

III. La décision de la Cour

Les pourvois sont dirigés contre le même arrêt.

Il y a lieu de les joindre.

A. Sur le pourvoi inscrit au rôle général sous le n° C.04.0500.F:

Aux termes de l'article 1641 du Code civil, le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rend impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

Le vice caché est celui que l'acheteur n'a pu ou n'a dû pouvoir déceler lors de la livraison.

L'arrêt constate qu'après un certain usage, le moteur du véhicule de l'assuré de la demanderesse a pris feu et le véhicule a été totalement détruit et que le moteur était affecté d'un vice caché.

Il considère que "alors que seule l'action en garantie des vices cachés pouvait dès lors être exercée, [la demanderesse] ne peut prétendre, à la seule fin d'échapper au couperet de l'exception de tardiveté qu'on n'a pas manqué de lui opposer

à juste titre, fonder son recours sur l'obligation de délivrance".

En décidant, sur la base de ces considérations, que, lorsque la chose vendue est affectée d'un vice caché, seule l'action en garantie des vices cachés est ouverte à l'acheteur, à l'exclusion de l'action fondée sur la méconnaissance de l'obligation de délivrance d'une chose conforme à la chose vendue, l'arrêt fait une exacte application des dispositions légales visées au moyen.

Le moyen ne peut être accueilli.

B. Sur le pourvoi inscrit au rôle général sous le n° C.05.0403.F:

(...)

Par ces motifs,

La Cour

Joint les pourvois inscrits au rôle général sous les numéros C.04.0500.F et C.05.0403.F;

Rejette les pourvois;

Condamne la demanderesse aux dépens.

(...)

Noot

Samenloop of exclusiviteit tussen de sanctionering van niet-conforme levering en verborgen gebreken: heeft cassatie de controverse beslecht¹?

Hans De Wulf²

1. HET DUALISTISCH VRIJWARINGSSYSTEEM INZAKE KOOP

a. Algemeen

Wanneer een Belgische handelaar een zaak verkoopt aan een andere Belgische handelaar³, heeft die verkoper twee verplichtingen: een zaak conform aan de verkochte zaak te leveren, en de koper te vrijwaren. De vrijwaringsplicht valt uiteen in twee hoofdaspecten: vrijwaren voor gebreken die de zaak zou kunnen vertonen, en vrijwaren tegen uitwinning⁴ (art. 1625 B.W.). Terwijl vrijwaring tegen uitwinning het rustig genot van de zaak betreft, hebben de leveringsplicht en de vrijwaring voor zichtbare en verborgen gebreken op de

zaak zelf betrekking: de geleverde zaak moet de kenmerken vertonen die bij de verkoop zijn afgesproken, en mag geen gebreken vertonen. Men spreekt in dat verband van het dualistische systeem dat ons commerciële kooprecht – en tot inwerkingtreding van de regels betreffende consumentenkoop gold dit voor ons gemeen kooprecht in het algemeen – beheerst: de verplichting een conforme zaak te leveren en de vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken zijn twee van elkaar te onderscheiden verplichtingen, die elk aan een eigen sanctieregime onderworpen zijn⁵. Daarmee corresponderend, kan de koper die een zaak geleverd krijgt die niet aan

¹ We schrijven opzettelijk niet "het einde van een controverse", omdat we de kans groot achten dat er wellicht meerdere duidelijke cassatiearresten nodig zullen zijn om gerechtelijke vrede tot stand te brengen.

² Docent, Instituut Financieel Recht, Universiteit Gent. Met dank aan assistent Filip Bogaert voor het delen van zijn ervaringen als advocaat in verband met de hier besproken problematiek.

³ En men bijgevolg noch met een consumentenkoop, noch met een koop die onder het Weens Koopverdrag valt te maken heeft.

⁴ Die laatste vrijwaringsplicht blijft hier verder buiten beschouwing.

⁵ Voor de standaard uiteenzetting, zie H. DE PAGE, bewerkt door A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1997, IV, vol. I, nrs. 111-114, 180-183; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, nrs. 192-197.

zijn volgens hem juridisch legitieme verwachtingen beantwoordt, zich potentieel op drie rechtsgronden beroepen: niet-conforme levering, levering van een zaak met verborgen gebrek of verschoonbare dwaling omtrent het wezen van de verkochte zaak. De vrijwaring voor zichtbare gebreken is in de realiteit een onderdeel van het systeem rond de conforme levering⁶: wanneer er een zichtbaar gebrek is, zal de koper bij de levering, of in elk geval op het moment waarop hij de zaak zelf kan inspecteren (zoals nadat ze ontdaan is van verpakking en geïnstalleerd), moeten protesteren. Zoniet zal hij in de regel geacht worden de levering aanvaard te hebben, en zal hij zich niet langer kunnen beklagen over zichtbare gebreken.

Zoals gezegd kennen in een duaal systeem de regimes inzake niet-conforme levering en verborgen gebreken elk hun eigen toepassingsvoorwaarden en sanctiemechanismen⁷: bij tekortkoming aan de leveringsplicht heeft de koper de keuze tussen de ontbinding, eventueel aangevuld met schadevergoeding, of het vorderen van de uitvoering van de overeenkomst, hetzij in natura, hetzij in equivalent. Dit in de artikelen 1610-1611 B.W. beschreven systeem is eigenlijk niet meer dan een toepassing van artikel 1184 B.W. In geval van verborgen gebrek daarentegen kan de koper alleen beroep doen op de sancties voorzien in artikel 1644 B.W., nl. teruggave van de gekochte zaak mits terugbetaling van de prijs (= ontbinding) of het vragen van een prijsvermindering. Herstel in natura door herstelling of vervanging van de verkochte zaak kan de koper onder het systeem van artikel 1644 B.W. niet afdwingen, maar verkopers kennen deze rechten vaak “spontaan” toe, via contractuele waarborgclausules of na onderhandelingen met de misnoegde koper. Als de verkoper niet te kwader trouw was, nl. het gebrek dat voor de koper verborgen blijft niet kende op het moment van de koop, dan kan de koper bovendien geen volle schadevergoeding n.a.v. de ontbinding eisen, maar enkel de kosten verbonden met de koop teruggeisen. De praktische impact van dit beginsel wordt enigszins getemperd doordat het Hof van Cassatie een weerlegbaar vermoeden (een verschuiving van

de bewijslast dus) heeft uitgevonden dat inhoudt dat een professionele verkoper geacht wordt op de hoogte te zijn geweest van het gebrek⁸.

