

daan. De consument is niet verplicht om de oorzaak van dat gebrek aan overeenstemming te bewijzen of te bewijzen dat de oorsprong van dat gebrek te wijten is aan de verkoper; – slechts buiten toepassing kan worden gelaten indien de

verkoper rechtens genoegzaam bewijst dat dit gebrek aan overeenstemming het gevolg is van of zijn oorsprong vindt in een omstandigheid die zich na de aflevering van het goed heeft voorgedaan.

Noot

Ambtshalve opwerpen van de hoedanigheid van consument: een nieuw hoofdstuk in de rechtspraak van het Hof van Justitie

Laura Traest¹

1. INLEIDING²

Met het arrest *Faber*³ schiep het Hof van Justitie duidelijkheid over verschillende aspecten van consumentenkoop. Niet alleen werd geoordeeld dat de nationale rechter verplicht is ambtshalve de hoedanigheid van consument van de koper te onderzoeken, daarnaast werd de omkering van de bewijslast in het voordeel van de consument bij het vermoeden van aanwezigheid van het gebrek als regel gelijkwaardig

aan een interne bepaling van openbare orde aangemerkt. Voorts spreekt het Hof zich uit omtrent het moment en de inhoud van de melding van het gebrek aan de verkoper. Het arrest *Faber* schept aldus klaarheid over enkele essentiële onderdelen van de consumentenkoop, waarvan de drie bovenvermelde elementen een verdere analyse behoeven.

2. FEITEN

Op 26 september 2008 vatte de tweedehandswagen van mevrouw Faber vuur tijdens een rit naar een zakelijke afspraak. Zij had die zo'n 4 maanden eerder gekocht bij Autobedrijf Hazet Ochten BV, en had hiertoe een standaardcontract "Koopovereenkomst particulier" ondertekend. Faber houdt vol dat tijdens het vervoer van het uitgebrande voertuig door een sleepwagen naar Hazet, de schade en eventuele aansprakelijkheid van Hazet mondeling besproken zijn. Dit wordt evenwel door het autobedrijf betwist. Begin 2009 nam Hazet contact op met mevrouw Faber aangaande het bewuste voertuig. Zij gaf aan het technische rapport van de politie te willen afwachten. Na opvraging hiervan kreeg zij evenwel bericht dat zulk technisch rapport niet werd opgemaakt.

Begin mei werd het voertuig gedemonteerd nadat Hazet hiervan kennis (en een mogelijkheid tot verzet) gegeven was. Enkele dagen later stelt Faber het autobedrijf aansprakelijk voor de schade ten gevolge van de brand. De aankoopssom van de auto vermeerderd met de waarde van enkele voorwerpen die zich op dat moment in de auto bevonden, begroot ze op 10.828,55 EUR.

Een expertisebureau, dat op vraag van Faber begin juli een technisch onderzoek zou uitvoeren in de hoop de oorzaak van de brand te achterhalen, liet weten dat dit onmogelijk was aangezien het voertuig inmiddels gedemonteerd was. Op 26 oktober 2009 wordt Hazet voor de rechtbank te Arnhem gedagvaard.

Hazet wijst iedere aansprakelijkheid af aangezien het bedrijf meent dat Faber hen niet tijdig op de hoogte had gebracht van de niet-conformiteit. De rechtbank volgde hen hierin omdat het eerste (telefonische) contact pas begin 2009 plaatsvond. Het betwiste contact op de dag van de brand kwam dus niet in aanmerking als moment van kennisgeving van het gebrek. Voorts deed Faber (of haar advocaat) op geen enkel punt in de procedure beroep op het feit dat zij een consument was voor deze aankoop en zich bijgevolg binnen het toepassingsgebied van richtlijn nr. 1999/44/EG⁴ bevond. Dit betekende dat de consumentvriendelijke bepalingen van de richtlijn consumentenkoop geen toepassing vonden.

Het gerechtshof te Arnhem-Leeuwarden stelt in zijn verwijzingsbeschikking in totaal 7 vragen waarin men 3 belangwekkende elementen kan ontwaren. Vooreerst is er de vraag

¹ Masterstudente, Faculteit Rechtsgeleerdheid, UGent.

² Deze noot is tot stand gekomen naar aanleiding van een student-assistentschap dat ik heb mogen volbrengen bij prof. dr. Reinhard Steennot. Ik wens hem bij deze gelegenheid te danken voor deze kans en de begeleiding die ik mocht ontvangen.

³ HvJ, C-497/13, *Froukje Faber / Autobedrijf Hazet Ochten BV*, EU:C:2015:357.

⁴ Richtlijn nr. 1999/44 van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *Pb.L.* 7 juli 1999, afl. 171, 12.

of een rechter ambtshalve of uit eigen beweging dient te onderzoeken of de koper een consument is, en hoe ver deze verplichting reikt. Het bestaan van de principiële plicht werd aldus bevestigd, hoewel de precieze formulering en de omvang van deze verplichting enkele vragen doet rijzen. Ten tweede polste het Nederlandse Hof naar de bevestiging dat de invoering van een algemene meldingsplicht “binnen

bekwame tijd” richtlijnconform is, en werd meer duidelijkheid verkregen omtrent de inhoudsvereisten van deze kennisgeving. Tot slot vroeg men het Hof enkele aspecten van de omgekeerde bewijslast (ingeval het gebrek zich manifesteert binnen de eerste 6 maanden na levering) te verduidelijken. Hier zal blijken dat de Belgische rechtspraak dit reeds correct interpreteerde.

3. DE PLICHT TOT AMBTSHALVE ONDERZOEK NAAR DE VRAAG OF DE KOPER CONSUMENT IS

De Nederlandse nationale rechter werd geconfronteerd met een overeenkomst die de titel “Koopovereenkomst particulier” meekreeg, hoewel mevrouw Faber niet op een andere manier naar haar hoedanigheid als consument verwezen had. De vraag of dit betekende dat op hem de plicht rustte ambtshalve te onderzoeken of het om een consument⁵ ging, legde hij voor aan het Hof dat hierop een bevestigend antwoord gaf. Hiervoor verwees het naar zowel het gelijkwaardigheids- als het effectiviteitsbeginsel ter rechtvaardiging⁶.

Het Hof vestigt eerst de aandacht op de gewone taak van de rechter, namelijk het juridisch kwalificeren van feiten met het doel te bepalen welke rechtsregels van toepassing zijn en deze dan ook te vertalen naar een concreet oordeel⁷. Indien het nationaal procesrecht de rechter de mogelijkheid verleent om de partijen om eventuele benodigde verduidelijkingen te verzoeken, volgt uit het gelijkwaardigheidsbeginsel dat dit voor het Unierecht ook het geval dient te zijn. Het Hof geeft aan dat deze situatie in de huidige zaak mogelijk was, “waarin de nationale rechter [...] over een ‘aanwijzing’ beschikt, en *in casu* de overlegging door Faber van een document met als titel ‘Koopovereenkomst particulier’, en waarin die rechter ingevolge artikel 22 Rv “[...] partijen kan bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen. Het staat aan de nationale rechter

om daartoe de verificaties te verrichten”⁸.

Daarnaast illustreert het Hof dat een beroep op het effectiviteitsbeginsel hetzelfde resultaat oplevert. Deze vraag is slechts aan de orde “indien de nationale procedureregels van de interne rechtsorde hem niet de mogelijkheid bieden om de feiten en de litigieuze handelingen juist te kwalificeren indien partijen zelf niet uitdrukkelijk een kwalificatie hebben aangevoerd tot staving van hun aanspraken”. Bijgevolg zouden procedurele normen die de rechter verbieden om op basis van de gegevens waarover hij beschikt of op eenvoudig verzoek om verduidelijkingen kan beschikken, strijdig zijn met het effectiviteitsbeginsel. Zulke regels “zouden betekenen dat de consument wordt verplicht om zijn situatie zelf volledig juridisch te kwalificeren, omdat hij anders de rechten verliest die de wetgever van de Unie hem bij richtlijn nr. 1999/44 wou toekennen”. Volgens het Hof bestaat er dan ook “een niet te verwaarlozen gevaar dat de consument met name uit onwetendheid niet in staat is om aan die strenge eisen te voldoen”⁹.

