

Noot

De verkoper heeft nog steeds geen recht om herstel op te dringen bij verborgen gebrekenSanne Jansen¹**1. INLEIDING**

1. *Probleemstelling* – In het geannoteerde arrest rijst de vraag of de verkoper het recht heeft voor te stellen een verborgen gebrek te herstellen, hoewel de kopers gekozen hebben voor de *actio redhibitoria* of de *actio quanti minoris* krachtens artikel 1644 BW². Kan de verkoper m.a.w. de keuze van de koper *overrulen* door herstel *in natura* aan te bieden?

2. *Feiten* – De zaak gaat over koopovereenkomsten tussen een verkoper en meerdere kopers van eigendommen in een hoeve die in appartementen wordt omgevormd. De appartementen worden gedeeltelijk door de verkoper gerenoveerd. In eerste instantie klagen de kopers per brief dat er onder andere problemen zijn met de verwarming. Om aan te tonen dat er sprake is van verborgen gebreken, laten de kopers tijdens de winter technische vaststellingen doen. Verder vragen ze de aanstelling van een technisch expert om het pand te inspecteren. Uiteindelijk dagvaarden de kopers de verkoper in vrijwaring voor verborgen gebreken. Een deel van de kopers eist de ontbinding van de koop (*actio redhibitoria*) en een ander deel van de kopers een substantiële vermindering van de koopprijs (*actio quanti minoris*).

3. *Uitspraak in eerste aanleg* – De rechtbank van eerste aanleg te Bergen oordeelt in een vonnis van 9 oktober 2011 in het voordeel van de kopers. De rechtbank staat voor een aantal kopers een *actio redhibitoria* toe en voor een aantal kopers een *actio quanti minoris*.

4. *Uitspraak in hoger beroep* – De verkoper stelt tegen de uitspraak in eerste aanleg hoger beroep in en vraagt dat de eisen die zijn gebaseerd op verborgen gebreken onontvankelijk worden verklaard of minstens ongegrond. Hij stelt ook dat hij het recht had herstel *in natura* aan de kopers aan te bieden, vooraleer een beroep gedaan kon worden op de *actio redhibitoria* of de *actio quanti minoris*. In een eerste arrest van 31 maart 2014 beslist het hof van beroep te Bergen onder meer dat het pand wel degelijk is aangetast door verborgen gebreken en dat de verkoper geen herstel *in natura*

kon aanbieden. In een tweede arrest van 12 januari 2015 bevestigt het hof van beroep te Bergen gedeeltelijk de beslissing van de eerste rechter. Zo kent het voor een aantal kopers de *actio redhibitoria* ten laste van de verkoper toe en wordt voor een aantal kopers de vermindering van de prijs wegens de *actio quanti minoris* tevens toegestaan, maar wordt de omvang ervan substantieel verlaagd.

5. *Relevant cassatiemiddel* – Tegen de beslissingen in hoger beroep tekent de verkoper cassatieberoep aan. Hij voert niet minder dan vier cassatiemiddelen aan. Ik concentreer me op het eerste onderdeel van het eerste middel, dat ingaat op de mogelijkheid van de verkoper om herstel van het goed aan te bieden. Het eerste onderdeel van het eerste middel bestrijdt de beslissing van het hof van beroep die stelt dat de verkoper geen herstel *in natura* kon aanbieden. Het hof van beroep gaat ervan uit dat artikel 1644 BW enkel de keuzemogelijkheid tot de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* voor de koper inhoudt en niet de mogelijkheid biedt aan de verkoper tot herstel *in natura*. Het cassatiemiddel stelt evenwel dat, in tegenstelling tot de letterlijke bewoordingen van artikel 1644 BW, herstel en uitvoering *in natura*³ de normale manier van gedwongen uitvoering is van verbintenissen als dit nog mogelijk is. Het keuzerecht van de kopers tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* zou de verkoper nog niet de mogelijkheid ontzeggen om herstel *in natura* op zijn kosten van de gebreken aan te bieden.

6. *Uitspraak in cassatie* – De verkoper wordt uiteindelijk in het ongelijk gesteld. Zonder in te gaan op de andere onderdelen van de middelen, die overigens allen niet worden aangenomen of onontvankelijk worden verklaard, wordt het eerste onderdeel van het eerste middel evenmin aangenomen. Het Hof van Cassatie bevestigt de redenering van het hof van beroep te Bergen en herhaalt dat artikel 1644 BW de koper enkel de keuze geeft tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*. Alleen de koper heeft het keuzerecht tussen deze twee remedies. Het Hof besluit dat de beslissing *a quo*, die ervan uitgaat dat artikel 1644 BW niet aan de verkoper

¹ Postdoctoraal B.A.E.F. onderzoeker aan de Columbia Law School, vrijwillig wetenschappelijk medewerker Instituut voor Verbintenissenrecht KU Leuven.

² Zie voor de basistekst van deze bijdrage ook S. JANSEN, *Prijzvermindering: remedie tot bijsturing van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 30 e.v. en nrs. 617 e.v.

³ In de bespreking van het middel lijkt het dat herstel *in natura* als een vorm van uitvoering *in natura* wordt vooropgesteld: “*La remise en état de la chose vendue doit s’analyser en exécution forcée en nature de l’obligation de garantie du vendeur (...) le remplacement peut constituer une réparation en nature*”. Hierna zullen wij herstel soms ook bestempelen als uitvoering bij equivalent in de vorm van herstel *in natura*, afhankelijk van de concrete situatie (zie *infra*, randnrs. 12 e.v. en in het bijzonder randnr. 13).

toelaat om het verkochte goed te herstellen, naar recht is verantwoord.

7. *Structuur* – Hierna wordt kort het principe van het keuzerecht van de koper bij verborgen gebreken toegelicht (2.) om vervolgens in te gaan op het samenspel van uitvoering en herstel *in natura* met de redhibitorische remedies⁴ (3.). Ik sluit af met een korte conclusie (4.).

2. ALLEEN DE KOPER HEEFT EEN KEUZERECHT

8. *Keuzerecht van de koper: niet van de verkoper, noch van de rechter*⁵ – Wanneer de koper een verborgen gebrek ontdekt, dan heeft hij de vrije keuze tussen twee remedies, de *actio quanti minoris*⁶ en de *actio redhibitoria*^{7,8}. Alleen de koper heeft deze keuze. De rechter mag deze keuze in principe niet wijzigen⁹. De verkoper heeft evenmin enige zeggenschap in het keuzerecht van de koper¹⁰. Het onderhavige cassatiearrest bevestigt deze redenering: enkel de koper heeft de keuze tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*.

9. *Geen absoluut of discretionair vrije keuzerecht* – Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat dit zgn. “keuzerecht” van de koper toch wel een aantal beperkingen kent. Deze beperkingen kan men opsplitsen in twee categorieën: 1) een aantal beperkingen zijn “materieel”, 2) en een aantal beperkingen zijn “procedureel”. Met procedurele beperkingen wordt bedoeld op de controlebevoegdheden van de rechter op het keuzerecht, die een beperkende rol kunnen spelen.

In bepaalde gevallen maken deze materiële en procedurele beperkingen de keuze voor de *actio redhibitoria* onmogelijk en in andere gevallen de keuze voor de *actio quanti minoris*. De koper zal dan steeds terugvallen op de alternatieve remedie die nog wel voorhanden is: de *actio redhibitoria* of de *actio quanti minoris*¹¹.

10. *Materiële beperkingen van het keuzerecht* – Het is ten eerste mogelijk dat enkel nog de keuze voor de *actio redhibitoria* openstaat en de keuze voor de *actio quanti minoris* onmogelijk is. Dit is het geval als de prijsvermindering *onvoldoende waarborgen* voor de veiligheid biedt¹². Denk bijvoorbeeld aan een goed dat door het verborgen gebrek onveilig is geworden, zoals een onveilige defecte kartwagen. Een *actio quanti minoris* kan evenmin worden ingesteld bij de koop van dieren onderworpen aan de wet van 25 augustus 1885¹³.