De voornaamste reden waarom kopers zich in de praktijk op de non-conformiteit beroepen in gevallen waar er een verborgen gebrek aanwezig is, is ongetwijfeld dat de rechtsvordering wegens verborgen gebreken binnen korte tijd moet ingesteld worden (art. 1648 B.W.⁹), terwijl de vordering wegens niet-conforme levering alleen aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van 10 jaar onderworpen is. Weliswaar zijn vele juristen, inclusief rechters, bereid die korte termijn pas te laten ingaan nadat nuttige onderhandelingen of deskundigenonderzoeken zijn beëindigd, maar in elk geval is het schrijven van een klachtenbrief of het instellen van een vordering tot deskundigenonderzoek niet gelijk te stellen met het instellen van een rechtsvordering inzake verborgen gebreken¹⁰. Vandaar de verleiding voor de koper die gedraald heeft, om wat eigenlijk een verborgen gebrek is, als een verborgen non-conformiteit voor te stellen: een koper zal nooit de bedoeling gehad hebben een gebrekkige zaak te bestellen, en als dergelijke zaak toch geleverd wordt, dan wordt, aldus de gedachte, een niet-conforme zaak geleverd. Om het dualisme tussen leverings- en vrijwaringsplicht te doorbreken beweert men dus dat wat sommigen een gebrekkige zaak noemen, eigenlijk als een niet-conforme zaak moet beschouwd worden.

b. Het functionele verborgen gebrek en de mislukte aanslag van de eiser in cassatie op het dualisme

Dit inroepen van verborgen non-conformiteiten om aan de korte termijn van artikel 1648 B.W. te ontkomen is mogelijk gemaakt, om niet te zeggen aangemoedigd, door de cassatierechtspraak die beginnend met een overbekend arrest uit 1971¹¹, geoordeeld heeft dat het concept verborgen gebrek

⁶ B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 49, nr. 146.

⁷ Voor een vergelijking (veel uitgebreider dan hier), zie vooral A. VAN OEVELEN, “Het nieuwe begrip conformiteit”, in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 31-34.

⁸ Vaste cassatierechtspraak beginnend met Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, I, 223, bevestigd in onder meer Cass. 19 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 840, *Pas.* 1997, I, 883.

⁹ Dit wordt doorgaans als een verjaringstermijn opgevat.

¹⁰ Zie daarover A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1648 B.W.”, in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, losbladig, nrs. 2 en 6. Art. 1648 B.W. vermeldt geen begintermijn. Het Hof van Cassatie heeft duidelijk gemaakt dat de feitenrechter soeverein oordeelt over de vraag of de korte termijn verstreken is, rekening houdend met de aard van de gekochte zaak, de aard van het gebrek, de hoedanigheid van de partijen en de door hen verrichte gerechtelijke en buitengerechtelijke handelingen, zoals het vorderen van een deskundigenonderzoek (bv. Cass. 20 februari 1976, *Arr. Cass.* 1976, 728), hetgeen de discussie over het beginpunt van de termijn eigenlijk overbodig maakt. Wel moet de opvatting bestreden worden als zou in de regel de termijn bij de levering aanvangen: men kan onmogelijk eisen dat iemand ageert voordat hij kennis heeft of moet hebben van een gebrek, tenzij men zonder enig aanknopingspunt voor die stelling in de wettekst het sentiment koestert dat verkopers tegen voor hen verrassend laat na de levering komende claims moeten beschermd worden. Zie terecht M. DAMBRE, “Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen”, *T.B.B.R.* 1990, 39, nr. 3. Zie ook Cass. 29 januari 2004, www.cass.be en het geannoteerde arrest van 19 oktober 2007, waarin bevestigd wordt dat een gebrek verborgen is wanneer de koper het niet kende noch moest kennen op het moment van de levering. Uit deze definitie van het verborgen karakter van het gebrek kan men een argument putten voor de stelling dat de reactietermijn pas kan beginnen lopen vanaf het moment waarop de koper het gebrek moest kennen.

¹¹ Cass. 18 november 1971, *Arr. Cass.* 1972, 274, *Pas.* 1972, I, 258, *B.R.H.* 1972, 660, *J.T.* 1972, 387, *R.C.J.B.* 1973, noot Ph. GÉRARD, “Vice de la chose et vente commerciale”; Cass. 19 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1295; Cass. 17 mei 1984, *Pas.* 1984, I, 1128.

functioneel moet opgevat worden: niet alleen structurele, inherente gebreken aan een zaak zijn verborgen gebreken (met een weinigzeggende term traditioneel aangeduid als “conceptuele opvatting” van het verborgen gebrek)¹², maar er is ook sprake van een verborgen gebrek wanneer de zaak ongeschikt is voor het gebruik waarvoor de koper haar met medeweten van de verkoper had bestemd¹³. Het Hof van Cassatie heeft er geen twijfel over laten bestaan dat het die functionele opvatting ernstig en letterlijk neemt en tot het uiterste wil doordrijven: in het arrest uit 1971 ging het om de verkoop van een asfaltproduct dat bestemd was om wanden te beschermen tegen bijtend zuur. De koper bracht het op zich perfecte product aan op een betonnen muur. Tengevolge van contact met cement bleek het zijn werking te verliezen. De verkoper wist nochtans dat de koper het product met cement in aanraking zou brengen. Het geval uit 1984 was verrassender en daardoor nog duidelijker: de verkoper leverde op zich perfecte opleggers voor tractoren, van het type dat door de koper besteld was. Maar deze opleggers bleken niet of zeer moeilijk te passen op de tractoren en andere toestellen waaraan de koper hen wilde koppelen, en de verkoper wist op het moment van de koop dat de koper de opleggers in combinatie met andere toestellen van een welbepaald type wilde gebruiken. Volgens het Hof van Cassatie kon hierin een levering van opleggers met verborgen gebrek gezien worden.

De functionele opvatting is bekritiseerd, onder meer omdat zij voor een overlapping zorgt tussen het toepassingsgebied van de leer van de verborgen gebreken enerzijds en de non-conforme levering en koopvernietigende dwaling anderzijds¹⁴. Betekent die overlapping dat de koper zich naar keuze op de drie sanctiemechanismen mag beroepen, in gevallen waarin zij principieel alledrie zouden kunnen spe-

len¹⁵? Het is voor de beantwoording van die vraag dat het geannoteerde cassatiearrest van belang is.