Het principe van de ambtshalve toepassing van bepaalde consumentenbeschermende Unievoorschriften is niet nieuw. Verderop valt zelfs te verdedigen dat het Belgische Hof van Cassatie zo’n 10 jaar geleden reeds de deur openzette voor het principe van ambtshalve opwerping van een rechtsregel

5. Voor een uitgebreide bespreking van het begrip consument als dusdanig, zie: G. STRAETMANS, “Onderneming, vrij beroep en consument” in G. STRAETMANS en R. STEENNOT (eds.), *Wetboek Economisch Recht en de bescherming van de consument*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 1-55.

6. In het kader van het beginsel van de procedurele autonomie (bij gebrek aan harmonisatie van burgerlijke procedureregels) wordt aangenomen dat het nationaal procedurerecht niet ongunstiger mag zijn voor vorderingen gebaseerd op het Unierecht dan voor die gebaseerd op het nationaal materieel recht (gelijkwaardigheidsbeginsel). Daarnaast mogen zij de uitoefening van het door het Unierecht gecreëerde rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel). Zie overw. 37 en de arresten *Rewe* en *Comet* (respectievelijk C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 en C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191). V. TRSTENJAK en E. BEYSEN, “European consumer protection law: curia semper dabit remedium?”, *CML Rev.* 2011, afl. 1, (95) 98.

7. Advocaat-generaal SHARPSTON in nr. 54 van haar conclusie: “[...] moet ik toegeven dat het mij enigszins verbaast, gelet op de toelichting ter terechtzitting door de Nederlandse regering over de rol van de rechter in het Nederlands recht, dat de rechtbank (wat de redenen ook mogen zijn waarom Faber zich niet uitdrukkelijk heeft beroepen op haar hoedanigheid van consument) geen onderzoek heeft gedaan naar de hoedanigheid van Faber en dat de verwijzende rechter van oordeel is dat dit hem zelf niet is toegestaan. Faber heeft zich in eerste en in tweede aanleg beroepen op bepalingen van het BW die zowel op consumentenkoop als op andere koopovereenkomsten van toepassing zijn en die (althans ten dele) richtlijn nr. 1999/44 ten uitvoer lijken te leggen. Hazet beriep zich op een bepaling waarvan de laatste zin specifiek van toepassing is op de consumentenkoop en de rest op alle koopovereenkomsten in het algemeen, en die artikel 5, 2. van richtlijn nr. 1999/44 ten uitvoer legt. Bovendien bevestigde de Nederlandse regering ter terechtzitting dat het de taak van de rechter is de toepasselijke bepalingen vast te stellen, uit te maken of het nationaal recht het Unierecht omzet en het Nederlands recht uit te leggen in overeenstemming met het Unierecht.”

8. Overw. 39 en 40. De Nederlandse overheid vestigde tijdens de prejudiciële procedure de aandacht op art. 22 Rv, dat de rechter toelaat de partijen te bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde bescheiden over te leggen. De nationale rechter meende *in casu* echter over onvoldoende feitelijke gegevens te zien om een beroep op dit artikel te rechtvaardigen. Voor een vergelijking van het Belgisch en Nederlands recht op dit vlak, zie S. VANDEMAELE, “Hoedanigheid consument en vermoeden aanwezigheid gebrek verplicht ambtshalve op te werpen door nationale rechter” (noot onder arrest, C-497/13, *Faber*, EU:C:2015/357), *DCCR* 2015, afl. 109, nrs. 8-9.

9. Overw. 41 tot 46; F. DELLA NEGRA, “The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceeding: *Sánchez Morcillo and Kuionová*”, *CML Rev.* 2015, afl. 4, (1009) 1020 omtrent de effectiviteitstest van het Hof.

die geen van de partijen aanvoerde¹⁰. De formulering van deze verplichting door het Hof van Justitie is echter afwijkend, hetgeen deze zaak des te meer belangwekkend maakt.

a) Eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie

Inzake het ambtshalve opwerpen van onrechtmatige bedingen bouwde het Hof reeds een uitgebreide rechtspraak op¹¹. In het arrest *Oceano Grupo* werd reeds benadrukt dat de zwakke positie van de consument betekende dat zijn bescherming het voornaamste doel van de betrokken richtlijn was en dat de ambtshalve toepassing in die zin noodzakelijk is om deze doeltreffende bescherming te bereiken¹². De discussie over de vraag of dit arrest een breder principe impliceerde en dus niet louter van toepassing was op onrechtmatige bevoegdheidsbedingen, werd beslecht in *Cofidis*¹³. Het Hof ging door op dit elan in *Mostaza Claro*¹⁴ en bepaalde dat de rechter zelfs verplicht was de oneerlijkheid van een beding op te werpen, en het dus niet over een loutere mogelijkheid ging¹⁵.

Inhoudelijk kreeg dit concept verdere uitwerking in *Pannon* en *Asturcom*, waar het Hof de situaties waarin de vernoemde plicht bestond steeds restrictiever omschreef. In *Pannon* benadrukte het immers vooreerst dat de plicht enkel op de nationale rechter rustte wanneer deze beschikte “over de daartoe noodzakelijke juridische en feitelijke gegevens”¹⁶. Dit arrest creëerde hiermee twee begrenzings op deze verplichting¹⁷. Ten eerste moest de rechter dus op de hoogte zijn van alle nodige gegevens, zowel in feite als in rechte. Een tweede voorwaarde bestond erin dat, indien hij daadwerkelijk vaststelt dat het om een onrechtmatig beding gaat, hij dit buiten beschouwing laat tenzij de consument niet

van plan is het onrechtmatig en niet-bindend karakter ervan in te roepen. Hiermee wilde het Hof de partijautonomie garanderen¹⁸. De rechtsleer nam tevens aan dat, hoewel *Pannon* de toetsing van een forumkeuzebeding betrof, deze principes omtrent afstand van de door de richtlijn geboden bescherming eveneens gelden in andere consumentenbeschermende richtlijnen¹⁹.

In de zaak *Asturcom*²⁰ werd de verwijzende rechter geconfronteerd met het verzoek tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis dat reeds kracht van gewijsde verkregen had en gewezen was zonder verschijning van de consument. Krachtens artikel V, 1., a) van het Verdrag van New York²¹ kan zulke tenuitvoerlegging geweigerd worden indien de arbitrageovereenkomst ongeldig is, en dit kon het geval zijn bij de invoeging van een oneerlijk arbitragebeding. Dit is evenwel enkel in te roepen op initiatief van een partij, die in deze zaak dus inactief gebleven was. Tenuitvoerlegging leek *in casu* dus onvermijdelijk, ware het niet dat het Hof een omweg vond in het openbare orde-argument. Het Hof oordeelde immers dat het niet-bindend karakter van een onrechtmatig beding overeenkwam met regelen van openbare orde. Hoewel deze regelen dus niet geacht werden van openbare orde te zijn, beschouwde het Hof ze wel als gelijkwaardig aan bepalingen van openbare orde. Vervolgens redeneerde men dat de rechter ambtshalve verplicht is het oneerlijke karakter van een arbitragebeding te onderzoeken indien en dit voor zover de nationale procesregels hem verplichten te analyseren of een dergelijk beding strijdig is met de nationale openbare orde. Nu is het zo dat strijdigheid met de openbare orde tevens een grond is tot weigering van tenuitvoerlegging die ambtshalve kan toegepast worden. Het kwam er dus op neer dat de rechter enkel verplicht is het arbitragebeding te toetsen aan het Unierecht indien hij op grond van nationale procesnormen de plicht of de loutere

¹⁰. Zie *infra*, p. 360.

¹¹. Voor een uitgebreidere bespreking, zie: A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, “Ambtshalve inroepbaarheid van Europees consumentenrecht, materieelrechtelijk en procesrechtelijk beschouwd” in M. ROZIE en G. STRAETMANS, *Doorwerking van het Europese recht in de nationale rechterlijke praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 95-124; J. GODDAER, E. TERRYEN en J. VANNEROM, “Invloed van het Europese recht op het consumenten(contracten)recht” in I. SAMOY, V. SAGAERT en E. TERRYEN (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 467-558; P. CAMBIE, “Ambtshalve toetsing van onrechtmatige bedingen: de verplichting van de rechter om onrechtmatige bedingen volledig buiten toepassing te laten” (noot onder Gent 1 juni 2011), *Jb.Markt*. 2011, (297) 304-317.

