand deel is gaan uitmaken van de contractuele besprekingen daarentegen, voldoet de geleverde wagen niet meer aan de contractuele bepalingen over de te leve-

⁴⁰ Cass. (1^{ste} kamer), 2 april 2010, C.09.0204.F/1, *JLMB* 2010, afl. 26, 1235, noot J. VAN DROOGHENBROECK; *RDJP* 2010, afl. 6, 216.

⁴¹ Cass. (1e k.) AR C. 10.0046.F, 10 maart 2011 (P.M. / B.B (28 maart 2011)); *TBO* 2011, afl. 4, 164

⁴² Zie hierover S. BAR, "Quand le compteur kilométrique trompe l'acheteur d'un véhicule d'occasion" (noot onder Antwerpen 24 juni 2002), *TBBR* 2004, (46), 51-53; Zie een toepassing: Brussel (15de kamer), 17 oktober 2008, *DCCR* 2010, 86 (het betrof een afwijking van 92.000 km, wat meer dan 1/3 van de normale gebruikscapaciteit van een auto betreft – alternatieve toepassing specifieke wetgeving inzake bedrog bij kilometerstand als gemeenrechtelijke regeling wilsgebrek bedrog); Luik (12de kamer), 2 december 2008, *JLMB* 2009, 1120 (toepassing vrijwaring voor verborgen gebreken – auto verkocht met een kilometerstand van 87.000km terwijl de werkelijke kilometerstand 162.000kilometer bedroeg); Luik (12de kamer), 20 april 2010, *JLMB* 2011, 465 (verschil van 100.000km tussen werkelijke kilometerstand en meegedeelde kilometerstand maakt functioneel verborgen gebrek uit).

ren koopwaar. In dat geval moet in principe een vordering wegens niet-conforme levering openstaan voor de koper.⁴³

Specifieke wetgeving werd van kracht in dit domein, met name de wet van 12 maart 2000 tot beteugeling van bepaalde vormen van bedrog met de kilometerstand van voertuigen.⁴⁴ De wet werd zwaar bekritiseerd in de rechtsleer⁴⁵ en de toepassingen in de rechtspraak zijn beperkt gebleven.⁴⁶ De wet werd ondertussen opgeheven en vervangen door de wet van 11 juni 2004 tot beteugeling van bedrog met de kilometerstand van voertuigen.⁴⁷ De nieuwe wet van 11 juni 2004 bepaalt in artikel 3 dat het verboden is om de op de kilometerteller van een voertuig aangegeven kilometerstand te wijzigen of de correcte registratie van de kilometers te vervalsen of verhinderen. Artikel 4 bepaalt de verplichte vermeldingen bij de verkoop van een reeds ingeschreven voertuig (niet aan een vakman), zoals het jaar van de eerste inschrijving; ii) het chassisnummer van het voertuig; iii) de op het ogenblik van de verkoop op de kilometerstand aangegeven kilometerstand; iv) de verkoopprijs; vi) de datum van de verkoop; vi) de identiteit, het adres en de handtekening van de koper en verko-

43 Cass. fr. (1^{ste} burgerlijke kamer), 16 juni 1993, *Bull.; civ.* 1993, I, nr. 224; anders: Bergen 15 februari 1994, *JLMB* 1995 909 (auto die als nieuw werd verkocht had in feite 20.000 km – niet een niet-conforme levering); In het merendeel van de gevallen zal het hier gaan over een verborgen niet-conformiteit aangezien de staat van de wagen pas na de aanvaarding door het gebruik zal duidelijk worden. Bij de verkoop van tweedehands wagens is het vaste rechtspraak om de kilometerstand als essentieel kenmerk bij de verkoop te bestempelen, bijvoorbeeld Luik 19 april 2001, *JLMB* 2001, afl. 39, 1702, *TBH* 2002, afl. 2, 127. Zie hierover S. BAR, *TB-BR* 2004, 48. In het geannoteerde arrest werd de verkoop dan ook op grond van dwaling over de zelfstandigheid van de zaak vernietigd.

44 BS 5 mei 2000, 14174. De wet van 12 maart 2000 legde in art. 4 de verplichting op om het aantal kilometers die door het voertuig op het ogenblik van de levering waren afgelegd, te vermelden bij verkoop, evenals de verplichting om een onderhoudsboekje mee te leveren met de wagen. Art. 3 bepaalde dat het verboden was om de op de teller van een voertuig aangegeven kilometerstand te wijzigen. Art. 6 legde de (burgerrechtelijke) sanctie vast bij overtreding van art. 3: de ontbinding van de verkoop indien de koper hierom verzocht.

45 Zie o.a. J.-F. ROMAIN, “Chronique de législation, Droit privé belge (1^{er} janvier 2000 – 30 juin 2000)”, *JT* 2000, (745) 746-747, A. VANDEPLAS, “Over het bedrog met de kilometerstand van voertuigen”, in *Liber amicorum Jean du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, 289-297; H. DE CONINCK, “Verkoop van tweedehandswagens. Wet van 12 maart 2000 tot beteugeling van bepaalde vormen van bedrog met de kilometerstand van voertuigen”, *DCCR* 2000, 299-301.

46 Kh. Brussel 5 maart 2004, *JLMB* 2004, afl. 23, 1014, noot. In het vonnis oordeelde de rechtbank dat een overtreding van art. 3 van de wet niet tot ontbinding resulteerde zoals voorzien in art. 6 van de wet, wanneer de aanpassingen aan de kilometertelling niet door de verkoper zelf waren aangebracht. De verkoop werd uiteindelijk volgens het algemene verbintenissenrecht ontbonden wegens contractuele wanprestatie, en meer bepaald wegens (tweevoudige) schending van art. 4 van dezelfde wet.

47 BS 5 juli 2004, 53787; M. VANDEVELDE, “Nieuwe wet legt bedrog met kilometerstand van wagens aan banden”, *Juristenkrant* 2004, afl. 99, 5; E. SWAENPOEL, “Beteugeling van bedrog met de kilometerstand bij de verkoop van tweedehandsvoertuigen: de wet van 11 juni 2004 en het wilsgebrek bedrog”, *DCCR* 2010 (96), 101-104.

per. Daarnaast bepaalt artikel 4, § 3 dat de verkoper van een reeds in België ingeschreven voertuig aan een particulier de verplichting heeft een auto-pas mee te geven. Het betreft een voorafgaandelijke informatieverplichting, die dan ook voorafgaandelijk, dus bij de totstandkoming van de koop, moet worden afgegeven. Men kan de afgifte niet uitstellen tot bij de levering.⁴⁸ De autopas is een document uitgaande van de vereniging belast met de kilometerstand van de voertuigen en dat de beschikbare data weergeeft in de databank die de kilometerstand registreert, die door iedere geïnteresseerde kan worden geconsulteerd. Art. 7 behoudt de (civielrechtelijke) sanctie van ontbinding⁴⁹ op verzoek van de koper bij overtreding van art. 3 of 4 van de wet.⁵⁰ Deze wetsbepaling laat geen ruimte voor appreciatie door de rechter. Wanneer de koper de ontbinding van de koper vordert, dient deze toegestaan te worden.⁵¹ Doet hij dit niet, dan belet zulks hem niet vooralsnog de nietigheid van de koopovereenkomst o.m. op grond van artikel 1116 BW te vorderen. De wet bepaalt immers dat de ontbindingssanctie geldt: *“onverminderd de toepassing van artikel 1116 BW.*

II. Consumentenkoop

§1. Toepassingsgebied *ratione personae*

11. NOTIE VERKOPER: NATUURLIJKE PERSOON OF RECHTSPERSOON DIE BEROEPSMATIG HANDELT - Het regime van de consumentenkoop is van toepassing op de verkoop van consumptiegoederen door een verkoper aan een consument. De verkoper is iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die consumptiegoederen verkoopt in het kader van zijn beroepsactiviteit of zijn commerciële activiteit.

Een verkoper omschreef zich als hobbyfokker, een hoedanigheid die door de koper niet werd betwist. Derhalve kon deze koper niet beschouwd worden als een verkoper in de zin van de Wet Consumentenkoop. Het Hof van Cassatie verbrak dan ook dit vonnis nu *“[d]e verkoper in de zin van deze wet is immers een natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economische activiteit ontplooit, met uitsluiting van de persoon die niet beroepshalve handelt”*⁵².

Om als professionele verkoper beschouwd te worden is vereist dat men handelt in eigen naam. Is geen professionele verkoper, de persoon die handelt als lasthebber van een niet-professionele verkoper.

⁴⁸ Vred. Roeselare 2 oktober 2008, *T.Vred.* 2010, 464, noot J. LOVY.

⁴⁹ In de mate dat het hier een precontractuele informatieplicht betreft was de nietigheidssanctie een adequatere sanctie geweest dan de ontbinding (zie in die zin J. LOVY, noot onder Vred. Roeselare 2 oktober 2008, *T.Vred.* 2010, (464), 471.

⁵⁰ Zie onder meer S. VERHAEGEN, De actiemogelijkheden van de koper van een occasiewagen, wanneer deze wagen gebrekkig lijkt”, *Jura Falc.* 2007-08, (191) 199.

⁵¹ Gent (12^{de} kamer), 8 oktober 2008, *DCCR* 2010, 77; Kh. Brussel (25^e kamer), 25 mei 2009, *RW* 2009-10, 1484 (geen schadevergoeding op grond van overtreding van art. 4 W.11 juni 2004).

⁵² Cass. 21 januari 2010, nr. AR.C08.482.

De rechtbank van Eupen oordeelde ten onrechte dat voor de hoedanigheid van professionele verkoper het irrelevant is of het een verkoop betreft van goederen die toebehoren aan de verkoper dan wel aan andere personen. Een garagehouder die handelde in het kader van zijn beroepsactiviteit werd beschouwd als een verkoper, aangezien hij het voertuig aan de koper heeft verkocht, zelfs al gebeurde dit krachtens een lastgeving van de verkoper. Deze uitspraak miskent weliswaar de regels van de vertegenwoordiging⁵³. Het foutieve karakter blijkt uit artikel 7 van het initiële versie voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten. Deze bepaling verplichtte de tussenpersoon aan de consument mee te delen dat hij optreedt namens een andere consument en dat de overeenkomst niet beschouwd dient te worden als een overeenkomst tussen een consument en een handelaar, maar als een overeenkomst tussen twee consumenten en dus buiten de werkingsfeer van de richtlijn valt.

12. PEILEN NAAR HOOFDZAAK BIJ GEMENGD GEBRUIK? - Voor aankopen van gemengd gebruik (deels professioneel, deels privé), opteert de wet niet zoals dit het geval is krachtens art. 2,3° WMPC (“voor uitsluitend niet-beroepsmatige doeleinden”) steeds voor een uitschakeling van de consumentenbescherming. Meestal gaat men er dan ook van uit dat op grond van de toepassing van de regel *accessorium sequitur principale* aankopen voor gemengd gebruik binnen het toepassingsgebied vallen, wanneer het aangekochte goed hoofdzakelijk voor private doeleinden wordt gekocht.⁵⁴ We vinden het criterium nu ook terug in considerans 18 van de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad: “*Bij gemengde overeenkomsten, waar een overeenkomst wordt gesloten voor doeleinden die deels buiten de handelsactiviteit van de persoon liggen en het handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst, dient die persoon echter ook als consument te worden aangemerkt*”. Deze omschrijving is ruimer dan de invulling van de notie consument onder het EEX-verdrag door het Hof van Justitie.⁵⁵

⁵³ Rb. Eupen (3e k.) 21 juni 2010 *JLMB* 2011 (samenvatting), afl. 19, 918.

⁵⁴ Antwerpen 30 juni 2009, *NjW* 2010, 504; I. SAMOY, “Het toepassingsgebied van de verschillende koopregelingen in kaart gebracht”, *TBBR* 2009, (71), nr. 19; R. STEENNOT m.m.v. S. DEJONGHE, *Handboek consumentenrecht*, nr. 1039; S. STJNS en E. SWAENPOEL, “De consumentenkoop” in *Handboek ondernemingsrecht* 1B, in *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, B. TILLEMANS en E. TERRYNS (eds), Antwerpen, Kluwer, 2011, nr. 1816, 1301; J. STUYCK, “Historiek en toepassingsgebied van de richtlijn consumentenkoop en van de omzettingwet”, in *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 81, 26 (wijst erop dat het criterium uitsluitend niet-professioneel gebruik in de WMPC in feite niet richtlijn conform is; Vergelijk: C. BIQUET-MATHIEU, “La garantie des biens de consommation: présentation générale”, nr. 25, 66-67 (gaat ervan uit dat de twee kwalificaties mogelijk zijn: “uitsluitend” of “hoofdzakelijk” beide mogelijk zijn).

⁵⁵ Deze invulling luidt als volgt: Een persoon die een overeenkomst sluit welke deels wel en deels niet voor beroepsmatig gebruik bestemd is, kan zich niet op de bij-

In de praktijk is het weliswaar niet steeds eenvoudig om het hoofdzakelijk gebruik te bepalen.⁵⁶ De rechtsleer stelt voor om ter zake rekening te houden met de financiering van het goed (met de eigen fondsen van de consument of met gelden van de werkgever); met de fiscale behandeling van de aankoop en met hetgeen de koper op het moment van de aankoop aan de verkoper heeft meegedeeld. Als het beroepsgebruik en het privégebruik evenwaardig is, wordt gepleit voor de toepasselijkheid van de bijzondere Wet Consumentenkoop.⁵⁷

Wanneer een wagen volledig moet omgebouwd worden ten behoeve van de beroepsactiviteiten van de koper (aanneming van dakwerken, sanitair), kan van een hoofdzakelijk gebruik in de privé-sfeer geen sprake zijn.⁵⁸

Een werknemer van een IT-bedrijf kocht een laptop in eigen naam voor privé-doeleinden en voor occasioneel gebruik voor het werk. Hij kreeg geen tegemoetkoming van zijn bedrijf. Uit het sporadisch gebruik voor het werk kon niet worden afgeleid dat de laptop in het kader van de beroepsuitoefening werd aangekocht.⁵⁹

13. CONSUMENT-KOPER KAN OOK RECHTSVOORGANGER PROFESSIONELE VERKOPER RECHTSTREEKS AANSPREKEN – De regels inzake consumentenkoop zijn van toepassing wanneer een consument een consumptiegoed koopt van een professionele verkoper, wat betreft de verhouding tussen de consument en zijn onmiddellijke verkoper. De consument beschikt echter tegelijkertijd op grond van de theorie van het *accessorium* gegrond op artikel 1615 BW ook over een rechtstreekse aanspraak tegen de producent. Artikel 1649quater, § 5 BW dat exclusieve werking verleent aan de bepalingen inzake consumentenkoop en de gemeenrechtelijke regels inzake vrijwaring voor verborgen gebreken slechts doet herleven na 2 jaar, belet dat niet.⁶⁰ Een andere stelling (een samenloop-

zondere bevoegdheidsregels van artikelen 13 tot 15 EEX beroepen, tenzij het beroepsmatig gebruik dermate marginaal is dat het in de globale context van de betrokken verrichting zonder betekenis is. Hierbij is het irrelevant of het particuliere gebruik zwaarder doorweegt. H.v.J. (2e k.) nr. C-464/01, 20 januari 2005 (Gruber), concl. F. JACOBS; *JT dr. eur.* 2005, afl. 117, 80; *NIPR (NL)* 2005, afl. 1, 76; *NJB (NL)* 2005 (weergave), afl. 26, 1347 en; *NJW* 2006, afl. 135, 72, noot K. SWERTS; *Pb C* 5 maart 2005 (dispositief), afl. 57, *RW* 2005-06 (weergave I. COUWENBERG.), afl. 34, 1356, *Rec.CJCE* 2005, afl. 1, I, 439, concl. F. JACOBS; *Rev.crit.dr.intern.privé* 2005, afl. 3, 493, noot J. Jude 2005, afl. 5, 194, noot M. LOOS, *Tijdschrift@ipr.be* 2005, afl. 4, 26.

56 S. STIJNS en E. SWAENPOEL, nr. 1816, 1301.

57 C. CAUFFMAN, “Vijf jaar Wet consumentenkoop – Overzicht van Rechtspraak”, *Feestbundel Monard-D’Hulst: 20 jaar: diversiteit in eenheid*, Brussel, Larcier, 2010, nr. 8, 160; I. SAMOY, “Het toepassingsgebied van de verschillende koopregelingen in kaart gebracht (gemeenrechtelijke koop, consumentenkoop en internationale koop), met bijzondere aandacht voor gemengd gebruik en gemengde overeenkomst”, *TBBR* 2009, nr. 19, 75.

58 Antwerpen 30 juni 2009, *NjW* 2010, 504.

59 Kh. Hasselt 21 november 2007, *DCCR* 2009, 151, noot M. HIGNY; *Limb. Rechtsl.* 2009, 218, noot en *TBBR* 2009, 308, noot M. HIGNY.

60 *Luik (2de kamer)*, 5 november 2009, *DCCR* 2010, 60, noot M. HOSTENS (*Een autoproductent die rechtstreeks werd aangesproken door de consument koper beweerde dat de Wet Consumentenkoop geen samenloop zou toelaten met een verde-*

verbod) zou de koper-consument discrimineren tegenover de koper naar gemeen recht (die wel de vroegere schakels in het verkoopproces) zou kunnen aanspreken.