De eiser in cassatie – die zich in zekere zin met opzet heeft voorgedaan als een onschuldige die het B.W. met onbevooroordeelde blik voor het eerst aanschouwt – heeft zich evenwel niet beperkt tot een poging het kortetermijnvereiste te omzeilen door een intrinsiek verborgen gebrek als een tekortkoming aan de leveringsplicht voor te stellen, in zijn cassatiemiddel onderneemt hij een veel radicalere poging om het dualistische systeem te ondergraven. Het cassatiemiddel vertrekt van de vaststelling dat overeenkomstig artikel 1184 B.W. het slachtoffer van wanprestatie bij een wederkerige overeenkomst, de keuze heeft tussen het eisen van uitvoering van die overeenkomst of ontbinding, eventueel aangevuld met schadevergoeding. Nu erkent de eiser vanzelfsprekend dat de artikelen 1641 e.v. B.W. inzake verborgen gebreken in andere sancties voorzien, maar hij stelt het zo voor alsof deze wetsbepalingen slechts bijkomende mogelijkheden bieden aan de koper. Geen enkele wetsartikel uit de regeling inzake verborgen gebreken, aldus de eiser in cassatie, verklaart immers dat artikel 1184 B.W. in geval van verborgen gebrek niet kan ingeroepen worden. In een volgende stap beweert de eiser in cassatie dat elk verborgen gebrek, ook wanneer het een structureel gebrek is, tot een niet-conforme levering leidt – de koper heeft immers geen gebrek product besteld.

Slim, maar de eiser krijgt van cassatie het deksel op de neus. Het arrest van 19 oktober 2007 is een duidelijke bevestiging en zelfs versterking van het dualistische systeem: heeft men te maken met een verborgen gebrek, dan kan men zich niet op niet-conforme levering beroepen, en geldt bijgevolg

¹². Bv. de constructiefout in een vrachtwagenmotor, waardoor de motor in brand vliegt.

¹³. Deze opvatting is niet evident in het licht van de tekst van art. 1641 B.W. De tekst van art. 1641 B.W. bepaalt dat de koper moet vrijwaren “voor de verborgen gebreken van de verkochte zaak, die deze ongeschikt maken tot het gebruik waartoe *men* ze bestemt, of die dit gebruik zodanig verminderen dat de koper, indien hij de gebreken gekend had, de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht”. Letterlijk genomen betekent deze bepaling dat er vooreerst sprake moet zijn van een gebrek en (let op de komma in het citaat en lees de misschien nog duidelijkere Franse tekst) ten tweede moet dat gebrek de zaak ongeschikt maken voor het gebruik waartoe men de zaak bestemd heeft. De normale taalkundige betekenis van gebrekkige zaak is zaak die niet alle kenmerken vertoont van een normale zaak, het platonische ideaalbeeld van dergelijke zaak. Voor materiële zaken betekent dit dus duidelijk een structureel gebrek. De wetgever, als men hem letterlijk neemt, heeft willen zeggen dat structureel gebrekkige zaken pas aanleiding kunnen geven tot vrijwaring wegens verborgen gebreken wanneer dat structureel gebrek de zaak *daarenboven* ongeschikt maakt voor het gebruik waarvoor die zaak bestemd is. Het moet dus gaan om een ernstig gebrek. Maar ervan uitgaande dat de wetgever niet altijd letterlijk bedoelt wat hij schrijft, en uitgaande van het normale taalgevoel van de gemiddelde, dit wil zeggen vluchtige lezer, is het verdedigbaar dat de wetgever met art. 1641 geen dubbele vereiste heeft willen opleggen, maar dat hij heeft willen zeggen dat wanneer een zaak ongeschikt is voor normaal gebruik, men er mag van uitgaan dat zij een gebrek vertoont. Eigenlijk een bewijslastverlichting voor de koper dus. In een tweede stap kan men dan argumenteren dat het woordje “men” in de tekst van art. 1641 B.W. niet slaat op de ideaaltypische gebruiker van de zaak, maar op de concrete koper en verkoper bij een welbepaalde verkooptransactie. Zo is men dan bij een functionele opvatting beland. Die functionele opvatting kan dan weer aangegrepen worden door verkopers die een zaak zonder structureel gebrek leveren, maar die niet geschikt is voor het gebruik waartoe de koper haar bestemd heeft. Stelt de koper in dergelijk geval niet binnen korte termijn een rechtsvordering in, dan kan de koper die een zaak geleverd heeft die niet conform de contractuele afspraken is, opwerpen dat die koper zich niet meer op die contractschending kan beroepen, aangezien men te maken heeft met een weliswaar functioneel verborgen gebrek. De verkoper kan daarbij voorwenden door een idealistisch doel begeesterd te zijn, nl. vermijden dat het systeem van de wet ondergraven zou worden: de wetgever heeft geëist dat in geval van verborgen gebrek, de rechtsvordering binnen korte termijn moet ingesteld worden. Toelaten dat een verborgen gebrek ook als niet-conformiteit wordt gekwalificeerd, zou erin resulteren dat dat vereiste van niet-conformiteit systematisch omzeild en ondergraven en dus eigenlijk beter afgeschaft wordt.

¹⁴. *Ex multis* H. DE PAGE, *Traité*, bewerkt door A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Brussel, Bruylant, 1997, IV, vol. 1, 271, nr. 194.

¹⁵. Er zijn zeker gevallen die niet door alledrie de mechanismen gevat worden. Wanneer bv. perfecte zaken, geschikt voor het gebruik dat de koper heeft meegedeeld, geleverd worden, maar een verkeerd aantal, kan men zich alleen op niet-conforme levering beroepen. Ook wanneer een zaak geschikt is voor het bedoelde gebruik, maar een andere kleur heeft dan gespecificeerd, of wanneer voor een groot feest een lading Australische i.p.v. de even goede en even dure Franse Chardonnay geleverd wordt – zij het dat dit naar omstandigheden betwistbaar is, bv. wanneer men de wijn wil serveren op een feest aangeboden door de Franse ambassadeur.

exclusief het sanctiemechanisme van de artikelen 1641 e.v. B.W., hetgeen impliceert dat de koper zijn rechtsvordering

binnen korte termijn moet instellen en zich niet kan beroepen op artikel 1184 B.W.