¹². HvJ, C-240/98 t.e.m. C-244/98, *Oceano Grupo*, ECLI:EU:C:2000:346, overw. 26.

¹³. HvJ, C-473/00, *Cofidis SA / Jean-Louis Fredout*, ECLI:EU:C:2002:705, waar het een tweejarige vervalttermijn in de Franse consumentenkredietwetgeving betrof. Na deze periode kon de rechter het oneerlijke karakter van een beding niet meer ambtshalve (of nadat dit via een exceptie door de consument werd opgeworpen) vaststellen. Later zouden ook de arresten *Rampion* (nogmaals in verband met het consumentenkrediet, ECLI:EU:C:2007:575), *Martin Martin* (buiten de verkooppriimte gesloten overeenkomst, ECLI:EU:C:2009:792) en *Duarte Hueros* (consumentenkoop, ECLI:EU:C:2013:637) dit arrest bevestigen in materies andere dan oneerlijke bedingen. Vandemaele merkt op dat in het onderhavige arrest voor het eerst de *ex officio*-toepassing van het consumentenrecht als een plicht geformuleerd wordt (weliswaar buiten het contentieux in het kader van de onrechtmatige bedingen). Zie S. VANDEMAELE, zie vn. 8, nr. 4.

¹⁴. HvJ, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro / Centro Móvil Milenium SL*, ECLI:EU:C:2006:675.

¹⁵. G. STRAETMANS, “Enkele recente ontwikkelingen inzake Europees consumentenrecht” in I. GOVAERE (ed.), *Europees recht: moderne interne markt voor de praktijkjurist*, Mechelen, Kluwer, 2012, (355) 366.

¹⁶. HvJ, C-243/08, *Pannon GSM Zrt. / Erzsébet Sustikné Gyrfi*, ECLI:EU:C:2009:350.

¹⁷. A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en L. DUPON, zie vn. 11, 104-105.

¹⁸. A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en L. DUPON, zie vn. 11, 105-106. De onrechtmatigheid moet wel aan de consument gecommuniceerd worden en deze dient ondubbelzinnig (en dus met kennis van zaken) afstand te doen van zijn recht.

¹⁹. A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en L. DUPON, zie vn. 11, 106.

²⁰. HvJ, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL / Cristina Rodríguez Nogueira*, ECLI:EU:C:2009:615.

²¹. Verdrag van New York 1958 tot erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen.

mogelijkheid heeft dergelijk beding te beoordelen op hun verzoenbaarheid met regels van nationale openbare orde²².

Hierdoor kwam het Hof *in casu* tot een oplossing geheel in lijn met het Verdrag van New York, hoewel sommigen menen dat deze constructie veel ingrijpender was voor nationale procedurenormen dan de loutere toetsing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel, hetgeen het Hof nochtans voorhield uit te voeren²³. Het Belgisch gerechtelijk recht leek evenwel de principes uit *Asturcom* te respecteren²⁴.

De begrenzing van de ambtshalve verplichting werd in *Pénzügyi*²⁵ evenwel versoepeld door een verduidelijking van diens precieze invulling. Het was tot dan toe immers onduidelijk hoe ver de nationale rechter in deze toetsing kon en mocht gaan indien de door partijen aangeleverde stukken onvoldoende uitsluitel boden. Het Hof bevestigt dat de rechter vooreerst verplicht is, ongeacht het nationaal recht²⁶, na te gaan of het beding in kwestie onder de werkingssfeer van de richtlijn oneerlijke bedingen valt. Hiertoe is hij verplicht ambtshalve instructiemaatregelen te nemen. In een tweede fase dient hij vervolgens, rekening houdend met de eisen omtrent consumentenbescherming gesteld door het Europese instrument in kwestie, het beding te toetsen²⁷. Het gaat aldus om twee afzonderlijke stappen. Zoals Vandemaele benadrukt, kan het arrest *Faber*, wat betreft de vraag omtrent het ambtshalve onderzoek, beschouwd worden als vallend binnen de “eerste fase” in het arrest *Pénzügyi*²⁸. Dit is eerder uitzonderlijk aangezien de arresten omtrent het *ex officio* toepassen van consumenten-Unierecht meestal het tweede luik behandelen.

De plicht van de rechter uit eigen beweging de consumentenbeschermende regel op te werpen werd eveneens door het Hof erkend inzake het consumentenkrediet²⁹ en de tegenwerpelijkheid van verweermiddelen in het consumentenkrediet³⁰. Het toont ook aan dat weldegelijk kan gesteld worden dat de rechter over de mogelijkheid beschikt een schending van eender welke consumentenrechtelijke norm uit eigen beweging op te werpen, zoals dit reeds enige jaren geleden verdedigd werd, gelet op het feit dat de consument zich vaak zelf verdedigt of verstek laat gaan³¹. Hoewel advocaat-generaal SHARPSTON toegeeft dat de actieve tussenkomst van een rechter makkelijker te rechtvaardigen is in zaken omtrent oneerlijke bedingen dan wat betreft afzonderlijke bepalingen van andere consumentenbeschermende richtlijnen, houdt ook zij vol dat de beschikbaarheid van informatie nog steeds niet symmetrisch is. Dit zal misschien minder het geval zijn dan bij het sluiten van de overeenkomst, maar de consument blijft niettemin de zwakke partij op het punt van de overeenstemming van de goederen met de overeenkomst³². Het is dus duidelijk dat het Hof haar hierin gevolgd is.

b) Het principe van de plicht tot ambtshalve opwerping/aanvulling in de Belgische rechtsorde³³

Om te onderzoeken wat de positie van het Belgische Hof van Cassatie was reeds voorafgaand aan *Faber* over de problematiek van het ambtshalve toepassen van een rechtsregel die de partijen niet uitdrukkelijk aanvoerden, of uitdrukkelijk stellen zich onder het toepassingsgebied hiervan te bevinden, dient men te kijken naar de formulering van de taak van

22. *Asturcom*, overw. 53 en 54. Deze link naar het nationaal procesrecht werd trouwens ook wat betreft de gevolgen aangehouden: de rechter is na de ambtshalve toetsing immers verplicht alle uit het nationaal recht voortvloeiende consequenties te trekken; zie *Asturcom*, overw. 58. Dit was eveneens de overweging van de Nederlandse gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat met de zaak *Faber* in beroep geconfronteerd werd: “Op basis van nationaal procesrecht (...) betekent dit dat het Hof niet toekomt aan een ambtshalve onderzoek naar de status van Faber bij het aangaan van de koopovereenkomst (...). Dat is naar nationaal recht alleen anders indien de betreffende rechtsregel van openbare orde is. Daarvan is echter alleen bij hoge uitzondering sprake. Consumentenrecht is tot op heden niet als rechtsregel van openbare orde aangemerkt.” Zie de verwijzingsbeslissing van 10 september 2013, zaaknr. 200.091.465, www.rechtspraak.nl.

23. H. SCHEBESTA, “Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after *Asturcom*”, *ERPL* 2010, (847) 872-873.

24. C. CHENEVIÈRE “Arrêts *Pannon* et *Asturcom*: le caractère abusif des clauses attributives de compétence dans la lignée de la jurisprudence *Oceano*”, *REDC* 2010 (351) 363.

25. HvJ, C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. / Ferenc Schneider*, ECLI:EU:C:2010:659.

26. *In casu* liet het nationaal recht een dergelijk onderzoek door de rechter slechts toe indien één van de partijen een dergelijk verzoek tot hem gericht had. Dit gegeven was dus irrelevant bij het nagaan door de rechter of een beding onder het toepassingsgebied van de richtlijn valt.

27. G. STRAETMANS, zie vn. 15, 372.

28. S. VANDEMAELE, zie vn. 8, nr. 4.

29. HvJ, C-227/08, *Eva Martín Martín / EDP Editores SL*, ECLI:EU:C:2009:792.

30. HvJ, C-429/05, *Max Rampion en Marie-Jeanne Godard / Franfinance SA*, ECLI:EU:C:2007:575.

31. R. STEENNOT, “Sanctionering van inbreuken op het consumentenrecht: de zoektocht naar een rechtvaardige oplossing” in F. EVERS en P. LEFRANC (eds.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, die Keure, 2009, (145) 147.