De koper kan dan weer – in de regel – de *actio redhibitoria* niet kiezen indien hij het goed *niet meer kan teruggeven*¹⁴. In

4. Sommige auteurs verkiezen de term “sanctie” boven de term “remedie”. Ik zal hierna consequent de term “remedie” gebruiken.

5. Zie hierover ook uitgebreid: S. JANSEN, *Prijsvermindering: remedie tot bijsturing van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 636 e.v.

6. Zie bv.: Brussel 1 maart 1971, *Pas.* 1971, II, p. 170.

7. Zie bv.: Cass. 8 juni 1962, *Pas.* 1962, I, p. 1155 (de art. 1641 en 1644 BW laten de ontbinding van de koop toe op grond van een verborgen gebrek van het verkochte goed). In beginsel wordt met deze remedie bedoeld op een ontbinding, die in een aantal aspecten *afwijkt* van de ontbinding van art. 1184 BW. Zie voor een overzicht van deze afwijkingen bv.: H. DE PAGE en A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, Brussel, Bruylant, 1997, nr. 213; L. SIMONT, J. DE GAVRE en P.-A. FORIERS, “Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux (1981-1991)”, *RCJB* 1995, (107) nr. 54; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 273 e.v.; B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 423.

8. Zie: Cass. 15 september 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 52, *Pas.* 1979, I, p. 60 en *RW* 1978-79, 1909 (als de koper in zijn conclusie de veroordeling vordert “bij wijze van schadevergoeding” van het door de deskundigen begrote bedrag, kiest hij voor de tweede mogelijkheid van art. 1644 BW en dient hij het goed derhalve niet terug te geven). Zie ook over het keuzerecht van de koper: Luik 14 januari 2000, *JLMB* 2001, 1684 en *TBH* 2002, 103.

9. Zie bv.: Gent 30 april 1953, *JT* 1953, 500; Luik 25 februari 1991, *RRD* 1991, 418; Gent 22 januari 2003, *TBH* 2004, 551, noot K. LAVEYT; Luik 2 juni 2004, *JLMB* 2004, 1729. De rechter zou niet ambtshalve de optie voor een *actio redhibitoria* kunnen vervangen in een *actio aestimatoria*, noch heeft hij enige appreciatiebevoegdheid: B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nrs. 422-423. Zie ook: J.-F. GERMAIN, “Panorama des mécanismes de modification du prix dans la vente et les contrats de service” in M. DUPONT en E. VAN DEN HOUTE (eds.), *Les obligations contractuelles en pratique*, Limal, Anthemis, 2013, (93) 95; M. VANWUICK-ALEXANDRE en M. GUSTIN, “L’obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés: le droit commun” in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (5) nr. 56; Y. SAYGIN, “Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente”, in *Cahiers de la Faculté de droit de Namur*, Namen, FUNDP Faculté de droit, 2004, 5. Zie gedetailleerd over het ambtshalve opwerpen van de *actio quanti minoris*: S. JANSEN, “De rol van de rechter bij prijsvermindering in de koop: variations énigmatiques?” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, nr. 51.

10. J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, nr. 397; J.-F. GERMAIN, “Panorama des mécanismes de modification du prix dans la vente et les contrats de service” in M. DUPONT en E. VAN DEN HOUTE (eds.), *Les obligations contractuelles en pratique*, Limal, Anthemis, 2013, (93) 95; M. VANWUICK-ALEXANDRE en M. GUSTIN, “L’obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés: le droit commun” in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (5) nr. 56.

11. Aangezien geen andere remedies mogelijk blijken te zijn, zie *infra*, randnrs. 12 e.v.

12. Zie: Kh. Bergen 23 mei 2000, *TBH* 2000, 118 (m.b.t. een defecte kartwagen). Zie hierover: B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 428 (de “schadevergoeding” voor een “herstel *in natura*” biedt niet de nodige waarborgen voor de veiligheid).

13. Wet van 25 augustus 1885 tot herziening van de wetgeving op de koopvernietigende gebreken (*BS* 28 augustus 1885) (art. 12 (vrije vertaling): “*De vordering tot prijsvermindering, toegelaten bij artikel 1644 van het Burgerlijk Wetboek, zal niet mogen worden uitgeoefend in geval van koop en ruil van dieren die onder deze wet vallen.*”). Zie ook: GwH 13 februari 2014, *BS* 2 april 2014, p. 28.559, *Juristenkrant* 2014, 4-5, *RW* 2013-14, 1199 en *RW* 2014-15, 180 (prejudiciële vraag: volgens het Hof schenden art. 1 en 2, eerste en tweede lid wet koopvernietigende gebreken de art. 10 en 11 Gw. niet).

14. Zie bv.: L. SIMONT en P.-A. FORIERS, “Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux. La vente II (1992-2010)”, *RCJB* 2014, (725) nr. 69 (geen *actio redhibitoria* als het goed niet meer in de verkochte staat kan worden teruggegeven).

dit geval kan hij enkel de *actio quanti minoris* instellen. Dit volgt uit de tekst van artikel 1644 BW die veronderstelt dat de koper bij de *actio redhibitoria* het goed moet kunnen teruggeven¹⁵. Men kan eventueel wel denken aan de mogelijkheid van restitutie bij equivalent, maar blijkbaar sluit de tekst van artikel 1644 BW deze mogelijkheid uit.

Verder kan de koper de *actio redhibitoria* niet meer instellen wanneer hij het goed *verder gebruikt na* het ontdekken van het gebrek als dat gebruik de waarde van het goed *abnormaal* doet verminderen. Traditioneel neemt men aan dat het gebruik van het goed *na* het ontdekken van het gebrek dat de waarde van het goed vermindert, een *actio redhibitoria* uitsluit¹⁶. De koper zou dan enkel een *actio quanti minoris* kunnen instellen.

Toch nuanceert Tilleman terecht deze algemene stelling¹⁷. Het verdere gebruik van het goed na het ontdekken van een gebrek kan misschien enkel hebben geresulteerd in slijtage of waardevermindering die in de regel aanleiding geeft tot een vergoeding voor ongerechtvaardigde verrijking wegens genot van het goed. Indien er echter abnormale waardeverminderingen zijn, die men kan wijten aan de koper, moet deze laatste hiervoor een schadevergoeding betalen. Slechts in het geval dat de abnormale waardevermindering te ver gaat en een onmogelijkheid tot teruggave van het goed doet ontstaan, aanvaardt Tilleman dat de koper geen beroep meer kan doen op de *actio redhibitoria* en enkel een *actio quanti minoris* kan instellen. Ik sluit mij aan bij deze redenering, maar voeg hierna nog een andere reden toe (zie *infra*, bij de beperking van het keuzerecht door de controlebevoegdheid van de rechter en de link met het verbod op rechtsmisbruik, randnr. 11).

11. (Procedurale) beperkingen van het keuzerecht door de controlebevoegdheid van de rechter¹⁸ – Eerst en vooral is het van belang vast te stellen dat de rechter, bij een keuze voor de *actio redhibitoria* of een *actio quanti minoris*, de bevoegdheid heeft om te controleren of de toepassingsvoorwaarden ervan zijn voldaan. Er moet immers sprake zijn van een “verborgen gebrek”. De rechter heeft hier bijvoorbeeld enige appreciatiemarge als hij het vereiste van de ernst van het gebrek nagaat: de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria* veronderstellen immers beiden een “ernstig” verborgen gebrek. Deze controlebevoegdheid van de rechter betekent op zich *geen aantasting* van het keuzerecht van de koper (en dus geen echte beperking), aangezien de rechter enkel de toepassingsvoorwaarden ervan controleert.