§2. Conformiteitscriteria

14. OVEREENSTEMMING MET DE CONTRACTUELE AFSPRAKEN – Om in overeenstemming te zijn met de overeenkomst, moet de geleverde zaak in eerste instantie beantwoorden aan de contractuele afspraken tussen partijen. In het algemeen geldt hier een transparantieregel: datgene wat de verkoper duidelijk heeft gecommuniceerd aan de koper en wat door deze laatste bij het sluiten van het contract is aanvaard, kan niet meer tegen de verkoper worden ingeroepen. Voorwaarde is dat de gebreken waarmee het goed verkocht wordt duidelijk gecommuniceerd worden aan de koper en dat de koper daarmee akkoord gaat.⁶¹

Een tweedehandswagen wordt verkocht. Op de achterzijde komt een opsomming van 96 onderdelen van de wagen voor. Bij elk onderdeel is aangekruist of het onderdeel in orde is, sporen van slijtage vertoon 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 zich nadien meer over dit gebrek konden beklagen. De rechtbank was weliswaar van oordeel dat de kopers door deze lijst te ondertekenen er niet uitdrukkelijk akkoord mee gegaan waren een gebrekkig voertuig te willen aankopen. De betrokken bestelbon werd pas ondertekend bij de levering, drie dagen na het sluiten van de overeenkomst, op de dag waarop de verkochte wagen afgeleverd met een geldig keuringsbewijs. Bijgevolg achtte de rechtbank het niet bewezen dat de kopers bij het sluiten van de koop de in de lijst vermelde gebreken kenden en zich er mee akkoord verklaarden. Het referentiepunt voor de kennis van het gebrek, waardoor men geen beroep meer kan doen op de wettelijke garantie is het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst, niet dat van de levering. Bovendien wees de rechtbank op het feit dat er geen aanwijzing was dat de kopers bij het sluiten van de overeenkomst op de hoogte waren van enig gebrek aan de wagen dat zou verband houden met de panne waarmee ze geconfronteerd werden. In de publiciteit op het internet werd deze wagen voorgesteld als instapklaar. Op de eerste bladzijde van de bestelbon wordt met verwijzing naar de algemene voorwaarden vermeld dat er één jaar garantie is. De algemene voorwaarden vermeldde bovendien: “*de verkoper garandeert dat het voertuig conform de bestelling en gebruiksklaar is*”. De rechtbank achtte het dan ook niet bewezen dat op het ogenblik van de overeenkomst niet was overeengekomen dat de wagen gebreken vertoonde⁶².

ring gebaseerd op het gemeen kooprecht. Hij baseerde dit op artikel 1649quater, § 5 BW dat bepaalt dat de bepalingen met betrekking tot de vrijwaring voor verborgen gebreken van toepassing zijn na het verstrijken van de garantietermijn (van twee jaar)).

⁶¹ Rb. Antwerpen (14^{de} B Kamer), 11 april 2008, *RW* 2010-2011, nr. 3, 115.

⁶² Rb. Antwerpen (14^{de} B Kamer), 11 april 2008, *RW* 2010-2011, nr. 3, 115; Zie in dezelfde zin: Luik (6^{de} kamer), 20 april 2007, *JLMB* 2008/37, 1187.

15. GESCHIKTHEID VOOR HET GEBRUIK WAARTOE GOEDEREN VAN DEZELFDE SOORT GEWOONLIJK DIENEN - Dit (objectieve) criterium geïnspireerd door art. 35, § 2, a CISG, refereert aan het gebruik waartoe goederen van dezelfde soort gewoonlijk dienen. Het stemt in het Belgisch kooprecht grotendeels overeen met het functioneel verborgen gebrek.⁶³

Een tweedehandsvoertuig werd verkocht op 8 augustus 2008, en kreeg een eerste panne op 17 september 2007, d.w.z. na minder dan zes weken na de levering; de auto werd definitief onbruikbaar na een herstelling door de verkoper in het kader van de garantieverplichting. Men kan immers van een auto verkocht onder garantie een langere gebruiksduur en betrouwbaarheid verwachten dan twee maanden.⁶⁴ Wanneer men bij een professionele handelaar een tweedehandsauto koopt die in de publiciteit wordt voorgesteld als instapklaar, waarvoor een keuringsbewijs wordt afgeleverd dat geldig is voor één jaar zonder vermelding van enig mankement en waarvoor door de verkoper een wettelijke garantie van één jaar wordt gegeven, is het een normale verwachting dat men hiermee minstens één jaar kan rijden zonder te worden geconfronteerd met een dergelijk gebrek.⁶⁵ Een tweedehandswagen waarvan de motor stuk loopt door een gebroken distributieriem amper vier maanden na de aankoop door een gebroken distributieriem amper vier maanden na de koop, daar waar vaststaat dat er pas 60.000km voordien een nieuwe distributieriem werd aangebracht en deze een normale looptijd heeft van 120.000 km is niet geschikt voor het normaal gebruik dat men van een tweedehandswagen mag verwachten en vertoont bijgevolg een gebrek aan overeenstemming in de zin van art. 1649quater, § 1, eerste lid BW.⁶⁶ Het is niet omdat een tweedehandswagen reeds 17 jaar oud was dat achteraf vastgestelde gebreken normaal en dus te verwachten zijn. Gezien de relatieve hoge koopprijs van 1.600 EUR die verweerder nog vroeg voor een doodgewone personenwagen (het betrof zeker geen unieke oldtimer of een collector's item) en gezien het geldige keuringsattest mocht de koper er in tegendeel van uitgaan dat de wagen ondanks zijn ouderdom nog in zeer goede staat verkeerde. Ook een pas verkochte oude tweede-handswagen mag bij een normaal gebruik niet oververhit raken.⁶⁷

16. KENNIS GEBREK IN HOOFDE KOPER SLUIT NIET-CONFORMITEIT UIT - In artikel 1649ter § 3 BW wordt gepreciseerd dat de niet-conformiteit niet geacht wordt te bestaan als op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst de consument het gebrek kende of redelijkerwijs daarvan op de hoogte moest zijn.

⁶³ Gent 27 mei 2009, *NjW* 2010, 200; *RW* 2010-2011, 540; *TGR-TWVR* 2009, afl. 5, 300.

⁶⁴ Rb. Brussel (76^{de} kamer), 7 mei 2009, *JT* 2009, afl. 6372, 737; *RRD* 2009, afl. 133, 362, noot Y. NINANE

⁶⁵ Rb. Antwerpen (14^{de} B Kamer), 11 april 2008, *RW* 2010-2011, nr. 3, 115.

⁶⁶ Gent 27 mei 2009, *NjW* 2010, 200; *RW* 2010-2011, 540; *TGR-TWVR* 2009, afl. 5, 300.

⁶⁷ Vred. Landen-Zoutleeuw (zetel Zoutleeuw) 13 september 2007, *TVred.* 2009, 241.

De gebreken die vermeld werden op een keuringsattest t.g.v. een keuring (“lekkende koelwaterstof, versleten silent blox”) bewijzen niet dat de gebreken gekend waren op het moment van de koop.⁶⁸

17. WEERLEGBAAR VERMOEDEN VAN ANTERIORITEIT NIET-CONFORMITEIT DIE ZICH MANIFESTEERT BINNEN DE ZES MAANDEN VANAF LEVERING – Artikel 1649quater § 4 BW bepaalt dat wanneer een gebrek zich manifesteert binnen de zes maanden vanaf de levering van het goed, dat tot bewijs van het tegendeel zal gelden dat dit gebrek bestond op het moment van de levering, tenzij dit vermoeden onverenigbaar is met de aard van het goed (bv. bederfbare goederen waarvan het gebrek samenhangt met het verstrijken van de tijd) of met de aard van het gebrek aan overeenstemming, door onder andere rekening te houden met het feit of het goed nieuw dan wel tweedehands is. De eerste rechtspraak over de weerlegging is dan ook vermeldenswaard.

Een verkoper van een tweedehandswagen liet na een tegensprekelijke expertise uit te lokken, hoewel hij daartoe in staat was, vermits het voertuig bij hem twee maanden was gestald. Nu de verkoper naliet dit te doen, oordeelde de rechtbank dat de verkoper enkel aan zich zelf te wijten had dat het anterioriteitsvermoeden ten voordele van de koper niet weerlegd werd.⁶⁹ Het niet opmerken van de niet-conformiteit van de motor en de benzinepomp in technische keuring die onmiddellijk voorafging aan de levering werd geacht op zich niet te volstaan om het vermoeden van de anterioriteit van de niet-conformiteit te weerleggen.⁷⁰ Dit is evenmin het geval voor het afleveren van een groene kaart. Een dergelijke groene kaart houdt geen bewijs in van de conformiteit van de auto ten tijde van de levering.⁷¹

Een IT-specialist kocht voor persoonlijke doeleinden een laptop bij een gespecialiseerde verkoper van IT. Hij installeerde nieuwe software op de computer, waarna deze computer een abnormaal geluid vertoonde. De verkoper bracht het toestel terug naar de winkel met herstel. Uiteindelijk werd de harde schijf vier maal vervangen, maar dit leverde niets op. De computer liep vast en was totaal onbruikbaar. Het gebrek manifesteerde zich binnen een termijn van zes maanden vanaf de levering, zodat overeenkomstig art. 1649quater BW tot bewijs van het tegendeel geldt dat dit gebrek bestond op het ogenblik van de levering. Dit tegenbewijs wordt in principe niet geleverd door de enkele affirmatie dat defecten aan harde schijven in 90% van de gevallen liggen aan de software en niet aan de hardware of aan dezelfde affirmatie dat het statistisch on-

⁶⁸ Vred. Landen-Zoutleeuw (zetel Zoutleeuw), 13 september 2007, *T.Vred.* 2008, (245).

⁶⁹ Rb. Hasselt (14^{de} B Kamer), 11 april 2008, *RW* 2010-2011, nr.3, 115.

⁷⁰ Luik (20^{ste} kamer), 28 mei 2009, *JLMB* 2011, 47.

⁷¹ Gent 27 mei 2009, *NjW* 2010, 200; *RW* 2010-2011, 540; *TGR-TWVR* 2009, afl. 5, 300.

mogelijk is dat een harde schijf tot viermaal toe stuk gaat. Dit tegenbewijs zou kunnen geleverd worden door een deskundigenonderzoek.⁷²

§3. *Rechtsmiddelen onder de Wet Consumentenkoop*

18. Primair rechtsmiddel mag in principe slechts partieel geweigerd worden als herstel of vervanging als enige rechtsmiddel buitensporige kosten genereert – De Wet Consumentenkoop onderscheid primaire remedies (herstel of vervanging), en subsidiaire rechtsmiddelen (ontbinding en prijsvermindering). Tussen de primaire rechtsmiddelen mag de consument vrij kiezen. Artikel 1649*quinquies*, §2, eerste alinea, eerste zin BW beperkt weliswaar dat keuze-recht in de mate het gekozen primair rechtsherstel niet onmogelijk mag zijn of buiten verhouding (= relatieve onrechtmatigheid). Een andere vraag is of de verkoper genoegdoening mag weigeren indien slechts één van beide primaire vormen van genoegdoening, hetzij herstel hetzij vervanging mogelijk blijkt, om het goed met de overeenkomst in overeenstemming te brengen. De vraag is of de consument in een dergelijk geval verplicht kan worden tot één van de subsidiaire rechtsmiddelen. Dit is het probleem van de absolute onevenredigheid. Dit probleem kwam aan bod in een prejudiciële vraag voor het Hof van Justitie.

Witmer en Gebr. Weder hadden een koopovereenkomst gesloten betreffende een gepolijste tegelvloer. Nadat in zijn huis ongeveer twee derde van de tegelvloer was gelegd, stelde Witmer vast dat er op deze tegelvloer donkere vlekken waren, die met het blote oog konden worden waargenomen. 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, lid 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 mogelijk vorm is op zich zelf 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 1.200 EUR, maar ook de kosten voor de verwijdering van de niet-conforme tegelvloer geschat op 2.100 EUR. Het totaalbedrag, zijnde 3.300 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 zou kunnen zijn met artikel 3, lid 3 richtlijn consumentenkoop, aangezien de tekst van deze bepaling slechts naar de relatieve onrechtmatigheid verwijst.

⁷² Kh. Hasselt 21 november 2007, DCCR 2009, 151, noot M. HIGNY; *Limb. Rechtsl.* 2009, 218, noot en TBBR 2009, 308, noot M. HIGNY.

Het Hof van Justitie is van oordeel dat in een situatie waar de koper slechts beschikt over één van de primaire voorkeurremedies (dus hetzij herstel maar geen vervanging, hetzij vervanging maar geen herstel), de koper in principe het recht niet kan ontzegd worden op deze primaire voorkeurremedies, zelfs indien hieraan buitensporige kosten zijn verbonden (= absolute onevenredigheid).⁷³ 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.⁷⁴

19. KOSTELOOS KARAKTER IMPLICEERT OOK VERGOEDING VOOR VERWIJDERING NIET-CONFORME GOED EN INSTALLATIE VAN VERVANGINGSGOED – 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 middels 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 er in de verkoopovereenkomst al dan niet toe had verbonden het aanvankelijk aangekochte consumptiegoed te installeren, speelt hierbij geen rol.⁷⁵

20. SECUNDAIRE RECHTSMIDDELEN INDIEN PRIMAIR RECHTSMIDDEL NIET MOGELIJK BINNEN EEN REDELIJKE TERMIJN EN ZONDER ERNSTIGE OVERLAST -. Het herstel of de 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. Een ernstige overlast

⁷³ Zie in dezelfde zin: M. TENREIRO en S. GOMEZ, *REDC* 2000 (5), 23; Vergelijk enigszins anders: Vred. Landen-Zoutleeuw (Zetel Zoutleeuw) 13 september 2007, *T.Vred.* 2009, 247 (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 1.600 EUR sterk zullen overtreffen en dus buiten verhouding zijn in de zin van de wet); C. CAUFFMAN, “De nieuwe wet op de consumentenkoop”, nr 72, 827 (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).

⁷⁴ Vergelijk enigszins anders vroeger: C. CAUFMANN en A. VERBEKE, Een jaar wet consumentenkoop, 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 genoeg te nemen met de overblijvende remedie*”). Dit is dus niet steeds het geval wanneer m.n. de andere subsidiaire remedie absoluut onevenredig is.

⁷⁵ HvJ (1e k.) nr. C-65/09, C-87/09, 16 juni 2011 (Gebr. Weber) (29 juni 2011), concl. AZAK, J.; *JDE* 2011 (samenvatting), afl. 181, 229; *Pb C* 30 juli 2011 (dispositief), afl. 6,2; Zie reeds in dezelfde zin vroeger: A. VANOEVELEN, “De Wet Consumentenkoop”, nr. 30.

zou onder omstandigheden kunnen voortvloeien uit het niet adequaat remediëren aan de niet-conformiteit door herstel of vervanging.⁷⁶ Een consument moet een zekere overlast moet verdragen. 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), de voorradigheid van reserveonderdelen.⁷⁷

De koper van een tweedehandswagen brachten de auto onmiddellijk nadat een gebrek zich had gemanifesteerd binnen bij de garagehouder die de auto had verkocht. De wagen bleef twee maanden bij de garagist, zonder dat deze is overgegaan tot kosteloze herstelling of heeft aangeboden om de wagen kosteloos te herstellen. Bijgevolg oordeelde de rechtbank dat de verkoper niet binnen een redelijke termijn tot herstel was overgegaan.⁷⁸

Een tweedehandswagen van 14 jaar oud werd geleverd op 24 oktober 2006. Quasi onmiddellijk na de levering vertoonde die gebreken. Op 20 november 2006 stuurde de koper een aangetekend schrijven gelet op het gebrek van enige positieve reactie op de problemen die de wagen vertoonde die een maand eerder was verkocht. Op 1 december stuurde de koper een tweede aangetekend schrijven, waarin hij meldde dat hij de ontbinding van de koop zou vragen en een schadevergoeding bij gebreke van enig antwoord voor 7 december op zijn voorstel tot minnelijk akkoord. Op 11 december vordert de koper de aanstelling van een gerechtelijke deskundige, die een verslag neerlegt op 27 juni 2007. Tijdens de procedure ten gronde doet de verkoper een voorstel om alsnog de auto te herstellen en vraagt hij de vordering tot ontbinding om die reden te verwerpen. Het Hof van Beroep oordeelt dat de redelijke termijn om een auto van veertien jaar te herstellen al lang verstreken is. Herstel zou onder omstandigheden voor de koper trouwens geen enkel nut meer opleveren, vermits die een andere wagen heeft gekocht voor zijn verplaatsingen. Het vertrouwen van de koper in de verkoper achtte het Hof terecht geschokt, temeer de deskundige veel grotere herstellingen nodig acht dan de verkoper voorstelde. De herstellingskosten bedroegen ongeveer 40% van de verkoopwaarde en boden trouwens geen enkele garantie op een goed functioneren.⁷⁹

Een koper van een tweedehandswagen waarvan de motor stuk liep door een gebroken distributieriem vroeg op 28/03/2007 aan de garagist de motor te vervangen. De garagist antwoordde bereid te zijn om in het kader van een minnelijke oplossing 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 echter de motor 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

⁷⁶ C. BIANCA, “Rights of the consumer”, nr. 62, 171.

⁷⁷ Gent (12^{de} kamer), 5 januari 2011, 2008/AR/3038-F.

⁷⁸ Rb. Antwerpen (14^{de} B Kamer), 11 april 2008, *RW* 2010-2011, nr. 3, 115.

⁷⁹ Luik (20^{ste} kamer), 28 mei 2009, *JLMB* 2011, 447.

dringend was. Bovendien was het voertuig reeds sinds 23/02/2007 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 art. 1649quinquies, § 1 BW.⁸⁰ Het ontzeggen van enige schadevergoeding door het Hof werd in de rechtsleer bekritiseerd, in de mate dat de consument hier wel degelijk schade heeft geleden t.g.v. de contractuele wanprestatie van de verkoper.⁸¹

21. GEEN ONTBINDING BIJ GEBREK VAN GERINGE BETEKENIS - Het is niet mogelijk om ontbinding te vragen indien het gebrek van geringe betekenis is. De Memorie van Toelichting stelt dat “*de ontbinding van de overeenkomst (zal) geschieden overeenkomstig de bepalingen van het gemeen recht inzake verbintenissen*”.⁸² De vereiste dat het gebrek voldoende ernstig moet zijn, komt overeen met de vereiste uit het gemeen verbintenissenrecht dat een tekortkoming voldoende zwaarwichtig moet zijn om een ontbinding op grond van artikel 1184 BW te rechtvaardigen.⁸³

Wanneer een defecte tweedehands auto hersteld worden onder garantie en dan opnieuw defect wordt t.g.v. gebrekkige herstellingen, blijft het verkochte goed behept met de initiële niet-conformiteit. Derhalve moet de verkoper geacht worden zijn garantieverplichting niet te hebben vervuld. Bij een verkeerde herstelling mag men ervan uitgaan dat de niet-conformiteit de koper ernstige overlast heeft berokkend.⁸⁴ Het feit dat de motor van een tweedehands voertuig defect raakt tijdens de eerste kilometers dat er mee gereden wordt na de aankoop, dat een revisie van de motor noodzakelijk blijkt waarvoor een factuur werd opgesteld van 4.850 EUR+ BTW, en dat daarbij nog de kosten van de uitbouw van de motor en de inbouw van de gereviseerde motor in rekening wordt gebracht (de laatste post geraamd op 800 EUR), impliceert dat het gebrek aan overeenstemming niet van geringe betekenis is.⁸⁵

Een garagist verkocht een auto met diverse opties waaronder een cruise-control. De geleverde auto werd niet uitgerust met cruise-control en het bleek dat de verkochte wagen om technische redenen hiermee nooit kon uitgerust

⁸⁰ Gent 27 mei 2009, *NjW* 2010, 200; *RW* 2010-2011, 540; *TGR-TWVR* 2009, afl. 5, 300.