2. CONTROVERSE IN DE RECHTSLEER OVER DE MOGELIJKE OVERLAPPING TUSSEN VERBORGEN NON-CONFORMITEIT EN VERBORGEN GEBREK

Over de vraag of de sanctiemechanismen voor verborgen gebreken en die voor niet-conforme levering ook in geval van verborgen non-conformiteit wederzijds exclusief zijn, zijn (waren) noch rechtspraak noch rechtsleer het eens. In de rechtsleer zijn daarover tot nog toe minstens vier verschillende visies verkondigd (zie zo dadelijk)¹⁶. De rechtspraak lijkt zich van de controverse niet veel aan te trekken en beslist in uiteenlopende zin¹⁷, soms duidelijk geïnspireerd door billijkheidsgevoelens (de koper die binnen korte termijn geprotesteerd heeft maar helaas geen rechtsvordering heeft ingesteld, toch nog toelaten zich tegen de verkoper te wenden).

De aanhangers van een eerste opvatting erkennen dat het Hof van Cassatie geoordeeld heeft dat een verborgen gebrek ook louter functioneel kan zijn. In principe leidt dit tot een (gedeeltelijke, maar grote) overlapping tussen de vordering wegens niet-conformiteit en de vordering gesteund op een verborgen gebrek. Deze auteurs vinden evenwel toch een (in wezen louter chronologisch) criterium om het domein van beide leerstukken af te bakenen, nl. de aanvaarding. Zolang er geen aanvaarding is geweest, kan de koper zich op niet-conforme levering beroepen. Heeft hij de levering aanvaard, dan kan geen sprake meer zijn van niet-conforme levering, en moet een koper zich, binnen korte termijn, op een verborgen gebrek beroepen. Dit gebrek kan ook functioneel zijn¹⁸. De eerste die die opvatting grondig uitgewerkt verdedigd heeft in de Belgische rechtsleer was Gérard in zijn noot bij het cassatiearrest uit 1971, maar zij kent inmiddels veel aanhangers¹⁹. De bekommernis van Gérard was de functionele opvatting van het verborgen gebrek inderdaad ingang te doen vinden, zodat een koper na aanvaarding niet elk verhaalmiddel zou verliezen voor zover de geleverde zaak niet met een structureel, “conceptueel” gebrek behept was. Die opvatting is netjes – zij vermijdt overlappingen tussen het

toepassingsgebied van non-conformiteit en verborgen gebreken – maar – vergeef ons de flauwe woordspeling – lijdt aan een manifest gebrek. Zij ziet over het hoofd dat de aanvaarding slechts uitwerking kan hebben wanneer zij met kennis van zaken gebeurt. Een verborgen non-conformiteit – die men niet kende noch moest kennen – kan men onmogelijk aanvaarden²⁰. Bijgevolg is er geen reden om de koper te verbieden zich na aanvaarding nog op non-conformiteit van de levering te beroepen.

Dit is terecht opgemerkt door Simont²¹ en na hem door menig andere auteurs, waaronder vooral Foriërs²². Volgens deze auteurs staat een niet-intrinsiek, functioneel “gebrek” gelijk aan een niet-conforme levering – en is het eigenlijk geen echt gebrek – en kan de koper die geconfronteerd wordt met een zaak die niet geschikt is voor de doeleinden waarvoor ze door de contractspartijen bestemd is, zich steeds op niet-conforme levering beroepen, ook na de aanvaarding, die dergelijke verborgen niet-conformiteit zoals gezegd niet kan dekken. Hiervoor geldt dan geen korte termijn, noch een beperking van de sanctiemiddelen tot deze die voorzien zijn in artikel 1644 B.W. inzake verborgen gebreken. Maar Simont en Foriërs menen tegelijk dat wanneer de verkochte zaak een intrinsiek gebrek vertoont, de koper zich alleen op het regime inzake verborgen gebreken kan beroepen. De essentie van hun argumentatie is dus dat er geen nood bestaat aan de ruime, functionele opvatting over verborgen gebreken. Een functioneel “gebrek” is eigenlijk louter een non-conformiteit. En een intrinsiek gebrek is geen non-conformiteit, maar enkel een gebrek. Het lijkt ons duidelijk dat Simont, Foriërs en andere aanhangers van deze strekking zich weigeren neer te leggen bij de vaste cassatierechtspraak die nu eenmaal inhoudt dat een functioneel gebrek wel degelijk ook onder de notie verborgen gebrek uit artikel 1641 B.W. valt, terwijl er geen enkele cassatiearrest is dat aangeeft

¹⁶. Een uitstekend overzicht van de belangrijkste opvattingen in de rechtsleer vindt men bij A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, “La vente: erreur, non-conformité et viches cachés”, in *Actualités de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1994, (7), 11-21.

¹⁷. De rechtspraak laat zich eigenlijk niet rechtstreeks in met de vraag naar de “cumul”, maar oordeelt wel uiteenlopend over de vraag of een verborgen non-conformiteit als een verborgen gebrek of probleem van levering moet behandeld worden (zie A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, “La vente: erreur, non-conformité et viches cachés”, in *Actualités de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1994, (7), 21-22, nr. 25. Deze auteur documenteert ook hoe eisders zich in bepaalde typegevallen eerder op verborgen gebreken beroepen, in andere eerder op dwaling en ten slotte soms, maar het minst frequent, op niet-conforme levering). Men vergelijkte slechts Antwerpen 22 december 1982, *R.W.* 1982-83, 1730, noot J. HERBOTS (hijskraan heeft niet het overeengekomen hefvermogen; hof herkwalificeert de vordering die op art. 1641 gebaseerd was in een vordering wegens niet-conforme levering) met Kh. Brussel 29 oktober 1987, *J.T.* 1988, 443 (computermateriaal is op zich perfect, maar professionele verkoper heeft geen rekening gehouden met de hem bekende gebruiksbestemming van het materiaal, terwijl het niet geschikt is voor die bestemming; rechtbank ziet hierin een verborgen gebrek).

¹⁸. Zie bv. J. HERBOTS, “Verborgen non-conformiteit in de dualistische regeling van leveringsplicht en koopvernietigend gebrek” (noot onder Antwerpen 23 december 1982), *R.W.* 1982-83, 1733, vooral 1736, nr. 8.

¹⁹. Bv. S. STIJNS, “De remedies van de koper bij niet-conformiteit”, in S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 63, nr. 25; A. CHRISTIAENS, “Commentaar bij art. 1604”, nrs. 18-24, in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, losbladig.

dat men structurele en functionele verborgen gebreken verschillend zou moeten behandelen – artikel 1641 B.W. biedt ook geen enkele aanknopingspunt voor dergelijke differentiatie.