Wanneer de toepassingsvoorwaarden van de “vrijwaring voor verborgen gebreken” voldaan zijn, heeft de koper – zoals aangegeven – in principe een vrij keuzerecht tussen de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria*¹⁹. Ik opteer hier voor de term “vrij keuzerecht” en niet voor de term “absoluut of discretionair keuzerecht” aangezien ik bedoel dat de koper vrij kan kiezen tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* wanneer de toepassingsvoorwaarden ervan zijn voldaan en indien geen van de materiële beperkingen die hierboven werden beschreven (*cf.* randnr. 10), van toepassing zijn. Er bestaat dus met andere woorden geen hiërarchie tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*.

Deze vrije keuzemogelijkheid kan men evenwel niet als “absoluut of discretionair” kwalificeren. De keuze van de koper kan immers steeds aan een *misbruikcontrole*²⁰ door de rechter worden onderworpen. Bijgevolg lijkt de term “vrij keuzerecht” tussen de *actio quanti minoris* en de *actio red-*

¹⁵ Zie ook uitgebreid: S. JANSEN, *Prijsvermindering: remedie tot bijsturing van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 640 e.v.

¹⁶ Zie: Gent 22 oktober 1970, *RW* 1970-71, 893 (het ging over een “ernstige waardevermindering” waardoor het goed niet kon worden teruggegeven in de toestand zoals het oorspronkelijk was); Luik 10 november 1982, *JL* 1983, 153 (de *actio redhibitoria* mag niet meer worden ingesteld door de koper wanneer het gebrekkige goed verder wordt gebruikt); Kh. Hasselt 13 juni 1995, *Limb.Rechtsl.* 1995, 246, *Pas.* 1995, III, 22 en *RW* 1997-98, 1446 (de *actio redhibitoria* kan niet meer worden ingesteld door de koper wanneer het gebrekkige goed verder wordt gebruikt na de ontdekking van het gebrek omdat de koper het goed niet meer kan teruggeven in de staat als deze waarin het zich op het ogenblik van de verkoop bevond); Rb. Brugge 6 september 1989, *RW* 1991-92, 95, noot M.E.S. (bij gebruik van het goed na het ontdekken van het gebrek, “verwerkt” de koper zijn recht op ontbinding en kan deze alleen de *actio quanti minoris* instellen). Vgl.: H. DE PAGE en A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Trat e*, IV, Brussel, Bruylant, 1997, nr. 213 (het moet gaan om een “belangrijke” achteruitgang van het goed: “*usure ou dégradation notable*”). Vgl.: V. PIRSON, “Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente”, *TBBR* 2001, (416) 428-429 (het verdere gebruik van het goed na het ontdekken van het gebrek wordt gelijk gesteld met een aanvaarding).

¹⁷ Zie voor deze nuances: B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 427. Zie ook: I. SAMOY, “‘Gebruiksaanwijzing’ voor verborgen gebreken? Het gebruik van de gebrekkige zaak en de gevolgen voor het keuzerecht tussen ontbinding en prijsvermindering” (noot onder Kh. Hasselt 10 juli 2000), *RW* 2001-02, (1032) 1033-1034; S. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS et al., “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: koop en aanneming (1999-2006)”, *TPR* 2008, (1411) nr. 157.

¹⁸ Zie ook hierover uitgebreid: S. JANSEN, *Prijsvermindering: remedie tot bijsturing van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 647.

¹⁹ De rechter mag deze keuze niet wijzigen. Zie bv.: Gent 30 april 1953, *JT* 1953, 500; Luik 25 februari 1991, *RRD* 1991, 418; Gent 22 januari 2003, *TBH* 2004, 551, noot K. LAVEYT. Zie ook: A. CHRISTIAENS, “Art. 1641-1648 BW” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2000, 76 (de koper moet zijn keuze niet rechtvaardigen, de rechter is gebonden door zijn keuze); L. SIMONT, J. DE GAVRE en P.-A. FORIERS, “Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux (1981-1991)”, *RCJB* 1995, (107) nr. 54; B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 423; M. VANWICK-ALEXANDRE en M. GUSTIN, “L’obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés: le droit commun” in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (5) nr. 56.

²⁰ Zie voor recente overzichten over het verbod op rechtsmisbruik: S. STIJNS en F. AUVRAY, “Abus de droits contractuels dans l’exécution du contrat: critères et sanctions” in M. DUPONT (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, 269-320; S. STIJNS, “Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiters voor gebruik!” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, 75-141.

hibitoria het meest gepast. Deze misbruikcontrole slaat enkel op een afweging tussen de twee keuzemogelijkheden: de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* (zie ook *infra*, randnrs. 12 e.v.)²¹.

Sommige auteurs sluiten onterecht de mogelijkheid uit dat de rechter de beslissing van de koper bij een keuze voor de *actio redhibitoria* of de *actio quanti minoris* zou kunnen toetsen aan het verbod op *rechtsmisbruik*, vervat in artikel 1134, derde lid BW²². Zo zou misbruik van de *actio redhibitoria* uitgesloten zijn, aangezien de vereiste ernst van de tekortkoming bij verborgen gebreken het onwaarschijnlijk maakt dat de keuze voor de ontbinding (of de prijsvermindering) *rechtsmisbruik* zou uitmaken. Toch onderkennen deze auteurs dat de categorie van discretionaire rechten (die niet vatbaar zijn voor *rechtsmisbruik*) quasi onbestaande is en daarom in theorie niets de controle op *rechtsmisbruik* kan beletten bij de keuze van de koper tussen de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria*²³. Dat de misbruikcontrole op het keuzerecht van de koper bij verborgen gebreken niet

louter een theoretische mogelijkheid is, bewijst de situatie waarin abusief wordt gekozen voor een *actio redhibitoria* bij het *verder gebruiken van het goed* door de koper na het ontdekken van het gebrek wanneer dit een zware en abnormale waardevermindering van het goed met zich meebrengt (zie ook *supra*, randnr. 10 *in fine*). In dit geval kan de rechter de abusieve keuze voor de *actio redhibitoria* ombuigen en de andere optie en de *actio quanti minoris*, opleggen. De omgekeerde situatie, waarbij een keuze van de koper voor de *actio quanti minoris* disproportioneel is in vergelijking met de keuze voor de *actio redhibitoria*, zal inderdaad zelden voorkomen. Toch sluit ik niet *a priori* uit dat zich een dergelijke situatie van *rechtsmisbruik* kan voordoen.

Er moet dan ook geconcludeerd worden dat de bevoegdheid van de rechter om de keuze van de koper voor de *actio quanti minoris* of de *actio redhibitoria* te controleren op het verbod op *rechtsmisbruik* een beperking kan betekenen op het keuzerecht van de koper.

3. SAMENSPEL MET UITVOERING EN HERSTEL *IN NATURA*

12. Algemeen – Zoals vastgesteld, staat artikel 1644 BW enkel een keuze toe tussen de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria*. Hier situeert zich de kernvraag van het eerste onderdeel van het eerste middel van het onderhavige cassatiearrest. Zijn er nog andere remedies mogelijk naast deze twee opties? Kan de verkoper voorstellen – zoals *in casu* het geval was – om herstel *in natura* aan te bieden (of om uit te voeren *in natura*)?

De meerderheid van de Belgische auteurs en de rechtspraak neemt aan dat de opsomming van de remedies in artikel 1644 BW *limitatief* is en dat geen andere remedies mogelijk zijn²⁴. Er zou met andere woorden geen ruimte meer zijn voor uitvoering *in natura* of uitvoering bij equivalent (in de vorm van herstel *in natura* of in de vorm van een schadevergoeding). Dat er geen ruimte meer is voor (aanvullende) schadevergoeding moet minstens worden genuan-

²¹. Er kan dus niet worden uitgeweken naar andere remedies zoals uitvoering of herstel *in natura* door een beroep te doen op het verbod op *rechtsmisbruik*, zoals door de verkoper in het derde onderdeel van het eerste middel wordt geopperd van het onderhavige cassatiearrest.