⁸¹ R. STEENNOT, “Garantietermijnen tweedehandsgoederen”, *NjW* 2010, 204; S. STIJNS en E. SWAENPOEL, nr. 1831, 1318.

⁸² Memorie van toelichting Wetsontwerp van 31 maart 2004, *Gedr.St. Kamer* 2003-2004, nr. 0982, 19; Zie ook Considerans (15) EU-Consumentenkooprichtlijn: “de gedetailleerde regeling betreffende de wijze waarop tot de ontbinding van de overeenkomst wordt gekomen, kan worden vastgelegd in het nationale recht.

⁸³ A. VANOEVELEN, “De Wet Consumentenkoop”, in *CBR Jaarboek 2005-2006*, nr. 32.

⁸⁴ Gent 27 mei 2009, *NjW* 2010, 200; *RW* 2010-2011, 540; *TGR-TWVR* 2009, afl. 5, 300.

⁸⁵ Kh. Kortrijk 22 november 2006, AR 1503/06.

worden. Er werd geoordeeld dat dit een voldoende ernstig geval van niet-conformiteit uitmaakte om de ontbinding te rechtvaardigen.⁸⁶

In een ander geval werden de gebreken van de elektronica in een verkochte wagen niet voldoende ernstig bevonden om een ontbinding te rechtvaardigen, nu zij met minieme kosten (samen 4.085,28 euro) onder garantie hersteld konden worden en slechts één herstelling diende te gebeuren door de invoerder eveneens onder garantie.⁸⁷

Een IT-specialist kost een laptop bij een gespecialiseerde IT-firma. Toen hij software installeerde blokkeerde de computer. Hierop werd hard disk van de computer tot vier maal toe tevergeefs vervangen. Het enkele feit dat een harde schijf tot vier maal toe diende vervangen te worden achtte de rechtbank in de gegeven omstandigheden geen redelijk motief om de ontbinding te kiezen.⁸⁸

22. GEEN ONTBINDING INDIEN ONVERZOENBAAR MET HOUDING KOPER - De vrije keuze tussen een vordering tot ontbinding of een vordering tot prijsvermindering geldt evenmin wanneer de koper een houding aanneemt die onverzoenbaar is met de uitoefening van het recht op ontbinding van de overeenkomst. In dat geval overschrijdt de koper kennelijk de grenzen van de normale uitoefening van dit recht op ontbinding door een voorzichtig en zorgvuldig persoon.

De kopers van een defecte tweedehandswagen die zij binnenbrachten bij de garagist die hen de auto had verkocht, lieten de auto door een autohersteller weg takelen. Sindsdien waren zij onafgebroken in het bezit geweest van de auto. Zij stelden een vordering in tot ontbinding van de koop. Hun vordering tot ontbinding ging niet gepaard met het aanbod om de auto terug te geven. Deze houding werd niet verzoenbaar geacht met een vordering tot ontbinding.⁸⁹

§4. Contractuele garantie- dwingend karakter Wet Consumentenkoop

23. DRAAGWIJDTE CONTRACTUELE GARANTIE - De koper van een vaatwasmachine deed beroep op een contractuele garantie van vijf jaar verstrekt door New Vandeborre via één van de verkooppunten. Hierop stuurde de verkoper een hersteller van de fabrikant de NV Mieke. De techniker 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 van 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 zich rechtstreeks jegens de hersteller te engageren, daar waar het de evidente en expliciet uitgesproken vraag was te genieten van een kosteloze

⁸⁶ Rb. Eupen (3^{de} kamer), 4 juni 2007, *JLMB* 2008/25.

⁸⁷ Gent (12^{de} kamer), 5 januari 2011, 2008/AR/3038-F.

⁸⁸ Kh. Hasselt 21 november 2007, *DCCR* 2009, 151, noot M. HIGNY; *Limb. Rechtsl.* 2009, 218, noot en *TBBR* 2009, 308, noot M. HIGNY.

⁸⁹ Rb. Antwerpen (14^{de} B Kamer), 11 april 2008, *RW* 2010-2011, nr. 3, 115.

uitvoering van de waarborg vanwege de detailverkoper. In de specifieke context bestond dus in hoofdte van de consument onmogelijk enige wil om met de fabrikant te contracteren.⁹⁰

24. DWINGEND KARAKTER REGELS CONSUMENTENKOOP - Het dwingende karakter van de wet wordt bevestigd in artikel 164⁹⁰octies BW Contractuele bedingen of afspraken, overeengekomen vooraleer het gebrek door de consument aan de verkoper ter kennis is gebracht en waardoor direct of indirect de wettelijke rechten van de consument worden beperkt of uitgesloten, zijn nietig. Ofschoon gewoon dwingende wetgeving, kan de nietigheid conform de rechtspraak van het Hof van Justitie⁹¹ ook ambtshalve door de rechter worden opgeworpen.⁹²

Een beding dat bepaalt dat een tweedehandsvoertuig verkocht wordt zonder garantie met keuring en in de staat waarin het zich bevindt, gekend door de koper na een testrit en uitgebreid, is ongeldig. De verkoper blijft dus garantieplichtig.⁹³ Een tweedehandswagen werd verkocht op E-bay met de vermelding dat de algemene toestand van de auto goed was, maar dat in de vervanging moest voorzien worden van de batterij en een ander onderdeel moest vervangen worden. Achteraf bleek de auto helemaal niet rijwaardig te zijn, wat uit de aankondiging op E-bay helemaal 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.⁹⁴

III. Wet Productaansprakelijkheid

§1. Aansprakelijke personen op basis van WAP

25. VOLLEDIGE DOCHTERONDERNEMING KAN ONDER OMSTANDIGHEDEN GELIJKGESTELD WORDEN MET PRODUCENT – Onder omstandigheden kan een volledige dochteronderneming (distributeur) met de moeder vennootschap (producent) gelijkgesteld worden. Dit blijkt uit het arrest Aventis Pasteur van het Hof van Justitie.

⁹⁰ Vred. Roeselare 9 oktober 2009, *T.Vred.* 2010, 458.

⁹¹ HvJ 27 juni 2000 (Oceano Grupo), C-240/98 tot C-244/98, Jur. 2000, I-4941; HvJ 21 november 2002, Cofidis, C-473/00, JCP 2003, Jur. II, 10082, 947, noot G. PALSANT.

⁹² S. MARYSSE, noot onder Gent 27 mei 2009, *RW* 2010-2011, 548; Anders: Gent 27 mei 2009, *NjW* 2010, 200; *RW* 2010-2011, 540; *TGR-TWVR* 2009, afl. 5, 300.

⁹³ Gent 27 mei 2009, *NjW* 2010, 200; *RW* 2010-2011, 540; *TGR-TWVR* 2009, afl. 5, 300..

⁹⁴ Luik 25 maart 2011, nr. F-20110325-2.

Pasteur Mérieux Serums et Vaccins, vennootschap naar Frans recht produceerde farmaceutische producten, waaronder Haemophilus Influenza type-b vaccins. Merieux UK Ltd een vennootschap naar Engels recht, volledige dochteronderneming van de Franse producent trad op als distributeur van de Franse producent in het Verenigd Koninkrijk. Een vordering werd ingesteld op grond van de Engelse wet productaansprakelijkheid tegen de distributeur. De richtlijn 85/374 vereist nochtans een instelling van de vordering tegen de producent binnen de tien jaar na inkeerstelling van het product. Na het verstrijken van de termijn van tien jaar werd een verzoek ingeleid bij de rechtbank tot de inplaatsstelling van de producent als verweerder i.p.v. de distributeur. Het Hof van Justitie oordeelde dat de richtlijn 85/374 aldus moet worden uitgelegd dat het belet dat een nationale regeling die de vervanging van een verweerder door een andere verweerder in de loop van de gerechtelijke procedure toestaat, zodanig wordt toegepast dat na het verstrijken van de hierbij vastgestelde termijn een “producent” in de zin van artikel 3 van de richtlijn kan worden vervolgd als verweerder bij een gerechtelijke procedure die binnen deze termijn is ingeleid tegen een andere persoon. In de context van een volledige dochteronderneming, belet artikel 11 van richtlijn 85/374 er zich weliswaar niet tegen dat de nationale rechter van oordeel is dat in de gerechtelijke procedure die op basis van productaansprakelijkheid binnen de verjaringstermijn is ingeleid tegen de dochteronderneming, de moederonderneming, die een “producent” in de zin van artikel 3, lid 1 van de richtlijn is, in de plaats van deze dochteronderneming wordt gesteld.⁹⁵ Bij een vorige prejudiciële vraag (in dezelfde casus) stelde het Hof van Justitie reeds dat het aan de nationale rechter is om te oordelen of gelet op de nauwe banden tussen een moeder en honderd procent dochteronderneming de banden tussen de producent en een andere eenheid zo nauw zijn dat het begrip producent ook de dochteronderneming omvat en de overdracht van het product van de ene aan de andere van deze eenheden niet het in verkeer brengen van het product in de zin van deze bepaling meebrengt.⁹⁶

26. SUBSIDIAIRE AANSPRAKELIJKHEID LEVERANCIER WAP – Het enkele feit dat de leverancier van een product ontkent de producent te zijn, volstaat niet als mededeling wanneer de leverancier de ontkennen niet vergezeld heeft doen gaan van een mededeling van de identiteit van de producent of van zijn eigen leverancier. De voorwaarde een dergelijke mededeling te doen houdt volgens het Hof van Justitie voor een gedagvaarde leverancier de verplichting in om op eigen initiatief en met voortvarendheid de identiteit van de producent of van

⁹⁵ HvJ (Grote Kamer) nr. C-358/08, 2 december 2009 (Aventis Pasteur) *Juristenkrant* 2010 (weergave R. STEENNOT), afl. 206, 16; concl. V. TRSTENJAK; *JDE* 2010 (samenvatting), afl. 165, 30; Pb C 30 januari 2010 (dispositief), afl. 24, 11; *Rec.CJCE* 2009, afl. 12 (A), I, 11305, concl. V. TRSTJENJAK; *SEW* 2010 (weergave), afl. 1, 34.

⁹⁶ HvJ (1e kamer), nr. C-127/04, 9 februari 2006 (Master Declan O’Byrne) (concl. L. GEELHOED.; Pb C 8 april 2006 (dispositief), afl. 86, 5; *Rec.CJCE* 2006, afl. 2 (A), I, 1313, concl. L. GEELHOED, *TVC* (Ned.) 2006, afl. 6, 199, noot C. VAN DOORN en S. PAPE.

zijn leverancier mee te delen. De nationale rechter moet dit, de omstandigheden van het geval in acht genomen, nagaan.⁹⁷

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.⁹⁸ 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.⁹⁹

§2. *Notie gebrek*

27. ONVOLLEDIGE INFORMATIE KAN DEUGDELIJK PRODUCT GEBREKKIG MAKEN - De presentatie van een product is de wijze waarop een product aan het publiek wordt voorgesteld, bv. via de bijsluiter, de gebruiksaanwijzing of reclame, waarschuwingen.

Een toepassing uit de rechtspraak betrof een veiligheidsmechanisme van een lierschakelaar van een containerinstallatie. De producent beweerde dat de schakelaar faalde tijdens het ongeval onder invloed van de koude en vochtige omstandigheden en omdat die niet tijdig vervangen was (nu het al vijf jaar in gebruik was). Wanneer de veiligheidsvoorzieningen van een product een minder lange levensloop hebben dan de overige functies van het product, dient dit te worden vermeld in de presentatie en de handleiding van het product. Ofschoon kan worden aangenomen dat, hoe ouder een product is, des te meer de legitieme veiligheidsverwachting kan afnemen, impliceert de veiligheidsverwachting bij een levensreddend veiligheidsmechanisme dat dit mechanisme werkt zolang het in de normale economische kringloop wordt gebruikt. In het tegenovergestelde geval dient de producent hierop de aandacht te vestigen.¹⁰⁰

28. PRODUCT MOET BEREKEND ZIJN OP REDELIJKERWIJZE VERKEERD OF ONVOORZICHTIG GEBRUIK OF REDELIJK MISBRUIK - Als tweede mogelijke omstandigheid om het gebrek van een product te bepalen vermeldt de Wet Productaansprakelijkheid het normaal of redelijkerwijze voorzienbaar gebruik van het product. Centraal staat de het redelijkerwijze voorzienbare gebruik. Dit betekent dat de producent ermee rekening moet houden dat het product niet over-

⁹⁷ HvJ (Grote Kamer) nr. C-358/08, 2 december 2009 (Aventis Pasteur) *Juristenkrant* 2010 (weergave R. STEENNOT), afl. 206, 16; concl. V. TRSTENJAK; *JDE* 2010 (samenvatting), afl. 165, 30; Pb C 30 januari 2010 (dispositief), afl. 24, 11; *Rec.CJCE* 2009, afl. 12 (A), I, 11305, concl. V. TRSTJENJAK; *SEW* 2010 (weergave), afl. 1, 34.

⁹⁸ Aldus impliciet: HvJ (Grote Kamer) nr. C-358/08, 2 december 2009 (Aventis Pasteur) *Juristenkrant* 2010 (weergave R. STEENNOT), afl. 206, 16; concl. V. TRSTENJAK; *JDE* 2010 (samenvatting), afl. 165, 30; Pb C 30 januari 2010 (dispositief), afl. 24, 11; *Rec.CJCE* 2009, afl. 12 (A), I, 11305, concl. V. TRSTJENJAK; *SEW* 2010 (weergave), afl. 1, 34.

⁹⁹ Rb. Gent 7 mei 2004, *T.Gez.* 2007-08, 162.

¹⁰⁰ Antwerpen (2^{de} kamer), 13 april 2005, *RW* 2008-09, nr. 19, 803.

eenkomsig zijn bestemming wordt gebruikt. Het kan immers redelijkerwijze voorzienbaar zijn dat de consument het product voor andere doeleinden aanwendt.

Een gespecialiseerde firma van medisch en farmaceutisch materiaal, die een infrarood lamp leverde aan een ziekenhuis, behoort redelijkerwijs te weten dat de lampen die zij leverde moesten dienen als bijkomende warmtebron bij de verzorging van patiënten. De betrokken lamp ontplofte en een pasgeboren kindje werd meteen na de geboorte getroffen door de scherven van de gesprongen verwarmingslamp boven de verwarmingstafel en liep ernstige brandwonden op. Uit het deskundigenverslag bleek dat de geleverde lamp enkel geschikt was voor industriële toepassingen (bij de kweek van jonge dieren en planten); dat de grenswaarde van 90% Celsius volgens de toepasselijke normen voor verwarmingsbronnen in ziekenhuizen sterk overschreden werd daar er temperaturen van 240° en aan de rand 105° C zijn gemeten; het toestel voldeed geenszins aan de internationale veiligheidsnormen voor medisch gebruik nu het verwarmingselement gelet op deze hoge temperaturen diende beschermd te zijn, terwijl de lamp onbeschermd uit de reflector stak. Het toestel voldeed dan ook niet aan de veiligheidsnormen die een ziekenhuis van een dergelijk toestel mag verwachten en is gebrekkig in de zin van artikel 1 Wet Productaansprakelijkheid.¹⁰¹

Een bedieningsstelsel van een containerinstallatie moet zo ontworpen en gebouwd zijn dat zij bestand zijn tegen de te verwachte 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 verwachten. Dit zijn weeromstandigheden waaraan de lierschakelaar regelmatig wordt blootgesteld. Hij zou niet mogen falen onder dergelijke omstandigheden.¹⁰²

Een jeugdbeweging organiseerde een gevecht met waterballonnen. Toen de waterballonnen op waren, liep het echter uit de hand nu er ook geworpen werd met gebluste kalk. Een kind die dit poeder in het oog kreeg hield hieraan ernstige verwondingen aan over. 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. Aldus 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 zorgvuldig 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

¹⁰¹ Rb. Gent 7 mei 2004, *T.Gez.* 2007-08, 162.

¹⁰² Antwerpen (2^{de} kamer), 13 april 2005, *RW* 2008-09, 803.

voldoende duidelijk en hoefde niet expliciet op de verpakking te worden vermeld.¹⁰³

§3. *Verweer producent*

29. Positief tegenbewijs alternatieve oorzaak of tijdstip gebrek niet vereist wel een aannemelijk maken dat het gebrek niet bestond bij inverterstelling - Het Hof van Cassatie kreeg de gelegenheid om een 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. In *casu* werd een autoproducent aangesproken wegens het uitbranden van een auto. Een deskundigenonderzoek wees echter uit dat het niet redelijkerwijze uitgesloten kon worden dat een kortsluiting in het (nadien geïnstalleerde) elektronisch alarmsysteem de brand veroorzaakte. De appelrechters hadden 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 er van mocht verwachten, niet bestond op het tijdstip waarop zij de wagen in het verkeer (heeft) gebracht, dan wel later ontstond door bijvoorbeeld de manipulaties ten gevolge van de alarminstallatie. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de appelrechters aan de producent een zwaardere bewijslast oplegde dan art. 8b Wet Productaansprakelijkheid 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.¹⁰⁴ 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”.¹⁰⁵

30. Om te oordelen of het gebrek bestond op het ogenblik van de inverterstelling beschikt de rechter over verschillende indicieën. Vooral de aard van het product, het tijdsverloop tussen de inverterstelling en de gebruikersinsiteit zijn daarbij relevant.¹⁰⁶ Hoe langer het tijdsverloop, hoe groter de gebruikersintensiteit hoe onwaarschijnlijker dat het gebrek bestond op het ogenblik van de inverterstelling.¹⁰⁷

Een netwerkbeheerder die aangesproken werd voor de schade ten gevolge van het leveren van elektriciteit met een overspanning van 380 volt, verweerde zich door te stellen dat het gebrek ontstond tijdens het transport van de elektri-

¹⁰³ Gent 27 november 2008, *TBBR* 2010, 510.