Volgens een derde opvatting, die in de Belgische rechtsleer verdedigd is door onder meer Harmel²³, Glansdorff²⁴ en Cousy²⁵, en ongetwijfeld door veel advocaten en rechters gedeeld wordt, moet men minstens sinds de cassatierechtpraak over het functionele verborgen gebrek aanvaarden dat elk gebrek, structureel of functioneel, een non-conformiteit is en dat de koper zich bijgevolg naar keuze mag bedienen van de vorderingsmogelijkheden die de artikelen 1610-1611 enerzijds en 1641 e.v. anderzijds hem bieden. Niet elke non-conformiteit is een gebrek (bv. het leveren van een verkeerde hoeveelheid goederen), maar elk gebrek is een non-conformiteit, en bijgevolg is cumul van de vorderingsmogelijkheden mogelijk. Dit is de meest liberale opvatting, die evenwel moeilijk kan verklaren waarom de wetgever in 1804 de twee regimes onderscheiden heeft. Belangrijker – want welke denkende jurist hecht veel belang aan de bedoelingen van de

wetgever uit 1804? – is dat zij ontduiking van de kortetermijnvereiste in geval van verborgen gebrek systematisch mogelijk maakt. En dat gaat niet enkel tegen de bedoelingen, maar ook tegen de tekst van de wet in, hetgeen moet vermeden worden.

Een vierde opvatting erkent dat ook functionele gebreken onder artikel 1641 B.W. gevat worden. Toch is er volgens deze opvatting geen overlapping met de regels inzake non-conformiteit. Want van zodra iets een verborgen gebrek is – structureel of functioneel – mag men zich, in elk geval na aanvaarding van de levering, *enkel* nog op het systeem van de verborgen gebreken beroepen om de verkoper te laten sanctioneren. In geval van verborgen non-conformiteit zal men zich bijgevolg binnen korte termijn op die non-conformiteit, die als verborgen gebrek te beschouwen is, moeten beroepen. Anders gezegd: volgens deze opvatting moet elke niet-conformiteit die niet enkel een niet-conformiteit maar ook een verborgen gebrek is, volgens het regime van de verborgen gebreken behandeld worden. Dit is, vanuit het oogpunt van de koper, de minst liberale opvatting van allemaal.

20. Zie uitgebreid P.-A. FORIERS, “Décharge, Réception, Quittus”, in *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten/La fin du contrat*, Brussel, 1993, 120 e.v. Die opvatting wordt onovertuigend bekritiseerd door A. Christiaens in haar overigens zeer lezenswaardige, erg volledige en voor de praktijk zeer haast onmisbare bespreking van de koop in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, art. 1604 B.W., in het bijzonder nr. 22. Het zou ons te ver leiden de ganse argumentatie van deze auteur punt voor punt te proberen weerleggen. We volstaan met twee opmerkingen: a) zij toont nergens aan waaruit zij “de opvattingen van het B.W.”, waarnaar ze meermaals vereist, afleidt, anders dan uit het onderscheid dat het B.W. inderdaad maakt en dat ook volgens ons niet mag miskend worden tussen leveringsplicht en vrijwaringsplicht. Maar uit het feit dat het B.W. dergelijk onderscheid maakt, kan nog niet afgeleid worden hoe precies de afbakening tussen de twee verplichtingen moet gebeuren. Dat is net het punt van discussie, en de stelling dat die afbakening gebeurt door de aanvaarding, vindt geen steun in (en wordt evenmin tegengesproken door) de tekst van het B.W. Men kan een zekere logica in de stelling zien, maar beweren dat het “de opvatting van het B.W.” is, is beweren de gedachten te kunnen lezen van de opstellers van het B.W. én gaat uit van de op zich uiterst betwistbare visie dat die opvattingen juridisch relevant zijn; b) zij stelt dat eens de levering aanvaard, deze aanvaarding tengevolge van art. 1641 B.W. enkel nog kan aangevochten worden wegens substantiële dwaling. Art. 1641 verwijst immers naar dezelfde criteria als de leer van de koopvernietigende dwaling: indien de koper (bij kennis van het gebrek) de koop niet had gesloten of slechts tegen een mindere prijs had gekocht. Nog afgezien van het feit dat het laatste criterium nu net niet overeenkomt met de criteria die gebruikt worden om te besluiten tot een koopvernietigende dwaling, hebben we hier met een *petitio principii* of minstens *wishful thinking* te maken. Immers zegt art. 1641 alleen iets over de materie waarover het iets zegt, nl. wat een verborgen gebrek is en wanneer men zich op verborgen gebreken kan beroepen. Het zegt werkelijk niets over de criteria die de geldigheid/bindende werking/gevolgen van de aanvaarding bepalen, noch bevat het indicaties over wat eventueel “het systeem van de wet” zou kunnen zijn. Een deel van het probleem situeert zich in de van de meest gebruikelijke opvattingen afwijkende invulling die Christiaens, althans op sommige plaatsen in haar tekst, geeft aan de begrippen conceptueel en functioneel verborgen gebrek. Als een conceptueel, intrinsiek gebrek ziet zij elke eigenschap van een zaak die haar ongeschikt maakt voor het gebruik waarvoor die zaak normaal bestemd is, ook al volgt die ongeschiktheid niet uit een structureel gebrek (al zal dat praktisch gezien nagenoeg steeds zo zijn). Van een functioneel gebrek is volgens haar sprake wanneer de koper met medeweten van de verkoper een speciale, van het normale gebruik afwijkende bestemming aan de zaak heeft gegeven. Christiaens reikt nochtans geen criteria aan om te bepalen wanneer een gebruik “speciaal” en dus afwijkend van het normale gebruik zou zijn. Nemen we het geval van de acquacoating: men kan niet beweren dat de koper deze voor een speciaal, abnormaal doeleinde gekocht had. Hij had hem gekocht om te gebruiken waarvoor hij (onder meer) dient, nl. materiaaloppervlaktes beschermen tegen bijtend zuur. Maar de koper wou de coating op cement aanbrengen, en daardoor verloor hij zijn beschermende werking. Alle auteurs en ook het Hof van Cassatie zien hierin een functioneel gebrek. Als we de omschrijvingen van Christiaens hanteren, hebben we hier nochtans te maken met een conceptueel gebrek: de coating is immers gebruikt waarvoor hij dient, nl. beschermen tegen bijtend zuur door aan te brengen op een muur. De auteur zou misschien argumenteren dat de acquacoating wel degelijk een abnormale, speciale bestemming had gekregen, nl. gebruiken samen met cement. Maar dit legt nu net het probleem met haar definitie bloot: wie kan een objectief argument tegen mij aandragen als ik volhoud dat dat geen abnormaal gebruik van de acquacoating is, die immers in de meeste gevallen op wanden wordt aangebracht? Het is veel gebruikelijker, precies omdat het veel duidelijker is, elk niet-structureel gebrek, als een functioneel gebrek te zien. De acquacoating in kwestie vertoonde geen verkeerde chemische samenstelling en structureel of inherent was er dus niks verkeerd mee. Maar door toevoeging van een extern element (cement) verloor de coating zijn normale werking.
21. L. SIMONT, “La notion fonctionnelle du vice caché: un faux problème?”, in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 331.
22. Bv. P.-A. FORIERS, “Conformité et garantie dans la vente”, in B. TILLEMANS en P.-A. FORIERS (eds.), *De koop/La vente*, Brugge, die Keure, 2002, (17), nrs. 23-30, p. 31-35.
23. P. HARMEL, *Théorie générale de la vente*, in *Rép. not.*, T. VIII, Livre I, Brussel, Larcier, 1985, 140, nr. 104.
24. F. GLANSDORFF, “Le droit de la vente à la recherche d’un équilibre”, in *La vente*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1987, 46.
25. H. COUSY, *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, Brussel, Bruylant, 1978, nr. 191, 280.