²². P.-A. FORIERS, “Conformité et garantie dans la vente” in B. TILLEMEN en P.-A. FORIERS (eds.), *De Koop*, Brugge, die Keure, 2002, (17) nr. 31; L. SIMONT en P.-A. FORIERS, “Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux. La vente II (1992-2010)”, *RCJB* 2014, (725) nr. 71 (geeft wel aan dat er uitzonderingen kunnen zijn); B. TILLEMEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 423; B. TILLEMEN en A. VERBEKE, “Vrijwaring voor verborgen gebreken naar gemeen recht geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak (1995-2005)” in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2006, (5) nr. 24. *Contra*: M. DUPONT, M. BERLINGIN, M. DEMOULIN ET AL., *Manuel de la vente*, Mechelen, Kluwer, 2010, 219.

²³. Zie over het uitsterven van discretionaire rechten en bevoegdheden in het privaatrecht: W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, I, Algemeen Deel*, Mechelen, Kluwer, 2010, nr. 147 (er zouden vandaag geen discretionaire rechten of bevoegdheden meer bestaan). Zie ook: S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, (33) 38.

²⁴. Zie voor rechtspraak bv.: Cass. 21 november 1974, *Arr. Cass.* 1975, 350 en *Pas.* 1975, I, p. 322 (voorzichtig: de verkoper mag niet aanbieden het gebrekkige goed op zijn kosten te laten herstellen); Luik 22 oktober 1987, *T.Aann.* 1990, 208 (de gebrekkige werken mogen niet opnieuw worden uitgevoerd); Bergen 6 februari 1990, *Rev. not. b.* 1990, 554 (geen herstel of vervanging); Luik 25 april 2002, *RGAR* 2003, nr. 13.742 (geen herstel of vervanging); Bergen 26 september 2006, *JT* 2006, 812, noot (geen herstel of vervanging); Kh. Hasselt 7 januari 1997, *RW* 1997-98, 955, *TBH* 1998, 454 (de verkoper kan de koper niet dwingen een herstel te aanvaarden van het verborgen gebrek); Kh. Ieper 24 juni 2002, *RW* 2005-06, 1229 (de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria* zijn de enige vorderingen die bij verborgen gebreken kunnen worden ingesteld); Rb. Leuven 16 november 1979, *RW* 1980-81, 197, noot W. VAN CAUWELAERT (de koper kan de vervanging niet eisen van het door een verborgen gebrek aangetaste goed, zodat de verkoper een dergelijke vervanging zeker niet kan opdringen. Art. 1644 BW houdt voor de koper niet de mogelijkheid in een herstel te eisen; dit kan slechts worden toegestaan als de partijen daarover akkoord gaan). Zie voor rechtsleer: A. CHRISTIAENS, “Art. 1641-1648 BW” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2000, 75; M. DAMBRE, *Syllabus bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2014, 76 (geen recht op herstel of vervanging); H. DE PAGE en A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, Brussel, Bruylant, 1997, nr. 213; R. DE WIT, “Koop” in R. FELTKAMP en E. JANSSENS (eds.), *Ondernemingscontracten*, Brussel, Larciér, 2013, (291) 297; P.-A. FORIERS, “Conformité et garantie dans la vente” in B. TILLEMEN en P.-A. FORIERS (eds.), *De Koop*, Brugge, die Keure, 2002, (17) nr. 31; L. SIMONT en P.-A. FORIERS, “Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux. La vente II (1992-2010)”, *RCJB* 2014, (725) nr. 71; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXIV, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 291; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, nr. 400; L. SIMONT, J. DE GAVRE en P.-A. FORIERS, “Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux (1981-1991)”, *RCJB* 1995, (107) nr. 54; W. VAN CAUWELAERT, “Verborgen gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper” (noot onder Rb. Leuven 16 november 1979), *RW* 1980-81, (199) 199-210; A.-L. VERBEKE, P. BRULEZ, N. CARETTE et al., *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 47 (geen herstel of vervanging).

ceerd als de verkoper te kwader trouw is²⁵. In dit geval mag de prijsvermindering of de ontbinding worden gecombineerd met een schadevergoeding, waarbij de combinatie prijsvermindering en aanvullende schadevergoeding *de facto*²⁶ zou kunnen leiden tot uitvoering bij equivalent in de vorm van een integrale schadevergoeding.

13. Controverse – Over de vraag of dan herstel of vervanging toegestaan is bij verborgen gebreken, heerst geen eensgezindheid.

Zoals aangegeven, is de heersende opvatting van mening dat artikel 1644 BW bij verborgen gebreken *geen* ruimte laat voor andere remedies zoals herstel of uitvoering *in natura* (tenzij het contractueel wordt bedongen) (zie ook *supra*, randnr. 12)²⁷. Hierdoor zouden de remedies herstel en vervanging van het goed uitgesloten zijn²⁸. Deze visie is gebaseerd op de lezing van Laurent van artikel 1644 BW²⁹. Dit artikel zou limitatief de remedies bij verborgen gebreken opsommen.

Een tweede strekking in de Belgische rechtspraak en doctrine wenst, in de lijn van de Franse rechtsleer en rechtspraak³⁰, te willen breken met de klassieke visie en neemt het standpunt in dat er geen reden is herstel en vervanging van het

goed uit te sluiten bij verborgen gebreken als remedie *voor de koper*³¹. Deze strekking verdedigt dat het herstel van het gebrekkige goed (gelijk aan de “inhoud” van de overeenkomst) en de vervanging van *soortgoederen* mogelijk moeten zijn, aangezien dit zou neerkomen op uitvoering *in natura* van de overeenkomst. Vervanging van een *species* goed bestaat niet in de uitvoering van het oorspronkelijke contractuele voorwerp en is controversiëler aangezien soms wordt gesteld dat dit neerkomt op een novatie, waarbij de instemming van de verkoper nodig is. Ook het *herstel* van het goed kan soms niet bestaan in de uitvoering van het oorspronkelijk contractuele voorwerp en zou dus kunnen neerkomen op novatie. Toch wensen Tillemans en Wery herstel of vervanging niet uit te sluiten en in dit laatste geval te kwalificeren als een herstel *in natura*³². Deze strekking voert verschillende argumenten aan om herstel en vervanging *als remedie voor de koper* te aanvaarden. Zo wordt aangevoerd dat deze remedies beantwoorden aan de wensen van de koper en de verkoper, voor zover de koper dit verkiest boven de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria*, het herstel mogelijk zou zijn en de herstellingskosten niet buiten verhouding staan tot de waarde van het goed³³. Het hoofdargument van deze strekking is dat niets in artikel 1644 BW laat blijken dat wordt afgeweken van het gemeen recht (o.a. inzake de voor-

25. Zie art. 1645 BW en vooral art. 1646 BW. Doch op dit leerstuk ga ik hier niet verder in.

26. Wellicht niet *de iure*: Leuven 15 maart 2015, *FJF*, No. 2015/103, www.monKEY.be (“dit dient beschouwd te worden als een tussen partijen overeengekomen prijsvermindering omwille van het gebrek van de zaak, zoals voorzien in artikel 1644 van het Burgerlijk Wetboek. Partijen komen overeen wat zal beschouwd worden als een gebrek dat aanleiding zal geven tot een prijsvermindering, en wat de hoegrootheid van deze prijsvermindering zal zijn. Deze vergoeding kan niet beschouwd worden als een schadevergoeding. Het is geen vergoeding die betaald moet worden omwille van een contractuele wanprestatie” (benadrukking toegevoegd)).