¹⁰⁴ Cass. 4 mei 2007, N°C.05.0275N; *Pas.* 2007, 835; *RGAR* 2008, nr. 144142; *RW* 2007-2008, 1283, NOOT D. WUYTS.

¹⁰⁵ D. WUYTS, “De Wet Productaansprakelijkheid en het verweer van de producent: geen gebrek op het ogenblik van de inverterstelling”, *RW* 2007-2008, 1286.

¹⁰⁶ D. WUYTS, “De Wet Productaansprakelijkheid en het verweer van de producent: geen gebrek op het ogenblik van de inverterstelling”, *RW* 2007-2008, 1286.

¹⁰⁷ I. BOONE en S. GUILLIAMS, “Productaansprakelijkheid en productveiligheid” in *Ondernemingsrecht Deel 1*, Volume B in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, B. TILLEMANS en E. TERRYNS (eds), 2011, nr. 1873, 1344

citeit (na de laatste transformatie en voor de elektriciteitspaal met een defecte aansluitingsklem (onderbreking van de nulgeleider). Vermits het incident zich daar voordeed, zou het gebrek dat de schade heeft veroorzaakt, niet bestaan hebben op het tijdstip waarop het product in het verkeer werd gebracht, maar pas zijn ontstaan tijdens het transport. Het onderscheid werd echter door de rechtbank verworpen als irrelevant. Het product elektriciteit moet beschouwd worden als een geheel, zoals het in de woning van de consument wordt geleverd. Waar de precieze oorzaak ligt van het gebrekkige elektriciteit is niet relevant.¹⁰⁸

De producent beweerde dat de lierschakelaar van een containerinstallatie faalde omdat die al vijf jaar in gebruik was en nog niet vervangen was. Hieruit meende de producent te kunnen afleiden dat de lierschakelaar geen gebrek vertoonde op het tijdstip waarop hij in het verkeer werd gebracht, zodat zij met toepassing van art. 8b Wet Productaansprakelijkheid geen aansprakelijkheid droeg. Het Hof van Beroep verwierp dit. Indien schakelaars op geregelde tijdstippen moeten vervangen worden, moet zulks noodzakelijkerwijze vermeld worden in de presentatie van het product.¹⁰⁹

§4. Exoneratie

31. Een exoneratie is enkel mogelijk voor schade die wordt veroorzaakt, zowel door een gebrek in het product, als door schuld van het slachtoffer of van een persoon voor wie het slachtoffer verantwoordelijk is (art. 10 § 2 eerste lid Wet Productenaansprakelijkheid).

Een beding waarin de netbeheerder bepaalt dat deze enkel aansprakelijk kan gesteld worden indien de consument een fout van de netwerkbeheerder bewijst is in strijd met art. 74,30° WMPC 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 mini-onderbrekingen en spanningendips als onvermijdelijk worden beschouwd. De verplichte wederkerigheid van bedongen schadevergoeding vereist daarenboven dat het reglement van aansluiting ten voordele van een consument voorziet in nalatighedsinteressen indien de consument bij een laattijdige betaling nalatighedsinteressen verschuldigd is.¹¹⁰

¹⁰⁸ Gent 24 mei 2002, *NJW* 2002, 394; *RW* 2003-04, 1271.

¹⁰⁹ Antwerpen (2^{de} kamer), 13 april 2005, *RW* 2008-09,

¹¹⁰ Rb. Hasselt (zoals in kort geding), 25 oktober 2010, *NjW* 2011, 146.

§5. Vervaltermijn van tien jaar

32. VERTREKPUNT OPNAME IN EEN VERKOOPPROCES IN EEN VORM WAARIN HET AAN HET PUBLIEK WORDT AANGEBODEN VOOR GEBRUIK OF CONSUMPTIE - 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 gerelateerd worden aan de persoon die in rechte wordt aangesproken (bv. product eindproduct of producent onderdeel).¹¹¹ Het Europees Hof van Justitie 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 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 dat de exonerationgronden voor aansprakelijkheid bepaalt). Een product moet 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 consument, of dat de verkoop plaatsvindt in het kader van een distributieproces, waarbij één of meer tussenpersonen betrokken zijn, zoals bedoeld in artikel 3, lid 3 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.¹¹²

33. VERVANGING VAN EEN VERWEERDER - Artikel 11 van richtlijn 85/374 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 Wet Productenaansprakelijkheid zet die bepaling om, weliswaar zonder uitdrukkelijk te preciseren dat de gerechtelijke procedure tegen de producent moet zijn ingesteld. Deze bepaling moet nochtans in die zin richtlijnconform

¹¹¹ A. DELEU, “La responsabilité du fait des produit défectueux”, in *Manuel de la vente* 2010, nr. 692, 310.

¹¹² HvJ (1e kamer), nr. C-127/04, 9 februari 2006 (Master Declan O’Byrne) (concl. L. GEELHOED.; Pb C 8 april 2006 (dispositief), afl. 86, 5; *Rec.CJCE* 2006, afl. 2 (A), I, 1313, concl. L. GEELHOED, *TVC* (Ned.) 2006, afl. 6, 199, noot C. VAN DOORN en S. PAPE.

worden geïnterpreteerd.¹¹³ Het Hof van Justitie oordeelde dat artikel 11 richtlijn 85/374 belet dat een nationale regeling die de vervanging van een verweerder door een andere verweerder in de loop van de gerechtelijke procedure toestaat, zodanig wordt toegepast dat na het verstrijken van de vervaltermijn een “producent” kan worden vervolgd als verweerder in een gerechtelijke procedure die binnen deze vervaltermijn is ingeleid tegen een andere persoon. Wanneer binnen de vervaltermijn een gerechtelijke procedure werd ingeleid tegen de volledige dochteronderneming van de producent, en de rechter vaststelt dat het in feite de producent was die tot het in verkeer brengen van het betrokken product heeft besloten, kan een dergelijke nationale bepaling uitzonderlijk wel worden toegepast.¹¹⁴

§6. Grenzen van maximumharmonisatie

34. MAXIMUMHARMONISATIE ENKEL VOOR TOEPASSINGSGEBIED RICHTLIJN - In vorige arresten heeft het Hof van Justitie gepreciseerd dat artikel 13 van de Richtlijn Productaansprakelijkheid niet aldus mag worden uitgelegd dat de lidstaten mogelijk maakt om een algemeen aansprakelijkheidsstelsel inzake gebrekkige producten te handhaven dat verschilt van het stelsel van de richtlijn. Een stelsel van aansprakelijkheid van de producent, dat op dezelfde grondslag berust als het door de richtlijn ingevoerde stelsel en niet tot een bepaalde productiesector is beperkt, valt niet onder één van de aansprakelijkheidsregelingen waar artikel 13 van de richtlijn naar verwijst. Deze bepaling kan niet worden ingevoerd ter rechtvaardiging van de handhaving van nationale bepalingen die een grotere bescherming bieden dan de richtlijn¹¹⁵. Dit systeem van maximale harmonisatie geldt vanzelfsprekend enkel voor de punten die onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen. De Richtlijn 85/374 beoogt geen uitputtende harmonisatie van de aansprakelijkheid voor producten met gebreken. Aldus heeft de richtlijn, door de vergoeding van schade te beperken tot zaken voor gebruik- of verbruik in de privé-sfeer, de lidstaten om een onvervalste mededinging te waarborgen en het vrije verkeer van goederen te vergemakkelijken, niet de vrijheid niet willen ontnemen om voor de vergoeding van de schade aan een voor beroepsmatig gebruik bestemde en voor dat doel

¹¹³ R. STEENNOT, “Hof van Justitie preciseert vervaltermijnen voor productaansprakelijkheid”, *Juristenkrant* 24 maart 2010, 16.

¹¹⁴ HvJ (Grote Kamer) nr. C-358/08, 2 december 2009 (Aventis Pasteur) *Juristenkrant* 2010 (weergave R. STEENNOT), afl. 206, 16; concl. V. TRSTENJAK; *JDE* 2010 (samenvatting), afl. 165, 30; Pb C 30 januari 2010 (dispositief), afl. 24, 11; *Rec.CJCE* 2009, afl. 12 (A), I, 11305, concl. V. TRSTJENJAK; *SEW* 2010 (weergave), afl. 1, 34.

¹¹⁵ Zie bv. ongeldigheid van de Franse omzettingwetgeving die de Richtlijn 85/374 invoerde zonder de franchise: HvJ (5e kamer), nr. C-52/00, 25 april 2002 (Commissie / Frankrijk) (15 juli 2002); *Jur. HvJ* 2002, afl. 4, I, 3827, concl. L. Geelhoed; *RW* 2004-05 (weergave G. Straetmans), afl. 7, 274; *Rec.CJCE* 2002, afl. 4, I, 3827, concl. L. Geelhoed; *SEW*(Katern) 2002 (weergave), afl. 5, 18, noot.

gebruikte zaak, een aansprakelijkheidsregeling te doen gelden die overeenstemt met de richtlijn.¹¹⁶

IV. Weens Koopverdrag en het Verjaringsverdrag

§1. Uniforme verjaringsregeling

Specifieke bibliografie:

- K. BOELE-WOELKI, "The limitation of rights and actions in the international sale of goods", in F. GROSHEIDE en E. HONDIUS (eds.), *International Contract Law. Articles on Various Aspects of Transnational Contract Law*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 239-274 (hierna K. BOELE-WOELKI)
- J. ERAUW, "Internationale koop-verkoop van roerend goed tussen handelaars (onder CISG), het nieuw ipr van contracten en de nieuwe bijzondere verjaringstermijn voor die kooptransacties", *Tijdschrift@ipr.be* 2009, 82-87 (hierna J. ERAUW)
- V. HEUZÉ, *Traité des contrats: la vente internationale de marchandises*, Parijs, LGDJ, 2000, nrs. 130-147, 117-132 en 434-449 (hierna V. HEUZÉ)
- U. MAGNUS, "Limitation in the International Arena – the United Nations Limitation Convention for International Sales", in O. REMIEN (ed.), *Verjährungsrecht in Europa – Zwischen Bewährung und Reform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 93-106 (hierna U. MAGNUS)
- M. MÜLLER-CHEN, "Limitation Convention 1974", in P. SCHLECHTRIEM en I. Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, Oxford UNIVERSITY Press, 2010, 1217-1270 (hierna verder M. MÜLLER-CHEN)
- K. ROOX, "Internationale bevoegdheid en de tegenvordering uit een andere overeenkomst – Verjaring en interesten bij een door het Weense Koopverdrag beheerste koopovereenkomst" (noot onder Kh. 29 januari 2001), *RW* 2001-02, afl. 37, 1396-1401 (hierna K. ROOX)
- K. SONO, *Commentary on the Convention on the Limitation period in the International Sale of Goods done at New York, 14 june 1974 with editorial notes and other additions to accomodate the 1980 Protocol* <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono1.html>, 146-173 (tekst opgesteld onder verantwoordelijkheid van de Juridische Dienst VN) (hierna K. SONO)
- V. VIGGRIA, "L'entrée en vigueur en Belgique de la convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises", *TBH* 2010, afl. 9, 825-832 (hierna V. VIGGRIA)

¹¹⁶ HvJ (1e k.) nr. C-285/08, 4 juni 2009 (Moteurs Leroy Somer) JDE 2009(samenvatting), afl. 161, 232; *Pb C I* augustus 2009 (dispositief), afl. 180, 20 en *Rec. CJCE* 2009, afl. 6 (A), I, 4733; *DCCR* 2009, nr. 83.

A. Inleiding

35. NOODZAAK UNIFORM VERJARINGSRECHT - Bij wet van 15 juli 2008¹¹⁷ is België toetgetreden 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, wat de Belgische rechtsleer reeds lang bepleitte.¹¹⁸ Hiermee beoogt de wetgever te remediëren aan de onzekerheid over de toepasselijke nationale verjaringsregels, die vaak onderling sterk verschillen en bovendien niet altijd aangepast zijn aan de internationale koop.¹¹⁹ Een onzekerheid vloeit trouwens ook voort uit de kwalificatieverschillen in het internationaal privaatrecht. Terwijl de Rome I verordening de verjaring als een onderdeel van materieel recht beschouwd en opteert voor de *lex contractus*, wordt verjaring als procedureregul in vele common law landen bepaald door de *lex fori*.¹²⁰ Hierna geven we een overzicht van de belangrijkste innovaties resulterend uit dit verjaringsverdrag en wijzen we ook op een aantal valstrikken voor de Belgische jurist.

B. Werkingssfeer van het verdrag

36. TWEE VERSIES VERJARINGSVERDRAG: INITIËLE VERSIE EN PROTOCOL - Het verjaringsverdrag werd geschreven toen het Haags internationaal kooprecht van kracht was. Na de totstandkoming van het CISG werd het wenselijk geacht het toepassingsgebied van het Verjaringsverdrag *ratione materiae* en *ratione loci* op het CISG af te stemmen. Dit was noodzakelijk aangezien men zich voor het Verjaringsverdrag enkel op de *travaux préparatoires* van het CISG had gebaseerd.¹²¹ Dit gebeurde via het Protocol van 1980 tot wijziging van het Verjaringsverdrag (hierna het “Protocol”).¹²² België is meteen toetgetreden tot het Protocol, wat met de uitzondering van een aantal mineure verschillen een naadloze aansluiting met het CISG bewerkstelligt.¹²³ Vermits niet alle Verdragsstaten bij het Verjaringsverdrag van 1974 ook het wijzigingsprotocol van 1980 hebben geratificeerd (infra randnr. 0), kan in de relatie met deze verdragsstaten enkel de versie van 1974 toegepast worden (art. 44bis Verjaringsverdrag).

¹¹⁷ Wet van 15 juli 2008, *BS* 30 oktober 2008.

¹¹⁸ Zie K. ROOX, 1400, nr. 7.

¹¹⁹ Sommige rechtsstelsel voorzien in bijzonder korte verjaringstermijnen, terwijl de verjaringstermijnen in sommige andere rechtsstelsels vaak langer duren dan wenselijk Zie K. BOELE-WOELKI, 241; K. ROOX, 1400, nr. 7; K. SONO. 146-147..

¹²⁰ Dit verschil moet nochtans wel genuanceerd worden. Zie hierover K. BOELE-WOELKI, 243.

¹²¹ M. MÜLLER-CHEN, 1215, nr. 2.

¹²² Buiten het toepassingsgebied verschillen het oorspronkelijke Verjaringsverdrag van 1974 en het Verjaringsverdrag zoals gewijzigd door het Protocol nauwelijks. Wordt er verwezen naar een artikel van het Verjaringsverdrag, dan geldt deze verwijzing naar het gewijzigde Verjaringsverdrag tenzij anders is aangegeven.

¹²³ Vergelijk J. ERAUW, 84; K. ROOX, 1400, nr. 7.

37. STAND RATIFICATIES - Vandaag de dag hebben 29 Staten het Verjaringsverdrag geratificeerd;¹²⁴ slechts 21 onder hen hebben inmiddels ook het Protocol van 11 april 1980 geratificeerd.¹²⁵ Belangrijkste Verdragsstaat is ongetwijfeld de VS, dat zowel het Verjaringsverdrag als het bijhorend Protocol geratificeerd heeft. Maar de VS hebben samen met Tjechië en Slowakije¹²⁶ een voorbehoud gemaakt tegen de indirecte toepasselijkheid van het Verdrag (infra randnr. 0). Van de 27 EU-lidstaten, waarvan de meeste overigens het CISG geratificeerd hebben, zijn slechts 7 partij bij het Verjaringsverdrag en bijhorend Protocol.¹²⁷ Het valt te betwijfelen dat er in de nabije toekomst nog veel EU-lidstaten tot het Verdrag zullen toetreden.¹²⁸

1. TOEPASSINGSGBIED *RATIONE LOCI*

38. VESTIGING PARTIJEN IN VERDRAGSSTAAT (OF) LEX CONTRACTUS VERDRAGSSTAAT - Het Verjaringsverdrag geniet in de eerste plaats directe toepassing indien partijen hun “vestiging” (art. 2 (b)-(d) Verjaringsverdrag) hebben in twee Verdragsluitende Staten (art. 3, lid 1, (a) Verjaringsverdrag). De nationaliteit van de partijen is irrelevant (art. 2, (e) Verjaringsverdrag).¹²⁹ Ingevolge het Protocol kan het Verjaringsverdrag ook op indirecte wijze toepassing vinden. 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 zijn¹³⁰ (art. 3, lid 1, (b) Verjaringsverdrag). Voor koopovereenkomsten gesloten vanaf 17 december 2009 zijn de verwijzingsregels uit de Rome I-Verordening van toepassing. Gelet op art. 12, lid 1, d Rome I-Vo worden vraagstukken inzake verjaring beheerst door het recht dat op de overeenkomst van toepassing is (de *lex contractus*).¹³¹ Werde de zaak in-

¹²⁴ Meer bepaald: Argentinië, België, Benin, Bosnië en Herzegovina, Burundi, Cuba, Tsjechische Republiek, Dominicaanse Republiek, Egypte, Ghana, Guinea, Hongarije, Liberia, Mexico, Montenegro, Noorwegen, Paraguay, Polen, Republiek Moldavië, Roemenië, Servië, Slowakije, Slovenië, Oeganda, Oekraïne, Verenigde Staten van Amerika, Uruguay, Wit-Rusland, Zambia. Voor een overzicht van de verdragsstaten, zie http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_status.html. Dit staat in schril contrast met de 77 ratificaties die het CISG vandaag de dag telt.

¹²⁵ Argentinië, België, Cuba, Tsjechische Republiek, Dominicaanse Republiek, Egypte, Guinea, Hongarije, Liberia, Mexico, Paraguay, Polen, Republiek Moldavië, Roemenië, Slowakije, Slovenië, Oeganda, Verenigde Staten van Amerika, Uruguay, Wit-Rusland, Zambia.

¹²⁶ Zowel Tsjechië als Slowakije hebben ervoor gekozen het voorbehoud, dat initieel door Tsjecho-Slowakije was gemaakt, te behouden.