32. Concl. Adv. Gen. SHARPSTON, nrs. 65-66. Zij verwijst hier tevens naar de Concl. van Adv. Gen. KOKOTT in *Duarte Hueros* (C-32/12), waar een duidelijk onderscheid werd gemaakt tussen richtlijnen nr. 1993/13 (oneerlijke bedingen) en nr. 1999/44 (consumentenkoop): “Beiden hebben weliswaar betrekking op de bescherming van consumenten, maar de situatie waarin regelgeving de zwakkere positie van een consument bij het sluiten van een overeenkomst beoogt te compenseren (richtlijn nr. 1993/13) moet worden onderscheiden van die waarin regelgeving de nakoming van een reeds gesloten overeenkomst betreft (richtlijn nr. 1999/44). Zij merkte op dat in de laatste situatie de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst meestal losstaat van de wil van partijen en de consument niet in dezelfde zwakke positie verkeert als in het geval van een oneerlijk beding, omdat hij gemakkelijk kan constateren of het gekochte goed de overeengekomen kwaliteit heeft.”

33. Voor een bespreking van de situatie naar Nederlands recht, zie: D. Asser, “Ambtshalve toepassing van rechtsgronden door de Nederlandse rechter” in *Preadviezen 2015. Overheidscontracten, verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces, de rechter en de rechtsgronden*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, 303-358; S. Vandemaele, zie vn. 8, nr. 7.

de rechter. Het Hof van Cassatie deed reeds verschillende keren een poging tot definiëring van de rechterlijke taak, en verfijnde dit in het rechtspraak van de laatste 10 jaar³⁴. Het begin van deze evolutie is te situeren in het arrest van 14 april 2005³⁵ en hoewel die in het arrest van 2 april 2010 goed onthaald werd³⁶, zou die eind 2012 nog preciezer verwoord worden³⁷.

Van de formulering in dit laatste arrest is voor de zaak *Faber* vooral het laatste deel van belang: “Hij [de rechter] heeft de plicht ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen. Dit houdt niet in dat de rechter gehouden is alle in het licht van de vaststaande feiten van het geschil mogelijke, doch niet-aangevoerde rechtsgronden op hun toepasselijkheid te onderzoeken, doch enkel dat hij, mits eerbiediging van het recht van verdediging³⁸, de toepasselijkheid dient te onderzoeken van de niet-aangevoerde rechtsgronden die zich door de feiten zoals zij in het bijzonder worden aangevoerd, onmiskenbaar aan hem opdringen.”³⁹. Daarnaast stelt het Hof dat de rechter een beslissing moet nemen volgens de van toepassing zijnde rechtsregels. Dit impliceert dan ook dat hij tevens die rechtsgronden waarvan de partijen geen gewag maken in zijn oordeel dient mee te nemen, aangezien de rechtsregels die van toepassing zijn op het geschil niet steeds door de partijen worden aangevoerd⁴⁰. Daarnaast

betekent dit ook de (her)kwalificatie van feiten die zonder of met een verkeerde juridische kwalificatie werden voorgelegd⁴¹.

Men leidt uit deze formulering tevens af dat de plicht tot ambtshalve toepassing van de toepasselijke rechtsregels bestaat bij feitelijke gegevens die gericht aangevoerd werden (‘in het bijzonder worden aangevoerd’). Deze vormen het voetstuk van een middel⁴². Het lijkt erop dat in de zaak *Faber* de hoedanigheid van consument niet tot deze categorie behoort. De aanwijzing hiervoor was immers de koopovereenkomst van de tweedehandswagen, die de titel “Koopovereenkomst particulier” droeg.

Een andere categorie van “aangevoerde” feiten zijn de zogenaamde ‘faits adventices’, feiten die door de partijen incidenteel of onbewust worden vermeld, en waarvan wordt verdedigd dat het ambtshalve opwerpen van de toepasselijke rechtsbepaling in dat geval niet langer een plicht, maar een loutere mogelijkheid is⁴³. Deze strekking krijgt recent steeds meer navolging binnen de Belgische rechtsleer en rechtspraak⁴⁴. Ook Van Eeckhoutte meent dat “aanvoeren” breed opgevat dient te worden en dit dus ook “vermelden” of zelfs “in het dossier voorkomen” impliceert en toont tegelijk aan dat het niet eenduidig vast te stellen is of de huidige Cassatierechtspraak een dergelijke verstrekkende aanpak aanhangt⁴⁵.

³⁴ W. VAN EECKHOUTTE, “Schuifelen op de rechterstoel. De taak van de rechter in het Belgisch privaatrechtelijk procesrecht: een kwestie van moeten of mogen” in *Preadviezen 2015. Overheidscontracten, verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces, de rechter en de rechtsgronden*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, (251) 256.

³⁵ Cass. 14 april 2005, AR C.03.0148.F, *Arr. Cass.* 2005, 868, *JT* 2005, afl. 6197, 659, noot J. VAN COMPERNOLLE, *JLMB* 2005, afl. 20, 856, noot G. DE LEVAL, *RABG* 2005, afl. 18, 1663, noot R. VERBEKE. Dit arrest bepaalde immers dat de rechter gehouden is, mits naleving van de rechten van verdediging, op basis van de feiten waarop de partijen hun vordering steunden de rechtsgrond te bepalen die daarop toepasselijk is. Dit betekende dat de traditionele opvatting van de oorzaak als het juridische fundament van de vordering dat de rechter niet vermag aan te passen, definitief verlaten is, zie: R. BINDELS, “Cour de cassation et théorie de la cause”, *Journ.Jur.* 2005, afl. 44, 15.

³⁶ Cass. 2 april 2010, AR C.09.0204.F, *JLMB* 2010, afl. 26, 1235, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pas.* 2010, afl. 4, p. 1102, *P&B* 2010, afl. 6, 216; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Une parfaite définition de l’office du juge” (noot onder Cass. 2 april 2010), *JLMB* 2010, afl. 26, 1239.

³⁷ Cass. 14 december 2012, AR C.12.0018.N, *JT* 2013, afl. 6527, 480, *JLMB* 2013, afl. 25, 1305, noot J. VAN DROOGHENBROECK, *Pas.* 2012, afl. 12, p. 2497, *RABG* 2013, afl. 6, 305; W. VAN EECKHOUTTE, zie vn. 34, 256. Voordien had Krings reeds aangegeven welke test verduidelijkt of een verandering van de oorzaak van de vordering voorligt: dit is immers niet het geval indien het rechtsfeit dat ten grondslag ligt aan de beslissing van de rechter hetzelfde rechtsfeit is als hetgeen dat tot grondslag van de vordering werd ingeroepen. Aan de orde was een arrest waarin de appelrechter de vordering van de eiseres in cassatie afwees daar zij voor haar vordering de quasi-delictuele aansprakelijkheid inriep, die niet kon worden weerhouden. Hij meende niet te kunnen onderzoeken of een vordering op grond van contractuele aansprakelijkheid wel zou slagen, aangezien de eiseres die rechtsgrond niet had aangevoerd. Het is duidelijk dat het rechtsfeit aangevoerd in die zaak (een schadeverwekkend bouwongeval) hetzelfde rechtsfeit is dat bij een beroep op contractuele aansprakelijkheid zou aangevoerd worden. Zie E. KRINGS “Het optreden van de rechter bij het in staat stellen van het rechtsgeding”, *TPR* 2004, (369) 376.

³⁸ Op de waarborging van de rechten van verdediging en het bestaan van procesovereenkomsten zal in deze noot niet worden ingegaan. Zie: W. VAN EECKHOUTTE, respectievelijk 296 en 278.

³⁹ Cass. 14 december 2012, AR C.12.0018.N, *JT* 2013, afl. 6527, 480, *JLMB* 2013, afl. 25, 1305, noot J. VAN DROOGHENBROECK, *Pas.* 2012, afl. 12, p. 2497, *RABG* 2013, afl. 6, 305.

⁴⁰ W. VAN EECKHOUTTE, zie vn. 34, 283; recent nogmaals bevestigd: Cass. 17 april 2015, AR C.13.0550.N-C.13.0636.N, para. 20-23, *onuitg.*

⁴¹ W. VAN EECKHOUTTE, zie vn. 34, 286.

⁴² W. VAN EECKHOUTTE, zie vn. 34, 289.