3. INTERPRETATIE VAN HET CASSATIEARREST VAN 19 OKTOBER 2007

Het lijkt er erg sterk op dat het Hof van Cassatie met zijn arrest van 19 oktober 2007 deze laatste opvatting als de juiste heeft aangeduid. Het Hof overweegt immers zeer algemeen dat het hof van beroep een correcte toepassing heeft gemaakt van de wet door te beslissen dat “lorsque la chose vendue est affectée d’un vice caché, seule l’action en garantie des vices cachés est ouverte à l’acheteur, à l’exclusion de l’action fondée sur la méconnaissance de l’obligation de délivrance d’une chose conforme à la chose vendue”.

Nu betrof het bodemgeschil een motor die in brand was gevlogen door een intrinsiek verborgen gebrek, zodat men zou kunnen argumenteren dat het Hof de hoger geschetste visie van Simont of een variant erop heeft bevestigd, in elk geval dat het Hof enkel een uitspraak wou doen over de situatie waarin iemand zich in geval van *intrinsiek* verborgen gebrek probeert te beroepen op de regels inzake non-conformiteit. Het valt immers ook op dat het in cassatie bestreden arrest van het Luikse hof van beroep enkel de bedoeling had in gevallen waarin van een intrinsiek verborgen gebrek sprake was, een beroep op niet-conforme levering door de koper uit te sluiten. Over de vraag of een beroep op niet-conformiteit uitgesloten moet worden wanneer er sprake zou zijn van een louter functioneel gebrek, moest en wou het Luikse hof geen uitspraak doen. Om zich daarvan te vergewissen herleze men de citaten uit dat arrest in het cassatiemiddel, en vooral de zin “Si dans ce dernier cas (nl. de verborgen non-conformiteit – hdw), le recours ouvert à l’acheteur confronté à un de ces défauts de conformité cachés est controversé en doctrine et en jurisprudence, la Cour de cassation les appréhendant pour sa part comme des vices cachés fonctionnels relevant du domaine de la garantie, *il n’y a en revanche aucune discussion possible pour les vices intrinsèques qui relèvent exclusivement de l’action en garantie*”.

Een daarop steunende beperkende interpretatie van het cassatiearrest, als zou ook cassatie ook enkel in geval van intrinsiek verborgen gebrek een beroep op niet-conforme levering hebben willen uitsluiten, is moeilijk te verzoenen met de afwijzing door cassatie van het in veel algemenere bewoordingen geformuleerde cassatiemiddel, waarin wel degelijk wordt verdedigd dat een koper zich in om het even welke

situatie van verborgen gebrek op niet-conformiteit kan beroepen. Vooral is dergelijke beperkende interpretatie volgens ons niet verenigbaar met de reeds geciteerde zeer algemene bewoordingen die het Hof van Cassatie zelf gebruikt in zijn overwegingen. De interpretatie wringt ook met het feit dat het Hof van Cassatie in beginsel geen acht slaat op de feiten uit het bodemgeschil, en bovenal precies met het feit dat het Hof sinds 1971 zowel functionele als structurele gebreken als verborgen gebrek beschouwt en niets in het arrest van 19 oktober 2007 erop wijst dat het Hof daarop wou terugkomen. Zoals gezegd heeft cassatie ook in geen enkel arrest aangegeven een onderscheid te willen maken tussen de behandeling van intrinsieke en functionele verborgen gebreken, en zou het dat ook moeilijk kunnen aangezien de tekst van het B.W. geen aanknopingspunt biedt voor dergelijke differentiatie.

Twijfel zou bij sommige lezers van het arrest kunnen rijzen doordat het Hof overweegt dat de bodemrechter “sur la base de ces considérations” heeft kunnen beslissen dat de koper zich enkel op sanctiemechanismen voor verborgen gebreken kon beroepen. Net voor deze overweging citeert het Hof een passus uit het arrest van het Luikse hof van beroep, waarin dat laatste overweegt dat de eisende koper niet, in een geval waarin een verborgen gebrek aanwezig was, “met de enkele bedoeling te ontsnappen aan de korte termijn inzake verborgen gebreken” zich op de regels inzake niet-conforme levering kon beroepen. Het is taalkundig niet uitgesloten, daaruit af te leiden dat het Hof enkel wetsontduiking wou tegen gaan, en dus een beroep op niet-conforme levering wel zou toelaten als de feitenrechter niet had vastgesteld dat geen ontduikingsoogmerk aanwezig was, bv. in een geval waarin er geen sprake was van een intrinsiek, maar slechts van een louter functioneel gebrek. Ons overtuigt dergelijke interpretatie evenwel niet. Opnieuw zijn de zeer algemene strekking van het afgewezen cassatiemiddel maar vooral de zeer algemene bewoordingen van de cassatieoverwegingen de voornaamste redenen daarvoor. Het cassatiearrest lijkt ons wel degelijk het beginsel te vestigen dat indien er sprake is van een verborgen gebrek, men zich niet op de niet-conformiteit kan beroepen.