27. In het bijzonder vn. 24.

28. Zie voor de kwalificatie van de remedies van “herstel” en “vervanging” als een herstel *in natura*: P. WERY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, nr. 600. Zie ook: B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 430 (zie echter in nr. 431 voor een kwalificatie van herstel en vervanging als uitvoering *in natura*).

29. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXIV, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 291 (hier wordt enkel gewag gemaakt van “herstel”).

30. Zie: O. BARRET, v° *Vente (3° effets)*, *Rép.civ.Dalloz*, 2007, nr. 631-632 (herstel en vervanging zijn mogelijk op vraag van de koper); G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, XIX, Parijs, Larose, 1908, 452 (herstel kan door de koper worden ingeroepen indien het mogelijk is en de kostprijs van het herstel niet buiten verhouding is met de aankoopprijs); L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, I, Parijs, Pédone-Lauriel, 1890, nr. 457 (herstel door de verkoper is mogelijk, de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* zijn slechts subsidiar). Zie ook uitgebreid: J. GHESTIN, J. HUET, G. DECOCQ ET AL., *Les principaux contrats spéciaux*, Parijs, LGDJ, 2012, nrs. 11365 e.v.; B. GROSS en P. BIHR, *Contrats I/Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, Parijs, PUF, 2002, nr. 346; J. HUET, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Parijs, Litec, 1987, 314 e.v.; J. HUET, v° *Art. 1641-1649, Fasc. 50, Jur.-Cl. Civ.*, 2012, nrs. 45 e.v. (uitvoering *in natura* is toegestaan als de koper dit vordert, het is bediscussieerd of de verkoper dit mag opdringen).

31. Zie: Brussel 6 oktober 1975, *JT* 1975, 696; Brussel 1 april 2009, *MER* 2010, 79, noot P. VAN ASSCHE, *TBBR* 2012, 114, *T.Not.*2010, 191 en *T.Not.*2010, 611; Kh. Bergen 26 april 2004, *TBBR* 2006, 241. Zie ook: F. GLANSDORFF, “Garantie des vices cachés: *quid* de la réparation et du remplacement?” in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (417) 417-427 (is zeker van de mogelijkheid op een herstel, is niet zo zeker voor de vervanging); A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk Recht. De contracten*, Leuven, Standaard Boekhandel, 1952, nr. 127 (voor herstel); Y. SAYGIN, *Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente*, in *Cahiers de la Faculté de droit de Namur*, Namen, FUNDP Faculté de droit, 2004, 11-14 en 18 (herstel en vervanging); S. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS ET AL., “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: koop en aanneming (1999-2006)”, *TPR* 2008, (1411) nr. 155; B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 431; P. WERY, “Réflexions comparatives sur la réparation et le remplacement de la chose vendue affectée d'un défaut de conformité ou d'un vice caché” in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Brussel, Larcier, 2003, (569) nrs. 20-22; P. WERY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, nr. 600. Vgl. M. DUPONT, M. BERLINGIN, M. DEMOULIN et al., *Manuel de la vente*, Mechelen, Kluwer, 2010, 222-223 (de remedies herstel en vervanging zouden in het raam van het verbod op rechtsmisbruik kunnen worden aangewend). Zie ook: M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen*, Brussel, E.Story-Scientia, 1990, 399-403 (deze auteur is van mening dat uitvoering *in natura* steeds bij voorrang door de koper kan worden gevraagd bij verborgen gebreken (bij wanprestatie) aangezien hij van mening is dat de gemeenrechtelijke remedies bij wanprestatie van toepassing zijn en niet de *actio quanti minoris* noch de *actio redhibitoria*, die een *lex specialis* zouden zijn van dwaling (en bedrog)).

32. Zie: B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 431; P. WERY, “Réflexions comparatives sur la réparation et le remplacement de la chose vendue affectée d'un défaut de conformité ou d'un vice caché” in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Brussel, Larcier, 2003, (569) nrs. 20-21.

33. B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 431.

rang van uitvoering *in natura*). Het is deze strekking die in het besproken cassatiemiddel van het onderhavige arrest uitvoerig wordt geciteerd. Er moet op worden gewezen dat deze strekking in de rechtsleer herstel of vervanging aanvaardt als een extra keuzemogelijkheid van de koper. *In casu* is echter de vraag gerezen of de verkoper de koper het herstel *in natura* van het pand zou kunnen opdringen.

14. Historische achtergrond – Om de uitzonderingspositie van de remedies bij koopvernietigende gebreken beter te kaderen, past een beknopte historische situering in het Romeins recht³⁴. De *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*, zoals men die vandaag kent in artikel 1644 BW, stammen eigenlijk af van de remedies die de *curule aedielen* opnamen in hun edict. Dit edict was oorspronkelijk louter van toepassing op slaven en trekdieren (later bij uitbreiding ook op vee)³⁵ op publieke markten³⁶. Naast deze acties bestond ook de *actio empti*. Vóór de zgn. klassieke periode³⁷ kon de *actio empti* enkel worden ingeroepen in geval van bedrog van de verkoper met betrekking tot een gebrekkig goed of als de verkoper een bepaalde (niet-bestaande) eigenschap van

een goed had verzekerd. Na de invoering van het aedilische edict was onder de klassieke periode een evolutie merkbaar met betrekking tot de *actio empti*. De *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* werden bij de actie uit de koop (de *actio empti*) nu ook toegestaan in geval van verborgen gebreken (gebreken die de koper noch de verkoper kenden)³⁸. Deze evolutie betekende dat de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria* bij de *actio empti* eveneens beschikbaar waren buiten de sfeer van slaven en vee die werden verkocht op de markt³⁹. Door deze evolutie werd de vrijwaring voor verborgen gebreken geacht impliciet deel uit te maken van de gevolgen van de koopovereenkomst, zelfs wanneer de verkoper de gebreken zelf niet kende⁴⁰. In dit perspectief zou men kunnen denken dat Justinianus in zijn codificatie de aedilische acties zou afschaffen, aangezien ze overbodig waren geworden en naast de *actio empti* bestonden⁴¹. Toch werden de aedilische *actio quanti minoris* en *actio redhibitoria*, zij aan zij met de *actio empti*, behouden in de Justiniaanse codex⁴². Daarenboven werd hun toepassingsgebied uitgebreid naar de verkoop van alle goederen en waren ze niet meer alleen van toepassing op de verkoop van slaven en vee⁴³.

³⁴. Zie ook uitgebreid: S. JANSSEN, *Prijzvermindering: remedie tot bijsturing van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 30 e.v.

³⁵. Zie hierover: R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, Juta, 1990, 319. Zie ook: A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*, I, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Aalen, Scientia, 1965, 411; M. KASER en R. KNÜTEL, *Römische Privatrecht*, München, Beck, 2008, § 41, nrs. 39-40; J.-P. LEVY en A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Parijs, Dalloz, 2010, nr. 498; R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Parijs, Sirey, 1930, 47.

³⁶. J.-P. DUNANT, B. SCHMIDLIN en B. WINIGER, *Droit privé romain*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 91; P.F. GIRARD en J.-P. LEVY, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parijs, Dalloz, 2003, 599; J. HALLEBEEK, “C.4.58.2 and the Civil Remedy for Price Reduction. Two Ways of Reading the Corpus Iuris Civilis”, *Revue internationale des droits de l’antiquité* 2008, (267) 269; M. KASER en R. KNÜTEL, *Römische Privatrecht*, München, Beck, 2008, § 41, nr. 38; R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Parijs, Sirey, 1930, 49; R. MONIER, *Droit romain. Obligations*, Parijs, Domat-Montchrestien, 1954, 159; R. ROBAYE, *Le droit romain*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2005, 264; J.C. VAN OVEN, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden, Brill, 1948, 264; L. WAELEKENS, *Civium causa*, Leuven, Acco, 2014, 404; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, Juta, 1990, 311, 316 en 319.