⁴³ Van Drooghenbroeck omschrijft deze als “des faits plus adventices, que les parties allèguent, énoncent, produisent, incidemment voire inconsciemment”. Zie J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “La théorie de la cause en voie de dénouement” (noot onder Cass. 18 november 2004), *JT* 2005, 160; W. VAN EECKHOUTTE, zie vn. 34, 290. In het begin van de evolutie in de cassatierechtspraak werd reeds verdedigd dat “feiten” eerder verwijst naar zowel (rechts)feiten als rechtshandelingen en dus een geheel van factoren omvat. Zie R. VERBEKE, “De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden” (noot onder Cass. 14 april 2005), *RABG* 2005, (1667) 1670.

⁴⁴ S. VANDEMAELE, zie vn. 8, nr. 6. Zelfs indien men de titel van “koopovereenkomst particulier” onder deze categorie van de “faits adventices” zou brengen, zou dit dus naar alle waarschijnlijkheid nog steeds op grond van Belgisch recht algemeen aanvaard worden als geoorloofd.

⁴⁵ W. VAN EECKHOUTTE, zie vn. 34, 290-291 en 293. De auteur heeft het over de toepassing van de equivalentieleer op de feitelijke gegevens, in de zin dat elk vermeld gegeven behoort tot de categorie van aangevoerde feiten.

Zou een Belgische rechter dus, geconfronteerd met de zaak *Faber*, dezelfde beslissing mogen nemen als het Hof van Justitie zonder zijn arrest door het Hof van Cassatie vernietigd te zien? Het lijkt erop dat (de titel van) de koopovereenkomst gekwalificeerd kan worden als een aangevoerd feit in de voormelde brede zin. Het lijkt m.i. immers beschouwd te kunnen worden als een ‘fait adventice’, hetgeen zou inhouden dat de rechter over de mogelijkheid (doch waarschijnlijk niet de plicht) beschikt op dit feit het recht toe te passen na de partijen eerst uit te nodigen hun opmerkingen hierover te geven. In het geval van de zaak *Faber* zou dat de Richtlijn Consumentenkoop zijn op basis van de overweging dat uit de (titel van de) koopovereenkomst blijkt dat mevrouw Faber een consument was bij de aankoop van de bewuste wagen.

c) Afwijkende formulering van de verplichting in casu

Zoals reeds hoger vermeld, werd de rechtspraak door het Hof van Justitie inzake ambtshalve opwerping van consumentenrechtelijke regelen vooral op het vlak van (de richtlijn) onrechtmatige bedingen ontwikkeld. Hier ontstond een vaste formulering van deze verplichting, die in onderhavige zaak evenwel enigszins anders is. Wat de (eventuele) bedoeling hiervan is, lijkt niet meteen duidelijk.

De traditionele formulering luidt immers dat op de rechter de verplichting rust “van zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt”⁴⁶. Reeds enkele jaren geleden (voor het arrest *Pénzügyi* hierover meer duidelijkheid verschaft) werd aangenomen dat dit betekende dat de rechter deze toets desnoods “buiten de grenzen van de rechtsstrijd” dient door te voeren, zonder zich daarbij evenwel buiten de feitelijke grondslag van het geding te begeven⁴⁷. Het zou met andere woorden inhouden dat het de rechter verboden is te tornen aan de vordering van de consu-

ment, maar hij wel verder moet kijken dan de feiten die deze uitdrukkelijk aan zijn vordering/verweer ten grondslag legt. Deze zienswijze lijkt dus, na *Pénzügyi* en nu *Faber*, definitief verlaten te zijn.

Het Hof formuleert deze verplichting in *Faber* evenwel anders dan in *Pénzügyi*: de rechter bevindt zich onder de verplichting tot ambtshalve onderzoek wanneer hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt of daarover op eenvoudig verzoek om verduidelijkingen kan beschikken. Is dit een subtiele aanpassing (verlichting) van de plicht in *Pénzügyi* “om ambtshalve maatregelen van instructie te nemen om te beoordelen of een beding onder de consumentenbeschermende bepaling valt”? Het is uiteraard eveneens mogelijk dat het hier louter om een ietwat afwijkende definiëring gaat waaraan men geen belang of verstrekkende gevolgen moet hechten, maar er dient wel opgemerkt te worden dat tekstueel de onderzoeksplicht in onderhavig arrest gevoelig minder ver gaat⁴⁸.

d) Optreden van een advocaat is irrelevant

De verwijzende rechter had het Hof eveneens gevraagd wat de implicaties van het optreden van een advocaat waren in deze zaak: mevrouw Faber werd immers vertegenwoordigd en haar raadsman was dus degene die had nagelaten haar hoedanigheid als consument aan te voeren. Het Hof antwoordt dat dit de conclusie niet verandert aangezien de uitlegging van het Unierecht en de draagwijdte van het effectiviteits- en gelijkwaardigheidsbeginsel losstaan van de concrete omstandigheden van elke zaak⁴⁹. Sommigen formuleerden reeds eerder bedenkingen bij het feit dat de ambtshalve opwerpingsplicht van de rechter in dit geval van toepassing blijft, ook al wordt – objectief gezien – het risico op onwetendheid bij de consument substantieel verkleind indien deze bijgestaan wordt door een advocaat⁵⁰.

4. DE GEOORLOOFDHEID VAN EEN DWINGENDE KENNISGEVINGSTERMIJN ZONDER VASTE TERMIJN

Een tweede element waarover de verwijzingsrechter het Hof om verduidelijking vroeg, betreft de kennisgevingstermijn die de consument dient te respecteren. Zoals Vandemaele opmerkt, maakten noch België, noch Nederland gebruik van de mogelijkheid die de richtlijn biedt om een verplichte kennisgevingstermijn van minimaal 2 maanden in te voeren⁵¹. In het Nederlands recht werd immers een algemene plicht opgelegd het gebrek aan overeenstemming aan de verkoper

te melden binnen “bekwame tijd”, waarbij de wet vermeldt dat 2 maanden “tijdig” is. Dit houdt in dat er geen vaste termijn is. Het Hof besloot dat dit een regeling was die moeiteloos verzoenbaar is met de tekst van de richtlijn. Voorts zal er ingegaan worden op de verschillen met het Belgisch recht dat deze termijn niet dwingend instelt, en waarvan zal blijken dat dit over het algemeen consumentvriendelijker is.

46. HvJ, C-243/08, *Pannon GSM Zrt. / Erzsébet Sustikné Gyrfi*, ECLI:EU:C:2009:350.

47. A.G.F. ANCERY en H.B. KRANS, “Ambtshalve toepassing van Europees Consumentenrecht”, *RMThemis* 2009, afl. 5, (191) 199; gevolgd door A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, zie vn. 11, 104.

48. S. VANDEMAELE, zie vn. 8, nr. 4.

49. Overw. 47.

50. ANCERY en KRANS, zie vn. 47, 197.

51. S. VANDEMAELE, zie vn. 8, nr. 12. De auteur illustreert tevens dat de kennisgevingsplicht in Nederland reeds vaak het voorwerp van discussie uitmaakte, hetgeen hier niet meteen het geval was. Zie nr. 13.

a) Inhoud van de kennisgeving

Het Hof verduidelijkt in dit arrest welke de elementen zijn die de kennisgeving van de consument dient te bevatten. Een aantal aanwijzingen zijn vereist opdat de melding voor de verkoper nuttig zou zijn. Het gaat hier om de aard van het betrokken goed, de inhoud van de overeenkomst en de wijze waarop het gebrek zich manifesteerde. De mate van nauwkeurigheid van al deze elementen zal volgens het Hof verschillen al naar gelang de omstandigheden van de zaak⁵².