4. EEN VERSNIIPERD SYSTEEM: CASSATIE OPTEERT VOOR RADICAAL DUALISME VOOR DE BELGISCHE HANDELSKOOP KORT NADAT DIT IS AFGESCHAFT VOOR DE INTERNATIONALE HANDELSKOOP²⁶ EN VOOR DE CONSUMENTENKOOP²⁷

Velen zullen dit arrest als een welkome verduidelijking door het Hof van Cassatie begroeten, maar persoonlijk vinden wij het jammer dat het Hof het probleem dat het zelf gecreëerd

heeft door in 1971 te opteren voor een zeer ruime, functionele opvatting van het begrip verborgen gebrek, niet in de tegenovergestelde zin heeft opgelost, nl. door *de facto* komaf

^{26.} Over het Weens Koopverdrag, zie in de Belgische literatuur vooral H. VAN HOUTTE, J. ERAUW en P. WAUTELET (eds.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 377 p. en het meest recente overzicht van Belgische rechtspraak in het *T.B.H.*, nl. S. DE JONGHE, L. SAMYN en J. VERLINDEN, “10 jaar Weens Koopverdrag in België: overzicht van de Belgische rechtspraak tussen januari 2002 en augustus 2007”, *T.B.H.* 2007, 845.

^{27.} Hierover S. STIJNS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 165 p.

te maken met het onderscheid tussen sancties wegens verborgen gebrek en wegens niet-conformiteit, door de koper de keuze te laten tussen de twee vorderingsbasissen. Dat is nl. de keuze die de wetgever gemaakt heeft voor de consumentenkoop²⁸ (art. 1649^{ter} B.W.) en in het Weens Koopverdrag²⁹ (art. 35 verdrag). Onder die beide “monistische” regimes speelt het begrip verborgen gebrek (bijna) geen rol meer: de verkoper heeft als voornaamste plicht een plicht tot conforme levering, en die verplichting wordt ook geschonden door het leveren van gebrekkige zaken. Een gebrek is dus steeds een niet-conformiteit. In wezen elke afwijking van de contractuele afspraken over de kenmerken van het verkochte goed is een schending van de conforme leveringsplicht, en de wet bevat daarnaast een aantal cumulatieve criteria om de conformiteit te bepalen³⁰. Ook voor de sanctiëring³¹ speelt het geen rol of de niet-conformiteit het gevolg is van een gebrek van de zaak of een andere niet-conformiteit. Maar omdat een niet-conformiteit onder het systeem van de consumentenkoop slechts kan ingeroepen worden gedurende twee jaar na de levering, bepaalt artikel 1649^{quater} § 5 B.W. dat na afloop van die termijn de bepalingen over verborgen gebreken hun gelding herwinnen. Twee jaar na de levering zal het in werkelijkheid meestal uitgesloten zijn zich nog op een verborgen gebrek te beroepen binnen de korte termijn die daarvoor vereist is³², en zal het ook niet gemakkelijk zijn voor de koper om de bewijslast die op hem rust te vervullen, nl. bewijzen dat het gebrek anterieur is aan de risico-overgang.

Het monistische systeem uit artikel 35 van het Weens Koopverdrag en artikel 1649^{ter} B.W. voor consumentenkopen is veel eenvoudiger toe te passen dan het dualistische systeem voor Belgische handelskopen. Het bevat geen regeling die inhoudt dat de koper een niet-conformiteit die verborgen blijft op het moment van de levering, binnen korte tijd na het

ontdekken of nadat de koper hem had moeten ontdekken, moet inroepen, laat staan door het instellen van een rechtsvordering. Wel laat artikel 1649^{quater} § 2 B.W. de partijen toe contractueel een termijn te bepalen waarbinnen de koper de verkoper moet inlichten over de niet-conformiteit (onverschillig of die verborgen is of niet). Die termijn mag evenwel niet minder dan twee maanden vanaf het ontdekken van het gebrek aan overeenstemming bedragen. Men verlieze niet uit het oog dat het hier niet gaat om een termijn waarbinnen een rechtsvordering moet worden ingesteld (zoals bij verborgen gebreken wel het geval is), het gaat slechts om een meldings-termijn. De verjaringstermijn voor vorderingen wegens gebrek aan overeenstemming bij consumentenkoop bedraagt 1 jaar te rekenen vanaf de dag van ontdekking van de niet-conformiteit, zij het dat de verjaringstermijn niet mag verstrijken voor het einde van de tweejarige termijn vanaf de levering waarbinnen men zich op een niet-conformiteit kan beroepen (art. 1649^{quater} § 3 B.W.). Naar huidig positief Belgisch recht geldt een korte termijn voor het instellen van een rechtsvordering bij verborgen gebrek/non-conformiteit bijgevolg alleen nog voor “commerciële”, intern-Belgische verkopen, of verkopen van onroerend goed. Voor de verschillende behandeling van internationale en interne handelskopen zien we geen objectieve rechtvaardiging, maar het opleggen van een korte termijnvereiste enkel voor commerciële transacties lijkt ons *in abstracto* beleidsmatig wel verdedigbaar. *In concreto* daarentegen, nl. in een systeem zoals het huidige waarin het niet steeds gemakkelijk is het toepassingsgebied van de consumentenkoop en de commerciële koop correct af te bakenen³³, zouden we er meer voor voelen indien de wetgever als reactie op het arrest van 19 oktober 2007 de regeling inzake consumentenkoop eveneens van toepassing zou maken op commerciële verkopen³⁴: de afschaffing van de leer van de verborgen gebreken kan voortaan niet meer als

²⁸. De regeling inzake consumentenkoop is van toepassing op (ná 1 januari 2005 gesloten) koopovereenkomsten betreffende consumptiegoederen tussen een verkoper en een consument, hetgeen in essentie betekent op de verkoop van lichamelijke roerende goederen door een natuurlijke of rechtspersoon die in het kader van zijn beroeps- of commerciële activiteit verkoopt aan een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die geen verband houden met zijn beroeps- of commerciële activiteiten. Over het toepassingsgebied van de consumentenkoopregeling, zie J. STUYCK, “Historiek en toepassingsgebied van de richtlijn consumentenkoop en van de omzettingwet”, in *Het nieuwe kooprecht, o.c.*, 22-27.