³⁷. De “klassieke periode” in de Romeinse rechtswetenschap komt overeen met de periode van het “Principaat”. Deze periode loopt van enkele jaren VC tot voorbij de tweede helft van de derde eeuw: L. WAELEKENS, *Civium causa*, Leuven, Acco, 2014, 57-58 en 67.

³⁸. Zie Ulp. D.19.1.11.3 (-5): “Ook de terugverschaffing wegens verborgen gebreken valt naar de mening van Labeo en Sabinus onder de actie uit koop, en wij keuren deze opvatting goed.” Zie hierover ook: C. ASSER en G.H.A. SCHUT, *Bijzondere overeenkomsten*, I, *Koop en ruil*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1981, 159-160. Er werd door de romanisten echter ook geopperd dat de *actio redhibitoria* pas onder Justiniaanse periode werd gekoppeld aan de *actio empti* en dat de bovenstaande tekst een interpolatie is vanuit de Justiniaanse codificatieperiode: J. HALLEBEEK, “C.4.58.2 and the Civil Remedy for Price Reduction. Two Ways of Reading the Corpus Iuris Civilis”, *Revue internationale des droits de l’antiquité* 2008, (267) 269-270 (deze auteur schetst deze problematiek maar doet hierover geen uitspraak). Zie met deze mening: R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Parijs, Sirey, 1930, 131.

³⁹. J. HALLEBEEK, “C.4.58.2 and the Civil Remedy for Price Reduction. Two Ways of Reading the Corpus Iuris Civilis”, *Revue internationale des droits de l’antiquité* 2008, (267) 271. Zie ook over de evolutie van de *actio empti* en de *actio quanti minoris*: A. ROGERSON, “Implied warranty against latent defects in roman and English law” in D. DAUBE (ed.), *Studies in the roman law of sale*, Oxford, Clarendon Press, 1959, (112) 119. Waelkens lijkt te suggereren dat pas de legisten in de middeleeuwen de regeling voor slaven en vee doortrokken voor de gewone koopovereenkomsten en dat bijgevolg dan pas de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria* van toepassing waren in de gewone koopovereenkomst: L. WAELEKENS, *Civium causa*, Leuven, Acco, 2014, 405.

⁴⁰. R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, Juta, 1990, 321.

⁴¹. R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, Juta, 1990, 322 (deze auteur wijst tevens op de afschaffing van het aedilische ambt, wat ook het procedurele verschil tussen beide acties heeft vervaagd). Zie over dit laatste ook: J. HALLEBEEK, “The Ignorant Seller’s Liability for Latent Defects: One Regula or Various Set of Rules?” in J.W. CAIRNS en P.J. DU PLESSIS (eds.), *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010, 2012 (reprint), (170) 175 (B.(2)).

⁴². Volgens Monier werd de *actio quanti minoris* pas ingevoerd vanaf de Justiniaanse periode: R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Parijs, Sirey, 1930, 148 en 170-185.

⁴³. Zie de interpolaties bij Ulp. D.21.1.1. pr.: “Labeo schrijft dat het Edict van de curulische aedielen betreffende de verkoop van zaken zowel betrekking heeft op zaken die tot de grond behouden als op die welke roerend zijn of zichzelf kunnen bewegen.” Zie hierover: C. ASSER en G.H.A. SCHUT, *Bijzondere overeenkomsten*, I, *Koop en ruil*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1981, 160; J. HALLEBEEK, “The Ignorant Seller’s Liability for Latent Defects: One Regula or Various Set of Rules?” in J.W. CAIRNS en P.J. DU PLESSIS (eds.), *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010, 2012 (reprint), (170) 173-174 (B.(1)); D. MEULEMANS, *Emptio-venditio. Bespreking van enkele aspecten van de koop-verkoopovereenkomst in historisch perspectief*, III, Leuven, KU Leuven Faculteit rechtsgeleerdheid, Seminarie Pandecten Prof. G. Macours, 1984-85, 645 en 648-649; R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Parijs, Sirey, 1930, 161-169; R. ZIMMERMANN, “Kaufvertrag” in R. FEENSTRA en R. ZIMMERMANN (eds.), *Das römisch-holländische Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, (145) 181-182.

Sinds de Justiniaanse codificatie bestonden de aedilische *actio quanti minoris* en *actio redhibitoria* dus parallel naast de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria* in het civiel recht krachtens de *actio empti*⁴⁴. Zonder in te gaan op de verdere ontwikkelingen van deze figuren kan men opmerken dat ze uiteindelijk werden opgepikt in het ‘*Traité de la vente*’⁴⁵ (1772) van Pothier en de ‘*Lois civiles*’⁴⁶ (1689) van Domat. Uiteindelijk werden de twee remedies ingevoerd in de *Code civil* in Frankrijk en in België. Daarom kan men vandaag de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* nog terug vinden in artikel 1644 BW.

Deze historische achtergrond van de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* in het Romeins recht is van belang om te verklaren waarom er geen mogelijkheid is voorzien tot uitvoering of herstel *in natura* bij verborgen gebreken. De Elizalde heeft dit verklaard door de bijzondere positie die de garantieverplichting van de verkoper bij verborgen gebreken inneemt⁴⁷. Die garantieverplichting houdt volgens hem geen “bindende verbintenis in met betrekking tot de kwaliteit van het goed”. Het enige wat de verkoper belooft, is dat hij de overeenkomst zal ontbinden of een prijsvermindering toestaan in geval van een verborgen gebrek. Een inbreuk op de garantie wordt dus niet gelijk gesteld met een wanprestatie van het contract⁴⁸. In geval van een wanprestatie heeft men immers primair recht op uitvoering *in natura*. Als we terugkoppelen naar de *aedilien*-remedies in het edict moeten we toegeven dat men een slaaf of vee moeilijk kan “herstellen” of “vervangen”. Hij/zij beschikt immers over unieke eigenschappen die hem/haar onvervangbaar maken. Het is in die context dus logisch dat de koper enkel over de actie tot prijsvermindering of tot ontbinding beschikte. Men kan ruimer stellen dat het bij *species*-zaken in het algemeen veelal moeilijk is om echt uit te voeren *in natura* in geval van verborgen gebreken. Niettemin kan een herstel soms wel soelaas bieden.

Deze problematiek werd al veel eerder vastgesteld in het Duitse recht. Ook daar recipieerde men de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* of kortweg de *emptio venditio* bij

verborgen gebreken uit het Romeins recht. Ook volgens de Duitse doctrine werden deze remedies echter in het Romeins recht ontwikkeld louter voor *species*-zaken⁴⁹. Oorspronkelijk golden de remedies van ontbinding of een prijsvermindering immers enkel voor *species*-zaken, zoals vee en slaven⁵⁰. Het was niet denkbaar een defecte slaaf te “herstellen” of te “vervangen”, terwijl dit perfect denkbaar is bij soortzaken⁵¹. Bij de codificatie in het Duitse BGB werd de regel dat de koper bij verborgen gebreken de keuze heeft tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* ook van toepassing geacht op soortzaken (naast *species*-zaken), wat niet vanzelfsprekend was⁵². Pas bij de grote vernieuwing van het BGB op 1 januari 2002 werd gehoor gegeven aan o.m. deze problematiek. Er werd besloten de regels in verband met de remedies voor koopovereenkomsten grondig aan te passen in het nieuwe BGB en wel om de belangrijkste reden dat deze regeling voor koopovereenkomsten afweek van het gemeenrechtelijke regime⁵³. Deze afwijking gaf immers aanleiding tot diverse probleempunten⁵⁴. Zo werd het vooral als problematisch ervaren dat de verkoper geen tweede kans werd gegund om de overeenkomst uit te voeren. De remedie van *vervanging* zou vooral gewenst zijn bij soortgoederen en de remedie van *herstel* zowel bij *species*-als bij soortgoederen⁵⁵. Hieraan werd verholpen bij de nieuwe codificatie door de brede inzetbaarheid van de uitvoering *in natura* (“*Nacherfüllung*” in § 439 BGB) en de *Nachfrist*.