Hetgeen alvast niet van de consument kan worden gevraagd, is in dit stadium te bewijzen dat het beweerde gebrek een invloed heeft op het gekochte goed⁵³. Tevens mogen voor de kennisgeving geen bewijsregels gelden die de uitoefening van zijn rechten door de consument onmogelijk of uiterst moeilijk maken⁵⁴.

b) Beoordeling van de Nederlandse regeling

Het Hof besliste dat niets in de richtlijn zich verzet tegen het Nederlands recht dat een dwingende kennisgevingstermijn voorziet. Het bepaalt namelijk dat de consument geen beroep meer kan doen op het feit dat hetgeen afgeleverd is niet conform de overeenkomst is, indien hij de verkoper daarvan niet binnen “bekwame” tijd na de ontdekking op de hoogte stelt. Men voegt er nog aan toe dat een termijn van 2 maanden na de ontdekking tijdig is⁵⁵. Er wordt benadrukt dat dit dient gelezen te worden als “in ieder geval tijdig”, en het dus een minimumtermijn betreft die de consument gelaten moet worden⁵⁶. Het is echter maar de vraag in welke feitelijke omstandigheden een kennisgeving later dan 2 maanden na de ontdekking nog door de rechtspraak als tijdig zou beschouwd worden. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad ligt (bij betwisting door de verkoper) de bewijslast van de tijdigheid van de kennisgeving bij de consument⁵⁷. Het hangt van de omstandigheden van iedere zaak af of een melding later dan 2 maanden na de ontdekking als nog als tijdig kan worden beschouwd⁵⁸.

Lidstaten konden bepalen dat de consument zijn rechten niet kan uitoefenen dan wanneer hij de verkoper binnen een termijn van 2 maanden na de datum waarop hij het gebrek aan overeenstemming heeft vastgesteld, hiervan op de hoogte heeft gebracht⁵⁹. Het Hof verwijst naar de voorbereidende werken van de richtlijn om te besluiten dat de Nederlandse regeling hiermee moeiteloos verzoenbaar is⁶⁰.

Voorts geeft het Hof aan dat inhoudelijk de kennisgeving de consument geenszins verplicht de precieze oorzaak van het gebrek aan overeenstemming aan te geven. Uiteraard dienen wel degelijk enkele aanwijzingen vermeld te worden: het Hof vermeldt hierbij de aard van het goed, de inhoud van de koopovereenkomst en de wijze waarop het gebrek zich concreet manifesteerde. De consument kan niet worden verplicht het bewijs te leveren dat het gebrek aan overeenstemming wel degelijk een invloed had op het betrokken goed⁶¹.

c) Verschillen met de Belgische wetgeving

De Belgische wetgever maakte eveneens gebruik van de mogelijkheid geboden in artikel 5, 2. van de richtlijn. Dit werd niettemin anders ingevuld dan in het NBW het geval is. Zo zal blijken dat de Belgische consument meer bescherming geboden wordt op het vlak van de kennisgeving(stermijn), hetgeen over de verzoenbaarheid ervan met de richtlijn na *Faber* meteen ook nagenoeg alle twijfels wegneemt. Deze verschillende bepalingen vinden hun oorsprong in het feit dat de richtlijn consumentenkoop gesteund is op minimale harmonisatie, hetgeen inhoudt dat het de lidstaten vrij staat additionele bescherming te voorzien⁶². Beide regelingen verschillen op drie belangrijke vlakken: dit is vooreerst het algemene karakter van de Nederlandse termijn, daarnaast is ook de sanctiëring anders, en tot slot is de duur van beide termijnen verschillend.

Een eerste verschil is het algemene of *default* karakter van de meldingstermijn naar Nederlands recht. De Belgische verkoper is geenszins verplicht een kennisgevingstermijn op te leggen aan zijn tegenpartij/consument maar indien hij dit wel doet, dient een kennisgevingstermijn (die conform de

⁵² Overw. 63; zie ook: G.J. BOEVE, “Consumentenbescherming bij non-conformiteit is van openbare orde”, *Bb* 2015, afl. 19, (207) 210.

⁵³ Overw. 63.

⁵⁴ Overw. 65.

⁵⁵ Artikel 7:23, eerste lid NBW.

⁵⁶ P. KLIK, “Consumentenkoop van roerende zaken” in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2015, (121) 148.

⁵⁷ Dit zou overeenstemmen met het Belgische recht, waar aangenomen wordt dat eens de consument het bestaan van de melding bewijst, het aan de verkoper is te bewijzen dat die kennisgeving niettemin laattijdig was. Zie R. STEENNOT, “Artikel 1649quater” in *Consumentenkoop*, Mechelen, Kluwer, nr. 11.

⁵⁸ Overw. 12 en 13.

⁵⁹ Art. 5, 2. richtlijn nr. 1999/44. Deze mogelijkheid werd door sommige auteurs evenwel betreurd aangezien dit het doel van de promotie van consumentenkoop met verkopers gevestigd in andere lidstaten zou tegenwerken. Zie J. STUYCK, “La notion de conformité et l’articulation des délais” in C. BIQUET-MATHIEU en P. WÉRY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brugge, die Keure, 2005, (111) 123; E. HONDIUS, “Délais” in S. GRUNDMANN, C.M. BIANCA en S. STIJNS (eds.), *La directive communautaire sur la vente. Commentaire*, Brussel, Bruylant, 2004, (253) 257.

⁶⁰ Overw. 61.

⁶¹ Overw. 63.

⁶² R. STEENNOT, zie vn. 57, nr. 3.

richtlijn minimaal 2 maanden dient te bedragen) in elk individueel contract te voorzien⁶³. Het gaat met andere woorden om een louter facultatieve meldingstermijn⁶⁴. Indien het contract hieromtrent dan ook niets bepaalt, is de Belgische consument door geen enkele termijn gebonden, terwijl de Nederlandse koper (zelfs bij afwezigheid van een dergelijk beding) verplicht is het gebrek te melden “binnen bekwame tijd”.

Ook op het vlak van de sanctionering van deze termijn is de Belgische regeling consumentvriendelijker. De Nederlandse termijn is immers een vervaltermijn aangezien de consument al zijn rechten verliest indien hij de verkoper niet binnen bekwame tijd kennisgeeft van het gebrek⁶⁵. De Belgische gevolgen zijn minder duidelijk. De minister verklaarde tijdens de parlementaire voorbereidingen dat verval van recht niet tot de mogelijke gevolgen behoorde, maar dit werd niet als dusdanig in de wettekst opgenomen. Daarom wordt aangenomen dat, indien een clause stipuleert dat de vordering vervalt wanneer de bedongen termijn niet werd gerespecteerd, deze als rechtmatig moet worden beschouwd⁶⁶. Anderen waren evenwel de mening toegedaan dat de vermeende geldigheid van zulke clausules afgeleid wordt uit de richtlijn,

waar dit dient te gebeuren uit de wet (in dit geval het Burgerlijk Wetboek). Zij meenden dan ook dat het beding dat een dergelijk verval van recht bedingt, op die manier wel als oneerlijk aangemerkt kon worden⁶⁷. Het Hof van Justitie gaf met het arrest *Faber* nu wel aan dat het verval van recht niet onverzoenbaar is met de richtlijn, maar volledig uitsluitel omtrent de sanctie naar Belgisch recht is er vooralsnog niet.

Een derde verschil (met eerder beperkt belang) schuilt in de duur van de kennisgevingstermijn. In België is 2 maanden het absolute minimum, terwijl de Nederlandse rechtspraak de mogelijkheid heeft een langere termijn als tijdig aan te merken⁶⁸. Dit zal zij doen op basis van de concrete omstandigheden van de zaak, waaronder ook het nadeel dat de verkoper ondervond door de late kennisgeving, in acht genomen zal worden⁶⁹. De kans op het welslagen van een vordering van een consument die langer dan 2 maanden wachtte, lijkt eerder klein.

Besluitend kan dus gesteld worden dat de Belgische regeling consumentvriendelijker is dan de Nederlandse, hetgeen haar verzoenbaarheid met de richtlijn *a fortiori* lijkt te bevestigen.

5. VERDELING VAN DE BEWIJSLAST BIJ MANIFESTERING VAN HET GEBREK IN DE EERSTE 6 MAANDEN NA LEVERING

Tot slot ging het Hof nader in op het weerlegbare vermoeden van aanwezigheid van het gebrek bij de levering⁷⁰ indien dit zich binnen de 6 maanden manifesteert⁷¹. Dit is een uitzondering op het principe dat het aan de consument is te bewijzen dat het gebrek aan overeenstemming reeds aanwezig was bij de levering. Indien hij hier niet in slaagt, is de verkoper immers niet aansprakelijk. De bewijsregels werden in de periode van de eerste 6 maanden dus omgekeerd en aan de verkoper opgelegd.

Belangrijk hierbij is te benadrukken dat dit vermoeden enkel van toepassing is op het moment van aanwezigheid van het gebrek: het initiële bestaan van het gebrek zal nog steeds

door de consument bewezen moeten worden⁷².