¹²⁷ België, Tsjechische Republiek, Hongarije, Polen, Roemenië, Slowakije, Slovenië.

¹²⁸ Eveneens in die zin: V. VIGGRIA, 832, nr. 25.

¹²⁹ Vergelijk met art. 1, lid 3 CISG

¹³⁰ Art. 3, lid 1 (b) 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.

¹³¹ Zulks was ook reeds het geval onder de voorloper van de huidige Rome I-Vo – het EVO Verdrag van 19 juni 1980 (zie art. 10 EVO). Zie onder meer J. ERAUW en H. STORME, *Internationaal privaatrecht*, in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 688, nr. 607.

geleid in een EU-lidstaat, dan is het Verjaringsverdrag van toepassing indien partijen gekozen zouden hebben voor het recht van een Verdragsstaat (art. 3 Rome I-Vo) of, bij ontstentenis van een rechtskeuze, de verkoper zijn verblijfplaats in een Verdragsstaat heeft (art. 4, lid 1, a) Rome I-Vo).

39. VOORBEHOUD WERKT ALS LEX CONTRACTUS VERDRAGSSTAAT MET VOORBEHOUD (EN BEVOEGD FORUM?) -De meerderheidsopvatting gaat ervan uit dat het Verjaringsverdrag van toepassing wordt wanneer de regels van het internationaal privaatrecht het recht aanwijzen van één van de 18 Verdragsstaten die toetraden tot het Protocol en die geen voorbehoud hebben gemaakt.¹³² Wanneer de Belgische rechter bijvoorbeeld besluit tot de toepassing van het Amerikaanse recht als subsidiaire *lex contractus*, dan kan het Verjaringsverdrag niet worden toegepast (voorzover de partijen niet gevestigd zijn in verdragsstaten) vermits het Verjaringsverdrag niet behoort tot het materieel Amerikaans recht (in tegenstelling tot wat het geval is in België). Sommige auteurs achten het Verjaringsverdrag nochtans zonder meer van toepassing indien de regels van het internationaal privaatrecht het recht van een Verdragsstaat bij het Protocol aanduiden, zelfs zo deze Staat een voorbehoud geformuleerd heeft. Een dergelijk voorbehoud kan volgens deze opvatting enkel de Verdragsstaat zelf binden.¹³³ Dit impliceert *in concreto* dat het voorbehoud enkel zou werken wanneer een verdragsstaat die een voorbehoud heeft gemaakt bij het protocol, het bevoegde forum is en de *lex contractus* het recht is van een verdragsstaat dat een voorbehoud heeft gemaakt.

2. TOEPASSINGSGEBIED RATIONE MATERIAE

40. QUASI IDENTIEK MATERIEEL TOEPASSINGSGEBIED ALS CISG MET UITSLUITING VORDERINGEN KOPER TEGEN INITIËLE VERKOPER - Het Verjaringsverdrag regelt “*de omstandigheden waarin de wederkerige rechten en vorderingen van een koper en een verkoper die voortvloeien uit een internationale koopovereenkomst betreffende roerende lichamelijke zaken, of met betrekking tot een tekortkoming in de nakoming van deze overeenkomst, de ontbinding of de nietigheid*”¹³⁴ ervan, niet meer kunnen worden uitgeoefend wegens het verstrijken van een bepaalde periode”. (art. 1. Verjaringsverdrag). Ook het verder materieel toepassingsgebied van het Verjaringsverdrag, zoals gewijzigd door het Protocol, werd grotendeels op het CISG afgestemd. Net als het CISG is ook het Verjaringsverdrag van toepassing op zgn. gemengde overeenkomsten (art. 6

¹³² Uitdrukkelijk in die zin: V. HEUZÉ, 124-125, nr.145; U. MAGNUS, 97; M. MÜLLER-CHEN, 1223, nr. 3;.

¹³³ In die zin: K. BOELE-WOELKI, 258. Vergelijk ook in dezelfde zin SCHLECHTRIEM, SCHWENZER en HACHEM die ten aanzien van het corresponderende art. 95 CISG eenzelfde opvatting verdedigen. P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER en P. HACHEM, Art. 95 CISG, in P. SCHLECHTRIEM en I. SCHWENZER (eds.), 1190-1191, nr. 3. Wel moet worden opgemerkt dat de inmiddels overleden P. Schlechtriem in de 2005 editie van dit gezaghebbend werk nog de tegengestelde visie verdedigde.

¹³⁴ Merk op dat het Verjaringsverdrag ook betrekking heeft op de rechten en vorderingen ontstaan ingevolge de nietigheid van de koopovereenkomst, en dit in tegenstelling tot het CISG (*cfr.* art. 4 (a) CISG).

Verjaringsverdrag¹³⁵); wordt de koop van goederen voor persoonlijk gebruik of voor gebruik in gezin of huishouding uit het toepassingsgebied gesloten, althans voor zover de koper niet wist of behoorde te weten dat de zaken voor zodanig gebruik werden gekocht;¹³⁶ en is het verdrag ook niet van toepassing op de aansprakelijkheid van de verkoper voor dood of letsel (art. 5 Verjaringsverdrag). De verkoop op een openbare veiling, de gerechtelijke verkoop, de koop van effecten, waardepapieren, en betaalmiddelen, de koop van zeeschepen, binnenvaartschepen, luchtkussenvaartuigen of luchtvaartuigen en de koop van elektrische energie worden eveneens uitgesloten (art. 4 Verjaringsverdrag¹³⁷). Toch bestaan ook enkele kleine verschilpunten met het CISG, nu art. 5 Verjaringsverdrag in iets meer uitzonderingen op zijn materieel toepassingsgebied voorziet dan het CISG.

41. Het Verjaringsverdrag regelt enkel de rechten en vorderingen tussen de koper en de verkoper (art. 1, lid 1 Verjaringsverdrag). De vraag of een vordering ingesteld door de uiteindelijke koper tegen de initiële verkoper ook binnen het verjaringsverdrag valt is omstreven.¹³⁸ Dezelfde vraag stelt zich immers onder het Weens Koopverdrag. Het Belgische Hof van Cassatie¹³⁹ is in tegenstelling tot het Franse Hof van Cassatie¹⁴⁰ van oordeel dat de theorie van het accessorium en de kwalitatieve rechten niet per definitie kan worden uitgesloten maar moet beantwoord worden aan de hand van de subsidiaire *lex contractus*. So-wieso is de Franse-Belgische leer van de kwalitatieve rechten en de overgang van de rechtsvorderingen internationaal een buitenbeentje. Stelt de koper, na zelf door zijn koper in rechte te zijn aangesproken, een vordering in tegen de verkoper, dan valt deze regresvordering uiteraard wel onder het toepassingsgebied van het verdrag (infra randnr. 0).

3. TOEPASSING *RATIONE TEMPORIS*

42. EERBIEDIGENDE WERKING: TOEPASSING OP OVEREENKOMSTEN GESLOTEN NA 1 MAART 2009 - Art. 33 Verjaringsverdrag bepaalt dat “*iedere verdragsluitende Staat het bepaalde in dit verdrag [toepast] op de overeenkomsten die zijn gesloten na de inwerkingtreding van het verdrag*”. Overeenkomstig art. 44, lid 2 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 toe-

¹³⁵ Vergelijk art. 3 CISG.

¹³⁶ Het oorspronkelijke Verjaringsverdrag van 1974 maakt deze laatste nuancering evenwel niet.

¹³⁷ Vergelijk art. 2 CISG.

¹³⁸ In die zin dat het verdrag niet kan worden toegepast op t.a.v. het rechtsmiddel van de uiteindelijke koper: M. MÜLLER-CHEN, 1219, nr. 4; K. SONO. 148, nr. 7.

¹³⁹ Cass. AR C.04.0491.N, 15 december 2006 (Tegelfabriek Van Massenhoven / S.P.A. Graniti Flandre) *RW* 2008-09, afl. 6, 230, noot N. CARETTE; *Tijdschrift@ipr.be* 2008, afl. 2, 45.

¹⁴⁰ Cass. fr. (1^{ste} burgerlijke kamer), 18 december 1990, *JCP* 1992, II, n° 21824, noot D. AMMAR; Cass. fr. 10 oktober 1995, *D.* 1996, Somm. 171, noot B. Audit; *JCP* 1996, II, nr. 22742, noot L.-C. HENRY; *Rev. crit. DIP* 1996, 332, noot V. HEUZÉ; Cass. fr. 6 februari 1996, *Rev. crit. DIP* 1996, 460, note D. BUREAU.

trekking. In België is het Verjaringsverdrag in werking getreden op 1 maart 2009, zodat het verdrag van toepassing zal zijn op iedere internationale koopovereenkomst gesloten vanaf die datum.

B. Inhoudelijke bepalingen van het Verjaringsverdrag

1. NOTIE VERJARING

43. AUTONOOM VERJARINGSBEGRIIP - Het Verjaringsverdrag beperkt zich ertoe verjaring (*'limitation'/'prescription'*) te omschrijven als het fenomeen waardoor een partij de rechten die ze onder het kooprecht of met betrekking tot de ontbinding of nietigheid van die koop bezat, niet meer kan uitoefenen (*'can no longer be exercised'/'ne peuvent plus être exercés'*) en dit wegens het verlopen van een bepaalde termijn (art. 1, lid 1 Verjaringsverdrag). De 'neutrale', relatief vage, omschrijving beoogt het continentaal civielrechtelijk verjaringsbegrip te verzoenen met dat van de common law. Het Verjaringsverdrag huldigt bijgevolg een eigen concept inzake verjaring, dat autonoom moet worden geïnterpreteerd (cfr. art. 7 Verjaringsverdrag).¹⁴¹

44. VERJARING TE ONDERSCHIEDEN VAN KENNISGEVING- EN WAARBORGTERMIJN - Het verdrag heeft echter geen betrekking op een *"termijn waarbinnen een partij de andere partij in kennis moet stellen of enige andere handeling dan de opening van een procedure (gerechtelijk, arbitraal of bestuurlijk) moet verrichten ten einde haar rechten te kunnen uitoefenen"* (art. 1, lid 2 Verjaringsverdrag). De redelijke termijn binnen dewelke de aard van de niet-conformiteit precies moet worden gemeld (art. 39, lid 1 CISG) evenals de waarborgtermijn van twee jaar (art. 39, lid 2 CISG) en de 'redelijke termijn', waarbinnen de koper de overeenkomst wegens te late levering ontbonden kan verklaren (art. 49, lid 2 CISG), laat het Verjaringsverdrag onverlet.

C. Duur en begin van de verjaringstermijn

45. ALGEMENE VERJARINGSTERMIJN VAN 4 JAAR – De duur van de verjaringstermijn werd algemeen vastgesteld op 4 jaar (art. 8 Verjaringsverdrag). In beginsel is deze termijn korter dan in het Belgisch recht, waar persoonlijke rechtsvorderingen in beginsel verjaren door verloop van 10 jaar (art. 2262bis, §1, lid 1 BW). Deze vierjarige verjaringstermijn geldt zonder onderscheid en is van toepassing zowel op tekortkomingen in de nakoming, de ontbinding als de nietigheid¹⁴² van de koopovereenkomst. Er wordt ook geen onderscheid gemaakt naargelang de al dan niet verborgen aard van de niet-conformiteit.¹⁴³

¹⁴¹ Vergelijk art. 7, lid 1 CISG.

¹⁴² Naar Belgisch recht is de vordering tot nietigverklaring van een koopovereenkomst onderworpen aan de tienjarige verjaringstermijn van art. 1304 BW.

¹⁴³ Ook hier verschilt de Belgisch regeling. Bij verborgen gebreken dient de koper immers te ageren binnen een 'korte tijd' (cfr. art. 1648 BW). Het bepalen van zowel de duur als het vertrekpunt van deze termijn, behoort tot de soevereine beoor-

46. VERTREKPUNT VAN DE VERJARINGSTERMIJN – De vierjarige verjaringsstermijn begint te lopen vanaf de datum waarop de vordering kan worden ingesteld (art. 9 Verjaringsverdrag). Deze regeling verschilt in beginsel niet van het Belgisch gemeen recht. Hoewel de wetgever het aanvangspunt van de tienjarige verjaringsstermijn van art. 2262*bis*, § 1, lid 1 BW niet uitdrukkelijk bepaalde, neemt de Belgische rechtsleer algemeen aan dat verjaring begint te lopen vanaf de dag volgend op de dag waarop de rechtsvordering opeisbaar wordt.¹⁴⁴

De artikelen 10 t.e.m. 12 Verjaringsverdrag verduidelijken vanaf wanneer ‘een vordering kan worden ingesteld’. Het Verjaringsverdrag gaat hierbij in principe uit van objectieve criteria, en niet de (mogelijkheid van) kennisname door de eiser.¹⁴⁵

Voor vorderingen volgend uit een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst, geldt algemeen dat deze kunnen worden ingesteld vanaf de datum waarop deze tekortkoming zich voordeed (art. 10, lid 1 Verjaringsverdrag). Vorderingen gegrond op een gebrek aan overeenstemming van de zaak (niet-conformiteit) kunnen worden ingesteld vanaf de datum waarop de zaak feitelijk aan de koper werd afgegeven of waarop het aanbod tot afgifte van de zaak werd geweigerd (art. 10, lid 2 Verjaringsverdrag).¹⁴⁶ Bij een niet-conforme levering zal nochtans ook rekening moeten worden gehouden met de kennisgeving op straffe van verval binnen een redelijke termijn (art. 39, lid 1 CISG) alsook de tweejarige waarborgtermijn (art. 39, lid 2 CISG).

Is de vordering daarentegen gegrond op bedrog, dan kan de vordering worden ingesteld vanaf de datum waarop het feit werd ontdekt of redelijkerwijze behoorde te zijn ontdekt (art. 10, lid 3 Verjaringsverdrag).¹⁴⁷ Werd een uitdrukkelijke waarborg verleend, dan zal de verjaring beginnen te lopen vanaf de da-

delingsbevoegdheid van de feitenrechter (onder meer Cass. 20 februari 1976, *Pas.* 1976, I, 695).

¹⁴⁴ Zie I. CLAEYS, “Opeisbaarheid, kennisname en schadeverwekkend feit als vertrekpunten van de verjaring”, in I. CLAEYS (ed.), *Verjaring in het privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt?*, Mechelen, Kluwer, 46, nr. 28; M. MAR-CHANDISE, *La prescription libératoire en matière civil*, Brussel, Larcier, 2007, 54, nr. 48. Zie in die zin ook het Wetsontwerp betreffende de toetreding van België: - tot het Verdrag inzake de verjaring bij internationale koop van roerende zaken, gedaan te New York op 14 juni 1974, en – tot het Protocol tot wijziging van het Verdrag inzake de verjaring bij internationale koop van roerende zaken, gedaan te Wenen op 11 april 1980, *Parl.St.* Senaat 2007-08, nr. 4-544/1, 7-8.

¹⁴⁵ Vergelijk weliswaar art. 10, lid 3 Verjaringsverdrag.

¹⁴⁶ Relevant is dus het ogenblik waarop de koper persoonlijk in het bezit van de koopwaar werd gesteld; niet de datum van protest. Zie V. HEUZÉ, 437, nr. 484; V. VIGGRIA, 828, nr. 10;.

¹⁴⁷ Dit stemt overeen met de regeling van art. 1304, lid 2 BW. Zie Wetsontwerp betreffende de toetreding van België: - tot het Verdrag inzake de verjaring bij internationale koop van roerende zaken, gedaan te New York op 14 juni 1974, en – tot het Protocol tot wijziging van het Verdrag inzake de verjaring bij internationale koop van roerende zaken, gedaan te Wenen op 11 april 1980, *Parl.St.* Senaat 2007-08, nr. 4-544/1, 8.

tum waarop de koper het bezwaar aan de verkoper heeft medegedeeld, doch uiterlijk vanaf de datum waarop de garantie verloopt (art. 11 Verjaringsverdrag).

Is het volgens het op de koopovereenkomst toepasselijk recht mogelijk de koopovereenkomst anticipatief ontbonden te verklaren;¹⁴⁸ dan zal de verjaring beginnen te lopen vanaf de datum waarop de verklaring aan de andere partij is gericht (art. 12, lid 1 Verjaringsverdrag). Voorziet de koopovereenkomsten in gespreide of opeenvolgende prestaties, dan begint de verjaringstermijn voor elk van deze verplichtingen afzonderlijk te lopen en dit vanaf de datum waarop de niet uitvoering die ze treft, zich heeft voorgedaan.

Samen met de vierjarige verjaringstermijn, begint ook de absolute verjaringsstermijn van 10 jaar (infra randnr. 0).

47. GELIJKE BEREKENINGWIJZE VAN TERMJNEN ALS IN NATIONAAL RECHT - De berekening van de termijn wordt geregeld in de artikelen 28 t.e.m. 29 Verjaringsverdrag. Hoewel verschillend van de bewoordingen van de artikelen 2260 en 2261 BW, leiden beide regelingen in de praktijk wel tot hetzelfde resultaat.¹⁴⁹

D. Onderbreking en verlenging van de verjaringstermijn

1. ONDERBREKING

48. AUTONOME SCHORSINGS EN VERLENGINGSGRONDEN - Eenmaal de vierjarige VERJARINGSTERMIJN loopt, kunnen een aantal mechanismen de looptijd ervan beïnvloeden. Het verdrag voorziet in een uitgebreide regeling over de vraag wanneer de verjaringstermijn “ophoudt te lopen” dan wel wanneer een “nieuwe termijn van vier jaar” begint. De rechtspracticus hoede zich er nochtans voor al te snel de parallel te trekken met de ‘schorsing’ of ‘stuiting’ naar Belgisch recht. De regeling van het Verjaringsverdrag komt hier slechts gedeeltelijk mee overeen.¹⁵⁰

49. MAXIMUMCAP TIEN JAAR – De hierna besproken mechanismen kunnen tot gevolg hebben dat de oorspronkelijke verjaringstermijn van vier jaar wordt verlengd. De verlenging van de verjaringstermijn is echter niet onbeperkt mogelijk. De vordering verjaart hoe dan ook tien jaar na de datum waarop hij begonnen is te lopen (art. 23 Verjaringsverdrag).