²⁹. Het Weens Koopverdrag geldt in wezen voor internationale kopen van lichamelijke roerende goederen waarbij de koper geen consument is en voor zover de partijen gevestigd zijn in een Staat die gebonden is door het Weens Koopverdrag.

³⁰. Zie art. 1649^{ter} B.W. Dit gelijkt goed op art. 35 van het Weens Koopverdrag. Over de conformiteit onder de consumentenkoopregeling, zie A. VAN OEVELEN, “Het nieuwe begrip conformiteit”, in *Het nieuwe kooprecht, o.c.*, 29-50.

³¹. Onder het systeem van de consumentenkoop geldt een licht anders sanctiesysteem dan onder het “gemene” kooprecht, zie art. 1649^{quinquies} B.W. en daarover S. STIJNS, “De remedies van de koper bij niet-conformiteit”, in *Het nieuwe kooprecht, o.c.*, 53-82: in principe heeft de consument de keuze tussen herstelling of vervanging, twee remedies die voorrang krijgen op de subsidiaire remedies, nl. de keuze tussen passende prijsvermindering of ontbinding. Bovenop elk van die vier remedies kan de consument een aanvullende schadevergoeding vorderen (art. 1649^{quinquies} § 1 B.W.). Dit remediestelsel is evenwel fragmentair, want laat andere mogelijkheden voor de consument onverlet, bv. het inroepen van de exceptie van niet-uitvoering. Het zegt ook niets over de vrijwaring tegen uitwinning, of de remedies waarover de verkoper beschikt. Deze aangelegenheden worden door het “oude, gemene” kooprecht beheerst.

³². Wanneer een verborgen gebrek opduikt bv. een jaar na de levering, zal de koper zich voor afloop van het tweede jaar sinds de levering op dat verborgen gebrek moeten beroepen teneinde zich op de sanctieregeling inzake niet-conforme levering bij consumentenkoop te kunnen beroepen. Laat de koper die termijn van twee jaar verstrijken, dan kan hij zich daarna niet meer beroepen op de regeling inzake verborgen gebreken, niet alleen omdat ondertussen al meer dan een jaar verstreken is sinds het ontdekken van het gebrek (kortetermijnvereiste) maar ook en meer fundamenteel omdat dit er op zou neerkomen dat de termijn van twee jaar omzeild wordt. De enige situatie waarin men zich wel op een verborgen gebrek zal kunnen beroepen is de allicht zeer uitzonderlijke situatie waarbij dat gebrek bij een duurzaam consumptiegoed pas ontdekt wordt meer dan twee jaar na de levering (en niet eerder had moeten ontdekt worden). Dan begint de korte termijn pas te lopen bij het ontdekken van het gebrek.

³³. Omdat begrippen als consument en professionele verkoper inherent onduidelijk zijn.

³⁴. Zij het dat hij dan meteen eens zou moeten nadenken over de verlenging van de verjaringstermijn voor vorderingen wegens niet-conforme levering, die nu zoals gezegd bij consumentenkopen slechts één jaar bedraagt, hetgeen toch vrij kort is.

een revolutie waarover nog jaren moet nagedacht worden beschouwd worden, aangezien zoals gezegd het concept verborgen gebrek geen rol meer speelt bij internationale handelskopen of consumentenkopen, tenzij de koop op onroerend goed betrekking heeft. Al jaren pleiten velen voor de afschaffing van het duale systeem en meer recent ook voor de gelijkshakeling van consumenten- en professionele verkopen³⁵.

Elders in dit nummer is een arrest van het Luikse hof van beroep van 12 maart 2007³⁶ gepubliceerd waarin de non-conformiteitsregeling van het Weens Verdrag wordt toegepast. Daarin wordt toepassing gemaakt van de regel uit artikel 36 van het verdrag, dat de non-conformiteit aanwezig moet zijn geweest (ook al manifesteert ze zich pas later) op het moment van de risico-overgang naar de koper opdat de verkoper ervoor zou moeten instaan. Alles draaide om de levering door een Waalse vennootschap aan een Nederlandse afnemer van Argentijnse uien. Een deel van de per schip tussen Buenos Aires en Rotterdam vervoerde lading bleek bij aankomst rot te zijn. Het Luikse hof stelde vast dat het in casu om een CFR³⁷-koop ging, waaruit volgt dat het risico was overgegaan op het moment van inladen van de uien op

het schip in Argentinië. Bij een CFR-verkoop staat de koper immers niet in voor het transport, zijn leveringsverbintenis eindigt als het ware door het inschepen van de goederen³⁸. Aangezien in casu niet direct achterhaalbaar was waaraan de rotting van de uien te wijten was (overvloedige regenval op het veld volgens de ene expert, slechte behandeling (verluchting e.d.m.) tijdens het transport volgens een andere) benadrukt het hof dat het de verkoper is die moet bewijzen dat de uien conform waren op het moment van de inschepping. In casu wordt dit bewijs geacht geleverd te zijn aan de hand van Argentijnse fyto-sanitaire certificaten. Vanaf de inschepping is het risico zoals gezegd voor de koper.

Ter vergelijking kan worden opgemerkt dat ook in geval van verborgen gebreken onder het gemeen interne Belgisch recht de koper alleen vrijwaring verschuldigd is wanneer het verborgen gebrek minstens in de kiem aanwezig was³⁹ op het moment van de risico-overgang. Bij de consumentenkoop daarentegen is het moment van levering doorslaggevend: de verkoper staat in voor non-conformiteiten die bestonden op het moment van de levering.

³⁵. We vermelden slechts S. STIJNS, "Nieuw kooprecht in oud B.W.? Sophie's choice", in *Liber Amicorum J. Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 399; L. PEETERS, "De nieuwe wetgeving voor consumentenkoop eindelijk in het B.W.", *R.W.* 2004-05, 442.

³⁶. Zie p. 178.

³⁷. "Cost and freight". Zie over de betekenis van de Incoterms bv. J. RAMBERG, *Guide to Incoterms 2000*, Parijs, ICC Publishing, 2000.

³⁸. Bv. A. CHRISTAENS, "Art. 1608 B.W.", *o.c.*, nr. 30.

³⁹. Dat wil zeggen dat alle elementen die tot de latere onvermijdelijke ontwikkeling leiden, al aanwezig zijn. Typevoorbeeld: een dier is al besmet met een virus, dat pas later tot een ziekte zal leiden.