Achtereenvolgens wordt dieper ingegaan op de opmerkingen van het Hof omtrent de bewijslastverdeling in deze specifieke periode. Niet alleen werd verduidelijkt dat het hier – opnieuw – een regel betreft die door de rechter ambtshalve toegepast moet worden ingeval het nationaal procesrecht hem hiertoe de mogelijkheid geeft. Daarnaast preciseert het Hof tevens welke de elementen zijn die door de consument dienen aangetoond te worden en hoe de verkoper dit vermoeden kan weerleggen. Telkens zal eveneens onderzocht worden hoe de Belgische rechtspraak dit tot dan toe geïnterpreteerd had.

⁶³. Art. 1649*quater*, § 2 BW.

⁶⁴. R. STEENNOT, zie vn. 57, nr. 11.

⁶⁵. P. KLIK, zie vn. 56, 148.

⁶⁶. J. STUYCK, zie vn. 59, 124; A. VERBEKE, “De termijnen” in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht. De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (83) 95; R. STEENNOT, zie vn. 57, nr. 12.

⁶⁷. C. DELFORGE, Y. NINANE en M.-P. NOËL, “De quelques délais emblématiques du contrat de vente” in A. DELVAUX, B. DE COCQU, C. DELFORGE, M. HIGNY en M.-P. NOËL (eds.), *Contrats spéciaux. Bail – contrat de vente – contrat d’entreprise*, Limal, Anthémis, 2013, (77) 129. De auteurs menen dat hier een beroep op (huidig) art. VI.83, 14° WER mogelijk is. Dit bepaalt dat de wettelijke waarborg voor verborgen gebreken (art. 1641-1649 BW), noch verplichting tot levering van een goed conform met de overeenkomst zoals geëxpliciteerd in art. 1649*bis* tot 1649*octies* BW, bij overeenkomst mogen worden opgeheven of *verminderd*.

⁶⁸. Aangezien dit een ondergrens is, zie *supra* 2., a).

⁶⁹. P. KLIK, zie vn. 56, 149.

⁷⁰. Hier dient benadrukt te worden dat krachtens art. 1649*quater*, § 1 vermoed wordt dat het gebrek bij de levering bestond, en niet ten tijde van de koop, zoals wel eens verkeerdelijk gedacht werd. Zie Rb. Brussel 7 mei 2009, *JT* 2009, 737.

⁷¹. Art. 5, 3. richtlijn nr. 1999/44; art. 1649*quater*, § 4 BW.

⁷². R. STEENNOT, zie vn. 57, nr. 3; overw. 70 van het arrest.

a) Ambtshalve toepassing van dit vermoeden

Vooreerst geeft het Hof aan dat dit vermoeden ten gunste van de consument evenwaardig is aan een nationale norm van interne openbare orde en bijgevolg ambtshalve dient te worden toegepast indien het nationaal procesrecht hiertoe de mogelijkheid biedt⁷³. Het Hof verwijst hiervoor naar de aard en het gewicht van het openbare belang waarop de consumentenbescherming die door dit artikel gewaarborgd wordt, rust⁷⁴.

b) Feiten te bewijzen door de consument

In onderhavig arrest maakt het Hof duidelijk dat de consument twee zaken dient te bewijzen alvorens hij kan genieten van de verlichte bewijslast in zijn voordeel.

Een eerste element is het bewijs van niet-conformiteit van het goed met de betrokken overeenkomst. Er is slechts sprake van conforme levering indien aan de door artikel 1649ter BW opgesomde voorwaarden cumulatief voldaan is. Het Hof haalt de afwezigheid van contractueel vastgelegde eigenschappen aan, alsook de ongeschiktheid voor het doorgaans verwachte gebruik van het specifieke voorwerp⁷⁵. Het mag evenwel duidelijk zijn dat dit geenszins betekent dat de consument tevens zou instaan voor het bewijs van de oorzaak van het gebrek, noch voor het aantonen dat dit gebrek op enige manier aan de verkoper te wijten is. Het gaat daarentegen louter om het bewijs van het bestaan van een gebrek aan overeenstemming met het contract.

Een tweede factor betreft het tijdstip van de verschijning van het gebrek. Het enige wat de koper-consument hier dient aan te tonen is dat het gebrek zich manifesteerde binnen de 6 maanden na het afleveren van het goed. Dit laatste omschrijft het Hof als “zich werkelijk voordoen”⁷⁶.

Indien de consument dus zowel het werkelijke bestaan van het gebrek aan overeenkomst kan bewijzen, naast het feit dat dit zich binnen de 6 maanden na de levering manifesteerde, neemt het Hof aan dat het gebrek reeds “in een pril stadium” aanwezig was bij de levering⁷⁷.

Het is duidelijk dat dit aspect binnen het Belgisch recht over het algemeen correct geïnterpreteerd werd. Het gaat duidelijk om een redenering in drie afzonderlijke stappen. Zoals hierboven door het Hof bevestigd werd, ontslaat het vermoeden van artikel 1649quater BW de consument immers niet van de verplichting eerst aan te tonen dat het goed niet-conform is en dit binnen de 6 maanden na aflevering duidelijk werd⁷⁸.

Door de rechtsleer werd dan ook steeds aanvaard dat krachtens het gemeen bewijsrecht (meer bepaald art. 1315, eerste lid BW en art. 870 Ger.W.) de bewijslast omtrent het bestaan van een gebrek aan overeenstemming op de consument-koper rust⁷⁹. Evenmin was er discussie omtrent het feit dat indien het gebrek zich binnen de eerste 6 maanden na de levering manifesteert, het bewijs van het loutere bestaan van dit gebrek volstaat: de consument hoeft niet meer aan te tonen dat dit gebrek reeds aanwezig was bij de levering⁸⁰.

Ook de rechtspraak kwam tot dezelfde conclusie in verband met de bewijslast⁸¹ en het bewijs van niet-conformiteit aan de hand van de vier cumulatieve criteria in artikel 1649ter BW. Wel werd door de rechtsleer duidelijk gesteld dat het in een vonnis beter is een duidelijk onderscheid te maken tussen de verschillende redeneringsfasen. In een zaak waarin de harde schijf van een laptop het binnen de 6 maanden begaf, leek het volgens bepaalde commentatoren immers alsof de rechtbank uit het feit dat de consument binnen de 6 maanden geklaagd had over de computer, afgeleid had dat er wel een gebrek aan conformiteit moest bestaan⁸². Volgens Caufmann was dit *in casu* niet werkelijk het geval, maar mochten deze

⁷³ Overw. 57. Zie ook bespreking van *Asturcom*, in vn. 22.

⁷⁴ Overw. 56.

⁷⁵ Overw. 70. Art. 1649ter BW vermeldt tevens het bijzonder gebruik dat de koper met het goed beoogde (indien dit door beiden overeengekomen was op het moment van de koop), en de geschiktheid voor het gebruik waartoe gelijksoortige goederen gewoonlijk dienen.

⁷⁶ Overw. 71. Deze term kan op zich tevens aanleiding geven tot discussie. Zo werd in de rechtspraak omtrent verborgen gebreken reeds beslist dat geluidsisolatie een gebrek is dat zich pas manifesteert bij gebruik van het pand. *In casu* werd dan ook beslist dat de termijn pas begint te lopen bij de kennisname van het gebrek, en niet bij de aankoop of levering. Een dergelijke situatie is met betrekking tot deze regelen niet ondenkbaar. Dit aspect is trouwens weldegelijk van belang aangezien het moment binnen de tweejarige garantietermijn, en eventueel binnen de 6 maanden na de levering dient te liggen indien de consument op de regelen in verband met consumentenkoop wil steunen. Zie Rb. Antwerpen 3 januari 2014, *TBO* 2014, afl. 1, 36.

⁷⁷ Overw. 72.

⁷⁸ C. CAUFMANN, “Overzicht van rechtspraak. Vijf jaar wet consumentenkoop” in *Feestbundel Monard-D’Hulst 20 jaar. Diversiteit in eenheid*, Brussel, Larcier, 2010, (155) 165; R. STEENNOT, zie vn. 57, nr. 4.