50. ‘SCHORSING’ VAN DE VERJARINGSTERMIJN VIA INSTELLING GERECHTELIJKE OF ARBITRALE PROCEDURE - DE verjaringstermijn ‘houdt op te lopen’ wanneer

¹⁴⁸ Bijvoorbeeld op grond van art. 72 CISG.

¹⁴⁹ Wetsontwerp betreffende de toetreding van België: - tot het Verdrag inzake de verjaring bij internationale koop van roerende zaken, gedaan te New York op 14 juni 1974, en – tot het Protocol tot wijziging van het Verdrag inzake de verjaring bij internationale koop van roerende zaken, gedaan te Wenen op 11 april 1980, *Parl.St.* Senaat 2007-08, nr. 4-544/1, 11; V. VIGGRIA, 828, nr. 11.

¹⁵⁰ V. VIGGRIA, 829, nr. 14. Vergelijk ook M. MÜLLER-CHEN, 1236, nr. 1.

de schuldeiser tegen de schuldenaar een gerechtelijke (13 Verjaringsverdrag) of arbitrale (art. 14 Verjaringsverdrag) procedure heeft ingesteld. Het recht van het forum bepaalt of en onder welke voorwaarden een handeling als het inleiden van een gerechtelijke procedure kan worden beschouwd. De invulling die de rechtspraak en de rechtsleer aan het in art. 2244 BW gehanteerde begrip ‘dagvaarding voor het gerecht’ geven, lijkt hier analoog te kunnen worden toegepast.¹⁵¹ De Belgische regeling verschilt nochtans van die in het Verjaringsverdrag. Naar Belgisch recht komt aan de dagvaarding – of een daarmee gelijkwaardig geachte handeling – immers geen schorsende maar een stuitende werking toe. Eindigt de procedure¹⁵² zonder een beslissing ten gronde, bijvoorbeeld doordat de rechter zich onbevoegd heeft verklaard,¹⁵³ dan wordt de termijn geacht te zijn blijven lopen (art. 17, lid 1 Verjaringsverdrag).¹⁵⁴ Heeft dit laatste echter tot gevolg dat op het einde van deze procedure de verjaringstermijn zou zijn verstreken, dan wel als er minder dan een jaar overblijft aan het einde ervan, dan wordt de schuldeiser alsnog een jaar toegekend om procedures aanhangig te maken (art. 17, lid 2 Verjaringsverdrag).

51. ELKE WIJZE WAAROP SCHULDEISER ZIJN RECHT DOET GELDEN TENEINDE DE ERKENNING OF UITVOERING TE VERKRIJGEN - Maar niet enkel een gerechtelijke of arbitrale procedure heeft ‘schorsende’ werking. De verjaringstermijn houdt in het algemeen op te lopen, “*wanneer de schuldeiser zijn recht doet gelden teneinde de erkenning of de uitvoering ervan te verkrijgen*” (art. 15 Verjaringsverdrag). Bepaalde auteurs nemen aan dat de gerechtelijke procedure van art. 13 Verjaringsverdrag ruim moet worden opgevat zodat ook bewarende maatregelen voor de rechter er onder vallen¹⁵⁵

52. EFFECT SCHORSING OP HOOFDELIJK VERBONDEN MEDESCHULDENAARS - Wordt tegen de schuldenaar een procedure ingesteld, dan houdt de verjaringstermijn niet enkel ten aanzien van hem ‘op te lopen’. Een tegen een schuldenaar ingestelde procedure doet de loop van de verjaring eveneens eindigen ten aanzien van een hoofdelijk verbonden medeschuldenaar. Anders dan in het Belgisch recht (art. 1206 BW) is wel vereist dat de schuldeiser de hoofdelijk verbonden medeschuldenaar schriftelijk in kennis stelt van het instellen van de procedure vóór het verstrijken van de verjaringstermijn (art. 18, lid 1 Verjaringsverdrag).

53. PROCEDURE INGESTELD DOOR ONDERVERKRIJGER TEGEN KOPER – De verjaring van de vordering van de koper op de verkoper houdt eveneens op te lopen wanneer de onderverkrijger een procedure instelt tegen de koper. Ook hier is vereist dat de koper de verkoper schriftelijk in kennis stelt van het instellen van

¹⁵¹ In die zin althans V. VIGGRIA, 829, nr. 15.

¹⁵² Bedoeld worden de procedures zoals bedoeld in de artikelen 13, 14, 15 of 16 Verjaringsverdrag.

¹⁵³ Vergelijk art. 2246 BW

¹⁵⁴ Klaarblijkelijk wilde men vermijden dat de schuldeiser naar eigen believen de verjaringstermijn via allerhande procedurele chicanes zou kunnen verlengen. M. MÜLLER-CHEN, 1241, nr. 1.

¹⁵⁵ In die zin V. VIGGRIA, 829-830, nr. 15; A. CABY en D. CATFOLIS, “Le vendeur professionnel à l’épreuve du temps”, *Pli jur.* 2011, 21.

de procedure en dit vóór het verstrijken van de verjaringstermijn (art. 18, lid 2 Verjaringsverdrag). Naar Belgisch recht neemt het Hof van Cassatie ¹⁵⁶ aan dat de korte termijn van art. 1648 BW pas begint te lopen vanaf het tijdstip waarop de koper zelf door zijn onderkoper in rechte wordt aangesproken. Anders dan in het Verjaringsverdrag kan de koper naar Belgisch recht dus ‘zorgeloos’ afwachten zijn vordering tegen de verkoper in te stellen, tot het ogenblik waarop hij zelf in rechte wordt aangesproken. ¹⁵⁷

De in de artikelen 13 tot 19 Verjaringsverdrag bedoelde handelingen die plaatsvonden in een verdragssluitende Staat zullen volkomen gevolg hebben in een andere verdragssluitende Staat, op voorwaarde dat de schuldeiser de nodige maatregelen heeft genomen opdat de schuldenaar op korte termijn van deze maatregelen in kennis wordt gesteld (art. 30 Verjaringsverdrag).

54. OVERMACHT – Was het de schuldeiser wegens omstandigheden die hem niet konden worden toegerekend en die hij niet heeft kunnen voorkomen, noch overwinnen, niet mogelijk de loop van de verjaringstermijn te doen eindigen (cfr. de artikelen 13 t.e.m. 16 en art. 19 Verjaringsverdrag) ¹⁵⁸, dan kan de verjaringstermijn onder welbepaalde voorwaarden worden verlengd (art. 21 Verjaringsverdrag). Dit verschilt van de situatie naar Belgisch recht, alwaar overmacht in beginsel geen grond tot schorsing oplevert. ¹⁵⁹

¹⁵⁶ Cass. 29 januari 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 1, 149, concl. D. THUIS, *DAOR* 2004, afl. 70, 55, concl. D. THUIS, *Pas.* 2004, afl. 2, 186, *RABG* 2004, afl. 7, 402; *RW* 2004-05, afl. 11, 431, *TBH* 2004, afl. 6, 537, *TVV.* 2004, afl. 2, 133; Cass. (1e kamer), AR C.09.0085.F, 25 juni 2010 (Anra / Hendrickx en présence de Transport Bielen) *TBH* 2010 (samenvatting O. VANDENBERGHE), afl. 9, 895; Cass. (1e k.) AR C.10.0178.N, 27 mei 2011 (Stu-Wahr bvba / Waypoint nv, Unigarant nv).

¹⁵⁷ Vergelijken met de Belgische regeling lijkt de oplossing die het Verjaringsverdrag naar voren schuift wel interessant. Art. 18, lid 2 Verjaringsverdrag maakt het voor de koper immers mogelijk te wachten zijn vordering tegen de verkoper in te stellen totdat hij weet of zulks überhaupt wel nodig is. Anders dan in het Belgisch recht mag de koper, eens hij de verkoper schriftelijk in kennis heeft gesteld en hij binnen de absolute verjaringstermijn van tien jaar blijft (*supra* randnr. 0), de uitkomst van de procedure met zijn onderkoper afwachten.

¹⁵⁸ In zijn commentaar bij het Verdrag vermeldt Sono de volgende omstandigheden als gevallen van ‘overmacht’: een staat van oorlog of de onderbreking van de verbindingen; het overlijden of de onbekwaamheid van de schuldenaar wanneer nog geen beheerder van de goederen van de *decujus* of de onbekwame is benoemd; een valse verklaring of een achterhouding door de schuldenaar van zijn identiteit of zijn adres waardoor de schuldeiser werd verhinderd een procedure in te stellen; de bedrieglijke achterhouding van een gebrek van de zaak door de schuldenaar. Zie K. SONO. 164.

¹⁵⁹ Arbh. Antwerpen 9 juni 1992, *JTT* 1994, 59. Volgens het Hof van Cassatie volgt uit de bewoordingen van art. 2251 BW dat schorsing beperkt moet blijven tot enkel die gevallen waarin iemand *door de wet* verhinderd wordt zijn rechten geldend te maken (zie bijvoorbeeld Cass. 2 januari 1969, *Pas.* 1969, I, 386). Zie hierover C. LEBON, “Stuiting, schorsing en verlenging van verjaringstermijnen”, in I. CLAEYS (ed.), *Verjaring in het privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt?*, Mechelen, Kluwer, 114, nr. 41; M. MARCHANDISE, *La prescription libératoire en matière civil*, Brussel, Larcier, 2007, 152-153, nr. 152. In sommige bij

De verjaringstermijn wordt nochtans niet automatisch verlengd. Art. 21 Verjaringsverdrag verleent de schuldeiser, te rekenen vanaf het ogenblik waarop de omstandigheden die het instellen van een procedure verhinderd hebben een einde hebben genomen, minstens een jaar om een procedure in te stellen. Enkel indien de verjaringstermijn na het ophouden van de overmachtsituatie reeds is verstreken dan wel over minder dan een jaar zou verstrijken, wordt deze tot een jaar verlengd ¹⁶⁰. Aanvaardt men principieel dat overmacht een invloed kan hebben op de verjaringstermijn, dan lijkt de regeling zoals deze door het verdrag wordt voorgestaan, in vergelijking met bijvoorbeeld de stuiting of schorsing, een goede oplossing te kunnen bieden ¹⁶¹. Immers, doet zich in het prille begin van de verjaringstermijn een geval van overmacht voor, dan lijkt het niet te rechtvaardigen de verjaringstermijn ook in dat geval te verlengen.

2. 'STUITING' VAN DE VERJARINGSTERMIJN

55. Net als art. 2248 BW doet de schuldenaar die zijn verbintenis tegenover de schuldeiser erkent, een nieuwe verjaringstermijn van vier jaar te lopen (art. 20, lid 1 Verjaringsverdrag). Anders dan in het Belgische recht, ¹⁶² dient deze erkenning wel schriftelijk te gebeuren. De betaling van interesten of de gedeeltelijke nakoming door de schuldenaar kan als een erkenning worden beschouwd, althans indien uit deze betaling of uit deze nakoming redelijkerwijs kan worden afgeleid dat de schuldenaar zijn verbintenis erkent (art. 20, lid 2 Verjaringsverdrag).

De schuldeiser kan ook een nieuwe verjaringstermijn van vier jaar doen aanvangen, althans indien hij – overeenkomstig het recht van de Staat waar de schuldenaar zijn vestiging heeft – een handeling stelt die een verjaringstermijn

wet voorziene gevallen maakt overmacht nochtans wel een grond tot schorsing uit. Zie bijvoorbeeld art. 71, lid 2 in fine wisselbriefwet.

Vergelijk ook Wetsontwerp betreffende de toetreding van België: - tot het Verdrag inzake de verjaring bij internationale koop van roerende zaken, gedaan te New York op 14 juni 1974, en – tot het Protocol tot wijziging van het Verdrag inzake de verjaring bij internationale koop van roerende zaken, gedaan te Wenen op 11 april 1980, *Parl.St.* Senaat 2007-08, nr. 4-544/1, 10.

¹⁶⁰ F. ENDERLEIN en D. MASKOW, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992, 426, nr. 2; M. MÜLLER-CHEN, 1249, nr. 4; K. SONO., 164; De Engelstalige versie van art. 21 Verjaringsverdrag luidt als volgt: "(...) *the limitation period shall be extended so as not to expire before the expiration of one year from the date on which the relevant circumstance ceased to exist*" (eigen benadrukking). Minder duidelijk echter is de Franstalige versie: "(...) *le délai est prolongé d'un an à partir du moment où lesdites circonstances ont cessé d'exister*". Voor de vragen die op grond van de Franse tekst kunnen rijzen, zie; V. HEUZÉ, 446, nr.495; V. VIGGRIA, 830-831, nr. 18.

¹⁶¹ *Contra* V. VIGGRIA, 831, nr. 18. "*un système de suspension eut été plus approprié*".

¹⁶² Zie C. LEBON, "Stuiting, schorsing en verlenging van verjaringstermijnen", in I. CLAEYS (ed.), *Verjaring in het privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt?*, Mechelen, Kluwer, 110, nr. 34.

opnieuw doet beginnen (art. 19 Verjaringsverdrag). Het instellen van een gerechtelijke procedure zoals bedoeld in art. 13 e.v. Verjaringsverdrag valt hier uiteraard buiten. Naar Belgisch recht kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het dwangbevel van art. 2244 BW.¹⁶³

E. Gevolgen van de verjaring

56. Eens de verjaringstermijn is verstreken “*kunnen de rechten en vorderingen (...) niet meer worden uitgeoefend*” (art. 1 Verjaringsverdrag). Net als in het Belgisch recht (art. 2223 BW) treedt de verjaring echter niet automatisch in. Vereist is dat de belanghebbende partij zich op het verstrijken ervan beroept (24 Verjaringsverdrag).

Werd zij ingeroepen, dan heeft de verjaring tot gevolg dat in beginsel geen enkel recht kan worden erkend, noch uitvoerbaar kan worden verklaard in enige procedure die aanhangig werd gemaakt na het verstrijken van de verjaringsstermijn (art. 25, lid 1 Verjaringsverdrag). De verjaring tast dus niet het bestaan zelf van de schuldvordering aan.¹⁶⁴ De schuldenaar die na het verstrijken van de verjaringstermijn zijn verbintenis nakomt kan bijgevolg geen teruggave eisen (art. 26 Verjaringsverdrag). Daarnaast kan men zich ook op een verjaarde schuld beroepen als ‘middel ter verdediging’ of zelfs met het oog op een schuldvergelijking (art. 25, lid 2 Verjaringsverdrag). Opdat schuldvergelijking kan spelen, is wel vereist dat ofwel de twee schuldvorderingen voortvloeien uit dezelfde overeenkomst – minstens uit twee overeenkomsten gesloten tijdens dezelfde transactie – ofwel dat op enig tijdstip voor het verstrijken van de verjaringstermijn schuldvergelijking mogelijk is geweest (art. 25, lid 2, (a) en (b) Verjaringsverdrag).

F. Partijautonomie

57. EXPLICIETE UITSLUITING NOODZAKELIJK - Partijen kunnen de toepasselijkheid van het verjaringsverdrag op hun koopovereenkomst uitsluiten. In tegenstelling tot wat het geval is bij het CISG waar de toepasselijkheid impliciet kan worden uitgesloten (art. 6 CISG), moet de toepasselijkheid van het Verjarings-

¹⁶³ Zie F. ENDERLEIN en D. MASKOW, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992, 424, nr. 1; M. MÜLLER-CHEN, 1245, nr. 2.

¹⁶⁴ F. ENDERLEIN en D. MASKOW, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992, 431, nr. 1; M. MÜLLER-CHEN, 1255, nr. 1. Voor een overzicht van de opvattingen naar Belgisch recht, zie K. WILLEMS, *De natuurlijke verbintenis*, proefschrift KULeuven 2011, 187-214; V. SAGAERT, “Les effets de la prescription en droit belge”, in P. JOURDAIN en P. WÉRY (eds.), *La prescription extinctive*, Brussel, Bruylant, 2010, 105-129. en de verwijzingen aldaar.

verdrag expliciet worden uitgesloten. (zie art. 3, lid 2 Verjaringsverdrag).¹⁶⁵ Dit vormt dan ook een bijkomende reden voor partijen die het Weens Koopverdrag willen uitsluiten dit best expliciet te doen. Bovendien moeten partijen in dit geval beide verdragen expliciet uitsluiten. Een clause die het “internationaal uniform kooprecht uitsluit” is dubbelzinnig. Men zou kunnen argumenteren dat het Verjaringsverdrag de toepasselijkheid van het CISG veronderstelt. Anderzijds betreft het twee autonome verdragen. Een clause die enkel het “CISG” uitsluit, zou twijfel kunnen doen rijzen over de uitsluiting van het Verjaringsverdrag.¹⁶⁶

58. GEEN WIJZIGING VERJARINGSTERMIJN OF LOOP ERVAN - Eens het verdrag toepasselijk is, kunnen partijen noch de verjaringstermijn, noch de loop ervan wijzigen (art. 22, lid 1 Verjaringsverdrag).¹⁶⁷ Nochtans moet deze regel in twee gevallen genuanceerd worden. In de eerste plaats is het de schuldenaar mogelijk om, tijdens de loop van de verjaringstermijn, deze termijn te verlengen via een schriftelijke verklaring aan zijn schuldeiser (art. 22, lid 2 Verjaringsverdrag). Vereist is dat de verjaringstermijn reeds loopt. Een verklaring gegeven door de schuldenaar alvorens de verjaringstermijn is beginnen te lopen dan wel nadat de verjaringstermijn reeds is verstreken, is bijgevolg ongeldig.¹⁶⁸ Daarnaast is het partijen ook mogelijk in de koopovereenkomst te bepalen dat een arbitrale procedure moet worden gestart binnen een kortere termijn dan die waarin het Verjaringsverdrag voorziet. Een dergelijk beding is geldig, op voorwaarde althans dat het op de koopovereenkomst toepasselijke recht hiertoe de mogelijkheid laat (art. 22, lid 3 Verjaringsverdrag).

Of het voor partijen mogelijk is om, net zoals dat het geval is in het CISG, de toepassing van één of meerder artikel(en) uit te sluiten of te wijzigen – althans in zoverre het niet rechtstreeks betrekking heeft op de verjaringstermijn zelf – is betwist.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Dit is anders dan in het CISG, alwaar ook een impliciete uitsluiting mogelijk is (art. 6 CISG).