Ook bij het opstellen van de richtlijn consumentenkoop lijkt het of men met deze problematiek rekening heeft gehouden (zie ook *infra*, randnr. 18)⁵⁶. De verplichting tot conforme of overeenstemmende levering omvat daar ook de plicht om een goed zonder verborgen gebreken te leveren. Bij een niet-nakoming van de conformiteitsverplichting is er één set van remedies toepasselijk die niet varieert naargelang er sprake is van een tekortkoming in de leveringsverplichting of van een verborgen gebrek. De consument heeft primair de keuze tussen herstel en vervanging en pas in subsidiaire orde kan hij kiezen voor prijsvermindering of ontbinding van de koopovereenkomst. De balans is daar eigenlijk helemaal

44. R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town, Juta, 1990, 321.

45. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de la vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, I, Parijs, Chez Debure Père, 1772, 444 p.

46. Geconsulteerde versie: J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I, Parijs, Coignard, 1695, 513 p.

47. Uiteenzetting op 29 april 2017, YCC-conference, Koç University, Istanbul. Zie ook: F. DE ELIZALDE, “Should the Implied Term Concerning Quality Be Generalized? Present and Future of the Principle of Conformity in Europe”, *ERPL* 2017, (71) nr. 4.

48. Bijgevolg zou er ook geen sprake zijn van “schadevergoeding” in de zin van uitvoering bij equivalent als remedie bij koopvernietigende gebreken; zie en vgl. ook *supra*, randnr. 12. Zie ook: F. DE ELIZALDE, “Should the Implied Term Concerning Quality Be Generalized? Present and Future of the Principle of Conformity in Europe”, *ERPL* 2017, (71) nr. 4.

49. M.n. oorspronkelijk voor slaven en vee.

50. Zie over het Romeins en middeleeuws recht uitgebreid en genuanceerd: W. ERNST, “Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs”, *ZEuP* 1999, (583) 586 en 590 e.v.

51. D. MEDICUS, “Zur Geschichte der Sachmängelhaftung” in R. ZIMMERMANN (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C.F. Müller, 1999, (307) 310; R. ZIMMERMANN, *The new German law of obligations*, Oxford, OUP, 2004, 85.

52. Zie uitgebreid: R. ZIMMERMANN, *The new German law of obligations*, Oxford, OUP, 2004, 84 e.v.

53. R. ZIMMERMANN, *The new German law of obligations*, Oxford, OUP, 2004, 89 e.v.

54. Zie hierover ook: S. JANSEN, *Prijsvermindering: remedie tot bijsturing van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 77.

55. R. ZIMMERMANN, *The new German law of obligations*, Oxford, OUP, 2004, 90-91. Zie ook: D. MEDICUS, “Zur Geschichte der Sachmängelhaftung” in R. ZIMMERMANN (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C.F. Müller, 1999, (307) 308.

56. Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop en de garanties voor consumptiegoederen, 1999/44/EG, *JO L* 171, 7 juli 1999, p. 12-16.

doorgeslagen in het voordeel van herstel en uitvoering van de oorspronkelijke verbintenissen.

Vanuit een moderne codificatiegedachte keur ik de ontwikkelingen in het Duits recht goed en kan ik de hierboven beschreven minderheidsstrekking in de Belgische rechtsleer bijtreden. Niettemin moet ik vaststellen dat dit het in het Belgisch recht *de lege lata* nog niet het geval is.

15. Visie van het Hof van Cassatie: een verkoper kan de *lege lata* de koper geen herstel opdringen – Zoals aangegeven, bestaat in het Belgisch recht een minderheidsstrekking die aangeeft dat uitvoering en herstel *in natura* een extra keuzemogelijkheid zou moeten zijn voor de koper, naast de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* (*supra*, randnr. 13). Het Hof van Cassatie heeft nog nooit uitspraak gedaan over de vraag of de koper een keuze kan maken voor herstel of vervanging.

Jammer genoeg voor de verkopers, heeft het Hof van Cassatie wel reeds stelling ingenomen over de vraag of de verkoper herstel kan aanbieden aan de koper in geval van verborgen gebreken. Het Hof van Cassatie heeft immers in een arrest van 21 november 1974 duidelijk aangegeven dat de verkoper de koper niet kan dwingen een herstel van het gebrekkige goed te aanvaarden⁵⁷. Na vast te stellen dat de appelrechter wettelijk heeft afgeleid dat aan de toepassingsvoorwaarden in de artikelen 1641 en 1643 BW voldaan is en er sprake is van verborgen gebreken stelt het Hof in dit arrest: “*dat derhalve verklaard moest worden dat het aanbod van eiseres om het voertuig op haar kosten te laten herstellen in een carrosseriewerkplaats van eerste categorie niet voldeed, op grond dat artikel 1644, in het geval van voornoemde artikelen, alleen aan de koper de keuze laat tussen de rechtsvordering tot koopvernietiging en die tot raming.*”⁵⁸

Het is niet verrassend dat het geannoteerde cassatiearrest zich inschrijft in deze redenering. Het Hof benadrukt in het onderhavige arrest eerst dat krachtens artikel 1644 BW enkel de koper een keuze mag maken tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*. Het aanvaardt vervolgens de beslissing van het hof van beroep die oordeelt dat “*le vendeur n’est pas recevable à offrir pour faire échouer l’action en garantie de faire exécuter à ses frais la remise en état de la chose*”. Het hof van beroep mocht dus van het Hof van Cassatie het voorstel van de verkoper verwerpen: “*l’arrêt (...) justifie légalement sa décision de rejeter l’offre du demandeur d’exécuter l’obligation de garantie en nature*”. De verkoper kan dus niet de koper de keuze tussen de *actio*

redhibitoria of de *actio quanti minoris* ontzeggen door herstel *in natura* aan te bieden. Omdat de koper enkel de keuze heeft tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*, kan de verkoper ook niet opwerpen dat de koper rechtsmisbruik heeft gemaakt door één van deze twee remedies te kiezen. De koper zal dus geen misbruik van recht plegen indien hij een redelijk voorstel tot herstel afwijst⁵⁹.

16. Herstel als extra keuzemogelijkheid van de koper de *lege lata*? – Het is duidelijk dat de verkoper geen herstel *in natura* mag opdringen aan de koper. Maar nog steeds is er geen uitspraak gedaan over de vraag of herstel of vervanging *de lege lata* wordt aanvaard als een extra keuzemogelijkheid van de koper (naast de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*).

Afgezien van de vraag naar de wenselijkheid van de erkenning van een dergelijke remedie (zie *supra*, randnr. 14), moet worden vastgesteld dat de strekking die herstel en vervanging toestaat, naast de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria*, nog niet algemeen is aanvaard door de (cassatie)rechtspraak en de rechtsleer. De voorstanders van deze tweede strekking roepen echter in dat uit niets blijkt dat artikel 1644 BW afwijkt van het gemeen recht inzake uitvoering *in natura* (zie *supra*, randnr. 13). In dit verband dient te worden gewezen op de voornoemde arresten van het Hof van Cassatie (*supra*, randnr. 15) die aangeven dat de verkoper niet mag aanbieden het gebrekkige goed op zijn kosten te laten herstellen als verweer tegen de keuze van de koper voor de *actio quanti minoris* of de *actio redhibitoria*⁶⁰. Hierbij lijkt artikel 1644 BW volgens het Hof van Cassatie wél af te wijken van het gemeen recht inzake de voorrang van de uitvoering *in natura*, aangezien het aanbod van de schuldenaar tot uitvoering *in natura* in principe voorrang heeft. Bijkomend argument is dat het Hof van Cassatie in beide arresten aangeeft dat artikel 1644 BW *alleen* aan de koper de keuze laat tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* (*supra*, randnr. 15). Hierbij wordt impliciet aangegeven dat er geen plaats is voor de remedies van herstel en vervanging.