⁷⁹ R. STEENNOT m.m.v. S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 523; Y. VAN COUTER, E. KARIS *et al.*, “De consumentenkoop. De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen”, *Cahiers RABG* 2005/3, 29; A. VAN OEVELEN, “Het nieuwe begrip ‘conformiteit’” in S. STJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht. De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (29) 48.

⁸⁰ R. STEENNOT m.m.v. S. DEJONGHE, zie vn. 79, 530; Y. VAN COUTER, E. KARIS *et al.*, zie vn. 79, 33.

⁸¹ Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT, *RW* 2010-11, 540, noot S. MARYSSE; Kh. Dendermonde 1 maart 2012, *RABG* 2013, (648) 653. Dit laatste vonnis koppelt tevens terug naar de oorspronkelijke richtlijn en stelt dat deze geenszins de “roeping noch de pretentie had om actief te gaan ingrijpen in het nationaal procesrecht”.

⁸² M. HIGNY, “La place de l’abus de droit en matière de vente de biens de consommation” (noot onder Kh. Hasselt 21 november 2007), *TBBR* 2009, (312) 313.

elementen dus wel voor alle duidelijkheid afgebakend worden⁸³.

c) Weerlegging van het vermoeden door de verkoper

Indien de verkoper het vermoeden van aanwezigheid van het gebrek wenst te weerleggen, kan hij dit enerzijds doen door aan te tonen dat de toepassingsvoorwaarden niet vervuld zijn: dit kan door te bewijzen dat de niet-conformiteit niet vaststaat of de termijn van 6 maanden werd overschreden. Anderzijds beschikt hij krachtens artikel 1649*quater* BW over twee mogelijkheden om het vermoeden van aanwezigheid van het gebrek te weerleggen. De eerste optie bestaat uit het aantonen dat het bewuste vermoeden onverenigbaar is met de aard van het goed. Het duidelijkste voorbeeld hiervan zijn bederfbare goederen. Het tweede verweer is argumenteren dat het vermoeden niet te rijmen valt met de aard van het gebrek aan overeenstemming. Hierbij worden de gebreken bedoeld die, mits inachtneming van alle relevante omstandigheden, niet aanwezig hadden kunnen geweest zijn op het ogenblik van de levering⁸⁴. Zo'n geval kan voorliggen wanneer men duidelijk vaststelt dat het gebrek te wijten is aan een verkeerd gebruik van het goed door de consument⁸⁵. Het mag duidelijk zijn dat dit element de rechter een aanzienlijke beoordelingsvrijheid laat⁸⁶.

Voor zover dit volgens de letter van de wet de mogelijkheden lijken tot weerlegging van dit vermoeden, lijkt het Hof deze in dit arrest een bredere betekenis toe te dichten. De invulling van dit weerlegbaar vermoeden omschrijft het Hof immers als volgt. De verkoper kan aantonen dat het gebrek het gevolg is van of zijn oorsprong vindt in een handelen of nalaten dat dateert van na die aflevering⁸⁷. Een dusdanige formulering lijkt meer ruimte voor de verkoper te laten dan

tot nu toe het geval was krachtens artikel 1649*quater* BW. Het lijkt immers zelfs verder te gaan dan het duidelijk verkeerdelijk gebruik door de consument, zoals Caufmann meent⁸⁸ (en waarin zij ook gevolgd werd)⁸⁹.

De Belgische rechtsleer en rechtspraak lijken tot nu toe dan ook een restrictievere aanpak te hebben gehanteerd die meer aansluit bij de tekst van de wet. Ook al laat de weerlegbaarheid van het vermoeden de rechter de mogelijkheid rekening te houden met de omstandigheden waarin de verkoop plaatsvond⁹⁰, toch blijft het de verkoper die dient te bewijzen dat het gebrek niet bij de levering aanwezig was. Dit werd in de Belgische rechtspraak vrij streng opgevat. Zo werd in de reeds aangehaalde zaak van de laptop met herhaaldelijke defecten aan de harde schijf beslist dat, hoewel de consument hierop nieuwe software had geïnstalleerd, het argument dat defecten in 90% van de gevallen aan de software te wijten zijn en dus niet aan de hardware, niet aanvaard. Ook het idee dat het statistisch onmogelijk is dat een harde schijf het viermaal begeeft, kon de Hasseltse rechtbank van koophandel niet overtuigen⁹¹. De vraag is nu of het criterium dat het stukgaan van de harde schijf *het gevolg is van of zijn oorsprong vindt in een handelen of nalaten dat dateert van na die aflevering*, in een dergelijke zaak enig wezenlijk verschil zal maken. Het feit dat gesproken wordt over “zijn oorsprong vindt”, laat – alvast puur tekstueel – naar mijn mening een ietwat bredere interpretatie toe. Dit geeft immers het idee dat een element dat geheel of ten dele door de ingreep van de consument veroorzaakt werd (bv. een virus dat door het installeren van bepaalde software door de koper op de laptop aanwezig was), en een defect aan het product veroorzaakt (de harde schijf die het begeeft), beschouwd kan worden als *zijn oorsprong te vinden in een handelen of nalaten dat dateert van na die aflevering*.

6. BESLUIT

Het belang van het arrest *Faber* ligt overduidelijk in het feit dat vanaf heden de nationale rechter ambtshalve verplicht is te onderzoeken of de koper de hoedanigheid van consument had ten tijde van de aankoop en of het gestelde gebrek zich voordoet binnen een termijn van 6 maanden na aflevering.

Of die partij in de procedure al dan niet werd bijgestaan door een raadsman, is daarbij irrelevant.

Het lijkt er niettemin op dat, indien mevrouw Faber of haar raadsman haar hoedanigheid van consument en het gebrek aangevoerd had, het gerechtshof te Arnhem deze zaak via de

⁸³. C. CAUFMANN, “Overzicht van rechtspraak. Vijf jaar wet consumentenkoop” in *Feestbundel Monard-D’Hulst 20 jaar. Diversiteit in eenheid*, Brussel, Larcier, 2010, (155) 165.

⁸⁴. I. DEMUYNCK, “De nieuwe garantieregeling voor consumptiegoederen” in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, (867) 886; R. STEENNOT, zie vn. 57, nr. 4.

⁸⁵. C. CAUFMANN, “De nieuwe wet op de consumentenkoop”, *TPR* 2005, afl. 3, (787) 820.

⁸⁶. C. BIQUET-MATHIEU “La garantie des biens de consommation – Présentation générale” in C. BIQUET-MATHIEU en P. WÉRY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005.

⁸⁷. Overw. 73.

⁸⁸. C. CAUFMANN, zie vn. 85, 820.

⁸⁹. R. STEENNOT, zie vn. 57, nr. 4.

⁹⁰. I. DEMUYNCK, zie vn. 84, 886.

⁹¹. Kh. Hasselt 21 november 2007, *DCCR* 2009, 151, noot M. HIGNY.

gewone bewijsregels had kunnen beslechten⁹². Het onderhavige arrest blijft niettemin een welkome verduidelijking van principes die misschien reeds impliciet in het Nederlands en Belgisch procesrecht aanwezig waren⁹³. Het mag duidelijk zijn dat het Hof deze kans om de nadruk te leggen op taak van de rechter in deze materie en een hoog niveau van consumentenbescherming binnen de Unie te versterken, met beide handen gegrepen heeft. Dit arrest hoort in dat opzicht

dan ook thuis in het rijtje van uitspraken die het Hof toelaat verstrekkende gevolgen te geven aan de tekst van het Europese instrument in kwestie. Over de vraag of dit steeds een wenselijke evolutie is, zijn de meningen sinds lang verdeeld. Zeker is alvast dat de principes in verband met ambtshalve opwerping in dit arrest een belangrijk argument zullen vormen in latere zaken omtrent diverse andere materies. Het arrest *Faber* is dus hoe dan ook niet het eindpunt.

⁹² G.J. BOEVE, zie vn. 52, 210. Hierbij wordt opgemerkt dat, zelfs bij het ontbreken van een technisch rapport, mevrouw Faber wel zou kunnen stellen hebben dat de gekochte auto niet beantwoordde aan de verwachtingen die zij op grond van de overeenkomst gerechtigd was te verwachten. Zie ook Concl. Adv. Gen. SHARPSTON in deze zaak, nr. 87.

⁹³ S. VANDEMAELE, zie vn. 8, nr. 10.