¹⁶⁶ U. MAGNUS, “Limitation in the International Arena – the United Nations Limitation Convention for International Sales”, in O. REMIEN (ed.), *Verjährungsrecht in Europa – Zwischen Bewährung und Reform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 98.

¹⁶⁷ Dit verschilt van het Belgisch recht, alwaar het partijen in beginsel mogelijk is de wettelijke verjaringstermijnen in te korten. Zie A. Van Oevelen, “Conventionele bedingen inzake de verjaring”, in I. CLAEYS (ed.), *Verjaring in het privaatrecht. Weet de avond wat de morgen brengt?*, Mechelen, Kluwer, 126, nr. 7; S. STIJNS, I. SAMOY en A. LENAERTS, “De rol van de wil en het gedrag van partijen bij de bevrijdende verjaring”, *RW* 2010-11, 1541, nr. 10.

¹⁶⁸ F. ENDERLEIN en D. MASKOW, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992, 427, nr. 2; M. MÜLLER-CHEN, 1250, nr. 3.

¹⁶⁹ In de zin dat, behoudens voor de verjaringstermijn zelf, het Verjaringsverdrag de partij-autonomie niet aantast: U. MAGNUS, 98 en de verwijzingen aldaar. *Contra*: M. MÜLLER-CHEN, 1223, nr. 4.

G. Conclusie

59. Gelet op het gering aantal ratificaties kan men zich de vraag stellen of de beoogde rechtszekerheid er inderdaad mee gediend is dat nog maar eens een bijkomende regeling voor verjaring in de Belgische rechtsorde wordt toegevoegd.¹⁷⁰ Hoewel het Verjaringsverdrag onmiskenbaar een aantal interessante oplossingen biedt, zijn er toch ook een aantal nadelen aan verbonden. Zo bevat het Verjaringsverdrag voor de Belgische jurist een aantal niet onbelangrijke nieuwigheden (lees valstrikken). Dat het partijen bovendien onmogelijk is de algemeen geldende vierjarige verjaringstermijn – die geldt ongeacht de aard van de vordering - bij overeenkomst in te korten, kan als een gemis worden omschreven.¹⁷¹ De schuldeiser/handelaar die onder het verdrag valt, geniet op een aantal punten bovendien heel wat minder bescherming (bijvoorbeeld qua verjaringstermijn) dan wat het geval zou zijn geweest onder het gemene recht.¹⁷²

§2. Regels bij niet-toepasselijkheid verjaringsverdrag

60. LEX CONTRACTUS BEPAALT TOEPASSELIJKE VERJARINGSREGIME - Indien het Verjaringsverdrag niet van toepassing moeten de toepasselijke verjaringstermijn bepaald worden op basis van de *lex contractus* (art. 12d, Rome I V°).

61. Probleem als nationaal verjaringsregels de vordering wegens niet-conformiteit doet verjaren voor verstrijken waarborgtermijn - Een probleem van combinatie van het nationaal contractenrecht met het Weens Koopverdrag rijst, wanneer de nationale verjaringstermijnen korter zijn dan de waarborgtermijn van artikel 39, lid 2 CISG. Het probleem stelt zich bv. naar Zwitsers recht. Artikel 210 Code des Obligations bepaalt dat de vorderingen wegens niet-conformiteit van de koopwaar verjaren één jaar na de levering.¹⁷³ Het Bundesgerichtshof is de rechtsleer bijgetreden die een dergelijke resultaat strijdig vindt met de (internationaalrechtelijke) primauteit van de regels van het Weens Koopverdrag. Om het conflict op te lossen werden diverse oplossingen verdedigd: hetzij toepassing van de gemeenrechtelijke tienjarige verjaringstermijn van tien jaar (art. 127 Code des Obligations),¹⁷⁴ hetzij uitbreiding van de verjaringstermijn van een jaar tot twee jaar vanaf de levering;¹⁷⁵ hetzij niet de levering maar de datum van de kennisgeving van de niet-conformiteit als ver-

¹⁷⁰ V. VIGGRIA, nr. 25.

¹⁷¹ In die zin ook M. MÜLLER-CHEN, 1216, nr. 6.

¹⁷² Zie ook V. VIGGRIA, 832, nr. 25.

¹⁷³ Artikel 210, lid 1 Code des Obligations bepaalt: “Toute action en garantie pour les défauts de la chose se prescrit par un an dès la livraison faite à l’acheteur, même si ce dernier n’a découvert les défauts que plus tard; sauf le cas dans lequel le vendeur aurait promis sa garantie pour un délai plus long”

¹⁷⁴ Artikel 127 Code des Obligations bepaalt “Toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n’en dispose pas autrement”.

¹⁷⁵ Cour de Justice Genève 10 oktober 1997, *CISG-online* 10 oktober 1997, CISG-online nr. 295.

trekpunt van de eenjarige verjaringstermijn te nemen;¹⁷⁶ Omdat in het concrete geval dat voor het Bundesgerichtshof voorlag (...) de verjaring sowieso was onderbroken, hoefde het Bundesgerichtshof niet te opteren voor één van deze oplossingen. Conventioneel kunnen partijen hieraan remediëren door te bepalen dat de verjaringstermijn niet verstrijkt voor het einde van de waarborgtermijn van artikel 39, lid 2 CISG. Wanneer het Verjaringsverdrag van toepassing is deze clausule in feite zonder voorwerp, in de mate dat de verjaringstermijn van 4 jaar van het Verjaringsverdrag steeds langer is dan de tweejarige waarborgtermijn. De meeste EU-landen hebben het probleem opgelost door hun initieel kortere verjaringstermijn te verlengen tot twee jaar.

62. PROBLEEM VAN INTEGRATIE VAN MONISTISCH KOOPRECHT MET VERJARINGSRECHT VAN EEN DUAAL KOOPRECHT -Indien het (dual) Frans recht als *lex contractus* van toepassing is, rijst de vraag welke verjaringstermijn toegepast moet worden, de tweejarige termijn art. 1648 CC dan wel de verjaringstermijn van niet-conforme levering. Men zou hierbij de oplossing kunnen laten afhangen door dit te laten afhangen van de interne rekwalificatie van het gevorderde. Een andere opvatting stelt dat men ter zake een uniforme verjaringstermijn moet toepassen conform het unitair concept. Hierbij gaat de voorkeur uit naar de (weliswaar voor het internationale kooprecht zeer lange) verjaringstermijn van gemeen recht; d.i. 10 jaar.¹⁷⁷

§2. Een mijlpaalarrest over imprevisie en Unidroit als aanvullend recht

Specifieke bibliografie

- C. COX, "Gewijzigde omstandigheden in internationale koopcontracten: het Hof van Cassatie als pionier", *RW* 2009-10, afl. 18, 730-737 (hierna C. COX)
- J. DEWEZ, "La théorie de l'imprevison au regard de l'article 79 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise – Belgian case note", *ERPL* 2011, 101-116 (hierna J. DEWEZ)
- J. MALFIET, "Hoe contracteren onder CISG aanleiding kan geven tot onvoorziene omstandigheden" (noot onder Cass. 19 juni 2009), *T.B.H.* 2010, afl. 9, 885-894 (hierna J. MALFIET)
- R. MOMBERG URIBE, "The duty to renegotiate an international sales contract in case of hardship – International case note", *ERPL* 2011, 119-135 (hierna R. MOMBERG-URIBE)

¹⁷⁶ Handelsgericht Bern 30 oktober 2001, *CISG-online* nr. 956; Handelsgericht Bern 17 januari 2002, *CISG-online*, nr. 725.

¹⁷⁷ V. HEUZE, nr. 313, 277; P. SCHLECHTRIEM en C. WITZ, nr. 233, 233-234; C. WITZ, *D.* 1997 337 "Convention de Vienne et droit interne de la vente. Des motifs très éclairants sur le droit uniforme de la vente internationale au soutien d'une cassation classique pour méconnaissance de la distinction entre garantie des vices cachés et obligation de deliverance".

- I. SCHWENZER, “Force majeure and hardship in international sales contracts”, *Victoria U. Wellington L. rev.* 2008, afl. 39, 709-725 (hierna I. SCHWENZER (1))
- I. SCHWENZER, “art. 79 CISG”, in P. SCHLECHTRIEM en I. SCHWENZER (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 1062-1087 (hierna I. SCHWENZER (2))
- A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht”, *TPR* 2008, 603-633 (hierna A. VAN OEVELEN)

63. MIJLPAALARREST STELT DAT IMPREVISIE VALT ONDER ART. 79 CISG MET VERWIJZING NAAR UNIDROIT PRINCIPLES - In het Belgisch (nationaal) recht heeft de imprevisieer in de heersende rechtspraak (vooralsnog) geen ingang gevonden¹⁷⁸. Voor wat het Weens Kooprecht (CISG) betreft, heeft het Belgische Hof van Cassatie in een mijlpaalarrest¹⁷⁹ van 19 juni 2009¹⁸⁰ nochtans geoordeeld 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*”, een ‘verhinderings’ kunnen uitmaken in de zin van art. 79 van het Weens Koopverdrag. Onder verwijzing naar de Unidroit Principles of International Commercial Contracts (hierna Unidroit Principles) vervolgt het Hof dat uit de algemene beginselen waarop het CISG berust, volgt dat “*een partij die een beroep doet op gewijzigde omstandigheden waardoor het contractuele evenwicht fundamenteel wordt verstoord gerechtigd (is) de heronderhandeling van de overeenkomst te vorderen*”.

Door te oordelen dat gewijzigde omstandigheden onder bepaalde voorwaarden een “verhinderings” kunnen uitmaken in de zin van art. 79 CISG creëert het Hof niet enkel een belangrijk precedent inzake imprevisie (infra randnr. **). Belangrijker misschien wel is de bevinding van het Hof dat de Unidroit Principles, als regels van *soft law* uitgaande van een intergouvernementele organisatie, kunnen worden aangewend ter interpretatie en aanvulling van het CISG (infra randnr. **)

De feiten die aan het arrest ten grondslag liggen zijn relatief eenvoudig¹⁸¹. Een Nederlandse koper sloot met een Franse vennootschap een aantal verkoopovereenkomsten voor de levering van stalen buizen tegen een door partijen afgesproken vaste prijs. Naar aanleiding van een stijging van de staalprijs met 70 % laat de verkoper weten dat het haar niet meer mogelijk is de buizen tegen de overeengekomen prijs te leveren, en stelt aan de koper een hogere

¹⁷⁸ Zie A. VAN OEVELEN, 624, nr. 17 en de verwijzingen aldaar. Al moet dit uitgangspunt niettemin enigszins genuanceerd worden (A. VAN OEVELEN, 627, nr. 19).

¹⁷⁹ Zie in het bijzonder C. COX, 731; R. MOMBERG URIBE, 119, nr. 3.1 *in fine*.

¹⁸⁰ Cass. 19 juni 2009, *Arr.Cass.* 2009, afl. 6-7-8, 1736, *DAOR* 2010, afl. 94, 149, noot D. PHILIPPE, R.W. 2009-10, afl. 18, 744, noot K. COX, *Pas.* 2009, afl. 6-8, 1590, *TBH* 2009, afl. 7, 734, *TBH* 2010, afl. 9, 879 noot J. MALFIET, *Tijdschrift@ipr.be* 2009, afl. 4, 25.

¹⁸¹ Voor een meer omstandige uiteenzetting van de feiten en het procedureverloop, zie onder meer C. COX, “731-733; J. DEWEZ, “La 101-104; J. MALFIET, 885-886;.

koopprijs voor. Onderhandelingen tussen partijen zijn echter zonder succes gebleven.

A. Toepassingsgebied art. 79 (1) CISG

64. ARTIKEL 79 (1°) REFEREERT NIET UITDRUKKELIJK NAAR IMPREVISIE MAAR SLUIT HET NIET UIT - Anders dan enkele andere internationale instrumenten¹⁸² bevat het CISG geen enkele bijzondere bepaling inzake imprevisie¹⁸³. Art. 79 (1) CISG bepaalt slechts dat een partij niet aansprakelijk is voor een tekortkoming in de nakoming van een van haar verplichtingen, indien (a) deze niet-nakoming werd veroorzaakt door een verhindering die buiten haar macht lag, (b) dat van deze partij redelijkerwijs niet kon worden verwacht dat zij bij het sluiten van de overeenkomst met die verhindering rekening zou hebben gehouden of (c) dat zij deze verhindering of de gevolgen ervan zou hebben vermeden of te boven zou zijn gekomen. Gesteld dat aan de overige voorwaarden van art. 79 (1) CISG is voldaan¹⁸⁴, rijst de vraag of er ook sprake kan zijn van een ‘verhindering’ (*“impediment”*, *“empêchement”*) bij een wijziging van omstandigheden (imprevisie/hardship). Deze vraag is zeer omstreven.¹⁸⁵ Een meerderheid van de auteurs neemt nochtans aan dat uit het stilzwijgen dien-aangaande van het CISG niet kan worden afgeleid dat het CISG hardship (imprevisie) zou uitsluiten¹⁸⁶. Ook de CISG Advisory Counsel¹⁸⁷ is de mening toegedaan dat hardship een ‘verhindering’ kan uitmaken in de zin van art. 79 (1) CISG.¹⁸⁸

65. HOF VAN CASSATIE ERKENT DAT IMPREVISIE VERVAT IS IN ARTIKEL 79, 1 CISG - Door uitdrukkelijk te oordelen dat een partij, bij een wijziging van omstandigheden waardoor het contractueel evenwicht fundamenteel wordt ver-

¹⁸² Zie art. 6.2.1 – 6.2.3 Unidroit Principles, art. 6:111 PECL 1999, art. III – 1:110 DCFR 2008 en de ICC model clauses on force majeure en hardship.

¹⁸³ Zie I. SCHWENZER (1), 712.

¹⁸⁴ Voor een bespreking van deze voorwaarden, zie onder meer Y.M. ATAMER, “art. 79 CISG”, in S. KRÖLL, L. MISTELIS en P. VISCASILLAS (eds.), UN Convention on contracts for the international sale of goods (CISG), München, Beck, 2011, 1071-1079, nr. 43-59; r. 10-15; I. SCHWENZER (2), 1076-1070, nr. 10-15.

¹⁸⁵ Voor een duidelijk overzicht van de verschillende opvatting terzake, zie J. DEWEZ, 105-109; J. MALFIET, 887-889.

¹⁸⁶ Zie I. SCHWENZER (2), 1076, nr. 30; Y.M. ATAMER, “art. 79 CISG”, in S. KRÖLL, L. MISTELIS en P. VISCASILLAS (eds.), UN Convention on contracts for the international sale of goods (CISG), München, Beck, 2011, 1089, nr. 79; J.O. HONNOLD en H.M. FLECHTNER, Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 627 nr. 432.2

¹⁸⁷ Zie C. COX, 733. Voor meer informatie over de CISG Advisory Counsel, zie <http://www.cisgac.com>.

¹⁸⁸ Overweging 3.1 CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>.

stoord, zich op art. 79 (1) CISG kan beroepen, is het Hof van Cassatie deze meerderheidsopvatting bijgetreden. Aan het arrest van 19 juni 2009 komt echter een belangrijke precedentswaarde toe, nu het vooralsnog de eerste keer is – en dit zowel op nationaal als op internationaal niveau – dat een rechterlijke uitspraak de imprevisieeler uitdrukkelijk aanvaard heeft onder het CISG ¹⁸⁹. Het moet dan ook worden betrouwd dat het Hof haar beslissing dienaangaande niet uitvoeriger heeft gemotiveerd ¹⁹⁰. Dit geldt eens te meer nu een meerderheid van de auteurs de mening is toegedaan dat dat een prijssschommeling in beginsel geen hardship uitmaakt, tenzij het om een ‘zeer belangrijke prijssschommeling’ zou gaan ¹⁹¹.

B. Heronderhandelingsverplichting – CISG ‘gap filling’ en de Unidroit Principles

66. HERONDERHANDELINGSVERPLICHTING NIET VOORZIEN ALS CONTRACTUELE REMEDIE IN CISG -Aanvaardt men dat een partij zich op hardship kan beroepen, rijst uiteraard de vraag naar haar gevolgen. Beroept een partij zich op een verhindering in de zin van art. 79 (1) CISG dan is zij niet tot enige schadevergoeding gehouden. Niets verhindert echter dat partijen “*enig ander recht dan dat op schadevergoeding*” zouden oefenen (art. 79 (5) CISG). Men denke hiervoor aan de gedwongen uitvoering in natura, ¹⁹²de ontbinding van de overeenkomst ¹⁹³ of een recht op prijsvermindering. ¹⁹⁴ Anders dan bijvoorbeeld de Unidroit Principles ¹⁹⁵ voorziet het CISG evenwel niet in de mogelijkheid een heronderhandeling van de contractsvoorwaarden te eisen, noch in de mogelijkheid voor de rechter of arbiter om de contractsvoorwaarden aan te passen of te ontbinden.

67. HERONDERHANDELINGSPLICHT IN TE VULLEN ALS LACUNE DOOR ALGEMENE BEGINSELEN CISG MAAR OOK VIA UNIDROIT PRINCIPES - Een deel van de auteurs neemt daarom aan dat hoewel hardship weliswaar onder art. 79 CISG kan vallen, er wat de ‘remedies’ betreft in het Verdrag sprake is van een zgn. ‘interne lacune’. De ‘klassieke’ remedies van het CISG zouden voor hardship

¹⁸⁹ Zie J. DEWEZ, 105-109.

¹⁹⁰ Zie J. DEWEZ, 105-109.

¹⁹¹ Zelfs een prijsstijging van meer dan 100 % lijkt doorgaans als onvoldoende te worden aanzien. SCHWENZER bijvoorbeeld stelt voor als richtlijn een prijsstijging van minstens 150 tot 200 % te hanteren. Zie I. SCHWENZER (1), 716-717 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

¹⁹² Zolang er nog daadwerkelijk sprake is van een ‘verhindering’ (hardship) zal een gedwongen uitvoering *in natura* uiteraard niet mogelijk zijn. Zie I. SCHWENZER (1), 720 *in fine*; Y.M. ATAMER, “art. 79 CISG”, in S. KRÖLL, L. MISTELIS en P. VISCASILLAS (eds.), UN Convention on contracts for the international sale of goods (CISG), München, Beck, 2011, 1068, nr. 35. I. SCHWENZER (2), 1076-1084, nr. 54.