Toegegeven, het Hof van Cassatie heeft nooit expliciet een uitspraak gedaan over de vraag of een koper zelf kan kiezen voor herstel of vervanging (in de vorm van uitvoering of herstel *in natura*). Toch is deze vaststelling onvoldoende om het bestaan van de remedies van vervanging en herstel *de lege lata* aan te nemen als een keuzemogelijkheid van de koper. Er is hiervoor een ondubbelzinnig arrest van het Hof van Cassatie vereist dat bevestigt dat een koper bij verborgen gebreken eveneens kan kiezen voor herstel of vervanging.

⁵⁷. Zie: Cass. 21 november 1974, *Arr.Cass.* 1975, 350 en *Pas.* 1975, I, p. 322 (de verkoper mag niet aanbieden het gebrekkige goed op zijn kosten te laten herstellen).

⁵⁸. Benadrukking toegevoegd.

⁵⁹. Er kan dus niet worden uitgeweken naar andere remedies zoals uitvoering of herstel *in natura* door een beroep te doen op het verbod op rechtsmisbruik, zoals door de verkoper in het derde onderdeel van het eerste middel wordt geopperd van het onderhavige cassatiearrest (zie ook vn. 21).

⁶⁰. Cass. 21 november 1974, *Arr.Cass.* 1975, 350 en *Pas.* 1975, I, p. 322. Citeren dit arrest in dezelfde zin: L. SIMONT en P.-A. FORIERS, “Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux. La vente II (1992-2010)”, *RCJB* 2014, (725) nr. 71.

Het geannoteerde arrest biedt hier dan ook geen antwoord op⁶¹. Indien het Hof van Cassatie hier in de toekomst niet weigerachtig tegenover zou staan, zou het ook wenselijk zijn dat het de verhouding van deze remedie met de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria* vastlegt. Zo is het onduidelijk of de remedie van herstel of vervanging dan voorrang zou hebben op de *actio quanti minoris* en de *actio redhibito-*

ria of dat het een extra optie zou zijn voor de koper, naast de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria*. Wanneer het Hof zou beslissen dat artikel 1644 BW niet afwijkt van het gemeen recht, zou dit immers betekenen dat herstel of vervanging voorrang krijgt op de *actio quanti minoris* en de *actio redhibitoria*.

4. CONCLUSIE

17. Letterlijke interpretatie van artikel 1644 BW – Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 23 maart 2017 opnieuw ondubbelzinnig gekozen voor een letterlijke interpretatie van artikel 1644 BW. Ten eerste bevestigt het dat *alleen* de koper kan kiezen tussen de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris* als er sprake is van een koopvernietigend gebrek. Ik heb dit keuzerecht van de koper genuanceerd door aan te geven dat er materiële en procedurele beperkingen bestaan. Het zij opgemerkt dat die beperkingen maximaal betekenen dat de koper terugvalt op de alternatieve remedie (prijzvermindering of de redhibitorische ontbinding van de koop). Ten tweede bevestigt het Hof van Cassatie met het onderhavige arrest het cassatiearrest van 21 november 1974. De verkoper kan niet aan de keuze van de koper voor de *actio quanti minoris* of de *actio redhibitoria* krachtens artikel 1644 BW ontkomen door herstel *in natura* voor te stellen als verweer.

18. Pleidooi voor een wettelijke hervorming – Nog steeds is de vraag of de koper kan opteren voor herstel *in natura* of voor uitvoering *in natura* onaangeroerd. De historische achtergrond van artikel 1644 BW toont aan dat in de huidige context een dergelijke ontwikkeling wenselijk en logisch is. Vandaag kan immers gesteld worden dat het voornaamste toepassingsgebied van de verborgen gebreken immers niet meer – zoals in het vroege Romeins recht – gelijkgesteld kan

worden met slaven en vee (die moeilijk vervangbaar of herstelbaar waren). Daarom pleit ik voor een wettelijke aanpassing. Idealiter streeft men naar een modern contactenrecht dat vertrekt vanuit een “monistische” opvatting van een wanprestatie, die ook verborgen gebreken inhoudt. Een wanprestatie zou dan leiden tot een uniforme set van remedies; waaronder ook de keuze voor uitvoering en herstel *in natura*⁶². Dit is bijvoorbeeld reeds het geval bij de consumentenkoop^{63,64}. Daar heeft men beide verplichtingen van de verkoper laten samensmelten tot een unieke maar ruimere verbintenis: de verplichting tot conforme of overeenstemmende levering omvat tevens de plicht om een goed zonder verborgen gebreken te leveren. Dit betekent dat deze unieke verbintenis zowel de verplichting tot het leveren van een goed dat overeenstemt met de overeenkomst dekt, als de vrijwaringsplicht voor conceptuele en functionele gebreken⁶⁵. Bij een niet-nakoming van deze verbintenis (*i.e.* niet-conformiteit) is er één pakket van remedies toepasselijk dat niet varieert naargelang er sprake is van een tekortkoming in de leveringsverplichting of van een verborgen gebrek (waaronder herstel en vervanging). Bijgevolg moet bij de geplande hervorming van het verbintenissenrecht in het Belgisch recht⁶⁶ ambitieus tewerk gegaan worden: men moet tegelijkertijd en op dezelfde leest het koopregime aanpakken en moderniseren⁶⁷.

⁶¹. Aangezien deze zaak ook niet over deze problematiek ging.

⁶². Idealiter als een extra keuzemogelijkheid voor de koper (wat dan weer afwijkt van de regeling in de consumentenkoop waarin de uitvoering van het contract een voorrangpositie geniet).

⁶³. Zie art. 2 richtlijn consumentenkoop en de Belgische omzetting in art. 1649ter BW.

⁶⁴. Ook de art. 31 e.v. van het Weens Koopverdrag passen een “monistisch” systeem toe.

⁶⁵. Zie ook in deze zin: C. BIQUET-MATHIEU, “La garantie des biens de consommation. Présentation générale” in C. BIQUET-MATHIEU en P. WERY (eds.), *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Brussel, die Keure, 2005, (55) nr. 5; C. CAUFFMAN, “De nieuwe wet op de consumentenkoop”, *TPR* 2005, (787) nr. 32; E. DEGRAVE, “La réparation et le remplacement d’une chose vendue non conforme”, *Ann.dr.Louvain* 2005, (129) nr. 44 (vergelijkbaar); R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2003-2007)”, *TPR* 2009, (229) nr. 400; S. STIJNS, “De consumentenkoop: actuele knelpunten” in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten verkoop roerende goederen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (21) nr. 24; S. STIJNS en E. SWAENPOEL, “Consumentenkoop” in B. TILLEMEN en E. TERRYEN (eds.), *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, Deel 1, vol. B, Brussel, die Keure, 2011, (1295) nr. 1818; B. TILLEMEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, overeenkomsten, bijzondere overeenkomsten, verkoop, gevolgen van de koop*, X, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 718; Y. VAN COUTER, E. KAIRIS, B. VANBRABANT ET AL., *De consumentenkoop: de wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Gent, Larcier, 2005, nrs. 6 en 38; A. VAN OEVELEN, “De wet consumentenkoop” in *CBR jaarboek 2005-2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, (117) nr. 12.

⁶⁶. www.koengeens.be/beleid/hercodificatie-basiswetgeving/hercodificatie.

⁶⁷. Men opteert ervoor het bijzondere overeenkomstenrecht (zoals de koop) pas na het verbintenissenrecht te hercodificeren: www.koengeens.be/beleid/hercodificatie-basiswetgeving/hercodificatie, p. 27.