¹⁹³ Art. 49 en 64 CISG.

¹⁹⁴ Art. 50 CISG (de zgn. *actio quanti minoris*).

¹⁹⁵ Zie art. 6.2.3 Unidroit Principles. Vergelijk ook art. 6:111 PECL en art. III – 1:110 DCFR.

immers onaanangepast zijn¹⁹⁶. Een ander belangrijk deel van de rechtsleer is van oordeel dat het tegenstrijdig is hardship enerzijds bij art. 79 CISG onder te brengen maar anderzijds te stellen dat dit artikel niet in de gewenste remedies voorziet¹⁹⁷. Art. 79 CISG voorziet immers zelf in een consistent en coherent systeem, zowel voor wat de vervullen toepassingsvoorwaarden, als wat de remedies betreft.

Welk standpunt neemt het Hof in deze discussie in? Net als de eerste strekking lijkt ook het Hof van Cassatie, impliciet weliswaar, aan te nemen dat het CISG ter zake een lacune vertoont. Voor de vraag of partijen in het geval van hardship al dan niet tot een heronderhandeling van de contractvoorwaarden kunnen gehouden zijn, moet volgens het Hof een beroep worden gedaan op art. 7 CISG dat stelt dat “*vragen betreffende de door dit Verdrag geregelde onderwerpen, die hierin niet uitdrukkelijk 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*”. Terecht oordeelt het Hof dat bij een lacune in eerste instantie moet teruggegrepen worden naar de ‘algemene beginselen waarop dit Verdrag berust’. Nochtans moeten volgens het Hof, en hiermee neemt het Hof zonder meer een pioniersrol op zich¹⁹⁸, zulke ‘algemene beginselen’ niet uitsluitend binnen het CISG zelf worden gezocht (interne beginselen), doch kunnen zij eveneens worden afgeleid “*uit de algemene beginselen die het recht van de internationale handel beheersen*” (externe beginselen), zoals die *onder meer* in de Unidroit Principles werden neergelegd¹⁹⁹. Het Hof van Beroep van Antwerpen²⁰⁰ kon bijgevolg wettig beslis-

196 C. KESSEDIAN, “Competing approaches to force majeure and hardship”, *International Review of Law and Economics* 2005, 430; A.M. GARRO, “Comparison between provisions of the CISG regarding exemption of liability for damages (Art. 79) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html>, nr. 15; C. COX, 735; J. DEWEZ, 110-111; J. MALFIET, 890.

197 H.M. FLECHTNER, “The exemption provisions of the sales convention, including comments on “hardship” doctrine and the 19 June 2009 decision of the Belgian Cassation Court”, *Belgrade Law Review* 2011, afl. 3, 97; J.O. HONNOLD en H.M. FLECHTNER, *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 629; I. SCHWENZER (1), 724. Het algemeen beginsel van de schadebeperkingsplicht laat volgens SCHWENZER immers toe om via de bestaande remedies onder het CISG tot een vergelijkbare oplossing te komen. Zo ook overweegt de CISG Advisory Counsel dat “*Even if one were not ready to stretch the principle of good faith buried in CISG Article 7(1) in order to find a balance of the performances, CISG Article 79(5) may be relied upon to open up the possibility for a court or arbitral tribunal to determine what is owed to each other, thus “adapting” the terms of the contract to the changed circumstances.*” Zie I. SCHWENZER (1), “724 voor een concrete uitwerking van de werkwijze die hierbij gevolgd kan worden.

198 Nog nooit eerder heeft een rechtbank van het hoogste niveau zoals het Hof van Cassatie naar deze Principles verwezen. Zie C. COX, 735; D. PHILIPPE, “Renégotiation du contrat en cas de changement de circonstances: une porte entrouverte” (noot onder Cass. 19 juni 2009), *DAOR* 2010, afl. 94, 160, nr. 12.

199 R. MOMBERG, 124, 3.3.

sen dat tussen partijen een heronderhandelingsverplichting bestaat, waarvan de miskenning desgevallend een contractuele fout kan uitmaken.

68. AANVULLENDE ROL UNIDROIT PRINCIPLES VOORZOVER ALGEMEEN BEGINSEL OOK VERVAT IN CISG - Of instrumenten van soft law zoals de Unidroit Principles kunnen worden aangewend ter interpretatie of aanvulling van het CISG is al langer betwist. Een belangrijk deel van de auteurs neemt aan dat de Unidroit Principles als een bij het CISG aanvullende bron kunnen worden aangewend.²⁰¹ Dit is tevens in overeenstemming met de officiële verklaring van de VN commissie van 4 juli 2007, waarin de commissie uitdrukkelijk stelt dat de Principles instrumenten van internationaal recht kunnen interpreteren en aanvullen, inclusief de CISG.²⁰² Belangrijk is wel dat men de Unidroit Principles steeds beschouwt als een verdere uitwerking van de ‘interne beginselen’ van het CISG zelf. Het zou inderdaad te ver gaan te stellen dat de Unidroit Principles op zich ‘algemene beginselen’ uitmaken in de zin van art. 7 (2) CISG.²⁰³ Het is dus slechts in zoverre het CISG een algemeen beginsel formuleert, dat de verdere uitwerking ervan mag worden gebaseerd op de Unidroit Principles als ‘bijkomend argument’.²⁰⁴

Biedt het CISG enige rechtsbasis om een heronderhandelingsverplichting bij hardship te staven? Het Hof van Cassatie gaat hier niet uitdrukkelijk op in. Een

²⁰⁰ Net als het Hof van Cassatie was ook het Hof van Beroep van mening dat het CISG voor wat de remedies bij hardship, een lacune vertoont. Anders dan het Hof van Cassatie, leidt het hof van beroep de heronderhandelingsverplichting evenwel af uit het volgens de regels van het internationaal privaatrecht toepasselijke regels, m.n. het Frans recht.

²⁰¹ Zie I. SCHWENZER, (2) 139, nr. 36; B. FAUVARQUE-COSSON, “Révision judiciaire pour imprévision: La Cour de cassation belge montre la voie”, *Revue des contrats* 2010, 1408-1411; P. PERALES VISCASILLAS, “The role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the interpretation and gap-filling of CISG”, in A. JANSSEN en O. MEYER (eds.), *CISG Methodology*, München, Sellier, 2009, 287-317; P. PERALES VISCASILLAS, “art. 7 CISG”, in S. KRÖLL, L. MISTELIS en P. VISCASILLAS (eds.), *UN Convention on contracts for the international sale of goods (CISG)*, München, Beck, 2011, 139, nr. 61; C. BRUNNER, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2009, 41 en de verwijzingen aldaar.

²⁰² A/62/17 (Part I) – Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its fortieth session, www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/40th.html, nr. 213.

²⁰³ J. MALFIET, nr. 2.2.2. Dit is logisch, nu de opstellers van de Unidroit Principles in sommige gevallen hebben geopteerd voor wat zij als ‘the best solution’ beschouwen, “even if still not yet generally accepted”. Om die reden wijken de Unidroit Principles soms ook welbewust af van de in het CISG gehanteerde methode (R. MOMBERG URIBE, 122).

²⁰⁴ I. SCHWENZER, “Art. 7 CISG”, in P. SCHLECHTRIEM en I. SCHWENZER (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, Oxford UNIVERSITY Press, 2010, 139, nr. 36; J. MALFIET, 9, 891, nr. 2.2.2.

deel van de rechtsleer stelt nochtans voor de heronderhandelingsverplichting te baseren op het beginsel van de goede trouw van art. 7 (1) CISG.²⁰⁵

Het arrest van 19 juni 2009 heeft weliswaar enkel betrekking op het al dan niet bestaan van een heronderhandelingsverplichting. Of een partij zich bij een falen van de onderhandelingen tot de rechtbank of arbiter mag wenden opdat deze laatste – zoals in art. 6.2.3 (3) en (4) Unidroit Principles – kan beslissen ofwel de overeenkomst aan te passen en alzo het contractuele evenwicht te herstellen ofwel de overeenkomst te ontbinden, spreekt het Hof zich niet echter uit.²⁰⁶ Laat een van de partijen na haar medewerking te verlenen aan serieuze en redelijke heronderhandelingen erop gericht het contractuele evenwicht te herstellen, kan de rechter zo'n ongerechtvaardigd verzuim sanctioneren. *In casu* werd aan de gegriefde partij een schadevergoeding toekennen voor de reeds geleverde goederen. *De facto* komt dit op hetzelfde neer als een prijsaanpassing. Formeel gezien blijft het contract, en daaraan gerelateerde beginsel van *pacta sunt servanda*, in dit geval dan ook onaangetast.²⁰⁷

²⁰⁵ Vergelijk CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>, nr. 40. Zie eveneens C. BRUNNER, Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2009, 480; C. KESSEDIAN, "Competing approaches to force majeure and hardship", *International Review of Law and Economics* 2005, 419. Ook SCHLECHTRIEM lijkt die mening toegedaan, zie de stelling van prof. SCHLECHTRIEM in H. FLECHTNER, "Transcript of a Workshop on the Sales Convention: "Leading CISG scholars discuss Contract Formation,- Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, "Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical -Application, and much more", *18 Journal of Law & Commerce* 1999, 236 tevens beschikbaar op <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop.html>; Het is betwist of het CISG wel een zelfstandige verplichting kent voor partijen te handelen overeenkomstig de eisen van de goede trouw, dan wel dat de interpretatie te goeder trouw van art. 7 (1) CISG enkel handelt over de interpretatie van het Verdrag zelf. Voor een overzicht van de opvattingen ter zake, zie onder meer P. PERALES VISCASILLAS, "art. 7 CISG", in S. KRÖLL, L. MISTELIS en P. VISCASILLAS (eds.), UN Convention on contracts for the international sale of goods (CISG), München, Beck, 2011, 120-124.

²⁰⁶ C. COX, 736; J. DEWEZ, 115-116; J. MALFIET, 893. De vrees die sommige auteurs uit het 'common law' uitdrukken dat het Hof hiermee een aanpassingsmogelijkheid aan de civil law landen zou opdringen, lijkt dan ook onjuist (zie H.M. FLECHTNER, "The exemption provisions of the sales convention, including comments on "hardship" doctrine and the 19 June 2009 decision of the Belgian Cassation Court", *Belgrade Law Review* 2011, afl. 3, in het bijzonder pagina 97).

²⁰⁷ Zie J. MALFIET, 893; R. MOMBERG URIBE, 133.

§3. *Kwaliteitsstandaard koper of verkoper bij internationale verkoop: een Vlaamse mosselcase?*

69. PROBLEEMSTELLING: DIVERSITEIT AAN (NATIONALE) TECHNISCHE VOORSCHRIFTEN - Eén van de voornaamste moeilijkheden die de 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?²⁰⁸ De normen die gelden in het land van de verkoper verschillen immers nog vaak van de normen die gelden in het land van de koper, ondanks pogingen tot harmonisatie door verscheidene internationale organisaties.

De meerderheid in de rechtsleer vindt dat de verkoper in principe alleen rekening moet houden met die regels die gelden op het grondgebied waar hij gevestigd is,²⁰⁹ in de mate dat een verkoper in de regel zijn producten produceert voor de binnenlandse markt.²¹⁰ Anderen denken dat men in principe de normen moet toepassen van de koper. Nog anderen menen dat ter zake geen algemene regels gelden en dat geval per geval moet beoordeeld worden of de normen van de verkoper, de koper dan wel van een derde staat gelden (bv. 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 leverancier²¹¹). In bepaalde gevallen gelden dan weer internationaal aanvaarde minimumnormen.²¹²

Er zijn situaties in dewelke 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 zal de beslissing afhangen van de partij die het risico dient te dragen dat de goederen niet kunnen gebruikt worden voor datgene wat de partijen als het normaal 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. 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

²⁰⁸ H. VAN HOUTTE en P. WAUTELET “Obligations des parties et sanctions des obligations dans la cvim”, *RDAI* 2001, nr. 3, nr 22.

²⁰⁹ C. BRUNNER, *UN-Kaufrecht – CISG*, Stämpfli Verlag Bern 2004, Art. 35, nr. 10, 196; K.H. NEUMAYER en C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de Vente internationale de marchandises*, F. DESSEMONTET (ed.), Lausanne, CEDIDAC, 1993, Art. 35, 278.

²¹⁰ V. HEUZÉ, *La Vente internationale des marchandises Droit Uniforme*, J. GHESTIN (ed.), Parijs, LGDJ, 2000, nr. 294, 255.

²¹¹ V. HEUZÉ, nr. 294, 256.

²¹² I. SCHWENZER, in P. SCHLECHTRIEM en I. SCHWENZER (2011), Art. 35, nr. 16, 578.

ook op economische gronden worden verantwoord vermits de koper veel goedkoper en efficiënter de informatie kan verkrijgen dan de verkoper.²¹³ Steun voor die opvatting vindt men ook in artikel 6.1.14 a Unidroit Principles: die als volgt luiden: “*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;*”

Leading case²¹⁴ in dit verband is de uitspraak van het Bundesgerichtshof (8 maart 1995)²¹⁵ in de bekende mosselzaak betreffende de verkoop door een Zwitserse verkoper aan een Duitse koper van mosselen uit Nieuw-Zeeland die in Duitsland geleverd werden voor voortverkoop.

Het overwoog dat in beginsel de conformiteit van de goederen bepaald moet worden op basis van de overeenkomst tussen partijen.

Ter zake was niets overeengekomen over de noodzaak van de goederen om te moeten voldoen aan de Duitse standaarden. Zelfs wanneer de verkoper wist dat de goederen in Duitsland verkocht werden, impliceert zulks niet noodzakelijk dat impliciet aanvaard werd dat de goederen verkoopbaar moesten zijn via de kleinhandel of conform moesten zijn met de gespecialiseerde (Duitse) voedsel-reglementering van de jurisdictie van de koper. Van een buitenlandse verkoper kan normalerwijze niet verwacht worden dat hij hoogte is van dergelijke specifieke reglementering (en hij kan derhalve ook niet aansprakelijk worden gesteld voor de niet-inachtnaam van deze reglementering) Dit geldt des te meer wanneer, zoals *in casu*, in feite geen specifieke wettelijke reglementering voor vis voorhanden zijn.

²¹³ R.F. HENSCHER, *The conformity of goods in international sales*, Kopenhagen, 2005, Forlaget Thomson Gadjura, 200-201.

²¹⁴ De principes vastgelegd door het Bundesgerichtshof werden door andere rechtbanken uit andere jurisdicties overgenomen in latere beslissingen: zoals een beslissing van de United States Federal District Court E.D Louisiana 17 mei 1999 ter bevestiging van een arbitrale uitspraak i.v.m. een verkoop van Italiaanse apparatuur voor mammografie naar de VS, die niet voldeed aan de voorschriften van de US governmental safety regulation (USA, 17-Mei-1999, *CISG-online* 387, Civ. A. 99-0380; *D.* 1999 Somm. 369-370; *IPRax* 1999, 388-389); of een beslissing van de Audiencia Provincial Granada i.v.m. de verkoop van ingevoren kippebillen voor paëllagerechten verkocht door een Spaanse onderneming aan een Noord-Amerikaanse koper bestemd voor Oekraïne, die niet voldeden aan de Oekraïense normen. Belangrijk is dat de koper de verkoper de koper nooit in kennis heeft gesteld van deze normen (Audiencia Provincial de Granada Spanje, 2 maart 2000, *CISG-online* 756, 143/2000; Oberster Gerichtshof Oostenrijk 13 april 2000, *CISG-online* 576, 20b100/0 i.v.m. de verkoop van tweedehandsmachines (om te bouwen) door een Duitse verkoper aan een Oostenrijkse koper; of een beslissing van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main i.v.m. de verkoop van Belgisch diepvries varkensvlees in de dioxineperiode aan een Duitse koper, gelet op een verordening van de Duitse regering ter bescherming van de verbruiker voor Belgisch varkensvlees die de verkoop van het Belgisch varkensvlees verbood (Oberlandesgericht Frankfurt am Main 29 Januari 2004, *CISG-online* 822, 3 U 84/03).

²¹⁵ BGH 8 maart 1995, RIw 1995, 595; EuZw 1995, 447; NJW 1995, 2099.

In de lijn van deze beslissing van het Bundesgericht ligt ook een recente 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 geweigerd omdat de trappen niet overeenkomstig de Britse technische normen werden vervaardigd. Deze normen zouden voorschrijven dat treden moet voorzien van een geïntegreerde antislipneus, waardoor de treden bij de productie niet glad kunnen worden afgewerkt maar moeten voorzien worden van 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 dat deze zich dient 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”²¹⁶

Een verkoper die exporteert naar een land moet volgens het Bundesgerichtshof uitzonderlijk wel op de hoogte zijn van de administratiefrechtelijke voorschriften van het importland wanneer één van de volgende drie uitzonderingen van toepassing zijn: 1°) indien dezelfde voorschriften van toepassing zijn in de jurisdictie van de verkoper.²¹⁷ 2°) indien de koper de koper geïnformeerd heeft over het bestaan van deze reglementering. In dit geval zou men dit kunnen kwalificeren als een bijzonder doel, zodat in dit geval artikel 35 (2)b CISG van toepassing wordt. Het zou trouwens ook kunnen beschouwd worden als een toepassing van artikel 35(1) CISG. Het is de taak van de koper zich te informeren over de veiligheids- en andere vereisten die gelden in het land waar het goed gebruikt zal worden en die uitdrukkelijk onder de aandacht van de verkoper te brengen 3°) indien de koper wist of behoorde deze reglementering te kennen op grond van “bijzondere omstandigheden”, m.n. wanneer de verkoper een bijkantoor heeft in de jurisdictie van de koper of zijn producten regelmatig exporteerde naar de jurisdictie van de koper.²¹⁸

²¹⁶ Kh. Hasselt (4^{de} kamer), 2 oktober 2007, *RW* 2008-09, 548.

²¹⁷ Zie in dezelfde zin: C. BRUNNER, Art. 35, nr. 11, 197; U. MAGNUS (2005), Art. 35, nr. 22, 358.

²¹⁸ Zie in dezelfde zin als het Bundesgerichtshof o.m. U. MAGNUS (2005), Art. 35, nr. 22, 358.